

HUKUKÎ BİLGİLER MECMUASI

Sahip ve Başmuharriri:

Paris Hukuk Fakültesi Doktoru

AVUKAT

Milâsli GAD FRANKO

TAHRİR HEYETİ

Fuat Hulûsi B. Temyiz Mahkemesi
ikinci hukuk dairesi reisi

Sabri Şakir B. Ad. V. Hukuk İşleri
Müdürü

Mustafa Reşit B. İstanbul Hukuk
Fakültesi Müderrislerinden

Ahmet Refik B. Sabık Temyiz Mah-
kemesi azasından

Ali Kemal B. İstanbul Hukuk Fa-
kültesi Müderrislerinden

M. Şarl Kroza İstanbul Hukuk Fa-
kültesi Müderrislerinden

M. Aşil mester. Paris Hukuk Fa.
Müderrislerinden

M. Şevgran. Paris Hukuk Fa. fahri
Müderrislerinden

M. A. Salem. Hukuku Düvel Mec-
muası tahrir heyetinden

Bahir B. Kavanin ihzari komisyonu
azasından

Hamdi Halim B. Avukat

Adres: Galata Bahtlıyar han Avukat Gad Franko Bey yazıhanesi

Telefon: Beyoğlu 3009

Bir nüshanın bedeli 35 kuruştur

Bir senelik abonemanı Posta ücretile beraber
400 kuruştur.

Türkiye harici için 500 kuruştur

İSTANBUL

BANKALAR MATBAASI

Haim, Rozio ve Ş^{ko}

1932

Gayrı menkul ve ahkâmı şahsiye işlerinde:

Tashihi karar ve devamı icra..

Yazan : **Avukat Ali Şevket**

Görüş farkı :

Kanunun, kat'î bir serahatle hal ettiği mes'elelerde ihtilaflı nazar olabileceğini düşünmezdim. Gördüm ki mühim bir usulî ve hukukî mevzu üzerinde, beyaza siyah diyebilecek kadar görüş farkı vardır. Hukukî tatbikat sahasında, iki mütebayın düşüncayı birleştirmek ümidi ile şu satırları yazıyorum.

Yalnız, şurasını kaydetmek isterim ki ; etüdümün esâsı bizim hukuk usulü muhakemeleri kanunumuzun Türkçe metnidir. İstinad ettiğimiz esâsâtı umumiyye, Türk hukukculuğundaki asırdîde urf ve teâmülün bir muhassalasıdır. (K. M. M. I.)

Kanun ne diyor :

Türk hukuk usulü muhakemelerinde, birbirini tamamlayan üç fıkra vardır :

1 — Tashihi karar icrayı te'hîr etmez (442 son fıkra).

2 — Temyiz *Dahi* icrayı te'hîr etmez ; ancak (nafaka işleri müstesna) kefaletle icranın te'hiri mümkündür (443 F 1).

3 — Gayrı menkule ve aynı haklara ve âile ve şahsın hukukuna mütedâir hükümler *Kat'iyet Kesp Etmedikçe* icra olunamaz (443 son fıkra).

Kanundaki üç hüküm :

Kanundaki bu üç hüküm bir (kül) teşkil eder ; her biri diğeri-
nin mütemmimidir :

A) Tashîhi karar (hatta kefalet verilse bile) icrayı te'hîr etmez.

B) Temyizi davada (kefaletle) icra te'hîr olunabilir.

C) Gayrı menkul ve ahkâmı şahsiyye hükümleri, kat'ileşmedikçe
icra olunamaz.

Usulî kavâidi umumiyye :

Birinci hüküm mutlakdır. İkinci fıkra (kefalet) ve (te'hîr edilebilir)
yolundaki (takyit) ve (tahyir) kayıtlarını havîdir. Her iki hüküm (âm)
dır. 3 üncü emir ise (Hâsıdır. Tahsisen (*Gayrı Menkul ve*
Ahkâmı Şahsiye Davalarında) kat'ileşmiyen hüküm icra
olunamaz.

