

Sene 3

Nisan 1929

No 8-32

HUKUKİ BİLGİLER MECMUASI

Her ayın on beşinde neşrolunur

Kanunu medeninin bazı kavaidi esasiye ve vecizeleri

Yazan :

Avukat M. ASAF

Mülga mecellenin iptidasındaki kavaidi esasiye gibi Fransa ve İsviçre kanunu medenilerinde dahi bir takım kavaidi külliye ve esasiye vardır ki yeni kanunu medenimizin bunlardan münşea esasatı hukukeyesini kolaylıkla anlamağa ve hatırda tutmağa hadim olacağından Sorbon darülfünunu imtihan programlarına tevfikân «Rene Fuanye»nin ülemayı hukuktan Potiye, Planyol, Budri Lafantineri, Obri-ru gibi muhallidatı hukukiye eshabının asarından muktebes «Manuel Clémentaire de droit civil» isimli şerhine ve kendi kanunu medenimize tatpik ile bu esasları berveçhi ati arz ediyorum (c'est a celui qui a fait l'acte de l'interpréter.)

1 — Bir aktı tefsir etmek münşisine aittir.

Meselâ: kavaninin tefsiri ya istilahî (yâni ilmi), ya adlî, ve yahut teşriî olup; tefsiri ilmi meşahiri ülema ve müderrisini ilmi hukuk tarafından muhallidat âsar ile yapılır. Ve bunlar eshabının fartı zekâ ve kudreti ilmiyeleriyle mücehhez tefsiratı mühimme olmaktan ve erbabı hukuku tenvir eylemekten fazla bir kudreti haiz olamazlar. Tatpikatta eshabı mesalihe ve hükkâma rehber olabilirler.

Tefsiri adlî; mahakimin içtihadat ve mukarreratı kanuniyeleri mahkemei temyizce nakz ve iade olunarak ahkâmı sabıkada vuku bulacak ısrar üzerine mahkemei temyiz heyeti umumiyesince müttehaz ve vacibülitba mukarreratın tevlit eylediği tefsirattır ki hadisatı mümasile için vacibülittiba bir kanun hükmüne girer.

Tefsiri teşriî ise, bir maddei kanuniyeyi tefsiren heyeti teşriîyenin (millet meclisinin) verdiği mukarrerattır ki aynıyle kanun hükmündedir.

2 — Bir kanunu umumî, kavanini hususiyeyi zımnen ilga edemez. (à une loi spéciale il n'est pas dérogé par une loi générale).

Kavaninin ilgası sarih veya zımni olabilir. Mesela 12 30 tarihli

ve kanunu medeni makamına kaim kanunun yedinci maddesi o vakte kadar cari Roma hukuku ile evamir ve adatı birden ve sarahaten ilga etmişti. (Bizim kanunu medeninin de mecelle ve saire ahkâmını sarahaten ilgası gibi) [1].

İlga böyle sarahaten olduğu gibi bazen, ahiren neşrolunan bir kanun ahkâmiyle tearuz etmesinden dolayı vazîi kanun sarahaten zikrî tadadına hacet kalmaksızın zımnî de olabilir [2].

Kavanini tatpik için ihmâl ve temadii ezman, onların ilgasını ifade edemeyip uzun zamanlar tatpiksiz kalmış olan kanunlar bile sarahaten veya zımnen lağvedilmedikçe kuvvetini muhafaza eder. Hilafını kabûl etmek kuvvei teşriîye ile icraiye arasında tezat ihtasını ve hükâmâ diledikleri kavanini tatpik ile istemediklerini etmemek gibi kudretlerinin fevkinde bir kuvvet itası manasını tezammun eder.

Kanunu medenimizin sarahaten lağvettiği mecelle, ve zımnen ondan muktebes ahkâmını ilga eylediği arazi kanunu muhteviyatı bir müddetten beri mecmuamız da mevzuu münakaşa olduğuna göre müvakkaten arazi meselesini istihalei cedidiyle kabûl eden rufekayı kiramın fikri doğru olduğuna şuphe yoktur zannederim.

3 — Tarafeyne göre hükmolunan bir şey eşhası saliseye ne faide ve ne de zarar getiremez. (Une chose fugée à légard des uns ne nuit, ni profite aux autres).

Mesela tarafeynin takaddümiyle sicilde gayri mevcut yeni bir vefat, tevellüt ve izdivaç muamelesinin kaydına dair, kanunu medeninin 46 ıncı maddesine tevfikân (bizim kanunu medeni 38-40) alınan

(1) Planyol : s 207.

