

Hukukî Bilgiler Mecmuası

SAHİP VE BAŞMUHARRİRİ

Paris Hukuk Fakültesi Doctörü

AVUKAT

GAD FRANKO MILASLI

Adres : Galata, Bahtiyar han Bay Gad Franko yazıhanesi

Telefon : 43009

Bir nüshanın bedeli 25 kuruştur.

Bir senelik abonmanı posta ücretile beraber 250 kuruştur.

Türkiye harici için 300 kuruştur.

İSTANBUL

HANRI ZELLİÇ VE MAHDUMU BASIMEVİ

1939

idare meclislerinde temerküz ettiren hukukî rejimi tadile icbar ederek bu şirketlerin idare ve temsil işleriyle kontrol işlerinin yekdiğerinden ayrılmasını inta'ç eden sebeplerin arasında — ve belki de başında — bu noktai nazar vardır.

Hissedarlar, şirket işlerinin muhtaç olduğu kontrolü bizzat yapamayınca, idare meclislerini temamiyle başı boş bırakmamış olmak için ayrıca mürakipler intihap ediyorlar. Bu suretle idare ve kontrol; yekdiğerini tamamlayan iki ayrı servis halinde teessüs etmiş oluyor.

Anonim şirketlerin idare ve kontrol servislerinin yekdiğerinden ayrılmış olmasını, hususî hukukta ileri bir adım telâkki etmek lâzımdır. Fakat bu adımı, yeni adımlarla tamamlamak ihtiyacı daha şimdiden kuvvetini hissettirmektedir. Bu ihtiyaç mürakiplerin intihaplarına; vazife ve mes'uliyetlerine ait hükümlerde, kendilerini tevhit etmiş bulunan sebepleri tatmin edecek kuvvette ıslahat yapmak ihtiyacıdır.

Anonim Şirket mürakiplerine ait mevcut hukukî rejimin kâf derecede emniyetbahş olmadığı kanaati, günden güne bir kar topu halinde genişlemektedir. Anonim Şirketlerin ve bu arada idare meclislerinin kontrolüne ait fikirlerimizi «anonim şirketlerin kontrol uzuvları» adlı yazımızda ayrıca arzetmiş bulunmaktayız.

Remzi Saka

(mabadi var)

MAHKEME İÇTİHA TLARI

JURISPRUDENCE

Temyiz Mahkemesi 1 inci Hukuk Dairesi — Esas No. 3328

Karar No. 2997, Tarih 1/11/934

(Üsküdar Hukuk Mahkemesi No. 999 Tarih 17/5/934)

Suf'a hakkında

Üsküdar'da Ahmet çelebi mahallesinde Tahririye arka sokağında 3 No. lı hanede sakin fırıncı (1) Karacaahmet caddesinde kain Deve-

cioğlu furunu namile maruf furunun dokuzda bir hissesine malik olup mezkûr furunun dokuzda iki buçuk hissesinin maliki Hacı Tatyos kızı Vartanoş işbu hissesini kendisinin haber ve malumatı olmaksızın Zahir 4500 lira ve hakikatta 3000 lira bedel ile Üsküdar (N) ye satmış isede satış bedelinin 3000 lira olduğunu şuhut ile isbat ve indelhace yemin teklif edeceğinden müekkili namına mezkûr hissesinin temellükü ve kaydının tashihi ile tapu senedi itasına karar verilmesi hakkında mumaileyh (N) aleyhine açtığı davanın cereyan eden muhakemesi neticesinde : ilâmda yazılı esbabı mücibeye binaen müddeinin 3000 lira bedelle meşfu mahallin talibi olduğu yolundaki iddiasının reddile kaydı resmiye müstenit 4500 lirayı vermek şartile meşfu hisseyi almağa talip ise bu hususta ikamei davada muhtariyetine dair Üsküdar hukuk hakimliğinden sadir olan 17/5/934 tarih ve 999 numaralı ilâmın Temyizen tetkiki fırıncı (İ) tarafından müddeti içinde arzuhalle istenilmiş olmakla mezkûr ilâm ve temyiz layıhası ve dosyada bulunan sair kâğıtlar okunduktan sonra icabı müzakere olundu :

