

## İLÂMSIZ TAKİP MEVZUUNDA İCRA VE İFLÂS KANUNUNDA YAPILMASI GEREKEN TADİLÂT

**Doçent Dr. İlhan E. Postacıoğlu**

İcra ve İflâs Kanunumuz 1929 senesinde neşrinden beri müteaddit tadillere mevzu teşkil etmiştir. 1932 ve bilâhare 1940 senelerinde yapılan tadilât ilâmsız icra ve bilhassa itirazın refi mevzularını da içine almış, fakat bu bapta tatminkâr bir tanzim şekline vasıl olamamıştır. Bu defa İcra ve İflâs Kanunumuzun tadili mes'elesi yeniden ele alınca ödeme emrine itiraz ve itirazın refi bahisleri tekrar gözden geçirilmesi icap eden hükümler meyanında görülmektedir. Bu itibarla mes'elenin aktüel bir mahiyet aldığı göz önünde tutularak itiraz bahsi hakkındaki tetkiklerimizin arkasını almadan bu mevzuda düşündüklerimizi açıklamakta fayda mülâhaza etmiş bulunuyoruz.

Kanunların tadili bahsinde teenni ve ihtiyatla hareket etmek zaruri ise de bugünkü hükümlerin tatbik şekli göz önünde tutulursa icra işlerinde sonsuz bir şikâyet vesilesi olan betaet sebeplerini bertaraf etmek için bu mevzuda oldukça radikal ıslâhata girişmek lüzumuna kail bulunmaktayız. Bu itibarla tekliflerimizin biraz aşırı telâkki edilmesinden de ürkmüyor değiliz. Bu tehlikeye rağmen düşündüklerimizi olduğu gibi ortaya koymağı ve bundan doğabilecek mahzurları münakaşa ederek bu mahzurların izalesine yarayacak diğer tedbirleri de birlikte mütalâa etmeyi uygun görmekteyiz. Bu maksatla evvelâ kanunumuzun tatbikinde aksayan noktaları tespit edecek ve bilâhara teklif ettiğimiz tadilâtı serdeyleyeceğiz. Bu tekliflerimize nazaran yeni metnin alacağı şekli de bu satırlarımıza ilâve edeceğiz. O suretle ki, burada vereceğimiz izahat bir bakımdan esbabı mucibe lâyihası mahiyetinde bulunacak, ve tadilâtın hangi noktalara taallük ettiğini anlamak için de hazırladığımız metne atfı nazar eylemek kâfi gelecektir. Bu tertibi düşüncelerimizin yeknazarda anlaşılmasını temin için uygun gördük. Yoksa kabulünü temenni ettiğimiz metinlerin bir takım retuşlara tâbi kılınabileceği ihtimalini gözden kaçırmış değiliz. Hattâ temennilerimizin hiçbirinin tahakkuk etmemesini de ihtimal dahilinde görmekteyiz. Fakat biz mütalâalarımızı ancak tam bir samimiyetle izhar etmek suretile uhdemize düşen vazifeyi ifa edebile-

ceğimiz kanaatına vardığımızdan, düşüncelerimizin ifadesi için bu şekli ihtiyar etmekte bir beis görmedik.

#### **Bugünkü tatbikatımızın aksak tarafları :**

Bugün itirazın refi hakkında mevcut sistemimizde aksayan ve ayrı ayrı birer betaet sebebi olan noktaları şöylece sıralayabiliriz:

a) Alacaklı tarafından itirazın refini temin sadedinde mercie ibraz olunan senet altındaki imza noterlikçe tasdik edilmiş olmadıkça borçlu refi itiraz duruşmasına gelsin gelmesin imzasının resen tahkiki cihetine gidilmektedir. Esasen bu durum icraya münhasır değildir. Mahkemelerimizdeki cari tatbikata göre her imza kendisine izafe edilen şahıs tarafından serahaten kabul edilmedikçe sahibini ilzam eder mahiyette sayılmamaktadır. Bu kaidenin muhtelif tecelli şekillerini gerek icra tetkik mercilerinde ve gerek mahkemelerimizde görüyoruz. Hâkim ibraz edilen her vesikanın hasımdan sadır olup olmadığını resen araştırmakta, ve bu imza senin midir diyerek her an imza sahibine imzayı inkâr imkânını hatırlatmaktadır<sup>1</sup>. Hattâ bu vadide o derece ileri gidiliyor ki, H. U. M. K. nun gaibin mukir sayılabileceği hakkındaki hükmüne rağmen, gıyabî cereyan eden bir muhakemede dahi, hazır bulunan tarafça ibraz edilen vesikaların hasma aidiyetini anlamak için, sırf bu vesikalar üzerine beyana davet edilmek üzere gaibin çağırılmasına lüzum görülmektedir<sup>2</sup>. Bu ise müteaddit talik ve gecikmelere sebebiyet vermektedir.

Bilâkis Fransada bir kimse, kendisine tebliğ edilmiş veya kendisine karşı dermeyan edilmiş bir senet muvacehesinde sükût ederse o senedi ikrar etmiş sayılmaktadır<sup>3</sup>. Noktai nazarımıza göre daha mantikî ve işlerin icaplarına çok daha uygun olan bu görüşü hiç olmazsa itiraz ve refi itiraz mevzuunda hâkim kılmak ve bunun için kanunda gerekli tadilâta tevessül etmek lâzımdır. (Bakınız: ileride a' fıkrasına.)

b) İmza tahkikinde sürati temin edecek bir prosedür tesis edilmiş değildir. Alacaklı ve borçlunun isticvap edileceğini ifade eden bugünkü 68 inci maddemiz isticvap için mer'i olması lâzım gelen esasları tasrih

1) Bu hüsusta Cevat Gücün'ün «Menkul Mallar ve Borçlar» adlı eserinde verdiği misal sayanı dikkattir (sah. 214).

2) İc. İf. Dairesi 9.8.1940 t. karar (Aytemiz, sah. 20) ve 16.2.1940 t. karar (Karaca, sah. 103).

3) Aubry et Rau, Cours de Droit civil français, cilt XII, sah. 217; İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1947, sayı 1, sah. 372 deki kroniğimiz; İsviçrede de refi itiraz prosedüründe şüpheli görülmeyen her senet doğru sayılmaktadır. (Jaeger, Commentaire de la loi sur la Poursuite pour dette et la Faillite M. 82, sah. 238, cilt I.)

etmemiştir. H. U. M. K. nun isticvaba ait hükümleri (mad. 234) iki defa davetiye gönderilmesini âmir bulunduğundan bu durum ikinci bir gecikme vesilesi vermekten hali değildir.

c) Borçlunun imzasını inkâr etmesi halinde yapılan tahkikat neticesinde imzanın borçluya aidiyeti kesin bir surette anlaşılrsa bile merciin, bugün itirazın kat'i olarak refine karar veremeyerek ancak muvakkaten refe karar verebilmesi imza inkârlarının ulu orta artmasını intaç etmiş, ve bu da süratli bir icrayı güçleştiren âmillerden biri olmuştur.

d) İtirazın refi duruşması, H. U. M. K. nun 509 uncu maddesinin derpiş ettiği şekilde ihtarlı davetiyenin gönderilmesi halinde basit usulü muhakeme kaidelerine göre yürütölmek lâzım gelmektedir. Bu itibarla alacaklı ve borçlu zikri geçen 509 uncu madde hükmünce ellerindeki bilcümle delillerle gelmek mecburiyetinde olup delillerin ikamesi için mehil istemek hakkını haiz değillerdir. Fakat delillerin her zaman ikmalinin emredilebileceği hakkında H. U. M. K. nun 511 inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan hüküm 509 uncu madde ile temin edilmek istenilen sür'ati çok defa felce uğratmaktadır. Artık bu gün mercideki mürafaaların bu sebeple umumî hükümler dairesinde cereyan eden duruşmalardan pek farkı kalmadığını söylemek kabıldır.

