

ÖDEME EMRİNE İTİRAZIN SİHHAT ŞARTLARI

1. — İtiraz mefhumunun muhtevası. 2. — Alacaklının ehliyetsiz olması halinde takibe karşı yapılacak muhalefetin mahiyeti. 3. — İtiraz mefhumuna girebilecek herhangi bir def'in bildirilmesi halinde muteber bir itirazın mevcut olması gerektiği. 4. — Alacağın bir kısmına taallük eden itirazlar. 5. — Alacak miktarının meskûk kaldığı hallerde itiraz. Federal Mahkemenin 4 Mart 1924 tarihli kararında beliren liquide borç mefhumunun tahlili. 6. — Federal Mahkeme içtihadında beliren tereddütler: 18 Mart 1933 tarihli kararın tenkidi. 7. — Bu mevzuda Federal Mahkemenin son içtihadının tahlili ve netice. 8 — Muterizin ehliyeti. 9. — Gelecek bahislerin plânı.

Doçent Dr. İhan E. Postacıoğlu

1. — Türk hukukunda itiraz takibinde bulunan şahsın — icra memurunun nazara almağa mezun olmadığı herhangi bir sebepten dolayı — iddia ettiği gibi bir alacak veya bilfiil kullandığı takip hakkı gibi bir salâhiyeti haiz olmadığı beyanının borçlu tarafında icra dairesine bildirilmesi şeklinde tarif olunabilir. Netekim ödeme emrine itirazın mahiyeti hakkında mecmuamızın 1948 senesine ait 1-2 numaralı nüshasında münteşir etüdümüzde bu tarifî vazetmiş ve ayrıca şunu da tebarüz ettirmiştik ki itiraz denilince evvel emirde takip talebinin müstenit olduğu alacağın mevcut olmaması hakkında borçlu tarafından serdedilen muhalefet anlaşılmalıdır. Başka bir söyleyişle itiraz bilhassa maddî hukuka taallük eden bir muhalefet sebebinin ileri sürülmesi halinde mevzuubahs olmaktadır. Fakat itirazın serdedileceği haller yalnız bundan ibaret değildir. Bilhassa Türk hukukunda takipte bulunan şahsın sıfatına (ezcümle temsil sıfatına) veya bilfiil istimal eylemekte olduğu takip şekline ve nihayet takibin yapılmakta olduğu icra dairesinin salâhiyetine ait olmak üzere usul ve şekil hukukuna taallük eden muhalefet sebeplerinin de itiraz şekline bürünmesi lâzım gelmektedir. Bu nevi itiraz sebepleri için bu yolun taraflara usul ve şekil hukukunda serbesti tanılmış hususların bir taraflı ihlâli halinde bahis mevzuu olacağını söylemek imkânı vardır. Yani bu mülâhazayı mevzuumuzda yardımcı bir kıstas olarak kullanmak kabildir. Bu düşüncenin neticesi olarak rehine

temin edilmiş bir alacağın doğrudan doğruya haciz yolu ile takibini taraflar aralarında muteber bir surette kararlaştırabileceklerinden bu tarzda bir anlaşma vaki olmadan alacaklının haciz yoluna gitmesi halinde borçlunun muhalefetini itiraz şeklinde belirtmesi icap edecektir.

Keza mümessil olmayan bir şahsın takibi halinde borçlu muhalefetini itiraz şeklinde bildirmelidir. Zira evvelâ hakikî alacaklının takibin her safhasında füzulî mümessile icazet vermesi mümkündür. Ve saniyen ve bilhassa temsil salâhiyetinin fikdanından dolayı ileri sürülen müdafaa ile doğrudan doğruya hakkın yokluğunun ileri sürülmesi arasında muhalefetin maddî hukuka olan ilgisi bakımından bir fark yoktur. Filhakika bir kimse tasavvur edilsin ki kendisinden istenilen bir borç gibi bir borçla kimseye karşı mes'ul ve mülzem bulunmasın. Bunun yapacağı muhalefet böyle bir borca girmemiş olduğu merkezinde olacaktır. Keza borçlu A'ya borçlandığı halde bu borç B tarafından istenildiği takdirde borçlunun yapacağı muhalefet birincisinden pek farklı olmayacaktır. Çünkü B ye alacağın devredilmemiş olduğunu ve bu sebeple kendisine karşı bir borcu olmadığını ve binaenaleyh takip salâhiyetinin bu sebeple mefkut olduğunu veya eğer B, A namına hareket etmişse A'nın bu hususta B'yi salâhiyettar kılmamış olması hasebile B'nin istimal etmek istediği takip salâhiyetinin mevcut olmadığını ileri sürecektir. Bütün bunlar da maddî hukuka müteallik müdafaa sebepleridir ki ayrı bir rejime tâbi tutulmaları için ciddi bir sebep yoktur. Binaenaleyh nasıl ki aslı esas olmayan bir alacağın takibi halinde borçlu kendisine bu hususta tebliğ edilen ödeme emrine itiraz etmeyince mevzuubahs ödeme emri icraî kabiliyet kazanır ve borçlu olarak takip edilen kimse takibin diğer safhalarında müdafaaasını serdetmek imkânını haiz olmaksızın parayı, istirdat dâvası açmak hakkı mahfuz kalmak üzere ödemek mecburiyetinde kalırsa keza füzulî mümessilin takibine vaktinde itiraz etmeyen borçlu, ödeme emrinin tenfiz kabiliyetini iktisap etmesi üzerine temsil salâhiyetinin fikdanını bilâhare ileri süremez, sadece 72 nci madde mucibince istirdad dâvasını açmak imkânı mahfuz kalır¹.

1) Federal Mahkeme kararlarının tetkiki bu hal sureti hakkında herhangi bir şüpheye mahal bırakmamaktadır. Ezcümle 22 Mayıs 1917 tarihli karara bakınız (J. d. T. 1917. 2. 126 ve zikri geçen yazımız s. 284). Türk tatbikatında bu hal tarzının cari olup olmadığını söyleyecek durumda değiliz. Ancak borçlu temsil salâhiyetinin fikdanını ileri sürmeğe mesru bir mazeretli sebeple muktedir olamamış ve itiraz etmemiş ise gecikmiş itiraz yoluna müracaat hakkı tabiatile mahfuzdur. Şunu da ilâve edelim ki Federal Mahkeme bu içtihadında ısrar etmiştir (R. O. 43. 111. 36). Bu son karar altına mütalâasını yazan Jaeger madamki icra makamlarını harekete

