

K R O N İ K

- I. — 1952 yılı mevzuatı; II. — Mahkeme içtihatları;
III. — Eser tahlil ve tenkitleri.

I.

1952 yılı mevzuatı [*]

- A) Kanunlar; B) T. B. M. M kararları; C) Yorumlar; D) Tüzükler;
E) Yönetmelikler; F) Bakanlar Kurulu kararları.

A) KANUNLAR;

1 — Anlaşma ve sözleşmeler:

§ Kabul buyurulan 4/6/1952 tarih ve 5946 sayılı kanunla; Türkiye ile Federal Almanya Cumhuriyeti arasında mübadele edilecek mallara ait «A» ve «B» listeleri hakkındaki protokol onanmıştır [Resmî Gazete, 12 Haziran 1952, sayı: 8133].

§ Kabul buyurulan 6/6/1952 tarih ve 5947 sayılı kanunla; Milletlerarası Çalışma Bürosu ile Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti arasında İstanbulda Yakın ve Orta Doğu iş gücü faaliyet merkezi kurulması için Cenevre'de imzalanan anlaşma onanmıştır [Resmî Gazete, 12 Haziran 1952, sayı: 8134].

§ Kabul buyurulan 9/6/1952 tarih ve 5949 sayılı kanuna göre; yabancı memleketlerle geçici mahiyette ticaret anlaşmaları ve Modus Vivendi'ler akdine ve bunların şumulüne giren maddelerin gümrük resimlerinde değişiklikler yapılmasına ve anlaşmaya yanaşmayan Devletler muvaredatına karşı tedbirler alınmasına yetki verilmesi hakkındaki 4582 sayılı kanunun beşinci maddesinde yazılı olup 5589 sayılı kanunla iki yıl

[*] Resmî Gazetenin Haziran 1952 - Aralık 1952 tarihli nüshalarından alınmıştır.

uzatılmış bulunan süre yeniden üç yıl uzatılmıştır [Resmî Gazete, 12 Haziran 1952, sayı: 8134].

§ Kabul buyurulan 16/6/1952 tarih ve 5961 sayılı kanunla; Türkiye - Çekoslovakya ticaret ve ödeme anlaşmalarının uzatılması hakkında teati edilen mektuplar onanmıştır [Resmî Gazete, 23 Haziran 1952, sayı: 8142].

§ Kabul buyurulan 19/6/1952 tarih ve 5969 sayılı kanuna göre; 5436 sayılı kanunun dördüncü maddesinde yazılı yürürlük süresi 30 Haziran 1952 tarihine kadar uzatılmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Kabul buyurulan 19/6/1952 tarih ve 5971 sayılı kanunla; bir Avrupa Tediye Birliği kurulması hakkındaki anlaşmayı tadil eden iki sayılı ek protokol onanmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Kabul buyurulan 19/6/1952 tarih ve 5972 sayılı kanunla; Türkiye ile İtalya arasında imzalanan ticaret ve ödeme anlaşmalarile ekleri onanmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5977 sayılı kanunla; Seyhan barajının finansmanı için Milletlerarası İmar ve Kalkınma Bankasile akdedilen anlaşma ve ekleri onanmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

2 — Askerî işler:

§ Kabul buyurulan 9/6/1952 tarih ve 5950 sayılı kanunla, hava okulları ve kurslarını bitirip diploma alan uçucularla halen müstahdem sivil uçuş öğretmenlerine verilecek uçuculuk tazminatı hakkında gereken hükümler vazolunmuştur [Resmî Gazete, 14 Haziran 1952, sayı: 8135].

§ Kabul buyurulan 16/6/1952 tarih ve 5957 sayılı kanunla, denizaltıcı ve dalgıçlara verilecek tazminat ile ilgili hükümler vazolunmuştur [Resmî Gazete, 23 Haziran 1952, sayı: 8142].

§ Kabul buyurulan 19/6/1952 tarih ve 5968 sayılı kanunla; 1111 sayılı Askerlik Kanununa iki madde eklenmiştir [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

3 — Basın işleri:

§ Kabul buyurulan 13/6/1952 tarih ve 5953 sayılı kanunla; basın mesleğinde çalışanlarla çalıştıranlar arasındaki münasebetlerin tanzimine

müteallik hükümler vazolunmuştur [Resmî Gazete, 20 Haziran 1952, sayı: 8140].

4 — Bayındırlık işleri:

§ Kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5987 sayılı kanunla; Bayındırlık Bakanı, Eskişehirde sel baskınından zarar görenler için yaptırılacak meskenler hakkındaki 24/3/1950 tarihli ve 5663 sayılı kanunun hükümlerini; a) Dicle nehrinin 2/2/1952 tarihinde vukubulan taşkınyından zarar gören Diyarbakır ilinin Bismil ilçe merkezi ve Tepe bucak merkezi; b) Son toprak kaymasından zarar gören Kars ilinin Kağızman ilçesine bağlı Kötek bucak merkezi; c) Mardin ilinin Kızıltepe ilçesine bağlı Şenyurt bucak merkezi hakkında da uygulamaya yetkili kılınmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

5 — Bütçe işleri:

§ Kabul buyurulan 2/6/1952 tarih ve 5940 sayılı kanunla; Devlet Denizyolları ve Limanları İşletme Genel Müdürlüğünün 1946 bütçe yılı kesin hesabı kabul edilmiştir [Resmî Gazete, 10 Haziran 1952, sayı: 8131].

§ Kabul buyurulan 2/6/1952 tarih ve 5941 sayılı kanunla; Milli Korunma Kanununa göre yapılmış olan harcamalara ait 1947 takvim yılı bilançosu onanmıştır [Resmî Gazete, 10 Haziran 1952, sayı: 8131].

§ Kabul buyurulan 2/6/1952 tarih ve 5942 sayılı kanunla; Milli Korunma Kanununa göre yapılmış olan harcamalara ait 1948 takvim yılı bilançosu onanmıştır [Resmî Gazete, 10 Haziran 1952, sayı: 8131].

§ Kabul buyurulan 2/6/1952 tarih ve 5943 sayılı kanunla; 1952 yılı Bütçe Kanununa bağlı cetvellerde değişiklik yapılmıştır [Resmî Gazete, 10 Haziran 1952, sayı: 8131].

§ Kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5975 sayılı kanunla; Ankara Üniversitesi 1952 yılı Bütçe Kanununa bağlı cetvellerde değişiklik yapılmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5976 sayılı kanunla; Karayolları Genel Müdürlüğü 1952 yılı Bütçe Kanununa bağlı cetvellerde değişiklik yapılmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5978 sayılı kanunla; 1952 yılı Bütçe Kanununa bağlı cetvellerde değişiklik yapılmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Kabul buyurulan 10/12/1952 tarih ve 5993 sayılı kanunla; Posta, Telgraf ve Telefon İşletme Genel Müdürlüğünün 1947 bütçe yılı kesin hesabı kabul olunmuştur [Resmî Gazete, 17 Aralık 1952, sayı: 8285].

§ Kabul buyurulan 19/12/1952 tarih ve 5994 sayılı kanunla; Posta Telgraf ve Telefon İşletme Genel Müdürlüğünün 1948 bütçe yılı kesin hesabı kabul olunmuştur [Resmî Gazete, 26 Aralık 1952, sayı: 8293].

6 — Eğitim işleri:

§ Kabul buyurulan 16/6/1952 tarih ve 5955 sayılı kanunla; köy okulları ve enstitüleri teşkilâtına ait 4274 sayılı kanunun on üçüncü maddesi değiştirilmiş ve aynı kanunun on beşinci maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır [Resmî Gazete, 23 Haziran 1952, sayı: 8142].

§ Kabul buyurulan 16/6/1952 tarih ve 5956 sayılı kanunla; Tedrisatı İptidaiye Kanunu muvakkatinin 77 nci maddesi değiştirilmiştir [Resmî Gazete, 23 Haziran 1952, sayı: 8142].

§ Kabul buyurulan 1/12/1952 tarih ve 5991 sayılı kanunla; 1702 ve 1880 sayılı kanunların tadiline dair 2517 sayılı kanunun birinci maddesinin «B» fıkrası değiştirilmiş ve «C» fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır [Resmî Gazete, 10 Aralık 1952, sayı 8279].

7 — Emekli işleri:

§ Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununda bazı değişiklikler yapılması ve bu kanuna bazı hükümler eklenmesi hakkında kabul buyurulan 9/6/1952 tarih ve 5951 numaralı kanunun birinci maddesine göre; 5434 sayılı kanunun 12 nci maddesinin II işaretli fıkrasına aşağıda yazılı (I) bendi eklenmiştir:

I — Emeklilik hakkı tanınan vazifelerde bulunduktan sonra milletvekilliğine seçilenler; (seçimlerden itibaren (6) ay içinde yazı ile sandığa müracaat ettikleri takdirde)

Kanunun ikinci maddesine göre; aynı kanunun 14 üncü maddesinin (d) fıkrasına aşağıdaki hüküm eklenmiştir:

Ancak; 12 nci maddenin II işaretli fıkrasının (I) bendinde yazılı olanlar, bu karşılıkları da kendileri öder.

Üçüncü-maddeye göre; aynı kanunun 15 inci maddesine aşağıdaki (i) fıkrası eklenmiştir:

i) 12 nci maddenin II işaretli fıkrasının (I) bendinde yazılı olanların emekliliğe esas olan son aylık veya ücret tutarları;

Bu kesenekler, Devlet bareminde ikinci derecede aylık tutarını geçmemek şartıyla emekliliğe esas olan son aylık veya ücretin alındığı tarihten itibaren her üç yılın hitamında bir üst derece aylık veya ücret tutarları üzerinden, daha önce birinci derece aylığını müktesep hak olarak almış bulunanlar için bu aylık tutarı üzerinden kesilir. Şu kadar ki bu muamele, hususî kanunlarında tanınan haklar mahfuz kalmak şartıyla kendilerine bu kanun hükümleri dışında bir hak vermez.

Ancak; bu suretle müktesep hak derecesinden en az iki üst derece üzerinden kesenek vermekte iken milletvekilliğinden ayrılarak emekliliğe tâbi bir vazifeye müktesep hak derecesiyle veya daha aşağı bir derece ile tayin olunanların tayin tarihlerinden itibaren üç ay içinde yazı ile sandıktan istemeleri şartıyla emekli kesenekleri bir defaya mahsus olmak üzere müktesep hak derecelerinin iki üst derece aylık veya ücret tutarları üzerinden kesilir.

Dördüncü maddeye göre aynı kanunun 87 nci maddesinin (a) fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve (ç) fıkrası kaldırılmıştır:

a) İstifa edenler; (milletvekilliğine seçilmek üzere Seçim Kanununda yazılı müddet içinde istifa etmiş olup ta milletvekili seçilmiş bulunanlar hariç.)

Beşinci madde ile 5434 sayılı kanunun geçici 60, 61, 62 ve 64 üncü maddeleri kaldırılmıştır.

Şu kadar ki, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar bu maddeler hükümlerine göre emekli aylığına istihkak kesbetmiş olanların hakları mahfuzdur.

Geçici madde 1 — Yukarıki maddeler hükümleri, birinci maddede yazılı şartları haiz olarak ilk defa dokuzuncu dönemde milletvekilliğine seçilmiş olanlar hakkında da uygulanır.

Bunların 22/5/1950 tarihinden bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen müddete ait kesenekleri ile karşılıkları ve bu arada emekliliğe esas aylık veya ücret dereceleri on beşinci maddenin (i) fıkrası gereğince yükselmiş bulunanların artış farkları ve karşılıkları, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde ve aylık eşit taksitlerle kendileri tarafından sandığa ödenir.

Bunlardan emekli keseneklerini geri almış bulunanlar aldıkları bu paraları bu kanunun yürürlüğünden itibaren en çok bir yıl içinde ve aldıkları tarihlerden itibaren % 5 faizi ile birlikte toptan geri verirlerse bu paralara tekabül eden eski hizmet müddetleri yenilerine eklenir.

Geçici madde 2 — Geçici birinci maddede yazılı olanların 5434 sayılı kanunun geçici 66 ncı maddesi gereğince iptal olunan borçlanmaları, evvelce kendilerinden tahsil edilmiş olup ta ayrılışlarında iade edilmiş bulunan borçlanmadan mütevellit paraları, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde sandığa müracaatta bulunmaları ve toptan geri vermeleri şartıyla, yenilenir.

Geçici madde 3 — Bu kanunun ikinci maddesi hükmü, emeklilik hakkı tanınan bir vazifede bulunduktan sonra milletvekilliğine seçilmiş olmaları şartıyla 1/1/1950 tarihinde milletvekili bulunanlardan dokuzuncu döneme aralıksız olarak seçilenler (emekliye ayrıldıktan sonra bu yerlere geçenler hariç) hakkında da bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanır.

Geçici madde 4 — Bu kanunun 1 inci maddesindeki altı aylık müddet, dokuzuncu dönem milletvekilleri hakkında kanunun yürürlük tarihinden başlar [Resmî Gazete, 14 Haziran 1952, sayı: 8135].

§ Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun geçici 3 üncü maddesine iki fıkra eklenmesi hakkında kabul buyurulan 18/6/1952 tarih ve 5966 sayılı kanunun birinci maddesine göre; 5434 sayılı zikri geçen kanunun üçüncü maddesine aşağıdaki iki fıkra eklenmiştir:

Ancak 3575 sayılı kanun hükümlerinin tatbikinde sözü geçen kanunun 16 ncı maddesi gereğince tekrar hizmete giriş tarihinde % 5 faizi ile birlikte toptan ve tamamen iadesi gereken paralar bu fıkra hükmünün yürürlüğe girdiği tarihte, hizmette bulunanlar için bu kanunun yayımı tarihinden ve sonradan hizmete girecekler için de giriş tarihlerinden itibaren bir yıl içinde toptan ve tamamen iade edilebilir.

Hizmet müddetlerinin yetersizliği veya sair sebepler yüzünden paraları irat kaydolanlar hakkında da yalnız % 5 faize ait kısım hariç olmak üzere yukardaki fıkra hükmü uygulanır [Resmî Gazete, 23 Haziran 1952, sayı: 8142].

§ Heyeti mahsusalarca haklarında karar verilmiş olanların emekli haklarının mahfuz tutulması hakkında kabul buyurulan 21/11/1952 tarih ve 5989 sayılı kanunun birinci maddesine göre; 3527 sayılı Af Kanununun yürürlüğe girmesinden önce salâhiyettar olan mahkemelerin kararlariyle belirli cezalara uğramış bulunanlardan 1683 sayılı kanunun 55 inci maddesinden başka bir tedvinle emekli hakları sukut etmiş bulunanlarla yine aynı tarihten evvel 25 Eylül 1339 tarih ve 347 ve 26 Mayıs 1926 tarih ve 854 sayılı kanunlara göre teşekkül etmiş olan heyeti mahsusalarca haklarında bir daha Devlet hizmetlerinde istihdam edilmemelerine karar

verilmiş bulunanların (haklarındaki bu kararlar 24 Mayıs 1928 tarih ve 1289 sayılı kanunla teşekkül eden Âli Karar Heyeti ve 26 Teşrinievvel 1933 tarihli ve 2330 sayılı kanunun 12 nci maddesi mucibince Danıştay Mülkiye Dairesi tarafından tetkik ve tasdik edilmiş olanlar da dahil) o tarihe kadar Devlet memuriyetinde bulunmuş olmaktan mütevellit emeklilik hakları 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ve bu kanunla kaldırılan hükümler dairesinde muameleye tâbi tutulur.

Ancak 1520 sayılı kanun ile 1683 sayılı kanunun geçici 7 nci maddesi gereğince emekli keseneklerini % 50 fazlasıyla almış bulunanlardan bu kanun hükümlerinden istifade etmek isteyenlerin aldıkları bu paraları defaten geri vermeleri şarttır.

Geçici maddeye göre; bu kanun hükümlerinden istifade edecek olanların emekli veya yetim aylıkları kayda intikal etmiş yazılı müracaatları tarihini takip eden ay başından itibaren bağlanır [Resmî Gazete, 28 Kasım 1952, sayı: 8269].

8 — Esas Teşkilât Kanunu:

§ Kabul buyurulan 24/12/1952 tarih ve 5997 sayılı kanunla; 20 Nisan 1340 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanunu, 4695 sayılı kanunun kabul tarihine kadar yürürlükte bulunan tadillerle birlikte tekrar mer'iyete konulmuş ve bu kanun yerine ikame edilmiş olan 10/1/1945 tarihli ve 4965 sayılı Anayasa mer'iyetten kaldırılmıştır [Resmî Gazete, 31 Aralık 1952, sayı: 8297].

9 — Gümrük işleri:

§ Kabul buyurulan 18/6/1952 tarih ve 5964 sayılı kanunla; Gümrük Kanununun on sekizinci maddesi uyarınca gümrük resminden muaf olarak yurda giren eşyadan tekel maddesi olanlar tekel resmî ile diğer vergi ve resimlerden muaf kılınmıştır [Resmî Gazete, 23 Haziran 1952, sayı: 8142].

§ Kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5983 sayılı kanunla; Gümrük Tarifesi Kanununa bağlı giriş genel tarifesi cetvelinde değişiklik yapılmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5984 sayılı kanunla; Türkiye ile ticaret ve seyrüsefain anlaşması ve Modüs Vivendi akdetmiş Devletler mallarından bazıları için giriş genel tarifesindeki resim hadlerinde yapılan indirimler kaldırılmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

10 — İdarî işler:

§ Kabul buyurulan 16/6/1952 tarih ve 5959 sayılı kanunla; Isparta ili Uluborlu ilçesinin Senirkent bucağında ilçe kurulmuştur [Resmî Gazete, 23 Haziran 1952, sayı: 8142].

§ Kabul buyurulan 16/6/1952 tarih ve 5962 sayılı kanunla; Ankarada Gençlik parkındaki bina ve tesisler Ankara Belediyesine devrolunmuştur [Resmî Gazete, 23 Haziran 1952, sayı: 8142].

§ Kabul buyurulan 19/6/1952 tarih ve 5967 sayılı kanunla; Rize ilinin Güneyce ilçe merkezi; aynı ilçenin İkizdere bucağı merkezi olan Çağrankaya köyüne nakledilmiş ve ilçenin adı İkizdere olarak değiştirilmiştir [Resmî Gazete, 23 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Kabul buyurulan 21/11/1952 tarih ve 5990 sayılı kanunla; umumi müfettişlik teşkiline dair kanun ile ek ve tadilleri yürürlükten kaldırılmıştır [Resmî Gazete, 29 Kasım 1952, sayı: 8270].

§ Kabul buyurulan 26/12/1952 tarih ve 5996 sayılı kanunla; Taşova ilçesi Amasya iline bağlanmıştır [Resmî Gazete, 30 Aralık 1952, sayı: 8296].

11 — Maaş ve teşkilât:

§ Kabul buyurulan 4/6/1952 tarih ve 5944 sayılı kanunla; Devlet memurları aylıklarının tevhit ve teadülüne dair olan 3656 sayılı kanuna bağlı «1» sayılı cetvelin Tarım Bakanlığı kısmında değişiklik yapılmıştır [Resmî gazete, 12 Haziran 1952, sayı: 8133].

§ Kabul buyurulan 4/6/1952 tarih ve 5945 sayılı kanunla; Milletlerarası İktisadî İşbirliği Teşkilâtı Dış İşleri Bakanlığına bağlanmıştır [Resmî Gazete, 12 Haziran 1952, sayı: 8133].

§ Kabul buyurulan 13/6/1952 tarih ve 5952 sayılı kanunla; Devlet memurları aylıklarının tevhit ve teadülüne dair kanuna bağlı «1» sayılı cetvelin 4665 sayılı kanunla değiştirilen Dış İşleri Bakanlığı kısmına bazı kadrolar eklenmiş ve Dış İşleri Bakanlığı kuruluşu hakkındaki 3312 sayılı kanuna bazı hükümler ilâve olunmuştur [Resmî Gazete, 20 Haziran 1952, sayı: 8140].

§ Kabul buyurulan 16/6/1952 tarih ve 5960 sayılı kanunla; Devlet memurları aylıklarının tevhit ve teadülüne dair olan kanuna bağlı «1» sayılı cetvelin Maliye Bakanlığı kısmına bazı kadrolar eklenmiştir [Resmî Gazete, 23 Haziran 1952, sayı: 8142].

§ Kabul buyurulan 18/6/1952 tarih ve 5965 sayılı kanunla; Devlet memurları aylıklarının tevhit ve teadülüne dair olan 3656 sayılı kanuna ek 4644 sayılı kanunun on birinci maddesi kaldırılmış ve 3656 sayılı kanuna bağlı «1» sayılı cetvelin Millî Eğitim Bakanlığı kısmında değişiklik yapılmıştır [Resmî Gazete, 23 Haziran 1953, sayı: 8142].

§ Kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5973 sayılı kanunla; Millî Eğitim Bakanlığı kuruluş kadroları hakkındaki kanuna bağlı iki sayılı cetvelde değişiklik yapılmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5974 sayılı kanunla; 10/6/1946 tarihli ve 4926 sayılı kanuna bağlı «1» sayılı cetvelin «II Millî Eğitim daireleri» kısmındaki ilkokul öğretmen ve yardımcı öğretmen kadrolarının kaldırılarak yerine dört yıllık öğretmen kadrosu konulmuştur [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5980 sayılı kanunla; Millî Eğitim Bakanlığı merkez kuruluşu ve görevleri hakkındaki 2287 sayılı kanuna ek 2773 sayılı kanunun üçüncü maddesinde değişiklik yapılmış ve 4926 sayılı kanuna bağlı «1» sayılı kadro cetveline İmam - Hatip okulları için kadro eklenmiştir [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5986 sayılı kanunla; Ankara Üniversitesi kuruluş kadroları hakkındaki kanuna bağlı «1» sayılı cetvele bazı kadrolar eklenmiş ve Bütçe Kanununa bağlı cetvellerde değişiklik yapılmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Kabul buyurulan 10/12/1952 tarih ve 5992 sayılı kanunla; Tekel Genel Müdürlüğü kuruluş ve görevleri hakkında 4036 sayılı kanunun bazı maddelerinin değiştirilmesine dair olan 4896 sayılı kanuna bağlı «1» sayılı cetvelde değişiklik yapılması hakkındaki 5804 sayılı kanuna geçici bir madde eklenmiştir [Resmî Gazete, 17 Aralık 1952, sayı: 8285].

12 — Sağlık işleri:

§ Kabul buyurulan 19/6/1952 tarih ve 5970 sayılı kanunla; Ankara'daki Kızılay hastahanesini satın almağa Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanı yetkili kılınmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Tıp mensuplarının Devlet teşkilâtında vazifeye alınma şartları hakkında kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5979 sayılı kanunun birinci maddesine göre; genel, katma ve özel bütçeli dairelerle iktisadî Devlet

teşekküllerinde ve sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası Devlete ait olan müesseselerde ve işçi sigortalarında vazife alacak Türk vatandaşı tabip, diş tabibi ve eczacılar (mütehassıslar dahil); coğrafi, iktisadi, içtimaî ve idarî sebeplerle hususî vaziyette görülüp Bakanlar Kurulunca tesbit olunan mahallerde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından verilecek vazifelerde iki yıl müddetle filen hizmet etmeğe mecburdurlar.

Bunların tayin mahalleri kur'a ile tespit olunur. Bu suretle tayin olunduıkları mahallerde mecburî hizmetlerini tamamlamıyanlara birinci fıkrada yazılı daire, müessese ve teşekküllerce vazife verilmez.

İkinci maddeye göre; birinci maddede yazılı sağlık personelinin Bakanlar Kurulunca tespit olunacak yerlerde meslekî durumlarına uygun bir vazife bulunmadığı taktirde, Bakanlık bu gibilerin kur'a ile diğer bir mahalle tayinine yetkilidir.

Mecburî hizmet bölgelerinde inhilâl edecek vazifelere meslekî durumlarına ve tayin sıralarına göre evvelâ bunlar, naklen tayin olunur.

Verilen vazifeyi kabulden imtina edenler hakkında birinci maddenin son fıkrası hükmü uygulanır.

Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı teşkilâtında meslekî durumlarına uygun bir vazife bulunmamasından dolayı tayini icra olunamayanların, Bakanlıkça tayin edilecekleri vazifeye icabetleri şartıyla birinci maddede yazılı diğer teşekküllerde vazife almalarına müsaade edilir. Bunlardan Bakanlıkça tayin edildikleri vazifelere icabet etmeyenlerin görevlerine, mensup oldukları daire ve müesseselerce son verilir.

Müracaatları tarihinden itibaren bir yıl zarfında Bakanlıkça tayinleri yapılamıyanların, mecburî hizmet mükellefiyetleri sakıt olur.

Üçüncü maddeye göre; kadın tabipler, diş tabipleri ve eczacılar mecburî hizmetlerini sabit vazifelerde görürler [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

13 — Vakıflar:

§ Kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5982 sayılı kanunla; 2762 sayılı Vakıflar Kanununun yirmi yedinci maddesine şu fıkra eklenmiştir: Özel ve tüzelkişiler uhdesinde bulunan vakıf mahallerin icare ve mukataaları vergi kıymetlerine nisbetle binde iki buçuktan noksan ise o miktara çıkarılır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

14 — Mütferrik işler:

§ Kabul buyurulan 6/6/1952 tarih ve 5948 sayılı kanunla; Gördes kasabasının nakledileceği Kocamutluk mevkiinde yaptırılacak meskenler

hakkındaki kanunun birinci maddesine bazı fıkralar ilâve edilmiştir [Resmî Gazete, 12 Haziran 1952, sayı 8134].

§ Kabul buyurulan 16/6/1952 tarih ve 5954 sayılı kanunla; Devlet Demiryolları ve Limanları İşletme Genel Müdürlüğü işçilerine mesken yaptırmaları için borç para verilmesine müteallik hükümler vazolunmuştur [Resmî Gazete, 23 Haziran 1952, sayı: 8142].

§ Kabul buyurulan 16/6/1952 tarih ve 5958 sayılı kanunla; hilâfetin ilgasına ve hanedanı osmaniyenin Türkiye Cumhuriyeti memaliki haricine çıkarılmasına dair olan 431 sayılı kanunun ikinci maddesi değiştirilmiş ve aynı kanuna bazı maddeler eklenmiştir [Resmî Gazete, 23 Haziran 1952, sayı: 8142].

§ Kabul buyurulan 18/6/1952 tarih ve 5963 sayılı kanunla; bataklıkların kurutulması ve bundan elde edilecek topraklar hakkındaki 5516 sayılı kanunun bazı maddeleri değiştirilmiş ve geçici madde yürürlükten kaldırılmıştır [Resmî Gazete, 23 Haziran 1952, sayı: 8142].

§ Kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5985 sayılı kanunla; Milli Savunma Bakanlığı Gülhane Askerî Tıp Akademisi ile Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi yekdiğerinden ayrılmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Kabul buyurulan 20/6/1952 tarih ve 5988 sayılı kanunla; Türkiye - Çekoslovakya tütün protokolunun 30 Haziran 1952 tarihine kadar yeniden yürürlüğe konulması için, 19 Ocak 1952 tarihinde Prag'da Prag elçiliğimizle Çekoslovak Dış İşleri Bakanlığı arasında imza ve teati edilen mektuplar kabul edilmiş ve onanmıştır [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

B) T. B. M. M. KARARLARI;

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ittihaz buyurulan 2/6/1952 tarih ve 1803 sayılı karara göre; Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 64 ve 69 uncu maddelerinin yorumlanması hakkındaki Başbakanlık tezkeresi Komisyonumuzun 21/5/1952 tarihli toplantısında, Hava Kuvvetleri Komutanlığı, Maliye Bakanlığı ve Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü temsilcileri huzuru ile görüşülüp incelendi.

Millî Savunma Bakanlığı temsilcilerinin kendi görüşlerinin haklı olduğuna dair ileri sürdükleri müeyyideler şunlardır:

A) Yeni Emekli Sandığı Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış olan 1683 sayılı Askerî ve Mülkî Tekâüt Kanununun şehitlere ait olan 45 inci

ve 5107 sayılı kanunun 2 nci maddelerinde Büyük Millet Meclisinin 927 sayılı yorum kararında (hava şehitleri) hakkında bir kayıt bulunmamasına rağmen 9/6/1949 tarihli ve 1651 sayılı yorum kararı ile (özel kanunlarında kendilerine şehit denilmiş olanların) 5107 sayılı kanon hükmünden istifadelerinin kabul edilmiş bulunması,

B) 3485 sayılı kanunun 14 üncü maddesiyle hazarda veya seferde vazife ile uçuş esnasında düşen pilot olan veya olmıyan uçucularla hava sınıfında müstahdem askerî memurlardan şehit olanların müstahak aileleri efradına bir mafevk rütbe ve derece üzerinden yetim maaşı tahsis edildiği ve ayrıca 2500 lira tazminat verildiği,

C) 5434 sayılı kanunun geçici 46 ncı maddesiyle ve 5107 sayılı kanuna tevfi kanunla zam görmüş aylıklarının sözü geçen kanunun 64 üncü maddesinde yazılı zam miktarına çıkarılması gibi mülâhazalar yeni Emekli Sandığı Kanunu hükümlerinin hava mensupları şehit, dul ve yetimleri için de uygulanması gerektiği yolundadır.

Yapılan müzakere neticesinde Komisyonumuz şu karara varmıştır:

1 — 1683 sayılı kanunun 45 inci maddesi ile şehit kelimesine bazı haklar tanınmış olduğundan gerek 927 ve gerekse 1651 sayılı kararlar bu maddeye dayanılarak alınmışlardır. Halbuki 5434 sayılı kanunda ve bu kanunun henüz tasarı halinde iken Geçici Komisyonda yapılan müzakere zabıtlarının tetkikinde (şehit) kelimesi ancak dinî bir mefhum olarak kabul edilmiş ve ayrıca bir hak tanınmamış olduğu anlaşılmıştır. Kaldı ki, sözü geçen Emekli Sandığı Kanununun malüllüğe dair 64 üncü maddesinin aşağıdaki fıkralarında şu hükümler sayılmaktadır:

- a) Harpte fiilen ateş altında,
- b) Harpte harp bölgesindeki harp ve harekât ve hizmetleri sırasında bu harekât ve hizmetlerin sebep ve tesirleri ile,
- c) Harpte veya harbe hazırlık devresinde her nevi düşman silâhlarının tesiri ile,
- ç) Askerî harekâtı gerektiren iç tedip ve hudut hareketleri sırasında bu hareketlerin sebep ve tesirleri ile, malüllük hakkı tanınmaktadır.

Emekli Kanununun 69 uncu maddesinin (D) fıkrası da yukarıki sebeplerle terki hayat edenleri (şehit) tanımakta ve her iki maddede de uçuş kazalarından ötürü husule gelen ölüm vak'aları halinde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

2 — 5107 sayılı kanun yeni Emekli Kanunu ile yürürlükten kaldırıldığı için sözü geçen kanundaki maddeler hükümsüz kalmışlardır.

3 — 3485 sayılı kanunun 14 üncü maddesi her ne kadar yeni Emekli Kanunu ile kaldırılmamış ise de bu maddenin muameleye taallük eden 11 ve 12 nci maddeleri 5434 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmış olduğu için onunla amel etmeğe imkân kalmamıştır.

3485 sayılı kanunun külliye kaldırılarak yerine yeni hükümler konulması hakkındaki Milli Savunma Bakanlığının hazırladığı tasarı Yüksek Meclisin gündemine alınmış bulunmaktadır. Bu teşebbüs dahi hava kazazedelerine 3485 sayılı kanun hükümleri ile herhangi bir yardım yapılamamakta olduğunun açık misalidir.

Uçuculuk, zamanımızın en ileri ve en çok tehlikeli bir mesleğidir. Vatan müdafaası bakımından bu mesleğin rağbet görmesini temin etmek şarttır. Şu mülâhazalarla Komisyonumuz hizada ve seferde uçucularımızdan kazaya uğrayarak terki hayat edenlerin dul ve yetimleriyle kanunî mirasçılarına tatmin edici hak ve tazminat tanınmasına şiddetle taraftardır.

Gerek bu bakımdan ve gerek Emekli Sandığı Kanunu yürürlüğe girmeden önce 1683 sayılı kanunun 45 inci maddesi ile bu gibi kazazedelere haklar tanınmış olduğu halde aynı evsaftaki kazazedelere yeni Emekli Sandığı Kanununun hak tanımamış olması sarîh bir adaletsizlik teşkil etmektedir. Kanunî hükümlerin yorum yolile tanıyamadığı bu hakkı tanıtmak ve mevcut adaletsizliği bertaraf etmek için Milli Savunma Bakanlığının tesis yoluna giderek Yüksek Meclise bir tasarı getirmesi Komisyonumuzun halis emelidir.

Netice : 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun apaçık hükümleri karşısında uçucu şehitlerimize yorum yolu ile ayrıca bir hak tanımaya imkân bulunamamıştır [Resmî Gazete, 12 Haziran 1952, sayı: 8134].

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ittihaz buyurulan 18/6/1952 tarih ve 1805 sayılı karara göre; açık bulunan milletvekilleri için Milletvekilleri Seçimi Kanununun altıncı maddesi mucibince bu yıl ara seçimi yapılmamasına karar verilmiştir [Resmî Gazete, 23 Haziran 1952, sayı: 8142].

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ittihaz buyurulan 20/6/1952 tarih ve 1807 sayılı kararla; 1 Kasım 1952 Cumartesi gününe kadar çalışmalara ara verilmiştir [Resmî Gazete, 28 Haziran 1952, sayı: 8144].

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ittihaz buyurulan 24/11/1952 tarih ve 1808 sayılı karara göre; Belediye Gelirleri Kanunu-

nun 21 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında yazılı bulunan (her ne suretle ve vasıta ile olursa olsun yapılacak diğer ilân ve reklâmlardan Belediye Meclislerince düzenlenecek esas ve tarifelere göre resim alınır.) ibaresinin gazetelere de şamil olup olmadığıнын yorumlanması istenmiş ise de;

Gazetelere de ilân verilmekte olmasına, bu ilânı verenin kendi lehine ilândan kastettiği menfaati temin etmiş bulunmasına ve 5237 sayılı kanunun 21 inci maddesinin 4 üncü fıkrasının (her ne suretle ve vasıta ile olursa olsun yapılacak diğer ilân ve reklâmlardan Belediye Meclislerince düzenlenecek esas ve tarifelere göre resim alınır.) suretindeki âm ve şâmil ibaresinin serahatine binaen gazetelere verilen ilânlardan da Belediyelerce resim alınması lüzumu belirtilmiş ve bu sebepten mezkûr fıkranın yorumuna ihtiyaç görülmemiştir [Resmî Gazete, 2 Aralık 1952, sayı: 8272].

D) TÜZÜKLER;

§ Bakanlar Kurulunun 6/4/1952 tarih ve 3/14831 sayılı kararla; denizde can ve mal koruma hakkındaki 4922 sayılı kanunun on ikinci maddesine dayanılarak Ulaştırma Bakanlığınca hazırlanmış olan «Tehlikeli eşyanın ticaret gemileriyle taşınması hakkında Tüzük» ün yürürlüğe konulması kararlaştırılmıştır [Resmî Gazete, 8 Ekim 1952, sayı: 8227].

§ Bakanlar Kurulunun 5/5/1952 tarih ve 3/14959 sayılı kararla; Ereğli kömür havzası maden ocaklarında çalışan işçilerin sıhhi ihtiyaçlarının teminine dair tüzüğün dördüncü maddesinin değiştirilmesi hakkındaki tüzük yürürlüğe konulmuştur [Resmî Gazete, 9 Haziran 1952, sayı: 8130].

§ Bakanlar Kurulunun 26/5/1952 tarih ve 3/15089 sayılı kararla; Türk Hava Kurumu ana tüzüğünde değişiklik yapılmıştır [Resmî Gazete, 18 Temmuz 1952, sayı: 8161].

§ Bakanlar Kurulunun 12/6/1952 tarih ve 3/15173 sayılı kararla; «Polis Kıyafet Tüzüğü» yürürlüğe konulmuştur [Resmî Gazete, 12 Temmuz 1952, sayı: 8156].

§ Bakanlar Kurulunun 1/7/1952 tarih ve 3/15233 sayılı kararla; sabun normlarına dair Tüzük yürürlüğe konulmuştur [Resmî Gazete, 7 Ağustos 1952, sayı: 8178].

§ Bakanlar Kurulunun 4/8/1952 tarih ve 3/15481 sayılı kararla; Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından hazırlanan «Gıda maddelerinin ve umumî sağlığı ilgilendiren eşya ve levazımın hususî vasıflarını

gösteren Tüzük» ün yürürlüğe konulması kararlaştırılmıştır [Resmî Gazete, 18 Ekim 1952, sayı: 8236].

§ Bakanlar Kurulunun 12/8/1952 tarih ve 3/15556 sayılı kararla, 3008 sayılı İş Kanununun elli beşinci maddesine dayanılarak Çalışma ve Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca müştereken hazırlanmış olan «Parlayıcı, patlayıcı, tehlikeli ve zararlı maddelerle çalışan işyerlerinde alınacak tedbirler hakkındaki Tüzük» ün yürürlüğe konulması kararlaştırılmıştır [Resmî Gazete, 15 Kasım 1952, sayı: 8258].

E) YÖNETMELİKLER;

§ Bakanlar Kurulunun 7/7/1952 tarih ve 15350 sayılı karariyle 4598 sayılı kanunun 9 uncu maddesi mucibince verilecek tedavi masrafları ve yol parası hakkındaki yönetmeliğin bazı maddelerinin değiştirilmesi ve 12 nci maddesine bir fıkra eklenmesi hakkında kabul buyurulan yönetmeliğin birinci maddesine göre; 4598 sayılı kanunun 9 uncu maddesi mucibince verilecek tedavi masrafları ve yol parası hakkındaki Yönetmeliğin 2 nci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Yabancı memleketlerde vazife gören Dışişleri Bakanlığı memurlarının ve bu memleketlerde istihkaklarını bu memurların tâbi oldukları esaslar dairesinde alan diğer daireler memurlarıyla 4489 sayılı kanun gereğince bilgi, görgü ve ihtisaslarını arttırmak üzere yabancı memleketlere gönderilen memurların buldukları mahallerdeki tedavilerine ait masraflar verilebilmek için hastalıklarının ve tedavileri lüzumunun oradaki resmî sıhhat müessesesi veya mercileri tarafından tanzim ve sıhhatleri salâhiyetli konsoloslarımız tarafından tasdik edilen raporlara istinat etmesi şarttır.

İkinci maddeye göre; aynı Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin 2 nci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Fizyoterapi levazımını ihtiva eden ve münhasıran hasta kabul eden Bursadaki Çekirge Askerî Hastanesile aynı evsftaki müesseselerde ve yine münhasıran hasta kabul etmek üzere Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca ruhsat verilmiş olan kaplıcalarda Sağlık Kurulunca verilen rapora istinaden yapılan tedaviye ait masraflarla yol paraları da ödenir.

Üçüncü maddeye göre; aynı Yönetmeliğin 7 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Yabancı memleketlerde vazife gören Dışişleri Bakanlığı memurlarının ve bu memleketlerde istihkaklarını bu memurların tâbi oldukları esaslar dairesinde alan diğer daireler memurlarıyla, 4489 sayılı kanun gereğince bilgi, görgü ve ihtisaslarını arttırmak üzere yabancı memleketlere

gönderilen memurların buldukları mahallerde ayakta veya yatarak tedavileri halinde ihtiyar ettikleri masraflar Türkiyedeki muadili müesseselerce alınmakta olan ücret miktarını geçemez.

Bu miktarlar Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına tesbit ettirilir. Memurun mensup olduğu Bakanlık tesbit edilen had içinde masrafı takdire salâhiyetlidir.

Dördüncü maddeye göre; aynı Yönetmeliğin 12 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

Şayet cenazeyi kaldıran belediyelerce yukarıda gösterilen hizmetler için sarfedilen masrafların tefriki mümkün olmazsa bu taktirde belediye tarafından ihtiyar olunan cenaze masrafı ödenir [Resmî Gazete, 25 Ağustos 1952, sayı: 8193].

§ Bakanlar Kurulunun 28/10/1952 tarih ve 3/15815 sayılı kararile; Devlete ait binaların yangından korunması hakkındaki yönetmelik yürürlüğe konmuş ve 12/4/1933 tarih ve 14149 sayılı karar kaldırılmıştır [Resmî Gazete, 2 Aralık 1952, sayı: 8272].

R. G. O.

II.

Mahkeme İçtihatları

- A) Uyuşmazlık mahkemesi kararları; B) İdare mahkemesi kararları;
C) Adalet mahkemesi kararları; D) İş hukuku kararları.

C) ADALET MAHKEMESİ KARARLARI :

Gayrimenkullere dair Yargıtay kararlarının analizi

XV

ŞÜF'A HAKKI

MK. m. 659

Şüf'a bedelinin ödenmesi şartları

Şüf'a hakkının kullanma şartlarına dair No. 42 de verdiğimiz bilgilerde* şüf'a dâvasının kabulü için dâvacının dâvalıya, gayrimenkul hissesini

*) Türk Kanunu Medenisi Şerhimiz, 1947 tab'ı, m. 659, No. 11.

satın almak için ödediği bedeli ve resmi ve hususi bütün masrafları peşinen ödemiş olması gerektiğini yazmıştık.

Yargıtay tevhidî içtihat kararile (No. 47) bu esasî bir dereceye kadar kabul etmiş bulunmaktadır.