İlmî kıymeti çokyüksek, bulunan eski usulü müzdeki esâslara gö-
re: en son(muahher hâs) dır. Te'hîri icra hakkındaki (müsbet) ve (menfi)
fıkra evvelki iki fıkranın, yâni (*Mukaddem Ammun*) hükmünü, (gayrı
menkul davalarile ahkâmı şahsiye işlerinde) hüküm kat'ileşmedikçe
icra olunamaz) emrile tahsisen tahdit ve takyit eylemiştir. Bunu asrı
lisanla ifade edelim ; kanunun ilk fıkralarındaki (umumî hükmü) daha
sonra gelen fıkradaki (hususî hüküm) tahdit ve takyit etmiş, bir itisna
vücade getirmiştir.

Son hüküm :

Kanundâkî son hüküm çok kat'idir (icra olunamaz) tabiri

kavaidi lisaniyeye göre fiili iktidarının menfi sıygasıdır. Kanun, gayrı menkul ve ahkâmı şahsiye davalarında bu kat'î emir ile (icra) iktidarını tamamen ref'etmektedir ki ; bunun ma'na ve medlûlü çok sarihtir. Yine kavaidi umumiyyedendir ki (ref', defi'den evlâ ve akvâdır). Demek oluyor ki : gayrı menkul ve ahkâmı şahsiye davalarında kanun icranın te'hirini değil, icra kudretinin ref'ini âmîrdir. Ve bunun içün, tashih talebi dahi red olunarak hüküm kat'ileşmedikce (icraya devam olunamaz).

Te'hir olunur — icra olunamaz, fıkraları

Birinci (tashihi karar) ve ikinci (temyiz) fıkralarında : (te'hiri icra) ta'biri vardır. Üçüncü (gayrı menkul ve ahkâmı şahsiye) fıkra-sında ise : (icra olunamaz) denilmektedir. Bunun içündirki ; birinci ve ikinci fıkralar yekdiglerine ma'tuf (ve icranın te'hiri) kayıtları ile yekdiglerine merbuttur. Biri *Menfi* ve diğeri müsbettir. ve (icra te'hir olunur veya olunmaz) hükümleri sureti umumiyyede kefâletle te'hiri icra carî olan hususâta münhasırdır. Yoksa : (icra iktidarını ref'eden) son fıkra ile, kanun bu hükümden ayrı (*Hususi bir istisna*) vücade getirmektedir. Bunun böyle olduğunu anlamak içün, üç fıkra-nın bir iki def'a dikkatle (bir kül halinde) okunması kâfidir.

(Kat'ileşmek) ne demektir :

Kat'ileşmek kelimesinin hukukî ve istilahî manaları malumdur. Bu kelime (*Mutlak*) olarak irat edilmiştir. Yine kavaidi umumiyye-dendir ki : (mutlak) kemala masruftur. (en son dereceye kadar) ve (her safha tamam olup hüküm tekemmül edinceye kadar) tâm bir (kat'ileşmek) yani : (gayrı kabili nakız bir hâle gelmek) veya (artık nakız ihtimalı kalmamak) demektir.

Tashihi kararda ise, nakız ihtimali mevcuttur. ve bu ihtimal göz önünde dururken : (hukûm kat'ileşti) denilemez. Kat'ileşmiyen ve nakız muhtemel bulunan bir hükûm ; eğer gayrı menkul veya ahkâmı şahsiyeye mütedair ise, şüphe yoktur ki ; icra olunamaz.

Kanun bir (kûl) dür :

Bir kanun ve hatta bütün kanunlar bir (kûl) dür. Kanunun hükümleri hep birlikte (kûl) halinde tetkik olunmalıdır. Bunları ayrı ayrı mütâlea etmek doğru değildir. Bunun içündürki : hukuk şinas olmıyanlar ve bu ahkâmın hey'eti mecmuasını bilmeyenler veya düşünmeyenler, her zeman kanunlardan yanlış ma'na çıkarabilirler.

