

# K R O N İ K

## FEDERAL MAHKEME İÇTİHATLARI ARASINDA

Kemal Fikret ARIK

### A — GAYRİMENKUL SATIŞINDA ŞEKLE TABİ HUSUSLAR (1)

Bir kimsenin oteli gayri ahlâkî münasebetlere sahne olduğu için kapatılmak üzeredir ve kendisi ile karısı hakkında da ceza takibine başlanmıştır. Bundan iki gün sonra, bu kimse başkasiyle yazılı bir anlaşma yapmıştır. Buna göre oteli 75.500 franga satacak ve otel işletme ruhsatı kendisinden geri alınmadığı takdirde 5000 frank daha ödenecektir ve alıcı oteli kârla sattığı takdirde bu kâr paylaşılacaktır. Aynı gün, bu anlaşmadan bir saat sonra da **resmî** şekilde **satış senedi** tanzim edilmiştir: bu senede göre satış bedeli 80500 fr. tır, bunun 75500 fr.nı müşteri ipotekli borcu kendi üzerine alarak ödeyecektir; 5000 frangi peşin ödeyecektir; senedde bu peşin miktarın satıcı tarafından tahsil edildiği yazılmıştır. Müşteri ertesi gün oteli teslim almıştır.

Alıcı ile satıcı altı gün sonra alelâde yazılı bir anlaşma yapmıştır; bunda yalnız resmî şekilde yapılmış ve icra edilmiş satış akdinin cari olacağı, daha önce yapılmış şifahî veya yazılı anlaşmaların hükümsüz olduğu, ruhsat işi halledilir edilmez müşterinin satıcıya 5000 frank ödeyeceği kabul olunmuştur.

Bir yıl kadar sonra satıcı, resmî şekilde yapılmış olan satış senedinin bir çok hususlarda tarafların hakikî iradesine uymadığını iddia ederek iptalini dâva etmiştir. Federal mahkeme bu dâvayı aşağıda yazılı sebeplerden dolayı reddetmiştir:

1 — Dâvacının iddiasına göre tarafların hakikî iradesi resmî satış senedinde değil, ona takaddüm eden yazılı anlaşmada ifade edilmiştir; bu itibarla tarafların arzusu resmî senette ifade edilmemiş, bu senet onların arzu etmediği bir takım şeyleri tesbit etmiştir.

a) İddiaya göre bu durum, önce satış fiyatı için variddir: resmî senede tekaddüm eden yazılı anlaşmaya göre; müşteri 75500 frank mukabilinde ipotekli borçları deruhde edecek otel ruhsatı geri alınmadığı takdir-

(1) FMK. 75 II s. 114, (zad T 1950 sh. 74)



de 5000 fr. daha ödeyecekti; halbuki resmî satış senedinde 80500 frankın kayıtsız ve şartsız ödeneceği yazılmıştır.

Federal mahkeme bu iddiayı şu prensip ile cevaplandırıyor: **Resmî şekle tâbi bir taahhüdün senedde gösterilen şümulü haiz olmayacağına dair iptidaen yapılan anlaşma hiç bir şekle tâbi olmaksızın muteberdir.** Yüksek mahkeme görüşünü şu suretle izah ediyor: Tarafların, önce kararlaştırdıkları fer'î bir kaydı resmî satış senedine dercettirmemeleri, o kayıttan vaz geçtiklerine bir karine teşkil eder. Bununla beraber bu hadisede bu karine cari olamaz, çünkü her iki taraf ta 5000 fr. lık ilâve bedelin tediyesi taahhüdünün otel ruhsatnamesinin geri alınmaması şartına bağlı olduğunu kabul ediyorlar. Lâkin bu şartın resmî sened metninde bulunmaması bu satış akdini hükümsüz kılmaz. Çünkü, resmî şekilde tesbiti gerekli bir borcu hafiften veya uzatan bir anlaşma ki bahis mevzuu olan şartta böyledir- hiç bir şekle bağlı olmadan muteberdir. Bu netice, İsviçre Borçlar Kanununun 115. maddesi hükmünden çıkmaktadır. Sözü geçen maddeye göre, sihhatlı bir şekle bağlı olan bir borcun ibrası veya tenkisi için özel şekle riayet etmeğe hacet yoktur. İşte bu kaideyi burada da kıyas yolu ile uygulamak gerekir: belli bir şekle bağlı olan bir borç, özel bir şekle bağlı olmadan sonradan iptal veya tenkis edilebildiğine göre; resmî senedde muhtemel ve mümkün azamî haddi tesbit edilen aynı borcu, şekle tâbi olmayan bir anlaşma ile önceden iptal veya tenkis de mümkün olmalıdır. Borçlu için en ihtimal tahakkuk ettiği takdirde borcun azamî miktarının ne olacağı resmî senedde doğru olarak gösterildiği ve anlaşma ile yapılan tahdit sadece borcun vafına (şarta bağlı oluşuna) taallûk ettiği takdirde, böyle düşünmek icap eder.

b) Yine iddiaya göre; resmî satış senedinde satıcı 5000 fr. ı tahsil ettiğini ve bu sebepten müşterinin bu borcundan beri olduğunu gösteren kayıt ta hakikate uygun değildir, şu halde bu durumda satış akdinin iptalini icap eder.

Federal mahkeme bu itirazı da şu gerekçe ile reddediyor: **bedelin alındığına dair beyan satış akdi ve bu akdin şekle tâbi olan unsurları ile asla alâkalı değildir. Şu halde, satış senedine tesadüfen dercedilen ibra kaydının doğru veya yanlış oluşu -veya şarta bağlı veya şartsız oluşu veya satış akdinin imzası ile birlikte imza edilmiş olması- bu akdin sihhatına müessir değildir.**

c) Nihayet, dâvacının iddiasına göre; resmî senet, müşterinin oteli başkasına satması halinde satıcıya bir kâr hissesi verileceğine dair ve evvelki anlaşmada yer alan şartı dercetmediği için de hakikate aykırıdır.

Federal mahkeme bu itirazı da şu gerekçe ile reddediyor: satıcıya böyle bir hisse verilmesi hakkında...aki vait bu satış akdinin yapılması için esaslı şartlardan, kendisinden vaz geçilmez şartlardan değildir. Çünkü sa-



tış yapıldığı zamanki duruma göre, satıcı müşteri böyle bir vaitte bulunmasa bile hiç şüphesiz bu satışı yapacaktı. Zaten bu vadin ne zaman ve nasıl gerçekleşeceği hususunda da hiç bir şey bilinmemektedir. Bu itibarla bu vaid daha ilk bakışta iktisadî değeri itibariyle şüpheli ve satış akdinin tarafları için tâli bir şart gibi görünmektedir. Ne objektif bakımdan, ne de sübjektif bakımdan esaslı bir akdî şart olarak kabul edilebilir; muhtevası itibariyle fer'î bir mahiyet taşıdığı için, akdin malûm olan gayesine göre, resmî şekilde tespit ve tanzimine hacet yoktu. Çünkü **kanun akdin muhtevasına dahil olan her hususun istisnasız resmî şekilde tesbitini şart koşmıyor; bilâkis nazariyat ve tatbikatta hâkim olan görüşe göre, satış akdinin objektif ve sübjektif bakımdan esaslı şart ve rükünlerinin resmî şekilde tâbi tutulması kâfidir.** (RO 68 II 233 ve orada zikredilen eserler, JdT 1943 I 74).

