

Sene 4

Teşrinisani 15 — 1929

No 3-39

HUKUKÎ BİLGİLER MECMUASI

Her ayın on beşinde neşrolunur

Hukuk usulü muhakemeleri kanunu tathikatından :

GIYAP KARARLARI

Yazan: A. Adil

Çokdanberi zihnimde yerleşememiş olan gıyap kararlarına dair tettebbüat ve tetkikata koyulmuş idiysemde kanaat verici bir netice elde edemediğimden öteye beriye baş vurmağa mecbur oldum, tatbikat sahasında tesadüf ettiğim müşkelât ve iğlakın hallini ve ruhu kanuna nüfuz ve hulül vasıtalarını düşündüm, vekâleti celileden gönderilen tamimleri ve münferit maddeleri ve temyiz kararlarını gözden geçirdim, henüz bir karar verip bu babta yazı yazmağa cesaret edemedim. Bu sıralarda Bâro mecmuasının Eylül 929 tarihli nüshasında Hidayet Hadi beyin “Gıyap muamelatında Teşevvüş” makalesi gözüme ilişti, dikkatle okudum istifadeli noktaları not ettim, anlayamadığım bazı ehemmiyetsiz kısımlarını dahi tamikten geri duramadım ve şu yazımı vücuda getirdim.

Malümdurki bizde olduğu gibi bütün mütemeddin devletlerde şari’ler ve vazî kanunlar, hak ve hakikata vusul için en kesdirme ve salim yol olarak muhakemelerde karşılıklı duruşma maddesinin temini ve buna karşı olan engelleri kaldırmak çaresini düşünmüşler ve bu düşünce ile kanunlarına birçok ahkâm koymuşlardır, herhalde gıyaben muhakemelerin icrasını ancak içtinabı mümkün olmayan hallere hasrû kasrîcin elden geleni yapmışlardır, ve hatta gıyaben ceryan etmiş olan muhakemelerinde hüküm verilebilecek bir safhaya girdiğinde bile vicahiye inkulâbını araştırarak müdafaanın ehemmiyet ve kıymetini takdir ve ila eylemişlerdir. (Hukuk usulü muhakemeleri kanunu madde 406)

Ziyadesile rağbet bulmuş bir söz verdir: *Barikat hakikat müsademelî efkârdan parlar* derler, karşısında kendini müdafaa edecek bir kimse olmayan davacı hakkı tağyir edebildiği gibi esbabı sübutiye ve delâilî kat’iye

ile davacının hak sahibi olduğu tezahür etse bile, hakkında karar verecek hakîmi yine biraz düşündürür zihninde şüphe ve tereddüdün uyanmasına mani olamaz, bu, böylece teşrih ve tavzih edildikten sonra davacı ile-dava olunan kimse yani her iki taraf iddia ve müdafaalarını serbestçe dermeyen eylemeliki hak ve hakikat meydana çıksın, kararda isabet görülsün.

Zira davada asl olan mürafaadır, davacı ile hasmın karşı karşıya duruşup söz söylemeleri, dil ile vuruşmalarıdır, gıyap ise hilâfı asıl ve istisnâ bir muameledir. Binaenaleyh bu misillu istisnâ muamelelerin bir çok takyidata tâbi olmaları ıktıza eder, bunun için davete icabet etmeyen iki taraf ve ya biri muhik ve makul bir sebep dermeyen eylemediği takdirde kuvvei teyidiye olmak üzere yirmi beş liraya kadar cezayı nakdiye de mahkûm edilebilir deniyor.

(Hukuk usulü muhakemeleri kanunu madde 412)

Bizde 4 Teşrinievvel 927 tarihinden itibaren mevkii meriyete geçen Hukuk Usulü muhakemeleri kanununun 15 maddeden ibaret olan on ikinci faslı gıyap kararlarının sureti ittihad ve tarzı ceryanına ait muamelâtı ihtiva eylemektedir, bu fasıl hakkında ciddî malûmat edinmek için maddeleri birer birer okuyarak tahlile başlayalım:

Madde — 398 iki taraftan biri tayin olunan günde tahkikat hâkimi nezdinde veya mahkemede hazır bulunmadığı veya cevapnamasını göndermediği ve yahut bulunupta cavaptan imtina eylediği takdirde gıyap kararı verilir.

Diyor görüldü ki bu madde, ne vakit gıyap kararı verileceğini bildiriyor ve tasavvur olunan üç hali gösteriyor; biraz izah edelim:

1 — İki taraftan biri tayin olunan günde tahkikat hâkimi önünde veya mahkemede bulunmazsa.

