

HUKUKÎ BİLGİLER MECMUASI

Sahip ve Başmuharriri:

Paris Hukuk Fakültesi Doktoru

AVUKAT

Milâslı GAD FRANKO

TAHRİR HEYETİ

Fuat Hulusî B. Temyiz Mahkemesi
azasından

Sabri Şakir B. Ad. V. Hukuk İşleri
Müdürü

Mustafa Reşit B. İstanbul Hukuk Fa.
Müdürlüklerinden

Ahmet Refik B. İstanbul İcra Reisi

Ahmet Samim B. İstanbul Hukuk Fa.
Müdürlüklerinden

M. Şari Kroza. İstanbul Hukuk Fa.
Müdürlüklerinden

M. Aslı Mester. Paris Hukuk Fa.
Müdürlüklerinden

M. Şavgran. Paris Hukuk Fa. fahri
Müdürlüklerinden

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

Bahir B. Kavanin İhzası komisyonu
azasından.

Mehmet Talât B. Avukat

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

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

Bir nüshanın bedeli 35 kuruştur

Bir senelik abonmanı Posta ücretile beraber

400 kuruştur

Türkiye harici için 500 kuruştur

İSTANBUL

EKSPRES MATBAASI

1929

layıhasında, adliye vkeâletinin kanaat ve mütaleası ile hem fikirolarak layihaya kabule şayan gördüğünü kaydetmiştir. Layıhanın umumî hükümlerinden bahseden mezkûr mazbatada (kanunu medeni ve borçlar kanunu-muza göre telif, ilave ve tadillerle vücade getirilmiş olan bu layıhanın müstacelen ve tercihen küll halinde müzakere ve kabulünün heyeti umumiyeye arzına ittifakla karar verildiği sureti mahsusada zikredilmiştir.

Hatipler meclis layıhayı 18 Nisan 929 tarihinde müzakere etmiştir. Hatipler kanunun hukî ve içtimaî faidelerinden sitayiş ile bahsetmişlerdir. Mezkûr celsede ittifakla kabul edilmiş olan kanun, on iki maddelik tatbikat kanunu ile birlikte resmî ceridenin 4 mayıs 929 tarihli ve 1183 Numaralı nüshasında neşrolunmuştur. yalnız kanunun istinat ettiği prensipler, eski hükümlerle arada mevcut esaslı farklar tetkike şayan olduğu gibi iflâs işlerinin bu kanunun şümulüne ithali itibarile ilim sahesında önümüze vâsi bir tettebbu zemini ihzar etmiştir ki hiymetli hukukçularımızın kıymetli eserlerine bihakkin intizar ederiz.

İstanbul İcra Reisi
Hakim oğlu A. Refik

Federal mahkemesi kararlarından

Nakili :

Avukat N. Kohen

Mukaveleden mutevellit gayrı menkulün iştira hakkı — Temyiz kabiliyetini haiz mahcurlar — Ahvalin ketmi Bir hakkın sui istimali. Temyiz kabiliyetini haiz bir mahcur tarafından bir gayrı menkul müşterisine bu mülkün iştirası için lazım gelen paranın itası — Mahcurun lehinde ihdas edilen bir ipotekli borç senedile ve bir iştira hakkile te'min edilmiş avansı akdın vâsi tarafından tasdik edilmemesi — Mahcurun muvafakatile gayrı menkulün bir şahsisalise ferağı — Gayrı menkulün hemen diğerine tekrar satılması için mahcurun iştira hakkini ortaya sürmek istemesi — Gayrı menkul sahibinin buna muhalefeti — Sırf bir teminat maksadile ihdas edilen iştira hakkı — Hakkın sui istimali.

Kanuni medeni 2, 16, 405, 660, 919 - Borçlar kanunu 18, 20

Bir iştirâ hakkının tapu sicilline şerh verilmesiyle esasında mevcut akdî münasebetten müstakil, yeni aynı bir hak ihdas edilmiş olmaz ; iştirâ hakkının tescilinden sonra gayri menkul üzerinde aynı haklar iktisap eden eşhasa karşı dermeyeran edilmek suretile, salıfüzzekir şerh bu hakka sadece daha kavi bir himaye bahşetmiş olur .

Binaenaleyh, gayri menkul sahibi bu iştirâ hakkını teşkil eden mukaveleden mütevellit itirazatı dermeyeran etmek suretile bu hakkın istimaline muhalefet edebilir ; velevki kendisi bu mukavelede âkid bulunmamış olsun.

2 — Temyiz kabiliyetini haiz bir mahcur tarafından vasinin muvafakatı olmaksızın yapılan akit batıl değildir ; bu akid vasi tarafından tasdik olununcye kadar hali üzere kalır, fakat tasdikine kadar diğer tarafı — bağlar

3 — Bir mahcurun evlenmesi hakkı vesayete nihayet vermez.

