

**Postacioğlu'nun 538 Sayılı Kanuna göre yazdığı
İCRA HUKUKU ESASLARI**

Doç. Dr. Bilge UMAR

I

Prof. *Postacioğlu*'nun «İcra Hukuku Esasları» adlı eseri, 538 Sa. K. ile getirilen değişikliklere göre yeniden yazılmış olarak, İstanbul Hukuk Fakültesi yayınları arasında, Türk hukukçularının hizmetine sunulmuş bulunuyor.

Sulhi Garan Matbaasında (İstanbul) basılan kitap VIII + 744 sahifedir. Metin kısmı 688 sahife tutmaktadır. Öğrencilerin imtihan sorumluluğuna dâhil olmayan bahisler bir asterisk işâretiyle ayrılmıştır. Kitabın fiatı 40 liradır.

Kitabın *bütün olarak* özellikleri şöyle özetlenebilir :

1. — Şekil yönünden. Baskı hatâsı pek azdır. Kitabın daha önceki basılarında görülen bazı kusurlar, meselâ atıfların bir yerde başka, diğerinde başka kısaltma ile yapılması vs., bu yeni basıda giderilmiştir. Muhtevanın sunuluş şekli, yâni kitabın sistemi, fikirince mantıklıdır ve anlayış kolaylığı sağlamaktadır. Kitapta kısım, fasıl, bölüm taksimi uygulanmıştır ve her bölüm içindeki izahat da, incelenen her konuya bir numara tahsis edilmek suretiyle, paragraflara bölünmüştür. Kitabın sonunda etraflı bir tahlilî fihrist, alfabetik fihrist ve kanun maddelerine göre arama cedveli bulunmaktadır.

2. — Dil yönünden. *Postacioğlu*'nun vokabülerinin bir hayli eski olduğu inkâr edilemez. Eski terimleri, arapça veya farsça kelimeleri kullanmanın ne nisbette doğru olacağı konusunda bir kriter araştırmanın yeri burası olmamakla beraber, bu konuda benimse-

necek en muhafazakâr bir kriter dahi şu gerçeği görmeden edemez: yeni kuşağın dil konusundaki bilgisizliğini üniversite öğrenimi sırasında gidermesi mümkün değildir. Durum böyle olduğuna göre, hatta bizzat kanunlarımızda geçen «müstedî-i tashih, indetmeyiz, meskûtunanh» gibi sözler öğretim kitaplarında yer almamalıdır. *Postacioğlu* dilini sâdeleştirmek konusunda eski basılara göre besbelli bir gayret göstermiş ise de, yine, kaçınılmaz yerine gayri kaabili içtinap (s. 11), bekletici mes'ele yerine mes'elei müstehire (s. 75), yokluk yerine fıktan (s. 111), alacağın temliki yerine temliki matlup (s. 207), borca batık yerine müstağrakı düyun (s. 220), sonraki yerine muahhar (s. 233) demekten kendini alamamıştır.

3. — Kaynaklar yönünden.

a) Mevzuat: Eserin hazırlanışı sırasında Türk mevzuatının taranmış olduğu, yapılan atıflardan ve münakaşasına girilen yahut sistem içindeki yerinin belirtilmesine çalışılan özel hükümlerden anlaşılmağa beraber, bu konuda giderilmesi gereken bazı eksikler vardır. Meselâ ilâmların icrası bahsinde, 10.3.1954 tarihli ve 6375 Sa. K. ile tasdik edilen «Kuzey Atlantik Andlaşmasına Taraf Devletler Arasında, Kuvvetlerinin Statüsüne Dâir Sözleşme» m. VIII hükmünden bahsedilmemiştir. Bu hükme göre, resmî vazifesini ifa ettiği sırada, meselâ bir trafik kazası yapmak suretiyle haksız fiil işleyen yabancı Devlet askerleri aleyhine Türkiyede istihsal edilmiş ilâm *icra olunamaz*; sâdece yabancı Devlet askerinin Türk mahkemesi ilâmı ile mahkûm edildiği miktar, onun bağlı olduğu makamlara bildirilir ve o makamlar da — kanunla tasdik ettiğimiz andlaşmanın ifadesine göre — *cemile olarak* mağdura bir tazminat teklif edilip edilmeyeceğini, *edilecekse* miktarının ne olacağını kararlaştırırlar. Böylesine önemli bir adlî kapitülasyon hükmünün, kitaptaki ilâmların icrası bahsinde zikredilmesi ve «lâyık olduğu şekilde» değerlendirilmesi gerekirdi.

b) Doktrin: Kitapta, İcra Hukuku alanında mevcut İsviçre ve Türk genel eserlerinin hepsi, almanca yazılmış olup Fransızca tercümesi bulunmayan İsviçre eserleri (2) hâric, değerlendirilmiştir. Türkçe ve Fransızca monografi ve makaleler de geniş ölçüde taranmış bulunmaktadır. Diğer hukuk dallarının da ilgili bulunduğu

(1) *Düstur* 3. tertip, c. 35, s. 1659.

(2) Ezcümle *Blumenstein* ve *Fritzsche*.

mes'elelerin incelenmesi sırasında, o hukuk dalı üzerinde yazılmış kitap ve makalelere yer yer atıf yapılmış olmakla beraber, *Postacıoğlu*'nun kitabı fikrimce bu konuda daha derin araştırma ile tamamlanmağa muhtaçtır.

c) İçtihatlar: Kitap, incelenen içtihatlar yönünden zengindir. *Postacıoğlu*, İsviçre Federal Mahkemesinin İcra Hukuku ile ilgili içtihatlarını doğrudan doğruya *Journal des Tribunaux*'da yayınlanan metinlerinden incelemiş (2a) ve tek tük birkaç istisna dışında, başka müelliflerde gördüğü atıflarla yetinmemiştir. Bazan, incelediği müelliflerde gördüğü üzere ve onlara atfen *Entscheidungen des Bundesgerichts* derlemesinde yayınlanmış kararları zikrediyorsa da, bunların *Journal des Tribunaux*'da Fransızca tercümesi yayınlanmamış kararlar olduğunu sanıyorum (3).

Buna karşılık, kitapta yine pek çok (yapılan 395 atfa göre, en az 250 tane kadar, belki 300'e yakın) Yargıtay içtihadı zikredilmekle beraber, bu konudaki araştırma da tamamlanmağa muhtaçtır.

4. — Muhteva yönünden: Kitabın bilhassa tatbikat yönünden değerini arttıran en önemli özelliği, pek çok problemin görülmüş ve incelenmiş olmasında kendini göstermektedir. Tabiiyle, Türk İcra Hukukunu bütünüyle gözden geçiren, 688 metin sahifesine ulaşmış bir eserde, karşılaşılan binlerce münferit mes'elenin her biri üzerinde ancak belli bir derecede durulabilir. Bu sebeple, kitapta münakaşayı dâvet edebilecek noktaların veya incelenmesi unutulmuş problemlerin bulunması olağandır. Bu cümleden olarak gözüme çarpan başlıca noktaları şimdi sayacağım.

II

1. — *Postacıoğlu*'nun ifadesine göre (4), İİK m. 11 de öngörülen akitlerin (5) butlanı, «mahkeme kararından neş'et eder». Fik-

(2a) Bu dergideki içtihatlarla 186 atıf saydım.

(3) Bu gibi naklen zikredilmiş Federal Mahkeme kararlarına 53 atıf saydım. Böylece, doğrudan doğruya JdT deki kararlara yapılan 186 atıfla birlikte, Federal Mahkeme kararlarına 239 atıf yapılmış demektir. Bir içtihadı birden fazla atıf yapılmış olabileceğine göre *Postacıoğlu*'nun kitabında tahminen 150 - 160 Federal Mahkeme kararının zikredildiği anlaşılmaktadır.

(4) s. 38.

rimce bu maddede söylenen hukukî muameleler, bizzat aynı maddenin 2. cümlesinde belirtildiği ve esasen BK m. 19 f. II den de anlaşılacağı üzere, *kendiliğinden* hükümsüzdür ve mahkemenin teknik anlamda bir iptal kararı vermesine gereklilik yoktur.

2. — Kitaptaki bir ibareden (5a), «haczedilmiş ve paraya çevrilmiş malların bedeli tâkip alacaklısı nâmına *icra veznesine girinceye kadar* arada tâkip borçlusu iflâs ederse, bu paranın masaya intikal edeceği» anlamı çıkmaktadır. Gerçekten, m. 186 f. II nin 538 Sa. K. ile değiştirilmesinden önce durum bu idi. Şimdi ise önemli olan, haczedilmiş malın *paraya çevrilmesi* tarihidir ve bu esas mehzazın hükmüne uygundur. Kitaptaki söz konusu ibarenin silinmesi gerekirken bunun eski basılarda olduğu gibi kalmış bulunmasında ihmâl bana aittir (6).