(2) Halbuki bir kanunu umuminin bir kanunu hususiye sarahat olmadıkça (zımnen ve delâleten) nakzedememesi (Lege speciali par generalum non derogatur) bir kaidei külliye dir. (Müellifi kavaniyenin hukuku idare şerhine müracaat 347) malûm olduğu üzere gayri menkulâtın intikalinde tecdidi kaydı emreden 25 mayıs 1855 tarihli kanun, ondan mukaddem tarihli olup menafii umumiye için istimlâkten bâhis olan 3 mayıs 1841 tarihli kanunun bu nokta hakkındaki sarahatını ilga edememişti. Çünkü mukaddem tarihli kanun, hususî; ve muahher tarihli kanun, umumî olup ilgada zımnî idi.

mahkeme mukarreratı yalnız işbu tarafeyne müessir olup eşhası saliseye sirayet edemez. (mahkemei temyiz mukarreratı). Sicilde mevcut bir kaydı tashih için olan muhakemat başka ve böyle gayri mevcut bir hâli kaydetmek yine başkadır ki ayrıca işbu mevadı tefsir ederken buna rücu edeceğiz (1351 K. M.)

4 — Fariğin hukuku hâllolündukta müteferriğin hakkı da binetice halledilmiş olur. (le droit du cédant étant résolu le droit du cessionnaire se trouve résolu).

Şarta muallâk ferağlar (K. m. 1673-653) ve beyiler böyledir. Keza bizim borçlar kanunu 183 aynen böyledir. Meselâ size bin franga bir gayri menkulü satar ve bunu bedeliyle istirdat için tarafeynin muvafakatiyle beş sene bir müddet şart ederim. Bu akıt sahihtir ve derhâl tevellüt eder. Lâkin işbu şart tahakkuk ettikte makabline de şamil olarak göya akıt hiç yapılmamış gibi makudun bihin hukuku maziye ve müstakbelesini bayie ifade eder.

Şartın berveçhi balâ tahakkuk ve ifasında mebi göya asla satılmamış addolunur, ve (irat, ipotek, ve üzerinde muhaddes ilâvat) mevcut değilmiş gibi temamiyle sahibi evveline rücu eder. Bizim borçlar kanununun 214 üncü maddesi bu nevi satışları tapu siciline bile kaydetmiyor. Çünkü bayiin semeni mebi iade ile bey'i keenlemyekün haline ifrağı müşterinin istimâl ve milkiyet hakkını da iptal suretiyle halletmiş oluyor. Buna dair bir çok misaller gösterilebilir (1)

5 — Esası batıl olan ukudat, temadii ezman ile muteber olamaz. (tout acte vicié dans son origine ve peut devenir valable par seul lap de temps).

Bir aktın esasındaki ayıp onu batıl ve keenlem yekün hükmüne getirir ki müellifin bu ikisine yâni «keenlemyekün» lük ile «butlanı» birbirinden tefrik bile etmezler (2).

Butlanı katiye mukterin ve keenlemyekün olan akıttaki işbu meayip, şekli tekevvünlerin den ise tarafeynden birisi bunu mahkemeye

(1) Potaye: Müruru zeman 136 - 139.

(2) Obri-ru cilt 371 Hanri kapitan 250.

arzettikte bizatihi gayrı mevcut demek olan böyle bir aktın, mahkeme butlanına hüküm değil butlanını teşkil ve beyan ile iktifa eder; yâni hükme bile deymez.

Böyle bir aktı batıl, netice itibariyle gayrı mevcut olduğundan bundan hiç bir zaman ve hiç bir sebeple bir kuvvet ve faide beklene-
mez; ve binaenaleyh:

A. — Batıl ve keenlemeyekün yâni madum olan böyle bir akıt on ve yirmi senelik müruru zamanlardan istifade edemez (2267 K. m.).

B. — Tarafeyn talep etmeseler bile hukuku umumiye namına takip ve iptâl olunur. Zira böyle bir akıt muvacehei ammede dahi gayrı mevcut demektir (184 - 191 K. m.)

Teyit ve tekit ile kanunen madum olan bir akıt mevcut olamaz (1339). Çunki mevcudiyeti iptidaiyesi mutesavver değildir. Tekidi madum da madumdur.

