

SENETLERİN TANZİMİ VE TAKİP HUKUKU BAKIMINDAN EHEMMİYETİ

Asistan Dr. Necmeddin M. BERKİN

I

Resmî Senetlerin Tanzimi ve Noterlerin Yetki ve Görevleri

1 — Resmî senetler salâhiyetli memurların resen tanzim ettikleri senetlerdir.

Salâhiyetli memurun doğrudan doğruya tanzim etmeyip de, sadece imzasını ve tarihini tasdik ettiği senetlerin resmîyeti sadece imza ve tarihe taallûk eder. Binaenaleyh, noterin sadece imza ve tarihlerini tasdik ettiği senetlere *yarı resmî senet* nazariyle bakılmak doğru olur. Hocamız S. S. Onar ile M. R. Belgesay bu türlü senetlerin âdi senet hükmünü muhafaza ettiklerini mülâhaza etmişlerdir[1].

2 — Kanunun hususî surette yetkilendirdiği mahsus bir memurun tanzim ve tasdikine müdahale ettirildiği her nevi akıt ve yükümlenmeler sırf bu sebeple resmîyet, mevsukiyet kazanmış olurlar. Bu resmîyet ve mevsukiyet ise taallûk ettiği senet münderecatında teressüm eden hakka, hilâfı sabit oluncaya kadar mutlak bir kesinlik bahşeder. Hocamız Belgesay'ın ifadeleriyle «noterin.. tasdik ettiği yazı isbatına ihtiyaç olmadan hakikat sayılır»[2]. Kısaca, noterlerin faaliyeti işlerin emniyet ve vüsukunu temin etmek yönünden pek faydalıdır. Bu fayda noterin tanzim ettiği senedin ihtilâfa yer bırakmaması ve bu yönden mahkemelerin işleri çoğalmaması suretiyle de tecelli eder.

Görülüyor ki, kanunî görevleri itibariyle noterler haddizatında kamu hizmeti görmektedirler ve bu hizmetleriyle de halka son derecede müfid ve faydalı olmaktadırlar. Bu itibarla ki, noterleri «halkın itimada lâyük birer kâtibi» addeden Hocalarımız haklıdırlar[3].

[1] Sıddık Sami Onar - Mustafa Resit Belgesay: Adliye Hukukunun Umumi Esasları, sah. 50, B. Ist. 1944.

[2] Mustafa Resit Belgesay: Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, cilt I, sah. 101. Ist. 1944.

[3] Sözü geçen eser, sah. 45.

Alman Hukuk Usulü Kanunu 415 inci maddesinde noterleri âmme itimadiyle mücehhez şahıs (*mit öffentlichem Glauben versehener Person*) addetmektedir.

Tanınmış Alman hukukçusu Prof. Stein'e göre: Alman hukukunda âmme itimadı ile mücehhez şahıslar, noterler gibi mevzuatın bilhassa hukukî vakıaları âmme itimadı ile ister genel olarak, ister sadece muayyen nevide tevsik muamelelerine inhisaren tevsik etmek yetkisi verdiği şahıslardır.

Alman hukukunda, meselâ mahkeme kalemindeki tevsik memurları (Urkundsbeamten der Geschaeftsstelle), hususiyle usul kanunlarına göre salâhiyetlerine dahil tevsikler bakımından icra memurları (Gerichtsvollziehern) ve mahkeme inzıbat çavuş başıları (Gerichtswachtsmeistern), 28/10/1871 tarihli Alman Posta Kanununun (PostG) 47; ve Alman Poliçe Kanununun (WechlG) 79 uncu maddelerine göre, posta idaresi müstahdemleri (Postbediensteten), 8/11/1867 tarihli Alman Konsolosluk Teşkilât Kanununun (KonsorG) 15 ve müteakip maddelerine göre (Reich) konsolosları ve hudut muhafaza memurları (Markscheidern) bu gruba dahil edilmişlerdir.

Alman Ticaret Kanununun (HGB) 93 ve müt. maddelerine göre, tüccar tellâlları (Die Handelsmaekler) âmme itimadı ile mücehhez şahıs addolunmamıştır[4].

3 — Türk hukukunda, kanun diğeri bir makama özel yetki vermedikçe resmî senetlerin tanzim ve tasdik görevi münhasıran noterlere tanınmıştır. Kezalik, «kanunlarda resmî olarak yapılmaları istenip de mercileri gösterilmemiş olan bütün akit ve mukaveleleri tanzim ve tasdik» için yine noterler görevlendirilmişlerdir. Bz. Noter Kanunu m. 44, f. N.

4 — 3456 sayılı Türk Noter Kanununun muaddel 44 üncü maddesine göre, noterler resmîyet verilmek istenilen her türlü özel andlaşmaları doğrudan doğruya tanzim ederek asıllarını dairelerinde hıfz etmek suretile örneklerini ilgililere vermekle görevli tutulmuşlardır. Yine Noter Kanununun bu maddesi hükmüne göre, ölüme bağlı tasarruflara, mülkiyeti muhafaza şartıyla yapılan satışlara, kezalik gayrimenkul satış vaadlerine dair senet ve mukavelenamelerin tanzim ve tescilli dahi noterlere tevdi edilmiş bulunmaktadır.

5 — Türk Noter Kanunu, noterlik görevlerinin icrasına ancak noterleri yetkilendirmiş bulunduğundan, kanun hilâfını emretmedikçe noter

[4] Stein: Kommentar zur Zivilprozessordnung, cilt I, m. 415 serhi, Tübingen.

sıfat ve yetkilerini haiz olmıyanların tanzim ve tasdik ettikleri senetler resmî addolunamazlar. Yargıtay da bu içtihatadır. Yargıtayın bu husustaki içtihadı ileride incelenecektir.

II

Noter Senedinin Usulüne Uygunluğu ve Tanzim ve Tasdik Şekli

6 — Kanunlar istisnâî bir tanzim ve tasdik usulü tayin etmediklerinde, noter senedinin usulüne uygun olarak tanzim edilip edilmediğinin ölçüsü pratikteki mutad usul olur. Alman Hukuk usul şerhi kitabında usul bakımından şekle riayeti mecburî olarak kabul eden Prof. Stein, kanunlarda «şekil kaideleri yoksa mefhumun bu şartı (şekle riayet şartı) sukut eder» mülâhazasıyla bu fikrimize uygun kanaatte bulunmaktadır.

7 — Noter senetlerinin indî usullerle ve başka başka suretlerde tanzim ve tasdik edilmelerine mâni olmak kaygusu, kanunlarda usule dair hükümler vaz'ında başlıca âmil olmaktadır. Prof. Stein'e göre, resmî noter senedi usulüne uygun şekilde (in der vorgeschriebenen Form) yazılmak mecburîdir. Resmî noter senedinin usulüne uygun şekilde tanzim ve tasdik edilmemesi senedin isbat kuvvetine tesir eder, senedi kesin isbat kuvvetinden düşürür. Başka bir deyimle, senet artık «resmî senet değerini haiz olamaz, bu halde onun isbat değerini 286 ncı maddeye (Alman Kanununun) göre serbestçe takdir etmek icap eder». Fakat, bu takdirini kullanan mahkeme senede yine tam bir isbat değeri atfedebilir.

Prof. Stein'e göre, senedin usulüne uygun şekilde yazılması demek, senedin tekmlil esaslı (wesentilchen) şekil hükümlerine uygun olması demektir. Profesöre nazaran, «alelâde intizam ve riayet edilmesi gereken kaidelere riayetsizlik, senedin muhtevası hakkındaki kaidelere riayetsizlik gibi önemsizdir». Bz. Stein, Alman Hukuk usul şerhi, m. 415, No. 3.

8 — Türk Noter Kanunu resmî senedin tanzim ve tasdik şekline hususî bir mâna vermiş, fakat resen noter senedinin nasıl tanzim edileceğine dair fevkalâde bir usul komamıştır. Daha doğrusu bazı hususların tayin ve tanzimini nizamnamelere terketmiştir. Meselâ, Noter Kanununun muaddel 27 nci maddesinde, noterlerin ve yardımcı noter memurlarının noterlik mührünü nasıl kullanacaklarının nizamname ile tayin olunacağı kabul edilmiştir.

9 — Türk Noter Kanunu senetlerin sadece noter kanununda yazılı şartlar ve hükümlere göre tanzim ve tasdikini esas tutmakta, ve tanzim şeklinden bahseden 51 inci maddesinde «bu kanunda yazılı şartlara ve hükümlere göre tanzim ve tasdik olunmıyan kâğıtlar resmî sayılmayıp âdi

senet hükmünde» olduğunu kabul etmektedir. Bz. f. 1.

10 — Noter Kanununun hükümleri tetkik edildiğinde, sırf senedin tanzim ve tasdikine dair orijinal hükümlere pek tesadüf edilmemektedir. Noter Kanununun usule dair koyduğu bazı önemli hükümleri meyanında, meselâ, 4166 sayı ve 14/1/1942 tarihli Noter Kanununun bazı maddelerini değiştiren kanunun tâdil ettiği Noter Kanununun tasdikten bahseden 38 inci ile tebligat usulünden bahseden 32 nci maddesi hükümleri kaydolunabilir. 38 inci madde hükmüne ileride mühürlü senetlerin isbat kuvvetinden bahsederken temas edeceğiz.

11 — Türk mevzuatı içerisinde Noter Kanunundan gayri kanunlarda da usule dair bazı hükümler bulmak kabildir. Meselâ, 3494 sayı ve 24/6/1938 tarihli Adliye Harç Tarifesi Kanununa ek Noter Harç Tarifesi Kanununun 2 nci maddesi pulların yapıştırılması ve iptali usulüne tahsis edilmiştir. Bu kanun hükümleri için 13/7/1938 tarih ve 3958 sayılı Resmî Gazeteye bakınız.

12 — Alman hukukunda senetlerin tanzim ve tasdiki şekil ve usullerine dair çeşitli hükümler çeşitli kanunlarda sevk edilmiştir. Bu cümleden olarak (Reich) kanunlarından, (ilâveten neşredilmiş tatbik kanunlarıyla tamamlanmış olan) ihtilâfsız kazaya müteallik kanunun (FGG) 168 ve müt.; Alman Polîçe Kanununun (WechselG) 80 ve müt.; Alman Konsolos Teşkilât Kanununun (KonsorG) 17; Alman Ahvali Şahsiye Kanununun (PersstG) 15; bundan başka zabıtlara, tebligat vesikalarına ve kabili tenfiz suretlere (159, 190 ve müt., 198, 202, 725, 762), bir de Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (StPo) ile Alman İflâs Kanununa (KO) uygun olan hükümler (313, 315, 317) ve kararlara (329 I) müteallik olmak üzere Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (ZPO) şekle dair olan hükümleri gösterilebilir. Bz. Stein, Hukuk Usul Şerhi, m. 415.

13 — Türk Noter Kanununun 9 No. lu paragrafta işaret ettiğimiz 51 inci maddesi hükmü kesin bir ifade taşımakta ve Noter Kanununda yazılı olan usullere riayetsizliği senedin isbat kuvvetiyle ilgili tutmaktadır. Bu madde hükmüne göre, usulü dairesinde yapılmıyan tasdik senede resmiyet bahşetmemekte, usulü gereğince tasdik edilmeyen senet resmî addolunmıyarak âdi senet hükmünde kabul edilmektedir.

Kanaatimizce, 51 inci maddenin kesin ifadesine rağmen, usulüne uygun tanzim ve tasdik edilmeyen resmî bir senet, hasım tarafından usulsüzlük iddiası yapıp usulsüzlük tesbit edilmedikçe âdi senet hükmünde addolunamaz. Meğer ki, imza ve mühürü ihtiva etmemek gibi esaslî bir unsurdan mahrum bulunsun. Kaldı ki, imza gibi esaslî bir unsurdan mah-

rum bulundukça senede âdi senet nazariyle de bakmak kabil değildir. Hususî senetlerde imzanın hukukî değeri için, Bz. No. 32 ve müt. Kısaca bahis konusu yapmakta olduğumuz 51 inci madde hükmü kamu intizamiyle ilgili değildir. Nitekim, Türk Noter Kanununun muayyen usuller derpiş eden sair maddelerinde de âmir hükümler sevkedilmemiş, usule dair olsa bile bir hükmün, alâkalının arzu ve iradesiyle uygulanmaktan vazgeçilebileceği kabul edilmiştir. Meselâ, tebligat usulünden bahseden Noter Kanununun muaddel 32 nci maddesinin son fıkrasına göre, «tebligat alâkalının talebi üzerine 3560 sayılı kanuna tevfikân da yapılabilir».

III

Noterlerin Yer İtibariyle Yetkileri

14 — Noterler mezun olmayıp da fiilen görevli bulundukça, daireleri dahilinde tanzim etmedikleri senetlerin resmî sayılamıyacağı kabul edilemez. Alman hukukçusu Prof. Stein de bu kanaate taraftar görünmektedir. Çünkü, Stein'e göre, «mahallî salâhiyetsizlik muamelenin muteber tutulmaması neticesini husule getirebilir, fakat vesikanın karakterine tesir etmez». Bz. Hukuk Usul Şerhi, m. 415. No. 2.

