

IV. MUKAYESELİ HUKUK KONGRESİNDE MEDENİ USUL HUKUKU MESELELERİ

Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu

Académie internationale de Droit Comparé'nin tertiplediği IV. Mukayeseli Hukuk Kongresi Paris Hukuk Fakültesi binasında 1 Ağustos 1954 de inikat etti ve program gereğince bir hafta sürdü. Kongre tertip heyetince bir sene önce İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsüne gönderilen yazıda gündeme dahil mevzular bildirilmiş ve bu mevzulara ait olmak üzere millî raporlar talep olunmuştu. Bu talebe cevap olarak Türk hukukunda hâkimlerin teminatı mevzuunda Temmuz 1953 de kaleme almış olduğumuz raporu yine Enstitümüz delâletile Parise göndermiştik. Kongreye iştirakimiz Fakültemiz Profesörler Kurulunca uygun görüldüğünden bu bapta ittihaz olunan karara tevfikan Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay, ben ve Doçent Dr. Necmettin Berkin olmak üzere kongre mesaisine katıldık.

Kongre programı muhtelif hukuk dallarına göre tasnif edilmiş müte-nevvi ve cazip bir manzara arz ediyordu. Biz sahamız itibarile medenî usul hukuku bölümüne dahil bulunduğumuzdan bu yazımda bu bölümün mesaisi hakkında mücmel bir fikir vermeğe gayret edeceğim. Ele alınmış mevzuların ehemmiyetini ve bunlar hakkında muhtelif memleketlerde hâkim olan kanaat ve telâkkileri bu suretle ana hatlarla belirtebilirim, bu satırlar gayesine erişmiş sayılmalıdır.

..

Medenî usul hukuku bölümünde münakaşa konusu olan meseleler sırasile şunlardı :

- 1 — Hâdiselerin dermeyanı hûsusunda hâkim ve tarafların karşılıklı rolleri ve celse zaptının ehemmiyeti,
- 2 — Hâkimler teminatı,
- 3 — Tespit dâvasının hudutları.

I. — İlk münakaşa konusu olarak *celse zabıtlarının ehemmiyeti* meselesi ele alındı. Bu baptaki umumî rapor New - York profesörlerinden B. Sereni tarafından hazırlanmıştı. Bu münasebetle mukayeseli hukuk cephesinden şu noktalar tebarüz ettirildi :

Amerikanın birçok eyaletlerinde cari olan sistem zabıtların, celsede olup biteni mümkün mertebe sadakatla aksettirmesi şeklinde tecelli etmektedir. Zabıt kâtibinin vazifesi bu gayenin teminine matuftur, ve zabıt kâtibi bu vazifeyi hâkimin emri altında olmaksızın müstakil bir surette görmektedir. Bu suretle şahitlerin ifadesinin hemen hemen aynen zapt ve tespiti mümkün olmaktadır. Buna mukabil Fransız sistemi olarak tesmiye edilmesi mümkün olan usulde zabıt kâtibi, hâkimin emri altında olup zabıt, celsede cereyan eden muamelelerin hâkim tarafından yapılan hulâsasından ibaret bulunmaktadır. Bu usul şahitlerin ifadesinin aynen zapta intikalini temin etmemekte, hâkimin kendi anlayışı dahilinde ve kendisine has terimlerle hazırladığı bir hülâsa hakikî ifadenin yerini almaktadır.