4 — Muvazeali akit o akittir ki, tarafeynin hakikî arzusu, izharî beyan etmiş oldukları arzuya muvafık düşmez. Tarafeynce vukubulan beyanatın hukukî hiç bir netice tevhit etmiyeceği veya bu beyanatın ahvali adiyede tevhit etmesi lazım gelen netayici hasıl etmiyeceği hususunda ittifak edilmiş olduğu halde tarafeynin akda haricen hakikî bir manzara vermemelerile muvazeali akit vukubulmuş olur.

5 — Böyle bir akda muhalif olarak, müdahil bir şahıs vasitasile vukubulan akit esas itibarile makbul ve muteberdir. Bu kabil bir akdin olabilmesi için kanunen hile ve hud'a istimal edilmek suretile vukubulmuş olması lâzım gelir.

6 — İştirâ hakkı sahibi olan kimse tarafından, gayri menkulün sabık malikine avans edilen bir meblağın tediye olunması için sadece bir teminat teşkili maksadile, bu iştirâ hakkı ihdas edilmiş olduğu halde gayri menkulü iştirâ ve tekrar ferağ etmek üzere bu haktan istifade etmek isteyen şahıs hakkını sui istimal etmiş bulunur.

Tarafeyn : Madam Savva Künzli - Marizet

Tarihi : 13 teşrinisani 1928.

a — Aslen fransız olan müddeiye 13 Kânunuevvel 1924 tarihinde üçüncü defa olarak şimdiki kocası J. Savva ile evlenmiştir. Eylül 1924 tari-

hinde ikinci kocası olan diŒçi san'atkârî Künzli ile talakı vukubulmuŒtur. Bu zat emrazı akliyeden dolayı Sol r kantonunun birm eccanin yorduna verilmiŒti. 15 AĒustos 1918 tarihinde Zürih kazasi- meclisi müddeiye hakkında 370 (T. K. M. 356) maddesinin tatbikan ve sui ahvali münasebetile mah-curiyet kararını vermiŒti. Mumaileyha o senenin AĒustos ve ya teŒriniev-velinde Berne gidip, orada yerleŒmiŒti. 1919 senesi zarfında Z rihe tekrar avdetle orada sui Œ hret bulmuŒ bir sigara maĒazasını iŒletmeĒe baŒlamıŒ ve bu maĒaza 5 Haziran 1920 de zabıtaca seddedilmiŒti. Müddeiye o zaman mesarufı VelŒenror nahiyesi tarafından verilmek üzere bir islahhanede hapsedilmiŒti. 7 Nisan 1921 tarihinde Zürih vesayet dairesi vesayetin Vel-Œenrona nakline karar verdi.

Bernde ikameti esnasında - Müddeiye Madam Adel, dole namında birile yaŒadı. 28 K nunsani 1919 tarihli bir resmî mukavele ile madam dole Bernde berhayat iken tenekecilik eden J. Meyer veresesinden 68.000 frank bedel mukabilinde Berndeki evi iŒtira etmiŒti. Madam Dole, gayri menkulü takyit eden ipotek-lerden 47205, 60 franka mukabil kurtararak, 8000 franki peŒinen vermeĒi teahhüt etmiŒ ve m tebakısı olan 12794, 40 frank i ında fariĒin lehinde iktnci sıradan ipotekli bir borç senedini ihdas eylemiŒti.

FeraĒın Œeraiti umumiyesine nazaren madam Dole, o zaman künzli olan muddeiye lehinde, mukavelede gösterilen Œerait dahilinde gayri men-kul üzerinde bir iŒtira hakkını ihdas eylemiŒti. Bu hak 11 Œubat 1919 tarihinde Tapu Œicilline tescil edilmiŒti.

Madam Dole 8000 frankı tediye etmemiŒti. Buna mukabil Muddeiye fariĒlerin m mессili olan noter Nikolaos nezdinde 8,000 fransız frankıdan ibaret bir meblaĒ tevdi eylemiŒti. Bu meblaĒı fransız frankının y kseleceĒi bir zamanda isviçre frankına tahvil edecekti; bu meblaĒı teminen m dde-iye madam Doleden, hamile muharrer ve üçüncü-sıradan 8,000 franklık ipotekli bir borç senedini alacaktı. Sened 11 Œubat 1919 tarihinde tanzim edilmiŒ, fakat Noter Nikolaos onu m deiyeye ancak muteakıp nisan ayında vermiŒti. Yani 8,000 fransız frankının isviçre frankına tahviline mezu olduĒu zaman - Bu tahvilden 500 franklık bir zarar olmuŒ ve fariĒler 7500 frankın te'diyesile iktifa ederek mütebaki 500 franktan feraĒat etmiŒlerdi.

Noter Nikolaosun şehadetine nazaran madam Dole ve madam Künzlinin her ikisi de gayri menkulu iştirâ etmek istiyorlardı.