Müruru zaman ile de ne kadar müddet geçerse geçsin, intizamı ammeye ve kanuna muhalif olan bir aktı batıl kesbi vücut edemez. (Bizim borçlar kanununun 19 ve 20 inci maddesindeki ukudat bittabi bu kabildendir). Ehliyeti şahsiyeye gayrı mukterin ve ya muayyep ve mahkemelerce iptali kabil ukudatda böyledir.

Kabili iptâl olan ukudu faside ve batıla netayicinin makabline şümuli de vardır. Binaenaleyh:

A. — Mesela batıl ve nakabili iptâl bir aktın butlanına hüküm taktirinde vaktiyle ahadi tarafeynden biri bunu icraya vazile istifade etmişse muamelâtı icraiye tamamen geriye avdet eder. Yalnız ehliyeti kasır olanlar ancak haksız iktisap ettikleri miktarı iade ederler(1312).

B. — Butlanına hükmolunan aktı vaki mesela bir gayrı menkulün bey'ine ve intikaline ait ise, müşteri tarafından ihtas ve istihsal edilen bilûmum ipotek, ziyadat ve saire dahi butlanın makabline şumuline mebni bayie avdet eder. Hülâsa butlanı nispiye tâbi olan ukudatın butlanı kat'i ve madumiyeti akıttan farkı yoktur.

6 — Peder, izdivacı tanıyan kimsedir. (le père est celui qui désigne le mariage).

İzdivacı meşru neticesinde tevellüt eden bir nevzadın pederini tayin etmek ve ona aile ünvanı vermek bittabi gayet kolaydır. Ancak bu nevi ahvali tabiiye ile tevellüt etmemiş olan (bizim K. m. 243-252) ve bizim kanunu medeninin 290 maddesinden 314 üncü maddesine kadar mevatta mezkûr bulunan etfali metruke ve mültakite veya mübeddile ile babaları meçhul bulunan çocukların pederini tayin etmek vazii kanunca mühim şeraite tâbi tutulmuştur.

Filân kimsenin evlâdı olduğunu mehakim huzurunda iddia edecek olan kimseler:

1 — O şahsın filân kadınla müteehhil olduğunu, 2 — işbu izdivaç zamanında doğmuş veya doğduğu anlaşılmış bulunduğunu (meselâ 243 K, m. maddesi veçhile lâakal yüz seksen günde doğmak gibi), 3 — bu kadının doğurmuş veya bu çocuğu tevlid etmiş olduğunu, 4 — ve nihayet zevcin mezkûr çocuğun pederi olduğunu ispat etmek lâzımdır.

Babalık ve analık noktayı nazarından beyyinatın farkı, pek zâhir ve mühimdir. Analık hakkındaki beyyinat açık ve doğrudan doğruya bellidir. Meselâ bir kerre hamil gibi bir şekli zahirisi ve doğurmak gibi keزالık meşhut ebe ve tabiplerce mer'i ve akrabalarca görülmüş eşkâli taliyesi vardır ki bunlarla kabili sübuttur.

Bilâkis pederlik meselesinin mer'i bir şekli olmayıp temamiyle hâli tesettürde bulunması beyyinatı taktir hususunda pek mühim hususiyetler gösterir. Bahusus kanun balâdaki kaidei külliye ve esasiyeyi kabûl ve pederlik hakkında münhasıren (izdivacı tanıyan kimseyi) irae eylemek suretiyle nevzadı istimâli delâilden mahrum etmesi ve kendisine yalnız izdivaç karinesini ita ile iktifa eylemesi meseleyi tamamen mefluç bırakmıştır. Bu felci delâil peder yâni zevç hakkında da böyle olup zevcenin temamiyle vicdanı ve gayet karanlık olan sadakat ve iffetiyle zevciyle birlikte ikamet eylemiş bulunmaları

(meskeni müşterek) izdivaç karinesini takviye eden yegâne sebebi zahiri übüvvettir (1) (bizim kanunu medeni 241 ve 301).

Bilhassa gayrı meşru çocukların pederlerini taharri etmeleri esas itibariyle (340 K. m.) mucibince memnudur (2).

7 — bâmile bulunan bir bakire kavle müseddaktır (on doit ajouter foi à la fille qui est enceinte).

Bunun biri pratik (tatbikî) diğeri tarihi olmak üzere iki sebebi vardır.

