

Hukukî Bilgiler Mecmuası

SAHİP VE BAŞMUHARRİRİ

Paris Hukuk Fakültesi Doktoru

AVUKAT

GAD FRANKO MİLÂSLİ

Adres : Galata, Bahtlıyar 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

HANRİ ZELLİQ VE MAHDUMU BASIMEVİ

1939

Temyiz vukuunda icranın tehiri

(Geçen nüshamızdaki makalenin sonu)

18.— Alacaklı icrada takibat yapmış, borçlunun itirazının muvakkaten ref'ine karar verilmiş, alacaklı muvakkat haciz yaptırmış, borçlu da kanuni müddet zarfında borçtan kurtulma davasını ikame etmiş ve davayı kazanmıştır. İcranın tehirine karar verilmezse Borçlu borçtan kurtulma ilâmını icraya tevdi edecek, vazedilen muvakkat haczi heman kaldırtacaktır. Tehiri icra kararını istihsal etmek için alacaklının verdiği teminat mektubunun akçesi alacak miktarına müsavi olamaz. Çünkü hükmolunan şey bu alacak değildir, hüküm binnetice bir haczin ref'ine mütealliktir. Kararın tasdiki halinde haczin reffedileceğine dair teminat itasına lüzum yoktur. Çünkü haczin ref'i için alacaklının muvafakatına ihtiyac yoktur. Haczi vazetmiş olan icra bu haczi kaldırır ve ancak haciz heman kaldırılmazsa borçlunun eşyasının mahcuz kalmasından mütevellit bir zarar mevcuttur. Bu zararın tazmini lâzım gelecektir. Binaenaleyh müstedii temyizcin vereceği kefalet akçesinin bu zarara tekabül etmesi lâzımdır. Bu zarar da muayyen olmadığı için yukarda izah edildiği veçhile kefalet itası imkânsızdır. Bu itibarla temyiz mahkemesi muhtemel zararı nazara alarak mekfulünbihi takdir etmesi lâzımdır.

19.— İcrada yapılan takip neticesinde haczedilen mallar üzerinde istihkak iddia edilmiş taraflardan birinin mahkemeye müracaatı lüzumuna karar verilmiş, dava ikame edilmiş ve müddeinin davası tahti hükme alınmıştır. Şahsi salis dava ikame etmiş ve davasını gayip etmiş ise icraya devam edilecek ve münaziünfi mal satılacaktır. Davayı kazanmış ise haciz reffedilecek. Dava eden alacaklı olur ve dava tahti hükme alınırsa, mahcuz satılacak, dava reddedilmişse haciz reffedilecek. Bütün bu hallerde münaziünfi mal icranın yedindedir. Binaenaleyh verilecek teminat akçesinin kararın geç icra edilmesinden mütevellit zarara tekabül etmesi lâzımdır. Muayyen olmiyan bu

zararın takdiri yukarda izah edildiği veçhile temyiz mahkemesine aittir.

20.— Aynı mal müteaddit alacaklılar tarafından haczedilmiş olduğundan icra dairesi bir sıra cetvelini tanzim ve bütün alacaklılara tebliğ etmiştir. Alacaklılardan biri sıra cetvelinde yazılı bir alacağın esasına itiraz ederek 7 gün zarfında dava ikame etmiştir. Bu davayı kazanirse alacağa düşen hisse sair alacaklılar arasında tevzi' edilecek; davayı gayp ederse bu alacağa ayrılan hisse alacaklısına verilecektir. Her iki halde hükmolunan şey o alacağa ayrılan hisse değildir. Çünkü o hisse icra veznesinde mahfuzdur. Binaaleyh temyiz ve tehiri icra talebinde bulunacak tarafın vereceği teminat akçesi kararın geç infazından mütevellit zarara tekabül etmesi icap edecektir. Muayyen olmiyan bu zarar mikdarının Temyiz Mahkemesince takdiri lâzımdır.

