

ÖDEME EMRİNE İTİRAZIN MAHİYETİ ÜZERİNDE BİR DENEME

Doçent Dr. İlhan E. POSTACIOĞLU

I — Mevzuun tahdidi. II — İtirazla şikâyet arasında hüküm farkları. III — Şikâyet ve itiraz mefhumları. IV — Münferit hallerin münakasası. İstifade ehliyetinden mahrum bir teşekkülün yaptığı takibe karşı itiraz mı şikâyet mi gerektiği. V — İstimal ehliyetinden mahrum şahsın takibine karşı şikâyet yoluna gidilmesi fikrinin izahı. VI — Bu fikrin tenkidi. VII — Fuzuli vekilin takibine karşı itiraz mı yoksa şikâyet mi yoluna gidilmesi gerektiği. VIII — Devrû temlike mevzu teşkil etmiş alacakların takibine karşı itiraz; bu hal suretini münakasa etmiş doktrinin tenkidi. IX — Rehinle temin edilmiş alacakların haciz yolu ile takibi halinde şikâyet ve itiraz tezleri müvacehesinde Türk ve İsviçre jürisprüdansı. X — Medenî Kanununun 165 inci maddesinin ihlâlinde vaziyet. XI — Salâhiyetsiz icra dairesinde yapılan takiplere itiraz. XII — Netice.

I. — Bilindiği üzere bir alacağın cebri icraya mevzu teşkil etmesi için ya borçlu olduğu iddia edilen şahıs tarafından inkâr edilmemesi yahut ta inkârı halinde kazaî bir kararla tanınmış bulunması lâzımdır. Şu halde bir para alacağı, eğer bir mahkeme kararı ile sübut bulmamış ise onun hakkında cebri icranın yürümesine mâni olmak için borçlu olduğu iddia edilen şahsın mezkûr alacağı ret ve inkâr eylemesi kâfidir. Bu ret ve inkâr keyfiyeti ise ödeme emrine itiraz suretile tahakkuk etmektedir. Filhakika cebri icraya ait müeyyedelerin tatbikine geçebilmek için aia-caklı tarafından icra dairesine hitaben bir takip talebi yapılmakta, icra dairesi de bu talebe müsteniden ödeme emrini tanzim ve borçluya tebliğ etmektedir. İşte borçlu bu suretle muhatap olduğu ihtara borcu olmadığını bildirmek suretile muhalefet etmesi teknik tâbirile itirazda bulunması gerekir. Ödeme emrini tebellüğ tarihinden itibaren muayyen müddet zarfında bu suretle itirazda bulunmazsa prensip itibarile cebri icranın yürümesi lâzım gelir. Bilâkis itirazda bulunursa itiraz bir mahkeme kararı ile iptal olunmadıkça veya kazaî bir makam olan itirazın ref'i hâkimî (Türk hukukunda tetkik mercii) tarafından kaldırılmadıkça¹, cebri

1) İflâs yolu ile yapılan takiplerde itirazın kaldırılması işi doğrudan doğruya mahkemeye aittir. Fakat biz bu ve bunu takip edecek makalelerimizde tetkikimizi haciz yolu ile takip seklince hasretmekteyiz. Binaenaleyh serlevhamızı haciz yolu ile takibi mutazammın bir ödeme emrine karşı yapılacak itiraz seklince anlamak lâzımdır.

icranın müteakip safhalarına geçmek imkânı mevcut olmaz. Bu itibarla bir yandan itiraz, diğer yandan da itirazın kaldırılması ilâmsız icranın hakikaten bir kilit noktasını teşkil etmektedir. Biz birbirini takip edecek makamlelerimizde bu mevzularla ilgili noktaları ele almak istiyoruz. Maksadımız bu vadede tebellür etmiş olan prensipleri meydana koymak ve tercihan gerek doktrin ve gerek jürisprüdansta ihtilâf doğuran noktalar üzerinde tevakkuf etmektir.

II. — Evvel emirde itirazın mahiyetini tasrih etmek icap ediyor. Bunun için de en uygun yol bize ödeme emrine yapılabilecek şikâyet ile itiraz arasında bir mukayese yapmak ve aralarındaki farkı tebarüz ettirmek gözüküyor. Zira ödeme emrini tebellüğ eden borçlunun bu ihtara karşı gösterebileceği muhalefet sadece itiraza münhasır kalmamakta aynı zamanda ödeme emrinin tanzim edilmiş olması keyfiyetine karşı şikâyet edebilmesi de mevzu bahis olabilmektedir. Diğer cihetten borçluya tanınmış olan bu iki müracaat yolu arasında bir kıstas bulmak sırf nazari bir iş telâkki olunmamalıdır. Çünkü şikâyet ve itiraz bazı hususlarda müşterek hükümlere tâbi tutulmuş olmakla beraber, diğer noktalardan birbirinden farklı kaidelere bağlanmış bulunmaktadır. Aralarında mevcut bu hüküm ayrılıklarını şurada kısaca zikretmek suretile iki müessese arasındaki tefrikin lüzumunu bilfiil göstermemiz herhalde munasip olacaktır.

a) *Müracaat mercileri bakımından*: Şikâyet doğrudan doğruya tetkik merciine yapılır². Halbuki itiraz icra memuruna yapılmak gerektir. (İc. ve İf. K. m. 62). İcra memuruna yapılmış bir şikâyet salâhiyetsiz memura yapıldığı için reddolunabilir. Filhakika, icra memuru şikâyeti mercie havale etmeğe mecbur değildir. Bundan dolayı icra memuruna yapılarak icra memurunca reddolunan bir şikâyet, eğer arada kanunî müddet mürr etmiş bulunuyorsa, hiç yapılmamış sayılacaktır³. Mamafih Yargıtay kanununun nazari bir tahlilinden istihraç edilmekte olan bu neticeyi reddetmektedir. İcra ve İflâs Dairesinin 14-4-1944 tarihli kararında «icra memurluğuna verilen istidada şikâyet mevzuunu teşkil eden hususattan olanlar hakkında karar verilmek üzere dosyanın icra hâkimliğine sevk ve takdimi lâzım gelir. Bu gibi hallerde merciine hitaben ayrıca istida

2) İc. ve İf. K. m. 16 ve bunu müeyyit Yargıtay kararı 1-1-1933 Aytemiz, Takip hukuku ile alakalı Temyiz Karar ve İçtihatları (Kısaltma Aytemiz) sah. 82.

3) Jaeger fr. terc. Cilt I sah. 42 ve Belgesay, İcra ve İflâs Hukuku 1942 (Kısaltma Belgesay) sah. 42.

vermeğe lüzum yoktur» denilmektedir ki bu suretle şikâyet ile itiraz arasındaki ehemmiyetli bir fark Türk hukuku için pratik bakımdan mevzuubahs olmayacaktır. İsviçrede ise farklı bir durum vardır⁴.

b) *Her iki yolun tâbi olduğu usul bakımından:* Alacaklı tarafından itirazın refi talep edilmesi halinde iki tarafın duruşmasının yapılması İc ve İf. K. nun 70 inci maddesi mucibince mecburî iken şikâyet mevzuubahs olduğu vakit diğer tarafın çağırılması sadece ihtiyarîdir. Diğer cihetten Türkiyemizde itiraz hâkimliği yani itirazın refi talebi üzerine ihtilâfı inceleyecek kazâî makamla şikâyeti tetkikle muvazzaf idarî makam birbirinden ayrılmamış her iki iş tetkik merciine verilmiştir. İsviçrede ise mahiyeten farklı bu iki işin gene mahiyet itibarile farklı makamlara tevdiî uygun görülmüştür. Bu iki sistemden hangisinin müreccah bulunduğunu etüdümüzün nihayetinde belirtmeğe çalışacağız. Bu vadide Türk ve İsviçre sistemleri arasında açıklanması gereken diğer bir cihet te İsviçrede sadece tetkik merciinin şikâyet üzerine ittihaz ettiği kararlar kabili temyiz olup itirazın refi hâkimi kararlarının Federal Mahkemenin kontrolüne tâbi olmadığıdır. Bizde ise bilâkis 363 üncü maddenin 3 üncü fıkrası serahati icabı itirazın red veya kabulü, — daha doğru bir tâbirle itirazın refi talebinin red veya kabulü demek iktiza eder — kabili temyiz kararlardan bulunmaktadır. Buna mukabil ödeme emrinin tanzim veya tebliğine ait şikâyetlerin red veya kabulü halinde temyiz yoluna gidip gidilemeyeceği meskût kalmıştır. Belki aynı 3 üncü fıkradaki (takibin iptali) tâbirini kanun 71 inci maddede istihdaf ettiği mânada dar ve teknik bir şekilde ele almayıp daha geniş ve şâmil bir mânada tefsir etmek suretile bu gibi kararları dahi Yargıtayın kontrolüne tâbi tutmak imkânı vardır. Yüksek Mahkememizin icra işlerinde dahi umumiyetle tebligata ait hususlar üzerinde karar ittihaz etmesi⁵ fiiliyatta bu ikinci

4) İsviçrede tetkik merciinin iki dereceli olduğu kantonlarda ilk merclî aşarak yapılan şikâyetler bu ikinci merclî tarafından doğrudan doğruya birinci merclîye sevk edilir, ve bilmukabele ikinci dereceyi teşkil eden merclî yapılması gereken şikâyetin ilk merclî yapılması o müracaatın yetkili merclîye havalesini icap ettirir; fakat yukarıda tetkik ettiğimiz şekilde merclî yapılması lâzım gelen bir şikâyetin memura bildirilmesi o müracaatın alt olduğu makama sevkini intaç etmez. (Jaeger sah. 43 ve R. Pétimeret ile H. Bovay tarafından ilâve edilen nota bakınız.)