Noter Nikolaus madam Künzlinin mahcuriyet halinde bulunduğunu bilmeyordu; fakat kocasının bir mecanın yurdunda bulunduğunu bildiği cihetle gayri menkulün iştirâsı hususunda, madamki kocasının muvafakati kıymeti kanuniyeden âri idi, vasayet dairesinin mezuniyetini almak icabı ettiğini kendisine ihtar eylemişti. Vasayet dairesinin bu müdahalesini bertaraf etmek için gayri menkulün madam Künzlinin parasile madam Dole tarafından iştirâ edilmesine karar verilerek mezkûr avansı teminen madam Künzli gayri menkul üzerinde 8,000 franklık ipotekleri bir borç senedile bir iştirâ hakkını alacaktı. - Gayri menkulün madam Dole tarafından teferruğunda bir müddet sonra bu madam, Zurihe azimet etmiş olan madam Künzli ile niza ve ihtilaf halinde bulunmuştu.

2 Mayıs 1919 tarihinde madam Dole gayri menkulünü Tissoya ferağ ederek, muddeîye dahi mumaillehy Tissoya 8,000 franklık ipotekli borç senedini 3,000 frank mukabilinde devreylemişti. Aynı günde Tissonun talebi üzerine muddeîye iştirâ hakkının tapu sicillinden terkinde muvafakati mutezamın bir varaka imza eylemişti. Tapu sicil memuru muddeîyenin, bu hakkın sahibi olduğunu ispat edemediğini sebep göstererek terkin muamelesinin ifasını kabul etmemişti. Evrakı lazimenin o ande ibrazı mümkün olmadığı ve ferağ muamelesinin tapu sicilline müstacelen kaydedilmesi lazım geldiği cihetle, mukavelenin zeylinde Tisso ve Noter tarafından imza edilen atideki derkenar dercedilmişti:

“ 10 Şubat 1929 tarihine kadar muteber olmak üzere 68,000 frank için madam Künzli lehinde tapu sicilline bir iştirâ hakkı dahi kaydedilmiştir.”

26 Mayıs 1919 tarihinde Tisso 67,000 frank mukabilinde şimdiki muddeîaleyhe evi satmıştı; muddeîyenin iştirâ hakkına gelince Tiso en yakın bir zamanda bu hakkı terkin ettirmeyi teahhüt eylemişti.

Mahaza bu iştirâ hakkı hiç bir vakit terkin edilmemiştir. Tiso muddeîyenin mahcuriyet altında bulunduğunu haber aldığı zaman, bizzat madam Künzli tarafından 2 Mayıs 1919 tarihinde vekubulan terkin talebine rıza

gösterilmesi için Zürih vasayet dairesine müraceatta bulunmuştu. Daire bu talebi, vasayetin nakledildiği Velzenror vasayet dairesine havale etmiş ve bu daire ise iştirâ hakkının terkinine muvafakatini vermemiştir, 1919 da Bernden hareketi vukubulduğu zemandan beri muddeiyeye gayri menkulle alâkadar olmamıştır. Toki Vineviser isminde biri tarafından kendisine bir iştirâ hakkının mevcudiyetine dair ihtar vukubulduğu âne kadar. Bu zat, Bern Kantonunun ipotek sandığı memurlarından Boman isminde birile beraber Jenevraya Savua-Künzlinin nezdine giderek, bu karı kocaya iki vekâletname imza ettirmişlerdir. Biri iştirâ hakkının istimali diğeri de evin Vinervisere 72,000 frank bedel mukabilinde satılması içindi. 8 mais 1926 de Bern Noteri Sibental, müddeiyenin iştirâ hakkını ileri sürmek istediğini müddeialeyhe bildirmiş ve muteakip 10Mayısta furuht muamelesinin icrası için onu dairesine davet etmişti. Müddialeyh bu davete icabet etmemiş ve gayri menkulüne 72000 frank teklif eden Vinevisere satmaktan istinkâf eylemişti. 14 Haziran 1926 tarihli bir mektupla muddeiyeye, Morizete, Vineviser ile anlaşmasını tavsiye eylemiş ve ilâveten demiştir ki : “Bana gelince artık ben bununla hiç meşğul olmak istemem, bu evden istediğinizi yapabilirsiniz her halde sizin bu işte büsbütün zararlı çıktığınızı görmek istemem, bunun içindir ki sizi ikaz ediyorum, istediğiniz gibi yapınız ve yahut mahkemeye gidiniz.”

29 Haziran 1926 tarihinde Velzenror vasayet dairesi Meyer - Dole ferağ kâhadını ve 2 Mais 1919 tarihli “terkin ruhsatını”, mubeyyin varakayı müddeiyeye iade etti.

b - Teşrinisani 1926 tarihinde muddeiyeye Bern kantonunun istinaf mahkemesinde ikamei dava ederek, neticei talep olarak şunları dahi dermeyeran etmişti :

1 — Bern kadastrusunda 146 numeroda mukayyet yerin mulkiyetini, iştirâ hakkı vechile 68.00 frank bedel mukabilinde muddeiyeye itası.

2 — İştirâ hakkının tescilinden sonra gayri menkul üzerine kaydedilen mükellefiyetlerin, bu hakkın istimalına bir mâmi teşkil ettiği mertebede terkin ettirilmesi.

