

HUKUKÎ BİLGİLER MECMUASI

Sahip ve Başmuharriri:

Paris Hukuk Fakültesi Doktoru

AVUKAT

Milâleti : 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 fahri 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 yazıhanesi

Telefon: 43009

Bir nüshanin bedeli 35 kuruştur

Bir senelik abonemanı Posta ücretile beraber

400 kuruştur

Türkiye harici için 500 kuruştur

İSTANBUL

1933

Bankalar Matbaası

20 Çınar Sokak Galata.

“İslâh” suretile Muddei davasının mahiyetini değiştirebilir mi ?

Yazan : **Hamdi Halim**

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 185 nci maddesine göre. “Müddei, müddeialeyhin rızası olmadıkça davasını tevsi veya mahiyetini tebdil edemez.” Bu maddenin müddei için ağır ve zararlı bir hükmü ihtiva ettiği görüliyor. Çünkü : Davacının her hangi bir sebeple davasının mahiyetini yanlış olarak Mahkemeye arzetmesi ve istediği hakkın mikdarını ve şümülünü hatalı bir şekilde takyit eylemesi mümkündür. Bu gibi ahvalde hakkın esasını şekle feda ederek davacının bu yanlış veya hatalı adımını geriye alabilmesini men’etemek haki- katen pek ağır bir hükümdür. Vakia Usulü Muhakeme kaidelerinin başlıca müeyyidelerinden biri de bu kaidelerden her hangi birine riayet edilmemesi halinde mevzuubahs olan hakkın iskat edilmesidir. Ve usulü muhakeme kanunlarının makasıt ve maaniden ziyade mun- hasiren şekilleri nazarı dikkate aldığı ve şekle fazla bir ehemmiyet verdiği şüphesizdir. Fakat şekle verilen bu büyük ehemmiyetin asıl hakkı iskat eylemesi bazan adalet ve ahlâk duygularile telif edile- miyecek derecede zararlı ve ağır olur. Bu gibi ahvalde şekle verilen ehemmiyeti bir parça azaltmak lâzım geldiği kuyvetle iddia edilebilir. Çünkü, zaruretleri mikdarlarınca takdir etmek Umumî bir kaide olduğu gibi hakkı temin için ihdas edilen usulü muhakeme kaidelerinin bin nefis bu hakkın ziyana sebebiyet vermemesini temin eylemek te ahlâkî bir lüzum ve zarurettir. Hususile zamanımız hukuku, kendi

sahasını gittikçe ahlâkî kaideleri daha ziyade içine almak suretile tevsi ettiği bir sırada bu lüzum ve zaruretin daha fazla hissedilmesi pek tabii bir şeydir.

İşte bu Mülâhazalardan ilham alan kanun da 185 nci maddenin vazettiği bu hükmü tadil edecek bir şekilde ayrı bir usui daha vaz-etmiştir. Ve muayyen bir şekle riayet şartile davacının davasının mahiyetini tebdil etmesine imkân verilmiştir. Bu imkân bahşeden usulü muhakeme kaidesi “İslâhtır” Usulü muhakeme kanunun sarîh hükümlerine nazaran davacı “İslâh” suretile davasının mahiyetini değiştirebilir. Bu bapta kanunun metinleri sarîh olmasına rağmen “İslâh” suretile bir davanın mahiyeti tebdil edilemeyeceğini iddia eden bazı arkadaşlara tesadüf ettim. Bunların başlıca istinat ettikleri sebep 82 nci maddenin ancak usule müteallik muamelelerin islâh edilebileceğine dair olan metnidir. Diyorlar ki: “Bir davanın mahiyeti usule taalluk edemiyecğine göre islâh suretile de davanın mahiyeti tebdil edilemez.” Halbuki bu bapta bir hüküm verebilmek için yalnız bu maddeyi nazarı dikkata almak kâfi olmadığı gibi böyle bile olsa yine islâh suretile davanın mahiyetini tebdile bu maddenin mani olamaması lâzım gelir. Burada “Usule müteallik muameleler” tabirile kanunune kasedtiğini tayinde zühule düşüyor. Halbuki usule ait muamele ile davanın mahiyetl arasındaki rabitanın neden ibaret olduğu iyice anlaşılır ve Usulü Muhakeme Kanunumun bu mevzua taalluk eden diğer maddeleri de nazarı dikkata alınırsa o vakit bu zühul kendiliğinden meydana çıkacaktır.