Federal mahkeme, bu noktada şu gerekçeyi de ilâve ediyor: (her halâ kârda dâvacının butlan iddiası, bir hakkın suiistimali mahiyetini taşıyor ve bu bakımdan nazarı itibara alınamaz; satış akdinin tanziminden 7 gün sonra yapılan yazılı anlaşmada satıcı, müşterinin satışdaki kârına iştirak etmekten vaz geçmiştir ve otelin ruhsat işi halledilince 5000 fr. verileceğini vadettirmiştir. Tarafların sonradan müştereken vaz geçtikleri bir şartın resmî senedde bulunmadığı bahanesiyle satış akdinin butlanını iddia etmek hüsnüniyet kaidelerine aykırıdır. (1)

\*  
\*\*

## B — MÜŞTERİ MUAYYEN VADEDE MALLARIN KISMİ TESLİMİNİ KABULE MECBUR MUDUR? (1)

Muayyen bir vadeye kadar teslimi mukavele edilmiş malların tamamı yerine mühim bir kısmı teslim edilirse, müşteri bu malı reddetmek ve satış bedelinin iadesini ve mahrum kaldığı kârı talep edebilmek hakkını haiz midir? Yoksa, ancak borcun tamamen ifasında esaslı bir menfaati olduğunu isbat etmek şartıyla, akdî feshetmek hakkını mı haizdir?

Önce hadiseyi hülâsa edelim: satıcı, 14 Ağustos 1944 tarihli bir mektupla müşteriye elektrikle işleyen oyuncak trenler satmağı teklif etmiştir. Teklife göre, siparişi aldıktan sonra kat'i (irévocable) bir akreditif açılması mukabilinde iki hafta içinde malları teslim edebilecektir. Müşteri 28 Ağustos tarihinde 50 lokomotif, 200 vagon, 3000 ray sipariş etmiş, 14100 frank fiyat kabul etmiş fakat sipariş edilen bütün malın en geç 15 Eylülde postaya verilmesini şart koşmuştur. 30 Ağustos tarihli mektubunda bu si-

(1) FMK. 75 II sh. 137 (zd T 1950 sh. 38)



parişi teyid etmekle beraber oyuncakların her biri bir lokomotif, bir transformator, 4 vagon ve 60 ray ihtiva eden takımlar halinde yollanmasını açıklamış ve şunu ilâve etmiştir: (parça parça mal yollamanın ve eksik takımların Noel alışverişleri bakımından bize faydası olmayacağı hususuna dikkat nazarınızı çekeriz).

Satıcı malın bir kısmını 21 Eylül, mütebaki kısmını da 30 Eylül kadar teslim edeceğini bildirince müşteri akreditifin müddetini 30 Eylül kadar uzatmaya razı olmuş ve malların gecikmeksizin teslimi hususunda ısrar etmiştir.

Satıcı 30 Eylül tarihinde sipariş edilen 50 takımdan ancak 20 takım yapmağa kâfi gelecek kadar malzeme göndermiş ve mütebaki kısmı yollayacağını bildirmiştir. Bunun üzerine müşteri satıcı aleyhine dâva açarak peşin ödenmiş olan mal bedeli ile nakliye, gümrük, antrepo masrafları ile mahrum kaldığı kâra mukabil 19000 kûsur frank talep etmiştir. Mahallî mahkeme yirmi takım kabul etmesi icap ettiğine, geri kalan kısmın bedelinin kendisine iadesine ve bir miktar kâr mahrumiyeti tazminatına karar vermiştir. Federal mahkeme ise bedelin tamamen iadesine ve 2020 frank da mahrum kalınan kâra hükmetti.

Federal mahkeme bu hâdise münasebetiyle şu suali soruyor:

**Müşteri kısmî teslimatı olduğu gibi, yahut bu teslimattan bir miktar yapmağa yetecek kadarını kabul etmek zorunda mı idi?**

Bu sorunun karşılığını verebilmek için de önce meseleyi mukayeseli hukuk yönünden, sonra bu hadisede taraflar arasında kısmî teslimatı kabul bakımından bir anlaşma olup olmadığı bakımından, daha sonra kısmî teslimatın daima mümkün olduğu yolunda Kanton mahkemesi tarafından ileri sürülen ve buna yaklaşan fikri tetkik edelim.

a) İsviçre Borçlar Kanununun 69. maddesine göre borcun tamamı ihtilâfsız (liquide) ve muaccel ise alacaklı kısmî tediye reddedebilir. (Burada bir ıstılah meselesine işaret edelim: Türk Borçlar Kanununun, İsviçre BK. 69. maddesine karşılık olan 68. maddesinde **liquide** kelimesinin **muayyen** terimi ile çevrildiğini görüyoruz. Bu terim müphemdir. İhtilâfsız, itiraz edilmemiş terimi daha doğrudur. (Bak, **Becker**, Obligationenrecht 2. basım mad. 69). Borcun mahiyetine uygun olan bu prensip, yalnız para borçlarına değil, nev'i ne olursa olsun bütün edalara tatbik olunur. Bu prensip İsviçre hukukuna has bir kaide değil, bütün komşu devletlerin kanunlarınca kabul edilmiş bir esastır (bak, Fr. MK. 1244, Alman MK. m. 266, Avusturya MK. 1415, tal. MK. 1181). Bununla beraber 69. maddede yazılı kaide tefsirî kaidelerden olduğu için, bu hadisede taraflar arasında kabul edilen bir anlaşma ile veya başka bir sebepten dolayı bu kaidenin aksinin cari olup olmayacağı hususu araştırılmak lâzımdır.