Nihayet üçüncü bir sistem zaptın hattı asgariye indirilmesi şeklinde kendini göstermektedir. Danimarka ve İsveçte tatbik edilen bu usulde şahitlerin ifadesinin zaptedilmesine ihtiyaç görülmemekte, buna mukabil şahitler İstinaf Mahkemesince ayrıca dinlenmektedir. O suretle ki her iki derece hâkimleri delillerle doğrudan doğruya temasları neticesinde bir hükme varmaktadırlar. Bu bakımdan üstün bir netice sağladığı kabul edilen bu sistemin ancak küçük memleketler bakımından kabili tatbik olduğu müşahede edilmiş ve modern hayatın icapları dolayısıyla insanların sık sık yer değiştirdikleri bir zamanda iki ayrı defada bilcümle şahitlerin birlikte mahkemeye celbindeki müşkilât gözönünde tutularak bu usulün teşmiline gidilemeyeceği neticesine varılmıştır. Türkiyede tatbik edilmekte olan Fransız sisteminde, hâkimin müdahalesine verilen yerin bir takım sebepler meyanında ezcümle cahil kimselerin zapta aynen geçecek bir ifade vermekten çok defa uzak olmaları hasebile belki de teknik zaruretten ileri geldiği hakkında bir noktai nazar tarafımızdan ileri sürülmüş, buna mukabil Prof. Sereni, bu bapta tecrübesi olan zabıt kâtiplerinin bu müşkili kolaylıkla yendiklerini bildirmiş, ve esasen yeni usullerin ezcümle sesin telle zaptı gibi yeni makinelerin bu teknik zorluğu tamamen bertaraf ettiğine göre Amerikan sisteminin diğer memleketlerde de tatbikine mâni bir sebep kalmadığı mütalâasını serdeylemiştir.

Bunu müteakip yapılan münakaşada, zaptın tutulması mevzuunda hâkimin rolünün, dâvaya yabancı kalan unsurların zabıt dışı bırakılmasından ibaret olabileceği noktası kabul edilmiş ve bir karara müntehi olmak üzere ileri sürülen teklifte avukatların müdafaalarının da aynen zapta geçirilmesi hakkındaki ibarenin çıkarılmasını Ord. Prof. Belgesay mukabil teklif olarak dermeyan eylemiştir. Avukatlar noktai nazarlarını mahkemeye taktim edecekleri lâyhalarla tespit ettirmek imkânını haiz olduklarına göre beyanlarının aynen zapta dercinin dâva masraflarının lüzumsuz

derecede artmasını intaç edeceği izah olunmuş ve neticede, avukatların beyanlarını hariç tutmak suretile, bu mevzuda şu karar suretine varılmıştır :

(IV. Mukayeseli Hukuk Kongresinin Medenî Usul Hukuku Bölümü,

Mahkeme celselerinde cereyan etmiş bilcümle hâdiselerin ve yapılmış muamelelerin aynen zapt ve tespitinin adaletin tevzii bakımından esaslı bir garanti teşkil ettiğini müşahede eder. Ancak bu durumun dâva ile ilgili olmayan hususları münakaşa dışı tutmak hususunda hâkimin haiz olduğu salâhiyete hâlel iras etmemesi icabettiğini kaydile şu temennide bulunur :

Celse zaptı, celsenin sureti cereyanını ve ezcümle taraflara, şahitlere sorulan sualleri, tarafların beyanlarını, şahitlerin ifadelerini, dâvada tahaddüs etmiş hâdiseleri, hâkim tarafından yapılan beyanatı ve ittihaz olunan tedbirleri tam ve sadıkane bir tarzda aksettirmelidir).

II. Dâvaya mesnet ve konu teşkil eden *hâdiselerin dermeyanı mevzuunda hâkim ve tarafların haiz olduğu salâhiyetler meselesi*, gündemin ilk maddesini teşkil ettiği halde zabıt hakkında müstakil bir konuşma yapıldıktan sonra ele alındı. Maksat bu meselenin daha geniş bir zamanda münakaşasını sağlamaktı. Filhakika bu problem usul hukukunun en çetin meselelerinden birini teşkil etmektedir. Bu bahis hakkında değil, muhtelif memleketlerin mevzuatı arasında bir birlik müşahede edilmek şöyle dursun, muayyen bir memleket hukukunun bu mevzuda hangi hal tarzlarını ihtiyar ettiği hakkında dahi aynı memleket hukukçuları arasında bir görüş birliğine tesadüf etmek müşküldür. Bu müşahedeyi kongrede M. Mezger haklı olarak yapmıştır. Buna da sebep hâkime tamamen pasif bir rol tanınmadığı taktirde, kendisine bu bapta verilecek salâhiyetlerin hududunu çizmekteki güçlüktür.

