

MUKAVELELERİN TASNIFI
VE B. K. DIŞINDA BIRAKILMIŞ OLAN MUKAVELELER
VE BİLHASSA SULH MUKAVELESİ

Vasfi RaŐid Sevig

I — A — Mevzuu eşyaya taallúk eden yani eşya ile ilgili bulunan akitler en eski akitlerdir.

1. — EŞyanın tamamıyla devir ve naklini amaç edinen rüknü eşyanın devir ve nakli olan, yani eski tabirimiz ile hükmü mülkiyet olan akitler ya ıvaz karşılığında yapılır veya ıvazsız olur.

a) İvazsız olur ise bağışlama adını alır. BağıŐlamanın hükmü mülkiyettir; rüknü temlikin ıvazsız olması ve hayatta olan kimseler arasında yapılmasıdır. Çünkü ıvazsız temlik ölüme bağılıolarak yapılır ise bağışlama olmaktan çıkar ve vasiyet olur: “hibe hayatta olan kimseler arasında bir tasarruftur ki anıyla bir kimse, karşılığında bir ıvaz taahhüt edilmeksizin malının tamamını veya bir kısmını diğer bir kimseye temlik eder.” (B. K. 234 f. 1.). İvazsız tasarruflar bağışlama ve vasiyete Őamil olmak üzere teberrü adını alır.

b) Temlik ıvaz karşılığında yapılır ise ıvazın mal veya para olmasına göre trampa (B. K. 232) veya satım (beyi) olur (B. K. 184). Beyiın hükmü mülkiyettir: Satıcının semene alıcının da satılana malik olmasıdır; rüknü satılan ile semendir: Satım bir akittir ki onunla satıcı satılan malı müŐterinin borçlandığı semen karşılığında müŐteriye teslim ve mülkiyeti ona nakil eylemek borcunu yüklenir” (B. K. 182).

Eğer bir tarafın vereceği ıvaz temlik yapan tarafın borcundan kurtulması teşkil ediyor ise tediye makamına (yerine) geçmek üzere vermek olur (B. K. 170; 311). Borçlunun, borcunu para ile ödemekten ise bir mal vererek ödemesi ıvazsız bir temlik değıildir; temlikin karŐılığı, ıvazı borçlunun borcundan kurtulmasıdır.

Eğer temlikin karŐılığı temlik yapanın ortaklık kazancından faydelenmesi ise o zaman temlik sermaye veya ortaklık hissesi adını alır ve alım satım hükümlerine bağılı olur (B. K. 521) (T. K. 125 No. 3; 131,

132). Temlik edilecek eşyanın ayin veya para olmasına göre de temlik ya alım satım veya ödünç olur isede ödünç hakikatte paranın kullanılmasının devridir. Yalnız para istihlâk edilmeden kullanılamıyacağından mülkiyetin devri lâzım gelmektedir.

2. — Eğer konusu eşyanın yalnız geçici olarak kullanılmasının terki ise kullanılmamanın terki de ya ıvazsız veya ıvazlı olur.

a) Kullanma ıvazsız olarak terk edilmiş ise bağit egreti verme akdi olur. Bağışlama eşyanın mülkiyetinin bedava bağışlanması ise ikreti de “bir akittirki onunla igreti veren bir şeyin bedava kullanılmasını igreti alana bırakmak ve alan dahi o şeyi kullandıktan sonra geri vermekle ödevli olur.” (B. K. 299).

b) Eşyanın kullanılması ıvaz karşılığında oluyor ise bakılır; ıvaz mukabilinde kullanılacak şey bir ayin ise bağit kira akdi olur; kullanılacak şey para ise bağit ödünç akdi olur.

Gerek kira akdinde gerekse ödünç akdinde ıvaz daima paradır ki birincisinde kira bedeli ikincisinde faiz adlarını alır; binaenaleyh her iki bağit karşılık olarak verilecek ıvazın mahiyetiyle de birbirinden ayrılır. Her iki bağit da alım satıma karşılık teşkil eden akittir. Alım satımda eşyanın mülkiyeti satılıyor kira ve ödünç de ise eşyanın yalnız menfaati satılıyor. Eşyanın kullanılmasının başka bir eşyanın kullanılması karşılığında satılması yani trampaya benzeyecek ve tekabül edecek bir şekil de yapılması dahi hem tasavvur edilebilir hem de caizdir.

“Adi kira bir akittirki kiralayan, onunla kiracıya ücret mukabilinde bir şeyin kullanılmasını terk etmeği borçlanır.” (B. K. 248).

Ödünç bir akittir ki; onunla ödünç veren, bir miktar paranın mülkiyetini ödünç alan kimseye vermekle; ödünç alan kimse dahi miktar ve vasıfta aynı olan parayı geri vermekle mükellef olur. (B. K. 306).

3. — Eğer aktin konusu eşyanın sadece ıvazlı veya ıvazsız olarak saklanması ise ıvazsız olduğu takdirde bağit vedia olur ki halk dilinde buna emanet denir.

“İda bir akittir ki onunla kendisine ida edilen kimse (müstevdi) ida eden (mudi) tarafından verilen şeyi kabul ve o şeyi emin bir yerde saklamağı üstüne alır. Müstevdi prensip itibariyle ücret istemez (B. K. 463).

ıvazlı olduğu takdirde ardiye mukavelesi (B. K. 473) veya hancılara otelcilere ve ahır sahiplerine eşya bırakma (tevdî) mukavelesi adını alırlar (B. K. 478).

B. — Konuları hak olan bağıtlar.

Konuları mülkiyet hakkından gayri bir hak olan akitlerde konuları eşya yani mülkiyet hakkı olan akitler gibi tasnif ve taksim olunur.

1. -- Temlik edilen haklar, meselâ alacak hakkı bağışlanabilir (B. K. 169 F. 2); satılabilir (B. K. 169); trampa edilebilir; şirkete sermaye olarak konabilir (T. K. 129); tediye yerine geçmek üzere verilebilir (170).

2. -- Hak rehine konabilir.

3. -- Hakdan kısmen veya tamamen, ıvazlı veya ıvazsız olarak feragat edilebilir. İbra, sulh vesaire gibi.

C. -- Konusu hizmet olan akitler.

a) Hizmetin ıvazsız olarak yapılması pek nadirdir. Hizmetin bağışlanması ancak dostlar arasında gözükebilir, çünkü insan çalışması ile yani işleme ile yaşar. Bununla beraber vekâlet esas itibariyle ıvazsız bir hizmettir. Masraflarını istemeğe hakkı olan vekil, şart edilmiş olmadıkça ücret isteyemez: "Vekâlet bir akittir ki onunla vekil sözleşme ile yapmasını üstüne aldığı hizmeti yapmağı borçlanır, vekilin ücret alması sözleşilmiş ise veya âdet ise ancak o zaman vekil ücrete hak kazanır" (B. K. 386).

Bu arzedilen tasnif ve taksim tamam olmadığı gibi itirazdan da masun kalmayabilir. Fakat yine de bu arzedilen temel üzerine kurulacak bir tasnif tamamlanmağa en elverişli bir tasnif olur; çünkü her mukaveleye vücut verebilecek olan bütün elemanlar (unsur) bilinmekte olduğundan bu unsurların birbirleriyle karıştırılmasından çıkabilecek mukavelelerin hepsinin bu tasnife sokulması mümkün olur. .

II -- Borçlar kanunumuz akit nevilerini aşağı yukarı yukarda arzylediğimiz tasnif esasını dahilinde tasnif eyler ve dört büyük guruba ayırır:

1. -- Eşyanın devir ve temlikini sağlayan akitlerdir ki menkul ve gayri menkul alım satımından; trampadan, bağışlamadan ibarettir. (Altıncı bap Madde 182 - 247).

2. -- İkinci gurup eşyanın kullanılmasının terkinin temin eden akitlerdir ki adi kira, hasılât kirası, eğreti ve ödünç mukavelelerinden ibarettir (yedinci ve sekizinci baplar madde 248 - 312).

3. -- Üçüncü gurup eşyanın muhafazasını sağlayan akitlerdir ki vedia adı altında toplanmış bulunan ıda, ardiye ve otelcilerle ahır sahiplerine eşya tevdi mukavelelerinden ibarettir (Ondokuzuncu bap madde 463 - 482).

4. -- Dördüncü gurup konusu hizmet olan akitleri toplar ki hizmet, istisna ve neşir akitleri ile vekâlet ve vekâlete benzeyen bağitlardan (itibar mektubu ve emri; dellallık) ve komisyon akdinden ibarettir.