Bizce, önemli olan nokta resmî senedin nerede tanzim edildiği değil, usulüne uygun olarak noter yetkileriyle mücehhez kimse tarafından tanzim edilip edilmediğidir. Nitekim, Noter Kanununun muaddel 44 üncü maddesi noterlerin kanunda kendilerine verilen «işleri dairelerinde yapabilecekleri gibi, sahiplerinin vukubulacak müracaat ve talepleri üzerine daireleri dışında da yapabileceklerini kabul etmiştir. O kadar ki, aynı kanunun yine muaddel 20 nci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, noterlere vekâlet edecek memurlara da noterin muvafakat ve mesuliyeti altında bu yetkinin verilebileceği kabul edilmiştir. Kezalik memuriyet daireleri dışında bulunan kimselere ait tebligatı mahallin noteri vasıtasıyla yapmak usulden olduğu halde, noterler bu kabil tebligatı alâkalının talebi üzerine 3560 sayılı kanuna tevfikân kendileri de yapabilirler[5]. Şu var ki, resmî senetler hakkında değil de, ezcümle üçüncü şahısların hukuku ile ilgi gösteren bazı resmî mukavelelerin tanzimine Türkiyenin bütün noterleri yetkili addolunmamaktadır. Meselâ, Türk Noter Kanununun 44; ve Medenî Kanunun 688 inci maddelerine göre, mülkiyeti muhafaza şartıyla yapılan satış mukavelelerinin tanzimine ancak menkulü satın alan kimsenin ikametgâhı noteri yetkilidir ve böyle bir mukavele ancak bu ikametgâhtaki sicilli mahsusa kaydedildikçe muteberdir. Gerçekten, ho-

[5] Türk Noter Kanununun bazı maddelerini değiştiren 4166 sayılı kanunun 33 üncü maddesine bakınız.

camız Belgesay'ın da kabul ve işaret buyurdıkları üzere hususiyle bu türlü mukavelelerde «noterlerin rolü umumiyetle resmî senetlerde olduğu gibi âkitleri yapacakları muamelelerin mahiyet ve muhtevasında aydınlatmak olmayıp mukaveleyi herkesin tetkikine açık olan sicille kayıt ve ilân etmektir» [6].

Kanaatimizce, sicille kayıt mukavelelerin aleniyetini temin gayesine matuf olduktan sonra mahal itibariyle noterlerin yetkilerini takyit etmek bilâkis arzu edilen aleniyeti daha iyi temin etmiş olmaz. Üçüncü şahıslara Türkiyenin tekmiil noter sicillerini tetkik külfeti yükletilemezse de aktin sadece her hangi bir notere tescil ettirilmiş olması matlûbu teminden uzaktır [7].

Doğrusu muayyen mahal noterinden başka noterleri de yetkisiz bırakmamak, fazla olarak tescilin ilâmını da kabul etmektir.

[6] Mustafa Reşit Belgesay: Mülkiyeti Muhafaza Şartıyla Satış Mukavelesi, Hukuk Dünyası, sayı 4-5, sah. 128.

[7] Alman hukukunda, muamelâtın sür'atini temin yönünden faydalı olacağı mülâhazasıyla mülkiyeti muhafaza şartıyla satış mukavelesi şekle ve tescile tâbi tutulmamıştır. Bu halin muamelâta sür'ati temin yönünden faydası görülebilirse de, üçüncü şahısların hukuku bakımından faydasından ziyade tehlikeli olduğu zâhirdir. Fakat, üçüncü şahısların hukuku için inkâr edilemeyen tehlikesine rağmen mülkiyeti muhafaza şartıyla satıştan bahseden Alman Medeni Kanunu (BGB) muamelenin sıhhati için tescil ve şekil kabul etmemiştir. Alman Medeni Kanununun 455 inci maddesine göre «bir menkul satıcısı mülkiyeti; semeni meblin ödenmesine kadar muhafaza etmiş ise, şüphe halinde mülkiyetin alıcıya geçmesi taliki şartına bağlıdır ve alıcı ödemedi gecikecek olursa satıcı akitten rücu hakkını haizdir». Binaenaleyh, bu hükme göre, mülkiyeti muhafaza şartıyla satış aktinin vücade gelebilmesi için satıcının mülkiyeti muhafaza ettiğini beyan ve alıcının da buna muvafakat etmesi kâfidir.

Mülkiyeti muhafaza şartıyla satış mukavelelerine dair Alman hukukunun Türk hukukundan ayrılan diğer bir hususiyeti de, mülkiyetin satıştan sonra muhafaza edilmek istenebilmesidir. Bz. Rühl, Eigentumsvorbehalt und Anzahlungsgeschaeft, sah. 72, 1930. Bu esasa göre, mülkiyetin sonradan muhafazası, mülkiyetin alıcıya geçmesinden sonra, taksitlerinin ödenmiyeceğinden endişeye düşen satıcının sonradan mülkiyeti muhafaza ettiğini beyan etmesi suretiyle tecelli etmektedir. Bz. Alman Medeni Kanunu, m. 930.

Alman İflâs Kanununun (KO) hükümleri bu esasa uygun olarak sevk edilmiştir. Alman İflâs Kanununa göre, alıcının iflâsı halinde de masa müflisin yerine kaim olarak eksik kalan taksitleri ödemek suretiyle mülkiyetin kendine nakledilmesini istiyebilmekle beraber, satıcı malının mülkiyetini muhafaza edebilir. Bz. m. 17, 43.

15 — Alman hukukunda, resmî senedin kanunun makama tanıdığı resmî salâhiyetlerin hudutları (Grenzen der Amtsbefugnisse), veyahut ta tevsik memuruna gösterdiği muamelât çevresi (Geschaeftskreis) içerisinde, yani onun âmme hukuku görevi (öffentlich-rechtlichen Funktion) dahilinde yapılmış olmak mecburî addolunmuştur. Prof. Stein'e göre, posta ve mümasili makamlarda olduğu gibi, hususî hukuka müteallik muamelelerin icrası bu fonksiyona ithal edildiği nisbette, bu gibi makamların mukavelelere vesaireye müteallik olmak üzere tanzim ettikleri vesikalar da resmî vesaikten sayılır. Bz. H. Usul şerhi, m. 415, No. 2.

IV

Noter Senediyle Gayrimenkul Satış Vaadi

16 — 14/1/1942 tarihli Noter Kanununun bazı maddelerini değiştiren kanun, nisbeten mahdud olan çeşitli konularda senet tanzimine dair noterlerin yetkilerini biraz daha genişletmiştir. Bz. R. 3 nisan 1942. Meselâ, 26/6/1938 tarihli Noter Kanununun tâdil edilmeden evvelki hükümleri gereğince, mülkiyeti muhafaza şartıyla yapılan satışlara (Bz. No. 14; not No. 7), kezalik gayrimenkul satış vaadlerine dair senet tanzim edemiyen noterler, Noter Kanununun tâdil edilen 44 üncü maddesi hükmü ile bu hususlarda da görevlendirilmişlerdir.

17 — Gayrimenkul bey' aktinin şekline tahsis edilmiş olan Borçlar Kanununun 213 üncü maddesine göre, gayrimenkul bey'i gibi, gayrimenkule dair bey' vaadi de resmî senede bağlanmadıkça muteber değildir. Resmî senet böylece gerek gayrimenkul bey'inin, gerekse gayrimenkule dair bey' vaadinin muteberiyet (sıhhat) şartı olmaktadır.

18 — Satış vaadini ihtiva eden noter senedi ileride gayrimenkul mülkiyetinin iktisabına hukukî bir mesnet teşkil edeceğinden, mukaveleyi tespit bakımından kat'î bir delil teşkil eder. Sayın Hocamız Belgesay'ın «satış vaadi ile satış arasında hüküm farkı» kabul etmemesi bize bu husustaki kanaatimizi de izhar edebilmek cesaretini vermiştir[8]. Şu var ki, 14/1/1942 tarih ve 4166 sayılı kanunla Türk Noter Kanununun bazı maddeleri, bu arada 44 üncü maddesi tâdil edilerek noterlerin görevleri genişletildikten sonra, hukukumuzda, hususiyle noterlerin görevlerini genişleten hüküm sadedinde ufak bir âhenksizlik hasıl oldu[9]. Bu âhenk-

[8] M. R. Belgesay: Türk Kanunu Medenisi Şerhi, IV. Aynı Haklar, 3 üncü tabı, sah. 55, İst. 1945.

[9] Hukukumuzda böyle bir âhenksizliği değerli meslekdaşımız H. H. Sungur da kabul ve teslim etmektedir. Bz. H. H. Sungur, Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, cilt 2, san. 29, İst. 1943.

sizlik yeni tâdilâtın 2644 sayılı Tapu Kanununun 26 ncı maddesini belki de dolayısıyla mühmel ve metrûk bırakması neticesi hissedilebilmektedir.

Gerçekten, Tapu Kanununun adı geçen 26 ncı maddesi hükmünde mülkiyete ve mülkiyetten gayri aynı haklara müteallik resmî senetlerin tapu sicil muhafızları tarafından yapılacağı tasrih edilmiş bulunduğundan, Borçlar Kanununun 22 ncı maddesi gereğince gayrimenkul satımı vaadi aktinin muteber ve sahih addolunabilmesi için aktin tapu sicil muhafızları huzurunda yapılması tabiidir. Halbuki Noter Kanununun muadil 44 üncü maddesinde gayrimenkul satış vaadlerinin noter huzurunda da yapılabileceği, ve takarrür eden içtihatlarla satıcının gayrimenkul satış vaadinden rücu edemeyeceği kabul edilmiştir. Gayrimenkul satış vaadinden rücu meselesi için 19 No.lu aşağıdaki paragrafa bakınız. Binaenaleyh, Hocamız Belgesay'ın da işaret ettiğimiz noktaî nazarına göre, satışla satış vaadi arasında bir hüküm farkı kabul edilemeyecek ve aynı zamanda Tapu Kanununa da itibar edilecekse, satış vaadlerini de tapu memuru huzurunda yapılmak şartıyla muteber addetmek, yok Noter Kanununun yeni tadilatı nazarı itibara alınacaksa noterleri gayrimenkul satış vaadleri gibi gayrimenkul satışlarında da görevsiz tutmamak gerektir.

19 — İnanımıza göre, gayrimenkul mülkiyetinin nakli taahhüdü muteber noter senedine istinat ettikçe, satıcının taahhüdünden rücu ettiğini bildirmesinin alıcıya karşı hükmü yoktur. Satıcının rücuuna rağmen alıcının mahkemeye müracaatla resmî akit mucibince kendine intikal eden mülkiyet hakkının bir ilâm ile de tevsikini isteyebilmesi kabildir. Nitekim, Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi 5/11/1943 tarihli kararında (Esas: 4211, Karar: 3547), ilk mahkemenin 4166 sayılı Noter Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, noterin bu kanunla kendine tanınmış olan yetki ile tanzim etmiş olduğu resmî senedine müsteniden yapılmış olan gayrimenkul satış vaadinin infazına ve gayrimenkulün davacı ismine tesciline dair hükmünü (Ankara Asliye Üçüncü Hukuk Mahkemesinin 12/7/1943 t. 242 k.) ittifakla tasdik etmiştir[10]. Hâdisede, davalı gayrimenkulünü satmayı resmî noter senediyle vaad ve taahhüt etmiş, hattâ bedelini de tamamen almış olduğu halde satışı tapuya tescilden imtina etmişti.

20 — Kanaatimizce, mahkemelerin gayrimenkul satış vaadini ihtiva eden resmî noter senedine müstenit müracaatlarla bağlı olmayacakları kabul edilemez. Yeter ki, mülkiyeti nakleden noter senedinin maddî veya

[10] Bz. İmran Öktem, Hukuk Dergisi, cilt 1, sayı 8, Kasım 1944.

şekli mevsukiyetsizliği iddia ve isbat edilebilmiş olmasın[11].

21 — Bu yoldaki kanaatimizin noter senediyle yapılan satış vaadlerinin yerine getirilmemesi halinde senette taahhüt olunan cezaî şartın muteber olduğuna dair Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 27 ekim 1938 tarihli kararı (TK. 93; Belgesay, Aynî Haklar, sah. 55) tatbikatını biraz darlaştıracığı tabiidir. Gerçekten, satıcının satış vaadinden rücuuna rağmen mülkiyet hakkını mahkeme kararıyla lehine tesbit ve tescil ettirebilen alıcının artık cezaî şartın da ifasını istiyebilmek yetkisi kalmamak lâzımdır.

Yargıtayın bu kararı, bizce, satıcının rücuuna karşı alıcının teslimiyet göstermesi halinde uygulanmak doğru görülür.

V

Resmî Senetler Ancak Tarafların Beyanlarına Müstenit Olan Noktalarda Herkes Hakkında Kesin Delildir

22 — Bir Fransız İstinaf Mahkemesi resmî senedin ancak memurun beyanına istinat eden noktalarda herkes hakkında delil olabileceğini, tarafların beyanlarına müstenit olan resmî senet münderecatının ise kat'î delil teşkil edemeyeceğini kabul etmiştir[12]. Bu kararın isabetini hiç olmazsa lâfzı itibarıyla her türlü şüpheden vâreste karşılamak bizce biraz güç olmuştur. Gerçekten, tarafların beyanına müstenit olmıyan senet münderecatı sadece memurun beyanına istinat ediyorsa taraflar arası hukukî bir bağlam değil, bilâkis tarafları ilzam etmiyen fiilî bir iradeden başka bir şey değildir. Borçlar Kanununa göre (Bz. m. 1), tarafların karşılıklı beyanları birbirine uygun surette izhar edilmiş olmadıkça akte tamamlanmış nazariyle bakılamıyacağından, tamam olmıyan aktin tesciline de memurun yetkisi yoktur.

Borçlar Kanununa nazaran, rızanın beyanı zımnî de olabilirse de, bu beyan hakikî ve gerçek arzuya tetabuk etmedikçe tarafı ilzam etmemek gerektir. Noter salâhiyetlerini haiz olsa bile, şüpheden vârestedir ki, hiç bir makam tarafların müracaatlarından mücerret olarak resen senet tanzim edemeyeceği kadar, bir senedin tanzimi sırasında tarafların beyan

[11] Resmî senetlerin maddî ve şekli mevsukiyetsizliği ve bu türlü iddiaların ne suretle ve hangi kanunun hükümleri gereğince isbat edilebileceği meselesi ileride senetlerin isbat kuvveti bahsinde incelenmiştir.