İhtiyatî haciz veya tedbir kararını veren mahkeme nasıl tarafı diğerin muhtemel zararını takdir eder ve müddeiden bir teminat mektubunu talep ederse aynı suretle ve aynı usul ile Temyiz Mahkemesi temyiz müstedisi tarafından verilecek teminatı takdir edecektir.

21. — Müddei azasından bulunduğu veya Ticaret Kanununun 203 üncü maddesi ahkâmına istinaden borçlusunun azasından bulunduğu şirketin feshini dava etmiş ve talebi mahkemece tahti hükme alınmıştır. Şirket bu kararı temyiz etmiştir. Tehiri icra kararı istihsal edilmezse şirketin faaliyetine nihayet verilecek, şirketin malları satılacak ve şirket yeni işler yapamayacaktır. Kanunun istimal ettiği tabir veçhile hükmolunan şeyin eda ve teslim edileceğine dair teminat vermek mevzuu bahis olmaz. Binaaleyh verilecek kefalet akçesi mahkeme kararının geç infaz edilmesinden mütevellit zarara tekabül etmesi lâzımdır. Muayyen olmiyan bu zararın takdiri temyiz mahkemesine aittir.

Keza sair şürekânın talebiyle şürekâdan birinin şirketten ihracına karar verilmiş ve bu karar ihraç edilen şerik tarafından temyiz edilmiş ise icranın tehiri kararının istihsalı için verilecek teminat akçesinin tespiti lâzımdır. Bir şerikin şirketten ihracı kararının infazı kararın kespi kat'iyet etmesine talik edilirse arada ihraç edilen şerik

şirketin işleriyle meşgul olacak sair muamelatın ifasına mani olabilecek bir kelime ile kasden veya ihmal ile şirketi azim zararlara sokabilecektir.

Verilecek teminat bu zararın tazminine kâfi olması lâzımgelir. Mekfulünbihi de takdir edecek olan yine Temyiz Mahkemesidir.

Tasfiye memuru veya müdürünün tebdili dava edilmiş ise yine hüküm böyledir. Tasfiye memuru veya müdürünün mahkeme kararının suduru üzerine heman tebdil edilmeyerek vazifelerinde kalmalarından mütevellit zararların tazmin edileceğine dair verilecek teminat akçesi Temyiz Mahkemesince takdir edilecektir. Düşünülebilirki bu gibi vaz'iyetlerde kararın heman infaz edilmesinden mütevellit zarar azim ve gayri kabili tapırdır. Bu düşünce doğru olsaydı davacı hüküm itasını senelerce beklemeyerek mahkemeden tedbir kararının ittihazını talep edebilirdi. Davacı senelerce beklemiş ise temyiz müddetinin geçmesini de bekliyebilir ve her halde tehiri icra kararı istihsal edilmiş olsa dahi tedbir ittihazını mahkemeden talep edebilir.

Müddei dava etmekle beraber mahkemeden ihtiyati bir tedbir istihsal etmiş ve 'bil'ahara davası red kararıyle neticelenmiş ise temyiz vukuunda müddei kararın heman infaz edilmemesinden mütevellit zararları tazmin edeceğine dair kavi teminat vermesi lâzım gelecektir. Yine muayyen olmiyan mekfulünbihin takdiri Temyiz Mahkemesine ait olacaktır.

22.— Bir şeyin ifa edilmesi meselâ kömür tozlarının civar olduğu yerleri pisletmemesini temin için bir çat inşası luzumuna dair olan karar temyiz edilerek tehiri icra kararı talep edilirse verilecek teminat çatının inşası için tayin edilen kıymete tekabül etmesi kâfi olmayıp aynı zamanda kararın geç infazından dolayı temadi eden davacının zararına da tekabül etmesi lâzımdır.

Bir şeyin yapılmaması taahhüdünden mütevellit davalar ve meselâ tecavüzün men'i davalarında sadır olan kararı temyiz eden müddeaaaleyh yine müddeinin bu baptaki zararına tekabül edecek bir teminat gösterecektir. Yukarda gösterdiğim gibi muayyen olmiyan mekfulünbihin takdir ve tespiti Temyiz Mahkemesine aittir.