5. -- Borçlar kanunumuz bu guruplar dışında bir gurup da garanti bağitlarına ayırır; kefâlet (yirminci bap madde 483 - 503) ve şartı cezai (madde 158) gibi.

6. — Kazanılması veya gayip edilmesi şüpheli olan kumar ve bahse ait mukavele ile irat mukavelesi (kayı hayat ile irat ve ölünceye kadar bakma madde 507 - 519) birer müstakil gurup halinde yirmi birinci ve yirmi altıncı babların konusunu teşkil eylemektedir.

7. — Adi şirket bütün ortaklık esasının temeli ve borçlar kanununun yirmi üçüncü babının (madde 520 - 541) konusunu teşkil eder.

III. — Akitlerin sistematik bir tasnifini yapabilmek oldukça güçtür; fakat bazı mükellefler akitlerin nev'ini teşkil ettikleri hukukî münasebetlerde yalnız bir tarafı veya her iki tarafı tamam yahut eksik bir tarzda borçlandırılmasına göre de bir tasnife tabi tutuyorlar.

1 — a) Yalnız bir tarafı borçlandıran hukukî muameleler:

İlân yolu ile bedel vadi (B. K. M. 8);

Kıymetli evrak (kâğıt) çıkartmak (ticarî senetler, hamiline yazılı senetler).

b) Yalnız bir tarafı borçlandıran akitler:

Ödünç; devlet ödünçü (istikraz); bağışlama; kumar ve bahis.

2. — İki tarafı eksik olarak borçlandıran bağitlar:

Ariyet (madde 301). Eşyayı muhafaza mukaveleleri ki ya başka bir mukavelenin fer'i olur (meselâ alım satımın; komisyon mukavelesinin B. K. 418); yahut özel bir bağit, yani bağıtın esaslı muhtevası yahut münhasıran konusu olur ki (B. K. 464) vedia, ardiye, otelcilere eşya tevdiî mukaveleleri. - Rehin - Vekâlet - Havale.

3. — İki tarafı tamam olarak borçlandıran bağitlar:

Alım satım ve muhtelif neveleri. - Trampa. - Adi kira ve hasılât kirası. - Hizmet akdi. - Çıraklık mukavelesi. - İstisna, akdi. - Neşir akdi. - Deliallık (simsarlık). - Komisyon. - İrsal komisyoncusu. - Nakliye mukaveleleri. -

IV — a) Sözleşmelerin mahdut olup olmadığı meselesi tartışmalıdır. En ziyade kabul edilen fikre göre aynı haklar mahdut olduğu halde - çünkü amme intizamına taalluk eder ve bu sebepten taraflar yeni bir aynı hak ihdas edemezler - akitler gayri mahduttur ve taraflar iradeleleriyle yeni yeni akitler ihdas edebilirler. Plâniol bu kanaatin Roma hukukunun hafızalarda bıraktığı izlerden doğmakta olduğunu ileri sürmektedir. Çünkü Romalılar adlandırılmamış (borçlar hukukuna girmiş bütün akitlerin birer adları vardır) mukaveleler de kabul ederlerdi. Tesmiyesiz mukavelelerin, yani kendilerine birer isim verilmemiş mukavelelerin vücudunu kabul etmek fertlere, evvelce kabul edilmiş çerçeveler içine giremeyecek yeni mukaveleler ihdas edebilmek imkân ve yetkisini kabul etmekle aynı şey olur. Modern hukukun Roma hukukundan daha dar

olamayacağı; modern hukukun Roma hukukundan daha az müsamahalı ve daha az geniş bulunamayacağı düşüncesi modern hukukta da tesmiyesiz mukavelelerin görülebileceği kanaatini doğurdu. Halbuki Romalıların mukavele kalıbı olarak kabul eyledikleri stipulatio (ki eski hukukumuz buna sığa derdi) dışında yapılabilecek bağit sayısı pek azdı. Binaenaleyh Romada yapılan şey sığa ile (resmi sözlerle) yapılmıyan bağit sayısını arttırmaktan ibaretti. Sığa kisvesine (elbisesine) bürünmemiş bir mukavele tarafları borçlandırmadığından tarafların bir eşyanın teslimi ile de borçlandırabileceklerinin kabulü suretile bahis mevzuu arttırma ve çoğaltma vücuda getirilmeğe başlandı.

Eşyaya Romalılar Res veya Re derler. Re mukaveleler yani eski hukukumuzun tabiriyle kabz ile (pençeye, avuca almakla) vücuda gelen mukaveleler ödünç, emanet, egreti vedia, rehin idi. Fakat artık ne fikihi ne de modern hukuk bağitlarda lâfza (sığaya) ve mebnaya (yapıya yani şekle) itibar etmeyip manaya (ruha) ve maksada itibar eder olduğundan bütün bağitlar tarafların sadece rızalarına dayanır ki bu hali frenkler (hislerin, rızaların "sensus" birbirine uygun olduğunu "cum" ifade eden tabir ile) consensuel mukaveleler adını verirler. Türk borçlar hukukunda asla bir Re mukavele mevcut değildir; bütün mukaveleler ödünç de dahil olmak üzere birinci madde hükmünce consensuel'dir. Binaenaleyh Planio'l'un kanaati dahilinde ifade etmek lâzım gelirse denebilir ki Romalıların sığa usulü dışında bağit yapılabilmesi için kabul eyledikleri kolaylıklarını modern hukukun kabul etmesine asla lüzum yoktur. Roma hukukçuları adlandırılmamış mukaveleleri ihdas ederlerken yeni bir mukavele ihdas etmiş olmuyorlardı; çünkü adlandırılmamış mukavelelerin hepsi sığa ile yapılabiliyordu; binaenaleyh Roma hukukçuları adlandırılmamış mukaveleleri ihdas ederlerken borçlanma usulünü genişletmiş ve yumuşatmış oluyorlardı; yalnız lâfza (mukavele esnasında söylenmiş sözlere ve yalnız söylenmiş olan sözlere) itibar eden sığa usulünden gayri bir usul ile de borçlanılabileceğini kabul ettirmiş oluyorlardı; yoksa yeni mukavele tipi ihdas etmiş olmuyorlardı. Modern hukukun Consensuel usulü yani borcu rızaların uygun düşmesinden çıkartan ve doğurtan usulü adlandırılmamış mukavele sistemine asla lüzum göstermiyor. Bu itibarla modern hukukta adlandırılmamış mukavele yoktur.

b) Adlandırılmamış mukavelelerin varlığını kabul ettiren ve yanlışlıklara vücut veren diğer bir sebep de mürekkep mukavelelerin vücududur. Mürekkep mukaveleler borçlar kanununda adı konmuş ve tasnife tabi tutulmuş bir kaç mukaveleyi tek bir mukavelede toplayan bağitlardır. Bunun en güzel misalini otelcilere tevdiat mukavelesinde görebiliriz (B. K. 478). Otelcilere tevdiat mukavelesi diğer mukavelelerden ayrı ve

basit bir mukavele değildir; mukaveleler topluluğudur yani gurubudur: Evvelâ bir ayin kirasıdır (odanın kiralanması); sonra hizmet aktidir (otel müstahdemlerinin yapacakları hizmet); yiyeceğe ve ısınacağına ve saireye ait mal itası taahhüdü (Ticaret K. madde 20 No. 1); ve nihayet yolcu eşyalarının idai mukavelesi.

Bir tiyatro direktörü ile halk arasında vaki mukavele dahi hemen hemen aynı mahiyettedir. Tiyatro direktörünün halk ile yaptığı mukavele evvelâ bir yer kirasıdır; sonra bir şey yapmak taahhüdüdür (temsil vermektir) ki istisnaâ girer. Acaba tiyatrodaki gardroba eşya tevdiî hususunda otelcilere tevdiata kıyas edilerek tiyatro direktörünün mesuliyetini intaç eyler mi? Başka bir tabir ile borçlar kanununun 478 inci maddesinin genişletilmeğe müsaade ve imkânı var mıdır? Her halde düşü- nülecek bir noktadır.

c) Netice olarak Planiol yeni bir mukavele ihdas edilemeyeceği, yapılabilecek tek şeyin belirli olan çeşitli unsurları bir araya getirmekten ibaret yani mukaveleler kombinazonu vücuda getirmekten ibaret olduğu kanaatine varıyor. Binaenaleyh bu kanaate göre tesmiyesiz mukavelelerin bir adı da mürekkep mukavelelerdir. Kanunun sarahaten bahis ve tanzim etmediği bu mukaveleler borçlar kanununun umumî hükümlerine tabi olur.