e) Bu vaziyet dahilinde 70 inci maddenin tek bir duruşma yapılmasını tazammun eden ve duruşmayı müteakip kararın beş gün zarfında verileceğini serahatan beyan eyleyen hükmü vahi bir sözden ibaret kalmaktadır.

f) Nihayet icra mekanizmasının olduğu yerde saplanmasını intaç eden bir durum da şudur: borçlu tarafından serdedilen defin veya ihticaç olunan delilin tetkikini merci vazifesi dışında görünce alacaklının ibraz ettiği vesikanın mahiyetine nazaran itirazın refine veya refi talebinin reddine karar vermesi lâzım gelirken kendisine arz olunan mes'elenin tamamı hakkında görevsizlik kararı vererek işin hallini mahkemeye bıraktığı vakidir. Hattâ ticarî defterler hakkındaki 15.3.1950 tarihli tevhibi içtihat kararı bir bakımdan bu temayülü ifade etmektedir<sup>4</sup>. Merci kararları zaten hakkın esası bakımından kazıyei muhkeme teşkil etmediğinden tarafların mahkemeye müracaat hakkının ayrıca mahfuz tutulmasına ve bu maksatla zihinlerde beyhude yere tereddüt yaratacak şekilde görevsizlik kararlarının verilmesine mahal yoktur. İcra ve İflâs Kanunumuzun kurduğu sistem merciin, iki tarafça ibraz edilen vesikaların mahiyetine göre refi talebinin reddine, itirazın kat'i veya muvakkat refine karar vermesini âmirdir. Bu üç ihtimalden gayrı bir ihtimali kaide-

4) Pratik Hukuk Mecmuası, sayı 11, sah. 173 - 176 daki yazımıza bakınız.

ten düşünmemek icap eder ve bu itibardır ki, yine tatbikatımızda az çok yer edinmiş olan diğer bir içtihadı da tamamen bertaraf etmek lâzımdır ki, o da mercice defin varit gösterilmesi için borçlunun mahkemeye müracaatını temin sadedinde mehil verilmesini caiz gören noktai nazardır. Zira böyle bir karar verilince İcra İflâs Kanununun koyduğu normlara göre 68 inci madde çerçevesinde halli gereken bir ihtilâf adi usulü muhakemenin mukadderatına tâbi kılınmış oluyor ki bu durum icradan beklenen sür'atle telifi kabil değildir; ve bundan böyle tadilâtta bu noktanın da behemhal ele alınması lâzım gelmektedir.

Buraya kadar sayılanlar icranın gecikmesini intaç eden sebeplerdir. Bir de merciin verdiği kararların bazı ahvalde borçlu diye takip edilen şahıs aleyhine gayrı kabili tamir neticelere müncer olması ihtimali de ayrıca üzerinde durulması icap eden bir mevzu teşkil eder. Bu hususta bilhassa şu iki vaziyeti mütalâa etmek lâzımdır:

f) Bugünkü sistemimizde alacaklının senedine karşı borçlu haiz olduğu defileri senetle tevsik edecek durumda değilse itirazın muhakkak surette kat'î olarak refine karar verilmektedir. Bu mahdut ta olsa bazı hallerde haksızlıklara yol açabilecek sert bir hükümdür. Zaten bir evvelki (e) fıkrasında tenkidini yaptığımız içtihatlar bu sertliğin tevlit edebileceği vahim neticeleri gidermek için ileri sürülmüştür. Ama ileri sürülen tedbir bir mazarratı def'etmek isterken icrayı felce uğratmak gibi daha az vahim olmayan diğer bir mazarratı mucip olmaktadır. Bugünkü rejimin sertliğinden kurtulmak için tatbikatta baş vurulan bir usul de borçlu kendi defilerini varit gösterecek durumda olmadığı vakit imzasını inkâr cihetine gitmesi teşkil ediyor<sup>5</sup>. Böylelikle birçok hallerde esassız imza inkârlarile karşılanmaktadır.

Bu sebeplerle bugünkü sistemde tadilât yapmak zarureti aşikâr bulunuyor. Borçlu itirazını tevsik etmemekle beraber, eğer bunun varit olduğunu makul bir surette izah edebiliyor ve defilerinin senede rapte dilmemiş olması keyfiyetini mukni delillerle ileri sürebiliyorsa itirazının kat'î olarak değil, sadece muvakkaten refine karar verilmesi her halde maslahata daha uygun olacaktır. Esasen imza tahkiki neticesinde merciin vasıl olduğu kanaatin kuvvetine göre itirazın kat'î veya muvakkat refi arasında hakkı taktirini kullanmasını temin edecek şekilde hüküm sevkinde de ayrıca isabet bulunacaktır.

h) İc. İf. Kanununun 72 nci maddesi, merciin verdiği itirazın refi kararlarının maddî hukuka aykırılığı halinde, umumî hükümler dairesinde açılacak istirdad dâvası ile bunların tashihi imkânını sağlamış ise de,

5) Daha evvel temas edilen bu nokta için c fıkrasına bakınız.

bu dâvanın muvaffakiyetle intaç olunduğu taktirde borçlunun haklarını hususî surette koruyan tedbirleri de almış değildir. Bilhassa itirazın refi prosedürü borçlu aleyhine tesri edildiği taktirde hiç olmazsa bu gibi dâvaların binnazariye daha sık açılmasını beklemek caiz olacağından bu vadiye yapılması gereken şeyler bulunduğunu teslim etmek iktiza eder.

#### Çareler ve gerekli ıslâhat :

Bugünkü sistemimizde teker teker saydığımız aksayan noktalardan mühim bir kısmını tek bir fikre bağlamak lâzım gelirse umumiyetle şunu ifade etmek kabildir ki, itirazın refi duruşmasına gelmemiş borçlu aleyhine cebri icranın yürüyüşünü temin bakımından kat'i neticeler istihracından ihtiraz edilmekte ve alacaklının ibraz ettiği senet hakkında muteriz borçlunun beyanda bulunması, isticvap edilmesi ve nihayet imza tahkikine tevessül edilebilmesi için müteaddit tâliklere lüzum görülmektedir. Bütün bu karışık ve teferrüatlı ameliyeye yer verilmiş olması ödeme emri itiraza uğramış bir alacaklının sahte bir senetle ihticaç edebilmesi ihtimalini önlemeğe matuf bulunmaktadır. Halbuki tatbikat göstermiştir ki alacaklıların sahte senetlerle ihticaç ettiği haller hemen hemen gayri mevcut değilse bile pek nadir ve hattâ enderdir. Filhakika Ceza Kanunu tehdidi altında bulunan ve mahiyeti itibarile silinmez bir iz bırakacak olan bir fiile ulu orta teşebbüs edilmesi kolay şeylerden değildir<sup>6)</sup>. Binaenaleyh, sırf ödeme emrinin itiraza uğramış olması noktasından hareketle alacaklı tarafından itirazın refi sadedinde ihticaç oluncak senedin, aksi sabit olmadıkça, sahteliğini farz etmek ve bütün mekanizmayı bu faraziyeye göre ayarlamak hakikî icaplara uygun düşmemekte ve kolaylıkla halli ve neticeye bağlanması mümkün olan nice haller sırf bir vehim yüzünden uzun ve müselsel taliklere uğratılmaktadır. Elhasıl ödeme emrinin itiraza uğraması ile alacaklının ibraz edeceği senedin sahteliği arasında adeta bir illiyet bağı kurmak ve bundan böyle her itiraz halinde senedin resen tahkikine girişmek noktai nazarımıza göre tasvibi gereken bir usul sayılmamalıdır. Sahtelik ihtimali üzerinde, yalnız borçlunun bu hususu serahatan ileri sürdüğü ahvalde durmak, ve borçlu bunu kurcalamadığı taktirde imzanın tahkiki işine hiç girmemek ve itirazın refi duruşmasına gelmemiş olan borçlu aleyhine icra hukuku

6) Bu bakımdan elimizde istatistikler mevcut olmamakla beraber icra işlerinde geniş tecrübesi olan avukat B. Hakkı Güler Anadolunun muhtelif yerlerinde bulunduğu sıradaki meshudatında sahte senetle hareket eden tek bir alacaklıya tesaduf etmediğini, büyük merkezlerde ise böyle bir durumun zaif bir ihtimal hududu içinde kalacağını beyan etmiştir.