K A R A R

Delillerin serbestce takdiri Hakimin saâhiyeti cümlesinden isede muvazaa iddiasını isbat edemiyen davacının bu hususta müddeaaaleyhe yemin teklifine hakkı olduğu ve davacı Mahkemeye verdiği dava arzuhallinde isbatı müddea edemediği surette müddeaaaleyhe yemin teklif eder olduğunu beyan eylediği halde Mahkemece bu cihet nazarı dikkata alınmıyarak müddeaaaleyhe yemin teveccüh etmiyeceğinden bahisle ilâmda yazılı olduğu üzere hüküm verilmesi muhalifi kanun bulunmuş ve nakız talebi bu sebeble varit görülmüş olduğundan H. M. U. K. 428 inci m. tevfikan hükmün işbu sebepten dolayı nakzına ve evrakın mahalline iadesine ve 840 kuruş Temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 1/11/934 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi 1 inci Hukuk Dairesi—Esas No. 1857

Karar No. 1257 Tarih 30 Mayıs 1935

Üsküdar Hukuk hakimliği No 273/275 Tarih : 25/2/935

Üsküdar Ahmetçelebi mahallesinde sakin furuncu (İ) Karaca-

ahmet caddesinde kâin Devecioğlu furunu namile maruf furunun Dokuzda bir hissesine malik olup mezkû furunun dokuzda iki buçuk hissesinin maliki Hacı Tatyos kızı Vartanoş hissesini kendisinin haber ve malumatı olmaksızın zahirde 4500 ve hakikatta 3000 lira bedel mukabilinde Üsküdar'da çarşı boyunda 154 numaralı eczanede eczacı (N) ye ferağ eylemiş olduğundan mezkûr hissenin namına temlik ve kaydının tashihile tapu senedinin itası hakkında ikame eylediği davanın badelnakız nakza tebaan cereyan eden muhakemesinde müddealeyleh, meşfu furunun 4500 liraya aldığını ve meblağı mezkûru müddei verdiği takdirde ferağa hazır olduğunu def'an dermeyan eylemesine ve müddei bedel hakkında muvazaa olduğuna dair olan iddiasını isbat edememiş ve müddeaaaleyhe yemin teklifinden sarfuazar etmesine mebni müddeinin muvaza iddiasının reddine ve meşfu furundaki müddeaaaleyhin aldığı hissenin bedeli olan 4500 lirayı vererek bihasebişşü'fa almağa talip ise bu hususta dava ve talepte muhtar olmasına dair Üsküdar H. hakimliğinden sadır olan 25/2/935 tarihli ve 273/275 numaralı ilâmın temyizen tetkiki furuncu (İ) ve müddeaaaleyh (N) tarafından müddeti içinde baarzuhâl talep olunmakla mezkûr ilâm ve temyiz istidası ve dosyada bulunan sair kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı müzakere olundu.

TEMYİZ KARARI

Nakızdan sonra icra kılınan mahkemede davacı (İ) müddeaaaleyh (N) a yemin vermeyip 4500 liraya meşfu hisseyi almağa talip olduğunu söylemiş olmasına göre mahkemece ona göre hüküm itası iktiza ederken davacı ayrıca 4500 lira vererek meşfu hisseyi almağa talip ise bu suretle almakta muhtariyetine... deye karar verilmesi muhalifi kanûn bulunmuş ve nakız talebi bu sebeble varit görülmüş olduğundan H. U. M. kanununun 428 inci maddesine tevfikân mûmeyyizünbih son hükmün dahi işbu sebebdan dolayı nakzına ve evrakın mahalline iadesine ve 740 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 30/ mayıs 935 tarihinde karar verildi.