V. — Borçlar hukukunun dışında yer almış olan muhtelif bağitlar.

Borçlar hukukunun umumî hükümleri ihtiva eden birinci kısmının her hangi bir mukaveleye tatbik edileceği medeni kanunun 5 inci maddesinden zahir olmaktadır. Bununla beraber bu hükümler mevcut ve mutasavver bütün halleri tanzime kâfi gelmez. Bu sebepten borçlar kanunu ikinci kısmında yukarıda tasnifini yaptığımız en mühim bağitların her biri için özel hükümler de koymuştur. Borçlar hukukunun ikinci kısmını "on sekiz münferit kanundan ibarettir" şeklinde ifade edenler de vardır. Gerçektir ki ikinci kısımda mevcut on sekiz mukavelenin her biri ayrı bir kanunun mevzuu kılınabilir. Meselâ alım satım beş fasılda tanzim edilmiş başlı başına bir knundur; vekâlet üç fsılda tanzim edilmiş müstakil bir kanundur. Bu müstakil kanunun umumî hükümleri komisyon gibi diğer müstakil bir kanuna da tatbik edilebilir. Bu müstakil kanunların özel hükümleri o mukaveleler hakkında umumî hükümlere üstün tutuluyor.

Borçlar kanununun dışında kalmış böyle müstakil kanun hükmünde başkaca bağitlar mevcut mudur? Borçlar kanununa girmeyip de başka kanunlar arasına katılmış mukaveleler şunlardır:

a) Medeni kanunda mevcut mukaveleler:

1. — Evlenme mukaveleleri; 2 — Miras mukavelesi (M. K. madde 492 - 496); 3 — Taksim mukavelesi (M. K. madde 611 - 613). Taksini mukavelesi hükümleri her hangi müsterek bir malın taksiminde tatbik edilebilir; 4 — Menkul rehni (M. K. 853 - 882).

b) Hukuk yargılama usulü kanununda mevcut mukaveleler:

1. — Katî yemin (madde 344 - 354) katî yemin - ki dâvacılardan birinin diğerine yemin teklif eylesmesinden ibarettir - bir mukaveledir. Bu mukavele mucibince teklif edilen yemin diğeri tarafından eda edilince iddiasını isbat eylemiş olur: "Yemin teklif olunan kimse yemini edaya hazır olduğunu beyan ettikten sonra diğeri taraf teklifinden sarfınazar ile başka delil ikame edemez" (Madde 350).

Binaenaleyh katî yeminin neticesi hasımların uzlaşmalarına (dâva-dan sulha) benzetilebilir; çünkü husumete yani dâvaya son verir. Bununla beraber katî yemin sulh değildir. Çünkü sulh iki taraftan karşılıklı fedakârlık ister: "Sulh müzakeresi esnasında geçen ikrar muteber değildir" (Madde 236 fıkra 3).

Katî yemin eda eden kimse dâvayı kazanır; yeminden imtina eden kimse dâvayı gaybeder: "Kendisine yemin teklif olunan kimse yemin etmez veya yemini hasma reddeylemezse yeminin mevzuunu teşkil etmiş olan meseleyi ikrar etmiş sayılır. Kendisine yemin reddolunan kimsenin yeminden imtanı dahi ikrar sayılır" (Madde 347).

2. — Tahkim: Tahkim hususi bir mukavele (tahkimname) ile yapılabileceği gibi her hangi bir mukaveleye bir şart koymak (tahkim şartı) suretiyle de vücuda getirilebilir (madde 516 - 518). Nizam hallini hakeme tevdi mukavelesi önemli bir mukaveledir; aralarında husumet bulunan iki kimsenin, nizalarının hallini üçüncü bir şahsın takdirine terk eylemek hususunda anlaşmalarıdır. "İki taraf aralarındaki nizam hal için hakem tayin edebilirler" (madde 516). Nizam halli için seçilmiş üçüncü şahsa hakem deniyor. Demek ki tahkim taraflar arasında bu husus için yapılan mukavelenin hakem tarafından icrasıdır. Hakemin kararı kaziyei muhkeme (madde 237) kuvvetindedir (madde 533). Mahkeme kalemine tevdi edilmekle icra edilmek kabiliyetini alır (madde 532). Hakem mukavelesi nizam halli için mahkemenin yerine bir hakem koymak ve geçirmek olmasından ötürü yerini usul kanununda bulmuştur.

Mevcut bir nizam tahkim yolu ile hal edilebileceğinde hiç şüphe yoktur. Fakat doğacak ihtilâfların hakem vasıtasıyla hal edileceğine dair konmuş bir şartın (tahkim şartının) muteber olup olmayacağı hakkında tartışmalar olmuştur; ihtilâf mevzuunun ve hakemlerin şahıslarının

meçhul bulunması şartın batıl olduğunu iddia ettirmiştir. Fakat usul kanunumuzun 516 ncı maddesi: “Tahkim, her hangi bir mukaveleye bundan çıkması muhtemel nizam hakemler vasıtasıyla halline dair bir şart da koymak” suretiyle de yapılabileceğini tasrih etmekle butlan iddia eden kanaatları red eylemiş oluyor.

3. — Sulh: Köy kanununun uzlaştırma diye ifade eylediği (Köy K. 50) sulh münazaalı bir hak üzerinde hak sahibinin bir fedakârlık kabul etmesi ve dâvalının sulh bedeli adını taşıyan bir ivaz vermesi şartını havi bir uzlaşmadır. Bu uzlaşma dâva esnasında yapılmakta olmasından borçlar kanununa girmemiştir. Fakat usul kanunu sulhü yalnız 63 ve 236 ncı maddelerinde sadece ağza alıyor. İcra ve iflâs kanunu da 38 inci maddesinde “mahkeme huzurunda yapılan sulhların ilâm hükmünde” olduğunu zikir ile iktifa ediyor ve hiç bir kanunda sulh mukavelesi hakkında bir kaide konmuş bulunmuyor. Demek ki sulh mukavelesi hakkında özei bir hüküm kabul edilmiş olmayıp tamamiyle umumî hükümlere tâbi bırakılmış oluyor. Bu itibarla sulh, inkatında B. K. Mad. 1; şeklinde mad. 11, tabi kalıyor. Sulha âriz olan veya sulha tesir eden hata ve fesatlar hakkında denebilirki; ahlâka aykırı olması B. K. 20 inci maddesi gâbin bulunması 21 inci maddesi; esaslı hatalar 23, 24 maddesi, ikrah 29, 30 maddesi hile 28 inci maddesi hükümlerine tabi kalır.

A. — Mecelle sulhü: “Nizam rıza ile kaldıran bir bağt'dır” diye tarif eder (madde 531). Husumete vekâlet yani dâvaya vekâlet sulha vekâleti müstezim olmayacağı hususu hem mecellede (madde 1542) hem de usul kanunumuzda (madde 63) zikir edilmiştir. Binaenaleyh dâvaya vekil olan avukat veya dâva vekilinin dâva sahibinden (müekkilinden) izin almadan o dâvadan sulh olsa sahih olmaz. Medeni kanunun 405 inci maddesi No. 8 mucibince vâsi de, sulh mahkemesinden izin almadıkça sulh aktinde bulunamaz.

B. — Modern hukukta sulh çözülmesi lâzım çifte bir mesele arzeler. Bu meselelerden birincisi hukukta sulha verilecek yeri tayin etmektir. Fransız, İtalyan, İspanyol ve Alman kanunları sulha, borç münasebetleri arasında bir yer ayırmaktadır. Portekiz kanunu sulhun intaç eyleyeceği aynî neticelere ve mukaddem yapılmış hukukî muamelelere nazaran ona - dilimizde “uzun kira” adıyla adlandırılmış olan çok uzun ve hatta daimî müddetle yapılan - hasılât icarı ile tescil arasında bir yer vermiştir. Avusturya kanunu sulhu hak ve borçların sukutu veya tadili gibi telâkki eylediğinden ona borçlar kanununun umumî kısmında yer vermiştir ki bu da sulhun mahiyetinin en güzel bir telâkkisi olsa gerektir.

İkinci mesele sulha ait bahis ve hükümleri kanundan büsbütün çıkartmaktır ki İsviçre ve Türk kanunları bu çözüm tarzını kabul etmişlerdir. Netekim usule ait prensiplerin cari ve hakim olduğu tahkim ile katî yemin medeni kanunun ve borçlar kanununun dışında bırakılmıştır. Sulh de, tahkim gibi katî yemin gibi borçlar hukuku dışında hususî bir tanzime muhtaçtır.