Kanunun Metinleri :

1.— Evveleminde Usulü Muhakeme Kanunun bazı maddelerindeki metinleri ileriye sürmeliyiz. 185 nci maddenin 2 numaralı fıkrası şöyle yazılmıştır: “Müddei, müddeialeihin rızası olmaksızın davasını

tevsî veya mahiyetini tebdil edemez. Aşağıdaki madde hükmile davadan feragat veya islâh bu hükümden müstesnadır." Bu metnin sarahaten ifade ettiği manaya göre davacı islâh suretile davasının mahiyetini tebdil edebilecektir. Çünkü kanun, birinci cümlede vazettiği hükümden "Islâh" ı istisna etmekle davacının bu yoldan giderek davanın mahiyetini tebdil edebileceğini beyan etmiş oluyor.

Malûmdur ki kanunun metinleri bir hükmün beyanı maksadile yazılır. İfade ve lisan kaidelerine göre beyanın beş şekli vardır. Takrir, tefsir, tagyir, tebdil, zururet. Bu beş şekil ile de bir maksadın beyan edilmesi mümkündür. İşte burada kanun "Beyanı tagyir" şeklini ihtiyar etmiştir. Beyanı tagyir şekli ile beyanın da bazı tarzları vardır ki bunlardan biri de "istisna" dır. Kanun eğer bir cümle ile vaz ettiği hükümden bazı şeyleri istisna ettiğini muahher bir cümle ile beyan etmiş ise bu takdîrde "beyanı tagyir" suretile ayrı bir hüküm beyan etmiş olur. Ve istisna edilen şey evelki hükümden hariç kalır. İşte burada da kanunun bu hükmü beyan için kullandığı ifade "istisna" suretile "beyanı tagyir" şeklinden ibarettir. Binaenaleyh Kanun, 185nci maddenin 2 numaralı fıkrasının son cümlesile davacının davasının mahiyetini islâh suretile tebdil edebileceğini sarahaten beyan eylemektedir.

2.— Usulü muhakeme kanununun 88 nci maddesi de aynı hükmü ifade eder. Bu maddeye göre "Islâh eden taraf davasını kâmilen islâh ettiği ve bunun tebliği tarihinden itibaren üç gün zarfında yeni bir dava ikame eylemediği halde davası iptal olunur." Bundan anlaşılıyor ki islâh suretile müddei davasını kâmilen ortadan kaldıracıdır. Ve yeni baştan ayrı bir dava ikame eylemek hakkını haizdir. Şu halde müddei yeni davasını ikame ederken eski davasının mahiyetini tamamen değiştirebilir. Çünkü, bu maddede müddeinin ikame

291

edeceği yeni davasının mahiyeti hakkında hiç bir kayıt ve şart gösterilmemiştir. Binaenaleyh yeni davanın eski davadan mahiyet itibarile kâmilten ayrı olmasına bir mani yoktur. Eğer kanun, yeni davanın, eski davanın mahiyetini tebdil edecek bir şekilde ikamesinin men'ini istemiş olsaydı o vakit bunun için bir hüküm vazetmesi lâzım gelirdi. Nasılki aşağıda 87 nci maddeyi tetkik ederken müddeabih'in tezyit edilemeyeceği hakkında bir hükme tesadüf edeceğiz. İşte bu suretle müddei yeni davasını açarken her hangi bir kayıt ve şarta tabi olacağı hakkında 88 nci maddede ne bir sarahat ve ne de bir delâlet görülmediğine nazaran müddeinin yeni bir dava ikamesi suretile eski davasının mahiyetini tamamen değiştirebileceği. Anlaşılmaktadır. Hatta, daha ileriye giderek bu maddede kanunun "beyanı zaruret" şekli altında davacının davasının mahiyetini tebdil edebileceğini beyan etmiş olduğunu da iddia edeceğiz.

