

EVLENME MUKAVELELERİ VE KARI KOCA ARASINDAKİ ANLAŞMALARIN HÂKİM TARAFINDAN TASDİKİ LÜZUMUNUN HUKUKİ MAHİYETİ

I. — Meselenin vaz'ı: ehliyet mi yoksa şekil meselesi mi? II. — Şekil nazariyesini benimseyen Yargıtayın görüşü. III. — İki teori arasındaki farklar. IV. — Şekil teorisinin mevzuumuza tatbik olunamayacağı. V. — Tasdikin ehliyeti çerçevesi içinde incelenmesi lüzumu. VI. — M. K. nun 169 uncu maddesi etrafındaki Yargıtay içtihadı. VII. — M. K. nun 150 nci maddesi hakkında Türk ve İsviçre Jürisprüdansı. VIII. — Mesele karşısında İsviçre doktrini. IX. — Türk müellifleri. X. — Netice.

Doçent Dr. İlhan E. POSTACIOĞLU

I. — Bilindiği üzere Medenî Kanunumuzun 173 üncü maddesi evlilik sırasında yapılan evlenme mukavelelerini hâkimin tasdikine tâbi tutmuştur. Tatbikatta evlenme mukavelelerine seyrek tesadüf edildiği için bu maddenin üzerinde hususî bir şekilde durmak belki lüzumsuz sayılacaktır. Fakat, hemen hemen uygulanmadığı sanılan bu madde son sıralarda Yüksek Mahkememizin enteresan bir kararına mevzu teşkil etmiş olduğundan meselenin pratik ehemmiyeti ilk bakışta tahmin edildiğinden daha büyüktür. Saniyen, bu maddemiz karı koca münasebetlerini ilgilendiren bazı bağıt nevilerinin yargıç tarafından tasdikî lüzumunu vazeden Medenî Kanununun diğer hükümlerile yakın bir münasebet arzettiğidir. Bu bakımdan da 173 üncü madde etrafında belirmiş bir içtihat üzerinde düşünmek yersiz bir hareket olmasa gerektir.

173 üncü maddenin ortaya koyduğu en mühim meselelerden biri her halde tasdik mecburiyetinin hukukî mahiyetidir. Filhakika, pratikte hususî bir ehemmiyet arzeden müeyyide meselesi bu ilk meselenin alacağı hal suretine bağlı bulunuyor. Karı kocanın evlendikten sonra yaptıkları bir evlenme mukavelesini yargıça tasdik ettirmek mecburiyetini başlıca iki şekilde tahlil etmek mümkündür.

Evvelâ, denilebilir ki karı koca yargıçın bu yolda muvafakati inzîmam etmedikçe bu tarzda bir akit yapmak ehliyetinden mahrumdurlar; yani burada karı koca için mevzubahs olan keyfiyet bir *ehliyetsizlik hali*dir. Yahut bu birinci görüş reddedilerek ikinci görüş kabul edilir ki bu

ikinci nazariyeye göre yargıcın tasdiki, bu gibi bağitların sıhhati için kanun tarafından aranılan bir *şekil şartıdır*.

II. — Yargıtay bu teorilerden ikincisini tercih etmiştir. Hakikaten *şekil nazariyesini* benimsemiş olan İzmir İkinci Sulh Hukuk Yargıçlığı'nın kararı Yüksek Mahkememiz tarafından tasdik edilmiş bulunuyor. Yargıtay Sulh mahkemesinin görüşünü kabul ederek başkaca gerekçe vermek lüzumunu hissetmemiş olduğundan münakaşayı kolaylaştırmak için şurada her iki kararı dercetmeği münasip görüyoruz.

(Esas 1944/59 - Karar 366 Gereği düşünöldü: Dosya meyanında mevcut İzmir 3 öncü Noterliği tarafından tanzim edilen mal ortaklığı mukavelesinin 1 inci maddesinde taraflar 1938 senesinde evlenmiş olduklarını beyan etmişlerdir. M. K. nun 173 öncü maddesinin 2 nci fıkrasına göre evliliğin devamı sırasında yapılan evlenme mukavelemeleri ancak mahkmenin tasdikine iktiran ettikten sonra hüküm ifade edebilir. Mezkûr dosya meyanındaki mal ortaklığı mukavelesinde mahkemenin böyle bir tasdikine tesadüf edilmediğinden mezkûr mal ortaklığı mukavelesinde *şekil kaideleri* yerine getirilmemiştir. Bu itibarla koca tarafından karısını temsilen açılan şuyunun izalesi davasının reddi icap etmektedir.

Davacı karının kocası her ne kadar karısının umumî vekâletini haiz bulunduğunu beyan etmekte ise de avukat olmayan bir vekilin Baro bulunan bir mahallin Sulh mahkemesinde dahi karısına vekâlet edemiyeceği 3499 sayılı Avukatlık kanununun 23 öncü maddesi ve bu kanun hükmünü teyit eden Temyiz Mahkemesi 3 öncü Hukuk Dairesinin 15 - 6 - 1944 tarih ve Esas 5153 ve K 4257 sayılı kararı icabındandır.

Bu itibarla yukarıda yazılı sebeplerden dolayı mukavele *şeklen* noksan olduğundan dolayı temsile ve avukat olmadığından dolayı mahkeme huzurunda vekâlete salâhiyeti olmayan koca tarafından ikame edilen izalei şuyu davasının reddine...)