Kanundaki (tashihi karar icrayı te'hîr etmez) fıkrasını böyle münferiden mütaleaya kalkışanların hataları bu mühim noktadadır...

Pek meşhurdur. Bir bektaşîye: (Niçün namazdan kaçırıyorsun?) demişler. (Allahın emri böyledir : mukabelesinde bulunmuş... Herkes : (Böyle şeymi olur?) deyince : kur'ânı açmış : *Lâtekarrebüsselat* fıkrasını göstermiş .. Kendisine: (Bunun alt tarafı da var; *Veentumsu-kâra* fıkrasını da okusan â:) demişler. Ben mekke hâfızı değilim yâ) cevabını vermiştir. Cevdet paşa merhumdan menkul olan bu zarif kıssadan hisse almalıyız.

Hukukî hadiselerde dahi : yalnız bir fıkrayı alarak, aşağıdaki maddenin hep birlikte mütâlea etmemek, aynı yanlış yoldan yürümek demektir.

Kanunun gayesi :

Hadisemizde, vazii kanun maksat ve gayesini okadar vüzuh ve kat'iyet ile söylemiştir ki ; bektaşinin *Lâtekarrebüsselâte* si gibi düşünmedikçe, kanundan başka ma'na çıkarılamaz.

Kanun: (gayrı menkul ve ahkamı şahsiye davalarında, nakız ihtimali kalmayınca ya kadar bekleyiniz :) demektedir. Bu kükmü kanunun vaz'ındaki sebebü hikmet pek kolay anlaşılmaktadır ki: *İcradan sonra hüküm nakz'edilirse ? Telâfi ve Tazmin edilemeyecek haksız vaz'iyetlere meydan bırakmamaktır.*) Para işlerinde böyle düşünülmemiştir ; çünkü her zaman kabili tazmin'dir. Halbuki; icradan sonra yıkılıp yok olan bir gayrı menkul, bir daha aynen yerine gelemmez.

Hak sahibinin, hüküm kat'ileşinceye kadar, bir az daha beklemek ile mahrum [kalacağı menfaat ehemmiyetsizdir. Buna mukabil beklememekte, *Zarar ve Fesâdı azim* vardır. Ve kaidei umumiyedir ki : *Def'i Mefasit Celbi Menafi'den Evladır.*

Böylemi olmalı ?

Önümüzde feci bir misal var. İstanbul Asliye Hukuk mahkemesi, bir boşanma hükmü vermiş ve bu hüküm temyizen tastik edilmiş.. İcra dâiresinin iş'arı üzerine, karı kocalık kaydı nüfus sicillinden terkin edilmiş... ve boşanan zevce, başka bir kadın ile evlenmiştir.

Yeni karı koca bal ayını geçirmekte iken; temyiz mahkemesi tashihi karar suretile evvelki boşanma hükmünü nakz'eylemiş... ve binnetice zevce haksız çıkmış... ve boşanma davası reddolunmuştur. Bu hüküm dahi temyizen tastik olanarak, tashihi karar talebi de reddedilmek suretile kat'ileşmiştir. Bu suretle, ikinci nikâh (*Butlan ha-sebile*) ortadan kalkmıştır.

Hüküm kat'ileşmeden yapılan bir icra yüzünden ikinci zevce, öyle fena bir vaz'iyeti içtimafeyeye düşmüştür ki ; gördüğü ma'nevî zararın maddeten imkânı telâfisi mutasavver değildir... Daha hâla

muhterem meslekdaşlarımız Ken'an Ömer ve Necâtî beyfendiler, bu *Labirentin* içinden çıkacak yol aramaktadırlar.