2. — Buna mukabil takip talebinin ehliyetsiz bir kimse tarafından ileri sürülmesi halinde durum nasıl mütalâa edilmek lâzımdır? Bir bakımdan bu hususta da evvelki faraziyeden farklı bir hal sureti kabul etmemek uygun gözüktür. Çünkü denilebilir ki burada takip salâhiyetinin ademi mevcudiyeti temsil salâhiyetinin fikdanı yerine ehliyet noksanından ileri gelmektedir. Kaldı ki ehliyetsizliğin de bilâhare kanunî mümessilin icazet vermesi suretile giderilmesi mümkündür. Ve nihayet itiraz yolunun tercihi halinde bir tezada düşmekten de ihtiraz edilmektedir. Zira bu mevzuda yapılacak muhalefetin şikâyet olması lâzım geldiğini ileri süren Jaeger aynı zamanda icra memurunun takip isteğinde bulunan şahsın ehliyetini tahkike mecbur olmadığını beyan etmek suretile verdiği hal tarzları arasında bir insicam temin edememiştir. İşte bu sebeplerle biz de bir hayli tereddüt ettikten sonra kat'î bir tercih yapmamakla beraber itiraz yoluna meyyal olduğumuzu zikri geçen yazımızda bildirmiştik. Fakat mesele üzerinde tekrar uzun boylu düşündükten sonra şu mülâhazaların göz önünde tutulması lüzumuna kail oluyoruz ki ehliyet bilcümle hukukî muamelelerin bir sihhat unsuru olduğuna göre sadece takip talebinin değil, fakat onu müteakip alacaklı tarafından yapılması iktiza eden bilcümle muamelelerde ezcümle haciz talebinde ve mahcuz malın paraya çevrilmesi isteğinde tahakkuku zarurî bir şart mahiyetini haiz bulunmaktadır. Tâbiri aharla haciz talebinin, mahcuz malın paraya çevrilmesi isteğinin muteber olabilmesi için ehliyet sahibi bir kimseden sadir olması lâzım gelmektedir. Binaenaleyh borçlu takip talebine olan muhalefetini ödeme emrini tebellüğ ettikten sonra kanunî müddet zarfında beyan etmeyerek ödeme emrinin icraî kuvvet kazanmasına sebebiyet verse bile bilâhare haciz talebinin muteber bir surette vaki olmadığını çünkü ehliyetsiz bir kimseden sadir olduğunu ileri sürmek hakkını haiz olmalı ve icra memuru tarafından buna müsteniden yapılan muamelenin ezcümle haczin iptalini isteyebilmelidir. Bu hakkın icra ve iflâs prosedöründe kullanılması ise ancak şikâyet çerçevesinde kabil olacaktır.

İmdi haciz ve mahcuz malın paraya çevrilmesi taleplerinde ehliyetin fikdanı bu gibi taleblere müsteniden yapılan icra muamelelerine karşı şikâyete yol açacağına göre takip talebinin ehliyetsiz bir kimseden sadir

geçirmek salâhiyeti talih ediliyor, ehliyetsizlik definin ileri sürülmesi faraziyesinde olduğu gibi burada da şikâyet yoluna gidilmesi lâzım gelir diyor ve Federal Mahkeme kararını tenkid ediyor (Cilt 3, 1922 Hâvesi 67/5). Metinde verdiğimiz izahatla Jaeger'in tenkidini bertaraf edebildiğimizi sanıyoruz. Bu hususta ayrıca zikri geçen makalemize bakınız (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1948 - sah. 283 - 284).

olması halinde de buna dayanan ödeme emrine karşı müracaat edilecek tarihin şikâyet olması lâzım gelmektedir. Bu gerekçelerden hareket etmek suretile Jaeger'in noktai nazarına karşı evvelce dermeyan ettiğimiz kaydı ihtiraziler üzerine ısrarı lüzumsuz sayıyor ve ilk defa tercihi meyyal olduğumuz fikri terkederek bu hususta müracaat edilmesi gereken yolun itiraz değil şikâyet olmasını kabul ediyoruz. Bu yeni noktai nazarın bir neticesi de takip veya haciz talebi veya mahcuz malın paraya çevrilmesi talebine muhatap olan icra memurunun talepte bulunan şahsın ehliyetini araştırmak mecburiyetinde olmasıdır. O zaman sistemde insicam temin etmek kabil olacaktır, kanaatindeyiz.

3. — İtirazın muhtevası üzerine bu derece etraflı bir surette durmak lüzumunu hissettikse bu, sırf evvelki fikirlerimizi tekrar gözden geçirmek maksadile olmamıştır. Şimdi evvelce tesbit ettiğimiz bir çok noktaları hatırlatmamıza saik bugünkü mevzuumuzda ilk olarak karşımıza çıkması beklenen itirazın muhtevasının ne olabileceği sualini cevaplandırmak düşüncesidir. Zira bu muhteva ile bizzat itirazın ifade şekli arasında bu etüdün başında belirtilmesi gereken bir alâka mevcuttur.

Filhakika itirazda bulunacak borçlunun muayyen bir formül ve muayyen kelimeler kullanmasına ve ezcümle itiraz kelimesini istimal etmesine ihtiyaç yoktur. Diğer cihetten borçlu itirazda bulunurken sebep zikrine mecbur olmamakla beraber sebep zikretmişse bilâhare itirazın ref'i prosedüründe müdafaasını bu sebebe hasretmek iztirarında da değildir. O suretle ki herhangi bir itiraz sebebinin icra dairesine karşı beyan edilmiş olması alelittâk takibe itiraz mânasını tazammun edecektir. Ve biraz evvel bildirildiği üzere borçlu itiraz kelimesini kullanmak mecburiyetinde olmadığı ve herhangi bir ifade tarzını ihtiyar edebileceği için icra dairesine karşı bildirilmiş olan muhalefetin itiraz mefhumuna girip girmediğini anlamak ancak ve tabiatile itiraz mefhumunun ne gibi bir muhtevaya sahip olduğunu tesbit etmek şartına vabeste bulunmaktadır². Şu halde bu tesbit işi bir defaya mahsus olmak üzere yapıldıktan sonra bütün mesele borçlunun irade beyanını tahlil ile itiraz sebeplerinden herhangi birine tekabül edecek bir ifade de bulunup bulunmadığını tayinden ibaret kalacaktır.

Bu fikri müşehhas bir şekilde canlandırmak için salâhiyet hakkındaki muhalefet sebebinin zikretmek kâfi gelir^{2b}. Türk hukukunda takibi yapan

2) Federal Mahkemenin 19 Ocak 1931 tarihli kararının (J. d. T. 1931. 2. 153) gerekçelerine bk.

2b) Yargıtay 29/2/1940 t. bir kararında 50/2'ye istinatla (Ekrem Korkut

icra dairesinin salâhiyetine muhalefet itiraz şeklinde tecelli etmek lâzım geliyor. Bu itibarla borçlunun sadece dairenin salâhiyetine itiraz etmesi takibe karşı yapılmış aleliltlak bir itirazın bütün neticelerini husule getirmek lâzımdır. Halbuki İsviçrede icra dairesinin salâhiyeti reddedilmek isteniyorsa şikâyet yoluna başvurmak lâzım gelmektedir. Binaenaleyh İsviçrede mücerret dairenin salâhiyetine karşı gösterilecek muhalefet tabiatile takibe karşı bir itiraz mahiyetini haiz olamayacaktır.