(III. Hukuk Dairesi E 11563/K 9817): Arsanın taksim ve izalei şuyu davasının yapılan muhakemesi neticesinde *şeklen* noksan olduğundan dolayı temsile ve avukat bulunmadığından dolayı mahkeme huzurunda vekâlete salâhiyeti olmayan koca tarafından ikame edilen izalei şuyu davasının reddine dair sadır olan hükme karşı Y... tarafından verilen temyiz arzuhalinin müddeti içinde olduğu görölmekle dosya okunup esasa girişildi.

Gösterilen sebebe göre hüküm doğru ve itiraz gayri varit göröldü. İtirazın reddine, hükmün tasdikine...)

Şüphesiz tek bir karar mustakar bir içtihadın tesisi için kâfi sayılmaz. Ancak yukarıdaki hüküm, Yüksek Mahkememizin başka vesilelerle

ittihaz edip biraz sonra hatırlatacağımız diğer kararlarına uygun düşmektedir. Bu itibarla bu kararın Yüksek Mahkememizin bir dereceye kadar devamlı düşünce tarzına tekabül ettiğini söylemekle hatâ işlemediğimizi sanmaktayız.

III. — Yargıtayın içtihadını bu suretle tespit ettikten sonra meselemize tatbiki mümkün görünen iki nazariyenin tercihinde ne gibi farklar husule gelebileceğini burada kısaca kaydedebiliriz.

Mesele şekil mefhumuna irca edildiği takdirde tasdika iktiran etmemiş bir evlenme akdinin mutlak butlanla malûl bulunduğu teslim edilmek, lâzım gelecektir. Bunun da şu neticesi olacaktır ki bu butlan, bir dava halinde resen mahkemece nazarı itibara alınacaktır. Netekim yukarıda naklettiğimiz kararın taallûk ettiği hâdisede evlenme mukavelesinin butlanını mahkeme *resen* nazarı itibare almış ve kocanın karısını davada temsile salâhiyeti bulunmadığı neticesine ulaşmıştır. Kanunî şekle ademi riayet suretile husule gelmiş bağitların mutlak bir surette batıl olduğu ve bu itibarla mahkeme tarafından resen nazarı itibare alınacağı münakaşa kabul etmez bir keyfiyettir [1]. Netekim bu hakikat Yargıtay tarafından kefalet akitlerinde muayyen bir meblâğın iraesî lüzumunun mahkemelerce resen gözönünde tutulacağını bildiren 12-4-1944 tarihli tevhi-di içtihad kararı ile parlak bir şekilde kabul edilmiş bulunmaktadır [2].

Halbuki ehliyetsizliğin esas itibariile re'sen nazarı itibara alınması caiz değildir[3]; belki bu yolda bir iddianın sebketmesi lâzım gelir. Hat-

[1] Bakınız: Doktora tezimiz, Gayri menkullerin ferağına müteallik akitlerde şekle riayet mecburiyeti sahife 187.

[2] Dr. Fikret Arık'ın makalesi Adalet Dergisi 1944, bilhassa S. 629.

[3] Ehliyetsizlikten mütevellit nisbî butlanın mahkemece re'sen nazarı itibara alınamayacağı hususunda Fransız müellifleri pek sarıhtırlar (ezcümle bakınız «Julliot de la Morandière, cours de Droit civil, Répétitions écrites 1937-38», sahife 322). Von Tuhr da bu görüşe muhalif değildir. Fihakika kitabının birinci cildinin 200 üncü sahifesinde bizatihi bätül olan muamelelerin butlanının re'sen nazara alınacağını kaydetmekte, ve bizatihi bätül olan akitleri aynı sayfada tâdat ederken ehliyetsizlik vaziyetini bilhittizam zikreylememektedir; hattâ büyük hukukçu tasvibe iktiran etmek suretile sıhhat kazanacak muamelelerin bizatihi bätül akitler kategorisine girmeyeceği düşüncesini izhar etmektedir, meğer ki tasvîp imkânı tamamen zall olmuş bulunsun... Hakikaten ehliyetsiz bir kimse tarafından yapılan muamelenin âkabeti, -icazetin bilâhara verilip muameleye sıhhat kazandırmak imkânı mevcut olduğundan- meşkûk ve âdetâ muallâkia kalmaktadır; bu sebeptendir ki ehliyetsizlikten mütevellit butlanın re'sen nazara alınması teeviz edilmemektedir.

tâ bu takdirde mahkemece, ehliyetsizliğin giderilmesi zımında gereken icazetin itası için bir mühlet verilmesi de kabildir. Vakiâ tahlil ettiğimiz hâdisede, evlenme mukavelesini ilgilendiren butlanın, netice itibarile mahkeme önünde temsil salâhiyeti meselesine dokunduğu ve bu bakımdan re'sen nazarı itibara alınabileceği mülâhaza edilecek olursa[4], bu takdirde dahi mahkemenin tıpkı kanunen gereken vekâletnamesini ibraz etmemiş olan bir vekile mühlet vermesi kabilinden kocaya da mevzubahs mukaveleyi ait olduğu yargıca tasdik ettirmek için bir mühlet vermesi kabil olacaktır. Çünkü, -bu suretle iki nazariyenin arasındaki diğer farka gelmiş oluyoruz- bilâhare verilen icazet hukukî muameleyi başlangıcından beri muteber kılar. Buna mukabil, eğer hâdisemizi bir şekil meselesi olarak tahlil edersek, hâkimin bilâhara yapmış olduğu tasdikî evvelki muamelelere müessir olamayacağını yani sıhhat kazandırmayacağını kabul etmemiz gerekir.