Bu karara göre, mahkeme şüf'a hakkının doğum şartları bulunup bulunmadığını tetkikten önce dâvacıya bedeli dâvalıya ödemesi, onun ödemeyi kabulden imtinâ halinde tâyin edeceği yere depo etmesi için bir süre verir. Yargıtay bu sürenin ne kadar olması gerektiğini belirtmemektedir. Her halde sürenin 24 saat gibi, çok kısa olması gerekir. Çünkü, esasen o bu dâvayı açmadan ödeme vazifesini yapmalı idi. Kanunu Medenî şerhimize bedel şüf'a dâvası açılmadan teklif edilmesi zarureti üzerinde durmuştuk. Yargıtay bir hayli tereddütten sonra nihayet mahkemenin tâyin edeceği sürede ödeme ile de dâva hakkının mahfuz tutulabileceğini kabul etmiş, şartla veyahut dâvalının usulen yapacağı takiple bedeli tahsil hakkını mahfuz tutarak veya buna ayrıca hüküm ederek şartsız şüf'a hakkında kesin karar vermesi lüzumuna dair eski içtihatlarını değiştirmiştir.

No. 47

Y. Tev. İc. 20.6.1951, E. 13/K. 5, R. 7 Kasım 1951

.

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi 28/11/1938 tarihli ilâmında şüf'a hakkı sahibi dâvacının satış bedelini müsterî olan dâvalıya nakden verdiği surette dâvalı uhdesinde kayıtlı mesfu hissenin terkin ve iptali ile dâvacı namına tescilli yolundaki şartla muallâk asliye mahkemesi hükmünün doğru olmadığı satış bedelinin dâvacıdan alınıp dâvalıya verilmesine ve mesfu hissenin de dâvacıya temlik ve tapuca uhdesine tesciline hükmolünmek gerektiği düşüncesiyle hükmü bu şekilde düzelterek onamış ve 13/4/1943 tarihli ilâmında da seflin her hangi bir mehil içinde ve hükümden önce satış bedelini ödemeye veya tevdi kanunen mecburiyeti olmadığını ve şüf'a hakkının satış bedelinin verilmesi şartına talik edilmesi keyfiyetin kanuna aykırı olduğunu belirtmiş ve mesfu hissenin şüf'a hakkı sebebiyle dâvacı namına kaydının tashihine karar vermek suretiyle hükmün islahat tasdikî cihetine gitmiş ve 17/1/1949 tarihli ilâmında ise, satış bedeli ile tapu masraflarının tahsili ve kaydın düzeltilmesi şeklinde kesin olarak karar verilmesini doğru bulmamış, satış bedeli ile müsterî tarafından yapılan masraflar dâvacı tarafından verildiği takdirde şüf'a hissenin dâvacı adına düzeltilmesi şeklinde karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. İlk iki ilâm hükmün şüf'a bedeline taallük eden muhtevası bakımından birbirini teyit ettiği halde üçüncü ilâm ile beliren içtihat bunlara aykırı düsmüştür. Satış bedeli ile müsterî tarafından yapılan masrafların şüf'a hakkı sahibinden tahsili hususunda başlıca üç bahis konusu edebilir.

a — Satış bedeli ile masrafların şüfa hakkı sahibi dâvacıdan alınıp dâvalıya verilmesi ve şüfa hakkı hisse hakkındaki tapu kaydının dâvalı uhdesinden silinerek dâvacı adına tescilli şeklinde hüküm tesisi. İlk iki ilâmda bu şekil derpiş edilmiş bulunmaktadır. Bu suretle ilâm ayrı iki hükümü ihtiva edecektir. Biri dâvacı lehine olarak tapu kaydının düzeltilmesidir. Diğer dâvalı lehine olarak şüfa bedelinin tahsilinden ibarettir. Her iki taraf ilâmın kendi lehlerine olan kısmını ayrı infaz ettirecektir. Tapu tarafkaydının düzeltilmesi hakkında dâvacı lehine olan hüküm ilâmın tapuya tevdi ile müskülât arz etmeden infaz edilecektir. Dâvacının şüfa bedelini ödemekten temerrüdü halinde şüfa bedelinin tahsili hakkındaki hükümün infazında dâvalı takip hukukunun gösterdiği yollarda borçluyu takibedecek kendisinin evvelce baylıne peşinen ödediği satış bedeli ile masrafların az çok bir müddet sonra dâvacıdan tahsil edebilecektir.

b — Dâvacının satış bedelini ve masrafları verdiği takdirde veya surette tapu kaydının düzeltilmesi şeklinde hüküm tesisi. Üçüncü ilâm bu şekli kabul etmiştir. Bu halde ilâmı infaz ettirmek isteyen dâvacı önce şüfa bedelini infaza memur makama tevdi edecek ve bundan sonra tapu kaydının düzeltilmesi hakkında hüküm infaz edilecektir. Bu şekildeki ilâm dâvacının şüfa bedelini ede etmesindeki kolaylık bakımından dâvalıyı tatmin ederse de, hükümün şarta muallâk olması bakımından bu kabil ilâmlarda, bulunması zarurî olan katiyetli bertaraf edecek bir durum tahassül eylemektedir. Dâvacı ilâmı olan katiyetli bertaraf edecek bir durum tahassül eylemektedir. Dâvacı ilâmı infaz ettirmek istemezse dâvacının mesfu hisse üzerindeki hakları ne olacaktır? İlâm en geç kesinleştiği tarihte mülkiyet dâvacıya naklettiğine göre şüfa bedelini elde etmek isteyen dâvalı için yine icraya başvurmak ve dâvacının arkasından koşmak lâzım gelmeyecek mi?

c — Şefiin hükümden önce satış bedelini ve müşteri tarafından satış sırasında yapılan masrafları ödemeye veya tevdi mecbur tutmak ve bu mecburiyete riayet etmeyen şefiin dâvasını reddetmek.

Hükümden önce şüfa bedelini ödenmiş veya müşteri nam ve hesabına tevdi edilmiş olması halinde hüküm, yalnız kaydın düzeltilmesi hususunu ihtiva edecek ve kayıtsız, şartsız infaz olunacak ve şüfa bedelinin tahsili hususunda dâvalı hiç bir müskülâta maruz kalmayacaktır.

13/4/1943 tarihli ilâm bu şekle temas etmiş ve ancak şefiin hükümden önce satış bedelini ödemeye veya tevdi kanunen mecbur olmadığı sonucuna varmıştır.

İçtihatı Birleştirme Genel Kuruluna tevdi edilen ilâmlarda yukarıda a ve b bendlerine yazılı şekillerden birinin tercihi hususunda içtihat uyuşmazlığı göze çarpmaktadır. c bendinde yazılı şekil hakkında Genel Kurula bir ilâm sunulmaktadır. Ancak Genel Kurulu birbirine muhalif kararlarla mukayyet olmayıp içtihadında serbesttir. Mübayan kararları kendi içtihadına muvafık görmezse kanuna, hal ve maslahata ve adalete uygun şekilde meseleyi tetkik eder ve karara bağlar. Bu sebep Genel Kurul, bu hususta teklif edilen şekillerin hepsi üzerinde müzakere ve münakasa etmiş kendisine sunulan ilâmlara bağlı kalmamıştır.

Şüfa bedelinin ödenmesi şekli hakkında mevzuatımızda açık ve kesin bir hüküm yoktur. Bu hususu şüfa hakkının ve şüfa dâvasının ve nihayet şüfa'ya ait hükümün mahiyetini gözönünde tutmak suretiyle halletmek lâzım gelmektedir.

Gayrimenkul mülkiyetinin takyitlerinden olan kanunî şüfa hakkı gayrimenkulde hisse sahibi bulunan şahsa diğer bir hissenin üçüncü şahsa satılması halinde o hisse müşteriye neye mal olmuş ise o miktar ile ve belli bir süre içinde satın almak salâhiyetini aynı bir haktır. Bu hak mesfu hissenin üçüncü şahsa satılması

ve satısa itiladan itibaren bir ay içinde kullanılmış olması gibi numayyen şartlar altında kullanılacak yenilik doğuran kurucu bir haktır ki, sefiin bu hakkı kullandığı yolundaki tek taraflı irade beyanının müşteriye vasıl olmasıyla yeni bir hukukî vaziyet meydana getirmesine yarar. Bu hakkın kullanılmasıyla sefi yeni bir akid yapmağa hacet kalmaksızın müşteriye halef olur. Bu suretle sefi irade beyanını müşteriye isal edince yeni hukukî bir durum hasıl olur. a — Mesfu hisse üzerindeki müşteriye ait haklar sefiie geçer, bu andan itibaren de mesfu hissedin nefi ve hasarı sefiie ait olur. b — Müşteri mesfu hisse kendisine neye mal olmuş ise o miktar ile sefiin alacaklısı olur.

Bu suretle sefiin durumu satış akdinde müşterinin durumu ile kıyaslanmak lâzımdır. Her hangi bir satış akdine dayanarak mülkiyet hakkını ibraz etmeyi talep eden kimse — akid tescil edilmemiş ise — satış bedelini önce ödemek mecburiyetinde olduğu ve bu suretle beyanini temerrüt haline koymak lâzım geldiği gibi sefiin de şüf'a dâvasını kazanması için en geç hükümden önce şüf'a bedelini ödemesi veya tevdi etmesi ve bu suretle dâvalayı temerrüt haline sokması lâzımdır. Aksi halde şüf'a hakkının kullanılmasıyla sefi, mesfu hissedin menafinin ibraz ettiği gibi ayrıca şüf'a bedelini elinde tutarak paranın nemasından da istifade hakkını kazanmış olacak ve buna mukabil dâvalı mesfu hissedin istifade hakkını kaybettiği gibi şüf'a bedelinin nemasında mahrum kalacaktır. Bu netice sefi ile müşteri arasında menfaat ihtilâfı halinde hakkaniyet ve adalete uygun düşmeyeceği gibi şüf'a hakkının mahiyeti ile de telif edilmez.

Kanuni şüf'a hakkının mahiyeti hakkındaki bu müfâlâalar şüf'a dâvasının da mahiyetini aydınlatacak durumdadır. Sefiin şüf'a hakkını kullanmasıyla husule gelen yeni hukukî vaziyet gözönünde tutulursa şüf'a dâvasını bir kayıt tasbihi dâvasından ibaret olduğu sonucuna varılır.

Her ne kadar doktrinde bu dâvanın mülkiyetin devrini tazammum ettiği de ileri sürülmüş ise de sefiin şüf'a hakkını kullanmak suretile müşteriye halef olması prensibi, bizi daha ziyade dâvanın kayıt tasbihi dâvası mahiyetini arzettiği hususundaki ilmi içtihatıara temayül ettirmektedir. Dâvanın mülkiyetin devrini tazammum ettiği yolundaki içtihada göre de mülkiyet en geç hükümün kesinleştiği tarihte sefiie geçmiş olduğu kabul edilmektedir. Bu içtihada temayül edilmesi halinde de şüf'a bedelinin her halde hükümden önce ödenmiş olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Çünkü, müşteri satış bedelini pesinen ödemesi lâzımdır. Mülkiyet hükümlerine devredilmiş olacağına göre bu devirden yani hükümden önce sefiin kendisine terettüb eden vaeibeleri tamamen yerine getirmiş olması zaruridir. Şüf'aya ait hüküm ise kayıtsız ve sartsız ve yalnız tapu kaydının düzeltilmesi ihtiva etmesi bu düşünceleri bir netice olarak belirtmektedir.

Medenî Kanununun 642 nci maddesinin ikinci fıkrası mucibince mahkeme ilâmına dayanan kimse doğrudan doğruya tescil muamelesi yaptırabilir. Aynı Kanununun 322 nci maddesine göre hak sahibinin mülkem kazıyyeye dayanması halinde tapu sicil muhafızlığına evrakı müsbife olarak kesinleşmiş ilâm tevdi olunur. Kaydın düzeltilmesine dair olan hüküm bu suretle infaz edilir. Bu sebeptendir ki, İcra İflâs Kanunu bu kabul ilâmların infazını icra dairelerinin vazifesi meyanına ihai etmemiştir. Takip hukukunun bu durumu da şüf'aya ait hükümlerin kayıtsız ve sartsız tapu düzeltilmesine ihtisar etmesi ve ayrıca şüf'a bedeliyle ilgilenmesi ve binatınaleyh hükümden önce bedele ait mesefelerin halledilmiş olması zaruretini doğurmaktadır. Bu içtihat müzakere konusu olan ilâmlardan dâvalayı şüf'a bedelini tahsil için sefiin takibetmek külfet ve zahmetlere maruz bırakan ilk iki ilâmda varılan neticeyi

bertaraf ettiği gibi ilâmın infazına şefi'nin arzu ve takdirine bırakan üçüncü ilâmın mahzurlarını da bertaraf edecek durumdadır.

Bu sebeplere binaen : Şüf'a dâvasının hâkimin hükümden önce re'sen nazara alınarak tâyin edeceği münasip bir mehil içinde satış bedeli ile şefie ait olması lâzım gelen satış masraflarını tediye veya tediye den sonra kaydın tashihine hükmedilebileceğine birinci oturumda üçte iki çoğunluk hasıl olmadığında ikinci oturumda ve 20/6/1951 tarihinde mutlak çoğunlukla karar verildi.

Satışın butlanı veya meşfu hissenin tekrar satılması halinde şüf'a hakkı

§ Bir gayrimenkul hissesinin satışı, tâbi tutulduğu şart tahakkuk etmemesi sebebiyle, hükümsüz kalırsa diğer hissedarın şüf'a hakkı düşer. Ancak, Federal Mahkemeye göre tarafların akdi rızalarile iptal etmeleri şefi'nin hakkını düşürmez.

Yargıtay satışın iptali kanunî bir sebeple istenmesi halinde şüf'a hakkının düşmesini kabul etmekte ise de bayi ile müşteri arasında akdin iptaline dair * verilen hükmün şüf'a hakkını kullanan hissedara karşı kaziyei muhkeme teşkil etmesini kabul etmemektedir (No. 48).

Yargıtaya göre şüf'a dâvası başladıktan sonra, meşfu hissenin ahârına satılması halinde de dâvaya devam olunur. Ve ilk satış bedeli verilerek üçüncü kişiden bu gayrimenkul zaptolunabilir.

Yargıtay Y. V. H., 21.1.1950, Pratik Huk Mec. 1950, 25 kararında dâvalının hüsnüniyetini mahfuz tutmuştu. Fakat sonraki ekseriyetle verdiği kararda ikinci müşterinin hüsnüniyetini mahfuz tutmamaktadır (No. 49).

Yargıtay kararında, bir gayrimenkul hissedarı, diğer hissedarın şayi hissesini satın alan kimseye karşı haiz olduğu şüf'a hakkını, bu kimseden satın aldığı hisseyi iktisap eden kişiye karşı da, aynı şartlarla kullanılabileceğini kabul etmiştir. Yargıtay bu kararla evvelki içtihatlarını ve tevhidî içtihat kararını teyit etmektedir, (Aynı haklar serhim, m. 659, no. 10).

Yargıtaya göre, ikinci müşteri evvelki müşteriden ödediği bedelin iki misli ile aldığı hisseyi satın alması, dâvacı hissedarın şüf'a hakkını kullanması için muayyen kanunî sürede satın alması halinde şüf'a hakkını bildiği ve buna imkân vermemek kasdı farz olunur. Çünkü, o bu hakkın varlığını şahsından beklenen ihtimamı sarfetmekle öğrenebilirdi.

Yargıtayın bu kararına, üyelerden biri «iyi niyetle iktisap iddiasında bulunan dâvalılardan İ. nin kötü niyeti ispat edilmemesi sebebiyle muhalif» kalmıştır.

*) A. g. serhimiz, No. 7.

Bu karar altında, Pratik Huk. Mec. 1951, sah. 25 de yazdığımız notun kısıması :

Tapu kayıtları alenî olduğundan bir kimse, bir hissesini satın aldığı gayrimenkulün diğer hissedarı kim olduğunu bildiğini kabul zarureti bulunmakla beraber, bayii olan hissedarın iktisap şartlarını ve tarihini, tapu kayıtlarını inceleyerek öğrenmeye mecbur tutulamazlar. Pratikte müşteri bütün tapu dosyalarını inceleyemez.

Fakat, ikinci müşteri satın aldığı şayi hisse hakkında, diğer bir hissedarın şüf'a hakkı olduğunu bildiği kabul edildiğine göre, Yargıtayın içtihadı haklı mıdır ?

Kanunun metninden, bir hissedarın birinci müşteriye karşı haiz olduğu şüf'a hakkını ikinci müşteriye karşı da aynı şartlarla kullanabileceğini çıkarmak zordur.

Bir hissedarın haiz olduğu şüf'a hakkını aynı şartla müşterinin müşterisine karşı kullanması, bu müşterinin haksız zararını intaç eder.

Yeni hukukun ana prensiplerinden biri, haksız kazançları himayeden mahrum bırakmaktır. Bir kazanç, eğer bilerek ikram için temin edilmemiş ise, ancak yapılan bir işin, yahut maruz kalınan bir tehlikenin karşılığı olabilir. Mal mübadelesinde, bir taraf diğerinin sıkışık vaziyetinden istifade etmiyorsa her ikisi de kazanmış sayılır. Diğerinin vaziyetinden istifade ile edilen kazanç ise, haksız olup tarafa akti fesih salâhiyetini verir (BK., m. 21).

Şefiin müşterinin elindeki malı muayyen bir bedel ile zorla satın alması kendisi için çok kârlıdır. Çünkü, aksi halde buna teşebbüs etmez. Onun bu haksız kazancını himaye modern kanun prensiplerine uymaz.

Medenî Kanun ancak müşterinin bütün zararları ödenmek şartile, şüf'a hakkının kullanılmasına müsaade etmiştir. Yani, kazançlı bir gayrimenkul hisse satışında, hissedar mı, müşteri mi istifade etsin meselesinde müşterinin bütün zararlarını ödemesi şartile hissedar tercih edilmiştir. Fakat bu hak hiçbir suretle müşterinin zararına kullanılmaz. Binaenaleyh, malı 4.000 liraya satın almış olan ikinci müşteriden ona yalnız 2.000 lira vererek almak kanunun maksadına değil, hattâ metnine bile uygun görünmez.

Fakat, müşteri kasten bir hissedarın şüf'a hakkını ağır şarta tâbi tutmak için aldığı hisseyi aharına satması haksızlık değil midir ?

Eğer ikinci satış ve bedeli hakiki ise, yani, ilk müşteri gerçekten aldığı kârını bularak satmış ise, ikinci müşterinin hissedarın şüf'a hakkı ile ilgili olmadan satın almasında haksızlık yoktur. Bir hissedardan diğerinin kanunî olan şüf'a hakkını bilerek hissesini satın alan kimse bütün ödedikleri kendisine ödenmedikçe malı iadeye zorlanamaz. İlk

müşteri de hissedarın şüf'a hakkını zorlaştırmak, hattâ kullanmasına yer vermemek maksadile hisseyi çok yüksek bir fiatla alabilirdi.

Kısaca, hissedar şüf'a dâvası açarak bedelini yatırıp, şefii olduğu hisseyi mahkeme kararile iktisap etmeden, veya ihtiyatî tedbirle keyfiyeti tapuya şerhettirmeden müşteri bu hisseyi diğerine satarsa artık şüf'a hakkı yeni satış şartlarına göre kullanılmak gerekir.

§ Yargıtay kararında (No. 49) satın alınan hisse icraî takip üzerine üçüncü bir şahsa satılmış olması halinde de şüf'a hakkını mahfuz bulundurmaktadır. HUK. m. 572 sarîh hükmüne göre bir şayi hisse icraî takip üzerine satılığa çıkarıldığı takdirde şüf'a hakkı ilk satış ilânından itibaren bir ay içinde kullanılarak satışı durdurmak gerekir. Cebri ve aleni müzayede ile alınan bir hisse üzerinde şüf'a hakkı kabul edilemez. (Türk Kanunu Medenisi şerhimiz, m. 659, No 11). — No. 55 altındaki nota da bakınız.

No. 48

Y. S. H. D., 24.11.1950, E. 5273/K. 3899 (Sarıyer Sulh)

KARAR: Tafsilatı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere satılan hisse sahibi İsmail Onat tarafından müşteri dâvalı Asliye Zekiye aleyh'ne açılan satışın iptali dâvası sonunda işbu hisselerin satışının iptaline ve bu hisselerin adı geçen İsmail adına tesciline karar verildiği ve bu kararın kesinleştiği ve dâva konusu hisselerin evvelki sahibi İsmail adına tescil edildiği bu husustaki dâva dosyası münderecatı ve tapunun bu husustaki tezkiresi münderecatı ile anlaşılmış olmasına mebnî sabit olmayan dâvanın reddine karar verilmiştir.

YARGITAY KARARI: Dâvacılar şüf'a dâvasının açılmasından sonra mesfu hisselerin eski sahibi tarafından müşteri aleyhine açılan ve satışın iptalini ve kaydın eski sahibi namına düzeltilmesi yolundaki dâvadan haber ve malûmatları olmadığını ve o dâva sonunda istihsal edilen ilâma dayanılarak kaydın tashihine karşı ayrıca kendileri tarafından eski mal sahibi aleyhine dâva açıldığını bildirmiş olmalarına göre bu husus tahkik edilmek ve böyle bir dâvanın mevcudiyeti anlaşıldığı takdirde mesfu hisselerin eski sahibine iadesi hususu taraflar arasında ihtilâfî bulunduğuna göre şüf'a dâvasının reddi lâzım gelip gelmediği düşünülme gerekirken bundan zühul edilmesi yolsuz, temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebeple HUMK. nun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına...

No. 49

Y. H. D., E. 337/K. 190, Adalet 1951, 3278

YARGITAY KARARI: Bozma kararına uyularak yapılan yargılamada dâvalılardan Ali Rıza ve arkadaşlarının hissedar Fatma Eroğlu'nun 400 lira karşılığında

satın aldıkları iki parça tarladaki meşfu hisseyi, mahza şüf'a hakkının kullanılmasına imkân bırakılmamak kâs ve gayesile aynı bedel ile tekrar Fatma Eroğlu'na satmak ve Fatma Eroğlu tarafından da durumu bilmesi gereken dâvalılardan Ali Rıza'nın babasına bin lira karşılığında ipotek gösterilmek ve ipotegün paraya paraya çevrilmesi yolile yapılan takip üzerine de dâvalılardan Ali Dikiciye geçmek suretile dâvadan sonra birbiri ardınca yapılan temlik ipotek satış dâvacıların kanunî süre içinde kullandıkları şüf'a hakkında bir suretle müessir olmayacağı ve dâvadan sonra meşfu hisse üzerlerine geçmiş olanlar aleyhlerine açılmış olan dâva birinci dâvanın devamı mahiyetinde bulunmak itibarile onların iyi ve kötü niyetleri aranılmaksızın kanunî süre içinde açılmış şüf'a dâvası birinci satış bedeli üzerinden meşfu hisseyi almak hakkını iktisabeden dâvacılardan bedel farkı istenemeyip dâvalılardan Ali Dikicinin ödediği fazla bedeli diğer dâvalılardan ayrıca dâva hakkında saklı bulunmuş olmasına ve hükmün dayandığı gerektiği sebeplere göre yerinde olmıyan temyiz itirazlarının hepsinin reddile bozma kararı gereğince uygun olan hükmün onanmasına ve aşağıda yazılı 998 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 27.2.1951 gününde oyçokluğuyle karar verildi.

MUHALEFET SERHİ: Son ahcının iyiniyetle hareket etmiş olduğu taktirde verdiği satış bedeli kendisine ödenmek gerekli bulunduğundan kararı buna uymıyan kısmına muhalifiz. Üyeler: İrfan Elgin ve Muhiddin Yün

Satış bedelinin isbatı

Gayrimenkul hissesinin satış bedeli dâvacı ile dâvalı arasında ihtilâflı olduğu taktirde resmî satış senedinde yazılı bedel doğru farzedilir. Ancak taraf bu bedelin hakikat olmadığı iddiasını ne gibi vasıtalarla isbat edebileceği bir meseledir. Tatbikatta bedelin şahitle veyahut yemin teklifi ile veya bilirkişi raporu ile isbat edilip edilemeyeceğinde fikirlerde mutabakat yoktur.

Yargıtay I. V. H. kararında (No. 50) haklı olarak bu noktada dâvacının yemin teklifi hakkı olmadığını kabul etmektedir. Çünkü HUMK. bir tarafın diğerine, şerefini ihlâl edebilen bir vakıanın doğruluğunu isbat için yemin teklifi hakkını kabul etmemektedir. Fakat, bu daire 20 gün sonraki tarihli kararında aksi tezi kabul etmiştir (No. 51).

Şahitle iddianın isbatı da naziktir. Yargıtay V. H. bu isbat vasıtasını makbul addetmektedir (No. 51).

Doğrusu, senet ile şahadet taaruz ederse şahadet makbul sayılamaz. Şahitlerin çoğu hatır için yalan söyledikleri gibi hüsnüniyetleri kabul edilse de hataya düşmeleri ihtimali az değildir. Kanun mutlak olarak üçüncü şahısların iki taraf arasındaki akdi şahitle isbat etmesine müsaade etmiş değildir. Kanun yalnız hiylenin şahitle isbatına müsaade ediyor. Şu halde Yargıtayın bu kararı doğru olmak için tarafların şefiin haklarını

kullanmasına mâni olmak kastile, ona karşı asılsız olarak bedeli fazla gösterdikleri isbat olunmak gerekir.

Bilirkişi raporuna gelince, bu daha az itimada şayandır. Çünkü, fiatı tam takdir için elde bir ölçü olmadığı gibi, bütün gayrimenkullerin değeri ile satıldığı da iddia olunamaz.

Yalnız kıymetinden çok fazla olduğu aşikâr derecede bir fiatla satış iddia edilmiş ise hâkim taraflara bu farkı haklı gösteren sebepleri sorar. Dâvalı aldanması, veya parasını plase etmek için başka bir teşebbüs bulamaması gibi az çok hisseyi fâhiş farkla satın almasını vârit gösteren bir sebep ileri süremezse hâkim bilirkişi raporunu, onunla bağlı olmadan, diğer delilleri de inceliyerek, her halde büyük ihtiyatla hükmüne esas tutabilir.

No. 50

Y. V. H., 14.11.1950, Tatb. Yarg. Kararları 1950, z. 580

.....Dâva konusuna taallük eden gayrimenkulün hakiki satış bedelinin ketmedildiğine kanaat getirilememiş ve tapu harcının ketmi muhelli haysiyet bulunduğundan bu hususta dâvalılara yemin teklifi caiz görülmemiş olmasına binaen..... onanmasına...

No. 51

Y. V. H., 30.11.1950, E. 4815/K. 4256 (Eğridir Sulh)

YARGITAY KARARI: Tapuda 800 liraya satıldığı kaydedilen meşfu hissenin 600 lira bedelle satıldığı yolundaki iddia hakkında dinlenen tanıkların şahadeti takdir edilerek iddianın subutuna kâfi görülmemiş ve şahadetin takdirinde bir yolsuzluk bulunmamış olmasına göre bu noktaya yöneltilen temyiz itirazları yerinde değilse de bu iddiasını isbat edemeyen dâvacıya and icrime hakkını kullanmak için imkân verilmek gerekirken...

Şüf'a hakkının ıskatı ve gayrimenkullerin kanunî taktiyelerinden feragat

MK. Madde : 657

Bir hissedarın haiz olduğu kanunî şüf'a hakkından da gayrimenkul mülkiyetini takyit eden diğer haklar gibi feragat olunabilir. Fakat feragatin şekli ve isbatı mesele olmuştur.

Yargıtay V. H., 26.11.1948 tarihli kararında Pratik Huk. Mec. 1949-1950, s. 30 bu şüf'a hakkından feragatin hususî bir şekle tâbi olmadığını

kabul ve bu feragatin her vasıta ile, bilhassa şahitle isbatını caiz addetmişti. Biz adı geçen Dergide yazdığımız makalede ancak muayyen bir şahsa karşı doğan bir şüf'a hakkından şekle tâbi olmadan vazgeçilebileceği, fakat umumî olarak şüf'a hakkının ıskatı ancak resmî senede bağlanması şartile muteber olabileceğini müalâhaza ile kararın bu noktasındaki pratik faydaları tebarüz ettirmiş, fakat, bu feragatin bir hukukî muamele olması ve 50 liradan fazla kıymete taallûku itibarile senetle isbat olunabileceği noktasında ısrar etmiştik.

Yargıtay, tevhidî içtihat kararile meseleyi görüşümüze uygun olarak halletmiştir (No. 52).

Bu mecmuada şu mülâhazaları ileri sürdük :

Kanun, bir gayrimenkul üzerinde bir kişinin henüz doğmamış kanunî aynî haklarından feragata, salâhiyetli bir memur tarafından aydınlatılmadan karar vermemesi için bu feragatin resmî şekilde olmasını ve tapu siciline kaydedilmesini lüzumlu addetmiştir.

Bu mülâhazalar bir gayrimenkul hissedarından şayi hisseyi satın alan kimse lehine şüf'a hakkından vazgeçmesi halinde vârit olamaz. Diğerinin arazisi üzerindeki kanunî takyit hakkından vazgeçen gayrimenkulünü, kıymetten düşürdüğü halde, şüf'a hakkından vazgeçen dâvacı hissesinin kıymetini düşürmez. Bir hissedarın umumî olarak şüf'a hakkından feragatı başka, muayyen bir şahsa karşı doğmuş şüf'a hakkından feragatî başkadır.

Yargıtayın bu kararı tatbikatta şüf'a hakkının sulistimal edilmesinin sebebiyet verdiği haksızlıkları bir derece önler. Şüf'a hakkı sahipleri gayrimenkul hissesinin satışından çok zaman sonra ve fiyatlar yükselince aradaki farktan faydalanmak için satışa henüz muttali oldukları iddiasıyla satılan hisseyi dâva ediyorlardı. Böylece, bir hissedarın şüf'a hakkının kullanılması müşterinin haksız zararlarına sebebiyet veriyordu. Hakikatte ise hissedar şüf'a hakkından vazgeçtiği için zamanında dâva açmıyordu.

Yargıtayın bu kararından daha umumî bir prensip çıkarılabilir. Şöyle ki, salâhiyetler doğuran bir kanunî takyitten vazgeçme resmî şekle tâbi olsa bile bu takyidin verdiği muayyen bir salâhiyetten feragat şekle tâbi değildir. Bu prensip kabul edildiğine göre, meselâ, bir kimse komşunun muayyen bir günde evinde yapacağı bir düğün münasebetile, rahatsızlık veren konser veya dans gibi gürültülü bir eğlence tertip etmesine, veyahut muayyen bir zaman içinde zararlı dumanlar çıkaran şeyler yakmasına razı olmak için resmî mukaveleye ihtiyaç yoktur. Yalnız, gayrimuayyen zamanlarda tâyin edilmemiş rahatsızlıklara katlanmak için yapılan sözleşme mükliyet hakkının takyidinden vazgeçme olup resmî şekle tâbidir.

II. Hukuk Usul K., m. 285 e göre, bir hakkı iskat maksadını istihdaf edenler de dahil, 50 lira miktar veya kıymeti aşan bütün hukukî muamelelerin, senetle isbatı mecburîdir.

No. 52

Y. Tev. İct., 16.5.1951, R. 18 Ağus. 1951

Bir gayrimenkulün sayı hissesinin satışından önce veya sonra sefiin şüfa hakkını kullanmasından feragati ile şüfa hakkı kullanılarak açılan dâva'ın sonraki feragatin mahiyetleri ve muteberiyeti için resmi şekle bağlı olup olmadığı ve usul bakımından uygulanacak isbat şekli, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda incelenerek sonuçta:

Yeni ve eski kararlar arasındaki içtihat ayrılığı müsterek mülkiyet ile doğan şüfa hakkını sefiin belli şahsa karşı tapuca satış muamelesinin tamamlanmasından önce veya sonra kullanmaktan feragati nefsi şüfa hakkında feragata olduğu vecihle muteberiyeti için kanunun resmi şekle tâbi tuttuğu gayrimenkul mülkiyetin kanunî takyitlerinin tadil veya ilgası mahiyetinde midir, yoksa tapuca satıştan itibaren kanunî süresi içinde kullanılmakta kendiliğinden düşen, feragati caiz herhangi bir hak cümlesinden midir? Usul bakımından feragat yazılı delil ile mi yoksa herhangi bir beyyine ile mi isbat olunabilir?

Medenî Kanunun 657 nci maddesi hükümlerince gayrimenkul mülkiyetinin kanunî takyitleri cümlesinden bulunan ve tapuca kayda hacet olmaksızın müsterek mülkiyet ile doğan kanunî şüfa hakkı ile bu hakkın kullanılmasından feragat hukukî neticeleri bakımından birbirinden tamamen ayrıdır. Müsterek gayrimenkulün değerini arttırma ve saire gibi düşüncelere dayanan anlaşmalar ile herkese karşı şüfa hakkından devamlı surette bütün hissedarların veyahut bir kısım hissedarların feragati gayrimenkul mülkiyetinin kanunî takyidinin ilga ve tadilini tazammun etmekte olması itibariyle muteberiyeti için resmi şekilde yapılarak tapuya tescil ettirilmek gerekir. Bu suretle resmi şekilde yapılarak tapuya tescil olunan sözleşme ile herkese karşı şüfa hakkında devamlı surette feragat eden hissedarlara satış halinde artık şüfa hakkı teveccüh etmeyeceği cihetle yeni malike karşı muaraza bulamazlar. Halbuki teveccüh eden şüfa hakkını sefiin yeni malike karşı tapuca satış muamelesinin tamamlanmasından önce veya sonra kullanmamayı taahhüt etmesi bahis konusu 657 nci maddenin şümulüne giren mülkiyetin kanunî takyidinin ilga ve tadilini tazammun etmesine ve tasarrufta serbesti asıl olmasına göre şekle bağlı olmaksızın şüfa hakkını kullanmamayı taahhüt muteberdir. Esasen kanunî süresi içinde kullanılmamakla düşen bir hakkın sefiin irade beyanı ile düşmeyeceğini kabul etmeye de hukukan imkân tasavvur olunamaz.

Yukarıda açıklanan hukukî ve kanunî sebeplerden ötürü muteberiyeti resmi şekle bağlı bulunmayan şüfa hakkını kullanmamayı sefiin belli şahsa karşı tapuca satış muamelesinin tamamlanmasından önce veya sonra taahhüdünün usul bakımından tâbi olduğu isbat tarzına gelince..

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa alınan senedat faslındaki 288 inci maddede kullanılan isbat maksadiyle yapılan bileümle tasarrufat tâbirine sefiin belli şahsa satıştan önce veya sonra şüfa hakkının değeri esas teşkil edeceğine binaen bu

gibi hallerde herhangi beyyine ile değil 288 inci maddenin âmir hükümleri dairesinde ancak yazılı beyyine ile isbat olunmak gerekir.

Kanuni süre içinde şüf'a hakkı kullanılarak dâva açıldıktan sonra ise, artık davadan feragat bahis konusu olabileceğine göre, açılan davadan ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 93 ve 151 inci maddelerinde yazılı şekil ve merasim dairesinde feragat olunabilir.

Netice : 1 — Müsterek mülkiyet ile doğan kanuni şüf'a hakkından satıştan evvel feragat edileceğine oybirliğiyle,

2 — Âmmenin menfaati için konulmuş olan mülkiyetin kanuni takyitleri itga ve tadili mahiyetinde olmamak itibariyle netfi şüf'a hakkından feragatin resmi şekilde yapılarak tapuya tescili lâzım geldiğine,

3 — Satıştan evvel veya sonra müsterek hisseyi almak isteyen alıcıya karşı seflin şüf'a hakkından feragat taahhüdü yukarıda yazılı nitelikleri bakımından resmi şekle bağlı olmadığına,

4 — Satıştan evvel veya sonra müsterek hisseyi almak isteyen alıcıya karşı seflin şüf'a hakkından vazgeçmesi mesfu hisse üzerindeki tasarruf hakkının iskatına müntehi olması Hukuk Usulünün 288 inci maddesi sümülüne girmesi itibariyle bu gibi feragat iddiaları yazılı delil ile isbat olunmak ve dâva açılarak şüf'a hakkı kullanıldıktan sonra vukubulan feragat iddiaları hakkında da sözü geçen kanunun 93, 151 nci maddeleri hükümleri uygulanmak gerektiğine,

Mevendun üçte ikisini geçen oycokulğiyle...

İki hissedar tarafından açılan şüf'a hakkı

Yargıtaya göre iki hissedar şüf'a dâvası açtıktan sonra biri iddiasından vazgeçerse diğeri ona ait dâvayı takip edebilir (No. 53).

Fakat, bir hissedarın açtığı dâvadan feragati ile dâvalı onun hissesine tekabül eden şayi cüzü kat'i olarak iktisap ettiğine, diğeri hissedar ise zamanında bu hisse için talepte bulunmadığına göre Yargıtayın bu kararının metne uygunluğu şüphelidir.

Ancak, şüf'a dâvasının gayesi yeni bir hissedarın müsterek mülke katılmasını önlemek olduğuna göre, karar kanunun bu gayesine uygun görünür.

No. 53

Y. H. G. K., E. 8/152-8/K. 52. Ad. Derg. Ekim 1946, s. 140

Sabit olduğundan satış bedeli olan 120 liranın müddei Kâzımdan alınıp müddei-aleyhe verilmesine ve müddeiabihi hisselerinde Kâzım namına tescilin ve diğeri dâvacı Güllü dâvadan feragat ettiği cihetle bir karar ittibazına mahal olmadığına dair verilen hüküm Yargıtayca : Şüf'ayı dâva eden iki hissedar olmasına ve bunlardan Fatma dâvadan sarfınazar etmesine göre müsterinin satın aldığı tamam hisse hak-

kında şüf'a karar verilmesi yolsuz olduğundan bozularak mahalline geri gönderilmekle yenide yapılan yargılama sonunda hâdisede hissedarlardan Güllü ile Kâzım şüf'a dâvası açtıkları halde diğer hissedar Fatma Zehra açmadığına göre Güllü dâvadan sarfınazar etmeseydi, Feyzinin sattığı 12/2 hissedar şüf'a hakkına istinaden Güllü ile Kâzım istifade edip Fatma, Zehra hakkında dâva açmadığı için karar ittihaz edilemeyeceği tabii olduğu gibi dâvanın seyri 'enasında şüf'a hakkını kullanmaktan vazgeçen Güllü'nün de hissesinden hariçten bulunan müddeialehyin özeği, hissedarlar arasında dâvayı tek başına takip eden Kâzımın istifadesi tabii görüldüğünden vesairenden bahisle evvelki hükmünde ısrara karar verilmiştir.

YARGITAY KARARI: Dâvacılardan Güllü'nün özeği dâvacı oğlu hissedar Kâzım lehine şüf'a dâvasından vazgeçmesi üzerine o dâvacının gayrimenkule dâvahya satılmış olan hissenin tamamının belli bedel ile kendi namına tescil olunmasını istemesine ve esasta şüf'a hakkının tanınması ereği (gıy'e) itibarile bu istek kabule sayan bulunmasına ve kararın dayandığı gerekçeye göre mahkemenin ısrar kararı doğru ve temyiz eden dâvalının bozma dileği yersiz olduğundan temyiz olunan ve usul ve kanuna uygun görülen son kararın onanmasına ve aşağıda müfredatı yazılı harem temyiz edenden alınmasına 16.4.1946 gününde çokiukla karar verildi.

Şüf'a dâvasının müracaata kalması

HUK. m. 409; BK. 136

6 ay takip edilmeyen bir dâva düşerek, o dâva ile muhafaza edilmiş hakkın da düşmesi zarurî olduğunu *Hukuk usul muhakemeleri K. şerhi-mizde* anlatmıştık (3 üncü bası, 1949, s. 277).

Yargıtay hususî dairesi kararında (No. 54) bu görüşe uygun olarak 4 yıldanberi takip edilmemiş şüf'a dâvası düştüğü ve 1 aylık dâva müddeti de geçtiği için artık yeniden açılmıyacağını kabul etmiştir.

Fakat, asliye mahkemesinin kararında ısrarı üzerine, Genel Kurul müracaata kalan bir dâva ne kadar fasıla verilirse verilsin, derdest olduğu noktasından yürüyerek, 4 yıl fasıla verilmiş bir şüf'a dâvasına devam edilerek hakkın yürütülebileceğini kabul etmektedir.

Yargıtay kararının sebep olabileceği haksızlığı tebarüz ettirmeğe lüzum görmüyoruz. Gayrimenkul fiatları her ay değilse bile, her yıl değişmektedir. Bir kimseye 4 yıl önce satın aldığı bir hisseyi o günkü fiatla elinden almak insafa yaraşmaz. Kanunun ancak bir ay zarfında kullanılmasına müsaade ettiği şüf'a hakkını yıllarca sonra kullanmak asla caiz olamaz, meğer ki dâvacı 'meşfu hisse bedelini ödemiş, veya mahkemece tayin olunan bir yere tevdi etmiş olsun.

BK. göre dâva takibi ile başlıyan zamanaşımı her takip muamelesi ile kesilirse de, kesilmesini takip eden günden itibaren yeni bir müruzaman yürür (m. 136). Binaenaleyh, şüf'a dâvasına son usul muamelesinden itibaren bir aydan fazla fasıla verilmiş ise artık yeniden bu dâva

açılmadığı gibi, açılmış olan dāvaya devam suretile de hakkı mahfuz tutmak kabil olamaz.