Bu durum böylece tesbit edildikten sonra şunu da beyan edelim ki borçlu itiraz sebeplerinden herhangi birine temas etmemekle beraber aleliltlak takibe itiraz ettiğini gösteren bir beyanda da tabiatile bulunabilir ve bu tarzda bir beyan muteber bir itiraz sayılır. Ezcümle «borçlu değilim», «borcum yoktur», «istenilen borcu tanımıyorum» tarzındaki beyanlar hiç şüphesiz maksada kifayet eder. Bütün mesele Federal Mahkemenin bir kaç kere zikretmiş olduğumuz 19 Ocak 1931 tarihli kararında tebarüz ettirildiği üzere borçlunun irade beyanındaki hakiki maksadı takibindedir³. Binaenaleyh borçlu sadece «itiraz ediyorum» derse bu şüphesiz muteber bir itiraz tarzı olacaktır. Fakat bilmukabele borçlu itiraz kelimesini kullanmış olmakla beraber bu kelimenin kanunî mânasını tağyir edecek şekilde beyanına diğer bazı ilâvelerde bulunmuş ve böylelikle maksadının kanunun anladığı mânada itiraz etmek olmadığı tebeyyün etmişse bu takdirde ortada muteber bir itiraz yok demektir. Zira zikri geçen Federal Mahkeme kararında belirtildiği gibi kelimenin zahiri mânasına bakılmayıp onu kullanan şahsın hakiki maksad ve iradesi göz önünde tutulmalıdır (B. K. 18). Ezcümle İsviçre Yüksek Mahkemesi «hâlen hiç bir şeyim olmadığı ve tediye imkânına malik bulunmadığım için itiraz ediyorum»⁴; «itiraz ediyorum zira tediye kabiliyetim olduğu vakit borcumu ödeyeceğim» tarzında yapılmış itirazları bihakkın muteber saymamıştır⁴. Keza İsviçrede «icra dairesi salâhiyetsiz olduğu için itiraz ediyorum veya itiraz ediyorum. İcra dairesi salâhiyetsizdir» tarzındaki beyanlar muteber bir itiraz addolunmamıştır (19/1/1931 t. Federal

Tatbikattan Misaller s. 79) esasa itiraz edilmedikçe selâhiyet itirazı yapılamayacağını kabul etmiştir. Bu karar isabetsizdir. Bizce kanun mezkûr hükmile sadece H. U. M. K. nda cari bir hususun — selâhiyet itirazının ileri sürülerek bilâhara esas hakkındaki defî dermeyan için yeni bir mühletten istifade keyfiyetinin — burada mevzu bahis olamayacağını ifade etmek istemiştir.

3) J. d. T. 1931. 2. 153.

4) RO. 23. I. 960 ve RO. 21. I. 771 (her iki karar da J. d. T. 1931. 2. 153 de zikredilmiştir).

Mahkeme kararı). Bizde izah olunduğu üzere icra dairesinin salâhiyet-sizliği ileri sürülerek yapılan itirazlar muteber sayılmak iktiza ederse de alacaklının ehliyetsizliği sebebiyle takibe muhalefet edildiği takdirde bu muhalefet şekli itiraz edildiği mânasını tazammun edemeyecektir. Zira 2 numaralı paragrafta izah edildiği veçhile alacaklının istimal ehliyetinden mahrumiyetini iddia şikâyet şeklinde yapılmak gerektiğinden itiraz mefhumunun dışında kalmaktadır.

4. — İtiraz takip edilen alacağın tamamına ait olabileceği gibi bir kısmına da münhasır kalabilir. Bu takdirde borçlu kendisinden istenen alacağın ne kadarını kabul ve ne kadarını reddettiğini sarahaten bildirmelidir. Aksi takdirde miktar beyan etmeksizin kısmen reddi mutazammın olan bir beyan muteber bir itiraz sayılmayacaktır. (Madde 62, fıkra 2). Bu kaide haddizatında pek açıktır, fakat tatbikatta Federal Mahkemenin içtihadlarının tetkikinden anlaşılacağı üzere bir takım güçlüklerle yol açmaktan hali kalmamaktadır. Bu hususta şu hükmü vazetmek kabildir ki 62 nci maddenin borçluya tahmil ettiği bu vecibe yani reddettiği kısmın miktarını beyan mecburiyeti, esasen miktar itibarile malûm ve muayyen borçlara hasredilmek lâzımdır. Yani miktarı taraflar arasında belli olması iktiza eden bir alacağın alacaklı tarafından hakikî miktarından fazla istenilmesi halinde borçlu borcun hakikî miktarını bildirmek mecburiyetinde tutulmalı ve binnetice kabul etmediği kısmı beyana zorlanmalıdır. Filhakika bu surette kabul ettiği kısım üzerinden icranın devamı temin olunmaktadır. Halbuki borçluya keyfiyeti tasrih vecibesini tahmil olunmasaydı o zaman takibin devamına imkân kalmamış olacaktı ki kanun işte bu neticeyi bertaraf etmek istemiştir.

Binaenaleyh meselâ bana muhtelif kalemlerde 300, 400 ve 500 lira ödünç vermek suretile beni 1200 lira borçlandırdığınız takdirde bilâhare 1500 lira üzerinden takibe girişerseniz benim bu kadar borcum yoktur diye müphem bir itirazla iktifa etmeme İcra ve İflâs Kanununun 62 nci maddesinin ikinci fıkrası mânidir. Binaenaleyh istenilen 1500 liradan yalnız 1200 lirayı borçlu bulunuyorum mütebakisi zimmetime terettüp etmemiştir şeklinde itiraz edilmek lâzımdır. Bu takdirde tabiatile 1200 lira için takibin devamına bir mâni kalmıyacaktır.

5. — Fakat borcun hakikî miktarı esasen meşkûk bulunuyorsa durum ne şekilde tecelli edecektir. Bir şey borçlu olduğum muhakkak olmakla beraber bu borcun şumulünü tayin iktidarına malik değilsem ve buna maddeten imkân yoksa o zaman itirazımı nasıl yapacağım? Doğrusu bu takdirde 62 nci maddenin 2 nci fıkrası hükmüne riayet etmek bahis mevzuu olmamalıdır. Daha açık bir ifade ile istenilen borcun miktar

