

İsviçre içtihatları

I

İsviçre Federasyon Mahkemesi

1^{ci} Hukuk Dairesi

9 Temmuz 1929 celsesi

Reis: M. Oser.

(Kehl—Honegger) davası

SATIM. HATA: — Bir gayrimenkulün lokanta ile beraber satılması. — İdarî makamların müşteriye lokanta ruhsatiyesi itasından imtinası. — Aktin feshi davası. — Bu talebin kabulü.

B K. m. 24. No: 4

Bir gayrimenkulü lokantası ile beraber satın alan kimse satıcı ile hemfikir olarak akti kendisine lokanta ruhsatiyesi verileceği fikri ile aktetmiş oldukça eğer tarafların tahminleri hilâfına olarak bilâhara bu ruhsatiye verilmezse mezkûr alıcı esaslı bir hataya düşmüş sayılır.

Aktin lüzumlu bir unsurunda böyle bir hata aktin feshini mucip olur.

Vakıaların hulâsası

A. — Müddei 31 mart 1927 tarihli bir resmî senet mucih-

bince, Schwaderloch'ta kâin ve üstünde «zum Laufen» lokantası işletilmekte olan gayrimenkulü müddeaaleyh satar. Tesmiye olunan semen 35500 frank olup bunda gayrimenkulden maada, ayrıca defteri yapılmış birtakım sirai malzeme de dahil bulunuyordu. Müddei bu gayrimenkulü aynı ayın 3 ünde 32.825 franga Fritz Widmer'den satın almış... Widmer, Sursee'nin şubesi olan.. «Banque Populaire de Willisau» nam bankadan 15533 franklık bir istikraz akt ve bunun için de 1600 frank tutan ilk iki dereceden sonra gelmek üzere üçüncü derecede bir ipotekli borç senedi tesis etmiş.. Müddei, Willisau Bankasının idare heyeti azası sıfatıyla bankasının: pek fazla bir zarara uğramasından korkarak gayrimenkulü satın almağa karar verir.

Müddeaaleyhe satın zamanında, borçolan meblağ 12500 franga inmiş bulunuyordu; bu borç, diğer ipotekli borçlarla beraber müşteri tarafından takabbül ve deruhde olunmuş.. Bir taksiti verildikten ve şu naklideyn de tenzil edildikten sonra semen bakiyesi olarak kalan 3941, 40 frank idi.

Satından evvel bazı mektuplar taati olunmuştur. Bunlardan birinde, 17 mart 1927 tarihlisinde, müddei müddeaaleyhe «mevzuubahs gayrimenkulün» adı «zum Laufen lokantası» olduğunu söyledikten sonra bu lokantanın işletilmesinden bahsederken: lokantayı kendim işletemeyorum; zaten bu sebepten kiradadır; onun için senede ne kadar iş yaptığını size rakamla ifade edemeyeceğim. Ancak, buna mukabil, namuslu ve çalışkan kimselere müreffeh bir hayat temin edebilir» diyordu.

21 nisan 1927 tarihinde, müddeaaleyh henüz satın aldığı mülke bitişik lokantanın işletilmesi için bir ruhsatiye verilmesini merciinden istida eyler. Kanton Polis müdürlüğü 3 haziran 1927 tarihli bir karar ile ve Argovi kantonunun lokantalar hakkındaki kanununda derpiş olunan ihtiyaç maddesini dermeyen ederek ve bundan evvelki lokantacıya ruhsatiyenin ancak 1 mayıs 1927 tarihine kadar muteber olmak üzere verildiğini ileri sürerek sepkeden bu talebi reddeder. Müddeaaleyh bu karar aleyhin-

