

KRONİK

— A —

Yazan: Prof. Dr. Kemâl Fikret ARIK

İÇİNDEKİLER

— A —

Objektif iyiniyet ve şuf'a hakkının kötüye kullanılması.

Gayrimenkul mülkiyetinin iştirâ hakkı sahibi adına tesciline dair mahkeme kararının mahiyeti.

Tescile dair karar, bedelin peşin ödenmesi şartına bağlanabilir.

— B —

Derneklerde gayenin değiştirilmesi kararı. Bu karara katılmıyan üyenin itiraz dâvası.

— C —

Zamanaşımının dâva ile kesilmesi ve yeniden işlemeğe başlaması kâidesinin, ölüme bağlı tasarrufların iptali veya tenkisi dâvalarında uygulanmaması.

— D —

İfrazat derecede şekilperestlik, hakkı ihkaktan imtina — Anayasaya aykırılık teşkil eder.

★

— A —

- I. Objektif İyiniyet ve Şuf'a Hakkının Kötüye Kullanılması — Gayrimenkul Mülkiyetinin İştirâ Hakkı Sahibi Adına Tesciline Dair Mahkeme Kararının Mahiyeti — Bu Karar, Bedelin Peşin Ödenmesi Şartına Bağlanabilir Mi?

I. GİRİŞ

Medeni Kanunumuzun ikinci maddesi, bütün hususî hukukukumuzda hâkim, önemli bir prensip koymuştur: «Bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde, objektif iyi niyet kurallarına uygun olarak hareket edilmelidir.» Başka deyimle hakları kullanırken veya borçları yerine getirirken aynı durumda bulunan dürüst, doğru, namuslu, orta zekâlı bir hak sahibi veya borçlu gibi davranmalıdır. Böyle yapmayan bir kimse hakkını kötüye kullanmış olur ve hakkın «sırf gayri izrar eden suiistimalini» yani açıkça kötüye kullanılmasını (1) kanun himaye etmez.

Bir hakkın kanunun himaye etmemesi ne demektir? Ezcümle hakkın hak olmak niteliğini kaybetmesi demektir. O hakka dayanılarak yapılan muamelenin haksız fiil mahiyetini alması demektir.

Mahkeme kararları arasında bir hakkın kötüye kullanıldığını göstermeğe yarayan pratik ölçüler bulmak mümkündür. Şöyle bir durum farzediniz: Bir kanun, tarım işletmelerinin devamını arzu etmektedir. Bu maksatla tarıma ayrılan toprakların satımı halinde satıcının belli hisismlarına (ezcümle babasına) ve hasılat kiraclarına şuf'a hakkı tanınmıştır. -70 yaşlarında olan ve bilfiil tarımla uğraşmayan bir baba, kızına ait olan bir çiftliğin üzerinde onun vekili sıfatıyla başka bir kimseye belli şartlarla satın alma hakkı veren bir anlaşma (yani iştirâ mukavelesi) yapıyor ve bu anlaşma hakkı için tapuya şerh verdiriyor. - Bir yıl sonra iştirâ hakkı sahibi belli fiyat ve şartlarla alım hakkını kullanınca mâlikin babası kanunî şuf'a hakkını ileri sürerek gayrimenkulü kendi adına tescil ettirmek üzere teşebbüse geçiyor. Böyle bir durumda kanunî şuf'a hakkı sahibinin dürüst, namuslu bir insan gibi davranmadığını kabule imkân var mıdır? Hayır! Zira bu adam, kızına ait gayrimenkul üzerinde başkasına iştirâ hakkı veren bir anlaş-

(1) 1. «Objektif telâkki» hakkında bak: Schwarz, Medeni Hukuka Başlangıç (Terc. H. Veldet); Medeni Hukuka Başlangıç, 1942, sh. 196, Hüseyin Avni Göktürk: Türk Medeni Hukuku C. I, Ankara 1954, s. 98; Velidedeoğlu: Türk Medeni Hukuku (U. esasları) 1959 s. 342; H. C. Oğuzoğlu: Medeni Hukuk (Şahsın Hukuku - Aile Hukuku), 1958, s. 176; Jale Akipek: Türk Medeni Hukuku, Cilt I, Güz 1. 1960; s. 154; K. Fikret Arık: Hukukun Temel Müesseseleri 1960, sh. 102.

mayı bizzat ve bilerek yapmıştır, sonra o anlaşmanın icrasına kendi şuf'a hakkını kullanarak mâni olmaktadır.

Bu davranış zirâî şuf'a hakkının amacına da aykırıdır: Zira o kimseye bu hak gayrimenkulü işletmesi maksadiyle tanınmıştır. Halbuki yaşının çok ilerlemiş olması, daha önce iştirâ hakkının tesisine ses çıkarmaması, ancak toprak fiyatları yükselince şuf'a hakkını kullanması bu kimsenin söz konusu gayrimenkulü işletmeyeceğini, onu elde ettikten sonra daha yüksek bir fiyatla satarak kâr etmek arzusunu taşıdığını göstermektedir. İmdi bir hakkı veya hukukî müesseseyi, o müessesenin kabulüne esas teşkil eden maksat ve gaye dışında başka bir maksat için kullanmak o hakkı veya hukuku müessesenin kötüye kullanmak demektir.

Federal mahkeme, 1961 yılında böyle bir davranışı mahkûm eden kararında meseleyi etraflı bir tahlile tâbi tutmuştur (2). Bu kararın ana hatlarını özet olarak aşağıya alıyoruz:

II. Olay (Özet olarak) :

1. Yetmiş yaşındaki bir adam (I.U), zirâî gayrimenkulünü yirmibeş yaşındaki kızına satmış, aynı tarihte kızından bu gayrimenkulü onunla sormadan idare etmek, kiraya vermek, satmak hakkını veren genel ve süresiz bir vekâletname almıştır.