Filhakika, şekle riayetsizlikten dolayı hükümsüz olan hukukî muamele mutlak surette bâtil bulunduğundan bilâhara şekil şartı tahakkuk ettirildiği vakit, evvelce şekilsiz olarak yapılmış muamele makabline şamil olmak üzere sıhhat kazanmaz; belki şekle uygun olarak yapılmış muamele ayrı ve yeni bir muamele sayılarak ancak şekil şartının tahakkuk ettirildiği tarihten itibaren muteber addolunur. Halbuki hukuk süjesinin ehliyetsizliğinden dolayı muteber olmayan muamele, ehliyetsizliği gidecek olan icazetin verilmesile daha başlangıcından beri sıhate kavuşur.

IV.— Görülüyor ki iki nazariye birbirinden farklı neticelere yol açmaktadır. Acaba Yargıtay tasdik şartını bir şekil meselesi olarak telâkki etmekte isabet mi etmiştir? Şimdi bu noktayı incelememiz gerekiyor.

Her ne kadar 173 maddemizin matlabı (şekil) kelimesini aynen kullanıyorsa da, bu terimin maddenin ancak ilk fıkrasına taallük ettiğini söylemek ve bizi ilgilendiren ikinci fıkrayı tamamen hukukî prensipler çerçevesinde mütalâa etmek bize mümkün gözüküyor. Evveleminde dikkat edilecek olursa kanunumuz tasdik değil tasvip kelimesini kullanmıştır. İsviçre metni de nitekim tasvip manasına gelen (Approbation) terimini istimal etmektedir. Tasvip mahiyeti itibarile, vesayet makamına tanınması lâzım gelen bir muameledir. Öyle ki muayyen bir muameleyi tasvibe salâhiyettar olan makam aynı zamanda zarurî olarak, aynı muameleyi redde de yetkilidir. Velhasıl bir takım mülâhazalar dairesinde, bu makama takdir hakkını kullanmak salâhiyeti tanınmıştır. Bu durum ise şekil mefhumunun taban tabana zıddıdır.

[4] H. U. M. K. nun 66 ncı maddesi, ve sayın hocamız Belgesayın bu madde hakkındaki serhine bakınız.

Hakikaten, şekil denilince, tarafların muhakkak surette tahakkuk ettirebileceği bir kalıp anlaşılır. Yani muayyen bir muamelenin, muayyen bir makam huzurunda tanzimi gerekiyorsa, o makamın hakkı takdîrini kullanarak mezkûr muameleyi redde salâhiyeti yoktur. Kanunen bağıtın vücut bulması için icap eden şartlar hâdisede toplanmış ise o makam o bağıtın yapılması için kendisinden istenen ve beklenen yardımı vermek mecburiyetindedir. Gayri menkul satış vaadi senedinin tanzimi için notere müracaateden akli başı yerinde ehil kimselerin bu müşterek arzusuna noterin muhalefet edemeyeceği gibi... Şekil anlamı, tarafları veya vasiyetname tanzimi gibi bir taraflı tasarruflarda bulunacak şahısları, mücerret bu şekle müracaat suretile ikaza davet eden ve onları böylelikle kendi kendilerine karşı himaye eden teknik bir vasıtasıdır. Şahıslar iradelerini muayyen kalıplar içinde ifade etmek mecburiyetinde olunca zarurî surette beyanları hakkında düşünceye sevkedilmiş oluyorlar ve iradelerini bu suretle temkinle ifade etmek fırsatını kazanıyorlar.

Halbuki, ehliyetsizlerin hukukî muamelelere girişebilmesi için vasiyelerinden almak mecburiyetinde buldukları izin şekil mefhumuna hiçbir vakit ircâ olunamaz. Çünkü, küçük veli veya vasisine müracaata mecbur ise mücerret bu müracaat dolayısıyla kendisine bir ikaz vesilesi verilmek istenilmiş değildir. Filhakika bu kadarla iktifa olunsa idi, küçüğün himayesi pek nakıs ve âdeta hayali olurdu. Kanun, bihakkin çok daha ileri gitmiş ve küçüğün irade ve muvafakatine vasinin muvafakatinin inzimam etmesini şart koymuştur. Vasi veya veli şuurunu tam bir şekilde kullanabilecek bir yaşta olduğundan, vaziyeti muhakeme etmek ve çocuğun menfaatlerine göre mevzubahs muameleyi tasvip veya reddetmek mevkiindedir. Esasen, vasinin muamelede hazır bulunması da şart değildir. Çünkü küçüğün himayesi bizatihî vasiye müracaatla değil, *vasinin takdir hakkını kullanması ile temin olunmaktadır*. Şu halde küçüğün iradesini, vasisine müracaat etmeksizin izhar edebileceğini ve bu iradenin, -arada küçüğün, irade beyanını geri almak hakkı olmaksızın- ancak vasinin tasvibine iktiran suretile kıymet ifade edeceğini kabul etmek lâzımdır.