Yukarda işaret ettiğimiz veçhile hükümlerin beyanında bir de "Beyanı zaruret" vardır. Bu şekle göre lisanın esasında beyana mevzu olmıyan bir şeyle bir hükmün beyan edilmesi mümkündür. Vakti hacette sükûtün beyan olması da "beyanı zaruret" ten başka bir şey değildir. Çünkü, sükût denilen hal vaz'ı lisanında beyana mevzu bir şey değildir. Yani sükût bir hükmün, bir maksadın beyanına yarayan bir lisan vasıtası değildir. Fakat vakti hacette bu sükûtü bir beyana hamletmekte zaruret olduğu için bunun "beyanı zaruret" şekli altına girmiş beyan tarzı olduğu kabul edilmiştir. Ve tazammun ettiği mana mantuk hükmünde addedilmiştir. İşte burada da böyle bir "beyanı zaruret" vardır. Çünkü : Kanun 185nci madde ile davacının davasının mahiyetini islah suretile tebdil edebileceği hakkında bir hüküm vazetmiştir. Eğer 88 nci madde mucibince davacının açacağı yeni davasında da eski davasının mahiyetini muhafaza etmesi gibi bir mecburiyet olsaydı

o vakit bu mecburiyeti 88 nci maddede beyan eylemesi lâzım gelirdi. Çünkü bu madde bu beyanın yapılmasının yeridir. Binaenaleyh burada kanun sükût etmekle bil'akis davacının yeni davasında eski davasının mahiyetini tamamen değiştirebileceğini beyan eylemiş bulunmaktadır.

Usule müteallik muameleler :

1.— Kanunun 83nci maddesine göre taraflara verilen hakkın yalnız usule müteallik muameleleri islâh edebilmelerine münhasır olduğu anlaşılıyor. Şu halde müddeinin davasının mahiyetini tebdil etmekle usule müteallik bir muamele yapmış olduğunda şüphe yoktur. Çünkü davacı birinci davasını tamamen islah ederek verdiği lâyiha ve istidaları ortadan kaldırmakla usule müteallik olarak evvelce yaptığı bir muameleyi iptal etmiş bulunuyor. Kezalik yeni bir dava ikame etmekle de yine usule müteallik bir muameleden başka bir şey yapmış değildir.

Usulü muhakemenin ne demek olduğu malûmdur. Burada davaların usulü ikamesine ve Mahkemelerin davaları ne suretle tahkik ve hükme raptedeceklerine ait olan kaideler mevzuu bahs olur. Binaenaleyh bir dava mevcuttur denilebilmek için usulü muhakemenin emrettiği şekilleri ihtiva eden bir dava arzıhalının verilmiş olması şarttır. Böyle bir arzuhal mevcut olmadıkça davada yok demektir. Bu suretle davanın mevcudiyeti veya ademi mevcudiyeti bir arzıhalin mevcut olup olmamasına bağlı olduğu gibi bu arzıhalin verilmesine taallûk eden muamelenin de tamamen usule müteallik bir muamele olduğu anlaşılmaktadır. Şu halde davacının verdiği arzıhal ile nasib bir dava vücut buluyorsa bu arzıhalini ortadan kaldırmasile de bu davanın ortadan kalkmış bulunması lâzımdır, ve bunlar tamamen usule müteallik muamelelerdir. Binaenaleyh kanun 83 ncü madde usule müteallik bir muamelenin islâh edilebileceğini kabul etmekle davacıya

verdiği arzıhali ve lâhihaları geriye almak ve bunları ortadan kaldırmak hakkını da vermiş oluyor.

Bu suretle davacı verdiği arzıhal ve lâyi haları tamamen ortadan kaldırarak davasını islâh ettikten sonra yeni bir dava ikame etmek için ayrıca bir arzıhal daha vermek mecburiyetinde dir ki bu da usulün 178 nci maddesile emredilmektedir. Şu halde ikame edilen yeni dava ile de yine usule müteallik bir muamele yapılmış oluyor.

2.— Bu yeni davanın eski davanın mahiyetini tebdil edemiyeceği hakkında kanunda ne sarıh ve ne de zımnî hiç bir hükmü olmadığı yukarda işaret etmiştik Buna ilâveten usulün 179 ncı maddesini de hatırlatacağız. Bu maddeye göre verilen arzıhalin davayı yaratabilmesi için bazı şeraiti cami bulunması icap eder. Davaya esas olan maddî vakiaların hukukî sebeplerin ve vazihan iddianın arzıhalde yazılı bulunması bu şerait meyanında dahildir. Halbuki bir davanın mahiyetini tayin eden unsurlar bu davanın müstenit olduğu hukukî sebeplerin, maddî vakiaların ve vazihan dermeyan olunan iddianın mecmuundan baska bir şey değildir. Binaenaleyh usulü Muhakeme kanununun usule müteallik olarak yazılmasını emrettiği bu şeyler davanın mahiyetini tayin eden unsurlardan, esaslardan başka bir şey olmadığına göre davacının eski davasının mahiyetini birinci davasının mahiyetinden çıkarması muamelesi de tamamen usule müteallik bir muameleden ibaret kalır.