2. Altı yıl sonra bu adam, söz konusu zirâî gayrimenkul üzerinde F. F. isimli bir kimseye bir **iştirâ hakkı** veren bir anlaşma yapmış ve bu iştirâ hakkını tapu siciline şerh verdirmiştir. İştirâ anlaşmasına göre hak sahibi F.F., metre kare başına 5 frank ödeyecek ve bu altın hakkı mirasçılara inkial edecek veya herhangi bir üçüncü şahsa devredebilecektir. [İsviçre Borçlar Kanununun 218 (bis) maddesine göre devir için kanton Ekonomi Bakanlığından gerekli müsaade alınmıştır].

3. Bir yıl sonra, iştirâ hakkı sahibi F.F., iştirâ mukavelesinden doğan bütün hak ve borçlarını 15000 frank karşılığında E. H. adlı bir kimseye de devretmiştir. Bu bedel, E. H. iştirâ hakkını kullandığı zaman ödenecektir.

4. Birkaç ay sonra E. H. iştirâ hakkını kullandığını beyan ile mal sahibi olan kızı, tapuda kendi lehine ferağ taktirini vermeğe davet eylemiştir.

(2) JdT 1961, sh. 325 vd. (RO 86 II 417).

5. Mal sahibi kız, babasının teşviki ile ferağ vermektan kaçınmıştır. Tapu sicil memuru, iştirâ hakkı sahibi adına tescil yapmaktan imtina etmiş ve böyle bir hakkın kullandığını İsviçre'de mevcut (Ziraî gayrimenkul mülkiyetin idamesi hakkındaki kanun) un 13. maddesinin 3. bendine göre mevcut şuf'a hakkı sahiplerine ihbar etmiştir. Bunun üzerine kanunî süresi içinde baba aynı kanunun 6. maddesine göre hâiz olduğu kanunî şuf'a hakkını kullandığını bildirmiş, mal sahibi kızı buna razı olmuştur.

6. Bunun üzerine iştirâ hakkı sahibi H., mal sahibi kız ve şuf'a hakkı sahibi babası aleyhine dâva açarak:

a) Dâvalıların, mülkiyetin intikalı için gereken işlemi yapmalarına ve babanın hâiz olduğu kanunî şuf'a hakkının hükümsüz olduğunun tesbitine,

b) Mal sahibine bedelin peşin ödenmesine karşılık, mülkiyetin kendisine intikaline karar verilmesini talep etmiştir.

7. Züriç kantonunda ilk ve üst derece mahkemeleri dâvayı kabul ile

a) Şuf'a hakkı sahibinin, iştirâ hakkı sahibine karşı şuf'a hakkını ileri süremeyeceğine,

b) Metre kare başına 5 frank üzerinden satış bedelinin peşin ödenmesi halinde gayrimenkulün mahkemece dâvacıya tefviz edilmesine,

c) Dâvalı mal sahibinin bedelin ödenmesinden sonra gayrimenkulü ipoteklerden kurtarılmasına ve ipotek senetlerini tapu dairesine depo etmesine karar vermiştir.

III. FEDERAL MAHKEMENİN HUKUKÎ TAHLİLİ (özet olarak):

1. Şuf'a Hakkının Kötüye Kullanılması :

a) Bu konuda halledilmesi gerekli birinci mesele şudur: **Özel bir kanunla belli bir gayenin gerçekleşmesi için tanınmış olan bir hakkın, o amaçtan başka bir amaçla kullanılması o hakkın kötüye kullanılması sayılmalı mıdır?** Dâvalı şuf'a hakkı sahibi, kanunun kendisine **mutlak olarak** bir şuf'a hakkı tanıdığını, bu hakkı ister kâr elde etmek maksadıyla, ister başka bir maksatla ister başka bir maksatla kullanılabileceğini iddia etmiştir. Başka bir deyimle bir hakkın kullanılmasına tesir eden özel amaçla-

rın, yani sâiklerin o hakkın bir unsuru sayılmaması gerektiğini savunmuştur. Bu tezi federal mahkeme de iki kararile desteklemiştir (3).

Federal Mahkeme söz konusu iki kararın bu tezle ilgisi olmadığını gösterdikten sonra, evvelemirde şu esası koymuştur: Bir hukuki müesseseyi ona tamâniyle yabancı bir maksat ve gaye (amaç) elde etmek için kullanan kimse, (M.M.m. 2 de yazılı) iyi niyet kurallarına göre hareket etmek vazifesini çiğnemiş olur. Bu esas doktrin ve mahkeme içtihadınca kabul edilmiştir (4). Hak sahibinin bu ölçüye uygun hareket edip etmediğini hâkim, her dâvada, katı kurallara bağlanmadan, önündeki olayların bütününi gözönünde tutarak, serbestçe takdir eder (5).

Federal Mahkemeye göre Medeni Kanununun 659 - 189 İMK maddesine göre müşterek mülkiyette hissedarlara tanınan şuf'a hakkı, sırf hissedarlık sıfatına dayanmaktadır. Halbuki bazı kimselelere söz konusu özel kanunun şuf'a hakkı tanınmasının sebebi sırf bu kimselerin mal sahibinin belli derecede hisimlari veya eşi veya toprağın kiracısı veya hasılat kiracısı bulunmaları değildir. Bu hakkın verilmesinin asıl hedefi, özel kanunun 1. maddesinde yazılı **ziraî politika** amajlarını gerçekleştirimindedir. Bu amaçta ziraî toprak mülkiyetinin idamesidir. Yoksa belli hisimlari veya kiracılara kazanç sağlamak değildir. Halbuki hâdisede şuf'a hakkı sahibi U'nun hakkını kullanırken güttüğü maksat -iştirâ hakkı sahibine zarar vermek veya toprağı işletmek değil (80 yaşındadır) - fiyat yükselmesinden istifade ederek gayrimenkulü daha yüksek bedelle satarak kâr sağlamaktır. Bu maksat, ziraî şuf'a hakkının tanınmasına esas teşkil eden amacın dışındadır. Bu itibarla Şuf'a hakkının kullanılması hakkın sutiistimalini teşkil eder.

b) Acaba bir şuf'a hakkı sahibi, gayrimenkul sahibinin vekili sıfatıyla satış yapmağa (iştirâ hakkının tesisine) razı olursa, bu hareketile o gayrimenkule ilişkin şuf'a hakkından **ferağat** etmiş sayılır mı?