de kanun yoluna müracaat ederse de bu talebi de 21 temmuz 1927 tarihinde Argovi kantonu Devlet Şûrasınca reddolunur. Bu son karar bilhassa aşağıdaki esbabı mucibeyi ihtiva etmektedir: «Gayrimenkulân satıcısı (Kehl) her halü kârda vaziyete vâkıftı; bundan başka, satın senedi yazıldıktan sonra noter, alıcının nazarı dikkatini lokantalar kanununun ruhsatiye almaya müteallik hükümlerine celbetmiştir. Senedi tanzim eden noter Dr. Gaeng, gayrimenkulün satımı Polis müdürlüğü hakkında lokanta ruhsatiyesinin müşteri namına devri mecburiyetini tazammun etmediğini, ve Polis müdürlüğünün bubapta serbestii karara malik olduğunu müşteriye izah ve beyan etmiş bulunduğunu tasdik etmiştir.» Bu dava görülmekte iken iki taraf birlikte yeni bir istida verirler; bu dahi idare mahkemelerinin her iki derecesinde yeniden ret, ve 1 nisan 1928 tarihinde lokantanın seddi emrolunur.

B. — Müddei aşağıdaki meblâğların tediyesine mahkûm edilmesi talebiyle 12 teşrinievvel 1927 tarihinde müddeaaaleyhe karşı dava açmıştır.

- a) 625 fr. : 12500 frnklık ipotekli borç senedinin 1 haziran 1926 dan haziran 1927 ye kadar faizi.
- b) 3041 fr. 40: Semen bakiyesi, ve buna ilâveten 8 nisan 1927 den itibaren % 5 faizi.

Müddeaaaleyh, davanın reddini istedikten maada, mütekabil dava olarak ta şu neticei talepleri dermeyan eder:

1. Schwaçerloch'ta kâin «Laufen» lokatasına müteçair 31 mart 1926 tarihli satım aktinin iptali;
2. Mütekabil müddealeyhin(müddeinin), mütekabil davacıya (müddeaaaleyhe):
 - a) 8 nisan 1927 de tediye olunan 3000 frangi % 5 faizi ile beraber iade etmeğe;
 - b) Bugünden (3 teşrinivani 1927 den) itibaren % 5 faizi ile beraber masraf olarak 306 fr 95 santim tesviyeye mahkûm edilmesini talep eyler.

Müddei (mütekabil müddeaaaleyh) hasmının mütekabil davaya ait neticeitaleplerinin reddini ister.

23 agustos 1928 tarihli kararı ile Laufenburg Mahkemesi aslı davayı 3403 fr 90 mikdarınca esaslı ad ve mütekabil davayı reddeder.

Mütekabil davada müddei olan müddeaaaleyh bu hükmü istinaf eder. Bunun üzerine Argovi Kanton Mahkemesi, 26 nisan 1929 tarihinde asıl davayı ret ve mütekabil davayı kabul ile:

«1. — Schwaderloch'taki «Laufen» lokantası hakkındaki 31 mart 1927 tarihli mukavelenin iptali ile neticede gayrimenkulün ipotekli borçlar ile beraber satıcının namına kaydının tashihi için keyfiyetin Schwaderloch Tapu idaresine iş'arına;

2. — 336 fr. 95 santimin 3 tavrınisani 1927 den itibaren % 5 faizi ile birlikte müddeiden alınıp müddeaaaleyhe verilmesine» karar verir.

Aslı davada müddei olup mütekabil davada müddeaaaleyh olan taraf bu kararı temyiz ederek Argovi Kanton Mahkemesinin mümeyyezünbih ilâmının nakzını mütekabil davanın reddini ve kendisinin aslı davasındaki neticeitalepler dairesinde hüküm verilmesini talep eyler.

Federasyon Mahkemesi bu yoldaki temyiz istidasını reddile taarruz olunan ilâmı tasdik etmiştir.

Esbabi mucibe

1. — Temyizen vaki olan neticeitaleplerde pek ileri gidilmiştir; şu itibarla ki bunlar müddeinin Argovi Kanton Mahkemesi huzurunda istemiş olduğu neticeyi aşkın bulunmaktadır. Müddei mezkâr mahkemedan sadece Bidayat mahkemesinin vermiş olduğu kararın tasdikını talep etmişti.

