

HUKUKİ BİLGİLER MECMUASI

Sahip ve Başmuharriri :

Paris Hukuk Fakültesi Doktoru

AVUKAT

Milâti : GAD FRANKO

TAHRİR HEYETİ

Fuat Hulûsi B. Temyiz Mahkemesi
ikinci hukuk dairesi reisi

Sabri Şakir B. Ankara hukuk mektebi
profesörlerinden

Mustafa Reşit B. İstanbul Hukuk
Fakültesi Müderrislerinden

Ahmet Refik B. Sabık Temyiz Mahkemesi
azasından

Ali Kemal B. İstanbul Hukuk Fakültesi
Müderrislerinden

M. Şarl Kroza İstanbul Hukuk Fakültesi
Müderrislerinden

M. Aşil Mester. Paris Hukuk Fakültesi
Müderrislerinden

M. Şavgran. Paris Hukuk Fakültesi
Müderrislerinden

M. A. Salem. Hukuku Düvel Mecmuası
tahrir heyetinden

Bahir B. Kavanin ihzari komisyonu
azasından

Hamdi Halim B. Avukat

Adres: Galata Bahtiyar han Avukat Gad Franko Bey yazihanesi

Telefon : 43009

Bir nüshanin bedeli 35 kuruştur

Bir senelik abonemanı Posta ücretile beraber

400 kuruştur

Türkiye harici için 500 kuruştur

İ S T A N B U L

1932

Bankalar Matbaası

20, Çınar Sokak Galata

Hadisede kaybolmamış iyi taşın çıkarılmasına imkân mevcut olduğundan esbabı mubire yoktur.

Fakat, borçlar kanununun 96 ncı maddesi mucibince borçlu kusuru olmaksızın taahhüdünü ifâ edememişse borcundan kurtulur. Borçtan kurtulmak için borcunu esbabı mücbireye binaen ifâ edememiş olması şart değildir. Hadisede borçlu madende zuhur edecek hadisatın vukuunu mukavele zamanında tahmin edemediğinden ve bu jeolojik vakia üzerinde borçlu her hangi bir tesir icra etmek iktidarında olmadığından ve ticarî hayatta bu gibi müşkülât karşısında mukaveleyi fesih etmek hüsnü niyet kaidesi icabında telakki edildiğinden bu ahval ve şerait dahilinde mukavelenin icra edilmemesi bir kusur teşkil ve binaenaleyh tazminat itasını istilzam etmez.

Mustafa Reşit

Hukuk Fakültesi müderrislerinden

İktisap edilmiş Müruru Zamandan Feragati Tazammun eden Ahval

Yazan : H. Halim

1.— Borçlar kanununun 139 ncü maddesi mucibince iptidaen mümuru zamandan feragat batildir. Ancak müruru zaman iktisap edildikten sonra bundan feragatin caiz olduğu profesör Fik ve Rosell ve Şinayder beyan etmektedirler. Binaenaleyh gerek iktisabi ve gerek iskati müruru zamandan feragat caizdir. Fillakika bu hakka malik olan bir kimse bundan feragatte serbestir. Çünkü burada mevzuu bahs olan yalnız hususî menfaattir. Ve müruru zaman ile himaye edil-

miş olan bir şahıs bu himayeden istifade edip etmemekte hürdür. Feragate ehliyetle eşhası maddiye ile eşhası hükmiyenin farkı yoktur. Vakia şarih Loran'a göre eşhası hükmiyenin feragati caiz değildir. "Çünkü bu feragat vicdani ve hissi bir mülahazadan neşet eder; halbuki şirket, cemiyet gibi hükmi şahıslar hakkında böyle bir mülahaza varit olamaz". Fakat müruru zaman iktisap edildikten sonra bundan feragat alelittlak bir haktan feragat mahiyetindedir. Bir haktan feragat hususunda ise maddi ve hükmi eşhasın farkı yoktur.

2.— Bu feragat bir şekle tabi değildir. Feragat arzusunu izhar eden her hangi bir tarz ile ifa edilebilir.