Federal Mahkeme bu soruya menfi şekilde cevap vermiştir: Şuf'a hakkı bir inşaaı haktır (yenilik hakkıdır) ve kanunun tayin ettiği kimseye aittir. Şuf'a hak sahibi olan bab/a, üçüncü şahısla

(3) JdT 1956 I sh. 232-RO 82 s. 75; JdT 1958 I s. 602 (RO 85 II S. 200)

(4) Bk., RO 54 II 442; Egger Mad. 2, no:2 32. *Siegwart*, Die zweukwidrige Verwendung von Rechtsinstuten.

(5) RO 78 II 227-JdT 1953 I 239.

İştirâ hakkı mukavelesi yaparken münhasıran mal sahibinin vekili sıfatıyla ve onun adına hareket etmiştir. Bu mukavele sadece mal sahibinin hukukî yetkisine tesir eder, kendisinin hakkına dokunmaz. Şu halde böyle bir akdi yapmakla şuf'a hak sahibinin kendi öz hakkı üzerinde bir tasarruf muamelesinde bulunduğu - zira hakkın kullanılmasından vazgeçme bir tasarruf muamelesidir - muhakkak değildir.

c) Acaba bir gayrimenkul üzerinde, mal sahibinin umumî vekili sıfatıyla de olsa, İştirâ sözleşmesi yapan bir şefiin sonradan kendi şuf'a hakkını ileri sürerek İştirâ hakkının kullanılmasına engel olması, **şuf'a hakkının suiistimali** olur mu?

Federal Mahkeme bu soruya müsbet cevap vermektedir: Zira her kim ki kendi tarafından tamam olan bir halin iptaline sâyeder bu sây mendut olur (Mecelle). Başka deyimle bir kimse bizzat kabul etmiş olduğu bir davranışa karşı bir muamelede bulunursa (6) bu hareketi iyi niyet kurallarına aykırı olur ve hakkın kullanılması bâtil olur. Vakıa şuf'a hakkı sahibi, İştirâ mukavelesini mal sahibinin vekili sıfatıyla yani başkası adına yapmıştır. Yani İştirâ mukavelesi hukukî bakımdan kendisini bağlayan bir muamele değildir. Ancak Federal Mahkemenin düşüncesine göre bu olayda, o mukaveleyi şefiin kendi muamelesi gibi saymalıdır. (Zira gayrimenkulü idare etmekte ve satış bedelini kullanmakta haddutsuz bir yetkisi vardı. Bir yıl önce İştirâ hakkı tesis edeceği yerde gayrimenkulü satmış olsaydı) İştirâ hakkı sahibinin kendisi ile bağımsız bir şekilde satış müzakereleri yapan ve İştirâ sözleşmesi imzalayan kimsenin artık şuf'a hakkı ileri süremeyeceğini kabul etmesi iyi niyet kaidelerine tamamiyle uygundur. Onun hareketleri de bu duruma üstinat edebilir.

Bu bakımdan da şuf'a hakkı sahibinin davranışı şuf'a hakkının suiistimali olur.

2. Bir İştirâ hakkı sahibinin bedeli peşin ödenmesi şartile tapu siciline mâlik olarak tesciline dair karar verilmesi, mülkiyet hakkının şarta bağlı tescilinin memnu olduğu kaidesine aykırı mıdır? (İMK 656 II 665 V. 963 II).

Federal Mahkemeye göre gayrimenkul mülkiyetinin tapuya tescilinin şarta bağlı olamayacağı doğrudur. Ancak gayrimenkul

(6) *Venire contra factum proprium.*

mülkiyetinin mahkeme kararile tefvizi (attribution judiciaire de la préprité), karşı edimin yerine getirilmesi şartına bağlanamıyacağı anlamına gelmez. Çünkü bu takdirde İBK 151 deki anlamile bir şart söz konusu değildir. **İki tarafın da borçlarını aynı zamanda ifa etmesini** gerektiren iki taraflı bir akde dayanarak taraflardan biri bir ifa dâvası açarsa hüküm, genel kural olarak, ancak dâvacının kendi borcunu ifa etmesi şartına bağlı olarak verilebilir (7). Gayrimenkulün tefvizine dair ilâmlarda da aynı esas câri olur. Bu kabil ilâmlar, temyiz edenlerin iddiası hilâfına, daha önce mevcut bir aynı hakkı tesbit ve izhar etmezler, lâkin ihdâsî bir tesiri haiz olurlar; yani hukukî bakımdan muteber bir iktisap sebebinin mevcudiyeti halinde aynı hakkı ihdas ederler. İştirâ hakkının kullanılması ile bu hakkın sahibi ile mükellef (borçlu) arasında bir satış akdi münasebeti doğar. Bu münasebet, ayrı bir satış akdinin yapılmasına tâbi değildir. Sanki böyle bir satış akdi yapılmış gibi taraflar arasında haklar ve borçlar mevcuttur. Şu halde iştirâ mukavelesi ve daha sonra iştirâ hakkının kullanılmasına dair yapılan beyan bir anaya gelince MK 642. Maddede aranan iktisap sebebi (titre d'acquisition) doğmuş olur; satıcı tapu sicilinde iştirâ hakkı sahibi adına tescilin yapılması için gerekli beyandan (takrirden) kaçındığı takdirde bu iktisap sebebi, iştirâ hakkı sahibine mahkemeden mülkiyetin ikazâ tefvizine (tevcihine) karar verilmesini talep yetkisini verir. «Peşin tediye karşılığında mülkiyetin tevfi», hakkındaki karardan maksat şudur: dâvacı bedeli ödeyerek mülkiyeti iktisap edecektir; tapu sicil muhafızı, işbu karar gereğince dâvacı satış bedelini ödemiş olduğunu veya bu bedel satışının emir ve tasarrufuna tapu sicili dairesine depo ettiğini ispat ettikten sonra, talebi üzerine dâvacıyı mâlik sıfatıyla tescil edecektir. (9).