*bakımından kat'î neticeler çıkarmaktan çekinmemek bu vadide takibi icap eden en salim yol olsa gerektir. İşte biz bu düşüncenin tesiri altında bugünkü sistemimizde mühim değişiklikler yapılması fikrindeyiz.*

a') Noktai nazarımıza göre ilâmsız takipler senetli ve senetsiz olmak üzere ikiye ayrılmalıdır. Vakıa bu tefrik bugün de bir bakımdan mevcuttur. Fakat bu tefriğe halen mühim neticeler terettüp ettirilmemiştir. Şu halde alacaklının borçluyu senetle veya senetsiz takip ettiğine göre icranın farklı bir seyir takip etmesi lâzım gelecektir. Şöyle ki; alacaklının senedi yoksa takip talebinde sadece alacağının sebebinin beyanla iktifa edecek ve bu talep üzerine tanzim edilen ödeme emrine borçlu müddetinde itiraz ederse, takip duracak ve alacaklı için mahkemeye gitmekten başka çare kalmayacaktır. Bugünkü sistemimizde elinde hattı zatında borçlunun borç ikrarını havi senedi bulunan bir kimse bu senedini bildirmemiş ve bunun mevcudiyetini ödeme emrine aksettirmemişse borçlunun itirazı halinde bu durum kendisine merciden itirazın refini istemeğe mani telâkki olunmamaktadır. Halbuki teklif ettiğimiz yeni sistemde senet takip sırasında bildirilmedi mi borçlunun itirazı halinde alacaklı için ilâmsız takip yoluna devama imkân kalmayacaktır. Demek ki itiraz halinde ilâmsız takip yoluna gidebilmek ve refi itirazı merciden isteyebilmek için alacaklının elinde senet bulunması yetmeyecek, fakat, senedini takip talebi sırasında bildirmesi ve keyfiyetin o yolda ödeme emrine aksettirilmesi lâzım gelecektir. Peki buna neden lüzum görüyoruz?

Bunu şu bakımdan istiyoruz ki, borçlu ödeme emrini tebellüğ ettiği vakit kendisinin bir borç senedine müsteniden takip edildiğini görsün, *ve eğer bildirilen senet gibi bir vesika imzalamış değilse ödeme emrine mücerret itirazla iktifa etmeyerek itirazında kendisine karşı dermeyan edilen senedin sahteliğini ileri sürebilsin.* Böyle olunca yani alehtlak bir itiraz bahis mevzuu olmayıp alacaklının takibini istinat ettirdiği senedin sahteliği ileri sürüldüğü taktirde artık borçlunun mücerret refi itiraz duruşmasına bir defa her hangi bir sebeple gelmemesi derhal aleyhinde netice çıkarılmasına mani teşkil edecek, fakat buna mukabil böyle bir sahtelik iddiasında bulunmadığı ve aynı zamanda refi itiraz duruşmasına gelmediği veya vekil göndermediği taktirde alacaklı tarafından kendisine izafe edilmek suretile ibraz olunan senedin imza ve muhteviyatını ikrar etmiş sayılacaktır. O suretle ki bun son şıkta merciin işi çok kolaylaşacak sadece mübrez vesikanın türk parasile kat'î yani şartsız bir borç ikrarını ihtiva edip etmediğinin tetkikine münhasır kalacaktır.

Demek oluyor ki, teklif ettiğimiz ıslâhatın başlıca hükümlerinden biribu noktada toplanmaktadır. Borçlu itirazı sırasında senedin sahteli-

ğini ileri sürmüşse bugünkü rejimde olduğu tam ve kâmil bir himayeye mazhar olacak, yok böyle bir iddiada bulunmamışsa mevcut olmayan bir sahtelik ihtimaline karşı füzuli yere himayesine ve prosedürün de faydasız ve maksatsız bir surette uzamasına mahal bırakılmayacaktır.

Bu umumî fikrin müncer olduğu müşahhas hüküm ve neticeleri tespit etmek lâzım gelirse diyeceğiz ki; borçlu itirazında takibin istinat etmekte olduğu senedin sahteliğini ileri sürmüşse imza tahkiki işine hassasiyetle girişmek ve bunun için de taliklere katlanmak icap eyleyecektir. Binaenaleyh itirazın refi duruşması, itiraz sırasında sahtelik iddiasının serdedilmiş olup olmadığına göre farklı hükümlere tâbi tutulması lâzım geliyor. Şu halde borçlu itirazında takibin müstenit olduğu senedin sahteliğini dermeyeran etmemişse, duruşma ve tetkikat başkaca muameleye hacet kalmaksızın borçlunun gıyabında yapılabilmelidir. Buna mukabil borçlu senedin sahteliğini iddia etmiş, ve fakat itirazın refi duruşmasına gelmemişse, bu sahtelik iddiasının tetkiki için ikinci defa çağırılmalıdır (Bk.: 70/2). Keza imza tahkiki borçlunun isticvabını ve ledelhace istiktabının yapılmasını icap ettirdiğinden refi duruşmasında kendisini bir vekil ile temsil ettirmişse ayrıca kendisinin çağırılması lâzım gelecektir (68/B. 2 nci fıkra). Şunu da ilâve edelim ki, itiraz sırasında senedi inkââr etmemiş olan borçludan senedin sahteliğini serdetmek hakkını büsbütün nez de etmiyoruz. Refi itiraz duruşmasına geldiği takdirde borçlu, bunu kendisine mercice hatırlatılmasına hacet kalmadan yapmak hakkını da ayrıca haiz bulunmaktadır (M. 63 son cümle). Eğer bu sahtelik iddiasını duruşma sırasında vekili marifetile ileri sürmüşse o zaman isticvap ve istiktabı için ayrıca çağırılması icap edecektir (M. 68/B/3). Elhasıl bu hükümlerle borçlunun sarîh bir surette reddetmediği senedin kendisinden sadir telâkki olunması sağlanmakta, imzayı serahaten tanınmasına ihtiyaç kalmamaktadır.

b') İsticvap için bugün H. U. M. K. nun 234 üncü maddesi icabı mer'î olması lâzım gelen iki davetiye usulü serahatan terk edilmekte ve merci davetiyeye icabet etmemiş olan borçlu veya alacaklının bu durumu taktir ederek aleyhlerine netice istihracına mezun kılınmaktadır (Bk. 68/B 3 ve 4 üncü fık.). İmza tahkikine teferrü eden bu gibi mes'e-leler hakkında belki teferrüatlı sayılabilecek bu nevi hükümlerin sevki (68/B 2 nci ve 3 üncü fıkralar) belli başlı bir gecikme sebebinin geniş miyasta ortadan kaldırmış olacaktır.

c') İnkâr edilen imzanın tahkikat neticesinde borçluya aidiyeti kesin bir şekilde anlaşıldıktan sonra adi usulü muhakemeye tâbi bir dâva neticesinde farklı bir neticeye varmak ihtimali cidden çok zayıftır. Bundan böyle bu derece zayıf ihtimaller üzerinde durmayarak bu durumda itirazın

kat'i olarak refine karar verilmesini temin etmek lâzımdır. Bu maksatla mercie kanaatının kuvvetine göre karar ita edebilmesini sağlamak sadedinde 68/B nin ilk fıkrasını sevk etmiş bulunuyoruz<sup>7</sup>. Bu yeni hüküm mucibince merci senedin borçludan sadır olduğuna tam bir kanaat getirirse itirazı kat'i olarak ref edecek, ve buna mukabil imzanın borçluya aidiyetini kelimenin hakikî mânasile sabit görmekten ziyade sadece hakikata mukarın telâkki ederse itirazın muvakkaten refine karar verecektir. İmzanın borçluya aidiyeti, merci nazarında hakikata mukarın dahi gözükecek kadar bir sıhhat derecesi ifade etmediği taktirde itirazın refi talebi reddolunmak lâzım gelecektir.

d' ve e') Basit usulü muhakemeye göre halli gereken ihtilâfın farklı bir mahiyete girmesini önlemek için bir yandan 68 inci maddenin D fıkrasını sevk ediyor ve bu suretle alacaklı ile borçlu arasındaki nizamın 68 inci maddedeki normlar çerçevesinde kalınmak suretile hallini zarurî kılıyoruz. (Yalnız borçlunun varis sıfatı ile takip edildiği hallerde ilâmsız icra yolunun sektedar olabileceğini kabul ediyoruz.)

