

## B — HUSUSİ HUKUK

## 1 — Aynî Haklar

Hak sahibi olmıyan Adas tarafından yapılan  
gayrimenkul ferağları

1 — *Hâdise ve karar:* Dâvacı Hüseyin oğlu Ali Torunlar bir gayrimenkulde hissedardır. Diğer hissedarlar arasında Mehmet oğlu Ali Torunlar adında başka bir şahıs daha vardır. Mehmet oğlu Ali Torunlar, kendi hissesini dâvalılara satarken tapu meuru bu satışa, akitte taraf olmıyan dâvacının (Hüseyin oğlu Ali Torunlar'ın) hissesini de ithal etmiş ve böylece sırf isim benzerliğinden doğan bir yanlışlık yüzünden her iki hisse mecmuu dâvalı adına teşçil edilmiştir. Dâva, bu yolda yapılan teşçilin iptali ile sözü geçen hissenin dâvacı adına teşçili talebinden ibarettir.

Mahkeme, hâdiseye MK. nun 931. maddesini tatbik etmiş ve dâvalıların tapu sicilindeki kayda istinad ederek iktisapta buldukları gerekçesile dâvayı reddetmiştir. Bu karar, Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesince bozulmuştur. Özel Daireye göre:

«Nizalı gayrimenkulde dâvacıya ait olan hissenin, aynı isim ve soyadını taşıyan diğer bir hissedarın sahip olduğu hissenin devir ve ferağı yapılırken tapu memuru tarafından, satış akdinde taraf olmıyan dâvacının hissesi ile isim ve soyadındaki müşabehet dolayısıyla tevhit edilmek suretiyle yapılmış bulunan teşçil keyfiyetinin sebepsiz ve mesnetsiz olduğu ve bu tarzdaki bir yanlışlığın ferağ akdinde âkit olmıyan ve hiçbir veçhile rızasını izhar etmemiş olan dâvacıya ilzam edecek muteber bir hukukî muamele vasıf ve mahiyetini haiz olmadığı gözönünde tutularak ..... karar verilmek.....» icap ederdi.

Mahkeme, bozmaya uymıyarak eski kararında ısrar etmiş; fakat Genel Kurul, Özel Dairenin görüşüne katılarak ısrar kararını bozmuştur. Genel Kurul kararının metni şudur:

«Dâvacı, mâlik bulunduğu gayrimenkul hissesinin diğer hissedar Mehmet oğlu Ali Torunlar tarafında» dâvalılara yapılan satışa ithal edilerek adlarına kayıt teslis edildiğinden bahsile hisselerine müteallik kaydın iptaline karar verilmesini istemiştir. Dosyanın incelenmesinden aynı gayrimenkulde 12965/103680 hisseye sahip bulunan Mehmet oğlu Ali Torunların kendi hissesini dâvalılara sattığı ancak Hüseyin oğlu Ali Torunlara ait 10284/103680 hissenin Mehmet oğlu Ali Torunlara aitmiş

gibi satışa ithal edilerek her iki hisse mecmuunun dâvalılar adına tescil edildiği anlaşılmıştır. Hâdisede dâvalılar her ne kadar hüsnüniyetli iseler de Mehmet oğlu Ali Torunlar, Hüseyin oğlu Ali Torunların hissesini satmağa hiç bir suretle salâhiyetli değildir. Ve Hüseyin oğlu Ali Torunlara ait hisselerin dâvalılar adına tescil keyfiyeti hukuki mesnetten âridir. Ortada isim ve soyadı benzerliğinden mütevellit bir yanlışlık mevcuttur. Böyle bir yanlışlık âkit olmıyan ve iradesini izhar etmemiş bulunan dâvacıyı ilzam etmez. Dâvalılar adına böylece mukayyet bulunan bu hisse üçüncü bir şahıs tarafından da hüsnüniyetle teferreğ edilmemiştir. Bu itibarla hâdiseye Medenî Kanununun 931 inci maddesinin tatbikine imkân yoktur. Aksinin iltizamı, gayrimenkul sicillerine karşı bestenen itimadı ve bu sicillerde aranan istikrarı bertaraf eder. Aynı isim ve soyadını taşıyan iki kimseden birisinin neçbir hakkı ve alakası yok iken diğersinin gayrimenkulünü satmasını ve hüsnüniyetli bir şahsın da onu hakiki mâlik zannederek gayrimenkulü satın almasını müteber addetmek ve böylece bir muameleyi MK. nun 931 inci maddesinin himaye eylediğini düşünmek doğru olmaz ve gayrimenkul ile bâyi arasında hiç bir irtibat mevcut olmadığından böyle bir akde itibar izafe edilemez. Bu sebeple vârit olan Özel Daire bozma ilâmına uyularak dâvanın kabul edilmesi lâzım gelirken aksine yazılı düşünce ile evvelki hükümde ısrar edilmesi yolsuz bulunduğundan son hükmün dahi bozulmasına ittifakla karar verildi.»<sup>1</sup>

2 — Kararın tahliline geçmeden önce, dâvacı vekilinin mahkemeden talep ettiği şey, diğers bir söyleyişle, dilekçesinin neticesi talep kısmı üzerinde biraz durmak lüzumunu duyuyoruz.

Neşredilen özetten öğrendiğimize göre, dâvacı vekili, müvekkiline ait gayrimenkul hissesinin, hak sahibi olmıyan bir adaş tarafından dâvalılara ferağ edilmesi üzerine bu yolda yapılan tescilin iptali ile sözü geçen hisselerin «müvekkili adına tesciline karar verilmesini» istemiştir. Demek oluyor ki dâvacı vekili, açtığı dâvada bir «tescil dâvası» mahiyeti görmektedir.

Halbuki tescil dâvası Medenî Kanunumuzun 642/I. maddesi hükmüne dayanır ve tamamen şahsî mahiyette bir talep hakkının mahkemeye arzını kapsar. Ezcümle, satış akdi yapılmış, yani tapu memuru tarafından satıma müteallik resmî senet tanzim edilmiş olmakla beraber satıcı, mülkiyeti nakil borcunu eda etmiyor ve alıcı lehine tescil talebinde bulunmuyorsa, alıcı tescil dâvası ikame ederek, satıcının kendisine nakletmekten imtina ettiği mülkiyeti mahkeme kararı ile elde edebilir. Böylece, tescil dâvasında dâvacı şahsî bir hakka dayanarak henüz sahibi bulunmadığı bir aynı hakkın

[1] Temyiz Mahkemesi Hukuk Genel Kurulunun E. 1/21, K. 13 sayılı ve 18.2.1959 tarihli kararı (Bk.: Temyiz Mahkemesi Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları ve İctihadi Birleştirme Kararları, 1955-1959, Lütfü Ömerbaş - Sacit Cetintas, Ankara 1960, s. 152).

mahkemece kendisine verilmesini ister. Tetkik konumuzu teşkil eden hâdisede ise dâvacı şahsî bir hakka değil esasen mevcut olan mülkiyet hakkına dayanmakta ve aynı mahiyette bir dâva ikame etmiş bulunmaktadır. Dâvacı, kendisine, aslâ sahip bulunmadığı bir aynı hakkın verilmesini istememiş, belki, esasen kendisine ait olan mülkiyet hakkının tanınmasını dâva etmiştir. Zira, eğer dâvalıların iktisabı muteber değilse, onlar tapu kütüğünde mâlik gibi görünmelerine rağmen, mülkiyet hakkını elde edebilmiş değildirlir.

Bu takdirde ise dâvacı görünürdeki durumun aksine olarak aynı hakkını hiç bir zaman kaybetmemiştir. O sadece tapu kütüğündeki yolsuz kaydın hakikî duruma uydurulmasını istemek mevkiindedir. Öyleyse, dâvacı, kendisi için yeni bir aynı hak tesisini hedef tutan bir «tescil» peşinde koşmamakta, zaten sahip bulunduğu aynı hakkının, tâbir câizse, üzerine düşen gölgeyi bertaraf etmek gibi bir maksat takip etmektedir. Bu maksadın gerçekleşmesi için MK. nun 933. maddesi gereğince açılacak dâvaya verilecek en münasip isim, Dr. Saim Üstündağ'ın doktora tezinde teklif edildiği gibi «tapu kütüğünün tashihi dâvası»dır<sup>2</sup>.

Bu kısa izah zannediyoruz ki, dâvacı vekilinin, dilekçesinde kullandığı anlaşılan «tescil» kelimesinin yerinde olmadığını, zira dâvasının tescilden ziyade tashihi hedef tuttuğunu göstermeğe kifayet edecektir. Ancak, bu konuya temas etmişken, ihtimal yalnız teorik önemi bulunan şu suale de cevap bulmak isterdik: Acaba tashih dâvası dâvalıya ait bir edimin yerine getirilmesini mi yoksa sadece hukukî bir durumun tespitini mi temin edecektir?

Hâkim doktrin, tashih dâvasının bir edâ dâvası mahiyetinde olmayıp bir tespit dâvasından ibaret bulunduğunu kabul etmektedir<sup>3</sup>. Doğrusu biz bu neticeyi benimsemekte ciddi tereddütler duyuyoruz. Evvelâ tashih dâvasına niçin ihtiyaç bulunduğunu araştıralım: Eğer bu dâvanın açılması sırf dâvalının dâvacıya ait bir hakkı tanımadığı, inkâr ettiği için ve sadece hakkın mevcudiyetini ona kabul ettirmek maksadına dayanıyorsa o takdirde bir tespit dâvası karşısında bulunduğumuzda şüphe yoktur. Yok, böyle değil de dâvalı, hakkı tanıdığını gösteren müsbet bir fiilde bulunmadığı için dâva edilmekte ise, artık zannımıza göre, tespit dâvasının hudutları aşılmış olur. Tespit dâvasını edâ dâvasından ayıran hudut taşların-

[2] Dr. S. Üstündağ, Tapu Kütüğünün Tashihi Dâvası, 1959, İstanbul.

[3] Dr. S. Üstündağ, a.g.e., s. 37 ve orada zikredilen müellifler: Ostertag, Homberger, Gloor vs.

dan biri ve belki de en önemlisi şu noktada açık olarak görülür: Hiç bir hukukî esasa dayanmadan benim hakkım olmadığını veya bende hakkı bulunduğunu iddia eden kimsenin mücerret bu iddiasından vazgeçmesi tespit dâvasını lüzumsuz kılmaya yeter. Buna mukabil bir hukukî durumun emniyet altına alınabilmesi için hasmın inkâr veya iddiadan vazgeçmesi kâfi gelmiyor veya böyle bir vazgeçme müsbet bir fiil halinde, muayyen şekle bürünmüş bir irade izharile tecelli etmek gerekiyorsa, bu fiilin yapılmaması, bu iradenin izhar edilmemesi bizi artık tespit dâvasına değil olsa olsa eda dâvasına götürür. Tashih dâvasının açılması da işte bu tarzda vukubulmaktadır. Bu dâva sırf hasmın dâvacıya ait bir hakkı tanı-maması dolayısıyla değil, bu hakkı tanıdığını tapu memuru huzu-runda ve muayyen bir şekle bağlı olarak beyan etmemesi sebebiyle ikame olunur. Öyle ki, hâkim sadece dâvalının inkârını veya iddia-sını bertaraf etmekle kalmaz, onun iradesinin yerine kaim olacak bir kararla hakkı yerine getirir. Böyle olunca da tashih dâvasını «eda dâvaları» kategorisine ithal etmek, bizce daha isabetli olur.

3 — Mahkeme, Medenî Kanununun 931. maddesini hâdiseye tatbik ederek dâvayı reddetmiştir. Mahkemeye göre, dâvalı müktesip hüsünüyet sahibidir. O, tapudaki kayda güvenerek hareket etmiştir. Kararda başka bir açıklama olmamakla beraber, hâkimin hâdiseyi şöyle mütalâa ettiği anlaşılmaktadır: Dâvalı müktesip, satın almak istediği hisselerin Ali Torunlar adına kayıtlı olduğunu tapuda görmüş ve bu hisseleri Ali Torunlar'dan teferruğ etmiştir. Gerçi bu arada aynı isimde olan başka bir hissedarın hissesi de dâvalıya intikal etmiştir; fakat müktesip satın aldığı hisselerin bir kısmının başka bir Ali Torunlara ait olduğunu bilecek durumda olmadığından, onun iktisabına hâlel gelmez.

Mahkemenin noktâi nazarına iştirak etmiyen Temyiz Mahkemesi I. Hukuk Dairesinin, bozma kararında dayandığı gerekçe ise şudur:

Dâvacı dâvalı ile yapılan satış aktinde taraf değildir. O, hiç bir şekilde yapılan temlike rıza göstermemiştir. Tapu memuru isim benzerliğinden doğan bir yanlışlıkla, onun hissesini satıcının hissesi ile tevhit etmiş ve böylece her iki hissé memuu dâvalıya temlik edilmiştir. Binaenaleyh tescil, sebepsiz ve meşnetsizdir.