Bu talebe istinaden Madam Savua 28 Kânunusani 1919 tarihli ferağ-

name ile kendisine verilen ve 11 Subat 1919 tarihinde tapu sicilinde tescil edilen iştirâ hakkını gayri menkulun her hangi bir sahibi aleyhine 10 Şubat 929 tarihine kadar ileri surebileceğini dermeyeran etti.

Müddeialeyh davanın reddini ve bilmukabele iştirâ hakkının tapu sicilinden terkinini istedi, ve iktisap edilmesi için madam Doleye tediyyatta bulunması icap eden bir iştirâ hakkına, vasisinin rızasını istihsal etmeksizin malik olması imkânı olmadığını iddia eyledi (T. K. Ued. 19). Bundan mâda 28 Kânunusani 1919 tarihli mukavelename bir muvazeadan ibarettir. Mahcuriyet altında bulunmasından dolayı kendisi gayri menkulü iktisap edemeyince, parası olmayan madam Doleden istifade ederek ona parayı verdi. Böylelikle tarafeyn, bir iştirâ hakkını tesis etmek istemeyerek avans olarak tediye eylediği meblağ için müddeiye bir teminat vermek istemişlerdir. Her halü kârda müddeiye 2 mais 1919 tarihli terkin meznuniyetini mubeyyin verekeyi imza etmekle iştirâ hakkından ferağat eylemişti Vesayet dairesi bu terkine gerçe serahaten muvafakatini vermemişti. Fakat gerek vesayet dairesinin muhafaza eylediği tasvipkâr sükûtu ile ve gerekse Savua ile vuku bulan izdivacı üzerine yeniden medeni ehliyeti iktisap eyledikten sonra, 2 mayıs 1919 tarihli varakaya vaz eylediği imzayı iptal etmemeksuretile bu terkin zımnen tasdik edilmiştir. Hakeza muddeialeyhe yazdığı 14 Haziran 926 tarihli mektupta muddeiye sarahaten gayri menkulle artık alakadar olmak istemediğini bildirmişti. Binaenaleyh iştirâ hakkını ileri sürmekte bir menfaati yoktur, ve kendisi bu gün münhasiren Vineviser hesabına hareket etmektedir. Davası da kanunu medeninin 2 ci maddesine göre hakkın sui istimali şeklinde tecelli etmektedir.

16 mayıs 1928 tarihinde istinaf mahkemesi davayı asliyedeki taleplerin reddine ve iştirâ hakkının hükümsüzlüğünü beyan ve bu hakkın sicilden terkinini emretmek suretile mutekabil davanın kabulüne karar vermiştir.

Muddeiye bu karar üzerine Federal mahkemesine müracaat ederek nakzını talep etmiş mahkeme ise kararı vakii tasdik eylemiştir.

Esbabı -

Kanunu medeninin 683 (T. K. Med. 660) ıncı maddesinin ikinci fıkrasına nazaran tapu sicilline şerh verilmiş bir iştirâ hakkının eşhası salise

hakkındaki hükümleri her halde şerh tarihinden itibaren on sene geçmekle sakıt olur. Muddeiyeye ise ferağname ile kendisine verilen ve tapu sicilline şerh edilen bu iştirâ hakkını müddeti mezkûre zarfında ve hususile- 7 mayıs 1926 da noter Sibental vasıtasile talep eylemiştir. Müddeialehye gelince bu iştirâ hakkının gerekse sahih bir şekilde tesisi ihdas olunmamasından ve gerekse ihdasından sonra sakıt olmuş bulunmasından dolayı istimaline muhalefet etmektedir. Kanton mahkemesinin musip olan noktai nazarı veçhile muddeialehyin bu iddiaları serdetmesinde sıfat ve selâhiyeti inkâr olunamaz. 683 ve 959 - (T. Ka. Met. 660 ve 919) uncu maddeler mucibince tapu sicilline yapılan şerhler, aynı hakkın esasında mevcut olan akdi munasebetten mustekil, ve yeni diğer bir hakkı aynı ihdas etmeyup, belki malın devri, mülkûn ferağı hususunda bu şahsî hakka daha kavi bir himaye bahşeder, şu suretleki tapu sicilline şerh verilmesile, bu hak bidayeten teahhüt altına giren şahsa karşı yalnız değil, gayrimenkul üzerinde bilâhâre aynı hukuk iktisap eden eşhası saliseye karşı da dermeyeran olunabilir. Gayri menkulün sahibi bulunan şahsı salise karşı, iştirâ hakkı sahibinin dermeyeran ettiği hak, mukavelei asliyeye merbut bir munasebeti mevcut olmaktan hali kalmaz. Binaberin gayri menkul üzerinde muahharen aynı hukuk iktisap eden eşhası salisede bu ilk hukukîmunasebetten mütevellit ve bidayeten teahhut altına giren şahsın dermeyeran edebileceği itirazatı serdetmek suretile iştirâ hakkının istimaline muhalefet edebilirler.