2 — İki taraftan biri tayin olunan günde usulen kendisine tebliğ edilen iptidai veya cevabı lâyihaya cevapnamesini göndermezse, (1)

3 — Tahkikat hâkimi nezdinde ve hayut mahkemede bulunpta imtina eylerse,

Kanun hâkime gıyap kararı ittihâzına müsaade ediyor; bu mad-deleri tahlilden evvel hatıra bir sual geliyor; aceba yukarıda yazılı olan üç halin vukuunda hakim re'sen gıyap kararı verebilirmi? veremezmi?

Gıyap kararları, talebe müstenit olmak lâzım gelir, zira bu mîsillü kararlar hâzırın lehine ve gaibin aleyhine bir muameledir, hâkimin, hazır olan davacı istemeden lehine karar vermesi, bitaraflığa münafidir, ve aynı zamanda davacının düşünmediği bir şeyi hatırına getirmek ve söylemediği bir sözü söyletmek olur. (Hukuk Usulü " muhakemeleri Kanunu Madde 75)

İşte şu tafsilâtan gıyap kararlarının ancak şu üç halden birinin tahaddüsünde hazırın talebine binaen verilebileceği tamamilen anlaşıldie şimdi kanunun metnini anlamaya savaşıalım:

Maddenin ihtiva ettiği üç fıkra gayet açık ve sade bir tarzda ifade edilmiş bulunduğundan artık bu hususta yazı yazmağa mahal yoktur, ancak iki numara ile gösterilen fıkra biraz dedikoduya sebep olmuştur, şöyleki aslı ve mehazı olan Nöşateli kanununda münhasıran tayin ve davet olunan celsede ispatı vücut etmeyenler hakkında gıyap kararı verileceği musarrah iken bu kaydın ilâvesine itiraz olunuyor, ve mahkemelerin bu hususta yani iptidai layihaya karşı cevapname-

(1) Firansızlar 30 Mart 1808 tarihli emirnamenin 70 nci maddesine tev-fikan tayin olunan günde cevapnamesini göndermeyenler hakkında gıyap kararı vermektedirler buna: " jugements par défaut faute de conclure „ derler. •

sini göndermeyen müddeaaaleyh hakkında gıyap kararı ittihaz eylemeleri usule muhalif ve hatadır deniyor, ve bunun bir zuhul eseri olup ihmali lâzım gelen bir fazlalik olmadığı taktirde telifi ciheti düşünülüyor.

Bu mütalâa ve fikri — tasvir dairesinde — kabule mütemayil olsak bile bir noktayı hatırlatmak kifayet eder o da kâkimin vazifesini göz önüne getirmektir.

Hâkim, önüne konan ve kanuniyeti kespi kat'iyet etmiş olan kanun maddelerini tarifât ve sarahati kanuniye içinde tatbik ile mükelleftir, kafası kanun çerçevesi içindedir, dışarı çıkamaz, elinde bulunan kanunun aslını araştırmaya lüzüm görmez, yanlışını tercüme edilmiştir yoksa aslında olmayan bir şeymi ilave kılınmıştır tahkik eylemez.

Sarahat karşısında artık deliller aramağa kalkışmaz, lâkin müphem ve gayrı vazih ve bir kaç manaya hamlolunabilecek kanun maddelerine tesadüf eylediği zaman aslına müracaat zarureti hasıl olur bu bapta yazılmış şerhleri, tefsirleri, mahkeme içtihatlarını ve Temyiz kararlarını araştırır ve neticede kanaat getirdiği tarzda ilmi iktidarının muavenet ve delâletile hüküm vermekte gecikmez.

İbarede gayet açık bir usulup ile, veya cevapnamesini göndermediği diniyor cevapnamenin sorulan bir şeye verilen cevabı ihtiva eden yazı demek olduğu pek ayandır, sarihtir, sarahat karşısında artık delâlete gidilmez

Her nakadar usulün 198 nci maddesinde cevap lâyhasını vermemiş ve yeni mühlette istememiş olan tarafın muhakeme celsesinde bulunabileceği ve hakkında hiç bir muamele yapılmamış olabileceği istidlâl kılınıyorsa da bu ancak bir delâlet olabilir, sarahati çürütemez. Tahkikat hâkimi önünde veya mahkemede ispatı vücut edipte söz söylemeyen ile sözünü bir kâğıt üzerine yazıp göndermeyen arasında fark

gözetilemez, birde cevapname mutlaktır, bundan kendini mahkemede ispatı vücuttan vareste kılacak beyanı muhtevi varaka kastedildiğini anlamakta güçlük çektim. Birde tayin olunan müddet zarfında cevap lâyihası vermeyen tarzında olan ibare ile tayin olunan günde gelmeyen veya cevapnamesini göndermeyen kaydı arasında — gelipte cevap vermeyen ile gelmeyen veya cevapnamesini göndermeyen arasında yukarıda söylendiği gibi hükmen fark bulunmaması nağöre — bir tefriku temyiz noktası bulamıyorum, müddet ile gün ve cevapname ile cevap layihası beyninde de anyı hükmü vermekte tereddüt hasıl olmuyor.