No. 54

Y. Genel Kurul, 5.3.1952, Hukuk ve İçtihatlar, 1952, 27

DĀVA ve HÜKŪM: Melek ve Hüseyin ile Ramiz ve Necibe aralarındaki şüf'a hakkının tanınması dāvasından dolayı yapılan yargılama sonunda: dāvacıların şüf'a hakkının kabulü ile mesfuunbih hissenin satış bedeli mukabilinde dāvacılar adına tashihen kayıt ve tesciline dair Kadıköy Asliye İkinci Hukuk Yargıcılığında verilen 19/6/1949 tarih ve 13/372 sayılı hükmün temyizden incelenmesi dāvatalı vekilleri tarafından istenilmesine mebnî Yargıtay Birinci Hukuk Dairesince; temyiz edenlerden dāvacı dilekçesinde bozma sebebi göstermemiş ve yapılan incelemede hükmün lehine bozulmasını gerektirici bir sebep görülmemiş ve dāvacının evvelki alıcılar hakkında şüf'a hakkını kullanmamış olması dāva edilen hakkında kullanmasına kanunen mâni bulunmamış ve şüf'alı hissenin 1650 lira mukabilinde satıldığı tapu kaydı mündericatile anlaşılmuş olmasına göre dāvacı ile dāva edilenin temyiz dilekçesinde bu cihetlere ilişkin itirazları yerinde değilse de; dāvacı 930 başlarında Üsküdar Hukuk Mahkemesine actığı işbu dāvayı takip etmemiş olduğundan HUMK. nun değişik 409 uncu maddesi gereğince muameleden kaldırılmış ve aradan dört seneden fazla bir müddet geçtikten sonra yeniden harç verilmek suretile yenilenmiş ve bu hal yeni dāva mahiyetinde olup muameleden kaldırıldığı tarih ile son dāva tarihi arasında kanunda yazılı bir aylık süre geçmiş olduğu halde mahkemece bu cihetin göz önünde bulundurulmaması ve dāva edilenin şüf'alı hisse için yaptığı harç ve masrafların hakiki miktarı tesbit edilmeksizin müphem şekilde yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz olduğundan bahsile bozularak mahalline iade kılınmakla; yeniden yapılan yargılama sonunda: Usulün 409 uncu maddesi müracaata bırakılıp altı ay içinde yenilenmeyen dāvanın görülebilmesi için yeniden harç alınmasını âmir bulunmuş ve evvelce yapılan muamelelerin hükümsüzlüğünü ifade etmemiş olmasına göre evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

YARGITAY KARARI: Müddetinde acılmış bulunan şüf'a dāvasının: müracaata bırakıldığı tarihten itibaren altı ay geçmesi sebebiyle muameleden kaldırılmasından sonra HUMK. nun 409 uncu maddesi gereğince harcı verilmek suretile yenilenmesi, yeni bir dāva mahiyetinde bulunmamış ve şu suretle muameleden kaldırılma tarihi ile yenileme tarihi arasında bir aydan fazla müddetin geçmiş olması dāvanın görülmesine mâni bir sebep teşkil etmemiş olduğundan bu hususa taallük eden ısrar kararı usul ve kanuna uygun bulunmuş olmakla temyiz edenin diğer temyiz itirazları hakkında gerekli inceleme yapılmak üzere dosyanın Yargıtay Birinci Hukuk Dairesine tevdiine 5.3.1952 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. (Y. Hukuk Genel Kurulu E - 1/278. 105, K. 43).

Şüf'a hakkı ve izalei şüyu

MK. Madde : 658 - 659

Bir gayrimenkulün şayi hissesini alan diğer hissedara karşı izalei şüyu dāvası açtıktan sonra bu hissedar şüf'a hakkını kullanarak izalei şüyuu

durdurabilir mi ? Yargıtay kararında (No. 55) bahis mevzuu nizalı mesele bu olmalıdır.

HUMK. m. 572 göre (bk: No. 49 daki not), bir gayrimenkul hissesi arttırmaya çıkarılmış ise ilk ilândan itibaren 1 ay içinde kullanılmayan şüf'a hakkı düşeceğinden arttırmadan sonra kalmaz. Çünkü gayrimenkul daha az fiyatla satılmış ta olsa şüf'a dâvalısı ödediği bedelin tamamını almak hakkını haiz olacaktır. Arttırmada hisseye düşen bedel onun ödediğinden fazla ise şefiin fazla bedeli almasını haklı gösteren bir sebep yoktur. Kanun şüf'a hakkını sırf malların iştirakten kurtulmasını temin zaruretile kabul ettiğinden izalei şüyudan sonra şüf'a hakkının bakası kabul edilemez.

Ancak, şefi meşfu hisseyi almak için dâvalının ödediği bedeli ilân müddetinde depo ederek hakkını kullandığını icra memuruna bildirmiş ise izalei şüyü dâvası düşer. Onun bu hakkı ihtilâfa yer vermiş ise izalei şüyü dâvasının tehiri zarurî görülür.

No. 55

Y. V. H., 23.1.1950, Adalet Derg. 1950, 1553

«Şüf'a dâvası şüyünün giderilmesi dâvasının geri bırakılmasını gerektirmeyip şüf'a dâvası kazanılarak ilâm ibraz edilmek suretile meşfu hisseye düşen şahıs bedeli alınabilir».

XVI

GAYRIMENKUL MÜLKİYETİNİN NAKLİNE VE MİRASIN TAKSİME DAİR MUKAVELELER

MK. 611, 634; BK. 512

Bir gayrimenkul mülkiyetini diğerine temlik veya bir aynı hakla takyit için mukaveleler resmî şekilde yapılmadıkça hükümsüzdür. Tapu memuru bu mukavelenin tescili taleplerini kabul edemez, mahkeme bu mukaveleye müsteniden iktisap eden namına tescil kararı veremez. Gayrimenkul mülkiyetini nakil mukaveleleri resmen tapu memuru tarafından tanzim edilir.

Bir mirasta dahil olan gayrimenkullerin taksimi için yapılan mukaveleler resmî şekle tâbi olup olmadığı doktrin ve içtihatlarda ihtilâflı idi.

Kanun 611 inci maddede umumiyetle mirasın yazılı bir mukavele ile taksimini caiz addettiğinden, terekede gayrimenkuller bulunsa bile

mirasçılar sözle anlaşarak mirası taksim edip her biri hissesini almış, veyahut tapuda namlarına taleplerile ayrı ayrı tescil yapılmış ise * taksim tamam olduğu gibi, tarafların hususî imzalı bir mukavele ile de taksimde mutabık kalmaları muteberdir. Binaenaleyh, taksim mukavelesinin imzasından sonra bir mirasçı tapuda bu mukaveleye göre tescil istemezse, mahkeme mukavele hükümleri dairesinde mirasçılardan her birine mülkiyetin intikaline karar verir. Tevhidi İctihat kararı (No. 57).

Gayrimenkulün mülkiyetini nakil için hususî şekilde mukavele muteber olmadığı gibi satış vaadi ifa edilmemesi halinde cezai bir şart taahhüdü de hükümsüzdür. Ancak bir taraf diğerine hususî aktin muteber olduğu kanaatini vermiş olup o da bu yüzden bir zarara maruz kalmış ise zararı tazmin ile mükellef olur (No. 55).

Hukuk kanunlarını, ceza kanunlarından farklı olarak bilmemek mazeret sebebidir. Binaenaleyh, bir gayrimenkul sahibi diğer âkidi kanunu bilmemesi sebebiyle aldatmış ise ona tazminat vermekle mükellef olur. Fakat müşteri kanunu biliyorsa, satıcı diğer tarafı yaptığı akdin sıhhati hakkında aldatması bahismevzuu olmadığı için ona karşı masraf veya tazminat ile mükellefiyeti kabul edilemez.

§ Yargıtay içtihatları birleştirme kararına göre (No. 57) ölünceye kadar bakma şartile gayrimenkul mülkiyetini nakil için akit edilmesi gereken resmî mukavele miras mukavelelerini tanzime salâhiyetli olan noter veya sulh hâkimi tarafından tanzim edilebileceği gibi gayrimenkul mülkiyetinin nakil mukavelelerini tanzime salâhiyetli tapu memuru tarafından da tanzim olunabilir.

Âkitleri, bakma akdin neticeleri hakkında aydınlatma bakımından adı geçen makamlar arasında fark olmadığı için Yargıtayın bu içtihadı teoriye aykırı değildir; bilâkis muameleleri fesattan kurtarması itibarile pratik faydaları büyüktür.

No. 56

Y. I. B. 94.1951, E. 8784/K. 1879, *Adalet Derg.* 1951, 1969

YARGITAY KARARI: Tapuda kayıtlı yerler hakkındaki satış sözleşmeleri muteber olmadığına ve muteber olmayan bir bağıt zammında taahhüt edilen cezai şartın da muteber olmayacağına ve dâvacının sözüne inandarak bir masraf yapılmış ve bu yüzden bir zarara düşülmüş ise bunların müşterinin her vakit dâvacıdan isteyebileceğine göre ifirazlar yerinde olmadığından reddile usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına ve 2311 kurus temyiz masrafının temyiz edenin alınmasına.

*) Türk Kanunu Medenisi Şerhimiz, MİRAS, 1952 tab'ı m. 611, No. 2 mütalâamıza bakınız.

No. 57

Tem. Mahk. Tev. İc. Hey. Umu, 10.12.1952, E. 4/K. 5, R. G., 13 Mart 1953

Ölünceye kadar bakma mukavelelerinin sulh hâkimleriyle noterler tarafından mı? Yoksa tapu sicil muhafız veya memurları tarafından mı? Tanzim edileceği edileceği hususunda Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesinin 20.5.1948 tarih, 1328/1429 sayılı ilâmı ile, İkinci Hukuk Dairesinin 9.12.1950 tarih ve 6305/8463 sayılı ve aynı dairesinin 5.4.1951 tarih ve 2622/1928 sayılı ve Hukuk Genel Kurulunun 3.10.1951 tarih ve 132/159-71 sayılı ilâmları arasında mevcut olan içtihat ihtilâfının halli gerekli görülmesine mebni toplanan Tevhidi İctihat Heyeti Umumiyesinde keyfiyet müzakere olundu;

Beşinci Hukuk Dairesinin 20.5.1938 tarih ve 1328/1429 sayılı ilâmı ile: (Borçlar Kanununun 511 ve 512 nci maddeleri hükümlerince ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması yeterli olup tapuda yapılmasını gerektirir bir hüküm mevcut olmadığı) buna mukabil İkinci Hukuk Dairesinin 19.12.1950 tarih ve 6305/8463 sayılı ve 5.4.1951 tarih 2622/1928 sayılı ve Hukuk Genel Kurulunun 3.10.1951 tarih 132/159-71 sayılı ilâmları ile de: (Ölünceye kadar bakıp gözetme akidlerinin 2644 sayılı Tapu Kanununun 26 nci maddesi gereğince tapu memurları tarafından yapılmış olmadıkça muteber bulunmadığı), içtihat edilmiş olduğundan Beşinci Hukuk Dairesi ilâmı ile, İkinci Hukuk ve Hukuk Genel Kurulu ilâmları arasındaki içtihat ihtilâfı açıktır.

Genel Kurul üyelerinden bazıları tarafından Tapu Kanununun 26 nci maddesinin mutlak sarahatına göre gayrimenkul mülkiyetini nakleden mukavelelerin tanzimi tapu sicil muhafız ve memurlarına mevdu bir vazife olup, ölünceye kadar bakma akıdları da mülkiyeti nakle vasıta olan akıtlardan bulunduğu cihetle, bakma akdi zımında gayrimenkul temlik taahhüt olunan hallerde sulh hâkimleriyle noterlerin mukavele tanzimine salâhiyetleri bulunmadığı bu husustaki mukavelelerin münhasıran tapu sicil muhafız veya memurları tarafından tanzimi icabettiği ve diğer bazı üyeler tarafından da, ölünceye kadar bakma akdinin karakteristik vasfı, akıtlardan birinin diğerine karşı ölünceye kadar bakıp gözetme vecibesi altına girmesi olup, mukabil vaxın gayrimenkul olması akdin şekil şartlarına tesir etmeyeceği ve esasen bu akid zımında gayrimenkul temlik bahis mevzuu olmayıp temlikin iltizamı bahis mevzuu bulunduğu ve Medeni Kanun hükümlerine göre ölünceye kadar bakma mukavelelerini tanzime sulh hâkimleriyle noterler memur dılmış olup, Tapu Kanununun 26 nci maddesi gayrimenkule müteallik olup da kanunda mutlak surette resmi senetden bahsedilen ve ayrıca hususi bir merci gösterilmeyen hâllere münhasır olduğu binaenaleyh tapu memurlarının ölünceye kadar bakma mukavelelerini tanzime salâhiyetleri bulunmadığı kanaati izhar edilmiştir.

Genel Kurul ekseriyetince bu iki zıt noktai nazardan her ikisi de tek başına isabetli görülmemiştir. Söyle ki; Borçlar Kanununun 511 inci maddesinde ölünceye kadar bakma akdi: (Akıtlardan birinin diğerine ölünceye kadar bakmak ve anı görüp gözetmek şartıyla bir mamelek yahut bazı mallar temlikini ilâzam etmesinden ibaret olan bir akid) olarak tarif edilmiş ve 512 nci maddesinde de: (Kaydı hayat ile bakma mukavelesi mirasçı nasbını tazammun etmese bile irs mukavelesi şeklinde tanzim olunmak lâzımdır.) denilmek suretiyle Medeni Kanunun 492 nci maddesiyle 479 uncu ve müteakip maddelerine atıf yapılmıştır. Medeni Kanunun

492 nci maddesi : (Miras mukavelesi, resmi vasiyet şeklinde tanzim edilmiş olmadıkça muteber değildir) ve 479 uncu maddesi de : (Vasiyet senedi iki şahit huzurunda, sulh hâkimi ve noter, yahut kanunen bu husus ile tazyif edilen memur tarafından tanzim edilir.) hükümlerini ihtiva etmektedir.

Görülüyor ki; kanun, ölünceye kadar bakma akdi için yalnız resmi şekil mecburiyeti vaz ve iktifa etmiyerek mukaveleyi tanzim edecek resmi memurları da tâyin ve tadat etmiştir. Binaenaleyh Medeni Kanunun bu sarıh hükümlerine göre sulh hâkimleriyle noterlerin ölünceye kadar bakma mukavelelerini tanzime salâhiyetli olduklarından şüphe edilemez. 1.9.1938 tarihinde meriyete giren 3456 sayılı Noter Kanununun 44 üncü maddesinin M bendiyle noterlerin bu husustaki salâhiyetlerine ayrıca işaret de edilmiş bulunmaktadır. Sulh hâkimleriyle noterlere verilen bu kanuni salâhiyet ancak bir kanun hükmüyle kaldırılabilir. Halbuki, bu hususta istinat olunan Tapu Kanununun 26 nci maddesinde sulh hâkimleriyle noterlerin bu husustaki salâhiyetlerine taallük eden hükümlerin ilga olunarak bu salâhiyetin münhasıran tapu sicil muhafız ve memurlarına verildiği anlaşılmamaktadır. Bu itibarla 2644 sayılı kanunun meriyetinden sonra sulh hâkimleriyle noterlerin ölünceye kadar bakma mukavelelerini tanzime salâhiyetleri bulunmadığı yolundaki mülâhaza kanuna uygun değildir.

Kanunun, sulh hâkimleriyle noterlerden başka bu husus için bir memur tazyif edip etmediği hususuna gelince; 29.12.1934 tarihinde meriyete giren 2644 sayılı Tapu Kanununun 26 nci maddesiyle; (Mülkiyete, mülkiyetin gayri aynı haklara müteallik resmi senetlerin tapu sicil muhafız veya memurları tarafından yapıldığı) hükmü vazedilmiştir. Tapu Kanununun mevzuu gayrimenkuller olduğuna göre 26 nci maddede bahis mevzuu olan mülkiyet (Gayrimenkul) mülkiyettir. Binaenaleyh bu maddeye göre gayrimenkul mülkiyetini nakle esas olan, yani tescil için sebebi hukuki teşkil eden mukavelelerin tapu sicil muhafız veya memurları tarafından tanzim edilmesi icabetmektedir. Ölünceye kadar bakma akdi ise Borçlar Kanununun 511 inci maddesine göre mülkiyeti nakle esas olan âkidlerdendir bu madde metninde ayrıca (bir mamelek yahut bazı mallar temlik) kaydı bulunduğu gibi 513 üncü maddede : (Diğer farafa bir gayrimenkul temlik eden alacaklı kendi haklarını temin için o gayrimenkul üzerinde tıpkı bir bayi gibi kanuni ipotek hakkını haiz olur) hükmü mevcuttur. Bu itibarla Tapu Kanununun 26 nci maddesiyle gayrimenkul temlikine taallük eden mukaveleleri tanzim hususunda tapu sicil muhafızlarıyla memurlarına verilen umumî salâhiyetin, mukabil ıvaz gayrimenkul olan ölünceye kadar bakma âkidlerine de şâmil olması icabeder. Bu bakımdan tapu sicil muhafızlarıyla memurları, Medeni Kanunun 479 uncu maddesindeki (Bu husus ile tazyif edilen memurlar) durumundadır. Binaenaleyh akdin mümeyyiz vasfı ölünceye kadar bakma olup mukabil ıvazın gayrimenkul olmasının şekil şartlarına tesir edemeyeceği yolundaki mülâhaza yalnız bir tarafın vecibesî bakımından teferruat hakkında netice çıkarılmağa matuf olması itibarıyla hatalı olduğu gibi kanunun izah olunan açık hükümlerine göre ölünceye kadar bakma mukavelesinin mülkiyeti nakle esas olamayacağı hususundaki mülâhaza da kanuna uygun bulunmamaktadır.

İzah olunan işbu sebeplere binaen; âkidlerden birinin ölünceye kadar bakmak ve onu görüp gözetmek şartıyla diğerine bir gayrimenkul temlikini mutazammun olarak yapmak istediği mukaveleleri tanzime, sulh hâkimleriyle, noterlerin ve tapu sicil muhafız veya memurlarının salâhiyetli bulduklarına 10.12.1952 tarihinde mevcudan üçte ikisini geçen oycokuğu ile karar verildi.

No. 58

Tem. Mahk. Tev. İct. Hey. Umu. 10.12.1952 E. 2/K, 4 kararı, R. G., 13 Mart 1953

Mirasçılar arasında Medeni Kanunun 611 inci maddesi hükümlerine göre yapılacak yazılı taksim mukavelelerinin gayrimenkule de taallûku halinde Medeni Kanundan sonra yürürlüğe giren Tapu Kanununun 62 nci maddesi gereğince ayrıca tapu memuru huzurunda resmi senede bağlanması gerekip gerekmiyeceği hakkında Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesinin 1.12.1947 tarih ve 701/2499, 28.10.1949 tarih ve 2688/2516 ve 5.11.1949 tarih ve 1912/2625 sayılı ilâmları arasında içtihat ayrılığı bulunduğu zikri geçen Daire Başkanlığının 2.12.1949 tarih ve 1940/192 sayılı yazısıyla bildirilmesine mebni toplanan Tevhidi İctihat Heyeti Umumîyesinde keyfiyet müzakere olundu;

Yapılan tartışmalara göre mirasın açılmasıyla beraber, mirasda dahil menkul ve gayrimenkul mallar ve bütün haklar, mirasçılara intikal eder. Ancak; mirasçılarının haklarını müstakil olarak kullanabilmeleri için aralarındaki istirake son verilmesi lâzım gelir. Medeni Kanunumuzun «Taksim bitamı ve taksim mukaveesi» matlabını taşıyan 611 inci maddesinde, miras taksimının nasıl yapılacağı gösterilmiş ve (Hisselerin teşkil ve kabzi, yahut taksim mukavelesinin akdini mütaakip, taksim; mirasçılar için lüzum ifade eder. Taksim mukaveesi, yazılı olmadıkça muteber olmaz) denilmiştir. Görülüyor ki; bu maddede, menkul ve gayrimenkul mallar arasında bir fark gözetilmiyerek mirasa dahil gayrimenkullerin dahi yazılı mukavele ile taksim edilmesi esası kabul edilmiştir.

Bu sarahat muvacehesinde Medeni Kanunun 634 üncü maddesi gereğince taksim resmi senetle yapılması mecburiyeti iltizam edilecek olursa, sözü geçen kanunun 611 inci maddesiyle koyduğu hususi ve istisnai hüküm ihmal edilmiş olur. Diğer taraftan Medeni Kanunun 634 üncü maddesinin koyduğu resmi senet mecburiyeti, mülkiyeti nakleden âkidlara aittir. Taksim mukaveesi ise, taksimden evvel dahi terekenin tamamı üzerinde hak sahibi olan mirasçılar arasındaki istirake son vererek her hak sahibinin malında münferit ve müstakil tasarruf imkânını temine matuf bir akiddir. Taksim ile her mirasçının hissesi ayrılmakta diğer bütün mallar üzerindeki mülkiyet hakkı düşmektedir. Bu itibarla taksim mukaveesi, mülkiyeti nakleden bir akit sayılamıyacağından bu hususta Medeni Kanunun 634 üncü maddesi tatbik edilemez.

2644 sayılı Tapu Kanununun 26 nci maddesine gelince; bu maddede mülkiyet, mülkiyetin gayri aynı haklara müteallik resmi senetlerin tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından yapılacağı gösterilmiş ve mirasçılar arasındaki taksim mukaveleleri madde dışında bırakılmıştır. Bu haliyle madde, aslında resmi senede bağlanması gereken akıdlerde tapu memurlarının görevini tâyin etmektedir. Halbuki Medeni Kanun taksim mukaveesi için resmi senet tanzimini mecburi kılmamıştır. Bu itibarla yazılı taksim mukavelesinin muteber olması için ayrıca tapu memuru huzurunda resmi senet yapılması mecburiyeti de yoktur.

Medeni Kanunun 611 inci maddesi hükmüne uygun olarak tanzim edilen Tapu Nizamnamesinin 19 uncu maddesinin 3 üncü bendinde; (taksim mahkemece yapılmış olduğu takdirde mahkemenin vereceği vesika, rızaen yapılmışsa ya resmi vesika ve yahut alâkâbıların muvafakatlarını gösterir getirecekleri gerek resmi, gerek gayri resmi beyanname alâkâdarların arzusu ile doğrudan doğruya senedat külliyatına

geçirilen muvafakat beyanları, beyanname mahiyetindedir.) Denilmiş olması da aynı görüşü teyit etmektedir.

Netice: izah olunan sebeplere binaen mirasa dâhil gayrimenkullerin taksimi hakkında mirasçılar arasında yapılacak sözleşmenin muteber olması için yalnız yazılı olması kâfi olup bu akdin ayrıca tapu memuru huzurunda resmi senede bağlanması mecburiyeti olmadığına ve bu itibarla Beşinci Hukuk Dairesinin bu yoldaki son ichtihadı kanunun metin ve ruhuna uygun görüldüğüne 10.12.1952 tarihinde ittifakla karar verildi.

M. R. B.

11 Haziran 1945 tarihli ve 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun hükümleri gereğince kurulan Gezici Mahkemelerin salâhiyetlerinin 5613 sayılı ve 20 Mart 1950 tarihli kanunla genişletilmesi

T. C.

YARGITAY

BEŞİNCİ HUKUK DAİRESİ

Karar No.: 44

Esas No.: 45

Temyiz olunan kararın verildiği mahkeme: Gezici Mahkeme (Urfa IV) Tarihi: 25 Aralık 1948. No. su: 4/13.

Müddei (Dâvaet): Bekir uzun ve ölü Bayram vereselerinden Emine vesaire vekilleri avukat Yusuf Ziya Nural.

Müddeialehy (Dâvalı): 1) Maliye Hazinesi,
2) Üçüncü şahıslar...

DÂVA: Aşağı Koymet köyünde hudutları dâva dilekcesinde yazılı 14 parça tarlanın yarısının müvekkillerinin murislerinin ve onun vefatı ile de kendilerinin uhde-i tasarrufunda iken dâvalı Hazinece müdahale edilerek bir kısmı İskân Kanununa göre çiftçilere evvelce dağıtılmış olduğundan bahisle, vaki müdahalenin men'i ile işbu tarlanın müvekkili verese adına tescilli istenmiştir.

HÜKÜM: Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere, nizalı tarlanın Çiftçiyi Topraklandırma Kanunundan çok evvel İskân Kanununa göre dâvalı Hazinece dağıtılmış olup köylülere bu kere toprak tevzi komisyonunca el konulmadığı ve komisyona verilen Devlet arazilerine ait kayıt arasında dâhil bulunmadığı ve bu sebeple dâvanın çiftçiyi Topraklandırma Kanununun uygulanması ile ilgili olmamakla dâvanın görülmesi Gezici Mahkemenin görevi dışında Asliye Hukuk Mahkemesine ait bulunmuş olmasına mebni reddine ve dosyanın görevli Urfa Asliye Hukuk Mahkemesine tevdiine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Bekir Uzun vesaire vekilleri...

YARGITAY KARARI: Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüldüğü düşünülür:

İskân mevzuatının uygulanmasından doğan dâvaların 4753 sayılı Kanunun 27 nci maddesinde yazılı usule göre bakılacağı hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren Toprak ve İskân Genel Müdürlüklerinin Birleştirilmesi Hakkında 5613 sayılı Kanunun 6 nci maddesi hükmü gereğinden bulunmaktadır. Bu durumda 1930 yılında İskân mevzuatınca dâvalara, dağıtıldığı iddia kılınan 14 parça tarlanın yarı hisseden dolayı Hazine aleyhine açılan dâvaya bakmakla Gezici Mahkeme görevlendirilmiş olmasına binaen hükmün bu sebeple Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 428 inci maddesi gereğince (Bozulmasına), ancak 5572 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak Urfa Gezici Mahkeme kaldırılmış olduğundan 4753 sayılı Kanunun 27 nci maddesinde yazılı usul dairesinde işe bakılarak karar verilmek üzere Asliye Mahkemesine tevdiine ve 4753 sayılı Kanunun 61 inci maddesi gereğince harç ve damga resmi alınmamasına 8 Mayıs 1950 gününde oybirliğiyle karar verildi.

I — Dâvanın konusu :

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi tarafından Esas No. 1950/45, Karar No. 44 olan ve 8 Mayıs 1950 tarihinde oybirliğiyle verilen kararla bozulan Urfa İlindeki Gezici Mahkemenin 25 Aralık 1948 tarihli ve 4/13 sayılı kararının mevzuunu şu şekilde telhis edebiliriz :

A — Ölü Bayram veresesiyle Bekir Uzun veresesinden Emine ve sairenin vekilleri Avukat Yusuf Ziya Nural tarafından Hazine ve nizalı gayrimenkullerin zilyedleri aleyhine Urfa Gezici Mahkemesinde açılan dâvada, ihtilâf konusunu teşkil eden ve hudutları dâva arzuhâlinde gösterilmiş bulunan Urfa İlinin aşağı Koymet köyünde bulunan 14 parça tarlanın yarı hissесinin müvekkillerinin evvelce uhde-i tasarruflarında iken bir kısmının muahharen Hazine tarafından elkonulmak suretiyle (müdahale) İskân Kanununa¹ göre toprağa ihtiyaçları bulunan çiftçi ailelerine haksız bir şekilde tevzi edilmiş olduğu ileri sürülerek, halen bu gayrimenkullere zilyed bulunanların, bunlar üzerindeki müdahalelerinin men'i ile sözü geçen tarlaların nısf hissесinin müvekkilleri namına Tapu Siciline tescili talep olunmaktadır.

B — Urfa İli Gezici Mahkemesi, dâva konusu olan ve 14 parçadan müteşekkil bulunan gayrimenkullerin, Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun² mer'iyet tarihinden evvel, dâvalı Maliye Hazinesi tarafından köylü-

1) Burada bahis konusu olan kanun 885 sayılı ve 31 Mayıs 1926 tarihli İskân Kanunudur. Bu kanun 2510 sayılı ve 14 Haziran 1934 tarihli İskân Kanunu ile ilga olunmuştur (İskân Kanunu m. 50).

2) Kabul tarihi 11 Haziran 1945 ve mer'iyet tarihi 15 Haziran 1945 olan 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu kabul tarihi 22 Mart 1950 ve mer'iyet tarihi 27 Mart 1950 olan 5618 sayılı kanunla esaslı taddiâta uğramıştır.

Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 63 üncü maddesine istinat edilmek sure-

lere tevzi edilmiş olduğu, bu bakımdan Çiftçiyi Topraklandırma Kanununa göre toprak dağıtımları ile görevli olmak üzere ihdas olunan Toprak Komisyonunca dağıtılmak üzere verilen araziler arasında bu gayrimenkullerin bulunmadığı, bu sebeplerden dolayı da ortada, Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu hükümlerinin tatbikatı neticesinde tahaddüs eden bir ihtilâf bulunmadığından, dâvanın hallini yetkisi dışında görerek reddi ile dosyanın buna bakmağa salâhiyetli bulunan Urfa Asliye Mahkemesine tevdiine karar vermiştir.

C — Dâvacılar vekili Urfa İli Gezici Mahkemesinin sözü geçen 25 Aralık 1948 tarihli ve 4/13 sayılı ret kararını müddeti içinde temyiz etmiş ve dâva temyizden Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesinde görülerek, aşağıdaki sebeblere binaen 8 Mayıs 1950 tarihli, Karar No. 44 ve Esas No. 1950/45 sayılı kararla oybirliğiyle bozulmuştur.

a) İskân mevzuatının tatbikatından meydana gelen ihtilâflara, 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 27 nci maddesi hükümlerine binaen³ kurulan Gezici Mahkemelerin bakmakla yetkili bulunduğu; Karar tarihi olan 25 Aralık 1948 den sonra mer'iyete girmiş bulunan Toprak ve İskân Genel Müdürlüklerinin Birleştirilmesi Hakkındaki 5613 Sayılı Kanunun 6 ncı maddesi hükmü iktizasındandır⁴. Bu bakımdan İskân mevzuatı hükümlerine müsteniden 1930 senesinde dâvalı Hazine tarafından höylülere tevzi olunan ve nizanın konusunu teşkil eden gayrimenkullere mütedair dâvalara bakmağa, sözü geçen Gezici Mahkemeler yetkili bulunmaktadır.

b) Durum bu şekilde olmakla beraber, Urfa İlinde 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 27 nci maddesi hükmü gereğince evvelce ihdas olunan gezici mahkeme halen ilga olunmuş bulunduğundan,

tiyle, bu kanunun tatbik şeklini gösteren Çiftçiyi Topraklandırma Tüzüğü (Nizamnamesi), 4 Haziran 1947 tarihinde mer'iyete konulmuştur. Sözü geçen bu Nizamname 71 maddeden tereküp etmektedir.

3) Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 27 nci maddesi hükmü şöyledir: «Bu kanunun uygulanması ile ilgili olup görülmesi Sulh ve Asliye Hukuk Mahkemelerine ait dâva ve işleri yerinde görmek üzere Asliye Mahkemesi yetkisinde de, gerektiği kadar gezici mahkemeler kurulur. Bu mahkemelerde şifahlı muhakeme usulü uygulanır.» (f. I).

4) Kabul tarihi 20 Mart 1950 ve mer'iyet tarihi 24 Mart 1950 olan 5613 sayılı Toprak ve İskân İşleri Genel Müdürlüklerinin Birleştirilmesi Hakkında Kanunun 6 ncı maddesinde şöyle bir hüküm yer almaktadır: «... Gezici Mahkemeler, buldukları yerlerde ayrıca İskân mevzuatının uygulanmasından doğan dâvalara 11 Haziran 1945 tarihli ve 4753 sayılı Kanunun 27 nci yazılı usule göre bakarlar. Bu gibi dâvalarda 3667 sayılı kanunun 3 üncü maddesi hükmü caridir...»

5572 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin verdiği yetkiye müsteniden işbu dâva rüyet olunmak üzere Urfa Asliye Hukuk Mahkemesine tevdi olunmuştur.

II — Kararın tahlili :

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesince 8 Mayıs 1950 tarihinde oybirliğiyle verilen bozma kararını şu şekilde tahlil edebiliriz :

Dâvanın konusu, 11 Haziran 1945 tarihinde kabul olunup 15 Haziran 1945 tarihinde mer'iyete giren Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 27 nci maddesi hükmü gereğince ihdas olunan Gezici Mahkemelerin yetkisi ile bu yetkinin 20 Mart 1950 tarihinde kabul olunup, 24 Mart 1950 de mer'iyete giren Toprak ve İskân İşleri Genel Müdürlüklerinin Birleştirilmesi Hakkında 5613 sayılı Kanunun 6 nci maddesi hükmünce İskân mevzuatından münbais ihtilâfların rüyetine de teşmili hususuna isnat etmektedir.

Bu bakımdan sözü geçen Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesinin kararını bu iki ciheti gözönünde bulundurarak tahlil edeceğiz :

A — 15 Haziran 1945 tarihinde mer'iyete giren 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun hükümlerinin tatbikatından meydana gelecek ihtilâfların halli Gezici Mahkeme ismini taşıyan hususî bir mercie verilmiştir. Buna sebep de, kanaatimizce bu Kanununun tatbikatını seri bir şekilde sağlamaktır.

Gerçekten Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 27 nci maddesine binaen kurulacak Gezici Mahkemelere şu hüküm ve yetki terettüp etmektedir.

1 — Gezici Mahkemeler ancak Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun tatbikatı ile ilgili ihtilâflara bakabilecektir (Ç. T. K., m. 27/f. I). Kanuna göre bu husus için gerektiği kadar Gezici Mahkeme kurulacaktır.

2 — Gezici Mahkemeler hem Sulh Hukuk hem de Asliye Hukuk Mahkemeleri yetkisine giren ihtilâflara aynı zamanda bakabilmektedirler (Ç. T. K., m. 27/f. I).

Görülüyorki Gezici Mahkemelerin salâhiyetleri oldukça geniş bulunmakta, başka bir ifade ile bunlar aynı zamanda Sulh Hukuk ve Asliye Hukuk Mahkemelerinin rüyet etmekle mükellef buldukları dâvalara bakabilmektedir⁵⁾.

5) Fazla bilgi için bak.: Dr. Bülent Köprülü; Toprak Hukuku Dersleri, tektir halinde notlar. İst. 1952, Sah. 137 ve Sn.

3 — Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu hükümlerine göre kurulacak Gezici Mahkemelerde Usulü Muhakeme bakımından şifahi (sözlü) muhakeme usulü tatbik olunacaktır (Ç. T. K., m. 27/f. II).

Kanunun burada şifahi muhakeme usulünü kabul etmesinde istihdaf eylediği gaye, tahaddüs edecek bu kabil ihtilâfların sür'atle neticelenmelerini temindir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 473 ve müteakip maddelerinde, şifahi (sözlü) muhakeme usulüne mütedair hükümler mevcuttur. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, bu sözlü muhakeme usulü sulh mahkemelerinde cereyan etmektedir⁶. Kanunun sözlü muhakeme usulü, yukarıda da işaret olunduğu gibi Gezici Mahkemelerin gerek Sulh Hukuk ve gerek Asliye Hukuk Mahkemelerinin yetkisine giren bütün dâvaları rüyet ederken tatbik olunmaktadır. Başka bir deyimle bu hüküm mutlak bir şekilde uygulanacaktır.

Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu hükümlerine göre, bu kanunun uygulanması neticesinde Danıştayda görülecek idarî dâvalar, taraflar arasında cevap lâyihaları tamamlanır tamamlanmaz yapılacak başka bir muamele kalmamış ise, hemen ve diğer işlerden öne alınmak suretiyle karara bağlanmaktadır.

Danıştayın ilgili Dairelerinin gerekli göreceği mahallinde yapılacak her türlü araştırma ve incelemeleri, bu hususla tavzif edilmiş olan makamlar kısa bir zamanda yerine getirmekle mükelleftirler.

Kanunun hükümlerine göre ayrıca, bu dâvalarda taraflara verilen cevap müddetleri uzatılamaz (Ç. T. K. m. 27).

Görülüyorki, 4753 sayılı ve 11 Haziran 1945 tarihli Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun ihtiva ettiği hükümlerin tatbik olunması halinde meydana gelen ve Danıştayda görülen idarî mahiyetteki dâvalarda da,

6) Fazla bilgi için bak.: Mustafa Resit Belgesay; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Serhi, cilt II. İst. 1939, Sah. 440 ve Sn.

Sabri Şakir Ansay; Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1950, Sah. 130 ve Sn.

İsmail Hakkı Karafakih; Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952, Sah. 80 ve Sn.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 81'inci maddesi hükmü, kabul tarihi 21 Aralık 1949 ve mer'iyet tarihi 27 Aralık 1949 olan 5446 sayılı «Hukuk Usulü Muhakemeleri Hakkında 1086 Sayılı Kanunun 81 ve 427'nci maddeleriyle aynı kanunun 2606 sayılı Kanunla değiştirilmiş olan 8 ve 438'inci maddelerinin değiştirilmesi hakkında Kanun»un hükümleri ile değiştirilmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yapılan bu tadilatla Sulh Hukuk hâkimlerinin müddeabihin miktarı bakımından salâhiyet sahaları genişletilmiştir. Bu miktar bin liraya yükseltilmiştir (H. U. M. K. muaddet 81'inci m. f. D).

bu kabil ihtilâfların süratle bir karara ulaşmasını temin için hususî bir muhakeme usulü kabul edilmiştir.

B — Temyiz olunan karar Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesince temyizen tetkik olunurken 20 Mart 1950 tarihinde kabul olup 24 Mart 1950 tarihinde meriyete giren bir kanunla durumda değişiklik meydana geldi.

1 — Kabul olunan Toprak ve İskân İşleri Genel Müdürlüklerinin Birleştirilmesi Hakkında 5613 sayılı bu Kanunun 6 ncı maddesi hükmü ile Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun sözü geçen 27 nci maddesine binaen ihdas olunan Gezici Mahkemelere, ayrıca İskân Mevzuatının uygulanmasından meydana gelebilecek ihtilâflara da bakabilmek yetkisi verilmiştir. (Sözü geçen K. m. 6/f. II).

Görülüyor ki 5613 sayılı Kanunun 24 Mart 1950 tarihinde mer'iyete girmesinden itibaren, Gezici Mahkemelerin vazife bakımından salâhiyetleri oldukça genişletilmiştir. Gezici Mahkemeler artık hem 4753 sayılı ve 11 Haziran 1945 tarihli Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun tatbikatından hem de sözü geçen 5613 sayılı ve 20 Mart 1950 tarihli kanunun uygulanmasından meydana gelebilecek ihtilâflara bakabileceklerdir.

2 — 5613 sayılı kanunun hükümlerine göre; Gezici Mahkemelerin İskân mevzuatının uygulanmasından meydana gelebilecek ihtilâfların halinde 5 Temmuz 1939 tarihli ve 3667 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi hükmü cari olacaktır.

Sözü geçen Kanunun bu hükmüne göre, Hazine tarafından İskân mevzuatına göre temlik edilmiş olan gayrimenkuller hakkında vukubulacak aynî dâvalarda hasım taraf yeni malik ile birlikte Hazinedir. Sözü geçen 3667 sayılı ve 5 Temmuz 1939 tarihli Kanununun 3 üncü maddesi 2510 sayılı ve 14 Haziran 1934 tarihli İskân Kanununun 23 üncü maddesine ilâve olunan bir fıkradır.

Görülüyorki bu kabil dâvalarda aynı zamanda Hazine de dâvalı tarafı teşkil etmektedir. Bunun içindirki dâvanın konusunu teşkil eden hâdisede Hazine de dâvalılar arasında yer almaktadır.

C — Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesinin kararında harç ve damga resmi bakımından şu hususlar yer almaktadır.

7) 5 Temmuz 1939 tarihli ve 3667 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi, 14 Haziran 1934 tarihli ve 2510 sayılı İskân Kanununun 23 üncü maddesine şu hükmü ilâve etmiştir: «... Bu suretle temlik edilmiş olan gayrimenkuller hakkında vukubulacak aynî dâvalarda hasım taraf yeni malik ile birlikte Hazinedir...»

1 — Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu hükümlerine göre, bu Kanunun tatbiki neticesinde yapılacak bütün müracaatlar, verilecek dilekçeler, bildirim (beyan), yüklenme senetleri, tasarruf belgeleri veya benzerleri ve sair her türlü kâğıtlar, resmî makamlarca ve Noterlerce tanzim olunacak muameleler, her türlü vergi, resim, harç ve pul mükellefiyetlerinden tamamen muaf tutulmuştur (Ç. T. K., m. 61).

Bu bakımdan Yargıtay kararında da tebarüz ettirildiği üzere, bahis konusu olan dâvadan harç ve damga resmi alınmayacağı ciheti belirtilmektedir.

2 — 25 Şubat 1952 tarihli ve 5887 sayılı Harçlar Kanunu, Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun bu muafiyet hükmünü mahfuz tutmuş bulunmaktadır (Harçlar K., m. 106/f. I)*.

III — Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesinin kararının tahlilinin neticesi:

1. Gezici Mahkeme tarafından verilen 25 Aralık 1948 tarihli ve 4/13 sayılı kararda, kararın verildiği tarih göz önüne getirilmek şartıyla isabet mevcuttur. Gerçekten bu tarihte 4753 sayılı ve 11/Haziran 1945 tarihli Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 27 nci maddesi hükmüne binaen ihdas olunan Gezici Mahkemeler, yalnız bu kanunun uygulanmasından münbais ihtilâflara bakmak yetkisini haizdirler. Halbuki dâvanın konusunu teşkil eden hâdise ise 1930 senesinde, yani Çiftçiyi Topraklandırma Kanunundan evvel vuku bulmuştur. Bu bakımdan Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun tatbikatı ile bir ilgisi yoktur. Dâva o zaman mer'iyette bulunan 885 sayılı ve 31 Mayıs 1926 tarihli İskân Kanununun uygulanması neticesinde meydana gelmiştir.

885 sayılı İskân Kanunu sonradan kabul olunan 14 Haziran 1934 tarihli ve 2510 sayılı İskân Kanunu ile meriyetten kalkmıştır (İskân Kanunu m. 50).

2 — Durum böyle olmakla beraber, Gezici Mahkeme tarafından verildiği tarihe nazaran isabetli bulunan bu karar, Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesinde temyizen tetkik olunurken, 20 Mart 1950 tarihinde kabul olunup 24 Mart 1950 de mer'iyete giren 5613 sayılı Toprak ve İskân İşleri Genel Müdürlüklerinin Birleştirilmesi Hakkındaki Kanunun 6 nci maddesi hükmü ile değişikliğe uğramıştır.