2 — Muddeialehyh evvelemirde iştirâ hakkının muteberiyetine itiraz etmektedir. müddeiyyenin velevki temyiz kabiliyetini haiz bulunmuş olsun, tahtı hacre alınmış olmasından dolayı vasisinin iştiraki olmadan bir iştirâ hakkı iktisap edemezdi, öyle bir hakkın ihdas olunması için kendisinin evin ferağ bedelini tediye eylemesi lazım gelirdi. Kanuni - Medenin 19 (T. K. Med. 16) ıncı maddesinin birinci fıkrası, temyiz kabiliyetini haiz mahcurların kanunî mümesillerinin rızasile iltizam ve teahütte bulunabilecekleri prensibini vazettiği halde ikinci fıkrası bu prensipe bir istisna teşkil ederek bu eşhasın sırf mecani bir şekilde iktisap edecekleri hukuk için böyle bir rızaya ihtiyaçları olmadığını beyan etmektedir; yani borçlar kanununun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrasında denildiği veçhile kendilerine sırf hukuk

bahşeden ve ya onları bir teahütten kurtaran mukavelelerde bu muvafakata lüzum yoktur. Burada ise muddekiye hakkında meccani ve her hangi bir mükelefiyetten âri bir menfaat mevzuu bahis değildir. Kanton mahkemesince tespit edilüp Federal mahkemesini rapteden vakıalara nazaran müddeiye evi kendi namu hesabına teferruğ etmek istiyordu, ve vesayet dairesinin muvafakati lazim geldiğine dair noter Nikolaos tarafından vukubulan ihtar üzerinedir ki bundan vaz geçmişti. Vasayet dairelerinin müdahalesini bertaraf etmek için madam Dole müşteri olarak gösterilmiş ve müddeiye ona evin alınması için 8.000 franklık bir avans vermiştir. muddeyenin vekili sıfatile madam Dolenin deruhte ettiği teahhüdatin temamiyi icrasını te'min için müddeiye bir iştirak hakkı ve 8.000 franklık hamile muharrer ipotekli bir borç senedi verilmiştir. Binaenaleyh bir iştirak hakkı şeklinde müddeiye bahşedilen menfaat bir mükellefiyyete yani 8.000 franklık bir meblağın te'dieedilmesi keyfiyetine merbut bulunuyor, ve bundan dolayı vasinin muvafakati icap ediyordu. (Kanunı medeninin 421 - T. K. M. 405'inci maddesi mucibince vesayet dairesinde muvafakatini istihsal etmek lazim gelüp gelmediğini araştırmaya mehal yoktur).

Mahaza müellifinin mutaleatle icthadatı mehakimde hakim olan fikrî nazara göre temyiz kabiliyetini haiz bir mahcur tarafından, kanunî mümesilinin iştiraki olmaksızın, yapılan hukukî akit keenlemyekûn değildir. Vasi tarafından muahharen vukubulacak tasdik şartına muallak olarak, diğer taraf akit ile merbut kahr, (muhtelif asara muraceat) ve bu tasdik, hususî hiç bir şeklin ifasına mâni değildir. akid vasi tarafından muvafakatin verildiği ve ya rededildiği zemana kadar muallakta kahr. Kanunu medeninin 410 (T. K. M. 394) üncü maddesinin ikinci fıkrasına nazaren diğer taraf vasinin bu hususta seri bir karar ittihaz etmesini tahrik için bizzat kendisi ve ya hakim vasitasile bir müddet tayin eder, ve bu müddet zarfında vasi bir karar vermek mecburiyetinde bulunur. Akid bu muddet zarfında tasdik edilmez ise diğer taraf teahhütten beri olur.

Vasinin 28 kânunu sani 1919 tarihli mukaveleden haberdar olduğu zaman keyfiyyeti Zürih vesayet dairesine bildirerek, bu daire muvafakat hususunda hiç bir beyanda bulunmamıştır.

3 kânunuevvel 1920 tarihinde keyfiyyetin tetkiki vesayetin nakledildiği Velşenor vesayet dairesine tevdi edilmiş muterizünbih kararın ittihaz edildiği tarihe kadar bu daire tarafından da tasdik ve ya ret hakkında hiç bir karar sebketmemiş, 410 (394) üncü maddenin ikinci fıkrasına nazaren dahi daireye bir müddette tayin edilmemiştir.