[12] Fransız Colmar İstinaf Mahkemesinin 28 Şubat 1935 tarihli kararı; M. R. Belgesay, T. K. M. Şerhi, 4 üncü tabı, sah. 97, 1945; İleri Hukuk Dergisi, Ocak 1946, sayı 7. *Resmî Senetlerin İsbat Kuvveti* makalemiz.

etmemiş oldıkları noktalarda onlar yerine kaim olarak kendiliğinden beyanda da bulunamaz. Binaenaleyh, bu gibi tarafların beyanlarına değil de, sadece memurun beyanına müstenit olan noktalarda, senedin, asil senet sahibi de dahil olduğu halde herkes hakkında kat'î delil teşkil edeceği kabul edilemez. Şu var ki, tarafların beyanlarına resmî bir mahiyet atfedebilmek için memurun da munzam beyanı bulunmak şart olduğundan, memurun müdahalesinden mücerret sadece tarafların beyanlarına müstenit olan noktaların değil, bilâkis bizzat memurun beyanı inzımam etmemiş tarafların beyanlarına müstenit olan noktalarda senedin kat'î delil teşkil edemeyeceği kabul edilebilir. Nitekim Alman Hukuk Usul Kanunu da (öffentliche Urkunden) adını verdiği resmî senetlerin ancak yetkili memurlar huzurunda yapılmış beyanlar hakkında kat'î delil teşkil edebileceğini kabul etmektedir. Bz. Zivilprozessordnung Art, 415.

Kısaca, kanaatimize göre, akitlerin resmî tanziminde memurun munzam beyanı bulunmasa bile akit yok farzedilemez. Memurun beyanından mücerret olarak da akit mevcuttur. Fakat resmîyeti yoktur. Memurun rolü akti inikat ettirmek değil, bilâkis inikat eden akte resmîyet vermekten ibarettir. Akit, mücerret tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerile inikat eder, noterin iradesi ise inikat eden akte resmîyet bahşeder. Bu resmîyet ise aktin tanzim ve teressüm ettirildiği vesikaya kesin bir isbat değeri verir. Sayın Hocamız Ord. Prof. Belgesay'ın bu husustaki mütalâa ve görüşleri için Teorik ve Pratik Adliye Hukuku kitabının cilt 1, sah. 101 e bakınız .

23 — Tanınmış Alman hukukçusu Prof. Stein'in mülâhazaları, 22 No.lu paragrafta belirtmeye çalıştığımız inanımızı teyit eder mahiyette görünmektedir. Gerçekten, Stein'e göre, resmî senetler mahza yetkili memur huzurundaki beyanların vukuu hakkında resmî bir şahadetten ibarettir. Stein'in kendi ifadesiyle (ein amtliches Zeugnis über die Tatsache der Erkläerung).

Alman hukukunda, ezcümle Usul ve ihtilâfsız kazaya müteallik kanun (FGG) hükümlerine göre, mevsuk her yazı (Schriftstück) muhtevasının kabulüne dair üçüncü şahsın yetkili memur huzurunda vaki olmıyan beyanı için kat'î delil teşkil ederek onu ilzam etmez. Bz. Stein, H. Usul şerhi, m. 415, No. II.

VI

Resmî ve Hususî Senetlerdeki Çıkıntı ve Silintiler

24 — Noterlerin resen tanzim ettikleri veyahut ta sadece imza ve tarihlerini tasdik ettikleri senetlerdeki çıkıntı ve silintiler usulen tasdik

edilmedikçe muteber değildir. Başka bir deyimle çıkıntı ve silintilerin tasdik edilmemesi senetlerin bütünü ile hükümsüzlüğünü değil, ancak tasdik edilmeyen çıkıntı ve silintilerinin hükümsüzlüğünü muciptir. Bz. HUMK. m. 298, f. 1. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu «yalnız „çıkıntı, hâk ve silinti mahkemece senedin sıhhat ve mânasına müessir olacak mahiyette görülürse senet kısmen veya tamamen hükümsüz addolunabi»leceğini kabul etmiştir.

25 — Hocamız Belgesay, Usulün 298 inci maddesinin yalnız hususî senetlere teşmil ederek tasdik edilmeyen çıkıntı ve silinti bulunmasının ancak hususî senetlerin hükümsüzlüğünü icap etmediği kanaatindedir. Hocamıza göre, «resmî senetlerdeki yanlışlıklar, çıkıntılar usulen tasdik edilmemiş ise senet resmîyetini kaybeder. Bu hususta mahkemenin takdir hakkı yoktur». Bz. H. Usul şerhi, cilt 2, sah. 185.

Biz, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 298 inci maddesini, resmî, hususî bütün senetler hakkında kabili tatbik addediyoruz. Bizce, senetteki tasdik edilmemiş silinti ve çıkıntılar senedin sıhhat ve mânasına müessir olacak mahiyette değilse, tasdik edilmemiş olan bu silinti ve çıkıntıları nazarı tibara almadan senedi muteber addetmek kanuna uygundur. Hatırımıza gelen şu iki mülâhaza bizi bu fikre inandırmaktadır:

a) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 298 inci maddesinde sadece senet sözü kullanılarak resmî ve hususî senetler tefrik edilmemiştir.

b) Resmî resen senetlerde usulen tasdik edilmeyen bir çıkıntının senedi resmîyetten düşüreceğinin kabulü, senet alacaklısının hukuku için tehlikeli olabilir. Çünkü, meselâ, aldatarak veyahut ta onunla bu hususta anlaşarak alacaklısının elindeki senede bir çıkıntı yazmaya veya yazdırmaya muvaffak olan borçlu mücerret bu hareketiyle senedi hükümden düşürebilecektir. Bu netice ise kabul edilemez.

Bizce, hususîyle resen resmî senet üzerine yazılan bir çıkıntı borçlu tarafından inkâr edildikçe muteber değildir. Hattâ bu çıkıntı bizzat borçlunun rızasıyla yazılmış ve onun tarafından tasdik edilmiş olsa bile. Binaenaleyh, Türk Noter Kanununun 51 inci maddesinin son fıkrası bizce, hususî tasdikînk inkârı halinde tatbik edilemez. 51 inci maddenin son fıkrasında bahsedilen tasdik hususî değil, resmî tasdiktir. Bu fıkra senetle, onun kayıtlı bulunduğu sicil arasındaki ayrılığa rağmen, ancak resmî tasdike itibar edileceğini kabul etmiştir[13].

[13] Bahıs konusu yaptığımız Türk Noter Kanunu 51 inci maddesinin son fıkrası aynen şöyledir: «Tasdikli olan kâğıtlar ve senetlerle bunların kayıtlı bulunduğu sicil arasında ayrılık olduğu takdirde alâkahtların imzasını taşıyana itibar olunur».

26 — Resen senetlerin resmîyet ve mevsukiyeti münderecatına da taallük ettiğinden, çıkıntıyı yazan ve yazılmasını kararlaştıran tarafların özel surette tasdiki, onlar hakkında olsa bile hukuken hükümsüzdür. Çünkü, Prof. Stein'in de taraftar olduğu gibi, resmî belgelerdeki ilâve ve çıkıntılar da resmî belegeden maduttur. Bu bakımdan hususî tasdik hiçbir zaman ilâve ve çıkıntılara resmîyet ve mevsukiyet bahşetmiş olmaz. Bz. Stein, H. Usul Şerhi, m. 419, No. 1 ve müt.

Resen senetlerde hususî senetlerin aksine olarak çıkıntıyı muteber kılan hususî değil, resmî tasdiktir. Binaenaleyh, resen senetlerde noterin ayrıca tasdik etmediği çıkıntıya itibar yoktur. Bir halde ki, taraflar yazdıkları çıkıntıya dair olan hususî tasdiklerini senedi tanzim etmiş olan notere müracaatla ayrıca ona da tasdik ettirmişlerse, çıkıntı muteberdir. Nitekim, Türk Noter Kanunu da 51 inci maddesinin ikinci fıkrasında gayet sarîh olarak bu esası kabul etmiştir. Bu fıkra «alâkalıların imzası bulunup da noter tarafından tasdik edilmemiş olan çıkıntılar gerçek sayılmaz» hükmünü ihtiva etmektedir.

27 — Tabiatıyla 25 ve 26 No.lu paragraflarda belirtmeye çalıştığımız mülâhazaları esasen gözden uzak bulundurmuş olmıyan sayın Hocamız Belgesay'ın, 25 No.lu paragrafta işaret ettiğimiz resmî senetlerdeki yanlışlıklar, çıkıntılar usulen tasdik edilmemiş ise senedin resmîyetini kaybedeceği hususundaki noktaî nazarında ısrar etmediğini zannederiz. Çünkü, Hocamız bu noktaî nazarı serdettiği Hukuk Usul Şerhi kitabının daha aynı paragrafında, «resmî senedin tanziminden sonra yapılan ilâveler» in «senedin sıhhatine hiç bir tesir yapma»yacağını, beyana hacet olmıyacak kadar bedii karşılamaktadır. Bz. cilt 2, sah. 185. Biz, Hocamızın bu noktaî nazarına taraftar oluyoruz.

28 — Alman Hukuk Usul Kanunu senetlerdeki silinti ve çıkıntılar hakkında tasdik keyfiyetini nazarı itibare almadan oldukça liberal hareket etmek suretiyle silinti ve çıkıntıyı havi senedin isbat kuvvetinin takdirini yargıca bırakmıştır. Alman Hukuk Usul Kanunu senetlerdeki silinti ve çıkıntılara dair olan 419 uncu maddesinde «silintilerin, çizgilerin, ilâvelerin vesair görünür uygunsuzlukların bir senedin isbat kuvvetini tamamen veya kısmen ne dereceye kadar ortadan kaldıracağına veya azaltacağına, mahkeme serbest kanaati dairesinde karar verir» hükmünü sevk etmiştir.

29 — Prof. Stein Alman kanununun 419 uncu maddesini şerh ederken şu mülâhazarını dermeyan etmiştir: «Tanzimi sırasında veyahut ta sonradan yapılmış olsa bile, resmî veya özel bir belge görünür uygunsuzluklarla (aeusseren Maengel), ezcümle silintiler, çizgiler, ilâveler, boşluk-

lar, yırtıklar, lekeler, okunmıyan kısımlarla musap bulundukta, 415-418 inci maddeler (Alman kanununun) tatbik yeri bulmazlar. Bu gibi hallerde isbat kuvveti daha ziyade mahkemenin serbest takdiratına *freien Würdigung* tâbidir ve bu keyfiyet 286 nci madde (Alman kanununun) gereğince belgenin tam bir isbat vasıtası olarak kabul edilebilmesine mâni değildir».

30 — Hocamız Belgesay, Hukuk Usul Kanunumuzun 298 inci maddesini, hususî ve resmî senetlere göre değişik surette yorumladığı için, Alman kanununun 419 uncu maddesine uygun bulmamış ve bu yönden tenkide müsaîf karşılamaştır. Biz, 27 No. lu paragrafta işaret ettiğimiz üzere Hocamızın aynı hususa dair olan diğer noktaî nazarını kabul ettiğimiz için kanunumuzun 298 inci maddesini, Alman kanununun hükmüne tamamen uygun bulmasak bile, menfi bir tenkide müsaîf bulmuyoruz. Bizce, Alman kanununun hükmü ile karşılaştırıldığında, Hukuk Usul Kanunumuzun 298 inci maddesi hakkında daha ziyade müsbet bir tenkit yapmak kabildir. Şöyle ki:

Silinti ve çıkıntı bulunduktan sonra bu silinti ve çıkıntıların ayrıca tasdik edilmiş olup olmadığının kanunen nazarı itibare alınmaması pratik ihtiyaçlara uygundur. Gerçekten, Hocamız Belgesay'ın da kabul ve işaret ettikleri gibi, tatbikatta senet, yazılırken yapılan hâk ve silintilerin ayrıca ve birer birer imza edilmesi mutad değildir. Bz. H. Usul şerhi, cilt 2, sah. 187, No. 4. Binaenaleyh, Hukuk Usul Kanunumuz da Alman kanununda olduğu gibi tasdik keyfiyetinin vukuu ile alâkadar olmadan silinti ve çıkıntıyı havi senetlerin isbat kuvvetinin derecesini açıkça yargıcın takdirine bırakması daha doğru olurdu. Çünkü, bir kere resmî senetlerde hususî tasdik mevcut bulunsa bile, silinti ve çıkıntı yine resmîyet ve mevsukiyet kazanmamakta ve muteber addedilmemektedir. Bz. No. 26. Silinti ve çıkıntı notere de tasdik ettirilmişse, ayrıca sahtecilik olmadıkça, ortada esasen mahkemenin halledeceği bir ihtilâf yoktur. Hususî senetlere gelince, silinti ve çıkıntılar tasdik edilmiş olsa bile, inkâr halinde senedin kısmen veya tamamen hükümsüz addolunup addolunamayacağına yine mahkeme karar verecektir, bu halde senedin isbat kuvvetini yine mahkeme takdir edecektir. Binaenaleyh, tasdik keyfiyetinin kanunda ayrıca derpiş dilmesi bizce zâittir.

31 — Kanaatimizce, hususî senetlerdeki çıkıntı ve silintiler tasdik edilmiş olsa bile, inkâr halinde senedin isbat kuvveti mahkemenin takdirine tâbi olarak şüpheli kahr. Çünkü, hususî senetler inkâr ile beraber isbat kuvvetini kendiliğinden zayi ederler ve hususî senede karşı vaki inkâr halinde isbat külfeti inkâr edene düşmez. Bu mesele âdi ve resmî senetlerin isbat kuvveti bahsinde incelenmiştir.