*) 25 Şubat 1952 tarihli ve 5887 sayılı Harçlar Kanununun 106 nci maddesinin birinci fıkrasında şöyle bir hüküm yer almaktadır: «Hususi kanunlarla harçtan muaf tutulan şahıslarla istisna edilen muamelelerden harç alınmaz.» Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu burada hususi kanunlar arasında yer almaktadır.

Gerçekten yukarıda da görüldüğü veçhile, sözü geçen bu kanun, 2510 sayılı ve 14 Haziran 1934 tarihli İskân Kanununun 23 üncü maddesine 5.7.1939 tarihli ve 3667 sayılı kanunla ilâve olunan fıkra hükmü dairesinde, İskân mevzuatının tatbikatından meydana gelebilecek dâvalara da Gezici Mahkemelerin bakacağı hükmünü vazetmiştir.

Bu bakımdan Gezici Mahkemenin dâvaya mütedair verdiği yetkisizlik kararı, verildiği zamana nazaran isabetli olmakla beraber, Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesinde henüz bir karara bağlanmadan önce sözü geçen 20 Mart 1950 tarihli ve 5613 sayılı Kanunun mer'iyete girmesile beraber isabetini de kaybetmiş bulunmaktadır.

Bütün bu sebeplerden dolayı, Tahlilini yapmağa çalıştığımız Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesinin bozma kararı fikrimizce isabetli bulunmaktadır.

B. K.

Mükerrer tapulu mahallin satışı — Satışın haciz neticesinde icra dairesi tarafından yapılması.

Yarg. I. H. D., E. 584/K. 3706

Mersin tüccarlarından Mehmet Kanun tarafından vekilleri Hüsrev ve Nâzımın Maliye Hazinesi aleyhine, icra dairesince müvekkiline satılarak tapuca tescil edilmiş olan 2757 metre kareden ibaret tarla kadastroca 61 ada ve 27 parsel numarasile Hazine adına tespit edilmiş olduğundan, tespitin düzeltilmesi isteğiyle açtıkları dâvaya dâvanın hukuklarına müessir bulunduğundan bahsile Hazineye ittihaken Devlet Demiryolları İdaresi üçüncü sabsı sıfatile dahil olarak yapılan yargılama sonunda : Olbaptaki haritada yazılı olduğu üzere Hazine adına tescil edilmiş olan 61 ada 27 parsel numaralı mahallin batısında kalan 2368 metre kare kısmın dâvacının müteber sayılan tapu kaydı hududu içinde bulunduğu anlaşıldığından, bu kısmın Hazine adına yapılan tescilinin iptaline ve dâvacı adına tescil olunmasına ve geri kalan kısım bu parselin dışındığı bulunduğundan bunun hakkında hüküm ittihazına mahal olmadığına dair İcel Kadastro Yargıtlığından verilen 14.1.1949 tarih ve 27/149 sayılı ilâmın dairece incelenmesi dâva edilen Hazine ile mütedahil Devlet Demiryolları İdaresi tarafından durusmalı olarak inceleme yapılması da demiryolları avukatı Sadık Kılınçoğlu tarafından istenilmiş olmakla duruşma için tâyin olunan 10.10.950 tarihinde temyiz edenlerden D. D. Y. vekili avukat İhsan Yücel geldi. Diğer temyiz eden Hazine ile üstüne temyiz olunan Mehmet Kanun vekiline tebligat var, gelmediler. Düşünüldü :

KARAR : Dâva edilen münazaalı yerin Mustafa Nuri tarafından Fransız kumpanyasına ve kumpanyanın satışında da Devlet Demiryollarına geçtiğini söyleyerek müdafaada bulunmuş olduğuna ve dosyadaki kayıt suretlerinden ve sair kâğıtlarda da, münazaalı gayrimenkulün Mustafa Nuri tarafından Mersin - Adana Şimendifer

Kumpanyası Müdüriyetine satıldıktan sonra Mustafa Nurinin satıcısı Hamid Hayfevinin üç dönümlük yeri zayıfından sened almak suretiyle tekrar üzerine geçirttiği ve bundan sonra Hamidin borcundan dolayı icraca satılarak dâvacı Mehmede teslim ettiği görülmekte bulunduğuna ve tapuda kayıtlı bir gayrimenkulü malikinden muteber veya muteber olmıyan bir bağıt veya hukuki bir sebeple iktisap olunmaksızın tekrar tapu siciline yaptırılmış olan kaydın hiçbir hukuki netice husule getiremeyeceğine ve bu gibi kaydın sahibinden iktisapta bulunmuş olan kimsenin Mehmed Kanun'unun 931inci maddeye dayanamayacağına ve 931inci maddenin tapu sicilinin malik hanesinde adı yazılı kimseden sahtelikle ve muhik bir sebebe dayanmıyarak iktisapta bulunmuş olan kimseden iyi niyetle iktisapta bulunanlara gibi, kimselere uygulanabileceğine göre, bu cihetle gözönüne alınarak müdafaa incelenmek ve sabit olduğu takdirde dâvanın reddine karar verilmek gerekirken bu cihetler gözönüne alınmıyarak ve bir gayrimenkulün tapu sicilinde ancak bir kayıt bulunabileceği esasına dayanan 931 inci madde hükmünün asıl malik üzerinde hukuki kıymetini muhafaza etmekte olan bir kayıt var iken aynı gayrimenkul için ihdas edilmiş olan sicil kaydında malik görünen şahıstan iktisapta bulunan kimseye de sâmil olacağı düşünülmesi münazaalı gayrimenkulün 2368 metre karelik kısmının dâvacı adına geçirilmesine ve Hazine adına olan tescilin bu suretle düzeltilmesine karar verilmiş olması yolsuzdur. Bozulmasına 10.10.959 tarihinde oybirliğiyle.

(Adalet Dergisi, 1951, s. 205.)

1. — Bu kararın taallük ettiği hâdise haddizatında iki ayrı meseleyi tazammun eylemektedir. Birinci mesele: aynı gayrimenkul hakkında tapuda mükerrer kayıtların tesisi halinde vaziyetin ne şekilde mütalâa edileceği ve ezcümle mükerrer olarak ihdas edilmiş kayda müsteniden üçüncü şahıs hüsnüniyetle aynı hak iktisap ettiği takdirde hakikî mal sahibine karşı Medenî Kanununun 931 inci maddesiyle ihticaç olunup olunamayacağıdır. İkinci mesele de mükerrer tapunun satışa mevzu teşkil etmesi rızaya müstenit olmayıp da satış cebri icra suretiyle ve ezcümle haczi müteakip İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre yapılmışsa farklı bir durum hasıl olup olmadığıdır. Yargıtay muhakemesini yalnız birinci mesele çerçevesinde yürütmüş, ikinci faraziyenin hâdiseye bir hususiyet getirebileceği noktası üzerinde durmamıştır. Belki bu cihet alâkalı taraflarca mahkemeye aksettirilmediği için ihtilâfın yalnız birinci mesele hudutları dahilinde halline gidilmiştir. Her ne ise biz iki noktayı da sırasıyla ele alalım.

II. — Evvelâ kararda sarahaten ifade edilmemiş olmakla beraber şu fikirden mülhem olunmuş gözüküyor ki 931 inci madde hakikî hak sahibinin hakkından maahrumiyetini intaç etmesi itibariyle istisnâî bir hüküm mahiyetindedir ve bu bakımdan mevridine hasredilmek suretiyle dar olarak tefsiri gerekir. Filhakika bir kimse haiz olduğu bir hakkı temlik ettiği takdirde temellük edenin devirde bulunandan daha fazla bir hakka sahip olmaması icap eder ve binaenaleyh devri yapan şahıs esasen

temlike mevzu teşkil eden hakkın sahibi değilse devir alanın da bu hakkı iktisap etmemiş olması lâzım gelir. Ancak hukuk mantığının zarurî bir neticesi şeklinde tecelli etmekte olan bu prensip hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslar lehine olmak üzere istisnâî bir hükümle bertaraf edilmiş MK. 901 inci maddesindeki şartlar dahilinde menkullerde zilyeden hüsnüniyetle malı temellük etmiş olan şahsın ve keza gayrimenkullerde de tapu kaydına hüsnüniyetle dayanmak suretiyle aynı bir hakkı devir almış olan kimsenin iktisapları muteber sayılmıştır. Bu istisnalar o derece mühimdir ki prensip sadece şahsî hakların devrine münhasır kalmış gibidir. ve aynı haklar bahsinde istisnânın prensipin yerini tuttuğunu söylemek de bir dereceye kadar caizdir.

Her ne ise Yargıtay 931 inci maddenin sadece haksız bir sebebe müsteniden tapuya teşçil edilmiş aynı hakları hüsnüniyetle iktisap etmiş olan şahısları koruduğu kanaatini izhar etmektedir. Yüksek Mahkeme muhakemesini şöyle yürütüyor: Kanun tapuda haddizatında gayri muteber bulunmuş bir kayda hüsnüniyetle istinat edilmesi faraziyesini derpiş ederken mezkûr batıl kaydın muteber bir kayıttan istikak etmesi ve onun yerini tutmuş olması şartını nazara almıştır. Tedavül zincirlemesinde muteber kayıt yerini batıl bir sebep neticesinde gayrimuteber bir kayda verdiği ve üçüncü şahıs buna hüsnüniyetle istinat eylediği takdirde ki iktisap muteber olacaktır. Yoksa muteber kayıt olduğu gibi durduğu halde aynı gayrimenkule taallük etmek üzere ikinci ve bittabi bu sebeple batıl bir kayıt ihdas olunduğu takdirde bu ikinci kayda müsteniden vaki iktisaplar 931 inci maddenin tatbik sahası dışında kalacaktır.

Doğrusu 931 inci maddenin medlûluna bakılırsa bu şekilde bir tefsiri icap ettirecek bir kayda tesadüf edilmez. Zira 931 inci madde görünüşte umumî ve mutlaktır. Bu itibarla Yargıtay mütemmim deliller vermek lüzumunu hissederek muhakemesini şöyle ikmal ediyor: '931 inci madde gayrimenkullerin tek bir kaydı bulunduğu esasına binaen sevkedilmiştir. Aynı gayrimenkule birden fazla kayıt tekabül ettiği takdirde eski kayıt kıymetini muhafaza etmeğe devam etmesi icap ettiğinden yeni kayda müsteniden hak iktisap etmiş olan şahsın 931 inci maddeden istifadesi mevzuubahs olamaz.

III. — Bu gerekçeler zannedersek tamika muhtaçtır. Bu derinleştirme ameliyesine girişince belki de bir parça farklı istikametlerle karşılaşmak imkânı vardır. Filhakika açıklanması icap eden iki nokta vardır. Evvelâ 931 inci maddenin normal tatbik sahası sayılan faraziyede gayrimenkulün hakikî sahibinin hakkından mahrumiyeti intaç etmesini

izah eyliyen hukukî düşüncenin ne olduğu ortaya konmalıdır. Bu yapıldıktan ve 931 inci maddenin normal fonksiyonu izah edildikten sonra 931 inci maddenin hangi mülâhazalarla bertaraf edilebileceği tasrih edilmeli ve bu meyanda her gayrimenkulün tek bir tapuya bağlanması lüzumunun meselemize ne yolda tesir edeceği araştırılmalıdır.

Tesbit edilen meseleleri sırasıyla ele alırsak; eğer hakikî hak sahibi aleyhine üçüncü şahıs batıl bir tescile müsteniden aynı hakkı muteber surette iktisap ediyorsa bu sırf tapu siciline olan itimadı kuvvetlendirmek ve bunun içinde tapu kaydını zilyetliğe muadil tutmak düşüncesiyle kabili izahdır. Nasıl ki hakkın görünüşünü teşkil eden zilyetlik vaziyeti 901 inci maddenin koyduğu şartlar dahilinde muteber bir iktisaba, bir mesnet teşkil edebiliyorsa keza tapu kaydı, haddizatında hukukî kıymetten mahrum olmasına rağmen, *zevahirî itibariyle* üçüncü şahıs lehine kâfi bir mesnet olabilecektir. Şu halde 931 inci madde üçüncü şahsı koruyorsa buna sebep üçüncü şahsın tapu kaydı itibariyle gayrimenkul üzerindeki zilyetliği iktisap etmiş olmasıdır. Ve belki ilâve etmek lâzımdır ki 931 inci madde koyduğu şartlar dahilinde hakikî mal sahibi aleyhine işleyorsa hakikî sahibinin kayıt itibariyle zilyetliği muhafaza etmediğindedir. Mademki aynı hakların devri mevzuunda âmme itimadını korumak düşüncesi zevahirî ve tâbiri aharla tapu kayıtlarının tahakkuk ettirdiği zilyetlik şeklini ön plâna almayı emretmektedir; üçüncü şahıs kaydı üzerine almakla bu kanunî zilyetlik şeklini ihraz ettiği için himaye edilecek, buna mukabil hakikî hak sahibi kendi lehine olan tapu kaydını muhafaza etmediği ve kayıt itibariyle zilyetliği kaybettiği için hüsnüniyet sahibi üçüncü şahsa feda edilecektir.

IV. — Dayandığı sebep ve müteveccih olduğu gaye itibariyle bu tarzda işlemesi gereken 931 inci maddenin faraziyemize tatbiki icap edip etmediği şu bakımdan büyük müşkülü mucip oluyor ki üçüncü şahıs kayıt zilyetliğini haiz olmak itibariyle şayanı himayedir. Buna mukabil hakikî mal sahibi kendi lehine olan kaydı muhafaza etmekte olduğu için de asgarî olarak aynı derecede şayanı himaye kalmaktadır. Bu müsavi durumda olan şahıslardan birini diğerine tercih için hangi mülâhazaya kıymet vermek lâzım gelecektir?

Bu istifham noktasına gelince zannedersek karşımıza takibi mümkün iki yol çıkıyor. Mademki kanunun koyduğu zilyetlik çerçevesinde mesele bir çıkmaza girmiştir. Şu halde zilyetlik normları, ve bunların bir ifade şekli olan 931 inci madde çerçevesinde meselenin hallinden vaz geçmeli, umumî hukuk prensiplerine dönmelidir. O zaman 931 inci maddenin nihayet istisnâî bir hüküm mahiyetini taşıdığını hatırlamak icap edecek

ve ihtilâfın hakikî mal sahibi lehine çözümlenmesi iktiza eyliyecektir ki Yargıtay da zaten tahlil edegelmekte olduğumuz kararile bunu yapmıştır. Homberger de maruf şerhinde aynı noktâ nazara sahip olduğunu belirtmiştir. (Suat Bertan tercümesi, sah. 412, mad. 973/6). Bu hal tarzının diğer bir mesnedi de 931 inci maddenin her gayrimenkule tek bir kayıt tekabül etmesi esasına binaen sevk edildiği oluyor. Madamki bu esas ihlâl edilerek her nasılsa iki kayıt tesis olunmuştur. Binaenaleyh bu sıқта 931 inci maddenin tatbikine gidilmeyerek umumî prensiplere göre hak sahibi kim ise onun tercihi icap eder. Homberger bu ciheti kaydettiği gibi biraz önce tebarüz ettirildiği üzere Yargıtay da buna esbabı mucibesi meyanında yer vermediği ihmal eylememiştir.

V. — İlmî esaslara uygun olan bu hal tarzının âdeta riyazî bir kat'iyetle kabulü acaba zarurî midir? Yoksa bu mesele karşısında farklı cevaplar vermek imkânı yok mudur? Doğrusu biz Homberger ve Yargıtay gibi ilmî ve kazâî otoritelerin benimsediği bu hal tarzına iltihakta bazı tereddütler duymuyor değiliz. Evvelâ prensiple istisnanın karşılıklı yerlerini tayin etmek suretiyle muhakemeyi sırf (logique formelle - surî mantık) esasları dairesinde yürütmek bizi pek tatmin edemiyor. Bu suretle kanunun umumî sistemine ve ruhuna ne dereceye kadar sadık kaldığımız cidden câyi sualdir. Filhakika bu yazının başında belirttiğimiz üzere de aynı hakların devri bahsinde zilyetlik mefhumile getirilen istisnanın yeri o derece büyük ve mühimdir ki hangisinin istisna hangisinin kaide olduğunu söylemek bir hayli müşkülleşmiştir.

Saniyen 931 inci maddenin yalnız tek tapulu yerler hakkında kabili tatbik olduğu zira bu hükmün sırf bu esasa göre sevk olduğu hakkındaki beyan da kendi kendini izaha yeter bir gerekçe değildir. Kanun bu bapta meskûttur ve daha evvelce söylediğimiz üzere 931 inci maddenin hükmü pek umumî bir tarzda sevk olunmuştur.

Böylelikle 931 inci maddenin mükerrer tapulu yerlere behemehal tatbik edilmesi icap edeceğini söylemek istemiyoruz. Fakat ihtimal bu 931 inci maddenin ne için tek tapu esasına sevk edildiğini araştırmak ve bu araştırma neticesinde meydana çıkacak sebepleri gözönünde tutarak 931 inci maddenin tatbik sahasını tayin etmek kanunî hükümlerin gayelerine göre tefsiri umdesine daha uygun düşecektir.

VI. — 931 inci maddenin tek tapu esasına istinat etmesi şundan ileri geliyor ki tapu kaydı zilyetliğe tekabül etmekte, yani hak karinesine istinat etmek ve zilyetlik dâvalarını ikame eylemek salâhiyeti ancak kendi lehine tescil vaki olan kimseye ait bulunmaktadır (MK. 905).

Halbuki muayyen bir mal üzerinde muayyen bir zamanda malik sıfatıyla zilyetliği müstakilen icra edecek tek bir şahıs vardır. Eğer şahıslar müteaddit ise o zaman ancak müşterek zilyedlik bahis mevzuudur. Her halde aralarında hiç bir rabıta bulunmayan kimselerin muayyen bir mala *aynı zamanda* müstakillen zilyet bulunmalarına maddeten imkân yoktur. Şu halde nasıl bir mal üzerinde hak sahibi sıfatıyla tek bir zilyedin bulunması zarurî ise zilyetlik esasını gayrimenkulde aksettirecek olan tapu kayıtlarının da aynı zaruret icabı mükerrer olmaması iktiza eder. Ancak fiili zilyetlik mahiyeti dolayısıyla mükerrerliği reddettiği ve buna maddeten imkân bırakmadığı halde bir gayrimenkul hakkında birden fazla kayıt tesisi doğru olmamakla beraber bu maddeten imkânsız değildir. Sicillin tutulmasında yapılacak bazı nevi yolsuzluklar bu tarzda mükerrer kayıtlara yol açabilir. Binaenaleyh mükerrer kayıtlar halinde aynı hakların devri meselesini kayıt durumuna göre tahakkuk eden zilyetlik mefhumuna nazaran halletmek imkânsızlığıyla karşılaşılmaktadır. Fakat bu imkânsızlık mevzuumuzda fiili zilyetlik mefhumunun da terkinin icap ettirir mi ?

Gayrimenkuller hakkında sevk edilen Medenî Kanununun 905 inci maddesi kayda müstenit zilyetlik vaziyetle fiili zilyetlik arasında mevcut olabilecek mübayeneti birincisi lehine halletmişse iki durum arasında müsavat olmadığı içindir. Fakat bir gayrimenkul hakkında iki kayıt tesis edilmişse hak karinesine dayanmak ve zilyetlik durumundan mütahassel olan hak ve salâhiyetleri kullanmak yetkisi kime tanınacaktır? Doğrusu kanunumuz yalnız 931 inci madde dolayısıyla mükerrer kayıt vaziyetini derpiş etmeği ihmal eylememiş bu durumda da zilyede tanınan salâhiyetlerin hangi kayıt sahibi tarafından isitmal olunacağı cihetini de aynı şekilde meskût bırakmıştır. Böyle bir durumda hakiki hak sahibinin araştırılmasını istemek zilyetlik mefhumunu bertaraf etmek olacaktır ki bu doğru bir hareket sayılmamak iktiza eder. binaenaleyh iki kayıt birbirini cerh eylediği vakit hak karinesine istinat etmek yetkisini fiili zilyetlik mefhumuna irca etmek lâzım gelecektir. Ve keza aynı hakların devri bahsinde kanunun zilyetliğe tanıdığı başlıca fonksiyon nazarı itibare alınarak aynı gayrimenkul hakkında iki kayıt teesis olunduğu ve batıl olan kayıt tedavüle mevzu teşkil ettiği vakit aynı şekilde hareket etmek icap eyliyecektir. Şu suretle ki bu şıkta mükerrer kayda müsteniden aynı hak iktisap etmiş üçüncü şahsın hakiki sahibine tercih edilip edilmeyeceğini anlamak için kayıt zilyetliğinin bizi bir çıkmaza götürdüğü nazara alınacak ve kayıt zilyetliğinin fiili zilyetlik yerini tuttuğu hatırlanarak bu kayıt zilyetliği gerisinde yer alan hakiki zilyetlik mefhumu ile ihticaç etmek doğru olacaktır. Böylelikle aynı hakların devri bahsinde hâkim

rolü oynayan zilyetlik mefhumunu ihmal etmemiş olacağız ki bu tarzı hareket ne kadar cüretli gözükürse gözüksün nihayet kanunun ruhuna ve umumî sistematiğine uygunluğu itibarile şayanı kabul bir hal tarzı sayılmalıdır.

Bu mülâhazalar icabı eğer tedavül gören ikinci kaydın sahibi haddizatında gayrimenkulün zilyedi bulunmamış ve sadece kaydı üçüncü şahsa devir ile iktifa etmişse gayrimenkule yalnız kayden değil fakat fiilen de zilyet kalmış olan hakikî sahibe karşı üçüncü şahıs bu şıkta 931 inci maddeye istinat edemeyecektir. Bu tahlile nazaran hakikî sahibe karşı 931 inci madde ile ihticaç olunamaması için onun *sadece kayden değil fiilen de zilyetliği* muhafaza etmesi lâzım gelmektedir.

Buna mukabil hakikî hak sahibi lehine kayıt mevcut olduğu halde aynı yer hakkında ikinci bir kayıt tesis edilmiş ve o yer üzerinde fiili zilyetlik bu ikinci kayıt sahibi tarafından icra edilmekte bulunmuş ve devir o suretle vâki olmuşsa bu takdirde 931 inci maddenin tatbikile üçüncü şahsın hakikî hak sahibine tercih olunmasına meyyal bulunuyoruz. Burada 931 inci maddenin tatbiki için ayrıca fiili zilyetliğin devri hakkında aradığımız munzam şart hâdisede iki tapu kaydının bulunmasından ileri gelmiştir. Kayıt tek olduğu takdirde 931 inci maddenin tatbiki için bu munzam şartın tahakkuk edip etmediğini araştırmaya mahal yoktur. Ve bu bakımdandır ki 931 inci maddenin tek tapu esasına binaen sevk edildiğini söylemek doğrudur. Vazı kanunun tahmini dışında aynı yer hakkında iki kayıt varsa 931 inci maddenin olduğu gibi tatbikine gidilemeyecek belki ayrıca kanunun ruhundan istihraç eylediğimiz bu munzam şartın tahakkuk edip etmediği araştırılmak icap edecektir. Gerçekten aynı hakların devri bahsinde haricî durumlara ve bunun hukukî ifade şekli olan zilyetliğe tanılan ehemmiyet bunun böyle olmasını makul ve yerinde göstermektedir.

Görülüyor ki biz aynı yer hakkında tek bir kayıttan fazla kayıt bulunamayacağı düşüncesini 931 inci maddeyi uluorta bertaraf etmek için kullanmıyoruz. Belki bundan daha ziyade ihtilâfın sadece ve münhasıran kayda müstenit zilyetlik esasları çerçevesinde halledilemeyeceğini bu meyanda hakikî zilyetlik kıstasına yer vermek lüzumunu ortaya koymak maksadiyle ihticaç edebilmekteyiz. Amma denilecektir ki fiili zilyetlik mefhumu menkuller bakımından değerlendirilmiş olup gayrimenkuller hakkında bu mefhumla ihticaç etmek gayrimenkulleri menkul mallara teşbih etmek gibi muahezeye şayan bir hareket teşkil eder. Fakat bu hareket tarzı ne kadar cür'etli sayılırsa sayılsın yine de gayri meşru telâkki olunmamalıdır.

Filhakika tapuya tescil edilmemiş olan gayrimenkullerde fiili zilyetlik durumunu nazara almak mecburiyeti olduğuna göre çifte tapulu yerler

hakkında da fiili zilyetliğe yer vermek o derece aykırı sayılmamalıdır. Kaldı ki tapu kaydı başlı başına bir kıymet arz etmekten ziyade zilyetlik mefhumuna tekabül etmekte bu bapta kanunî bir karine mahiyetini haiz bulunmaktadır. Vazı kanunun tahmini dışında bir gayrimenkule iki kayıt taallük ediyorsa o zaman birbirini cerh eden bu kayıt vaziyeti karşısında kanunun tapu kaydına tanımış olduğu farazi zilyetlik mefhumile ihticaç edecek yerde bu kanunî zilyetlik gerisinde bulunan hakikî zilyetlik mefhumuna müracaat etmek bizce tervici caiz bir yol sayılmaktadır. Bu suretle kanun vazının tahminleri dışında tahaddüs etmiş bir vaziyet için yine kanunun ihtiva ettiği başlıca hatların tayin ettiği istikamette bir hal tarzı verilmiş olmaktadır ki bu sebeple bu görüşü tasvip etmek, hattâ sırf hukuk mantığına dayanan ve kanunun ruhuna uygunluğu hakkında tereddüt duyulabilecek olan diğer noktai nazara tercih eylemek bize mümkün gözüküyor.

VII. — Esasen şayanı dikkattir ki Yargıtay aynı mevzu etrafında daha eski içtihatlarında fiili zilyetliğe bu hâkim rolü tanımaktan çekinmemişti. Bu bapta III. Huk. D. 10.X.1940 t. kararında (Temyiz K. 1939-40, sah. 229) aynı yere iki ayrı tapu kaydının taallûku halinde kadimdenberi münazaalı mahalle taraflardan hangisinin zilyet bulunduğunun araştırılması lüzumunu belirttiği gibi I inci Hukuk Dairesinin E. 6811/K. 804 sayı ve 25.2.1946 tarihli *gayri müntesir* kararında «gayrimenkulün kadastro Hazine namına tesbitinden sonra Hazine (Ömer Akade) ve Ömerin de dâva olunana satmış ve bu suretle tapuda bu gayrimenkul tedavül görenek dâva olunanın suiniyetini isbat edilmemiş olması hasebile dâvacının bu kısım hakkındaki hükme karşı ileri sürdüğü itirazlar yerinde olmadığından usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına oybirliğiyle» karar vermek suretiyle tedavül görmemiş olan kayıt aleyhine 931 inci maddeyi tatbikten geri kalmamıştır. Keza hâdisemizle tam bir mümaselet arzetmemekle beraber Üçüncü Hukuk Dairesinin 18.X.1949 tarihli diğer bir kararında aynı yere uyan iki tapu kaydı arasında yapılacak tercihte diğer mülâhazalar meyanında fiili zilyetliğe de yer verildiği görülmektedir. (Son İctihatlar 1950, sah. 1029 - 1030: Türk İctihatlar Külliyyatı 1950, sah. 300).

Buna mukabil Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi bildiğimize göre evvelâ 14.5.1949 tarihli kararıyla (Yeni Hukuk ve İctihatlar Dergisi, sah. 908) şimdi tahlilini yapmakta olduğumuz 10.X.1950 tarihli kararın hal tarzına ön ayak olmuştur. Hakikaten 14.5.1949 tarihli kararda açıkça «münazaalı yerlerin dâvacılar ve miras bırakanlar üzerine tapuda kayıtlı bulunduğu ve 1289, 1294, 1323 tarihlerinden beri tapu kaydına müsteni-

den tedavül ettiği dosya arasındaki tapu ve gelen kayıtlardan anlaşılmiş olduğundan 935 yılında Hayri paşa mirasçıları adına senetsizden tesis edilen ikinci kayıt ve buna istinaden yapılan iktisaplar asıl kayıt sahiplerini ilzam etmeyeceğine ve bu gibi hallerde de iyi niyetle iktisap kaidesinin cereyan edemeyeceğine» denilmiştir. Demek oluyor ki Birinci Hukuk Dairesi 25.2.1946 tarihli kararında taraftarı olduğu görüşü bırakarak 14.5.1949 tarihli kararile girmiş olduğu çığırda tahlilimize mevzu teşkil eden bugünkü kararile yürümeğe devam etmektedir. Öyle sanıyoruz ki bugünkü 10.X.1950 tarihli kararıyle Temyiz Mahkememizin çifte tapulu yer mevzuunda müstakar bir görüşe vardığı artık söylenebilecektir. Zira hâdisemizde müşteri lehine bir hal tarzına varmak için satışın icra marifetiyle yapılmış olması keyfiyeti üzerinde ayrıca durmak imkânı mevcut bulunuyordu. Hâdisemizdeki bu hususiyete rağmen Yüksek Mahkemenin ilk tapu sahibini haklı çıkarmakta gösterdiği ısrar bu vadide müstakar bir noktai nazara sahip olmak iradesinin bir delili sayılsa yeridir.

VIII. — Fakat bu suretle satışın icra marifetiyle yapılmış olmasının meseleye ne gibi yeni unsurlar getirdiğini görmeliğimiz icap eder ki müteakip izahatımız bu noktanın tavzihine matuf olacaktır.

Bilindiği üzere İcra ve İflâs Kanununun 124 üncü maddesi mucibince gayrimenkul satışları hakkında bir şartname tanzim edilmekte ve bu şartname alâkahların tetkikine açık tutulduğu gibi mevzuubahs şartnamenin bir cüzünü teşkil edecek olan mükellefiyetler listesi de yine aynı aleniyet şartları içinde tanzim olunmaktadır. Şartname ve mükellefiyetler listesindeki kayıtlarla tapudaki kayıtların mübayeneti halinde ihtilâfın hangi kayıt lehine halledileceği yani hangi kaydın diğerine nazaran üstün tutularak müşteriyi ilzam edecek vasıfta görüleceği bir meseledir. Fakat bu meseleyi şartname lehine halletmek için kuvvetli sebepler vardır.

Evvelâ müzayedeye iştirak edecek şahıslar bakımından. Tebarüz ettirmek icap eder ki mükellefiyetler listesi şartnamenin bir unsurunu teşkil etmektedir. Zira 125 inci madde mucibince şartnamenin müşteriyi ilzam edecek irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetlerinin nelerden ibaret olduğunu bildirmesi lâzım gelmekte, gayrimenkulü takyit eden bu mükellefiyetlerin tayin ve tesbiti ise mükellefiyetler listesinin tanzimine ve hattâ bunun kesbi kat'iyet etmesine vabeste bulunmaktadır. Zira mükellefiyetler listesine vaki olabilecek itirazlar üzerine 128 inci maddenin atfı icabı istihkak prosedürünün 96 ve 97 nci maddeler mucibince tahriki lâzım gelmekte 97 inci maddenin ilk fıkrası mucibince ise satışın yapılıp yapılmaması merci kararına tâbi kalmaktadır. Binaenaleyh

müşteriyi ilzam edecek aynı takyidatın mükellefiyet listesine göre taayyün etmesi 125 inci maddenin mantığı icabı olduğu gibi müşterinin de yalnız bunu gözönünde tutarak pey sürdüğünü kabul etmek ve kendisini tapuda mukayyet olduğu halde şu veya bu suretle listeye intikal ettirilmemiş olan aynı takyidatla karşı karşıya bırakmamak aynı mekanizmanın bir neticesi olarak görülür. Müşterinin himayesi ve bunun tahakkukunda cebri icra müzayedelerinde azami fiyatın temini düşüncesi müşteriyi tapu kayıtlarını karıştırmak vecibesinden âzade bırakılmasını emreder.

Saniyen alâkalılar yani alacaklı ve gayrimenkul üzerinde aynı hak iddiasında bulunan kimseler cephesinden de vaziyetin mükellefiyetler listesine göre taayyün eylemesi icap etmektedir. Zira alacaklı cebri icranın bu safhasında haklarını istihkak prosedürü içinde korumak ve müdafaa etmek imkânına maliktir. Alacaklı ile gayrimenkul üzerinde hak iddia eden üçüncü şahısların karşılıklı iddialarını ileri sürmek ve hallettirmek için kanunun derpiş ve tanzim ettiği prosedür istihkak prosedürüdür. Borçlu ile üçüncü şahıslar arasında mahcuz malın mülkiyeti veya bunun üzerindeki aynı hakların mevcudiyeti bakımından tahaddüs edecek ihtilâflar hacizden önce umumî hükümlere tâbi olduğu gibi mahcuz malın paraya çevrilmesinden sonra da haksız mal iktisabı çerçevesinde kabili hal bulunmaktadır. Halbuki alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki nizaların hal şekli kaideten İcra ve İflâs Kanununun tanzim ettiği istihkak prosedürü içinde derpiş olunmuştur. Bu prosedürün temelini ve başlangıç safhasını teşkil eden ise mükellefiyet listesidir. Ve bu itibarla da mükellefiyet listesine tapu kayıtlarına nâzaran bir üstünlük tanımak mecburiyeti vardır. Nitekim Jaeger (cilt I, madde 135/2, sah. 497) ve M. Reşit Belgesay (İcra ve İflâs Hukuku sene 1948, sah. 329) sarahaten bu kanaattedirler. Bu kanaatin diğer bir mesnedi de tapuda mukayyet bir mükellefiyetin muahhar bir sebeple terkini icap ettiği halde bu lâzimenin tapuda henüz ifa edilmemiş olması ihtimalidir. Demek oluyor ki bütün bu izah edilegelen sebeplerden dolayı mükellefiyet listesinde yer almamış olan bir aynı hak tapuda mukayyet olsa bile müzayedede gayrimenkul üzerine ihale edilmiş olan müşteriye karşı hüküm ifade etmiyecektir [*].

[*] Acaba mükerrer tapu sahibine satış ilânının 127 nci mad. mucibince tebliği lâzım geldiği ve buna ademî riayetden dolayı satışın iptali icap edeceği söylenemez mi? Tebligatın 127 nci mad. gereğince ancak ikametgâhı malûm olan alâkalılara yapılması kastedilmiş olduğuna göre hacze mevzu teşkil eden kayıttan gayri bir kayıt ve bunun başka bir sahibi bulunduğu anlaşılacağı veçhile 127 nci mad. burada kabili tatbik görülmemek iktiza eder. Bu nokta nazar hilâfına

İmdi bu izahatin ışığı altında meselemize avdet edersek; mükerrer olarak tesis edilen kayıt sahibinin borcu için mevzuubahs mükerrer kayıt esas tutulmak suretiyle gayrimenkul üzerine haciz vazolunarak satışa çıkarılırsa, aynı gayrimenkule taallük eden ilk kayıt sahibinin satış ilânı üzerine harekete geçerek mülkiyet hakkını ileri sürmesi ve mükellefiyet listesinin tanzimi sırasında hakikî hak sahibi olarak ortaya çıkması lâzım gelir. İlândan haberi olsun olmasın bunu yapmadığı takdirde müzayede şartnamesinde borçluya aidiyeti her türlü mükellefiyetten ve bu meyanda mükerrer tapu kayıtlarından münbahis olabilecek mütalebe haklarından âri olarak beyan edilmiş olan gayrimenkulü müşteri muteber surette iktisap edecek ve onun bu iktisabına lehine kaydolunan hakikî malik bilâhare ilişemeyecektir. Zira hakikî sahibinin bu yolda bir iddiası tapu kaydına müstenit olmakla beraber nihayet tapu kaydıyla şartname kayıtları arasında bir tezad ve mübâyeneti ifade edecek ve böyle bir şıkta ise biraz evvel izah olunan prensipler mucibince şartname hükümlerinin tapu kaydına üstün tutulması lâzım gelecektir. Elhasıl şartname hükümleri dairesinde gayrimenkulü iktisap etmiş olan şahsın iktisabı ilk kayıt sahibinin müdahalesinden masun kalmak iktiza edecektir. Görülüyor ki burada üçüncü şahsın iktisabı çifte tapu faraziyesinde tatbik kabiliyeti şüpheli kalan 931 inci maddeye istinat etmemekte fakat sadece şartname hükümlerinin tapu kayıtlarına nazaran üstünlüğünü kabul eden İcra ve İflâs Kanunu esaslarına dayanmaktadır.

Maamafih Yargıtay meseleyi bu cihetten ele almış değildir. Belki buna sebep hâdisede müddealeyhin İcra ve İflâs Kanunu esaslarına istinat eylememesi olmuştur. Binaenaleyh ileri sürdüğümüz noktaı nazarın Yüksek Mahkemece⁸ münakaşaya tâbi tutulduğuna dair bir kayda kararda tesadüf etmediğimiz için bu son nokta hakkında Yargıtay görüşünün henüz açıklanmamış olduğunu kabul etmek imkânı vardır. Bu itibarla taraftarı olduğumuz hal tarzının hiç olmazsa icra marifetiyle yapılan satışlarda Yargıtayca benimsenebileceği ümidini muhafaza etmek bize halen dahi mümkün gözüküyor.

İ. E. P.

127 nci maddenin burada tatbiki düşünülse bile bu takdirde satışın icra merciinden iptalini istemek lâzım geleceği gibi Federal Mahkemenin 18 Şubat 1947 tarihli kararı mantığınca da (J. d. T. 1947. 2. 108) bu iptal keyfiyeti ihaleden sonra bir sene geçmekle artık bahis mevzuu olmamak icap edecektir.

D) İŞ HUKUKU KARARLARI;

Kıdem tazminatı — İşçinin ölümü — Mirasçıların talebi —
Talebin kabulü.

(Tevhidi İctihada lüzum gösteren bir hal)

T. C.

YARGITAY

TİCARET DAİRESİ

Karar No.: 4692

Esas No.: 262

DAVA: Dâvacı ile dâvalı arasında çıkan tazminat dâvasından dolayı yapılan yargılama sonunda: dâvacının kocasının ölümü suretile tazminata hak kazanacağına dair kanunda bir sarahat bulunmadığından ve saireden bahsile dâvanın reddine karar verildiğini natıktır. (İş dâvalarını görmeğe yetkili İzmir 4 üncü Asliye Hukuk Yargıçılığının 26.12.1951 tarihli ve 193/108 sayılı kararı).

YARGITAY KARARI: Temyiz istemnin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği hakkında görüşülüp oylasıldı.

İşçiye hangi hal ve şartlar dairesinde kıdem tazminatı verileceği İş Kanununun 13 üncü maddesinin 6 ncı fıkrasında tâyin ve tasrih edilmiştir. Bu fıkra hükmüne göre:

A — İş aktinin 13 üncü maddesinin yukarkı fıkralarında yazılı ihbar şartlarına riayet şartıyla işveren tarafından feshi halinde,

B — İş aktinin 16 ncı maddenin I ve III numaralı fıkralarına göre işveren tarafından feshi halinde,

C — İş aktinin 15 inci maddenin I ve II numaralı fıkralarına göre işçi tarafından feshi halinde,

D — İş aktinin askerlik dolayısıyla feshedilmesi halinde işçiye üç yıldan fazla çalışmış olduğu taktirde ise başladığı tarihten itibaren her tam yıl için 15 günlük yövmiyesi kıdem tazminatı olarak verilir.

Hâdisede işçi ecellele ölmüştür, bu sebeple iş akti infisah eylemiştir. Vârisleri murislerinin hizmet müddeti üç seneden fazla olduğunu ileri sürerek tahakkuk edecek kıdem tazminatının tahsilini istemektedirler. Sureti zahirede ölüm sebebiyle iş aktinin feshi halinde kıdem tazminatının verileceğine dair bir hüküm mevcut olmadığı görülmektedir. Ancak işbu 6 ncı fıkranın A bendinde işaret ettiğimiz haller haricinde kalan B. C. D. hallerinin mücbir sebep dolayısıyla ihbar şartına riayet etmeksizin iş aktinin feshi halinde işçiye kıdem tazminatı verileceği kabul edilmiş bulunmaktadır. Ölümün de iş aktinin ihbarsız feshini gerektirir, mücbir sebep olduğunda şüphe yoktur. 5868 sayılı kanun ile işbu 6 ncı fıkraya «münhasıran ihtiyarlık sigortasından aylık veya toptan ödeme almak suretile [1] iş aktini fesheden işçi, bu

[1] Kanun metnine göre «gayesiyle» olmak lazımdır.

maddede yazılı tazminata hak kazanır», ilâh diye bir fıkra ilâve edilmiştir. Kanunun şu hükümleri ile işçinin kendisine atf ve isnat olunabilecek bir kusuru mevcut olmaksızın ihbar şartına riayet etmeden iş aktini feshetmesi veya iş aktinin münfesih olması halinde mutlaka kıdem tazminatı alması esas kabul edilmiş bulunmaktadır. Konulan müteferrik hükümler ancak bu prensibin tatbikatından ibarettir. İş Kanununun 16 ncı maddesinin I ve III numaralı fıkralarında iş aktinin ihbarsız bozulmasını gerektiren mücbir sebepler tadat edilmektedir. 15 inci maddenin I numaralı fıkrası da iş aktinin ihbarsız bozulmasını gerektiren mücbir sebeptir, ecelile ölüm de iş aktinin ihbarsız bozulmasını icabettirir mücbir sebeptir. Ecelile ölüm sebebiyle iş aktinin ihbarsız bozulmasında işçiye bir kusur atf ve isnadı mümkün değildir. Kanun mücbir sebeplerden dolayı iş aktinin ihbarsız bozulmasında kıdem tazminatının verilmesini kabul eylemiş olmasına göre 13 üncü maddenin 6 ncı fıkrasında işçinin eceliyle ölümü halinde kıdem tazminatının verileceğine dair bir kayıt yoktur diye uzun yıllar hizmet karşılığı olarak verilmekte olan kıdem tazminatının verilmemesi İş Kanununun istihdaf ettiği gaye ile adalet ve hakkaniyet prensiplerine uygun düşmez. Kanunda kıdem tazminatına sebep olarak gösterilen 16 ncı maddenin I ve III ve 15 inci maddenin I numaralı bentlerinde anılan hastalık ve ise devam imkânından mahrum olma halleriyle ölüm hali karşılaştırılacak olursa kanunun ölüm halinde evleviyetle kıdem tazminatı hakkını bahsettiğini kabul etmek lâzımdır. Mahkemece bu esaslar gözönünde tutulmuyarak vefat suretiyle iş aktinin infisahi neticesi taraflar hakkında bir hüküm mevcut olmadığı beyanı ile dâvanın reddi cihetine gidilmesi yolsuz ve ileri sürülen temyiz itirazları bu itibarla yerinde görül-
düğünden temyiz olunan hükmün bu sebeple HUMK. nun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına 29.9.952 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN TAHLİLİ :

Yargıtay Ticaret Dairesi verdiği yukarıki kararlarla çok mühim bir prensip meselesi halletmiş bulunmakta, işçi aileleri lehine kanunda sarih olarak tayin edilmemiş olan bir hükmü ihdas eylemekte ve işçinin ölümü halinde veresesine kıdem tazminatı verilmesi lüzumunu kabul etmektedir.