Alman medeni kanunu sulha borçlar hukukunun tek bir maddesini tahsis eylemiştir 779 rakkamını taşıyan bu madde de hem sulhu tarif eylemiştir hem de sulhun hukukî veya fiilî hata ile batıl olacağını tayin etmiştir.

1. — Sulhun, Alman kanununa göre tarifi: Sulhun Alman kanunundaki tarifini anlayabilmek için evvelâ onun mahiyetini tayin etmek hususundaki düşüncelere nüfuz eylemek lâzımdır. a) Sulh ekseriya, münazaah olan hakkı kısmen olsun kabul'e vardığından deyin ikrarına benzetilir; b) Sulhde esaslı fikir taraflar arasında, münazaah olan veya taraflarca sübjektif bir tarzda şüpheli bulunan bir hukuki münasebeti karşılıklı fedakârlıklarla tesbit eylemek midir? c) Yoksa sadece bir nizaa son vermek midir? d) Yoksa sulh bir hukukî münasebete dair taraflarca mevcut sübjektif bir şüpheyi, tarafların birbirlerine karşı ileri sürdükleri iddialarından geri çekilmek ve birbirlerine karşı terklerde ve tavizlerde bulunmak suretiyle ortadan kaldırmak mıdır? e) Sulha varmak için kabul edilen fedakârlıklar netice itibariyle nizah olan hukukî münasebete tesbit edeceği yerde ya ortadan kaldırmağa veya değiştirmeğe varıyor; binaenaleyh sulhun hakikî amacı nizai veya şahsî veya aynı olabilecek olan hakka ait şüpheyi ortadan kaldırmak oluyor.

Alman kanunu bu çeşitli mülâhazalar arasında vaziyet almakta ve sulhu şu tarzda tarif eylemektedir:

“Sulh taraflar arasında vaki bir nizai veya bir hukukî münasebete ait şüpheyi yahut bir iddianın gerçekleştirilebileceğinde vaki amniyetsizliği karşılıklı fedakârlıklarla (1) hal eden mukaveledir.”

Misal: A ve B den her biri muayyen bir ata kendisinin sahip olduğunu iddia eylemektedir. Bunlar şu suretle aralarında sulh akit edebilir. B atın A ya ait olduğunu kabul edecektir; A da buna mukabil B ye 100. lira verecektir. Alman kanunu medenisinin sulhu tarifi, üç parçadan mü-

(1) Fransız medeni K. (madde 2044) sulhu “tarafların, doğmuş bir nizaa son vermek veya doğacak bir nizai önlemek için yaptıkları mukaveledir” şeklinde tarif eder. Bu tarif eksiktir; çünkü sulhu feragat ve kabulden ayıracak farkıyı ihtiva etmiyor. Tarafların nizam bertaraf kılınmasını elde etmek için yaptıkları karşılıklı fedakârlığı nazara almıyor (Planiol ve Ripert cilt XI. No. 1563).

rekkeptir; birinci parça sulhun nizam hal eden mukavele olduğunu gösterir. İkinci parça her hangi hukuki münasebet üzerinden tarafların şüphesini kaldıran bir mukavele olduğunu bildirir. Binaenaleyh, çocuğun nesebinin sıhhati gibi üzerinde tarafların tasarruf edemedikleri hukuki münasebetler müstesna olmak üzere bütün hukukî münasebetler sulhun konusu olabilir; imdi aile hukukuna, miras hukukuna, aynı hakka ve borçlar hukukuna ait bütün hukukî münasebetler tarafların bu münasebetlerde tasarruf edebilmeleri şartıyla sulhun konusu olabilir. Meselâ bir evlenmenin mevcut olup olmadığı hakkında bir sulh yapılamaz; çünkü tarafların bunda tasarruflara yetkileri yoktur. İmdi yalnız medeni hukuka ve borçlar hukukuna giren hukukî münasebetler sulhun konusu olmakla kalmaz meselâ ilâm gibi yani ilâmın tanzihî, ve icrası gibi diğer hukuka ait hâdiseler gibi (Usul madde 222 - 225) hukukî münasebetler dahi sulhun konusu olabilir (1). Demek kesinleşmiş bir ilâm kaziyei muhkeme teşkil etmek ve tarafların hukukî münasebetleri hakkında hiç bir şüpheye mahal vermemek itibariyle sulh mevzuu olamaz ise de tanzihî yani hudut ve şumulünün tayini hususları sulh konusu kılınabilir.

Niza veya hukukî münasebet üzerindeki şüphe, hukukî münasebetin varlığı veya yokluğu üzerinde yahut bu hukukî münasebetten doğacak iddianın şumul ve muhtevası hakkında hülâsa hukukî olabileceği gibi fiilî de olabilir; meselâ, borçlunun malî vaziyetinin çok kötü olması dolayısıyla iddianın ne derecelerde gerçekleştirilebileceğine ait de, yani fiilî de olabilir. Şüphenin sübjektif olması kâfidir, asla objektif olmasına lüzum yoktur. Bu itibarla taraflar kaziyei muhkeme teşkil etmiş olan münasebetleri hakkında dahi sulh aktedebilirler; elverir ki taraflarca kesinleşmiş ilâmın mana ve medlûlü yahut icra kabiliyeti sübjektif tarzda şüpheli bulunsun.

3. — Üçüncü parça nizam veya şüphenin karşılıklı fedakârlıklarla hallidir. Eğer dâvalı dâvacının bütün iddiasını, ondan karşılık bir ıvaz almadan kabul eder ise ortada sulh olmaz sadece kabul bulunur (hukuk M. usulü K. madde 92). Yahut dâvacı, dâvalıdan karşılık bir ıvaz almadan dâvasından vaz geçer ise yine ortada bir sulh bulunmaz sadece feragat bulunur (Hukuk M. Usulü K. madde 91). Hülâsa sulh iki taraftan karşılıklı fedakârlık ister; aksi takdirde sulhdan ayrı veya başka bir mukavele vücuda gelir. Karşılıklı fedakârlığın kıymetçe eşit olması aslâ lâzım değildir. Karşılıklı fedakârlıklar arasında büyük nisbetsizlik bulur-

(1) "Hakkı kesinleşmiş bir hükme istinat eden kimse ilâmın icrasının maruz kaldığı fiilî güçlükler karşısında mahkûmun aleyhi ile sulh olması caizdir" D. 1902. I. 566.

nabilir bu sebepten daima karşılıklı taahhüdü ihtiva eden bir mukavele olan sulhun daima da mutlâka malûm manada ıvazlı bir mukavele olduğu iddia edilemez. Meselâ A'nın muacceliyet kesbeden alacağını iki üç gün tecil etmesi için veya icra merciinde yahut mahkemede açtığı takibi sadece geri alması için B yüzlerce liralık bir fedakârlığı kabul edebilir. Bu misalde A'nın kabul ettiği fedakârlık para ile ölçülebilen bir fedakârlık değildir. (Cosack U. Mitteis Bürger. Rochts). İsviçre hukukunun sulhu telâkki tarzını anlamak için Emile Thilo'nun federal mahkemenin sulha dair verdiği kararlar hakkında yazılmış makalesi gayet güzel bir rehberdir. (j. d. T. 1932 sah. 450 - 455).

Rossel sulhu, eserinin III üncü cilt Sah. 222 de "bir nizamı bitirmeğe veya doğacak bir nizamı önlemeğe yarayan ve a) tarafların rızasıyla vücut bulan, b) Tarafları karşılıklı borçlandıran, c) İvazlı bir mukaveledir. Hakların münazaalı olması veya sadece münaza edilebilmeğe müstait ve müsait bulunması; şüphenin bir hakkın mevcudiyetine, doğumuna yahut şümülüne ait bulunması hususları müsavidir. Von Thur ise eserinin (§ 37 hata) bahsinde (Arsebük § 41 hata sah. 428) diyor ki: "Her sulhta hem a) karşılıklı fedakârlıklar yapılmak suretiyle giderilmek istenilen ihtilâflı (binaenaleyh şüpheli) noktalar ve hem de b) iki tarafın varlığını kabul eyledikleri ve mukavele ettikleri sulh akidinin şartı kıldıkları vakılar göze çarpar. Meselâ (A) nın lehtari olduğu bir vasiyetin miktarı hakkında A ile B arasında çıkmış bir ihtilâfa son veren sulh akidinde bunların rızalarındaki uygunluk, vasiyetin sıhhatinde ittifak eylemiş olduklarını kabul ettirir. Eğer her ikisi de vasiyetin batıl olduğunu bilse idi B 'A' ya bir edada bulunmağı taahhüt etmezdi ve (A) da B den hüsnüniyetle bir şey isteyemezdi. (A vasiyetin batıl olduğunu bile bile kendisine bir edada bulundurtur ise hile yapmış olur) "Her iki tarafın vasiyetin sahih ve muteber olduğu fikir ve kanaatinde olması bu fikir ve kanaatin her iki taraf için aynı önemi taşıması sulh akidinin esasıdır.,, Binaenaleyh Von Thur bu misal ile sulhun sıhhati için hatanın mukavelelenin esaslı temelini teşkil eden olaylara aid olmaması lâzım geleceğini göstermiş oluyor.

