

HUKUKİ BİLGİLER MECMUASI

Sahip ve Başmuharriri :
Paris Hukuk Fakültesi Doktoru
AVUKAT
Mîlâsî GAD FRANKO

Tahrir Heyeti

Fuat Hulûsî B. Temyiz Mahkemesi
azasından

Sabri Şakir B. Ad V. Hukuk İşleri
Müdürü

Mustafa Reşit B. İstanbul Hukuk Fa.
Müderrislerinden

Ahmet Refik B. İstanbul İcra Reisi

Ahmet Samim B. İstanbul Hukuk Fa.
Müderrislerinden

M. Şarî Kroza. İstanbul Hukuk Fa.
Müderrislerinden

M. Aşıl Mester. Paris Hukuk Fa.
Müderrislerinden

M. Şavgran. Paris Hukuk Fa. fahri
Müderrislerinden

M. A. Salem. Hukuku Düvel Mecmu-
ası tahrir heyetinden.

Bahir B. Kavanin ihzârı komisyonu
azasından.

Mehmet Talât B. Avukat

M. A. Bilyoti. Paris Hukuk Fakül-
tesi Doktoru.

Adres: Galata, Bahtiyar han Avukat Gat Franko Beyin yazıhanesi
Telefon: Beyoğlu 3009

Bir nüshanın bedeli 35 kuruştur
Bir senelik abonemanı Posta ücretile beraber
400 kuruştur
Türkiye harici için 500 kuruştur

İSTANBUL

KÂATÇILIK ve MATBAACILIK ANONİM ŞİRKETİ

1929

Kanunu medeninin kavaidi esasiye ve vecizeleri

(geçen nushamızdan mabat)

Yazan :

Avukat M. ASAF

17 — Hakkı harar (istimalî ve iktisabî müruru zaman) vaziyed tasarrufiyle tamam olur... (L'usucapion est accomplie dans la mesure de la possession que l'on a exercée). hakkı karar bir gayrı menkulün milkiyetini iktisaba kâfidir. Lâkin o gayrı menkulün hâmil olduğu hukuku sahiheyi hotbehot ve yalnızca vazetmeğe kâfi değildir. Şöyleki :

1 : Hakkı karar : on ve yirmi senelik bir istimâl müddetiyle milkiyeti vaziülyede temin ve temlik edeceği şüphesizdir. (2265-Fransa) (Bizim kanunu medeni 634.636,883) ancak :

2 : Hakkı karar kendiliğinden o gayrı menkulün hâmil olduğu hakkı intifâ ve istifade, istimâl, sükna, irtifak ve ipotek gibi hukuku hakikiyeyi tasarrufiyesini itfa edemeyip müruru zaman haddiyle vaziülyed olmak da şarttır. Zira ancak vaziülyed olan kimse işbu baladaki « hakkı karar vaziyet tasarrufiyle tamam dır » Düsturuna tevfikân gayrı menkul milkiyetini bütün hukuku mezkûresiyle iktisap eder. (K. m. 883-893). Maazalik çok defa ve bittabi hakkı karar müddetiyle baladaki hukuku tasarrufiyesinin manii dava müruru zamanı da birlikte hareket ederek hassaten otuz senelik hakkı kararlarda müruru zaman haddine vasıl ve binaenaleyh gayrı menkul bütün mevzuatı tasarrufiye ve milkiyetiyle birlikte iktisap edilmiş olur.

3 : Hakkı karar gayrı menkule merbut ukudat şahsiyeyi de itfa edemez : — Meselâ : ademi ehliyet cihetiyle veya akıtta rızayı talil eder meayibi feshiye dolayisiyle bayiin vaziülyet aleyhine ikame eyleyeceği deavi tamamen böyle olup kendisine mahsus olarak on sene müruru zamana tâbidir. (1304) Bizim borçlar kanunu (20-36) (k. m. 893) ki bu

müddette hakkı karar (iktisap) müruru zamanıyla mütevaziyen yürümüş demektir. Kezalik hakiki mutasarrıfın bayie karşı ikame edeceği istirdat veya tazminat davaları da aynıyle böyle olup yalnız hakkı karar müddetiyle sakıt olamaz. Ve ancak bir manii istimar dava müruru zamanı kat'isiyle itfa olunabilir ki bu müruru zaman hakkı karardan büsbütün ayırdır.

A: Hakkı karar resen hükkâm tarafından dermeyan olunamaz: mutlaka iadei milkiyete mecbur olan şahsın bunu dermeyan etmesi lâzımdır. Zira çok defalar tariki mezkûr bir mülkû sahibi hakikisinden nez'ı kâfi bulunduğundan vazii kanun bunu zilyedin vicdanına bırakmıştır. (2223 F.)

B: Hakkı kararın tesirâtı makabline de şamildir:— Yâni vaziyet tarihine kadar rücu ederek milkiyet bugünden sabit olmuş bulunuyor. Bu da emlâkin tasfiyei milkiyetine hadim bir usûl olmak üzere hakkı karardan maksut olan gayrı kanunî neticedir. (1402. F.) işbu madde bu cihetle meselâ tamam izdivaç esnasında meşruen ahadî zevceynden birinin vaziiyeden bulunduğu gayrı menkulün esnayı zevciyette geçen eyyamı hakkı karara sarahaten kâfi görmektedir.

Hakkı karar (iktisap müruru zamanı) kablelhitam redolunamaz. Zira bu caiz olsa böyle bir hakkı vazetmek abes olurdu. Lâkin müktesep zamanı kanunî vürut ve tekemmül ettikten sonra gerek tahriren ve gerekse zımnen reddü inkâr olunabilir. Çünkü sırf hukuku şahsiyedenendir. Ve sahibihak ne vakit isterse bir hakkından vaz geçebilir, ve yahut onu istimâl eder. Bu taktire göre elinde daha kıymettar vesaiki tasarrufiye var demektir.

Dainlerin medyunlarına ait emval üzerindeki hakkı karar ve müruru zamanları: Her veçhile reddetmek ve bilmüdafaa muhafazaı hukukuna çalışmayan ve ıgması ayın eden medyunlarının hukukunu muhafaza suretiyle kendi haklarını temin (1) eylemeleri hukuku kanunıyelerindendir (F. 1166 ve 2225). Bizim kanunu medenimizle

(1) Medyunun bu bapta dayinlerini ızzaren hile ve dolandırıcılık yaptığıını ispata mahal olmadığı mahkemei temyiz mukarreratındandır (cilt: 2).

hukuk usulü muhakememizin (49-58) maddeleri de böyledir (Borçlar kanunu 96-155 ve v. s.).