Bu feragat sarıh veya zimni olur. Kanunu medeni ve borçlar kanunununda iktisap edilmiş bir müruru zamanda zımnen feragat edilebileceği hakkında bir metin yoktur. Fakat borçlar kanununun umumî hükümlerinin birinci maddesi" rızanın beyanı sarıh olabileceği gibi zimni de olabilir. "Kaidesini vaz etmiştir. Kanunu medeninin beşinci maddesi de borçlar kanununun umumî kaideleri medeni hukukun diğer kısımlarında da cari olacağını işaret ediyor. Şu halde feragat rızanın beyanında ibaret olmasına göre zımni dahi olabilecektir. (Rosel. borçlar kanunu şerhi birinci cilt. sahife : 203). Sarıh bir şekilde yapılan feragatin tahriri veya şifahi olması mümkündür. Ancak feragatin asıl alacaklıya karşı dermeyanı şart olup borçlunun bir üçüncü şahsa karşı olan beyanatı kâfi gelmez, (Tribunal Federal). Bazı müellifler sarıh feragatin muteber bir senet ile isbatı lâzım geldiğini dermeyan etmişlerdir, (Duranton, Guillourd. Troplong). Halbuki böyle bir takyide lüzum yoktur. Sarıh bir feragatin isbatı için ahkâmı umumiyenin tatbiki icap eder. (Bodri Lakantineri—Albertisiye).

Feragat katî veya şarta muallak olabilir. Hatta borçlu bir tekelifin kabulü halinde müruru zamanda feragat edeceğini beyan eder,

ve alacaklarda bu teklifi kabul etmezse borçlunun feragati vuku bulmamış addolunur.

3.— Zimni feragat pek nazik meselelerin tahaddüsüne sebebiyet vermektedir. Fransız mahkemeî temyizi eski iki kararında (15 Kânunuevvel 1829 ve 10 Mart 1834) müruru zamandan feragat edilmişin istidlâl suretile sabit olamayacağını bunun bir ikrara, rıza ve muvafakate müstenit bulunması lâzım geldiğini tesbit etmişti. Halbuki bilahare bu içtihat terk olunmuş ve bu gün müruru zamandan feragatin zimnen vaki olabileceği ve hakimın muhakemenin tarzı ceryanından ve borçlunun ifadelerinin umumî heyetinden bu feragatin mevcut olduğunu istidlâl edebileceği kabul edilmiştir. (Temyiz kararı 8 Ağustos 1865, 18 Kânunuevvel 1883, 11 Teşrinisani 1903, 10 Mart 1913) (1).

Mahkemenin bu taktirine temyizın müdahale hakkı varmıdır? Fransada temyiz mahkemesi bir müddet bu müdahaleyi yaptı. (9 Nisan 1862). Halbuki bilahare davanın meseleyi maddîyesine taalluku itibarile müdahale edemeyeceği esası kabul olunmuştur (23 Teşrinisani 1915). Loran, Rau ve Aubry gibi müellifler de bu fikirdedirler. Fakat bizde bu kaidenin tatbikine imkân göremiyoruz. Zira : temyiz mahkemesi meseleî maddîyenin tetkikine de selâhiyettardır. (Hukuk usul muhakemeleri. madde 438 : No. 5).

4.— Zimnen müruru zamandan feragati tezammun eden ahvalin müruru zamanın iktisabından sonra vaki olması icap eder. Bu ahvalin mütaaddit manaya hamli mümkün olmamalıdır. Bunun sureti katiyede feragati tazammun etmesi başka suretle tefsirine imkân

(1) Bu mekaledede yasılan temyiz ve surayı devlet kararlarının hepsi Fransaya aittir.

olmaması lâzımdır (temyiz 9 Nisan 1862 müelliflerden Rau ve Aubry). Hatta müruru zaman itirazının yapılmayacağını ilân etmek mahiyetinde olmasına kâfi gelmez. Hatta İtalyan kanunu madenisinde şöyle bir madde vardır.” Zimni feragat müruru zamandan istifade etmek arzusile aslâ telif edilemiyen bir hadiseden anlaşılır. madde 2111 “Virjil Rosel” diyor ki: “zimni feragat münhasıran gayet vazih ve aşikâr ahvalden istidlâl edilebilir ; O derecede vazih ki bu ahvalden feragatin anlaşıldığını kabul etmemek mümkün olmamalıdır. Meselâ: müruru zaman vucut bulduktan sonra borçlunun mühlet istemesi gibi (birinci cilt : şahife. 203). Bu esası vaz ettikten sonra ne gibi ahvalin zimni feragat manasına alındığını gösteren bazı misallerden bahsetmeliyiz.