b) Dâvalı durumunda bulunan satıcı, taraflar arasında, kısmî edanın kararlaşmış olduğunu iddia ediyor. Halbuki bu hususta ne sarîh, ne de zımnî bir anlaşma vardır. Satıcı satış teklifinde, kısmî teslimatta bulunmak hakkını mahfuz tutmamıştır. Öbür yandan müşteri, kısa teslim müddetini gözönünde tutarak yaptığı siparişin bir defada yerine getirileceğini tahmin edebilirdi; zaten 30 Ağustos 1946 tarihli mektubunda da bu ciheti açıkca yazmıştır. Satıcı bu noktada Union de Banques Suisses'in akreditif açılmasına yazdığı 12 Eylül 1946 tarihli mektubu ileri sürmektedir. Lâkin bu mektub hukukan önemsizdir. Çünkü kısmî teslimata müsaade edildiğinden bahseden bu mektup, satıcıya Güney Afrika'daki bir bankanın Londra'daki şubesinin emriyle gönderilmiş olup müşterinin emriyle gönderilmemiştir. Bu itibarla bu mektupta tarafların arasında yapılmış bir anlaşmanın ifadesini bulmak mümkün değildir. Hülâsa müşteri ne yaptığı beyanlarda, ne de iradesini açığa vuran hareketlerinde kısmî edaları kabul edeceğini ifade etmemiştir.

c) Bununla beraber Kanton mahkemesi kısmî edaların mümkün olduğunu, çünkü müşterinin 29 Ağustos 1946 tarihli sipariş telgrafında oyuncakların hepsinin birlikte teslimi icap ettiğini beyan etmediğini kabul etmektedir. Bu mahkemenin, kısmî edaların, anlaşma ile bertaraf edilmişse, daima mümkün olduğu fikrinden hareket ettiği anlaşılıyor; yani bu mahkemeye göre kısmî edaların caiz olması için bu hususta ayrıca bir anlaşmaya hacet bile yoktu.

Fakat bu mütalâa BK m. 69. hükmüne açıkca aykırıdır. Çünkü bu madde kısmî edaların kabul edilebileceği hakkında bir karine koymak şöyle dursun, tam tersi bir kaideyi ifade etmektedir. Taraflar açıkca yahut zımnî bir anlaşma ile kısmî edanın caiz olduğunu kabul etmediği müddetce bu kaide caridir. Zaten 69. maddeye yanlış olarak izafe edilen karine hakikatta mevcut olsaydı bile bu hadisede tatbik edilemezdi. Çünkü taraflar bu hadisede kısmî edanın yapılamıyacağını kararlaşmışlardır. Çünkü müşterinin 30 Ağustos tarihli mektubu bu hususta hiç bir tereddüde yer bırakmıyor...

d) Acaba kısmî tediye reddetmesi için makul bir sebep olmadığı halde, malın tamam olarak teslimi hususunda ısrar etmekle müşteri **hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir harekette bulunmuş olur mu?** Kanton mahkemesi ve bir de Bern mahkemesi kararına dayanarak bu fikri müdafaa ediyor.

Federal Mahkeme bu fikri de aşağıda yazılı şekilde çürütmektedir :

69. madde, alacaklının muvafakati olmadan borçlunun kısmî edalarda bulunamayacağı kaidelerini vazetmiştir. Bunun mânâsı şudur: Borç, taksimi kabil olduğu zaman bile borçlu borcunu bir defada eda etmeli-



dir; ancak bu şart altında borcunu ödemiş addolunur. Bu kaidenin müsbet hukukta birkaç istisnası vardır: Kambiyo ve çek hukukunda, cebri icrada ve miras hukukunda bu istisnalar görülür. Bundan başka, hâlin icabı da bu kaidenin câri olmasına mâni olabilir, meselâ pek büyük bir miktara baliğ olması itibarile edânın bölünmesi icap ediyorsa. Nihayet hüsnüniyet kaideleri de kısmî edanın kabulünü icap ettirebilir; meselâ kısmî edâ, edânın tamamına nazaran pek cüz'î ve alacaklı için önemsiz ise böyledir. Hüsnüniyet kaidelerinden ve alacaklının edânın tamamını istemekte menfaati olmadığından bahseden 69. madde şârihleri ve buna benzer kanun hükümlerini şerheden ecnebi müellifleri, bu suretle ve ancak bu suretle anlaşılacak lâzımdır. Müellif Oser'in zikrettiği (N.C.) Bern İstinaf Mahkemesi kararı (ZBZV 42 s. 41), mâhâza, biraz ileri gider görünüyor. Bu kararın muayyen bir hâdisenin hususî icaplarına uygun olması mümkündür. Fakat vâkıalar hakkında malûmat olmadığı için bir hüküm vermeğe imkân yoktur. Her ne olursa olsun bu kararın gerekçesi, neşredildiği şekilde kabul edilemez. Bu kararda deniyor ki, siparişi veren müşteri malının tamamının tesliminde esaslı bir menfaati varsa ve ancak bu takdirde, malın bir kısmının teslim edilmesinden dolayı satış akdini feshedebilir. Bu tez, savunulamaz bir tezdur. Hukukî olduğu kadar amelî itirazları da muciptir. Eğer bahis mevzuu olan şey alacaklının menfaati ise, onun malın tamamının teslimini istiyeceği hususunda hiç olmazsa bir karine kabul etmek lâzımdır. Kesin vâdeli muamelelerde (Fixgeschæft) bu husus açıktır, ve tekrar satılmak maksadile mal alımlarında da umumiyetle böyledir. Şu halde kısmî edâlarda bulunmağa hakkı olduğunu iddia eden borçlunun hiç olmazsa bu hakkının şartını yani alacaklının tam edada bir menfaati olmadığını isbat etmesi icap eder. Halbuki satıcı bunu isbat etmemiştir. Hattâ bu tahditle bile bu nazariye, kısmî edâ geç yapıldığı veya hiç yapılmadığı takdirde, reddedilmek icap eder. Aksi takdirde akdin ifası için tesbit edilen vâdeyi tecavüz etmemek ve kendi keyfine göre akde riayt edip tmemek borçlunun bir hakkı olacaktır ki böyl bir durum akit hukunun temel prensiplerine açıkça aykırıdır.

Bu mülâhazalar gösteriyor ki Kanton Mahkemesinin görüşü menşeinde hatalıdır. Müsbet hukukta kabul edilen bir iki istisna haricinde, 69. maddede de mevzu kaidenin iki istisnası vardır. Ne satılan şeyin mahiyeti, ne ede miktarı teslimatın bölünmesini haklı göstermiyor. Bunun gibi, teslim edilmemiş olan parçalar siparişin tamamına nazaran cüz'î bir şey değildir. Müşteri teslim edilen ray miktarı ile ancak 20 takım yapabiliirdi. Halbuki sipariş miktarı 50 takımdır. Görülüyor ki teslimat siparişin yarısı bile değildir. Bu elbette pek mühim bir farktır. Şu halde



müşteri kabul edilmesi caiz olmıyan kısmî tediyei reddetmek ve bunun gibi mukavele mevzuu malı kabul etmemek ve zarar ve ziyan talep etmek hakkını haizdir.