V.— İşte kanunumuz, karı koca münasebetlerinde bazı bağıtların kurulmasında ya 173 üncü maddede olduğu gibi her iki tarafı veyahut 169 uncu maddenin istihdaf ettiği vaziyette yalnız karıyı tam mânasile himaye edebilmek için bu nevi muameleleri şekli kılmayı kâfi görmemiştir. Medenî Kanun hakikî tedbiri bu hususlarda karı veya kocayı veya 169 uncu maddenin son fıkrasında olduğu üzere yalnız karıyı ehliyetsiz saymakta bulmuş ve bu gibi mukaveleleri vesayet uzvu olan sulh yargı-

cının kontrolüne tâbi tutmuştur. Bu temayül, kanunumuzun Almanca ve Fransızca metinlerinde açıkça belirmektedir.

Nitekim, Almanca metin şöyle diyor: «... Karı koca arasında karının şahsî mallarına veya ortaklık mallarına mütedair hukukî muameleler vesayet makamının muvafakati olmadıkça muteber olmaz. Karı tarafından koca lehine olarak üçüncü şahıslara karşı iltizam olunan borçlar için de aynı muvafakat şarttır. (Egger'in aile hukuku, Tahîr Çağa tercümesi, sahife 368). Fransızca metin de tasvip mânasına gelen (approuvé) terimini kullanmıştır. (Bu hususta bakınız Ed. Waber, Les notions de ratification et d'approbation J. d. T. 1939, sah. 229-230).

Binaenaleyh bu sarahat karşısında, hâkimin müdahalesi ehliyetsizliği gideren bir icazet mahiyetini taşımaktadır. Türkçe metnimiz ise bu ehliyet anlamını tazammun etmekte olan tasvip kelimesini her nedense bırakmış, ve 169 uncu maddede hiçbir lüzum olmadığı halde (tasdik) kelimesini kullanmayı tercih etmiştir. Tasdik terimi zihinlerde daha ziyade *şekli bir formalite* fikrini uyandırmaktadır. Öyle ki yargıç kendisine arzolunan mukaveleyi âdeta red salâhiyetinden mahrumdur. Halbuki izah edegeldiğimiz sebeplerden dolayı bilâkis yargıcın bir takdir hakkı ve icabında mukaveleyi tasdikten imtina yetkisi vardır. Yani onun müdahalesi şekli değil, bir vesayet makamının müdahalesi tarzında bir izin ve icazet mahiyetindedir. Esasen gerek Almanca ve gerek Fransızca metinler, -Türk metninin sulh hâkiminden bahsettiği yerde- kanton hukukuna ait hususî vaziyetleri mahfuz tutmak endişesile de olsa vesayet makamı demegi tercih etmişlerdir.

VI.— Şayanı dikkattir ki, Yargıtay 169 uncu madde etrafında verdiği bazı kararlarında belki de bu tasdik kelimesinin intibaidan kendini kurtaramayarak hâkimin bu müdahalesini bir şekil meselesi olarak telâkki etmiştir. Vakiâ Yüksek Mahkememiz bu husustaki kanaatini şekil kelimesini kullanarak belirtmiş değildir. Fakat verdiği hal suretleri şekil nazariyesinden çıkan neticelere tevafuk etmekte ve daha ziyade bu nazariye ile kabili izah bulunmaktadır.

Nitekim, bir kadın tarafından kocasının borcuna teminat olarak tesis edilmiş bir ipoteğin hile ve ikrah sebebiyle iptali davasının Asliye Mahkemesince reddi üzerine Yargıtay Ticaret Dairesi mezkûr ipoteğin, sulh hâkiminin tasdikine iktiran etmediğini gözönünde tutarak butlanı neticesine varmıştır. Halbuki muhalif bir âzanın tebarüz ettirdiği gibi hâdisede bu tasdik keyfiyeti bir iddia şeklinde asliye mahkemesi önünde ileri sürülmemiş olduğundan temyiz sırasında bu sebebin nazarı itibara alınmasına mahal yoktu. (Temyiz Ticaret Dairesi Kararları 1930-34, sa-

hife 338; 5-3-1933 tarihli karar). Keyfiyetin re'sen nazarı itibara alınmasına ve binnetice ilk defa temyiz sırasında dermeyan edilmesine cevaz verilmesi de gösteriyor ki, tasdik şartını Yargıtay şekle ait bir formalite telâkki etmiştir. Filhakika şekle ademi riayetin re'sen gözönünde tutulacak mevaddan olduğunu daha evvel izah ettik.