Diğer taraftan, tasdikî inkârı mesmu kılmıyacağı kabul edilemez. Bizce, silinti ve çıkıntı tasdik edilmiş olsa bile, inkâr halinde senedin isbat kuvveti artık mahkemenin takdirine tâbi olduğundan, mücerret o senet mahkeme tarafından bir kararla ihticaca salih addolununcaya kadar artık *illetli* bir senettir.

Prof. Stein'in de kabul ettiği üzere, tasdikli olsun olmasın silinti ve çıkıntılı bir senede müteallik mahkemenin serbest takdiri silinti ve çıkıntılara değil, bilâkis senedin tamamına, senedin tekmil münderecatı ile beraber isbat kuvvetine şâmilidir. Fakat, silinti ve çıkıntıların ilgililerin müsaadeleriyle yapılmış olup olmadığı, yani doğrudan doğruya sarîh veya zımnî tasdik keyfiyeti de adli takdire dahil ve müessirdir. Bz. 419 uncu madde şerhi (Alman Usul Kanunu).

Bizce, inkâr vâki olmadıkça senetteki çıkıntı ve silintiler tasdikli olsun olmasın, mahkeme senede karşı bîtaraf ve pasiftir. Bizce, inkâr vâki olmadıkça mahkeme hususî senet üzerinde hiç bir takdir yetkisi kullanamaz. Çünkü, suç teşkil eden sahtecilik hariç, hususî senet nihayet taraflar arası bir hususî hukuk münasebetini teressüm ettiren belgedir.

İnkâr halinde takdir yetkisini kullanacak olan mahkeme, tasdiksiz bulunsalar bile, mânaya tesir edecek mahiyette olmadıkça senetteki silinti ve çıkıntıları muteber addedebilir. Bu içtihadta bulunmuş olan Yargıtay IV. Hukuk Dairesi 1937 tarihli bir kararında «senette mevcut olan silinti veya çıkıntı, mânaya tesir etmiyerek sırf stile ait bulunmakta ise tasdik edilmemiş olsa bile muteberliğine tesir edeme»yeceğini kabul etmiştir. Bz. Kurdakul, sah. 165.

VII

Hususî Senetlerin Tanzimi ve Hususî Senetlerde İmzanın Hukukî Önemi

32 — Türk hukukunda hususî senetlerin şekil ve şartlarının tayini Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan ziyade Borçlar Kanunu hükümleriyle tanzim edilmiştir. Borçlar Kanunu hükümlerinde, kanun hilâfını emretmedikçe akitlerde irade muhtariyeti *Privatautonomie* ve tarafların istiklâli *Vertragsfreiheit* esası kabul edilmiş (Bz. B. K. m. 19), diğer kanun hükümlerinde ise bu esasa aykırı hüküm sevkolunmamıştır. Türk usul hukukunda taraflar arasındaki hususî senetleşmelere dair özel hükümler sevkolunmaması, Hukuk Usul Kanunumuzun da irade muhtariyeti prensibine sadık kalmak istemesinin bir neticesidir.

33 — Hususî senetleşmelerde nazarı itibara alınmak gereken yegâne gerçek unsur *imzadır*. İmza yerine mühür basılması, hususiyle yeni hukukumuzda imza yerini tutmayacağı kabul edilmiştir.

Müellifler hususî senetlerdeki imzaya küçümsenemiyen bir önem atfetmekte, bu itibarla, hattâ imza sahibinin, senedi bir kere kendi arzu ve ihtiyarı ile imzaladıktan sonra velev senedin tahrir edilmiş olduğu lisana vâkıf bulunmasa bile, senetten mütevellit sorumluluktan kurtulamıyacağını kabul etmektedirler. Prof. Stein'e göre, «imza sahibi senedin tahrir edilmiş olduğu lisana vâkıf olmasa bile, 416 ncı maddede (Alman kanununun) gösterilen hususî senetlerin şekli isbat kuvveti *formelle Beweiskraft*, — mücerret isme muzaf imzanın değil — senedin muhtevi bulunduğu beyanın (Erklaerung) senedi veren kimse tarafından vâki olduğuna delâlet eder». Bz. H. usul şerhi, m. 416, No. 2. Bir âlet vasıtasıyla vazolunan imzaya dair mülâhazalarımız ileride tafsil edilecektir.

34 — Alman kanunu da hususî senetlerde esas itibariyle senedi veren kimsenin imzasına önem vermiştir. Alman Hukuk Usul Kanununun 416 ncı maddesinin birinci fıkrasında «Hususî senetler onları veren kişiler tarafından imza edilmiş.. oldukça, muhtevi buldukları beyanların senet sahipleri tarafından yapıldıkları hususunda kat'î delil teşkil edecekleri kabul edilmiştir.

35 — Borçlar Kanunumuza nazaran, «imza üzerine borç alan kimsenin el yazısı olmak lâzımdır». Bz. BK. m. 14. Değerli meslekdaşımız H. H. Sungur'a göre, «el yazısından maksat, imzanın, beyanı yapan kimse tarafından bizzat konulması lüzumudur»[14]. Bizce, imzanın hukuken muteber olabilmesi ve imza sahibini borçla ilzam edebilmesi için, senet münderecatı imza sahibinin gerçek ve serbest iradesine uygun bulunmak da lâzımdır. Bu tibarladır ki, bir kimsenin kendi el yazısıyla tesadüfen maksatsız olarak imzaladığı bir vesika üzerine onun arzu ve iradesi haricinde yazılacak bir meblâğdan, o kimse hukuken sorumlu tutulamaz. Kezalik yine bu yönden *beyaz imzaların* hukuken muteber addedilmeleri tavsiye olunuyorsa da, beyaz imzanın suiistimali, sahibinin emniyeti suiistimal edilmiş addolunarak, suç sayılmaktadır. Gerçekten, beyaz imzanın suiistimali halinde senet sahibinin gerçek arzularının dışına çıkılmaktadır. Binaenaleyh, senedin, bir beyaz senedin *Blankett* suiistimali suretiyle husul bulmuş olduğu iddiası, ancak senedin yetkisiz olarak doldurulmuş olması veyahut ta bu hususta verilmiş olan yetkinin tecavüz edilmiş olması

[14] Bz. H. H. Sungur: Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, cilt 1, sah. 43, No. 1. İst. 1943.

iddiasına müteferri olarak dermeyan edilebilir. Yoksa, Prof. Stein'in de kabul ettiği üzere «bir beyaz senedin keşidesi, onu kabul edecek olan kimseye, bu yazıya muayyen bir muhteva verebilmek tam yetkisini bahşetmektedir». Bz. H. Usul Şerhi, m. 416, No. IV.

36 — Kanaatimizce, senet münderecatı imza sahibinin gerçek maksatlarına uygun olduktan sonra, imzanın zaman itibariyle metinden evvel veya sonra yazılmasının büyük bir önemi yoktur.

37 — İmza sahibinin, gerçek maksat ve arzusuna uygun olarak vaz ettiği imza senede vüsuk verir. Hususî senede serbest bir imzanın verdiği vüsuk ise, senetteki beyanın imza sahibinin iradesine uygunluğunun delili olur. Bu mülâhazaya taraftar olan Prof. Stein, hususî senede karşı dermeyan olunacak mukabil beyyinenin «ancak ve ancak senedin mevsukiyetine (*Echtheit*) veya maddî isbat kuvvetine, yani beyan muhtevasının doğruluğuna *Richtigkeit* veya muteberliğine *Wirksamkeit* karşı yöneltilibil»eceğini kabul etmiştir. Stein'e göre, böyle bir mukabil beyyinenin dermeyanı halinde «senedi veren kimsenin senedi okumamış veya anlamamış olduğu hususuna, irade beyanlarına, medenî hukuka göre nasıl bir mâna verilmesi lâzım geldiğini serbestçe takdir etmek yargıcın işidir; burada hata ve hiyle sebebiyle nisbi butlan hakkındaki kaldeler tatbik olunur. Taraflar lâfızdan anlaşılardan farklı bir mâna kararlaştırmışlarsa, beyan bâtıldır. Alman Medenî Kanunu (BGB) Art. 116, 117. Başka suretlerdeki beyanlarda, ezcümle mahkeme harici ikrarlarda, bunların asıl ve esastan âri olduklarının veyahut ta kanuna muhalif mahiyeti haiz bulduklarının dermeyanı kâfidir. Nihayet beyanın nâtamam olduğu, yazılı mukavele yanında sözlü uzlaşmalar *mündliche Abreden* da mevzuubahis edebilir». Bu gibi hallerde «isbat vasıtaları meyanında isticvap teklifinden bulunmak da caizdir» Bz. Alman H. Usul Şerhi, m. 416, No. IV. Senetlerin aksini isbat hususunda isticvabın hukukî mahiyeti hakkında mülâhazalar ileride kritik edilecektir.

38 — Prof. Stein, Alman hukukunda imzanın «senet sahibinin kendiliyle yazılmak iktiza etme»diği — *keine Eigenhaendige* — kanaatindedir. Stein'e göre, «mümessil temsil olunanın ismiyle imzaladığında da, Medenî Kanunun (Alman Medenî Kanunu BGB) 126 ncı maddesinin dar mânası içerisinde temsil olunan kimsenin bir imzası bahis mevzuu olur» Bz. Alman H. Usul Şerhi, m. 416, No. 1.

Tanınmış Alman şârihi Staudinger bu fikre pek taraftar görünmektedir[15].

[15] Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, cilt 1, m. 126 şerhi.

39 — Stein'in noktai nazarına mesnet yapmak istediği Alman Medenî Kanunu (BGB) 126 ncı maddesinde, mümessilin imzasının, temsil olunan kimsenin imzası yerine kaim olacağını kabul etmemiş, bilâkis kanunun yazılı şekil kabul ettiği hususlarda, belgenin, sahibi tarafından kendi el yazısıyla ve ismiyle imzalanmasını (durch Namensunterschrift) bir prensip olarak tesbit etmiştir. Şu var ki, Alman Medenî Kanunu bu maddenin ikinci fıkrasında usulü dairesinde ve yazılı olarak tanzim edilen bir aktin müteaddit suretleri tanzim edilmek gerektiğinde, taraflardan yalnız birisinin diğerinin muvafakatiyle diğeri için bu suretlere birer işaret vazedebileceğini kabul etmiştir.

40 — Hususî senetlere konulacak imzaların şekil ve şartlarının kanunen tayin edilip edilmemesi büyük bir mesele teşkil etmez. Şu kadar var ki, senet imzalarken imza sahiplerinin şu aşağıdaki esaslara riayet etmeleri tavsiye olunmakta, hattâ bazı kanun hükümleri gereğince mecburî addolunmaktadır:

a) Türk hukukunda imza Türk harfleriyle yazılmalıdır. Arap harfleriyle yazılmış imzanın kanun nazarında hiç bir kıymeti yoktur. Bu esas 1/11/1928 tarihli Türk Harfleri Kanununun lâfzına olduğu kadar ruhuna da uygundur. Hocamız Belgesay bu kanunun 7 nci maddesinden istinbat ederek kanunî delil addolunmak için türkçe senetlerin Türk harfleriyle yazılmak gerektiği, Arap harfleriyle yazılmış senetlerin ancak «âdi bir karine veya mukaddemei beyyine» sayılabileceği kanaatindedir. Bz. H. Usul Şerhi, cilt 2, sah. 188. No. 5.

b) İmza hakkında 21/6/1934 tarih ve 2525 sayılı Soyadı Kanununun birinci maddesine göre, «her Türk öz adından başka soyadını da taşımaya mecbur» olduğundan, imzasını vazedenden her Türkün imzasında öz adı ile beraber soyadını da kullanması gerekir.

Prof. Stein'e göre, Alman hukukunda soyadı değil, bilâkis öz adın kullanılması önemsizdir. «Aile ismi, öz ad ilâve edilmese de kâfi» addolunur. Prof. Stein'e göre, «hükümdarlar veya piskaposlar tarafından sırf öz adıyla imzalanmak suretiyle hazırlanan senetlerde veyahut ta aile efradının veya yakın dostların mektuplarında olduğu gibi natamam kalmış bir imzanın bahis mevzuu olmadığı, işin icabına göre imza sahibinin hüviyeti hakkında da şüphe bulunmadığı takdirde, mücerret öz ad kâfidir» Bz. Alman H. Usul Şerhi, m. 416, No. 1.

c) Yine Soyadı Kanununun 2 nci maddesine göre, «söyleyişte, yazışta, imzada öz ad önde, soyadı sonda kullanıl»mak mecburîdir.

d) İmza, ya açık okunaklılığı ile veyahut ta marufiyeti ile imza sahibini teşhis ettirebilmelidir. Prof. Stein'e göre, «imza senedi veren kim-

senin hangi şahıs olduğu bununla anlaşılabilir surette tesbit edilmek mecburidir» Bz. m. 416 şerhi, No. 1.

Sahibini teşhis ettirecek kadar maruf olmıyan ve aynı zamanda okunamıyan bir imza, imza değil *Paraftır*. Parafın ise sahibine ait olduğu ve sahibi tarafından imza maksadiyle yazıldığı isbat edilmedikçe, bizce senet kanunî delil değerini zayi eder. Değerli Hocamız Belgesay da «bir kimsenin isminin aşağı yukarı tekmiil harflerini ihtiva etmiyen ve hususî bazı muamelelerinde» kullandığı parafı imza addetmiyerek alelâde işaret hükmünde kabul etmektedir. Bz. H. Usul şerhi, cilt 2, sah. 184, No. 5.

Alman Ticaret Kanununun (HGB) 15 inci maddesine göre, tecimel adlar, yani *Firmalar*, ticarî münasebetlerde tacirin ismi sayılmıştır.

e) Nihayet, imzanın, senedin teressüm ettirildiği vesikanın üst tarafına veya metni içerisine değil, alt tarafına metni altına yazılması teâmül icabındandır. Prof. Stein'e göre, «ancak senedi veren kimsenin ismi metnin içerisinde değil de, senedin altında *unter der Urkunde* duruyorsa, senet imzalanmış *Unterschrieben*» sayılır. Bz. Stein, Alman H. Usul şerhi, m. 416, No. 1.