Temyiz Mahkemesi 1 inci Hukuk Dairesi — Esas No. 4477

Karar No. 1901, Tarih 22/5/936

(Üsküdar Hukuk Mahkemesi Tarih 18/9/935)

Üsküdar : Ahmetçelesi mahallesinde sakin furuncu (I) dokuzda bir hissesine mutasarrıf bulunduğu Devocioğlu furunu namıle maruf furunun dokuzda bir hisse maliki Vartonuşun hissesini kendisinin haber ve malûmatı olmaksızın zâhirde 4500 ve hakikatte 3000 lira bedel mukabilinde eczacı N a ferağ eylemiş olduğundan bihasebişşuf'a mezkûr hissenin temlik talebile ikame eylediğı davadan dolayı baden-nakız cereyan eden muhakeme sonunda: Şefiin hükümden sonra muayyen bir mehil zarfında bedeli mebli vermeğe mecbur tutulması hakkında kanunî bir memnuiyet olmamasına ve davanın ikamesini müteakip ilk celsei muhakemede müddealeyh meşfuun bedeli olan 4500 lirayı davacı verdiğı takdirde iadei ferağa hazır olduğunu söylemiş olmasına ve saireye binaen müddeinin müddeabih hisse bedeli olan 4500 lirayı hükümden üç ay sonra icra veznesine yatırıp meşfu teferruğ etmesine ve aksi halde bihasebişşuf'a meşfu almaktan ferağat etmiş addine dair Üsküdar hukuk hâkimliğinden sadır olan 18/9/935 tarihli ilâmın temyizen tetkiki müddeaaaleyh tarafından müddeti zarfında istenilmiş olmakla bittetkik icabı müzakere olundu :

TEMYİZ KARARI

Nakızdan sonra icra kılınan muhakeme neticesinde meşfu hisseyi 4500 lira bedel mukabilinde temellükte talıp olan şahsa mezkûr hissenin meblagi mezkûr mukabilinde temlikine hükmolunması icap ederken mahkemece bu cihet teemmül edilmeyerek kanunun tecviz etmediğı bir şekilde davacının meşfu hisse bedeli olan 4500 lirayı 3 ay zarfında icra veznesine teslim etmediğı surette hakkı şufası kalmıyacağı kaydile hüküm verilmesi muhalifi kanun bulunmuş ve nakız talebi bu sebeple varit görülmüş olduğundan H. U. M. kanununun

428 nci maddesine tevfikân mümeyyizünbih son hükmün dahi işbu sebepten dolayı nakzına ve evrakın mahalline iadesine ve 740 kuruş temyiz masarifinin ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 22 Mayıs 936 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi 1 inci Hukuk Dairesi — Esas No. 534

Karar No. 1860, Tarih 30/9/937

(Üsküdar Hukuk Hakimliği Tarih 25/11/936)

Üsküdar'da Ahmetçelesi mahallesinde sakin furuncu (5) nin dokuzda bir hissesine mutasarrıf bulunduğu Devecioğlu furunu namile maruf fırının dokuzda iki hisse maliki Vartanoşun hissesi kendisinin haber ve malûmatı olmaksızın zâhirde 4500 ve hakikatte 3000 lira bedel mukabilinde N a ferağ eylemiş olduğundan bihasebişşufa mezkûr hissenin temlik taleb ile ikame eylediği davadan dolayı badennakız carı muhakeme neticesinde müddealehyhin meşfu hisseyi 4500 liraya aldığı tahakkuk etmesine ve meblağı mezkûru müddei verdiği takdirde ferağa hazır olduğunu beyan eylesine mebnî müddeinin mezkûr 4500 lirayı müddealeyhe verdiği surette meşfu hissennin şefii müddei İ namına kaydın tashihine ve 730 kuruş masarifi muhakeme ile müddealehyh vekili için takdir olunan elli lira ücreti vekâletin müddeiden alınmasına dair Üsküdar hukuk hâkimliğinden sadır olan 25/11/936 tarihli ilâmın temyizen tetkiki müddei İ tarafından müddeti zarfında talep olunmakla mezkûr ilâm ve evrakı müteferriasi bittetkik icabı müzakere olundu :