Federal mahkemenin amme hukuku dairesinin yayınlanmamış bulunan 29 Nisan 1932 tarihli kararında (taraflar: Cottier-Jenevre büyük şurası) sulh şu tarzda tarif edilmiştir. "Sulh bir akiddir ki anıyla taraflar karşılıklı fedakârlıklar kabul etmek suretiyle belirli olmayan bir hukukî münasebeti belirli bir münasebette tahvil ederler" Aynı karar tarafların yalnızı dava esnasında sulh olmayıp davadan evvel de sulh olabileceklerini, çünkü bir ihtilâfı önlemenin de münasip olacağını zikreder.

Romadanberi bir mukavele olarak kabul edilen sulh mukavele hükümlerine tâbidir.

1. — Mukavele evvelâ şahıslarda ehliyeti icabettirir, binaenaleyh sulh taallük eylediği eşyada tasarrufa yetkili olan taraflar arasında bahis konusu olabilir. Bununla beraber medenî haklarını kullanmak yetkilerinden kısmen mahrum edilmiş reşit müşavirinin reyini alarak (M. K. 379); vasi de sulh mahkemesinden izin alarak (M. K. 405) sulh yapabilirler. İcra ve iflâs kanunumuz iflâs idaresinin müflis namına sulh akdedip edemeyeceği hakkında bir hükmü ihtiva etmemektedir. Fakat müflisin muallak dâvaları hakkında (İcra ve iflâs 194) müstacel kararlar alabilen alacaklılar toplantısının sulha karar verebileceklerine şüphe yoktur (icra ve iflâs 224). Hükmi şahısların sulh akdetmek yetkilerine gelince: Köy kanunu muhtarın göreceği köy işleri içinde (madde 37) sulh aktebileceğinden bahis etmiyor. 1580 sayılı belediye kanunu, belediyelerin salâhiyetlerinden bahseden 19 uncu maddesinde (B No. 6) belediyenin tüzel kişi olarak sulha ehil olduğunu bildirir. 100 üncü maddesi C fıkrasında belediye idaresinin hükmi şahsiyetinin mümessili sıfatıyla belediye başkanına yetkili makamın ve heyetin tasdikine iktiran etmek şartıyla sulh akdetmek yetkisini verir. Belediye meclislerinin müzakere edeceği ve karar vereceği işleri tayin eden 70 inci maddesi de müddeabihi bin liradan fazla olan dâvaların sulhan tesviyesine karar vermesi meclise tevdi eyleyor, ve 71 inci maddesi bu kararın mahallî en büyük mülkiye memurunun tasvibiyle yürürlüğe gireceğini bildiriyor. Mahalli en büyük mülkiye memuru sulh kararını bir hafta içinde tasdik etmediği takdirde belediye meclisi kararın Danıştay tarafından tetkikini ister.

Umumî muvazeneye giren hükmi şahısların sulh yetkileri 4353 sayılı kanunun 30 ve 31 inci maddelerinde düzenlenmiştir. Dâvaya veya icraya intikal etmiş işlerde 10 bin liraya kadar (10 bin lira dahil) bir hakkın tanınması veya menfaatin terkini tazammun eden anlaşmalar yapmağa Maliye Bakanı yetkilidir. Bu miktarı geçen anlaşmalar Danıştayın uygun mütalâasıyla ve alınacak kararname ile yapılır.

Dâvaya ve icraya intikal etmemiş ihtilâfların sulh yolu ile çözülmesinde menfaat görüldüğü takdirde her Bakanlık 10 bin liraya kadar bir hakkın tanınması veya menfaatin terkini tazammun eden anlaşmalar yapabilir. Bu miktarı geçen anlaşmalarda Danıştayın uygun mütalâası alınmak şartıyla ancak Maliye Bakanlığınca alınacak kararname ile yapılabilir. Maliye Baş Hukuk Müşavirliğinin veya Danıştayın mütalâasına muhalif olarak yapılacak sulhları akde yalnız Bakanlar Kurulu yetkilidir.

2. — Sulhun mevzuu: a) Sulhun konusu ancak hususî hukuka ait ve tarafların üzerinde tasarrufa kudretleri olan bir menfaattir. Başka bir tâbir ile mukavele mevzuu olabilen her şey ve tarafların mukavele ile tanzimine muktedir oldukları her husus sulh akdinin de konusu olabilir. Bu itibarla ahvali şahsiye sulh mevzuu olamaz.

Misal: A ve B birlikte kumar oynamaktalar iken birbirlerini oyunda hile ve desise yapmakla itham etmişler ve münazaaya tutuşmuşlardır; fakat sonradan nizalarını bir sulh ile bitirmişlerdir. Yaptıkları sulh, eğer kazanmış olan tarafa kazandığının bir kısmını iadeye mecbur ediyor ise sahihtir. Fakat yapılan sulh gaybetmiş tarafı gaybına karşılık bir şey vermeğe taahhüt ettiriyorsa batıldır. (Borçlar K. madde 505). (Cosack U. Mitteis Bürger. Rechts).

Sulhun konusu olan medeni menfaat bir suçun neticesinden doğmuş ise yapılan sulh ceza takibatı üzerinde müessir olmaz.

Sulh bazı fiillerin yapılmamasına taallûk ediyorsa cezaî şart müeyyidesi altına da konabilir.

3. — Sulh bir mukavele olduğuna göre borçlar kanununun umumî hükümlerine tabidir.

a) Bu itibarla sulh esas itibariyle bir şekle tâbi değildir. Kanunun bir şekle bağlı olmasını istemediği hususlarda sulh şekle bağlı değildir. Fakat konusu kanunun bir şekle bağlı olmasını istediği hususlardan ise sulhun o şekilde yapılması zaruridir. Meselâ, sulh akdinde bir gayri menkulün ferâğı taahhüt edilmiş ise bu taahhüt resmi şekilde yapılmış olmalıdır. Sulh aktinde bir bağışlama vadinde bulunmuş ise bu vaat yazılı şekilde olmalıdır. Demek ki sulhun bir şekle tâbi olup olmasını muhtevası tayin eyler. Yargıtay dördüncü hukuk dairesinin 27-2-945 tarih esas 815 sayılı ve gayrimenkul alım satımında sulh un tabi olacağı şekile ait kararı: "Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde diğer tarafın zarar ve ziyan istemek hakkı vardır. Ancak bu kaide mutlak olmayıp, taahhüdün kanunen makbul ve muteber olmasıyla mukayyettir. Taahhütlerin muteber olmadığı haller de diğer tarafın zarar ziyan istemek hakkı yoktur.

Hadise, doktor Neşet Nacinin dâvacıda ilâmlı alacağı olan 6750 liranın istifasını sağlamak maksadiyle icraen haciz edilerek açık artırılmaya çıkarılmış olan gayrimenkule ait satış talebini ve icra takibini durdurmak ve ilâmlı alacağından vaz geçmekle beraber dâvacıya ayrıca 5000 lira vermek ve dâvacının dahi adı geçen gayrimenkülü Neşet Naciye ferâğ etmek şartı ile sulh yapıldığı iddia olunmuştur.

Borçlar kanununun açık hükümlerine ve tapu mevzuatına Yargıtay Genel Kurulunun içtihat birleştirme kararlarına göre gayrimenkule taallük eden bütün muamelelerin tapu memuru huzurunda ve yalnız satış vadinin noter marifetiyle yapılması şart olduğundan gayrimenkulün alım ve satımında alım satım vadinin ve buna müteallik sulh akitlerinde bu şekle riayet olunmak lâzımdır. Aksi takdirde akit muteber olmaz. Taraflar arasında yapıldığı iddi olunan sulh akti şekle riayetsizlik sebebiyle hukukî bir hüküm ifade etmeyeceğinden dâvacının zarar ve ziyan istemeye hakkı yoktur. Bu sebeplere binaen itirazlarının reddiyle sözü geçen hükmün onanmasına”

b) Sulh karşılıklı taahhüdü ihtiva eden bir mukavele olmasına göre borçlar kanununun 81 ve 82 nci maddeleri hükümlerine tabi kalır.