3. — İİK m. 7 f. II hükmünün uygulanması için, yâni hukuk isteminin tâbi olduğu zamanaşımının uzaması için, ceza zamanaşımı süresi, bir fikre bakılırsa (7), İİK m. 7 f. I deki azamî süreden yâni 10 yıldan fazla olmalıdır. *Postacioğlu*'nun (8) ve atıf yaptığı *Favre*'in benimsediği fikre göre ise, ceza zamanaşımının bir yıldan fazla olması dahi yetebilir. Aslında bu ihtilâf İİK m. 7 f. II hükmüne mahsus olmayıp BK m. 60 f. II hükmü bakımından da ortaya çıkmıştır (9); bu itibarla, mes'elenin incelenmesinde, BK m. 60 f. II ile ilgili eserler de göz önünde bulundurulmalıdır.

4. — İİK m. 6 gereğince Devlete karşı öne sürülebilecek istemin tâbi olduğu zamanaşımının *başlangıcı* konusunda *Postacioğlu*, *Jaeger*'in «memurun mahkûmiyeti târihini esas almakta» olduğunu söylemekte (10), kendisi ise bu görüşten ayrılmakta ve Devlet hak-

(5) Mehaz metni akitlerden değil, doğru olarak, hukukî muamelelerden söz eder.

(5 a) s. 43 ortasındaki, parantez içine alınmış ibare.

(6) Kitabın 1962 yılında yapılmış 2. basımını gözden geçirerek, 538 Sa. K.'aa göre değiştirilmesi gereken kısımları tesbit etmek ve *Postacioğlu*'na göstermek işini *Postacioğlu*, kitabı bir an evvel öğrencilere yetiştirmek için, bana vermişti (önsöze bkz.). Değişik yeni bası tamamlandıktan sonra bunu okuduğumda, üç yerde «atlamış» olduğumu esefle gördüm. Diğer atlamalara ileride işaret edeceğim (No. 6 ve 8).

(7) *Jaeger*, m. 7 No. 5.

(8) s. 43 - 44.

(9) Bkz. *von Tuhr*, § 48 dn. 37.

(10) s. 47 dn. 30.

kındaki zamanaşımının dahi, memurun fiilnin öğrenilmesi ile başlayacağını ifade ederek, eski basılarındaki «Devlet hakkındaki zamanaşımı süresinin başlangıcı, memurun aczinin sâbit olduğu tarihtir» görüşünü terketmektedir.

Burada şu noktalar üzerinde durulmalıdır :

a) *Jaeger*, Devlete karşı zamanaşımının başlangıcı olarak, «kusurlu memuru veya müstahdemi tazminata mahkûm eden kararın *icraî kaabiliyet kazandığı gün* veya, böyle bir hal söz konusu ise, kusurlu memurun, mağdura tazminat ödemek borcunu iradî olarak ikrar ettiği gün» ü nazara almaktadır (11) ve bu noktada *Blumenstein*'in başka fikirde olduğunu kaydetmiştir (12).

b) Fikrimce *Jaeger*'in görüşü doğru olmadığı gibi, *Postacioğlu*'nun da yeni görüşü reddedilmeli ve eski görüşünün doğruluğu teslim edilmelidir. *Postacioğlu*'nun yeni görüşüne mesned gösterdiği İİK m. 5 f. II hükmü (13), yâni memura karşı açılacak dâvada Devletin de hasım gösterebilmesi imkânı, Devlete karşı *alacak zamanaşımı* süresinin, bu dâva imkânının ortaya çıkması ile işlemesine yol açmaz. Çünkü bu hüküm gereğince Devlet kusurlu memurla birlikte dâva edilmiş ve aleyhine hüküm elde edilmiş olsa bile, memurun aczi sâbit olmadan Devlete karşı istem öne sürülemez (14). İstem, daha doğrusu alacağın ise, daha öne sürülmesi mümkün olmayan bir zamanda zamanaşımına uğraması düşünülemez (bkz. BK m. 128) (15). Eğer kanun Devlete karşı dâva açılması imkânını bir zamanaşımı süresine tâbi tutuyor olsa idi, süre bu imkânın ortaya çıkması ile işlemeğe başlayabilirdi ve Devlete karşı açılacak dâvanın memura karşı açılan dâva ile birlikte ikamesi mümkün olduğundan *Postacioğlu*'nun görüşü haklı olabilirdi. Halbuki kanun böyle bir «dâva zamanaşımı» öngörmemiştir ve zamanaşımına tâbi olan, dâva değil, *alacak*'tır (16).

(11) *Jaeger*, m. 7 No. 1.

(12) *Postacioğlu*'nun ifâdesinden (s. 47 dn. 29), *Jaeger*'in *Blumenstein*'a bu atfının, sürenin ne kadar olduğu mes'elesi için olduğu zannı doğmaktadır; halbuki atıf sürenin başlangıcı mes'elesi içindir.

(13) 538 Sa. K. ile eklenmiştir.

(14) Burada «şarta bağlı hüküm olmaz» ve «alacak muaccel olmadan eda dâvası açılmaz» prensiplerinin istisnası görülmektedir.

(15) Adî kefalette buna benzer durum için bkz. *Schneider/Fick*, m. 500 No. 20.

(16) Her ne kadar BK m. 125 «dâvanın» zamanaşımına tâbi olduğu-

c) Devletin ikinci derecede sorumluluğu faraziyesinde durum böyle olmakla beraber, Devletin birinci derecede sorumluluğu faraziyesinde (İİK m. 6 f. I cümle 2) Devlete karşı öne sürülecek istemin tâbi bulunduğu zamanaşımının ne olduğu ve hangi tarihten itibaren işlemeğe başlayacağı konusunda İİK m. 7 deki esas aynen uygulanmak gerekir. Çünkü Devletin birinci derecede sorumlu olduğu hallerde, ona karşı öne sürülebilecek istem, memura karşı öne sürülebilecek istemle aynı anda muaccel olur.

d) Devletin ikinci derecede sorumluluğu faraziyesinde Devlet ancak memurun aczi üzerine isteme muhatab olabileceğine göre, Devlete karşı zamanaşımının, memurun aczi tarihinden itibaren işlemeğe başlaması, yukarıda izah ettiğim gerekçelerle, doğrudur. Fakat «memurun aczi şartı» hangi gün gerçekleşmiş sayılacaktır? Acaba memur aleyhine alınabilecek aciz vesikasının tarihi, zarurî olarak, bu zamanaşımı süresinin başlangıcını teşkil edebilir mi? Bundan şüphe etmek için haklı sebepler vardır. Çünkü icra tâkibinin başlaması, ayrıca sür'ati ve bunların sonucu olarak da, memur aleyhinde aciz vesikasının elde edilmiş tarihi, çok geniş ölçüde, tâkip alacaklısının keyfine tâbidir (17). Gerçek şudur ki, burada özel bir hükme ihtiyaç vardır (18). Kanun buna benzer bir durumu, alacağın

nu söylüyor ise de, buradaki «dâva» sözü «alacak» olarak anlaşılmalıdır; nitekim mehazın Almanca metni, bizdeki gibi «dâva» dan bahseden Fransızca metnin aksine, «alacak» (Forderung) dan söz eder.

(17) «Zamanaşımı süresi yine aciz vesikasının verildiği tarihten itibaren işlemeğe başlasın; fakat mağdur, icra memuruna karşı tâkipte ihmalkâr davranmışsa, Devlete, bu vakıaya müstenit bir savunmayı mağdura karşı öne sürebilmek hakkı tanınsın» denebilir ise de (karş. BK m. 486 f. I deki «alacaklının hatâsı olmaksızın» ibâresi) bu, aslında başka bir mes'eleyi halletmektedir. Gerçekten, mağdur kusurlu icra memuruna karşı tâkibi keyfince yavaş yürütmüş olmakla beraber arada memurun malvarlığı durumu değişmemiş ise, Devlet, sonradan muhatab olduğu dâvada, yukarıda söylenen savunmayı öne süremeyecektir.

(18) Bu özel hüküm ihtiyacı, adî kefil lehine işleyecek zamanaşımının başlangıcı konusunda da fikrimce aynen mevcuttur. Maamafih doktrin ve içtihatlar öteden beri ittifakla, fakat fikrimce yanlış olarak, asıl borçluya önceden müracaat edilmesi şartını, alacaklının hakkının bir doğum şartı saymayıp sâdece bir defî sebebi saydığından (bu konuyu başka bir yerde inceleyeceğim), bu yanlış görüşün etkisi ile, sanki adî kefilin borcu tıpkı müteselsil kefaletteki gibi asıl borçlunun borcu ile birlikte doğarmışcasına, adî kefil lehine işleyecek zamanaşımını, asıl borçlu lehine işleyecek zamanaşımı ile birlikte başlatmak yolunda bir çözüm kabul edecektir.

muacceliyetinin alacaklının ihbarına bağlı olması faraziyesinde özel hükümle düzenlemek zorunda kalmıştır (bkz. BK m. 128, ikinci yarım cümle) (19). İcra faaliyetinden dolayı Devletin ikinci derecede sorumluluğu faraziyesinde ise buna benzer bir hüküm yoktur. Özel hükmün yokluğu karşısında, «memurun aczi şartı»nın hangi târihte gerçekleşmiş sayılması gerektiğini daha etraflı araştırma yaptıktan sonra başka bir yerde incelemek istiyorum, ve şimdilik probleme işâretle yetiniyorum.