Bu hususta Yargıtay şu mucip sebeplere dayanmaktadır: İş Kanununun kıdem tazminatına müsait olan muhtelif hallerini umumî bir kaideye bağlamak ve «işçinin kendisine atf ve isnat olunabilecek bir kusuru mevcut olmaksızın ihbar şartına riayet etmeden iş aktini feshetmesi veya iş aktinin münfesih olması halinde mutlaka kıdem tazminatı alması» lâzım geleceği prensipini vazetmek mümkündür.

İş Kanununun 16 ncı maddesinin I ve III numaralı fıkraları ile 15 inci maddesinin I numaralı fıkrası iş aktinin ihbarsız bozulmasını gerektiren mücbir sebepleri bildirmektedir.

İşçinin eceli ile ölümü, kendisine kusur isnat edilemeyen mücbir bir sebep olduğundan, böyle bir halde de hak sahiplerine işçinin istihkakı olan kıdem tazminatını vermek lâzım gelir.

İş Kanununun gayesi, adalet ve hakkaniyet prensipleri bunun böyle olmasını icap ettirir.

Temyiz Mahkemesi böyle bir düşünce ve mantık silsilesiyle ölüm halinde kıdem tazminatının talep edilebileceğini bildirmektedir. Ve bu karar bir emsal karardır, bir prensip karardır. Zira aynı Yüksek Mahkeme aynı tarihli ve E. 4387/K. 4143 sayılı diğer bir kararile de harfi harfine aynı esasları tekrarlamaktadır².

Gariptir ki aynı Yüksek Mahkeme bir sene evvel aksini içtihat etmiş ve eceli ile ölen işçi için kıdem tazminatının mevzuu bahs olamayacağını bildirmişti. Filhakika Yargıtay Ticaret Dairesi 2.7.1951 tarihli ve E. 3850/K. 3727 sayılı kararında yirmi altı senelik kıdemi olan bir işçinin ölümü halinde eşinin talep ettiği kıdem tazminatını İş Mahkemesi şu esbabı mucibe ile :

«Dâvacının kocası bir iş kazası neticesinde ölmeyip eceli ile ölmüş olduğundan ve bu gibi hallerde kıdem tazminatı verileceği hakkında kanunda bir sarahat olmadığından...»

reddetmiş; ve Yargıtay, yukarıda tarih ve numarasını bildirdiğimiz kararı ile «... Temyiz edilen hükmün dayandığı gerekçelere göre yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddile» hükmü tasdik eylemiştir³.

Mühim bir esbabı mucibe ihtiva etmemesi itibariyle, bu kararın bir emsal karar olmadığı söylenebilirse de yine mühim bir prensip vazettiği de inkâr olunamaz. Yukarıki karar çok daha etraflı, daha müdellel olmak itibariyle bir emsal karar mahiyetini taşımakta, fakat birinci kararın tam aksini hüküm altına almaktadır. Bu birinci karara müsteniden bir çok haklar heder olmuş gitmiştir, bir çok işçi aileleri bu karara müsteniden haklarını alamamışlardır. Şayet bu karar doğru ise, kanunun derpiş etmediği bir halin; himaye eylemediği bir menfaatin muhtel olduğu söylenemez. Yok eğer ikinci karar, doğru ise, Yargıtay ifadesine göre bu karar «İş Kanununun istihdaf ettiği gaye ile adalet ve hakkaniyet prensiplerine uygun» düşmekte ise; birinci karar haksız, kanuna aykırı, adalet ve hakkaniyet ile kabili telif olamıyor demektir ve bu yüzden bir çok kimselerin haklarına zarar ika edilmiş bulunmaktadır. Bu iki karardan her birinin vazettiği esas birbirine tamamiyle zıt olduğundan ve bu son karar bir emsal içtihat yaratmak temayülünü gösterdiğinden, birinci karar ile hakları ziyaa uğrayan ve bu karara müsteniden ittihaz olunmuş diğer mahkeme kararları ile haklarını alamayan, hattâ bu karar müvacehe-

[2] Bak. İstanbul Barosu Dergisi, 1952, sayı 10, sah. 592-594; Mukayeseli İctihatlar, 1 Ekim 1952, sayı 16-17 nüshası, sah. 39-41.

[3] Bak: İstanbul Barosu Dergisi, 1951, sayı 9, sah. 541-542.

sinde hakkını aramaktan sarfınazar etmiş bulunan bir çok işçi ailesinin ortaya çıkan bu zararları ne olacaktır? Unutmamak lâzım gelir ki sosyal kanunların tatbikinde ve bilhassa bunların mameleke taallük eden hükümlerinde çok dikkatle hareket etmek, bu kanunlarla güdülen içtimaî nizam ve sükûnu, içtimaî adalet ve hakkaniyeti zedelememek lâzımdır. Bu itibarla teessüs edecek içtihatların sağlam temellere dayanması, kısa fasılalarla ve içtimaî muhitte mühim bir değişiklik vukua gelmeden tadilleri cihetine gidilmemesi, gidilmesinde zaruret bulunuyorsa bu cihetin behe-mehal belirtilmesi içtimaî istikrar ve güvenlik bakımlarından zarurîdir. Bu birbirine zıt iki karar karşısında Yargıtayın içtihadı tevhit etmesi ve İş Kanununun hükümlerine göre, bu hükümlerde sarahat bulamazsa ruhuna göre, hakikî ve esas prensipi vazetmesi icap etmektedir. Bu keyfiyet bir zaruret halini almıştır.

Bu vaziyete göre, kararın mucip sebepleriyle varmış olduğu neticeyi gerek «adalet ve hakkaniyet prensipleri», ve gerek «kanunun istihdaf ettiği gayeye» göre mütalâa etmeden evvel, kanunun metnine ve hukuk tekniğine göre incelemek lâzımdır. Şurasını derhal belirtmek lüzumunu hissediyoruz ki: Hâlim, her şeyden evvel kanunları tatbik ile mükellef olan bir mercidir. Medenî Kanunun birinci maddesine göre hâkim kanunu evvelâ metni ile tatbik eder; karşısına gelen hâdiseye kanunun metnini tatbik edecek bir hüküm bulamazsa ruhuna göre karar ittihaz eder; kanunun ruhunu da araştırdıktan sonra bir esas bulamazsa, örf ve âdet hukukuna müracaat eyler; o da sakit ise kanunun boşluğunu doldurmak salâhiyetini haizdir. Ancak kanunda boşluk bulunan hallerde hâkim bunu ikmal eder ve karşısına gelen meseleyi hal ve fasl eder. Kanunda boşluktan bahsedebilmek için, kanun vazının muayyen bir hususu hiç derpiş etmemiş olması, hukuk sisteminde mevzuubahs münasebete müteallik her hangi bir normun bulunmaması lâzımdır. Egger'in dediği gibi «kanundan bir hüküm çıkarılamıyorsa bir boşluk karşısında bulunduğu gibi, kanundan hâdiseye uyan bir norm çıkarılamadığı vakit de, bir boşluk var demektir... Yargıç bir normun (velev menfî olsun) mevcut olup olmadığını; varsa, hâdiseye uyan bir normun bulunup bulunmadığını kestirmelidir.»⁴

Du Pasquier'ye göre de: «Şüphe yok ki kanun vazının müdahalesinin lüzumu hissölunduğu her halde kanunda bir boşluğun mevcut olduğundan bahsedilemez. Fakat hakikî boşluk, bir hukukî hal suretinin gayri kabili

[4] Egger, İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Giris ve Kişinin Hukuku, (terc. Volf Cernis), Cilt I, Ankara 1947, mad. 1 serhi, no. 20, 21, sah. 65 - 66.

içtinap olduğu ve hukukun buna dair bir hüküm ihtiva etmemesi halinde mevzuubahs olur.»⁵

Halbuki İş Kanunumuz kıdem tazminatına ne gibi hallerde işçinin hak kazanabileceğini ve bu hususta ne suretle hareket edilmesi lâzım geldiğini sarih, kat'î, mutlak hükümlere bağlamış bulunmaktadır. Böyle bir durum karşısında kanun boşluğundan bahsetmek doğru olmaz. Kanunda boşluk yoktur: Kanun bazı hallerde kıdem tazminatına hak bahşederken, bunun dışında kalan hallerde artık kıdem tazminatının talep edilemeyeceğini, böyle bir hakkın mevzuubahs olamayacağını bildirmiş bulunmaktadır. Burada ne kanunun ruhunu tefsir etmek, ne de kıyas yoluyla hareket etmek mevzuubahs değildir; evleviyetle boşluk vardır diyerek⁶ kanun vazının hak bahşetmediği bir hali kanuna ithal etmek mutasavver değildir. Meselâ Medenî Kanun hacir sebeplerini tayin etmiş bulunmaktadır; bunun dışında kalan sebeplerden birinin kanunda yer almamış olması bir boşluğa delâlet etmez. Şayet böyle muhakeme edilecek olursa kanunun tadat ederek tayin eylediği bilûmum haller dışında kalan halleri sun'î bir takım tefsir metodları, metinleri zorlama yolları, lüzumu bildirilmeyen muğlâk adalet ve hakkaniyet mefhumları ile kanunun çerçevesi içine almak mümkün olur ki, kanunun maksadına aykırı bir vaziyet meydana getirilmiş olur.

Öyle zannediyoruz ki, burada da Yargıtay metinleri zorlamış ve kanun vazının cevaz vermediği bir halde kıdem tazminatının talebini mümkün kılmıştır. Kaldı ki böyle bir muhakeme tarzı da kanunun sistemi ve akdın feshi müessesesi ile kabili telif değildir. Bu iki kaziyeyi isbata çalışacağız.

1. Kanun ölüm halinde kıdem tazminatına cevaz vermez.

Filhakika, İş Kanunumuzun muaddel 13 üncü maddesine göre:

«İş akdinin işveren tarafından bu madde veya 16 ncı maddenin I ve III numaralı fıkralarına göre ve işçi tarafından ise 15 inci maddenin I ve II numaralı fıkralarına dayanılarak veya askerlik hizmeti dolayısıyla feshedilmesi halinde üç yıldan fazla çalışmış olmak şartıyla işe başladığından itibaren her bir tam iş yılı için işçiye 15 günlük ücret tutarında bir tazminat verilir. Münhasıran ihtiyarlık sigortasından aylık veya

[5] *Du Pasquier*, Introduction à la théolre générale et à la philosophie du Droit, § 37, sah. 205, no. 214.

[6] Aksine bak: *Sefa S. Ergün*, Ölen işçilerin kıdem tazminatı (kanunun boşluğunu dolduran bir Temyiz icthadı münasebetiyle), İst. Baro Dergisi, 1952, sayı 10, sah. 591 v. d.

toptan ödeme almak gayesile iş akdini fesheden işçi, bu fıkrada yazılı tazminata hak kazanır...»

Bu hükmün lâyıkiyle anlaşılabilmesi için bir yandan işverene göre ve diğer yandan işçiye göre akdin feshi hallerini tayin etmek lâzımdır. Şöyle ki:

a) *İşverene göre:* Yukarıki fıkra bir tefrik yapıyor ve «bu madde», yani 13 üncü madde ile «16 ncı maddenin I ve III numaralı fıkralarına göre» iş akdinin işveren tarafından feshedileceğini derpiş ediyor. Bu atıfların medlülleri nedir?

α) 13 üncü maddede müddeti muayyen olmayan bilcümle iş akitle-
rinin muayyen ihbar müddetlerine riayet olunarak her vakit, sebep mevcut
olsun veya olmasın, gerek işçi ve gerek işveren tarafından feshedilebile-
ceği derpiş olunmakta; ancak bu fesih salâhiyetinin hüsnüniyetle mahdut
ve mukayyet bulunduğu, feshi ihbar hakkının suiistimal edilemeyeceği
bildirilmektedir. Binaenaleyh işçi işe girerken akdettiği iş akdinin müdde-
tini işverenle tayin etmemiş ise, muayyen bir müddet çalıştıktan sonra
(bu çalıştığı müddete göre) 2, 4, 6, 8 hafta önce akdin feshedileceğini işve-
rene bildirebileceği gibi; işveren de aynı şartlara ve aynı müddetlere
riayet ederek akdin feshedileceğini işçiye bildirebilir. Bu hükmün gayesi
şahsiyet haklarının ve şahsî hürriyetin mevzuubahs olduğu işbu akitlerde,
bunların lüzumsuz yere takyit olunmasını önlemek ve aynı zamanda işçiye
iş bulma veya işverene işçi temin etme imkânlarını sağlamaktır. Bu
itibarla muayyen feshi ihbar müddetlerine riayet edilerek iş akdinin feshi
hallerinde, akdi feshedenin herhangi bir sebebe dayanmak, sebep bildir-
mek, sebebin makul ve muhik olmasına itina etmek mecburiyeti yoktur;
sade bu hakkını kötüye kullanmamalıdır, o kadar. Şu halde, meselâ işve-
ren müddeti muayyen olmayan iş akdini kanunî mehillere riayet ederek
feshi ihbar ederse, işçi kendisinden sebep sormaz, ancak sebebin 13 üncü
maddenin 5 inci fıkrasında tayin edilmiş ve hakkın suiistimalini teşkil
edeceği bildirilen bir hale girmesi halinde tazminat talep edebilir. Binaen-
aleyh müddeti muayyen olmayan iş akitlerinin ihbar müddetlerine riayet
edilerek feshi halinde ne işçinin ne de işverenin herhangi bir kusurlu fiil
veya hareketi mevzuubahs değildir. Akdin feshini icap ettiren sebebin
bir kusur teşkil etmesi mümkün olmakla beraber, bu husus kanunen
nazara alınmadığı gibi, fesih halinde de zikredilmesine lüzum ve zaruret
yoktur. Tekrar edelim ki, ihbar müddetlerine riayet edilerek feshedilen
iş akidlerinin ifasında veya ademi ifasında taraflardan herhangi birinin
kusuru bulunmayabilir de; fakat kusurun bulunması da mümkündür.
Yalnız bu «kusur» unsuru ihbarlı fesihlerde her hangi bir tesir icra etmez.

β) 16 ncı maddenin I ve III numaralı fıkralarına yapılan atıfta ise durum çok farklıdır. Bir defa burada yalnız müddeti muayyen olmayan iş akitleri değil, fakat bir ay, bir sene, beş sene, ilâ... gibi muayyen bir müddet için meydana getirilen iş akitleri de mevzuubahstir. Kanunun derpiş ettiği muayyen bir takım hallerin vukuu takdirinde işçi veya işveren akdi derhal feshetmek hakkını haizdirler. Mevzuubahs olan haller artık işçiyi işverene akdi bir şekilde de olsa bağlı tutmaya imkân veremeyecek bir mahiyet ve seciye arzederler. 16 ncı maddenin I numaralı bendi işverene akdi derhal feshetmek salâhiyetini iki halde bahşetmektedir, III numaralı bendi ise bir tek hal derpiş eylemektedir.

Birisi, işçinin kusuru olmaksızın bir hastalık veya ârizaya uğraması takdirinde muayyen bir müddet çalışamayacak durumda bulunmasıdır. İşveren hastalanan veya kazaya uğrayarak sakatlanan işçisini derhal işinden çıkaramaz; fakat hastalık veya ârizanın uzaması halinde de işvereni bir müstahsil kuvvetten mahrum tutmak da adalete uygun düşmez. Bunun için kanun hastalık veya ârizanın devamı hususunda muayyen bir müddet derpiş ediyorsa da bunun ne kadar olacağını tayin etmesizin işi «hükümetçe çıkarılacak bir tüzüğe» terk ediyor. Bu tüzük bugüne kadar intişar etmemiş olduğundan, bu fıkra tatbik imkânından mahrum, meflûç bir durumdadır. Fakat her halde işçinin uğradığı hastalık veya ârizanın kusurundan mütevellit olmaması lâzımdır.

Diğeri, işçinin bulaşıcı veya istikrah verici bir hastalığa musap olmasıdır. Bunların da neler olacağı yukarıda zikredilen tüzükte bildirilecektir. Burada bilhassa belirtilmesi icap eden bir nokta vardır: Bu bendi bir evvelki bentle mukayese edersek ve sonra gelen fıkra ile birlikte mütalâa eylersek varılacak netice şöyle tayin edilebilir; 16 ncı maddenin I inci fıkrasının (a) bendi ile (e) bendinden sonraki fıkra — yukarıda da belirttiğimiz gibi — *işçinin sun'u taksirine mahmul olmayan hastalıklara taallük etmektedir; halbuki bulaşıcı veya istikrah verici hastalıkları derpiş etmiş bulunan (e) bendinde böyle bir sarahat veya delâlet bulunmadığından (bu gibi hastalıkların mahiyeti nazara alınarak) burada hastalığın işçinin kusuruna mahmul bulunması veya bulunmaması nazara alınmayacaktır.* Meselâ işçi, kendisine atfı mümkün bir kusur bulunmaksızın uyuz hastalığına tutulması, yahut kendi kusuru ile kellik hastalığını yakalamış olması iş akdinin derhal feshine ve binnetice kıdem tazminatının tediye sine yol açar. Halbuki hastalığı bir mafsâl romatizması ise ne bu bende ne de bundan evvelki bende göre akdin feshi mümkün değildir.

Üçüncü hal, III numaralı fıkranın derpiş ettiği mücbir sebeplerdir. Bunlar işçinin şahsında doğan ve kendisini bir haftadan fazla bir zamanla

çalışmaktan meneden sebeplerdir. Kanaatimizce kusurlu veya kusursuz hastalık veya ârıza halleri I numaralı bendde ve (sıhhi sebepler) matlâbı altında toplandığından, bunları III üncü benddeki mücbir sebepler meyanına ithal etmeğe kanunun sistematiği mânidir. Bunlar dışında kalan ve işçinin çalışmasına mani olan hapis, memleketi terk mecburiyeti, su basması, işçinin bulunduğu mahallede fevkalâde hal dolayısıyla sokağa çıkmak yasağının bulunması vesaire... gibi haller mücbir sebeplere misal teşkil ederler.

Nihayet 13 üncü maddenin atıfta bulunduğu (askerlik) hali de 24 üncü maddenin şümulü içerisinde mütalâa olunmak iktiza eder. Burada da işçinin kusuru mevzuubahs değildir.

b) İşçiye göre ise, durum farklıdır; şöyle ki, işçi:

a) Müddeti muayyen olmayan iş akdini ihbar müddetlerine riayet ederek feshederse kıdem tazminatını talep edemez. Burada işçinin kusuru mevzuubahs olmadığı halde 13 üncü maddenin birinci fıkrası içerisine giren fesihlerde kanun kendisine kıdem tazminatı bahşetmemiştir.

β) Derhal feshi icap ettirecek hallerde ise işçi, işyerinde zuhur eden mücbir sebepler hariç, işverende bulunan sıhhi sebeplerle ahlâk veya hüsnüniyet kaidelerine uymayan hallerin her birinde kıdem tazminatı talep edebilecektir.

γ) Muaddel 13 üncü maddeye göre de ihtiyarlık sigortası ile ayarlı olmak üzere işçiye akdi feshettiği takdirde kıdem tazminatı verilecektir. İncelemekte olduğumuz karar dolayısıyla bunlar üzerinde fazla durmağa lüzum yoktur.

Ancak burada iki noktayı tebarüz ettirmek ve kanunun gayesine, hakkaniyet ve adalete göre Yargıtayca yapılan tefsirin doğru olmadığını göstermek istiyoruz.

Birinci nokta: Kanun tahdidî ve tadadî olarak kıdem tazminatına hak bahşedecek halleri tayin ve beyan ettikten sonra bunlara yeni bir tanesinin ilâvesi ancak kanun yolu ile olur. İctimai adalet ve sosyal politika icapları, işçilerin bu husustaki arzuları, hattâ temenni ve ısrarları hâkimî bağlamaz. Tahdidî hallere bir yenisinin ilâvesi kaza kuvvetine değil teşri kuvvete aittir. Kanunun ancak umumî bir formüle bağladığı normları mahkemeler geniş veya dar bir şekilde tefsir ederek adalet icaplarına uydurmağa mecburdurlar; yoksa kanunun yegân yegân tayin ettiği hallerde böyle bir tefsire gitmek ve derpiş olunmayan bir hali,

adalet ve hakkaniyet ne derece icab ettirirse ettirsin, kanuna ithal etmeğe kalkışmak teşriî kuvvetin vazifesine müdahale ve tecavüz olur.

Nasıl ki evlenmenin butlanı sebeplerini kanun birer birer tayin etmiş ve bunlara meselâ calî evlenmeleri kazai yoldan ithal etmek mümkün olmamış ise? nasıl ki nafaka alacaklılarını birer birer tayin etmiş ve bu hükmü sıhrî hısımlardan usul ve fûrua kazai yoldan teşmil etmek kimsenin aklına gelmemiş ise; aynı tarzda hareket ederek İş Kanununun birer birer saydığı kıdem tazminatı hallerine bir yenisini ilâve etmek mahkemeye mevdu bir vazife değildir.

İkinci nokta: Yargıtay Ticaret Dairesi bütün bu halleri gözönünde bulunduran umumî bir kaide istihraç ediyor ve bu umumî kaideye göre işçiye kusur atfedilemeyen bilûmum fesih hallerinde kıdem tazminatının verilmesi lâzım geldiğini içtihat eyliyor. Böyle bir tefsirin kanunun istihdaf ettiği gayeye uygun olduğunu ilâve ediyor. Kanaatimizce bu da doğru değildir. Filhakika:

1. Vazedilen umumî kaide mutlak olarak kanuna uygun değildir. Bir defa kanunun tahdidî olarak tayin ettiği halleri umumileştirmek tefsir kaidelerine uymaz. Nasıl ki müruru zamanın kat'ı sebeplerini kanun tahdidî olarak saymış ve (Fransız hukukunda olduğu gibi) bunların bir formüle bağlanması ve meselâ «Dâva açmak imkânından mahrum olan kimse hakkında bu mâni sebep devam ettikçe müruru zaman cereyan etmez» gibi umumî bir kaide vazedilmesi yoluna gidilmemiş ise, burada da Ticaret Dairesinin yaptığı gibi umumî bir formül vazetmek doğru değildir. Yukarıda buna dair izahat vermiştik.

2. İşçinin sadece kusursuz hallerinde kıdem tazminatı talep edebileceği de mutlak olarak doğru değildir; zira müddeti muayyen olmayan iş akdini işveren ihbar müddetlerine riayet ederek fesih ederse, kıdem tazminatını muhakkak surette ödemesi icap ederken, böyle bir halde işçinin kusuru bulunmaması mevzuubahs olduğu gibi kusurunun bulunması da muhtemeldir. Binaenaleyh kaide mutlak olarak doğru sayılamaz.

[7] Bu imkânsızlıktan istifade eden bir takım kimselerin içtimai ve siyasi nizazını bozarak calî evlenme yolu ile vatandaşlığı iktisab etmelerine mahkemeler mâni olamamışlar ve nihayet İsviçre Kanun Vazı 1 Ocak 1953 de yürürlüğe giren «İsviçre tâbiyetinin iktisab ve izaası Kanunu» ile MK. m. 120 ye yeni bir fıkra eklemiş, 121 inci maddeyi buna göre ayarlamış ve 122 nci maddenin birinci fıkrasını bu yolda tahdit etmiştir. Bu misal açık olarak gösteriyor ki, içtimai zaruretlere karşısında dahi, hâkim kanunun tahdidî olarak tayin ettiği hallere bir yenisini ilâve edemez, bunu yapmak kanun vazına aittir (Bu kanun için bak : RLF 1952, sah. 1115; JdT, 1953, sayı 1, sah. 28).

zira ihbar müddetlerine riayet edilerek işveren tarafından feshedilen akitlerde işçinin kusuru varsa, kıdem tazminatı hakkını kaybetmesi lâzım gelecektir ki, böyle bir durum 13 üncü maddenin sarıh ibaresine aykırıdır. Nitekim Yargıtay da 14.12.1949 tarihli ve 19/15 sayılı bir tevhibi içtihat kararında aynen şöyle demektedir: 13 üncü madde «uyarıncı irade ve ihtiyarı ile işverenin bağtını feshetmesi halinde *kusuru olup olmadığına bakılmaksızın* belirli süre geçtikten sonra işinden ayrılacak işçiye işveren kıdem tazminatı vermekle mükelleftir.»

Her ne kadar bu karardan sonra 13 üncü madde tâdil edilmiş ise de, sadece kıdem tazminatının talebini mucib olacak haller tahdid edilmiş, yoksa bu ana kaide değiştirilmemiştir. Bu itibarla Ticaret Dairesinin bu kararı, tevhibi içtihat kararına da aykırı düşmektedir.

3. Kanunun istihdaf ettiği gayeye uygun olduğu bildirilen bu tefsir, kanaatimizce bilâkis bu gayeye tamamiyle aykırıdır. Filhakika 13 üncü madde tâdil olunmadan evvel «bilûmum fesihlerde» işçiye kıdem tazminatı verileceğini âmirdi. Tatbikatta işveren tarafından akdin feshi halinde kıdem tazminatı verileceği, işçi tarafından akit fesholununca bu tazminat hakkının mevzuubahs olamayacağı kanaati hâkimdi. Müteaddit neşriyatımız ile bu tefsir tarzını tenkit etmiş ve evvelâ Yargıtay Ticaret dairesi ve bilâhare Yargıtay Genel Kurulu bir tevhibi içtihat kararı ile bu görüşümüzü teyit eylemişti. Filhakika 3.11.1948 tarihli ve 11/7 sayılı kararda aynen şöyle denilmektedir:

«İş akdi, gerek işveren ve gerek işçi tarafından feshedilmiş olsun... her bir tam iş senesi için ayrıca on beş günlük ücret tutarında bir tazminatın dahi verilmesi gerektiği bu maddenin sarıh hükümleri icabındandır.»

Bu suretle tatbikattaki cereyan durdurulmuş ve «bilûmum fesihlerde» işçiye kıdem tazminatı verilmesi yolu tutulmuştu. Bu geniş tefsiri önlemek mülâhazasıdır ki İş Kanununu tadil eden 5518 sayılı ve 25.1.1950 tarihli kanunla kıdem tazminatı meselesi yeniden tedvin olunmuş ve «bilûmum fesihler» yerine ancak 13 üncü maddede tayin olunan fesihlerde kıdem tazminatı talep olunacağı esası vazedilmiştir. Demek istiyoruz ki, kanun vazı bu muaddel kanunla kıdem tazminatı bahsinde teşmile değil tahdide doğru gitmiştir; ve bunu tevhibi içtihat kararının isdarı tarihinden gayet kısa bir müddet sonra yapmıştır. Bu da geniş tefsire karşı bir reaksiyon olduğunu gösteren bir delildir. Durum bu merkezde iken Ticaret Dairesinin yeniden geniş tefsire gitmesi, adalet ve hakkaniyete uygun olabilirse de her halde «kanunun istihdaf ettiği gayeye uygun» düşmez.

4. Kaldı ki, bu karar Yargıtayın tevhidî içtihat yolile belirmiş bulunan mütalâasına da diğer bir bakımdan yine aykırıdır. Filhakıka 14.12.1949 tarihli ve 19/15 sayılı tevhidî içtihat kararına göre: «Sonradan hâdis olan *mücbir sebeplerle iş bağının devamının imkânsızlığı karşısında vecibelerin sakit olacağı* Borçlar Kanununun 117 nci, Ticaret Kanununun 648 inci maddeleri hükmü gereğinden bulunmasına göre mücbir sebepler cümlesinden olan el koyma ve iş mükellefiyeti yüzünden karşılıklı vecibelerini yerine getiremeyen işveren ve işçi tabiatıyla birbirine karşı tazminat vermekle mükellef olamazlar.

«Evvelce derpiş olunamıyan ve şirketin irade ve ihtiyarı dışında kalan el koyma ve iş mükellefiyeti olaylarında *ihtiyarı fesih hallerinde uygulanması gereken 3008 sayılı kanununun 13 üncü maddesinin hükümleri tabiatıyla uygulanamaz.*

«Netice: İşveren ve işçilerin irade ve ihtiyarlarile iş bağının feshi hallerinde uygulanan 3008 sayılı kanunun *13 üncü maddesi hükmü, irade ve ihtiyar dışında el koyma ve iş mükellefiyeti gibi mücbir sebeplerde uygulanamayacağına...*» karar verildi.

Binaenaleyh mücbir sebebe bağlanarak irade ve ihtiyar dışında infisah eden akitlerde taraf olan işçi kıdem tazminatı talep edemez. Ölümün bunlardan biri olduğuna hiç bir şüphe ve tereddüd yoktur. Ticaret Dairesi yukarıki kararında bunu açıkça kabul ediyor. Tevhidî içtihad kararı el koyma ve iş mükellefiyetini genişleterek bilûmum mücbir sebeplere göre kaleme alınmış bulunduğuna göre, ölüm halinde de kıdem tazminatı mevzuubahs olmamak lâzımdır.

Hülâsa, İş Kanunumuzun gerek metni, gerek tâdilden sonraki gayesi ile Yargıtayın tevhidî içtihad kararları ölüm halinde kıdem tazminatına cevaz vermemektedir.

2. Akdın feshi müessesesi kıdem tazminatının ölüm halinde talebine mânidir.

Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, iş akdi fesih ile hitama ererse de bu feshin iki tarzı vardır: Birisi muayyen mehillere riayet ederek akit fesholunur, diğeri de bu mehillere riayete lüzum olmaksızın akit derhal feshedilebilir. İster ihbarlı ister ihbarsız olsun fesih bir irade beyanıdır ve tevcihi muktazi olan bir irade beyanıdır. Yalnız iş akdinde değil fakat feshin mevzuubahs olduğu bilcümle akitlerde, bu husus fesih hakkını istimal eden kimse tarafından diğer âkide tevcih edilmiş olmak şartile tahakkuk eder. Bu fesih hakkının bozucu inşâi bir hak (yenilik doğuran bir hak) olduğu da bugün müttefikan kabul edilmiş bulunmaktadır.

Müddeti muayyen olmayan iş akitlerinde ihbar müddetlerine riayet ederek akti feshetmek demek, bu akitle artık bağı kalmak istemeyen tarafın keyfiyeti diğerine bildirmesi ve bu suretle gayri muayyen müddetli akdin kanunî mehiller nisbetinde muayyen müddetli bir akit haline ifrağ etmesi demektir; bu mehil hitama erince akit te evvelce beyan olunan iradeye uygun olarak ortadan kalkar. Derhal fesihlerde ise, muayyen bir mehil beklemeğe kanunen lüzum olmadığından, akdi feshedecek olan tarafın irade beyanı ile yine bu akit sona erer.

Şu halde fesih deyince, ister ihbarlı olsun ister ihbarsız olsun, bu tâbir daima bir irade beyanı tazammun eder. Nitekim 13 üncü madde «... iş akitlerinin... feshedilmesi için diğer tarafa ihbarda bulunmak şarttır» demekte, 15 ve 16 ncı maddeler akdin işçi veya işveren tarafından «feshedileceğini» bildirmektedir. Askerlik halinde ise 24 üncü madde, muayyen müddetle iş akdinin fesih olunamayacağını, bu müddet geçtikten sonra akdin «feshedilmiş sayılabileceğini» bildiriyor. İlk nazarda umumî fesih kaidesine bir istisna gibi görünen bu hüküm hakikatte bu merkezde değildir. Filhakika muvazzaf askerlik dışında kısa müddetlerle (manevra, staj, tatbikat, kurs) askere celbedilen veya iş mükellefiyetine tâbi tutulan işçiyi korumak gayesile kanun, işyerinde geçirdiği hizmet süresine göre, fakat her halde 90 günü aşmamak şartile, işverene iş akdini feshetmek salâhiyetini vermiyor; akit baki kalır, ücret verilmez, işçi avdet ederse işine yine eskisi gibi devam eder. Fakat azamî 90 günlük müddet geçtikten sonra iş akdi işveren tarafından fesholunabilir. Feshedilmemiş ise kendiliğinden bir infisah yoktur; kanun işçiyi korumak için bu kadar sert bir hüküm sevketmek istememiş «feshedilmiş sayılabilir» gibi pek de hukukî olmayan ve fesih ile infisah arasında mutavassıt bir hal gibi duran bir ibare kullanmıştır.

Her halde 13 üncü maddenin kıdem tazminatına müteallik fıkrası gayet sarihtir: «İş akdinin işveren tarafından ve işçi tarafından veya askerlik hizmeti dolayısıyla *feshedilmesi* halinde... tazminat verilir.» Binaenaleyh aktin feshi şarttır; ihbarlı veya ihbarsız olsun, feshin mahiyeti değişmez; bu, bozucu yenilik doğan bir hakkı kullanmak üzere tevcihi muktazi bir irade beyanında bulunmaktan ibarettir. Böyle bir irade beyanı olmadıkça hukuken, kanunen, teknik mânası itibarile bir fesih mevzuubahs olamaz. Nitekim kıdem tazminatı ile alâkalı ve yukarıda zikrettiğimiz iki tevhidî içtihat kararı bu hususu gayet sarîh bir şekilde belirtmektedir. 1948 tarihli karar da aynen «İş Kanununun 13 üncü maddesinden anlaşıldığına göre süresi belli olmayan sürekli iş akitlerinde işveren veya işçi tarafından iş bitmezden önce *diğer tarafa ihbarda bulunulmak*... şartı ile iş akdi fesholunabileceği» bildirilmektedir. 1949

tarıhli kararda da Őu ibare vardır: «Süresi belli olmayan sürekli iş bağıtları iş bitmezden önce işveren veya işçiler tarafından *fesih olunabilmek için fesih diğeri tarafa ihbar olunmak...* 13 üncü madde hükmü gereğindedir. Hükmü açıklanan işbu madde uyarınca *irade ve ihtiyarı ile işverenin bağıtını feshetmesi* halinde... tazminat ödemekle mükelleftir.»

Őu halde açık olarak görülüyor ki kıdem tazminatına hak kazanmak için akdin feshedilmesi şarttır. 15 ve 16 ncı maddelerdeki mücbir sebepler buna bir istisna teşkil etmezler. Zira burada bilümmü mücbir sebepler bahis mevzuu edilmemekte, gerek işçiyi ve gerek işvereni muayyen bir zaman için çalışmak veya çalıştırmaktan meneden mücbir sebepler derpiş olunmaktadır. Filhakika bu maddelere göre iş akdinin feshedilebilmesi için mücbir sebebin bir haftadan fazla devam etmiş olması iktiza eder. Bu bir hafta zarfında akit feshedilemez, işçi ücretinin yarısını alır; hafta geçtikten sonra taraflardan biri veya diğeri akdi derhal feshetmek hakkını kazanır. Meselâ işyerinin kısmen yanması, su basması, hükümetin emrile işgal edilmesi veya iptidai madde tedarik edememesi; işçinin bir yerde mahsur kalması ve münakalenin inkıtaa uğraması, kaybolması gibi sebepler mevzuubahistir. Yani öyle bir mücbir sebep ki gerek işçiyi ve gerek işvereni mutlak olarak çalışmaktan alıkomamalıdır, çalışıp çalışılmıyacağı meşkük bulunmalıdır. Bu meşkûkiyet devresi bir haftadan evvel hitama ererse, akit devam eder; bir haftadan fazla sürerse yine irade beyanı ile akit derhal fesholunabilir.

13 üncü maddenin sarahatinden başka, 15 ve 16 ncı maddeler «aşağıda yazılı hallerde (ki bunlardan biri bir haftayı aşan mücbir sebeplerde) ... *derhal feshetmek* hakkını haizdir» ibaresi de akdin ancak fesholunabileceğini, yoksa infisahın burada yer alamayacağını bildirmektedir. Hakikaten işçinin ölümü halinde bu madde tatbik edilecek olursa, bir hafta beklemek ve bu müddet zarfında işçiye veya veresesine yarım ücretini vermek icap edecektir. Akit hitama erdikten sonra, yarım da olsa, işçiye ücret verileceğini düşünmek mümkün değildir; akit yoktur ki, bu akitten doğan ücret borcu talep olunabilsin.

İşte Yargıtay Ticaret Dairesi, buradaki mücbir sebebin hususiyetini gözönünde bulundurmadıktan başka, fesih ile infisahı da birbirine karıştırmış, ihbarsız fesih ile infisahı bir tutmuş ve bu iki mefhumu aynı mânada kullanarak tezada düşmüştür. Hakikaten mezkûr kararda gayet doğru olarak evvelâ şöyle deniliyor:

«Hâdisede işçi ecelile ölmüştür, bu sebeple iş *akdi infisah etmiştir.*» Bu müşahededen sonra, akdin kendiliğinden sukut ettiği, ortadan kalkmış bulunduğu, artık bir irade beyanına lüzum ve ihtiyaç, hatta imkân kalmamış olduğu belirtilmiş oluyor. Halbuki aynı kararın bir iki satır ileri-

sinde şöyle deniliyor: «Sureti zahirede ölüm sebebiyle iş akdinin feshi halinde...»; iş akdi ölüm sebebiyle infisah ettikten sonra bunun feshi mutasavver değildir. Yargıtay her nedense, kararının sonraki cümlelerinden fesih ve infisah tâbirleri gibi teknik ve vazih tâbirler kullanacak yerde «iş akdinin bozulması» gibi hukukî olmayan, mefhumları birbirine karıştıran ve sarahatten âri olan bir ifadeyi tercih etmektedir. Kararın sonunda da «vefat sureti ile iş akdinin infisahı neticesi...» diyerek yine infisah mefhumuna avde: etmiştir. Hattâ, 5868 sayılı kanunla vücade getirilen tâdilâtı zikrettikten sonra «iş aktini fesh etmesi veya iş akdinin münfesh olması» tarzında kullandığı ibare, kanun metnine aykırıdır. Zira İş Kanunu sadece iş akdinin ihbarlı veya ihbarsız «fesih» lerini derpiş ediyor. İhbarsız fesih ile infisah ayrı ayrı mefhumlardır. İnfisahta akid kendiliğinden ortadan kalkar; ihbarsız fesihte ise, feshedenin ihbar müddetlerine tâbi olmaksızın, iş akdini irade beyanı ile ortadan kaldırması demektir. Kanun işte sadece irade ile vukua gelen fesihlerde (ihbarlı veya ihbarsız) ve bunların bazılarında kıdem tazminatının işçi için bir hak olacağını kabul etmiş; infisah halini asla derpiş etmemiştir. Nitekim Borçlar Kanununun 340-343 üncü maddeleri hizmet akdinin ihbarlı feshini, 344 üncü maddesi ihbar müddetlerine riayet mecburiyeti olmadan derhal feshini; halbuki 338 inci maddesi müddeti muayyen olan akdin müddetin sona ermesi ile hiç bir irade beyanına lüzum olmaksızın hitama ereceğini ve kezalik 347 nci madde de «Hizmet akdi işçinin ölümü ile hitam bulur» diyerek akdin sona ereceğini bildirmekte ve «fesih» ile «infisah» veya «kendiliğinden hitam bulma» esaslarını açıkça ayırmaktadır. İş Kanununun prensipleri de bundan farklı değildir. Bize öyle geliyor ki, Yargıtay burada «fesih», «infisah», «bozulma» tâbirlerini müteradif olarak kullanmakta, bu suretle ve bilhassa fesih ile infisah arasında mevcut olan hukukî ve teknik tefriki ihmal etmekte ve binnetice yanlış bir hal suretine varmaktadır.

Doktrinde de ölüm halinde kıdem tazminatının mevzuubahs olamayacağı, zira akdin feshi değil fakat infisahı, sukutu karşısında bulunulduğu kabul edilmekte⁸, Yargıtay Ticaret Dairesi de yukarıda zikrettiğimiz 1951 tarihli kararında bu noktai nazarı benimsemiş bulunmaktadır.

İş Kanununun tadilinden evvel, kıdem tazminatı hususunda yazdığımız bir yazıda şöyle diyorduk: «Kanun, kıdem ikramiyesinin ancak akdin feshi halinde talep edilebileceğini derpiş ediyor. Fesih ise bir taraflı rıza beyanı ile akdi sona erdirmektir. Halbuki iş akdi tarafların karşı-

[8] F. H. Saymen, İstanbul Barosu Dergisi, 1951, sayı 9, sah. 541 v. d. İcithat tahlili. Reşat Atabek, İş akdinin feshi, İstanbul 1938, sah. 179. Turgut Sızmazoğlu, İş akdinin feshi ve kıdem tazminatı, İstanbul 1953, sah. 138, b.

lıklı rıza beyanları ile, ölüm, sakatlık, temyiz kudretinin zevali, akitte tasrih edilen müddetin sona ermesi gibi bir takım sebeplerle nihayete erebilir ki, kanunun lâfzî ibaresine göre, bu hallerde işçiye kıdem tazminatı verilmemek lâzım gelecektir. Halbuki bu neticenin pek âdil olmadığı aşikârdır. Binaenaleyh buradaki (fesih) tâbirini teknik hukuk mânasında değil, fakat geniş olarak akdin her hangi bir suretle sona ermesi şeklinde anlamak adalete daha uygun olur.»⁹.