Yine aynı telâkki tarzının başka bir tezahürü olması bakımından 20-5-1933 tarihli aynı dairenin diğer bir kararını zikredebiliriz. (1930-34, S. 382). Bu kararda Yargıtay (bu kabil tasarrufların sulh hâkimi tarafından tasdiki keyfiyetini akdin *anasırı asliyesinden*) addetmiş ve tasarrufun bilâhara sulh hâkimi tarafından tasdik edilmiş olması üzerinde tevakkuf ve münakaşayı zaid addeylemiştir. Eğer, mevzubahs tasdik hâdisede davadan evvel sebketmiş ise muteber sayılmaması için hiçbir sebep yoktur, meğer ki tasdik lüzumunu şekil anlamı içine ithal ederek muamelenin makabline şamil olarak sıhhat kazanamayacağı kabul edilsin... Yargıtayın durumu nitekim bu merkezdedir, yani tasdik bir icazet yerine geçemeyeceği ve muameleye bidayetinden beri sıhhat veremeyeceği yolundadır. Hâkimin tasdiki bir icazet şeklinde tahlil edilirse mahkemede butlan dermeyan edildikten sonra bu tarzda bir tasdik hukuki bir kıymet arzedip etmediği ise ihtimal münakaşaya değer ince bir meseledir. Yerimiz dar olduğu için bunu burada etrafı yapacak değiliz [5], sade beyana hacet yoktur ki, tasdik keyfiyeti şekil mefhumuna ircâ olunursa bu mesele mevzubahs bile olmaz. Ve öyle sanıyoruz ki Yargıtay şekil nazariyesine kıymet verdiği için olacaktır ki, bilâhara yapılan tasdik davadan evvel mi, sonra mı yapıldığını, ve sonra yapılmış ise bir kıymet arzedip etmediğini münakaşaya lüzum bile görmemiştir.

Ancak hemen ilâve etmemiz lâzım gelir ki Yargıtayın yukarıda naklettiğimiz bu kararlarında ifadesini bulan görüş kat'i ve müstakar bir mahiyet taşımıyor. Çünkü bu telâkki tarzından Yüksek Mahkememiz, 12-VI-1937 tarihli Genel Kurul kararile rücû etmiş benziyor. Filhakika 12-VI-1937 tarihli kararında, sarahaten 169 uncu maddeye istinatla iptal iddiasında bulunulmadığı takdirde bu cihetin mahkemece re'sen nazarı itibara alınamayacağına çok yerinde olarak Yüksek Mahkeme karar vermiş bulunuyor. (T. K. 1937 Sah. 85). Bu karar dolayısıyla Yargıtayın müdafaa ettiğimiz gibi ehliyetsizlik ve icazet nazariyesini benimsemiş olduğunu iddiaya kalkışacak değiliz. Çok muhtemeldir ki Yargıtay bu kararı ittihaz ederken nazariyeler arasında bir tercih yapmağı düşünmemiştir. Fakat muhakkak olan şudur ki bu kararın, cerhine çalıştığımız şekil nazariyesile kabili telif bulunmadığıdır.

[5] Bu meseleye ileride Egger'in kanaatini münakaşa ederken bir nebze temas edeceğiz.

Bu mevzudaki içtihatları tamamlamak için ayrıca şunu da zikretmek gerektir ki, İcra ve İflâs Dairesi 4-5-1939 tarihli kararında (Güler, İ.ç. ve İflâs K. Md. 68 No. 4; Belgesay tarafından Medeni Kanunun XV inci yılından ayrı bası, sahife 39 da zikredilmiş) karı tarafından koca lehine girişilmiş olan taahhüdün, karı akitten vazgeçinceye kadar hâkimin müsaadesine iktiran edebileceğini kabul etmiş bulunuyor.

Bu hal tarzı tasdik, mukaveleden bir müddet sonra vukubulabileceğini kabul etmekle bir bakımdan şekil nazariyesinden uzaklaşmış ve icazet nazariyesine yaklaşmıştır. Fakat bu kararın icazet nazariyesini tamamen benimsemiş olduğu asla söylenemez. Çünkü kararda kadının, mukaveleden tasdike değin her zaman rücû edebileceği belki zımnen, fakat şüpheye mahal bırakmayacak kadar kat'î bir şekilde kabul edilmektedir ki, kadına tanınan bu hak icazet nazariyesile asla kabili telif değildir. Esasen sayın hocamız Belgesay bu kararı bu yönden pek haklı olarak tenkid etmiştir.

Velhasıl görülüyor ki 12-VI-1937 tarihli Genelkurul kararı taallûk ettiği hâdisede isabetli bir hal sureti verdiği halde mevzuumuzla ilgili bilmümle meselelerde sarıh bir direktif mahiyetinde olamamıştır. Nitekim son olarak üzerinde durduğumuz İcra ve İflâs Dairesi kararı, biraz önce izah edildiği üzere daha ziyade iki nazariye ortasında kalmışa benzemektedir.

VII.— 169 uncu madde etrafında teessüs eden bu içtihatlarda müşahede ettiğimiz bu tereddütleri 150 inci maddenin 5 inci fıkrasının istihdaf ettiği anlaşmalar hakkında Genel Kurul tarafından izhar edilmiş noktaî nazarla karşılaştırmakta fayda vardır. Boşanmanın fer'î hükümlerine dair olan mukavelenin hâkim tarafından tasdiki lüzumu bizde münakaşalara yol açmış bir meseledir[6]. Biz bu çetin tartışmaya burada avdet edecek değiliz. Sadece şunu hatırlatmakla iktifa edelim ki, Genel Kurul bu tasdik keyfiyetini bir şekil meselesi olarak ele almış ve böyle bir akit yapılı yapılmaz boşanmadan önce hâkim tarafından tasdik edilmesini, aksi takdirde mukavelenin sıhhat ifade edemeyeceğini kabul etmiştir. Biz bu kanaatte değiliz. Bize göre kanunun maksadı bu mukavelenin boşanma hâkimi tarafından boşanma hükmü sırasında tasdik edilmesidir. Tas-