Pratik sebep: Çocuğun übüvvet hakkındaki delâile desteres olmasının imkânsızlığıdır. Übüvveti meşruada karisiyle birlikte (müşterek meskende demektir) ve sadakat dairesinde (yâni bilâniza) ikamet karinesinden istiane edilerek birbirleriyle evli olduğına göre hüküm verileceği derkârdır. İzdivaç haricinde böyle bir karine vesaitinden istifade etmek bittabi imkânsızdır.

Sebebi tarihi ise: Fransa kavanini salifesinde buna verilen mezuniyetin pek çok sui istimâl edilerek bir sürü erbabı haysiyyet ve hatta sunufu ruhpana mensup kocanın müfteriyane davalarla namusları lekedar olmuş ve binnetice işbu maddei kanuniye (340) vazedilmiş olduğunu zikrederiz.

Evvelce mevzu kaide; hamile bakire kavle müseddaktır, merkezinde olduğundan bir bakirei hamilenin çocuk hakkında gösterdiği pederi übüvveti kâfi görürlerdü. Halbuki bu tayini münferit yalnız çocukla valdesine bir hamil masrafile nafakayı muvakkate tahsisine kâfi ise de babalığa hüküm için delâili katiye aramak meşrut idi. Bare: «Evlatlık hakkındaki kavait ve delâil» eserinin S. 10-39 Planyol 1, (2266).

İstisna: 340 ıncı maddenin fıkrayı ahiresi kaçırılan çocuklara bu hakkı vermiştir. Çünkü bunda da kaçırılanların übüvveti lehine bir

(1) Cemiyetin übüvveti tayin ve teşkil hususunda hiç bir menafii mütesavur olmayıp bilâkis aile arasında kesri şeref ve haysiyeti bâdi bu nevi hususatta kanun medeni bittabi eşkâli zahire ile iktifa etmek muktezayı hikmettir. (Budun: eşhasın ehliyet ve ahvali medeniyesi 482).

(2) Bizim kanun medeninin 295 inci maddesi bu bapta çocuğada selâhiyet veriyorsa da şeraiti dava hemen aynıdır.

karine tasavvur etmiştir. Yalnız kaçırmaya tarihinin, tevellût ve hadise tarihleriyle tevfiği lazımdır, ki bunu hükkâm taktir ederler.

Kaçmadan maksat: Sahtekârlık veya tehtit ile ne kendisinin veya velilerinin rızası hilâfına küçük veya büyük bir çocuğun yerini değiştirmektir. O çocuğu mutlaka hacrû tevkif etmek lâzım değildir. Bilâkis çocuğu götürmek veya cebrü şiddet istimali büsbütün başkadır (1, 2).

Halbu ki müellifinin bir kısmı muhimmi: taharrii übüvvet için çocuğun terhisile mesuliyetin yalnız anaya tahmil edilmemesini bi-hakkın iltizam etmektedirler. Ve madde mezkûrenin tadili vucubına kaildirler (bizim kanunu medeninin 295 inci maddesi bu hakkı vermiştir).

8 — Hukuku şahsiye; hukuku (cezaiye) umumiye tevkif eder. Kanunu medeninin 327 inci maddesinden müstehraç olan bu kaide hukuku cezaiye esasatına mugayir bir istisna teşkil eder. Mehakime bilmüraca hukuku medeniye tashihini talep etmeyipte sakit kaldıkça hukuku umumiye davası bittabi ikame edilemez. Çünkü imkânsızdır. Binaenaleyh bir ahvali medeniye mücrimi çocukla uyuşarak netayici cezaiyesini tavik edebilir. Bunun hikmeti: Vazî kanunun sırf bir ailenin menafii zatiye ve esrarı dahilisine müteallik ve cemiyeti pek az alâkadar eden bu nevi ahvali medeniye aile esrarını hot behot karıştırmak istememesinden mütevellittir (4: U. cezaiye.)

Ve nihayet: — Alakadar tarafından hukuku şahsiye davası edilir edilmez bu bapta hukuku umumiye davası da harekete başlar, ve fakat hukuku şahsiye davası hükme iktiran etmedikçe ceza davası mübaşeret edemez (327 K. m.) Halbuki bu madde malûm olduğu üzere, hukuku medeniye davası hukuku şahsiye davasını tevkif eder,

(1) Planyol: "hilafını ilzam eder. 1 — 2278.