Biz Asliye Mahkemesinin kararını isabetli bulmamakla beraber Yüksek Mahkemenin bozma gerekçesinin tatmin edici olduğuna da kani değiliz. Temyiz edilen kararda MK. nun 931. maddesine daya-

nılmakta idi; o halde Temyiz Mahkemesince karar bozulurken hâdise bakımından 931. maddenin tatbik şartlarının hangi noktada veya noktalarda aksadığının tespiti gerekiyordu. Dâvacının satış aktinde taraf olmaması, dâvalıya yapılan temlike rıza göstermiş bulunmaması gibi sebepler 931. maddenin tatbikini engellemeğe kâfi değildir. Hattâ tamamen aksine olarak 931. maddenin tasavvur ettiği hâdiseler, asıl hak sahibinin malûmat ve muvafakati olmaksızın üçüncü şahıslara yapılan temliklerden ibarettir. O halde hak sahibinin akde iştirak etmemesi, 931. maddenin tatbik edilmemesinin değil, bilâkis tatbikinin en esaslı şartını teşkil etmektedir. Bundan dolayı, bozma kararında gösterilen sebep yerinde değildir. Nitekim, Asliye Mahkemesi de bozma gerekçesini tatmin edici bulmadığı, kendi görüşünü çürütecek mahiyette görmediği için eski hükmünde ısrar etmiştir.

4 — Hukuk Genel Kurulu, ısrar kararını bozarak Özel Dairenin görüşüne iltihak etmiştir. Genel Kurul hâdisede dâvalıların hüsnüniyet sahibi olduklarını kabul etmekte; fakat MK. nun 931. maddesinin tatbik kabiliyetini, keza, reddetmektedir. Genel Kurul, Özel Dairenin mütalâasını mealen tekrar ettikten sonra aynen şöyle demektir: «Aynı isim ve soyadını taşıyan iki kimseden birisinin hiçbir hakkı ve alâkası yok iken diğersinin gayrimenkulünü satmasını ve hüsnüniyetli bir şahsın da onu hakikî mâlik zannederek gayrimenkulü satın almasını muteber addetmek ve böyle bir muameleyi MK. nun 931. maddesinin himaye eylediğini düşünmek doğru olmaz ve gayrimenkul ile bâyi arasında hiç bir irtibat mevcut olmadığından böyle bir akde itibar izafe edilemez.»

Doğrusu, Genel Kurulun bu mütalâası hangi hâdiselerin 931. maddenin şümulü dışında kaldığı hakkında bir kriter ihtiva etmekten uzaktır. Bir kimse benim gayrimenkulümü sahte veraset ilâmı ile tapuda kendi uhdesine kaydettirse ve sonra da hüsnüniyet sahibi bir üçüncü şahsa temlik etse bu üçüncü şahsın iktisabı muteber değil midir? Burada gerek doktrin, gerekse kazâi içtihatlar MK. nun 931. maddesinin tatbik kabiliyetini kabul etmekte birliktir. Bizzat Temyiz Mahkemesinin bu mahiyette pek çok kararları vardır. Acaba böyle bir hâdisede sahte veraset ilâmı ile gayrimenkulü uhdesine geçirten kimse hak sahibi midir? Elbette hayır! Buna rağmen bu şahıs, asıl mâlikin gayrimenkulünü satmakta ve — Genel Kurul kararındaki görüşün tersine — «hüsnüniyetli bir şahsın da onu hakikî mâlik zannederek gayrimenkulü satın almasını muteber addetmek ve böyle bir muameleyi MK. nun 931. maddesinin himaye

eylediğini düşünmek» pekâlâ «doğru» olmaktadır. Çünkü 931. maddede, yukarıda işaret ettiğimiz gibi, zaten gayrimenkulün hak sahibi olmayanlar tarafından hüsnüniyet sahiplerine yapılan temlikini düzenliyen ve buna muteberlik sağlayan bir hükümdür.

Görülüyor ki Genel Kurul dahi, hak sahibi olmayan adaş tarafından iyi niyetli üçüncü şahıslara yapılan temliklerin neden dolayı muteber olmadıklarına dair sağlam bir esas bulamamış ve neticesi itibariyle doğru olduğuna şüphemiz bulunmayan içtihadını hangi hukukî prensibin ışığına tutacağını kestirememiştir. Her ne kadar Genel Kurul: «gayrimenkul ile bâyi arasında hiç bir irtibat mevcut olmadığından böyle bir akde itibar izafe edilemez» tarzında kararının en sonuna eklediği kısa ve küçük bir ibare ile bir taraftan isabetli hal tarzına yaklaşmış bulunmakta ise de diğer taraftan, bu halile yanlış bir hukukî görüşü aksettirmektedir. Zira, gayrimenkulle bâyi arasında hiç bir hukukî irtibatın bulunmaması satış akdinin yapılmasına mâni tekil edebilirse de her nasılsa böyle bir akit yapılmışsa artık bu akdin hükümsüzlüğünden bahsetmeğe imkân kalmaz. Biraz muğlâk görünen bu düşüncüyü açıklıyalım:

Evvelâ şu noktayı belirtmek icap eder ki kütükte hak sahibi olarak görünmeyen kimsenin tapu memurunun huzurunda tanzim edilecek resmi bir satış akdinde satıcı sıfatıyla yer alması, esas itibariyle mümkün değildir. Gerçekten Tapu Sicil Nizamnamesinin 16. maddesinde açıkça yazılı olduğu gibi, tapu memuru resmi senedi tanzim ederken, âkitlerin medenî hakları istimal ehliyetlerinden başka satıcının tasarruf salâhiyetini de tahkik eder. Binnetice tapu memuru satıcının tapu sicilinde doğmuş bir aynı hakkının mevcudiyetini görmezse resmi senet tanziminden kaçınır. Bu hüküm, satım akdinin yapılabilmesi için satıcının mâlik olmasına asla lüzum göstermiyen umumî hukuk prensibinin bir bakıma istisnasını teşkil etmektedir. Gerçekten bir kimse mâlik olmadığı bir malı satarsa, Borçlar Kanununun umumî prensipleri karşısında bu satışı batıl addetmeğe imkân yoktur. Bey' akdinin sıhhati için bayiin, sattığı malın mutlaka mâlik olması kat'iyen lüzumlu değildir. Mülkiyet hakkının bulunmaması yalnız tasarruf salâhiyetini kaldırır; o kadar. Yoksa iltizami muamele bütün kuvvet ve kıymetini muhafaza edecektir.

Tapu Sicil Nizamnamesinin 16. maddesinde yer alan hükmün kısmen bu umumî esastan ayrıldığı hakkındaki noktai nazarımızı, Mukayeseli Hukuk Enstitümüzün 1957 Ağustos ayında tertiplediği

kollokyumda da ileri sürmüŝ<sup>4</sup>; fakat sayın Doç. Dr. İsmet Sungurbeyin tenkidine maruz kalmıŝtık<sup>5</sup>. Sungurbeye göre «... İsviçre - Türk Hukuku sisteminde de satış akdi yalnız bir borçlanma işlemi, yani iltizami muamele olduğundan tapu memurunun yalnızca bu akdi senetlemek için tasarruf yetkisi araması gerekmez. Bundan dolayı tapusuz gayrimenkullerin tapu memuru önünde de resmi şekilde satım akitleri yapılabilir. ... Tapu memuru önündeki satım akdi, ancak Tapu Sicil Nizamnamesinin bundan bir önceki, yani 15. maddesinin son cümlesinde gösterildiğı üzere bir tasarruf işlemi mahiyetinde olan tescil talebini de ihtiva ettiği takdirdedir ki tapu memuru böyle talepte de bulunan satıcının tasarruf yetkisini arıyacaktır.»

Sungurbeyle aramızdaki görüş ayrılığı tapusuz gayrimenkuller dolayısıyla çıkmıŝtı. Biz, tapusuz gayrimenkulün zilyedi veya mâliki, Nizamnamenin 16. maddesi hükmü karşısında, tapuya gidip te resmi satış yaptıramaz, demiŝtik. Sungurbey ise satış senedinin tanzimi için satıcının tapuda behemehal mâlik olarak görünmesine lüzum olmadığını ve bu noktada umumî prensiplerden ayrılamıyacağımızı ileri sürdü. Sungurbeyin bu düşüncesi bizi ŝu neticeye götürecektir: (A) nın üzerinde kayıtlı olan bir gayrimenkulü, onunla hiç ilgisi olmıyan (B), kendi nam ve hesabına, tapuda satabilecek ve tapu memuru, kendisinden bu hususta bir resmi senet tanzimi istendiğı takdirde, gayrimenkulün A'ya ait olduğunu görmesine rağmen, B tarafından yapılmak istenen satışa ait resmi senet tanziminden imtina edemeyecek demektir. Halbuki mâlik olmıyan kimsenin tapu memuru huzurunda satıcı sıfatıyla hareket edebilmesi tecviz edilseydi hak sahiplerinin hukuki emniyetini haleldar edecek bir takım tertiplere ve suiistimallere açık kapı bırakılmış olurdu; Nizamname, tapu memurunun yanılarak, mâlik olmıyan şahısların satıcı sıfatıyla tanzim ettirdikleri satış senedine müsteniden haksız ve yolsuz tesciller icra etmesi ihtimalini nazara aldığı içindir ki 16. madde hükmünü koymuŝtur<sup>6</sup>. Diğer taraftan 16. maddeye göre, tapu memurunun ancak tescil talebini ihtiva eden resmi senetlerin tanzimi

[4] Tekinay, Tapusuz Gayrimenkullerin Ferâğı, Mukayeseli Hukuk Araŝtırmaları Dergisi, 1958, sayı 2, s. 134 ve 143.

[5] Sungurbeyin tenkidleri için bk.: aynı dergi, s. 148 ve müt. ve bilhassa s. 158.

[6] Menkuller hususunda bu tehlike yoktur. Zira bizzat mâlikin zilyedliğindeki mal başkası tarafından satılsa bile satıcı herhangi bir karışıklıktan bilistifade tasarrufi muameleyi gerçekleŝtiremez.

için satıcının tasarruf yetkisini tahkik edebileceği, yoksa tescil talebinden müstakil resmi senetler hususunda böyle bir tahkike lüzum bulunmadığı yolundaki tefsir sözü geçen maddenin ruhuna olduğu kadar sarîh metnine de aykırıdır. Zira 16. maddenin 1. fıkrası yalnız resmi senedin tanzimi için tarafların tasarruf salâhiyetlerinin tahkiki lüzumunu beyan ettikten sonra, 2. fıkrası tescil taleplerinden bahsetmekte ve bu talebin hak sahibinden sadır olup olmadığına tetkikini ayrıca emretmektedir. Resmi senet tanzimi için tasarruf salâhiyetine lüzum olmadığını söylemek hiç değilse 16. maddenin 1. fıkrasında tahkiki emredilen tasarruf salâhiyetinin 2. fıkrada bir kere daha ve yalnız tescil talepleri için tekrar edildiğini kabule müncer olur ki nizamnameye böyle bir haşiv isnad etmek için sebep yoktur.

Demek oluyor ki tapu memuru mâlik olmayan kimsenin satıcı sıfatıyla, başkasına ait gayrimenkulü veya gayrimenkul hissesini satmasına imkân vermiyecektir. Fakat bu memnuiyet yalnız hakiki mâliklerin hukukî durumlarına aksetmesi muhtemel tehlikeleri bertaraf etmek maksadına dayandığı ve mâlik olmayan satıcı ile alıcı arasındaki hukukî muameleyi batıl saymaya herhangi bir sebep bulunmadığı için, tapu memuru mâlik olmayan kimsenin satıcı sıfatıyla başkasına ait gayrimenkulü satmak hususundaki talebini her nasılsa kabul eder ve bu yolda bir resmi senet tanzim ederse bu satış taraflar arasında tamamen muteber olacaktır<sup>7</sup>. Binnetice Temyiz Mahkemesi Genel Kurulunun «gayrimenkulle bâyi arasında hiç bir irtibat mevcut olmadığından böyle bir akde itibar izafe edilemez» yolundaki mütalâası yanlıştır.

[7] Sayın Doç. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu 1959 yılında yayınlanan «Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi» adlı eserinde (s. 79) Tapu Sicil Nizamnamesinin 16/1 nci maddesi hükmünü bizim gibi anlamaktadır. Buna karşı İsviçreli Hukukçu Peter Liver, 1959 Temmuzunda «L'Association International des Sciences Juridique» tarafından Luxemburg'da tertiplenen kollokyuma «Le Transfert des Immeubles non Immatriculés» başlığı altında tevdi ettiğimiz tebliğ münasebetile yazdığı notta satım akdinin resmi senede bağlanması ile gayrimenkulün tapuda kayıtlı olması arasında bir ilgi görmemektedir. (Bk.: Dr. Peter Liver, Bemerkungen zum Referat von Herrn Dozent Dr. Iur. Selâhattin Sulhi Tekinay, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 1961, s. 78-79). Peter Liver'in bu görüşü İsviçre bakımından doğrudur. Zira, bizimkinden farklı olarak, İsviçre Tapu Sicil Nizamnamesinde böyle bir ilgi kurulmamıştır. (Özellikle bk.: Ordonnance sur les Registres Foncier, art. 18). Esasen İsviçrede gayrimenkullerin ferağına ilişkin resmi senetlerin ne suretle tanzim edileceği hakkında federal bir kanun veya nizamname hükmü konmamış, bu hususun halli kantonlara bırakılmıştır. (Bk.: Titre final, art. 55).

5 — Mâlik olmıyan satıcının adı, mâlikin adı ile aynı ise alıcı, kendisine satış yapan kimsenin mâlik olduğunu zannedebilir. Nitekim hâdisemizde durum tamamen budur: Alıcı, tapuda mâlik olarak görünen isimle satıcının ismi arasındaki ayniyete güvenmiş, ve hakikatte başkasına ait olan gayrimenkul hissesini bu güvenle ve iyi niyetle iktisap etmiştir.