3.— Bu suretle anlaşılıyor ki müdderinin davasının mahiyetini tebdil etmesi usule müteallik bir muamele olduğundan 83 ncü madde hükmünce müddei davacının mahiyetini islâh suretile tebdil etmek hakkını haizdir.

Şimdi bu ciheti teyit eden diğer bir metni daha zikredeceğim :

Usulün 87 nci maddesine göre davacı islâh sebeble müdde-

bihi tezyit edemez. Bu hükümden anlaşılıyor ki islâh davanın bünyesine ve esasına da şamil ve hakimdir. Çünkü : Müddeabihin miktarı davanın esasını ve bünyesini teşkil eder. Eğer islâhın bu bünyeye şümulü olmasaydı kanunun müddeabihin tezyit edilmesi hakkında ayrıca bir küküm terettüp ettirmesine lüzum görmemesi icap ederdi. Binaenaleyh bu madde ile kanun yine “beyanı tagyir” in “istisna” sekli altında bir beyanda bulunmuş olduğu anlaşılıyor. Filhakika usulün 87 nci maddesi islâh halinde eski davanın hangi noktalarına ilişilmiyeceği ve hangi taleplerin mahfuz kalacağı cihetlerini beyan etmektedir. Maddenin maksat ve gayesi budur. Şu halde kanun eğer davanın mahiyetini müddeinin tebdil edemiyeceğini beyan etmek isteseydi bunun bu maddede zikredilmesi lâzım gelirdi. Zira bu beyanın yeri bu maddedir. Şu halde maddede müddeabihin tezyit edilemiyeceği zikredilmiş iken davanın mahiyetinin tebdil edilmeyeceği hakkında bir kayıt olmamasından ve bu cihetin meskût bırakılmasından anlaşılıyor ki kanun burada da yukarda işaret ettiğimiz “beyanı zaruret” şeklinde bir hüküm beyan etmek istemiştir. Bu hüküm de islâh ile davanın mahiyetinin tebdiline bir mani mevcut olmadığıdır.

Umumî kaidelere göre :

Usulü muhakeme kanununun metinleri bizim noktai nazarımızı doğru gösterdiği gibi umumî hukuk prensiplerine, kaidelerine göre de bu noktai nazarın doğru olması icap ediyor.

1.— Davanın mahiyetinin tebdil edilmemesi iddiası diğer bir sebebe daha istinat ettirilebilir ki bu da tenakuz iddiasıdır. Filhakika müddei davasına muayyen bir mahiyet vererek mahkemeye müracaat ettikten sonra bilâhare davasının mahiyetini değiştirmesi tenakuz teşkil edebilir. Tenakuz davanın sıhhatını ihlâl edeceğinden sahih

olmıyan davanın da mesmu olamaması lâzım gelir. Halbuki işe bu cepheden de bakılsa yine davanın mahiyeti değıştirilebilmelidir. Çünkü : hukukî bir kaidedir ki iki dava arasında tenakuz mevcut olsa davacının bunlardan birincisini terk ile talebini ikinci davaya hasretmiş olmasile tenakuz mürtefi olur. Burada da vaziyet tamamen bundan ibarettir. Çünkü : davacı birinci davasını tamamen islâh ederek bütün lâyiha ve istidalarını ortadan kaldırmış ve davasını ikinci talebe hasreylemiştir.

2.— Zamanımızın hukukî telâkkisi gittikçe adalet ve ahlâk esaslarını daha ziyade himaye ederek kendi sahasına çekmek ve esasi şekle feda eden şekilperestlikten uzaklaşmak arzularını ızhar ediyor. Profesör “Ripper” in dediğı gibi : “Hukukun mevzuu, ahlâkın öğrettiğı adalet vazifelerinin tanziminden ibarettir. Ahlâk ile hukuk arasında ne mevzu ne mahiyet ve ne de hedef ve gaye itibarile hiç bir fark yoktur. Çünkü : hukuk adaleti, hak fikrini, ahlâk fikrini tahakkuk ettirmektedir. (1)” Hukuk hakkındaki telâkkimiz bu olduğı müddetçe daima hakkı muhafaza etmek için şekli fedaya daha fazla meyletmek mecburiyetindeyiz.