Diğer yandan da ihtilâfın kısa bir zaman zarfında karara bağlanmasını temin edecek ciddi müeyyidelere ihtiyaç görmekteyiz. H. U. M. K. nundaki 511 inci madde gereğince delillerin her zaman ikmaline karar verilebileceği hakkındaki hükmünün ancak kararın verilmesi icap eden zaman içinde kalınmak suretile tatbik edilebileceğini belirtmekteyiz (Bk.: M. 70/3). Kararın ne zaman verilmesi icap ettiği noktasına gelince, bu hususta bir tefrik yapmakta, kaideten bu müddetin 7 gün olacağını beyanla beraber imza tahkikleri taliklere sebebiyet vermek istidadında olduğu için bu şıkta müddetin bir ay olarak kabul edilmesini uygun bulmaktayız. Ve bilhassa bu teklif edilen müddetlerin bugünkü 70 inci maddemizdeki beş günlük müddet gibi vazii kanunun platonik bir temenisi halinde kalmaması için enerjik müeyyidelere baş vurmaktan çekinmiyoruz. Burada da yerleşmiş itiyatlardan ayrıldığımız için tenkid ve muaheze ile karşılanmayı az çok beklemekteyiz.

Filhakika kararın muayyen müddette verilmesi hakkındaki kanun emrini müessir kılmak için iki nevi müeyyideye müracaat etmek düşünülebilir: ya hükmün butlanını kabul etmek, yahut ta bu durumu hâkimin disipliner ve hattâ hukukî mes'uliyetine esas tutulacağı prensibini benimsemek. Hükmün butlanını kabul, varılmak istenen sür'at gayesine büsbütün aykırı düşer. Şu halde bu vaziyette hâkimin mes'uliyetini sarîh esaslara bağlamak lüzumu karşısındayız. Bu bakımdan öyle düşünüyoruz

7) Maddeler için bu yazımızın 3 üncü kısmında teklif ettiğimiz metne bakılmasını rica ederiz.



ki evvelâ müddetinde karar verilmemiş olması her halde hâkimi disiplin takibatına maruz bırakılmalıdır. Hattâ bu yolda daha ileri de gidilebilir; ve geç veya kanunî serahate aykırı olan merci kararlarının hâkimler için başlı başına bir hukukî mes'uliyet kaynağı olabileceği kabul edilebilir. Şüphesiz H. U. M. K. nun 573 üncü maddesi hâkimlerin mes'uliyeti hakkında hükümler sevk etmiştir. Fakat merci hâkimleri hakkında bu mes'uliyetin biraz daha teşdidine gitmek münasip olacaktır. Şu itibarla ki müddeti zarfında karar vermeyip alacaklının hakkının geç istihsaline sebebiyet vermiş hâkimin bu yersiz gecikmesi müstakilen bir mes'uliyet sebebi sayılmak lâzımdır. Fakat bu bir bakımdan kâfi gelmeyecektir. Çünkü kararın gecikmesi halinde borçlunun kaideten bir zarara maruz kalması beklenemeyeceğinden hâkimin sırf alacaklının gecikmeden mütevellit zararını kendisine karşı dâva mevzuu yapmasına mahal bırakmamak için herçi badabad borçluyu haklı çıkaran bir karar vermesinden korkulabilir. Bundan böyle serahatı kanuniye hilâfına karar verilmesi başlı başına bir mes'uliyet sebebi sayılmalıdır. 573 üncü maddede — kabili tevîl olmayacak tarzındaki ibarenin koyduğu takyit — bu madde ile mevzuumuz cephesinden yetinmemize imkân bırakmamaktadır. Bu düşünceler altındadır ki, 70 inci maddenin teklif ettiğimiz şekilde tadilinde faide umuyoruz. Maddenin mütalâasından anlaşılacağı üzere bu vesile ile hâkimler hakkında kusursuz bir mes'uliyet şekli ihdas etmekten çekinerek merci hâkimine kusursuz olduğunu ispat suretile bu mes'uliyetten kurtulabilmesi vaziyetini derpiş etmiş bulunuyoruz.

Buna rağmen, hâkimler hakkında ihdasını ileri sürdüğümüz bu mes'uliyet şeklinin dahi iki bakımdan itirazdan hali kalmayacağını tahmin etmekteyiz: evvelâ bunun yine sert olduğu ileri sürülecektir. Halbuki icra memurunun kusurundan dolayı iras ettiği zarar sebebiyle mes'uliyetine gidildiği halde icra hâkimlerinin daha müsait bir rejimden istifade etmelerini temin hususunda ısrar etmek bizce doğru görülmez. Kaydedelim ki İsviçrede merci hâkimlerinin mes'uliyeti hakkında federal kanunda bir serahat olmayıp, bu cihet kanton mevzuatına bırakılmıştır. Bu itibarla kanton mevzuatının da merciler hakkında icra memurunun mesuliyetine müşabih ve aynı esaslara müstenit hükümler sevk etmesine bir mani bulunmamaktadır. Vakıa İsviçrede icra tetkik mercilerine münhasıran icra memurlarının muamelesini murakabe vazifesi verilmiş olup itirazın refi keyfiyeti hâkimlerin selâhiyeti içinde görülmüştür. Fakat bu iki işin tefriki pek makul bulunmamakta ve bu cihet esasen İsviçre müelliflerinin tenkitlerini celp ve davet etmektedir. Hakkın esasını tetkik etmeyerek itirazın refi için şekli şartların tahakkuk edip etmediği gibi basit bir iş görecekle olan merci hâkiminin bu sebeple icra memurunun mes'uliyet

rejimine tâbi tutulması prensipler bakımından gayri mümkün addolunmamalıdır. İkinci tenkit mevzuu ihtimal, hâkimin malî iktidarının kifayetsizliği dolayısıyla bu mes'uliyeti nstatminkâr olmaktan uzak sayılacağıdır. Doğrusu bu itiraz daha ciddidir. Burada hâkimin mes'uliyetile birlikte aynı derecede Devletin mes'uliyetini tesis etmek doğru olacaktır. Zira bugünkü mevzuat muvacehesinde hâkimin hatalı kararlarından dolayı Devletin mes'uliyeti bir hayli meşkûk kalmaktadır<sup>8</sup>. İşte mevzuatımızdaki bu boşluğu hiç olmazsa hususî bir hal için doldurmak lâzımdır (Bk.: M. 70 son fıkra).

e') (devam) Şüphesiz kararların muayyen müddet zarfında verilebilmesini temin için hâkimleri mes'uliyet tehdidi altında tutmak kâfi değildir. Aynı zamanda duruşmanın geri kalmasını icap edecek sebepleri de bertaraf etmek talik sebeplerini muayyen şekillere bağlamak lâzım gelmektedir. Bunun için de teferruatlı hükümler sevk etmek zaruretile karşılaşılmaktadır. Her ne kadar kanun tekniği bakımından bu tarz mümkün mertebe terki icap eden bir şekil ise bunun bazen gayri kabili içtinap bir mahiyet arz ettiği de ayrı bir hakikattir. Binaenaleyh mevzuumuza hâkim olan bu zaruret fikrine teb'an bu vadede teferruatlı hükümler koymak cihetini ihtiyar etmekten fazla çekinmediğimizi söyleyeceğiz. Bu maksatla, refi itiraz duruşmalarında eski hale getirmenin kaideten caiz olmadığını beyan etmekle beraber bu mefhuma yer verilmemesinden tevellüt edebilecek mahzurları önlemek ve aynı zamanda matlûp olan sür'ati haleldar etmemek için 70 inci maddenin 4 üncü fıkrasında tafsilâtlı sayılabilecek hükümler koyduk. Bu fıkrada saat mefhumuna yer vermeliğimiz garip gözükebilirse de iflâs hükümlerinde olduğu gibi bizzat H. U. M. K. numuz saat mefhumuna yer vermiştir. (H. M. K. nun 115/3).