Buna benzer bir hâdise, daha önce Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesinin 21 Ocak 1946 tarih ve 3468/225 sayılı bir kararına da konu teşkil etmişti. Tahliline çalıştığımız karar hakkında daha isabetli bir hükme varabilmek için 1. Hukuk Dairesinin sözü geçen kararına da temas etmek ihtiyacını duyuyoruz. Rahmetli Avukat Fuat Sedat Paçalioğlunun naklettiğine göre 1946 tarihli karara esas olan hâdise şudur\*: Rıfki adında bir zat Maltepede iki tarlanın yarımşar hisselerini mâliklerinden satın alıyor. Tarlaların tamamına sahip olmak isteyen alıcı, diğer yarı hisselerine Dâvavekili Eyüp Sabri adında birinin mâlik bulunduğunu tapu sicillerini inceliyerek öğreniyor ve tanınmış bir zat olan Eyüp Sabri'nin öldüğünü haber alması üzerine de mirasçılarını arıyor. Mirasçılar, babalarının Maltepede böyle tarlaları olduğunu bilmediklerini, fakat ellerinde babalarına ait tapu senedi olmamakla beraber, babalarının aldığı malları kendilerine haber vermek âdeti olmadığını söylüyorlar. Arada kararlaştırılan bedel karşılığında Dâvavekili Eyüp Sabri'nin veraset senedine dayanarak mirasçılar gayrimenkulü Rıfki'ya satıyorlar. Takriri vekil sıfatıyla mirasçılardan İhsan veriyor. Aradan bir müddet geçtikten sonra, Ahmet Hilmi oğlu Eyüp Sabri veresesi olduğunu iddia eden Ahmet Muhtar, Cevat ve Zeynep adında üç kişiye izafetle Rıfki ve Dâvavekili Eyüp Sabrinin varislerinden tahrir muamelesini yerine getiren İhsan aleyhine Kadıköy Asliye Hukuk Mahkemesinde bir dâva açılıyor. Dâvacıların babaları Ahmet Hilmi oğlu Eyüp Sabri de İstanbulda bir müddet Dâvavekilliği yapmıştır. Dâvacılar, Kartalda babalarından kalan 8 adet gayrimenkulün intikal muamelesini yaptırmak üzere tapuya müracaat etmişler, altısının intikalini yaptırmışlarsa da ikisinin Dâvavekili Eyüp Sabri adında birinin mirasçılığı tarafından, herhangi bir kasıt ve suinayet bahis konusu olmaksızın, Rıfki'ya satıldığını öğrenmişlerdir. Her iki gayrimenkulün dâvacıların babası Eyüp Sabriye ait olduğu ellerindeki tapu senedi ile sabittir. Ahmet Hilmi oğlu Eyüp Sabri veersesi tarafından Kartal Tapu Sicil Muhafızlığına ibraz olunan sekiz senetten

[8] İst. Barosu Dergisi, 1946, s. 172.

altısında «Ahmet Hilmi oğlu Eyüp Sabri» diye yazılı olduğu halde, Rıfkı'ya Dâvavekili Eyüp Sabri veresesi tarafından satılan gayrimenkullerde «Dâvavekili Eyüp Sabri» diye yazılıdır.

Mahkeme, dâvacıların satışı yapan «Dâvavekili Eyüp Sabri vârisleri» aleyhinde tazminat dâvası açmak hususundaki haklarının mahfuz olduğunu beyan ederek, iyiniyetli müktesip Rıfkı'nın iktisabını muteber saymış ve dâvayı reddetmiştir.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi de 21 Ocak 1946 tarih ve 3468/225 sayılı kararla mahkemenin hükmünü tasdik etmiştir. Tasdik kararında yer alan mucip sebeplere göre: Gayrimenkulün Eyüp Sabri'lerden hangisine ait olduğu bu dâvada tetkik konusu yapılamaz; bu husus ancak bir tazminat dâvasında araştırılabilir. Tapu kaydına mutabık olarak ve bu kayda dayanarak, hüsnüniyet kaidelerine uygun surette yapılan iktisap sahih ve muteberdir.

Bu hâdisede gerek mahkemenin gerekse Temyiz 1. Hukuk Dairesinin kararlarına esas teşkil eden fikre göre tapuda mâlik olarak görünen kimsenin — hak sahibi olmayan — adaşı tarafından yapılan satış ve temliklerde iyiniyetli alıcının iktisabı Medeni Kanunun 931. maddesinde yazılı kaideye uygun olarak korunmalı, muteber sayılmalıdır. Gerçi, burada satışı yapan, hak sahibi olmıyan adaş'ın kendisi değil, onun mirasçuları idi. Fakat ne Asliye ve ne de Temyiz Mahkemelerinin kararlarında bu noktanın hâdiseye bir özellik getirip getiremeyeceği üzerinde asla durulmamış ve öyle görünüyor ki satış hak sahibi olmıyan adaşın bizzat kendisi tarafından yapılmış olsa idi dahi neticenin değişmeyeceği ve alıcının iyiniyetinin bu halde dahi korunması gerekeceği görüşünden hareket edilmiştir. Bu bakımdan 1. Hukuk Dairesinin 1946 tarihli bu kararı ile, incelemekte olduğumuz 1959 tarihli Genel Kurul kararı arasında bir aykırılık bulunduğu söylenebilir.

6 — Biz, 1946 kararındaki hâdisede satışın mirasçılar tarafından yapılmış olmasının gerektireceği münakaşaya aşağıda tekrar avdet etmek üzere, şimdilik hak sahibi olmıyan adaş tarafından yapılan temliklerde alıcının iyi niyetinin korunup korunmayacağı, diğer söyleyişle, böyle hallerde Medeni Kanunun 931. maddesi tatbik edilerek iyiniyete dayanan iktisapların mutber sayılıp sayılmıyacağı konusundaki incelememize devam edelim.

Yukarıda no: 4 altında, 1959 tarihli Genel Kurul kararının dayandığı mucip sebepleri tenkit etmiş bulunmamıza rağmen bu kararın getirdiği hal tarzını — neticesi bakımından — benimsiyor

ve gerek bu dâvada Asliye Hukuk Mahkemesinin açıkladığı görüşü gerekse 1. Hukuk Dairesinin 1946 tarihli içtihadına esas teşkil eden düşünceyi hatalı buluyoruz.

Gerçekten, hak sahibi olmıyan adaş tarafından yapılan temliklerde iyiniyetli alıcının iktisabını hükümsüz saymak için 931. maddede ifade edilen prensibin tatbik şartlarına dikkatle eğilmek maksadı sağlamaya yetecektir. Genel Kurul'un yaptığı gibi, gayrimenkul üzerinde hakkı ve alâkası olmıyan kimseden iktisapta bulunan alıcının iyiniyetinin 931. madde ile korunmuş olmadığını ileri sürmek son derece isabetsiz bir yoldur. Tamamen aksine olarak 931. maddenin biricik gayesi, gayrimenkul üzerinde hakkı bulunmayan kimselerden iyiniyetle yapılan iktisapların korunmasıdır; yeter ki bu iktisaplar «tapu sicilindeki kayda .... istinad ederek» yapılmış olsun!

Demek oluyor ki 931. maddenin tatbiki için evveleminde tapu kayıtlarının hakiki hak durumunu doğru bir şekilde aksettirmemesi ve üçüncü şahsın bu yanlış kayıtları sıhhatli zannederek aynı bir hak iktisap etmiş olması gerekir. Şüphe yok ki böyle hallerde üçüncü şahıs hata etmekte, mevcut olmıyan bir hakkın varlığını kabul etmektedir. Fakat burada bilhassa dikkat edilmesi gereken nokta şudur: Gayrimenkul üzerinde herhangi bir aynı hak iktisap ederken üçüncü şahsın düşebileceği bütün hatalar değil, münhasıran asıl hak sahibini aksettirmiyen *tapu kayıtlarına* inanmak suretile yaptığı hatalar 931. maddenin şefaatinde mazhar olur. Tapuda mâlik olarak görünen kimsenin bu dünyada tesadüfen bir adaşı varsa, sadece bu sebepten dolayı tapu kayıtlarında bir yanlışlık bulunduğu, kaydın asıl hak sahibini göstermediği kabul edilemez. Eğer hak sahibi olmıyan adaş bu gayrimenkulü bir üçüncü şahsa temlik etmeğe kalkarsa iyiniyetli üçüncü şahıs, yanlış bir kaydı doğru zannetmek suretiyle değil, zaten doğru olan bir kaydın açıkladığı asıl hak sahibinin hüviyetinde, şahsında yanlış olmuş olur. Hakiki hak sahibini göstermiyen tapu kaydının doğruluğuna inanıp güvenmek başka şey, hak sahibini gösteren bir tapu kaydının bir başkasına ait olduğunu zannetmek başka şeydir. Bu son halde, iyiniyetli üçüncü şahsın düştüğü hata, tapu sicilindeki kayda dayanmaktan doğmuyor, bilâkis bu kaydın gösterdiği şahsın kim olduğunu isabetli bir şekilde tayin edememekten ileri geliyor; 931. madde ise kalkanını bu neviden hataların önüne uzatmış değildir. Bu sebeple de hak sahibi olmayan adaş tarafından yapılan temliklerde 3. şahsın iyiniyetini ve iktisabını koruyan bir hukuki esas mevcut bulunmamaktadır.

7 — 1946 tarihli karara esas teşkil eden hâdisede temlik, hak sahibi olmıyan adaşın kendisi tarafından değil onun mirasçıları tarafından yapılmıştı. Şimdi, bu özelliğin iyiniyetli müktesibin hukuki durumuna tesir edip etmiyeceğini inceliyelim.

Gayrimenkulün önce hak sahibi olmıyan adaş'ın mirasçılarına intikal ettirilmiş ve sonra da artık mirasçılar lehine mevcut sicil kaydına dayanılarak iyiniyetli bir üçüncü şahsa temlik edilmiş olması halinde bu temlik genel olarak muteberdir. Zira bu durumda üçüncü şahıs adaşın hüviyetinde değil doğrudan doğruya mirasçılar lehindeki sicil kaydının doğruluğunda yanılmıştır. İyiniyete dayanan bu türlü yanımlar ise 931. madde hükmüne göre iktisabı sakatlamaz. Görünürde 1946 tarihli karara esas olan hâdise de bu yolda cereyan etmiştir. Fakat bu görünüşe bakıp da iyiniyetli Rıfkı'nın iktisabını muteber saymak bizce acele ve yanlış bir hükme varmak olacaktır.

Gerçekten hak sahibi olmıyan adaş'ın kendisinden değil, onun tapuda mâlik gibi görünen mirasçılarından iktisapta bulunmuş olmakla beraber Rıfkı, mirasçılar lehindeki yanlış sicil kaydına güvenen herhangi bir üçüncü şahsa nisbetle pek farklı bir durumda bulunmaktadır. Şöyle ki, Rıfkı, henüz mirasçılar adına herhangi bir sicil kaydı olmadan çok önce onların murisini sırf bir isim benzerliğinden dolayı hak sahibi zannetmiş ve hattâ bu hususta kendisi yanılmakla kalmıyarak mirasçıları da yanıltmış ve gayrimenkulle hiç ilgisi olmıyan bir kimsenin mirasçıları lehine yapılan intikal, işte müktesibin bu ilk yanılmasından ileri gelmiştir. Şayet Rıfkı mirasçılara gidip de murisleri Eyüp Sabri'nin falan yerdeki gayrimenkullerinden bahsetmeseydi ve bunları satın almak istemeseydi mirasçılar asla kendi lehlerine hatalı bir intikal yaptırmayı düşünmiyeceklerdi.

Demek oluyor ki Rıfkı'nın iktisabına esas teşkil eden ilk yanılma hakikatta hak sahibi olmıyan ve sadece tapuda kayıtlı asıl mâlikin adaşı olan bir kimsenin hüviyetinde, şahsında olmuş ve gerek gayrimenkulün mirasçılara miras yoluyla intikali gerekse mirasçılar tarafından Rıfkı'ya yapılan temlik sözü geçen ilk yanılmadan doğan hâdiseler zincirinin daha sonraki halkalarından ibaret kalmıştır. Bu mahiyetteki bir yanılmanın iyiniyete dayansa da 931. maddenin tatbikini gerektirmeyeceği ve iktisabı muteber saymağa yetmiyeceği yukarda izah edilmiştir.

Gerçi Rıfkı, mirasçılar lehindeki sicil kaydının doğru olduğunu zannediyor ve onlardan aynı hak iktisabında bulunurken bu kayda

da güveniyordu; fakat onun bu güveni, 931. maddenin asıl ruhunu ve felsefesini teşkil eden «tapu sicilinde ne yazılı ise doğrudur» tarzında bir düşünceden doğmuyor, belki bu yazımdan önceki durum hakkındaki hatalı kanaatinden, hak sahibi olmıyan adaş Eyüp Sabri'-yi mâlik zannetmesinden ileri geliyordu. Diğer söyleyişle Rıfki'nın ruh haleti tahlil edilirse onun, «mâdem ki mirasçılar tapu sicilinde kayıtlıdır, o halde onların hakikaten mâlik olduklarına inanabilirim» yolunda bir muhakemeye hareket ettiği asla söylenemez. Halbuki 931. maddenin koruduğu iktisaplar ancak böyle bir muhakemeye ve düşünceye dayanan iktisaplardır. Hâdisede ise Rıfkının ruhi hayatında iktisap vakiasına esas teşkil eden illiyet zemini, mirasçılar adına mevcut kayıttan önceki bir safhada kurulmuş ve artık adı geçen şahsın kütükteki kaydı doğru zannettiği için ve sırf bu noktada yanılarak iktisapta bulunduğunu söylemeğe imkân kalmamıştır.