Eski İngiliz sistemine göre hâkim münhasıran pasif kalmalıdır. Dâvacı, kendisini neticei talebe isal edecek vakıaları birer birer beyan ve irae etmeli, keza dâvalı da müdafaasını vârit gösterecek vakıalar bakımından aynı şeyi yapmalıdır. O suretle ki, dâvacı neticei talebinin kabulü için istinat eylemek mecburiyetinde olduğu vakıaları eksik dermeyan etmiş ise hâkim dâvayı reddetmek mecburiyetinde kalacak, ve bu red kararı işin esası bakımından da kaziyei muhkeme teşkil edecektir; yani eksik bıraktığı vakıaları bir ikinci defa dermeyan etmek suretile yeni bir dâva açmak imkânı, daha önce dâvasını hatası yüzünden kaybetmiş olan taraf için artık münselip olmaktadır. Bu neticenin ise ne kadar vahim olduğu meydandadır. İngiliz usul hukukundan mülhem olan Amerika eyaletleri bu sistemi bugün bütün sertliğiyle tatbik etmekten haklı olarak içtinap

eylemektedirler. Ezcümle taraf, hâkimin müsadese ile yeni vakıaları dermeyan etmek hakkını birçok eyaletlerde haiz bulunmaktadır.

Eski İngiliz sistemine karşılık Avusturya sistemi hâkime faal bir rol tanımakta, neticei talebin kabul veya reddine müessir olabilecek vakıaların hâkim tarafından re'sen nazara alınarak tahkikine girişilmesine imkân bırakmaktadır. Hâkim yeni vakıaları nazara almak bakımından olduğu kadar, tahkik vasıtalarına başvurmak cephesinden de salâhiyetle mücehhez kılınmış olup iki taraf istemese bile re'sen şahit dinlemek salâhiyetini haiz bulunmaktadır. Almanyadaki sistem, Upsala Üniversitesi hocalarından Prof. Ekelof'un işareti veçhile daha mutedildir. Hâkim şu şahidi de dinleyelim mi, tarzında taraflara nihayet muayyen tahkik vasıtalarına müracaat lüzumunu hatırlatabilir. Prof. Ekelof, İsveçte de cari olan usulün Almanyadaki gibi olduğunu beyan etmiş, hâkimin re'sen keşfe veya tarafların isticvabına karar verebildiği halde muayyen bir vesikanın ibrazı veya şahidin dinlenmesi hususunda tarafların talepleriyle mukayyet kalmasının mantıkî bir mesnedi olamayacağı mütalâasını serdetmiştir.

Prof. Sereni, Avusturya usulünün müreccah olduğunu, hâkimi bir nevi düellonun hakemi mevkiine koyan eski İngiliz hukukunun avukatı fena olan tarafı müşkül duruma sokacağını, kötü avukat tutmak mecburiyetinde olan tarafın ise çok defa malî iktidarı zayıf olan kimse olacağı, bu ise fakirlerin haklarına kavuşmak yolunda mühim bir engelle karşılaşmalarına müncer olacağını bildirmiştir. İngiliz hukukçularından Prof. Cohn bu mütalâaya iştirakte mazur olduğunu, avukatların İngilterede tâbi olduğu rejim itibarile vakıaları eksik dermeyan etmek gibi bir hatadan tamamen salim kaldıklarını söylemiştir. Buna karşılık da Mezger Lordlar Kamarasına gelen mühim bir dâvayı zikrederek dâvaya mevzu teşkil eden hukukî hâdiseye verilmesi gerekli olan tavsifin ancak dâvanın bir hayli ilerlemesinden sonra kabil olduğunu hatırlatmış ve İngiliz avukatlarının lâyuhti sayılamayacağını bildirmiştir. Yine bu hukukçu, Avusturya sisteminin faydalarını teslim eylemek icabettiğini beyanla Almanyanın işgal mıntakasında malların iade ve istirdadı işleriyle görevli olduğu bir sırada yaptığı müşahedelere müsteniden, mahkemelerin bu mevzuda ihtilâfsız kaza organı olarak çalıştıkları vakit re'sen tahkik vasıtalarına başvurmak suretile daha âdil ve hakikata uygun neticeler elde ettiklerini nakleyemiştir.