18 — **Ebniye arsaya (âalâ esfele) tâbidir.** (La surface est liée au sort du sol.)

Aharın eşçar veya kereste ve malzemesiyle bir mutasarıfın kendi arazisine ikame eylediği müşeccerat ve mebanî bu bapta arsa sahibinin sui niyetle hareket eylediği müsbet bile olsa sahibi arzı mezkûra aittir. (554-556 F.) ve bizim (K. m. 644-646), zira (Superficies solo crédit) balâdaki kaide veçhile âalâ esfele tâbidir. Ve levazım ve eşcarı mezkûre sahibi bunların kıymetini tazmin ile beraber eğer tehaddüs etmiş bir zararı varsa bunları da sahibi arza tazmin ettirebilir. Lâkin bunları söktüremez. Balâda mezkûr maddelerde tafsîlâtı kâfiye mevcut ve her iki kanunda da aynı şekilde olup hüsnü niyet ve sui niyete göre tazminat ve kal'î cihetlerinden müşâbeheti tamme vardır. Hatta bu hususat mucirle müstecir arasındaki münasebatta cari olup pek mühimdir (2).

19 — **Feri esas mukadderatına yâni asla tâbidir.** (L'accessoire suit le sort du principal.)

İltihak veya bizim kanunu medeninin 638 inci maddesinde intikal namıyla tesmiye olunan « accession » bu şekli tessarruf bir malın diğer birine iltisak ve yekvücut olacak surette « s'incoporer » iltisak ve iltihakından tevellüt eden milkiyete itlak olunur. (F. 511), (629-639 Bizim K. m.)

Bu şekli tasarruftaki kaidei esasiye: Nazariyatça kendiliğinden diğerine iltihak eden malın sahibi evveli yok ise mali mültehak bittabi ahiren iltihak ettiği mal sahibinin olmak ve eğer sahibi evveli varsa gelip malını tefrik ve istirdat etmesi kendisinden talep olunmak merkezindedir. Halbuki kanun bu şekilden ziyade iltihak eden mali bir ivazi münasip mukabilinde diğerine temlik etmeği tercih etmiş ve tefrik keyfiyetinin alelekser imkânsızlığı ile masarısı kesireye tevakkufunu nazara almıştır (3).

(2) Panyol, Cilt 1. Sahife 1592 sinde tazminatın daha fazla olmasını iltizamı etmektedir

(3) Obri-ru. Cilt 2. F. 202-224.

Kanun bu bapta üç nevi iltihak ve ziade kabul etmiştir :

Evvelâ: bir gayrı menkulün diğer gayrı menkule iltihakı;

Saniyen: bir menkulün bir gayrı menkule iltisakı;

Salisen: bir menkulün diğer bir menkule iltihakı.

Bunun üçüncüsü haizi ehemmiyet olmayup (bizim K. m. 672) musarrah olduğundan diğer ikisinden bahsedeceğiz.

Bir gayrı menkulün diğer menkule iltihakı: Nazariyesinin en vazih misali; bir nehrin yatağı üzerinde suların tezayüt ve tenaküsiyle veya yatağın tahavvülüyle tahaddüs eden ziyadelerdir ki; bunları kanun (F. 566-559) ve bizim (K. m. 632. v. s.) birikinti, kayan arazi, adacıklar ve metrûk dere yatağı gibi dört kısma ayırmıştır.

Birikinti arazi: suların bir maî caride çekilerek hissolunacak surette ve peyderpey hasıl ettiği toprak tabakasıdır ki, gerek miyahı cariyeye ve gerekse rakidede tehassül etsin; imtidadınca mücavir ve mülâsık bulunduğu arazi eshabınınındır. (66. f.). Küçük ve büyük göllerde işbu nazariye kabili tatpik olmayup gölün eshabı ancak son dolduğu zamanda ihata ettiği araziye tesahüp edebilir. Hatta suyun fevkalâde yükseldiği zaman istilâ ile azaldığı müddette terk eylediği araziye tesahüp bile edemez. (558) denizlerin meddû cezrinden tehassül eden arazi ise devlete aittir (632-637 Bizim k. m.).

Kayan arazi: nehirlerin ve dağların büyük bir kuvvei tabiiye ile yatağından her nasılsa ayırarak kendi alt tarafındaki nehre veyahut bir tarlaya nakleylediği araziye ıtlak olunup işbu arazi parçası senesi zarfında müracaat etmek ve tarla veya nehrine intikal eden mutasarrıf kendisinden evvel davranmamak şartıyla sahibi kadimine aittir. (559) (Bizim K. m. 632-634).

Kabili seyri sefain ve umumi enharı cariyede teşekkül eden ada ve adacıklar: Devlete ait olup buna gayrı müsait olan enharı hususiye ve sagirede tevellüt edecek adalar hangi sahile yakınsa o sahil mutasarrıfının ve her iki sahile aynı mesafede ise o nisbetle müteakabil sevahil mutasarrıflarının malı olur (561 F.).

Bu nevi enhar gerek kabil seyri sefain olsun ve gerek olmasın, esnayı seyri cereyanında bir ve ya iki kol yaparak sahil mutasarrıflarından bir şahsa ait tarlanın bazı aksamını kucaklamak suretiyle bir adacık teşkil etse işbu tarla sahibi işbu ada ile beraber arazisinin kemafissabık maliki kalır (562).

Kabilî seyri sefain olsun olmasın enhar umumiye: terki mecra ederek yatağını tebdil etse eski yatak devletin malı olur, ve fakat mücavir mutasarrıfların bunda bir hakkı rüchanı olur (muaddel 563). Ve nehri mezkûr enharı hususiye ve memlûkeden olursa metrûk yatak derecei imtidadı nispetinde iki sahil mutasarrıfları beyinde taksim olunur.

Bir menkulün bir gayrı menkule iltihaki: kanunda iki faraziye muhtemeldir ki; 1 — kendi arazisi üzerinde bir kimsenin diğer bir şahsa ait menkulât ve eşcar ile bina veya müşeccerat ve mezruat ikamesi; 2 — kendi müşeccerat veya malzimesiyle bir kimsenin âher şahsa ait arazide işbu tassarrufatı icra eylemesi keyfiyetidir.