[6] Genel Kurulun 21-5-937 tarihli kararı ve yazımız, Hukukî Bilgiler XI inci sene, sahife: 7277; aksi kanaat Nihat Bartu, İstanbul Barosu Mecmuası, sene XIV, sahife 593; ve noktaî nazarımıza uygun olarak Şükrü E. Postacioğlu, İzmir Barosu Mecmuası, sene 8-9, sah. 22, Federal Mahkemenin 1 Mayıs 1941 tarihli kararının tercümesile birlikte.

dik edilinceye kadar karı kocanın bu mukaveleden bir taraflı olarak vaz geçmesi de mevzuubahs olamaz, çünkü burada mukavelenin tasdiki lüzumu bir şekil şartı değildir.

Nitekim Federal Mahkemenin de bu kanaatte olduğunu zannediyoruz. Malûm olduğu üzere, Federal Mahkeme boşanma katiyet peyda ettikten sonra, boşanmanın fer'i hükümlerine müteallik olarak yapılmış anlaşmaların ayrıca hâkimin tasdikine hacet bulunmadığı içtihadındadır. Binaenaleyh, İsviçrenin Yüksek Mahkemesinin kanaatine göre, boşanma hükmünden evvel karı koca arasında yapılmış bu tarz bir mukavelenin bilâhara sıhhat kazanması için ya boşanma hâkimi tarafından tasdiki veyahut boşanma katiyet peyda ettikten sonra taraflarca muteber bir mukavele olarak tanınması lâzımdır. *Fakat bu iki icazet vaziyetinden biri tahakkuk etmezden önce böyle bir mukavelenin, -Federal Mahkemece de işaret edildiği üzere bâtil olduğu söylenemez.* Yüksek Mahkeme diyor ki, «Mukavele bu safhada tarafeyn için hukukan muteber olmamakla beraber taraflardan birinin *tek taraflı irade beyanı ile de kabili fesih değildir.*» (Journal des Tribunaux 1946. I. 8; ve yine Federal Mahkeme tarafından zikrolunan J. d. T. 1935. I. 6 da münteşir kararı). Demek ki bu gibi mukavelelerden, icazete değin bir taraflı olarak rücû olunamayacağı hakkındaki noktai nazar Yüksek Mahkemece de kabul edilmiş bulunmaktadır. Esasen yargıçın tasdik veya reddetmek, veyahut tasdik edilecek bir şekle ifrağını taraflara tavsiye etmek suretile bu tarz mukavelelerin inşasına «iştirak ettiğini» Federal Mahkeme başka bir kararında kaydetmektedir. (J. d. T. 1946. I. 83),

Federal Mahkeminin kararlarından istihraç ettiğimiz bu deliller tasdikini şekil mefhumuna irca olunamayacağı yolundaki görüşümüzü tamamen desteklemektedir. M. K. nun 150 inci maddesinin derpiş ettiği tasdik keyfiyeti vesayet makamına ait olmadığı cihetle 169 ve 173 üncü maddelere nazaran farklı bir durum göstermekle beraber, şekli bir formalite olmamak itibarile de adı geçen 169 ve 173 üncü maddelerimizle, -âdeta bu menfi sebep dolayısıyla- birleşmektedir.

Esasen her üç maddeye şamil olmak üzere şu mülâhazayı daha açık bir surette tebarüz ettirmek gerekir ki, şekil meselesi mevzuubahs olabilmek için hâkiminin müdahalesinin bağıtın inşası sırasında vukubulması lâzımdır. Yargıç kendisine arzolunan anlaşmayı tasdikle mükellef otomatik bir cihaz haline getirilecek olursa o zaman tarafların himayesi ancak akdin hâkim önünde inşa edilmesile kabil olacaktır.

Halbuki ne 169 uncu maddenin ve ne de 173 üncü maddenin bu şekilde anlaşılmasına imkân yoktur. Yargıç işe bilâhara müdahale edeceğine

göre tarafları himaye edebilmek için muhakkak surette mezkûr anlaşmayı red salâhiyetine de malik bulunmalıdır. Nitekim belki Yargıtay dahi yargıca bu yetkiyi tanımakta tereddüt göstermeyecektir. Fakat yargıca red salâhiyetini tanıyınca, artık onun tasdikini şekli bir formalite olarak telâkki etmeğe imkân yoktur. Mademki yargıcın bir takdir hakkı olduğu kabul edilmektedir, kendisinin artık tarafların veya karının ehliyetsizliğini gideren bir makam olarak telâkki edilmesi zaruridir.