TEMYİZ KARARI

Müddealehyh (N) evvel ve ahar müdafaasında dava olunan hissennin davacı namına ferağını icraya âmade bulunduğunu beyan eylemek suretile davacının iddiasını kabul etmiş olduğu cihetle H. U. M. kanunun 49 uncu maddesi mucibince müddealehyhin masarifi muhakeme ile ilzam olunamayacağından temyiz müstedisi davacı (İ) nin tem-

yiz arzuhâlinde masarifi muhakemenin haksız çıkan taraftan alınması lâzım gelirken kendisinden tahsiline hüküm verilmesinin yolsuzluğundan bahisle serdettiği itirazın reddine ve her ne kadar mahkeme semeni mebiin davacıdan alınıp müddealeyhe verilmesine ve meşfu hissenin de davacıya temlik ve tapuca uhdesine tesciline hüküm olunmak iktiza ederken davacı semeni mebiini müddealeyhe tamamen verdiği surette meşfu hissenin davacı namına bihasebişşufa ferağ ve olsuretle kaydının tashihine deyu şarta muallak olarak hüküm verilmesi kanuna muvafık değilse de bu yolsuzluğun islahı tahkikat ve muhakemeye muhtaç olmadığı cihetle mümeyyizünbi son hüküm H. U. M. kanununun 438 inci maddesine tevfi kan yukarıda yazılı olduğu şekilde tashihine ve o suretle tasdikine ve 640 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 30 Eylül 1937 tarihinde ittifakla karar verildi.

• •

İstanbul Barosu Mecmuası son haziran nüshasında birinci hukuk dairesinin şufa hakkına taalluk eden bir hâdis e dolayisile vermiş olduğu dört kararı neşretti. Bu kararlar şufa hakkının ortaya koyduğu bir takım ince mes'elelere temas etmektedir (S. 382); üzerlerinde bir az durmak faidadan hali olmayacaktır.

Müddei (İ) Bir hissesine sahip olduğu Üsküdar da kâin furunun diğer hissesinin (V) tarafından kendisi ne haber verilmeksizin (N) e satılması üzerine (N) aleyhinde dava ikâme ediyor ve kanun medenîniâ 659 uncu maddesine istinaden kanunî şufa hakkını istimal ederek tapu kaydının kendi namına tadilini istiyor. Üsküdar hukuk hakimliği 18/9/35 tarihli kararında «.... müddeinin, müddeabih hisse bedeli olan 4500 lirayı hükümden 3 ay sonra iera veznesine yatırıp meşfu teferruğ eylesmesine ve aksi halde bihasebişu ha meşfu almak tan feragat etmiş adine» hükmediyor. Bu karar müddeialehy (N) tarafından temyiz ediliyor. Birinci hukuk dairesi «3 ay zarfında iera veznesine teslim etmediği surette hakkı şufanın kalmıyacağı kaydı

ile» hüküm verilmesini yolsuz buluyor. Temyiz mahkemesi aynı mes'e-
lede verdiği ikinci bir kararda da şöyle diyor:

« Her ne kadar mahkemede semeni mebiin *davacıdan alınıp müddealeyhe verilmesine* ve meşfu hissenin de davacı ve temlik ve tapuca tesciline hüküm olunmak iktiza ederken, davacı semeni mebiin müddei aleyhe tamamen verdiği surette meşfu hissenin davacı namına bihasebişufa ferağ ve olsuretle kaydının tashihine deyu şarta muallak olarak hüküm verilmesi kanuna muvafık değildir.»

Temyiz mahkemesinin son iki kararda ifade ettiği fikri şöyle hülâsa edebiliriz: Şefiın talebi hissenin namına temlikinden ve tapu kaidenin olsuretle tashihinden ibarettir. Müddealeyhin de talebi semeni mebiin yani 4500 liranın kendisine tediyesidir. Mahkeme yalnız bu iki talep hakkında mücerret bir şekilde karar verebilir. Yani bu iki talebi ayrı ayrı ya kabul yahutta rededer. Yüksek mahkemenin telâkkisine göre bu iki talebi her hangi bir surette değiştirmek veya aralarında hukukî bir rabita tesis etmek birinin tahakkukunu şartına bağlamak hakimın selâhiyeti haricindedir.