(2) Alman kanunun medenisinin 1717 inci maddesi esnayı hamilde bir kadınla müsterek meskende ikameti sabit olan bir erkeği "diğer bir erkeğin de müddeti mezkûrede aynı suretle ikameti ispat edilememek şartıyla" nevzadın pederi addetmektedir.

kaidei umumiyei cezaiyesine muhalif gibi görünmektedir. Bunun da hikmeti :

Vazni kanunun; bu nevi übüvvet davalarını kendi esasatı daire-sinde yeni ahkâmı hukukiye ve şahsiyeye göre hallederek önlerine mehakimi cezaiye şedaidi gibi engeller çıkarmak istemesinden ve übüvvet davasını evvela bir aile için addetmesinden münbeistir.

9 — Hiç bir kimse diğerine kendi haiz olduğundan fazla bir hukuk veremez. (Personne ne peut transférer à autrui le plus droit qu'il nai) Menkulatın tasarrufunda : zilyedlik tasarruf alâmeti olduğuna göre ondaki ahkâm başkadır. Burada : Gayrı menkulattaki tasarrufun eşkâli sübutiyesinden : — bahsedeceğiz. Müddei gerek şahsen ve gerek makamına kaim kesan(bayii evvel veya varis gibi)marifetiyle bir mülk ü âlem muvacehesinde müruru zaman haddine balığ bir müddet zarfında tasarruf eylediğini makamı adalette ispat ederse tasarruf beyyinesini göstermiş olur. Müruru zaman (hakkı iktisap müddeti) olmadığı taktirde : müddei mülkün kendisinden evelki [1] mutasarrıfı meşru-una bilmüracaa onun ve tedavülü eyadi kaydile ondan evelkilerin müruru zaman müddetince buna meşruen mutasarrıf olduklarını ispat etmelidir ki bu cihet müşkil olmağla beraber mahakimi ikna edebile-ceği meşkûktur. Zira müddei gibi müdafiin de hukukunu ispat edeceği dergardır:

1 : Müddei beyyine gösterirde müddei aleyh göstermezse: Yâni müddei gerek şahsen kendi ve gerek eslâfı namına bir beyyineyi tasarruf gösterir veya iki taraf ta beyyine irae ettikleri halde müddeininki mukaddem tarihli olursa ahvâl başkadır. [2] Müddeinin beyyinesi bittabi racihtir.

2 : Müddei ve müddeialeyh beyyine gösterirlerse atideki hususi-yetler tekevvün eder :

A : İki senette aynı menba ve fariğden gelebilir. Bu taktire göre mukaddem tarihli senet muteberdir, eğer bu senet teşçili muktezi

(1) bu husus için (obri-ru 919) okuyunuz.

(2) bu hususta Potye 324

senedattan ise ve teşçili muktezi senedattan değilse muahhar tarihlisi makpuldur, ve racihtir.

B: İki senet muhtelif fariğlerden gelmişse: Esas (prensip) itibariyle müddeinin beyyinesi kesbi za'fetmek lazımdır. Atide zikredeceğimiz (müsavi şeylerde zilyet müreccahtır.) Kaidesi bunu amirdir. Meğer ki balâda mezkûr 9 uncu kaidemiz veçhile kendi fariğinin müdafiiin fariğine galip olduğunu ispat edebilsin, yâni hiç bir kimse kendi haiz olduğundan fazla bir hakkı ahara tevfiz edemez, kaidesince müddei aleyh fariğinin haiz olmadığı bir şeyi ferağ eylediğini ispat eylesin (mahkemei temyiz mukarreratı 1903 Kânunu evvel ve 1906 1.175)

3: Müddei hiç senet göstermezse: Yalnız kadim vücuhu tasarrufa ve vaz'ı yedine ve karinelere istinat eder. Ve müddei aleyh de neticeyi zâhir bir tasarrufa istinat ederse talebi reddolunmak lâzım gelir. (1) Ve eğer müddei aleyhin delâili daha zayıfse hakim müddeiyi tercih eder. Ve gayrı menkulün iadesinden başka zararü ziyân ve gasabın sabıkan istihsal eylediği menafii de tazmin ettirir. Hatta mesarifi vakıanın bile nafi ve elzem olanlarını kabul ile ziyadesini reddeder.

Ve hülâsa: Gayrı menkul milkiyeti ancak tasarrufun nakliyle hitam bulabilip müddeti medide ademi istimâl ile sakıt olmaz. Daha doğrusu bu baptaki müruru zaman bir sebebi iktisabi olabilir (Bizim k. m. 900 sarihtir.)