Prof. Sereni'nin, Avusturya usulünün bir nevi tarihî menşei olarak gösterdiği Fransız usulünün taraflara tanıdığı serbestî hududu da bu meyanda münakaşa konusu olmuş, Paris İstinaf avukatlarından Molutsky Fransız hukukunun durumunu müşahhas olarak şu şekilde izah etmiştir : Fransada, İngiliz hukukundan farklı olarak, dâvacının istinat eylemekte

olduğu vakıaları celpnamede zikr ve tadat etmesine mahal yoktur. Taraflar tahkik mevzuu olacak vakıaları (conclusion) larında bildireceklerdir. (Conclusion)'lar alınıncaya kadar bu hususta serbestiyi haiz olup, conclusion'lardan sonra esas itibarile dermeyan ettikleri vakıalarla bağlı kalmakta ve hâkime bu bapta tamamlayıcı bir rol tanınmamaktadır.

Bunu müteakip biz de münakaşaya iştirak ederek, tarafların istinat eyledikleri vakıaları tamamlamak hususunda salâhiyet sahibi olup olmayacağı meselesile hâkimin yeni vakıaları hatırlatmak veya nazara almak hususlarının, aralarındaki rabıtaya rağmen, ayrı tutulması icabettiği noktai nazarını müdafaa ederek her iki mesele hakkında Türk hukukunun durumunu şu şekilde hulâsa ettik : hâkim tarafların sarahaten dermeyan ettiği vakıalarla bu vakıaların tazammun eylediği hususları nazara alabilir ve bu bakımdan tarafları iddia ve müdafaalarını tavzihe davet edebilir; fakat iddia veya müdafaada zımnen olsun yer almamış vakıaları taraflara kaideten hatırlatamaz, Buna mukabil taraflar yeni vakıalar dermeyan etmek ve neticei taleplerini ona göre tadil etmek salâhiyetini bir dâvada bir defaya mahsus olmak üzere baş vurabilecekleri ıslah hükümlerile istimal edebilirler. Selânik hocalarından Fragistas yaptığımız tefriki benimseyerek münakaşanın yalnız hâkimin salâhiyetleri çerçevesinde tutulmasını, ve tarafların yeni vakıalar dermeyan etmek hususunda haiz olabileceği salâhiyetlerin münakaşa konusu olan mevzua sirayet ettirilmemesini istemiş ve nihayet bu bapta bölümümüz tarafından şu yolda bir karara varılmıştır :

(IV. Mukayeseli Hukuk Kongresinin Medenî Usul Hukuku Bölümü,

Adaletin tahakkuku keyfiyetinin evvel emirde dâvanın halline müessir bilcümle hâdiselerin dâva sırasında tespit ve ispatına vabeste bulunduğunu;

Hâkimin kararını ancak dâva sırasında usulü veçhile dermeyan ve ispat edilmiş olan vakıalara istinat ettirmek mecburiyetinde olduğunu;

Dermeyan ve ispatı icabeden vakıaların tâyin ve tespitini temin bakımından, dâvanın hedef ve gayesinin hâkim ve tarafların işbirliği sayesinde elde edilebileceğini,

teemmül ederek şu temenniye izhar eyler :

Yukarıda beyan olunan prensipler çerçevesinde hâkimle taraflar arasında mevcut olması gereken işbirliği icabı, gerek hâdiselerin dermeyanı, ve gerek ispat vasıtaları bakımından hükmün ittihazı için zarurî bulunan hususlarda hâkim taraflardan lüzumlu gördüğü bilcümle noktaların re'sen tavzihini istemek salâhiyetini haiz olmalıdır.)