5.— Evvelâ ibraf iskati müruru zamanı ele alacağız. Bir borçun ödenmesi müruru zamandan zımnen feragati isbat eder. Hatta tediye esnasında müruru zaman hakkında zikredilecek ihtiyati kaydında ehemmiyeti yoktur. Çünkü tediye ile bu kayd kabili tevfiğ değildir. Fakat müruru zaman olduğundan haberdar olmaksızın tediya bulunan borçlu bilahare verdiği paranın istirdadını dava edebilir mi? Borçlar kanununun 62 inci maddesinin son fıkrası buna cevap veriyor : müruru zamana uğramış olan bir borçu eda için verilen şey geriye alınamaz”. Bunun sebebi şudur: müruru zamana uğrayan bir borç kendiliğinden sakit olmaz. Bu itirazın dermeyer edilmesi lâzımdır. Müruru zaman itirazı dermeyer edilmeksizin yapılan bir tediye sakit olmamış bulunan bir borcun ödenmesi demek olduğu için istirdadı caiz değildir.

6.—Borcun kısmen tediyeside bütün borç hakkındaki müruru zamandan feragati tazammun eder, Ancak burada borçlu geri kalan borcu tanımadığını ve bunun hakkında müruru zaman itirazı yapaca-

ğını ihtiyati kayıt olarak dermeyan ederse muteberdir. Faizlerin tediyesi resûlmal hakkındaki müruru zamandan zımni feragati isbat eder. (Bodri & Atisiyer).

7.— Kezalik bir borcu tanıtmak müruru zamandan feragati tazammun eder. Borçlu tarafından borcun tediyesinin bilâ şart teklif olunması (temyiz 18 kânunuevvel 1883) tediye için bir mehil istenmesi (28 Teşrinisani 1865) alacaklının talebine karşı verilecek bir hesap olduğunun cevaben bildirilmesi ; aradaki ihtilâfın hakemlere havalesi ; hesabın halli için ehli vukufa havelenin teklif veya kabul olunmasına zımnen müruru zamandan feragati irae eder. Kezalik bir borca karşı rehin vermek kefil göstermek, borcun tecdidine muvafakat etmek te bu mahiyettir.

8.— Zımni feragatin; hükmi şahıslar hakkında da ceryan ettiğini evvelce söylemiştik. Binaenaleyh bir belediye cemiyetin bir borcun on senelik faizinin bu bûdceye kuvvetlenmesine usulu dairesinde karar vermesi bu cemiyetin temsil ettiği şehrin bu borç hakkındaki müruru zamandan feragatini tazammun eder (Şurayı devlet 21 Şubat 1890).

9.— Bir sigorta şirketinin, sigorta bedeli davasında, bu bedelin ciheti neş'eti olan hasarın ehli vukuf tarafından tesbitini talep etmesi; ve bu zarar hakkında protesto etmeyip kaydı ihtiyatide zikretmemesi halinde müruru zamandan feragat etmiş olur.

10.— Sureti katîyede feragati ifade etmeyen ahval müruru zamanı iskat etmez. Misal gösterelim : Borçlunun, borcunun tediyesini teklif etmesi ve fakat bunu sırf bir davadan içtinap için ve fedakârlık olmak üzere yaptığını kaydı ihtiyati olarak ilâve eylemesi yahut eğer alacağını isbat ederse ödeyeceğini yahut muntazam bir hesap neticesinde borçlu görünürse tediye eyleyeceğini teklif eylemesi zımnen müruru zamandan feragat değildir.