Federal mahkeme 5, 11. 1915 tarihli kararında (tarafları Brunner - Biel - Leuleringen havaî hat servisi J. d. T. 1916 sah. 450 ve 455). Taraflar Sulh akdini ne gibi bir ad ile adlandırırırlarsa adlandırsınlar mezkûr aktin borçlar kanununun umumî hükümleri dahilinde itiraz edilebileceğini tebarüz ettirmektedir. Binaenaleyh tarafların kullandıkları tabirin ehemmiyeti olmadığını ve meselâ karşılığında bir ivaz olmadan bedava bir tahsisat taahhüdünde bulunmak gibi hakikatte basit bir teberrudan ibaret olan bir sözümona sulhun taşıdığı isme göre tefsir edilmeyip mahiyetine göre tefsir edilmesi (mad: 18) lâzım geleceğini bildirmişdir. Binaenaleyh kanun veya nizamname (hadisede diğer tarafı teşkil eden anonim şirketin nizamnamesi) bedava bir tahsisat vermeğe mani olduğu takdirde bu teberrü batıl ve gayri meşru olur. (1) Brunner davasında Federal mahkeme hissedarlarından birinin isteği üzerine, yargıcın umumî heyetin üçüncü bir şahsa sulh kılığına büründürerek bağladığı senelik tahsisatı iptal eylemesi lüzumuna hükmetmektedir.

Çünkü şirketi, mezkûr teberru'da bulunmağa mecbur eden hiçbir şey olmadığı gibi verilen tahsisat ta hissedarların nizamnameye göre almağa hakları olan hisselerini azaltacak mahiyettedir.

c) Her mukavele üzerinde tesiri olan hata, ihrak ve hilenin sulh mukavelesi üzerinde de tesiri vardır. Yalnız burada hata hakkında biraz iza hat vermek lâzımdır. Sulhun saik ve sebebi olan hakda hata sulhun lü-

(1) Brunner davasını nakleden Emile Thilo mezkûr dava hükmünü şu misal ile şümullendiriyor: Tarafların miras hissesi üzerine sulh olup da bunlardan biri diğerine verilen payın hakikatta bir kıymeti olmadığını kesin olarak bildirmesi halinde hüküm yine aynı olur. Bunu bilen tarafın diğer tarafa teberruda bulunmak isteğini kabul ettirecek bir şey bulunmadığı takdirde iddia edilen sulha irade fesadı dolayısıyla itirazda bulunulabilir.

zumsuzluğuna sebep olamaz. Çünkü tarafların sulha karar vermelerini icap ettiren ve sulh ile istihdaf eyledikleri gaye bunların veya hiç olmazsa içlerinden birinin hata eylemekte olduğunu bizatihi iktiza ettirir; sulh olmak sebepleri arasında haktan emin olmamak da vardır; bu sebepten sulha sevk eden hata sulhun lüzumsuzluğunu iddiaya mesnet olamaz. A ve B 40 liralık bir ödünç alacağından dolayı dâvaya tutuştuktan sonra A 20 lira mukabilinde dâvasından sulh olduktan sonra B nin kendisine gerçekten 40 lira borcu olduğunu gösteren ve isbat eden senedi bulsa artık A sulhun hatadan dolayı lâzım olmadığını iddia edemez. Yalnız B, karşı tarafı sulha hile ve desise kullanarak sevketmiş ise işte o zaman A yapılan sulh ile mülzem olmaz.

Bununla beraber hatanın sulh üzerinde hiç bir bozucu tesiri olmayacağı iddia olunabilir mi? Bu soruya cevap verebilmek için tarafların şüpheli telâkki eyledikleri noktalar ile sabit telâkki eyledikleri cihetleri birbirinden ayırmak lâzım gelir. Gerçektir ki her hukukî münasebet o hukukî münasebete vücut veren ve daha önce yapılmış olan fiilleri iktiza ettirir. Nizam çıkabilmesi için bu mukaddem fiillerden bazısının sabit ve bazısının şüpheli olması lâzımdır. Şüpheli olan fiillerde, sabit telâkki edilen ve hareket noktası olarak kabul edilmiş bulunan diğer fiillere dayanır. Meselâ bir vasiyetname üzerinde yorumlar yapmak ve yapılan yorumlar münakaşa edilmek için hiç olmazsa bir vasiyetnamenin bulunduğu ve bunun sahih olduğunu kabul eylemek lâzım gelir. Eğer vasiyetnamenin sıhhati tartışma konusu ise hiç olmazsa o vasiyetnamenin sahte olmadığı, meselâ ölünün eli ile yazılmış olduğunu kabul etmek iktiza eder. Binaenaleyh bütün mesele şu soruda temerküz etmiş ve o soruda ifadesini bulmuş olur: Sulh mukavelesinin muhtevası mucibince sabit olarak telakki edilmiş olan fiillerde hatanın sulh mukavelesi üzerinde tesiri olacak mıdır? Yani tarafların varlıklarını, yaptıkları sulh mukavelesine temel olarak aldıkları fiiller sulhun şartı olduğuna göre bu fiillerden birinde hatanın sabit olmasını infisahî bir şarta muadil olarak kabul etmek mi lâzım gelecektir? Bu soruya müsbet bir cevap veren Alman Medenî Kanunu bu gibi sabit telâkki edilmiş fiilleri sulhün muhtevası dışında kalmış olarak kabul etmiyor; onları sadece sulhün, sulh akti dışında bırakılmış saiki veya sebebi olarak telâkki etmiyor. Taraflarca sabit olarak kabul edilmiş fiilleri sulh akdinin muhtevasına dahil kılıyor. Binaenaleyh bu fiillerde hata, akdin muhtevasında hata telâkki edilerek hata eden tarafı sulh akdi ile, umumî hükümler dahilinde olarak mülzem kılmıyor. İmdi hatanın sulh akdi üzerinde müessir olduğunu tayin için sulhün muhtevasını iyice tahdit etmek ve bu muhtevaya göre

tarafının hangi fiillerin subutlarını sulha temel ve karşılıklı fedakârlıklarının şartı mütekaddimi kılmış olduklarını araştırmak lâzımdır.

İsviçre içtihadı da bu merkezdedir. Bir tarafı Zala, diğer tarafı karı koca Joli - Zala bulunan dâva hakkında verdiği kararda Federal Mahkeme (J. d. T. 1922 sah. 290) tarafların yanlışlığı sonradan meydana çıkan bir fiili doğru olarak kabul eyledikleri ve yaptıkları sulhun esası kılmış buldukları takdirde sulhün esaslı hata dolayısıyla iptali istenebileceğini teyit eylemiştir. Bu halin dışında ihtilâflı olarak telâkiki edilmiş ve sulh ile bertaraf kılınmış hususlar tekrar bahis mevzuu kılınmaz.

Hata tabirini hatanın nazara alınmasını icabettiren unsurlara tahsis etmek ve hataya yargıcı lâkayıt bıraktıran unsurlara da şüphe, emniyetsizlik demek âdettir. Şüphe veya emniyetsizliğin subjektif veya objektif olması hususuna gelince, bunun sadece subjektif olması kabul edilmiştir. Yani taraflar arasındaki hukukî münasebetin objektif şartlarına göre şüpheli olması lâzım gelmez. İmdi bir sulh akdini caiz kılan ve binaenaleyh sulh akdinin hata dolayısıyla lüzumsuz olduğunu ilân ettirmiyen şüphe taraflardan birinin şahsî hatasından da doğabilir. Şüphenin mahiyeti ne olur ise olsun bu şüpheyeye son verecek her mukavele hakikî bir sulh mukavelesi olur. Fakat şüpheyi yaratan hata yukarıda da arz edildiği üzere sulha temel olarak alınan mukaddem fiillere vukufsuzluktan doğuyorsa o zaman hataya düşmüş taraf sulh ile mülzem kılınmaz. Şüphenin sulha vücut verebilmesi için onun mutlaka bir hataya dayanması da lâzım gelmez; davanın neticesini kestirememek de sulha sevkedecek bir emniyetsizliktir. Bu halde hakkın varlığında hataya düşülmüş olmadığı gibi şüphe de edilmemiştir. Yalnız hakkın gerçekleştirilebileceğinde emniyet hâsıl edilememiştir. En fena bir sulhun en iyi bir tarzda sevkedilecek davaya üstünlüğünü kabul ettiren saik da bu emniyetsizliktir. Hülâsa husumetin konusu hakkında hata yahut husumetin konusu hakkında emniyetsizlik sulh akdinin hata dolayısıyla lâzım olmayacağını iddia ettiremez. Çünkü sulhün gayesi husumeti veya şüpheyi bertaraf kılmaktadır. Fakat sulhün muhtevâsınca sabit olarak kabul edilmiş ve sulha esas kılınmış olan vaziyet hakikate tekabül eylemediği ve vaziyetin malûm olduğu takdirde husumetin çıkmamış veya şüphenin hâsıl olmamış bulunacağı hallerde sulh lüzum ifade etmez. Binaenaleyh sulhün lüzum ifade eylememesi için:

a) Hatanın her iki tarafta mevcut olması lâzımdır.