Gecikme sebeplerine karşı düşündüğümüz mücadele çarelerini bu suretle tespit ettikten sonra, şimdi merci kararlarının hangi kıstaslara göre ve ne şekilde verilmesi noktasına geliyoruz ki burada vereceğimiz izahat (f) ve (h) fıkralarında dokunduğumuz mahzurlara karşı bir tedbir mahiyetini haiz bulunacaktır.

Evvelâ isticvap için çağırılan alacaklı ve borçlunun davete icabet etmemeleri halinde bu durumu taktir ederek kendi aleyhlerine netice çıkarmağa mercii mezun kıldığımızı daha önce belirtmiştik. Saniyen

8) Bugünkü hukukumuzda Ord. Prof. Belgesay müspet tezin yürüdüğüne kaildir. (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 1949, sah. 71.) Prof. Ragıp Sarıca ise aksi kanaattadır (Hukuk Dünyası'ndaki makalesi). Fıllî durum da zannımızca Sarıca'nın kanaatı merkezindedir.

istiktap ve isticvap neticesinde imzanın borçluya aidiyeti hakkında merci vasıl olduğu kanaatin kuvvetine göre itirazın kat'î veya sadece muvakkaten refine karar vermek selâhiyetini haiz olmalıdır. 68 inci maddenin B fıkrasına bu maksadı temin edecek bir şekil verilmiştir.

f') Diğer cihetten borçlunun ileri sürdüğü defiler mahiyeti icabı senetle kabili ispat değilse veya beraet sebebini varit gösteren senedi ziya etmiş olmak gibi bir sebeple ibraz imkânından mahrum ise bugünkü rejimde ya itirazın kat'î olarak refine karar verilmekte, yahut ta, — kanun hükümlerine aykırı olarak — borçlunun ileri sürdüğü defi mahkemede ispat edebilmesi için kendisine münasip bir mühlet verilmesi uygun görülerek icra bilfiil olduğu yerde bırakılmaktadır. Bu nevi kararların itirazın refi prosedürünün gerek metnine ve gerek ruhuna ne derece aykırı olduğunu bir kere daha tebarüz ettirecek değiliz. Ancak bazı hususiyet arz eden hallerde borçlunun mağduriyetine mahal vermemek gibi insani bir düşünceden mülhem olduğu aşikâr olan bu nevi içtihatları lüzumsuz kılmak zaruretine de inanmış bulunuyoruz. Bu itibarla İsviçrede ticarî senetler hakkında cari olan usulden mülhem olarak 68/C nin son fıkrasını teklif etmeği münasip görmekteyiz. İsviçrede ticarî senetlere karşı hata, hile gibi defileri serd eden borçlular bu kabil defilerini hakikata mukarin gösterdikleri ve senet muhteviyatını da depozite ettikleri taktirde cebri icranın yürümesine mani olurlar. Ve bu taktirde alacaklının on gün zarfında dâva ikame etmesi lâzım gelir. İşte biz bu usulü farklı bir şekilde mevzuatımıza mal etmeği uygun buluyoruz. Borçlu şahsen vereceği izahatla senedi hükümden düşüren bir defi haiz olduğu hususunda mercie bir kanaat verebilirse, itirazı — şimdiki rejimde olduğu gibi kat'î olarak değil — ancak muvakkaten ref edilmek suretile aleyhinde kat'î neticeler husule getirecek vaziyetlerin ihdasından çekinmek mümkün olabilir. Burada şahsî izahata şu bakımdan lüzum görüyoruz ki borçlunun bizzat icra hâkimi tarafından isticvabı onun hakikatla temasını mümkün kılabilir ve cevaplardaki samimiyet hususunda edineceği kanaat ve intiba bu bakımdan kâfi bir delil teşkil edebilir. Bu istisnai durumdan istifade etmek isteyen borçlunun bizzat duruşmaya gelmesi icap etmekte ayrıca kendisinin bu maksatla çağırılması gibi bir talik sebebine mahal verilmemektedir. Maddeye bu bakımdan kâfi derecede serahat verilmiştir.

h') Buraya kadar ileri sürdüğümüz bu teklifler refi itiraz prosedürünü muhakkak ki daha süratli kılacak ve aldığımız tedbirlere rağmen belki bundan böyle borçlu olarak takip edilen şahsın haksız ödemelerde bulunması ihtimali eskiye nazaran bir parça daha artacaktır. Ezcümle itirazın refi duruşmasına gelmemesinden borçlu aleyhine çıkardığımız hükümlerin bu neticeyi vermesinden bir dereceye kadar ürkmek caizdir.

Doğrusu borçlunun borçlu olmadığı bir parayı sırf refi itiraz duruşmasına gelmediği için ödemesi ne kadar ihtimal dahilinde ise, ödeme emrine itiraz etmeyerek aynı vaziyete düşmesi de aynı derecede muhtemel bulunmaktadır. Halbuki kanunumuz bugün bu son ihtimali göz önünde tutarak borçlu aleyhine bozulan müvazenenin iadesi için 72 nci maddesile istirdat dâvası müessesesini tanzim etmiştir. Binaenaleyh yeni tekliflerimizle borçlu aleyhine bozulması beklenen müvazenenin iadesi için gereken tedbiri yine bu 72 nci maddede bulacağız. Fakat istirdat dâvası ihtimallerinin artması faraziyesini kabul ettiğimize göre bu dâvanın nazari kalmaması için bu mevzuda da bazı islâhat yapılması fikrindeyiz. Bu bakımdan icra veznesine giren paranın haksız yere alacaklı olduğunu iddia etmiş olan kimseye ulaşmasına mâni olacak tedbiri hazırlamak lâzımdır. Bunun için de hatıra gelecek ilk tedbir kısa bir müddet parayı icra veznesinde tevkif etmek ve bu arada tediyede bulunmuş olan şahsın ihtiyatî haciz kararı alabilmesini sağlamak olabilir. Esasen paranın vezneye tevdi ile borçlu borcundan kurtulmuş olacağı için bu para üzerine ihtiyatî haciz vaz' ettirmesine bugün için de imkân mevcuttur. Ancak bu haciz bugünkü rejimde alacaklının arada atık davranmayarak parayı hemen icra veznesinden tahsil etmemiş olması gibi tesadüfî bir vaziyete tâbidir. İşte bugün dahi caiz ve mümkün olan bu nevi ihtiyatî hacizleri tesadüflerin seyrinden kurtaracak surette paranın yedi gün müddetle icra veznesinde tevkifi yerinde bir tedbir olacaktır. Bununla beraber borçlunun haksız ve yersiz geciktirme temayüllerine kapılmaması ve bu hükmü bir taciz vesilesi yapmaması için ihtiyatî haczin asgarî % 10 teminata bağlanması ve daha açık bir ifade ile parayı icra veznesinde tevkifini isteyen borçlunun borçtan maada % 10 fazlasile icra veznesine tediyatta bulunması icap edeceği gibi, istirdat dâvasında dâvacının haksızlığı tebeyyün edince asgarî % 10 tazminata mahkûm edilmesi de isabetli bir hüküm teşkil edecektir. Bu maksatla 72 nci maddeye ilâvesini düşündüğümüz fıkrayı teklif metninde gösteriyoruz. Aynı zamanda mahkemenin ihtiyatî haciz kararı vermekte fazla tereddüde kapılmaması için borçlunun bu bapta talebinin reddini icap ettirecek sebeplerin ancak bariz bir mahiyet arz etmesi icap edeceğini de maddeye ilâve etmekteyiz. O suretle ki müddetleri ve binnetice müdafaa imkânlarını daraltmak suretile teşri ettiğimiz prosedür borçlu aleyhine haksız neticelere müntehi olmuşsa, vakit çok geçmeden, bunun tamiri cihetine gidilebilsin.