1 — Bir şahsın âher kimseye ait malzime, tohum ve müşeccerat ile kendi arazisini imar eylemesi: sui niyetle dahi olsa zevaiti muttasılai mezkûre mezkûr arazi sahibine ait olmak kaidei umumiyedir. Zira berveçhi balâ ferî' asla (Superficies solo cedit) keزالik âalâ esfele tâbidir.

Bu baptaki zarar ve ziyan meselesine gelince: — eşcar ve malzime mezkûre sahibi işbu menkulâtın kıymetini sahibi arsa tazmin ve kıymetlerini tesviye ettirdikten başka envaina göre mahrum kaldığı temettüatı dahi tazmin ettirebilir. Ve fakat kal'ettiremez. (554. F.) (Bizim k.m. 644-648)

2 — Kendi eşcar ve malzimesiyle aharın arazisine müşeccerat ve ebniye ikame eden kimseler:— ise bunu arazi sahibine terketmeğe mecburdurlar. Ve bu bapta arazi sahibinden alabilecekleri tazminat hüsnü niyet ve sui niyetlerine göre mütehalif olup sui niyetle inşa eden kimseye karşı kanun mutasarrıfı dilerse kal'etmek ve dilerse ipka eylemek arasında muhayyer bırakmıştır. İpka etmek isterse sahibi mülk füzulî hareket eden kimseye yalnız eşyayı mukamenin kıyme-

tiyle, masruf el emeğini yani mesarifi garsiyeği olduğu gibi tesviye edip, hele meselâ mezruatın müruru eyam ile iktisap ettiği kıymeti cedideyi katiyen vermez. Ve kal'ettirmek isterse mesarifi kal'îye füzuli kimse tarafından tesviye olunmak ve hatta tahaddüs etmiş bir zarar varsa onu da mal sahibine vermek zaruridir.

Bilâkis işbu ziyadatı ihtas eden fuzuli kimse: hüsnü niyetle hareket eylemişse mal sahibi bunları kal'ettiremeyüp dilerse eşyayı mukamenin kıymet ve masarifi ihdasiyesini ita ve dilerse işbu zevaidin ittisaliyle mülkünde hasıl olan ziyadei kıymeti tesviye etmek beyninde muhtar bırakılır. (555. F.) Bizim kanunu medeninin 654-647 inci maddeleri de hemen ruhen böyle olup yalnız bazı on beş günlük bir vadei müracaat bırakmıştır. (1)

Burada iki noktayı daha unutmamak lâzımdır. 1: İşbu zikrolunan kavaidin tatbikatı yalnız müceddeden ihtas ve inşa olunan zavaide ait olup bunları tezyiden veya tezyinen yapılan ilâvat bunda dahil değildir. 2. — Usulü muhakemeye nazaran işbu kavaidi esasiye yalnız füzulen milkiyete ait yapılan tasarrufata ait olmayup mucirle müstecir, çiftlik sahibi ile müzari ve ortakçılar arasında da caridir. Halbuki ekser müellifin bu kavaidi mutasarrıfla gasıyı füzuliye münhasır görmek isterler. Bizim kanunda bunu umumî olarak kabul ettiğine nazaran mucirle müstecir beyninde cari olmak asıldır.)

20) — Bir kimsenin kendi malı üzerinde bir mükellefiyeti tasavvur (irtifak ve saire gibi) olunamaz. (On ne peut avoir de servit de sur sa propre chose).

Malûm olduğu üzere irtifak mükellefiyeti bir gayrı menkul üzerine âhar bir gayrı menkulün istifadesi için vazolunan bir mükellefiyettir. Binaenaleyh vazolunacak mükellefiyet hakkı bir şahsa değil bir gayrı menkule olmak ve saniyen bundan mütevellit menfaat ta keزالik bir şahsa değil başka bir gayrı menkule ait bulunmuş ve binaenaleyh

(1) Plonyon cilt 1 T. 1592. kanunun hüsnü niyetle sui niyet faillerine hemen müsavi derecede tahmil ettiği derecei mesuliyeti muaheze ve bihakkin tenkit etmektedir.

böyle bir hak ihtası için işbu iki gayrı menkulün de ayrı ayrı kesana aidiyetleri meşrut olmak tabiidir.

Hakkı irtifakın «karakteri» mahiyeti: 1: hukuku mevcudedden olması 2: gayrı menkulâta mürtebit olması 3: fer'i muhaddes olarak bulunması, 4 — Gayrı menkulün âzayı müşterেকেi münfekkesinden 5 — hukuku daimesinden olması 6 — nihayet gayrı kabili fek ve taksim bulunmasıdır.

1 Hukuku mevcude ve hakikiyeden olduğu için halen ve istikbalen mürtefikun aleyhle mürtefikun ileyh birlikte mübadele olunur.

2 Hukuku gayrı menkulâtan bulunduğu için yalnız bir gayrı menkule tatbik olunabilir.

3 Hukuku hakikiyei muhaddiseden olduğu için müesses olduğu gayrı menkulün bir vasfını teshil eder. Ve onun gayrı kabili beyi, ve haciz, ve rehin ve fek ve münferiden gayrı mümkinüttemellük bir cüz'ü olduğundan teessüs ettiği mülkle birlikte hareket ve intikal eder. (526-637 F.v.s.) (Bizim k.m. 693-750 v.s.)

4 Mürtefikun aleyhten, mürtefikun ileyhın muayyen ve ebedî bir surette istifade ederek meselâ; sularını geçirmek, hakkı mürur, hakkı ziya ve nezaret gibi eşkâlde müsmir bir istifadesi vardır. Ve bu hususatta adeta mürtefikünileyh sahibi mürtefikünaleyhin bir nevi malikidir.

5 İrtifak hukuku daimedendir. Ve hakkı ikamet ve istifade (intifa hakkı) gibi bir şart ve müddetle meşrut değildir. mazalik otuz senelik bir müruru zaman ve metrukiyetle bittabi, zail olur.