İmdi müddeiye'nin hukuki medeniyesini tekrar iktisaptan sonra vasi'nin muvafakati olmadan yaptığı hukuki akdi tasdik edebilecek bir mevkiye bulunup bulunmadığı cihetinden tetkiki kalır. Bu noktai nazardan denilebilir ki iki taraf dahi layihalarında yanlış bir telekkiye sapmışlardır. Müddeiye'nin kânunu evvel 1924 de tekrar vukubulan izdivacile medeni ehliyeti derhal iktisap etmiş olduğu zihabında bulunmuşlardır. Vasayet altında bulunan bir şahsın evlenmesi vesayee nihayet verir isede bu ancak küçükler hakkında varit olur. (T. K. M. 11) Mahcur olan bir kimse hakkında olunca, 359, 370, 371, (T. K. M. 355, 356, 357) inci maddelerine nazaren evlenme ile vesayet nihayet bulmaz, devam eder. (Muhtelif asara muraceat) 370 (T. K. M. 356) inci madde mucibince müddeiyye hakkında ittihaz edilen mahcuriyet kararı selahiyettar daire tarafından alınacak karar ile ancak refolunabilirdi. (T. K. M. 416) Böyle bir kararın ittihaz edildiği ise taraflardan hiç birinden iddia edilmemiştir. Bilâkiş Velşenor vesayet dairesinden kanton mahkemesine gönderilen 30 eylül 1927 tarihli bir mektuptan anlaşılıyor ki bu daire dahi müstedeienin evlenmesi ile vesayetinde nihayet bulduğuna zahib olmuş, vazifesi kalmadığını farzetmiştir. Müddeiye'nin vekili tarafından Federal mahkemesine ibraz edilen 28 eylül 1928 tarihli bir beyannamede vesayetin ref'i kararı Solör kantonunun selahiyetdar hiç bir dairesi tarafından hiç bir zaman ittihaz edilmediği, Velşenor vasayet dairesinde sarahaten beyan edilmiştir. Binenaleyh müddeiye de 28 kânunusani 1919 tarihli akdi. hiç bir vakit tasdik etmek mevkiinde bulunmamıştır. Bu beyannameyi vermekle ve müddeiyyeyi Federal mahkemesine muraceat hususunda mezun kılmakla Velşenor vasayet dairesinin akdi vakii zımnen tasdik etmiş olup olmadığına gelince bu yeni bir cihettir ki Federal mahkemesince nazari itibara alınmaz.

3 — Müddeialehy tarafından serdedilen muvazaa itirazi dahi varit görülmemektedir. Bu itirazı kabul etmekle kanton mahkemesi muvazaa esa-

sını yanlış bir şekilde kabul etmiştir. Halihazırdaki hukukî telekkiye göre muvazaalı akid o akittir ki tarafeynin hakikî arzu ve iradesi izharı beyan ettikleri şey ile tevafuk etmemiş bulunur. tabiri diğerle muvazealı akıttı yaptıkları beyanatın hukukî hiç bir netice tevhit etmeyeceği, veya bu beyanatın ahvali adiyede tevhit etmesi iktiza eden netaici hasıl etmeyeceği hususunda tarafeyn uzlaştığı halde, hariç yani eşhası salise için ciddi mahiyette bir akdin vukubulduğu manzarasını ihdas etmek isterler. Mesela ekseriyetle yapıldığı gibi hakikatta bir hibe akdi mevcut iken, tarafeyn arasında qir beyi muamelesi için uzlaşmalarıdır. Hadisede ise hal bu merkezde değildir. Federal mahkemesince kabul edilmesi lazım gelen bir şekilde olarak kanton mahkemesinin tespit eylediği vak'alara nazaren Meyer veresesi vesayet dairelerinin iştiraki olmaksızın müddeiye'nin gayri menkule malik olamayacağını bilirlerdi. Bunların bu iştirakine muddeienin mahcuriyetinden dolayı değilde, kocasının halinden dolayı lüzum hisedilmesi zehabında bulunmaları vaziyeti değiştirmez. Vesayet dairelerinin bu müdahalesini bertaraf etmek için dediğimiz veçhile araya vasıta hükmünde giren madam Doleden istifade edilmesi hususunda uzlaşmıştır. Mezkûr madam bu suretle kendisiyle muddeieye arasında vekubulan bir mukaveleden sonra âkit diye işe dahil olmuştur. Bu mukavelenin hukukî mahiyeti bir vekâletten ibaret olabilir. Mukavele mucibince madam Dole, müddeiye'nin 8.000 frangile gayri menkulü satın alacak, ve temellükten mütevellit menafi da muddeie devr edilecekti. Müddeieye busuretle gayri menkulü bizzat kendisi iştirak etmekle istediği iktisadî gayeye müşabih bir maksat ihtihsal etmek isteyordu; ve madam Dolenin vekil sıfatile deruhde ettiği teahüdatın icrasını te'min içindir ki müddeieye lehinde bir iştirak hakkı ile 8.000 franklık ipotekli bir borç senedi ihdas edilmiştir.

Müddeiye'nin madam Dole ile vukubulan bu dahili münasebet ve bundan mütevellit netaic her iki tarafçada ciddi olarak istenmiştir, yoksa müddeieye gayri menkulün bedelini tedie için para ikraz etmezdi.

28 kânunusani 1919 tarihinde madam Dole ile Meyer veresesi arasında akdolunan mukavele hakkında da böyle olmuştur. Tarafeynin maksadı, aralarında hakikî bir şekilde vukubulan mukavelenin, yani münderecatına

nazaren mulkiyetin bir bedel tediesi mukabilinde nakli-ki satışın esası budur, hem tarfeyn ve hem de eşhası salise için netaîç tevhit edecek mahiyette bir mukavelenin akdolunması idi. Bunun delili şudurki mezkûr mukavele havi olduğu şeraite muvafık bir surrette icra edilmiştir.