b) Hata husumetin mevzuuna taallûk etmeyip vakıalara taallûk etmemelidir.

c) Hakiki vaziyetin bilinmesi halinde husumetin çıkmamış olacağı meczum bulunmalıdır. Meselâ vasiyetnamenin tefsirinden doğacak veya doğan husumeti sulh yolu ile bertaraf eyleyen mirasçılar sonradan vasiyetnamenin sahte olduğunu öğrenirler ise sulh lüzum ifade etmez. Hü-lâsa sahteliği meydana çıkan vesikalara dayanılarak yapılan sulh; yahut bertaraf edilmek istenen husumet zaten nihayete ermiş olup da taraftaların veya bir tarafın bunu bilmemiş olması halinde yapılan sulh; veya taraflardan birinin sulha esas kılınan şeyde hakkı olmadığı sonradan meydana çıkan vesikalarla sabit olduğu takdirde yapılmış olan uslh lüzum ifade etmez.

Federal mahkemenin tarafları Schvander ve Raeber dava (J. d. T. 1929. sah. 48). hakkında verdiği 8 Mayıs 1928 tarihli kararda sulhün cevherini göz önüne alarak diyorki: "Sulhün akdi zamanında ihtilâflı ve şüpheli bulunmuş olan noktaların hakiki mahiyetlerinin sonradan anlaşılması ve tesbit edilmiş olması mezkûr noktaların ileride hataya dayanırılacak bir ihtilâfın mevzuu kılınmasına müsaade edilmez. Çünkü aksi takdirde tarafları sulha bilhassa sevketmiş mes'elelerin yeni baştan mevzuu kılınması mümkün kılınmış olur

Hatalı olarak taktir edilmiş bulunmasından ötürü mukavelenin iptaline sebep olacak fiilin nazara alınabilmesi için mezkûr fiil ve şartın her iki tarafca şüphe götürmez bir hakikat olarak telâkki ve kbul edilmiş olması lâzımdır; hiç olmazsa taraflardan biri camibinden şüphe götürmez bir hakikat olarak telâkki ve kabul edilmiş diğer tarafın da buna vakıf bulunmuş olması lâzımdır. Binaenaleyh bir kazanın neticeleri, sulh ile tesbit edilirken, kazadan doğmuş zararın devamlı olmadığı kabul edilmiş bulunup da devamlı zarar hakikatte mevcut idi ise bu hata mukavelenin esaslı bir unsuruna taallük eylemesinden kabulüne ticarî hüsnüniyet müsaittir. Fakat bu esaslı hatanın da ileri sürülebilmesi hatadan istifade edecek tarafın bu hali irade beyanının gerçekten esasını kılmış olmasına bağlıdır. Halbuki taraflar mukavelede, kazaya uğrıyanın kaza dolayısıyla dermeyan edebileceği ve dermeyan edilebilmesi muhtemel bütün iddialarda tatmin ve tazmin edilmiş bulunduğu açıkça söylenmiştir.

d. — Hile umumî hükümler dairesinde sulh mukavelesinin iptaline sebep olabilir. Hile, bir insanın doğru olarak ödevini yerine getirmemesinden ibarettir. Doğru olmak diğer tarafı dost doğru olarak haberdar etmektir. Dost doğru söylemek "Bir şey saklamaksızın, bir şey katmaksızın söylemektir" (Ceza Muh. U. K. 57). Herkesin, sözlerini hakikata uygun olarak söylemesi ahlâki bir vazifedir. Bu vazifeyi ihmal hileye vücut verir. Binaenaleyh "bir şeyi saklamış olmaktan (H. U. m. k. 339) dolayı suçlu olan kimse hile yapmış olur. İmdi hile hüsnüniyetin bildiril-

mesini icap ettirdiği olayları saklamaktır. Doğru söylemek ödevi her hadisede ayrı bir şarta bağlı kalır. Binaenaleyh kaide sulh akdine tatbik edildikte denilebilir ki; diğer tarafın, bildiği takdirde sulha muvafakatını vermiyeceği kesin olarak bilinen noktaların saklanması halinde sulh akdinin hile dolayısıyla iptali istenebilir (Federal mahkeme kararı 2. Mart 1922. J. d. T. 1922 sah. 290 tarafları Zala - Karı koca Joli - Zala). Federal mahkemesinin bu kararından hata bahsinde hataya taallûku nisbetinde bahsettik; hileye de ait bulunan mezkûr kararda deniyor ki : Bir ihtilâfa son vermek için aktedilmiş olan sulhun esaslı hata veya hile dolayısıyla iptali istenebilir. Taraflar sözleşme esnasında ileride yanlışlığı meydana çıkan bir fiili gerçekten var sanmışlar ise (hata) veya taraflardan biri diğerinin mezkûr fiil hakkında hata etmekte bulunduğunu bilmiş ise (hile) yapılmış olan sulh akdine itirazetmek caiz olur; yani iptali istenebilir.

E. — İkraha. — Federal mahkeme yayınlanmamış olan bir ilâmında (7 Ekim 1931 - tarafları Darbre - Theynet) adalete ceza takibi mucip olacak bir şikâyetnamenin verilmesi tehdidi altında bırakılmağı; veya açık bir iskândala maruz bırakılmak tehdidini ikrah olarak kabul ediyor. Bu korku bir senelik zamanasımından da fazla devam edebilir ve binaenaleyh zamanasımının devamını; iskandala patlamasına değin durdurabilir.

F. — Gabin. — Federal mahkeme aynı 7 Ekim 1931 tarihli ilâmında B kanununun 21 inci maddesinde kullanılan muzayika tabirini yalnız mağbunun (gabinden zarar görenin) para sıkıntısına maksur bir tabir olarak kabul etmiyor. Muzayika hali, mağbunun bir çıkmaz içinde bulunması halinden başka bir şey değildir diyor. Bir çıkmaza girmiş mağbun, ancak karşı tarafın ehven-i şer bulunduğu tekliflerini kabul ile düştüğü çıkmazdan çıkabilmesi hali muzayika halidir. Bu vaziyette mağbun kendisinden fahiş menfaatler istihsal edilmesine yani adeta soyulmasına müsaade etmek vaziyetinde kalıyor Yoksa. mağbun karşı tarafın, bir an sanılacağı gibi sadece hakkını kullanmasına katlanmış olmuyor.

Binaenaleyh bir borç ikrarı meşru şekilde telkin edilmiş bir korkuya istinat etmekte ve bu yüzden bozuk bulunmakta olsa bile iptali, borç miktarının fahiş bulunmasına ve bu fahiş halin karşı tarafın muzayika halinin istismar edilmiş bulunmasından doğmuş olmasına bağlı kalır. Çünkü aksi takdirde borç muteber bir sebebe istinat etmiş olur. Muteber bir sebebe istinat eden borcun kabulü bir hakkın kullanılacağına verdiği korkuya da dayanması borcun sıhhatına hâlel vermez. Hakkın kullanılması tehdidinin ikrah sayılabilmesi için borcun miktarından çok fazla

bir menfaatin istihsaline alet ve silâh kılınmış olması lâzımdır. Fazla istihsal edilen menfaatten sarfınazar edilirse borç borçlunun zimmetinde sabit olarak gözüktür. Meselâ haksız bir fiilin sebep olduğu zarardan doğan borcun kabulü, muteber hukukî sebebi karşıladığı nisbette muteber kalır.

4) Sulhün lüzumsuzluğu yalnız sulh akdine tesir eder; icrasına tesir eylemez. Bu sebepten sulh akdi dolayısıyla yapılmış edalar ancak haksız mal iktisabına dayanılarak geri alınır.