Diğer cihetten, — kararın metninde çizdiğimiz gibi, — şefi, müş-
terek hisseyi satın alan şahsı salise karşı harekete geçince semeni mebiin, hissesini satmış olan ilk malike değil bu hisseyi satın alan şahsı salise tediye etmeğe mecbur olduğunu yüksek mahkeme kabul etmiş oluyor. Ve bundan dolayıdır ki iki talep arasındaki filî münasebetin hukukî bir münasebet şeklinde ifadesi kabil olup olmayacağı mes'elesi çıkıyor. Eğer birinci hukuk dairesi bu noktayı nazarı terviç etmeyip semeni mebiin ancak ilk mal sahibine verilmesi icap edeceği kanaatını besleseydi böyle bir mes'ele mevzuubahs olamayacaktı. Zira o zaman karşılıklı iki haklı talep muvacehesinde bulunmayacaktık. Yalnız şefiın muhik talebi mevcut olacaktı. Ve mahkeme bunu, şahsı salise karşı tanırken her hangi bir şarta tabi tutmayı aklına getiremeyecekti.

Binaenaleyh şu iki mes'elenin tetkiki lâzım geliyor :

1. — Şefi, şufa hakkını bir şahsı salise karşı istimal ettiği taktirde parayı kendisine mi yoksa ilk mal sahibine mi vermesi icab eder? Mahkemei temyizcin verdiği hal tarzı şayan dikkattir. Üzerinde hususi bir şekilde durmağa değer.

2. — Şefi ile şahsi salis veya mal sahibi arasında tahaddüs eden davada mahkeme iki talep arasında, verdiği hükümde, bir bağ kura-maz mı ?

II

Bu iki mes'eleyi lâyıkı ile münakaşa ve hal edebilmek için şufa hakkının mahiyetini tahlil etmek zarureti vardır. Evvela şu prensip-ten hareket edelim: mukaveleden mütevellit tescil edilmiş olan şufa hakkının muhtevası kanunî şufa hakkından tamamen farksızdır. Bu hususta müellifler müteffik bulunuyorlar. Şufa mukavelesi, şarta muallak bir taraflı satış vadidir (Journal des Tribunaux 1920.134; Planiol et Ripert t. X 184) Mal sahibi bir gün malını bir başkasına satmağa karar verdiği takdirde bulduğu müşteriye satmayup şefiye aynı şartla satmağı taahhüt etmektedir. Şefi o zaman rızasını izhar ettiği takdirde, menşinde bir taraflı olan beyi vadi tekemmül etmiş olur. Ve her iki taraf satıştan doğan vecibelerle mes'ul tutulur. 659 uncu madde halinde veya mukavele tescil edildiği takdirde şefi riza-sını ilk satış yapıldıktan sonra dahi bir ay zarfında izhar ederse şufa hakkını şahsı salise karşı istimal edebilir (658 inci maddenin ilk fıkrası). Mes'elemizin ruhuna işte burada dokunuyoruz. Bu fıkraları nasıl tefsir etmeli? Şefi gayri menkulu kendi namına almayı istediği takdirde şufa hakkına rağmen şahsı salise yapılmış satış batıl addo-lunabilir mi?

Yoksa ilk yapılan satış muteber addedip şefiın gayrimenkulu şahsı salisin elinden ikinci bir satış neticesinde aldığını mı kabul etmeli?

Bizim Temyiz Mahkemesi bu ikinci tezi zımnen kabul etmektedir. İsviçre hukukunda aynı haklar hakkında meşhur bir şerh yazmış olan tanınmış müellif Wieland dahi aynı fikirdedir (Droits réels, cilt I. S. 312-13).