Cebrî icra ile ; babasız çocuk :

Eger, ortada, bu ikinci evlenmeden bir de çocuk olsaydı ; vaz'-iyetin fecaati ne kadar artacaktı ? (*İcranın Mezuniyeti ile Resmen Yapılan Evlenmeden*) doğan zavallı çocuk, kanun nazarında, nesebi sahîh olmayan çocuklardan daha tâlî'siz, daha himâyesiz kalacaktı. çünkü : nesebi sahîh olmıyan bir çocuğu babası resmen tanıyabilir. Fakat icranın iş'arı üzerine, resmî evlenmeden doğan zavallı yavruyu, babası tanımak hakkından da mahrum'dur. Çünkü ; evvelki evliliğin bakî bulunduğu anlaşılmıştır. (K. medenî 292).

Hey'eti içtimâyede mağdur ve mazlum vaz'iiyetinde kalacak olan ma'sum çocuk, (Bana bu haksızlığı kim yaptı ?) dese... (Vâzîi kanunun hatâsı) diyebilmek imkânsızdır... Şüphesiz hata, kanunda değil, anın suveri tatbikiyyesindedir.

Daha fecii olabilir ?

Bu fıkrayı işiden bir meslekdaşımız : (Bunun daha fenası da olabilir), dedi... Ve söylediği bir hakikat idi. Yâ boşanma kararı kat'ileşmeden evvel evlenen, boşanmış erkek olmayup da ; boşanmış kadın olsaydı... ve boşanma hükmü nakzedilince, tekrar eski kocasının nikâhı altında kaldığı anlaşılsaydı... ve Karnında bir de çocuk bulunsaydı... vaz'iiyet ('feci') değil ; (efca') olurdu.

Ve böyle vaz'iiyetlerin, çirkinliği, bu günkü içtimâî telakkilere göre (*Kan*) ile temizlenir ; kanaatında bulunanlar az değildir. Hatta, ceza kanunu 453, 462 ve 472 inci maddeleri, bu vesîle ile yapılacak cürümleri (*Ma'zur*) olarak kabul eylemektedir.

İçtimâî Hercü Merç :

İşte, vazîi kanun âilevî felaketlere ve binnetice ictimâî felakete sebebiyyet vermemek içündür ki : ahkâmı şahsiyyeye ve gayrı menkule müteallık hükümleri (*Bir intizamı amme*) mes'elesi olarak kabul etmiştir. Böyle mühim, sarîh ve nazik bir intizamı umumî mes'elesinde (*Tashihi karar neticesini ve hükümün katileşmesini beklemeden icraya devam*) manasını, kanunda aramamalıyız. Bu hüküm kanunu SUİTEFSİR olur. ve içtimâî bir : (*Hercü Merç*) husule getirir ki ; bunun maddî ve ma'nevi mes'uliyeti çok büyüktür.

Hak ve kanun :

Bu izahattan sonra da, Tashihi karar gayrı menkul ve ahkâmı şahsiye işlerinde icrayı te'hîr eder) yolunda, başkaca kanunda sarahat aramak doğru olamaz. (*Allah nerede ?*) suâline karşı, hazreti alinin verdiği cevap nekadardır belîğdir : (*Keyfessuâli anilmekân - ve kâ-nallahi ve lamekân*). (bu sualin yeri yoktur; yer yok iken yaradan vardı).

Hukuk şinaslar için, hadiselerde, ilk (*Memsek*): *Vicdan* ve ikincisi: *İrfan* dır. vicdanen ve irfanen hadiseyi ihatadan sonradır ki; kanuna müracaat edilmelidir. ve o zemandır ki *Hak ve Hakikat* tecellî eder.

Bu günki hukukî telakkilere göre : Vazîi kanun hiç bir zaman *Muhti* değildir ; ve olamaz.

Haşiye: muhtelif mahkemeler Adliye vekaleti celilesinden bu husulu istilam etmişlerdir. Hukuk işlerim uduriyeti mutaleasile bu istilamlara cevaben (gayrı menkul ve ahkâmî şahsiye hukumleri, tashih talebi dahi ret edilmek suretile katileşmedikçe icra olunamayacağını) bildirmiştir.

Avukat
ALİ ŞEVKET