*Vardığımız netice şudur:*

931. madde, iyiniyete dayanan bütün yanılmaları değil, sadece tapudaki yanlış kaydın sebebiyet verdiği yanılmayı gözönünde tutmuş ve ancak bu takdirde üçüncü şahsın iktisabını muteber saymıştır. Rıfki'yı yanılta sebep ise mirasçılar lehindeki kayıt olmadığı gibi onların murisi lehindeki bir kayıt da değildir; zira muris lehinde bir kayıt esasen yoktur. Bu durum karşısında biz, Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesinin 1946 tarihli kararda açıkladığı içtihadı hatalı buluyor ve Rıfki adındaki şahsın iktisabını korumaya imkân göremiyoruz.

Doc. Dr. Selâhattin Sulhi TEKİNAY

## 2 — Borçlar Hukuku

1. *Yabancı uyruklu sigortalıların 6900 sayılı kanununun 52/II. maddesinden doğan alacaklarının BK. 66 daki zamanasını süresine tâbi tutulması*, (YHGK., 7.9.1960 - 4/268-233 — Ad. Der. 1961, Sy. 1/2, 184 den).

Yukarıdaki karar, 13.2.1957 tarih ve 6900 sayılı «Malûliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanunu» nun 52. maddesinin ikinci

fıkrasında yabancı uyruklu (tabaalı) sigortalılara tanınmış bulunan hakkın ne kadar zamanda zamanaşımına uğrayacağı sorusunu isabetli bir şekilde cevaplandırmaktadır. Gerçekten, yabancı uyruklu sigortalıların 5417 sayılı kanuna göre ödedikleri ihtiyarlık sigortası primlerinden doğan haklarını bir sebepsiz zenginleşme alacağı telâkki etmek ve ona uygun zamanaşımı süresine bağlamak yerinde olur. Çünkü yabancı uyruklu sigortalı, sigorta primlerini müstakbel bir alacağın (yani Sigorta Kurumunun ilerde ödeyeceği ihtiyarlık sigorta tazminatı alacağının) ifası gayesiyle yerine getirmiştir. Fakat 6900 sayılı kanun, yabancı uyruklu kimseyi sigortalı olmaktan çıkardığı için kendisine ihtiyarlık sigortası alacağının ifası imkânsızlaşmıştır. Bu durumda yabancı uyruklu sigortalı, ancak BK. 66 daki bir yıllık süre içinde 5417 sayılı kanuna göre ödediği ihtiyarlık sigortası primlerini geri isteyebilir, (Sebepsiz zenginleşme için, bk. Kenan Tunçomağ, B. H. Dersleri, I, İst. 1960, 359).

2. *Ceza Mahkemesinin verdiği beraat kararının hukuk dâvasına tesiri* (Y3HD., 28.6.1960 - 4616/3836 — Ad. Der. 1961, Sy. 1/2, 187 den).

Yukarıdaki Yargıtay kararı ceza mahkemesinden verilmiş beraat kararlarının hangi ölçüde hukuk dâvasına tesir edebileceği hususuyla ilgilidir. Kararda, ceza mahkemesinin beraat kararlarının hukuk yargıcını bağlamıyacağı belirtilmekle beraber, beraat kararının dayandığı maddî vakıaların hukuk yargıçlığınca aksinin kabulüne kesin hüküm (muhkem kaziye) esaslarının engel bulunduğu ve beraat kararının rotun çıkması, firenin tutmaması ve yolun meyili olması gibi sebeplerle doğan sür'at sonucu vasıtanın devrilmesi vakıasına dayandığı mucip sebepleriyle, hukuk yargıcının bu kararla bağlı bulunduğu tesbit edilmektedir.

Bu karar isabetli değildir. Çünkü her şeyden önce (... verilen beraat kararının dayandığı maddî vakıaların hukuk yargıçlığınca aksinin kabulüne muhkem akziye esaslarının engel bulunduğu...) söylenemez. Gerçekten, muhkem kaziyeden bahsedebilmek için tarafların, dâva sebebinin ve dâva konusunun (müddeabihin) aynı olması gereklidir. Hâdisemizde taraflar ve dâva sebebi aynı olmakla birlikte, dâvanın konusu farklıdır. Çünkü ceza dâvasının konusu, yani ceza dâvası ile elde edilmek istenilen sonuç, şoförün cezalandırılması; halbuki hukuk dâvasında şoförün tazminat ödemeğe mahkûm edilmesi istenmektedir. Zaten BK. muzun 53. maddesi de söz konusu edilmesi istenmektedir. Zaten Borçlar Kanunumuzun 53. maddesi de belirtilen durumda kesin hüküm itirazının söz konusu

olamayacağı esasından kuvvet almaktadır. Sonra, BK. 53, hukuk yargıcının, ceza mahkemesinin beraat kararıyla bağlı olmadığını açıkça tesbit etmektedir. Bu sebeple, hukuk yargıcı ceza mahkemesi kararının mevcudiyetine rağmen, vakıaların takdirinde tamamen serbesttir. Çünkü Medenî Hukuktaki kusur mefhumu, ceza hukukundakinden farklıdır. Gerçekten, medenî hukukta ölçü daha dar, yani objektif yönden tenkid edilebilir (tadelnswürdig) bir hareket dahi medenî hukuk yönünden kusurlu sayılabilir. Maamafih, hukuk yargıcının önemli sebep olmadıkça, ceza mahkemesi kararından ayrılmayacağı pek tabiidir, (Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, Zurich 1958, 135/136; K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku Dersleri I, İstanbul 1960, 313/314). Ceza mahkemesinden verilmiş mahkûmiyet kararlarında da, kaide olarak, durum aynıdır. Yalnız, son durumda ceza mahkemesi kararı fiilin o kimse tarafından yapıldığını yahut haksız olduğunu tesbit etmişse, hukuk yargıcının da bu tesbitle bağlı olduğunu kabul gerekir, (Tuhr/Sieewart, Allgemeinen Teil Des Schweizerischen Obligationenrecht I, Zurich 1942, § 48 III; Tunçomağ, 314).

3. *Haksız fiil dâvasında ödenecek tazminata mahrum kalmanın kârın da eklenmesi*, (Y3HD., 14.6.1960 - 4268/3494 — Ad. Der. 1961, Sy. 3/4, 340 dan).

Kararda da haklı olarak belirtildiği gibi, dâvacı, kendisini döven dâvalılara karşı açtığı ceza dâvasını takip için çalışmadığı günleri karşılayan bir tazminat istemeğe yetkilidir. Çünkü tazminatın arada uygun bir illiyet rabıtası bulunmak şartıyla, haksız fiilin bütün zararlı sonuçlarını içine alması zarurîdir. Şu halde haksız fiilin doğrudan doğruya sebebiyet verdiği zararlar yanında, diğer durumlardan doğan zararlar dahi tazmin ettirilebilecektir, (Bk., K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku Dersleri I, İstanbul 1960, 293, 3).

Hâdisemizde doğrudan doğruya zarar, dâvacının dövülme sebebiyle yaptığı tedavi masraflarıdır. Buna karşılık, onun ceza dâvasını takip için işinden ayrılması, halin mutad cereyana ve mutazarrırın aldığı tedbirlere nazaran beklenen bir kârın kaybedilmesi (BK. 42/II) sonucu uğranılan zarardır. Bu ikinci zararlar dövülme fiili arasında da uygun illiyet bulunduğu, yani dâvayı takip için işten kalma sonucu, umumî hayat tecrübesine olayların tabii akışına ve objektif ihtimale göre dövme fiiline bağlanabildiği için hükmedilecek tazminatın çevresine girecektir. Yargıtayımızın da belirttiği

gibi, işten kalma sebebiyle uğranılan zara mahkeme masrafları içine girmez. Çünkü ceza mahkemesi kararıyla tesbit olunan mahkeme masrafları, CMUK. da bir sarahat olmamakla birlikte, Devlet tarafından yapılmış ve dâvanın görülmesi için zarurî masrafları karşılar. Zaten hukuk mahkemelerince hükmolunacak mahkeme masrafları içinde de tarafın mahkemede kaldığı günlere ait işten kalma tazminatı yer almaz. Gerçekten dâvada taraf olan kimse, HUMK. 423/bent 6 ya göre sadece dâva sebebiyle yaptığı seyahat ve ikamet masraflarını isteyebilir.

4. *Haksız fiillere cezai zamanaşımının uygulanması*, (Y3HD., 3.11.1960 - 7005/5851 — Ad. Der. 1961, Sy. 3/4, 351 den).

Haksız fiiller çoğu zaman ceza hukuku yönünden de bir suç teşkil eder ve faili cezalandırılır. Bu itibarla, BK. muz bu vasıftaki bir fiil hakkında cezai yönden takip mümkün bulunduğu sürece, haksız fiillere has zamanaşımı süresi geçmiş olsa da, tazminat dâvası açılabilmesini kabul etmiştir, BK. 60/II. Yukardaki kararda, bir öküzün öldürülmesi sebebiyle ve bir yıllık hukuki zamanaşımı geçtikten sonra açılmış bir tazminat dâvası söz konusudur. Kararda haklı olarak belirtildiği gibi, BK. 60/I deki bir yıllık süre geçmiş olmasına rağmen tazminat dâvasının görülmesi zarurîdir. Çünkü Ceza Kanunumuzun 521. maddesine göre başkasının bir hayvanını (hâdisemizde öküzünü) öldürmek dört ay hapsi gerektiren bir suçtur. Ve yine aynı kanunun 102. maddesinin 4. bendine göre, bu suç ancak beş yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Hattâ ceza hukukundaki zamanaşımının uygulanabilmesi için failin cezaya mahkûm edilmesi de aranmaz. Fiilin cezayı gerektirmesi yetişir. Maamafih, ceza mahkemesinden beraat kararı verilmişse, o takdirde, cezai zamanaşımı uygulanmaz, (K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku Dersleri I, İstanbul 1960, 315, c).

5. *Manevî tazminat*, (Y3HD., 30.12.1960 - 8667/7010 — Ad. Der. 1961, Sy. 5, 505 den).

Yargıtayımız bu kararında, genç bir kız olan dâvacı ile ilgisi bulunduğu Hasan adındaki bir kişiyi inandıran ve O'nun bu kanaatini takviye için genç kıza ait bir fotoğrafı, başkalarının yanında aynı şahsa veren ve bütün bunları bir menfaat sağlamak için yapan dâvalıyı, olayın küçük bir muhitte yapılmasını gözönünde tutarak, manevî tazminata mahkûm edilmesini tasdik etmiştir.

Bu karar iki yönden isabetli bulunmaktadır. Önce, Yüksek Mahkememizin dilimize yanlış çevrilmiş bulunan BK. muzun 49. maddesini aslına uygun surette anlaması ve öylece uygulaması çok yerinde olmuştur. Çünkü BK. 49/I deki yanlışlık çok önemlidir; zira hem (kusur) terimi maddemize yanlışlıkla (hata) şeklinde geçirilmiş ve hem de İBK. 49 daki «tecavüzün özel ağırlığı» ifadesi alınmamıştır. Yargıtayımız yukarıdaki kararında maddenin aslını gözönünde tutmakla, kanunlarımızın yorumlanmasında, kendi metinlerimiz yanında asıllarına da bakmak gerektiğini açıklayan 28.11.1945 gün ve 6365 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile, aynı mahiyetteki 29.9.1950 gün ve 4/10 sayı ve 27.3.1957 gün ve 1/3 sayılı içtihadı birleştirme kararlarına uygun yeni bir örnek vermiştir. Sonra, Yargıtayımızın kararında hâdiseye BK. muzun 49. maddesinin uygulanması da doğrudur. Çünkü adı geçen maddenin uygulanabilmesi için gerekli birinci şart, tecavüzün ağır olmasıdır. Tecavüzün ağır sayılması için de ya tecavüz edilen şahsi menfaatin büyük olması veya tecavüzün olağanüstü şiddette yapılması gerekir, (Oser/Schönenberger, Kommentar Zum Schweiz. OR., Zurich 1932, md. 49, N. 9). Olayda büyük bir şahsi menfaate, yani genç bir kızın şeref ve haysiyetine tecavüz edilmektedir. Hele bu tecavüzün dar bir çevrede yapılması onun ağırlığını bir kat daha arttırmaktadır. Adı geçen maddenin uygulanabilmesi için gerekli ikinci şart, ağır bir kusurun, yani kast veya ağır bir ihmalin mevcudiyetidir. Olayda, dâvalı, berber Hasan adındaki kimseden istediği parayı almak için, ona herhangi bir surette eline geçirdiği dâvacının fotoğrafını vermekle kasdı bir şekilde hareket etmiştir. Çünkü genç bir kız olan dâvacıya ait fotoğrafı bir menfaat karşılığında üçüncü kişiye veren dâvalının, hukuka aykırı bir sonucu yani bir genç kızın şeref ve haysiyetine tecavüzü istediğinden (vasitasız kast = dolus directus) veya hiç değilse, fiilinin hukuka aykırı bir sonuç doğurmasını istememekle birlikte, bu hukuka aykırı sonucu gözönünde tutarak fiili icra, yani fotoğrafı verdiğinden (ihtimâli kast = dolus eventualis) şüphe edilemez, (Bk., K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku Dersleri, 1961, 281/282).

6. *Haksız fiillerde zamanaşımı süresinin başlangıcı*, (Y4HD., 22.5.1959 - 1166/3740 — Ad. Der. 1961, Sy. 6, 604/605 den).