Kanun temyizi dava icrayı tehir etmez esasına iki istisna koymuştu. Teminat itası suretiyle tehiri icra istihsali mümkün olduğun hakkındaki ikinci istisnanın bir istisnası vardır. Nafakaya taalluk eden hükümlerde tehiri icra kararı verilemez. Maddenin yalnız lafzına bakılırsa maddeden bu neticeyi çıkarmakta tereddüt edilebilir. Filhakika maddenin tarzı tahriri böyledir :

Birinci cümle : temyizi dava icrayı tehir etmez.

İkinci cümle : Teminat mukabilinde icranın tehirine karar verilir.

Üçüncü cümle : Devlet müzaheretı adliyyeye nail kimseler teminat vermezler.

Dördüncü cümle : Nafaka hükümleri müstesnadır.

Bu istisna birinci cümleyemi, ikincisini, üçüncüsünü mutealliktir ?

Temyizi dava icrayı tehir etmez esasına istisna teşkil etmesi için bir sebep mevcut değildir. Müzaheretı adliyyeye nail kimselerin teminat vermedikçe nafaka hükümleri icrasının tehirine karar alamıyacakları şeklinde istisnanın tefsiri kabildir. Filhakika nafaka hükümlerinin icrasını teminatsız tehir edilmesi herhalde muvafık olamaz.

Fakat nafaka hükümleri nihai mukarrerattan fazla ihtiyatı tedbir kararları teşkil ettirmesine ve takdir edilen nafakanın mühim bir ihtiyacın karşılamasına ve esas itibarile nafaka takdir etmekle nafaka talep edenin nafakasız yaşamıyacağı kabul edilmesine nazaran bu hükümlerin icrasının tehiri doğru olamaz.

Bu itibarla maddenin metni sarıh olmamakla beraber nafaka kararları temyiz vukuunda teminatlı olsa dahi icranın tehirine karar verilemeyeceğinin kabulü zaruridir. Fakat hiç şüphe yokturki nafaka kararının nakzı halinde borçlu tarafından tediye edilen paranın istirdadı imkânsızdır.

24.— Hükmolunan şeyin eda edileceğine kavi teminat verilmiş olsa dahi Temyiz Mahkemesi icranın tehirine karar vermek mecburiyetinde değildir. Kanun «karar verebilir» diyor. Ancak temyiz mah-

kemesi takdir hakkını istimal edebilmesi için dosyayı tetkik etmesi lâzımdır. Bu suretle tehiri icra talebini kabul veya reddetmek suretiyle ihsasi rey etmiş olamaz mı?

Asliye mahkemesi tedbir veya haczi ihtiyatî haciz kararları verebilmek için müddeinin talebini tetkik eder buna rağmen ihsasi rey ettiği iddia edilmez. Çünkü karar, mahkemenin tedbir kararı vermesi için işin esasını tetkik etmesi icap etmez. Müddeinin iddiasını yeknazarda varit gibi görmesi kâfidir.

Tehiri icra kararını verecek olan Temyiz Mahkemesinin vaz'iyeti aynidir. Müstedi temyizcin hakikaten haklı olup olmadığına bakmaz ve dosyayı uzun uzadıya tetkik etmez. Ancak icranın tehiri istenen kararın temyizi kabil olup olmadığına, temyiz talebinin müddeti içinde vuku'bulup bulmadığına, zamanda temyiz talebinin ciddî olup olmadığına bakar. Meselâ müstedii temyiz bir istida vermekle iktifa edipte temyiz layıhası vermemiş ve bu suretle maksadı sırf vakit kazanmak olduğunu görmüş ise icranın tehirine karar vermez. Ancak müstedinin temyiz layıhası mündericâtına göre, bir karar itası için dosyanın tetkikine Temyiz Mahkemesi lüzum görürse esasını tetkik etmeksizin icranın tehirine karar verir.