«Şu'fa hakkının tescilinden sonra mal sahibi tarafından gayri menkul üzerinde tesis olunan rehîn veya diğer aynı hakların batıl olduğunu iddia etmek kabil değildir. İsviçre K. M. 959 — T. K. M. 919-uncu maddenin 2 inci fıkrasından böyle bir hüküm istihraç olunamaz. Şefi'in yapabileceği yegâne şey şahsı salisle ilk malsahibi arasında akt olunan mukavele şartlarına göre malın kendi namına tescilini şahsı salisten istemektir. Gayri menkul şahsı salise şu'fa hakkında doğan vecibe ile birlikte intikal etmiştir», ve «şahsı salis, satana karşı satıştan doğan vecibelerini *ifa ettiği takdirde* semeni mebiin şefi tarafından kendisine verilmesi icap eder». Wieland'ın koyduğu bu ihtirazi kayıt mantıkî isede zâmince hukukî olmasa gerekdir. Madem ki gayri menkul şahsı salise şu'fa dan doğan vecibe ile birlikte geçmiştir. Artık ne olursa olsun şefi ile şahsı salis arasındaki münasebet ilk mal sahibi ile şahsı salis arasında olan hukukî münasebetten müteessir olamaz. Bu tenkidimiz nihayet teferruata taallûk eder. Fakat diğer cihetten şu'fa hakkının tescilinden sonra tesis edilen ipotek ve diğer aynı haklar muteber ad olunduğu takdirde şu'fa hakkına sekteye uğratmak mümkün değildir?

Netekim bu mahzuru göz önünde tutan V. Rossel ve Mentha, Wieland'ın bu noktayı nazarına iştirak etmeyip birinci tezi kabul etmektedirler. (Manuel du droit civil cild 2):

«Şefi, tescilden sonra tesis edilen aynı hakları kendisine zararı dokunduğu taktirde terkinini isteyebilir. (İ. K. M. 812 - T. K. M. 784 uncu maddenin 2inci fıkrasının kıyas yolu ile tefsiri) ve *bedeli mebiin her ne suretle olursa olsun şahsı salise değil bayie tediyesi lâzım gelir.*»

Esasen şufa hakkının mahiyeti üzerinde düşünülürse Wielandin müdafaa ettiği sistemin pek kuvvetli olmadığı daha iyi anlaşılır. Filhakika ilk malik gayri menkulu şefiya satmayı taahhüd etmiştir. Binaenaleyh 3 üncü bir şahsa satması *salâhiyeti haricindedir*. Şefi hakkını istimal edeceğini bildirdiği andan itibaren malik ile arasındaki olan beyi mukavelesi tekemmül etmiş olacaktır. Öyleki, ilk malik ile şahsı salıs arasında akt olunan mukavelede şahsı salisin yerini alacaktır. Fakat gayri menkulu kendisine temlik eden şahsı salıs değil ilk mal sahibi olacaktır. Nihayet Wieland'ın sistemi mücibince bütün hukukî muameleleri, bir birini takip eden iki muteber satış şeklinde tahlil edilirse ferağ harcının iki defa verilmesi lâzım gelecektir. Buda her halde şayanı arzu bir şey değildir. Eski mecelle ahkâmınca hakkını kullanmak isteyen şefi ilk satışın maliyet fiyatını yani ilk satış anında verilen ferağ harcında vermeye mecbur tutulurdu; kendisi de ayrıca ikinci bir ferağ harcı varirdi. Rossel'in noktayı nazarı kabul olunursa tek bir satış olduğu cihetle ferağ harcı bir defaya mahsus olmak üzere verilecektir.

İzah etmeğe çalıştığımız bütün bu sebeplerden dolayı Rossel'in tezini Wieland'ın tezine tercih ediyoruz. Rossel'in tezinin tatbikatta doğuracağı muhtemel zorlukların (şahsı salisin vermiş olduğu bedelin bayiden istiddadı davası) borçlar Kanununun 193 ve H.U.M.K. nun 49 uncu maddesinin tatbiki ile bertaraf edileceğine şüphe yoktur.

III

Rossel'in fikri kabul edilince şefi ile 3 üncü şahs arasında ceryan eden davada, yalnız şefiın talebi haklı olacağı cihetle iki talep arasında hakim tarafından bir bağ kurulup kurulamaması mevzuu bahs olamayacağını yazmışdık. Fakat Temyiz Mahkemesinin kararlarının ehemmiyeti mevcut olmsktan berdevamdır. Zira malın ilk sahibi ile şefi arasında tahaddüs edecek bir davada mes'elemizyeniden canlanır.