BK. 60 göre, haksız fiillere dayanılarak açılacak bir tazminat dâvası, kaide olarak, bir yılda zamanaşımına uğrar, (diğer zaman-

aşımı süreleri incelediğimiz olayla ilgili bulunmadığından üzerinde durmuyoruz). Bu bir yıllık sürenin yürümeğe başlaması için de dâvacının zararı ve ona sebep olanı öğrenmesi zaruridir. İncelediğimiz kararda, dâvacı dâvalıya karşı tapu kaydının düzeltilmesi dâvası açmış ve bu dâvayı kazanmıştır. Fakat dâvalı bu arada haksız kayıttan faydalanarak gayrimenkulü bir üçüncü kişiye devretmiş ve dâvacının bu üçüncü kişiye karşı açmış olduğu dâva da onun hüsnüniyetli olması sebebiyle reddolunmuştur. Bu durumda, fail önceden bilinmekle birlikte, zarar yani mülkiyet hakkının kaybı, ancak üçüncü kişiye karşı açılmış dâvayı reddeden mahkeme kararının kesinleştiği tarihte öğrenilmiştir. Bu itibarla, Yüksek Mahkememizin zararı öğrenme tarihi olarak, dâvacının üçüncü kişiye karşı açtığı dâvayı reddeden mahkeme kararının kesinleştiğini öğrendiği anı esas olması çok isabetlidir.

Doc. Dr. Kenan TUNCOMAĞ

7. *Tarafların anlaşması ile akdin feshi - İfa edilmiş edimlerin istirdadı dâvasında zamanaşımı.*

Tarafların anlaşması ile akdin feshi halinde, akit uyarınca ifa edilmiş edimlerin istirdadı dâvasının tâbi olacağı zaman aşımının ne olacağı Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 6.12.1960 gün, E. 7583/K. 6505 sayılı kararına (Adalet Dergisi, Yıl 52, Sayı 5, Mayıs 1961, s. 498) konu teşkil etmiştir.

Karardan, ilk mahkemenin, bir senelik zamanaşımını aldığı anlaşılmaktadır. Gerekçesi anlaşılmamakla beraber, mahkemenin BK. m. 66 yı tatbik etmiş olduğunu söylemek mümkündür.

Yargıtay ise, bu halde, istirdat dâvasının BK. m. 108 e dayandığı ve bu sebeple BK. m. 125 gereğince 10 senelik zaman aşımının tatbik edilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır. Gerçekten kararda aynen «*akdî münasebetin tarafların rızasıyla bozulması halinde dâvacı işletmenin peşin verdiği maaşın Borçlar Kanununun 108. maddesi uyarınca istirdadı gerektiği ve istirdat hakkının sözü geçen 108. maddeden tevellüt ettiği ve bu itibarla dâvanın 10 senelik zamanaşımına tâbi bulunduğu gözönünde tutularak zamanaşımı aef'inin reddi gerekli ilcen bunda zuhul edilerek dâvanın bir senelik zamanaşımına tâbi olduğundan bahisle yazılı şekilde reddine karar verilmesi yolsuz...» dur.*

Halbuki Yargıtayın gerekçesinden hareket edildiği takdirde BK. m. 66 daki zamanaşımının uygulanması gerekirdi. Zira, şayet Yargıtayın kabul ettiği şekilde, tarafların anlaşması ile akit feshedildiği zaman BK. m. 108 hükmü uygulanırsa, bu maddede düzenlenen istirdat dâvası, vücudu nihayet bulmuş bir sebebe dayanan haksız iktisap dâvası (Condictio ob causam finitam) mahiyetinde olduğu (BK. m. 61) cihetle BK. m. 66 da düzenlenen zamanaşımı uygulanmak gerekir. BK. m. 108 bakımından bu husus von Tuhr tarafından da açıkça belirtilmiştir (Bk. von Tuhr, Borçlar Hukuku, Terc. Cevat Edege, İst. 1953, § 73 VII, s. 675 ve not 100).

Fakat asıl üzerinde durulması gereken nokta, iki tarafa borç yükleyen akitlerde taraflardan birinin borçlu temerrüdüne düşmesi sebebiyle diğer âkit tarafından akdin makale şâmil surette feshinin neticelerini düzenleyen BK. m. 108'in, tarafların anlaşması ile akdin feshine ne derece uygulanabileceğini tayindir. Yargıtayın, bu noktayı hiç münakaşa etmeksizin, hattâ BK. m. 108'i kıyasen tatbik ettiğinden dahi bahsetmeksizin sözü geçen hükmü uygulamaması ve üstelik bunun gerektirdiği sonuca da varmaması tasviple karşılanamaz.

Kaldı ki, tarafların anlaşması ile akdin feshi halinde, BK. m. 108 deki gibi, istirdat hakkının haksız iktisap (Condictio ob causam finitam) kaidelerine tâbi olmadığı, iade borcunun, akdi sona erdiren anlaşmanın neticesi olduğu, borç rabıtasını ortadan kaldıran anlaşmanın, alınan şeyin iadesi taahhüdünü hiç değilse zımnen ihtiva ettiği kabul edilmek gerekir (Bk. von Tuhr, a.g.e., § 74, III, 2, s. 687). Bu takdirde iade borcu BK. m. 66 daki zamanaşımına değil BK. m. 125 deki zamanaşımına tâbi olacaktır.

Şu halde Yargıtay doğru bir neticeye varmış, fakat yanlış bir gerekçeye dayanmıştır.

#### 8. *Asıl borcun ödenmesi - Faiz talep etme hakkının durumu.*

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 25.9.1960 gün ve E. 5791/K. 4846 sayılı kararı (Adalet Dergisi, Yıl 52, sayı 3-4, Mart - Nisan 1961, s. 343) ile, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi de 22.6.1961 gün, E. 2155/K. 2711 sayılı kararı (a.g. Dergi, sayı 7-8, Temmuz - Ağustos 1961, s. 792) ile BK. m. 113/II bakımından iki prensibi belirtmektedirler.

1 — Birinci kararda, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, alacaklının evvelce işleyen faizleri talep hakkının mahfuz bulunduğunu beyan etmeksizin asıl alacağı tahsil etmesi halinde, işlemiş faizlerin sukut

etmiş sayılmasının ancak alacaklının bu faizlerden vazgeçme yetkisi bulunmasına bağlı olduğunu belirtmektedir. Gerekçe olarak BK. m. 113/II de yer alan «Evvelce işliyen faizleri talep hakkının mahfuz bulunduğu beyan edilmiş veya hal icabından neşet etmiş olmadıkça bu faizler talep olunamaz» hükmünün, alacaklının *zımnen faiz alacağından vazgeçmiş* olduğu prensibine dayandığını ileri sürmüştür. (Aynı kanaat için bk. von Tuhr, a.g.e., § 10, s. 67, not 24).

Bu prensibin bir neticesi olarak da, Hazinesinin alacaklarından vazgeçme salâhiyeti belli şartlara bağlanmış olduğu cihetle, bu şekil ve şartlar gerçekleşmedikçe Hazineye yapılan tediye için BK. m. 113/II deki faraziyenin yürümiyeceği neticesine varılmıştır.

Aslında bu durumun, sözü geçen fıkrada bahis konusu olan «halin icabından neşet eylemekte» bulunduğunu kabul etmek daha doğru olur.

2 — İkinci kararda, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, faiz talebiyle dâva açan alacaklının dâva ederken, asıl edimi tahsil etmesi halinde, BK. m. 113/II nin uygulanamayacağını kabul etmektedir. Gerekçe olarak, ortada faiz hususunda dâvanın mevcut bulunması gösterilmiştir.

Bize, bu gerekçe tatminkâr gözükmemektedir. Zira gerekçe olarak kullanılan dâvanın mevcudiyetini devam ettirmesi keyfiyeti, faiz alacağının sukut etmemiş olmasına bağlıdır. Eğer faiz alacağı sukut etmişse artık dâva da sona erecektir. Binaenaleyh dâva esnasında asıl edim ifa edilmiş olmasına rağmen faiz alacağının devamı da ancak «halin icabı» na dayanılarak haklı gösterilebilir.

#### 9. Para borçlarında Cezai Şart - İctihadi Birleştirme kararı hükmü.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 22.2.1960 gün ve E. 59-3257/K. 2107 sayılı kararında, para borçlarının ödenmesindeki gecikme için cezai şart kararlaştırılmasının muteber olduğunu kabul etmiştir. (Adalet Dergisi, Yıl 52, sayı 5, Mayıs 1961, s. 526).

Halbuki, Yargıtayın daha evvelce verilmiş kararlarında para borçlarının ödenmesindeki gecikmenin temerrüt faizini gerektireceği cihetle cezai şart taahhüt edilmesinin hükümsüz olduğu kabul edilmekte idi (HGK. 16.7.1930, HGK. 16.3.1938, 3. HD. 16.1.1938, 4. HD. 22.12.1947 tarihli kararlar için bk. Akar Öcal, Para Borçlarındaki Cezai Şart Hakkında Yargıtay'ın Görüşleri, a. g. Dergi, s. 525-526). Bu netice doktrinde haklı olarak tenkit edilmişti (Bk., Kenan

Tunçomağ, Cezai Şart, Daktilo edilmiş doktora tezi, İst. 1955, s. 21; Necip Bilge, Para Borçlarında Cezai Şart, Mukayeseli Hukuk Dergisi, Yıl 2, sayı 3, s. 105-110).

Her ne kadar, temerrüt faizi de tıpkı cezai şart gibi, zararın isbatına lüzum göstermeksizin talep edilmesi itibarile benzer bir gaye takip ederse de (Bk. von Tuhr, a.g.e., § 73, s. 665 ve § 87, s. 821, not 5), bu faiz temerrütten meydana gelen zarar dolayısıyla istenebilecek tazminatın azami değil, asgari haddini teşkil eder. Binaenaleyh sözü geçen faizi aşan bir cezai şart kararlaştırılmasına bir engel yoktur.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1960 tarihli yeni kararı ile bu isabetli hal tarzını kabul etmiştir. Fakat evvelki kararlarla bir içtihat uyumsuzluğu ortaya çıktığı cihetle İçtihadı Birleştirme Kararına gitme zarureti ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Doç. Dr. Kemal OĞUZMAN

### 3 — Hukuk Muhakemeleri Usulü

«HUMK. m. 110 gereğince mahkemeden ihtiyatî tedbir kararı almış bulunan bir kimse bu karar yüzünden diğer tarafın ve üçüncü kişilerin uğradıkları zararları kararın haksız olması halinde tazmine borçludur. Kararın burada, kusuru tazminatın şartları arasında saymış değildir. O halde bu tazminat alacağı kusursuz mes'uliyet esasına dayanmaktadır. Nitekim İHK. m. 259 da ihtiyatî tedbirin özel bir şekli olan ihtiyatî haciz sebebiyle dahi kusursuz mes'uliyet esasını kabul edilmiştir. Mahkemenin, ihtiyatî tedbirin haklı olup olmadığını yani ihtiyatî tedbirle korunmak istenilen hakkın gerçekten mevcut olup olmadığını ve uygun sebep ve netice bağı esasına göre ihtiyatî tedbir kararının yerine getirilmiş olması yüzünden tazmini istenilen zararların doğmuş bulunup bulunmadığını inceleyerek ve HUMK. m. 110 hükmünü de gözönünde tutarak varacağı netice gereğince hüküm kurması gereklidir.» (HGK., 4.5.1960, E. 4/29, K. 214, Ad. Der. 1961, sayı 1-2, s. 179).

#### *Kararın incelenmesi:*

Esas itibariyle gerek akdi ve gerekse haksız fiil sorumluluğu, Türk - İsviçre Borçlar Kanununda kusur esasına dayanır. Fakat bazı istisnalar bu prensibin dışındadır. Meselâ, BK. 54 ve 58. maddedeki sorumluluk faraziyelerinde kusur aranmaz. Bu istisnaların bir kısmına da Usul hukuku ve İcra-İflâs hukukunda rastlanabilir.

Bizzat gerek Usul Kanunları veya gerekse İcra İflâs Kanunları bazı faraziyelerde genel sorumluluk prensibinden ayrılmak lüzumunu duymuşlardır. Nitekim bu istisnanın bir örneğini, İcra-İflâs Kanunumuzun 259. (Sch. KG. 273) maddesinde görmekteyiz. İhtiyati haciz isteğinde bulunan alâkalı, haciz isteğinde haksız çıktığı takdirde, borçlunun veya üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları bütün zararlardan mes'uldür. Nitekim, bunların karşılamak üzere de kendisinden başlangıçta bir teminat alınır (İİK. 259/I). Burada kanun maddi tazminat mükellefiyeti için ihtiyati haciz talebinde bulunmuş olan şahsın kusurunu aramamıştır. Nitekim, yukarıda kısaca özetlediğimiz temyiz mahkemesi kararı da aynı içtihatta bulunmuştur. İhtiyati haciz kararı almış olan şahıs, kusurlu olmasa dahi, bizatihi bu tedbirin alınması ile meydana gelen zararlardan sorumlu olacaktır. Kanun koyucunun bu şekilde bir tanzim tarzına iltifat etmesi, haklı görülebilir. Zira bu çeşit bir tedbir, bizzat ve yalnız talepte bulunan şahsın menfaatlerinin korunmasına hizmet etmekte ve buna hizmet etmek yanında da tedbir ile ilgili olan şahısların menfaatlerini çok büyük ölçüde tehlikeye sokmaktadır. İşte bu sebeple, bu özel durum kusura bağlı olmayan bir sorumluluk esasının tanzimini haklı göstermeğe kâfi gelmektedir (BGE. 47, II, 472). Buradaki sorumluluk ne mukaveleden ve ne de haksız fiilden doğmaktadır. Bu sorumluluk bizzat, kanundan neş'et etmektedir (Obligatio ex lege) (Leuch, Art. 332, 3).