5. — İcra faaliyetinden dolayı Devletin sorumluluğu konusunda *Postacioğlu* şu mes'eleleri incelememiştir:

a) *Kuru* (20), 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun, «Kişiler, Kamu Hukukuna tâbi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dâva açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır» diyen m. 13 hükmü ile, İİK m. 5-7 hükümlerini *ilga ettiği* görüşündedir ve bu görüşün sonuçlarını uzun boylu tafsil etmektedir. *Postacioğlu* bu konuya hiç dokunmadan İİK m. 5-7 hükümleri üzerinde izahat verdiği göre aksi görüştedir ve İİK m. 5-7 nin yürürlüğünü kabul etmektedir.

Fikrimce de *Kuru*'nun yorumunun reddi gerekir. Çünkü, önce, icra memurluğu «kamu hukukuna tâbi görev» değildir; icra memurunun faaliyetinin tâbi bulunduğu kurallar, Kamu Hukukunun ve daha doğru olarak İdare Hukukunun genel esaslarından doğmaz, tersine, bir âmme hizmetinin görülmesini özel olarak düzenleyen İİK tarafından tesbit edilmiştir. Bu özel kanunun mantığına ve sistemine uygun bir sorumluluk rejiminin yine bu kanunda düzenlenmesi ve icra memurunun sorumluluğunun, İdare Hukukunun genel esaslarına tâbi bulunmaması gayet tabiidir. İkinci olarak, 657 Sa. K., İİK m. 5-7 hükümlerini ilga ettiğine dâir bir açıklık göstermemektedir; halbuki konunun önemi ve biraz önce naklettiğimiz ge-

Gerçekten, defî görüşünün zarurî sonuçlarından biri de budur; defî görüşünü m. 495 No. 8 de kabul eden *Scheider/Fick*, adî kefile karşı zamanaşımının başlangıcı konusunda fikrimce doğru olan çözümü vermişler (m. 500 No. 20), fakat böylece hiç şüphesiz tenakuza düşmüşlerdir.

(19) «Fihakika, muacceliyet ihbarı alacaklının arzusuna tâbi bir keyfiyet olduğundan, alacaklı borçluya muacceliyet ihbarında bulunmadığı müddetçe bu alacaklı hakkında müruruzaman cereyan etmeyecekti» (von Tuhr, § 80 IV, Edege terc., s. 749).

(20) *Kuru*, s. 32.

rekçe karşısında, böyle bir ilga kastediliyor olsa idi, bunun açıklanması beklenirdi. Üçüncü olarak, 538 Sa. K. henüz çok yakın bir geçmişte İİK m. 5 ve m. 6 hükümlerinde önemli değişiklikler yapmışken, 538 Sa. K. dan birkaç ay sonra çıkan ve ilga konusunda açıklık göstermeyen 657 Sa. K.'un İİK m. 5-7 hükümlerini ilga etmek istemiş olması hiç de muhtemel değildir.

b) Devletin, kendisine karşı İİK m. 5 f. II deki yetki kullanılmaksızın yâni memurun aczinden sonra açılan dâvada, «kusurlu memura karşı yapılan tâkipte, onun başka malı olduğu halde aciz vesikası verilmiştir» yolunda bir savunma öne sürebilip süremeyeceği üzerinde de durulmalıdır. Fikrimce bu savunma câizdir; İİK m. 277 çerçevesinde açılan iptâl dâvasında da dâvacının böyle bir savunma hakkı vardır (21). Bu savunmanın inkâr kategorisine mi girdiğini, yoksa teknik anlamda bir itiraz veya teknik anlamda bir defi mi teşkil ettiğini burada incelemeyeceğim. Devlet, İİK m. 5 f. II gereğince memurla birlikte dâva edilip aleyhine hüküm alınmışsa, mağdurun sonradan icra memuru aleyhine giriştiği tâkipte aciz vesikasını yolsuz olarak elde etmesinin, Devlete ne gibi imkânlar vereceği de ayrı bir problem teşkil eder.

c) Devlet, İİK m. 5 f. II deki yetki kullanılmaksızın, yâni memurun aczinden sonra dâva edilmişse, memuru mahkûm eden kararın isabetini münakaşa edebilir mi? Kesin hükmün nisbîliği, başka deyişle, kesin hüküm etkisinin yalnız dâva tarafları arasında mevcut bulunacağı prensibi bu sorunun müsbet cevaplandırılmasını gerektirir (22).

d) Nihayet, Devletin kusurlu memura rücuunun fayda sağlamayacağı — memurun aczi sebebiyle — hemen hemen muhakkak olduğundan, eğer memur malvarlığına dâhil parçaları İİK m. 277 anlamında iptal edilebilir muamelelerle üçüncü şahıslara devretmiş idiyse, Devletin bu kimselere karşı iptal dâvası açmak için beyhude yere önce memuru tâkip edip İİK m. 277 nin şart kıldığı aciz vesikasını istihsal edecek yerde, BK m. 496'ya kıyasen, *ipso iure* alacaklıya halef olmuş sayılmasının ve onun evvelce elde ettiği aciz vesikasına istinaden iptal dâvası açabilmesinin câiz olup olmadığı

(21) Umar, İptal Dâvası, s. 41 ve orada da anılan Jaeger, m. 285 No. 3. B, 1915 eki.

(22) Umar, İptal Dâvası, s. 41 ve orada da anılan Hangartner.

bir mes'ele teşkil eder. Fikrimce bu soruya müsbet cevap verilme-
lidir (23).

6. — Kitapta, s. 53 sonunda, «borçlu tediyei şartsız yaparak alacak sukut ettikten sonra... alacaklının İcra Dâiresine karşı hâiz olduğu mütalebe hakkı üzerinde, şartları mevcut olduğu takdirde, ihtiyatî haciz kararı alabilir» denmekte ve bir Federal Mahkeme kararına atıf yapılmaktadır. Burada da 538 Sa. K.'un İİK m. 72'ye getirdiği yenilik gözden kaçmıştır ve bu konuda ihmâl bana aittir (24). Yeni sistemimize göre, tâkipten sonra borçlunun açtığı dâvada dahi ihtiyatî tedbir yolu ile tâkibin durmasına karar verilemez; ancak paranın tamamı vezneye girdikten sonra, % 15 den aşağı olmamak üzere takdir edilecek teminat karşılığında, veznedeki paranın alacaklıya ödenmemesine dâir ihtiyatî tedbir kararı, bu dâvayı gören mahkemeden alınabilir. Bu sistemde, tâkip borçlusunun parayı ödedikten sonra, fakat *istirdat dâvasını açmadan önce*, % 15 teminat göstermek suretiyle de olsa, böyle bir ihtiyatî tedbir kararı elde edebileceği, maddenin (m. 72 f. III) lâfzı karşısında şüpheli görünmektedir; fakat fikrimce buna engel olmamak gerekir, çünkü bu imkânın kabulü tâkip alacaklısının hakkını hiçbir bakımdan ihlâl etmez.

7. — *Postacıoğlu* (25), şikâyet süresinin başlangıcını incelerken, sürenin muameleye ittila târihinden itibaren yürümeğe başladığını belirtmekte ve ilgilinin muameledeki *yolsuzluğa* daha sonra ittila peyda etmesinin önemi bulunmadığını söyleyerek *Jaeger*'e atıf yapmaktadır. Fikrimce bu görüş İİK m. 16'nın lâfzına uygun ise de bunun mutlak surette benimsenmesi doğru değildir. Nitekim *Jaeger* (26) bu görüşü mutlak surette ifade etmemiş, şöyle demiştir: «Bütün diğer hallerde (27), ilgililerin yapılan muameleye *yeterli ve emin tarzda* (suffisamment et sûrement) ittila peyda etmeleri aranacaktır; bu ittila o surette vâki olmalıdır ki, ilgililer *muamelenin*

(23) Bu konuda bkz. *Schneider/Fick*, m. 505 No. 21. Burada ifade edilen fikre göre, tediye de bulunan kefil, alacaklının asıl borçluya karşı evvelce giriştiği tâkipteki haklarına da halef olur ve başka merasime hiç ihtiyaç olmaksızın bu tâkiye devam edebilir.

(24) Bkz. yukarıda dn. 6.

(25) s. 65.

(26) *Jaeger*, m. 17 No. 11.

(27) Muamelenin tebliğ edilmediği veya ittilanın tebliğinden önce vâki olduğu hallerde.

kanuna aykırı olup olmadığını ve menfaatlerini haleldâr edip etmediğini anlayabilsinler. Tabiatıyla bu muamelenin kanuna aykırılığının, onlarca ,aynı anda değil de daha sonra anlaşılması değer taşımıyacaktır». Teslim etmeli ki bu görüşte bir nüans vardır.