Fakat şayanı tavsiye gördüğümüz tedbire bu mahiyeti verdiğimiz göre mahkemelerin ihtiyatî haciz taleplerini her zaman kabule meyledecekleri düşünülemez mi? Bu taktirde mahkemeleri lüzumsuz bir formalite

ile uğraştırmak gibi bir durum ihdas edilmiş olmuyor mu? Bu itibarla paranın hak sahibine verilmesini geciktirme keyfiyetini, — mahkeme kanalından geçmek lüzumunu bertaraf edecek şekilde — sadece takip edilen alacağın % 10 fazlası ile icra veznesine depo ettirilmesi şartına talik etmek ihtimal daha pratik olacaktır. Hattâ bu depo edilecek paraya, ihtiyatî hacizden farklı olarak, takipte bulunan alacaklı lehine bir imtiyaz ve rüçhan hakkını sağlayacak bir mahiyet vermek te maslahata ayrıca uygun düşecektir. Zira böylelikle alacaklı, sırf bir ihtimal üzerine bekletilmiş olmanın malî avakıbından bilfiil masun kalmış olacaktır. Bu mülâhazalarla 72 nci maddeye ilâvesini düşündüğümüz fıkranın ikinci şeklini de metnimize terditli bir teklif olmak üzere ilâve etmekteyiz.

Şimdi her iki tedbire şamil bir mülâhaza olarak şu nokta üzerinde durmak mümkündür ki, para teminat mukabilinde alacaklıya verilmeyecek tevkif edildiğine göre bilmukabele alacaklının kuvvetli teminat göstermesi halinde paranın kendisine verilebilmesini sağlamak doğru olacaktır. Böylelikle teminat göstermeğe muktedir alacaklıların paraya geç kavuşmalarına mahal bırakılmayacak, ve bu takdirde borçlunun gösterdiği asgarî % 10 teminat alacaklının iraeeye mecbur olacağı teminat masraflarını karşılamaya yarayacaktır. Bu suretle bu mevzuda azami elâstikiyet elde edilecektir ki bu, bu noktai nazarımızca, tervici gereken bir netice sayılmalıdır. Binaenaleyh her iki teklif metnine bu neticeyi sağlayacak bir şekil verilmiştir.

Nihayet şunu da söyleyelim ki, istirdat dâvasına, paranın alacaklıya tediyesini tehir ettiren bir mahiyet verildiğine göre, bu dâvada borçlunun haksızlığına karar verildiği surette asgarî % 10 tazminata hükmedileceği hakkında sevk edilen hüküm müdafaa hakkının ihlâli mahiyetinde görülmemeli, fakat sadece halen kanunumuzda yer almış olan itirazın iptali ve borçtan kurtulma dâvaları hakkındaki hükmün bir mütenazırı olarak mütalâa edilmelidir.

İşte öyle sanıyoruz ki, birbirini destekleyen ve birbirinin mahzurlarını karşılıklı olarak bertaraf eden bu hükümler sayesinde ilâmsız icra mevzuunda matlûp sûrati sağlamak ve aynı zamanda haksız ödemeleri bertaraf etmek gibi yekdiğerine zıt görülebilecek gayelerin telifi teminat altına alınacaktır.

#### **Teklif ettiğimiz tadilâtlarla metnin alacağı yeni şekil :**

Burada bize uygun görülen yeni metni verirken şunu işaret etmek isteriz ki, yukarki satırlarda mucip sebeplerini bildirdiğimiz tadilât hakkında başkaca izahata girişmeyecek, yalnız daha evvel gerekçesini açıklamak fırsatını bulamadığımız değişmeler hakkında kısa notlar halinde bazı tasrihat yapmakla iktifa edeceğiz.

Madde 58 — .....

4. — Senet ve tarihi, senet yoksa borcun sebebi.

Alacak senede müstenit ise aslının veya tasdikli suretinin, takip talebi ânında icra dairesine tevdi mecburidir. Bu yapılmadığı ve borçlu tarafından ödeme emrine itiraz edildiği takdirde tetkik merciinden itirazın refi istenemez. Alacaklının mahkemede itirazın iptalini istemek hakkı mahfuzdur.

Madde 60 — .....

3. — ... bildirmesi.

4. — Alacaklının istinat ettiği senedi inkâr ediyorsa bunu tasrih etmesi lüzumu, ve ileride tebligatın hangi adrese yapılmasını uygun görüyorsa bunu da ayrıca bildirebileceği kaydını<sup>9</sup>.

5. — İtiraz etmediği takdirde aynı 7 günlük müddet zarfında 74 üncü madde mucibince mal beyanında... v. s.

6. — Bugünkü (4 üncü fıkra) aynen.

Madde 62 — (Üçüncü fıkra olarak ilâve) Borçlu alacaklının istinat ettiği senedi inkâr ediyorsa bunu itirazında tasrih etmelidir. Aksi takdirde itirazın refi duruşmasına gelmemesi veya vekil göndermemesi halinde alacaklının ihtiac ettiği senetteki imzayı ikrar etmiş sayılır ve 70/2 maddedeki haktan faydalanmaz.

Madde 63 — (İlâve bir cümle) İtirazında, alacaklının dayandığı senedin sahteliğini dermeyan etmemesi refi itiraz duruşmasında, bizzat veya vekili marifetile bu defa ileri sürmesine mani teşkil etmez.

Madde 64 — ... alacaklıya behemhal tebliğ edilir<sup>10 ve 11</sup>.

Madde 67 — (Birinci fıkraya ş uilâve): ve alacağının hükm altına alınmasıyla birlikte borçlunun haksız itirazından dolayı inkâr tazminatına mahkûm edilmesini isteyebilir.

9) Yeni metinde itirazın refi duruşmasına gelmemek vahim neticeleri tazammun etmekte olduğundan borçlu için tebligatın kendisine en salim bir şekilde ulaşmasını temin edecek adresi bildirmek imkânını vermekte ancak fayda vardır.

10 ve 11) Bugün itiraz alacaklıya tebliğ edilmediği ve 67 nci maddedeki mühletin mebdel olarak itiraza ittila keyfiyeti kabul edildiği için 67 nci maddenin son fıkrası bilfiil tatbik edilememektedir. Halbuki itiraza uğramış bir alacağın akıbetini ilâmsız icra prosedürü içinde bir an evvel mümkün mertebe serahatle tayinde büyük fayda vardır. Bu itibarla bu hükmün işler bir vaziyete getirilmesi için itirazın, — esasen İsviçrede de mer'i olduğu üzere — alacaklıya tebliğini mecburi kılmak icap eder. 67 nci maddedeki müddetinde üç aya indirilmesinde fayda mülâhaza etmekle beraber aynı müddetin olduğu gibi ipkasında ciddi bir mahzur da görmemekteyiz.

Mahkeme iddiayı esas bakımından halletmekle beraber itirazın haklı olarak yapılıp yapılmadığına da ayrıca karar verir. Borçlunun mahkûmiyeti itirazın behemhal haksız yapılmış olduğu \*mânasını tazammun etmez. Borcun hakikî miktarı hâkimin takdirile taayyün edecek hallerde borcun tamamına yapılan itiraz haksız sayılamaz <sup>12</sup>.

Borçlunun haksız itiraz bulunduğuna karar verilirse...

(Müteakip fıkra aynen)

Alacaklı itirazın 64 üncü madde mucibince kendisinden tebliğinden itibaren üç ay içinde refi talebinde bulunmazsa artık bir daha ilâmsız takip talebinde bulunamaz <sup>13</sup>.

Madde — 68 — Alacaklı takip talebinde alacağının bağlı olduğunu bildirdiği senede müsteniden merciden refi talebinde bulunabilir. Tetkik mercii refi talebine mesnet olarak ileri sürülen senedin 58 inci madde mucibince icra dairesine tevdi edilmiş senet suretine uyup uymadığını resen nazara alır <sup>13</sup>.