İtibarile muayyen olmadığını ileri sürmek suretile alacaklının takibine karşı koyabilmek, yani mücerret borç miktarının belli olmaması sebebine müsteniden muteber bir surette alacağın tamamına itiraz edebilmek lâzımdır. Borcun miktar itibarile memleket parasile muayyen bir rakamla ifade edilememesi demek onun halen liquide bir mahiyet taşımadığını ifade etmek demektir (liquide tâbirini Borçlar Kanunumuz 68 inci maddesinde miktarı muayyen ibaresile ifade etmiştir ki biz ibarede vuzuh temin için müteakip izahatımızda liquide tâbirini bazı kere aynen kullanmakta bir mahzur görmeyeceğiz). İmdi İcra ve İflâs Kanunumuzun ruhu kaideten miktar itibarile muayyen olan para alacaklarının tamamını takibe mevzu teşkil etmesi ve bu vasfı haiz olmayan alacakların takibine borçlunun mümanaati halinde devam edilemeyeceği merkezindedir. Binaenaleyh borçlunun istenilen para alacağının liquide olmadığını ileri sürmesi muteber bir itiraz hükmünde tutulmalıdır. Demek oluyor ki zimmetine bir borcun terettüp edeceğini kabul etmekle beraber hâdisenin mahiyeti icabı borcun miktarını sarahatle tayinden âciz olan borçluyu muayyen bir rakamı bildirmeğe icbar etmek caiz görülemez. Bu durumda olan borçlu takibin tamamına bihakkın itiraz etmiş sayılmalıdır. Ezcümle haksız fiilden ve bazı kere mukavelelerin ademi icrasından mütevellit tazminat taleplerinden borçlu borcun liquide olmadığı itirazını muteber bir şekilde yapabilmelidir. Filhakika bir kimse hasmına haksız fiili ve kusuru neticesi zarar verdiğini kabul etmekle beraber ika ettiği bu zararın şumulünü objektif ve sarih bir şekilde tayinden âcizdir. Ve eğer bu sebeple icra takibine maruz kalmışsa istenilen paranın tamamına itiraz edebilmek salâhiyetini haiz bulunmalıdır. Tâbiri anarla alacağın miktar itibarile muayyen olmadığını ileri sürerek bütün takibi durdurabilmelidir.

İzahına çalıştığımız ve doktrinin de tasvibine mazhar olmuş bulunan bu esaslar Federal Mahkemece kabul edilmiştir. Fakat bu prensiplerin tatbikini Yüksek Mahkemenin her zaman isabetle yaptığı söylenemez. Bu itibarla Federal Mahkeme içtihadlarının bu mevzuda kaydettikleri iniş çıkış'arı tesbit etmekteyiz icap eylemektedir.

Evvelâ 4 Mart 1924 tarihli karara⁵⁾ mevzu teşkil eden hâdisede borçlu şöyle bir itirazda bulunmuştu: «İtiraz ediyorum. Yapılan Ekspertiz mucibince her 100 kilo başına 7 f 25 hesabile ve bundan nakliye masraflarının ve depo kirasının tenzili şartile borçlu olduğum kabulümdür. % 7 faiz kabul edilmiyor.»

5) J. d. T. 1925, 2. 6.

Görülüyorki burada borçlu bütün hesap unsurlarını elinde tuttuğuna göre borcun hakikî miktarını tayin etmek iktidarını haizdi. Binaenaleyh istenilen alacağın liquide olmadığını ileri süremezdi. Böyle olunca da yaptığı kısmî itirazda reddettiği miktarı tasrih etmesi lâzım geliyordu. Şu halde kabul ettiği kısmî beyan etmemesi ve bu kısım üzerinden icranın devamına imkân bırakmaması bakımından borçlunun 62 nci maddemize aykırı hareket ettiği aşikârdı ve bu itibarla itirazın keenlem-yekûn sayılması iktiza ediyordu. Netekim Federal Mahkeme de aynı suretle karar vermiştir. Gerekçeleri meyanında şu ibareler nakle değer :

«Muttarit bir jürisprüdans icabı borçlu alacağın esasına itiraz etmemekle beraber bu alacağın herhangi bir kısmının liquide olmadığını ileri sürmesi halinde itirazın alacağın tamamına yapıldığını kabul etmek imkânı vardır (R. O. I, sah. 360). Mamafih hâdisede borçlunun itirazı alacağın herhangi bir miktarı itibarile liquide olmadığı mânasını tazammun etmiyor. Borçlu alacaklının iddiasını kabul ettiği nisbette borcunun hangi unsurlardan tereküp ettiğini bizzat bildirmekte ve hiç bir zaman bu unsurları sarahatle tesbit imkânından mahrum olduğunu ileri sürmemektedir (Meselâ R. O. 23. I, 412 de ve 25. I, 860 daki işlerde olduğu gibi). Demekki hâdisede kısmî bir itiraz muvacehesinde bulunuyoruz. Fakat itiraz edilen miktar sarahaten beyan edilmediğine göre 74/2 (bizde 62/2) mucibince itirazı keenlem-yekûn telâkki etmek lâzımdır. Bu bakımdan alacaklının alacağını sarahaten tayin etmek iktidarını haiz bulunması mahalli icra dairesinin düşüncesi hilâfına hiç bir suretle haizi ehemmiyet değildir.» (Filhakika bu son cümledeki fikrin müstenit olduğu sebep kolaylıkla anlaşılır. Hükümden maksat icranın borçluya ikrar edilecek kısım üzerinden devamını sağlamak olduğuna göre hakikî miktarın alacaklı tarafından bilinmesi aynı neticeyi temin edemeyeceğinden borçluyu bu külfetten tabiatile vareste kılamiyacaktır.)

6. — Bu kararda ifadesini bulan nazari mütalâalar ve bu mütalâaların hâdiseye tatbiki tamamen yerindedir. Halbuki şimdi göreceğimiz 18 Mart 1933 tarihli kararında^{5b} Federal Mahkeme aynı esaslara sadık kaldığını beyan eder görünmekle beraber haddizatında bu prensiplerden inhıraf etmiş bulunuyor. Hâdisе şu idi : Bir kimse bir dâvayı kaybederek masarife mahkûm edilmiş ve bu meyanda ücreti vekâlet için takip edilmişti. O Kantonda mer'i usullere tevfikân borçlu kendisine tahmil edilecek olan vekâlet ücretinde tenzilât yapılması zımında bu maksatla kurulmuş tadilât komisyonuna istida ile müracaat etti ve maruz kaldığı akid'e de

5b) J. d. T. 1933. 2. 74.

şöyle itirazda bulundu : «Kendisine vekâlet ücretinde tenzilât icrası için müracaat ettiğim komisyonun muhtemelen indireceği miktarın tamamı için itiraz ediyorum.» İcra dairesi bu tarzda bir beyanı muteber bir itiraz saymadı. Borçlunun bu noktai nazara karşı Kanton Yüksek Tetkik merciine başvurması üzerine Kanton İstinaf merci bunun muteber bir itiraz olduğuna karar verdi. Bu defa alacaklı Federal Mahkemeye müracaat etti. Federal Mahkeme de Kanton merciinin kararını bozarak hâdisede muteber bir itirazın sebketmemiş olduğunu kabul eyledi.