IV — NETİCELER :

1. Hakkın Kötüye Kullanılması Konusu İle İlgili Sonuçlar :

a) Bir hakkın veya hukukî müessesenin, güttükleri amaçın dışında bir amaç için kullanılması, hakkın kötüye kullanılması mahiyetini alır.

(7) *Ennecerus-Lehmann*: Schuldrecht, 1954,- II sh. 22, 285, 929.

(9) JdT. 1960, I. sh. 271—RO 85, sh. 487, Keza, *Leuch*, Kommentar zur Bern Z. PO n. 2 ad Art. 408).

Şu halde, sırf ziraî gayrimenkul mülkiyetinin muhafaza veya idamesi için tanınmış bir şuf'a hakkını, o gayrimenkullü başkasına satarak malî bir kazanç elde etmek maksadıyla kullanan kimse bu şuf'a hakkını kötüye kullanmış olur.

b) Kızının vekili sıfatıyla onun gayrimenkulünü satan bir babanın, bu satıştan sonra kanunî şuf'a hakkını ileri sürmesi bu hakkın kötüye kullanılması mahiyetini alır. Çünkü üzerinde şuf'a hakkına malik olduğu bir gayrimenkullü, mal sahibinin vekili sıfatıyla satmağı teklif eden ve satan kimsenin şuf'a hakkının kullanılacağına müşterinin zan ve kabul etmesi, iyi niyet kaideleri icabıdır.

2. Gayrimenkul Mülkiyetinin Tescili İle İlgili Sonuçlar :

a) İştirâ hakkının kullanılması, bu hakkın sahibi ile iştirâ akdile borçlanan kimse arasında bir satış münasebeti durumu doğurur; bu akdî durumun doğumu ayrı bir satış akdinin yapılmasına bağlı değildir; sanki bir satış akdi yapmış gibi haklar ve borçlar mevcut olur.

b) Muteber bir iştirâ akdi yapılır ve hak sahibi iştirâ hakkını kullanırsa gayrimenkul mülkiyetinin iktisap sebebi mevcut olur; müşteri mal sahibinin tescilden imtinai halinde buna dayanarak hâkimden mülkiyetin kendisine izafesini talep edebilir. Mülkiyet ancak bu kararlarla intikal eder (kararın ihdasî tesini).

c) İştirâ hakkına dayanılarak açılan mülkiyetin izafesi (tescili) dâvasında mahkeme mülkiyetin kazaî izafesini, müşterinin satış bedelini ödemesi şartına bağlayabilir.

— B —

DERNEKLERDE GAYENİN DEĞİŞTİRİLMESİ, BU KARARA KATILMIYAN ÜYENİN İTİRAZ DÂVASI

I. Kanunî Prensipler :

Medeni Kanunumuza göre Derneklerde amacın (gayenin) değiştirilmesi hakkındaki karara karşı üyelerin itiraz dâvası açmak hakkı vardır (M.K. 67) Bu dâva, Asliye Hukuk mahkemesinde açılır. Dâva süresi, kararın üye tarafından öğrenilmesinden başlayarak bir aydır (M.K. 68).

1. Derneğin gayesinin değiştirilmesi ne demektir?

Değiştirme iki suretle olur :

a) Mevcut bir gaye kaldırılarak onun yerine yeni bir gayenin gelmesi: Bir okutma derneği, müzik öğretme derneği haline getiriliyor, yahut

b) Mevcut gayellenden (1) bir kısmı **çıkarılıyor** veya mevcut gayellere yenileri **ekleniyor**. Mîsâl: bir dernek üyeleri arasında meslekî gelenekleri devam ettirmek ve fakir üyelere yardımlarda bulunmak gayelerini güderken sonradan fakir üyelere belli para yardımında bulunmak maksadını statüsünden çıkarıyor; yahut belli şehini güzelleştirmek gayesini statüdeki gayelerine ilâve ediyor.

Ancak bu hallerde bir amaç değişmesi her zaman var mıdır? başka deyimle mevcut gayelere ilâve veya bunlardan çıkarma halleri hangi şartlar altında bir amaç değişmesi mahiyetini alır? Üyenin şahsî düşüncesi kâfi midir? Yoksa yapılan değişmenin, iyiniyet kaidelerine göre bir üyenin dernekte kalmamasını gerektirecek kadar önemli olması mı lâzımdır?

2. Gaye değişmesi kararına katılmıyan üyenin hakkının mahiyeti nedir?

Bu üye sadece dernekten istediği zaman çekilme hakkına mı sahiptir, yoksa değiştirme kararının mahkemece iptalini isteyebilir mi?

Federal Mahkemenin yeni bir karar bu konuları tahlil etmektedir (2).

5. Dâvacı 18 Şubat tarihinde Dernek aleyhine dâva açmıştır. Bu dâvada 28 Şubat 1958 tarihli kararın yardım amacını kaldıran kısmının iptalini ve bu mümkün olmadığı takdirde derneğin kendisine ömrü boyunca eski tüzüğe göre haklı olan parayı, zarar ve ziyan olarak, ödemesini istemiştir. Kanton yüksek mahkemesi dâvacıya hak vermiş, Federal Mahkeme de bu kararı onamıştır.

(1) JdT 1961 sh. 290 vd. RO 86 II sh. 389

(2) Bu münasebetle Cemiyetler Kanunumuzun 14 nci maddesini hatırlatmak isteriz. Bu madde ancak «siyasî cemiyetlerin birden fazla mevzu ile meşgul olmasına» cevaz vermiştir. Buna rağmen fiiliyatta birden çok maksalı cemiyetler mevcuttur. Bik. *Velidedeoğlu*, - Ataay, Türk Cemiyetler Hukuku, 1956.

II — KARARDA FEDERAL MAHKEMECE YAPILAN HUKUKÎ TAHLİL :

1. Karara Göre Dâvacının Dayandığı Kanunî Esasları Şu Suretle Özetlemek Mümkündür :

a) Medeni Kanununun 67 maddesine göre «her üye kendisinin katılmadığı ve kanunun hükümlerini yahut dernek tüzünü ihlâl eden kararlara karşı bunları öğrendiği gündün başlayarak bir ay içinde mahkemede dâva açmağa kanunen mezundur».

b) Dâvacının iddiasına göre derneğin gayesinden yardım amacının çıkarılmasına dair 28 Ocak 1958 tarihli karar hem kanuna, hem dernek tüzüğüne aykırıdır. Çünkü Medeni Kanununun 67 inci maddesine göre dernek gayesinin değiştirilmesi için üyelerin ittifakı lâzımdır.

c) Dâva kanun ibir aylık süre içinde açılmıştır.