10 -- Esasen müsavi olan şeylerde zilyedin tercihi lazımdır. Misalini bilmünasibe balâda « B » fıkrasında zikrettik. Şöyleki: Aynı bir menkule tarafeyn tasarruf iddiasında bulunarak ikisi de muhtelif fariğlerden kendine geldiğini ispat etse müsavi ve mütevazın olan bu iki hakta zilyedin beyyinesi racihtir.

11 — Kânunlar, menafiinde müteyakkız olanların muinidir, gafillere yardım etmez. (Bizim K. m. 894)

Bunun en sarîh misali bittabi müruru zamanlardır.

Saniyen: (549- 550 K. m.) bir mülkün hüsnü niyetle vaziülyedi

(1) mahkemei temyiz 1868 ve 61 1,266

bulunan kimse onun menafiinden uzun müddetler istifade ettikten sonra mülkû mezbur bilmuhakeme şahsı ahare iade olunsa hüsnü niyet sahibi bulunan mutasarrıfı sabıkın tevlimülk ve sebebi kanuni zu'mile istihsal ettiği menafi mutasarrıfı cedide iade edilmez.

Roma kanununda da (yüstinyen kanunları) böyle idi. Bundaki hikmette zâhirdir. Mülkünü yakından teyakkuzla idare etmiyen mutasarrıfı hakikiye baladaki kaidei külliye veçhile kezalik hüsnü niyetle kendisini mutasarrıf bilerek vaziülyet ve bir müddet istifade ve teyakkuz eden mutasarrıfı gayrı hakikî bu noktadan tercih olunmuştur.

Kanunun bu bapta gösterdiği yegâne şart: hüsnü niyet (sebebi kanuni zu'mu) dur (550). Yâni yedindeki senedi tasarrufinin muayyep olduğunu bilmemesidir. Senedi mezkûr meselâ, bey', hibe, mübadele, ve vasiyyet gibi şeylerle kendisine sebebi tasarruf olmuş ve halbuki ukudatı mezkûreyi kendisine ifa edenlerin bunlara gayrı selâhiyyettar olduğu ahiren anlaşılmıştır.

İşte zilyedin hüsnü niyeti: işbu muallel tasarrufun espabına gayrı vakıf ve vukufu gayrı mümkün olmasıyle sabit olabilir. Yoksa meselâ işbu muamelâtтан birini kendisine yapmış olan kimsenin ehliyyeti gayrı haiz olduğuna muttali iken tasarrufatı mezkûrede bulınrsa hüsnü niyyet kalmaz. Bu bapta hata gerek kanundan ve gerekse fiilden münbeis olsun seyandır (yâni hatayı kanunî veya hatayı fiilî) (1).

Mesela birisi diğerine bir senedi hususî ile bir gayrı menkulü hibe etmiş ve mevhubünle h te bunu mülkün hakiki mutasarrıfı zanneylemiş iken hilâfı hükmen anlaşılmış veya birisi diğerine bir vasiyyetname ile bir mülkû vasiyyet eylediği halde muahhar tarihli başka bir vasiyyetname zuhur etmiş ve o zamana kadar mülkten istifade edilmiş olmak gibi şeyler hüsnü niyyetin delili zahirisidir.

12 — Araya (ahiren) giren sui niyet zarar vermez (la mauvaise foi intervenant ne nuit pas).

(1) Halbuki bazı müelliflere göre hatayı vaki yalnız bir hatayı fili ise makbul olup (hilafı bilbeyyine sabit oluncaya kadar) her kesin kanuna vukufu asıl olmadığından zilyet hatayı kanuniyesinden istifade edemez. (obri-ru 11 206)

Hüsnü niyyet daima asıldır. Sui niyyeti iddia edenin ispat etmesi lâzımdır, (2268) maddeden mehuz olan bu kaide bütün müelliflerce kabul edilmiştir. Ma'zalıq yedindeki senedi bir sebebi meşru zu'miyle tuttuğunu iddia eden zilyedin bu zu'mu zannı ne ile hasıl ettiğini izah ve ispat etmesi lâzımdır.

Hüsnü niyyet ne zaman lâzımdır?: Hüsnü niyyet yalnız bir gayrı menkule vaz'iyed ve tesarruf edildiği zaman vücudu kâfi olmayup gasıbın yedinde bulunduğu müddetçe her hangi bir sebeple olursa olsun tebeddül etmeksizin mevcut ve berdevam olması lâzımdır. Yoksa her hangi bir hadise veya sebep ve suretle bunun zail olduğu anlaşıldığı tarihten itibaren (550) hakkı istifade meşruiyeti mürtefi olur (bizim kanunu medenimizde bu esasatı aynıyle kabul etmektedir. 898, 902, 903, 904 v. s.)