12) Bu formül bugünkü tâtbiyatımızda Yargıtayın hatalı bir gerekçe ile vasil olduğu bir hal tarzını takviye zammında ileri sürülmüştür. Filhakıka tazminat taleplerinin ilâmsız icraya mevzu yapılması halinde borçlunun itirazı mühik bir itirazdır. Fakat böyle bir takibe itiraz etmediği taktirde cebri lcranın yürümemesi için bir sebep yoktur. Halbuki Yargıtay tazminat taleplerinin itiraza uğraması halinde 67 nci madde mucibince inkâr tazminatına gidilemeyeceğini ifade için (ilâmsız icra yolu ile tahsil edilemeyen bu gibi talepler) demektedir ki, bu suretle sanki itiraz vuku bulmaması halinde cebri lcrayı haciz yolu ile tahakkuk ettirmek imkânı mevcut olmadığı ifade olunmuş gibidir. Doğrusu bu sadece bir intiba dahi değildir. 28.7.1941 tarihli tevhidî içtihat kararında menşei altın sikké olan alacakların türk parasile karşılığının ilâmsız icra yolu ile tahsiline gidilemeyeceği Yüksek Mahkememizce hatalı bir surette kabul ve ifade olunmuştur. Hakikat sudur ki, menşei itibarıyla paradan gayri olup tazminata kalbedilmiş ve bu suretle para alacağı mahiyetini almış para borçları ilâmsız icra yolu ile istenebilir: Fakat sadece girilen takibe borçlunun itirazı halinde devama imkân kalmaz. (Bk. Ödeme emrine itirazın sıhhat şartları, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1950, sah. 792 deki makalemize) Binaen-aleyh, tazminat taleplerine müteallik takiplerde inkâr tazminatına mahal olmadığı hakkındaki Yargıtay görüşü hattı zatında isabetli olmakla beraber, bu görüş hakkında verilen mucip sebepler, — izah olunduğu üzere — bir hayli sakattir. İşte teklif ettiğimiz tadilât isabetli hal tarzını muhafaza etmekle beraber bu hal tarzının çok daha makul bir mesnede dayanmasını temin eyleyecektir.

13) Bu fıkrayı şu maksatla sevk ediyoruz: olabilir ki alacaklı hakikaten borçludan sadır bir vesikayı haizdir ve bunu takip talebinde bildirmiştir. Borçlu da bu vesikanın kendisinden sadır olmuş bulunduğunu nazara alarak sahtelik iddiasında bulunmak lüzumunu itirazı sırasında duymamıştır. Bu vaziyette alacaklı elindeki vesikanın refi itiraz için kanuni tarifata uymadığını görerek ve bilhassa borçlunun duruşmaya gelmemesinden istifadeye kalkışarak aynı tarihli ve bu defa kanuni şartlara uygun bir senet tasni edebilir ve refi itiraz duruşmasında bununla

Refi talebi üzerine aşağıdaki hükümler yürür:

A. — Alacaklı borçlunun borç ikrarını havi imzası ikrar edilmiş veya noterlikçe musaddak senedini ibraz eder. Ve borçlu defini varit gösterecek hiçbir vesika ibraz edemezse itirazın kat'î olarak refine karar verilir.

Borçlu itirazında senedi inkâr etmediği veya 70 inci madde mucibince ihtarlı davetiye ile duruşmaya çağırıldığı halde gelmediği veya duruşmaya gelip alacaklının ihticac eylediği senedin sahteliğini kendiliğinden ileri sürmediği taktirde senedi ikrar etmiş sayılır.

Alacaklı borç ikrarını havi bir senet ibraz etmemekle beraber alacağını birbirini itmam eden senetlerle ispat ettiği taktirde aynı hükümler yürür. Resmî makamların selâhiyetleri dairesinde tanzim ettiği makbuzlar ikrar edilmiş vesaik hükmündedir.

B. — Borçlunun alacaklı tarafından kendisine izafe edilen senedi reddeylemesi halinde aşağıdaki hükümler dairesinde tetkikat yapılır. Mercice imzanın borçluya aidiyetine tam bir kanaat getirildiği surette itirazın kat'î olarak refine karar verilir. Yapılan tetkikat tam bir kanaat husulüne kâfi gelmemekle beraber tetkik mercii senedin doğruluğunu hakikata mukarin görürse itirazın muvakkaten refine ve aksi taktirde refi talebinin reddine karar verir.

İnkâr edilen imzanın tahkiki için, tetkik mercii borçluya önünde imza attırır, ve gerekli görürse bilirkişi marifetile mukayeseler yaptırır; ve borçlunun ve lüzum görürse alacaklının şahsî isticvabından mütehassıl kanaatle kararını verir. Duruşmada borçlu vekili ile temsil edilmişse istiktap ve şahsen isticvabı için ayrıca çağırılmak lâzımdır. Bu bapta vekiline keyfiyetin tefhim veya tebliği aynen kendisine yapılmış gibidir. Gelmemesi halinde, tetkik mercii borçlunun bilinen imzasını ve icabı halinde itiraz altındaki imzayı tatbiki esas ittihaz edebilir. Tetkik mercii borçlunun isticvaba gelmemesinin sebeplerini taktir ederek itirazın kat'î veya muvakkat refine karar verebilir.

Borçlu ile beraber veya müstakilen isticvabı için çağırılan alacaklı davete icabet etmediği taktirde gelmemesi sebepleri göz önünde tutularak refi talebi mücerret isticvaptan kaçınması sebeble reddolunabilir.

C. — Borçlu, imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş veya noterlikçe tasdik edilmiş veya resmî makamlar tarafından selâhiyetleri dairesinde

---

ihiticac etmek isteyebilir. İşte mercie icra doysasına sureti konmuş senetle ibraz edilen senet arasındaki mutabakatı tetkik selâhiyetini bu kabili sulislimallerin önlenmesi bakımından vermek lâzımdır ve teklif ettiğimiz hüküm bu maksada binaen sevkolunmuştur.



sinde tanzim edilmiş bir makbuz veya senetle tediye veya ibra defini ispat ederse refi talebi reddolunur.

Borçlunun ibraz ettiği makbuzdaki imzayı alacaklı inkâr ederse B fıkrası mucibince imza tahkikine girişilir. Tetkik merciince yapılan istiktap muamelesinden, tarafların isticvabından hasil olunan kanaatin kuvvetine göre refi talebinin reddine veya itirazın muvakkaten refine karar verilir. Tetkik mercii imzanın hiçbir suretle alacaklıya ait olmadığı kanaatine varırsa itirazı kat'î olarak ref eder.

Borçlu borcu bulunmadığına veya borcunun düştüğüne dair defini birinci fıkrada zikredilen senetler mahiyetinde olmayan yazılı bir delil başlangıcı ile hakikata mukarin gösterdiği taktirde, ibraz ettiği vesikannın ispat kuvvetine göre refi talebinin reddine veya itirazın muvakkaten refine karar verilir.

Borçlunun serd ettiği def'in mahiyeti itibarile senetle tevsikine imkân yok ise veyahut defini varit gösterecek vesikaları mücbir sebep dolayısıyla ibraz edemediği zahir bulunuyorsa kendisinin isticvabı neticesinde merci defini hakikata mukarin gördüğü taktirde itirazın muvakkaten refine karar verir. Defin hakikata mukarin görülmemesi halinde itiraz kat'î olarak ref edilir. İtirazın refi duruşmasında borçlu her hangi bir sebeple bizzat bulunmamış ise vesikaya merbut olmayan defileri mercice nazara alınmaz.

D. — Tetkik mercii yukarıda tadat olunan vesikalar ve delillerin ispat kuvveti derecesine göre itirazın refi talebinin reddine veya itirazın muvakkat veya kat'î olarak refine karar vermeğe mecbur olup görevsizlik kararı veremez. Yalnız varis sıfatile yapılan takiplerde borçlunun bu sıfatını inkâr eylemesi veya verasetin reddini iddia eylemesi halinde her halde mercice görevsizlik kararı verilmek lâzımdır.