Federal Mahkeme, Kanton merciinin, borçlunun yukarıki beyanını bütün takibi durdurmak maksadına mahmul görmek suretile tefsir ettiğini söylüyor. Ve bu görüşün evveleminde bazı kararlarda bir destek bulabileceğini de kaydediyor. Ezcümle Jaeger'in maruf eserinde yer almış kararlardan «bu alacağın miktarı için itiraz eder ve her halde daha sarıh hesap isterim» (R. O. 25. I. 360) ve «borcun hangi muamelelerden neş'et ettiğinin tasrihini isterim» (R. O. 41. III. 37) de münteşir olanlar bu görüşü teyit etmektedir. Federal Mahkeme «borçlu borcun liquide vasfını inkâr ediyor ve bu sebeple alacaklının cebri icra talebine karşı koymak istiyorsa bu takdirde borcun tamamına taallük etmekte olan bir itirazın bulunduğunu kabul etmek lâzımdır» demek suretile evvelki kararlarında ifade etmiş olduğu prensibi bir daha ilân etmekle beraber hâdiseyi bu prensibin şümül sahasında görmemiştir. Bu hususta verdiği ve bizim tatminkâr bulmadığımız gerekçeler de şunlardır :

«Bilâkis hâdisede borçlunun beyanından borcun liquide vasfını velev alacağın bir kısmı için kabul eylediği ve binnetice bu nisbet ve ölçüde alacaklının alacağını tahsil hakkını ikrar etmekte olduğu sarahaten anlaşılıyorsa o zaman kısmi bir itiraz var demektir ve o zaman tabiatile böyle bir itiraz kanunun istediği veçhile sarahaten ne miktar için yapıldığı bildirilmemiş veya buna muadil olacak bir ifade de kullanılmamış ise batıl sayılmak iktiza eder. Hâdisede borçlu alacağın bir kısmına muhalefet etmiş ve bu muhalefetini de ancak komisyonun tenzilât icrası ihtimaline binaen serd eylemiştir. Yoksa borçlu hiç bir zaman borcu inkâr etmemekte hattâ alacağın tamamile terkin olunabileceğini bir ihtimal olarak dahi ileri sürmemektedir. Halbuki borçlu bir rakam vermeğe muktedir olmadığı zaman kanun ya kendisine karşı serdedilen iddianın tamamına itiraz etmek yahut da tamamını kabul ederek haksız ödeyeceği parayı ayrı bir istirdat dâvasile elde etmek şikkını bırakmıştır».

Federal Mahkeme bu kararında doğrusu liquide borç mefhumuna çok dar hattâ yanlış bir mâna vermiştir. Federal Mahkeme nazarında liquide olmayan bir borç yalnız şu veya bu miktar itibarile gayri muayyen bir borç değil belki doğrudan doğruya mevcudiyeti meşkûk olan bir borç

demektir. Bu ise (dette liquide - miktar itibarile muayyen borç) mefhumu ile (dette certaine - esas itibarile mevcudiyeti muhakkak olan borç) mefhumunun birbirine karıştırılmış olduğu mânasını tazammun eder. Karar dikkatle okunursa görülür ki eğer borçlu borcun komisyonca tamamen terkin olunacağı ihtimalini ileri sürseydi o zaman gayri muayyen borç def'ini Federal Mahkeme yerinde telâkki edebilecekti. Yüksek Mahkemeye göre madamki borçlu *itirazını komisyonca tenzil edilecek miktara hasretmiştir, bu miktarı tasrih etmediği için itirazın keenlemeye-kûn sayılması iktiza eder.* Federal Mahkemenin işte hatalı olan noktaı nazarı diyebiliriz ki buradan kendisini bütün açıklığıla ortaya koyuyor. Eğer hâdisede borç bir kaç kalemden tereküp etse ve yalnız sonuncu kalem meşkûkiyet arzetsedydi o zaman borçlu diğer kalemlerdeki borç miktarının yekûnunu ikrar ile mütebaki kalan kısım için borcun meşkûk kaldığını ve liquide vasfını haiz olmadığını bildirebilirdi. Halbuki hâdisede borç tek bir kalemden ibarettir ve komisyon tarafından yapılması muhtemel olan tenzilât borcun tamamına sari bulunacaktır. Bu itibarla tenzilât miktarının meşkûk kalması bizzarure borcun tamamını da miktar itibarile meşkûk kılyor. Binaenaleyh borçlu için borcun meşkûk ve gayrimeşkûk kısımlarını tefrik imkânı yoktu ve hâdisede yapmış olduğu itiraz borcun tamamına şamil olmak üzere liquide vasfının inkârı mânasını taşıyor ve bu itibarla muteber bulunuyordu.

Federal Mahkemenin hâdisede muteber bir itirazın sebketmiş olması için borçlunun sarahaten borcun tamamını inkâr ve tâlil etmesini istemekte olması da hukukî hissimizi ayrıca rencide etmektedir. Yüksek Mahkeme ya borcu tamamen inkâr yahut da borcun meşkûk kalan kısmını sarahaten beyan et diyor. Halbuki meşkûkiyet bizzat bu hududun tayininde ise bu ademi imkân karşısında doğrudan doğruya borcun tamamını ve esasını inkâra kalkışmak hüsnüniyetine münafi düşmeyecek midir? Her ne cepheden bakılırsa bakılsın Federal Mahkemenin 18 Mart 1933 tarihli kararındaki muhakeme insanı tatminden uzak bulunuyor.

Türk hukuku için meselenin ehemmiyeti daha büyüktür. Ve Federal Mahkemenin yaptığı gibi meseleyi bir kıyası mukassime irca etmek daha tehlikelidir. Zira bizde borçlunun alelittlak borcun tamamına itiraz etmesi hüsnüniyete aykırı olmak gibi sadece ahlâkî bir veçhe arz etmekle de kalmaz. Bilâkis borçlu için çok daha vahim neticeler tazammun edebilir. Filhakika icrada inkâr tazminatı müessesesi (İc. ve İf. K. madde 67) alacağın yalnız bir kısmına hasrı iktiza eden itirazların tamamına teşmil edilmesi halinde borçluyu munzam ve karşılıksız bir külfet altına sokmak gibi büyük bir tehlikeye maruz bırakır. Çünkü itiraz edilen borcun

bilâhara alacaklı tarafından açılacak itirazın iptali dâvasında bir kısmın hakikaten varid bir alacak olarak tebeyyün etmesi bu kısım üzerinden borçlunun asgari % 10 tazminata mahkûm edilmesini intaç edebilecektir⁶⁾. En doğrusu takip edilen borcun miktar itibarile meşkûkiyeti halinde bu meşkûkiyet sebebine müstenit itirazı muteber ve haklı telâkki etmektir.