Inkilâbımızın hukuk sahasında yaptığı en büyük tahavvüllerden biri de hukukî esaslarımıza bu prensipi idhal etmiş olmasıdır. İşte Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun kabul ettiğı “islâh” usulü de bu prensiplerden doğmuştur. Ve sırf taraflardan birinin yaptığı yanlışlığın tashihi imkânını vermek ahlâk ve adalet duygularına daha uygun görüldüğü için ihdas edilmiş bir yoldur. Esas bu olunca tabiatile müddeinin davasının hem mahiyetini değıştirmek ve hem de müddeabihi artırmak hakkını haiz olması lâzım gelir. Bunun içindir ki bizim

(1) Paris Darülfünun Mûderrislerinden Georges Ripper (medenî mükellefiyetlerde ahlâk kaidesi — La règle morale dans les obligations civiles.)

87 nci maddenin son fıkrası Nevşatel Usulü Muhakeme Kanununda yoktur. Kanun alınırken bu Fıkra tarafımızdan ilâve deilmiştir. Ve bizde müddeabihin tezyit edilmesi kabul olunmamıştır. Bu istisna edilecek olursa asıl olan islâhı yapan tarafın teşmil edeceği noktadan itibaren usule müteallik bilcümle muamelelerin yapılmamış addolunması lâzımdır. Binaenaleyh davacı ikinci davasını mahiyeten evelki davasından ayrı bir şekilde ikame edebilir.

3.— Islâh faslı tetkik edildiği zaman görülecektir ki taraflardan biri davasını islâh ettiğini beyan ederse islâh kendiliğinden hasıl olur. Ayrıca islâhin kabulü zımnında Mahkemece bir karar vermeye ihtiyaç yoktur. Bu fasılda islâh talebinin kabulü için Mahkemece karar ittihaz edileceği hakkında ne sarîh ve ne de zımnî hiç bir hüküm görülüyor. Bil'akiş islâhin talep edilmesile beraber derhal hasıl olacağına dair 88 nci madde sarîh hükmü ihtiva etmektedir. Filhakika bu maddeye göre islâh eden taraf davasını kâmilten islâh ettiği takdirde bunun diğer tarafa tebliği tarihinden itibaren üç gün zarfında yeni bir dava ikame eylemekle mükelleftir. Eğer islâhin hasıl olması için mahkemece bir karar verilmesi icap etseydi bu takdirde müddei mücerret islâh talebinde bulunduğundan dolayı böyle yeni bir dava ikamesine tabi tutulmaz ve evveleminde Mahkemece verilecek kararın suduruna intizar ettirilirdi.

Bu suretle islâhin kendiliğinden hasıl olması ve müddeinin yeni bir dava ikame eylemediği takdirde davasının iptali gibi bir müeyyde ile teyit edilmesi de gösteriyor ki kanunun islâh kaidesini vazetmekle istihdaf ettiği yegâne gaye taraflara yaptıkları hatanın tashihine imkân vermekten ibarettir. Ve bu da tamamen ahlâkî bir mülâhazadan ve adalet fikrinden inbias etmektedir. Ve asıl hakkın şekle feda edile-

miyeceği mülâhazasından doğmuştur. Bu mebdei bulduktan sonra artık müddeinin davasının mahiyetini islâh suretile tebdil edemiyeceği fikri aslâ varit olamaz. Cünkü : Müddeabihi tezyit edemiyen müddei eğer davasının mahiyetini de değiştiremeyecek olursa o vakit Usulü Mühakeme Kanununun islâh diye bir fasıl açmasına lüzum kalmazdı. Filhakkâ davasının mahiyetini tebdil keyfiyeti bir tarafa bırakılacak olursa geriye islâha değer mühim bir şey kalmaz. Ve böyle ehemmiyetsiz tashihler için de islâhı yapanın dava masrafile diğer tarafın zarar ve ziyasını Mahkeme Veznesine vermeğe mecbur tutulması gibi ağır mükellefiyetler altına sokulması lâzım gelmezdi. Ve taraflara yaptıkları esaslı hataların tashihi imkânı de verilmemiş olurdu.

Avukat

HAMDi HALİM