5) Bu cümleden olmak üzere 2-12-1932 t. kararla 22-XI-1943 t. karara Bk. (Aytemiz sah. 82 ve 84). Ve ayrıca Bk. 16-5-1934 ve 26-6-1934 t. kararlara ve bunlar h. izabata, Belgesay, sah. 426. Vakıa bu kararlardan mühim bir kısmı 363 üncü maddenin 1940 senesinde aldığı şekilden evvelki tirihiere aittir. Fakat ayrıca su da

geniş tefsir tarzının tercih edilmiş olduğuna delâlet ettiği söylenebilir.

c) *Müddet bakımından*: İcra ve İflâs Kanununun 3 temmuz 1940 tarihli tadilinden evvel şikâyet beş günlük, şikâyet ise on günlük müddete tâbi tutulduğu halde şimdi prensip itibarile her iki müddet yedi güne irca olunmuştur. Ancak çek, poliça ve emre muharrer senetlere müsteniden yapılan takiplere itiraz müddeti her nedense değiştirilmemiş olduğundan eskisi gibi beş gün olarak kaldığı halde, şikâyet hakkında 168 inci madde gibi hususî bir hüküm mevcut olmadığı için bu ikinci müracaat yolu yedi günlük bir müddete tâbi bulunmaktadır.

Diğer cihetten şikâyetin müddeti içinde yapılıp yapılmadığı resen nazarı itibare alırlar⁶. Halbuki itirazın müddet geçtikten sonra dahi, alacaklının muvafakatı halinde tetkik mevzuu olmasına bir mâni yoktur⁷. Belki bundan böyle gecikmiş itirazın hükümsüzlüğünü dermeyan etmeyip 68 inci madde mucibince refini isteyen alacaklının talebi üzerine işe el koymuş olan merciin gecikme keyfiyetini resen nazara almağa yetkisi bulunmadığını söylemek te kabildir.

İtiraz ve şikâyet ayrı ayrı yollar olduğu için ödeme emrine yapılan şikâyet kaideten itiraz müddetini muhafaza etmez⁸. Keza ve bilmukabele yapılan itirazın şikâyet hakkını mahfuz tutmaması icap eder. Ancak biraz evvel (a) bendinde zikrettiğimiz 14-4-1944 tarihli Yargıtay kararı şikâyetin itirazla birlikte icra dairesine bildirilmesini muteber saymış ve icra dairesini bu takdirde şikâyet mevzuu üzerinde karar ittihaz etmek üzere istidayı tetkik merciine havale etmekle vazifeli görmüştür. Nazarı esaslara uygunluğu şüpheli bulunan bu hal suretinin pratik ihtiyaçları tatminkâr bir şekilde cevapladığı muhakkaktır. Bu duruma yazımızın nihayetinde tekrar temas etmek fırsatını bulacağız.

ç) *Tesir bakımından*: Şikâyet, tetkik merciince bu yolda karar verilmedikçe icrayı durduramayacağı halde mücerret itiraz takibi durdurur.

Görülüyor ki iki müracaat yolu arasında gerek pratik ve gerek na-

var ki 363 üncü maddenin 9 uncu fıkrası gayri menkul ihalesinde fesih talebinin kabul veya reddine müteallik kararları kabill temyiz addettiği için hiç olmazsa takibin gayri menkul ihalesine müncer olduğu ahvalde takibin müstenit olduğu ödeme emrinin usulü vechile tebliğ edilip edilmediği keyfiyeti temyiz tetkikatına mevzu teşkil edebilecektir. Bu durumu istisnai bir vaziyetten kurtarmak için en iyisi 363/3 için geniş tefsir tarzını tercih etmektir.

6) Belgesay sah. 98 ve zikrettiği Yargıtay kararı 13-6-1936 T. K. s. 246.

7) Belgesay sah. 171.

8) Jaeger fr. tercemesi C. I, s. 197.

zariye bakımından ehemmiyetli farklar vardır. Bu itibarla şikâyet yolunu itiraz şeklinden mümkün mertebe sarahatle ayırmak teşebbüsüne girişmek icap ediyor.

III. — Şikâyet sureti umumiyede icra memurunun kanuna aykırı muamelesine karşı bu muamelenin iptal veya islâhı veya yeni bir muamelenin yapılmasını temin maksadıyla ilgili tarafından tetkik merciine yapılmış bir müracaattır. Bu tarifi mevzuumuz zaviyesinden nazarı itibara alacak olursak ödeme emrinin tanzim ve tebliğinde⁹ icra memuru tarafından kanun hükümlerinin ihlâl edilmiş olması halinde borçlunun şikâyet yoluna müracaatı gerekir. Ezcümle ödeme emrinin kanunen ihtiya etmesi lâzım gelen ve borcun hangi muameleye taallük ettiğini bildirmeğe yarayacak kayıtlardan arî bulunması¹⁰ veyahut tebligatın İcra ve İflâs kanununun atfı icabı buna müteallik H. U. M. K. nu hükümleri dairesinde yapılmak iktiza ederken kanunun tespit ettiği şekiller dışında veya tecviz etmediği şahıslara yapılması şikâyete yol açan hallerdendir.

Bilmukabele borçlu takip edilmiş alacağın esasen doğmamış veya butlanla malûl bulunması veya muteber bir şekilde doğmuş olmakla beraber sukut etmiş olması gibi sebeplerle lâzımüttekiye bulunmadığını ileri sürmek suretile takibe muhalefet edecek olursa muhalefetinin bu şikârlarda itiraz şekline bürünmesi iktiza eder. Filhakika bu hallerde icra memurunun kanuna muhalif bir muamelesinden bahsedilemez. Çünkü icra memuru kendisine vuku bulan takip taleplerini is'af etmek için takibe mesnet olarak iddia edilen alacağın varlığını tahkike ne mecbur ve hattâ ne de mezundur. Bu cihet kat'îdir ve her türlü şüpheden âzade bulunmaktadır¹⁰ bis.

IV. — Fakat şimdi daha nazik bir sahaya geçmekliğimiz icap ediyor.

9) Filhakika Federal Mahkeme kararları tebliğatı yapacak olan müvezzil tebliğ muamelesi sırasında icra memurunun yardımcısı saymakta ve onun muamelesini icra memuruna izafe etmektedirler.

10) Jaeger Cilt I, sah. 185; ödeme emrinin butlanı İsviçre 67/T. 58) inci maddenin aradığı esaslı kayıtlardan birinin ademi mevcudiyeti halinde mevzu bahis olur. Ve butlan kararı şikâyet üzerine tetkik mercii tarafından verilir. 58 inci maddece derpis edilmemiş bir kaydın ödeme emrinde yer almaması şikâyete mevzu teşkil edemez.

10 bis) Esasen Guisan bir notunda «icra memuru bir takip talebinin muhik ve yerinde olup olmadığına hüküm vermek mevkilinde değildir» demek suretile bu fikri veciz bir şekilde ifade etmiştir. (J. d. T. 1923.296).

Alacağın sureti umumiyyede lâzımütlediye bulunmadığını ileri sürmek suretile yapılan bir defî madem ki itiraz şeklinde yapılmak icap ediyor ve madem ki bu gibi defiler maddî hukuktan neş'et etmektedir, acaba alacağın esasına ve özüne taallük etmemekle beraber maddî hukuktan neş'et eden bilcümle muhalefet sebeplerinin itiraz şekline bürünmesi lâzım gelir mi? Bu sualı başka türlü ifade etmek gerekirse şöyle diyebiliriz. Takip hukukuna ait hükümlerin ihlâli maddî hukuk kaidelerine aykırı hareket edilmiş olmasından ileri geldiği takdirde borçlu şikâyet mi yoksa itiraz yoluna mı gidecektir? Bu soru diğer bir soru münceer olmaktadır ki önu da şu şekilde ifade etmek kabildir: hangi hallerde icra memurunun maddî hukuk kaidelerine aykırı hareket etmesi mevzubahs olabilir?

İcra dairesi¹¹ takip talebine muhatap oluyor. Denilebilir ki bu takip talebinin nafiz ve belki de muteber olabilmesi için 1) Müracaat eden kimsenin ehliyeti, 2) İddia ettiği hak üzerinde tasarruf salâhiyetini haiz bulunması gerekir. Eğer icra memuru¹² takip talebinin sıhhatini tahkike mecbur sayılırsa sıhhat şartları tahakkuk etmemiş olan bir talebe müsteniden ödeme emrini doldurduğu için, maddî hukuka da taallük etse kanun hükümlerini ihlâl ettiği kabul edilecek ve bu takdirde ödeme emrine bu cihetlerden yapılacak muhalefetin şikâyet kisvesine bürünmesi iktiza edecektir.