2. — Aslı davanın akibeti mütekabil davaninkine bağlıdır;

zira bunun esaslı ve varit olması aslı davayı behemehal subut ettirir; aksine olarak mütekabil davanın reddi halinde de aslı davaya zemin teşkil eden alacak, bidayet mahkemesinin kararı ile kabul olunduğu nisbette esaslı addolunmak iktiza edecektir.

3. — Mütekabil davayı rüyet etmek için herşeyden evvel 31 mart 1927 tarihli satım aktinin mevzuu nedir bunu tetkik etmek lâzımdır. Bu hususta şüphe ve tereddüde asla mahal ve imkân yoktur: Satımın mevzuu sadece akitte tadat edilmiş olan asıl gayrimenkuller olmayıp «zum Laufen» lokantasının da akitte dahil olduğu gerek bubapta ikame olunan beyyinelerden ve gerekse bilhassa sürücü Knocht'un şehadetinden anlaşılmaktadır. İptidada mütekabil müddeaaleyh (yani müddei) bunu inkâr etmeyordu; lokanta ruhsatiyesinin verilmesi üzerine kendisinin mütekabil müddei (yani müddeaaleyh) ile birlikte ve idare makamlarının bu kararı aleyhinde mafevk mercie müşterek bir müracaatleri sepketmiştir; keza kendisi, mütekabil müddeinin lokantanın ruhsatiyesini sorması üzerine noter Dr. Gaeng'in ona, iyi bir şöhrete malik ise bunu istihsal edebileceği cevabında bulunduğunu ikrar etmektedir; hatta kendini iticvabı sırasında, hüsnüniyetle bir lokantayı satmayı murat etmiş bulunduğunu ve böyle olmamış yani bir lokanta mevzuubahs olmamış bulunsa bittabi kendisinden fazla mütekabil müddeinin bu kadar yüksek bir bedel vermez idiğini dahi beyan ve itiraf etmiştir.

4. — Lokanta ruhsatiyesinin verilmemiş olması, ve hini akitte bunun artık verileceğinin ümit edilmemesi keyfiyetleri, Kanton Mahkemesinin fikrine muhalif olarak, B K. m. 197 (T B K. m. 194) manasında bir «vadoluuan vasıf» fıkdanı teşkil etmez. Bizatihi mebi, yani emlak itiraz götürmez surette bütün maddî ve mutasavver olan hukukî vasıfları haiz bulunduğu gibi esasen satım vaki olduğu anda gayrimenkulde bilfiil bir lokanta işletilmekte idi. Müşteriye lokanta ruhsatiyesi verilsin verilmesin, bu, aktin mevzuundan hariç bir mülâhazadır. Lo-

kantanın ruhsatiye ile beraber satılmasına Argovi kantonunun lokatalar hakkındaki mevzuatı mucibince hukukan cevaz ve imkân yoktu. Fakat, hatta ruhsatiyenin ita olunacağına dair aktolunacak bir sigorta bile mebiin mev'ut bir vasfı gibi telâkki olunamazdı; böyle bir sigorta olsa olsa en nihayet mütekabil müddeaaaleyhin ruhsatiyenin alınması için icabına tevessül edeceğini ve ruhsatiye ita olunmaza kendisinin bunun neticelerine katlanacağını beyan etmeği kastetmiş olduğu manasına gelebilir. Binaberin aktin B K. m. 205 e (T B K. m. 202) müsteniden feshine hükmolunamaz.

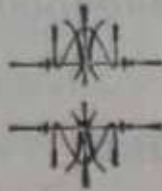
5. — Böyle olunca, şayet satıcı böyle bir vaitte bulunmuş ise bu vait kendisinin doğrudandogruya veya dolayısıyla mes'uliyetini mucip olur mu, bunu araştırmak icap eder. Ruhsatiyenin ita olunacağına mütedair vaitten mütevellit doğrudandogruya bir mes'uliyet.. buna mahal yoktur; mütekabil müddeaaaleyh sarahaten böyle hiçbir bayanda bulunmamıştır. Mütekabil müddei de aynı fikirde olmak üzere, sadece ruhsatiyenin itasına hiçbir mâni olmadığı mülâhazasında idi; bilhassa, lokantalar kanunundaki ihtiyaç maddesini taakkul etmiyordu. Kendisi ruhsatiyenin verilmemesi ihtimali için ayrıca bir *teminal* vermeği kastetmiş te değildir.