2. Dâvacı Üyenin Bu İddialarının Tahliili :

a) Dernek amacının değiştirilmesi karşısında bu karara katılmayan üyenin hakkının mahiyeti meselesi :

Bu hususta iki ayrı fikir vardır :

aa - Dernekten çıkma veya hiç olmazsa zarar ve ziyan isteme nazariyesi (3)

Bu nazariyeye göre amacın değişmesine razı olmıyan üyenin hakkı, dernekten ayrılmaktan ibarettir. Bu hususta bir merasime yahut bir süreye niyete de lüzum yoktur. Bu değişmeden zarar görmüşse üye tazminat da isteyebilir.

bb - İptal dâvası nazariyesi: Dernek gayesini değiştiren karar üzerine, katılmıyan üyenin bu karara karşı mahkemede iptal dâvası açma hakkı vardır. Bu fikir doktrinde hâkim görüşe ve Federal Mahkemenin müstakar içtihadını temsil etmektedir (4).

(3) Terk nazariyesi için Bk. Hafter, Personenrecht, 1. Bası. 1910 İMK. Mad. 74, No: 6-8; E. Curti: Mitgliedschaftsrechte der Vereinsmitglieder nach, Schweiz. ZGB, Zürich h(Tez) sh. 80-81 (F.M. kararından naklen).

(4) Hafter, 2. aBası: 1919 Mad. 74 No. 6; Rossel-Mentha. 2. Bası. C: 1. Sh. 247; Egger. 2. Bası. 1930. Mad. 74. N. 5; TUDR-DESCHNAUX Leode Civil Suisse (Artus çevirisi); Federal Mahkemenin kararı için bk. RO. 52. II sh. 179, C. 2 (JdT. 1927 I sh. 2)

Dernek amacının değiştirilmesi için niçin (oybirliği) aranmıştır? Çünkü dernekte üyeler amacı muhafaza etmekte çok kere ideal bir menfaati vardır. Halbuki, anonim şirketlerde şirket amacının, faaliyet sahasının değişmesi genel olarak ortakların yalnız ekonomik menfaatine doğrudur, yani amaç çok kere şirketin asıl hedefi olan kâr sağlamak amacının gerçekleştirilmesine yarayan yeni bir vasıttır (5). (Lâkin anonim şirkette ilk gaye olan kâr etmek ve dağıtmak maksadından vazgeçilmesine dair kararda ortakların oybirliği şarttır (6).

b) Dernek amacının değiştirilmesi kavramı (Medeni K. 67).

aa) Bir fikre göre asıl amaç bertaraf edildiği takdirde değişme vardır (4 a).

bb) Hâkim fikre göre amaç değiştirmenin asıl örneği, dernek tüzüğünde yazılı olan gaye yerine başka bir gayenin benimsenmesi halinde görülür (öksüzlere yardım yerine düşkünlere yardım.) Fakat mevcut gayeye dokunmadan ona başka bir gayenin ilâvesi de amaç değiştirme sayılır. (7). Mevcut gayelerden birinden vazgeçilmesi de gaye değiştirme demektir (8). Ancak mevcut gayeye katılan veya ondan çıkarılan gayenin, derneğin hüviyetini derin bir şekilde değiştirmesi, âdeta eski gayesinin bırakılması gibi bir önem taşıması lâzımdır ki dernek amacı değişmiştir diyebilelim (9).

Dernek tüzüğünde yapılan değişikliğin dernek amacında derin bir değişmeye sebep olup olmadığı hususu, üyeler bakımından ölçülmelidir. Fakat bunun için sadece üyelerin şahsî düşünce ve kanaatine dayanmamalıdır. Dernek amacında yapılan değişimin iyi niyet kaidelerine göre üyenin cemiyette kalmak ve tüzükte yazılı ödevlerini yerine getirmek hususundaki kararını ciddi surette sarsacak mahiyette olup olmadığı araştırılmak lâzımdır (10).

- (5) *Siegnart*, İsviçre Bk. Mad. 646, N. 5, Türk Anonim Şirket Hukuku için bk. TCK, 388 f. 2: «Şirketin mevzu ve işinin değiştirilmesine taalluk eden umumî heyet toplantılarında şirket sermayesinin en az dörtte üçüne mâlik olan pay sahiplerinin ve temsilcilerinin hazır bulunmaları şarttır.»
- (6) (Idem, İbidem, Mad: 648 N. 6)
- (7) *Haftler* M: 74 N. 2
- (8) Federal Mahkeme bu fikirdedir: RO 52 II sh. 175 (JdT 1926 sh. 2).
- (9) Bu münasebetle şunu belirtelim ki Cemiyetler Kanununda mevcut gaye tekliği prensibi çok dar anlamda yorumlanmalıdır. Zaten bu prensibin sebebi de pek açık değildir. İsviçre Mk. ve M.K. de böyle bir tahdit yoktur.
- (10) *Egger*, Mad. 74, N. 2; RO 52 II 175 (JdT 1926 I 2).

Federal Mahkeme, önüne gelen dâvada, dernek amaçlarından bazılarının terkedilmesini bir değişme örneğinde görmüştür. Bu düşüncesini, şu gerekçelere dayatmıştır :

Derneğin tüzüğü incelendiği takdirde yardımlaşma faaliyetinin derneğin başlıca amacı olduğu beliriyor. Çünkü üyelere yardım, İsviçre kantonlarında lonca gelenekleri içinde yer almaktadır. (Federal Mahkeme, bu hususu teyit için misaller vermektedir (11 ve 12). Demirciler Derneğinin asıl hedefinin de bu gelenekleri devam ettirmek olduğu anlaşılıyor: Demek mal varlığının birisi doğrudan doğruya sosyal fon yani dullara, düşkünlere, yaşlı üyelere yardım fonudur; öteki yarısı ile görülecek işlerin sıra itibarı ile ilk dördü yardım, ancak beşincisi dernek toplantı masraflarını karşılayacaktır (M. 21). Bu fonlar bu maksatlar dışında kullanılamaz (m. 2 ve 35). Geniş ve üye aidatı da iki fon arasında eşit olarak taksim edilir (m. 21 ve 23).