Ehliyet bakımından sualimizi evvel emirde istifade ve istimal ehliyetine göre bir tefrika tâbi tutmak icap etmektedir. İstifade ehliyetinden mahrum bir varlığın yaptığı muamele mutlak butlanla malûl olduğu için sıhhata şu veya bu şekilde münkalip olması beklenemez. İcra dairesi ise takip neticesinde para icra veznesine girdiği takdirde takibi yapan kimseye ödemede bulunurken o kimsenin ehliyet ve temsil vaziyeti varsa temsil salâhiyetini tahkik etmekle mükelleftir. Binaenaleyh icra dairesinin takip talebinde bulunan kimsenin istifade ehliyetini haiz olup olmadığını tahkike salâhiyettar ve mecbur olmadığı kabul edilecek olursa icra dairesi bizzarure tediye sırasında bu salâhiyet ve mükellefiyetle mücehhez olduğu için tahsil ettiği parayı muteber bir surette alacaklı denilen bir şahsa ödeyemeyecektir. İstifade ehliyetsizliğin icazet gibi bir hukukî muamele ile giderilmesi bahis mevzuu olamayacağı için mahiyet ve bünyesi itibarile neticesiz kalmağa mahkûm bir takiple icra dairesini beyhude yere işgal edilmesinde bir mâna yoktur. Binaenaleyh bu mevzu-

11) Türk icra ve iflâs kanunu icra dairesini asgari olarak bir icra memurundan mütesekkil gördüğüne nazaran icra dairesi ve icra memuru tâbirlerini makalemizde birbirinin muadili olarak kullanmaktayız.

da icra dairesinin sonunda yapabileceği hattâ yapmağa mecbur olduğu tahkik muamelesini takibin başlangıcında veya her hangi bir safhasında yapmakla mükellef olduğunu kabul etmek zaruridir. Nitekim Federal Mahkeme hususî bir şirketin yaptığı takip talebi üzerine tanzim edilmiş ödeme emrine borçlunun itiraz etmemesi halinde takibin her zaman şikâyet üzerine veya resen iptal edilebileceğini kabul etmiştir. Filvaki hususî şirket şahsiyeti maneviyeden mahrum olduğuna göre takip istifade ehliyetinden mahrum bir varlık tarafından yapılmış oluyor. İsviçre Yüksek Mahkemesi bu münasebetle diyor ki: «Takip bir vecibenin cebren icrası gayesini güder, binaenaleyh takip medenî ehliyetten istifade etmesi gereken alacaklı tarafından yapılmak icap eder. Bu ehliyeti haiz olmayan bir kimse tarafından yapılacak takip güttüğü gayeye erişemez; binaenaleyh her zaman ve resen iptal edilebilmelidir»¹².

V. — İstimal ehliyeti cephesinden meselenin münakaşasına gelince biraz evvel serd ettiğimiz mülâhazaların buraya teşmiline zaruret olmadığı meydandadır. Zira evvelce hissettirdiğimiz gibi medenî haklarını istimal ehliyetinden mahrum bir kimsenin giriştiği takip neticesinde para icra veznesine girip icra dairesi bilâhare tediye yapıp parayı kabz edecek şahsın ehliyetsizliğinin giderilmesi pek âlâ kabildir. Binaenaleyh istifade ehliyetine nail olmayan herhangi bir teşekkülün yaptığı takip neticesiz kalmağa mahkûm bulunuyorken sadece istimal ehliyetinden mahrum bir şahsın yaptığı takibin hüküm tevhit etmemesi ancak bilâhare icazetin verilmemesi haline münhasır kalmaktadır. Yani berikinde kat'î bir vaziyet varken burada ancak bir ihtimal mevcuttur. Mücerret böyle bir ihtimalin mevcudiyeti ise istimal ehliyetsizliğinin resen nazara alınmasını herhalde zarurî kılmaz. Onun için meseleyi daha başka zaviyelerden incelemek mecburiyetinde kaldığımızı itiraf etmeliğimiz gerekir.

Bu mevzuda Jaeger takip talebinde bulunan şahsın medenî haklarını istimal ehliyetinden mahrum bulunduğunu borçlu iddia edecek olursa icra memurunun takibe devamdan istinkâf edebileceğini, veyahut takibe devamla borçluyu şikâyet yoluna devama mecbur bırakabileceğini kaydediyor¹³. Ancak şayanı dikkattir ki Jaeger aynı zamanda icra memurunun takip talebinde bulunan şahsın ehliyetini resen araştırmakla mükellef bulunmadığını kabul etmektedir. Fakat zannımızca icra memuru için böyle bir mecburiyet kabul etmemekle beraber eğer bu hususta, şikâyet yolunun muhafazası matlup ise ona asgarî olarak bu noktayı resen

12) Federal Mahkemenin 1 Temmuz 1917 t. k. (J. d. T. 1917. 2. 156).

13) Jaeger sah. 175 (Cilt I).

tahkik etmek salâhiyetini tanımak icap eder¹⁴. Çünkü eğer icra memuru için böyle bir tahkik imkânı mevcut değilse bu demektir ki kanun ehliyet şartının onun nazarında yerine getirilmiş olduğunu farz ve kabul etmektedir. O zaman da kanunun koyduğu faraziye icabı tahakkuk etmiş sayılması gereken bir vaziyete ittiba ettiği için icra memurunun kanunu ihlâl ettiği bittabi söylenemez, ve bittabi o zaman muamelenin bu yönden şikâyet yolu ile iptali bahis mevzuu olamaz.

Demek ki Jaeger'in aldığı vaziyet icra dairesine bu yolda bir tahkik salâhiyetini bizzarure tazammun ediyor. Ancak kayda değer ki Jaeger bu neticeye ulaşmak için muhakemesini bu yollardan geçirmek mecburiyetini hissetmemekte takibin butlanını mucip olacak her sebebin itiraz suretinde dermeyan edilemeyip şikâyete yol açması gerektiğini belirtmektedir¹⁴. Yani değerli müellife göre takip usulî bir muamele olduğu için onu malûl kılan her sebep şikâyete müncer olmak iktiza eder. Fakat tekrar edelim ki bu noktai nazar kanaatımızca bizzarure icra dairesi için bu butlan sebeplerini resen nazara almak yetkisini tazammun ettiğinden meseleyi yukarıda vazettiğimiz çerçeve içinde yani icra memurunun bu noktaları incelemeğe yetkisi olup olmadığı cephesinden ele almak yanlış bir hareket olmasa gerektir.

Takip talebini dava ikamesine müşabih tutacak olursak hâkimin taraflardan birinin ehliyetsizliğini resen nazara almak salâhiyetine malik bulunup bulunmadığına göre meseleyi münakaşa etmek mümkün olacaktır. Vakıa icra memuru adli ve idarî bir memur olduğundan onun durumunu kazaî bir makamın vaziyetine teşbih etmek tereddütle karşılanabilir. Fakat icra memuru alelâde bir memur olmaktan çok uzaktır. Onun yapacağı muamele Devletle fert arasında netice husule getirmekten ziyade muayyen bir ferde borçlu olduğu iddia olunan şahsa karşı bir netice husule getirecektir. Ve esasen bu şahsa bundan böyle icra memurunun bu muamelesine karşı müracaat hakkı tanınmaktan, noktai nazârını belirtmek imkânı verilmektedir. Diğer cihetten takip talebini de dava ikamesine benzetmek te yersiz olmasa gerektir. Zira her ikisi bir hakkın dermeyanına karşı ileri sürülen muhalefete Devlet kuvvetile nihayet verilmesi isteğini tazammun edip her ikisi de müruru zamanı keser. Bu itibarla bir dereceye kadar ve mahdut nispetler dahilinde kalmak şartile takip talebine muhatap olmuş icra memurunu bir dava arzuhaline el koymuş bir hâkime teşbih edilmesine cevaz bulunsa gerektir.

Ancak ilâve etmek gerekir ki meseleyi davaya kıyas etmek ve icra memurunun durumunu hâkimin vaziyetine irca etmekle halletmiş olmu-

14) Jaeger sah. 215-216.

yoruz. Filhakika hâkimin tarafların ehliyetini resen tahkik edip edemeyeceği hususunda her yerde muttarit bir sistem mevcut değildir. Alman sistemi hâkime bu hususu resen nazara almak yetkisini tanır. Fransız sisteminde ise bilâkis hâkime bu ciheti resen nazara almak yetkisi verilmiştir ¹⁵.

Bizde ise doğrusunu söylemek lâzım gelirse mesele bir dereceye kadar ihtilâflı kalmaktadır. Ord. Profesör Belgesay H. U. M. K. nun 39 uncu maddesinin tevsian tefsiri cihetini iltizam ederek hâkimin bilcümle ehliyetsizlik hallerini resen nazarı itibara alabileceği neticesine varmaktadır ¹⁶. 39 uncu maddenin mehazı olan Neuchâtel K. nun 33 üncü maddesi bu hükümle sarahaten (les parties autres que les personnes physiques - yani hakiki şahıslardan gayri tarafları) istihdaf etmiş olduğuna ve organlara taallük etmekte bulunan bir keyfiyetin temsil vaziyetine teşmili bir dereceye kadar tereddütle karşılanabileceğine göre bu vadide başkaca mesnetler aramak lüzumunu hissetmekteyiz. H. U. M. K. ehlyet bahsinde Medenî hukuk hükümlerine atıf yaptığı için meselenin bu son cepheden nasıl mütalâa edildiğini incelemek doğru olur kanaatındayız. Von Tuhr bu meseleyi münakaşa etmemiş ve hattâ eserinin bir yerinde aksi kanaatı iltizam ettiği hissini vermiş olmakla beraber ¹⁷ başka bir münasebetle hâkimin resen göz önünde tutabileceği hususlara dair irat ettiği misaller meyanında bir mukavele veya herhangi bir hukukî muameleden mütevellit bir ihtilâfı halle çalışan hâkimin irade beyanı sahibinin ehliyetsizliğini resen nazarı itibare alabileceğini kaydetmiştir ¹⁸. Egger de kadının koca lehine hâkimin muvafakatı olmaksızın giriştiği muamelede muvafakatın fıkdanı keyfiyetinin resen nazarı itibara alınacağını bildiriyor ¹⁹. Kadının bu gibi tasarruflara izinsiz girişmesi bir ehliyetsizlik hali sayıldığına göre ²⁰ Egger'in de Von Tuhr'a müşabih düşünmekte olduğu söylenebilir. Bu mühim müelliflerin noktai nazarını takviye eden rasyonel sebep te ehliyetsiz kimsenin bu suretle yani ehliyetsizlikten mütevellit butlanın resen nazarı itibara alınması halinde daha iyi himaye edileceğidir ²¹.