Bu mütalâamızı ileri sürerek sayın Avukat Sefa Ş. Erkün, yukarıdan beri müdafaa ettiğimiz teze aykırı bir tez müdafaa etmekte ve Yargıtay kararını tasvip eylemektedir¹⁰. Hakikaten biz de bu noktai nazarımızı değiştirmiş değiliz. Adalet ve nısfet bakımından, kıdem tazminatının mahiyet ve gayesi bakımından bunun iş akdini hitama erdiren her çeşit hallerde işçiye verilmesi lâzım geldiğini düşünüyoruz. Fakat arkadaşımızın da bildirdiği gibi bu bir sosyal politika düşüncesidir, yani bir temenni mahiyetindedir, *de lege feranda* bir mütalâadan ileri gitmez. Şurasını da belirtelim ki, bu yazımızı yazdığımız zaman İş Kanunu tadil edilmediği gibi, tevhiidi içtihat kararları da henüz sâdir olmamıştı. Ne yapalım ki, kanun vaznı geniş bir şekilde tatbikini temenni ettiğimiz kıdem tazminatı müessesesini, bu tarzda kabul etmemiş ve kanunu tadil ederek tahdit yoluna gitmeği tercih eylemiştir. Artık *de lege lata* meseleyi münakaşa ederek, mütalâa etmek icap eder¹¹; temennimiz, yine temenni olarak baki kalmakla beraber, bir sosyal politikacı olarak değil, fakat bir hukukçu sıfatı ile ve kanun hükümleri ile kanun vaznının güttüğü gaye müvacehesinde mezkûr kararı tasvibe ve bu kararı destekleyen mütalâalara iştirake imkân göremiyoruz.

F. H. Saymen

[9] İşçinin kıdem tazminatı (Çalışma, 1946, sayı 12, sah. 53-54).

[10] Sefa S. Ergün, Ölen işçilerin kıdem tazminatı (İstanbul Barosu Dergisi, 1952, sayı 10, sah. 591).

[11] Bu karar tahlil edilmeksizin, esas ve neticeleri araştırılmaksızın, hele sümülû ile hiç münasebettar olmaksızın diğer bir mecmuada da göklere çıkarılıyor. Deniliyor ki: «İçimize ferahlık veren ve uzak görüşlü, mütedil ve anlayışlı hukukçuluğun ilmi zerafetini teşkil eyleyen bu içtihat, memlekette huzur ve muvazenenin; milli istihsal bakımından da emniyet ve itimat içerisinde çalışma ile sağlanacak yüksek sınaî verimin müjdesini getiriyor. Ayrıca, kabul edilen görüşün, Milletlerarası İş Bürosu tarafından yapılan yayınlarda gözetilen prensiplere de uygun ve bu prensipleri ilerletici mahiyette bulunduğu işarete değer.» (Mukayeseli İchtihatlar, sayı 16-17, sah. 41-42).

Milletlerarası İş Bürosunun bu husustaki nesriyatı nedir? Karar ne dereceye kadar buna uygundur; bunun prensiplerini ne bakımdan ve ne dereceye kadar ilerletecek bir mahiyettedir? bunlar bildirilmiyor. Böyle olsa bile, Yargıtayın işi Türk

III.

Eser tahlil ve tenkidleri

MEDENİ HUKUKA DAİR TERCÜME ESERLER

Yirmi beş sene evvel, Medenî Kanununun kabulü ile birlikte Adliye Vekâleti bazı İsviçre şerhlerinin tercümesine teşebbüs etmiş ve bu eserler sayesinde yabancı bir hukukun Türkiyeye yerleşmesi ve bilhassa tatbikatçılarla hâkimler tarafından kanun hükümlerinin anlaşılması kolaylaştırılmış bulunuyordu. Ezcümle Rossel ve Mentha'nın üç ciltlik Medenî Kanun Şerhi, Rossel'in bir cildlik Borçlar Kanunu Şerhi, Curti'nin bir ciltlik Medenî Kanun Şerhi, Martin'in iki ciltlik Borçlar Kanunu Şerhi bu meyandadır.

Bundan sonra resmî olmayan bazı tercümelere de tesadüf olunmaktadır. Ezcümle Fritz Funck'un Borçlar Hukuku Şerhinin sadece umumî hükümler kısmını Dr. Hıfzı Veldet ve Cemal Hakkı Selek tercüme etmişlerdir. Tuor'un Medenî Hukuk hakkındaki sistematik eserini Hüseyin Avni Göktürk parça parça adapte ederek tercüme etmişti; von Tuhr'un Borçlar Hukukuna ait muhallat eserini Esat Arsebük yine adapte ederek tercüme etmişti. Ayrıca Wieland'ın İsmail Hakkı Karafakih tarafından tercüme edilen aynı haklarını da zikretmek lâzımdır. Nihayet, Theo Guhl'un Borçlar Hukuku eserinin türkçe adaptasyonunu H. A. Göktürk iki cilt halinde neşretmiştir.

Bu gayret ve faaliyetlerin medenî hukuk ilminin inkişafında ve tatbikatında ne büyük bir rol oynadığını burada kaydedecek değiliz. Ancak bu tercümelerden sonra, bu gibi faaliyetler bir müddet durmuş gibi görünüyordu. Halbuki bir kaç senedenberi yine İsviçrenin mühim ve belki de en mühim eserlerinin dilimize tercüme edilmekte olduğunu memnu-

pozitif hukukunu tatbik ve ilerletmektir, milletlerarası bir teşekkülün neşriyatını değil.

İstihsalı arttıracacağı, memlekette huzur ve müvazeneyi sağlayacağı, yüksek sınıf verimin müjdecisi olduğu yolundaki heyecanlı ifadelerin de sebebi izah edilmemektedir. İstihsalın artması, huzur ve müvazenenin sağlanması, sınıf verimin yükselmesi, sadece işçiye «ölüm halinde kıdem tazminatını» tediye etmekle mümkün olsaydı, sınıf kalkınmamız dâvası gayet basit olurdu. Çok çeşitli ve müddil âmiller arasında kıdem tazminatı müessesesi ve hele ölüm halinde bunun tediyesi keyfiyeti pek tâli bir unsur teşkil eder. Kaldı ki istihsalın artması sadece işçiye sağlanacak bir maddî menfaatle temin edilemez. Bunun işveren için teşkil edeceği mali külfet ve maliyet ile istihsale icra edeceği tesirler de hesaba katılmak ve öylece mütalâa beyan etmek icab eder.

niyetle müşahede ediyoruz. Bunlardan bir tanesi «Zürih Şerhi» olarak anılan meşhur eserin bazı kısımlarıdır; diğeri de von Tuhr'un Borçlar Hukukudur.

I

Medenî Hukuk

Malûm olduğu üzere İsviçre Medenî Hukuku hakkında, Rossel, Curti, Fick, Schneider gibi ikinci derecede telâkki olunan bir kaç şerh bir tarafa bırakılırsa, Bern ve Zürih Şerhleri en esaslı iki eser olarak meydanda durmaktadır. Bunlardan her biri İsviçrenin maruf hukukçularından mürekkep birer heyet tarafından yazılmıştır. Bern Şerhi Prof. Gmür'ün riyaseti altında hazırlanmıştı; Zürih Şerhi ise, bir çok hukukçular her bir babını ayrı ayrı ve birbirlerinden müstakil olarak hazırlamışlardır. Bu iki büyük Şerhin ikinci tab'ı yazılmakta ve fasikül halinde tevzi edilmektedir. Birçok kısımları ikmal edilmiş olmakla beraber eser henüz tamamlanmış değildir. İşte bunlardan biri olan Zürih Şerhinin bir cildini Fakültemiz bastırmış ve yedi cildini de Adliye Vekâleti neşretmiştir. Bugün intişar etmiş bulunan (Vesayet) hukuku münasebetiyle bu tercümeden bahsetmek istiyoruz. Halen elimizde bulunan kısımlar ile neşir tarihleri aşağıdadır.

1. *Dr. A. EGGER* (terc. Volf Çernis), Giriş ve Kişinin Hukuku (Birinci kısım), (mad. 1 - 51), Ankara 1947, sah. 403 + IV (Adliye Vekâleti neşriyatı).

2. *Dr. A. EGGER* (terc. Volf Çernis), Kişinin Hukuku (İkinci kısım), Tüzel kişiler (mad. 52 - 89), Ankara 1948, sah. 188 (Adliye Vekâleti neşriyatı).

3. *Dr. A. EGGER* (terc. Dr. Tahir Çağa), Aile Hukuku (Birinci kısım), (mad. 82 - 169), İstanbul 1943, sah XX + 388 (İstanbul Hukuk Fakültesi neşriyatı).

4. *Dr. A. EGGER* (terc. Dr. Tahir Çağa), Aile Hukuku (İkinci kısım), (mad. 241 - 345), Ankara 1949, sah XX + 470 (Adliye Vekâleti neşriyatı).

5. *Dr. A. EGGER* (terc. Volf Çernis) Aile Hukuku (Üçüncü kısım), (mad. 346 - 438), Ankara 1952, sah. VI + 434 (Adliye Vekâleti neşriyatı).

6. *Dr. A. HOMBERGER* (terc. Suad Bertan), Aynî Haklar (Üçüncü kısım), (Zilyetlik ve Tapu Sicili, mad. 887 - 935), Ankara 1950, sah. IV + 446 (Adliye Vekâleti neşriyatı).

7. *Dr. H. OSER - Dr. W. SCHÖNENBERGER* (terc. Recai Seçkin), Borçlar Hukuku (Birinci kısım, mad. 1 - 40), Ankara 1947, sah. 4 + CIV + 338, (Adliye Vekâleti neşriyatı).

8. *Dr. H. OSER - Dr. W. SCHÖNENBERGER* (terc. Recai Seçkin), Borçlar Hukuku (İkinci kısım, mad. 41 - 108), Ankara 1950, sah. 4 + 456.

Bu tablodan, Şerhin tam olarak ancak şahsın hukuku ile (karı koca mallarının idaresine müteallik hükümler istisna olunursa) aile hukuku kısımlarının tercüme ve neşredilmiş olduğu açıkça görülür. Halbuki miras hukuku henüz hiç tercüme edilmemiş ve belki de tercüme olunmuş ise neşredilmemiş; muazzam aynî haklardan, çok mühim olmakla beraber diğer kısımlara nazaran bir temel veya şekli bir hukuk teşkil eden ancak zilyetlik ile tapu sicili hukukumuzda mal edilmiş, gayrimenkul mülkiyeti, menkul mülkiyeti, mahdut aynî haklarla, fer'i aynî haklardan bir tek sahife dahi yayınlanmamıştır.

Yukarıda da söylediğimiz gibi, bu teşebbüsü ve bu müşterek gayreti şükranla karşılamakla beraber; bu tercümelerin yalnız tatbikat sahasında değil nazariyat sahasında da oynayacağı rolü göz önüne alarak, diğer kısımların da biran evvel intişarını temenni ve rica etmek her hukuk müntesibi gibi bizim de hakkımız ve vazifemizdir. Bilhassa almancaya vâkıf olmayan pek çok hukukçumuzun güzide ve mümtaz mütercimlerin bu gibi yardım ve himmetlerine pek büyük ihtiyaçları bulunduğu da nazarı itibare alınır, böyle bir temenni izhar etmenin hakkımız olduğu teslim edilir zannederim.

Burada bu eserlerin her birini ayrı ayrı tanıtmak mevzuubahs değildir. Birer şerh olmaları itibariyle, ihtiva ettikleri maddelerin yukarıda gösterdiğimiz numaralarını nazara alarak her cildin içerisinde bulunan bahisleri tayin etmek kolaydır. Sadece bir noktaya dikkat nazarını celbetmek istiyoruz: Muhtelif mütercimler tarafından yapılan bu tercümelerde üslûp bakımından bazı farklar meydana geleceği şüphesizdir. Bu tercüme-leri bir tek kişi revize etse bile yine ufak tefek üslûp ve ifade farkları bertaraf edilemez; böyle bir revizyon yapılmamış olmakla beraber, yapılsaydı da bu farklar gayri kabili içtinaptır. Buna esasen okuyucu razıdır; zira eserin aslını okusa, muhtelif müellifler tarafından yazılmış olan her bahsin ayrı ayrı üslûplarda olduğunu hemen fark eder. Hattâ bunlar arasında tefekkür ve kanaat farkları bulunduğunu da görür: Birisi daha ziyade filozofik bir eda taşırken, diğeri daha fazla pozitif ve madde şerhçisi olarak numayan olur; birisi mukayeseli hukuka yer ayırırken, diğeri tarihi kısma daha fazla ehemmiyet verir. Ancak İsviçre Şerhinin

şaşmaz bir tarafı varsa, o da eserin şekil ve dil bakımından hiç bir ayrılık arzetmemesidir. Halbuki türkçe tercümelerimizde maalesef durum böyle değildir.

Filhakika evvelâ şekil bakımından: Giriş ve şahsın hukukuna (kişinin hukuku) ait birinci ve ikinci ciltte sadece İsviçre Medenî Kanununun metinleri tercüme edilmiş ve madde numaraları aynen muhafaza edilerek, türkçe metin ve Türk Medenî Kanununun mukabil maddeleri gösterilmemiştir. Halbuki aile hukukunun birinci kısmında İsviçre metni karşısında türkçe metin yer almış, ikinci kısımda türkçe metin kaldırılmış, üçüncü kısımda bu metne tekrar yer verilmemiştir. Zilyetlik ve tapu sicili tercümesinde de durum böyledir. Ancak bu kısımlarda İsviçre madde numarasından sonra parantez içerisinde mukabil Türk Medenî Kanununun madde numarası gösterilmiştir. Borçlar Hukukunda ise insanı şaşırtan garip bir durumla karşılaşılacaktır: Bir taraftan İsviçre metninin tercümesi konulmuş ve diğer taraftan Türkçe metne yer verilmiş ise de, bu metin resmî şekli ile değil fakat üzerinde oynanarak (türkçeleştirilerek) derç olunmuştur. Mütercim akit kelimesi yerine (bağıt) kelimesini kullanmayı her nedense tercih etmiş ve bu (ve buna benzer pek çok türkçeleştirilmiş tâbirleri) İsviçre metni tercümesinde kullanmıştır. Buna, aşağıda söyleyeceklerimiz kaydı ihtirazisiyle, bir diyeceğimiz yoktur: Mütercim dilde münasip gördüğü şekilde tasarruf etmiştir. Fakat tercüme ettiği İsviçre metni karşısına türkçe metni korken artık burada münasip gördüğü şekilde tasarruf mevzuubahs olamaz: Kanun akit demiş ise, ona bağıt diyemez (bak: mad. 1, kenar başlık, sah. 38); işin garibi, mütercim her yerde de (bağıt) kullanmıyor, bazan da (akit) demekten kendini alamıyor (bak: mad. 22, sah. 191). Bu misalleri artırmak mümkündür.

Bundan başka bilcümle cildlerde madde metinleri ayrı puntolarla dizilmiş ise de, zilyetlik ve tapu sicili cildinde şerh ve metinler aynı punto ile tertiplenmiş bulunduğundan araştırmalar zorlaşmaktadır. Bunun gibi bazılarında matlaplar metnin yanında yer almış iken, diğerlerinde madde-nin üzerine konulmuş; şerhin kenar başlıkları da başlık olarak tertiplenmiş ve böylece sistematik bakımdan bir hayli karışıklık vukua getirilmiştir.

Kezalik, bazı cildlerin her sahifasında muhtevasını gösteren kısa başlıklar ile alâkalı madde numaraları gösterilmek suretiyle araştırmalar kolaylaştırılmış iken, diğer bir takım cildlerde buna asla riayet olunmamıştır.

Nihayet ciltlerin bazılarında pek mufassal olmayan tahlili fihristler mevcut iken ve bunlar sadece kanunun sistematüğünü belirtmekle kalmakta

iken; birinci ve ikinci ciltleri teşkil eden (giriş ve kişinin hukuku) nda en ufak bir fihriste dahi yer verilmemiştir. Halbuki böyle bir eser için, değil kanunun sistematığını bildiren, hattâ her madde şerhinin sistematiniği belirten bir fihrist kâfi olmayıp, bir ilmî esere yaraşacak şekilde mufassal indekslere ihtiyaç olduğunu söylemeğe bile lüzum yoktur. Hiç değilse sıra itibariyle tamamlanmış olan Giriş, Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku için böyle bir indeks yapılırsa çok yerinde olur ve eserin pratik kıymeti arttırılmış bulunur. Bunu da Adliye Vekâletinin lütuf ve himmetinden bekliyoruz.

Fakat böyle bir indeks hazırlamak, eserin tercümedeki hususiyeti itibariyle de ayrı bir zorluk arzedecektir. Filhakika, ve bu da esere şekle müteallik yapacağımız ikinci bir tenkit teşkil edecektir, mütercimlerin kullandıkları dil birbirinin aynı değildir; hattâ aynı mütercimin bir ciltte kullandığı dil ile diğerlerinde kullandığı dil arasında farklar vardır. Burada üslûba müteallik herhangi bir mütalea dermeyan etmiyoruz, sadece teknik terimlerde fütursuz bir şekilde tasarruf edilmiş, yalnız (Anayasa) tâbirleri kullanılmakla iktifa olunmayarak gayretkeşlik ile bir çok sözde türkçeleştirilmiş tâbirler istimal olunmuş, hukukta aranan sarahat ve kat'iyet bu suretle yok edilmiş, hattâ bir çok pasajlar anlaşılmaz bir hale getirilmiştir. Şurasını derhal belirtelim ki, bugün yayımlanmış bulunan bütün ciltlerdeki tâbirler aynı esasa göre istimal edilmiş olsaydı, belki de umumî olarak bu davranış tenkit edilir, mütercimlerden ziyade böyle bir dil kullanmaları için emir ve direktifler vermiş olan resmî merciler muaheze olunurdu. Fakat bazı mütercimlerin hepimizin malûmu olan, hepimizce menus ve müstamel olan tâbirler kullanırken, diğer mütercimlerin bu esastan ayrılmalarını ve gayretlerinin büyük bir kısmının heder olmasına sebep olan (yeni terimlere) yer vermiş olmalarını üzüntü ile karşılıyoruz.

Ezcümle, Giriş ve Kişinin Hukuku ile Borçlar Hukukunun bu yola girdikleri; halbuki Aile Hukuku ile Zilyetlik ve Tapu iSciline müteallik ciltlerin bu yeni cereyana kapılmadığı görülüyor. Bu da eserin umumî veçhe ve insicamını bozmaktadır. Böyle bir durum karşısında, terim birliği bulunmayan bir eserin indeksini yapmak ta bir hayli zorlaşmış olur. Bundan böyle neşredilecek olan ciltlerde, dile resmî müdahaleciliğin bertaraf edilmiş olmasından sonra, terim birliği yapılacağını ümid ve temenni etmek isteriz. Bu suretle bu büyük ve güzel teşebbüsün tam başarı sağlaması ve Türk hukukçusuna her bakımdan faydalı olması temin edilmiş olacaktır.

II

Borçlar Hukuku

Andreas von Tuhr, BORÇLAR HUKUKU, Birinci Cilt, tercüme eden: Avukat *Cevat Edege*, İstanbul 1952, 488 + XXXX sahife, fiyatı : 15 lira.

İsviçre Borçlar Hukuku doktrinde en mümtaz yeri işgal eden von Tuhr'un «Borçlar Hukuku» adlı eseri bugün İsviçre literatüründe âdeta klâsik olmuştur. Alman doğmatığıne göre yazılmış olan bu iki ciltlik eser «gerek İsviçrede gerek başka memleketlerde hukuk ilmi üzerinde kuvvetli bir tesir icra ettiği şüpheden varestedir. Hattâ denilebilir ki on dokuzuncu asrın sonlarındaki Alman Romanist Medenî Hukuk ilmi (pandekt ilmi) onun şahsında tecessüm eder; bu hukuk nazariyesinin neticelerini ve usulünü, umumî kısmı hakkında, en ehemmiyetli eseri olan üç ciltlik bir kitap yazdığı yeni Alman Medenî Hukukuna tatbik etmek von Tuhr'un mesaisinde sıklet merkezini teşkil ediyordu. 1920 de Zürih Üniversitesine çağırıldıktan sonra İsviçrenin yeni Medenî Hukuku ile inceden inceye meşgul olan ve beş sene bile sürmeyen kısa bir müddet içinde bu hukuk hakkındaki eserini yazdı. İsviçre Medenî Hukukunun esasları tahlil edilirken, Alman Medenî Hukuk ilmine hâs usulün tatbik olunması bu eserin dahi hususiyetini teşkil eder.» [1].

Eser Alman ilmine ve Alman usulüne göre hazırlanmış ve aslı müellif tarafından Almanca kaleme alınmıştır. Bunun Fransızca tercümesi evvelâ 1929 da, ikinci tab'ı 1933 ve üçüncü tab'ı da son seneler zarfında intişar etmiştir. Eserin Alman doktrini ile meşbu olmasından dolayı Fransızca mütercimler karşılaştıkları müşkülü şu tarzda ifade etmektedirler: «Çalışmalarımız esnasında çok çeşitli ve ciddi mâniyalara tesadüf ettik; bir kısmı dilden, diğer bir kısmı da müellifin tefekküründen ileri geliyordu. Alman doğmatığı, en iyi bir tarzda yöneltmiş olan fikirlerimizi bazan şaşırtmaktadır. Menfi hak, menfi menfaat, mamelek mes'uliyeti, v.s. nasıl tasavvur edilebilir? Gestaltungsrecht, Machtbefugnis, Zuwendung, Feststellungs Klage ve Alman hukuk diline hâs daha bir çok tâbirleri anlaşılır bir şekilde tercüme etmek nasıl kabil olacaktı?»

Aynı müşküllerle Cevat Edege'nin de karşılaşmış olduğu şüphesizdir. Hattâ karşılaştığı zorlukların daha da fazla ve ciddi olduğu düşünülebilir:

[1] Prof. Schwarz'ın ön yazısı, sah. XI.

Zira, türkçe tercüme fransızca tercümeden yapılmıştır. Bu münasebetle sayın Edege şöyle demektedir: «Eserin tercümesinde yaşayan dilden ve alışığı olduğumuz teknik hukuk tâbirlerinden ayrılmamağa çalışmış, bir tâbir ve mefhum ifade edecek karşılık bulunmadığı takdirde, bizzarur metindeki izahına istinat edilerek kısaca tarifi cihetine gidilmiştir... Eser *Thilo* nüshasından tercüme edilmekle beraber, muktazî yer ve tâbirlerde almanca metin ile mukabele yapılmıştır.» Bundan başka, almanca bir çok tâbirlerin memleketimizde yerleşmiş bir karşılığı olmadığından, her müellifin kendisine göre tâbirlerle bazı mefhumları ifade etmekte bulunmasından, hattâ kanunda dahî aynı mefhum için çeşitli tâbirlere tesadüf edilmesinden dolayı türkçe mütercimın ciddî zorlukları yenmesi iktiza ettiğini düşünüyoruz. Meselâ, almanca «*Leistung*» ve fransızca «*Prestation*» kelimelerine karşılık bazı müellifler «*eda*», bazıları «*ediş*», bazıları «*ivaz*», bazıları «*ödem*» ve bugün ekseriyet «*edim*» demektedir. Borçlar Kanunu ise «*ivaz*», «*iş veya şey*», «*yapılacak veya verilecek şey*» tâbirlerini kullanıyor. Bunun gibi kanunda «*haksız iktisaplar*» için bazan bu tâbir kullanılıyorsa da, bazan «*haksız bir fiil ile mal iktisabı*», «*haksız mal iktisabı*», «*haksız bir surette mal iktisabı*», yalnız «*mal iktisabı*», «*haksız mal edinme*», sadece «*iktisap*» veya «*bigayri hakkın mal edinme*», «*sebepsiz mal edinme*» gibi çok çeşitli ve ekseriya hatalı tâbirler istimal olunmaktadır. Doktrinde de bazan «*haksız iktisap*», ve bazan da «*sebepsiz iktisap*», «*sebepsiz surette mal iktisabı*», «*sebepsiz zenginleşme*» gibi çeşitli tâbirler vardır [2].

Cevat Edege arkadaşımız «*Leistung*» için en çok yerleşmiş bulunan, fakat uydurma bir tâbir olan «*edim*» yerine çok daha az kullanılan «*eda*» yı (sah. 45 v.d.) tercih etmiştir. Yine bunun gibi, fransızca alternatif borç diye tesmiye edilen ve kanununun 71 inci maddesinde nizamlanan borç çeşidine, doktrin gayet güzel bir buluşla meydana getirilen «*seçimlik*» borçlar tâbirini kullanırken mütercim her nedense fransızca «*alternatif*» borç tâbirini benimsemiştir; neden dolayı almanca «*Wahlobligation*» daki «*val*» borcu dememiştir? Kezalik tercümesi çok güç olan almanca «*Zuwendung*» tâbirine Türk doktrininde «*kazandırıcı muamele*» veya «*zenginleştirici muamele*» denilirken mütercim «*faydalandırıcı muamele*» demektedir.

Bu yüzden kendisini muaheze etmek aklımızdan geçmez; bilâkis başardığı iş ve elde ettiği muvaffakiyet pek büyüktür ve bu yüzden candan tebrike sezadır. Ancak hukuk dilimizi bir birliğe götürmek, anarşiden, uydurmacılıktan, müdahale ve tecavüzlerden kurtarmak hepimizin

[2] Bak: Ferit H. Saymen, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1950, sah. 374-375.

borcudur; hepimiz bu yolda el birliği etmeğe mecburuz ki genç nesil ile daha ilerlemiş nesiller birbirini anlayabilsinler. Bunun için, memlekette bir Hukuk Akademisi bulunmadığından, hukuk istilâhlarında birliği temine yarayacak bir resmî merci değil, fakat hususî bir teşekkül dahi olmadığından, kullandığımız yeni tâbirlerin gayri menus olmasına, mefhumu tam bir şekilde ifade etmesine dikkat etmeliyiz. Umumiyet itibariyle Cevat Edege bu esaslara tamamiyle uymuş ve eseri alıştırdığımız dilde tercüme etmiştir. Meselâ Oser'in meşhur şerhini tercüme eden Dr. Recai Seçkin'in kullandığı uydurma kelimelere burada tesadüf olunmuyor ve bu suretle Oser'in tetkiki bir emr-i mühim teşkil ederken, von Tuhr'un lisan bakımından okunması çok daha basit bulunuyor.

Von Tuhr'un bu maruf eseri Türk hukukçularının meçhulü değildir. Profesörün Schwarz'ın dediği gibi «Bu kitap Türk hukuk âlimleri, adliyecileri ve talebeleri muhîtinde gerek almanca olarak esas şekli ile, gerekse fransızca tercümesile çok rağbet gördü. Bunda tam bir isabet vardır. Medenî Hukuk ilminde âdeta mühim bir devrin itmamını ve muhassalasının telhisini ifade eden bu kitabın, Medenî Hukuk edebiyatında son zamanların en kıymetli eserlerinden olduğu... şüpheden vares-tedir.» Bu eserin memleketimizdeki ikbali de şayanı dikkattir. Bugün, her biri hukuk otoritesi olan müteaddit zevat tarafından tercüme edilmeye teşebbüs olunmuş ise de, (muvaflak olunmamıştır demiyoruz, denemez de) tercüme tamamlanmamıştır. Filhakika eserin ilk tercümesine, halen Ankara Hukuk Fakültesi Ord. Profesörlerinden sayın Sabri Şakir Ansay teşebbüs etmiş ve (Borçlar Kanunu Ahkâmı Umumiyesi) adı altında Adliye Ceridesinin 1928 yılında intişar eden 69 - 77 nci sayılarında tefrika olarak çıkmıştır. İkinci teşebbüs bugün İstanbul Hukuk Fakültesi Ord. Profesörlerinden Sıddık Sami Onar ile İktisat Fakültesi Profesörlerinden Hazım Atıf Kuyucak tarafından 1931 yılına rastlar; maalesef bu tercüme de tamamlanmamıştır. Nihayet üçüncü olarak 1942 yılında Hukuk Fakültesinde halen Medenî Hukuk Ord. Profesörü bulunan Hıfzı Veldet tarafından teşebbüs edilmiş ve Hukuk Fakültesi mecmuasında iki forma çıkmış ise de tercüme her nedense devam olunmamıştır.

Ankara Hukuk Fakültesi Ord. Profesörlerinden Esat Arsebük'ün, bugün dördüncü tab'ını neşrettiği (Borçlar Hukuku) adlı eseri, tamamen von Tuhr'un bir adaptasyonudur. Bunu bizzat kendisi, eserinin evvelki tabılarında bildirmektedir. Kezalik İstanbul Hukuk Fakültesi Ordinaryüs Profesörlerinden Samim Gönensayın, ikinci tab'ı da intişar eden fakat natamam olan (Borçlar Hukuku) da von Tuhr'un tesiri altındadır.

Bu natamam teşebbüsler ile adaptasyonlardan sonra von Tuhr'un tam bir tercümesine kavuşmuş bulunmak, Türk hukukçusunu çok sevindirecek

bir hâdisedir. Bu eserin sadece, Türk doktrininde değil, fakat Türk hukuk tatbikatında ve bilhassa adliye muhitlerinde büyük bir tesir icra edeceği şüphesizdir. Bugün elimizde birinci cildi bulunan eser, mütercimim bir önsözü ile Ord. Prof. A. B. Schwarz'ın müellifin hayatı ve eserleri hakkında uzun bir yazısı ile başlamakta, kısaltmalar, bibliyografya ve tahlili bir fihristten sonra, sırasıyla şu bahisleri ihtiva etmektedir:

Giriş.

FASIL 1 — Borçlar Hukukunun umumî mefhumları: Borcun esası ve teşekkülü; yenilik doğuran haklar, salâhiyetler ve defiler; nakıs borçlar; hakların telâhuku; borcun sebepleri.

FASIL 2 — Borcun mevzuu ve muhtevası: Edaların muhtelif neveleri; nev'i ile ve ferdi ile muayyen borçlar; para borçları; faiz; alternatif borçlar; zarar ve ziyan: zarar mefhumu, tazminin hududu, mu tazarrının müterafik kusuru, tazminin şekilleri, manevî tazminat, yapılan masrafların ödenmesi, iade mükellefiyeti, teminata müteallik edalar.

FASIL 3 — Akidden doğan borçlar: Hukukî muamele; iradenin izharı; vüsule lüzum gösteren beyanlar; hukukî fiiller; akdin in'ikadı; tasarruf muameleleri; faydalandırıcı muameleler; medenî hakların kullanılması; tasarruf salâhiyeti; hükümsüzlük; şekil; akdin muhtevası; mücerret alacaklar; akit yapma vadi ve kanundan doğan akit yapma mecburiyeti; tefsir; muvazaa; irade fesadı; hata; hile ve ikrah; irade fesadının neticeleri; gabin; temsil; vekâlet (temsil salâhiyeti); kanunî temsil salâhiyeti (kudreti); temsilin hükümleri; (kudretsiz) salâhiyetsiz temsil.

FASIL 4 — Haksız fiillerden doğan borçlar: Haksız fiil; kusur; haksız fiillerden doğan haklar; nezaret vazifesinden doğan mes'uliyet; kusurdan müstakil illî mes'uliyet; müteaddit kimselerin mes'uliyeti.

FASIL 5 — Haksız iktisaptan doğan borçlar: Haksız iktisap; haksız iktisabın mevzu ve şümulü; haksız iktisaba müstenit (mütalebe) dâva.

Görülüyor ki eserin birinci cildi, Borçlar Kanununun birinci kısmını teşkil eden umumî hükümlerden sadece borç kaynaklarını, yani akit, haksız fiil ve haksız iktisapları ihtiva etmektedir. İkinci cilt diğer bahisleri ihtiva edecektir. Yine bu kısa münderecattan görüleceği gibi, eser, Borçlar Kanununun hükümlerini madde madde şerh ederek izah etmemekte, fakat bunun umumî bir sentezini yaparak bu kaideleri esaslara irca etmekte ve sonra da teferrüata kadar inmektedir. Von Tuhr'un

hususiyetlerinden biri de en hurda meseleleri görmüş olması ve veciz ve sarih bir ifadeye bağlayarak hal tarzı hususunda mütalâasını beyan etmesidir. İşi acele olan tatbikatçıların bu tarz sistematik eserlerle başlarının hoş olmadığı ötedenberi söylenir; aradıklarını derhal bulmak arzusuyla kanun maddelerini şerh eden eserleri ekseriya tercih ederler. Bu şerh usulü ile sistematik metodun fayda ve mahzurlarını burada münakaşa edecek değildir. Yalnız şurasını kaydetmek isetritz ki, tatbikatçılar ve alelittlak eseri okuyacak olan her hukukçunun araştırmalarını kolaylaştırmak için mütercimim ifadesile, «her iki cilde şamil olarak hurufu heca ve madde fihristleri ikinci cildin sonuna» eklenmiştir; «karii arama müşkülâtından kurtarmak ve romanist hukuk ile ünsiyetini temin için lâtince tâbirlerin karşılıkları da sevkedilmiştir.»

Bundan başka eserin büyük nazari kıymeti yanında, az olmayan ameli değerini de belirtmek isteriz. Filhakika von Tuhr eserini kaleme alırken, İsviçre Federal Mahkemesi ile Alman İmparatorluk Mahkemesinin (yani Yargıtayların) içtihatlarından faydalanmış ve bunlar hakkındaki tenkidi düşüncelerini beyan etmiştir. Bu itibarla eser, içtihatlara ayırmış olduğu yer itibariyle pratik bir kıymet de taşır. Bu nokta okadar zahirdir ki, eserin fransızca tercümelerinin müteakip tabılarında mütercimler her vesilede Federal Mahkemenin yeni içtihatlarını ilâve etmek mecburiyetini hissetmişlerdir; bu suretle, eserin doktrin kısmını yenilemek pek de mümkün olmamakla beraber içtihat kısmını tamamen «à jour» tutmak kabil olmuştur. Türkçe tercüme, fransızca tercümenin ikinci tab'ı esas ittihaz edilerek hazırlanmış, halbuki bu fransızca tercüme 1933 yılında intişar etmiş bulunduğundan, içtihatlar kısmı (ve bittabi doktrin kısmı) biraz eskimıştır. Fransızca tercümenin yakın zamanlarda çıkan üçüncü tab'ında yenilemeye devam edilmiş olduğu halde, muahhar olan türkçe tercümede bu yenilikler aksetmemiştir.

Sayın Cevat Edege'yi başardığı bu büyük muvaffakiyetten dolayı tebrik eder, Türk hukuk edebiyatına kazandırdığı bu emsalsiz eserden dolayı kendisine teşekkür ederiz.

F. H. Saymen

Ord. Prof. Dr. Arthur Nikisch, *Zivilprozessrecht* (Medeni Usul Hukuku), Z. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1950; XIV + 629 shf.

Almanyanın hukuk sahasında ötedenberi büyük bir şöhreti olan Leipzig Üniversitesi Hukuk Fakültesinin saygı değer bilgin Ord. Profesörlerinden Dr. Jur. Arthur Nikisch uzun yıllardanberi büyük bir ihtisas

ve derin bir vukufıyla tedris etmekte olduğu medenî usul hukuku derslerini (Zivilprozessrecht - Medenî Usul Hukuku) ismi altında sistematik bir eser halinde yayınlamış bulunmaktadır. Bu eser daha ziyade bir ders kitabı manzarası göstermekle beraber, müellifin, medenî usul hukukunun pek mütenevvi bahislerinin ehemmiyeti derkâr bulunan hiçbir noktasını ihmal etmemesi ve haklı tenkitlerle hukuk tatbikatında daima doğru olanı görmeye çalışmış olması eseri aynı zamanda kendi çapında özlü bir tatbikat kitabı haline getirmiştir.

Müellifin eseri bilhassa pratik usul hukuku bakımından değerlendiren daima doğruyu göstermeye hadim müspet tenkitleri olmuştur. Hiç şüphesiz positif hukukun dar çerçevesi içerisinde kalmadığı için medenî usul hukukunun teorik inkişafını da sağlayacak olan bu tenkitler uzun tecrübelerin, yorulmak bilmez sabırlı bir ilmi mesainin mahsulü olarak mesleğinin ve mesaisinin kemal devrini idrak eden bir profesöre has orijinal fikirlerdir.

Sayın Profesörün muayyen bir mevzua taallük eden mahkeme içtihatlarının basit bir izahından kaçınarak şu veya bu durumda şöyle veya böyle karar verilmek gerektiğini mülâhaza etmesi ve bu türlü mülâhazalarını göstermekte olduğu gerekçelerin lojik kıymetleriyle değerlendirmeye çalışması ve daha makul başka gerekçeler gösterildiği takdirde evvelki mülâhazalarında ısrar etmeyeceğini peşinen beyan etmesi kendisine has orijinal tetkik usulünün ilk düsturlarını ve ilim adamlarına yakışan büyük bir tevazu halini teşkil etmektedir.

Profesörün medenî usul hukuku tedrisatında ötedenberi yapıldığı veçhile usul kanunlarının ve bu kanunlarla hudutları tâyin edilmiş olan usul hukuku tatbikatının basit bir izahı ile meşgul olunması medenî usul hukukunu ilerletmeyen, bilâkis kalıplaştıran gayri ilmi, amprik bir tedris tarzı olduğuna ve bu itibarla üniversite hukuk fakültelerinde bu yoldaki tedris tarzından süratle vazgeçilerek asıl gaye olan ilmi bilgi ile mücehhez hukukçu yetiştirebilmek için (für die wissenschaftliche Ausbildung der Juristen) çalışılması lâzımgeldiğine dair fikirleri ve aşağıda işaret olunan diğer mülâhazaları cidden çok enteresandır (bkz.: Önsöz). Nitekim bu fikirler bilhassa Alman üniversitelerinde süratle benimsenmiş bulunmaktadır¹.

Profesöre göre, akademik tetkikler ve bu tetkiklerden alınan ilmi sonuçların hukuk fakültelerinde tedrisi her memlekette uluorta pek ziyade yayılmış olan usul hukuku tatbikatını ilmi bir disiplin altına almaya matuf olmalıdır. Medenî usul hukuku ilminin gayesi bu olunca

1) Bkz. Sauer, Grundlagen des Prozessrechts I, Enf.

ilmin tatbikatla uğraşması onun gayesine matuf olmak gereken faaliyet hudutlarını aşmaktadır. Bu bakımdan tatbikatta yollarını aydınlatmaya çalışan hukuk ilmi hiçbir tekâmül merhalesi kaydememektedir. Diğer taraftan yüksek mahkeme kararlarının hukuk ilminin kontrolü altına alınmaması, hukuk ilminin bu kararları kendine mevzu ittihaz etmesi için haklı bir sebep değildir. Şu hale nazaran, akademik usul hukuku tedrisatında sadece usulü muhakemeye hâkim olan ve kıymetleri üzerinde uzun senelerin tetkik ve tecrübelerile ittifak edilen teknik usul kaidelerile ve bu kaidelerin terkihi ettiği usul teorisi (Prozesstheorie) ile meşgul olunmak gayeye uygun olacaktır. Medenî usul hukuku ilminin sahip bulunduğu lojik ve rasyonel gerekçe silâhı onu her yerde tatbikata istikamet veren bir mertebeye yükselteceğinde hiç şüphe edilmemelidir.

Müellif Tübingen Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Müdürü ve aynı Üniversite Hukuk Fakültesinin değerli Ord. Profesörlerinden Dr. Hans Dölle'ye armağan ettiği eserini tıpkı bilgin hocalarından üstadı Ord. Prof. Dr. Adolf Wach ile Konrad Hellwig gibi ilk plânda görevli bulunduğu Leipzig Üniversitesindeki talebelerine tahsis etmiş bulunmaktadır. Okadar ki, eserin yine önsözünde işaret olunduğu gibi bu eserde sadece medenî usul hukukunun malzemesi tasnif ve tertip olunmakla iktifa edilmeyerek medenî usul hukuku işbu malzeme ile tedris olunmuştur. Bu bakımdan müellif (herhalde çok sevdiği) talebelerini bu ders kitabını dinleyecekleri nazarı derslere göre bir kere daha işlemek külfetinden kurtarmak istemiştir. Bu keyfiyetin eserde ders kitaplarında umumiyetle ihtiyar olunan mutat sistematik usullerden biraz olsun ayrılmasını mucip olmuşsa da talebe için çok faydalı olduğu (müellife nazaran) muhakkak zannedilmektedir.

Müellif yine aynı gayeye hadim olarak, yani sırf talebelerine mevzuun zahmetsizce ihatasını mümkün kılmak hususunda kolaylık temini için tertip ve tasnif tarzında da emsaline nazaran bazı hususî değiştirmeler yapılmış olduğunu bildirmektedir. Meselâ bu cümleden olmak üzere tahkikat ve muhakemeye müteallik kararlar hüküm bahsinde incelenmemiş, bilâkis ayrı birer muhakeme safhası olarak belirtilen bahislerde tetkik olunmuştur. Bundan başka muhtelif ve münferit usul hâdiseleri sırf didaktik sebeplerle muayyen ve müstakil bir bahis içerisinde hepbirden değil, bilâkis ilgili bahislerin tretelerinden sonra izaha çalışılmıştır. Bundan başka eserde Alman medenî usul hukukunun bir cüz'ü telâkki olunan cebrî icra bahsine de yer verilmemiştir.

Müellif cebrî icra hukukunun diğer bazı memleketlerde olduğu gibi iflâs ve konkordato hukuku ile birlikte medenî usul hukukundan tefrikine taraftar bulunmaktadır.