6 İrtifak gayrı kabili tecezzi ve taksim olup ya olduğu gibi kalır ve vahut tamamen kalkar. Halbuki ipotek ve hakkı intifa'da böyle olmayup meselâ beynelverese veya hissedaran taksim olunabilir. Halbuki bunun meselâ bir kısmını terk ile kısmı diğeri mevcut kalmak kabil değildir. Ve bu cihetle meselâ müteaddit kimselere ait olan bir mülk üzerinde hissedarandan yalnız birisi hissesi nisbetinde bir hakkı irtifak tesis edemez. Saniyen bir hakkı irtifaka müştereken malik olan müteaddit hissedarlardan cümlesi hakkında otuz senelik müruru

zaman geçse ilerinden yalnız birisinin gerek o müddette bu hakkı istimâli ve gerekse sagır gibi zarı kanuniyeden biriyle hakkında müruru zaman lahik olamasa irtifak hakkı yine zail olmaz. Çünki gayri kabili tecezzidir.

Hakkı irtifak messisn lehin mahiyeti (karakteri) ve irtifak olarak şekli mevzuïyeti ve nihayet menbaı itibariyle e taksim olunur (687.F.)

1 — Messisn lehin mahiyetine göre olan taksim dahi ehr ve gayri ehr kısımlarına münkasem olup ehrler gerek ehir ve kasabatta ve gerekse kariyelerde müesses olsun, her halde bir ebniyeye has olanlar ve gayri ehrler ebniyeye ait olmayup bir arsa veya araziye tahsis olunanlardır. Vaktiyle Romada pek çok emsali olan bir şekli taksimin elyevm ehemmiyeti kalmamıştır.

2 — ekli mevzuïyeti itibariyle de irtifak: zahirî, gayri zahirî, daimî ve mtekattı, icab veya selbî kısımlarına ayrılır. Zahir ve gayri zahirî irtifaklardan zahirsi mer'ı ve enzarı nasa açık olandır ki bunun en bariz misali komşusuna haddi kanunden yakın bir şekilde açılan ziya ve havaya hadim penerelerdir.

Bilâkis gayri zahirî irtifak meselâ bir binanın řu kadar metro irtifaından yukarısına bina çıkarmamak gibi enzarı nastan gizli ve hakikatta mevcut olan irtifaklar zikrolunabilir. (eski lisanımız da havası yâni fevkanisi filanın demek gibi) (689. F.) bunun ikisi beyninde farkı azim mevcut ve ileride bahsedilecek olup bir aile pederinin bu yolda mevzu irtifakatı mer'ıyesi müruru zamana tâbi isede gayri mer'ı olanlarda müruru zaman asla mevzuu bahisolamaz.

Daimî ve mtekattı [gayri daimî] irtifaklardan — Daimî açılan pencereler gibi komşu üzerinde fi'len açılır, açılmaz hakkı nezaret irtifakı bahşeden irtifaklar olup binefsihi işbu kşat sebebiyle tesss ederek ayrıca ve bilâkis oradan etrafı nezaret için daimî bir istimale ve tahriren bir hak tesisine ihtiyaç olmayanlardır. (1) (F. 688) inci maddede mephus damlalık ve su mecraları da böyledir. Yâni bunlar da istimâl edilsin edilmesin kşadiyle beraber binefsihi teessüs eder-

(1) Obri- ru cilt 3, S. 248

ler. (bittabi meğerki itiraz ve seddedilsin) gayrı daimî (mütekattı) olanlar ise hakkı mürur (2), ve şürp ve ra'y gibi şeyler olup bilâkis bir akte müstenit ve istimali daimî olmak lâzım gelen irtifaklardır. (bizim k. m. 649 fıkrai ahire s. 1) daha doğrusu irtifakı daimî, fili, ve gayrı daimî, kavli ve ahtî olur, ve birincisi tesis ile beraber istimâl olunmasa bile devam eder. Diğerinde ise istimâl ve akıt şarttır.

İşbu daimî ve gayrı daimî irtifak taksiminin gerek tesis ve gerekse netaici noktayı nazarından ameli farklar mevcut olup bir aile pederi tarafından yapılan bu nevi daimî tesislerde irtifakatı mezkûre zahirî ve ayanen numayan ise müruru zamandan da hakkı istifadesi derkârdır. Halbuki gayrı daimî irtifakat velevki zahirî ve mer'î olsun müseccel olmadıkça aile pederi tarafından müesses bile olsa müruru zamanla iktisap olunamaz. Ademi istimalin bir haddi vardır ki ileride ayrıca arzedilecektir. buda irtifakın daimî ve gayrı daimî olduğuna göre tenevvü eder.

İcabî ve selbî irtifaklardan; icabînin misali mürtefikünaleyhin mürtefikunileyh menfaatine bazı menafî hakkı nezaret ve hakkı mürür gibi feda etmesi ve selbîye misâl bir hadden fazla irtifaa ebniye çıkarmaması gibi şeylerdir.

3 — İrtifakatın menbaina göre mütalâasında — A: arazinin mevki ve vaziyetinden mütevellit irtifakat. B: kanundan doğan; ve nihayet, C: insanların fi'liyle teessüs eden irtifaklar olmak üzere üç nevî mevcuttur. (bu mephas fevkalâde mühim ve mufasssal olup icabında müellifin eserine müracaat edilmek üzere yalnız her nev'e ait misâlleri zikr ile iktifa edeceğiz) (3)

Mevkiin vaziyetinden mütevellit irtifaklar: Su mecralarının araziye göre alacağı istikamet ve mecralar irtifakı, mirası açmak hakkı (bizim K. M. 515) tahtidi hudut mecburiyeti gibi adeta hukuku tabiiyeden mütevellit irtifaklardır.

(2) Haneden Bulaşık suyunu diğerine akıtmak (delikli musluktan) bazılarına göre irtifakatı daimedendir. Halbuki ekser müellifin buna muhalif olup gayrı daimî addederler. Ve temyiz kararı da böyledir. Obri - ru C. 3, S. 248 ve Planyoy C. 1, S. 1838

(3) Bouderi La fontineri C. 1, S. 1426 ve Planyol C. 1, S. 1891

Kanundan doğan irtifakat: Haiti müşterek hukuku (bizim k. m. 643 v. s.), haiti cebrîy inşası (bizim k. m. 641 v. s.) fevkanî ve tahtanî mebanî ihtilâfatı teşcirat arasındaki mesafeler (bizim k. m. 659—670) mebaninin hakkı nazaretine verilen mesafeler, iskayî arazi irtifakatı, hak ceyran ve hamecvarî, damlalıklar, tariki hastaki hakkı mürur gibi şeylerdir ki tafsîlâtı gayet uzun olduğundan ayrıca makalelere mühtaçtır. ve bizim kanunu medeniden de metnen anlaşılacaktır.(4)

İnsanların filile teessüs eden irtifaklar.— tapu senediyle müruru zamanla, aile reisinin tesisiyle tevellüt edebilir ki bunlar da kanunu medenimizde musarrahtır. (F. 690-695) (bizim k. m. 640-680) hülâsa kaidei esasiyemiz veçhile işbu eşkâli kanuniye ve tabîiye haricinde hiç bir kimsenin kendi milki üzerinde âhara karşı bir mükellefiyeti farzolunamaz.