Esasen Federal Mahkeme kararına karşı yaptığımız tenkitler ilk defa bizim tarafımızdan ortaya konmuş değildir. Daha mutedil kalmakla beraber Profesör Guisan mevzuubahs karar altına yazmış olduğu notta bir takım kaydı ihtiraziler ileri sürmüştür. Değerli âlim borcun muhtevasını tayin borçlunun elinde olmayan unsurlara tâbi ise o borç liquide değildir dedikten sonra bir borcun kısmen liquide kısmen meşkûk ola-

6) Doğrusu bu hususta Yargıtay kararlarında tam bir ittirat yoktur. Haksız gilden mütevellit alacakların icrada inkârı halinde icra tazminatının gerekli bulunduğu hakkında kararlar mevcut olduğu gibi (27/5/1935 tarihli Ticaret Dairesinin kararı, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 1936, sah. 474) bilhassa son senelerde muhtacı muhakeme görülen iddiaların inkârı halinde icra tazminatına mahal olmadığını bildiren kararlar da mevcuttur (IV üncü Hukuk Dairesinin ekseriyetle verilip neşrolunmamış 16/2/1945 tarih ve E. 289/K. 516 sayılı kararı). Bu son kararların verdikleri hal tarzı doğru olmakla beraber dayandıkları gerekçeler bizee tatminkâr değildir. Zira Yargıtayın çok defa isbati muhtacı muhakeme olan para alacağına müteallik iddiaların icra dairelerince tahsiline gidilemeyeceği gibi hatalı bir formülü kullanmakta olduğu görülmektedir. Aynı formül mevzuu altın meşkûkât olan alacakların paraya tahvil edilerek istenilmesi münasebetile de 28/7/1941 tarihli tevhidî içtihad kararında istimal edilmiştir. Doğrusu mensei itibarile paradan gayri olup tazminata kalbedilmiş ve bu suretle para alacağı mahiyetini almış mütalebe hakları ilâmsız icra yolla istenebilir. Fakat girişilen takibe borçlunun itirazı halinde devam etmek imkânı kalmaz. (Keza, Belgesay, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İkinci tabı No. 187). Filhakika para alacağının para alacağı olarak mı doğduğu ve bu itibarla liquide bir mahiyeti haiz mi bulunduğu yoksa para alacağının bir (succédané) diğer bir alacağın muadili olarak mı istenildiği icra dairesinin araştırmağa mezun olmadığı bir husustur. Bu itibarla mense ve sebebine bakmaksızın her para alacağına müteallik takip talebini icra dairesi tervic etmek mecburiyetindedir. Fakat bilmukabele bu durum mükerreren izah olunduğu üzere liquide olmayan alacakların takibi halinde borçlunun sırf bu sebebe dayanarak muteber bir şekilde itiraz etmesine mâni telâkki olunmamalı ve böyle alacağın liquide vasfından mahrumiyeti sebebiyle yapılmış itiraz — ileride muhakeme neticesi borçlunun bir miktar borçlu olduğu tebeyyün etse bile — İcra ve İflâs Kanunumuzun 67 nci maddesi muvacehesinde haklı bir itiraz sayılmalıdır.

miyacağını söylüyor. Bu mütalâa muhtelif kalemlerden müteşekkil borçlar için varid olmayabilirse de gerek hâdisede ve gerek Profesörün verdiği haksız fiil misalinde olduğu gibi borç tek bir kalemde ibaret bulununca bu tek kalem borcun bütünü itibarile ya liquide yahut meşkûk sayılması hakkındaki noktai nazar tamamen yerindedir. Bunları kaydettikten sonra Profesör Guisan'ın şöyle demektedir : —

«... fakat bilmukabele borç liquide olmakla beraber esas itibarile kısmen inkâr edilebilir. Bu durum da borcun miktarını tayin için gerekli unsurlar objektif bakımdan tarafların elinde bulunmakla beraber sübjektif bakımdan aralarında hukukî veya sadece fiilî mahiyette ihtilâf olduğu vakit husule gelir. Bir hesap rüyeti misalini alalım : Taraflar hesaba geçirilmiş teslimat hükümlerinden birinin vukuu üzerinde veya aralarında takarrür etmiş vahidi fiat ve nihayet faiz hakkında ihtilâf halinde bulunabilirler. O suretle ki hesap alacaklıya göre 20 ye borçluya nazaran sadece 10 a baliğ olmaktadır. Burada borç miktarının liquide olmadığı söylenemez. Çünkü taraflardan her biri hakikî miktarı bulabilmek ve hattı hareketini tayin edebilmek imkânına maliktir. Artık o zaman borçluya terettüp eden iş hesabını yapmaktan ve neticesini bildirmekten ibaret kalır. Ve borçlu bunu yapmak mecburiyetindedir. Zira bu mecburiyet Borçlar Kanununun 69 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün (Türk B. K. 68/2) usul ve cebrî icra hukuku sahasına intikal ettirilmiş bir şeklidir. Ben şahsen bu işte Kanton hâkimlerinin verdiği hal tarzını tercihe meyyalim Borçlu alacağın esasını tanımakla beraber alacağın liquide vasfını münakaşa ve inkâr etmek ve binnetice alacaklının takip hakkına karşı koymak salâhiyetini haiz bulunmalıdır.»

Görüldüğü üzere biz bu hususta tamamen (Prof. Guisan) ın mütalâasına iştirak etmekte ve bu görüşün Türk hukukunda inkâr tazminatı bakımından husule getirebileceği neticelerin Yargıtayca muttarit bir kaide halinde kabul edilmesini son derece arzuya şayan görmekteyiz.

7. — Her halde bu tenkidler Federal Mahkemeye tesir etmemiş değildir. Filhakika maruz kaldığı tenkidleri mufassalan nakil ve tahlil ettiğimiz 18 Mart 1933 tarihli kararından sonra mahiyeti itibarile aynı hâdiseye benzeyen diğer bir işte borçlu itirazında bir dereceye kadar farklı bir ifade kullanmış olmakla beraber Federal Mahkeme doğru olduğuna kail bulunduğumuz hal suretini vermekte gecikmemiştir⁷⁾. Hâdiseye yine vekâlet ücretine taallûk ediyordu. Borçlu itirazını şu kelimelerle bildirmişti : «İtiraz edilmektedir. Alacak miktarı itibarile nizalıdır.» İcra

7) J. d. T. 1937, 2, 122.

dairesi bu itirazı muteber saymadı. Bunun üzerine borçlu şu gerekçelere istinatla şikâyette bulundu : İtiraz edildiği ibaresine ilâve edilen cümle sadece itirazın hangi maksatla yapıldığını açıklamak gayesine matuftur. Yoksa borcun yalnız bir kısmına muhalefet edilmemektedir. Zaten buna imkân da yoktur. Çünkü hakiki borç miktarı kendisince bilinmemektedir ve ancak tadilât komisyonunun bu bapta vereceği kararlarla tebeyyün edecektir.» Tetkik mercii ise bu şikâyeti reddederek şöyle demiştir : «İtirazına yaptığı ilâve ile borçlu borcunu kısmen tanımıştır. Beyanı, takip edilen alacağın henüz tamamen liquide vasfını haiz olmadığı yolunda bir kaydı ihtiraziyi ihtiva etmemektedir. Bu şerait dahilinde itirazı keenlemyekûn addetmek icap eyler. Bunun üzerine borçlu Federal Mahkemeye başvurdu. Yüksek Mahkeme de itirazı borcun tamamı için muteber tutarak merci kararını bozdu.» Federal Mahkemenin gerekçeleri şunlardır :