41 — Senet üzerine yazılan tarih hususî senedin gerçek bir rüknü değildir. Hususî senetteki tarihin hukukî rolü, hususiyle zamanaşımının tayininde önem kazanır. Adı ve noter senedine müstenit takibin zamanaşımına dair mülâhazalarımız için Bz. No. 63 ve müt.

Hususî senet üzerinde tarih yazılmamış, fakat senedin ne zaman tanzim edilmiş olduğunun tayini gerekiyorsa, senedin ne vakit tanzim edildiğinin şahitle isbatı kabildir. Çünkü, bizatihi senetleşme keyfiyeti, nihayet alelâde hukukî bir fiildir. Hukukî ve maddî fiillerle hukukî muamelelerin isbatı aynı kaidelere tâbi tutulamaz. Bu mesele ileride tafsil edilecektir.

Diğer taraftan üzerinde tarih yazılı olmıyan hususî senede karşı zamanaşımı iddiası, senede karşı müdafaa sözünün şümulünde dahil değildir. Bilâkis, senette teressüm eden hukukî muameleden müstakil bir iddiadır. Binaenaleyh, bu yönden de bu iddianın şahitle isbatına cevaz vardır.

VIII

Senetlerin İadesi — Borçlunun Hakkı

42 — Resmî olsun hususî olsun, senetler münderecatlarının varlığı ve sıhhati hakkında kanunî karine teşkil ederler. Borçlar Kanununun 88 inci maddesinin son fıkrası hükmüne nazaran, «senet borçluya iade edildiğinde borç sakıt olmuş sayılır» olduğundan, iade edilmemiş olan senetler borcun mevcudiyetinin delili olur.

Türk Ticaret Kanunu da Borçlar Kanunu hükmüne müşabih bir maddede sevketmiştir. Gerçekten, Ticaret Kanununun 681 inci maddesine göre, «bir senedin medyuna iadesi, hilâfı sabit olmadığı halde, bedelinin tediye edildiğine delil addolunur».

43 — İade edilmeyen senet borcun mevcudiyetinin delili olunca, senet bizzat alacaklı tarafından imha edilmiş veyahut ta yine bizzat onun tasarrufunda iken iadesi veya onunla ihticacı imkânsız olacak derecede şu veya bu şekilde tahrip edilmiş olduğunda karine ile sağlanan netice yine husul bulmak lâzım gelir.

44 — Senet borçlusu borç senedini alacaklısından istirdat etmedikçe ona ödemede bulunmayacağından, senet kendisine iade edilmeyen borçlunun ödemede bulunduğu iddiası isbata muhtaç bir iddiadır. Binaenaleyh, böyle bir iddianın mücerret doğruluğu kabul edilemez. Çünkü, sayın Hocamız Belgesay'ın da bir konferansında belirttikleri üzere, «normal olarak alacağı baki iken hiçbir alacaklı senedini borçlusuna iade etmez» Bz. İsbat Külfeti, ÜKE broşürleri, hukuk serisi, No. 1. Binaenaleyh, senedini istirdat etmeden ödemede bulunmuş olduğunu iddia eden borçlu hakkında Borçlar Kanununun 88 inci maddesindeki kanuni karine hükümsüzdür. Bu hallerde takibini bilâkis senede istinat ettiren alacaklının karineden istifade etmesi ve binaenaleyh alacağını başka vasıtalarla isbatla yükümlü tutulmaması gerekir.

45 — Senedini istirdat etmeden ödemede bulunduğunu iddia eden borçlu 88 inci maddedeki kanuni karineden istifade edemez, iddiasını isbatla yükümlü olur. Mahkemeye arzedilmek lâzım gelen bu iddianın dermeyanı, mevsukiyeti inkâr edilmeyen senede müsteniden borçlunun icraen takibine mâni değildir. O kadar ki, senedin istirdat edilmemesine rağmen borcun ödenmiş bulunduğunu tevsik eden mahkeme kararı istihsal edilmiş olsa bile, icra memurunun bu kararla kendisini mukayyet görerek icra takibini resen iptal etmesi caiz değildir. Bz. İc. İf. K. m. 71. Hakkını ilâmla tevsik etmiş olan borçlu, aleyhindeki takibin iptalini ancak tetkik merciinden isteyebilir. Şu var ki, Hocamız Belgesay'ın da taraftar oldukları noktai nazara göre, senet istirdat edilmeden borcun ödendiği iddiasını rüyet eden görevli mahkeme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 103 üncü maddesinin sarahati içerisinde olarak alacağı ihtiyatî tedbir kararıyla devam etmekte olan icranın talikini emredebilir[16].

Acaba bahis konusu olan bu halde, ezcümle *tetkik merciinin ihtiyatî tedbirden gayri mahkeme kararlarına uymak mecburiyeti var mıdır?*

[16] Bz. HUMK. m. 103; İc. İf. K. m. 16; Mustafa Reşit Belgesay, İcra ve İflâs Hukuku, sah. 39, İst. 1941.

Kanaatimizce, kanunun meskût geçtiği bu noktada merciin mahkeme kararlarına uymak mecburiyeti olmadığını kabul etmek hak sahiplerinin hukukunu sürüncemede bırakabilir. Yeter ki, ittihaz edilmiş olan kararlar mahkemenin kanunî görev ve yetkisini tecavüz etmemiş olsun. Fakat, inanımıza göre, icra tetkik mercilerinin mahkeme kararlarını herhalde iptal yetkisi kabul edilemez. Bu itibardır ki, merciin «bir şikâyeti halleden mahkeme kararını usulsüzlüğü sebebiyle resen de iptal edebileceğine dair olan İsviçre Federal Mahkemesi kararını makul karşılamıyoruz[17].

İptal, kararı bütün hukukî neticeleriyle birlikte ortadan kaldırmak, onu herkese karşı hükümsüz bırakmaktır. Bu yönden iptal objektif bir mahiyeti haiz olur. Yani iptal edilmiş karara müsteniden artık hiç bir makamın muamele yapmasına imkân bulunamaz. Bilâkis, kararın iptali değil de, nazarı itibara alınmaması, onu o hâdisede tatbikten imtina edilmesi büsbütün başkadır. Bir kararın muayyen sebepler tesiri altında nazarı itibare alınmaması hâdiseye maksur bir hareket olarak sübjektif mahiyeti haizdir. Nitekim, değerli Hocamız Belgesay da başka bir meselenin halli sırasında bu tefriki gerekçeleriyle beraber makul karşılamaktadır[18].

Pek kısa olarak tebarüz ettirmeye çalıştığımız fark gözönünde bulundurulacak olursa icra tetkik mercilerinin usulsüz gördükleri mahkeme kararlarını iptal değil, belki nazarı itibare alamıyacakları, o kararlarla ihticac edemeyeceklerini ileri sürmek daha makul olurdu.

46 — Yukarıda 44 No. lu paragrafta tebarüz ettirmeye çalıştığımız üzere senet borçluya iade edilmemişse borcun ödendiği veyahut ta düştüğü iddiası isbata muhtaç bir iddiadır. Başka bir deyimle senet elinde buldukça alacaklı hakkını artık başka vasıtalarla isbata muhtaç değildir. Alacaklı elinde bulunan bu senetle borçlusunu Borçlar Kanununun 135 inci maddesi ikinci fıkrasının kabul ettiği zamanaşımı süresi içerisinde takip edebilir. Senede müstenit takibin zamanaşımı için Bz. No. 63 ve müt.

IX

Borcun Sukutu Karinesi Doğrudan Doğruya Senedin Zilyetliğine Mi, Yoksa Senedin İadesine Mi Taallük Eder?

47 — Kanaatimizce, Borçlar Kanununun 88 inci maddesinde vaz edilmiş olan borcun sukutu karinesi doğrudan doğruya senedin zatına ve

[17] Bz. İsv. Fed. Jaeger, m. 17, No. 4; M. R. Belgesay, İcra ve İflâs Hukuku, sah 39, 92. İst. 1941.

[18] Mustafa Resit Belgesay, Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, cilt I, sah. 51-52; Adliye Teşkilâtı, sah. 74 ve müt. İst. 1936.

zilyetliğine taallûk etmek lâzım gelir. Fakat, bazı hukukçular bu fikrimize iştirak etmemişlerdir. Onlara göre, Borçlar Kanununun 88 inci maddesindeki kanunî karine alacağa delâlet eden senedin ancak alacaklı tarafından borçluya iade edilmiş olduğunun isbat edilebilmesi halinde hüküm ifade edebilir.

Bu fikre taraftar görünen tanınmış İsviçreli hukukşinas Fritz Funk'un kabul ettiği üzere, borcun ödenmiş veyahut ta sukut etmiş olduğuna karine teşkil eden husus mücerret senedin kendisi veyahut ta kimin yedinde bulunmakta olması değil, bilâkis senedin iade edilmiş olup olmaması keyfiyettir. O kadar ki, senede, hattâ bizzat borçlunun zilyet bulunması dahi senetle ilgili borcun herhalde ödendiğinin delili değildir. Borçlu senedin iade edilmiş olduğunu isbat edebilmişse borcunun sakıt olmuş olduğunu da isbat etmiş olur. Binaenaleyh, borçlunun artık iade edilmiş olduğu isbat edilen senet sebebiyle takibi lâzım gelmez.

Kısaca, Fritz Funk'a göre, 88 inci maddedeki karinenin tahakkuku için asıl lâzım olan husus «borç senedinin geri verilmiş olması»dır, «yoksa borçlunun senede zilyet bulunması kâfi değildir». Yine Fritz Funk'a nazaran, alacaklı ancak «senedi borçluya tamamen başka bir sebep ve maksatla (meselâ üçüncü şahıslara göstermek üzere) teslim etmiş olduğunu isbat ederek bu karineyi hükümsüz bırakabilir»[19].

48 — Demek oluyor ki, 88 inci maddedeki karineden istifade sağlayabilmek için senedin zilyetliğine değil, bilâkis senedin iade edilip edilmediği keyfiyetine bakmak lâzım gelecektir. Şu halde, 88 inci maddedeki kanunî karineden acaba kim istifade edecek ve bu istifade sebebiyle alacaklı ve borçludan acaba hangisi isbat yükümünden müstağni tutulacaktır?

Kanaatimizce, iade keyfiyetini esas tutmak iade keyfiyetinin de ayrıca isbatını gerektireceğinden, karineden istifade edecek olan taraf dahi — iade gibi maddî bir fiile taallûk etse bile — bazan isbat ile yükümlü tutulmuş olacaktır. Böyle bir neticenin kabulü ise kanunî karinelerin vaz ve kabulünde âmil olan maksatları yıkmış olacaktır. Gerçekten, isbat hukukunda kanunî karinelerin vaz ve kabulündeki maksat, herhangi bir vakıanın delili sayılan diğer bir vakıaya istinat eden tarafı mahaza isbat yükümünden kurtarmaktır. Değerli Hocamız A. Samim Gönensay da bu kanaattedir. Sayın Hocamızın noktaî nazarına göre «lehine kanunî bir karine mevcut olan taraf bu karineye istinat edeceği cihetle, artık müd-

[19] Bz. Fritz Funk: Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, terc. (H. Veldet - C. H. Selek), sah. 144, m. 88.

deasını başkaca isbata muhtaç değildir»[20]. Binaenaleyh, bir taraftan kanunî karineler kabul edilirken, diğer yandan karineden istifade edecek olan tarafı yine isbatla yükümlü tutmak gayesiz bir hareket olur.

Bilgin Hocamız Belgesay'ın, daha pek yeni yayınladıkları «İsbat Teorisi» kitabında gayet veciz surette ifade ettikleri üzere «kanunî karinelerin rolü, isbat külfetini bu karineye istinat eden taraftan diğerine geçirmekten ibarettir»[21]. Binaenaleyh, kanunî karinelere sırf bu maksatla kanunlarda yer verdikten sonra onların bilhassa isbat hukuku bakımından olan rollerini gevşetmeye uğraşmakta makul bir sebep yoktur. Bu itibarladır ki, doğruluğuna inandığımız yukarıki mülâhazalarla bağdaştıramadığımız Yargıtay Özel Hukuk Dairesinin «Borçlar Kanununun 88 inci maddesinin son fıkrası, senedin borçluya alacaklı tarafından iade edilmesi haline matuf» olduğuna dair olan 4/1/1938 gün ve 521 sayılı kararını isabetli karşılamıyoruz. Yargıtayın bu kararı için Bz. Güler: İc. İf. K. sah. 133.

Sayın Hocamız Ord. Profesör Hırş'ın son defa yayınladıkları yeni Ticaret Hukuku kitabındaki mütalâaları kanaatimize uygundur. Hırş'e göre, «senet üzerindeki mülkiyet kime ait ise, senette teressüm ettirilen hak da ona aittir. Demek oluyor ki, maddî bir nesne olan senedin hakikî sahibi, senette münderiç olan gayrimaddî hakkın da sahibidir» Bz. sah. 459.

Ord. Prof. Hırş'ın mütalâalarının ticarî senetlere taallük ettiğini kabul etsek bile, yukarıda işaret ettiğimiz üzere (Bz. No. 42), Ticaret Kanununun 681 inci maddesi hükmü Borçlar Kanununun 88 inci maddesi hükmünden ayrılmış değildir. Yani sözü geçen her iki kanunun her iki maddesi birbirine tamamen uygundur. Binaenaleyh, bu hususta ticarî senetler hakkında sarfedilecek bir mütalâanın adı senetler hakkında da varit olmayacağı düşünülemez.