25.— Usulun 443 maddesinin üçü 2. inci fıkrasına göre, müstedi devlet ise veya müzaheretî adliyeye nail olupta davanın ve hükmün mahiyetine ve ahvali saireye nazaran icranın tehiri icap ediyorsa bila teminat icranın tehirine karar verebilir.

Bu maddeye göre, iki halde bila teminat icranın tehirine karar verilebilir.

Temyiz müstedisi devlet ise, temyiz müstedisi müzaheretî adliye-ye nail ise.

Müstedii temyiz müzaheretî adliyeye nail olur ve hükmün mahiyetine ve ahvali saireye nazaran icranın tehiri icap ediyorsa bila teminat icranın tehirine karar verilir.

Dava ikamesinden evvel veya dava esnasında taraflardan biri müzaheretî adliye-ye izin almış ise dosyada mahfuz bulunan bu karara istinaden bila teminat icranın tehirini talep edebilecektir.

Müstedii temyiz adlı müzaherete artık nail olmazsa bu baptaki itirazı istima' ve onun hakkında karar verecek bir merci' olmadığı için müzahereti adliye kararının geri alınması mümkün olamaz.

Temyiz müstedisi dava derdest iken adli müzaheret almağa lüzum görmemiş ise temyiz sırasında böyle bir karar istihsal edebilir.

Bila teminat icranın tehirine karar verilebilmesi için davanın ve hükmün mahiyetine ve ahvali saireye nazaran icranın tehirini icap etmesi lâzımdır.

Vazii kanun bu suretle nafaka işleri gibi heman lâzımülnifaz olan hükümler hakkında icranın tehirine karar verilemeyeceğini demek istemiş ise bu fıkra zaittir. Çünkü bu hüküm «temyizi dava icrayı tehir etmez» şeklinde vazedilen esasa değil «icranın tehiri için teminat lâzım gelir» hükmüne bir istisna teşkil eder. Bu itibarla esasen haklarında icranın tehirine karar verilmesi mümkün olmiyan hükümler hakkında adli müzaherete nail olanları dahi tehiri icra kararı istihsal edemiyecekleri tabiidir.

Vazii kanun davanın ve hükmün mahiyetinden ve ahvali saireden bahsetmiştir. Bu cümleden bir mana çıkarmak mümkün değildir.

Müstedii temyiz devlet ise bila teminat icranın tehirine karar verilebilir. Burada vazii kanun başka hiç bir şart koşmamıştır.

26.— Borçlu, aleyhine sadır olan hükmü temyiz ederken mahkûmün leh ilâmı icraya koymuş ve borçluya bir icra emri tebliğ ettirmiştir. Dava dosyası temyize gidinceye kadar ve tehiri icra kararı verilinceye kadar icra devam edecek olursa tehiri icra kararından bir faide hasil olmuş olmaz. Bunun içindirki borçlu, mahkeme kararını temyiz ettiği ve hüküm olunan şeyi depo ettiği veya eda edeceğine dair mukarrer teminat verdiği takdirde icranın tehirini istemek için borçluya münasip bir mehil verilir.

Mehil vermek hakkı icra memuruna aittir. İcra memuru bu mühleti temdit edebilir. İcra memurları mehil verirken müddetin mebdei olarak ekeseriyetle dosyanın Temyiz Mahkemesine sevk tarihini göstermektedirler. Bu usul yeknazarda makul görülebilirse de binnetice

sui niyet sahibi borçlulara yardım etmektir. Filhakika müstedii temyiz vaktinde temyiz layıhasını vermiyor, posta harcını yatırmıyor, dosya aylarca mahkemede kalıyor. Halbuki icra memuru kanunî müddetleri hesapla verdiği mühleti o suretle takdir ederek mebde olarak karar tarihini gösterebilir. Verilen mehil kâfi olmadığı veyahut fazla olduğu iddia edilirse bu cihetin şikâyet suretiyle mercie arzedilmesi lâzımdır. Verilen karar binnetice icranın tehirine müteallik olduğundan temyizi kabil olduğunun kabulü lâzımdır.