Lâkin akti yaparken, âkitlerin her ikisi de, bilâhara isticvabı sırasında mütekabil müddeaaaleyh bunu inkâr etmiş olmasına rağmen, ruhsatiyenin verileceği fikrinden hareket etmişlerdir. Bu mülâhazanın, aktin lüzumlu esaslarından birini teşkil etmiş bulunduğunu kabul etmek iktiza eder. Mütekabil müddei için bu kendiliğinden sabittir. Fakat mütekabil müddeaaaleyhe gelince bu nokta onun için hiç değilse bilinebilir bir şeydi; kendisi bu olmadan müşterinin akti yapmayacağını bizzarure hissetmiş, sezmiş olmalıdır. Binaenaleyh hadisede, Federasyon Mahkemesinin içtihadı ile tarif olunmuş şekilde bir hata, aktin lüzumlu bir unsurunda hata karşısında bulunuyoruz (Bakınız: B K. m. 24 No. 4; Fed. Mah. Resmî Karar Mez-

muası 43. II. 780; 48. II. 239; J. d. T. 1922 s. 490; *Oser* 2^{ci} tabı, bent 46, B K. m. 24 hakkında; *Rappold*, *Grundlagenirrtum*- s. 46 ve mab. bir parça başka reyde olmakla beraber *Von Tuhr*, *Borçlar şerhi*, s. 260; *Seuff. Arch.* 81, No 118).

6. — Şu hale nazaran mütekabil davanın, Kanton Mahkemesinin ancak tâli derecede nazara aldığı bu noktai nazardan bakılarak varit ve erası olduğuna hüküm vermek iktıza eder; mezkûr dava müte'abil müddeinin evvelce ödenmiş taksitin iadesinden maada istediği 306,95 frank masraf hakkında da becadır. Bu masraflar kendisinin hatayı keşfetmezden evvel yapmış olduğu ve aktin iptali ile faidesiz yapılmış oldukları tebeyün eden masraflardır. Mütekabil müddeaaaleyh, Kanton Mahkemesinin takdirine nazaran, iptidadan beri, lokantanın işletilmesine devam için ruhsatiye verilmeyeceğinden emin olduğu nisbette mütekabil müddeiyi hataya düşürmüştür; bu keyfiyet zararuziyana hükmolunmasını muhik gösterir.

1^{ci} Hukuk Dairesi — M M. Oser, Honegger, Ursprung, Weiss, Thélin, Robert ve Bolla — Tarafların vekilleri: Zofingen'de avukat Dr Karl Hauri ve Laufenburg'ta avukat Dr H. Hochli.



İsviçre Federasyon Mahkemesi İcra ve İflâs Dairesi

22 eylül 1928 celsesi

(Moismann — Mm. Baumann) davası

TAKİP TARZI. İTİRAZ. ŞİKÂYET. İTİRAZ MERCİLERİNİN SALÂHİYETİ. HÂMİLE MUHARRER İPOTEKLİ BORÇ SENEDİ. REHİNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLUYLA TAKİP. Malik tarafından merhun ipotekli borç senedi.—Rehini paraya çevirme için takip. — Rehini paraya çevirme aleyhine itiraz ve şikâyet. — Şikâyetin esasına girilmemesi. — Borçlunun Federasyon Mahkemesince reddolunan müracaatı.