\*  
\*\*

### C TAKSİM MUKAVELESİ Mİ, MİRASTAN FERAGAT Mİ?

Bir kimsenin sağlığında gayrimenkullerini çocuklarına, diğer kardeşlerine verdikleri belli paralar mukabilinde, temlik eden bir kimsenin mahiyeti nedir? (1).

Bir zat on çocuk sahibidir. Bunlardan dokuzu ile şöyle bir akit yapmıştır: (Yirmi yıldanberi çalışmıyorum ve bu müddet barfında bu çocuklarım benim gayrimenkullerimin değerinden fazlasını bana sarfettiler.

Bu gayrimenkul mallarımı adalet dairesinde ve kendi irademe göre ve uzun zaman emek ve kazançlarını müşterek yuvaya sarfetmelerine binaen bu çocuklarım arasında taksim etmemiz icap ediyor. Diğer taraftan onuncu oğlum zaten miras hissesini temsil eden 830 Fr. ğı daha önce almıştır. Şu halde: oğlum E şu mallarımı, R, şu mallarımı alacak; geri kalan altı oğlumdan her biri gayri menkulleri alan oğullarımdan her biri ise, bu gayri menkulleri alan oğullarımdan her biri 830 ar Fr. almış olduğundan tamamen tatmin edilmişlerdir.

Bahis mevzuu gayri menkullerin tam mülkiyeti ,adı geçen üç oğluma derhal nakledilmiştir).

Mahallî tapu memuru bu anlaşmayı tapuya tescil etmiştir. İleri sürdüğü sebep şudur: Bu anlaşma, tasarrufu yapan zatın terekesini taksim etmesini tazammun eder, ki bu da o zatın sağlığında yapılması caiz olmıyan bir iştir.

Vaki şikâyet üzerine Kanton Tapu Nezaret makamı aşağıdaki gerekçe ile bu muameleyi tasvip etti:

(İsviçre Medenî Kanunu, bir kimsenin, ölümünden önce irsî intikal şeklinde mallarının fûruuna geçmesini tanımaz. Bir kimsenin mallarını kendi müstakbel mirasçılara derhal tesir hasıl etmek üzere geçmesini teminen yaptığı akit ya bir satış yahut bir hibedir. Eğer bir semen mukabilinde devrediliyorsa, satış, ivazsız olarak devrediliyorsa hibedir. İsviçre hukuku illetten mücerret bir irade beyanı üzerine gayri menkul mülkiyetinin intikalini kabul etmediği için mukavele, akdin bü-

(1) FMK. 74 / sh. 331 (zd T 1949 s. 103).



tün unsurlarını ihtiva eden bir resmî senet şeklinde tanzim edilmelidir. Halbuki yapılmış olan mukavele, şekil itibarile, muteber bir satış veya hibe değildir. Bu anlaşmaya göre, gayrimenkul mallar yir misenelik bakım ve sarfiyat karşılığı olarak baba tarafından çocuklarına verilmektedir. Halbuki bakıma muhtaç bir babaya çocuklarının bakması füru için bir alacak hakkı doğurmaz. Bu itibarla malların mülkiyetinin nakli bir hibe demektir. Halbuki anlaşmada bu cihet gösterilmemiştir. Bu anlaşma şeklen muteber bir hibe olarak kabul edilse bile, başka bakımdan yine hibe sayılmamak icap eder: diğer çocuklar kendi hissei irsiyelerine mukabil 830 Fr. aldıklarını kabul ediyorlar. Şu halde babanın müstakbel mirası bakımından yapılmış olduğu şüphesiz olan bir beyan karşısındayız. Bu itibarla miras mukavelesi şekline riayet edilmek icap ederdi.

Bu bakımdan tasarruf, şekil noktasından batıldır. Baba, diğer çocuklar miras haklarından vazgeçmeseydi mallarını bu suretle temlike taraftar olmiyacağına göre, temlik muamelesi de bătıldır.

Federal Mahkemenin idarî dâvalara bakan kısmı bu karar aleyhine yapılan müracaatı aşağıdaki gerekçe ile kabul etmiştir:

(Bir kimsenin, servetinin tamamını veya bir kısmını müstakbel mirascılarına temlik etmesini tazammun eden hukukî tasarruf, bir miras taksimi muamelesi olmayıp bir diriler arasındaki tasarruftur. (bak. RO 45 III s. 164). Fakat bu temlikin, satış veya hibe olduğunun senette sarahaten beyan edilmesine hacet yoktur. Temlikin, tasarrufu yapmanın sağlığında icra edilmesi kâfidir. Satış veya hibeye ait kaidelerin tatbiki, temlikin şartlarına bağlı olur.

Tapu memuruna ibraz edilen anlaşmaya göre, üç çocuğa yapılacak temlik babalarının sağlığında vaki olmak lâzımdır. Bundan başka, yine aynı anlaşmaya göre, bu üç çocuk diğer kardeşlerinden herbirine 830 Fr. vereceklerdir.

Bu anlaşmaya göre, ortada bir satış veya kısmen bir hibe olduğunu tayin etmek zordur. Bununla beraber, alâkalıların edâları açıkça tayin edilmiş ve yalnız aktedilmiş mukavelenin neyi müşkülâta sebep oluyorsa bu hal tescile bir mani teşkil edemez, meğer ki tarafların hakikî vç tek arzusunun gayri menkuller babanın sağlığında üç çocuğa temlik etmek değil de ileride düşecek olan terekenin taksimine tevessül etmek olduğu sabit bulunsun.

Kanton makamı bu hâdisede vaktinden önce yapılmış bir tereke taksimi mahiyeti görür gibidir. Gerçekten, yapılan senedin ilk kısmında babalarına bakmış, onu nifak ve iase etmiş, müşterek eve kazançlarını tahsis etmiş olan çocuklar arasında gayrimenkullerin taksiminden bahsediliyor; buna ilâve olarak onuncu çocuğun bu mallardan bir şey



alamıyacağı, çünkü daha önce 840 Fr. almak suretile miras haklarını tamamen almış olduğu işaret ediliyor. Fakat bu beyanlardan yalnız şu netice çıkarılabilir; baba, sağlığında yaptığı mal temlikine kendi ölümünden sonra mallarının tevzii hususunda tatbik edilecek usulün aynen tatbiki hususunda çocukları ile mutabıktı. Bununla beraber babanın malları kendi sağlığında taksim etmek hususundaki iradesi inkâr edilemez. Bilâkis, hattâ bu iradenin ciddî olduğu anlaşılıyor. Alâkalıların, gayrimenkullerin tapuya tescili sırasında (terekenin taksimi) tabirini kullanmış olması da önemi haiz değildir. Bir akdin mahiyeti hukukiyesi bakımından olan husus ona verilen ad değil, onun muhtevasıdır.