Şu kadar var ki gün ile müddet arasında cüzü ve kül itibarile biraz fark vardır. İspatı vücut için tayin olunan günde gelmek lâzım isede cevap vermek için tayin edilen müddet zarfında o müddetin tayini tarihinden itibaren inkizasına değin olan zaman içinde cevabını verebilir demektir, daha açık tabirle davet güne masruf ve mahsur isede cevapnamenin verilmesi için tayin kılınan zaman ise müddetin tayininden itibaren başlar. Ve sonuncu günü biter. Gün zemandan bir cüzü'dür. Tayin edildiği zemandan başlamaz ancak o günün hululünde gelmek anlaşılır.

Birde hâlâ bazı mahkemelerin, selâhiyet itirazı yaptığı için mahkemeye gelmeyen ve gelmeye mecbur olmayan taraf hakkında gıyap kararı verdikleri söyleniyor. Ve bunun 224 ncü maddenin son fıkrasıyla 398 nci maddeye muhalif olduğu ilâve ediliyor.

Anladığıma göre 224 ncü maddenin son fıkrasında zikredilen mahkeme lâfzından murat, tahkikat hâkimliği olsa gerektir, çünkü bu 225 nci maddenin mefhumundan çıkıyor.

Tahkikat hâkimi böyle bir itiraz karşısında bulunduğu zaman, tarafeyni davet etmeksizin meseleyi 191 nci madde mucibince mahkemeye, heyeti müçtemiaya arzeder.

Eğer böyle yapmayıpta gün vererek mürafaa için celse açmışsa bu hareketin kanuna muhalif olduğuna hükmedilemez, bu davet ya itiraznamede mucibi istizah görünen bir maddenin tetkik ve tamiki için olur ve yahut selâhiyet iddiasında müddeialehyin el'an musır olup olmadığının tespiti maddesine müstenit bulunur esasen mezkûr 224 neü maddenin son fıkrası buna mani değildir, zira orada salâhiyet gibi hadise şeklinde halli muktazı iddialar mahkemeye gelinmeksizin tahriren de dermeyen olunabilir — ibaresinden huzuru hâkimde duruşularak olduğu gibi mahkemeye gelinmeksizin cevapname gönderilerek dahi zikrolunabilir, demektir.

398 nci Madde mazmununa muhalefete gelince:

davet edilen günde gelmeyen taraf hakkında sureti mutlakada gıyap kararı ittihazı esası madde iktizasındadır, burada muhalefet tasavvur olunamaz.

Bu iki halde yani davet olunan günde gelmeyen ile cevapnamesini göndermeyen hakkında ittihaz kılınacak gıyap kararı ekseriyetle adi, bila muamele gıyap kararıdır ki bu gaibe bir ihtar mahiyetindedir* dikkat et bir daha böyle davete icabet etmezsen hakkında gıyaben muamele yapılacağını ihbardır.

2 — numaralı fıkrada bir çok mütalealardan sonra hülâsa olarak gıyap kararı ittihazını müteakip gaibin huzurunu ve sonraki muamelelatta müdafaasını temin için kendisine tebliğ etmemek, işi yalnız neticede hükümsüz bir itiraza bırakmak fahiş bir hatadır tarzında mahkemelerin gıyap kararlarına mütaallik muamelâtı intikat ve tahtie ediliyor.

Muhterem müdekkikin bu bapdaki tetkikatında yanlışlığı hissi uyanıyor, zannedersen şimdiye değin hiçbir mahkemeden gaibe tebliğ edilmemiş bir gıyap karara verildiği görülmemiştir ve tasavvurda edilmez

esasen kanunî müddet olan beş gün içinde gaibe tebliğ edilmeyen gıyap kararları keenlemeyekündür; bunu kanunun 400 ncü maddesi bize emrediyor; 401 nci maddesi dahi tebliğnamede neler yazılacağını bildiriyor. Şu halde teşevvüştən bahis buyuran makale sahibine biraz izahat vermeyi muvafık buldum.

Mahkemelerde gıyap kararları yukarıda söylendiği gibi üç halden birinin vukuunda gaibe beş gün içinde tebliğ edilmek üzere ittihaz kılınır, bu da ya muamelesiz olur (madde 401) ve yahut muameleli (madde 402).