Federal Mahkeme tüzüğün bu hükümlerine göre yardım maksadının asıl gaye olduğunu, üye sıfatının bazı hallerde pek mütevazi de olsa - maddî bir yardım sağladığı neticesine varmanın iyi niyet kaidelerine uygun düşüğünü kabul ediyor: «Bu durum, Derneğe girmek ve üyelik ödevlerini yerine getirmek hususundaki karar üzerinde büyük bir etki yapabilir. Şu halde yardımlaşma faaliyetini amaç tutan hükümlerin kaldırılması, Derneğin gaye ve maksadını değiştirmek demektir; böyle bir karar, ona katılmıyanlara, iradeleri dışında kabul ettirilemez.

Federal Mahkeme, resmî sosyal yardımlar, para değerinin düşmesi, yardım alacaklılarının sayısının artması karşısında Dernek yardımının hiç denecek dereceye düşmesinin de önemi olmadığını belirtiyor. Böyle bir halde bile İsviçre'de her güz 50 franklık bir yardımın (bizim paramızla 150 lira) bir takım dul ve yaşlı üyelere faydalı olacağını, gerekirse üye aidatı artırılarak bu yardımın çoğaltılabileceğini, dernek toplantılarının bütün masrafı Dernekçe karşılamaksızın da yapılabileceğini belirtmektedir.

(11 ve 12) Egger, Mad. 74, N. 2

Zesiger, Das. bern. Zunftwesen, 1911, sh. 115; Leu, Schaffhausen unter der Herrschaft der Zunftverfassung, 1931, sh. 87. (Federal Mahkeme kararlarından naklen)

— C —

ZAMAN AŞIMININ DÂVA İLE KESİLMESİ VE YENİDEN İŞLEMEĞE BAŞLAMASI KAİDESİNİN, ÖLÜME BAĞLI TASARUFLARIN İPTALİ VE TENKİSİ DÂVALARINDA UYGULANMAMASI (1)

I — G İ R İ Ş :

Medeni Kanunumuzda medeni hukukumuzun bütününe şâmil genel kuralları toplayan umumî bir kısım mevcut değildir (2). Bununla beraber Medeni Kanunumuzun 5. maddesi hükmü yardımıyla, Borçlar Kanununun (Umumî Hükümler) başlığını taşıyan birinci kısmı (1 - 183. maddeleri) hükümleri bütün hususî hukuk alanına uygulanan kurallar mahiyetini almaktadır. Medeni Kanunun 5 nci maddesi şöyledir: «Akitlerin miktarına ve hükümlerine ve sükutü sebeplerine taallük edip borçlar kısmında beyan olunan umumî kaideler medeni hukukun diğer kısımlarında da hi caridir». Bu madde yalnız âkitlerden ve hem de âkitlere ait kaidelerin bir kısmından bahsedilmesine rağmen, Borçlar Kanununun 1 - 181. maddelerinde yazılı bütün kuralların diğer medeni hukuk alanlarına uygulanması doktrinde ve jüris prudance'da kabul edilmiştir. (3).

Bununla beraber bu genel kurallar medeni hukukun diğer alanlarında mutlak olarak uygulanamaz. Bir kere medeni hukukun bizzat söz konusu alanda genel kurallara aykırı, onlardan farklı hükümler bulunmaması lâzımdır (Meselâ evlenmenin iptali bahsinde hata, hile ikrah bakımından Borçlar Kanununda mevcut hükümlerden farklı hükümler vardır.) Sonra, **söz konusu alanda hiç bir hüküm bulunmasa bile genel kuralların uygulanmasına bu alanın mahiyetçe elverişli olması gereklidir.** Bu bakımdan Borçlar Kanununun zaman aşımına dair hükümlerinin ölüme bağlı tasarrufların iptali veya tenkisi dâvalarında doğrudan doğruya uygulanamayacağı anlaşılmaktadır. Özellikle, dâvanın açılmasından sonra muamelesiz bir süre geçmesiyle - zaman aşımına uğramasına ilişkin 137 İBK... hükmü ölüme bağlı tasarrufların iptali veya tenkisi dâvalarında mahiyetine uygun düşmemektedir.

(1) JdT 1961 s. 226-324—RO 86 II sh. 335

(2) Bk. Ord. Prof. A. B. Schwarz: Medeni Hukukta Umumî Kısım Meselesi; Medeni Kanun XV. yılı s. 409

(3) V. Rossel ad art. 8-; Jale Akipek: Türk Medeni Hukuku 1960 C. I, cüz 1, 04.57. 1960

Bilindiği gibi BK 133 hükmü şöyledir: «Müruru zaman kat'edilmiş olunca kat'dan itibaren bir müddet cereyan etmeğe başlar. -Borç bir senette ikrar edilmiş veya bir hüküm ile sabit olmuş ise yeni müddet daima 10 senedir».

Bu hüküm memleketimizde pek tatbik edilmemiş görünüyor. Halbuki dâvaların müracaata kalması hallerinde çok kere bir yıldan fazla bir süre muamelesiz geçmektedir. Yargıtaya giden işlerin de bir yıldan daha çok uzun bir süre muamelesiz kaldığı bilinmektedir. Ancak Yargıtaya giden işlerde münazaalı hak zaten bir hükme bağlanmış olduğundan bizzat kanun icabı 10 yıllık yeni bir zaman aşımı cereyan etmektedir.