21.— Cenini muntazır (hamli muntazır) menfaatine ait hususatta doğmuş hükmündedir. (bizim k. m. 521) (l'enfant conçu est considéré comme déjà né lorsqu'il y va de son intérêt). Malûm olduğu üzere şahsiyeti kanuniye ve adliye insanların tevellüdiyle başlar, ve mevtiyle nihayet bulur. Ve mazalik bir sagiri muntazır ve muhtemelin menafiine ait (vasiyet, miras, hibe gibi) hususatta doğmuş gibi addolunarak hukukunun vaz'ı hamle kadar mevkuf tutulması ve işbu şahsiyeti kanuniyenin kablettevellüt bile kendisine izafesi Romalılardan kalma bir kaidei kadime iktizasındandır. (F. 750-906) (bizim k. m. aynıyle almıştır 27-28) (mülğa mecelleye göre de malûm olduğu üzere hamlin kendi hakkında hükmü berhayat olmak asıldı).

22.— Menkulât kıymetsiz şeylerdir. (Chose mobilière, chose sans valeur) (res mobilis res vilis.)

Kadım Roma kanunundan doğmuş ve Fransa kanunu medenisi- nin tarihi neşrinde de aynen alınarak bilâhare terakkıyatı medeniye- nin hele şömendüfer ve devlet eshamı gibi menkulâtın oldukları halde azim kıymetleri ihtiva eden irat senetlerinde mekulâtın

(4) Planyol C. I. S. 1893

olmaları dolayısıyla bittabi bu kaide ahkâmını iskat eylemiş olan işbu kaidei esasiye ehemmiyetini lafzan kaybetmekle berâber menkulât ile emval gayrı menkule ahkâmı arasındaki hukukî farklar elyevm mahfuz bulunmuştur. Şöyle ki:

Bey' hüsusunda: — gayrı menkulât bey'i eşhası saliseye karşı mutlaka ba tapu mukayet olup menkulâtta buna ihtiyaç yoktur. (B. K. 212).

İpotek hususunda: — işbu muamele yalnız gayrı menkulâta münhasır olup malûm olduğu üzere menkulât ancak rehin olabilir. (F. 2119) (Bizim k. m. ve Borçlar k. 761-855 ve B. K.)

Bey' ve mübadele (tranpa) ehliyetinde: — keزالik gayrı menkulât ile menkulât arasında fark olup hele meselâ tefriki emvâl usulüne tâbi zevceler böyledir. (F. 1449) (bizim k. m. 182-214)

Aharın emvalini idare kudretini haiz olanların tasarrufatında: — dahi işbu fark azım ve zâhir olup meselâ vasilerin mahçurinin gayrı menkulâtındaki tasarrufları menkulden büsbütün ayıdır. Aile meclisinin ve hatta bazen mahkemenin iznine mütevakıftır.

Aile (zevciyet) birliğine dahil emvâlde: dahi azım farklar olup meselâ iştiraki emvalde halen ve istikbalen gelecek mallar birliğe dahil oldukları halde gayrı menkulât her kesin kendinindir. Cihaz usulünde ise; zevcenin cihaz olarak birliğe verdiği gayrı menkulât hem müruru zamana gayrı tabi ve hem de gayrı kabili bey'dir. Halbuki kanunu medenî bu baptaki menkulât hususunda sakit bulunduğundan mahkemei temyiz mukarreratı bunları zevcenin tasarrufuna tâbi tutmuştur.

Haciz hususunda: usulü muhakeme gayrı menkulâtın haczini bir sürü merasime tâbi tuttuğu halde menkulâtınkini gayet basit kavaide raptetmiştir.

Vasiyet mesailinde: bir müteveffa emvali menkulesini bir kimseye ve gayrı menkulâtını bir diğerine vasiyet eylemiş olsa bunların hangileri ve ne kadarı menkul ve ne kadarı gayrı menkul olduğunun bilinmesi gayet mühimdir.

23: — Menkulât ipotekle takip olunamaz (meubles n'ont pas de suite par hypothèque, en fait de meubles possession vaut titre.)

İşbu kaidei esasiye « menkulâtta vaz'iyet tasarruf alâmetidir » (bizim K. m. 894) kaidei külliyesinin bir neticesidir (bizim K. m. 683-684 v. s. F. 2279). Yâni emvali menkule tasarrufunda menkulü mezkûrun zilyedı bulunan kimse hakkında mezkûr vaz'iyet fili bir alâmeti tasarruftur. Bunun hilâfına beyyine olamaz. Ve işbu zilyetlik tasarruf hakkında bir karinei kanuniye addolunur (1).

Meselâ: ormanda bir teferrûç yapmak üzere kendi bisikletinizi bir dostunuza iare etsenizde bu dostunuz emniyetinizi sui istimâl ederek mezkûr makineyi hüsnü niyeti derkâr olan bir şahsı salise satsa mezkûr bisikleti işbu şahsı salisten istirdat edemeyup, olsa olsa ceza kanununa tevfikân dostunuz aleyhinde emniyeti sui istimâl davası ikame edebilirsiniz. Çünkü vaz'iyet tasarruf alâmetidir. Ve tabiri diğerle zilyetlik tasarrufun gayrı kabili ret ve münakaşa bir karine ve burhanıdır (2279) (bizim K. m. 684-686). Çünkü örfen ve âdeten böyle bir menkulü digerine satarken bir varaka alup vermek mutat olmayup esmanının kabziyle beraber menkulün müşteriye teslimi maruftur. Ve binaenaleyh, bunu zilyedinden iştirâ edecek olan kimsede hiç bir vakit senet tahar-risine mecbur değildir.

Bu kaide Roma hukukundan gelmeyüp bilâkis « Cermen » hukukundan intikal etmiştir. Ve hatta Romada menkulât için hakkı karar ve iktisap bile vardi. Evvela Jüstenyen ve devrinde bir senê keçmeksizin hakikî mal sahibi menkulünü zilyetten dava edebilirdi (2).