I.c. ve İf.K. m. 41, 69 No: 3
T.I vec. İf. K. m. 33, 49 No: 3

1. — *Adi şekilde takip olunup ta alacaklısının evveli emirde bir menkul veya gayrimenkul rehini paraya çevirerek alacağını istifa etmesini isteyen borçlu, şayet rehin hakkının mevcudiyeti münazaasız ise, şikâyet yoluna gidebilir ve gitmelidir.*

2. — *Buna mukabil, borçlu bir rehinin paraya çevrilmesi hakkında takibe maruz kaldıkta, eğer ya rehin hakkının mevcudiyetini veya rehinli alacaklının cebri icra yoluyla rehini paraya çevirme hakkını tanımamak meramında ise itiraz tarikine müracaat etmelidir.*

Vaların akı hulâsası

A. — Zürich'te oturan Mm. Marie Baumann'ın istidası

üzerine Höngg İcra dairesi, «30 haziran 1926 tarihli bir karz akti mucibince» borç olan 12,163 fr.70 santimlik bir meblâğ için açılan menkul rehini paraya çevirme takibinde Werner Moismann'a bir ödeme emri tebliğ eder. Paraya çevrilecek rehin «Höngg komünününün tapu No.2872 gayrimenkulünün üçüncü derecesini işgal eden 10.000 franklık hâmile muharrer bir ipotekli borç senedi» idi. Borçlu bu takibe itiraz eder, ve alacaklı bu itirazın muvakkaten refi'ne dair hüküm alınca, borçlu 8 kânunuevvel 1926 tarihli bir mukaveleden bahisle itiraz merciine şikâyette bulunur; bu mukavelelerin 5^{ci} maddesi şöyledir: «Mm. Baumann'ın 1^{ci} maddede yazılı alacağını temin etmek üzere M. Moismann, Höngg'te kâin gayrimenkulü üzerinde 20,000 franklık, (sonradan 10000 franga indirilmiştir.) hâmile muharrer ve üçüncü derecede bir ipotekli borç senedi tesisini, ve bu senedi rakam 1 de yazılı alacağın rehini olarak Mm. Baumann'a vermediği şahsan taahhüt eder. Bu rehinin teslimi şu şekilde olacaktır: Senet, Mm. Baumann ve M. W. Moismann onda ancak rıza birliğiyle tasarruf edebilmek şartıyla, Bern'de İsviçre Halk Bankasına yatırılacaktır. M. W. Moismann ile W. Moismann ve Şk. ticarethanesinin borcu bitamamihâ ödeninince Mm. Baumann ipotekli borç senedinin M. Moismann'a bilâ-kaydû-art iadesine muvafakat edecektir». Mezkûr mukavelelerin 8^{ci} maddesinin şu aşağıdaki fıkrasını da zikretmek lâzımdır: «Şayet, herne sebebe mebnî olursa olsun, bu mukavele hükümden düşecek olursa, 1^{ci} maddedeki karz bedeli derhalmuac-cel olacaktır; ve Mm. Baumann mukavelede derpiş olunan teminattan kemakân müstefit kalacaktır. Bu takdirde Mm. Baumann alacağını istîfa için evveli emirde mevcut rehinlere müracaat etmeğe mecbur olmayacaktır. Bilâkis rehinlerini paraya çevirmeden evvel veya paraya çevirmekle beraber aynı zamanda şahsan M. W. Moismann'ı veya W. Moismann ve Şk. ticarethanasini takip edebilecektir». Şikâyetçi şu yolda bir istidlâl silsilesi tutturup müdafaada bulunur: «Görülüyor ki âkitlerin maksadı he

halü kârda ipotekli borç senedinin takip usulü yoluyla paraya çevrilmesinin önüne geçmekti. Teminat gösterilen senedin tasfiyesi ancak tarafların muvafakati ile yapılacak bir satım suretiyle icra olunacaktı. Bu senedin aleni artırma ile satılmasının önüne geçilmek istenmişti. Hasım taraf menkul rehinin zilyedi olmadığı cihetle, bu rehinin cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi akten bertaraf edilmiştir; hasım taraf menkul rehini paraya çevirme hakkında bir takipte bulunmak hakkını da haiz değildir; kendi ipotekli borç senedinin pazarlık suretiyle satımına tevessül edebilir». Şikâyetçi, yüksek itiraz merciine vaki müracaatında bundan başka şunu dermeyan etmiştir: «Binaenaleyh hallolunacak mes'ele şudur: Şikâyet olunan, menkul rehini paraya çevirme hakkında bir takip açmağa hakkı var mı idi, yoksa sadece adi takip yoluna gitmesi mi icap ederdi? Başka bir ifade ile, münakaşa takibin nev'ine taallük etmektedir».