Birinci şıkda yani mualemesiz gıyap kararı tebliğnamesi hemen aşağı yukarı şöyle yazılır:

7 Nisan 1929 tarihli tahkikat celsesinde bir güne muameleye bakılmaksızın tahkikat 18 Nisan 1929 tarihine müsadif Perşembe günü saat ona bırakıldı, o celsede bulunursanız ilk önce sizden gıyap masrafı alınarak gıyap kararı keenlemeyekün olacaktır. Şayet gelmezseniz gıyabınızda tahkikat yapılacak ve hatta muamele bitirilecektir.

İkinci şıkta yani muameleli gıyap kararı verildiği surette:

7 Nisan 1929 tarihli tahkikat celsesinde arzuhal okundu, müddei iddiasını teşrih etti, esbabı sübutiye tetkik edildi ve tahkikatın ikmalinde 10 Nisan 1929 Perşembe günü saat ona bırakıldı. Beş gün içinde bu muamelelere itiraz ile bir gün istemezseniz muhakemeye kabul edilmeyeceğiniz gibi bu hareketiniz hasmınızın iddia eylediği vakıaları ikrar mahiyetinde telekki edilecek ve şimdiye değin yapılan muamelelerde muteber tutulup yukarıda söylendiği veçhile tahkikat bitirilecektir. İtiraz dermeyanile geldiğinizde gıyap masrafını vermeniz lazime-dendir.

Birde bir iki mahkemede son bir gıyap kararı verilmek içtihaidında bulunuluyor ki bu kanunun 406 ncı maddesinden çıkarılıyor, ve

mahkemede davanın hüküm verilebilecek bir dereceye vusulünde gaibe son bir ihtarı müş'ir olarak veriliyor sureti:

Gıyabınızda yapılan muakemede arzuhal okundu, delâil tespit edildi, şahitler dinlendi, dava hüküm verilebilecek bir raddeye geldi, beş günde bu muamelelere itiraz ile muhakeme için bir gün istemek ve mezkûr günde gelip gıyap masrafını vezneye vererek müdafaa-nızı dermeyan etmek lâzimedendir. Aksi taktirde bir daha muhakemeye kabul edilmeyeceğiniz ve hasmınızın iddia eylediği vakıaları ikrar etmiş sayılacağınız tebliğ olunur.

Halbuki Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 406 ncı maddesi bir hadise ve esas hakkında mürafaa ve hüküm için muayyen bir celsede gıyap kararı verilip muameleye devam edilirse mezkûr muamele hakkında gaibe itiraz edebilmesi için verilmiş müddetin inkizasından evvel hükmü gıyabı verilemez mealinde olduğundan bu olsa olsa mahkemede verilen muameleli bir gıyap kararı mahiyetinden ileri geçemez, ve üçüncü bir gıyap kararı teşkil etmez, çünkü aslı olan Nöşatel kanunun 351 nci maddesini aynen yazalım:

Si le défaut est prononcé à une audience fixée pour plaidoiries et jugement sur incidents ou sur le fond, et qu'il soit passé outre aux opérations, le jugement par défaut n'est rendu qu'après l'expiration du délai pendant lequel le défaillant peut signifier le relief.

Esas ve yahut hadiseler üzerinde mürafaalar ve hüküm için tayin kılınmış olan bir celsede gıyap kararı verilmiş ve mualemeye de devam edilmiş ise, hükmü gıyabı ancak mezkûr muamele hakkında gaibe itiraz edebilmesi zımnında verilen müddet bittikten sonra ittihaz edilir. Yukarıda numuneleri gösterilen bu üç nevi gıyap kararı selâmeti fikirle okunduğu zaman görülür ki kanunî sarahat ve vuzuh dairesinde gıyap kararları gaibe tebliğ olunur. Ve takip olunan tez (thèze) mucibince gıyabi

muamelelerin vicahiye döndürülmesi gayesi istihdaf olunuyor, şu halde hatanın vücuduna dâl bir muamele mevcut değildir neticesine varıyorum.

Şurası unutulmamalıdır ki muameleli gıyap kararı muamelesizden daha eyidir, zira her celsede azçok bir muamele yapılmak iktiza eder.

Mekalenin 3 numaralı kısmında (asıl calibi dikkat olan nokta kaydile gaibe biri muameleli diğeri muamelesiz olmak üzere iki defa gıyap kararı tebliğ kılındığı bildiriliyor ve bu hususta 411 nci maddeye istinat olunduğu zikrediliyor).

(Mabadi var)

A. Adil.