Bilâkis işbu kaide Cermenlerden gelmiş olup, Cermenlerde menkulünü başka bir şahsa vermiş olan kimsenin o malını şahsı salisten davaya hakkı olamayıp olsa olsa verdiği kimseye tazmin ettirmek hakkı mevcuttur.

Bu kaide Fransa kavaidi örfiyesine intikal ederek on üçüncü asırda « menkulât ipotekle takip olunmaz (mobilia non kabut séquélam) »

(1) Demolomp C. 9. & 622 ve Obri-ru C. 2. & 138.

(2) Playol C. I. S 1175.

derlerdi. Kavaidi mezkure Roma kavaninin de Fransada müessir ola-
bildiği on altıncı asırdan sonra birbirine karışarak nihayet maliki
hakikiye zilyetten dava ve istirdat hakkı yine örfen verildi isede bu
hak, dayine, mürtehine' ipotek sahibine hiç bir vakit verilmemiştir. Ve
binaenaleyh: «menkulât ipotekle (yâni ipotek hakkı ile) takip olu-
namaz» kaidei külliyesi teessüs etti. Ve işbu hakkı takibe iptidaları
otuz ve sonra üç ve nihayet bir sene iktisap ve müruru zaman müddeti
kecdikten sonra tekrar kendi rızasıyle yedini nez ve ahara tevdi
menkul eden kimse bu hakkını eşhası saliseden istirdadından men-
olunmak suretiyle on üçüncü asrın örfüne rüeu edildiki on sekizinci
asırdaki Şatele (Paris) mahkemesinden verilen temyiz kararı buna
şahittir (bizim K. m. 832 ve 890 v. s).

Bu kaidenin tatpiki için üç şart lazımdır: 1 — vaz'iyet olunan
menkul ayn olmalı, deyn senedatı ve tahvilât ve saire gibi şey olma-
malı. Çünkü örfen bilâ senet tedavül eden yalnız ayniyattır. Ve 2279
üncü (bizim K. m. 869, 894) maddeden maksat budur. 2 — Vaz'iyet
bütün manasıyle hakiki ve şahsi olmalı. Meselâ vekil, ve müstevdi, ve
mucir sıfatiyle ve maliki hakikiye bilizafe zilyet olmamalı. 3 — vaz'iyet
hüsnü niyetle olmalıdır. yâni zilyet olan kimse hakikaten bu
filinde kendisini haklı zannetmeli ve bunun hilâfında bittabi
müdei ispat eylemeli. Baladaki maddeden münfahim olan kastı hakiki
bilhassa bu üçüncü şarttır. Ve binaenaleyh sarik ve mültekit gibi kim-
seler tabii bu maddenin haricinde kalırlar (1) ve sirkat ve ziya' halinde
malikin bunu taharri ve ispat selâhiyeti derkârdır. (892-900. B. k. m.)

24: -- İki ve daha ziyade kesianın bir şeyde ittifakı, aktı, ve içinde
bir veya daha ziyade vecaip (borçlar) bulunan akıtlar da mukaveleyi
tevlit eder. Binaenaleyh her « kontrat » mukâvele bir akıt ise de, her
akıt bir mukavele değildir. Aralarında mantikî, umumî husus min
veçih vardır. (2) (F. 1101 b. k. m.)

Mukavelât ilmen bir çok aksama münkasem ve bunların berayı
tettebbü makalâtı saire ile ayrıca ızahı muktezi olduğundan burada
yalnız bazı aksamı esasîyesini tarif ile iktifa edeceğiz.

(1) Planyol S. 1. S. 1187

(2) Patiye S. 2. S. 4 Planyol Lafontineri 2. S. 784. v. s.

1: Mukaveleleri (Contrats) ya vahidülcanip (unilateral) ve yahut sınıycanip olur. (F. 1102-1103). müstekrizin deyin senedi itası ve bay'le müşterinin bey'de yaptıkları mukavelât gibi.

2. Kezalik mukavelât: ya mütekabilülfevait « à titre onéreux » (F. 1106) [faizle para istikrazı gibi], ve yahut vahidülfevait « à titre gratuit (meccanen bir mal hibe etmek gibi) olur. Sinniycanip mukavelât alelekser mütekabilülfevaittir.

3: Mütekabilülfevait olan mukavelât: — muayenüliveziye « commutatif » (bir mali gayrı menkulü yüz bin franga satmak gibi) veya mual-lâkuliveziye (hayat sigortası veya bir mülkü kaydı hayatla alınacak iradına mukabil « bey'i bilistiğlâl » ki şartı muavvazın zamanı mechûldür. Satmak gibi » olur. Bu taksimin farkı azim olup meselâ muayenüliveziye ukudatta tağrir ve hile ve saire ile mebiin istirdadı kabil ise de diğesinde gayrı kabildir. (F. 1104)

4: Mukavelâtı esasiye (asliye) « princepeaux » ve fer'iye (taliye) « accessoires » aksamına da münkasem olup esasiye, bey', icar, ve istikraz gibi ukudata ve fer'iye, bir mukavelei esasiyeyi teminen vazolunarak onun netayicinde doğacak olan rehin, ipotek, ve saire gibi ukudata itlak olunur. Bu taksimin dahi hayati hukukîyedeki ehemmiyeti derkâr olup aktı esası şerait sihhattan ari oldukta aktı talinin hükmü kalamıyaca gından mütalâayı ahkâmı zaruridir. Ve nihayet:

5: Mukavelâtı rizaiye (tarafeynin muvafakatiyle tamam olan) « consensuels » fiiliye (hakikiye) « réels » ve aleniye « solennels » aksamına da münkasem olup icap ve kabulü tarafeynle tekemmül eden rızaiye; bey', icar vesaireden teslim ile tamam olabilen rehin, idâ'istiare gibi şeylerden ve resmi bazı merasime tâbi olarak temamiyeti bunlara mütevakıf olan; aleniye dahi hibe, ve izdivaç ukudatı gibi şeylerden ibarettir. Bu nevi ukudat aleniyenin merasimi lazımesine ademi riayet kanunen onların keenlemyekün olmasını istilzam eder. Mukavelâtın şeraiti inikadiye ve sihhatı ayrıca mufassal bir makale ile izah olunacaktır.

25: — İmkânsızlıkla kimise takyit edilemez. (à l'impossible nul n'est tenu.)