Gayrimenkulleri alacak olan üç çocuğun, geri kalan çocuklara vermesi icap eden 830 Fr. kanton mahkemesince tescile mani olan en mühim sebeptir. Bu makamın fikrinde, diğer çocukların haklarını tamamen aldıklarına dair beyanları miras haklarından feragata müteallik bir beyan mahiyetindedir, bu itibarla miras mukavelesi şekline tabi olmak lâzımdı. Federal Mahkeme bu fikirde değildir. Bahis mevzuu anlaşmada babanın gayrimenkullerinin onun sağlığında taksimi derpiş edilmiştir. Kabul edilen taksim şekline uygun olarak gayrimenkulleri diğer kardeşlerden her birine 830 Fr. vermiş olan üç çocuğa nakledilmiştir. Anlaşma imza edildiği sırada bu meblâğlar ödenmişti. Bu itibarla anlaşma üç çocuğu ibra ile gayrimenkullerin taksimi sırasında kendilerine verilmesi icap eden parayı geri kalan çocukların almış olduğunu tesbit ediyor. Babanın müstakbel mirasının taksimi bahis konusu değildir. Şu halde miras haklarından feragat bahis mevzuu olmadığından anlaşmanın muteber olması için, miras mukavelesi şekline riayet zarureti yoktur.

★  
★

### **D AKIL HASTASINDAN KIZININ HAKSIZ FİLLERİNDEN AİLE REİSİNİN MESULİYETİ NEDİR? ŞEKLEN BATIL ÖDEME EMRİ ZAMANAŞIMINI KESER Mİ? (1)**

Yaz tatili Grisons bölgesinde bir köyde geçirmeğe giden karı-koca akıl hastalığına müptelâ olan reşit kız çocuklarını da beraber götürmüşlerdir. -Bu kız 45 yaşındadır ve ağır ve müzmin şizofreniden muztarıptır ve yirmi senedenberi bu hastalığı çekmektedir. Bir çok defa şifa yurduna yatırılmış, arada fiilî tecavüzlerde bulunmuştur; hastahane hekimi kızın (buhranlı hastalar) kısmına alındığını, anası babası ile tatil geçirmek için dışarı çıkmasının doğru olamayacağını ve mesuliyetin babaya ait olacağını

(1) zd T 1949 s. 322.



ni, evvelki yıl tatili için izin istendiği zaman bildirmiştir.- Tatil sırasında kız bir gece yalnız başına dışarda kalmış ve köy civarında bir ağıl ve çoban kulubesini birlikte yakmıştır.- Bu yangın 8 Temmuz 1944 tarihinde vaki olmuş ve yanan ağılın müşterek malikleri 2 Temmuz 1945 senesinde kızın babasına, MK. nın aile reisinin mesuliyetine müteallik hükmü gereğince, bir ödeme emri tebliğ ettirmişlerdir -Hissedarlardan biri diğerlerinin alacaklarını temellük ederek işbu dâvayı açmıştır.- Dâvalı, zaman aşımı def'inde bulunmakla beraber, kızının bu zararı işlemediğini, işlemiş olsa bile kendisinin kanunen terettüp eden nezaret vazifesini ihmal etmediği yolunda müdafaada bulunmuştur. Federal mahkeme bu müdafaaları kabul etmemiştir ve bu münasebetle aşağıda yazılı prensipleri vazetmiştir.

1. Haksız fiilden mütevellit tazminat dâvasının zamanaşımı, mağdurun yalnız zarar verici fiilin failine muttali olduğu tarihten değil, lâkin aynı zamanda zararı tazmin ile mükellef olan kimseyi öğrendiği tarihten itibaren cereyana başlar (Von Tuhr s. 347) Şu halde, yangının vukuu tarihinde; onu çıkaran kızın, BK. m. 41 e göre sorumlunu bertaraf edip MK. 333 e göre aile reisinin sorumlunu tesis eden bir akıl hastası olduğunu bilmeyen mağdur hakkında zaman aşımı tarihinden başlamaz. Mağdur deliliği ancak kız hakkında verilen meni muhakeme kararı ile öğrenmiştir. (Bak. 133 bend 2).

2. Bir ödeme emri, bilâhare şekil sakatlığı yüzünden iptal edilse bile, zaman aşımını keser. Zira takip edildiğini, takibin sebebini ve alacak miktarını borçluya bildirir. Şu hale müşterek malın ziyandan mütevellit tazminat iddiasının, üç malik tarafından hisseleri nisbetinde takibi yerine üçü tarafından müşterek bir alacak gibi takibini gösteren bir ödeme emri zamanaşımını keser.

3. Aile reisinin kendi nüfuzu altında bulunan küçükler, mahcurlar, akıl hastaları veya aklen zayıf kimseler hakkında göstermesi icap eden nezaretin derecesi ve ölçüsü mücerret prensiplere göre değil, lâkin her hadisenin müşahhas şart ve icaplarına göre takdir edilmek gerekir; bu bapta kesin kriteriyom, bir aile üyesi tarafından işlenebilecek olan bir zararlı fiilin önceden kesdirilmesi imkânıdır.

Aile reisinin nezaret derecesi hakkında, küçük veya mahcurlara nazaran akıl hastası veya akıl zayıflığı halinde bulunan kimseler bahis mevzuu olduğu zaman daha sıkı davranmak lâzımdır.

4. Bir akıl hastası tarafından verilen bir zararın kabili tahmin sayılabilmesi için bu hastanın daha önce aynı neviden zararlar işlemesi şart değildir; hastanın zarar verici fiiller işlemesi imkânının mevcut olduğunu hesaplayabilmek kâfidir.



**E. SATICININ KANUNÎ İPOTEK HAKKININ TESCİLİ İÇİN RİAYETİ GEREKLİ 3 AYLIK MÜDDET, NE ZAMAN CEREYANINA BAĞLIDIR? (1) MÜŞTERİNİN MALİK OLARAK TESCİLİ HUSUSUNDAKİ TALEBİN TAPUYA YEVMİYE DEFTERİNE KAYDI TARİHİNDEN Mİ YOKSA TAPU KÜTÜĞÜNE TESCİLİ TARİHİNDEN Mİ?**

Hadise kısaca şudur;

Dâvacı D, 14 Kasım 1945 tarihinde bir gayrı menkulün dâvalı Bö ye satmıştır. Müşteri, ipotekli borçları üzerine almış ve geri kalan semeni tak-sitle ödemeği kabul etmiştir. Satıcı, müşteri namına tescil yapılması için gerekli tescil talebinde bulunmaktan imtina etmiştir. Bunun üzerine müş-teri satış akdi gereğince namına tescil yapılmasına karar verilmesi için dâva açmıştır. Mahkeme mülkiyetin müşteriye aidiyetine karar vermiş ve bu karar dâvalının istinaf talebini geri alması üzerine 14 Ocak 1947 tari-hinde kesinleşmiştir. Bunun üzerine müşterinin mülkiyeti 8 Şubat 1947 tarihinde tapu sicili yevmiye defterine, 18 Mart tarihinde de tapu kütüğü-ne tescil edilmiştir.