«İtiraz ifade edildiği şekilde iki ayrı mânayı ihtiva eden iki kısımdan müteşekkil bulunmaktadır. Birinci cümle bir bütün olup itirazın en basit ve en kısa bir ifade şeklinden ibarettir. Diğer cümleye gelince bundan maksadın itirazın şumulünü borcun bir kısmına hasretmek olmadığı ve bilâkis sadece neden dolayı itiraz edildiğini ortaya koymak olduğu açıkça görülür. Hususile iki cümlelerin birbirinden bir nokta ile ayrılması bu noktai nazarı teyit eder..... Borçlu halihazırda borcun bir kısmını değil tamamını reddetmektedir. Zira bu talebin hangi nisbet ve ölçüde yerinde olduğu onun nazarında henüz taayyün etmiş değildir. Zira bu, beklenilmekte olan tadilât kararile anlaşılacaktır. Borçlunun iradesinin bu merkezde olduğu beyanından kâfi bir vuzuhla anlaşılmaktadır. Bu da meselenin halli için kâfidir. Esasen borçlunun iradesi hakkında şüphe caiz olsaydı şüphenin borçlu lehine tefsir edilmesi gerekirdi. 74/2 nci (yani bizim 62/2) madde en dar ve borçluya en müsait bir şekilde tefsire tâbi kılınmalıdır. Zira borçlunun takibe karşı koyduğu engel dolayısıyla alacaklı için henüz kaybedilmiş bir şey yoktur. Fakat böyle bir engel ortaya konmadığı takdirde, hâdisenin seyrine göre borçlunun her şeyi kaybetmesi tehlikesi vardır.»

Görülüyor ki Federal Mahkeme evvelki içtihadından rücu ettiğini beyan etmemekle beraber ve sırf her zaman olduğu gibi burada da borçlunun iradesinin tahlilile iktifa ettiği hissini vermiş olmasına rağmen haddizatında 18 Mart 1933 tarihli içtihadında yer almış muhakeme tarzını terketmiş bulunuyor. Çünkü her iki hâdisede de borçlu borç miktarının kâfi bir vuzuhla taayyün etmemiş olmasından itiraz etmiş bulunuyordu. Yüksek Mahkemenin son kararında beliren hal tarzını benimsediğimiz tabiidir. Borcun miktar itibarile taayyün etmemiş bulun-

duğunu ileri sürmek borca karşı haklı bir itirazda bulunmak demektir. Elhasıl böyle bir def'i haklı bir itirazın bütün neticelerini husule getirmelidir. Bu uzun izahatımızın bizi isal ettiği netice ve kanaat budur.

8. — Tatbikat bakımından hususî bir ehemmiyet arzeden bu liquidité mevzuu üzerinde böylece uzun boylu tevakkuf ettikten sonra artık şimdi itirazın bir hukukî muamele olmak itibarile muteberiyeti için gerekli şartları tahlil etmemiz lâzım gelmektedir.

Tabii bu mevzuda ilk temas edilmesi icap eden mefhum ehliyettir. İtirazda bulunacak borçlunun medenî haklarını kullanmak ehliyetine sahip olmasına zaruret var mıdır? Suale İsviçrede menfi cevap verilmektedir. İsviçrede itiraz borçluyu munzam hiç bir mükellefiyet altına sokmayıp mahaza kendisini zarardan vikaye eden bir muamele mahiyetinde bulunduğu için mümeyyiz olan küçüğün muteber bir şekilde itiraz edebileceği kabul edilmektedir⁸. Buna mukabil itiraz muhtevası itibarile borçlu için zarar iras edebilecek durumda ise (meselâ kısmî bir borç ikrarını ihtiva ediyorsa) kanunî mümessilin mezkûr itirazı iptal ettirebilmek salâhiyeti ayrıca kabul ediliyor⁹. İsviçre için bu hal tarzları belki fazla münakaşayı mucip olmayabilir. Fakat İsviçrede bile belki bazı tereddüdlere duymak kabildir. Zira ulûorta yapılmış bir itiraz itirazın ref'i prosedörüne müncer olabileceğine göre bu prosedörde haksız çıkan tarafın masarifi muhakemeye mahkûm edilmesi zaruri ise⁹ o zaman İsviçre için dahi itirazın mahza borçluyu mükellefiyetinden kurtaran bir muamele olmaktan çıkarak küçük zimmetine borç kaynağı olabilecek bir hukukî muamele vasfını haiz olması beklenebilir. Ve şimdiye kadar tereddüdsüz verilmiş yukarıki hal tarzı hakkında bazı şüpheler izhar etmek caiz olur.

Her halde Türkiyemiz bakımından bu şüpheler çok daha kuvvetli bir şekilde duyulmak lâzımdır. Zira borcun inkârı halinde alacaklı itirazın tetkik merciinden ref'ini isteyecek yerde mahkemeden iptalini de isteyebilir. Ve bu taleple iktifa etmeyerek 67 nci maddenin kendisine tanıdığı salâhiyete müsteniden haksız itirazda bulunmuş olan borçlunun asgari

8) Jaeger 74/3 ve onu takiben Belgesay.

9) Vaud Kanton mercîinin su kararı calibi dikkattir: İtirazın ref'i muhakemesinde kazanan taraf lehine masrafa hükmedilebilir. Masarifi miktarı da ref'i kararında belirtilir. (J. d. T. 192. III. 49); (La mainlevée de l'opposition, Panchaud et Caprez, sahife 295). Bu karar kaybeden tarafın masarifi muhakemeye mahkûmiyetini zaruri telâkki etmekte görünmediğinden yukarıki mütalâayı kaydı ihtirazile dermeyan ediyoruz.

% 10 tazminata mahkûm edilmesini de talep edebilir. Bu yolun tercihi halinde muhakeme neticesinde alacağın mevcut olduğu ve binnetice itirazın haksız yere yapılmış bulunduğu tebeyyün ederse borçlunun asgarî % 10 tazminata mahkûm olması lâzım gelecektir. Demek ki borçlunun itirazı ledelhace kendisini borcunu asgarî % 10 fazlasile ödemek gibi munzam bir mükellefiyet altına sokabilecektir. Bu itibarla Türk hukukunda itirazın mahaza borçluyu zarardan vikaye eden bir muamele olarak telâkki edilmesi bize imkânsız gözüküyor. Bu sebeple itirazın Türk hukukunda Medenî Kanununun 16 ncı maddesinin ikinci fıkrasındaki muameleler kategorisinin dışında kaldığı fikri bize uygun gelmektedir.