B. — 17 ağustos 1928 tarihli kararı ile Züriç Kanton Mahkemesi — ki icra ve iflâs takipleri hususunda Kantonun yüksek itiraz merciidir. — şikâyetin esasına girmekten imtina etmiştir.

C. — Moismann kendisine 24 ağustosta tebliğ olunan bu karara karşı 3 eylülde Federasyon Mahkemesine müracaat eder. Bu temyiz talebi de reddolunmuştur.

Esbabı mucibe

Temyiz müstedisine şu noktada hak vermek lâzımdır: Takibin nev'ine karar verme hususunda itiraz mercilerinin salâhiyeti adi bir takibin haciz yoluyla mı yoksa bir iflâs tehdidi tebliği suretiyle mi devamı muktazi bulunduğunu söylemeğe munhasır değildir. Gayri menkullerin icraen paraya çevrilmesi hakkındaki emirnamenin 85^{ci} maddesinin 2^{ci} fıkrası, bilâkis şu hükmü muhtevidir: «Haciz veya iflâs yoluyla takip olunan borçlu alacağın rehinle temin edilmiş olduğunu ve hinaenaleyh yalnız rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibin caiz olacağını

iddia eyledikte bu def'ini kendisine ödeme emri tebliğ olunduktan 10 gün içinde şikâyet tarikiyle dermeyan etmelidir». Ve eski içlihatlardan alınma bu kaide (bu hususta müracaat ediniz: Ya eğer, not 2, İ. İc. ve İf. K. m. 41 şerhi) kıyasen, adiyen takip olunup ta alacağın bir *menkul* rehinle teminatlı olduğunu serdeden borçlu hakkında da tatbik olunmalıdır. Böyle bir def'i itiraz yoluyla dermeyan etme imkânsızlığı şu mülâhaza ile de barizdir ki borçlu burada ne alacağı ne de alacaklının takipte bulunma hakkını tanımamazlık etmektedir (bakınız: İ. İc. ve İf. K. m. 69 No: 3) (T. İc. ve İf. K. m. 49 No: 3). Maamafih bu neviden bir şikâyet ancak borçlu, takibin mevzuu olan alacağın bir menkul rehinle teminatlı olduğunu derhal ispat edebilirse, yani bu rehin hakkının mevcut olduğu münazasız ise ve buna ciddî bir surette itiraz mümkün değilse kabul, ve adı takip iptal olunabilir. (Yaegr'in zikrolunan eserine bakınız).

Fakat şurası da gayet aşikârdır ki bu kaide tersine çevrilemez, ve borçlunun aleyhine rehinin paraya çevrilmesi hakkında takibe başlanmış olup ta alacağın bir rehinle teminatlı olmadığını ve binaenaleyh kendisinin ancak adı şekilde takibine cevaz olduğunu iddia etmesi haline de tatbikine mesâğ yoktur. Alacaklı tarafından ityan olunan rehin hakkının mevcudiyetini tanımamak isteyen borçlu, bilâkis itiraz yoluna tevessül ile bu itirazın rehin hakkına karşı olduğunu sarahaten beyan etmelidir. (bakınız: İsviçre gayrimenkullerin cebri icra ile paraya çevrilmesi hakkında emirname madde 85 fıkra 1). Keza rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe uğrayan borçlunun, binefsihi rehin hakkının mevcudiyetini tanımamazlık etmemekle beraber rehinin paraya çevrilmesinin bu takip yoluyla icra olunamayacağını iddia etmesi halinde de şikâyet suretiyle hareket etmesine cevaz gösterilemez. Filhakika, mezkûr hallerin her ikisinde de ittihaz olunacak karar, tarafların üzerinde rehin hakkı dermeyan olunan şeyin takip mevzuu olan alacağa ne suretle teminat teşkil edeceği hakkında aksettikleri tarzı tesviyelerin mevcudiyetine ve bunların tefsirine bakar. Bundan başka, bizzat alacaklının