49 — Borçlar Kanununun 88 inci maddesinin son fıkrasındaki kanunî karineyi doğrudan doğruya senedin kendisine ve zilyetliğine raci kılan inanın neticesi, senet zilyedinin bu senede bağlanan hakkının isbata muhtaç olmıyan gerçekliğidir. Bu fikir kabul edildiğinde senedini almadan ödemedede bulunduğunu iddia eden borçlunun ödediği iddiasını isbat etmesi gerekir. Bittabi bu isbatın muvaffak olması halinde karine de artık hükümden düşmüş olur.

Kısaca, karineden istifade edecek olan taraf senet elinde bulunan,

[20] A. Samim Gönensay: Medenî Hukuk, cilt 1, sah. 74, İst. 1936.

[21] Mustafa Reşit Belgesay: Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, cilt III, sah. 26.

senedin zilyedi olan kimsedir. Nitekim, Yargıtay Ticaret Dairesi de 15/12/1930 gün ve E. 4027, K. 3000 sayılı bir kararında bu noktai nazara taraftar olmuştur. Yargıtayın bu kararına nazaran, «Ticaret Kanununun 681 inci maddesi mucibince senedin medyun yedinde bulunması tediye edildiğine delâlet etmesine göre bunun aksini iddia eden müddeiye iddiasının isbat ettirilmesi icap ederken makûs surette yemin tevcihi ile müddeabihin tahsiline karar verilmesi yolsuzdur»[22]. Binaenaleyh, alacaklı iade ettiği senedi gizlice veya yeniden elde etmiş olsa bile, senet elinde buldukça yine karineden istifade eder. Fakat, borçlunun ödeme iddiası gibi, senedinin kendisine alacaklısı tarafından istek ve serbest rızasıyle iade edilmiş olduğunu isbat hakkı mahfuzdur. Bittabi bu halde de yine artık karineye itibar edilmeyeceği tabiidir. Meğer ki, Fritz Funk'un kabul ettiği gibi, «alacaklı senedi borçluya tamamen başka bir sebep ve maksatla (meselâ üçüncü şahıslara göstermek üzere) teslim etmiş olduğunu isbat edebilmiş olsun»[23]. Yargıtay Ticaret Dairesi de bu kanaattedir. Yargıtayın bu Özel Dairesine göre, senedin borçluya hataen teslim edilmiş olduğu iddiasının isbatına cevaz verilmemesi yolsuzdur. Bz. 2/4/34 gün ve E. 742, K. 980 sayılı karar; Hirs, TK. sah. 327.

Yargıtay Ticaret Dairesi diğer bir kararında senedin borç ödenmeden hile ile geri alındığı iddiasının da şahitle isbatına müsaade etmiştir. Bz. Yarg. Tic. D.'nin 19/9/933 tarihli kararı. Öktem, sah. 328.

Yargıtayın bu kararından anlaşıldığına göre, senette ifade olunan borç para ödenmiş olduğu için senet müddeaaleyh borçlu yedine geçmiş olunca Borçlar Kanununun 88 inci maddesindeki karine hükmü alacaklı aleyhine sakit olacaktır. Binaenaleyh, ödemeye dair bir isbat yükümü bahis konusu olacaksa, bununla artık karineden faydalanan borçlu değil, bilâkis alacaklı yükümlü olacaktır. Çünkü, karineden istifade edemiyen taraf elinde senet bulunmayan alacaklıdır.

Yargıtay Ticaret Dairesinin 1939 tarihli diğer bir kararına nazaran, yeter delillerle karinenin hilâfını isbat edemiyen taraf — misalimizde alacaklı — diğer tarafa yemin teklif edebilir. Bz. Kurdakul, sah. 130. O kadar ki, böyle bir halde «yemin ile meselenin halli lâzım gelirken şahit dinlenmesi yolsuzdur» Bz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (933-16) Kurdakul, sah. 154.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun oldukça müstakar ve doğru karşıladığımız içtihadına göre, «senedin iadedden gayri bir surette müddeaa-

[22] Bz. Yargıtay Ticaret Dairesi Kararları (1930-1934), 112.; E. Hirs; Notlu Ticaret Kanunu, sah. 327, Ankara, 1946.

[23] Bz. 19. No. lu notta gösterilen kaynak.

aleyhin eline geçtiği hakkındaki iddianın alelûsul müddeiye isbat ettirilmesi ve sabit olmadığı surette müddeaaaleyhin yemini ile halli mesele edilmesi iktiza eder». Bz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (932-115). Kurdakul, sah. 154.

Kısaca, bütün bu Yargıtay kararlarından da anlaşıldığı üzere, Borçlar Kanununun 88 inci maddesindeki kanunî karineden istifade ederek haklarını teslim için ayrıca isbat yükümü ile mecbur tutulmıyanlar mahaza senet elinde bulunan kimselerdir. Bu görüş tarzını bizzat Yargıtay mücerret «borç senedinin borçlu elinde bulunması muhteviyatının tediye edilmiş olduğuna delil teşkil ede»ceği hususundaki kararıyla de özetlemiş bulunmaktadır. Bz. IV. H. Dairesi 929, Kurdakul, sah. 129.

X

Senedin İadesinin Mümkün Olamaması

50 — Bazan alacaklı yedindeki senet hakikaten telef olmuş, yanmış veyahut ta bizzat alacaklı tarafından zayi edilmiş olabilir. Senedin ziyai vakıa borçlunun tediye yükümlülüğünü kaldırmaz [24]. Fakat 88 inci maddedeki kanunî karine hükmünü muallâk ve tatbikatsız *ipso-facto* bırakmadığı ileri sürülemez. Çünkü, zayi edilmiş veyahut ta telef olmuş bulunması yüzünden elinde senet bulunmıyan alacaklı, borçluyu yine icraen takip edebilirse de, borcunun hukukî ve maddî mesnedini aramakta ısrar ederek mesnetsiz borç tanımayan borçlunun itirazı karşısında cebri icraya devam edemez. Bz. İc. İf. K. m. 66. Bu takdirde elinde vesika bulunmıyan alacaklının mahkemeye müracaatı gerekir. Fakat, miktar ve kıymeti itibariyle elli lirayı tecavüz eden alacağını şahitle isbat edemez. Bz. İleride senetle isbat mecburiyeti; HUMK. m. 288. Bu itibarla senedin ziyai bazan hakkın da ziyasını mucip olabilir.

Senedi kaybettiğini zanneden, senedi bulamıyan, bir kelime ile elinde senet bulunmıyan alacaklı borçludan borcunu ödemişse ödediği iddiasını yemin ile temin etmesini isteyebilir. Bz. İleri Hukuk, makalemiz mart 1946, sayı 9, sah. 52.

51 — Yukarıki 50 No.lu paragrafta kısaca belirtmiye çalıştığımız üzere senedin ziyai borçlunun tediye yükümlülüğünü kaldırmış olmaz. Alacaklının zayi etmiş olması yüzünden senedini istirdat edemiyen borçlu, ödemek ve bu suretle kurtulmak istediği borcu için «kendisine senedin iptalini ve borcun sukutunu mübeyyin resmen tanzim veya usulen tasdik edilmiş bir ilmühaber vermeğe alacaklıyı mecbur edebilir» Bz. BK. m. 89.

[24] HUMK.nun 326 ve müt. maddelerine bakınız.

Ticaret Kanunu da — hükümleri biraz farklı olsa bile — bu esastan yürümüştür. Gerçekten Ticaret Kanununa nazaran, meselâ, poliçe hâmil olan kimse, kabul ile mükellef bulunduğu kısmî bir tediye vaki olmadıkça, tediyede bulunan muhataba poliçeyi iade, veyahut iade etmek istemediği surette ayrıca bir «makbuz ilmühaberi» vermeğe mecbur değildir. Poliçenin kendisine teslimini isteyen hâmilin, muhatap tarafından tediye edilmiş olan poliçeye bir ibra şerhi yazması, poliçenin kendisine teslimini talep edebilmesi için kâfidir. Bz. TK. m. 564.

Ticaret Kanununun 625 inci maddesi bu esası çekler hakkında da tatbik etmektedir. Bu maddeye göre de, hâmil tediye olunan meblâğın kabzedildiğini nâtik şerh vermek suretiyle muhatabın tediye ettiği çekin kendisine teslim olunmasını talep edebilir. Şu farkla ki çeklerde hâmilin kısmen tediye kabul etmek mecburiyeti yoktur. Bz. TK. m. 625.

52 — İcra ve İflâs Kanununun 144 üncü maddesi, Borçlar Kanununun 88 inci maddesinde kabul edilmiş olan kanunî karinenin takip hukuku yönünden bir tatbikatıdır.

İcra ve İflâs Kanununun hükümlerine göre, senet borçluya iade edilmiş olmasa bile icra dairelerine yapılan ödeme borçluyu borcundan kurtarmaya kâfidir. Bz. İc. İf. K. m. 12. Yani, İcra ve İflâs Kanunu da borcun sakıt olması için herhalde senedin iadesini değil, bilâkis *alacağın tamamen ödenmiş* olmasını esas tutmuş ve binaenaleyh müellif Fritz Funk'un noktai nazarına uymıyan yukarıki paragraftaki mülâhazalarımızı teyit etmiştir. Bz. No. 48, 49.

53 — İcra ve İflâs Kanununa nazaran, borç tamamen ödendikten sonra senet borçluya iade edilmese bile borçlu senette ifade olunan borçtan kurtulmuş olur. Şu var ki, «alacağı tamamen ödenmiş olan alacaklıya ait senet icra dairesince borçluya veril»mek lâzım gelir. Bz. İc. İf. K. m. 144, f. 1. Alacaklı iadesi gereken senedi zayi ettiğini beyan ettiğinde borçlunun icra memurundan ödemelerine karşılık daire adına bir makbuz tahsil etmesine hakkı vardır. Borcunu tamamen ödemiş olan borçlunun bu talebi Borçlar Kanununun 89 uncu maddesine uygundur.

54 — Değerli Hocamız Belgesay'ın noktai nazarına göre, alacaklı senedini kaybettiğini beyan ettiğinde gaip senet «icra memuru tarafından resmen iptal olunarak tediye yapılmak lâzım gelir. Kanaatimizce, icra memuru tarafından gaip senedin iptal edilmiş olduğunun beyan edilmesi az çok mücerret kalarak borçluyu tatmin etmiyebilir. Borçluyu tatmin edecek olan husus, borçluya icra dairesi tarafından ayrıca resmî bir makbuz verilmesidir. Hocamız, borçluya icra dairesi tarafından ayrıca

makbuz verilmesini sadece kısmen tediye halinde kabul etmiştir[25].

55 — Borçlar Kanunu 89 uncu maddesinin son fıkrasında, kıymetli evrakın iptaline dair hükümleri saklı tutmaktadır.

Çek gibi, emre muharrer senet gibi kıymetli evrakta tediye yükümlülüğü ve tediye talebi ancak senedin ibrazına tâbi bulunduğundan, ticarî senetlere ve bu senetlerin iptaline dair hükümlerde pek haklı olarak bazı hususiyetler gözetilmiştir.

56 — Poliçe gibi, çek gibi, ticarî senetlerin ziyayı, hakkı büsbütün düşürmese bile, borçlunun tediye yükümlülüğünü hiç olmazsa gaiplik müddetince kaldırmış olur. Halbuki, âdi senetlerde senet zayi olsa bile borçlunun tediye yükümlülüğünün yine bâki kaldığını yukarıki paragrafta tebarüz ettirmişe çalışmışık. Bz. No. 50, 51. Hocamız Ord. Prof. Hırş, ticarî senetlerin zayi edilmesinin senette ifade olunan hakkı düşürüp düşürmediği hususunda hattâ daha da ileri giderek, hususiyle poliçe, emre muharrer senet ve çeklerde hakla senet arasındaki bağılılığın âzamî haddi bulunduğunu mülâhaza etmek suretiyle, senette ifade olunan hakkın mukadderatını mutlak ve kesin surette senedin varlığına tâbi tutmakta ve senet zayi edilmekle beraber senette ifade olunan hakkın herhalde düşeceğini kabul etmektedir. Hırş'e göre, hususiyle poliçe, emre muharrer senet, çek gibi ticarî senetlerde «hak ancak senet ile birlikte doğabilir ve bu senedi takip eder. Senet yoksa, hak da yoktur. Senet, yani madde olarak kâğıt parçası, bu nevi hakların esaslı unsurunu teşkil eder»[26].

57 — Yukarıki 56 No.lu paragrafta kısaca işaret ettiğimiz üzere, muhatabın tediye yükümlülüğünü kaldırsa bile, ticarî senedin ziyayı ile beraber ticarî borcun da herhalde ve kat'î olarak düşeceğini kabul etmek kanaatimizin dışındadır. Ticarî senedin ziyayı, borcu mutlak surette düşürecekse, senedin sonradan bulunmuş olması da borcu artık diriltemeyecektir. Halbuki sonradan bulunan senet zamanaşımı süresi içerisinde ibraz edildikten sonra, borçlu borcunu ödemekten imtina edemez. Ticarî senetlerin zamanaşımı meselesi için Bz. No. 63 ve müt. Binaenaleyh, ticarî senet kendisine ibraz edilmeyen borçlu borcu ödememek lâzımdır. Çünkü, senetsiz ödemede bulunmuş olan borçlu, senet sonradan bulunarak kendisine ibraz edildiği takdirde ikinci bir ödemede bulunmak mecburiyetinde kalabilir. Meğer ki, senet usulü dairesince Ticaret Mahkemesi marifetiyle iptal edilmiş olsun.

[25] Bz. Mustafa Resit Belgesay: Yeni İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, cilt 1, m. 144, sah 196, İst. 1933.

[26] Bz. E. Hırş: Ticaret Hukuku Dersleri, cilt 3, sah. 9, İst. 1939.