Satıcı 18 Haziran 1947 tarihinde satıcı sıfatı ile haiz olduğu ka-nunî ipotek hakkının muvakkaten tescilini ve aynı günde tapu yevmiye defterine kaydını istedi. Bu ipotek hakkı 17 Temmuz tarihinde tapu si-ciline tescil edildi. Sonra satış bedelinden dolayı müşteri aleyhine dâva açmakla beraber aynı dâvada kesin ipotek hakkının tesciline mü-sade edilmesini de talep etti.

Kanton mahkemesi dâvalıyı semeni ödemeğe mahkûm etti, lâkin M.K. 838 de yazılı üç aylık müddet geçtiği için ipotek hakkının tescili talebini reddetti.

Federal Mahkeme bu kararı tasdik etmiştir.

**Bu hükmün gerekcesi, tapu sicilli hukuku bakımından çok mü-himdir :**

Bir gayrı menkûl satıcısının kanunî ipotek hakkı Medenî kanu-nun 837. (807 maddesinin I. bendine göre mülkiyetin intikalinin tescilin-den itibaren üç ay içinde talep edilmelidir (Türk medenî kanunu 807 ve 808). Kanton mahkemesi satıcının mülkiyeti müşteriye naklettiğini zımnen kabul ediyor. Bu mahkeme müşteri adına 8 Şubat 1947 tarihinde yevmiye defterine yapılan kaydı esas tutuyor. Bu itibarla 18 Şubat 1947 tarihinde vâki ipoteğin muvakkat tescilinin üç ay sonra sakıt olacağını kabul ediyor. Buna mukabil dâvacı satıcı mülkiyetin müşteri adına 18 Mart 1947 tarihinde tapu sicilli kütüğüne tescil edilmesini esas tu-

(1) zd T 1949 s. 294.



tuyor ve üç aylık müddetin 18 Haziran tarihinde muhafaza edilmiş olduğunu iddia ediyor.

Dâvacı durumunda satıcının görüşü doğru değildir. Satıcı gayri menkul mülkiyetini bir muamele ile naklettiği zaman müşteri mülkiyet hakkını tapu sicilli kütüğüne tescil ile iktisap eder ve bu hakkın sırası ve tarihi tescil ile tesbit edilir (M K. 972 F. I; T M K. 930: Aynı haklar tescil ile doğar ve sıra ve tarihlerini tescil kaydına göre alır. **Not** : me' hazde tapu **kütüğüne** tescil'den bahsedilmiştir). Lâkin bu tescilin hükümleri tescilin yevmiye defterine yapıldığı tarihe irca olunur (bak. M K. 972 F. 2; T M K. 930 F. 2: Kanunen lâzım gelen evrakı müsbite talebe rabdedilmiş ve muvakkaten serh verilmesi halinde vesaikin noksanı zamanında ikmâl edilmiş olmak şartı ile **tescilin hükmü kayıt tarihine irca** olunur. **Not**: me hazde yevmiye defterine kayıt, ibaresi var). Şu halde tescilin hükümleri tescil talebinin yapıldığı güne irca olunur, zira tescil talebi derhal yevmiye defterine kaydolunur (M K. 948 F. I Tapu nizamnamesi m. 14; T M K. de 948 madde alınmamıştır, tapu sicilli nizamnamesinin 15. maddesi: Talepnameler tapu sicilli idaresine gelince hemen bunların üzerine alındıklarını mübeyyin bir kayıt düşürülerek her sene bidayetinden itibaren başlayan sıra numarasi altında yevmiye defterine kaydolunur. Kayıt talepnamesinin tevdi olunduğu tarih saat ve dakikayı talebi dermeyan edenin.. muhtevi olacaktır..). Tapu kütüğü üzerine tescil yevmiye defterindeki mütenazır kayıtların sırasına göre tescil olunur ve kayıtların tarihini alırlar (Tapu sicilli nizamnamesi m. 26 F. 3; Türk T. S. N. m. 27: Tapu memuru talep üzerine yevmiye defterinde.. mevcut kayıtlara müsteniden tapu kütüğüne tescilin sürati mümkünce icrasına tevessül edecektir.. Yevmiye defterindeki kayıt sıralarına göre tapu kütüğüne aynı tarih irca edilmek suretiyle tesciller yapılır..). Şu halde 972. maddenin I. fıkrası tescil tarihi bakımından sadece şunu ifade eder: hüsnüniyetli bir müktesip yanlış dahi olsa tapu kütüğündeki tarihe istinat edebilir (bak. **Homberger**, m. 972 N. 19), böyle bir hal tapu sicilindeki tarih ile yevmiye defterindeki tarih arasında bir fark hasıl olduğu zaman tahassül edebilir. Satıcı müşteri adına tescil yapılmasını talep etmekle kendi hakkı üzerinde akit dairesinde tasarruf etmiştir; işbu tasarruf hukukî muamelesi mülkiyetin naklini tazammun eder, tıpkı menkullerde zilyetliğin naklinin mülkiyeti nakletmesi gibi (bak. **Guhl**, *Persönliche Rechte mit verträketer Wirkungen*, 100 ve sonrakiler, bilhassa 106 ve **Not**; F M K. 55 II 308). Tapu sicil muhafızı tescil talebini görünce mülkiyetin nakli tesbit eder ve intikâl keyfiyeti bu andan itibaren, biraz önce bahsedilen tapu sicilli kaidelerine göre, tesirini hasıl etmek zorundadır.



Bu hal suretini haklı gösteren emelî sebepler de vardır. Tapu kütüğüne tescil öyle bir muameledir ki harice inikâs etmez. Tapu sicil muhafızı zamanı olduğu vakit bu ameliyeyi yapar ve yevmiye defterindeki kayıtlara istinat eder. Yevmiye defterine kayıt ime tapu kütüğüne tescil muamelesi arasında günleer, hatta bu hadisede olduğu gibi hatalar geçebilir. Muaileyh tapu kütüğüne tescil keyfiyetinden ilgilileri haberdar etmekle mükellef değildir. Bu tarih 838 Maddede yazılı sürenin başlaması için önemi haiz olsaydı bunun satıcıya ihbarı gerekirdi. Halbuki tapu sicilli dairesi muaileyh sıhhat ile malûmat vermek imkânına dahi sahip olamazdı çünkü mülkiyetin intikâline dair tapu kütüğüne yapılan tescil yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden itibaren hüküm ifade eder; esasen tapu kütüğüne yapılan tescil tarihinin not edilmesi gerektiğine dair ne kanun ne de nizamnamede bir hüküm yoktur. Bazen bu cihet tavsiye ediliyorsa da umumiyetle böyle bir âdet yoktur.