II. OLAYLAR (Özet olarak) :

Federal Mahkemenin kararına konu teşkil eden olay şudur: Bir şahıs yaptığı bir vasiyetname ile, ikinci karısını mirastan iskat etmiş ve bütün servetini birinci karısından olma kızına bırakmış, damadını da vasiyeti tenfizine memur etmiştir. Bunun üzerine ikinci karısı kızı aleyhine açtığı dâvada, vasiyetçinin temyiz kudreti olmayışı sebebiyle vasiyetin hükümsüzlüğüne, iskati gerektiren hallerin bulunmaması sebebiyle mirasçılığının tanınmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Dâvalı verdiği cevapta dâvanın aynı zamanda tenfiz memuru aleyhine açılması gerektiğini, vasiyetçinin vasiyeti yaptığı zaman temyiz kudretine sahip bulunduğunu, ortada iskâtı gerektiren sebepler bulunduğunu savunmuştur.

Mahalli ilk derece mahkeme, verdiği kararda vasiyetçinin temyiz kudretine sahip bulunduğuna, ancak ortada iskâtı gerektiren sebep bulunmadığından dâvacının kanunî mirasçılığını tespit etmiştir.

İki taraf da kanton üst mahkemesine (istinaf mahkemesine) başvurmuştur. Dâva üst mahkemede, muvazi olarak görülmekte olan hesap görülmesi dâvasının sonuna kadar, bir yıldan bir süre ile muamelesiz kalmıştır.

Bunun üzerine dâvalı, son oturundanberi dâvalı veya dâvacı tarafından bir usulî muamele yapılmadığı için dâvanın zaman aşımına uğradığını ileri sürmüştür. (MK 503 ve 513).

Üst Mahkeme, iki tarafın müracaatını reddetmiş, Federal Mahkeme de bu kararı onamıştır.

II — FEDERAL MAHKEMECE YAPILAN TAHLİL :

1. Dâvanın Mahiyeti :

Ölenin eşi dâva konusu vasiyetnamenin kendisini mirastan iskata ait kısmının hükümsüz olduğunu, böylece mahfuz hissесinin tanınmasını, bu suretle terekenin dörtte birini talep etmiştir. (MK 444, 453 bent 4). Bu halile mirastan iskat tasarrufunun iptaline ait bu dâva ölüme bağlı tasarruflarla tenkise dair dâvanın özel bir nev'inden ibarettir. İmdi **tenkis** dâvalarında husumet taraf olarak doğrudan doğruya musalehe yönelir, vasiyeti tenfiz me-murunun taraf olarak dâvada yer almasına lüzum yoktur. Bu bakımdan dâvaların bu noktaya ilişkin itirazından vazgeçmesi yerinde olmuştur.

2. Zaman Aşımı Meselesi :

a) Ölüme bağlı tasarrufların iptali veya tenkisi dâvalarının tâbi olduğu sürenin hukukî mahiyeti.

Bu konu tartışılmalıdır. Doktrin ve jürisprudence'da kuvvetle hâkim olan fikir, özel bir zaman aşımı süresi tezidir (4). Buna karşılık Züriç üst mahkemesi hakkı düşüren süre tezini ileri sürmüştür (5) Federal Mahkeme bu kararında bir hal suretine bağlamamayı tercih etmiştir.

b) Borçlar Kanununda zaman aşımına dair hükümlerin iptal ve tenkisi dâvalarına uygulanması meselesi:

Miras hukuku bahsinde ölüme bağlı tasarrufların iptaline veya tenkisine dair süreler konmuş, lâkin bunların lâbi olduğu rejim, yâni kesilmesi, durdurulması hakkında hükümler konmamıştır. Medeni Kanununun 5. maddesi delâletliyle Borçlar Kanununun bu konularla ilgili hükümleri uygulanabilir mi? Bu meselede Federal Mahkeme önce şu noktaya dikkati çekmektedir: Borçlar Kanununda yalnız alacakların (Forderungen) (6) zaman aşımına

(4) OR. 45 II sh. 524; 4 6 II sh. 12; 83 II sh. 509; 85 II sh. 603; JdT 1920 I sh. 271; 399; *Tour* 12 nci basım. Mad. No: 1.3, *Escher* 3. basım MK 521 No: 1; *Von Tuhr-Siegwart* (80 II p. 657, *Guhl* 5. basım 246,

(5) *Zeitschrift für sch. Recht* 56 no 89 ve no: 111.

(6) Borçlar Kanunumuzun 125. maddesi «dâvalara ait müruru zamandan bahseder. İsviçre Bk. Fransızca metninde «actions=dâvalar» terimi kullanılır. Bu F.M. kararı bir alacak ve talep hakkı ile dâva hakkı arasındaki farkın pratik önemini açıkça ortaya koyması bakımından ilgi çekicidir.

dâir hükümler vardır. Bu hükümler talep ve dâvaların (Ansprüche) larda zaman aşımına ilişkin değildir. Bu itibarla bu kaideler ancak alacaklar hakkında **doğrudan doğruya** uygulanır. Diğer talep ve dâva hakları bakımından ancak **kıyas suretiyle** tatbik olunabilir. Bunun için de söz konusu talep ve dâva hakkının mahiyeti kıyas suretiyle tatbika müsait olmalıdır.

Alelâde alacaklarda alacaklı dâvadan ve hükümden önce borçluya müracaat ve alacağını talep etmek hakkına malikdir. Nitekim takas beyanında bulunabilir. Alacağı bir borç ikrarına dayanıyorsa icra takibine girişebilir (İİK 82). Halbuki ölüme bağlı tasarruflarda mağdur edilen bir kimse ancak bu tasarrufun iptalini dâva etmek hakkına sahiptir, ileri sürecekleri başka bir miras dâvası yoktur.

Kanun, iptal veya tenkis **dâvası** süresinde açılmadığı takdirde zaman aşımına uğrar demektedir. Bunun mânası sadece şudur: Ölüme bağlı tasarrufla zarara uğrayan ve üzerinde hak iddia ettiği eşyaya zilyed bulunmayan kimse, belli süre içinde dâvasını açmazsa, yani dâva hakkını kullanmazsa dâvasını kaybeder. Zira Medeni Kanununun 501 ve 513. maddelerine göre, bu kimsenin elinde sadece, miras bırakmanın şu veya bu şekilde bir tasarrufuna karşı itiraz hakkı vardır ve önünde açık olan tek yol da bir iptal veya tenkis sebebinin ileri sürmek için mahkemede dâva yoludur. (tereke mallarına zilyed olan kimsenin durumu farklıdır; o defii ileri sürmekle yetinebilir).