15) W. Dunand, Du rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits sah. 23 ve zikrettiği Glasson Tissier Cilt I, sah. 552.

16) Belgesay H. U. M. K. şerhi, 1939 sah. 431.

17) Von Tuhr (Torrenté-Thilo terc.) sah. 200.

18) Von Tuhr sah. 23.

19) Egger, Alle Hukuku (Dr. Tahir Çağa terc.) sah. 377.

20) Hukuk Fakültesi mec. makalemiz Cilt XII sayı 4.

21) Müteakip paragraftaki (b) bendine bilhassa Bk.

Bu mütalâalar, — şayanı kabul görüldüğü takdirde — H. U. M. K. zaviyesinden de varit olmak gerekir; yani hâkim dava edenin ehliyet-sizliğini resen nazara almak salâhiyetini haiz olmalıdır. Ancak bu durumun normal müeyyidesi davanın reddi olmayıp ehliyetsizliğin giderilmesini teminen davanın talikidir. Davanın reddi ancak ehliyetsizliğe nihayet verecek olan icazetin istihsal edilemeyeceği hakkında hâkime kat'i olarak kanaat gelmesi halinde bahis mevzuu olabilecektir²².

Şimdi bu uzun izahat sonunda varılan neticeyi mevzuumuz olan takip talebine tatbik edersek Jaeger'in mütalâasına iştirak etmenin mümkün olduğunu görürüz. Filhakika icra memuru takip talebinde bulunan şahsın ehliyetsizliğini tıpkı dava arzuhalini veren davacının ehliyetten mahrum olduğunu göz önünde tuabilmek yetkisine malik bir hâkim gibi resen nazarı itibara alabilecek ve bu takip talebine müsteniden ödeme emrini tanzim keyfiyetini ehliyetsizliğin giderilmesine talik edebilecektir. Hukukan haiz olduğu bu yetkiyi kullanmıyarak doğrudan doğruya ödeme emrini tanzim etmişse o zaman borçlunun bu muameleye karşı şikâyet hakkını istimal edebileceğini tasavvur ve kabul etmek kabil olur.

VI. — Görülüyor ki Jaeger'in bir kalem darbesile verdiği neticeye mesele ince bir tahlile tâbi tutulduğu takdirde ancak oldukça uzun ve dolambaçlı bir yoldan gidilmek suretile ulaşmak mümkün oluyor. İtiraf etmek gerekir ki Jaeger'in mütalâasını desteklemek maksadile denediğimiz bu hukukî konstrüksiyona bazı ciddi itirazlar yapılabilir.

a) Evvelâ bu konstrüksiyonun ilk zayıf noktası Jaeger'in yaptığı gibi icra memurunun takip talebinde bulunan şahsın ehliyetini tahkike sadece yetkili olup mecbur olmadığını farz ve kabul etmektir. Bir yetkinin kullanılması bir mükellefiyet mahiyetini haiz değilse bunun ademi istimali halinde bir kanun hükmünün ihlâl edilmiş olduğunu söylemekte herhalde müşkülât vardır. Bu güçlüğü iktiham için belki en kestirme yol Jaeger'in reyi hilâfına icra memurunun takip talebinde bulunan şahsın medenî haklarını istimal ehliyetini tahkik mükellefiyetinde bulunduğunu kabul etmek olacaktır ki bu bir takım pratik mahzurlardan salık olmadıktan başka bilcümle itirazları bertaraf edecek mahiyette de değildir.

b) Filhakika ikinci zaif nokta takip talebinin dava ikamesine müşabih tutulmasından çıkabilecek bütün neticeleri bilhassa ehliyet bakımından alelâcele kabulde zaruret bulunmadığıdır.

Hakikaten evvelâ medenî hukuk zaviyesinden butlanın resen nazara

22) Belgesay H. U. M. K. serhi sah. 131.

alınacağı hakkında doktrinde, — ittifak bulunmamakla beraber — kuvvetli bir temayül duyuluyorsa buna sebep küçüğün (veya sureti umumi-yede ehliyetsiz kimsenin) daha iyi bir şekilde himayesini temin düşüncesidir. Cidden butlanı serdetmek imkânı sadece kendine verilmeyip ayrıca hâkime tanınması şüphesiz ki küçüğün daha geniş ve daha etraflı bir surette himayesini sağlar. Aynı mülâhaza davacının ehliyetsizliği halinde de varittir. Çünkü ehliyetsiz bir kimse bir dava ikame eder ve butlan keyfiyeti mahkemece resen nazara alınamaz ise küçük davasını lâ-yıkı veçhile idare edememesi sebeble kaybeder ve hüküm normal müracaat yollarından geçerek veya bunlara müteallik müddetlerin inkızasile kat'iyet peyda eylerse artık bidayette gayrı muteber olan dava arzualinin iptali bahis mevzuu olamaz. Dava hükme raptolunmak ve hüküm de kat'iyet peyda etmekle iptal sebepleri bertaraf edilmiş olur²³.

Halbuki icra takibinde böyle bir vaziyet görülmemektedir. Çünkü borçlu ödeme emrine itiraz edip takibi yapan şahıs itirazın refini tetkik merciinden talep eylediği surette merci kararı katî kaziyei muhkeme teşkil etmemekte ve itirazın refi duruşmasında haksız çıkan tarafın umumî mahkemelere müracaat hakkı mahfuz kalmaktadır. Hattâ bir fikre göre itirazın refi talebinin reddine müncer olan merci kararının kaziyei muhkeme teşkil etmediği ve aynı alacak için ikinci bir defa icra takibine geçmek imkânının mevcut sayılması gerektiği nazara alınır²⁴ ehliyetsiz şahsın noktai nazarını icra safhasında lâ-yıkı veçhile teşrih edememesi ihtimali karşısında duyulabilecek endişelerin hiç bir suretle varit olmadığı tebeyyün eder. Binnetice ilâmsız takip safhasında medenî haklarını istimal ehliyetinden mahrum olan şahsın nakıs bir şekilde himayesi dava halinde olduğu gibi kendi hakkında kat'î mahiyeti haiz neticeler doğurmamaktadır. Binaenaleyh onun bu safhadaki ehliyetsizliğini resen nazara alacak derecede himayesi üzerinde hassasiyetle durmak için kuvvetli bir sebep yoktur. Demek oluyor ki ehliyet bakımından icra takip talebini dava ikamesine teşbih için derin, esaslı ve zarurî sebepler mevcut değildir.

Velhasıl ehliyetsiz bir şahsın takip talebine müstenid ödeme emrine karşı şikâyet yolunun açık olması hakkındaki Jaeger'in fikrini kabili müdafaa görmekte beraber bu noktai nazara iştiraki şimdi izahına çalıştığımız sebepler dolayısıyla zarurî saymamaktayız.

23) Japlot, Traité Élémentaire de Procédure civile 1929 sah. 34 ve 121.

24) Jaeger sah. 216.

VII. — Tetkik etmekteyiz gereken ikinci grup meseleler takip talebinde bulunan şahsın iddia ettiği hak üzerinde tasarruf yetkisinin icra memuru tarafından resen nazara alınıp alınmayacağıdır. Bu cümleden olmak üzere münakaşa edilmesi gereken vaziyet takip talebinin mümessil olduğunu iddia eden şahıs tarafından yapılması halidir.

Takip talebi dava arzuhaline teşbih edilmek suretile bu meselenin münakaşası kabul edilecek olursa cevap üzerinde fazla tereddüt caiz olmayacaktır. Filhakika H. U. M. K. nun 66 ncı maddesi temsil salâhiyetini natik vesikanın ibrazını gerek diğer tarafın ve gerek hâkimin isteyebileceğini beyan ediyor. Bu itibarla takip talebinde bulunan şahsın alacaklının vekili bulunduğu keyfiyetini icra memuru borçlunun müracaati üzerine ispat edecek durumda bulunmuyorsa borçlu bu takdirde salâhiyeti tahakkuk etmemiş bir mümessilin talebi üzerine ödeme emrinin tanzim edilmiş olmasından dolayı şikâyet edebilir²⁵.

Ancak takip talebinin dava ikamesine müşabih tutulması hususunda bir evvelki paragrafın (b) fıkrasında izhar ettiğimiz tereddütler takip talebinde alacaklının temsili bakımından da varit olmak iktiza eder. Füzuli vekil müvacehesinde yürümüş bir dava temsil olunduğu iddia edilen taraf için iadei muhakeme yoluna gidilmedikçe hüküm ifade eder (H. U. M. K. mad. 445/8 inci fıkra). İadei muhakemenin istisnai güç ve muhataralı bir müracaat yolu olması dava safhasında temsil sıfatının resen araştırılması lüzumunu kolaylıkla izah eder. Fakat takip talebinde bulunan kimsenin temsil sıfatını aynı titizlikle tahkike mahal olmasa gerektir. Çünkü istimal ehliyeti münasebetile izah olunduğu veçhile, borçlunun itirazı ve alacaklının mümessilli olduğunu iddia eden şahsın müracaati üzerine işin icra tetkik mercii tarafından incelenmesi halinde füzuli vekilin ihmal veya kastı neticesinde alacaklı aleyhine verilebilecek bir karar alacaklıyı asla kat'i bir şekilde ilzam etmemekte onun mahkemeye normal bir şekilde müracaat hakkı ve hattâ bir fikre göre ilâmsız icra yoluna yeniden baş vurmak salâhiyeti tamamen mahfuz kalmaktadır.