Hatta, fikrimce, burada kanunun lâfzının daha da aşmak ve — muamelenin yolsuzluğuna itila peyda ettiği tarihi isbat yükü, genel prensiplere uygun olarak, şikâyetçiye ait görülmek şartı ile — şikâyet süresinin yolsuzluğa ittila târihinden itibaren başladığını kabul dahi câizdir. Bu fikrin sırf adalet düşüncesinde mesnet bulunduğu da söylenemez. Çünkü:

a) İİK m. 134 f. IV, ihâleye karşı şikâyet yoluyla fesih isteme süresini mutlak surette muameleye yâni ihâleye ittila târihinden itibaren başlatmamış, ihâledeki *fesada* ittila târihini esas tutmuştur.

b) İİK m. 134 f. II cümle 2 dahi kıyas delilinin çıkarılmasına elverişlidir; burada «ilgililerin... yolsuzluklara en genç ihâle günü ittila peyda ettiği kabul edilir» denmektedir ki kanun böylece, yolsuzluğun öğrenilmesine değer verdiğini ifade etmiş olmaktadır.

c) Bizzat *Postacıoğlu*, özel bir faraziyede, şikâyet süresinin hesabında, yolsuzluğa ittila târihine değer vermektedir (28). *Postacıoğlu*'nun oradaki yorumu doğrudur; gerçekten, aksi takdirde, onun da kaydettiği üzere, İİK m. 103 deki hükmün anlamı kalmazdı. Halbuki kanunkoyucunun, yolsuz hacze karşı şikâyet müddetini yolsuzluğun öğrenilmesinden itibaren başlatıp da diğer şikâyet hallerinde yolsuzluğun öğrenildiği tarihe değer vermemesi, bu yolda bir ayırım yapmış olması için hiçbir akla yakın sebep yoktur.

8. — Kitapta s. 85'de (No. 91), tebligat konusundaki İİK hükümlerine 538 Sa. K. ile getirilen yenilikler göz önüne alınmış olmakla beraber, bu 91 No. lu paragrafın ilk iki cümlesi her nasılsa eski basılarda olduğu gibi kalmıştır. Bu konuda ihmâl bana aittir (29). Söz konusu iki cümlenin şöyle değiştirilmiş bulunması gerekirdi:

İİK m. 21 tebligatın yazı ile olacağı esasını koymuş ve gerek bu hükümde, gerek m. 57'de, bu hususta 7201 sayılı Tebligat Kanununun uygulanacağı belirtilmiştir. 7201 Sa. K.'un temel prensibi olan «posta ile tebliğ» esas, demek ki, burada da câridir.

(28) s. 277 de satır 27 - 33.

(29) Bkz. yukarıda dn. 6.

9. — *Postacioğlu* ile *Kuru*'nun farklı çözümlere bağladığı mes'e-
lelerden biri de, yetkisizlik esasına dayanan itirazın (bkz. İİK m.
50 f. II) Tetkik Merciince kabulü hâlinde, HUMK m. 193 hükmünün
uygulanması gerekip gerekmediği mes'elesidir. Soruya *Postacioğlu*
(30) menfî, *Kuru* (31) müsbet cevap vermişlerdir.

Bu konuda hangi çözüm benimsenirse benimsensin, yetkisizlik
itirazının kabulü hâlinde tâkip alacaklısının, yetkili İcra Dâiresine
başvurarak *yeni* bir ödeme emrinin gönderilmesini istemesi gerek-
tiğinde tereddüt yoktur; bu konuda iki müellif mutabıktır. Ancak,
bu ikinci ödeme emrine karşı tâkip borçlusunun itiraz imkânının
bulunup bulunmadığı bir mes'ele teşkil eder. *Kuru*'nun fikri çerçe-
vesinde, «itirazın kaldırılması talebinin, yetkisizlik sebebiyle reddi»
kararının, yâni selâhiyetsizlik itirazını kabul eden kararın kesin-
leşmesinden itibaren 10 gün içinde yeni ödeme emri gönderilmişse,
eski tâkip devam ediyor olmalıydı; böyle olunca, yâni eski tâkibin
devam ettiği kabul edilince, ilk ödeme emrine yapılan itirazda öne
sürülen itiraz sebepleriyle borçlunun bağlı bulunduğu muhakkak-
tır (İİK m. 63); demek ki bu faraziyede borçlu, ikinci ödeme emri-
ne karşı değişik bir sebeple itiraz edemeyecektir. Yargıtay ise bu
faraziyede borçlunun ikinci ödeme emrine karşı itiraz hakkını
açıkça tanımıştır; *Kuru*, kendi sistemine uymayan bu kararı zikre-
derken (32) hiçbir tenkit öne sürmediğine göre karardaki çözümü
benimsemiş ve böylece kendi sistemi içinde bir âhenksizliğe yer ver-
miş olmaktadır. Gerçekten, karardaki çözüm ancak ikinci İcra Dâi-
resindeki tâkibin yeni bir tâkip olduğu görüşü ile izah edilebi-
lir (33).

(30) s. 104.

(31) s. 92.

(32) s. 92 dn. 23. Karar 14.4.1961 tarihli, yâni 538 Sa. K. un yürürlüğe
girmesinden önce olduğu cihetle Yargıtayın bugün de aynı çözümü verip
vermeyeceği şüphelidir.

(33) Yargıtayın bu konuyla ilgili yeni bir kararı, *Postacioğlu*'nun
eserinin basımından sonra yayınlanmıştır (İİD 24.10.1966, E: 10353 K:
10366, **RKD** 1967 No. 1, Bölüm II/2, s. 15). Bu kararda şöyle denmektedir:
«İstanbul İcra Tetkik Mercinin yetkisizlik kararı üzerine Ankara İcra
Dâiresine başvurularak ödeme emri tebliğ ettirilmek suretiyle **yeni baştan**
icra tâkibine tevessül edilmiş olduğuna göre, bu tebliğ borçluya, kanunun
bu muamelelere tanıdığı itiraz ve şikâyet haklarını sağlar. Yâni, yetkisiz
İcra Dâiresinde veya Tetkik Mercinde yapılmış muamelelerle borçlu il-
zam edilmiş olmayıp cümlesi yeni baştan icra olunur. Hâdisede, yetkisiz
İcra Dâiresinde veya İcra Mercinde yapılmış muaccelelerin devamı ve bu

İncelediğimiz faraziyede HUMK m. 193'ün uygulanıp uygulanmayacağı noktasında kendini gösteren fikir ayrılığının, yetkisiz İcra Dâiresine yapılan tâkip talebi ile zamanaşımının kesilmiş sayılıp sayılmayacağı mes'elesine de in'ikaslarının bulunması tabiidir. *Postacioğlu* (34), burada HUMK m. 193'ün uygulanmayacağı fikrinde olduğundan, alacaklıyı korumak endişesiyle, BK m. 133 f. II yi mutlak olarak yorumlamakta, yâni yetkisiz İcra Dâiresine yapılan tâkip talebinin dahi zamanaşımını kestiğini savunmaktadır. Buna karşılık *Ergenekon*, fikrimce haklı olarak, aksi düşüncüyü benimsemiştir (35). *Kuru*'nun fikri çerçevesinde ise, müellif HUMK m. 193 hükmünü uygulanabilir saydığına göre, ancak o maddedeki belli süre içinde yetkili İcra Dâiresine başvurulmuşsa zamanaşımının yetkisiz İcra Dâiresine başvurma târihinde kesilmesi sonucunun mahfuz kalabileceği kabul edilmeliydi. Halbuki *Kuru* da (36), *Postacioğlu* gibi, yetkisiz İcra Dâiresine yapılan tâkip talebinin zamanaşımını keseceğini mutlak surette ifade etmektedir.

10. — *Postacioğlu* (37), temsil yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunu icra memurunun araştırmak mükellefiyeti bulunmadığını; uydurma bir temsilcinin gönderdiği ödeme emrine karşı borçlunun *itiraz* etmesi gerektiğini savunmakta ve bu görüşü benimsemiş bir Federal Mahkeme kararına atıf yapmaktadır. Fikrimce bu konuda *Jaeger*'in aksi istikametteki fikri (38) doğrudur ve burada bir *şikâyet* sebebi vardır (39). Bu fikrimin gerekçesi şudur: ala-

maksadı temin için Tetkik Mercine çağrıyı mutazammın dâvetiye tebliği söz konusu olmadığından, Usulün 193 üncü maddesi hükmü tatbik edilemez. Bu duruma rağmen, Mercinin yetkisizlik kararını müteakip 10 gün içinde ödeme emri tebliğ ettirilmediğinden bahs ile tâkibin ve ödeme emri tebligatının iptal olunması yanlış (tır)». Dikkat edilirse, kararda, alacaklı HUMK m. 193 deki süreye uymuş olsa idi çözümün farklı olacağı, bu takdirde eski tâkibin devam edeceği yolunda hiçbir işâret yoktur.

(34) s. 117.

(35) *Ergenekon*, Türk Borçlar Hukukunda Müruruzamanın Kat'ı, tez, Ankara 1960, s. 64 - 65.

(36) s. 92 de metnin sonu.

(37) s. 111 ve s. 142.

(38) *Jaeger*, m. 67 No. 5.