Bir şahsın araya vasıta olarak girmesi şeklinde yapılan hukukî akıd-ler, muvazealî akıdler gibi olmayup binnefis sahih ve muteberdirler. Nazari itibara alınması lazım gelen esbaptan dolayı, ve bilhassa ammdenin nazari dikkatini bertaraf etmek ve ya hasmâne hareketlere meydan vermemek maksadile böyle araya giren eşhasa muraceat edilebilir. Müellif Kohlerin dediği gibi bu kabil akıdleri alelamya kanunî himayeden mahrum etmek işlerin serbestisini sekte dar etmek demektir ki bu gayri cayızdır. „ Fransız hukukunda dahi namı müstearla mukavele diye yad olunan bu akıdler esas itibarile muteber görülmektedir. (Planiol Traité élémentaire de droit civil No. 2268)

Böyle hukukî bir akid eğer bir madde kanuniyenin hükmünü bertaraf etmek maksadile yapılmış ise, borçlar kanununun 20 inci maddesinin bi-birinci fıkrası mucibince batıl olur. Her hangi bir hadisede vaziyetin bu şekilde olduğunu kestirmek bir takdir meselesidir. Bunun için kanunun iktisadî bir netice elde edilmesini menedüp etmediğini, veya tarafeynin yedi ihtiyarında olmayan bir takım kuyadu şerait tahtında buna musaeade edilip edilmediğini, ve yahut neticeyi menetmeksizin istihsali için icap eden vesaiti tanzim edüp etmediğini araştırmak lazımdır. Bu son halde hukukî diğer bir takım vesait ve eşkâlin böyle bir neticenin elde edilmesini temin edebilirse bu vesaitin istimal edilmesinde, bir mahzuru kanunî tesavvur edilemez. (Muhtelif müelliflerin asarına muraceat.) Mesela, resmî senedle yapılması lazım gelen gayri menkul satışında, resmî senetle ifası lazım gelmeyen diğer kanunî bir şeklin istimali suretile, bu iktisadî netice gibi bir neticenin elde edilmesinde mahzuri kanunî yoktur, ve bu neticede tapu seciline kayıd edilmek suretile mülkiyetin naklini dahi istilzam edebilir. Buna binaendir ki Federal mahkemesi bir emlak anonim şirketi hakkında bu şirketin yegâne aktifini teşkil eden gayri menkul üzerine yegâne hissedara, mülkiyete muşabih bir hakkı tasaruf vermek maksadile

şirketin bütün hisse senetlerinin satılmasını, gayri menkul satışı kavaidine mugayir bulmamıştır.

Kanun ne zaman bir takım eşhasın kendi hususi fiillerile bir takım haklar ve borçlara ehil olmadıklarını veya bazı şerait tahtında ehil olabileceklerini beyan ederse, bu eşhas tarafından arzu edilen maksadın istihsalı zımında istimal edilen hukukî şekil ne olursa olsun, iktisadî neticedir ki munhasıren bu memnuniyetin mikeyasi olabilir. Binaenaleyh temyiz kabiliyetini haiz bir küçük ve ya bir mahcur eğer vasisinin muvafakati olmaksızın her hangi hukukî bir netice istihsal edemezse bir şahsî salisten bilistifade dahi bu neticeyi elde edemez.

Fakat muayyen bir hadisede hukukî 'akdin vasi tarafından tasdik edilmesi suretile, muvakat halü vaziyete nihayet verildiği ande istihsal edilen amelî maksat, kanunen teeviz edilmeyecek bir netice değildir.

4 — 2 mais 1919 tarihinde iştirâ hakkının tapu sicillinden terkin hakkında mezuniyet ita etmiş olduğunu mübeyyin bir vereka imza etmekle müddeiye hakkından ferağat etmek istediğini izhar eylemişti ancak ferağatin muteber olması için vasinin muvafakati lazımdı. Bu baptaki muvafakat vasi tarafından hiç bir vakit verilmemiştir. Terkin mezuniyetini mutezamyn vereka Tisso tarafından kânunuevvel 1919 tarihinde tasdik edilmek üzere vasiye verilerek bunun tarafından da Zürih vesayet dairesine tevdi edilmiştir. Vereka mezkûr daireden de 3 kânunuevvel 1920 de Velşenror vesayet dairesine gönderilmiştir. Bu daire ise verekayı Tissoya iade etmemiş ve bununla bu vereka hakkında bir muamele yapmak istemediğini anlatmak istemiştir. Müddeiye vasayetinden kurtulmamış olmasına göre, hiç bir zaman bu terkin mezuniyetini bizzat tasdik edecek bir mevkide bulunmamıştır.