Bu mülâhazaların tesiri altında olmasa da bu bakımdan İsviçrede doktrin ile jürisprüdans arasında bir ayrılık bulunduğunu müşahede etmek gerekir. Ezcümle Jaeger temsil salâhiyeti subut bulmamış bir şahsın

25) Böylelikle takip talebinden sonra ve fakat borçlunun şikâyetinden önce verilmiş vekâletnamenin. — bihassa H. U. M. K. nun 67 ncı maddesindeki hükümlere kıyasen riayet edildiği surette — takip talebini muteber kılacağını kabul imkân sahasına girer. Çünkü icazetin makabline şümulü eşası hukuk kaidelerindedir. (B. K. m. 32).

talebi üzerine tanzim edilmiş ödeme emrine karşı şikâyet edilmesini tasrih ediyorsa da Federal Mahkemenin (43, III, 35) kararında hatâlı olarak borçlunun bu takdirde muhalefetini itiraz şeklinde bildirmesi içtihadında bulunduğunu kaydediyor²⁶. Federal Mahkemenin Jaeger tarafından zikredilen bu 22 Mayıs 1917 tarihli kararı tetkik edilecek olursa²⁷ görülür ki Yüksek Mahkeme meseleyi kabili münakaşa dahi addetmeyerek kat'i bir hal tarzına bağlamaktan çekinmemiştir:

«İcra ve İflâs kanununun sistemi mucibince icra dairesi alacaklının mümessili sıfatıyla hareket ettiğini söyleyen şahsın hakikaten onu temsil edip etmediğini araştırmakla mükellef değildir. Onun bu sıfatını kabul etmek istemeyen borçlu itirazı meyanında vekilin salâhiyetsizliğini ileri sürmelidir. Hâdisede avukat B ödeme emrinde kendisini alacaklının vekili olarak göstermiş ve borçlu da bu ödeme emrine karşı bir gûna itirazda bulunmamıştır. Hakikatı halde takip sırasında alacaklının vekili bu sıfatını kaybedebilir, ve bu durum hangi safhada vukua gelmişse borçlu bu yeni vakıayı dermeyan etmek hakkını bittabi haizdir. (Ancak bu gibi temsil salâhiyetinin bilâhara nihayete ermesi hallerinde borçlunun şikâyet yoluna mı yoksa gecikmiş itiraz yoluna mı müracaat etmesi gerekir. Hâdisede böyle bir durum olmadığı için bu noktayı burada araştırmaya ve karara bağlamaya mahal yoktur»²⁸.

Görülüyor ki Federal Mahkeme doktrini takip etmiyor ve kanaatimizce bunda hakkı da var. Türkiyemize gelince, öyle sanıyoruz ki bu hususta bizde muttarit bir kaidenin mevcut olduğu söylenemez. Tahmin etmekteyiz ki tatbikatta bir yandan icra dairesinin takip talebinde bulunan mümessilin temsil salâhiyetini natık imzası noterlikçe musaddak bir vekâletname araması tecviz edilmekle beraber temsil salâhiyetinin fıkdanı iddiasıyla bildirilecek muhalefetin itiraz yolu ile yapılması da imkân dahilinde bulunmaktadır.

VIII. — Şimdi ihtilâf doğurmuş ikinci bir meseleyi alacağın devrini iddia suretile harekete geçen şahsın sıfatını icra memurunun tetkike yetkili olup olmadığını bu izahatın ışığı altında mütalâa edelim. Eğer icra memurunun devrü temlik muamelesinin sıhhatini tetkike mezun olduğu ispat edilirse o zaman sakat bir devrü temlik muamelesine istinaden takipte bulunan şahsın talebi üzerine tanzim edilmiş ödeme emrinin şikâ-

26) Jaeger Cilt III sah. 166.

27) R. O. 43, III No. 35 (J. d. T. 1917. 2. 126).

28) Federal Mahkemenin mahfuz tuttuğu bu suale biz gecikmiş itiraz yolu ile cevap verilmesine mütemayil bulunuyoruz.

yet yolu ile iptali cihetine gitmek icap edecektir. Netekim doktrinde bu mütalâayı desteklemek hususunda azçok ciddi bir temayül vardır²⁹. Halbuki Federal Mahkeme burada itirazın bahis mevzuu olması icap ettiği kanaatındadır. Filhakika Federal Mahkeme devrû temlik muamelesinin sıhhatini tamamen maddî bir hukuk meselesi telâkki ediyor³⁰, ve bundan böyle devre yapılabilecek muhalefetin şikâyet şeklinde yapılmasına imkân görmüyor. Buna karşı müellifler ve ezcümle Profesör F. Guisan icra memurunun kanuna muhalefetinden sadece icra kanununun ihlâli mânâsının çıkarılmaması icap ettiğini söylüyor ve diyor ki şikâyete el komuş makamın ledelhace maddî hukuk meselelerini vehlei ulâda halletmek ve şikâyeti o şekilde bir karara bağlamak yetkisine malik olduğunu kabul gerekir. Yoksa bu makamlar karşılıklarına çıkan her maddî hukuk meselesini adetâ bir meselâi müstehire telâkki ederek hallinden istinkâf edecek olurlar ise vazifelerini lâyükile göremezler. Çünkü Profesör Guisan'ın en kuvvetli (argument) ı gerekçesi burada toplanıyor: itirazın refi talebi üzerine itirazı tetkik eden makam da halle mecbur kaldığı maddî hukuk meselelerini kat'î bir hal tarzına ve karara raptetmemektedir. Filhakika itirazın refi hâkiminin verdiği karar da vehlei ulâda verilmiş bir karar mahiyetini taşımaktadır, o suretle ki işin mahkemeye intikali ihtimali mahfuz kaldığı gibi, bu ihtimal tahakkuk ettiği takdirde icra hâkiminin kararı asla kazıyei muhkeme teşkil etmemekte, mahkemeyi bağlamamaktadır. Binaenaleyh, diyor bu müellifler, (autorité de surveillance - tetkik mercii) ile (itirazın refi hâkimi - juge de lamainlevée) arasında maddî hukuk meselelerine el koymak bakımından bir tefrik yapmak caiz değildir ve her ikisini de bu meseleler üzerinde esasa tesir etmemek üzere yalnız takip hukuku bakımından karar ittihazına salâhiyettar görmek ve bundan böyle bu mevzuda şikâyet yolunu tecviz etmek kabildir.

Doktrinin bu gerekçesi yerinde olamkla beraber yani her iki makamın maddî hukuk meselelerini halle muktedir oldukları fikri şayanı kabul olmakla beraber bu durum zannımızca doktrinin vasıl olmak istediği neticeye bizi bizzarure götürmez. Şüphesiz Federal Mahkemenin gerekçeleri de gayrı kâfidir. Bize öyle geliyor ki biraz farklı mebdelerden hareket suretile İsviçre Yüksek Mahkemesinin kararını tamamen tasvip etmek mümkündür. Zannımızca bu hususta temsil salâhiyetini veren muamele ile devir muamelesi arasındaki farklar üzerinde durmak yerinde olur.

29) F. Guisan, J. d. T. 1927, 2, 19 altına yazdığı not.

30) 26 Mayıs 1926 I. F. M. K. (J. d. T. 1927, 2, 19).

Evet devri temlik vaziyeti bahis mevzuu olmaksızın alacaklının vekiline verdiği temsil salâhiyeti de bir maddî hukuk meselesidir. Bunun tetkikinin icra memuruna bırakılması fikrini, — tamamen tasvip etmemekle beraber — bir dereceye kadar müdafaa gördüğümüze göre ne için devri temlik keyfiyetinde tamamen farklı bir durum olduğunu söyleyebiliyoruz? Temsil salâhiyetini bahşeden muamele maddî hukuka taallûk etmekle beraber münhasıran usulî muamelelere izafe edilmek suretile verilmiştir. Dava ikamesini veya icra takibini temin maksadile verilen bir vekâletname vaziyetinde olduğu gibi... Hakkın özü, esası, aidiyeti bakımından bu temsil muamelesi ile bir tahavvül husule gelmiş değildir. Halbuki devri temlik muamelesinin esaslı fonksiyonu devre mevzu teşkil etmiş olan hakkın aidiyeti bakımından bir değişiklik husule getirmektedir. Bu muamele tarafların karşılıklı hukukî vaziyetine tesir icra etmekte, hakkın özü ve esasını ilgilendirmektedir. Hakkın süjesi değiştiği içindir ki tali bir netice olarak takip salâhiyeti devredenden devralana geçmektedir. Binaenaleyh bu devir muamelesine yapılacak muhalefet sadece takibi yapan kimsenin takibi yapmağa yetkili bulunmadığı mânasını taşımakla kalmaz; fakat aynı zamanda ve bilhssa esasen o hakkı haiz olmadığı mânasını tazammun eder. Velhasıl hak, takibi yapmak isteyene ait olmadığı içindir ki binnetice o şahsın hakkı takibi de mefkut bulunur.

Demek oluyor ki icra memurunu devrû temlikin sıhhatini tayin bakımından salâhiyetli kılacak olursanız onu evvel emirde hakkın esasını ilgilendiren ve takip hukukuna ancak bilvasıta ve binnetice taallûk eden bir mevzuda karar almak yetkisile mücehhez kılmış olacaksınız. İcra memurunun salâhiyetinin bu derece tevsiine ise her halde icra meknizmasının müsaıt olmadığını söylemek kabildir.