On ve yirmi senelik hakkı karar mesaili ise atide bahsedeceğimiz veçhile başkadır. Bunda mülkün esnayı tesarruf ve vaz'ı yedindeki hüsnü niyet kâfi olup hakkı kararın şeraitini cami olan bir gayrı menkul tesarrufunda ahiren tehattüs eden suyi niyyetlere bakılamaz, zira « ahiren giren sui niyyet zarar vermez » kaidei külliyyedir.

13 — Henüz doğmayan bir hakta müruru zaman yürüyemez, (une action qui n'est pas encore née ne se prescrit pas).

Müruru zamanda üç noktanın bülünması lâzımdır: 1 — müddetin mebdei, 2 — nasıl hisap edileceği, 3 — müddeti devamı.

Prensip (esas) : gayrı menkule edilen tasarruf gününden hisap olunmaktadır.

İstisna: Şarta müallak ve mesela bir kimsenin mevtine müzaf olan tasarrufatta müruru zaman müddetinin mevt gününden yürümesi iktiza eder. Binaenaleyh tenkise tâbi ve mevte muallak olan tasarrufatın eşhası saliseye karşı olan müruru zamanı mevtin vukuu gününden başlar. Zira varislerin hakkı ancak bugün doğmuştur, ve o cihetle bundan evelki zamanlar müruru zamana mahsup değildir. Bu müruru zaman gerek doğrudan doğruya manii dava olan müruru zamanı katı'

olsun, ve gerekse bilvasita o mahiyette olan hakkı karar müddeti bulunsun. Çünkü bervchi balâ henüz doğmayan bir hakta müruru zaman yürüyemez.

Bunu şarta muâllak hususâtı saireye de teşmil etmelidir. Ancak bu meselede adli (Mahkemeyi temyiz mukarreratı) ve ilmî iki noktayı nazır vardır. (1)

Temyiz mukarreratı katiyesi (2) icabınca: — hakkı karar müddeti şart tahakkuk etmedikçe yürüyemez. Bunun medarı istinadı dahi iki olup 1 : 2255 inci maddenin manii dava müruru zamanlara hasrettiği bu nazariyeyi iktisabi müruru zamanlara da teşmil etmek lüzumundan 2 : müruru zaman kanunî tasarruf sahibi tarafından gayrı muhik bir ademi teşebbüs ve ihmâl farzetmekte olduğuna göre şart muallak kaldıkça hak henüz tevellüt etmemiş ve binaenaleyh huzuru adalette bir hakkı karar müddetinin vasıtai hayluletiyle bir hakkı söndürmek imkânı (tekadümü zamanla hak sakıt olmaz) gayrı mevcut bulunmuş olmasından tevellüt etmektedir.

Halbuki ilmî nazariyeye göre: — bilâkis hakkı karar müruru zamanı tasarrufa vaz'ı yet tarihinden bed ederek şartın vukuunu intizara (3) hacet yoktur, ve ülemayı hukuk mahkemei temyizcin esbabı mucibesine şöyle cevap vermektedir. 1 : manii dava müruru zamanından bâhis olan 2257 inci maddede ki dayinlerden bahsetmektedir, kendine mahsus bir hususiyeti haiz istisnâî bir madde olup hududunu tecavüz edemez 2 : münhasıran dayinlerin hukukuna kıymet itası için yazılmış olan maddei mezkûre manii dava müruru zamanlara münhasırcen erbabı tasarrufun hukukunu tasfiye ve sürüncemeden vikaye için

(1) Meselâ: Bir kimse vefatında filanın olmak ve merhum kendisinden evel vefat ederse yine kendisine avdet etmek şartıyla diğer bir şahsa bir gayrı menkulünü hibe etse, vahip hayatta oldukça ve kendi mevtime muâllâkan mezkûr gayrı menkulün yine malikidir. Farzedelim ki mevhubun lehte bu mülkü başka birine tahsis ederek vefat ederse ikinci mevhubun lehin yâni bu şahsı salisin hakkındaki müruru zaman ne vakitten başlar. Tasarrufu aldığı yâni vaz'ı yed ettiği günden mi mevhubunlehin vefatı gününde mi başlar meselesi mevzuu münakaşadır.