(39) Türk hukuku için bu münakaşaya, bir faraziyede, yer yoktur. Bizde İcra Dâirelerinde iradî temsil, baro mıntikasına dâhil yerlerde, yalnız avukatlara hasredilmiş olup bunun âmir bir hüküm olduğu ve avukat olmayan temsilcinin yaptığı tâkip talebinin muameleye konmaması gerektiği, eğer böyle yapılmamış ise yâni ödeme emri gönderilmiş ise

caklı, hiç şüphesiz, temsil yetkisi olmayan bir kimsenin kendisi (alacaklı) adına giriştiği tâkibin iptâlini şikâyet yolu ile isteyebilir. Alacaklının bu hakkı bulunduğu müddetçe, tâkip borçlusunun da — belki, BK m. 38 cümle 2 ye kıyasen, yetkisiz temsilcinin işleme icazet vermesi için (40) alacaklıya mehil verdikten sonra — bu tâkibi iptal ettirmekte menfaati inkâr edilemez. İşte bu yüzden, *Postacioğlu*'nun «müddetinde borçlu itiraz etmezse artık mümessil sıfatı tâkibin diğer safhalarında münakaşa edilemez» sözünü doğru bulmuyorum ve burada bir müddetsiz şikâyet sebebi görüyorum. Bu müddetsiz şikâyet imkânı, ancak, temsilci sıfatıyla tâkibi tahrik eden kimsenin muamelesine gerçek alacaklı ya da onun kanunî temsilcisi tarafından icazet verildiği takdirde ortadan kalkabilir (41).

11. — *Postacioğlu* (42), alacaklının ibraz ettiği senedin üstünde, altında veya arkasında borçlunun tediyesini gösteren kayıtlar olmakla beraber bu tediyelerin miktarı zikredilmemiş ise, böyle bir senedin itirazın kaldırılmasına mesnet teşkil edemeyeceğini; bu esasa dayanan itirazı borçlunun ilk defa olarak itirazın kaldırılması duruşmasında m. 62 f. IV gereğince ileri sürebileceğini, hatta bu gibi itiraz sebeplerinin Mercice re'sen nazara alınacağını söylemektedir.

Bu çözüme katılmıyorum. Çünkü ödeme, bir hak düşüren vakıa teşkil eder ve bunun, o vakıadan kendi lehine sonuç doğan borçlu tarafından isbatı gerekir; bu konuda öteden beri mutlak bir ittifak vardır. İcra Hukuku normları da bu esasta değişiklik yapmaz. Alacaklının, itirazın kaldırılması kararını elde edebilmek için, tâkip ettiği alacağın *doğumunu* m. 68 veya m. 68a'da gösterilen belgelerle isbat etmesi yeter; İcra Hukuku, alacaklıyı, hakkının doğumuna

borçlunun şikâyette bulunabileceği *Postacioğlu* tarafından da (s. 111) kabul edilmektedir. Fakat mes'ele böylece tamamen çözülmüş, fikir ayrılığı ortadan kalkmış olmamaktadır. Çünkü temsilci sıfatıyla tâkip talebinde bulunan kimse gerçekten avukat ise, yahut da tâkip talebi kanunî temsilcilik iddiasında bulunan biri tarafından yapılmış ise, bunların temsil yetkisinin varlığını icra memurunun re'sen inceleyebilip incelemeyeceği mes'elesinde görüşler ayrılığını muhafaza etmektedir.

(40) Bu icazet, Türk hukukunda, ancak yetkisiz temsilci avukat idiye verilebilir; baro mıntıkasına dâhil olmayan yerlerde bu şarta lüzum yoktur.

(41) Bkz. yukarıda dn. 40.

(42) s. 152 - 153.

engel olan veya hakkını düşüren vakıaların *yokluğunu* dahi isbat etmekle mükellef tutmamıştır. Bu gibi vakıaların varlığının icra tâkibinude dahi itiraz yoluyla öne sürülmesi gerekir ve bu konuda meşkûkiyetin riskini, yâni isbat yükünü tâkip borçlusu taşır. Tâkip borçlusunun istirdat dâvası hakkı tabiatıyla mahfuzdur; ancak o dâvada da bu gibi vakıalar için isbat yükünü kendisi taşıyacaktır.

12. — *Postacioğlu*, itiraz süre geçirildikten sonra yapılmış olup da alacaklı, itirazın geç yapılmasına rağmen sanki muteber bir itiraz varmış gibi tâkibe devamdan imtina eden icra memurunun muamelesine karşı şikâyet yoluna gitmeksizin veya icra memurundan tâkibe devam etmesini hiç istemeksizin doğrudan doğruya Tetkik Merciiine başvurarak itirazın kaldırılmasını istemişse, Tetkik Merciiinin, sürenin geçirilmiş bulunduğu vakiasını itirazın kaldırılması prosedüründe re'sen nazara alabilip alamayacağı mes'elesine, itiraz süresi ile ilgili açıklamaları sırasında değil, pek de umulmayacak bir yerde, itirazın mahkemede iptâli ile ilgili açıklamaları arasında (43) dokunmuş ve menfî sonuca varmıştır.

Fikrimce *Postacioğlu*'nun vardığı sonuca gerekçe olarak gösterdiği İİK m. 66 cümle 2 hükmü, itirazın kaldırılması prosedürü sırasında itirazın muteber olup olmadığını incelemek hususunda tatbikatın öteden beri Tetkik Merciiine tanıdığı yetkiyi kaldırmak amacını gütmemiştir; bu değişikliğin amacı sâdece, icra memurunun, itirazın geç yapıldığını nazara almak hususunda esasen mevcut fakat eski tatbikatça inkâr edilen yetkisini belirtmekten ibarettir. Aslında, hukukun genel prensiplerine göre, kullanılması hak düşüren bir süreye bağlanmış yetkiler o süre içinde kullanılmazlarsa hiçbir hukukî sonuç doğuramazlar ve bu yüzden, o doğmamış hukukî sonuçların iptâli de istenemez. Şu hâle göre, süresinde yapılmış olmayan bir itirazın bu vasfını gerek icra memuru, gerek Tetkik Mercii nazara alabilir ve süresinde yapılmayan itiraz hiç sonuç doğuramayacağından, bunun kaldırılması için Tetkik Merciiine başvurmakta hiçbir menfaat yoktur. Menfaat şartının varlığı, etkileri sınırlı bir dâvadan başka birşey olmayan itirazın kaldırılması prosedüründe dahi — fikrimce hiç şüphesiz — aranacağından, *Postacioğlu*'nun çözümüne katılamıyorum.

13. — Yukarıdaki tahlil, itirazın iptâli için alacaklı mahkemeye başvurmuşsa, mahkemenin itiraz esasen geç yapılmıştır diye dâva-

yı reddetmesi gerektiğinin kabulüne yol açmaz. Ancak bunun sebebi, itirazın muteberliğinin icra organları tarafından tâyini lâzım gelmesi değil (44), itiraz süresinde yapılmıyorsa, hatta hiç yapılmıyorsa bile bu yönün mahkemeyi hiç ilgilendirmemesidir. Çünkü alacaklı, ödeme emri hiç itiraza uğramıyarak kesinleşse dahi, tâkibe konu teşkil etmiş alacak için mahkemede edâ dâvası açmak hakkını hâizdir; özellikle, ileride borçlunun istirdat dâvasına muhatab olabileceğini düşünerek bu yola gitmekte menfaati bulunabilir.

Böylece *Postacioğlu*'nun çözümüne farklı bir gerekçe ile katılmış oluyorum. Fakat burada, *Postacioğlu*'nun belki de değişik çözüm vereceği, teferruata ilişkin bir mes'ele üzerinde durmak isterim. Fikrimce ödeme emrinin hiç itiraza uğramıyarak veya itirazın süresinde yapılmaması sebebiyle kesinleşmesinden sonra alacaklının tâkip konusu alacak hakkında şu veya bu düşünceyle açtığı edâ dâvası, gerçekte İİK m. 67 de öngörülmüş olan itirazın iptâli dâvası değil, alelade bir edâ dâvasıdır. Bu görüşün doğruluğunu gerek m. 67 f. I in lâfzı, gerek şu düşünce ortaya koyar: bu faraziyede gerçekten m. 67 nin öngördüğü iptal dâvası söz konusu olsa idi, dâvayı kazanan alacaklı borçludan % 15 inkâr tazminatı elde edebilecekti. Halbuki tâkip hiç veya süresinde itiraza uğramıyarak kesinleştikten sonra, alacaklının bu tâkibi yürütmesine hiç engel yokken mahkemeye başvurarak % 15 inkâr tazminatı istemesi düşünülemez. Onun bu faraziyede itirazın kaldırılması için Tetkik Merciine müracaatı dahi, biraz önce işaret ettiğim üzere, menfaat yokluğundan reddedilmelidir. İşte bu tahlilden şu sonuç çıkar: itirazın süresinde yapılmamasına rağmen alacaklı mahkemeye müracaatla tâkip konusu borcun tahsilini ve % 15 inkâr tazminatına hükmedilmesini istemişse, dava bir edâ dâvası olarak herhalde görülecek, fakat inkâr tazminatına hükmedilmesine mahal olup olmadığını tâyin bakımından mahkeme, süresi içinde yapılmış bir itiraz bulunup bulunmadığını re'sen araştıracaktır.