Bu vadide bu noktai nazarı, — bilhassa İsviçre bakımından daha kolaylıkla destekleyecek mütemmim bir mülâhaza da vardır ki onu da şu şekilde ifade etmek kabil olsa gerektir. Şüphesiz (autorité de surveillance - tetkik mercii) doktrinin beyan ettiği gibi maddî hukuk meseleleri üzerinde karar alabilir. Fakat onun alacağı kararlar refi hâkiminin ittihaz edeceği karar mevzuundan ayrı ve farklı bir sahaya taallûk etmelidir ki iki mercii kararları arasında tezada meydan verilmesin... Halbuki devrû temlikin sıhhatini tetkik mercii karara bağladıktan sonra refi hâkimi itirazın refi safhasında aynı meseleyi tekrar halletmek mecburiyetinde kalabilecektir. Şu bakımdan ki hâkim devrû temlikin malûl olduğu yolunda ileri sürülecek def'i, itirazın refi talebini red veya kabul etmek için bir karara bağlamak mecburiyetindedir; bu kararında şikâyetleri tetkik edecek mercii kararile bağlı olması şayanı kabul olamaz; olmayınca aynı mevzu üzerinde zıt kararlar verilmesi ihtimali meydana

çıkar. Kanun itiraz hâkiminin kararlarına nazaran mahkeme kararlarının mahfuziyetini kabul etmiştir. Fakat doktrinin tenkitlerini haklı çıkarmak lâzım gelse şimdi bir de şikâyeti tetkik edecek merci kararlarına nazaran itiraz hâkiminin kararlarının mahfuziyetini kabul gibi ikinci bir prensibin konulması icap edecektir. Halbuki öyle sanmaktayız ki icra kanununun ruhundan böyle bir prensibin çıkarılmasına hemen hemen imkân yoktur. Çünkü İsviçre icra kanununun sistematığı bu iki makamın kararlarının ayrı ayrı mevzulara taallük etmesi merkezindedir.

İsviçre doktrininin Federal Mahkemenin kararına karşı serdettiği tenkitlerin bu yolda cevaplanabileceği kanaatını izhar ederken aynı mülahazaların Türk hukuku için de varit olduğunu buracıkta ilâve gerektir. Muhakememizi İsviçre misali üzerinde yürüttük ise de buna sebep şikâyet ve itirazın tetkiki işi orada ayrı ayrı hâkimlere verildiğinden, doktrinin teklif ettiği hal çaresini gölgelendiren mahzurların İsviçre hukukunda daha kolaylıkla belireceğidir. Bizde iki makamın birleşmiş olmasına rağmen her iki muhalefet mevzuunun aynı şekilde tetkike tâbi olmadığı ve şikâyet üzerine alınan kararlarla itirazın refi isteği üzerine alınan kararlar arasında mahiyet itibarile fark bulunduğu için İsviçre hakkında vasıl olduğumuz neticenin Türk hukukuna da kabili tatbik bulunduğu kanaatındayız.

Burada alacağın devri müânasebetile vasıl olduğumuz neticeyi umumî bir kaide ve hüküm halinde ifade etmek gerekirse demek icap eder ki takip talebinin müstenit olması gereken hakkın ademi mevcudiyeti iddiasının şikâyet suretile değil, itiraz şeklinde dermeyanı lâzımdır³⁰ bis. Filhakika hakkın mevcudiyet veya ademi mevcudiyeti hususunun şikâyet mevzuu teşkil ettiğini kabul etmek icra memurunun bu mevzuda bir tahkik salâhiyetini haiz olduğunu kabul etmek olacaktır. Çünkü şikâyet, mükerreren ifade ettiğimiz üzere icra memurunun haiz olduğu bir salâhiyeti kanuna muhalif olarak kullanması halinde bahis mevzuu olur. Halbuki bir kaç kere tebarüz ettirdiğimiz gibi icra memuru takip edilen hakkın varlığı veya yokluğu üzerinde karar almak salâhiyetini haiz değildir. Bundan böyle de husumeti tevcih salâhiyetini haiz olmayan bir kimsenin talebi üzerine tanzim edilmiş ödeme emrine karşı yapılacak muhalefetin itiraz şekline bürünmesi lüzumu kolaylıkla anlaşılır.

Nihayet bu mevzu ile bir dereceye kadar ilgili olmak üzere şunu

30 bis) Netekim Tribunal Cantonal Vaudois 23 Şubat 1927 tarihli kararında (J. d. T. 1928. 2. 27) hakiki alacaklıdan gayri bir kimsenin ödeme emrinde alacaklı olarak gösterilmesi halinde borçlunun itiraz yoluna müracaat etmesine karar vermiştir.

kaydetmek gerekir ki eğer alacaklı takipte bulunduktan sonra alacağını devretmişse devralanın takibe devamına karşı devrü temlik muamelesinin butlanını ileri sürmek ve gerek yeni alacaklıya karşı haiz olduğu defileri dermeyan bakımından borçlunun gecikmiş itiraz yoluna gitmesi iktiza eder³¹. Filhakika sistemin mantığı bunu böylece emretmektedir.

IX. — Tetkiki gereken diğer bir nokta da şudur: rehinle garanti edilmiş bir alacağın İcra ve İflâs Kanununun 45 inci maddesine rağmen takibine haciz yolu ile tevessül olunduğu takdirde borçlunun bu takibe karşı itiraz mı yoksa şikâyette bulunması mı gerektiği meselesi.

Burada kanuna muhalefetin İcra ve İflâs kanununa karşı olduğu ve maddî hukukla ilgisi bulunmadığını söylemek suretile ilk bakışta şikâyet yolunun tercihi hususunda bir intibaa kapılmak kabildir. Fakat, bir kanunî hükmün hangi kanunda yer aldığına göre maddî hukuka taallûku olup olmadığını kestirmek doğru bir şey olmaz. Medenî kanunda nice kaideler vardır ki usul hukukunu alâkadar eder; ve bilmukabele usul hukukunda öyle kaide ve hükümler bulunabilir ki bunlar doğrudan doğruya maddî hukuku ilgilendirir. Onun için 45 inci maddemizin hangi kanunda yer aldığını göz önünde tutmaktan ziyade evvel emirde mahiyetinin ne olabileceğini tespit etmek en muvafık hareket olur.

Federal Mahkeme bu kanun hükmünü maddî hukukla ilgili görmüş, ve bu maddeyi daha ziyade tarafların iradesini tefsir eder mahiyette telâkki etmiştir. O suretle ki, taraflar aksine bir irade beyanı izhar ettikleri zaman, yani rehnin tesisine rağmen alacaklıyı doğrudan doğruya haciz yolu ile takibe muhtar bırakmak hususunda mutabık kaldıkları vakit bu mutabakatın muteber olacağını kabul eylemiştir. Vakıa Federal Mahkeme bu neticeye ilk hamlede ulaşmış değildir. Evvelce bu 45 inci maddeyi âmîr bir hüküm telâkki ederek hilâfına yapılmış anlaşmaların hükümsüz sayılması içtihadında bulunmuştu³²; fakat 27 Nisan 1932 tarihli kararı ile bu içtihadını haklı olarak değiştirmiştir³³. Bu içtihat değişikliği münasebetile şayanı dikkat bir makale yazmış olan Profesör Guisan diyor ki: «41 inci madde (bizim 45 inci maddemiz) haddizatında usulî formalitelere taallûk etmemekte sadece alacaklının takip etmek hakkını ilgilendirmektedir. Bu madde borçlunun mâmelekinden hangi parçanın ve ne gibi bir sıra dahilinde borca karşılık teşkil ettiğini tayin etmektedir». Bu

31) 20 Temmuz 1932 t. Federal M. K. nun gerekçelerine Bk. (J. d. T. 1932. 2. 20).

32) R. O. 27. I. 131 Federal Mahkeme tarafından 26/IV/1932 t. kararı tarafından zikredilmiş (J. d. T. 1932. 2. 101).

33) J. d. T. 1932.2.101 F. Guisan'ın bir notu ile beraber.

itibarla 45 inci maddenin daha ziyade maddî hukuka taallûk ettiğini ve binnetice burada ancak itiraz yolunun açık bulunduğunu teslim gerekir.

Bahusus ki rehnin mevcudiyeti çok defa icra memurunun meçhulü kalabilir. Alacaklı takip talebinde bulunurken sureti muhakkakada alacağının merbut olduğu senedi ibraza mecbur olmayıp alacağın sebebinin beyanla iktifa edebilir. Her halde bu yazının başında da tebarüz ettirildiği veçhile, alacak senede raptedilmediği ve icra dairesi muvacehesinde kabili ispat bir mahiyet göstermediği takdirde icra dairesi ödeme emrini tanzimden imtina edemez. Binaenaleyh bu durum sebeble rehnin mevcudiyetine veya ademi mevcudiyetine icra dairesinin mer'î kaideler icabı otomatik bir şekilde muttali olacağı söylenemez. Kaldı ki rehnin borcun doğmasından bir müddet sonra tesisine de bittabi hiçbir mâni yoktur ve nihayet rehin borcun doğumu sırasında tesis edilmiş olsa bile bilâhare bir anlaşma neticesinde doğrudan doğruya haciz yoluna gitmek yetkisinin alacaklıya verilmiş olması da imkân dahilindedir. Velhasıl alacaklının borç senedini icra dairesine ibraz mecburiyeti gibi bir mükellefiyetle yükümlü olduğu farz ve kabul edilse bile, biraz evvel izahına çalıştığımız mülâhazalar icabı bu mecburiyet haciz yolu ile takip hakkının mevcut olup olmadığını meydana koymak bakımından büyük bir kıymet ifade etmez. Demek oluyor ki icra memurunun alacağın evvelâ rehinle garanti edildiğini saniyen garanti edilmekle beraber doğrudan doğruya haciz yoluna müracaatın taraflar arasında mahfuz tutulup tutulmadığını objektif bir surette bilmek hattâ öğrenmek mevkiinde bulunmamaktadır. Bu itibarla da haciz yolu ile takibi mutazammın ödeme emrini tanzim etmiş olmasından dolayı kanunu ihlâl etmiş olması söylenemez.