Temyiz mahkemesinin noktayı nazarını makalemizin başında izah etmiştik. Anlaşılan temyiz mahkemesi H. U. M. K. nun 74 üncü mad-

desinden az çok mülhem olmaktadır. Kanaatinca, hakim iki talebi tetkik edip karar verdikten başka bunlar arasında bir bağ kurarsa kanunun kendisine çizmiş olduğu bitaraflik hududunu açmış olacaktır. Bu telakki, nazariyat (Droit pur) bakımından gayri kabili tenkit gözülmektedir. Fakat tatbikatta bazı mahzurlar da tevhit edebilir. Zira her iki talebi de hakim müstakilen kabul ettiği takdirde şefii mal sahibine *filen* tercih etmiş oluyor. Şefiin talebini mahkeme mutlak bir surette kabul eder yani mülkiyetin şartsız nakline hükm ederse bayiin en esaslı borcu yani mülkiyetin nakli ifa edilmiş olacaktır. Şefi bu karara istinaden tapuda lâzım gelen tashihati hemen yaptıracaktır. Buna mukabil mal sahibinin şefiden alacağı tanılıyor ve ona bu alacağı tahakkuk ettirmek imkânı veriliyor. (İera yolu ve kanunî ipotek vasıtasile, yani bir hayli zahmet ve bir takım masraflara mukabil) halbuki sefi'e alacağını icra ettirmek imkânı değil *alacağının icra edilmiş şekli* temin olunmaktadır. Binnetice iki tarafın hakkı tanınmakla beraber vaziyetlerinde *filî* bir muvazenesizlik tesis edilmiş olunuyor.

İşte buna meydan vermemek için Üsküdar mahkemesi ilk kararında semeni mebiin tediyesi için üç aylık bir müddet koymuş ve bu mühlet zarfında para verilmediği taktirde şuf'a hakkının sukutuna hükmetmiştir. Mamafih bu karar velev iyi bir maksat uğrunda verilmiş olsun yolsuzdur. Temyiz mahkemesi nakzında yerde göğe kadar haklıdır. Şefi, hakkından istifade edeceğini mahkemede bildirdiği andan itibaren ilk mal sahibi ile arasındaki bir taraflı satış akti tekemmül etmiş bulunuyor. Hakim bir mukavelelinin icra şartlarını tarafeynin rızası olmadan değiştiremez. Kanunî şufa hakkının zimnî bir mukaveleye istinad ettiği kabul edilmezse bile mukaveleden mütevellit şuf'a hakkından ayrı bir muameleye tutulması için hiç bir sebep yoktur. Zira bizim umumî prensipten ayrılmağa sevk edecek bir kanun metni mevcut değildir. Malsahibi isterse parayı heman talep eder. Onu 3 ay bekletmeğe hiç bir mahkeme resen hüküm veremez. Netekim davada temyiz mahkemesinin kanaatinca malsahibi

mevkiinde bulunan müddeialehy N. kararın nakzını istemiştir. Diğer cihetten 3 ay zarfından para verilmediği takdirde hakkı şuf'anın sukutuna hükm etmek te keyfidir. Para verilmezse malsahibinin feshi mukaveleyi dilediği müddet zarfında istemesi nihayet kendisini bileceği bir iştir.