bu noktayı cayı tereddüt kılması ve bu sebeple hususî bir satımdan tevakkî etmesi halinde borçlunun, «alacaklı rehini cebri icra usulü haricinde satmak ihtiyarına maliktir» kaziyesini derhal isbat etmesine asla imkân ve ihtimal olmaz; Bu takdirde mesele hemen de hiçbir vakit münazaasız olmaz; ve nitekim hadisemizde münazaadan ari değildir. Nihayet, İ. İc. İf. K. m. 69 No: 3 (T. İc. ve İf. K. m. 49 No: 3) — ki borçlunun, borcu veya alacaklının takip hakkını tanımaması halinde itiraz etmesini amirdir — rehinin paraya çevrilmesi hakkında talibe de tatbik olunur. Böyle olunca mezkûr madde şu veçhile tefsir olmalıdır: Borçlu alacağı veya *rehin hakkını*, veyahut alacaklının gerek alacağını gerekse *rehin hakkını* takip yoluyla ityan etme hakkını tanımamak istedikte itiraz emelidir. İhtilâfı hazır iştir tam bu meselelerin sonuncusu üzerinde kopuyor: Borçlu, alacaklının alacağının takip yoluyla çermeyan edebileceğini, yani evveli emirde rehinin tafiyeye mecbur olmaksızın doğrudandogruya adî bir takip yaparak matlubunu istifâ edebileceğini, inkâr etmiyor. Keza alacaklısının, satış cebri icra usulü haricinde yapılmak şartıyla, rehini paraya çevirme hakkını da tanımamazlık etmemektedir. Bu hususî satım meselesi ise erâen müşkülâtı mucip olacaktır; zira rehinin zilyetliği bir üçüncü bahıstadır, ve şey ona bu zilyetlikten mütevellit hakları istimal etmek üzere teslim olunmuştur, fakat şeraiti pek te vazıh olmayarak . . . Borçlunun alacaklısının hakkını tanımamazlık ettiği yegâne noktada, rehinin kanunda yazıl olan «rehinin paraya çevrilmesi hakkında takip» usulü ile paraya çevirme hakkıdır.

İZAH:

Lausanne'da intişar eden «Journal des Tribunaux et revue judiciaire» hukuk mecmuasının mayıs ve haziran 1929 tarihli icra ve iflâs nüshasından tercüme ve yukarıya dercettiğimiz bu karar hakkında mezkûr mecmuanın müdürü Lausanne Darülfünunu müderrislerinden hukuk doktoru avukat M. François Guisan tarafından bir not yazılmıştır. Bazi izah ve fikirleri ihtiva eden bu notu da tercüme ettik; aşağıya naklediyoruz.