İcra memurluğunca mühlet itası için hükmolunan şeyin resmi mevkie depo edilmiş olması veya teminat verilmiş olması lâzımdır. Bu hususta taraflar arasında ihtilaf çıkarsa bu ihtilaf icra memuru tarafından ve şikâyet üzerine icra hakimliğince halledilecektir. Şukadarki müstedii temyiz bir teminat mektubu vermiş ise alacaklı bu teminatın sağlam olmadığı gibi bir iddia da mercide bulunamaz. Merci bu cihetlerin tetkikine salâhiyyettar değildir.

Temyiz istidası müddetinden sonra verilmiş olsa dahi icra memuru mehil itasına mecburdur. Çünkü herhangi bir noktada temyiz talebinin reddine karar vermek hakkı temyiz mahkemesine aittir. Alacaklı verilen kararın kabili temyiz olmadığını iddia ederek mehil verilmemesini isteyemez. Velevki ilâmda kararın kabili temyiz olduğu tasrih edilmemiş ve hatta kat'i olduğu yazılmış olsun. Çünkü bu kararın temyizi kabil olup olmadığının tetkiki ne kararının mahkemeye ne de icra dairesine ait olup yüksek mahkemenin vazifesi dahilindedir.

Bazı davalarda verilecek teminat akçesinin muayyen olmadığını, ve mekfulünbihin Temyiz Mahkemesince takdiri lâzım geldiğini gördük. Bu vaz'iyette ve usulumuz tadil edilinciye kadar icra dairesi gösterilen teminatı bila itiraz kabul etmeğe ve mehil vermeğe mecburdur. Çünkü verilen teminatın kâfi olmadığını iddia edemez. Bu itibarla sui niyet sahibi herhangi bir borçlunun cüz'i bir teminat vererek bir iki ay kazanmağa muvaffak olabilir.

Bunun çaresi yine yukarda gösterdiğimiz gibi teminatın nev'i ve

mikdarının tayini ilamın icrasıyla meşgul olacak olan icra dairesine terketmekdir.

Borçlu teminat göstermeğe muktedir olmadığından temyiz talebi ile beraber tehiri icra talebinde bulunması ve bilahara emvali haczedilmiş ise haciz üzerine icra dairesine müracaat ederek mehil itasını talep edebilir. Fakat usulumuzda borçlu icraya müracaat ederek malının haczedilmesini talep etmesine cevaz yoktur.

N. S.

Ticaret kanununun tadili

Yeni projenin Ana Hatları

(Geçen nüshamızdaki makalenin sonu)

I

(Ticari muamele) mefhumunun, Ticaret Kanunu bünyesinde bir temel mefhum olmayacağını izah etmekle ve projemizde de bu prensibi kabul etmiş bulunmakla « Borçlar Kanunu » ve « Ticaret Kanunu » arasındaki ikiliği ve çarpışmaları kökünden kaldırmış bulunuyoruz. Hususi Karakterleri ve mevzuunun kendine has bir bünye sahibi olması itibarile « Ticaret Kanunu » nu Borçlar kanunundan ayrı ve müstakil bir kanun halinde tedvin esasını kabul etmekle de modern ticaret tekniğine en uygun bir kanun hazırlamak imkânlarını temin etmiş bulunuyoruz. O halde, her şeyden önce, yeni kanunumuzun bünyesini, ve istinad edeceği temel mefhumları tebarüz ettirmek icap ediyor :

Bu maksatla yaptığımız incelemelerde yolumuzu aydınlatan meşale, Türk inkilâbının ideolojisi üzerinde Büyük Şefimiz Atatürk den duyduğumuz ilham verici sözlerdir. (C.H.P.) programında konkrete bir hale giren inkilâp prensiplerimizi kanunlarımıza inikâs ettirmek, hukukiyatımızı inkilâbımızın ileri gidiş hamlelerine uygun, onunla ahenkli ve onun gelişimine yardım edici bir hale getirmek istekleri bu projenin hazırlanmasında en esaslı bir unsur olmuştur.