(2) aynen mahkemei temyiz kararı (2 temmuz 1870 ve 17. 1344)

(3) obri-ru 2, 613 Plnyol 1 : 1467

mevzu ve bir müddetle mukayyet hakkı karar müddetlerine tevsiyen teşmil olunmak caiz değildir.

14 — İlk gün müddete mahsup olunamaz (le premier jour n'est pas compté dans le terme)

Müruru zaman müddetlerini hisap için kavaidi atiyeye tebeiyet olunur: Eyvela: müddet günle hisap edilerek saatle hisap edilmez. 2: Birinci gün tamam olmadığından hisaba dahil edilmez. (1)

3: Müruru zaman müddeti son günün hitamiyle kemale erer, ve hitam bulur (2260-2261). Vele ki o gün eyyamı tatiliyyeden olsun, (bizim hukuk usulü muhakemeleri kanuniyle kanun medenide de böyledir) o cihetle mesela 30 senelik bir müruru zamanın mebdei 1890 senesi nisanının birinci günü ise intihası 1920 senesi nisanının birinci günü gece yarısıdır.

15 — Müruru zaman âcizler (teşebbüs imkâni olmayanlar) için yürüyemez (2). (Contre celui qui ne peut agir la prescription ne court pas).

2251 inci madde mucibince müruru zaman kanunu mahsusla istisna edilen bazı kesân hariç olmak üzere bilcümle eşhasa şamildir.

Bunu kanunen mevkuf tutan espab berveçhi atidir:

1: — Mürur zaman vesayet altında olsun olmasın bilcümle sigar ile hükmen hacredilenler.

Bu nevi kesânın veli ve vasileri marifetiyle idarei umur ederek müruru zamanlarını tevkîf etmemek doğru isede vasilerin bir ihmali neticesiyle hukuku süğarı heder etmeleri ihtimaline mebni vazii kanun bütün hali sigârda müruru zamanı yürütmemiştir.

2: — zevciyet kaim olduğu müddetçe karı ile koca arasında müruru zaman yürüyemez 2253. Bunun sebebi zâhir olup tamamen ailevidir.

(1) müellifin usulü hukukîye şerhi. 97 — Dr René Foignet

(2) Eski kanunu medenimiz tamamen böyle idi, yâni teşebbüsten her ne sebeple olursa olsun âciz bulunan kesân hakkında müruru zaman yürüyemezdi. ve bunu taktir etmek de hükkâma ait idi.

3: — Esasen müteehhil bir kadının hatta idaresi zevcine metrûk emvali hakkında bile tamamen sigar ve mahçurin gibi müruru zamanı lehine tevkif eder bir hususiyeti olmayup zevce olan muracaatlarında da böyledir (2254).

Bu meselenin kıyas tarikiyle gayrı mahçur kesana ve kanunen tecrim edilenlerle himaye ve vasayete gayrı mühtaç kesana teşmili caiz degildir.

Ma zalik gerek kanunî ve gerek filî bir hadise dolayısıyla teşebbüs imkânı bulunmayan ahvâlde müruru zamanı tevkif edeceği derkâr olup bu hususta (bizim hukuk usulü muhakemeleri 167) adlî ve ilmî olmak üzere iki fikir mevcuttur.

Eski usulümüzü muvafık görmekte olan tefsiri adlî: (mahkemei temyiz mükarreratı) işbu tevkif imtiyazını büyük muharebeler veya mutasarrıfı tasarrufundan bi haber bırakacak esbabı saireye de bahşetmektedir. (ki bizim usulü muhakeme de bunu kabûl etmiştir) ve bu hususta 2251 inci maddenin eşhası nazarı dikkate alarak müruru zamanı tevkif eden esbabı mucibeyi saymakta ve hükmen aynı mahiyette olup zaman ve zürufa ait olanları meskût ve taktiri hükkâma terketmekte olduğuna istinat etmektedir.

Bazı ülemayı hukuk ise mademki mevaddi istisnaiyeden olan işbu espabı tevkifiyeyi kanun tasrih ve tadat etmektedir, artık bunlardan fazla ve bir de hükkâmın keyfine ait sebebler çıkarmak doğru olmadığını serdetmektedirler. (malûm olduğu üzere mülga mecellede fikri evveli iltizam ederdi.

« *Mabadi var* »

Avukat: M. ASAF