5. — Sulhün hükmü yani hâsıl ettiği neticeler:

Sulh, nizam ve şüpheli bertaraf eyler.

a) Eğer eski hukukî münasebet ifa edilecek ve yalnız sulh ile tadile uğratılacak ise rehin ve kefalet gibi fer'i haklar da baki kalır.

b) Sulh mevcut hukukî münasebeti tamamiyle değiştirecek ise (tecdit), hususiyetle bir sebep ve illeti olan hukukî münasebet yerine sebep ve illetinden mücerret bir borç mukavelesine çevrilecek ise rehin ve kefalet gibi mütefrri haklar da ortadan kalkar.

c) Sulh ancak zikredilmiş konuya maksur kalır ve benzeri şeylere veya murtebit şeylere teşmil edilemez. Binaenaleyh tarafların hukukî münasebetleri münhasıran sulhün muhtevası ile tayin edilir. Taraflar arasında eskiden mevcut olan ve sulh ile birlikte ortadan kaldırılmış bulunan hukukî münasebet ancak sulhda bir boşluk bulunduğu takdirde veya taraflar sulh esnasında eski hukukî münasebetin nazara alınmakta devam edeceğini kararlaştırmış oldukları takdirde nazara alınır. Çünkü taraflar sulh ile hukukî münasebetlerini yeni baştan düzenlemeyi ve eski münasebeti ortadan kaldırmayı kastetmişlerdir.

Misal: A'nın B'den alacağı olan 1000 lira satış semenini taraflar sulh yolu ile 900 lira ödünce değiştirmişlerdir. B borçlu bulunduğu satış semenini sağlamak için A'ya bir rehin vermişti. Yapılan sulhde A'nın elinde bulunan rehinden bahis edilmemiş ise, rehin A'nın elinde kalmakta devam eyler. Yalnız mezkûr rehin artık ortadan kalkmış olan satış bedeli 1000 lirayı sağlamayıp sulh ile yerine geçmiş olan yeni 900 liralık ödünce sağlar.

6. — Sulh nev'ileri ve sulh hakkındaki hükümler :

a) Mahkeme huzurunda yapılan sulh : Bu nevi sulhu mahkeme dışında yapılan sulhtan ayıran hususiyet mahkeme huzurunda yapılan sulhun ilâm hükmünde olmasıdır (İcra ve İflâs K. Mad. 38).

Mahkeme huzurunda yapılan sulh tamamiyle tarafların takdirine bırakılmıştır ve bu itibarla mahkeme tarafından tescilinden sonra gerek usul ve kanuna aykırı olmasından veyahut nasfete uygun bulunmamasın-

dan ötürü temyiz edilemez. Çünkü sulh ilâm hükmünde ise de ilâm değildir ve taraflar aralarındaki husumeti mutlaka hak ve nasfet dairesinde bertaraf etmeğe mecbur değillerdir.

Sulhun mahiyetinin mukavelevi olması onun tamamıyla kesinleşmiş hükme benzetilmesine ve sulh yapılmış olduğu definin kesinleşmiş hüküm defii kuvvetinde tutulmasına imkân vermez. Binaenaleyh açılmış bir davaya karşı dâvalının, husumetin, mahkeme huzurunda yapılmış bir sulh ile nihayete ermiş bulunduğu hususunda ileri sürmüş olduğu defin mahkemece reddedilmiş olması kanuna aykırı düşmez. Çünkü sulh iptal edilebilir (Federal mahkeme 25 - 9 - 1930 J. d. T. 1931 sah. 431).

Sulh müzakeresi esnasında geçen ikrar muteber değildir (Hukuk U. 236) : "Sulh müzakeresi esnasında vukubulan ikrar dahi usulün 236 ncı maddesinin son fıkrasında gösterilen tam ikrar mahiyetinde bulunmadığı ve gayri musaddak defterlerin dahi bunu teyid edici delillerden sayılmadığı halde mezkûr hususları nazara almaksızın yazılı olduğu üzere hüküm verilmesi yolsuzdur., (T. 31212-27/12/930).

Sarahaten mezuniyet verilmemiş ise avukat sulh olamaz (Hukuk U. 63) :

"Mahkeme huzurunda sulhü imza eden vekillerin sulh olmağa mezun bulunduğu vekâletname münderecatından anlaşılmakta olduğundan usul ve kanuna uygun hükmün onanmasına 22.3.1949 tarihinde oy birliği ile karar verildi." (1. Hukuk, esas 2126; karar 1380).

HAKSIZ FİLDEN MÜTEVELLİT ZARAR VE ZİYAN İDDİA-SINDAN SULHA (BORÇLAR K. 45, 58) MİSAL

Ankarada Dışkapıda sokağında numaralı yeni yapılmakta olan binanın balkonundan beton bir parçanın kopması ve düşmesi yüzünden 17 Nisan 1949 da Hasan Hüseyin Dam vefat eylemiştir. Ölü Hasan Hüseyin Damın karısı ve ölü İsmail kızı olan Fatma Dam kendi ve küçük çocukları :

- a) Ahmet; 4 Mart 1945 doğumlu
- b) Mehmet; 17 Haziran 1947 doğumlu
- c) İsmail; 28 Şubat 1949 doğumlu.

namlarına (1) binanın sahibi Ankarada mukim Ali Yapar aleyhine zarar ve ziyan davası açmıştır. Fatma Dam kazanın beton ustası Nuri Dökerin verdiği ve Ali Yaparın malûmat ve muvafakatine istinat eden ha-

(1) Medeni kanun madde 264; işbu sulh için Fatma Dam'ın vesayet mahkemesinde izinalmağa ihtiyacı yoktur mad. 268.

talı emirden neş'et eylemiş olduğunu da iddia eylemiştir. (2) Ali Yapar açılmış davanın hukuken doğru olduğunu kabul etmemiş ve muarizada bulunmuştur.

Açılmış olan dava aşağıda Ali Yapar ile kendi ve küçük çocukları namına hareket eden (1) Fatma Dam arasında aşağıda yazılı şekilde yapılan sulh ile bertaraf edilmiştir Fatma Dam kendi namına ve velâyetinde bulunan küçük çocukları namına Ali Yaparla aşağıdaki hususları kararlaştırmış ve kabul eylemiştir.

1. — Ali Yapar Fatma Dam'a 15 Nisan 1949 dan itibaren her sene 750 lira para verecektir. İşbu irat Fatma Dam'ın dul kaldığı yani tekrar evlenmediği müddetçe ödenecektir. Bununla beraber ölen Hasan Hüseyin Dam'ın 43 yaşında olması nazara alınarak işbu Ali Yapar tarafından tediyesi kabul edilen senelik irat yirmi seneden fazla yani 15 Nisan 1969 dan fazla devam etmiyecektir(3).

İradın tediyesi hakkında borçlar kanununun 509 uncu maddesi tatbik edilecek ve buna göre verilmesi lâzımgelen miktar da bir hafta içinde ödenecektir.

2. — Fatma Dam evlâtlarının hepsi on sekiz yaşlarını bitirmeden evvel tekrar evlenecek veya ölecek oldukça Ali Yapar Fatma Dama tekrar evlenmesinden veya ölümünden evvel vermiş olduğu son irat devresinin nihayetinden itibaren isimleri yukarda yazılı çocukların her birine 18 yaşlarını ikmale kadar senelik 150 lira irat verecektir.

3. — İrat müddeti içinde Fatma Dam'ın isimleri yukarda yazılı çocuklarından birinin ölümü takdirinde Ali Yapar vermesini taahhüt eylediği irattan 100 lira indirecektir.

4. — Fatma Dam kendi çocukları namına fazla iddiasından ferağat eyler.

5. — Fatma Dam hamile bulunduğu çocuk için de her türlü iddia-dan feragat eyler. Fakat işbu sulh akdi ölü Hasan Hüseyin Dam'ın sağ olan babası İbrahim Dam'ın zarar ve ziyan iddia etmek hakkını ne takayit ne de ihlâl eyler.

6. — Ali Yapar bu taahhüdünü evinin üzerinde tesis edeceği bir ipotek ile temin edecektir.

Ankara, 28 Mayıs 1949

Fatma Dam

Ali Yapar

(2) Kazanın esbabı mücbireden veya üçüncü bir şahsın yahut bizzat mağdurun hatasından doğmamış olduğunu gösterir (Borçlar Madde 58).

(3) Borçlar K. Madde 45