İhtiyati haciz, Usul Kanunumuzda tanzim edilen (HUMK. 101-113) ihtiyati tedbirlerin (einstweilige Verfügungen: vorsorgliche Massnahmen) hususî bir şeklidir. Nitekim yukarıdaki temyiz kararı da bunu doğru bir şekilde tebarüz ettirmiştir. İhtiyati tedbirlerin çeşidi oldukça farklı olabilir. Nitekim Usul Kanunumuz bazı ihtilâf-iar bakımından tedbirin çeşidini göstermesine rağmen (HUMK. 101 özk. ayrıca MK. 920 ve MK. 921), 103. maddesinde ise, hâkime diğer müşahhas durumlarda alınacak tedbirler meselesinde geniş takdir hakkı vermiştir.

Acaba ihtiyati haciz dışında alınmış olan bir tedbir kararı haklı bir sebebe dayanmıyorsa, tedbiri talep etmiş olan şahsın sorumluluğu (diğer taraf ve üçüncü şahıslar karşısında) kusura bağlı mıdır? Yoksa kusursuz olsa dahi meydana gelen zararlardan sorumluluğu var mıdır? İhtiyati tedbirler ile, ihtilâfın halen konusu olan veya olacak olan bir şeyin, dâvanın devamı süresince herhangi bir değişmeye maruz bırakılması önlenir. İhtiyati tedbir talepte bulunan için bir muvakkat himaye şeklidir. Bu bakımdan da tedbire hükmedecek

olan hâkim, tedbirin dayandığı hak hakkında esaslı tetkikata girişmeksizin sadece sathi sayılabilecek bir araştırma ile karar verir. Bu bakımdan da, esas hakkındaki dâva sonunda bu hakkın aslında mevcut olmadığı meydana çıkabilir. İşte bu süre esnasında, bu hakkın varolduğu kabul edilerek aleyhine tedbir alınmış olan şahsın çeşitli şekilde zararlara düçar olması mümkündür. Acaba bunları hangi şartlarla tazmin ettirmek gerekecektir?

Usul Kanunumuz 110. maddesinde tedbir talebinde bulunanın bu talebinde haksız çıkması halinde, bundan zarar görenlerin zararlarına karşılık olmak üzere bir teminat (Kaution) iraesı mecburiyetini vazetmiştir. Bu hüküm ile üçüncü şahıslarla birlikte karşı tarafın da bir zarara düçar olması ihtimali vârit görülerek, işte bu muhtemel zararların karşılanması için, teminat göstermek mecburiyeti vazolunmuştur.

Yukarıda da söylediğimiz gibi, esas hak bakımından açılmış olan dâva menfi sonuçlanınca, daha başlangıçta almış olduğumuz ve bu hakkın varlığı faraziyesine dayandırdığımız ihtiyati tedbir kararının gerçek hak durumuna uymadığı ortaya çıkmış olmaktadır. Tedbirin dayandığı hakkın varlığı halinde, herhangi bir sorumluluk mevzubahis olamaz. Fakat esas hakkındaki dâva neticesi, bu dâvanın konusu olan talep hakkının mevcut olmadığı kesin olarak sabit olursa, önceden istihsal edilmiş olan tedbirin haksız olduğu ve tedbir almış olan kimsenin bu muvakkat himayeye dahi lâyıık olmadığı ortaya çıkmıştır. İşte Usul Kanunumuzun mes'uliyet hükümleri bu faraziyelerde yürümek gerekir.

Şunu belirtmemiz gerekir ki, Usul Kanunumuz 110. maddesinde ihtiyati tedbir almış olan şahsın, doğan zararlardan mes'uliyeti ile ilgili olmak üzere açık esaslar ihtiva etmemektedir. Bu madde talepte bulunan şahsın sorumluluğunun mevcudiyeti hakkında dolayısıyla bir işaret taşımaktadır. Bu bakımdan acaba tazminat dâvasının esasları ne olmak gerekir?

Bu faraziyede de sorumluluk tıpkı ihtiyati haciz faraziyesinde olduğu gibi, objektif mi olmalıdır? Yoksa kusura mı bağlı olmalıdır? Bahsi edilen temyiz mahkemesi kararı bu iki tedbir şekli arasında bir ayırım yapmayarak, her ikisinde de maddi tazminat sorumluluğunun kusura bağlı olmadığını belirtmektedir.

İsviçrenin bazı kanton usul kanunlarında bu sorumluluğun kusura bağlı olmadığı açıkça zikredilmiştir (bkz. Bern ZPO. 332 ve ayrıca Guldener( s. 389, not 35 'de zikredilen kanton usul kanunları). Fakat İsviçre doktrininde temsil edilen bir fikre göre, ihtiyati

tedbir kararının verilmesi kanunen bir teminatın iraesine bağlı tutulmuş olsa bile, Sch. KG. 273/IIK. 259 'daki gibi açık bir hüküm bulunmadıkça ihtiyati tedbir neticesi doğan zararlardan sorumluluğu kusur prensibinden varestede tutamayız. Kanunda mücerret teminat mükellefiyetinin derpiş edilmiş olması, tazminat mükellefiyetinin kusur olmasa dahi mevcut olduğu şeklinde bir istidlâle cevaz vermez (Guldener, s. 389, ve not 35). Nitekim Usul Kanunumuz tamamıyla bu fikrin ifade ettiği durumdadır. Fakat bu fikir bize doğru görünmemektedir. İhtiyati hacizde kusursuz mes'uliyet fikrini inşaaya yarıyan bütün gerekçeler, ihtiyati tedbir faraziyesinde de zaynen mevcuttur. Nitekim İsviçreli şarih Leuch, buradaki sorumluluğu tıpkı ihtiyati haciz faraziyesinde olduğu gibi, haklı olarak kusura bağlı saymamaktadır (Leuch, Art. 332, 3). Temyiz kararı da aynı düşüncededir. Federal Mahkeme de bu faraziyeler için kusuru zarurî saymamaktadır (BGE. 47, II, 472-473).

Bu sebeplerle, eğer talep edilen ihtiyati tedbir kararının ilişkin olduğu talep hakkı, mevcut değilse veya tedbir alındığı esnada muaccel değilse, tedbiri talep etmiş olanın kusurunun var olup olmadığına bakmaksızın onu, kendi fiili ile doğmuş olan bu zararlardan sorumlu tutmak gerekir. Alman hukukunda da ihtiyati haciz ile ihtiyati tedbirler aynı sırada ve aynı şekilde muameleye tâbi tutulmakta ve bunların başlangıçtan beri haklı bir sebebe dayanmaması halinde, ZPO. § 945 'den doğan tazminat mükellefiyetinin kusura bağlı olmaksızın doğacağı kabul edilmektedir (Rosenberg, § 213, IV).

Dâva ikamesinden önce veya dâva ikamesi ile birlikte ihtiyati tedbir kararı alan şahıs, açılmış olan veya sonradan açtığı dâvada haksız çıkarsa, yani onun, ihtiyati tedbirin dayandığı maddî hukuka ilişkin bir talep hakkına sahip olmadığı tesbit edilirse, artık haklı bir sebebe dayanmayan ihtiyati tedbir kararı yüzünden zarar gören kimseler tazminat dâvası ikame edebileceklerdir. Bu dâvada hâkim, ihtiyati haciz veya tedbirin dayandırıldığı talep hakkının varlığı veya yokluğu bir dâva neticesinde kesin olarak tesbit edilmiş olduğundan, artık bu tesbitlerle bağlıdır (Rosenberg, § 213, IV, 1 a). Tedbir kararı, dâvadan önce alınmış olup ta, Usul Kanununun dâva açmak için tayin ettiği süreye (HUMK. 109) riayetsizlik sebebiyle, ihtiyati tedbirin kendiliğinden ortadan kalkması halinde, aleyhine tedbir alınmış olan şahsın da dâva hakkı var mıdır? Bu konuda doğru olmayarak, henüz tedbirin haklı olarak alınmış olup olmadığı sabit olmadığından, onun dâva açmak hakkının olmadığı kabul edilmekte

ise de (Leuch, Art. 332, 3), bize göre, aleyhine tedbir alınmış olan şahsa bu faraziyyede de dâva hakkı tanınmalıdır. Bu durumda, tazminat dâvası içinde; tedbirin dayandığı talep hakkının da gerçekten mevcut olup olmadığı araştırılarak, mevcut değilse (menfi tesbit), tazminata hükmedilecektir. Nitekim, incelediğimiz karar bu düşünceye temayül eder şekildedir. Fakat tazminat dâvasından önce, tedbirin dayandığı maddî talep hakkının yokluğu tesbit edilmişse, bu meselenin tazminat dâvasında ayrıca tetkik konusu yapılmaması gerekir.

İhtiyatî tedbir kararının haksız olması halinde ödenecek zararlar içine neler girer? İncelediğimiz karar, uygun illiyet bağı bulunan zararların tazmininden bahsetmektedir. Bu zararlar, gerek alınmış olan tedbirin icrasından ve gerekse tedbirin icrasını durdurmak veya tedbirin kaldırılmasını sağlamak için eda edilen (HUMK. 111) teminat sebebiyle meydana gelenlerdir (bkz. açıkça, ZPO. § 945/son fıkra). Gerçi Usul Kanunumuz aielitlâk zararlar-dan bahsediyorsa da, Alman kanununun çözüm tarzı bizim hukukumuzda da cârî olmak gerekir. İncelediğimiz karar, tedbir kararının icrasından mütevellit zararların ödenmesinin dâva edileceğini ifade etmektedir. Bu, ödenecek zararların çevresi bakımından bir tahdidi tazammun etmemelidir.

İhtiyatî tedbir kararının haksız olduğu esas talep hakkında verilen karar ile sabit olmuşsa, HUMK. 110, madde gereğince tedbir talebinde bulunmuş olandan alınmış olan teminat hemen iade edilmemelidir. Bu faraziyyede hâkim, tazminat dâvasının ikamesi için bir süre tayin etmelidir. Bu süre içinde haksız tedbirden dolayı zarar görmüş olan kimseler, maddî tazminat dâvası açmazlarsa, teminat iade edilmelidir (bkz. Bern ZPO. Art. 332). Burada hâkim tarafından tayin edilen süre, teminatın iadesini sağlayacak ise de, bunun iadesine rağmen maddî tazminat dâvası açmak hakkı devam eder (Leuch, Art. 332, 4). Buradaki tazminat dâvası gerçi usul kanunlarından çıkmakta ise de, haksız fiile ilişkin hükümler bu dâvada da uygulanmak gerekir. Meselâ, BK. 60'daki müruruzaman hükmü bu dâvada da cârî olacaktır. Çünkü mahiyet itibariyle bu dâva haksız fiil dâvasına benzeyen bir dâvadır.

\* \* \*

\*Taraflarca ismen ve şahsen hakemlikleri kabul edilmiş olan bu kimselerin vazifeyi kabul etmemeleri veya ölümleri gibi bir sebeple hakemlik vazifesinin

yapılması mümkün olmadığı takdirde tahkim şartı sukut eder. Hâdisede şahsen seçilmiş olan hakemlerin birisi hakemlik vazifesini kabul etmemiştir. Tek hakemle ihtilâfın halli ise taraflarca derpis edilmemiştir. Bu sebeple tahkim şartı sukut etmiş olduğundan dāvaya bakılmak gerekirken hilâfına mütalâa ile dāvanın reddi elhetine gidilmesi yolsuz olduğundan kararın ..... bozulmasına ..... karar verildi.» (T. TD. 19.2.1960, E. 27, K. 564, İst. B. D. 1961, sayı 1-2, s. 47-48).

### *Kararın incelenmesi:*

Hakem anlaşması (Schiedsabrede: Schiedsvertrag) gerek ihtilâf henüz hakemler önüne gelmeden veya ihtilâf çıkıp ta hakemler önüne geldikten sonra bazı durumların ortaya çıkması ile sona erebilir. Hattâ bazı faraziyelerde, henüz ihtilâf ortaya çıkmadan önce de sona ermesi mümkündür. Bu durumları çeşitli faraziyelere göre, mütalâa etmek gerekir.

I — Taraflar gerek hakem mukavelesinde, gerekse tahkim şartında aralarında çıkmış olan veya gelecekte çıkabilecek olan ihtilâfların hangi şahıslar tarafından halledilmesi gerektiğini birlikte olarak tayin edebilirler. Yani onlar hakem mukavelesi veya tahkim şartında muayyen bazı şahısları hakem olarak tayin edebilirler. Bu muayyen şahısların hakem olarak tayini hattâ, taraflar arasında sonradan aktedilen hususi bir anlaşma ile de tesis edilebilir (Leuch, Art. 393, 2). Bundan başka hakem mukavelesinde yer alan muayyen şahıslar, taraflardan birince teklif edilmiş olsa bile, hakem mukavelesinin akti ile diğer tarafın muvafakati de alınmışsa, ortada yine müşterek olarak hakem tayini faraziyesi gerçekleşmiş olur (Leuch, Art. 393, 2). Fakat taraflardan birinin tayin ettiği hakemlerin müştereken seçildiği ileri sürülemez. Bu bakımdan da taraflardan birince tek taraflı olarak tayin edilen hakemlerin statüsü bu faraziyenin dışındadır.