14. — *Postacioğlu*, alacaklının itirazın kaldırılması için ibraz ettiği senet tarihsiz ise borçlunun zamanaşımı vakıasını isbat etmesinin imkânsız bulunduğunu göz önünde tutarak, bu durumda itirazın kaldırılması talebinin reddi gerektiği çözümünü savunmaktadır (45). Bu çözümü, yukarıda No. 11 de öne sürdüklerime benzer gerekçelerle, doğru bulmuyorum.

(44) *Postacioğlu*, s. 166 da yalnız bu gerekçe verilmiştir.

(45) s. 187 - 188.

15. — *Postacioğlu*'na göre (46), İİK, «borcun Merci önünde ikrar edilebilmiş olmasına itirazın kaldırılması yönünden bir hüküm bağlamamaktadır». Yâni, bu görüşe nazaran, alacaklı m. 68 veya m. 68a'da gösterilen belgelerden birini ibraz etmemişse, borçlu Merci önünde borcunu ikrar etmiş olsa dahi, itirazın kaldırılması talebi reddedilmelidir. Bu fikre katılmıyorum, çünkü Merci önündeki ikrar zapta geçip borçluya imzalatılacağından alacaklı m. 68'in istediği belgeyi o ânda elde etmiş olacaktır.

16. — *Postacioğlu* (47), «itirazın kaldırılması safhasında sene-din kumar borcuna karşılık olmak üzere verildiğini ileri sürüp de isbat edemeyen tarafa bunu istirdat dâvası safhasında isbat imkânı tanınmalıdır» demektedir. Fikrimce borçlu tâkibe hiç itiraz etmemiş bulunsa yahut başka sebeplerle itiraz edip de itirazı kaldırılmış bulunsa dahi, icra tehdidi altında ödemeğe mecbur kaldığı kumar borcu için sonradan istirdat dâvası açabilir. Burada zamanaşımına uğramış borcun ödenmesi faraziyesinden farklı bir durum mevcuttur. Gerçekten, zamanaşımı borçluya bir *defi hakkı* verir; borçlu icra tâkibine karşı bu defi hakkını usulü dâiresinde yâni itiraz prosedürü içinde öne sürmemişse, bu defi hakkını kaybeder ve neticede gerçekten borçlu olduğu bir parayı ödediği için istirdat dâvasını açamaz; zamanaşımını öne sürerek istirdat dâvası açması imkânı ancak zamanaşımı defini icra tâkibine karşı usulü dâiresinde dermeyan etmiş, fakat isbat edememiş olması faraziyesinde mevcuttur. Kumar borcu konusunda ise durum tamamen farklıdır. Kumar hiçbir alacak hakkı doğurmaz (BK m. 504); kumar «borcu» ancak iradî olarak ödendiği takdirdedir ki geri alınamaz. Kumar «borcu» nun iradî ödenmesini bir bağışlama değil, yine de bir borcun ifası sayan görüş (48) bizim mes'elemizin çözümüne hiç etki etmez; çünkü icra tehdidi altındaki ödeme *iradî* sayılamayacağından, o görüş kabul edilse dahi bu ödeme geri alınabilecektir.

17. — İstirdat dâvasında isbat yükü konusunda da *Kuru* ile *Postacioğlu* arasında görüş ayrılığı vardır. *Postacioğlu*'na göre (49), m. 72 f. VIII istirdat dâvasında isbat yükünün dâvacıya yâni tâkip borçlusuna düştüğünü belirtmekle beraber, bu kaide, dâvalının

(46) s. 189, No. 199 sonu.

(47) s. 227 sonu.

(48) von Tuhr, § 4 No. 1, Edege terc., s. 33.

(49) s. 228.

daha önce yaptığı tâkipte borçlunun itirazı ile karşılaşmış itirazın kaldırılması prosedürü içinde alacağın doğumunu isbat etmiş bulunması faraziyesine mahsustur; borçlu itiraz etmediği için alacaklı alacağını isbat zorunda kalmadan tâkip kesinleşmiş ve tâkip konusu alacak tahsil edilmişse, sonradan açılacak istirdat dâvasında isbat yükü tâkip alacaklısındadır. *Kuru* ise (50) bu ayırımı reddetmekte, kanunu mutlak olarak yorumlamaktadır.

Fikrimce *Postacioğlu*'nun görüşü doğrudur. Çünkü, sebep olmadan ödenen şeyin istirdadı dâvasında (*condictio indebiti*), isbat yükü konusundaki genel prensiplere göre, dâvacı kendi lehine sonuç doğuran ödeme vakiasını isbat yükü altında bulunmakla beraber, ödemeyi haklı kılacak bir sebebin *yokluğu* hiç kimse lehine sonuç doğurmayıp tersine, böyle bir sebebin *varlığı* dâvacının hasmı lehine sonuç doğurduğundan, bu sebebin varlığını dâvalı isbat etmelidir. BK m. 62 bu çözüme özel bir faraziyede istisna getirmiştir (51). O özel faraziyedeki istisnanın sebebi açıktır: hayat tecrübesi kaidelerine göre, sebep olmadan kimse hataya düşüp başkasını zenginleştirmez; sebep olmadan *hataen* verdiğini iddia eden kimse hatayı — ve bunun zarurî sonucu olarak, sebebin yokluğunu — isbat etmelidir. Görülüyor ki BK m. 62 ile dâvacıya yüklenen isbat yükü, gerçekte bir *karşı - isbat* yüküdür. İİK m. 72 f. VIII deki kaidenin mantığı da aynı olmak gerekir. Bu maddedeki istirdat dâvası da, gerçekte, sebep mevcut olmadığı veya ortadan kalktığı halde bir edimin cebrî icra *tehdidi* altında alınmış olmasına dayanan bir *condictio* faraziyesini düzenlemektedir (52). Öyleyse, isbat yükü konusundaki genel prensiplere göre, dâvacı tâkip konusu borcun doğum şartlarının gerçekleşmediğini iddia ediyorsa, kendi lehine sonuç doğuran bir vakıa dermeyeran etmediğinden, yâni borcun doğum şartlarının gerçekleşmesi tâkip alacaklı lehine sonuç doğuracağı için, bu konuda isbat yükünü alacaklı taşır (53). Fakat dâvalı

(50) s. 183 dn. 30.

(51) Özel faraziyede; çünkü borç olmayan şeyin *hataen* ödenmesi *condictio indebiti*'ye yol açan tek faraziye değildir. Meselâ sebep olmaksızın cebirle alınan şeyin aynen istirdadı mümkün olmazsa mağdurun hiç şüphesiz BK m. 61'e müstenit bir *condictio indebiti* imkânı vardır, hatta başka faraziyelerde de bu mümkündür.

(52) von Tuhr, § 52 IV 4, Edege terc., s. 454.

(53) Fakat dâvacı, borcun doğumuna yol açabilecek vakıaların gerçekleştiğini inkâr etmeyip sâdece, hakkı engelleyen veya düşüren vakıaların varlığını iddia ediyorsa, iddia ettiği vakıayı meselâ tediye isbat yükü kendisindedir.

yâni tâkip alacaklısı daha önce, itirazın kaldırılması prosedürü sırasında, üstelik m. 68 veya m. 68a'nın istediği belgelerle alacağın doğumunu isbat edebilmiş idiyse, istirdat dâvasında elbette mükerrer isbata gereklilik yoktur ve işte İİK m. 72 f. VIII deki isbat yükü kaidesi *bu faraziyede* her türlü tereddüdü ortadan kaldırmak için sevk edilmiş olmalıdır. Fikrimce kanun, sırf ödeme emrine itiraz edilmemiş olmasını alacağın doğumuna dair bir emare saymış ve bu faraziyede dahi alacağın doğmadığı hususunda isbat yükünün dâvacıya düşeceğini belirtmek istemiş olamaz (54).

18. — İİK m. 72 f. VII deki istirdat dâvası ile BK ndaki sebepsiz zenginleşme dâvasının telâhuk edeceği konusunda *Postacioğlu*'nun görüşüne (55) katılıyorum. İcra tâkibi üzerine vâki tediyeenin bir hataya dayanmadığı gerçeği (56) BK m. 62 deki dâvanın açılmasına engel olur ise de (57), hataen vâki tediyeeden başka sebebe dayanan *condictio indebiti* çeşitleri de vardır (58). Bu konuyu incelemiş bulunuyorum ve bu incelememi yakında yayınlayacağım.

19. — Borçlunun açtığı menfî tesbit dâvasından sonra alacaklı iflâs yolu ile tâkibe girer ve iflâs dâvasını açarsa, menfî tesbit dâvasına dayanılarak iflâs dâvasında derdesdi rü'yetlik itirazının öne sürülemeyeceği, iflâs dâvası için menfî tesbit dâvasının bekletici mes'ele yapılamayacağı yolundaki görüş (59) bana doğru görünmüyor. *Jaeger*, iflâs dâvasının açılmasından sonra dahi, borçlunun normal yetkili mahkemede dâva açıp borcun düştüğünü tesbit eden bir karar istemek yetkisini kabul etmekteydi; fakat bu dâvanın

(54) Hatta *Fritzsche* (c. I, s. 138), yalnız bu faraziye için değil, genel olarak verdiği izahatta şöyle demektedir: «Borçlu hakkın doğumuna engel olan veya hakkı düşüren bütün vakıaları dermeyeran etmekte serbesttir. Buna mukabil, işin mâhiyetinden de anlaşılır ki, tıpkı borçtan kurtulma dâvasında olduğu gibi, alacaklı dermeyeran ettiği hakkın doğumu için gerekli vakıaları iddia ve gerekiyorsa isbat yükü altındadır». Fikrimce bu görüş isbat yükü konusundaki genel prensiplere uygun ise de, İİK m. 72 f. VIII metnini hiç görmemezlikten gelmektedir; alacaklı daha önce itirazın kaldırılması prosedürü sırasında alacağını isbat etmişse istirdat dâvasında aynı hususu ikinci defa isbat etmesi gerekmez.