Netice olarak Federal Mahkeme 41 inci (bizde 45) maddenin maddî hukuka taallûk ettiğini kabul ettikten sonra bu madde hükmünün ihlâli halinde borçluya şikâyet yolunu açık tutmakla, Profesör Guisan'ın da işaret ettiği veçhile bir nevi tezada düşmüş, ve şayanı dikkattir ki bünyevî bir tezatla malûl olan bu içtihadında bilâhare de ısrar etmiştir³⁴.

Buna mukabil Yargıtay bu noktai nazarı haklı olarak benimsemiştir. Türk Yüksek Mahkemesi elinde rehin bulunduğu halde haciz tarikile hakkını istifa etmek isteyen alacaklının takibine karşı borçlunun itiraz edebileceğini kabul etmektedir³⁵. Esasen Yüksek Mahkememiz alacaklıya böyle bir salâhiyetin anlaşma neticesinde verileceğini ayrıca kabul etmekle verdiği hal tarzları arasında tam bir insicam ve âhenk tesisine muvaffak olmuştur.

34) J. d. T. 1943.2.114 de 14-XI-1942 t. F. M. K.

35) Yargıtayın 2/3/1941 t. kararı (Yargıtay Kararları 1939-40, sah. 367).

X. — İhtilâf doğurması daha az beklenen son iki noktaya gelince bunlardan biri karı koca arasında cebri icrayı men'eden Medeni Kanunun 165 inci maddesinin mahiyetini tayindir. Kanaatimizce burada doğrudan doğruya takip hukukunu ilgilendiren bir keyfiyet vardır; ve bu maddeye muhalefet itiraza değil şikâyete yol açar. Vakıa kanun eşleri sadece bir-biri aleyhine cebri icranın tatbikini istemekten men'etmiştir. Fakat şüphesiz ki kanunun ruh ve maksadı sadece başlangıçta değil, fakat herhangi safhada olursa olsun eşler arasındaki cebri icra takibinin yürümesine mâni olmaktır. Binaenaleyh karı koca vaziyetinin icra dairesinin meçhulü kalıp cebri icraya girildiği takdirde bilâhare alacaklı ile borçlu arasındaki karı kocalık münasebetine ittıla peyda edildiği andan itibaren cebri icranın her hangi müteakip bir muamelesine geçilmesi bu 165 inci maddenin ihlâli mânasını taşır; ve bundan böyle her nasılsa yürümekte bulunmuş olan icra takibinin şikâyet suretile her hangi bir safhada iptali kabildir.

Ancak şayanı dikkattir ki bu hususta mahkeme içtihatları arasında tam bir ittirad yoktur. Vakıa 165 inci maddenin intizamı âmmeden olduğu ve icranın her hangi bir safhasında nazara alınması gerektiği hususları kabul edilmektedir. Fakat bu neticeleri en iyi sağlayacak olan teknik vasıtalar üzerinde içtihatlarda bir vahdet görülmüyor. Filhakika borçlunun bu münasebetle itiraz yoluna başvurmasından bahsedilmiştir. Bu hususta 9 Aralık 1937 tarihli Federal Mahkeme kararında deniliyor ki:

«Borçlunun ödeme emrine itirazda bulunmamış olması takibin, intizamı âmmeye muhalefeti halinde, iptalinin borçlu tarafından her hangi bir zamanda istenilmesine mâni değildir. Hâdisede takip M. K. nun 173 (bizde 165) üncü maddesini bariz bir şekilde ihlâl etmektedir. 173 üncü maddenin sevkine âmil sebepler gözönünde tutulacak olursa bu hükmün intizamı âmmeyi ilgilendirdiğini teslim gerekir. Zira kanun vazı evlilik sırasındaki takipleri menetmiş ise bunu eşleri birbirine karşı korumak düşüncesile değil, fakat daha ziyade bir yandan eşler arasında her hangi anlaşmazlık sebeplerini izale etmek suretile bizzat evlenme ve aile müessesesini takviye gayesile ve diğer yandan da müşterek hayatları sırasında birbirine karşı cebri icra vasıtalarına müracaat eden eşleri istikrahla karşılayacak âmme hissini tatmin için yapmıştır»³⁶.

Bu karar münasebetile yegâne tereddüt duyduğumuz nokta, intizamı âmmeyi ihlâl edecek mahiyette bir takibe *her zaman itiraz yolu ile* karşı durulabileceği keyfiyetidir. Kararın gerekçeleri çok açık olmadığı için

36) J. d. T. 1938. 2. 29. Bu karar sayın hocamız Belgesay tarafından tasvip edilmiştir (sahife 170).

üzerinde tereddüt etmek ve bu mevzuda bir tefrikin caiz olup olmadığı sualile karşılaşmak tabiidir. Acaba kastedilen mâna doğrudan doğruya ve münhasıran bizatihî takibin intizamı âmmeye muhalif olması hali midir, yoksa aynı zamanda takibe mesnet teşkil eden alacağın intizamı âmmeye aykırılığı neticesinde takibin dahi intizamı âmmeyi ihlâl edici bir mahiyet aldığı haller mi ifade olunmak istenmiştir. Her halde Federal Mahkemenin kararında verdiği gerekçeyi bu ikinci ihtimalleri de içine alacak şekilde anlamak ve tefsir etmek çok güçtür. Gayri ahlâkî bir borç için takip edilmekte bulunan borçlunun vaktinde itiraz etmiyerek bilâhare borcun intizamı âmmeye muhalefeti sebebiyle takibin durdurulmasını temin için itiraz hakkını kullanabileceği zannımızca pek ziyade şüphelidir. Kanuna muhalefet halinin her zaman ileri sürülebilmesi için bizatihî takibin ânime intizamına aykırı olması lâzım gelmektedir ki böyle bir hal doğrudan doğruya takip hukukuna ait hükümlerin ihlâli mânasını tazammun eder ve bu itibarla burada bahis mevzuu olabilecek teknik vasıtanın sadece şikâyet olduğunu teslim etmek gerekir. Nitekim Vaud kantonu İstinaf Mahkemesinin içtihadı bu yolda tekarrür etmiştir. Bu içtihadı Panchaud ve Caprez şu şekilde hülâsa ediyorlar: «Borçlu eşler arasındaki cebri icra memnuiyetini ileri sürerek itirazın ref'i talebine mâni olamaz. Çünkü cebri icra memnuiyetine müteallik def'in itirazın refi hâkimine değil şikâyetleri incelemekle mükellef tetkik merciine arzı gerekir»³⁷.

İlave etmekliğimiz icap eder ki Yargıtay 16/2/1943 tarihli bir kararında «Kanunu Medenin 165 inci maddesine göre karı koca arasında cebri icra caiz değil den itiraz olunmamak veya müddeti geçirilmek suretile takip kat'ileşmiş olsa bile kanunun âmir hükümlerinden madut olan işbu madde hükmü resen nazara alınır» demektedir, keyfiyetin nazara alınması için ilgililerin hangi müracaat yoluna baş vurmaı gerektiğini tasrih etmemektedir. Böyle bir vaziyette borçlunun haiz olduğu muhalefet hakkı, kararın bir yerinde belki de hikâye tarikle ifade olunduğu gibi, itiraz değil bilâkis şikâyet suretile kullanılmak gerekir. Zira biraz önce arzettiğimiz üzere her zaman dermeyanı kabil bir muhalefetin ancak şikâyet yolu ile ileri sürülmesi icap eder³⁸.

XI. — Nihayet üzerinde kısaca durmaklığımız icap eden bir nokta da takibin yapıldığı icra dairesinin salâhiyetine yapılacak muhalefetin

37) Panchaud ve Caprez, La mainlevée d'opposition 1939, sah. 85.

38) Halbuki biraz evvel zikrettiğimiz Federal Mahkeme kararı ve bunu takiben Ord. Prof. Belgesay bazı itiraz nevelerinin her zaman dermeyanını mümkün görüyorlar (Belgesay, sah. 170).

şeklidir. İsviçrede salâhiyet kaidesinin ihlâli şikâyete yol açar. Filhakika hacze iştiraki geniş bir şekilde temin için İsviçre kanunu salâhiyet hususunda alacak ve borçluya akit serbestisini tanımamış ve salâhiyet kaideleri İsviçrede takip hukukunu ilgilendiren ve intizamı âmmeden madut kaideler nev'inden bulunmuştur.

Bizde ise kanunumuz hacze iştiraki İsviçredeki gibi geniş bir ölçüde ele almayı tahdidî bazı hallere hasretmeği müreccah gördüğünden takibin yapılabileceği icra dairelerini tayin salâhiyetini taraflara tanımakta bir mahzur görmemiş ve bununla müterafık olarak salâhiyete yapılacak muhalefetin itiraz kisvesine bürünmesi iktiza ettiğini tasrih etmiştir (madde 50). Bazı müellifler ezcümle sayın Ord. Prof. Ansay itiraz kelimesinin 50 nci maddede teknik bir mânada kullanılmamış olduğu kanaatini izhar ediyorlarsa da³⁹ biz bu fikre iştirak etmiyoruz. Hacze iştirak hususunda İsviçre ile Türkiye arasındaki sistem farkı ve bunun neticesi olarak salâhiyettar daireyi tayin bakımından taraflara tanınmış serbesti salâhiyet cihetinin kendisine müracaat edilen icra dairesi tarafından resen nazara alınmasına imkân bırakmamakta ve bundan böyle salâhiyetsiz bir icra dairesi tarafından ödeme emrinin tanzimi keyfiyetinde kanunu ihlâl eden icra memuru olmaktan ziyade o takip talebinde bulunan kimse bulunmaktadır. Bu durum ise salâhiyet kaidelerinin ihlâli halinde kelimenin teknik mânasile itiraz yoluna müracaatı zarurî bırakmaktadır.