Müellif eserini medenî usul hukukunun temel prensiplerinden bahseden bir giriş kısmından sonra altı müstakil kitaba tefrik ederek her kitabı ayrı ayrı, kısım, bölüm ve fasıllar içerisinde medenî usul hukukunun çok ehemmiyetli bahislerine tahsis etmiş bulunmaktadır.

Müellif eserinin giriş kısmında, hususile medenî usul hukukunun gayesi, fonksiyonu, hak ve dâva, dâva ve muhakeme, sübjektif hak ve onun dâva hakkı ile himayesi, medenî usulün ne olduğu, medenî usulün nasıl tatbiki gerektiği ve kaynakları üzerinde durmaktadır. Eserin giriş kısmında bu işaret olunan esaslar dairesinde müellifin müteakip izahatını üzerine bina etmeye çalıştığı medenî usul hukukunun temel prensiplerine müteallik orijinal fikirlerini şu suretle hülâsa etmek kabildir :

Paragraf I. : Beşeri hayat nizamının birinci şartı hukuktur. Bu mânada hukuk kanun halinde de tezahür etmektedir. Fakat beşeri hayat nizamı sadece kanunla temin olunamaz. Çünkü pek mudil olan beşeri münasebetlerden hertürlüsünün kanunla tâyin edilmeye kalkışılması ferdi hürriyeti boğarak beşerî hayatı çekilmez hale getirebilir. Bu bakımdan her cemiyette hak duygusu (Rechtsgefühl) beşerî hayat nizamının korunmasında kaçınılmaz bir âmil olarak hürmetle karşılanmaktadır. Bu duygu hususile kültür cemiyetlerinde nazım bir rol oynamakta ve kanun halinde, yazılı hukuk halinde tezahür eden objektif hukukun yükünü çok hafifletmektedir. Bununla beraber hiçbir sosyete de hak veya hukuk ne mer'î kanunlarda, ne de herhangi bir kanunun velev şuurlu bir tatbikatında mündemiç değildir. İnsanların henüz yazılı hukuk kaideleri kabul edilmeden önce dahi muayyen bir hukuk nizamına bağlı yaşamayı bilmiş olmaları onlarda mevcut hak duygusunun kanunların üstündeki mevkiinin canlı bir delilidir. Bugün dahi her seviyedeki insanların kalplerinde yer alan hak duygusu muasır kanunların tanziminde objektif hukuka istikamet vermekte ve kanunların sakıt kaldıkları hallerde onlara belki de onlardan daha üstün bir kuvvetle yardım etmektedir. Muasır aile iç nizamının temininde hâkim olan da yine kanun değil, hak duygusudur.

Müellif hayat nizamı (Lebensordnung) hakkındaki bu türlü ahlâki ve felsefî fikirlerinden sonra ikinci paragrafta hukuk nizamının himayesi (der Schutz der Rechtsordnung) fikri üzerinde durmuş ve sosyal nizamın sağlanabilmesi için fertlerin gerek devlete gerekse birbirlerine karşı bir çok mükellefiyetleri bulunduğuna ve bu mükellefiyetlerin temini devletin aslî vazifeleri arasında olduğuna işaret ettikten sonra şahsî ve umumî menfaat mefhumlarını tebarüz ettirmiş ve fertlerin hakka riayetle objektif hukukun faydasız kılınabileceği idealini belirtmeye çalışmıştır.

Müellifin bu ikinci paragrafta bilhassa üzerinde durduğu diğer bir mesele de bir cemiyette adliye mekanizmasının rasyonel işleyip işlemedi-

ğinin ölçücü kendi kendine ihkakı hak suçlarının işlenmesi olmuştur. Müellife göre, kendiliğinden ihkakı hak etmek suçunun işlenmesinde cemiyetin büyük bir dahli vardır. Vakıa kendiliğinden ihkakı hak buna teşebbüs eden hak sahiblerini de haklarının tamamen ihkakı hususunda tatmin etmemektedir; fakat bu hareket cemiyetin umumî intizamı için son derecede tehlikeli olduğundan, bu suçlar muvacehesinde sür'atle tedbir almak elzendir. Şu var ki, bu hususta ittihaz olunacak tedbir suçlunun derhal cezalandırılmasından ziyade kendiliğinden ihkakı hak suçunun işlenmesinde âmil olan sebeplerin izalesi olmalıdır. Çünkü, kendiliğinden ihkakı hak suçunun işlenmesi daima devlet otoritesinin aczi ve adalet vazifesini yeter derecede yapmadığının bir işaretidir.

Yine bu ikinci paragrafta cemiyette hususî hukuk ve âmme hukuku nizamı diye farklı hukuk nizamları kabul edilmesinin abes olduğu, çünkü bu iki türlü nizamın birbirinin içerisinde mündemiç bulunduğu için gerçekte bir tek sosyal nizamın mevcut olduğu ve binaenaleyh hususî hukuk nizamının aynı zamanda âmme hukuku nizamı olarak anlaşılması gerektiği; fertler şahsî haklarında serbestçe tasarrufa mezun olmakla beraber hususî hakların meşru yollarda ihkak olunamayan hiçbir yerde âmme intizamından bahsolunamayacağı... gibi fikirler müdafaa olunmuştur.

Müellif bu faslın üçüncü paragrafını mahkemelerin vazifelerine tahsis etmiştir. Fakat buradaki vazife (Aufgabe) terimi mahkemelerin madde itibarile salâhiyetlerine değil, bilâkis icrayı faaliyetlerine taallük etmektedir. Müellif bu mevzuda mahkemelerin hususile kanunun sakıt olduğu hallerde kanun boşluklarını doldurmak hususundaki vazı kanun salâhiyetlerini ve bu salâhiyetin nasıl kullanılması gerektiğini veciz bir lisanla belirtmektedir.

Eserin giriş kısmının ikinci faslı hak ve dâva bahislerine tahsis olunmuştur. Bu fasılda ilkönce mevzuun taallük ettiği mesele vazolunmakta ve bundan sonra dâva hakkı ve bu husustaki teoriler anlatılmaktadır. Hak yollarına tahsis olunan üçüncü fasılda ise dâva, müdafaa, cebrî icra, ihtiyatî tedbir gibi muhtelif hak yolları gösterilmiş ve bunu müteakip ikinci ve üçüncü paragraflarda hükümlerin nevilerinden ve muhtelif usulü muhakemelerden bahsedilmiştir. Dördüncü fasılda ise dâva münasebetleri ve usulü muhakeme mânasında dâvadan bahsolunmaktadır. Medenî usulü muhakemeye tahsis edilmiş olan beşinci fasılda medenî usul hukukunun mevzuundan, doğumundan, doğumundan itibaren geçirmiş olduğu tarihî tekâmül merhalelerinden ve hususile Almanyada yapılmış olan medenî usul reformlarından bahsedilmiştir. Altıncı fasıl medenî usul hukukunun tatbikine tahsis edilmiştir. Bu fasılda hususile bahis konusu yapılan meseleler medenî usul hukukunun tatbik sahası, mecburî ve tefsirî usul

hükümleri, usullerde şekilperestlik ve mahzurları ve medenî usul hükümlerinin tefsiri usulleridir.

Yedinci fasıl medenî usul hukukunun kaynaklarına tahsis edilmiştir.

Eserin birinci kitabında mahkeme ve taraflardan bahsedilmiş ve bu kitabın birinci faslı kazaî tasarruf bahsine tahsis olunmuştur. Müellif bu bahiste hususile dar mânada kazaî tasarruf terimi altında mahkemenin kanunun bir ihtilâfta tatbiki suretile hukuk nizamının teminine matuf karar vermek faaliyetini anlamaktadır. Yine aynı bahis içerisinde kaza kuvvetinin istiklâlinin bu kuvvetin âmme kudretinden tefrikinin gerektirmediği fikri müdafaa olunmuştur. Müellife göre, modern devlet kaza hâkimiyetini tesis etmekle kaza kuvvetini devlete tefevvuk ettirmiş olmayıp icabında devletin de hususî şahıslar gibi adli otoriteye tâbi olabileceğini ifade etmek istemiştir. Yoksa mahkemeler devlet mahkemeleri ve kaza kuvveti de gerçekte devlet kuvvetinden ibarettir.

İkinci ve üçüncü fasıllar kazaî tasarrufun vasıtalarına ve adalet makamlarına tahsis edilmiştir; dördüncü fasılda ise kazaî tasarrufun neveleri gösterilmektedir. Bu kısımda bilhassa adli kaza ile idarî kazanın hususiyetleri etraflıca tafsil olunduktan sonra hukuk ve ceza usulü muhakemeleri arasındaki farklar, münazaalı, münazaasız kaza izah olunmuştur. Bu arada ihtilâfsız kazada tatbik olunan muhakeme usulleri gösterilmiş ve bunu müteakip devletler hususî hukuku hükümleri müvacehesinde Alman kazasının milli sınırlar haricindeki şümül ve hudutları tâyin edilmeye çalışılmıştır. Bu mevzuda beynelmilel salâhiyet meselesi, mahallî salâhiyet ve Alman kazasının madde itibarile salâhiyet tahditleri üzerinde durulmuştur.

Birinci kitabın ikinci bölümü mahkemeler teşkilâtına tahsis olunmuştur. Bu bölümde bilhassa üzerinde durulan mevzular umumî ve hususî mahkemeler ve bu mahkemeler arasındaki münasebetler, toplu mahkemeler, mahkemelerde iş taksimi, iş mahkemeleri ve bu mahkemelerin tarihî tekâmül seyri, iş mahkemelerinin dereceleri, mahkeme heyetleri, reis ve âzaları, halk mahkemeleri, adliyenin istiklâli, müddeiumumilik, müddeiumumilerin vazifeleri, hukuk dâvalarına müdahaleleri, tevsik memurları, mahkeme kâtipleri, icra memurları, cebri icra ve teşkilâtı, adliye memurlarının vazife görmekten memnuiyeti ve reddi; üçüncü bölümde salâhiyet kaidelelerinden bahsedilmiştir. Bu hususta evvelâ salâhiyet mefhumu belirtildikten sonra salâhiyetin nevelerine geçilmiştir.

Bu mevzuda salâhiyet mefhumunu umumiyetle tefrik etmekte olan müellife göre, objektif mânasında salâhiyet mahkemelerin faaliyet çevresi (Geschaeftskreis); sübjektif mânasında salâhiyet ise mahkemelerin bir

hukukî ihtilâftaki hak ve mükellefiyetleri (das Recht und Pflicht) den ibarettir.

Müellif mahkemelerdeki iş taksimini salâhiyet nizamı (Ordnung der Zustaendigkeit) tarzında anlamaktadır. Müellife göre, bu nizam sadece adliye mahkemelerinin muhtelif daireleri arasındaki iş taksimine değil, muhtelif kaza makamları arasındaki vazife taksimine de şâmilidir.

Müellif adli salâhiyetlerin taksimi bahsinde madde ve mahal itibarile salâhiyetlerle fonksiyonel salâhiyeti tefrik etmektedir. Müellife göre, adliye mahkemelerinin muhtelif daireleri arasındaki iş taksimi fonksiyonel salâhiyete tekabül etmemektedir. Çünkü, adliye mahkemelerinin muhtelif daireleri arasındaki iş taksimi neticesinde taayyün eden vazife doğrudan doğruya kanuna istinat etmemekte, bu bakımdan da işbu vazifenin tecavüzü ne kanuna ne de usule riayetsizlik addolunmamaktadır. Halbuki mahkemelerin fonksiyonel salâhiyetleri doğrudan doğruya kanunla tâyin ve takyit olunduğu için hâkimin bu türlü salâhiyetini tecavüz etmesi kanuna muhalefet noktasından bir nakız sebebi olmaktadır.

Müellife göre, mahkemelerin salâhiyet nizamları devletin resmî nizamı (Staatliche Behördenordnung) olmakla beraber ondan farklı olarak herhalde mecburî mahiyette değildir. Bu itibarla salâhiyet nizamının kanun tarafından tâyini kaide olmakla beraber her hal ve kârda kanunda hangi mahkemenin salâhiyetli olduğuna dair serahat bulmak mümkün olmadığı gibi bir mahkemenin salâhiyetini kullanmasına fiili veya hukukî mâni çıkması halinde de salâhiyetli mahkemenin istisnaen yüksek mahkeme tarafından tâyininde zaruret hasıl olmaktadır. Kezalik salâhiyetin âmme intizamına göre tâyin edilmemiş olduğu hallerde salâhiyetli mahkemenin tâyininde taraflar dahi serbest bırakılmışlardır.

Müellif bu vadideki izahatı neticesinde kanunî salâhiyet (forum legale), yüksek mahkemece tâyin olunan salâhiyet (forum judiciaire) ve taraflarca uzlaşma yolunda tâyin olunan salâhiyet (forum conventionale) olmak üzere üç türlü adli salâhiyet müşahede etmektedir.

Müellif tarafların mukavele yolunda değiştiremedikleri kanunun âmme intizamına mebni tâyin etmiş olduğu salâhiyete mutlak salâhiyet (ausschliessliche Zustaendigkeit) adını vermekte ve fonksiyonel salâhiyeti mutlak salâhiyet cümlesinden addetmektedir. Müellif bu yolda aldığı misalde tarafların ilk derece mahkemesinin salâhiyetli olduğu dâvada yüksek dereceli mahkemenin salâhiyetini veyahut da muhakeme masraflarının tevsik memuru yerine bizzat mahkeme tarafından hesaplanmasını mukavele yolunda tâyin edemeyeceklerini kabul etmektedir.

Mamafi müellif daha sonraki izahatında bu kaidenin pek mutlak olarak tatbik edilmediğini, nitekim taraflar ittifak ederek münferit

hâkimin salâhiyetlerini tevsi edebildiklerini ve asliye mahkemesinin nihai kararının yine uzlaşma yolunda istinaf merciinden geçirilmeden temyiz edilebildiğini belirtmektedir.

Müellif, takip eden fasıllarda madde itibarile salâhiyet, yani vazife hükümlerini, hususile sulh, asliye ve iş mahkemelerinin vazifelerini gösterdikten sonra müddeabihın hesabı kaidelerini tafsil etmekte ve bunu takip eden fasıllarda mahal itibarile olan salâhiyetle fonksiyonel salâhiyet kaidelerini tebarüz ettirmektedir. Bu arada salâhiyet hükümlerine riayet-sizliğin mürakabesi ve salâhiyetsizliğin hukukî neticeleri, hususile salâhiyetin re'sen tahkiki, salâhiyet ihtilâfları, salâhiyet hakkında ittihaz olunan kararın nihailiği, dâvanın salâhiyetsiz mahkemeden salâhiyetli mahkemeye irsali gibi mevzular ayrı ayrı üzerinde durulan müstakil bahisler halinde incelenmiştir. Bunu takip eden fasıl ise millî ve beynelmilel istinabe mevzuuna ve istinabelerde tatbik olunacak usullere tahsis olunmuştur.

Eserin birinci kitabının ikinci kısmı taraflar ve tarafların mahkemede temsili bahislerini ihtiva etmektedir. Bu bahislerin mevzuları se, taraf mefhumu, kimlerin taraf olabileceği, tarafların hüviyetlerinin tahkiki usulleri, taraf ve dâva ehliyeti, dâva ehliyetinin bulunmamasının neticeleri, dâvaya ehil olmayanların mahkemelerde temsili, dâva hakkı ve bu husustaki teoriler, dâva vekâleti ve şümulü, dâva vekâletinin neveleri, avukat marifetile temsil, dâva vekilleri, kanunî temsil, kanunî mümessil, temsil salâhiyetinin şümulü, kanunî müşavirlik, avukatlık v.s.

Eserin ikinci kitabında dâva teorisi incelenmektedir. Bu kitapta üzerinde durulan bahisler dâvanın mahiyeti, hakkın himayesi şartları, dâva arzuhali, iddia, dâva ve maddî hukuk, muhtelif mevzulu dâvalar, dâvanın muhtevası, müddeabih, dâvanın ikamesi, karşılıklı dâva, birlikte dâva, dâva ikamesinin hukukî neticeleri, iddia ve müdafaanın değiştirilmesi... v.s.

Eserin üçüncü kitabı hüküm bahsine tahsis olunmuştur. Bu kısımda da ilk önce yazılı ve sözlü mürafaa usulleri gösterildikten sonra mevzuun tarihçesi belirtilmiş ve bunu müteakip usulü muhakemenin nazari prensiplerinin kıymetleri, muhakemelerin aleniliği, usuli muameleler, usuli uzlaşmalar, iptidai itirazlar, müddetler, gıyap ve neticeleri, tarafların şahsen isticvabı, ikrar, dâvanın geri alınması, hâkim önüde sulh olma, dâvanın uzamasını önleyici tedbirler, lüzumsuz masraflar ve cezaî müeyyideler, sulh teşebbüsleri, iş mahkemelerindeki usulü muhakeme; delil sistemleri ve ispat külfeti, muhtelif deliller; hüküm, şekli neveleri, hükümlerin butlanı ve yokluğu, kaziyei muhkeme, maddî kaziyei muhkeme, kaziyei muhkemenin şartları; müdahale, dâvanın ihbarı; kanun yolları,

kanun yoluna müracaattan vazgeçme; istinaf, istinaf mahkemelerinde usul, istinaf mahkemesi kararları, temyiz, itiraz, acele itiraz, itiraz prosedürü, iadei muhakeme v.s..

Eserin dördüncü kitabında muhakeme masrafları ve müzaheretü adliyeden bahsedilmiştir. Bu kitabın kısımlarında da hususile muhakeme masrafları ve bu masraflara ne suretle hükmolunacağı, muhakeme masraflarından kimin mesul olduğu, muhakeme masraflarının tefrik ve taksimi, muhakeme masraflarına karşı ne suretle itiraz olunacağı, teminat gibi çok ehemmiyetli bahisler tafsil olunmuştur.

Eserin beşinci ve altıncı kitapları ise muhtelif usulü muhakemelere ve tahkim usullerine tahsis olunmuştur.

Bu suretle zengin muhtevasının sadece bir şemasını gösterebilmeye çalıştığımız Medenî Usul Hukuku eseri emsaline nazaran bilhassa Alman usulü muhakemesinin çok mükemmel bir sistematiğini vücade getirmekte ve bundan başka Almanyada halen mer'î bulunan eski yeni birçok kanun hükümlerile ilgili yüksek mahkeme kararını oldukları gibi değil, bilhassa olmaları lâzımgeldiği tarzda incelemiş olması eseri medenî usul hukuku ilmi ve bu ilmin tekâmülü için çok faydalı kılmaktadır. Bu suretle vücade getirilmiş olan eser ne bir ihtisas kitabı ne de bir tatbikat kitabı, bir şerh olmamakla beraber şümulü, muhtevası ve ihtiva ettiği müşkül usul problemlerinin halline matuf geniş ve orijinal fikirlerle kendi bünyesinde özlü bir usul tretesi halinde tebellür etmektedir. Böylece yeni Almanyanın yeni hukuk literatürüne kıymetli bir eser daha kazandırmış olan değerli Ord. Profesör A. Nikisch'i candan tebrik etmekle meslekî bir haz duymaktayız.

N. M. B.

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay; Türk Kanunu Medenisi Şerhi, üçüncü kitap *Miras*, dördüncü bası, tamamen yeniden yazılmıştır. İstanbul 1952, shf. 270.

Miras hukukundaki yeni temayülleri, muhtelif cereyanları ve zamanla beliren hukukî ve içtimaî ihtiyaçları tatmin edebilmek gayesile mahkemeler tarafından kabul olunan çeşitli içtihatları ve ilmin yeni tavsiyelerini gözönünde bulunduran değerli Ord. Profesör Mustafa Reşit Belgesay oldukça uzun bir zamandanberi teraküm etmiş olan miras hukukuna müteallik malzemeyi titiz ve rasyonel bir tasnife tâbi tuttuktan sonra kendisine has selis uslûbu ile kaleme alarak vücade getirmiş olduğu yeni miras hukuku kanunu medenî şerhini okuyucularına, talebelerine ve hukuk kütüphanemize hediye etmiş bulunmaktadır.

Profesörümüzün bu eserinin bundan evvelki basıları daha evvelki ilk tabında olduğu gibi büyük bir ihtiyacı karşılayarak ve tatbikatın boşluklarını doldurarak bütün hukukçulara vazgeçilemeyen kıymetli bir rehber olduktan sonra pek kısa zamanda tükenmişti.

Bugünkü hukuk tatbikatımızda da çok faydalı istifadeler sağlayacağı muhakkak olan miras hukuku kanunu medenî şerhinin bu dördüncü baskısı evvelki baskılarına nazaran daha mufassal ve daha ziyade genişletilmiştir. Gerçekten Profesör bu eserinde de hayli emek sarfederek miras hukukunun pek mütenevvi problemlerini tamamen yeniden tetkik etmiş ve bunları günün mahkeme kararlarıyla, medenî hukukun canlı tatbikata işlemek suretile günün ihtiyaçlarını karşılayabilecek halde tafsil etmiştir. Eseri bu yolda pratik kıymetlerle teçhiz eden müellif çeşitli mahkeme içtihatlarını tahlil ederek ve bunların ilim kaideleri muvacehesinde tenkit yolunda kıymetlendirerek eserin muhtevasını nazari hukuk sahasında da değerlendirmiştir. Bu suretle meydana gelen eser tebellür ettirmekte olduğu nazari ve amelî kıymetleriyle miras hukuku tatbikatında gerek avukatlarımızın gerekse hâkimlerimizin ve miras hukukuna alâka peyda eden tekmil hukukçularımızın ve hukuk öğrencilerinin güvenerek müraaat edebilecekleri eserlerin başında yer almıştır.

Müellif eserine bir *giriş* kısmı tahsis etmekte ve bu kısımda miras hukukumuzun temel taşları mesabesinde olan esas prensiplerini gayet veciz ve basit olarak belirtmektedir. Hususile miras ve mirasçı mefhumları tarif olunduktan sonra intikal hükümlerinin şümulü tâyin olunarak şahıstan ayrılması mümkün olmayan hak ve borçlardan ibaret şahsiyet haklarının ölüm ile sakıt olduğu için vârise intikal etmediği ve binaenaleyh intikalın şümulü haricinde kaldığı gösterilmektedir. Müellife göre, «şahsın izdirabını hafifletmek için kabul edilmiş olan manevî tazminat hakkı» dahi «mahiyeti icabı şahsa merbut olduğundan, vârise intikal etmemektedir. Müellif pek yerinde olarak «bir acıyı karşılayan ve mikdarı duyulan acı ile mütenasip olarak tâyin edilmek gereken bir alacağın acı duymayan bir vârise intikali lojik olma» dığını; «bir hâdiseden iztirap duyulup duyulmadığının tâyini tabii o hâdisenin tesirine maruz kalan şahsın taktirine tâbi» olduğunu kabul etmektedir (Giriş No. 2). Müellife göre, Medenî Kanununun 85 inci maddesi hükmü umumî bir kaidenin hususî bir halde tatbikinden ibarettir.

Müellif müteveffanın hayatında kullandığı şahsına bağlı dâva hakkının vârise intikal edeceğini kabul etmiştir.

Müellife göre, vekâlet gibi, bir eseri yazmak borcu gibi şahsen ifası gereken hizmetler de vârise intikal etmemek lâzımdır. Kezalik nafaka,

sükna ve intifa hakkı gibi kanunun şahsî durumları nazara alarak tasrih ettiği hak ve borçlar da borçlunun ölümü ile sakıt olmaktadır.

Kanunun ferdi ekonomik faaliyetine teşvik gerekçesini gözönünde bulunduran müellif her ferdin kanunen muteber olarak mirasçı tâyin edebileceğini; bu yolda tâyin olunan mirasçının kanunî mirasçıya tekadüm edeceğini; yalnız pek yakın kan hısımlarına yardım etmek borcunun tabii hislere uygun olduğunu; «hayatta, yakın hısımlar arasında nafaka mükellefiyeti kabul edildiği gibi, ölüm halinde bir miktar miras hissesi bırakılması da mecburî addedildiği» ni gözönünde bulundurmak suretile kanunu medenî sistemindeki mahfuz hisselerin sebeplerini belirtmiştir (Giriş No. 2).

Müellif bundan sonra mirasta evlenme dışı çocuklarla evlenme mahsulü çocuklar içtima ettiklerinde evlenme dışı çocukların evlenme mahsulü çocuklara nazaran yarı miras hissesi almaları tarzında kanunda kabul edilmiş olan farkı tenkit etmekte ve bu farkın izahını müşkül görmektedir (Giriş No. 4). Mamafî müellif baba ve analarının sonradan evlenerek nesepleri tashih edilen çocukların evlilik içinde doğmuş çocuk hükmüne tâbi olduklarını kabul ettiği gibi müteveffanın başka başka kadınlardan evlilik içinde doğan çocukları arasında da farklı miras hisseleri tâyin edilmediğine işaret etmiştir (shf. 9, No. 2).

Müellif terekede dahil ziraî ve sınaî müesseselerin sahibinin ölümü ile mirasçıları arasında parçalanmasını önleyici mahiyette olan bu türlü işletme ve müesseselerin tamamının işletmeye muktadir olan vârise intikal ettirilmesini ve bu vârisin hissedarlara hisselerini bazı şartlarla ödemesini prensip olarak tasvip etmekte (Giriş No. 6); ve bu mevzuda «Medenî Kanunun mirasın intikalinde,... islâm hukukundan ayrı olarak erkek ve kadın arasında fark gözetmemişse de müstesna olarak, hâkimi miras kalan bir işletmeyi vârislerden birine tahsis ederken erkekleri kadınlara tercihe mecbur tut» tuğuna işaret etmektedir (Giriş, No. 7). Gerçekten, Medenî Kanunun 598 inci maddesine göre, terekede iktisadî bir vahdet halinde işletilmekte olan ziraî mallar ancak «müteveffanın oğullarından hiçbiri işletme hususunu bizzat üzerine almak istemezse» kızları bu malların da kendilerine tahsisini isteyebileceklerdir.

Müellife nazaran, Medenî Kanun mirasın intikalinde de islâm hukukundan ayrılmış ve nesil esasını kabul etmiştir. Bu suretle müteveffanın çocuk ve torunları, hattâ torunlarının torunları onun nesli ve birinci derecede vârisidir.

Müellife göre, «her nesilde baba veya ana varken evlâtları miras alamazlar» (Giriş No. 8). Medenî Kanun baba ve ananın mirasçılık hakkı-

nı ancak müteveffanın fûruu olmaması halinde kabul etmektedir (Madde 440).

Müellife nazaran, mirasın nesil esasına göre intikali, «islâm hukukundaki 40 hale nazaran daha çok basit» olduğu gibi aynı zamanda mirasın «fazla parçalara bölünmesini önle» mektedir. Anlaşılan müellif Medenî Kanun sistemini haklı gösteren bu gerekçeyi bazı İsviçreli hukukşinasların bu sistemin müteveffanın torunlarının torunlarını onlara nazaran müteveffaya çok daha yakın olan ana ve baba ve onların birinci derecede fûrularına, yani müteveffanın öz kardeşlerine tekaddüm ettirilmesi bakımından gayriadil olduğuna dair gerekçelerinden daha kuvvetli görmektedir. Müteveffanın kendi öz kardeşlerinin baba veya analarına halef olmak bakımından birinci derecede torunlar karşısındaki durumları pek o kadar kuvvetli değilse de öz ana veya öz babanın torunlara halef gösterilmesi adalet ve karabet bakımından müdafaası güç bir mesele addedilmektedir. Nitekim Medenî Kanun bu yakın hısımları nafaka bakımından da tefrik etmemektedir. Bu durumu dahi gözden uzak bulundurmeyen müellif «müteveffanın, meselâ üçüncü veya dördüncü derece torunları miras hissesi aldığı halde, birinci derecede olan baba ve anasının miras hissesi alamamasının, müteveffanın daha evvel ölmüş evlâtlarından her birinin çocukları aynı miktarda değilse, aralarında müsavi olmayan paylaşma yapılmasının sebebi» ni, keza «baba veya anaları daha evvel ölmesi sebebiyle çocuklarının haklarının değişmesi» ni lojik görmemektedir (shf. 10, No. 5).

Müellif eşlerin maktu miras hisselerini tâyin eden kanunun 444 üncü maddesinin şerhinde eşlerden birinin diğerinin vârisi olabilmesi için müteveffa ile olan karı kocalık rabitasının ölüm zamanında baki olması gerektiğine bilhassa işaret ederek karı kocalık rabitasının eşlere miras hakkına nail olabilmek hususunda ancak memul bir hak bahsettiğini kabul etmektedir. Bu mevzuun tetkikinde karı veya koca boşanma hükmü kesinleşmeden öldüğü taktirde eşinin ona mirasçı olabilip olamayacağı meselesi ile de meşgul olunmuş ve bu husustaki boşanma isteyen taraf ölmüşse diğerinin ona vâris olacağına, fakat eşin ölümü halinde dâvacının ona vâris olamayacağına dair Yargıtay içtihatları makul karşılanmıştır. Müellif bu kanaatine gerekçe olarak hükmün dâvacı eş bakımından kat'i olduğunu göstermekte (shf. 18, No. 2) ve dâvalı eşin ilk mahkemenin boşanma hükmünden sonra mirasçı olamayacağı, ancak verilmiş olan boşanma kararını temyiz edebileceği tezini makul karşılamaktadır. Bu teze gerekçe olarak da karı koca arasında mirası haklı gösteren sun'î evlilik bağı değil, birbirlerine karşı tabii hisleri itibarile mallarını bırakmak istediklerinin farzedilebilmesi gösterilmektedir. Müellifin noktai

nazarına göre, «boşanma dâvası ile bu tabii temayül ve sevgi kalmadığı anlaşıldığından, ölümün tesadüfen bir gün evvel olması ile vaziyetin değişmesi lojik olmaz». Müellife göre, «bu esbabı mucibe hükümden evvel de miras hakkının düşmesini icap ettirirse de, taraflar arasında hüküm olmadıkça karı kocalık münasebeti devam edeceğinden, miras carî olması zaruridir. Boşanma kararı ise dâva tarihine götürülemez. Halbuki Yargıtayın tastik ettiği ve temyiz müddeti geçerek kesinleşen bir karar hükmün verildiği tarihe irca olunmak gerekir» (shf. 19).

Müellife göre, üvey evlât da müteveffaya vâris olamaz. Çünkü, eşlerden birinin diğerinden evvel ölümü halinde «füruu ona halef olarak hayatta olsaydı intikal edecek hisseyi alamaz».

Müellif pek haklı olarak eşin miras hakkının evlenme mukavelesinin ona bahsettiği haklara tesir etmediği kanaatindedir.

Müellif eşin tereke mevcudunun yarısının intifa hakkını tercih ettiğinde bu hakkın ölünceye kadar kullanıldıktan sonra kuru mülkiyet sahibine intikal edeceğine, yani kaydıhayatla mukayyet olduğuna işaret ettikten sonra intifa hakkının taallük ettiği malların bir kül teşkil ettiğini, yani intifa hakkını tercih eden eşin bu hakkı dilediği mallar üzerinde istimal edemeyeceğini kabul etmiştir. Bu yolda ileri sürülen fikre göre, tercih hakkını haiz olan eş terekede seçtiği bazı eşya üzerinde intifa, diğer bazıları üzerinde mülkiyet hakkı iddia edemez. Tercih hakkını haiz olan eş bu hakkın istimalini geciktirmeye de hakkı yoktur. Meğer ki, tereke mevcudu resmen veya tamamen tespit edilmemiş olsun. Aksi halde, müellif, eş tercih hakkını vakti zamanında beyan etmediği takdirde hâkimin ona bu salâhiyetini kullanması için muayyen bir müddet vererek intifa hakkını tercih etmediği takdirde mülkiyeti tercih etmiş sayacağını ihtar edebileceğini bildirmektedir (shf. 20).

Intifa hakkının ölüm ile nihayet bulunduğunu gözönünde bulunduran müellif eşin tercih hakkını kullanamadan vefatı halinde intifa hakkını tercihi bahis konusu olamayacağına işaret etmekte ve bundan başka karı veya kocanın henüz reşit olmayan evlâtlarının malları üzerinde de kanunî olarak intifa hakkını haiz olduklarını ve binaenaleyh kusurları sebeble velâyet kendilerinden nezedilmiş olmadıkça miras yolunda evlâtlarına intikal eden mallar üzerinde intifa hakları bulunduğuna işaret etmektedir (shf. 21).

Müellif eşin miras hissesi olarak intifa hakkı almasına karşı yapılan tenkitlere iştirak etmektedir. Gerçekten, müellife göre hele büyük baba ve büyük ana ve dedelerle içtima eden eş ekseriyetle onlardan çok daha fazla yaşadığından kuru mülkiyet sahipleri mirastan hiç faydalanamakta, diğer taraftan servet unsurları uzun yıllarda mülkiyet ve intifa

haklarının aynı şahıslar üzerinde bulunmaması sebebiyle atıl kalmaktadır. Şu var ki, müellif intifa hakkının irada tahvili ve teminat bahsinde diğer mirasçıların sağ kalan eşi intifa hakkı yerine kaydıhayatla irat almaya zorlayamayacaklarını kabul ettikten sonra «vârislerin sağ kalan eşe, mülkiyet yerine intifa hakkı vermek salâhiyeti» ni lojik görmekte ve Rossel'in intifa hakkı sahibinin mümkün olduğu kadar fazla gelir temini için yalnız hali düşünüp istikbali düşünmemesi tabii olduğu, bazı mallar üzerinde mülkiyetin mirasçılar arasında parçalanması iyi işletilmesine mâni olduğu ve diğer mirasçıların eşin intifa hakkını irada tahvil edememelerinin rasyonel olmadığı hususundaki kanaatini belirtmektedir (shf. 23 No.3).

Müellife göre, mütevaffa eski kanun rejiminde iki kadınla evlenmiş bulunuyorsa bunlardan birinin intifa hakkını diğerinin ise mülkiyet hakkını tercih etmesine bir mâni yoktur. Fakat «bu halde, meselâ, dörtte bir intifa hakkı alabilecek eş yerine, herbiri sekizde bir alan iki eş bulunacaktır» (shf. 22, No. 18).

Müellif kanunun 448 inci maddesi münasebetile hazinenin mirasçılık hakkına temas ederek dolayısıyla devletin hangi derecede hisım bulunmazsa mirasçı olması icap ettiği hususundaki doktrini belirtmiştir. Müellifin bu mevzudaki kanaatine göre, «müteveffaya kaçınıcı derecede olursa olsun fûruunun mirasçı olması rasyoneldir, kabulünde zorluk ve mahzur yoktur. İnsan ömrü 80 yaş ve her şahsın da 20 yaşında çocuğu olduğu kabul edildiğine göre, ahvalin büyük çoğunluğunda müteveffanın dördüncüden ileri derece torunu bulunmaz. Fakat baba ve anasının, bilhassa büyük baba ve anasının fûruunun miras almaları münakaşa götürür». Hususile bugünkü sosyal hayatta uzak hısımlar arasında maddi ve manevi tesanüt pek azalmış olduğundan, ve mirasın çok sayıda torunlar arasında taksimi neticesi kapitaller pek çok ufalanarak kaybolmakta bulunduğundan muayyen bir hısımlık derecesinden sonra mirasın devlete intikalini kabul etmek rasyoneldir. Müellif bu mevzuda «devletin miras hakkı genişletildiği nispette vergilerin hafifletilmesi mümkün ol» acağı kanaatindedir (shf. 27).

Müellife göre devletin kanunî mirasçılarla birleşmesi mümkün değildir. Devlet mirasçılar mirası kayıtsız şartsız reddetmişlerse mirasçı olur. Şu var ki, mirası reddettiklerini beyan eden en yakın mirasçılar mirasın kendilerini velyeden mirasçılara teklif edilmesini isteyebilirler. Bu halde devletin mirasçılığı velyeden mirasçılarının da müracaat etmemeleri şartile tahakkuk edebilir. Müellif kanunî mirasçılarla birleşemeyen devletin terekeye dahil mallar üzerinden 3 Nisan 1926 tarihli kanun gereğince almakta olduğu müterakki vergiyi miras hissesine hemen hemen muadil bulunmaktadır.

Devletin vergi fâhsili yolunda mirasa iştiraki meselesini muhtelif bakımlardan tamik eden müellif, Türkiyede ikamet eden kimsenin vârislerinden de intikal vergisi alınacağını, fakat Türkiye dışında ikamet eden bir kimse Türkiyede muvakkaten bulunurken vefat ettiğinde, mirasın devletler hususî hukuku kaideleri gereğince tâbi olduğu devlet kanunları hükümlerine göre intikal etmesi gerektiğini, ancak onların Türkiyedeki gayrimenkullerinin Türk hukukuna göre intikal edeceğini kabul etmekte ve bu hususta 24 Temmuz 1923 tarihli Lausanne ikamet ve salâhiyeti adliye mukavelenamesinin 16 ncı maddesine istinat etmektedir.

Müellif ikametgâhları Türkiyede bulunurken Türkiyede ölen yabancılara ait miras hisselerinin Türk kanunlarına göre intikalini bir mesele olarak vazetmekte ve bazı devletler hukuku müelliflerinin mirasın ikametgâh kanununa, diğer bazı müelliflerin ise mirasın tâbiyet kanununa göre intikalini kabul ettiklerine işaret ettikten sonra Türkiyede ikametgâhı olan yabancıların Türk Medenî Kanununa göre mirasçıları yoksa mallarına Türkiye Devletinin mirasçı olmasını doğru görmektedir (shf. 28).

İzahatını, Medenî Kanunun tasnif tarzına uygun olarak tanzim etmiş olan müellif eserin dördüncü babının mevzuunu teşkil eden ölüme bağlı tasarrufu bir kimsenin ölümünden sonra netice doğurmak maksadile yaptığı tasarruf olarak tarif ettikten sonra bu tasarrufları vasiyet ve miras mukavelesi olarak iki şekilde incelemiştir. Müellif bu arada bu türlü tasarrufların muteberiyet şartı olarak temyiz kudretini «hukukî bir mefhum» olarak mülâhaza etmekte ve temyiz kudreti bir hastalığın zarurî neticesi sayılmakta ise, o hastalığın varlığını kabul için doktor raporuna istinat etmek lâzımgeldiğine işaret etmektedir. Ancak hâkimin eksper raporunu kat'î saymamasını ve onun ileri sürdüğü gerekçeler üzerinde tarafların mütalâaları gözönünde tutularak zihnen muhakeme yürütüldükten sonra hakikat olduğuna kanaat getirilmedikçe onunla ihticac edilmesini tavsiye etmektedir. Müellife göre, «müteveffa tıbbî muayeneye tâbi tutulmamış olsa bile, cinneti aşikâr olduğu dinlenen şahitlerin şahadetile sabit ise vasiyetin butlanına hüküm verilebilir» (shf. 30, No. 3).

Müellif 480, 483 ve 485 inci maddeler delâletile ölüme bağlı tasarrufları şahsa bağlı haklardan addederek bu tasarrufların temsilen ifasını caiz görmemiştir.

Müellif muteber bir miras mukavelesi tanzim edebilmek için tasarruf edenin vasiyetten farklı olarak mümeyyiz olduktan başka reşit olması ve mahcur olmaması şartını da derpiş etmekte ise de kendisine müşavir tâyin edilmiş olan kimsenin miras mukavelesi aktedebilmesini caiz görmektedir. Bu arada vasiyette tasarruf edenin reşit olması şartının aranmamasının sebebi olarak tek taraflı olan vasiyetten daima rücu edilebilmek imkânı gösterilmiştir.

Müellif ölüme bağlı tasarrufun butlanı mevzuunda bilhassa durarak birçok pratik hukuk ihtilâflarını da makul surette cevaplandırmış bulunmaktadır. Ezcümle şu hususlar ehemmiyetle belirtilmektedir :

Ölüme bağlı tasarruf hata sebeble iptal olunacaksa tasarruf edenin hatası esaslı olmak şart değildir. Borçlar Kanununun 24 üncü maddesi kıyasen tatbik edilemeyeceğinden, bir kimsenin yanlışlıkla vasiyet etmek istediği şeyden başkasını, yahut vasıflarında aldandığı bir kimseye bir şey vasiyet etmesi muteber değildir.

«Vasiyetin saikinde de hata butlan sebebidir». Kezalik müstakbel ahval ve şartlarda hata edilmiş olması da butlan sebebidir.

Bizatihi hile tasarrufun butlanını gerektirmez. Hile sebeble butlan istenebilmek için hile tasarrufu yapan kimse tarafından değil, bilâkis lehine tasarruf edilen veyahut üçüncü bir kimse tarafından yapılmalıdır, Fakat Borçlar Kanununda bahis konusu edilen şartların bulunmaması tasarrufun hile sebeble iptaline mâni olmaz. Müellifin aldığı misale göre, «vasiyet eden üçüncü bir şahıs tarafından aldatılmış olsa bile vasiyetin butlanı iddia olunabilir» (shf. 32, No. 3).

Cebir ve tehditle butlan istenebilmek için de Borçlar Kanununun 29 ve 30 uncu maddelerinde yazılı şartlar aranmaz. Müellif manevî cebir bulunduğuna şu yolda bir misalle ihtimal vermektedir : «Bir miras mukavelesile mirasçı tayin eden kimse mirasçısından bir şey almamış, onu ticarî işlerinde çalıştırmakla beraber hizmetini bol bol ödemiş, ona bir bağışlama yapmasını haklı gösteren bir başka sebep de yoksa manevî cebir altında vasiyet etmiş farzedilmek gerekir».

Verilen misalden de anlaşıldığı gibi müellif manevî cebir terimi altında ölüme bağlı tasarrufta bulunan kimsenin iradesine tesir etmek suretile onun tasarrufu yapmamak hususundaki mukavemetini kırmış olan sebepleri kastetmektedir. Müellif bu kriteriyom muvacehesinde Curti'ye istinaden aldığı diğer bir misalde bir hastabakıcının baktığı hastaya kendisine muayyen bir şey vasiyet edilmediği taktirde hizmetini terkedeceğini beyan etmek suretile hastanın muhtaç olduğu onun hizmetinden mahrum kalmak için yaptığı vasiyetin hükümsüz olduğunu kabul etmektedir.