Mamafih Üsküdar hakimliğinin ikinci kararını doğru buluyoruz. İki talebin mahkeme tarafından müstakil bir surette kabulünün tarafeyn arasında filî bir muvazenesizlik tevhit ettiğini yazmıştık. Daha ileri giderekdiye biliriz ki bu muvazenesizlik sade filî değil aynı zamanda hukukîdir. B. K. nun 182 inci maddesinin ikinci fıkrasında «bayi ile müşteri borçlarını aynı zamanda ifa etmekle mükelleftirler» Esasen bu kaide 81 ve 82 inci maddelerde konulan daha geniş bir prensibin hususî bir hale tatbikidir. Aldığı şeyin parasını vermeyen müşteriye o şeyin mülkünü intikal ettirmemek müşteriye karşı kullanılacak kanunî silâhların en eminidir. Temyiz mahkemesi, bu kanunî silâhı, şufa hakkına riayete mecbur olan şahsın elinden almaktadır. Vakıa mal sahibi büsbütün müdafaasız değildir. Kendisine gayri menkulu teslim etmemek gibi bir çare kalmaktadır. Fakat yine mal sahibine mahkemede satışın feshini istemek ve tapuda kaydın kendi namına tashihini talep etmek gibi hafif olmayan bir yük tahmil edilmektedir. Binaenaleyh neden hakim paranın tediyesi şartına muallak olarak malın temlikine karar vermesin. İki talep arasındaki *kanunî* bağı hakim ifade etmiş olmakla H. U. M. K. nun ruhuna riayetsizlik etmiş olmaz. Esasen dava bu safhada dava olmaktan çıkmıştır. Hakim çarpışan iki zıt iddia üzerinde hüküm verecek değildir. Zaten mevzu bahs davada 4500 lira mukabilinde şefiye malı ferağa amade bulunduğunu bildiren müddeialehyhi ne Üsküdar hakimliği ne de temyiz mahkemesi pek haklı olarak masarıfa mahkûm etmemiştir. Hakim müteakıl talepleri çarpışmasını değil karşılaşmasının müşahade eden, tabir caiz ise yüksek bir tapu memuru vaziyetindedir. Adeta Roma hukukundaki *in jure cessio* gibi bir şey, mahkeme huzurunda akt

olunan bir satış mukavelesi. İşte bu sebeplerden dolayı Üsküdar hukuk hakimliğinin son kararını kabili müdafaa addediyoruz.

İlhan E. Postacioğlu

Paris Hukuk Fakültesinden Mezun

İctihatlar Hulâsaları

309.— Kız kaçırma.

Kaçırdığı bir kızı bilâhare hiç bir tecavüzde bulunmaksızın ailesinin külfetsizce alacağı bir mahalle bırakan suçlu ve kendisine yardım edenler hakkında ceza kanununun 430, 432, 433, 65/3, 432, 56 ıncı maddelerinin tatbiki Adapazar ağır ceza mahkemesince hüküm altına alınmıştır. Hadisede suç tamamilen ika edildiği halde mahkemenin işi teşebbüsü tam zaviyesinden mütelaa etmesi her ne kadar yolsuz isede aleyhe temyiz edilmediğinden nakzına sebep sayılmamış ancak mezburenin bir güne tecavüze maruz kalmaması ve ailesinin külfetsizce alacağı bir yere bırakılması suçluların 432 inci madde hükümlerinden istifade etmelerine imkân verdiği halde bu hususun nazara alınmaması yolsuz görüldüğü cihetle hükmün bu bakımdan bozulmasına karar verilmiştir.

(T. 1 inci Cez. D. 17/7/937 — Ad. Cer. 938/9 S. 283).

310.— Kat'iyet kesbetmemiş hükümlerde icranın tehiri.

Belediye vekilinin henüz kesbi kat'iyet etmemiş ve gayrimenkule müteallik bulunan ilâmın infazına H.U.M. kanunun 443 üncü maddesinin son fıkrasına istinaden itiraz etmesi ve memurlukca red etmesi üzerine iş hernekadar Temyize intikal etmiş ise de hadisenin gayri menkul aynına veya sair aynı bir hakka taallükü bulunmayıp Belediyece usulen tekemmül ettirilen istimlak bedeline daha doğrusu bir para alacağına münhasır bulunması dolayısıyla borçlu Belediye namına vukubulan bozma talebi yersiz görülmüştür.

(T. İc. ve İf. D. 23/11/937 — Ad. Cer. 938/10 S. 293).

311.— Mirasçılarının müteselsilen mes'uliyetleri.

Mirasçılardan biri, müteveffanın 250 lira borcunun tamamen kendisinden tahsil edilmesinin doğru olmadığını kendisinin ancak hissesi nisbetinde borca iştirak edeceğini ileri sürmüş ise de mirasçılarının borçtan birbirlerine rucu etmek kaydıla müteselsilen mes'ul bulundukları Medenî kanunun 282 inci maddesi ahkâmından bulunduğu cihetle Temyiz mahkemesi İcra ve İflâs dairesince bu talebi reddedilmiştir.

(T. İc. ve İf. D. 26/11/937 — Ad. Cer. No. 938/10 S. 300).