58 — Ticarî senetlerde borcun senede bağlı bulunması, senet tevdi edilmeksizin icra takibine mâni olmaz. Şu var ki, ticarî senetle icra takibi yapıldığında alacaklıya tediyat yapılabilmek için, ticarî senedin alacaklı tarafından icra dairesine tevdi edilmesi gerekir. Hocamız Belgesay da bu kanaatte bulunmuşlardır. Kendilerine göre, «alacaklı senedini kaybettiğini beyan ederse bu senet polîçe ve emre muharrer gibi bir senet olduğu takdirde Ticaret Kanunu ahkâmı dairesinde ikame olunacak iptal davasının neticesine kadar tediyat yapılamaz»[27].

59 — Ticarî senetlerde senet ibraz edilmedikçe tediye yükümlülüğü olmaması, senedin ibraz edilmemesi sebebiyle borcu ödemekten imtina eden borçluyu mütemerrit olmaktan ve borçlunun temerrüdüne terettüp eden hükümlere katlanmaktan kurtarır. Borçların ödenmemesinin neticelerine dair hükümler için BK. m. 96 ve müt. maddelerine bakınız.

60 — Kanun, senedi zayi eden kimsenin hakkını senedi bulacak olan şahıs lehine düşürmek istemediğinden, mücerret senedin ziyayı sebebiyle hak sahibine gaib senedi iptal sadedinde dava hakkı tanımıştır [28]. Ticaret Kanununun 638 inci maddesine göre, «bir senedi ticariyi zayi eden son hâmil veya onunla bir hak isbat edecek olan kimse bu senedin iptalini talep edebil»mek suretiyle senedi bulacak olan üçüncü şahsın senetten fuzuli ve haksız surette faydalanmasına mâni olabilir.

Ticaret Kanununa göre iptal davası senedin tediye olunacağı mahal Ticaret Mahkemesinde ikame edilmek lâzımdır. Bz. TK. m. 638, f. 2.

XI

Takip Hukukunda Resen Noter Senetleriyle İlâmlar Arasındaki Münasebet

61 — Resen noter senetlerinin takip hukukundaki mevki ve hukukî önemini tebarüz ettirebilmek için takip hukuku bakımından resen noter senetleri ile ilâmlar arasındaki hukukî münasebetleri belirtmek lâzımdır.

İcra ve İflâs Kanunu noterlerin resen tanzim ettikleri borç ikrarını mutazammın resen senetleri, temyiz neticesinde haksız çıkıldığında borcun ödeneceğine teminat olmak üzere icra memuru huzurunda tanzim edilen kefaletnameler gibi ilâm hükmünde addetmiştir. Bz. m. 38. Fakat,

[27] Bz. Mustafa Reşit Belgesay: Yeni İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, cilt 1, sah. 196, m. 144, İst. 1933.

[28] Dava hakkının esas hakla münasebetleri, prosedür hukukundaki muhtelif hukukî mânaları ve müelliflerin bu husustaki mütalâaları için Bz. Hak ve Dava Hakkı makalemiz, Hukuk Dünyası, sayı 6-7, sah. 175, Kasım-Aralık 1945.

aynı kanun bir taraftan takip müruru zamanı bakımından, diğer taraftan da ihtiyatî hacze dair teminat istenip istenmemek yönünden resen tanzim edilmiş noter senetlerini kesinleşmiş mahkeme kararlarından, ezcümle ilâmlardan farklı tutmuştur:

A. İcra ve İflâs Kanununun 259 uncu maddesinde, ihtiyatî haciz istiyen alacaklı, alacağı ancak ilâma müstenit olduğunda teminattan muaf tutulmuş, ilâm mahiyetindeki bir vesikaya, ezcümle resen noter senedine müstenit olacak için teminat lâzım gelip gelmediğinde yargıca takdir yetkisi tanımıştır. Demek oluyor ki, İcra ve İflâs Kanununun 38 inci maddesi hükmüne böylece bir istisna vazedilerek ilâmlarla ilâm mahiyetindeki vesikalar arasında bu yönden bir fark gözetilmiştir. Bu farkın gerçek sebebi, ezcümle resen noter senetlerinde, temyiz ve icra kefaletname-leri gibi ilâmların aksine olarak *kasiyei muhkemelik* vasfı mevcut olmasıdır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre (Bk. m. 237), hattâ kanunî müracaat yolları henüz açık bulunsa bile, mahkeme kararlarının hallettikleri meseleler başka bir mahkemede artık yeniden tetkik edilemez. Kesinleşmiş mahkeme kararlarının hallettikleri hususun gerçek olmadığı ileri sürülemez. Kesinleşmiş mahkeme kararları mevzularını teşkil eden hususun kat'î ve kanunî delilini teşkil ettiklerinden, gerçekte hatalı olsalar bile, hata iddiası mesmu değildir. Halbuki ilâm mahiyetinde addolunan resen noter senetlerinin münderecatlarının aksini isbata, hattâ Medenî Kanunun hükmü gereğince «bir şekli mahsusa» riayet mecburiyeti olmadan cevaz verilmiştir. Bz. MK. m. 7.

B. İcra ve İflâs Kanununun 39 uncu maddesi ile ilâmlarla resen noter senetleri arasında takip müruruzamanı bakımından da bir fark kabul edilmek istenilmiştir. Gerçekten, 39 uncu madde hükmüne göre, ilâma müstenit takip, umumiyetle son takip muamelesinin yapıldığı tarih üzerinden on sene geçmekle zamanaşımına uğradığı halde, resen noter senedine müstenit takibin zamanaşımını senedin mahiyetine tâbidir. Binaenaleyh, İcra ve İflâs Kanununa nazaran, takip, resen noter senedine istinat ediyorsa, takibin zamanaşımını hesap edebilmek için senedin mahiyetine, ezcümle senette teressüm eden borcun âdi veyahut ta ticarî mahiyette olup olmadığına göre Borçlar veya Ticaret Kanununda muayyen olan müruruzaman sürelerini nazarı itibare almak lâzım gelecektir.

62 — İcra ve İflâs Kanununun 39 uncu maddesi takibin düşmesi ile takibe esas teşkil eden hakkın zamanaşımına uğramasının doğurabileceği farklı neticeleri ayırmak istemektedir. Kezalik İcra ve İflâs Kanunu, yine sözü geçen 39 uncu maddesiyle, takibin düşmesi için son muameleden itibaren kısa bir zaman geçmesini kâfi görmüştür.

Gerçekten, esasî haklarına nazaran nisbeten kısa takip müruru zamanları kabul etmek suretiyle kanunun icra takiplerini uzun müddet sürüncemede bırakmak istememesi yerindedir. Kezalik, takibin zamanaşımı ile düşmesi esasî hakları da düşürmediğinden, takip müruru zamanının nisbeten kısa olarak kabulü mahzurlu değildir.

Diğer taraftan, takip müruru zamanının esasî haklara müessir olması, takibin düşmesine takip hukuku yönünden kat'î bir mahiyet vermiş olmaz. Çünkü, takibi düşen esasî hakların mahkemeye müracaat edilerek ilâma bağlanmak suretiyle yeniden takibi kabildir.

XII

Âdi ve Noter Senedine Müstenit Takibin Zamanaşımı

63 — Yargıtay İcra İflâs dairesi 30-4-1933 t. ve 1758/1835 sayılı kararında «noter senedine müstenit takip İcra ve İflâs kanununun 39 uncu maddesinin ikinci fıkrası mucibince senedin mahiyetine göre... Ticaret kanununda 597, 606 ve 607 ci maddelerindeki sarîh hükümlere göre üç senelik müruru zamana tâbi» olduğunu kabul etmiştir. Güler sah. 43.

Yargıtay bu kararı ile, İcra ve İflâs kanununun, Borçlar kanununu olduğu kadar Ticaret kanunu hükümlerini de mahfuz tuttuğu inancını aksettirmektedir.

Ticaret kanunu polîçe ve emre muharrer senetten doğan alacakların dava zaman aşımını tayin etmiştir. Ticaret kanunu 597 ci maddesinde «kaffei devai» den bahsetmekte ve bu davaların «hulûlü vade tarihinden itibaren üç sene müddetle sakıt ol» acağını kabul etmektedir. İmdi Yargıtayın noktâi nazarına göre, İcra ve İflâs kanunu Ticaret kanununda yazılı dava zaman-aşımını mahfuz tutmuşsa bu zaman-aşımı süresi dışında polîçe veya emre muharrer senetlerden doğan alacakların başlanmış olan takiplerine devam olunamayacaktır. Fakat, değerli Hocamız Belgesay'ın da kabul ve işaret ettikleri üzere «noterlerin resen polîçe veya emre muharrer senet tanzim etmeleri ne âdettir, ne de pratiktir» [29]. Binaenaleyh, pratikte noter senedine bağlanmayan ticarî senetler hakkında noter senedine bağlanıyormuş gibi Ticaret kanununda yazılı özel zaman-aşımı sürelerinin cereyan edeceğini kabul etmek tatbikata, amelî hayata uymamaktadır.

64 — Ticaret hayatında daima aranmakta olan sür'at ve sür'atî temin için de işlerde basitliktir. Ticaret hayatına atılmış iş adamları daha ziyade kredi üzerine muamele yaptıklarından, ve muhataplarına da esa-

[29] Mustafa Reşit Belgesay: İcra ve İflâs Hukuku sah. 155.

sen yeter derecede güven beslediklerinden, poliçe veya emre muharrer senet tanzimi için noterlere kadar gitmek külfetini ihtiyar etmemektedirler. O kadar ki, hukuk tatbikatımız nazarı itibare alınacak olursa ticarî senetlerin noterlerce tanzim edildiği pek enderdir. Ticarî teamüllerimize göre, ticarî yükümlenmelerin noter senedine bağlanmaması, noter senedine müstenit takibe dair olan İcra ve İflâs kanununun 39 cu maddesi ikinci fıkrasını Ticaret kanununa nazaran sakıt ve tatbikatsız bırakmaktadır.

65 — Ticarî yükümlenmelerin noter senedine değil de, mücerret senede bağlanmış olmaları senedin ifade ettiği alacağa on senelik zaman-aşımı kabul edebilmek için kâfidir. Borçlar kanunu 135 ci maddesinde senette ikrar edilen borçlar için daima on senelik zaman-aşımı süresi kabul etmiştir. Ticarî yükümlenmelerden doğan borçlar ticarî mahiyeti haiz olmalarına rağmen mücerret senette ikrar edildikten sonra daima on senelik zamanaşımına tâbi olurlar. Binaenaleyh, bu hallerde artık Ticaret Kanunundaki özel zaman-aşımı sürelerinin tatbikine imkân kalmıyacağı tabiidir. Değerli Prof. Kemal Arar da bu fikre taraftar görünmektedir. Çünkü, Prof. Kemal Ararın mütalâasına göre, ancak «resen hazırlanmış» olduğu takdirde ki, «emre muharrer senet üzerine yapılan bir takipte son muamele tarihinden itibaren üç sene geçmiş olursa Ticaret kanununun 606 cı maddesi delâletile 597 ci maddesi mucibince müruru zaman hasıl olmuştur» [30]. Bu mülâhazalarile Prof. Kemal Arar'ın da «resen hazırlanmış» olmadıkça ticarî senetler hakkında olsa bile Ticaret Kanunundaki özel zaman-aşımı sürelerinin tatbikini mümkün göremediği inanındayız.

66 — Sarih lâfzından anlaşıldığı üzere, 39 cu maddenin ikinci fıkrası sadece *noter senedine müstenit takip hakkında olarak* Borçlar veya Ticaret kanunlarında yazılı özel zaman-aşımı sürelerini mahfuz tutmuştur. Ticarî borç veya yükümlenmelerin teressüm ettirildiği kıymetli evrak veya ticarî senetlerin ise ayrıca noter senedine bağlanmadığına 63 ve 64 No. lu pragraflardan gerekçelerile işaret ettik.

Kanaatimizce, ticarî yükümlenmeler noter senedine bağlanmadıktan sonra İcra ve İflâs kanununun 39 cu maddesinin ikinci fıkrası delâletile Ticaret kanununda yazılı özel zaman-aşımı sürelerinin takip hukukunda tatbikine imkân yoktur. Nitekim Yargıtay İcra İflâs Dairesi oldukça yeni diğer bir kararı ile de bu husustaki noktai nazarımızı teyit etmektedir. Yargıtay İc. İf. D. nin evvelce işaret ettiğimiz kararı için Bz. No. 63.

Gerçekten, Yargıtay İc. İf. D. nin 13 - 12 - 1937 g. ve E. 4861, K.

[30] Kemal Arar: İcra ve İflâs Hükümleri, cilt 1, sah. 88, Ankara, 1944.

5286 sayılı kararına göre, «*Borçlar kanununun 135 ci maddesinin son fıkrası hükmü mutlak olup borcun evvelce poliçeye veya emre muharrer senede bağlı bulunması bu fıkra hükmünü değiştirmez*». [31].

Kısaca, İcra ve İflâs kanununun 39 cu maddesinin son fıkrası kesin olarak uygulanmak lâzım geldiğinde poliçe, emre muharrer senet gibi ticarî evrak, ancak resen noter senedine bağlandığı takdirdedir ki, Ticaret kanununda yazılı özel zaman-aşımı süreleri içerisinde takip edilebilir. Ticarî senetler noter senedine bağlanmamışsa, bunlar hakkında Ticaret kanununda yazılı özel zaman-aşımı sürelerinin cereyan edeceği kabul edilemez. Çünkü, İcra ve İflâs kanununun 39 cu maddesinin ikinci fıkrası ancak noter senedine bağlanmış ticarî borçlara münhasır olarak Ticaret kanunundaki özel zaman-aşımı sürelerini mahfuz tutmuştur.

67 — İcra ve İflâs kanununun 39 cu maddesi karşısında Borçlar kanununun 135 ci maddesinin diğer maddelerine nazaran tatbikatsız kalıp kalmadığı biraz düşünülecek bir meseledir.