11.— Müruru zaman defi, esasa cevap verildikten sonrada yapılabilir. Binaenaleyh borç mevcut olmadığı definden sonrada müruru zaman itirazı caizdir. Müruru zaman diğer isbat sebeplerini teyit eden bir vasıtaadır. Kanun borcunu ödemiş olan bir borçluyu uzun bir müddet geçtikten sonra da bu tediyei isbat mecburiyetinde bırakmaktan kurtarmak istemiştir; onun için borçlunun hiç bir borçu olmadığını ve yahut müddeinin istinat ettiği aktin butlanını iddia etmesi müruru zamandan feragati tazammun etmez. (temyiz 23 Teşrinisani 1915).

Kezalik münhasıran borcun tediye edilmiş olması karinesine istinat eden diğer hususî müruru zamanlar içinde vaziyet budur.

12.— Gayrı menkul rehnin muteber olmadığı itirazdan sonrada bizzat borcun müruru zamana uradığı yahut bu rehnin butlanı iddia edildikten sonrada bu rehin hakkında müruru zaman mevcut olduğu dermeyan edilebilir. Kezalik binnefis borç hakkında on senelik müruru zaman itirazını yaptıktan sonra faizleri hakkında beş senelik müruru zaman define bulunulabilir. (temyiz 1 Nisan 1829).

İki taraflı akitlerde biri diğerinin vecibelerini ifa etmesini dava etse bu dava kendi vecibeleri hakkındaki müruru zamandan feragat, mucip değildir. Şu kadar varki bu davanın şeklinden bu feragat anlaşılmiş olmamalıdır. (Temyiz 22 Temmuz 1835 Merlen, Tropolonig Aubry ve Rau).

Bir varisin taksim davasında bulunması diğer varislerin kendi aleyhinde yapacakları davadaki müruru zamandan vaz geçtiğini tazammun etmez. (temyiz 9 Nisan 1862).

13.— Bütün bu misallerde feragati mutazammın beyanatın vaki olmamış bulunmasını kaydı vardı. Usulü muhakemata ait bazı muamelelât vardır ki bunlarda müruru zamandan zimni feragati izhar eder. Müellif (Tropolonig) diyor ki: Basit bir cümleinin kendisine tahmil olun-

mayan bir manaya alınması caiz değildir, ancak davaya ait yazılardaki ibarelerin zımni bir feragate delâlet edeceği esas olarak kabul olunmalıdır.

14.— İktisabî müruru zamana gelince:

Bir zilyedin, istihkak müddeisine karşı, istihlâk edilen mallarını nazarı dikkate alacağını beyan etmesi (31 Mayıs 1842) ve yahut zilyetlik nazarı dikkate alınmaksızın ihtilâfın eldeki vesikalara nazaran halledilmesine muvafakat eylemesi zımnen feragat demektir.

15.— Bilâkis istihkak davasında müddeinin evvelemirde mülkiyet hakkına itiraz etmek ve kezaîk münaziunfih gayrı menkulün ehli vukuf tarafından tetkikini ve senetlerin mahallen tatbikini istemek feragatî mutazammın değildir. (temyiz 16 Teşrinisani 1842).

Bir gayrı menkul hakkında zilyet için iktisabî müruru zaman vucut bulduktan sonra, istihkak davasını yapan zatın eline geçmiş bulunması ve bu zat tarafından istimal edilmesi halinde eğer kendisi için müruru zaman hasıl olan zilyet buna muvafakat etmiş değil ise müruru zaman hakkından vaz geçmiş sayılamaz.

Hülasa bütün bu misallerde gösterildiği veçhile zımni faragate hükmetmek istidlâl tarikile bir hakkın iskatına karar vermek olduğu için bunun büyük ehemmiyet ve nezaketi nazardan uzak tutulmamak lâzımdır. (Planyol) diyor ki: Bu istidlâle kolayca hükmolunmamalıdır. Her ne suretle olursa olsun başka bir manaya alınabilen bir halden feragat istidlâl olunamaz.

Asliye mahkemesinin istidlâl hususundaki taktir hakkına temyiz müdahale selâhiyeti vardır. Vaka Fransada bu selâhiyet yoksada (21 Mayıs 1883) Bizim hukuku usul muhakememiz temyiz mahkemesine maddî mesailin taktirini konturol hakkını verdiği için temyiz mahkemesinin bu selâhiyeti şüphesizdir. (H.U.M.K. madde 428-5).

Avukat

HAMDi HALİM