III. *Hâkimlerin teminatı*, daha doğru bir tâbirle hâkimlerin istiklâlini sağlayacak teminat mevzuu, gündemin müteakip maddesi olarak yer almakta olduğundan, bu vadide de faydalı noktai nazarlar teatisinde

bulunulmuştur. Birçok hatipler hâkimleri haricî tesirlerden bilhassa masun bırakacak bir tedbir olarak refahlarını sağlayacak derecede maaş almaları lüzumunu ısrarla belirtmişlerdir. Bununla ilgili bir nokta olarak gözüken tekaüt mevzuunda da, İngilterede hâkimlerin tekaüde sevkinin bahis mevzuu olmadığı, Belçikada yaş haddi dolayısıyla hâkimin sadece icrayı kazadan alıkondduğu, yoksa sıfatının baki kaldığı ve aynı maaşı almağa devam ettiği belirtilmiştir. Belçikalı W. J. Ganshof van der Meersh'in, raporunda kaydettiği veçhile, hâkim tekaüde sevk edildiği vakit gayri kâfi bir maaş aldığı taktirde, kaza vazifesini ifa ederken tekaüt zamanını karşılayacak malî tedbirlere başvurmağa kalkışması, tam bir istiklâl içinde vazife görmesine mâni olur. Keza aynı raporda hâkimlerin hükûmetten ek vazife almaları ve buna mukabil ek maaş veya tazminat elde etmelerinin de onların icra kuvvetine karşı gerekli bitaraflığı muhafaza edememek gibi bir mahzur davet edeceği tebarüz ettirilmiş, ve Belçikada bu kabil tasarrufları meneden kanun hükümleri etraflı bir surette izah olunmuştur.

Bu mevzuda umumî raporu hazırlayan Prof. Cohn, kontinental hukuk sisteminin esaslarını kaydetmekle beraber, bilhassa İngiliz hukukunun hususiyeti üzerinde durmuştur. İngilterede hâkimlerin avukatlar meyanından seçilmesinin faydası belirtilmiş, hâkim tarafından kendisine avukat olarak yapılmasını istemediği muameleleri bir kimse bilâhara hâkimlik sandalyasını işgal edince eski meslektaşlarına reva görmiyeceği söylenmiştir. Bu münasebetle Belçikada da mütenazır hükümlerin mevcudiyeti kaydolunmuş, avukat olarak hayatın tecelilerile temas etmiş olan hâkimlerin beşerî hakikatlara daha iyi nüfuz edecekleri ve bu sebeple de adaleti daha muvaffakiyetli olarak tevzi edecekleri hususu ısrarla belirtilmiştir. Yine aynı münasebetle hâkimlerin tayini işine baroların iştirak ettirilmesinin faydalı olacağı mütalâasına da yer verilmiştir.

Dğer yandan terfi dolayısıyla hâkimlerin istiklâlini temin edecek hükümlerin ne olabileceği münakaşa konusu olmuş, İngilterede olduğu gibi hâkimlerin terfiini büsbütün bertaraf etmenin, bidayetden beri hâkimlere müsait şartlar sağlamakla kabil olacağı tesbit edilmekle beraber, terfi prensibi kabul edildiği takdirde, bunun icra kuvvetlerinin tesirinden azade bir şekilde tahakkuku çareleri üzerinde hassasiyetle durulmuştur. Bu münasebetle Büro başkanının daveti üzerine, tarafımızdan daha önce kongreye sunulup kongre raporunda yer alan raporumuz şifahen hülâsa edilmiş, ve Türk sisteminde icra kuvvetinin bu mevzuda salâhiyetlerini daraltan bir tedbir olarak ayırma meclisinin sureti teşekkülü ve Temyiz Mahkemesinin kararlara not vermek suretile haiz olduğu salâhiyetin mahiyet ve şümulü izah olunmuştur. Prof. Fragistas, Yunan sisteminde

tâyin ve terfi mevzuunda salâhiyetli olan heyette adli memurların yer almadığı hususunu tebarüz ettirmiştir.