(55) s. 229.

(56) *Kuru*, s. 181 dn. 19.

(57) *Postacioğlu* bunu belirtmemiştir.

(58) Bkz. yukarıda dn. 51.

(59) *Postacioğlu*, s. 239.

iflâs dâvasına etkisi mes'elesini incelememişti (60). Müellif sonradan görüşünü kısmen değiştirdi ve iflâs dâvasının açılmasından sonra, borcun düşmüş olup olmadığı konusunda ancak iflâs dâvasına bakan mahkemenin karar verebileceği çözümünü kabul etti (61). Fikrimce iflâs dâvasının, daha önce açılmış menfî tesbit dâvasının görülmesine engel olamayacağı; keza, menfî tesbit dâvası, iflâs dâvası sonuçlanmadan borçlu lehine ilâma bağlanmış ise, hâsıl olan kesin hükmün iflâs dâvasında nazara alınacağı hiç şüphesizdir ve bu hususlar bizzat *Postacioğlu* tarafından belirtilmektedir. Bu böyle olunca, iflâs dâvasında derdesti rü'yetlik itirazının öne sürülmemesi, bu dâvada mahkemenin ve tarafların fuzulî zaman kaybına, masrafa yol açacaktır. *Postacioğlu*'nun dayandığı prosedürle ilgili gerekçe ise fikrimce yeterli değildir.

20. — Kitapta s. 240 sonunda, borçlunun temlikten habersiz olması sebebiyle menfî tesbit dâvasını eski alacaklı aleyhine açmış olmasının sonuçlarından bahsetmek yerinde olurdu.

21. — *Postacioğlu* (62) «İcra Dâiresine tâkip talebinde bulunulması tâkibin başlamış sayılması için kâfi değildir. Belki bunun için ödeme emrinin tanzim edilmiş ve postalanmış olması lâzımdır» demektedir. İsviçrede durum gerçekten böyle ise de (LP m. 38), bizde İİK m. 42, ilâmsız tâkibin *tâkip talebiyle* başlayacağını açıkça ifade etmiştir.

22. — Tâkiplerle menfî tesbit dâvasının aynı güne rastlaması faraziyesinde *Postacioğlu*, bu konuda borçlu aleyhine bir karinenin bulunmadığını haklı olarak belirtmekte, fakat bilhassa bu duruma dayanarak bu defa kendisi borçlu lehine bir karine kabul etmektedir (63): ona göre bu faraziyede borçlu, tâkipten önce menfî tesbit dâvasını açmış sayılmalıdır. Bu görüşe katılmıyorum. Borçlu aleyhine bir karinenin bulunmaması, borçlu lehine bir karinenin kabulüne değil, isbat yükü konusundaki genel esasların uygulanmasına yol açar. Bu genel esaslara göre mes'elemizi incelersek şunu tesbit ederiz: dâvanın tâkipten önce veya sonra açılmış olması vakıası, tâkip alacaklısına hiçbir hak veya yetki kazandırmaz. Tersine, dâvanın tâkipten önce açılmış bulunması vakıası borçluya bazı

(60) *Jaeger*, m. 172 No. 6.

(61) *Jaeger*, m. 172 No. 6, 1915 eki.

(62) s. 241.

(63) s. 243.

yetkiler kazandırır ve bu yetkileri kullanmak isteyen borçlu, o yetkinin doğum şartı olan söz konusu vakıanın gerçekleştiğini isbat yükü altındadır. Şu hâle göre, tâkiyle dâvanın aynı güne rastladığı hallerde, dâvanın yine de — saat itibariyle — tâkibin başlamasından önce açıldığını isbat yükü borçluya düşecektir. Aksi istikamette bir çözümün kabulü daha âdil olabilirdi; fakat kanun isbat yükü konusunda özel hüküm sevketmiş veya «tâkiyle dâva aynı güne rastladıkça dâva tâkipten önce açılmış sayılır» yollu bir fiksiyon kabul etmiş olmadıkça, adalet mülâhazaları, isbat yükü konusundaki genel esasların uygulanmasını bertaraf edecek özel hükümlerin yaratılmasına yâni bunlar varmış gibi davranılmasına cevaz veremez.

23. — Kitapta s. 289 satır 5 deki «borçlu» kelimesi, kendiliğinden anlaşılacağı üzere, «alacaklı» olacaktır.

24. — Kitapta s. 292 satır 1 deki «... tasarrufu iptâle hakları bulunmayacaktır» ibâresi, «... tasarrufu iptâle, İİK 277 ve müteakip maddelerin şartları dışında, hakları bulunmayacaktır» tarzında yazılmalıydı. Çünkü burada incelenen faraziyede, haczi koyduran alacaklı tatmin edilmiş bulunsa ve o hakikî bir alacaklı olsa dahi, diğer alacaklılar, mahcuz malı iktisab etmiş üçüncü kişiye karşı — tıpkı mahcuz olmayan malı iktisab etmiş üçüncü kişilere karşı olduğu gibi, hattâ belki daha kolaylıkla — İİK m. 280 f. I şartları dâhilinde iptâl dâvası açabilirler. İİK m. 278 in uygulanması da mümkündür.

25. — Yine s. 292 satır 2 - 5 deki «borçlunun iflâsı ile mahcuz mal masaya intikal edeceğinden, hâciz alacaklının haklarını kendisine ödemek suretiyle, muameleyi bütünü ile sıhhate kavuşturmak imkânı zâil olmaktadır» sözü, ancak borçlunun mahcuz malda tasarrufu *mutlak butlanla* sakatlanmış olsa idi doğru olabilirdi. Halbuki borçlu, hacizden sonra fakat iflâstan önce, mahcuz malın mülkiyetini üçüncü şahsa devretmişse, bu mal iflâs masasına girmez; tasarrufun «hükümsüzlüğü», m. 86 f. III gereğince, yalnız hâciz alacaklı bakımındandır ve o tatmin edilince tasarruf tamamen sıhhate kavuşur. Keza İİK m. 186, «mal yine mahcuz olmakta devam ettiğine göre masaya girer» anlamında yorumlanamaz (64). Borç-

(64) Bkz. Jaeger, m. 199 No. 1 sonu: «LP m. 199/İİK m. 186 normal durumu, yâni malın halâ borçlunun zilyedliğinde olup kaabili münakaşa olmayacak surette onun malvarlığına dâhil bulunması faraziyesini hedef tutmaktadır».

lunun mahcuz malı iflâstan önce bir aynî hakla kayıtlaması hâlinde dahi, üçüncü şahsın aynî hakkı masaya karşı muteberdir ve malın daha önce haczedilmiş bulunması masaya hiçbir hak vermez. Tabiatıyla bütün bu hallerde masanın İİK m. 27 deki iptâl dâvası hakkı mahfuzdur.

26 — *Postacıoğlu* (65), «şuf'a hakkı da, bünyesi itibariyle, kaabili haciz değildir. Meğer ki şuf'a hakkının teferru ettiği hisse de birlikte haczedilmiş olsun» demektedir. Burada birçok yanlış anlamalara yol açabilecek bir ifade eksikliği görüyorum. *Postacıoğlu*'nun söylemek istediği, sâdece, mahcuz hisseyi satış neticesinde iktisab eden kimsenin, diğer hissedarlar gibi, ileride vâki olacak bir hisse satışı üzerine, şuf'a hakkına sâhip bulunacağı hususundan ibârettir. Bu sonucun doğumu için, alacaklının hisseyi *ve şuf'a hakkını* birlikte haczettirmesine hiç ihtiyaç yoktur. Alacaklının böyle bir işlem yaptırarak mahcuz hisseye ilişkin şuf'a hakkını *bizzat* kullanmaya kalkışması ise tabiatıyla hiç düşünülemez.

27. — *Postacıoğlu*, Devlet malı olmayan ve Devlet malı imtiyazından — meselâ köy malı, Vakıf malı olmak itibariyle — istifade edecek durumda bulunmayan câmilerin de haczedilemeyeceği görüşündedir ve bu konuda *Belgesay* ile *Jaeger*'den ayrılmaktadır (66). Bu konuda dayandığı gerekçe şudur: İİK m. 82 bent 2 sâdece *menkul* ibâdet eşyasını istihdaf ederse de, câmi, kilise vs. haczi de dinî hisleri rencide eder; ayrıca, 6570 Sa. K. câmi, kilise vs. nin ibâdethâne hâricinde bir iş için kullanılmasını yasakladığından câmi vs. haczedilse bile paraya çevrilməsi fiilen imkânsız olacaktır.