Bu durum karşısında Bk 133 hükmü, vasiyetin iptali veya tenkisi dâvasına tatbik edilemez, yahut hiç olmazsa sürenin kesilmesi bir dâva (veya defii) yolundan başka bir yolla derpiş etmediği nisbette tatbik edilemez. İsviçre'de sulh için mahkemeye davet (M. 135, bent: 2) İİK m. 521 ve 533 de yazılı sürelerin muhafazası için ancak şartlar gerçekleşmiş ise yetebilir **Federal Mahkemenin içtihadına** göre ancak bu şartların bulunması halinde sulh için davet, bir dâvanın icrasına muadil olur (RO 95 III sh. 537).

Şu halde 501 ve 513. maddelere göre zaman aşımına uğrayan dâva açma hakkı ise ve bu hak da yalnız mahkemede müracaatlar icra edebiliyorsa, davacı kanunî süresi içinde adli makam önünde dâvasını açmakla kendisine zarar veren tasarrufun iptalini veya tenkisini talep salâhiyetininin kayıbına engel olmalıdır. Hiç olmazsa, bunu dâva adliye mahkemesi önünde usulüne göre açıldığı zaman kabul etmelidir.

Dâva (Klage) hakkının muteber surette kullanılmasından sonra artık bunun zaman aşımına uğraması söz konusu olamaz.

Nitekim, mahallî mahkemenin kararında da belirtildiği gibi, MK 501 ve 513 maddelerinde yazılı süreler içinde dâvasını açmakla kendisine zarar veren tasarrufa itiraz hakkını korumak için ilgilinin gerekeni yaptığını kabul etmek lâzımdır. Bu halde bir dâva içinde zaman aşımının gerçeleştiğini kabul eden BK 135 fıkra 1 ve 136 f. (7) hükümleri artık dikkat nazaran alınmazlar. Zira bu maddeler zaman aşımını kesen muameleden sonra yeni zaman aşımı süreleri kabul etmişlerdir. Bu maddelerin miras hukukunda iptal ve tenkis dâvalarına uygulanmamasının bir sebebi de, usul hukukunda dâvanın sevk ve idaresinin gittikçe tarafların elinden çıkıp yargıcın eline geçmesi ve dâvanın süratle cereyanından onun sorumlu hale gelmesidir.

— D —

İFRAT DERECEDE ŞEKİLPERESTLİK, HAKKI İHKAKTAN İMTİNA ANAYASAYA AYKIRILIK TEŞKİL EDER

I — GİRİŞ :

Birçok kanunlarda bir hakkın yerine getirilmesi için merasimler, şekil ve usul kaideleri kabul edilir. Bunların mühim bir kısmı çok faydalıdır. İlgilileri düşünmeğe sevk, ispatı kolaylaştırmak, muameleye aheniyet vermek, üçüncü şahısları haberdar etmek gibi düşüncelerle kabul edilmişlerdir. Fakat bir takım şekil ve usul kaidelerinin de ciddî bir faydaya dayanmadığı, tam tersine, hakkın yerine getirilmesinde bir engel teşkil ettiği de muhakkaktır. Bu gibi usul kaidelerinin harfi harfine uygulanması bir takım haksızlıklar doğurur; adalete uymayan sonuçlar meydana çıkarır. Böyle durumlarda, idare ve ilgili kamu makamları ne yapmalıdır? Kanunun lâfzına uyarak adaleti çiğnemeli midir (summum jus, summum injuria); yoksa lâfzî, şekil ve merasimi feda ederek, gayeye ve adaletin yerine gelmesine mi önem vermelidir? İsviçre'de Federal Mahkemenin bir kararı hem ifrat şekilcilikle mücadele anayışı, hem de bir anayasa prensibinin uygulanmasını göstermesi bakımından ilgi çekici görülmüştür.

(7) Mad. 136 metni: «Bir dava veya def'i ile katedilmiş olan mürruzaman, dâva devam ettiği müddetçe iki tarafın mahkemeye müteallik her muamelesinden ve hâkimin her emir ve hükmünden iitbaren yeniden cereyana başlar».

II — FEDERAL MAHKEMENİN KARARI (1) :

1. Olaylar :

Bir kanton yargılama usul kanunu, ilce mahkemesi kararlarına yapılacak itirazların, hükmü veren mahkeme kalemine (greffe) on gün içinde tevdiini emretmiştir. Halbuki taraflardan biri, karar aleyhine yaptığı müracaatı kaleme değil, hükmü veren mahkeme başkanına yollamış, o da dilekçeyi kanunî müddet geçtikten sonra kaleme tevdi eylemiştir. Bu müracaat, zamanında reddolunmuştur. İlgili taraf bu karar aleyhine, kamu itirazı (Anayasaya dayanan itiraz hakkı) yolu ile Federal Mahkeme Kamu Hukuku Dairesine başvurmuştur. Bu daire itirazı İsviçre Anayasasının 4 ncü maddesi ihkaki haktan imtinaı meneden hükmü karşısında, haklı görmüştür.

2. Hukukî Tahlil :

Federal Mahkemeye göre, usul hukukuna dair bir kanun hükmünün ifrat derecede şekle bağlı kalarak uygulanması, hakkı yerine getirmekten imtina halini alır.

Usul hukuku, esasa ait hakların istimalini sağlamak gayesini güder. Şu halde himayeye lâyık hiçbir menfaat hakkı göstermediği halde esasa ait hakkın kullanılmasını çekilmez derecede güçleştirirse, usul hukuku, ifrat derecede şekilperestlikle uygulanmış demektir.

Usul kanunu müracaatların mahkeme kalemine yapılmasını emrettiği halde aynı mahkemenin başkanına yapılan bir müracaatı kabule şayan görmiyen bir kararda bu vasıf vardır.