Bu mülâhazalarımızdan evvelce temas ettiğimiz şu neticeyi de katıyetle çıkarmamız gerekir ki, taraflar tasdik yapılmaya kadar mevzu-bahs muameleden rücû salâhiyetine malik değildirler. (Eğer bilâkis tasdik keyfiyetini muamelenin şekli bir unsuru olarak telâkki ederseniz, taraflara bu rücû hakkını tanımak lâzım gelecektir). Bu hususta Egger çok kat'idir:

«Ancak muvafakattan evvel hukukî muamele asla bâtil değildir; bilâkis muallâk bir vaziyettir. Tıpkı bir mahcur tarafından akdedilen hukukî muamelenin vasinin muvafakatinden önceki hukukî vaziyeti gibi T. M. K. nun 394 üncü maddesi kıyasen tatbik olunur. Diğer taraf münasip bir müddet zarfında muvafakatini istihsal etmezse eş taahhüdünden kurtulur. Federal Mahkeme kararı 46 ncı cilt, sah. 350. *Bu muameleden tek taraflı olarak rücû olunamaz.* Bu sebepten vesayet makamının muvafakati şartına bağlı olarak mahkemece mahkûmiyet kararı verilmesi de mümkündür.» (169 uncu madde şerhi, Çağa tercümesi, sahife 377 ve ayrıca S. 387).

VIII.— Egger'den naklettiğimiz bu satırları müteakip 169 ve 173 üncü maddelerdeki tasdik keyfiyetinin mahiyeti hakkında müelliflere bir nazar atfedecek olursak, bunlar arasında birlik olmadığını görürüz. Vakiâ Rossel, Egger'den bir parça evvel naklettiğimiz satırlara iştirak etmekte ve tasdik keyfiyetinin alelâde bir formalite telâkki olunamayacağını, ezcümle hâkimin reddetmek yetkisini haiz bulunduğunu yazmaktadır. Ancak bu tasdik işini akdin esash rükünlerinden addettiği için tesisinin makabline şamil olmaması reyini terciha mütemayil bulunmaktadır ki, böylelikle bu mesele karşısında âdeta mutavassıt, hattâ mütereddit bir vaziyet almış demektir. Egger ise tasdik makabline şamil olduğunu sarahaten kaydetmektedir (Sah. 387). Hiç şüphesiz Egger'in durumu Rossel'den daha insicamlı ve daha mantikidir.

Ancak Egger muamele tarihinden itibaren tasdik münasip bir zamanda yapılması lâzım geldiğini kaydetmekte ve aradan seneler geçtikten ve bilhassa karı muamelenin hükümsüzlüğünü iddia ettikten sonra artık yargıcın muameleyi tasdik edemeyeceğini yazmaktadır. Egger'den

naklettiğimiz bu düşünceyi mutlak bir şekilde ele almaktan, zannımızca ihtiraz etmelidir. Kadın muamelenin üstünden uzun bir zaman geçmeden butlanı iddia ederse tasdikın muhakkak surette esirgenmesi lâzım gelmez. Çünkü evvelce izah olunduğu üzere kadın yargıca müracaat ânına kadar akitle bağlıdır. Ancak bağıt tarihinden itibaren uzun bir müddet geçmiş ve buna zamimeten kadın da taahhüdünün hükümsüzlüğünü iddia etmişse esas itibarile yargıcın tasdikten imtina etmesi gerektir.

İsviçre müelliflerinden Droin 169 ve 173 üncü maddelerdeki tasdikın mahiyetini incelemiyor[7]. Keza (Gampert) meseleye karşı sarıh bir vaziyet almaktan âdeta çekiniyor: «Vesayet makamının vazifesi kadını veya eşleri giriştikleri muamelenin mahiyeti üzerinde düşündürmektir, yoksa yargıç kadının teemmülle aldığı bir kararı tasvipten imtina edemez»[8]. demek suretile yargıcın müdahalesini şekli bir mahiyette göstermeğe mütemayıl ise de yargıcın muvafakatını ne gibi hallerde de esirgeyebileceğini ayrıca kaydetmekten hâli kalmamaktadır.

IX.— Türk doktrini için de meseleye karşı kesin bir cephe almış olduğu tam bir katıyetle söylenemez. Ord. Profesör Samim Gönnensay pek haklı olarak tarafların tasdike değin muameleden hotbehot rücuâ salâhiyetleri olmadığını kaydetmek suretile bu mevzuda şekil nazariyesini reddeylemekle beraber, bu durumun bütün zarurî neticelerini kabule de tamamile taraftar olmamaktadır. Ezcümle sayın Profesör tasdikın *makabline şamil bulunmadığı fikrini izhar etmekte ve muamele ne zaman icra edilmiş olursa olsun tasdik için daima sulh hâkimine müracaat olunabileceğini kabul eylemektedir* (Aile Hukuku, 1937, sah. 150 ve 153).

Âciz görüşümüze göre bizzat muhterem üstadımızın zikrettikleri 1 Aralık 1920 tarihli Federal Mahkeme kararı[9] bu mevzuda İMK 410 (TMK 394 üncü) maddesinin kıyasen tatbikini derpiş ettiğine ve bu itibarla tasdikın ancak münasip bir müddet zarfında vukuunu mümkün gördüğüne göre, bu karar çerçevesinde kalınmak icap ederse tasdikın daima mümkün olabileceği fikrine iltihak etmemek gerekir. (Bu hususta Egger'in zikrettiğimiz 377 inci sahifedeki mütalâasına da bakınız).

Diğer cihetten, Ord. Prof. Esat Arsebük 169 uncu maddenin 2 nci ve 3 üncü fıkraları hakkında verdiği izahatta iki telâkki arasında tam

[7] Droin, Les effets généraux du mariage et le régime matrimonial Sah. 199 ve 290.