Tarafların hakemleri müştereken ve birlikte tayin ettikleri bu faraziyede: tarafların kasdı, aralarındaki ihtilâfın kendilerince ismen ve şahsen hakemlikleri kabul edilmiş olan şahıslar tarafından halledilmesine matuftur (Leuch, Art. 393, 2). Bu bakımdan da müşterek olarak seçilmiş olan bu şahısların mevzu bahis hukuki ihtilâf ile meşgul olmaları, hakem mukavelesinin esaslı bir şartını teşkil eder (Baumbach/Lauterbach, § 1028, 1). Tarafların ya hakem mukavelesinde, veyahutta tamamlayıcı sonraki anlaşmalarda hakem olarak tayin ettikleri muayyen şahısların, bu sıfatı çeşitli sebeplerle zail olursa durum ne olmak gerekir? Yani hakem anlaşmasının âkîbeti ne olur? Bu konuda açık bir hükme Usul Kanunumuzda

rastlanmamaktadır. Diğer taraftan İsviçrenin kanton usul kanunlarından bir kısmı (bkz. Guldener, s. 591/not 96'da zikredilen kanton kanunları) ve Alman Usul Kanununun 1033. paragrafı, iki tarafın muayyen şahısları hakem olarak tayin etikleri bu faraziyede: Hakemlerden birinin ölümü veya başka bir takım sebeplerle (meselâ, bir memnuiyet sebebinin ortaya çıkması gibi) bu sıfatın kalkması veya tayin olunan bu şahısların hakları olsun olmasın (Baumbach/Lauterbach, § 1033, 2 B) hakemlik görevini deruhte etmekten gerek işi henüz üzerlerine almadan önce ve gerekse üzerlerine aldıktan sonra kaçınmaları halinde (Leuch, Art. 393, 3), mukavelenin meriyetini kaybedeceğini açıkça tanzim etmişlerdir. Bu hükümler mukavele ile hakemlerin müştereken tayin edilmiş oldukları hallerde, sonradan münasebetlerin değişmesini tevlit eden her faraziyede uygulama alanı bulacaktır (Baumbach/Lauterbach, § 1033, 2 A). Meselâ, ismen ve şahsen seçilmiş olan hakemlerden birinin bu işten istifade etmesi veya ona terettüp eden mükellefiyetleri usul ve nizama aykırı olarak sürüncemede bırakması veya uzun süren bir hastalığa düşer olması gibi sebepler de, hakem anlaşmasının sukutunu tevlit edecektir. Hakem anlaşmasının bu özel hallerde sukut etmiş olduğunun kabulü tabii olmak gerekir. Zira, taraflar aralarındaki ihtilâfın bu muayyen şahısların iştiraki ile halledilmesini kastetmişlerdi. Bu iştirak çeşitli sebepler yüzünden sağlanamayınca, hakem mukavelesi tabii ki, meriyetini kaybedecektir (Baumbach/Lauterbach, § 1033, 1). Fakat taraflar hakem mukavelesi veya tahkim şartı ile, ihtilâfın hallini muayyen şahıslara bırakırlarken, bu şahısların sıfatlarını kaybetmeleri veya hakemlikten kaçınmaları halindeki faraziyeler için de hakem anlaşmasının sukutuna engel olmak maksadiyle bazı tedbirler almış olabilirler. İşte bu faraziyelerde, hakem mukavelesinin meriyeti, hakem anlaşmalarında taraflarca ayrıca tanzim edilmiş olan ek tedbirler çerçevesinde devam edecektir. Bu esaslı bazı kanunlar ayrıca zikretmişlerdir (ZPO. § 1033/I; Bern ZPO. Art. 393/1. kısmın ikinci fıkrası). Demek oluyor ki, taraflar hakem mukavelesinin bu özel durumlarda sukutuna alacakları munzam tedbirlerle engel olabilmektedirler. Nitekim incelediğimiz temyiz kararı dahi haklı olarak tarafların sukuta engel olabileceklerine dair ibareler ihtiva etmektedir. Buna kararda, «tek hakem ile ihtilâfın halli ise taraflarca derpiş edilmemiştir» demek suretiyle, temyiz mahkemesi, tarafların bu konudaki yetkilerine temas etmek istemiştir. Bazen ise, müştereken tayin edilmiş olan hakemlerden birinin bu sıfatı kaybetmesi halinde dahi,

işin mahiyetinden, yine ihtilâfın hakemle görülmesi imkânı çıkarılabilir (bkz. BGE. 78, I, 361). Hakem mukavelesinin bu sebeplerden birisi ile meriyetini kaybetmesi halinde, artık devletin mahkemelerinin yetkisi doğar. Bu bakımdan da artık devlet mahkemelerinde açılan bu dâvalara bakılması gerektiğini beyan eden yukarıdaki temyiz mahkemesi kararı doğrudur.

II — Tarafların hakemlerini daima yukarıda izah ettiğimiz şekilde tayin etmek mecburiyetleri yoktur. Onlar bu konuda çeşitli şekilde hareket edebilirler. Ve bu çeşitli davranış, hakem mukavelesinin sıhhati üzerinde müessir olmaz. Bu tesbit şekillerinden birisi de şudur: Bazı hallerde taraflar hakem anlaşması veya tahkim şartı akdetmelerine rağmen, hakemleri ismen tayin etmek yerine, onların tayini salâhiyetini kendileri için mahfuz tutarlar. Fakat mukavele ile hakemlerin hepsinin tayini işi bir tarafa bırakılamaz (Baumbach/Lauterbach, § 1028, 1 B). Zira, taraflardan birince tayin edilmiş olan hakem, normal olarak onu tayin edenin temsilcisi şeklinde mütalâa edilmektedir. Bu bakımdan, ihtilâfı çözecek olan hakemlerin hepsinin taraflardan birisince tayin edilmesi, ihtilâfın tarafları arasındaki dengeyi bozar (Baumbach/Lauterbach, § 1028, 1 B). Hakemlerin tayininin her iki tarafa bırakıldığı faraziyelerde: Takip talebinde bulunan taraf kendi hakemini tayin ederek, bunu hasma bildirip, onu da yedi günlük süre içinde aynı şeyi yapmağa yazılı olarak davet etmelidir (ZPO. § 1029/I). Buna «seçime davet» demek gerekir. Eğer bu davete rağmen karşı taraf kendi hakemini seçmezse, yani tayin edilen süre semeresiz geçerse, takipte bulunan tarafın talebi üzerine onun hasmının hakemini, artık salâhiyetli mahkemenin hâkimi tayin edecektir (HUMK. 520/II: ZPO. § 1029/I ve II). Taraflarca bu şekilde seçilen hakemlerin bu sıfatları red, istifa, ölüm gibi sebeplerle zail olursa, onu seçen taraf hasmının talebi üzerine bir başka hakem seçmek zorundadır (HUMK. 522/II: ZPO. § 1031). Eğer verilen süre içinde hakemini tekrar seçmek zorunda olan taraf buna tevessül etmezse, yani hakemi seçmek için verilen süre semeresiz geçerse, HUMK. 520, fıkra II, kıyasen uygulanarak, o tarafın hakeminin yine salâhiyetli hâkim tarafından tayini gerekir (ZPO. § 1031/son kısmı). Fakat her iki tarafça usulüne uygun olarak seçilmiş olan hakemler, tek taraflı olarak artık azledilemezler (HUMK. 522/I). Bununla beraber diğer tarafla anlaşarak hakemin azli mümkündür (Leuch, Art. 393,2: HUMK. 522/I).

III — Başka bir faraziyede de, olabilir ki, taraflar aralarında çıkan ihtilâfın hallini hakeme müracaat ile neticeye bağlattırmak istemelerine rağmen, hakem mukavelesinde hakemlerin tayini hakkında hiç bir hüküm vazetmemişlerdir. Usul Kanunumuzun 520. maddesinin birinci fıkrasına göre, bu faraziyede, hakemler üç kişi olmak üzere, dâvayı rüyete yetkili hâkim tarafından tayin olunurlar. Alman Usul Kanununda durum farklıdır. Orada bu faraziyede dahi taraflardan her biri bir hakem tayin edecektir (ZPO. § 1028). Bu bakımdan da seçilen hakemlerden biri bu sıfatı kaybederse, ZPO. 1031. paragraftaki esaslar uygulanacaktır (Baumbach/Lauterbach, § 1031, 1). Halbuki bizim hukukumuzda hakemleri bizzat mahkeme seçeceğine göre, seçilen hakemlerden birisinin bu sıfatı çeşitli sebeplerden biri ile zail olursa, bunun telâfisi yine, takipte bulunan tarafın talebi üzerine yetkili mahkemece yapılmak gerekecektir.

Bu suretle çeşitli şekillerde seçilen hakemlerin bu sıfatlarını kaybetmeleri halinde, bazen hakem mukavelesinin dahi meriyetini kaybedeceği belirtildikten sonra, diğer faraziyeler de ise, buna rağmen hakem anlaşmasının mer'iyetine devam edeceği hususu tebarüz ettirilmiş olmaktadır. İncelediğimiz karar bilhassa, I altında verdiğimiz izahatlara uygun olması bakımından doğru bulunmaktadır.

\* \* \*

«Şirket mukavelesinde kooperatif ortaklarının uyumsuzluklarının hakemler marifetiyle halledileceği yazılı ise de taraflar mukavelesinin bu hükmüne istinat etmemişler; dâvacı tarafından mahkemede dâva açılmış bulunduğu gibi, dâvalı tarafından da ihtilâfın tahkim yolu ile halledilmesi lâzım geldiği yolunda bir itiraz da ileri sürülmemiştir. Bu vaziyet karşısında mahkeme resen vazifesizlik kararı veremez.» (T. TD. 9.2.1961, E. 190, K. 412, İst. B. D. 1961, sayı 8-10, s. 270).

#### *Kararın incelenmesi:*

Karardan anlaşıldığı üzere tahkim şartı Usul Kanunumuzun 517. maddesinin aramış olduğu tahririlik şartına uygun olarak meydana getirilmiştir. Bu yazılı şekil, mukavelesinin (tahkim anlaşması ve tahkim şartı) bir muteberlik şartı olup, hakem önünde açılan bir dâvanın dâvalı tarafından, bu konuda hiç bir itiraz ileri sürmeksizin kabullenilmesi (müdafaalara girişilmesi) hakem mahkemesinin yetkisini inşa edemez (Leuch, Art. 381, 1), (karş. HUMK.

23/I). Fakat durum bunun tersi olursa, yani hakemler önünde görülmesi gereken bir ihtilâf hakkında ilgili taraf, devlet mahkemeleri önünde dâva açarsa, dâvalının buna engel olabilmek imkânı var mıdır? Varsa bu imkân nedir ve usulün hangi safhasına kadar ileri sürülmek gerekir?

Usul Kanunumuzda bu konuda bir çok İsviçre Kantol Usul Kanunlarında olduğu gibi, açık bir hükme rastlamamaktayız. Alman Usul Kanunu 274. paragrafının üçüncü bendinde hukuki ihtilâf hakkında hakemlerin karar vermesi gerektiği hakkındaki defi (Einrede), dâvaya engel olan defiler — prozesshindernde Einreden — arasında saymış ve bunun eventualmaxime prensibi uyarınca, dâvalı tarafından dâvanın esası hakkında müzakereye girişilmeden önce ve diğer bu çeşit defilerle birlikte ileri sürülmesi zaruretini tanzim etmiştir (ZPO. § 274, fıkra I). Fakat bazı hususi engeller yüzünden zamanında dermeyan edilemeyen bu defilerin sonradan da bazı şartlarla ileri sürülebilmesine cevaz verilmiştir (ZPO. § 274/son fıkra). Tabii bu definin kullanılabilmesi için âe muteber bir hakem mukavelesi mevcut olduğu gibi, bunun meriyetini kaybetmemiş olması da gerekir (Baumbach/Lauterbach, § 274, 4). İsviçre hukukunda kanton kanunları açıkça hakem defini (exceptio pacti de non petendo) tanzim etmemişlerdir. Bu bakımdan da bunun mahiyetinin tayini tatbikata bırakılmış ve bu yüzden de tabikatta bu tayin farklı şekillerde tecelli etmiştir (Vischer, die Schiedsgerichtsbarkeit in Zivil - und Handelsachen in Europa, Band II, s 111/not 34. Bu eser Avrupada hakemlik başlığı altında kolektif olarak yazılmıştır). İsviçre doktrininde hâkim olan fikir, hakem definin bir iptidai itiraz (prozesshindernis) teşkil edeceği merkezindedir. Bu bakımdan da dâvalının bu anlaşmaya açıkça dayanması halinde, mahkemenin kendi yetkisizliğine karar verebileceği kabul edilerek, dâvalının ses çıkarmaması halinde ise, o müşahhas dâva bakımından hakem mukavelesinin sona ereceği kabul edilmektedir (Guldener, s. 580 ve oradaki not 39; Leuch, Art. 381, 1). Bu sebeple, mahkemece bu anlaşmanın dikkate alınabilmesi için, bu defin ileri sürülmesi gerekir. Bu bakımdan da yetki anlaşması ile (prorogationvertrag) tahkim anlaşması arasında bir paralelliğin varlığına işaret edilmektedir (Guldener, s. 183, not 26). Bu sebeplerle hakem anlaşması mahkemelerce resen nazara alınamayacaktır. Zira, bu anlaşmaya riayeti sağlamakta, bir âmme menfaati mevcut olmadığı gibi (Leuch, Art 192, 5), taraflar da hakem anlaşmasından serbestçe vazgeçebileceklerdir (Leuch, Art. 192, 5 ve 395, 5).