70. — İtirazın refi hakkındaki talep üzerine mercice iki taraf davet edilerek tek bir duruşma yapılır ve bunu müteakip en geç yedi gün zarfında karar verilir. İmza tahkikine lüzum görülen hallerde bu müddet bir aydır.

Alacaklının duruşmaya gelmemesi veya vekil göndermemesi refi talebinin sukutunu istilzam eder. Borçlu gelmediği taktirde tetkikat gıyabında yapılır. Şu kadar ki borçlu senedin sahteliğini itirazı sırasında bildirmişse bir ikinci defa daha ihtarlı davetiye ile çağırılmak lâzımdır.

Kararın yedi gün zarfında verilmesine mani olmamak şartile ve merciin taktirine göre vesaikin ikmal ve ibrazı için duruşma bir defaya mahsus olmak üzere talik olunabilir. İmza tahkikine girişilen hallerde bir ay içinde olmak kaydile birden fazla talik yapılabilir.

Duruşmada bulunmayan taraflar eski hale getirme talebinde bulunamazlar. Yalnız duruşma saatını geçiren taraf mazeretini aynı gün zarfında ve mesai saatının hitamından bir saat önce tetkik mercisine bildirir ve varit gösterirse merci duruşmanın en geç ertesi güne muayyen bir saata talikine karar verebilir. Bir tarafın gıyabı halinde duruşmada hazır bulunan taraf veya vekili hâkimin münasip göreceği saat için bizzat beklemeğe veya duruşmanın talikini tebellüğ eylemek üzere kâtip veya müstahdeminini bulundurmağa mecburdur.

Merciin kararı taraflara duruşmayı müteakip tefhim edilir. Buna imkân görülemezse karar duruşmayı müteakip yedi gün zarfında merci kalemine müracaat edecek alâkaliya imza mukabilinde bildirilir. Kararın kanuni müddet zarfında verilmemiş olması merci hâkimi hakkında disiplin takibinin yapılmasını müstelzimidir. Gecikmeden veya kanuni serahata aykırı karar verilmiş olmasından dolayı mutazarrır olana karşı merci hâkimi, kusursuz olduğunu ispat etmedikçe, hukukan mes'uldür. Bu mes'uliyet dâvası hâkimle birlikte Devlet aleyhine tevcih olunabilir. Bu taktirde istihsal edilecek hükmün icrasından Devlet müteselsilen mes'ul olup ödeyeceği tazminattan ötürü hâkime karşı rücu hakkını haizdir<sup>14</sup>.

Madde 72 — Birinci fıkra aynen.

(İkinci fıkra muaddel) Paranın vezneye girmesini müteakip yedi gün içinde borçlu istirdat dâvasını görmeğe selâhiyettar mahkemeden ödediği paranın yüzde onundan aşağı olmamak üzere teminatı ayrıca icra veznesine yatırmak kaydile dâvanın hitamına kadar paranın alacaklıya verilmemesi hakkında ihtiyatî haciz istemeğe mezundur.

Mahkeme paranın ve teminatın yatırıldığını öğrendikten sonra ve talebin reddini icap ettiren bariz bir sebep bulunmadıkça ihtiyatî haciz kararı vermeğe ve icra veznesi de yedi gün içinde alacaklıya tediye bulunmaksızın parayı tevkife mecburdur. Şu kadar ki alacaklı, borçlunun istirdat dâvasını kazanması halinde iadesine mahkûm edileceği parayı ödeyeceğine dair mercice münasip görülen muteber banka teminatı gösterdiği veya ipotek tesis eylediği taktirde para kendisine verilir.

14) Bu suretle adli ve müteselsil mes'uliyet şekilleri arasında yer alan bir mes'uliyet şekli ihdas etmiş olmaktadır. Şöyle ki, dâva safhasında husumetin münhasıran Devlete tevcihi caiz değildir. Behemehal hâkimin de dahili dâva edilmesi lâzım gelmektedir. Bu suretle Devletin mesuliyetindeki ferî mahiyet ortaya konmuş ve hâkim de müdafaaya zorlanmış oluyor. Buna mukabil Devlet ve hâkim aleyhine istihsal edilecek hükmün icra safhasında Devletin mesuliyetine müteselsil mahiyetli vermekte pratik icaplar bakımından fayda umuyoruz.

İstirdat dâvasında haksız çıkan borçlu paranın tediyesini geciktirmişse bundan mütevellit zararı tazmine ve her halde % 10 nispetinde tazminat ödemeğe ve eğer alacaklı teminat veya ipotek mukabili parayı almışsa teminat masraflarını tediye mecburdur.

(Son fıkra aynen.)

Madde 72 — (İkinci teklife nazaran) — Birinci fıkra aynen.

(İkinci fıkra muaddel) Paranın vezneye girmesini müteakip borçlu yedi gün içinde takibe mevzu teşkil eden alacağın yüzde onunu ayrıca alacaklı namına icra veznesine yatırdığı ve aynı müddet zarfında istirdat dâvasını ikame ettiği takdirde para alacaklıya ödenmez. Şu kadar ki alacaklı, borçlunun istirdat dâvasını kazanması halinde iadesine mahkûm edileceği parayı ödeyeceğine dair mercice münasip görülen muteber banka teminatı gösterdiği veya ipotek tesis eylediği takdirde para kendisine verilir.

İstirdat dâvasında haksız çıkan borçlu paranın tediyesini geciktirmişse bundan mütevellit zararı tazmine ve her halde % 10 nispetinde tazminat ödemeğe ve eğer alacaklı teminat veya ipotek mukabili parayı almışsa teminat masraflarını tediye mecburdur.

Alacaklı bu bapta haklarını, istirdat dâvasını kendi lehine intaç eden karar kesbi kat'iyet ettikten sonra, icra veznesinde kendi namına olan paradan alır. Elde edemediği miktar için borçlunun diğer mallarına müracaat hakkı mahfuzdur.

(Son fıkra aynen.)

**Netice :** Bu metnin karşılaşacağı ilk itirazı kuvvetle tahmin ediyoruz. Maddelerin haddinden fazla uzun ve tafsilâtlı olduğu ileri sürülecektir. Fakat bu duruma iki sebep saik olmuştur. Evvelâ mevcut madde numerolarını değiştirmemek endişesi maddelere anormal bir vus'at vermiştir. Madde numerolarının değiştirilmesi tatbikatın işin güçleştireceğinden bu şeklin mahzurlarına rağmen muhafazasını tercihe şayan görmekteyiz. Saniyen maddelerin yüklü olması bu mevzuda teferrüata girmek lüzum ve zaruretinden tevellüt etmiştir. Bunu da tâbir caizse ehveni şer telâkki etmekteyiz. Zira hukukî prensiplere uygunluğu şüpheli kalan içtihatlarla mücadele etmek için, bu şeklin ihtiyarı ayrıca zarurî bulunuyordu. Hem sonra teklif metninde hâkimler için yanlış ve geç karar verilmesi başlı başına bir mes'uliyet kaynağı yapıldığına göre onlara terettüp eden işi mümkün mertebe kolaylaştırmak ve uzunluk bahasına da olsa hükümlere azami derecede serahat vermek icap ediyordu.

Esasa ait itirazlara gelince, bunlara gerekçelerimiz meyanında imkân nispetinde cevap vermeğe gayret ettiğimizden burada aynı noktalara

avdet edecek değiliz. Sade şunu söyleyelim ki, bu yazımızın müspet teklifler ihtiva eden kısmına iltihakta tereddüt duyulsa dahi bugünkü rejimde temas ettiğimiz aksaklıkların red ve inkârı, kanaatımızca, pek kolay değildir. Eğer halen mer'i olan sistemdeki mahzurlar, ve bunları tevlit eden sebepler hakkında bu yazımız etraflı bir bilgi vermiş ve kanunumuzun ıslâhı lüzumunu telkin etmişse yine de gayesine erişmiş sayılmalıdır.

**Ilhan E. Postacıoğlu**