Dördüncü babın ikinci faslında tasarruf nisabı üzerinde durulmakta ve islâm hukukunu değiştirmiş olan medenî kanun hükmü tafsil olunmaktadır. Gerçekten, islâm hukukunda müteveffanın yalnız mallarının üçte birini vasiyet edebileceği gösterilmiştir.

Müellife göre, mahfuz hisse müteveffanın hali hayatında ivazlı tasarruflarla tekmil mallarını elinden çıkarmasına, sarf ve istihlâk etmesine mâni değildir. Mahfuz hisseli mirasçıları olan müteveffa yalnız ölüme bağlı olan bir akit ile tasarruf nisabına dokunamaz.

Müellif miras hissesi olarak intifa hakkını tercih eden karının mahfuz hissesi olmadığını kabul etmekte ve kanunun «bu hükmü ile müteveffaya, karıyı miras hissesi olarak mülkiyeti tercihe mecbur tutmak salâhiyetini vermiş ol» düğuna işaret etmektedir.

Yine bu fasılda mahfuz hisselerin tekmiil tereke mevcuduna göre hesaplanması gerektiğine ve bu itibarla müteveffa muayyen bir malında tasarruf etmişse mahfuz hisselerin bu malın değerine göre hesaplanamayacağına işaret olunmakta ve bir Yargıtay kararına istinaden vasiyet olunan malın bir kısmında vaki tasarrufun iptali mümkün görülmemektedir (shf. 36, 37, No. 5, 6).

Müellif aynı fasılda ölüme karşı sigorta mevzuu ile de meşgul olmuş ve müteveffanın ölümünde bir şahsa ödenmek üzere aktetmiş olduğu sigorta bedelinin hakikatte terekede mevcut sayılmadığına işaret etmiştir. Çünkü, bu paranın müteveffanın değil, sigortanın lehtarına ait olduğunu ve binaenaleyh onun bu hakkının şartın tahakkuku sebebiyle doğduğunu kabul etmektedir. Müellife göre, diğer vârislerin bedel üzerinde hiçbir hakları olmayıp, yalnız bu bedelin teberrü mahiyetinde olması dolayısıyla tasarruf miktarının tâyininde bunun hesaba katılabilmesi kabildir. Şu varki, «kanun müteveffanın hayatında ödediği sigorta ücretlerinin tamamını tasarruf nisabında dahil addetmeyerek, ölümü gününde sağ olsaydı alabileceği sigortanın iştirâ bedelini, yani sigorta mukavelesini feshederek sigortacıdan alabileceği miktarı tasarruf nisabına sokmakta» olduğu da belirtilmiştir (shf. 40).

Müellif aynı babın altıncı faslında iptal ve tenkis dâvalarile meşgul olmuştur. Bu hususta ileri sürülen esas fikirlere göre, iptal dâvasını vârislerden her biri veya lehine bir şey vasiyet edilen kimse ikame edebileceği halde tenkis dâvasını yalnız mahfuz hisseli vârisler açabilirler. Butlan dâvasında husumet aktif veya passif surette tezahür edebilir. Çünkü bu dâva müdafaa suretile de dermeyan olunabilir. Mirasa vasiyet eden vâris, aleyhine teslim dâvası açan vasiyet edilene karşı def'an vasiyetin butlanını iddia edebilir.

Miras hukukunun temin etmediği bir menfaat iptal dâvası ikame olunabilmesi için yeter bir şart değildir. Ezcümle ne müteveffanın kiracısının ne de vârisin alacaklarının lehine vasiyet olunan kimseye karşı iptal dâvası açmak salâhiyetleri yoktur.

Müellif Curti'nin noktai nazarına uygun olarak vasiyeti tenfiz memurlarile mirası resmen tasfiyeye memur edilenlerin dahi butlan dâvası ikamesine salâhiyetleri olmadığını kabul etmektedir (shf. 100, No. 6).

Müellif müruru zaman babında şekle riayetsizlik, ehliyetsizlik, kanuna, ahlâka, âdaba mugayeret veya rızayı ifsâat eden sebeble vasiyetin butlanı «daima» dermeyan olunabileceğini kabul etmekte ve «binaenaleyh,

bir vâris mirasa el koyduktan seneler geçtikten sonra bir kimse kendi lehine bir vasiyet mevcut olduğundan bahisle dâva ikame ederse mirasçı def'an vasiyetin butlanını iddia edebi» leceğini belirtmektedir. Müellif bu suretle zaman aşımı süresi kaydını «diğer akitlerde hata, hile def'an dahi ileri sürülebilme için» aramaktadır.

Müellife göre, tenkis dâvası kanunun vârislerin şahsına doğrudan doğruya tanıdığı bir haktır. Tenkis dâvası mirasçılar tarafından münferiden veya müştereken açılabilir. Münferiden açılmışsa tenkis dâvasından diğerleri faydalanamaz.

Mirasçı sıfatını henüz ihraz etmemiş olan kimseler tenkis dâvası açamazlar. Bu itibarla tenkis dâvasının ikamesi ancak mirasın açılmasından sonra mevzu bahis olabilir. Bu yolda tenkis dâvası açmak salâhiyeti.. «504 üncü maddede muayyen halde» mirasçılarının alacaklılarına da tanınmış bulunmaktadır (shf. 104, No. 3).

Eserin onaltıncı babını mirasın hükümlerine tahsis eden müellif bu babın fasıllarında da çok enteresan bilgi vermek suretile miras hukuku tatbikatında halli şüpheli karşılanan pek çok meseleyi tafsil etmek suretile rasyonel hal çareleri göstermiş bulunmaktadır. Kezalik terekenin taksimine tahsis edilmiş olan son onyedinci babda da çok orijinal mütalâalar miras hukukunun temel prensiplerinin zarif bir malzemesini teşkil etmektedir.

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay bu suretle kısaca takdim ettiğimiz eserinde miras hukukunun pek mütenevvi mevzularında bu hukuk dalının esas prensiplerinin çok faydalı bir izahını yapmış ve gerek yüksek mahkememiz Yargıtayın gerekse Türk hukukuna çok yakın ilgisi olan İsviçre Federal Mahkemesinin en son kararlarını tahlil ederek ve bu kararların gerekçeleri üzerinde kıymet hükmü vererek miras hukukumuzun canlı bir tatbikatını gösteren yeni bir eser daha vermiş bulunmaktadır. Kıymetli mesaisinden ötürü Sayın Ord. Profesörümüzü candan tebrik eder ve miras hukuku eserini tekmil meslektaşlarımıza tavsiye ederiz.

N. M. B.

Doçent Dr. İlhan E. Postacıoğlu, Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1952; 312 shf.

Değerli meslek arkadaşımız Doçent Dr. İlhan E. Postacıoğlu İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 1950/1951 öğretim yılı yaz sömestresinde tedris etmiş olduğu doktora derslerini şahadetle ispat memnuiyeti ve hudutları isimli bir kitap halinde derleyip yayınlamış bulunmaktadır. Okuyanların takdirle karşılamakta oldukları bu eser bizim de birçok noktalardan dikkat ve ilgimizi çekecek mahiyettedir.

Hususile mevzuunun medenî usul hukukunun oldukça canlı ve günlük tatbikatı olan meselelerine temas etmesi eseri pratik hukuk bakımından değerlendirmiş bulunmaktadır. Eser bu noktadan tatbikat ve pratik hukukla meşgul olan avukatlarla hâkimlerimize çok faydalı olacaktır. Diğer taraftan bakir bir sahada derlenip hal çareleri gösterilen mütenevvi medenî usul problemleri eserin muhtevasını oldukça zenginleştirerek nazari değerini arttırmıştır. Eser bu bakımdan hususî hukuk ve adalet hukuku nazariyeleriyle meşgul olanları da tatmin edebilecek bir kıymettir.

Eser bilhassa çeşitli dökümanların modern metotlarla iyice işlenip derlenmesile vücade getirilerek hayli emek mahsulüdür. Bu arada muhtelif devletlerin kanun hükümleri muvacehesinde bilhassa Türk ve Fransız mahkeme içtihatları üzerinde ehemmiyetle durularak medenî usul hukukumuzun kendi vadisinde olsa bile inkişafını ve tekâmülünü sağlayacak olan kritik mülâhazalar da belirtilmeye çalışılmıştır. Müellifin muhtelif mahkeme kararlarına uluorta temas edip geçmeyerek bunları konuya dahil meselelerin ham maddeleri halinde tetkik konusu yaparak garp metotlarıyla ilmî olduğu kadar tenkidî bir tahlile tâbi tutması ve (lex ferenda) bakımından doğruyu göstermeye çalışmış olması eserin muhtevasının ihraz etmekte olduğu diğer bir kıymettir. Eserde bu suretle belirtilmekte olan Türk ve yabancı mahkeme içtihatları pek muhtelif nazariyeleri teyit eden pratik vasıtalar halinde kullanılmamakta, bilâkis eserin muhteva ve nesçini ilmî bakımdan değerlendiren müstakil münakaşa konusu meseleler halinde incelenmekte ve ilmî metotlarla tahlil edilmektedir. Bu arada sırası geldikçe Fransız, İsviçre Federal ve Türk Temyiz mahkemesinin çeşitli içtihatları arasında faydalı mukayeseler de yapılabilmesine imkânlar hazırlanmış ve bu yolda hukuk tatbikatımızı aydınlatan rasyonel neticelere varılmıştır. Müellif bu suretle gerek doktrin gerekse yabancı mahkeme kararlarının memleketimizin pratik adalet hukuku üzerindeki müspet tesirlerini gözönünde bulundurmaya çalışarak bu husustaki tetkiklerinde déductif - talilî (istihracî) bir usul değil, daha ziyade inductif - istikraî bir metot kullanarak tetkik konularını lojik ve lojik olduğu kadar ilmî bir tasnife tâbi tutmuştur. Bu yoldaki tetkik tarzı konuya dahil meseleleri yakın münasebet ve bağlarının belirtilmesi yolunda ahenkleştirmiş olmakla eseri oldukça cazip bir hale getirmiştir.

Hakkın ispat vasıtalarından mahrum olan kimselerin adâlet mercilerine müracaattan büsbütün vazgeçtiklerine veyahut da açtıkları dâvaların mukadderatını hasmın yeminine talik etmekten başka çareleri olmadığına işaret eden müellif bu suretle daha eserinin başlangıcında ispat meselesinin adalet hukuku sahasındaki söz götürmez ehemmiyetini belirtmeye çalışmıştır (Giriş, shf. 4).

Müellif tetkiklerinde hallini gerekli addettiği ilk meselenin senetle ispatı mecburî kılan kaidenin hangi âmillerin tesiri altında nerede ve nasıl doğduğunun tespiti olduğunu kaydettikten sonra bu mecburiyeti derpiş eden hükümlerin Fransada 1566 tarihinde nasıl zuhur ettiğini ve bundan sonra Fransız Medenî Kanununda ve oradan İslâm Hukuku ile Mecellede ve eski Usulü Muhakematı Hukukiye Kanunumuzda yer aldıktan sonra bugün mer'iyette bulunan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuza nasıl intikal etmiş olduğunu belirtmek suretile tetkik konusu müessesenin tekâmül merhaleleri ve tarihçesi üzerinde de durmuştur (shf. 4).

Hususile, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 288 ve 290 ıncı maddeleri hükümlerinin menşe ve me hazlarını göstermeğe çalışan müellif bu hükümleri 1295 ve 1296 tarihli kanunlara irca etmekte ve bunların da Fransız mevzuatından iktibas olduğuna işaret ettikten sonra tafsilât için Capitant ile Bonnier'in etütlerine atıfta bulunmakla iktifa etmektedir. Müellifin işaret ettiğine göre, kontinental avrupa hukuku sahasında şahadetle ispat memnuiyeti ilk defa 1451 tarihli Bologne statüsü ile taayyün etmekte ve bunu Fransada Ordonnance de Moulins ve nihayet Code civil ve Code de commerce takip etmektedir (shf. 10/11; No. 3, 4).

Fransız kanunlarında bu suretle tebellür ettiğine işaret olunan sözün geçen kanun hükümlerinin kısa bir zaman içerisinde Fransa dışı memleketlerde, ezcümle 1864 tarihli Romanya kanunu ile İsviçrenin Fransız kantonlarında, ke zalik Venezuela kanununda da kabul olunduğu belirtilmiştir (shf. 12/13).

Eserde fihristine nazaran bir girişten ve birinci fasılda mevzuun tarihî seyri gösterildikten sonra mevzuun çeşitli meseleleri yirmidört fasılda tafsil olunmuştur. Bu suretle ikinci ve üçüncü fasıllarda şahadetle ispat memnuiyetinin sebeplerinden ve bu memnuiyetin hukukî mahiyetinden, dördüncü fasılda dâvanın kıymetine nazaran şahadetin Fransız, Türk ve İtalyan kanunlarındaki şeklinden, beşinci fasılda şahadetle ispatın tahdidi yönünden hukukî muamele mefhumundan, altıncı fasılda hukukî muameleler zımında ifa muamelelerinden, yedinci ve sekizinci fasıllarda yine hukukî muameleler zımında zımni irade beyanlarile zımni temsil münasebetlerinden, dokuzuncu fasılda evlenme vaadi gibi her yerde ve her memlekette daima aktüalitesini muhafaza eden dâvaların ispatı meselesinden, onuncu fasılda hukukî muamelelerin mevzuları bakımından kıymetlerinden ve bu kıymetlerin memnuiyet kaidesi ile olan ilgilerinden, onbirinci fasılda taraflar bakımından memnuiyet kaidesinin şumulünden, onikinci fasılda dâva mercileri bakımından memnuiyetin hudutlarından, onüçüncü fasılda memnuiyet kaidesinin istisnalarından, ondördüncü fasılda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 288 inci maddesinin istisnalarından, onbeşinci fasılda senede raptı müteamel olmayan muame-

lelerden, onaltıncı fasılda senede karşı müdafaaların senetle yapılması lüzumundan ve bu hususta gözönünde bulundurulması gereken umumî esaslardan, onyedinci fasılda senete karşı müdafaaların senetle yapılması lüzumu sadedinde Türk hukukundan, onsekizinci fasılda yine çok aktüel bir mesele halinde daima her yerde mevzuubahis edilen muvazaa iddialarının ispatından ve memnuiyet kaidesinin yalnız aktin taraflarına hasrolunması lüzumundan, ondokuzuncu fasılda senete karşı senet kaidesinin istisnâî hallerinden, yirminci fasılda yazılı delil başlangıcından, yirmi-birinci fasılda yazılı delil başlangıcının esaslı bir şartı olan vesikanın hasımdan sadır olması keyfiyetinden, yirmiikinci ve yirmiüçüncü fasıllarda yine yazılı delil başlangıcında vesikanın iddianın vukuuna delâlet etmesi şartından ve yazılı beyine başlangıcının fonksiyonumanından ve nihayet yirmidördüncü en son fasılda da mevzuun çeşitli meselelerinin bağlanmaya çalışıldığı hukukî neticelerden bahsolunmuştur.

Eserin fasıllarında incelenmiş olan pek mütenevvi meselelerin ehemmiyetlerini anlayabilmek için bu fasıllardaki bölümlerin tahsis edilmiş oldukları hukuk usul teorileri bakımından olduğu kadar pratik medenî usul hukuku bakımından da gerçekten önemli olan tetkik konularını kısaca gözden geçirmek kâfidir. Gerek bu noktadan gerekse bu konulara, yani zengin muhtevasına nazaran eserin mümkün olduğu kadar vazih şematik bir tablosunu çizmiş olabilmek için fasılların bölümlerine tahsis edilmiş olan çeşitli meselelerin en ziyade önemli olanlarından bazılarına da kısaca işaret etmeyi faydalı görüyoruz :

Eserin şahadetle ispat memnuiyetinin sebeplerine ve memnuiyetin hukukî mahiyetinin tâyinine tahsis edilmiş olan ikinci ve üçüncü fasıllarında üzerinde ehemmiyetle durulmak istenilen ilk mesele sözü geçen memnuiyetin âmme intizamından olup olmadığının tâyini olmuştur. Müellif bu konuda şahadet memnuiyeti kaidesile âmme intizamı arasındaki illi (Kausal) münasebetlerin ve bilhassa bu münasebetlerin Devletler hususî hukukundaki hüviyetinin tâyini sadedinde meselenin münakaşası ile meşgul olmaksızın doğrudan doğruya «memnuiyetin âmme intizamından olup olmadığına teferru eden hükümler» den ve meselenin «vazedilmesine teferru eden pratik neticeler» den (shf. 14) bahsetmiş bulunmaktadır. Mamafih müellif «bu mesele hakkında» «memleketimiz bakımından bir tercih yapmaya belki de lüzum kalmayaca» ğı fikrinde-dir (shf. 15). Müellifin «pürüzlü ve nazik (bir) nokta» addettiği bu husustaki noktai nazarına göre, «şahadetle ispat memnuiyeti hakkında mevzuatımızda mevcut hükümleri âmme intizamından saymamak imkânı mevcuttur» (shf. 15).

Bu noktai nazarın lojik ve hukukî gerekçeleri gösterilemedikçe taraftar toplaması oldukça müşkül görünmektedir.

Fransız doktrinde münakaşa edilmiş olan sözü geçen meselenin teoride olduğu kadar pratik medenî usul hukukunda da büyük bir ehemmiyeti olduğu için bu meselenin Türk hukuku bakımından kabul olunan gerekçelerine nazaran Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 288 inci maddesinde yer alan şahadetle ispat memnuiyeti kaidesinin bilâkis âmme intizamından addedilmekte olduğuna ve binaenaleyh üstün kıymetteki hakların tarafların velev ittifakı ile hertürlü delillerle ispatına daima imkân bulunamadığına işaret etmekle iktifa ediyoruz *.

*) Şu mülâhazalara dayanarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 288 inci maddesinde yer alan şahadetle ispat memnuiyeti kaidesi âmme intizamından addolunmakta ve tarafların ittifakile bu kaidenin bertaraf olunması caiz görülmemektedir :

a) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 287 nci maddesi tarafları hak ve borç doğuran muamelelerinin ispat vasıtalarını tâyinde ancak kanunun istisnaen ispat için mahsus deliller derpis etmediği hususlarda serbest bırakmıştır. İspat vasıtalarının hususi surette tâyinde 287 nci maddenin taraflara bahsettiği serbesti kanunla mukayyettir. Çünkü sözü geçen 287 nci madde birinci fıkrasında «kanunun bir delil ile ispatını emreylediği hususlar başka surette ispat olunamaz» âmîr hükmünü sevk etmiş bulunmaktadır. Bu hükme nazaran, taraflar kanunun muayyen delillerle ispatını emreylediği muamelelerini kanunun bu muamelelerin ispatı için kabul ettiği delillerden başka vasıtalarla ispatını mukavele edemeyeceklerdir. Meselâ taraflar aralarında hususi surette devir ve hibe ettiklerini kabul ettikleri gayrimenkulleri üzerindeki aynı haklarının şahitle ispatını mukavele edememektedirler. Çünkü, kanuna göre, «gayrimenkul üzerindeki aynı hakların hibesi, ancak tapu siciline kaydedilmekle tamam ol» acağından, hibe edilen gayrimenkul üzerinde aynı hakların kanuni ve gerçek delil de tapu sicilindeki kayıttır (BK. m. 237, f. 2). Nitekim Yargıtayın İctihadi da bu merkezdedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında «tapu memuru huzurunda hibe olarak gayrimenkulün tesciline dair olan aktin mahiyeti aslen bey olduğu hakkındaki iddianın tahriri beyine ile ispat edilmesi lâzım gelirken şahit dinlenmesi» ni kanuna muhalif addetmiştir (Kurdakul, shf. 152).

b) Gayesi ve esas vazifesi hak sahiplerinin sübjektif haklarını ihkak olmakla beraber adliyenin hak sahiplerinin kararlaştırdıkları her hareket tarzına riayete mecbur olmaması.

Kanun vazı şahsi ve hususi mülâhazalardan mücerret olarak önemini küçümsemediği hukuki muamelelerin yazılı delil ile ispatını emretmişken, tarafların muamelelerini hukuki önemi ne olursa olsun şahitle ispat edebilmeleri adliyenin vaktini fuzuli yere israf ederek adliyei hiç de lüzum olmadan gözü kapalı tarafların arzu ve kaprislerinin tatmin edilmesine hizmet ettirmiş olabilir. Adliye hukukunun aynı zamanda âmme hukukundan addolunması ve hâkimlerin kanunun gerekli kıldığı hallerde kullanılmak üzere âmme salâhiyetlerle de techiz edilmiş olmaları adliyei tarafların elinde oyuncak olmaktan kurtarmaktadır.

c) Tarafların yüksek kıymetteki dâvalarını şahitle ispat hususunda ittifak ederek her arzu ettikleri şahsi adliye huzurunda şahit olarak dinletebilmelerinin âmme intizamını bozması.

Tarafları haklarının ispat vasıtalarını tâyinde serbest bırakmak ve adliyei tarafların arzu ettikleri ispat vasıtalarının kabulüne mecbur tutmak âmme intizamını

Müellif eserinin yine aynı bahsinde şahadetle ispat memnuiyeti kaidesinin muhafaza olunmasında başlıca saik olarak şahadete olan itimatsızlığı göstermekte ve «şahitlerin hüsnüniyet sahibi oldukları kabul edilse bile, şahadetle ispatın tahdidî dâvaların mikdarını azaltmak için bir çare» olduğuna dair İtalyan müellifi Pisanelli'nin noktai nazarını şayanı dikkat bulmaktadır (shf. 15). Müellif çok şayanı dikkat bulduğu bu noktai nazarın tamiki zımında şahadetle ispat memnuiyeti kaidesinin «bilhassa rasyonel sebepleri» olarak «bu sebepleri derli toplu bir surette en iyi ifade etmiş olan» Pisanelli'nin raporunu göstermek suretile onu iltizam etmektedir.

Hiç şüphesiz Pisanelli sözü geçen raporunda fikirlerini çok veciz bir tarzda ifade ederek derlemiştir. Fakat kabul etmek lâzımdır ki, şahadetle ispat memnuiyeti kaidesi «dâvaların mikdarını azaltmak için bir çare» olmakla beraber dâvaların sür'atle rüyetini de temin eden bir çaredir. Nitekim müellif Pisanelli dahi eserde işaret olunan yine aynı raporda «insanın hatadan salim olmayan hafızası, âkitler tarafından kullanılan şüpheli tâbirler ve sonra bizzat anlaşmanın mudil olabilecek muhtevası bu delil şeklinin sıhhat ve emniyet arzemesine mânidir» demek suretile bu husustaki noktai nazarını tebellür ettirmeye çalışmıştır.

Müellif bahsin takip eden 9 numaralı paragrafında «memnuiyetin bugün mevzuatımızda muhafaza edilmesine başlıca saik şahadete olan itimatsızlık» olduğu noktai nazarında bu noktai nazarı «muhakkak» tarzında tavsif ederek sebat etmekte ve şahadete olan itimatsızlık keyfiyetinin raporda hafif bir tâbirle izah edilmek istenmesini tenkit etmektedir. Bu husustaki noktai nazarını değiştirmeyen müellife göre, «şahitlerin menfaat mukabilinde hakikate ihanet etmeleri endişesi mevzua hâkim

bozar. Buradaki mânasında âmme intizamı, adliyenin faydasız ve lüzumsuz yere meşgul edilmesi neticesi adalet işlerinin görülmesine ve diğer nizaların halledilmesine sekte vermek suretile tecelli eder. Diğer iş sahiplerinin işlerini muattal ve yüzüstü bırakacak derecede adliyei meşgul edecek olan tarafların ittifakla adliyenin hukuken bağlı tutulması âmme intizamını bozar.

Adliye hukukunun gayesi doğrudan doğruya umumi menfaatleri tatmin olmayıp ferdin inkâr olunan, tanınmayan sübjektif haklarını teslim etmektir. Taraflar sübjektif haklarında diledikleri gibi tasarruf edebilirler, fakat kanundan alınan salâhiyetle hareket edilebilen hallerde adliyenin hareket ve salâhiyetlerini ve faaliyet hududunu daraltmak veya genişletmek hususi şahısların kudreti dışındadır. Adliye makamlarının kanunun çizdiği muayyen hareket tarzını hak sahiplerinin iradeleriyle istikametlendirebilmek, hak sahiplerinin iradelerini kanunun üstüne çıkarmış olur ki, buna cevaz verilemez. Adliye hukukunda da hak sahiplerine tanınmış olan irade serbestisi kanun hudutlarıyla takyit olunmuştur. Binaenaleyh taraflar iradelerini kanunun hududu dışında kullandıklarında bu iradelerine hukuken önem vermek mümkün olmaz. Senetler ve Senetlerin İspat Kuvveti kitabımız shf. 145, No. 67.

olmuştur» (shf. 16). Binaenaleyh, «memnuiyetin dayandığı düşünce, mahkemeleri müteaddit dâvalardan ve uzun tahkik işlerinden vareste bırakmak» tan «ziyade muayyen kıymeti aşan muamelelerin senede raptının taraflarca fazla külfeti mucip bir merasim sayılmaması düşüncesine dayanmaktadır» (shf. 18). Kezalik müellif bu fikirde «yazının şahadete üstünlüğünü kabul eden 290 ıncı maddedeki hükmü de izah et» mek mümkün olmadığı kanaatindedir. Kendisine göre, «senede karşı şahit dinlenmemesi, mahkemeleri ağır bir yük altında bırakmamak fikrinden ziyade yazının şahadete nazaran üstün bir delil telâkki edilmesinden ileri gelmektedir. Buna da sebep, herhalde şahadetin muhtelif mülâhazalara mebni itimat telkin eden bir delil teşkil etmemesidir» (shf. 18/19).

Müellif aynı bahiste bu husustaki fikirleri yanında sözü geçen şahadetle ispat memnuiyeti kaidesinin âmme intizamından olup olmadığı keyfiyetini de Türk ve yabancı kanun hükümlerile jürisprüdansı muvacehesinde bir hayli münakaşa ettikten sonra meseleyi şu esaslar dairesinde hülâsa etmektedir (shf. 31):

- a) Şahadetle ispat memnuiyeti âmme intizamından değildir;
- b) Yargıtayın *artık istikrar bulmuş içtihatları gereğince*, tarafların yazılı anlaşmaları veya muhakeme sırasında izhar ettikleri sarîh beyanlarına müsteniden şahit ikamesine muteber bir surette karar verilebilir;
- c) Her iki taraf sarîh bir mutabakata varmaksızın dahi karşılıklı iddia ve müdafaalarını hiçbir kaydı ihtirazi dermeyan etmeden şahitle ispat talebinde bulunmuşlar ve şahitler dinlendikten sonra şahadete müsteniden hüküm verilmişse bu hükmün şahitle ispat memnuiyetine muhalefetten dolayı bozulmaması iktiza eder;
- d) Kanunî bir hususun âmme intizamından sayılmaması buna muhalefet eden kararların temyizine mâni olmaz;
- e) Tarafların aralarındaki hukukî muamelenin şahitle ispatı hususunda sarîh veya zımnî olarak anlaşmış olmadıkları hallerde birinin şahit ikamesi talebine karşı diğerinin muhakeme sırasında sarîh bir itirazda bulunmaması sonradan bu ciheti bir temyiz sebebi olarak ileri sürmesine mâni olmaz. Bu taktirde Yargıtay re'sen dahi memnuiyetin ihlâli keyfiyetini bir bozma sebebi yapabilir;
- f) 439 uncu madde Yargıtayın âmme intizamından olmayan sebepleri dahi nazara almasına imkân verir mahiyettedir;
- g) Yargıtay şahadetle ispat memnuiyeti kaidesine muhalefeti ancak bir tarafın kendi aleyhine olan hükme karşı temyiz yoluna gitmemesi ve aynı hükmün başka bir netice talep bakımından hasım tarafından temyiz olunması halinde re'sen nazara alabilir.

Eserin dördüncü ve takip eden fasıllarında müellifin meşgul olduğu şu aşağıdaki meseleler bilhassa nazariyatta olduğu kadar tatbikatta da ehemmiyet arzeden ciddi ve çetin mevzulardır:

Hukukî muamele ve maddî fiiller ve bunların ispatı, tevcihi muktezi olmayan irade beyanlarının şahitle ispatı, hukukî muameleden farklı işler zımında alacaklının borçluya ihtarı, bu ihtarın hukukî mahiyeti, ihtarın senetle ispat mecburiyetine tâbi kılınmamasını muhik gösteren mülâhazalar, rıza fesadile malûl olan muameleleri hükümsüz tutmak iradesinin ispatı vesaire.

Müellif bu arada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288 inci maddesini Fransız Medenî Kanununun 1341 inci maddesile karşılaştırmış ve Fransız kanununun (toutes choses) terimi ile 1348 inci maddesindeki istisnalar hakkında müelliflerin farklı görüşlerini belirttikten sonra İtalyan Medenî Kanununun 2721 ve 2726 ncı maddelerine temas etmiştir.

Müellif eserin altıncı faslında ifa muameleleri zımında mal teslimi fiillerinin maddî bir fiili tazammun ettiğini ve fakat yine de 288 inci maddenin şumulünde kaldıklarını ve mal teslimleri ile para tediyeleleri arasında bir fark bulunup bulunmadığını belirttikten sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.9.1945 tarihli kararını tahlil etmekte; kezalik mal teslimlerinin fiil sayılmasına dair Yargıtay kararlarını; emanet hakkındaki 20.3.1940 tarihli Genel Kurul kararını göstermekte ve mal teslimlerinin hususî bir ispat rejimine tâbi tutulması için bulunabilecek olan fiili sebepleri ve bunların 293 üncü maddenin 4 üncü fıkrası muvacehesinde değerlendirmektedir. Bu mevzuda tediyelelerin dahi şahitle ispatına müsaade eden görüş de münakaşa edilmiştir.

Müellif eserin yedinci, sekizinci ve takip eden fasıllarında da bilhassa zımnî muamelelerin ispat bakımından niçin hususî bir tetkik mevzuu yapılmasına ihtiyaç duyulduğu, zımnî irade beyanlarının ispat usulleri, bu arada Fransız Temyiz Mahkemesinin enteresan bir kararı dolayısıyla bu meselenin pratik hal çareleri, zımnî temsil ve bu hususta Fransız ve Romanya içtihatları muvacehesinde varılan neticeler, sükûtun muayyen ahvaldeki hukukî değeri, temsil ve icazet bahsinde şahadeti ispat vasıtası olarak kabul eden Yargıtay içtihatları; her yerde daima aktüalitesini muhafaza eden meselelerin başında gelen evlenme vaadinin ispatı meselesi zımında evlenme vaadinin muhtelif hukuk sistemleri bakımından mahiyeti, yazılı delile ihtiyaç gösteren Fransız Jürisprüdansı, bu jürisprüdansı tasvip eden müellif Hémard'ın noktai nazarı ve buna karşı itirazlar; Türk hukuku bakımından nişanlanmanın ispat şekli ve bu mevzuda 293 üncü maddenin 4 numaralı fıkrasının tatbik imkânı, kezalik değerli Ord. Profesör Mustafa Reşit Belgesay'ın mütalâaları, Türk tatbikatında izdivaç vaidlerine müteallik ispat rejimi, bu sistemin izahı sâcedinde ileri

sürülen görüşler, hile ve imkânsızlık mefhumları, bunların tenkidi, müellif Voirin'in kanunî karine nazariyesi, bunun tenkidi, Türk hukuku bakımından mesele üzerinde varılan umumî netice; hukukî muamelelerin kıymetlerinin memnuiyet kaidesile olan ilgisi muvacehesinde kıymetin ne zaman nazara alınmak gerektiği, işlemiş faizlerin hesaba katılması, kıymetin ihticaç olunan muameleye nazaran tâyini, kira akitlerinde kıymetin hesaplanması şekli, kıymetin nizalı olması halinde şahit ikamesine ve ehlivukuf tetkikatına yer verilmesi, memnuiyetin muayyen bir rakkamla tahdidindeki fayda ve mahzurlar; taraflar bakımından memnuiyetin şümulü dolayısıyla mukavelelerin üçüncü şahıslara aksetmesi halleri, külli halefler, alacaklılar ve İcra ve İflâs Kanununun 89 uncu maddesi, Fransız hukukunda (action oblique), iptal dâvası veya muvazaa dâvası açan alacaklının ispat bakımından durumu, hukukî sebebe müstenit hukukî halefler; ihtilâfların arzoluğu merciler bakımından memnuiyetin şümulü dolayısıyla Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 255 inci maddesile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288 inci maddesi arasındaki mübâyenet ve bu mübâyenetin hukuk ve ceza dâvaları arasındaki farkla izahı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 358 inci maddesi muvacehesinde bizde ceza dâvasının ikili fonksiyonu ve ispat noktasından mahkûmiyet kararile hukukî mesuliyet arasındaki rabita, yalan yere yemin mevzuunda çarpışan fikirler ve 2.4.1941 tarihli tevhide içtihat kararı, Fransız hukuk sistemi ile Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay'ın görüşü, ceza dâvasının hukuk dâvasından ayrılmasına dair telif şekli ve bu hal tarzının Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 358 inci maddesine aykırılığı, tatbikatta ihtiyar olunan hareket tarzı ve bu hareket tarzını haklı gösterebilecek fiili sebepler ve fiili telif şekilleri ve bu mevzu üzerinde varılan netice; memnuiyet kaidesinin istisnaları dolayısıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 291 inci maddesi tatbikatında şahadet ikamesi taleplerinin kabulü, Fransız hukukunun bu mevzuda hâkime tanıdığı salâhiyet, İtalyan kanunu hükümleri, 293 üncü maddedeki istisnalar zimmında Fransız Medeni Kanununun 1348 inci maddesile kanunumuzun mukayeseşi, imkânsızlık fikri, alacaklının senet tedariki bakımından kusursuz sayılabileceği hallerin imkânsızlık mefhumuna irca olunup olunamayacağı, karşı tarafın hilesi yüzünden senet tedarik edilememesi, meselenin ceza hukuku ile ilgisi ve Fransız içtihatları, üçüncü şahsın yüzünden senedin tanzim edilememesi, senedin ziyayı zimmında 294 üncü maddenin tahlili, ziya iddiasile senet tazminindeki imkânsızlık mefhumu arasında mukayese, 288 inci maddenin istisnaları zimmında haksız fiilden mütevellit alacaklar, haksız mal iktisabından doğan alacaklar, vekâletsiz tasarrufun ispatı ve buna müteferri kararlar; senede raptı müteamel olmayan muameleler dolayısıyla manevî imkânsızlık, 293/4 ün yazılış şekli,

teamülün ne yolda anlaşılması icabettiği, gayrı ahlâkî durumlarda teamülden bahsedilip edilemeyeceği, yakın akrabalar arasındaki muamelelerin senetsiz ispat edilebilmesi bakımından Fransız hukuku, yakın akrabalar arasında temsil vaziyeti ve temsil suretile mün'akit bulunan akitlerde ispat meselesi; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 290 ıncı maddesile Fransız Medenî Kanununun 1341 inci maddeleri hükümlerini izah eden gerekçeler, tediye defileri ve Fransadaki hal tarzına karşı ileri sürülen itirazlar, akitlerin tefsiri mevzuundaki muhtelif noktai nazarlar, senet tarihlerinin şahitle ispatı, müdafaaların senetle yapılması lüzumuna dair 12.IV.1933 tarihli tevhibi içtihat kararının tahlili ve bu kararı izah eden rasyonel sebepler, senet mefhumunu terkip eden unsurlar, resmî senetlerin 290 ıncı maddenin şümülüne girip girmediği ve Medenî Kanunun 7 nci maddesi, mahkeme ve adli makamlar önünde ikrarlar, senede karşı müdafa ve def'iler senetteki borcun müstenit olduğu sebebin tahakkuk etmediği müdafaası, mukavelenin tadil ve feshi iddiaları, tediye'nin müruruzamanı kat'ı sebebi olarak ileri sürülmesi halî, mahiyeti icabı senede raptı mümkün olmayan defiler, 290 ıncı madde muvacehesinde senedin iadesi hakkındaki Borçlar Kanununun 88 inci maddesindeki karine, 88 inci maddenin tatbiki için senedin rızaen iade edilmiş olması şartı, muvazaa ve muvazaanın ispatı, 5.2.1947 tarihli tevhibi içtihat kararında taraflar bakımından muvazaa ile bir başkası hesabına yapılan iktisaplar ve bunların ispat şekli, şüfa dâvası dolayısıyla Yargıtayın bu mevzudaki içtihatları, vârisler ve onların üçüncü şahıs sayılabileceği haller, alacaklıların durumu, senede karşı müdafaanın senetle yapılması kaidesinin istisnaları, bu istisnaların müstakilen tetkiki lüzumu, hatanın ispat şekli ve bu husustaki Yargıtay içtihatları, ibranamenin hata sebeble tadili ve buna dair tatbikat, hilenin ispatı, hile mefhumu hakkında Yargıtay Genel Kurulunun 23.XI.1949 tarihli kararı, hile yüzünden muamelenin senede raptolunmaması, kanuna karşı hile ve bunun Fransadaki ispat şekli ve mucip olduğu münakaşalar, Aubry ve Rau'nun mütalâası, bu mütalâaya karşı serdolunabilecek itirazlar, Türk hukuku, 290 ıncı maddenin yakın akrabalar arasında tatbiki, Yargıtayın müstakar içtihadı ve gerekçeleri, Türk, Fransız ve İtalyan hukuku arasında mukayeseli tetkikler, hususile İtalyan Medenî Kanununun 2722 ve 2723 üncü maddelerinin tetkiki; yazılı delil başlangıcı ve bu husustaki çeşitli mevzuat, beyyine başlangıcını senetten ayıran farklar ve aralarındaki müşterek unsurlar, beyyine başlangıcının mutlaka mahkemeye ibraza mahal olup olmadığı, beyyine başlangıcına muadil tutulabilecek diğer durumlar, ikrarın bölünmesi, hasmın ikrarı tahtında olan irade tezahürleri, hâkimin usulü veçhile müşahedesı, yazıdan ne anlaşılacak icabettiği, işaretin yazı sayılıp sayılmadığı, bu hususta Pilon'un noktai nazarı, parafın yazı sayılıp sayılmayacağı, tel üzerinde tespit edilen ses, usulen tastik edilmemiş

mühürlü senetler ve bu husustaki Yargıtay içtihadı ve mesnetleri, beyyine başlangıcının hasımdan sadır olması şartı, hasım tarafından maddeten vücuda getirilmiş varakanın ondan sadır olmuş sayılıp sayılamayacağı, varakanın hasım tarafından manen benimsenmiş olması şartı ve bu şartın ispat şekli, üçüncü şahıs tarafından vücuda getirilmiş varakanın hasım tarafından benimsenmiş olması, Pau istinaf mahkemesinin 6 Mayıs 1879 tarihli kararı ve Baudry - Lacantinerie'nin tenkidi, müellifin kendi noktai nazarı, beyyine başlangıcının mevcudiyeti kabul edilmeyen bir hal, üçüncü şahıstan sadır olan vesikanın bunu mahkemede ibraz eden aleyhine beyyine başlangıcı teşkil edip etmeyeceği, Fransız Yargıtayı görüşünün tenkidi, bir kimsenin kendisinden sadır olan vesikanın hasım tarafından ibrazı hali, vekil tarafından vücuda getirilen varakanın müvekkil hakkında beyyine başlangıcı olması, dikte edilen mektubun dikte eden aleyhine beyyine başlangıcı sayılıp sayılmayacağı, dikte fiilinin yazılı delille ispatı lüzumu, diktenin hukukî mahiyeti, 17 Haziran 1907 tarihli karar, Ripert'in görüşü, 6 Aralık 1933 tarihli kararın tahlil ve izahı, dikte edilen mektubun hangi hallerde beyyine başlangıcı sayılacağı hakkında müellifin verdiği netice, beyyine başlangıcı olacak vesikanın iddiaya delâlet etmesi.

Senetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları adlı eserde her ne kadar bir doktora semestresinde talebeye tedris olunması gereken araştırma konularının sınırları içinde kalınmamışsa da kısaca belirtilmeye çalışıldığı üzere mevzuun şümülüne dahil görülen pek mütenevvi meseleler bilhassa bazı Fransız müelliflerinin görüşlerine uygun olarak tetkik edilmiş ve bu suretle belki de yeter derecede üzerinde durulmamış veya ehemmiyet gösterilmemiş olan birçok medenî usul meselesi belirtilerek adalet hukuku tatbikatı için faydalı bilgi verilmeye çalışılmıştır. Bu bakımdan eserin şuurlu bir tatbikatı şiar edinen veya hukuk literatürüne merak gösteren hâkimlerle avukatlarımız ve doktora talebelerimiz tarafından lâyıık olduğu rağbeti kazanacağı muhakkaktır. Kıymetli mesaisinden dolayı değerli meslekdaşımızı en samimî duygularla tebrik eder ve eserini tekmil hukukçularımıza tavsiye ederiz.

Lütfü Dalamanlı, *Gayrimenkul Dâvaları - Vakıflar - Miras*, İstanbul 1952, shf. 271.

1952 yılında çıkan yeni kitaplardan biri de yargıç Lütfü Dalamanlı tarafından derlenmiş olan *Gayrimenkul Dâvaları - Vakıflar - Miras*'dir. Mevzuu çok geniş tutulmuş olan bu kitapta Ebül'ulâ Mardin, Mustafa Reşit Belgesay, Ali Himmet Berki, Cevat Gücün gibi üstatların özlü fikirlerinden ve Yargıtay içtihatlarından faydalanmak suretile medenî hukukumuzun pek mütenevvi meseleleri derlenmeye çalışılmıştır.

Kitabı okuyucularımıza takdim etmeyi zevkli bir vazife addediyoruz.

N. M. B.