Bir mukavele teşekkül edebilmek için mevzuunun mevcudiyeti, meşruiyeti, ve talibine nafi olması lâzımdır. (b. k. m. 19) yoksa imkânsızlıkla hiç kimse takyit ve takip edilemez. Lakin bu bapta imkânsızlık mutlak olup yoksa medyuna müteallık ve nispi bir imkânsızlığın hükümü yoktur. Saniyen; medarı aktin meşruiyeti yâni kanuna ve ahlâk ve adabı umumiyeye ve intizamı ammeye muvaffakatı dahi meşrut olup buna muhalif olarak meselâ bir kumarhane açmak veya kaçakçılık şirketi teşkil etmek veya bunun aksi olmak üzere mesela badema ticaret etmemek ve emlâkini icar eyleyememek yâni takyidat kezalik maddeten olmamakla beraber kanunen mütaazzir ve binaenaleyh hükmen imkânsızlıktır. Salisen medarı aktin dayine nafi bir faide teşkil etmeside şarttır. Yoksa asla nefi olmayan bir şeyi ifayı taahhüt eden kimsenin işbu taahhüdünü ademi ifasından dolayı dayine kabili tazmin bir menfaat mutasavver değildir ki kabili takip olsun, (yani tabiri kadimce medarı akıt kabili takvim olmalıdır.) yoksa hükmen mütazzir demektir.

26. — Takip zamanla mukayet fakat istisnaiyet daimidir. (l'action est temporaire et l'exception perpétuelle.)

Bir davada müruru zamanın hulûlü bittabi ve sebebi ihdasındaki hükmete ve akıtta ki delaleti zımnıyeye mebni iptali akit davasını akım bırakır. Ancak istisnaen butlânen davalarda büylemidir? Yani bu şekilde müntefi olur ve bitermi ?...

Bu noktayı anlayabilmek için : bir akte ait olan butlan davası ya aktin ifa ve itmamından sonra espabı kanuniyeye mebni bunun keelenmekün ve batil olduğunu iddia ve bu suretle hem akti vakii ve hem de netaici icraiyesini tamamen imha ve iptal şeklinde butlan akıt « sous forme d'action » veyahut bilâkis bir mukavele yapılmış ve fakat infaz ve ikmâl ile netaici hitam ve makudünbih teslim edilmeksizin muhasim tarafından itmam hakkında edilecek davada akiti vakiide espabi butlan olmak dolayısıyla tenfizinden imtina yâni « sous forme d'expection » iptali istisnaî davası ikame edilmiş olduğunu nazarı dikkate almak lâzımdır.

Birinci şıkta yâni akıt tamam ve teslim ve ikmâl edilmişde aradan on senelik müruru zaman geçmiş olan butlanı akıt davasında ve onun zımnında butlan istisnâ talebi dahi mantıkî olacakmı? Bu hususta beynelulema ihtilâf olup mahkemei temyiz mukarreratiyle de müeyyet ve bir çok müellifini meşhurenin efkârına muvafık olan birinci reye göre «butlanı istisnâ» davası baladaki kaidei esasiye veçhile istisnâiyet daimidir. ve öteki dava müruru zamanıyla müntefi olmaz. (1)

Bunun birinci sebebi : Roma kavaninden mehuz olan baladaki kavaidi külliye, ve ikincisi : müruru zaman müstenidünileyhi bulunan (1304) üncü maddenin delaleti, üçüncüsü : bunun aksını kabul ettiğimizde meselâ ehliyeti gayrı haiz bir kimse ile böyle bir aktı batıl yapmış olan kimsenin on sene müruru zaman müddetini bekledikten sonra bunu gerek akıdı na ehli mezkûre ve gerekse veresesine karşı serdederek batıl olan bir şeyi elde edebilmesi gibi şeylerdir.

Yine bir çok taraftarları olup (2) adalete daha muvafıkolan ikinci fikre göre butlanı akıt müruru zamanı da zımnenn lahik ve davanın istimaına mani olur. Gerçi na ehiller (incapables) hakkında gösterilen mehazir mevcut ise de bu mahzur müruru zamanı ihtisasbi ehliyet ettiklerinden sonra yürütmek şartıyla kabili izaledir.

27. İcazet (kabul) tevkil hükmündedir. (B. K. 415)
(La ratification équivaut au mandat.)

Vekâleti sahihe ile fuzuliye arasındaki farklar namına füzülen hareket olunan kimsenin gerek kavlen ve gerekse filen ve zannen icazet ve muvafakatiyle beraber mürtefi (F. 1398) ve hatta bu suret makablinede şamil (icazeti lahika vekâleti sabıka hükmündedir) olup akdi füzulî minelevvel o şahsın vekili imişçesine kabul olunur ve aktı sahihtir. (B. K. 390—398—415) Çünkü icazeti lahika vekâleti sabıka hükmündedir.

Yalnız işbu icazetin aktı müteakip yapılması meşrut olup mesela mahkemeye geldikten sonra ifası kâfi değildir. Bu takdirde dahi

(1) Bu manada : Obru-ru 1-711 ve demolomp 14 S. 36 ve Plenyol 2 S. 1347.

(2) Bu vadide : Kolmet ve Santer 265 mükerre ve Loran C. 14 S. 37.

A: mucizin vekili füzulî tarafından nafı bir surette yapılan masrafları (F. 1375), (b. k. m. 410—415) sarihtir. B: Füzulî mumaileyhin muciz namına girdiği taahhüdetten mütevellit borçları ifa etmesi lazımdır.

Füzulî ile eşhası salisenin münasebetlerine gelince bu cihet pek mühimdir. Zira berveçhi balâ yapılan aktı füzulî sahibine nafi olur da o da kabûl ederse mesele kalmaz. Lâkin işbu menfaat mütesavver veya icazet mevcut olmazsa akdî füzulî şahsı salise karşı gerek bir vecibe derûhte etmiş, ve gerekse ona yapılan muameleden bir menfaat tevellût edeceğini ihsas eylemiş olsun kendisi şahsı salisin zararını tazmin ile mükelleftir.

Vekâleti füzulîye ile sahihe arasında şu farklar vardır:

1 — Vekâlet füzulîye bir şibhi mukavele ve halbuki vekâlet mukaveleye müstenittir.