Üç aylık müddetin, mülkiyetin müşteri namına yevmiye defterine kaydından itibaren cereyana başlayacağı kabul edilmekle bu müşkilât ortadan kalkar. Satıcı bu tarihi biliyor, çünkü tescil talebinde bulunan kendisidir... Satıcının ipotek hakkı tapu kütüğüne, mülkiyetin intikâlinin tescilinden evvel, tescil edilemez.

Esasen dâvacı, gayri menkul mülkiyetlerin müşteriye aidiyetine dair verilen kararın 14 Ocak 1947 tarihinde kesinleşmesi ile mülkiyetin bu tarihte müşteriye intikâl ettiğini gözden uzak tutuyor. Bu hüküm, tapu siciline tescile hacet kalmaksızın mülkiyetin müşteriye intikâlini mucip olmuştur (M K. 655 m. 2, T M K. 633 F. 2). İmdi, 938. (T M K. 808) de yazılı müddetin 14 Ocak 1947 den itibaren cereyana başlayıp başlamadığı sorulabilir. Bununla beraber bu mesele muallakta bırakılabilir. 838. Maddenin tatbiki için tapu siciline tescil keyfiyetine istinat edilse bile dâvacı, müşterinin (şüphesiz 656. Maddenin 2. fıkradı: T M K. 633 F. 2) mucubince yaptığı tescil talebinden kendisinin haberi olmadığını ileri sürerek, kanunî ipotek hakkının tescili için gerekli müddeti müşteri adına mülkiyetin nakli için yevmiye defterine yapılan tescilden sonraki bir tarihten başlatamaz. Dâvacı (satıcı) mülkiyetin müşteri adına tescili için ihtiyari ile gerekli tescil talebini yapmamış ve onu yargıca müracaata mecbur etmiş olmasına göre kesinleşen ilama riayete mecburdur müddetin hesanı bakımından da durum aynıdır, şu mânâdaki ilâm ile hak kazanan müşterinin tescil talebine her zaman intizar etmesi gerekirdi. Şu halde üç aylık müddet 8 Şubat tarihinde yevmiye defterine tescil tarihinden itibaren işlenmeğe başlamıştır, müşteri adına mülkiyetin intikâlini tesbit eden ilâmın kesinleştiği 14 Ocak 1947 tarihinde cereyana başlamadığı kabul edilse bile.



**MİRAS ŞİRKETİ MİRASCILAR ARASINDA AÇILAN DÂVALAR (1)**

Terekeye dahil olan bir gayri menkulu, mirascılar kendi aralarından birisine satmışlardır. — Satıcı durumunda bulunan mirascılardan ikisi müşteri durumunda bulunan mirascıya karşı bu satışın iptâli için dâva açmışlardır. — Dâvalı, işbu dâvanın satıcı durumunda bulunan bütün mirascılar tarafından açıldığı yolunda bir defide bulunmuştur. — Bu defî mahkemece kabul olunmuştur. İ M K. 602 T M. 581 F. 2

**Bu konuda F. mahkemesinin koyduğu esas şunlardır :**

1. Terekeye dahil bir mal üzerinde mirascılar hep birlikte, yani oybirliği ile tasarruf edebilirler.

Bu prensip! miras haklarının kazaî yoldan dermeyanı bahis mevzuu olduğu zaman da, esas itibarile, tatbik olunur (gerekçe 2).

2. Terekeye ait bir dâvanın bütün mirascılar tarafından açılmıŝ olması hususu, mahkemece resen tetkik edilmesi gerekli bir menî hukuk def'idir.

Diğer mirascıların iştiraki olmaksızın mirascılardan bazıları tarafından açılan bir dâva, ancak müstacel halde ve bu halin devamı süresince şayanı kabul olur (gerekçe 1 ve 2).

3. Tereke tarafından akdedilen bir akdin butlanı için açılan bir dâvada mirascıların ittifakla hareket etmesi kaidesi carî olmaz; mirascılardan her biri öteki mirascılardan müstakil olarak, şekil veya irade sakatlıklarını ileri sürebilmelidirler.

Lâkin bu takdirde mirascılardan her biri ya dâvacıya iltihak ederek, yahut verilecek hükme razı olacağını başlangıçtan beyan ederek bir karar almağa davet edilmelidir; davet edilen mirascı bu şıklardan birini ihtiyar etmediği takdirde dâvacı için tek yol munaileyhi dâvalı ile birlikte dâva ederek onun hakkında gerekli ve münasip taleplerde bulunmaktan ibarettir (gerekçe 4).

**HADİSE :**

24 Eylül 1937 tarihinde vefat eden Theddor Frank - Buchs'ın mirascıları karısı ile altı çocuğundan ibaretti. 23 Şubat 1946 tarihinde çocuklar terekeye dahil olan bir gayri menkulü müstemilâtından olan ticarethane ve antrepolarla birlikte kendi içlerinden Josef Frank'a satmışlardır.

(1) FMK. 74 II, zd T 1949 sh. 264.



Müşteri borçları üzerine almış ve bunları bedel mahsup ettirmiş ve kardeşlerine ipotekli borç senetleri vermiştir (yalnız Martin Frank hissesini daha önce aldığını beyan ettiği için ona bu senetlerden vermemiştir). Annesine bu gayrı menkulde bir sükna hakkı bahşetti ve anne ve babasına hasrettiği mesaisinden dolayı bir şey talep etmekten feragat etmiştir. Fransız ve Martin Frank adındaki kardeşler o sırada memlekette bulunmadıkları için hemşireleri Frieda tarafından temsil edilmiştir. Frieda, Fransız'ın umumî vekili ve Martin'in de vasisi sıfatile hareket etmiştir.

Franz, Frank ve anneleri Aralık 1946 tarihinde Josef aleyhine dâva açarak bu satış muamelesinin butlarını tesbit ettirmek istemişlerdir. Dâvacılar satış akdinin kendilerini ilzam etmediğini iddia ediyorlardı (zira dâvacılar satış akdinin intikâl sırasında muteber surette temsil edilmediklerini, akdin muteber surette resmî şekilde yapılmadığını, Martin'in hakikatte bir şey almamış olduğunu ve müşterinin bu satış akdinde haddinden fazla menfaat temin olduğunu ileri butlan için sebep göstermişlerdir). Dâvacılar binnetice müşteri namına yapılan tescilin terkinini ve kendilerini müteveffa Theodor Frankın mirasçuları sıfatile malik sıfatı ile tescilini talep etmişlerdir.