Konuşmaların hitamında kaleme alınan karar sureti şu olmuştur:

(IV Mukayeseli Hukuk Kongresinin Medenî Usul Hukuku Bölümü, Adaletin gereği veçhile tevzii bakımından hâkimlerin kanunî teminatını fevkalâde ehemmiyet arz eden bir tedbir olarak mütalâa eder.

Ve bu mevzuda son seneler zarfında muhtelif memleketlerde kanunî mevzuatın, hâkimlerin tayin ve terfiinde İdarenin faal rolünü daraltmak veya bertaraf etmek suretile kaydedilen terakkileri memnuniyetle kaydeder.

Bu vadide mukayeseli hukuk sahasında daha geniş araştırmaların yapılmasını tavsiye ile beraber, hâkimlerin istiklâlini takviye bakımından bu mevzuda Baro ile işbirliği yapılması hususunun ciddî surette nazarı itibare alınmasını temenni eder.)

IV. *Tespit dâvasının hudutları*, gündemin son mevzuunu teşkil ediyordu. Bu hususta İsveçin Lund Üniversitesi Profesörlerinden Karl Olivecrona Almanca pek mufassal olarak kaleme almış olduğu raporu Kongreye sundu¹. Bunu müteakip Prof. Fragistas, Fransızca olarak hazırladığı raporunun ana hatlarını şifahen izah etti ve şu hususları tebarüz ettirdi: evvelâ nazari bakımdan, adli kuvvetten muayyen bir münasebeti hukukiyeden neşet eden edanın ifasını isteyecek surette tam ve kâmil bir himaye talep olunacak yerde, yalnız mevzubahs hukukî münasebetin tespitine matuf bir himaye talebille yetinilmesi caiz telâkki olunmalıdır. Nasıl ki dâvacıya hakkının tamamını dâva etmek mecburiyeti tahmil edilmiyor ve bilfarz alacağının bir kısmını dâva etmekte kendisi muhtar bırakılıyorsa, bunun gibi dâvacı hakkının korunması için adli makamlardan tam bir himaye istemeğe zorlanmamalı, ve bu himayesinin ilk parçasını teşkil eden münasebeti hukukiyenin tespiti hususunu taleple iktifa etmesine bundan böyle yer verilmelidir. Nitekim bu cevaz birçok devletler mevzuatı tarafından tanınmıştır. Bu nazari mülâhazalardan sonra Profesör Amerikanın muhtelif devletlerinde mahkemelerin gittikçe daha geniş bir şekilde tespit dâvasının kabulüne doğru gittiklerini, mevzuatın da bu istikamette sarîh gelişmeler kaydettiğini bildirdi. Amerikan hukuku hakkındaki bu müşahedeleri New-York avukatlarından B. Amram'ın itirazlarına uğradı ise de Minnesota (Birleşik Amerika) Profesörlerinden B. Louisell aynı müşahedede rapor sahibile birleşti. Hattâ Amerikadaki bazı eyaletlerde prosedürün bu mevzuda kâfi bir elâstikiyeti haiz olduğu ve yalnız hukukî durumun tespiti zımında değil, fakat aynı zamanda

1) Bu rapor dilimize Doçent Berkin tarafından çevrilmektedir.