Not

İcra ve İflâs kanununda şikâyet ve itiraz gibi ikiz bir müdafaa vâsıtasının, ve itiraz mercii ve icra ve iflâs hâkimi gibi iki makamın aynı zamanca mevcut bulunuşu hâkimler ve avukatlar için öteçenberi daimî bir sıkıntı ve müşkülât menbaı olagelmıştır. Bubapta salim ve tamamen itminanbahş bir tefrik prensibi bulma uğrunca yapılan bunca taharriyat şimdiye kadar boşa çıkmıştır; ve teslim olunmak iktiza eder ki kanun, bu hususta, fâidesiz bir karışıklığı ihtiva eylemektedir: Basit bir tek usul ve bunu tatbik için de yalnız bir adli merci maksada kifayet ederdi. Tatbikat hayatında işahipleri bu usul karışıklığının içinden şu suretle çıkmaktadırlar: Şüphe halinde, aynı zamanda her iki usule birden müracaat ediyorlar; şikâyet veya itiraz elbêt birinden biri muvafık netice verecektir. Federasyon Mahkemesi hadiseden hadiseye birtakım kaideler koymuşur; yukarıda neşrettiğimiz karar bunlardan pek vazih bir tanesini formüllemiş ve ifade etmiş olmak meziyetini haizdir. Bu kaideyi şöylece nakil ve telhis ediyoruz: Adî takip yerine, evveli emirde bir rehinin paraya çevrilmesini istemek için gidilecek usul = şikâyet; iddia olunan bir rehinin « paraya çevrilmesi » hakkının tanınması halinde tevessül olunacak yol = itiraz. Yaeger'in öğrettiği de budur; (bakınız: not 2/41, 2/51, 12/69). Bu pek makul müdür? Filhakika ihtilâf, her iki halde de, İcra memurunun bir muamelesinin usule şeklen muvafakati meselesinden ziyâce, bir rehin hakkının mevcudiyetine taallûk etmiyor mu? Acaba her iki kaziye için de itiraz usulünü vazederek bu muğlâkiyet basitleştirilemez mi idi? Bize öyle geliyor; fakat bir içtihat değışimini teklifinde bulunmaktan ça içtinap ederiz. Kararın verdiği amelî kaide baki kalsın, ve buna tutunulsun, (Şikâyet ve itiraz tefriki hakkında şu notlara bakınız: Jurnal des Tribunaux, kısım III: 1927, s. 21, 152; 1928, s. 41).

Bu kararın ortaya koyduğu esas meselesi de çok alâfa uyandı.

rıdır: İşte iki taraf ki aralarında münakit bir rehin atinde şöyle bir şart koşuyorlar: rehin icra vasıtasıyla paraya çevrilmeyecek; alacaklı da bunu hususi bir satımla nakte tahvil edemiyecek; merhun ancak âkitlerin rıza ve uyuşmaları ile satılabilecek. Böyle bir şart İ K M. m. 891 fıkra 2 (T K M. m. 860§2)hükümüne nasıl mutabık olur? Vaçenin hulûlüne paraya çevirme usulüne tevessül etme yalnız alacaklının rızasına mütevakıf olmayın yerde artık hâlâ rehinden bahsolanabilir mi? Hayır, buna imkân yoktur. Tatbikat hayatının icatkerdesi olan şu buluş ötedenberi herdem müdafaa edegeldiğimiz tezi takviye etmektedir: Bu kayıt ve mükellefiyet ile (ipotek ile) meşgul bulunan bir gayrimenkulün bizzat malikine ait bir ipotekli senet üzerinde hakikî bir rehin ve ne de haciz kabiliyetini yitirir. Belli ki Moismann, senedin paraya çevrilmesi hakkındaki takibin borçlu için olan felâketli neticelerinden kendisini vikaye etmek istemiştir; bizim fikrimize göre asla müsaade olunmamak icap eden bu usulü mukaveleten bertaraf etmiştir. Umalım ki hiç olmazsa bu kabîl şartların mükemmelen muteber olduğunu kabulde tereddüt olunmasın.

Malikin senetlerinin rehinine dair yapılan muamelelerde bu nevi şartlar kesirülvuku mudur; ve alacaklı, rehini tesis edenle satın şeraiti, yani ipotekli borç senedinin tedavüle çıkarılması hususunda uyuşmadığı takdirde acaba kendisine verilmiş olan teminattan nasıl istifade elde ediyor, bunları bilmek pek entresan ve calibimeraktır. Otakdirde, rehini tesis eden acaba gayrimenkulün paraya çevrilmesi hakkında yapılan bir takibi kabul mü ediyor? Eğer bu notu okuyanlardan biri bu bapta izahat ve malûmat verebilirse pek ziyade minnettar olurum (Malike ait ipotekli borç senetlerinin teslim suretiyle rehnedilmesi meselesi hakkında şu makale ve notlarımıza bakınız: Journal des Tribunaux, kısım I: 1926, s. 194; kısım III: 1925, s. 92; 1926, s. 69; 1927, s. 27; 1928, s. 38).

Lausanne Darülfünunu

Müdürlüklerinden

F. Guisan

Mütercimi: *M. O.*