[8] Gampert, Les actes juridiques entre époux, sahife 106.

[9] Bu karar Egger tarafından FMK 46, sahife 350 de gösterilmek suretile zikredilen kararla birdir.

bir tercih yapmış gözükmemektedir. 169 uncu maddenin ikinci fıkrası münasebetile verdiği izahatta tasdikın makabline şamil olacağı yolundaki mülâhaza kabul edilemez, diyor. (Arsebük, Aile Hukuku, sahife 694). Fakat birkaç sahife ötede 3 üncü fıkra hakkında beyan ettiği mütalâada şekil nazariyesini reddetmekte bir beis görmeyerek, hâkimin vesayet uzvu olarak hareket edeceğini kaydediyor. (s.g.e. Sah. 697). Sayın hukukçu biraz ileride de «Hâkimin tasdiki için kanun muayyen bir müddet göstermemiştir. Binaenaleyh bu sahada bir müruru zaman veya sukutu hak müddeti bahis mevzuu değildir» demekte, ve bu suretle durumu bir dereceye kadar B. Gönensay'ın mütalâasına müşabih düşmektedir.

Nihayet Ord. Prof. M. Reşit Belgesay, evvelce zikrettiğimiz etüdünde, karının tasdike kadar girişmiş olduğu mukaveleden rücû edemeyeceğini pek kat'î bir lisanla beyandan çekinmemiştir. Hattâ o derecede ki sayın hocamız «Hâkimin henüz tasdikine iktiran etmemiş olan bu mukavele ile mülzem olmamak isteyen karı *sulh hâkimine müracaatla mukaveleyi iptal ettirmek mecburiyetindedir.*» tarzında bir mütalâa yürütmekte bir mahzur görmemiştir. Bu noktai nazar, ihtimal biraz aşırı telâkki olunabilecek zehaplara yol açabilmek istidadındadır. Filhakika eğer tasdiki istemek için 394 üncü maddenin anladığı mânada münasip müddet henüz mürur etmemiş ise mücerret kadın tarafından ikame olunacak dava mevzubahs muamelenin iptalini intaç etmeyeceği gibi bilmukabele, bilhassa «münasip müddet» mürur ettikten sonra, kadının bu tarzda bir iptal davası açmadan dahî muamelenin butlanını *defi şeklinde* dermeyan edebilmesine bir mâni yoktur. Nitekim, ehliyetsiz bir kimsenin vasisinin muvafakatî olmaksızın girişmiş olduğu bir taahhüdü ayrıca iptal ettirmek için dava ikamesine mecbur olduğu herhalde ileri sürülemez. Biz şahsan bu bakımdan iki vaziyet arasında bir fark yapılamayacağı kanaatindeyiz.

Velhasıl Türk doktrini her bakımdan müttehit bir cephe ve manzara göstermemekle beraber şekil nazariyesinden umumiyetle mühim bir mikyasta uzaklaşmış bulunduğu intibamı vermektedir.

X.— Her ne ise, gerek İsviçrede ve gerek memleketimizde müelliflerin bu değişik durumlarını burada aksettirmemize sebep meselemizin zannedildiği kadar basit ve her türlü münakaşadan uzak olmadığını göstermek içindir. Bu bakımdan bu mevzularda Yargıtayın mütereddit durumuna ve şekil nazariyesine daha ziyade bir meyil duymasına fazla şaşmamak lâzımdır. Esasen görülüyor ki, müellifler birbirine zıt neticeler tazammun eden müteferrik hal çareleri vermekten her zaman için çekinmiş değillerdir.

Ancak âciz kanaatimize göre, meseleyi muhtelif zaviyelerden (icazetin makabline şamil olup olmayacağı, izin verilinceye kadar tarafların rücu hakkına malik bulunup bulunmadığı veya hâkimin bu kontrol vazifesini ne gibi mülâhazalarla göreceği bakımlardan) ayrı ayrı tetkik edip insicamdan mahrum hal suretleri vermek doğru olmasa gerektir. Bize kalırsa, evveleminde ana meseleyi yani tavsif meselesini halletmeli ve onun zarurî neticelerine katlanmalıdır. Yukarıda yazdığımız satırlardan anlaşıldığı üzere bütün bu tasdik meselelerinde bahis mevzuu olan tarafların veya kadının bu nevi muameleleri yapmağa *ehliyetsiz bulduklarıdır*. Nitekim büyük hukukçu Von Tuhr da tamamen bu görüşe taraftardır. İncelememize ondan aldığımız şu satırlarla nihayet verelim: «*Evlü kadının ehliyeti bir dereceye kadar tahdit edilmiştir. Çünkü bir meslek veya san'at icra etmek için 167 nci madde mucibince kocasının iznini ve bir takım bağışlar için de 177 nci (T.M.K. nun 169 uncu maddesinin) 2 nci ve 3 üncü fıkraları mucibince vesayet makamının tasvibini almak zorundadır. Eşlerin de ehliyeti şu bakımdan tahdit edilmiştir ki vesayet makamının muvafakati olmaksızın evlilik sırasında bir evlenme mukavelesi akdedemezler*». (Cilt I, sah. 181).

İlhan E. POSTACIOĞLU