Dâvalı bu dâvada önce dâvacıların hepsinin birlikte hareket etmeleri gerekirken bir kısmının dâva etmiş olduklarını ileri sürdü (l'exception de la consorité). Nidwald kanton mahkemesi bu def'i kabul etmemiş, lâkin dâvayı usulüne göre açılmadığı için reddetmiştir (mal fondé). Yüksek mahkeme bahis mevzuu def'i kendi önünde dermeyan edilmediği için nazarı itibare almamış, geri kalan kısımlarda ilk derece mahkemesinin kararını tasdik etmiştir.

Dâvacılar bu karar aleyhine reform yolu ile federal mahkemeye müracaat etmişlerdir.

Federal mahkemenin görüşü :

1. Dâvalı, taliki mahiyette bulunan dâvacıların birlikte hareket etmedikleri defini ileri sürmekle, Kanton mahkemesinin sanıldığı gibi, dâvanın şekline müteallik bir sakatlığı ileri sürmüş değildir. Bu defi mahkemeyi şu meseleleri tetkike mecbur etmektedir: Dâvacıların satış akdinin iddia ettikleri butlanından istihraç etmek istedikleri hakların onlara ait olup olmadığını ve yalnız onlara mı ait olduğunu ve bunların bu hakları diğer mirasçılar olan Elisabeth, Frida ve Edwige dâvaya katılmaksızın bu hakları dermeyan edebilip edemeyeceklerini tetkik etmek mecburiyetindedir. Dâvacıların sıfatı açılan dâvaların mesmu olması için vuzudu gerekli bir medenî hukuk şartıdır. Şu halde dâvalı bu hususu ileri sürmemiş ve ikinci derece mahkemesi önünde serdetmemiş olsa bile mahkeme bunu re'sen nazarı itibara almağa mecburdur. Subjektif ba-



kimından yani dâvada müddei vey müddeaaaleyh sıfatı ile hareket eden şahıslar bakımından dâva medenî hukuk bakımından aranan şartlara tevfukeymeyorsa, dâvanın objektif rükünleri tahakkuk etmiş olsa bile ilerde usulen dâva açmakta alakalılar muhtar olmak üzere (elle doit être en l'état (angebrachttermassen) reddeilmelidir.

2. Medenî kanunun 602. Maddesinin 2. fıkrası gereğince mirasçılar terekeye dahil malların birlikte malikdirler ve bunlar üzerinde iştirak halinde tasarruf ederler. Kanun veya akit ile mahfuz tutulan temsil ve idare hakları bundan müstesna. Mahkeme içtihadına göre terekeye dahil haklardan dolayı dâva açmak esas itibarile bu tereke malları üzerinde tasarruf etmeğe muadildir. (F M K. 41 II S. 28) . Eğer bu dâvada olduğu gibi hususmet mirasçılardan birisine karşı tevcih edilmişse bu mirascının aynı zamanda dâvacılar safında bulunmasına imkân olmadığı aşikârdır (bak. 54 II S. 243 J D T 1929 S. 162). Lâkin bazı mirasçılar tarafından diğer mirasçılardan iştiraki olmaksızın kendisi aleyhine dâva açılabilmesi ancak müstacel hallerde ve yalnız bu halin devamı süresince şayanı kabuldür (F M K. 58 II 195; J D T 1933 561; F M K. 73 II 170, J D T 1948 I 215). İmdi bu dâvada bir müstacel halin mevcudiyeti isbat edilmiş değildir; hemşirelerden üçü de dâvaya iltihak etmemişlerdir ve işbu dâva hakkında hiç bir şekilde karar ittihaz etmemişlerdir.

3. Bununla beraber bir akdin iptâli dâvasında (dâvalı müstesna) bütün mirasçılardan dâvacının yanında yer alarak dâvaya katılması veya bir mirascının talebi üzerine miras şirketini için bir temsilci tayini (M K. m. 602 F. 3) şart değildir. Malûmdur ki bu mümessil kendine mahsus bir bak. F M K. 50 II S. 221: J D T 1924 I 505) mucibince hareket edebilir fakat çok kere böyle hareket etmeği uygun görmeyecektir (mesele lâ mirasçılardan ekseriyetinin kurtulmakda hiç bir menfaati yoktur). Lâkin bütün mirasçılardan dâva hakkında kanaatlerini izhar etmeleri ve dâvada dâvalı sıfatı ile yer almaları kâfi ve lâzımdır, meğer ki dâvacıya iltihak etsinler veya verilecek karara razı olacaklarını önceden beyan etmiş olsunlar. Akdin iptali dâvası tereke mallarından bir üzerinde alelade bir tasarruf muamelesi gibi ittifak ile hareket etmek prensibine tâbi tutulamaz. Her ilgilinin, diğerlerinden müstaki olarak, akdin şekil sakatlığını (binnetice müşteri dahi) ileri sürebilmesi ve bu akdin inikadı sırasında vaki temsildeki sakatlık veya bir irade fesadı sebebiyle mağdur olduğunu iddia eden bir kimsenin bu hususuna istinat edebilmesi lâzımdır. Lâkin bütün ilgililerin dâvaya dahil edilmeleri lâzımdır, ister dâvacı tarafında ister dâvalı tarafında olsun. Nasıl (satış akdi hasebile teşekkül eden hukukî rabıta ancak bir defa ve bütün akidler için bertaraf edilebileceğine göre (bak. V. Tuhr - Thilo, Partie générale du code fédéral des obligation 89 S. 683), butlan veya nisbî butlan satış akdinin



heyeti umumiyesine şamil olmalıdır. âkidlerden yalnız bir kısmı hakkında verilen bir hüküm ötekiler hakkında hususile tapu siciline tescil bakımından kabili tatbik olmazdı. Şu halde ilgililerin hepsine şamil olmayan bir dâva bu noksanı hasebile esasagirişilmeden reddolunmalıdır.

4. Bu hal sureti, açılan dâvaların sübjektif bakımından haiz olması gerekli şartları toplayarak açılacak yeni bir dâvanın neticesi hakkında her hangi bir hükmü tazammun etmez. Dâvacılar akdi iptâl ettirmek müşterek mirascıları dâvaya iştirak etmeğe davet etmek zorundadırlar. Bu takdirde bu mirascılardan her biri dâvacılara katılmak imkânını elde ederler. Lâkin bunlar mahkemeye, vereceği kararı ne olursa olsun tanıyacaklarını ve onunla bağlı olacaklarını bildirebilirler. Eğer bu iki şıktan birini tercih etmezler ve sükûtu ihtiyar ederlerse, dâvacının müşterisi aleyhine dâva açtığı zamanda bunları dâva etmesinden başka yapacak şeyi kalmaz. Lâkin müşteriye karşı ileri sürülen talepler (meselâ tediye ve terkin talebi) aynı zamanda diğer müşterek satıcılara karşı ileri sürülemeyeceği için bunların durumuna uygun veya tamamlayıcı mahiyette netice taleplerde bulunmak suretile onlarınhususisi durumunu nazarı itibare almak icap eder.