İcra ve İflâs kanunu Borçlar kanununun senette ikrar edilen borçların zaman-aşımı süresini değil, bilâkis takip noter senedine müstenit olmak şartile «senedin mahiyetine göre Borçlar veya Ticaret kanunlarında muayyen olan müruruzamanlar» ı mahfuz tutmuştur. Binaenaleyh, *İcra ve İflâs Kanununun Borçlar Kanununu bu ölçü içerisinde mahfuz tutan 39 uncu maddesinin lâfzî sarahatine rağmen Borçlar Kanununun 135 ci maddesi umumî olarak bütün adî borçlar hakkında nazarı itibare alınabilecek midir?*

Kanaatimizce, İcra ve İflâs kanunu mademki mahaza noter senedine müstenit takipler hakkında olarak senedin mahiyetine göre Borçlar veya Ticaret kanunlarında muayyen olan zaman-aşımı sürelerini mahfuz tutmuştur, o halde noter senedine bağlanmış olmadıkça borcun ticarî mahiyetine nazaran Ticaret kanunundaki özel zaman-aşımı sürelerini İcra İflâs hukuku bakımından nazarı itibare almaya imkân yoktur. Binaenaleyh, bu halde ortada noter senedi bulunmadıktan sonra artık Borçlar kanununun 135 ci maddesinin tatbiki zarurî görünür.

68 — Yukarıdanberi belirtmeye çalıştığımız mülâhazaların Ticaret kanunu hakkında olduğu kadar Borçlar kanunu hakkında da varit olmadığı kabul edilemez. Bu itibarladır ki, *İcra ve İflâs kanununun 39 cu maddesi karşısında Borçlar kanununun 135 ci maddesi, özel zaman-aşımı süreleri kabul eden Borçlar kanunundaki diğer maddeler yanında* (mese-

[31] Bz. Temyiz kararları hukuk kısmı 1937, 306; Hirs, Notlu Ticaret kanunu sah. 270.

lâ BK. m. 126) *tatbikatsız kalması değildir*. 135 ci madde noter senedine bağlanmayıp da mücerret senette ikrar edilen tekmil adı alacaklar hakkında kabili tatbiktir. Bilâkis noter senedine bağlanmış adı alacaklar hakkında 135 ci madde değil, Borçlar kanununun özel zaman-aşımı süreleri tayin eden diğer hükümleri tatbik edilir. Nitekim, bilgin Hocamız Belgesay da bu kanaatte bulunmuştur. Hocamızın noktai nazarına göre, «kanun adı senetlerle olan takiplerde istisnai ahkâm komadığından, bunlara müstenit takipler herhalde on senelik müruru zamana tâbidir». Demek oluyor ki, adı senede bağlanmış alacaklar hakkında Borçlar kanununun 135 ci maddesi tatbik edilecektir. Bilâkis, adı alacak noter senedine bağlanmışsa, bu takdirde borcun mahiyetine göre özel zaman-aşımı sürelerine dair hükümlerin uygulanması gerekecektir. Nitekim, Hocamız Belgesay'ın verdikleri misale göre, «meselâ haksız fiilden mütevellit borcun taahhüdüne dair noter senedine müsteniden bir sene sonra icra takibi yapılamaz. Ancak bu taahhüt senede merbut olmasına binaen Borçlar kanunu icabı on senelik müruru zamana tâbi olduğundan, bu hak mahkemede dava olunabilir». Bz. Belgesay, İc. İf. Şerhi, cilt 1, sah. 43, m. 39. Bittabi bu halde alınacak ilâmın takip müruru zamanı yine İc. İf. kanununun 39 cu maddesi delâletile son takip muamelesinden başlamak üzere on senedir.

XIII

Yetkili Memurun Tanzim ve Tasdikine Müdahale Ettirildiği Bütün Resmî Senetler İlâm Mahiyetinde Midir?

69 — İcra ve İflâs kanunu 38 ci maddesi hükmü ile ilâm mahiyetinde addolunacak vesikaları oldukça tahdit etmiştir. Gerçekten, bu kanuna göre, meselâ noterlerin müdahale ettirildikleri tekmil resmî senetler ilâm hükmünde addolunmamıştır. Noterin sadece imzasını tastik ettiği veyahut ta resen tanzim etmiş olmakla beraber, paradan başka bir taahhüde taallûk eden senetler ilâm mahiyetinde değildir. İcra ve İflâs kanununun sözü geçen 38 ci maddesi hükmüne nazaran, mücerret borç ikrar edilen noter senetleri değil, bilâkis sadece «para borcu ikrarını havi resen tanzim edilen noter senetleri» ilâm hükmündedir.

Aziz Hocamız Belgesay Yeni İcra ve İflâs Şerhi kitabında (İst. 1933, sah. 42), 38 ci madde hükmünün tahdidî olmadığını, binaenaleyh «salâhiyettar olan memur tarafından tanzim olunan diğer bütün senetler de, kabiliyeti icraiye noktasından, ilâm gibi» olduğunu mülâhaza etmişti. Fakat, Hocamız 38 ci maddeyi «bütün senetlere» teşmil ettirdiği bu mülâhazasında ısrar etmemiştir.

Gerçekten, Hocamız daha sonra yayınladığı İcra ve İflâs Hukuku kitabında «kanun yalnız para borçlarına dair noter senetlerini ilâm hük-

münde addettiğinden, bir mal üzerinde aynı bir hak tesis etmek üzere tanzim edilmiş noter senetleri.. cebri icraya esas olamaz... Noter tarafından sadece imzası tasdik olunan veyahut paradan başka şey taahhüdünü ihtiva eden resen tanzim edilmiş senetler ilâm mahiyetinde değildir» mülâhazasında bulunmuştur. Binaenaleyh, Hocamızın bu satırlarda ifadesini bulan kanaatine göre de İcra ve İflâs kanununun 38 ci maddesi hükmünde ilâm mahiyetini haiz vesikaların nev'i ve miktarı o kadar şümullendirilmek istenmemiş, şu halde dolayısıyla tahdit edilmek istenmiştir. Kanaatimizce, 38 ci madde için kabul edilecek böyle bir tahdidat faydalı olmadığı kadar, tahdidatı kabul etmemek de mahsurlu değildir. Bu sebeptendir ki, noterin resen tanzim etmiş olduğu resmî senetle lehine paradan başka şey taahhüt edilmiş olan kimsenin, hakkını icra dairesi marifetile istihsal edemeyip herhalde mahkemeye müracaat etmek mecburiyeti, bizce maksatsız bir formalite olmasa bile, pek isabetli değildir. Nitekim, Hocamız Belgesay da bu fikre taraftar görünmektedir. Gerçekten, Hocamızın bu husustaki noktai nazarına göre, meselâ, «noter senedile tevsik edilen aynı hakların mahkeme kararına hacet olmaksızın cebren istihsalı hiç bir mahsur arzedemezdi». Bz. İcra ve İflâs Hukuku cilt 1, sah. 154.

70 — İcra ve İflâs kanununun tahdit etmek istediği 38 ci maddesi hükmü, bazı hususî kanunlarla bilâkis şümullendirilmek istenmiştir. Bu cümleden olmak üzere, meselâ ticaret odası mazbatalarından *cezayı nakdiye müteallik olanlarının ilâm hükmünde olduğu* bu hususa dair kanunun 5 ci maddesinde tasrih edilmiştir.

71 — Yargıtay icra ve iflâs dairesi kanunlarda istisnai hükümler bulunmadıkça bütün resmî vesikaların ilâm hükmünde addolunmasına temayül etmemekte ve resmî vesikayı ilâm mahiyetinde addeden istisnai kanun hükümlerinin ancak kendi özel çerçeveleri içerisinde dar bir yorumlama ile uygulanmalarına taraftar olmaktadır. Yargıtayın bu yorumlama tarzı İcra ve İflâs kanununun 38 ci maddesinin lâfzına olduğu kadar ruhuna ve gerekçelerine uygundur.

72 — *Yargıtay icra iflâs dairesinin 29 - 7 - 1940 tarihli kararında* (Bz. No. 3134/3483; Güler sah. 33) «kaydiye ücretine müteallik oda mazbatalarının icrasına kanunî cevaz olmadığı ve bir tarafın kendi lehine verip diğer tarafı ilzam etmiyen vesikalar İcra ve İflâs kanununun 68 ci maddesinin şümülünden hariç bulunduğu ve binaenaleyh 20 lira cezayı naktiden maadası hakkında alacaklının ref'i itiraz talebinin reddile yalnız.. cezayı nakti hakkındaki mazbatanın icrasına karar verilmek lâzım geldiği halde mercice borçlunun geri bırakılma talebinin tamamen reddini mutazammın karar verilmesi kanuna uygun» görülmemiştir.

73 — Kanaatimizce, hattâ kaza organı tarafından tanzim edilmiş olsa bile, bir vesikanın resmî mahiyeti haiz olması onun herhalde ilâm hükmünde addolunmasını icap ettiremez. İlâm adı verilen vesika, ezcümle kesinleşmiş mahkeme kararı resmî mahiyeti haiz ise de, ondaki resmîlik vasfı görevli memurun tahrik üzerine iştirak ve tanziminden doğar. Kanunî yetkiyi haiz memurların tanzim ettikleri vesikalar resmî addolunurlarsa da her zaman ilâm veya ilâm mahiyetinde telâkki olunamazlar, İlâmlar mahkeme başkanlarıncâ kazâî görevleri içerisinde tanzim edilen resmî vesikalardır. Fakat, aynı mahkeme başkanlarının herhangi bir talep ve müracaattan mücerret olarak kendiliklerinden resen tanzim edecekleri vesikalar resmî mahiyeti haiz olabilmekle beraber ilâm addolunmazlar.

Kezalik noterlerin para borcu ikrarını havi resen tanzim ettikleri noter senetleri taallûk ettikleri kimselerin iradeleri mahsulü olmadıkça resmî mahiyette addolunabilseler bile ilâm hükmünde telâkki edilerek onları ilzam edemezler. O kadar ki, bu türlü tarafların beyanlarından mücerret olarak tanzim edilmiş vesikalarda kanunî delil sıfatı ve bir ispatiyet vasfı bile aranmaz. Bu mesele için Bz. No. 22, 23.

74 — Kısaca, doğrudan doğruya kamu hukuku organizasyonu içerisinde yer almış olmadıklarından ticaret odalarına ancak yarı resmî teşekkül nazarile bakılabilir. Böyle yarı resmî teşekküllerin ise, ferde iradesi haricinde tahmil edeceği cezaî mükellefiyetleri müstelzim vesikalarını ilâm hükmünde addederek nihayet bir taraflı olarak takdir edilmiş bu türlü cezalara karşı bazan haklı olarak müracaat edilecek olan itiraz yollarını tıkamak adalete pek uygun görülemez.

75 — İcra ve İflâs Kanununa göre, yalnız bir taraflı borç ikrarına müteallik noter senetleri ilâm hükmünde addolunmak lâzımdır. Kanaatimizce, noterin bir taraflı borç ikrarını tazammun etmeyip de, iki taraflı mukavelelere dair tanzim ettiği senetler ilâm mahiyetinde değildir. Çünkü, noterin resen tanzim ettiği iki taraflı akitlerdeki karşılıklı taahhütler, bu türlü senetlere müsteniden bir tarafın iradesile cebri icra yapılabilmesine mâni olur.

Karşılıklı taahhütleri ihtiva eden akitlerde âkitlerden her biri borç altına girmiş, karşılıklı taahhütlerde bulunmuştur. Binaenaleyh, bu türlü akitlerde bir taraf kendi uhtesine düşen mükellefiyetini eda etmeksizin diğer taraftan taahhüdünü yerine getirmesini istiyemeyeceği tabiidir. Bu itibarla ki, mücerret bir tarafın iradesile icra memuru harekete geçmeyeceğine nazaran, takip hukuku yönünden bu türlü akitleri ilâm hük-

münde addetmekte sebep yoktur. Bu yorumlamamızı Hocamız Belgesay'ın da doğru karşıladıkları inanındayız [32].

Necmeddin M. BERKİN

[32] Borçlar kanununun hükümlerine göre, karşılıklı taahhütleri ihtiva eden akıtlarda kendi taahhüdünü ifa etmiyen veyahut ta ifayı hiç olmazsa münasibi veyahile tekilif etmemiş olan taraf diğer âkitten aktin ifasını talep edemez. Meğer ki, *aktin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecilden istifade hakkını haiz olsun*. Bz. BK. m. 81. Kezalik yine Borçlar kanununun hükümlerine göre, karşılıklı taahhütleri ihtiva eden akıtlarda bir taraf kendi taahhüdünü edadan imtina etmesi halinde diğer taraf ancak akti fesih edebilmek, gerektiğinde tazminat istiyebilmek yetkisini haiz olur. Yoksa akti ifa etmiyen, taahhüdünü yerine getirmiyen tarafı taahhüdünün ifasına cebri icra yolu ile zorlayamaz.

Ticaret kanunu da bu esastan yürümüşdür. Ticaret kanununun 662 ci maddesi hükmüne göre, karşılıklı taahhütleri ihtiva eden bir akıttte kendi taahhüdünü eda eden taraf diğer âkide ancak taahhüdünü yerine getirmesini, taahhüdünü yerine getirmediği takdirde ise akti fesih edeceğini ihtar ve bu ihtar semeresiz kaldığı takdirde de mahkemeye müracaatla aktin feshini talep ve dava edebilir.

Görülüyor ki, resen noter senedine bağlanmış olsa bile, karşılıklı taahhütlerin cebren icrasına her zaman için hukuken imkân yoktur. Şu halde *karşılıklı taahhütlerin bağlandığı resmi noter senetlerine ilâm nazarıle bakmak doğru görülemez*.