2 — Müvekkil vekilin nafı olsun olmasun namına ihtiyar ettiği bilûmum masarısı tesviye ile mükellef olup halbuki ve kâleti füzulîyede ancak nafi olanları tesviye eder. (F. 1375—1939)

3 — Vekil müvekkilin vefatıyla beraber muamelâtını terki tatile mecbur olduğu hâlde füzulî bilâkis işi ve taahhüdü ikmale mecbur ve verese tarafından bu hususta müdahale ve menedilinceye kadar devamle mükelleftir. (F. 1873, b. k. m. 394, 415 v. s.)

4 — Müvekkil tarafından verilen avansların faizinden vekil mes'uldür. (F. 2001) hâlbuki ekser müellifin füzulîye bu mes'uliyeti ancak icazet tarihinden sonra vermişlerdir. (1) Kezalik müvekkil vekilin ifai vekâletinden mütevellit bütün mes'uliyeti maliyeyi ifa ile mükellef olup halbuki aktı füzulîde bu mecburiyet katiyen varit değildir. (b. k. m. 411—414)

28 — Kimse başkasının maliyle zengin olamaz. (Il n'est permis à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui....) Yani bir sebebi meşru olmaksızın aharın zararına onun malını kazanmak memnudur.

İşbu kaidei külliye kanunu medenide gerçe sarahaten ve böylece mezkûr değildir. ancak bu esası teyit eden nice maddeler mevcut

(1) Planyol 2. S. 2283

olup meselâ ahârın arsasına ebniye ihdasının memnuiyeti (F. 555) ve (b. k. m. 644 v s.) bunlardandır.

29 — Kendi hukukını istimâl eden kimse ahârı ızrar etmiş olmaz. [Celui qui use de son droit ne fait de tort à personne] (b. k. m. 61—66).

Yâni yapılan bir iş hılâfı kanun ve na meşru olmadıkça ve kendi hukukunu istihsal maksadiyle ifa olunduğu meydanda bulundukça ahârı ızrar bile etse (cevazı kanuni zamana munafidir.) kaideisi veçhile tazmini iktiza etmez. Bu madde Fransa kanununi medenisinin sara-hatinden ziyade Alman kanununun 226 inci maddesinden mehuzdır. Ve Fransada da tamamen caridir (b. k. m. 615, 640, 662, 669, 673 v. s.) meğer ki bir hakkın istihsali sui istimâl edilmiş olsun (B. K. m. 647, 652, 657 v. s.) sarihtir.

Hakkın sui istimâli : bir hakkı meşruu gayrı kanuni bir kemmiyet veya bir kuvvetle veya terbiye ve kavaidi içtimaîyeye mugayir bir şekilde istihsale ve ahârı ızrar şekline ifrağ eylemeğe denilir. Bir fili ika ederken komşusunu rahatsız etmek için ve hılâfı hüsnü niyet ve terbiye hareket etmek ve keزالik hukuku idarede bahsolunduğu üzere kendi kuvvetini sui istimâl ile bir hakkı bila lûzum istimala kıyam eylemek bu kabildendir. Bu bapta hakkın sui istimali ile haksız bir fiil ikaî arasında fark olup biri diğerinden tamamen ayırdır, zira hakkı sui istimâlde sui niyet bir dereceye kadar tesettür edebilir. Halbuki bila hak harekette sui niyet zahirdir. Ve hakkın sui istimalinde faili mübaşir tevellût etmiş zarar varsa ona mahkûm olur. Halbuki haksız harekette zarar olsun olmasın tazmin davasında bulunabilir. Meselâ kendi arsanız dahilinde bila lûzum hafriyat icrasiyle komşu-nuzın kuyusunu bozsanız zarar ve ziyana mahkûm olursunuz. Halbuki işbu hafriyatı icraya hakkınız yoksa komşunuz bir gûna zararı olmasa bile bunu menettirebilir (1).

30: — Ahilya (Roma) kanunu icabınca zararın en kü-çuğu bile mazmundır. (Dans la loi Aquilia on tient compte de la faute la plus légère).

(1) Bu manada mösyö Jusran 1908 S. ve Hilâfı için Planyol C. 2. S. 484.

Bu madde mülga mecellenin « zarar ve mukabelei bizzarar yoktur » maddesine müşabih ve cinayeti hayvanat ve hatay beşer neticesinde doğan zararları da mutazemmindir. Ve hatta (cürüm) ve sibhi hata, ve mes'uliyeti maliyei eşhas gibi aksama münkasemdir.

Hata: (cürüm): Lisani hukukta na meşru olarak ve kastı ızzar ile ika olunup faile kabili isnat ve tazmin ettirilmesi iktiza eden efale denilir. (F. 1382) (B. k. m. 657-659). Kastı ızzar şart isede hakikatta, ve ahilya kanununa göre bila kastın vukubulan zararlada mazmandur.

Bu tarife nazaran 1: fili vaki kastı ızzar ile olmalı 2: mucibi zarar olmalı 3: faile kabili isnat ve 4: na meşru olmalıdır.

1:— Kastı ızzar olmalıdır. Olmazsa buna sibip cürüm (Hata) denir.

2:— Mucibi zarar olmalı ve bu zarar maddi bulunmalıdır. Yoksa meselâ manevî veya ahlâkî bir zarardan kanun bahsedemez. Malumdur ki zarar ya maddi olur; yapılan fiil bir şahsın mal veya sıhhatını ihlâl etmek gibi; ve yahut ahlâkî ve manevi olur. Bir şahsın şerefine tenkisini iktiza ettirmek gibi. Burada maksut olan birinci nevidir.

3 — Fîli vaki zararın sebebi hakikîsi (mahkemei temyiz kararı 13 Mart 1900) bulunmalı, yâni; A: Bir Hata olmalı; B: zararı vaki bu hatadan doğmalı. Bu hata ne kadar hafif olursa olsun ve gerek ademi dikkattan ve gerekse ihmâldan tevellût eylesin mazmundur. İşte balâdaki kaide bunu istilzameder. Meğerki hareketi vakia gayrı kabili tevekkî bir mecburiyeti kat'îye veya « Force majeure » bir hal fevkelâdeden tevellût etmiş olsun. Meselede Hata kalmaz. Ve fakat sibhi hata bakîdir. (F. 1310). (B. Borçlar K. 41-66).

4 — Fîil nameşru olmalıdır. Bir hakkı meşruunu istifa ederken bir kimsenin ettiği hatadan balâdaki maddedi bahsetmiştik.

Avukat M. ASAF