hukukî münasebette yer alan maddî vakıanın tespiti sadedinde dahi bu kabil dâvaların, eda dâvasından müstakil olarak istimal edilmekte olduğu tebarüz ettirildi. Keza tespit dâvasının eda dâvasına nazaran müstakil mahiyeti kabul edildikten sonra bu dâvaların ancak eda dâvasının ikamesine imkân olmayan hallere hasrı gibi bir tahdide gidilemeyeceği izah olundu. Ve ahiren Yunan Temyiz Mahkemesinin umumî temayüle katılarak içtihadını değiştirdiğini ve muaccel alacaklar için dahi tespit dâvasının istima kabiliyetini kabul ettiğini Prof. Fragistas beyan eyledi. Ve sözlerine ilâve olarak Yunanistanda tespit dâvalarının kabulü bakımından harç hükümlerinin bir tereddüt mevzuu olmuş olduğunu, fakat bu dâvalarda harç hükümlerini bertaraf etmeğe matuf bir kanun hilesi görülmeyeceğini ve esasen Yunan tatbikatının da bu suretle gelişme kaydettiğini belirtti.

Bunu müteakip Molutsky Fransada tespit dâvalarının umumî bir prensip halinde kabulü cihetine henüz gidilmediğini, fakat référé müessesesiyle delillerin tespiti neticesinin elde edildiğini bildirdi. Prof. Belgesay, kimsenin dâva ikamesine zorlanamayacağı hakkında Türk kanununda yer alan prensibin tespit dâvalarının istimaina mâni teşkil etmeyeceğini, Türk kanununda delillerin tespitine müteallik hükümlerin mevcudiyetine bakarak delillerin tespiti dâvasının kabulü cihetine gitmenin mantikî olacağını söyledi². Muhtelif hatipler delillerin tespiti sayesinde tespit dâvasındaki

2) Tespit dâvaları meselesi karşısında Temyiz Mahkememizin görüşünde istikrar yoktur. Hukuk heyeti umumiyesi 30.12.1953 tarihli kararında şöyle demektedir: «Bir alacağın mücerret tespiti zımında açılacak dâvaların dinleneceğine dair HUMK. nunda bir hüküm mevcut bulunmamış ve hâdisede Ticaret Kanunu hükümlerine de istinat edilmemiş ve delil tespiti istemek veya şimdilik muayyen bir miktarın tahsilini dâva eylemek imkânlarının mevcudiyeti karşısında hukukî menfaat mülâhazasına yol vermeyen ortak müessesedeki alacağın tespiti dâvasının dinlenmesi caiz görülmemiş olmasına göre vârid olmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan ısrar kararının onanmasına... ekseriyetle». (Tatbikatta Yargıtay Kararları, sah. 1476). Şayanı dikkattir ki, bir alacağın şimdilik bir kısmını dâva edebilmek yetkisi, adli himayenin tecezzi ettirilmek suretile istenebileceğine bir delil sayılmakta ve bu delil aynı zamanda birçok hukukçuları adli himayenin bir kısmını teşkil eden tespit dâvalarının, tahsil dâvalarından müstakil olarak ikamesi fikrinin kabulüne götürmektedir. Halbuki Temyiz Mahkemesi bu imkândan başka bir mâna çıkarmış tesbit dâvası ikame edilecek yerde alacağın bir kısmının hüküm altına alınması talebiyle iktifa edilebileceğini belirtmiştir. Fakat itiraf etmek gerekir ki, alacağın şimdilik kısmen dâva edilmesi hususunda mevcut imkân tespit dâvaları ile aynı neticeyi sağlayamaz. Çünkü muayyen bir alacak iddia olunarak buna mahsuben bir meblâğın dâva edilmesi halinde mahkeme sadece dâva olunan kısmın varlığını tespitle iktifa edecek, alacağın heyeti umumiyesi hakkında kaziyei muhkeme teşkil edecek tarzda bir hüküm itasına mecbur bulunmayacaktır. Alacağın tamamını, bu meyanda yani derdest dâvada tespit etse dahi bu tespit sadece mucip sebepler arasında yer alabileceği

neticelerin birçok ahvalde fiilen elde olunabileceğini bildirmekle beraber bu suretle kaziyei muhkeme husule gelemeyeceği cihetle tespit dâvasındaki faydanın hasıl olmadığını ve binaenaleyh bu dâvaya müstakilen yer vermek lüzumunu tebarüz ettirdiler. Neticede şu karar üzerinde ittifak hasıl oldu:

IV Mukayeseli Hukuk Kongresinin Medenî Usul Hukuku Bölümü,

1932 senesinde II Kongresinde temenni edilen tekâmülün birçok memleketlerde husule geldiğini, gerek mevzuat, gerek mahkeme içtihatları sahasında tespit dâvalarının, hattâ mevzubahs hukukî rabitanın ademi mevcudiyetini tespit gibi menfi şekilde dahi kabulüne doğru gidilmekte olduğunu memnuniyetle müşahede eder.

Bu dâvaların adlî himayenin müstakil ve muhtar bir vasıtasını teşkil eylemekte olduğunu mütalâa eder.

Bu sebeble eda dâvasının ikamesine imkân bulunması keyfiyetinin bu dâvaların istima kabiliyetine hâlel getirmemesi icap ettiği,

Ve bu dâvaların, bazı memleketlerde olduğu gibi muayyen bir hukukî rabitanın unsurlarını teşkil eden müstakil maddî vakıaların tespitine matuf bulunması halinde dahi kabul edilmesi hakkında beliren temayülün teşvike değer olduğu mülâhazasile şu temennide bulunur:

Meşru her hangi bir menfaatin himayesi zımmında alâkalı taraf tespit dâvası açmakta muhtar olmalı ve bu kabil dâvaların istima kabiliyeti hâkimin takdirine bırakılmamalıdır.)

Bu suretle Kongrenin mesaisi, ve bu mesaide uhdeme düşen hisselerin neden ibaret bulunduğu hakkında, kâfi derecede izahat vermiş olduğumu sanıyorum. Bundan başka, Kongrenin muhtelif memleket hukukçuları arasında şahsî temaslara ve tanışma vesilelerine zemin hazırlaması bakımından da mutat faydasını bu defa da ayrıca sağlamış olduğu kanaatindeyim.

Dr. İlhan E. Postacıoğlu

ve binaenaleyh hüküm fıkrasının haiz olduğu kaziyei muhkeme tesirini husule getiremeyeceği söylenebilecektir. Demek ki, Temyiz Mahkemesinin üzerinde durduğu imkân tespit dâvalarının sağlayacağı neticeleri teminden uzaktır. Buna mukabil Temyiz Mahkemesi icrada takip edilen alacak hakkında menfi tespit dâvası açılabileceğini kabul etmiş ve bunu yaparken de müspet tespit dâvalarının aynı suretle muteber bir şekilde ikame edilebileceğini beyandan ihtiraz eylememiştir. Filhakika 5.3.1952 tarihli taşıyan bu kararda şöyle denildiği görülüyor: «İcra ve İflâs Kanununun koyduğu esaslar dairesinde borçtan kurtulma dâvası ikame etmek imkânına malik olmayan bir kimsenin hukukan himayeye lâyık bir menfaati bahis mevzuu olduğu takdirde bir hukuki münasebetin müsbet veya menfi bakımdan tespitini istemeğe hakkı vardır... Tevhidi içtihat kararı, İcra ve İflâs Kanunu hükümleri dışında himayeye lâyık hukuki bir menfaatin mevcut bulunduğu ahvalde hak sahibinin hukuki münasebetin tespitini isteyebilmek yetkisini nez ve bertaraf etmemiştir. «Lütfü Ömerbaş - Sacit Çetintas, Temyiz Mahkemesi Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları, 1946 - 53, sah. 177.