XII. — Buraya kadar yazdıklarımızı hülâsa ile bir neticeye bağlamak icap ederse Türk hukuku için şu esasları tespit edebileceğimizi sanıyoruz.

Ödeme emrine itiraz takipte bulunan şahsın, — icra memurunun nazara almağa mezuun olmadığı her hangi bir sebepten dolayı — iddia ettiği gibi bir hak veya bilfiil kullandığı takip hakkı gibi bir salâhiyeti haiz olmadığı beyanının borçlu tarafından icra dairesine bildirilmesidir. Bu beyan takibin durması neticesini husule getirir.

Vasıl olduğumuz bu çetrefil tarif esas hatları itibarile İcra ve İflâs Kanunumuzun 60 ıncı maddesindeki formülden alınmıştır. Borcun tamamına veya bir kısmına veya alacaklının takibat icrasına borçlu tarafından icra dairesine hitaben bildirilen muhalefet itirazdır. Ancak biz biraz evvel daha dolambaçlı bir ifade şeklini ihtiyar ettik ise buna iki sebep vardır. Evvelâ alacaklının sureti umumiyede takibat icrasına hakkı bulunmaması yerine, bilfiil yaptığı şekil ve tarzda bir takibe hakkı bulunmadığını tasrih etmekle rehinle temin edilmiş bir alacağın haciz yolu ile

39) Sabri Şakir Ansay, Hukuk İcra Usulleri 1936, sah. 67.

veyahut salâhiyetsiz bir icra dairesi marifetile yapılmış takiplere itiraz şeklinde muhalefet edilmesi fikrini tebarüz ettirmeğe çalıştık. Saniyen ve bilhassa tarifimize icra memurunun nazara almağa mezun olmadığı fıkrasını eklemekle şikâyet ile itiraz arasındaki farkı belirtmeğe yarayacak kıstası ifade etmek istedik.

Esasen buraya kadar yazdıklarımızdan anlaşılacağı veçhile mesele- nin bütün nezaketi icra memurunun hangi hususları resen nazara alıp alamıyacağı noktasında toplanmaktadır. Muhtelif şıkların münakaşası vesilesile göstermiş olduğumuz gibi bilhassa istimal ehliyetinin veya hakikî alacaklıyı temsil salâhiyetinin fıkdanı halinde icra memurunca bu eihetlerin resen gözönünde tutulup tutulamıyacağı ve binnetice şikâyet mi yoksa itiraz yoluna mı gidilmesi iktiza edeceği hususunda kat'î bir hal suretine varılamıyacağını bildirmiş, ve Jaeger'in şikâyet yolunu mürec- cah gören görüşüne iltihakı zarurî addetmiyerek itiraz yolunun tercihi noktai nazarına meylelemiştik. Keza husumeti tevcih salâhiyetini haiz olmayan bir kimsenin yaptığı takip talebi üzerine tanzim edilen ödeme emrine karşı şikâyet yoluna gidilmesini mümkün gören Profesör Guisan'ın noktai nazarını mahkeme içtihatlarına dayanmak suretile reddetmiştik. Buna mukabil rehinle temin edilmiş alacağın haciz yolu ile yapılan takibi- ne, Federal Mahkemenin reyi hilâfına ve fakat Prof. Guisan'ın ve Türk Yargıtayının görüşüne uygun olarak itiraz suretile karşı konması gerektiği içtihadında bulunmuştuk.

Verdiğimiz hal tarzlarını umumî bir fikre bağlamak lâzım gelirse, kanuna muhalefet alacaklı veya borçlunun, akit serbestisine malik oldukları bir hususa taallük ediyor, veya kanunun ihlâli hakikî alacaklı veya kanunî mümessilinin mevzubahs takip talebine icazet vermemiş olmasın- dan ibaret bulunuyorsa bu sebeplerle malûl bulunan takip talebine müs- teniden tanzim edilmiş olan ödeme emrine itiraz etmek lâzımdır. Bu bir- leştirdiğimiz noktaları daha toplu bir formül içinde ifade edersek, *yeni bir takip talebi* yapmağa mecbur olmaksızın borçlunun muvafakati veya hakikî alacaklının veya kanunî mümessilinin icazeti ile sıhhate münkalip olabilecek bir ödeme emrine karşı dermeyan edilebilecek muhalefetin iti- raz şekline bürünmesi iktiza eder. Bilâkis takip talebini malûl kılan bu- lan sebepleri tarafların veya kanunî mümessillerin iradesile bertaraf edi- lemiyecek mahiyette ise o zaman böyle bir takip talebine müstenit ödeme emrine karşı şikâyet etmek gerekir. Bu kategoriye, takip talebinin me- denî haklardan istifade ehliyetine malik olmayan bir teşekkülden sadır olması, eşler arasında icra takibi talepleri, veyahut takip talebinin ve binnetice ödeme emrinin gereken kanunî kayıtları ihtiva etmemesi dola- yısıyla takibin mevzuunu, ve kimin tarafından kime karşı yapıldığının

belli olmaması gibi haller girer. Bu hallerde bâtil olan bir ödeme emrinin şu veya bu şekilde sıhhate münkalip olması beklenemez. Bilfarz hususî bir şirket namına yapılmış takip talebi her zaman için bâtildir. Üçüncü şahıslara karşı âkit sıfatını almış olan şerikin bizzat harekete geçmesi lâzımdır; ve bu takdirde evvelce şirket namına yapılmış takip talebi sıhhate münkalip olmaz, yani faal şerik tarafından yapılmış takip talebinin hiçbir kanunî değeri bulunmamış olan hususî şirketin takip talebi tarihine ircaı mümkün değildir.

Denediğimiz bu terkîp amelîyesine ve ileri sürmeğe cesaret ettiğimiz birkaç kıstasa rağmen mevzuumuzun her türlü tereddütlerden sıyrıldığını ve berraklığa kavuştuğunu iddia edecek değiliz. Esasen bu gibi noktaları birbirinden ayırmaktaki zorluk dolayısıyla Profesör Guisan bu yazı boyunca serdettiğimiz muhtelif notlarında şikâyet ve itirazın aynı mercie bildirilmesini ve iki müracaat yolunun birleştirilmesini tavsiye etmektedir. İsviçreli bilginin temennisi memleketimiz için kısmen tahakkuk etmiş bulunuyor. Filhakika mükerreren tebarüz ettirdiğimiz veçhile Türkiyemizde, şikâyetleri ve itirazın refi taleplerini tetkikle mükellef tek bir makam icra tetkik mercii mevcuttur. Fakat bu suretle bütün müşkülât menbaları memleketimiz için, bilfiil değilse bile hiç olmazsa nazari sahada tamamen kurumuş değildir. Çünkü itiraz ve şikâyet ayrı, ayrı prosedüre ve hükümlere tâbidir, ve bilhassa netice itibarile aynı makam tarafından tetkik edilecek olmakla beraber ayrı ayrı makamlara yapılması icap etmektedir. Ayrı ayrı makamlara müracaat zaruretinden doğan mahzurları, Yargıtayın üzerinde birkaç defa durduğumuz 14/4/1944 tarihli kararı çok geniş bir mikyasta bertaraf etmektedir. Tebarüz ettirmek gerekir ki şikâyet mevzuunun itiraz şeklinde bildirilmesinden ve hattâ itirazın tâbi olduğu şekilde bir tetkike mevzu teşkil etmesinden maslahatın müteessir olacağı söylenemez. Filhakika itirazın refi talebinin tâbi olduğu prosedür, tarafeynin celbi mecburî olması bakımından fertler için daha çok garanti arzeder. Sade itiraz icra takibini durdurduğu halde şikâyetin böyle bir netice husule getirmesi mercice ayrı bir kararın ittihazına mütevakkıftır ki bu da izam edilecek bir nokta teşkil etmez. Demek oluyor ki ödeme emrine karşı yapılabilecek bilcümle muhalefet hallerinin itiraz şeklinde yapılabilmesine hiç olmazsa (şayanı temenni kanun bakımından - ex lege ferendae) cevaz vermek lâzımdır. Dikkat edilirse şikâyet yolunun mevzuumuz bakımından büsbütün elimine (bertaraf) edilmesini istemiyoruz. Çünkü şikâyet mevzularının takibin ledelhace her safhasında ileri sürülmesini temin için bu yolun muhafaza edilmesini uygun görmekteyiz. Fakat buna mukabil şikâyet mevzuuna giren bir hususun itirazın dermeyanını ve itirazın tâbi olduğu prosedür içinde incelen-

mesini mümkün kılmakta, işlerin basitliğini ve mahkeme içtihatlarının kanuna uygunluğunu temin cephesinden her halde fayda vardır. Esasen Yargıtay 14/4/1944 tarihli kararı ile ve daha sonra temas edeceğimiz kararlarla temenni ettiğimiz bu yenilik yoluna bilfiil girmiş bulunuyor. İcra ve İflâs Kanunumuzun tâdili mevzuu eğer bir gün tekrar ele alınacak olursa jürisprüdans ve doktrinde beliren bu temayülleri gerçekleştirmesini yazın kanundan beklemek fazla cüretli bir temenni sayılmamak icap eder.

Ilhan E. Postacıoğlu