5 — Bununla beraber kanunu medeninin ikinci maddesinin ikinci fıkrası mucibince müddeiye'nin iştirâ hakkının icrasına kanunî hiç bir himaye bahşedilmemesi lazımdır. Kanton mahkemesinin reyü mutaleasına muhalif olarak müddeiye'nin hakkını istimal hususunda bir menfaati mevcut olduğu inkâr edilemez. Zira bir iştirâ hakkı sahibi olan kimsenin, bu menfaatin ne olduğunu beyanü isbata hacet görmeksizin, mezkûr hakkı istimal edebi-

leceği hususundan mâda, müddeiye'nin buradaki menfaatida zahirdir. Gayri menkulü Vinevisere satmakla kendisi 4.000 franklık bir kâr yapacak ve ipotekli borc senedini Tissoya devretmekle gaip ettiğini kazanmış olacaktı. Tissonun beyanatına nazaren, bu senet için müddeiye ancak 3.000 frank almıştı, halbuki kendisi vereseyle 7500 frank te'diye eylemişti.

Kezâ müddeiye tapu sicillinden kaydın terkinin hakkında vermiş olduğu muvafakatin muteber olmadığını iddia için, vasisinin muvafakati olmadığını, ortaya sürmekle hüsnü niyet kavaidine muhalif olarak hareket etmektedir. Federal mahkemesi bir kararında (karar 40 II 322), kanunu medeninin 177 (T.K.M. 169) uncu maddesinin fikrasında muharrer ukud kabilinden bir akde, vasayet dairelerinden muvafakat ita edilmediği hususuna istinad edilmiş olması, hakkı sui istimal manasına alınamayacağı beyan edilmiştir. Kanunu medeninin 410 (T. K. M. 394) ü maddesinin birinci fıkrasında muharrer keyfiyette böyledir. Zira burada dahi umumî asayiş ve ahlaku adabın menfaati namına vaz edilmiş bir kaide, ve binaenaleyh her halü kârda kabili tatbik olacak bir kaide mevzui bahstir.

Buna mukabil iştirâ hakkının tesisile tarafeynin istihsal etmek istedikleri maksat nazarı itibara alınır, müddeiye'nin davası hüsnü niyet kavaidile kabili telif değildir. Yukarda görüldüğü veçhile, bu hak vekil olan madam Doleye karşı müddeiye'nin hukukunu temin için tapu siciline kait edilmişti. Müddeiye bu gayri menkulü satın aldığı sırada, anın muvafakati olmak için madam Dole tarafından gayri menkulün ahara devredilmesi veya mumaileyhanın vukuu vefatı hallerine karşı müddeiye'nin te'min olunması icapetmekte idi. Gayri menkulün müddeiye'nin muvafakatile, madam Dole tarafından Tissoya satıldığı günden (mayıs 1919 den) itibaren bumaksadin hikmeti vucudu kalmamıştır. (Bu devrî ferâğ mezuniyet için vasinin rızasına ihtiyaç olup olmadığı cihetinin halline lüzum görülmeyebilir. Bahusus ki bu ferâğ munasebetile oldukça mühim bir zararla Tissoya ipotekli borç se-

nedini devretmiştir.) kanton mahkemesinin tespit eylediği vak'alara nazaran bu satışı bizzat müddeiye tahrik eylemiştir Bu gün ise Morizetin eline geçen gayri menkulü tekrar almak iddiasında bulunmaktadır. Bu sureti hareket, hakkın te'sisi anında iki tarafça arzu edilmiş olan maksada muhaliftir. Bil mukavele takrir olunan vazietten-ki iştirak hakkı ve bu hakkın tapu siciline kait edilmesile aldığı mahiyeti hakikiye mezkûr vaziyete tâbi bulunmaktadır - büsbütün başka bir şekilde, ve evvelce istihdaf edilen maksat ile münasebeti olmayacak bir surette istifade etmek istemektedir. Bu tarzı hareket hakkın sui istimalidir ki kanunen himaye edilemez.

Nakili: N. Kohen

MEHAKİM İÇTİHLARI

JURISPRUDENCE

1883 tarihli Paris ve 1911 tarihli Vaşington muahedenamelrine Türkiyenin iltihakı hakkında lozan muahedenamesine merbut ticaret mukavelenamesinin 14 üncü maddesinde mevcut taahhüd mütedair olmak üzere mahkmei temyiz ceza dairesinin bir ilâmını dercediyoruz. Mülkiyeti snaiye ve edebiyenin himayesine müteallik olan bu muahdata iştirak ve iltihak için büyük millet meclisinden ayrıca müsaade istihsâl etmeğe lüzum olup olmadığı hususu münaziünfih idi. Büyük millet meclisinden müsaade almağa ihtiyaç olduğunu iddia edenler, yine Lozan muahedenamesinin 99 ve 100 üncü maddelerinde muharrer diğer beynlmilel muahedata-iştirak için meclisin verdiği bir tefsir kararına ve teşkilâtı esasiye kanununa istinat etmekte idiler. Aksi reyde bulunanlar ise, ticaret mukavelenamesinin 14 üncü maddesile hükûmetin sarîh bir taahhüt altına girdiğini ve Lozan muahedenamesi meclisten geçmekle müddeti zarfında iltihak için müsaade verildiğini iddia ediyorlardı. Bu son fikirde bulunanların noktai nazrlarına göre hükûmet muahedenamelere iltihak etmekle TESHİRİ değil fekat TENFİZİ bir akıttta bulunduğunu ve hükûmetin icra selâhiyetini istimal