Acaba Türk hukukunda durum ne olmak gerekir? Usul Kanunumuzun 187. maddesi yargılama mânilerinden (iptidai itirazlardan) bahsetmektedir. Bunların içinde hakem define rastlanmamaktadır. Fakat Usul Kanunumuzda bu definin resen nazara alınacağına dair de bir sarahat yoktur. Taraflar şekline uygun olarak tesis ettikleri hakem anlaşmasından şekilsiz olarak vazgeçerek onu ortadan kaldıracabileceklerine göre (Leuch, Art. 381, 1), hakem defineri sürmeyen dâvalının davranışı ile devlet mahkemesinde dâva açan dâvacının hareket tarzı neticesi, artık hakem definin tarafların zımni iradeleriyle ortadan kaldırıldığı kabul edilmek gerekir. Böylece de devlet mahkemelerinin salâhiyeti artık avdet etmiş olur. Bu definin dâvanın esası ile ilgisi de bulunmadığından dolayı, bu da ancak esastan önce ileri sürülebilen itirazlar gibi (HUMK. 187) ileri sürülebilecektir (Aynı fikir, Ansay, No. 102). İncelediğimiz temyiz kararı bu düşüncelere uygun olmakla beraber, mahkemenin resen vazifesizlik kararı veremeyeceğini belirtmektedir. Aslında bu salâhiyetsizlik şeklinde anlaşılmalıdır. Zira taraflar anlaşma ile bir vazife hükmü tesis edemezler (HUMK. madde 1). Kaldı ki, hakem anlaşması eğer bir vazife hükmü ihdas etmiş olsaydı bunun resen nazarı itibare alınması gerekecekti. Ayrıca mevzubahs karar hakem definin hangi usul kesiti içinde ileri sürülmesi gerektiği hakkında da bir sarahat taşımamaktadır.

Asistan Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ

## C — İŞ HUKUKU

### 1 — Hizmet akdi - Ölünceye kadar bakma akdinden farkı.

Bir kimsenin, günde bir lira karşılığında diğer bir kimseye bakmayı taahhüt ettiği akdin hukuki tavsifi, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 21.5.1959 gün ve E. 1542/K. 3962 sayılı kararına (Adalet Dergisi, Yıl 52, sayı 6, Haziran 1961, s. 610) konu teşkil etmiştir.

Karardan, ilk mahkemenin bu akdi bir ölünceye kadar bakma akdi olarak kabul ettiği ve MK. m. 512 deki şekil şartı yerine getirilmediği için muteber saymadığı anlaşılmaktadır.

Halbuki Yargıtay, bu akdi hizmet akdi olarak vasıflandırmaktadır. Gerekçesi şudur:

a) Muhteva bakımından, ölünceye kadar bakma aktinin mevcut olduğunu kabul için, aktin yapıldığı tarihte tutarı belli olan bir değer diğer tarafa temlikinin taahhüt edilmiş olması gerekir. Hâdisede böyle bir taahhüt yoktur. Bakım karşılığı ödenecek ücretin tutarı akit tarihinde belli değildir. Bu, bakımın cereyan ettiği müddete göre taayyün edecektir.

b) Bir kimsenin, kendi ölümüne kadar bakılmasını sağlamak üzere diğer bir kimse ile hizmet akdi yapmasına engel yoktur.

Yargıtayın meseleyi ele alış tarzından, «bir kimsenin ölümüne kadar bakılması» mefhumuna gerekli önemi vermediği anlaşılmaktadır. Halbuki bu nokta bilhassa akdin tavsifi bakımından büyük önem taşımaktadır.

Şayet kararda bahis konusu olan «bakım» borcu «bazı hizmetlerin ifası» anlamına ise, başlı başına bu nokta, akdin ölünceye kadar bakma akdi olarak vasıflandırılmasına engel teşkil eder. Zira ölünceye kadar bakma akdinde bahis konusu bakım borcu, bakım alacaklısına bilhassa gıda, mesken, sıhhi yardım teminini istihdaf eder (MK. m. 514) (Tafsilât için bk. Kenan Tunçomağ, Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Ankara 1959, s. 86 vd.).

Şayet kararda bahis konusu «bakım» borcu hizmet ifasını aşmakta, gıda, mesken v.s. teminini de içine almakta ise, bu takdirde, bunlar velev gündelik ücret karşılığı yapılırsa dahi, akdi, hizmet (İş) akdi olarak vasıflandırmak mümkün olmaz (BK. m. 313).

Binaenaleyh, hâdisede, evvelâ bakım borcunun konusunu tesbit etmek gerekir ki bu noktayı karar metninden anlamak mümkün olmamaktadır.

Şayet bir hizmet ifası, bir emek bahis konusu ise, günde bir lira üzerinden ücret de kararlaştırıldığına göre — bu hizmet hukuken iş sahibinin emri altında yapılacaksa — bir hizmet akdi bahis konusudur. Böyle bir hizmet akdi muteberdir. Yalnız, on sene sonrası için işçiye bir fesih hakkı tanımıştır (MK. m. 343) (Tafsilât için bk. Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göze Hizmet «İş» Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 161, 215).

Şayet BK. m. 511 ve 514 de belirtilen anlamda bir bakım borcu bahis konusu ise, ortada ne bir hizmet akdi ne de bir ölünceye kadar bakma akdi vardır. Akit hizmet akdi değildir, zira bakım

borçlusunun borcu hizmet ifasını aşmaktadır. Akit, ölünceye kadar bakma akdi de değildir, zira bakım alacaklısının temlikini taahhüt ettiği mameleki kıymet muayyen değildir. Gerçekten, bakım alacaklısının taahhüt ettiği günde bir lira ücret ödeme borcunun tutarı, kendisinin hayatı müddetine göre değişecektir.

Şu halde bir isimsiz akit bahis konusudur.

**2 — Yabancı tebaalı sigortaların 5417 sayılı kanun zamanında ödedikleri ihtiyarlık sigortası primleri - İade dâvasının zaman aşımı - İçtihadı Birleştirme lüzumu.**

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 5.2.1960 gün ve E. 960-1007/K. 1719 sayılı kararı (Başarı - Tezmen, Notlu ve İzahlı İş Hukuku ve Sigorta Mevzuatı, 4. bası, İstanbul 1961, s. 993), Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.9.1960 gün ve E. 4-268/K. 23 kararı (Adalet Dergisi, Yıl 52, sayı 1-2, Ocak-Şubat 1961, s. 183) ve İstanbul 13. Asliye Hukuk Hâkimliğinin Yargıtayca tasdik edilmiş bulunan 29. 7.1960 gün ve E. 80/K. 634 sayılı kararı (Neşredilmemiştir), 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanununun yürürlükte bulunduğu sırada, kendilerinden ihtiyarlık sigortası primi kesilmiş bulunan yabancı tebaalı sigortalıların, 6900 sayılı Malûliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanununun 52. maddesi uyarınca sigortalı olmaktan çıkmaları meselesi ile ilgili bulunmakta ve kabul ettikleri bir birine zıt neticelerle, içtihadı birleştirme lüzumunu ortaya çıkarmaktadırlar.

Bu konuda, 6900 sayılı kanunun 2. fıkrasında «Yabancı tebaalı sigortalıların, bu kanunun mer'iyete girdiği tarihe kadar 5417 sayılı kanuna tevfi kanunla ödedikleri ihtiyarlık sigortası primlerinden doğan hakları mahfuzdur.» hükmü yer almaktadır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 10.4.1958 gün ve E. 634/K. 2338 sayılı kararında (bk. Başarı - Tezmen, a.g.e., s. 991) belirttiği üzere, bu fıkrada mahfuz tutulduğu bildirilen hak, ödenmiş primlerin geri alınması hakkıdır.

Yargıtayın yukarıda bildirdiğimiz her üç kararı da, bu primleri geri alma hakkının, haksız iktisap müessesesine dayandığı fikrini kabul etmektedir. Hukuk Genel Kurulu, bu noktayı, dâvanın tâbi olacağı zamanaşımı bakımından münakaşa etmekte ve hâdiseyi BK. m. 61 de haksız iktisap hali olarak zikredilen, tahakkuk etmemiş bir sebebe müstenit iktisap (condictio ob causam non secutam) olarak kabul etmektedir. Gerçekten, sigortalı, sözü geçen primleri, sigorta tazminatına hak kazanmak için ödemiş, fakat 6900 sayılı

kanun gereğince sigortalı olmaktan çıkınca, sözü geçen tazminata hak kazanma imkânı ortadan kalkmıştır. Şu halde İşçi Sigortaları Kurumunun tahsil ettiği primler haksız iktisap hali olmaktadır. Bu cihet sözü geçen kararda aynen şu şekilde belirtilmiştir: «Dâvacı, 6900 sayılı kanunun 52. maddesi uyarınca sigortalı olmaktan çıktığını ileri sürerek eski ihtiyarlık sigortası kanununun yürürlükte iken yapmış olduğu ödemelerin geri verilmesini istemektedir. Gerçekten dâvacı, sigortalı olmaktan çıkmış bulununca ilerde sigorta kurumunun ihtiyarlık sigortası kanunu gereğince kendisine ödeyeceği tazminatı karşılamak üzere kuruma eski kanun zamanında ödemiş olduğu primleri, ileride gerçekleşmesi beklenen ve fakat gerçekleşmesine imkân kalmayan bir sebebe dayanmaları itibariyle, gâvali kurumun mamelekinde sebepsiz bir artma teşkil eder ve bu sebepsiz artma Borçlar Kanununun 61. maddesi hükmünce geri istenebilir.»

Mahiyeti bir haksız iktisap dâvası olarak tesbit edilen, primleri iade dâvasına BK. m. 66 daki zamanaşımının uygulanması gerektiği sonucuna varılacaktır ki, her üç karar da aynı neticeyi kabul etmiştir.

Bu neticeye varılınca ortaya şu mesele çıkmaktadır: BK. m. 66 da düzenlenen 1 yıllık zamanaşımının bu hâdisede başlangıç tarihi ne olacaktır? Gerçekten bilindiği üzere BK. m. 66 ya göre «Haksız surette mal iktisabından dolayı ikame olunacak dâva, mutazarrır olan tarafın verdiği istirdada hakkı olduğuna itilâ tarihinden itibaren bir sene mürurile ... sakıt olur». Acaba, 6900 sayılı kanunun Resmî Gazete ile yayınlandığı 13.2.1957 tarihini (veya yürürlükteki tarihi 1.6.1957 yi) yabancı tebaalı sigortalıların evvelce ödedikleri primleri istirdada hakları bulunduğunu öğrendikleri tarih olarak kabul etmek zarureti var mıdır, yoksa, bu hakkın mevcudiyetini fiilen öğrendikleri tarih mi esas alınacaktır?

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 5.2.1960 tarihli kararı, «mahkeme, dâvacının sigortaya tâbi olmaktan çıktığını ve eski primleri geri almağa hakkı bulunduğunu, hangi tarihte öğrenmiş olduğunu, uyuşmazlık halinde dâvalı kuruma isbat ettirerek varacağı neticeye göre müruruzaman ihtilâfını halletmelidir» demekte ve böylece, kanunun neşir tarihini, istirdat hakkının öğrenildiği tarih olarak kabul etmemekte, istirdat hakkının fiilen öğrenildiği tarihin araştırılmasını istemektedir.

Halbuki Yargıtayca tasdik edilen, İstanbul 13. Asliye Hukuk Hâkimliğinin 29.7.1960 tarihli kararında ise aynen: «Hâdise mahi-

yeti itibariyle Borçlar Kanununun 66 ncı maddesi gereğince 1 senelik müruruzamana tâbi bulunması gerçi dâvacının dinlenen şahitleri dâvacı işçinin evvelce kesilen ihtiyarlık sigortası primlerini istirdada hakkı olduğuna 7 ay kadar evvel muttali bulunduğu yolunda beyanda bulunmuşlar ise de 6900 sayılı Malûliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanununun 1.6.1957 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmasına ve bu tarihte herkesin kanuna ittilâ kesbeylemiş bulunmasının kabulü gerekli olmasına binaen dâvacı işçinin bahsi geçen kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sebepsiz duruma giren ödemelerin geri istenmesini talebe hakkı olduğundan bu tarihten itibaren Borçlar Kanununun 66 ncı maddesinde yazılı bir senelik müruruzaman müddetinin mürur ettiği anlaşılmalı dâvanın zaman aşımı noktasından reddine» karar verilmiş ve böylece kanunun yürürlük tarihi istirdat hakkının öğrenildiği tarih olarak kabul edilmiştir. Böylece bir içtihat uyuşmazlığı ve bir İçtihadı Birleştirme kararı zarureti ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Kanaatimizce, doğru hal tarzı, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 5.2.1960 tarihli kararında kabul edilendir ve içtihadın bu yolda birleştirilmesi gerekir. Zira, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kaidesi, (TCK. m. 44) herkesin kanunu bildiği faraziyesini değil, bu bilmemeyi mazeret olarak kullanmama esasını bu sebeple cezanın azaltılamıyacağını belirtir. Bu kaide hususi hukukta da ancak kanunların bilinmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilir. Halbuki BK. m. 66 da bahis konusu 1 yıllık zamanaşımının yürüyebilmesi ancak istirdat hakkının fiilen öğrenilmesine bağlıdır. BK. m. 66 bu zamanaşımının başlangıcını, istirdat hakkının mevcudiyetinin «*bilinmesi gereken tarih*» e değil, bu hakkın «*öğrenildiği*» tarihe bağlamıştır.

Doç. Dr. Kemal OĞUZMAN