Bu noktâi nazarın muhtemelen maruz kalacağı itirazları da ayrıca cevaplandırmak isteriz. Evvelâ denilebilir ki küçüğün itirazda haklı olduğu hallerde itirazın muteber bilâkis haksız olduğu vaziyetlerde itirazın gayrivarid ve gayrivaki sayılmasını sağlamak suretile kendisine müsait bir rejim temin edilemez mi? Doğrusu böyle bir rejim hukukî normlara uygun düşmez. Çünkü bir muamelenin ivazsız muameleler kategorisine girip girmediği her müşahhas hâdiseye göre farklı bir şekilde tayin edilecek değildir. Meselâ küçüğün 100 liralık bir şeyi 50 liraya satın alması bir bakımdan onun 50 liralık bir kıymeti mamelekine ivazsız olarak ithal etmesi demek olabileceği halde mezkûr muamele mahiyeti icabı küçük zimmetine bir borcun terettüp etmesini icap ettiğinden ve borcun da diğer ahvalde mukabil ivazdan daha üstün olabileceği tabiatile ihtimal dahilinde bulunduğu mücerret ve umumî olarak tarafeyne vecibeler tahmil eden muamelelerin 16 ncı maddenin ikinci fıkrasının dışında kalması lâzım gelmiştir. Netekim von Tuhr şöyle diyor : 19. II (bizim 16 ncı maddemizin) istihdaf ettiği ivazsız iktisaplardan şu anlaşılmalıdır ki bunlar müşahhas neticeleri itibarile değil muhtevalarının tipi (mahiyeti) itibarile yalnız menfaat arz edip küçük için hiç bir mükellefiyeti intaç etmeyen muamelelerdir¹⁰. Keza Egger'de aynı telâkkiye rastlanmaktadır. Onun da şöyle bir ifade kullandığını görmekteyiz : «Ehemmiyetli olan cihet hukukî mahiyettir. Hukukî muameleler ne mükellefiyetler doğurmalı ne de doğurabilmelidir»¹¹. Demek ki her hâdisedeki müşahhas durumu göz önünde tutarak küçük borçlunun itiraz ehliyetini araştırmağa kanunumuzun sistemi müsait değildir.

Nihayet teklif ettiğimiz hal tarzına karşı şöyle bir muhakeme serdetmek düşünülebilir : Madam ki itiraz borçlu için icabında tazmin

10) von Tuhr, *Partie générale du Code fédéral des Obligations* sah. 186.

11) Egger, *giris ve kısmın hukuku (Volf Cernis tercemesi)* sah. 199.

borcu doğuracaktır; mümeyyiz küçük haksız fiil ehliyetine sahip olduğuna göre onun bu muamelesini sırf bu durum hasebile ivazlı muameleler kategorisine sokmaktan ziyade haksız fiil mefhumuna irca etmek suretile sıhhate kavuşturmak imkânı yok mudur? Bu muhtemel itiraza cevabımız basittir. Zira 67 nci madde sisteminde borçlunun asgarî % 10 tazminata mahkûmiyeti bir zararın vukuu şartına tâbi tutulmamıştır. Bu itibarla haksız fiil ehliyetine sahip olması borçlu için itiraz ehliyetine sahip olmayı icap ve intaç edemez.

Elhasıl bu izahat muvacehesinde itiraz M. K. nun 16/2 hükmüne ithal edilemeyeceğine göre küçüğün borcu için kanunî mümessiline tebliğ edilmiş bir ödeme emrine küçük tarafından yapılacak itiraz ancak kanunî mümessilin icazeti inzıam eylemesi halinde muteber olacaktır. Binaenaleyh bu icazet lâhik olmadıkça alacaklı 394 üncü maddeye kıyasen hareketle kanunî mümessile bir mehil tayin etmek veya ettirmek suretile icazetin bildirilmesini ve aksi takdirde itirazın iptalile takibe devamı icra dairesinden isteyebilmelidir. Buna mukabil küçük mümeyyiz tarafından yapılmış itirazın hükümsüzlüğüne dair karar ittihaz edilmedikçe lâhik olacak icazetin makabline şâmil olmak üzere itirazı sıhhate kavuşturacağını kabul etmek yerinde bir hal tarzı sayılmalıdır. Federal Mahkeme burada tetkik ettiğimiz faraziyenin mukabil bir durumda yani istimal ehliyetinden mahrum alacaklının isteği üzerine yürüyen icra takibinin iptal olunmadığı müddetçe kanunî mümessilin arada inzıam edecek icazetle sıhhate kavuşacağını kabul etmiştir¹². Bir nevi tenazur icabı burada da aynı hal tarzını kabul etmek hukuk mantığına uygun düşse gerektir.

Nihayet bu ehliyet meselesile ilgili bir faraziye de ödeme emrinin küçük namına tanzim edilerek kendisine tebliğ edilmesi halidir. Bu şıkta küçüğün böyle bir muameleye karşı koyabilmek yetkisi hiç şüphesiz kabul edilmelidir. Zira küçüğün himayesine müteallik hükümler bunun böylece kabulünü zarurî kılar. Ancak ödeme emrinin kanun hükümlerine aykırı olarak tanzim ve tebliği şikâyete yol açmaktadır. Binaenaleyh buradaki küçüğün şikâyet suretile muhalefetini dermeyeran etmesi lâzım gelecektir. Her ne kadar şikâyet yoluna küçüğün başvuramayacağı Federal Mahkemece kabul edilmişse de Yüksek Mahkemenin bu noktai nazarı daha ziyade takibin ve icraî muamelelerin muteber surette kanunî mümessil aleyhine tevcih edildiği hallere maksur bulunmak iktiza eder. Yoksa bizzat küçüğe karşı yürütölmek istenilen takiplerde küçükten kanun yollarına müracaat yetkisi nezi edilemez. Kaldı ki bizzat Federal Mahkeme

12) 25 Mart 1937 tarihli k. (J. d. T. 1937, 2. 79).

küçüklerin şikâyet yoluna gidemeyeceği hakkında vazettiği kaidenin istisnaları olabileceğini kabul etmiş ve ezcümle küçüğe ait bir malın haczi halinde bunun kabili haciz mallardan olmadığı def'inin küçük tarafından şikâyet suretile mercie arzolanabileceğine karar vermiştir¹². Binaenaleyh bizzat küçüğün muhatap tutulduğu takiplerde kendisinin şikâyet hakkını kullanabileceğini kabul etmek lâzımdır.

9. — Mevzuumuz bakımından ehliyet bahsinin tetkikini bu suretle bitirdikten sonra mevzuumuzun diğer kısımlarına geçmekliğimiz icap ediyor. Bunlar da sırasile itirazın sıhhati bakımından itirazda bulunacak şahsın sıfatı, itirazın icra dairesine ne suretle ulaştırılması, ve ne müddet zarfında yapılması gerektiği, ve geçikmiş itiraz bahisleridir. En nihayet sıhhat şartlarını haiz olmayan bir itirazı muallel kılan butlanın hangi makam (icra dairesi mi, yoksa tetkik mercii tarafından mı) nazara alınacağı ve nasıl bir incelemeye tâbi tutulacağı keyfiyetinin tetkiki incelediğimiz bütün noktaların tabii ve zarurî bir neticesini teşkil edecektir. Yerimizin darlığı hasebile burada ancak tesbitle iktifa ettiğimiz bu meseleleri müteakip makalemizde tetkike devam edeceğiz.

İlhan E. Postacıoğlu

13) J. d. T. 1943, 2, 3. (Belgesay, şahsın hukuku Mad. 16, No. 5, sah. 121