Bu fikre katılmıyorum ve söylenen durumdaki câmi vs. nin haczedilebileceğini düşünüyorum. Çünkü:

a) İİK m. 82 bent 2 nin yalnız menkuller için sevk edildiğini *Postacıoğlu* dahi kabul etmektedir;

b) Câmi vs. haczinin itikat sâhibi kimselerin dinî hislerini rencide edeceği muhakkak ise de kanun buna değer vermemiştir; hattâ İsviçrede kabir taşları dahi haczedilmektedir (67);

c) Haczedilen câmi vs. nin ibâdethâne dışında bir iş için kul-

(65) s. 304.

(66) s. 306 dn. 12.

(67) s. 317 dn. 35.

lanılamaması ve bu yüzden iyi bir bedelle satılmasının fiilen mümkün olmaması, hukuku ve hele şekli hukuk olan İcra ve İflâs Hukukunu hiç ilkilendirmez; kaldı ki icradan satın alınan câmi vs. nin yıkılıp yerine başka inşaat yapılmasına hiç engel yoktur.

28. — *Postacioğlu*'na göre (68) «Borçlunun suiniyetinin evin haczedilmezlik vasfından faidelendirilmemesi şeklinde bir müeyyideyi dâvet etmesi hakkındaki görüşün diğer bir tezahürü, borçlu alacaklısından mal kaçırmak kasdiyle evini ahâra satmış olursa, bu satış muamelesinin *iptâli* hâlinde artık o ev hakkında haczedilmezlik vasfını dermeyan edememesidir». Burada *Postacioğlu*'nun, İİK m. 277 deki iptâl dâvasının sonuçları hakkındaki yanlış Yargıtay içtihatlarının etkisi altında — farkında olmaksızın — kaldığı görülüyor. Gerçekte, Yargıtay içtihatlarının aksine, İİK m. 277 deki iptâl dâvası teknik anlamda bir mutlak butlanın tesbitini veya borçlunun tasarrufunun teknik anlamda iptâlini tazammun etmez (69). Bu dâvanın alacaklı tarafından kazanılması, borçlunun tasarrufunun Medenî Hukuk yönünden muteberliğine hâlel getirmez. Demek ki, incelediğimiz faraziyede, evi satan borçlu, satış m. 277 gereğince «iptâl» edilse dahi, artık mâlik değildir ve onun, haczedilmezlik imtiyazını öne sürmek için gerekli *sıfatı* yoktur. Mes'ele, müktesip üçüncü şahsın haczedilmezlik imtiyazından istifade edip etmeyeceği bakımından tartışılabilir. Burada bu sonuncu mes'eleye yalnız işâret etmekle yetineceğim.

29. — Kitapta (70) «... temlikin vâki olmadığını isbat suretiyle» denmesi doğru değildir; çünkü temlikin varlığını isbat yükü üçüncü şahsa düşer. Bu ibâre yerine «... temlikin vâki olduğunun isbat edilememesi hâlinde» denmeliydi.

30. — Alacaklının, istihkak dâvasına mütekabil dâva olarak iptâl dâvası açması hâlinde, verilecek hükmün, sonradan genel mahkemelerde iptâl dâvası açılması imkânını ortadan kaldırıp kaldırmayacağını *Postacioğlu* (71) incelememiştir.

31. — *Postacioğlu*, «alacaklı için ihtiyatlı hareket, eğer borçlusunu mahcuz mala zilyed görüyorsa, icra memuru tarafından mehil

(68) s. 313.

(69) Umar, İptal Dâvası, s. 8 ve sonrakiler.

(70) s. 373 satır 2-3.

(71) s. 373.

verilmesi hakkındaki karara şikâyet etmekle beraber aynı zamanda Merci önünde istihkak dâvasını açmak olacaktır» demektedir (72). Bu takdirde şikâyet kabul edilir, yâni istihkak dâvası açmak yükünün gerçekte alacaklıya değil, üçüncü şahsa âit olduğu anlaşılırsa, alacaklının daha önce açtığı istihkak dâvasının âkibeti incelenmemiştir.

32. — *Postacioğlu* (73), «İİK m. 120 f. I mucibince mahcuz alacağı temellük eden alacaklı, bu alacağın vâdesinde ödenmemesi rizikosunu tekabbül etmektedir» dedikten sonra, bence doğru olmayarak, «sâdece, bu neticenin husule gelebilmesi için alacağın hukuken mevcut olması lâzımdır» diye ilâve etmektedir. Halbuki böyle bir görüş BK m. 171 f. II'ye aykırıdır (74).

33. — *Postacioğlu* (74a), babası ile birlikte oturan ve mesâisini babasına tahsis eden borçlunun, babasına karşı hâiz olabileceği *alacak* hakkının haczi ile ilgili bazı görüşler serdetmektedir. Fikrimce böyle bir haciz yapılamaz, çünkü söylenen faraziyede çocuğun babasına karşı bir *alacak* hakkı yoktur; MK m. 321 sâdece, çocuğun hacze iştirâkine veya iflâs hâlinde masaya başvurmasına imkân verir ve böylece, çocuğun çalışmasından alacaklıların istifade etmesinin önüne geçmek amacını güder. Çocuğun babaya karşı istem öne sürmek yetkisi bulunmadığına göre (75), onun «alacak» hakkı haczedilemez. Ancak baba aleyhine haciz yapılmış veya baba iflâs etmişse, işte o zaman çocuğun MK m. 321 de tanınan hakları çocuğun alacaklısının haczine konu olabilir.

34. — İİK m. 89 gereğince sorumluluğu gerçekleşmiş üçüncü şahsın malının bulunmaması faraziyesinde ne yapılacağı, kitapta (76) incelenmemiştir. Onun hakkında aciz vesikası alınabilecek ve onun tasarruflarına karşı İİK m. 277 deki iptâl dâvası açabilecek midir?

35. — *Postacioğlu*'na göre (77), ihâleye karşı şikâyet edilmesi

(72) s. 378.

(73) s. 406.

(74) von Tuhr, § 98 III sonu, Edege terc., s. 941.

(74a) s. 418.

(75) von Tuhr, § 4 No. 8, Edege terc., s. 37.

(76) s. 419 - 420.

(77) s. 457.

hâlinde alıcının bedeli nakden ödeyecek yerde banka teminat mektubu vermesi faraziyesinde, müşteri ve teminat mektubunu vermiş olan banka bedeli ödemezlerse, bunun riski münhasıran tâkip alacaklısına âittir; «banka kefalet mektubunun verildiği andan itibaren tâkip borçlusunun borçtan bu miktar için kurtulduğunun kabulü» gerekir. Bu görüşe katılmıyorum. Çünkü alıcıya mehil verilmesi ve banka teminat mektubunun kabulü, alıcıya mehil verilmesi ve banka teminat mektubunun kabulü, alacaklının rızası gerekmeksizin hatta onun muhalefetine rağmen yapılabilir; alacaklı bunlara rıza göstermiş olsa bile bu husustaki rızanın, *borç nakline* dahi muvafakat edilmesi olarak yorumlanması fikrimce imkânsızdır.

40. — İİK m. 3 çerçevesinde yapılan «itirazın müstenidi olan vesika tarih taşıyorsa o zaman durumu borçlu lehine *tefsir* ederek bunun icra emrinin tebliğinden sonraki bir zamana rastladığını kabul etmek yerinde olur» fikrine (78) katılmıyorum; dayandığım gerekçe için bkz. yukarıda No. 11, 14 ve 22. Sayın *Postacıoğlu*'nun gerek burada, gerek yukarıda No. 11, 14 ve 22 de incelenen mes'elelerde öne sürdüğü çözümler zannımca *in dubio pro reo* çözümünü İcra Hukukuna da teşmil anlamına gelmektedir. Bu mes'elelerde bir *tefsir* mes'elesinin değil, bir isbat yükü mes'elesinin bulunması dolayısıyla hâkimin bir takdir hakkı olamaz.

41. — Kitapta s. 578 satır 10 daki «borçlusunun» sözü, kendiliğinden de anlaşılacağı üzere, «alacaklının» olacaktır.

42. — *Postacıoğlu*'nun s. 592 dn. 54 de tenkid ve reddettiği 1939 tarihli içtihadın çözümünü doğru buluyorum. Bir hak dâva yolu ile olduğu kadar savunma yolu ile dahi dermeyan edilebilir ise de, hakkın dermeyanı başka, icrası kaabil bir belgeye bağlanması başka mes'eledir. İlâmların icrası prosedürünün açılması için, ortada bulunacak ilâmın bir tesbit hükmünü ihtiva etmesinin bile yetmeyeceği şüphesiz olduğuna göre, dâvacının haksızlığını ve dâvalının hakkını nihayet gerekçeleri içinde tesbit eden ve hüküm fıkrası sâdece dâvanın reddine ilişkin olup *dâvalının hakkını tesbit dahi etmēyen* bir ilâmın, dâvalı lehine ilâmların icrası yolunun tahrikini sağlaması bence imkânsızdır. Bu imkânı sağlamak isteyen dâvalı mütekebil dâva açmalıdır.