

III.

Eser tahlil ve tenkidleri

Halit Kömürcüoğlu ve Hilmi Ergüney; Şahıs, Aile ve Miras Hukuku, Ankara, 1951, 352 sahife.

Mahkeme içtihatlarının hukuk hayatımızda oynadığı muazzam rol herkesin malûmudur. Fakat itiraf etmek gerekir ki, mahkeme kararları bu ehemmiyetin icap ettirdiği şekilde intişar sahasına çıkmamaktadır. Adalet Bakanlığı tarafından bastırılan kararlar pek mahdut sayıda olduktan başka bu neşriyat meyanında bazı kere kanun maddelerinin mihanikî bir tatbikinden ileri bir mahiyet taşımayan içtihatlara da yer verildiği görülmektedir. Hele hususî mecmuaların neşriyatına mevzu teşkil etmekte olan kararlar hakkında aynı müşahedeyi, hattâ evleviyetle, yapmak kabildir. Nice prensip kararları kendi dosyalarında saklı duruyorken hukukî düşünüş ve görüşe yeni bir şey getirmiyen kararların intişar sahasına çıkması her halde hukuk ilmine fazla birşey kazandırmıyor. Bu itibarla Yargıtayın kabili münakaşa da olsa prensip bakımından ehemmiyeti haiz olan kararlarının neşir ve tamimini temin etmekteki menfaat pek aşikârdır.

İşte Yargıtayın prensip itibarile ehemmiyet arzetmekle beraber bir çoğumuzca bilinmeyen kararlarını yaymak sadedinde Yargıtay başkanlarının veya üye ve raportörlerinin giriştiği faaliyet bu bakımdan pek müsmir olmaktadır. Merhum Cevat Gücün'ün gayrimenkul dâvaları hakkındaki eseri kendine has bir takım meziyetlerden mada Yüksek Mahkeme muhitinin malûmu olan kararlara geniş bir aleniyet çevresi temin etmekle hukuk edebiyatımız için sayılı bir hizmet teşkil etmiştir. Şahap Arıç'ın Ticaret Dairesi kararlarının tasnifi suretile vücuda getirdiği mükemmel eser de bu vadide nümune olacak bir değer ve mahiyet taşımaktadır. Diğer cihetten Aptullah Aytemiz de, muhtasar ve müfit eserile İcra ve İflâs Dairesinin kararlarından bir çoğunun bilinmesine imkân vermiş, Muhsin Tuğsavulla Abdülkadir Özoğuzun yayınladıkları Emsal İctihatlar aynı şeyi IV. Hukuk Dairesi kararları için tahakkuk ettirmiştir.

Bu defa Yargıtay II Hukuk Dairesi raportörlerinden Halit Kömürcüoğlu ve mümeyyizi Hilmi Ergüney'in Şahıs Aile ve Miras Hukuku namı altında yayınladıkları kitap ta II Hukuk Dairesinin bu bahislere taallük eden içtihatlarının mühim bir kısmını Türk hukukçularına tanıtmakla hukuk ilmine kayde değer bir hizmet ifa etmektedir. Eserin sıklet

merkezini miras hukuku teşkil eylemektedir. Bu mevzua taallük eden kararlar Medeni Kanunun 439 dan 617 ciye kadar olan maddeleri altında sıralanmıştır. Buna mukabil aile hukukuna ait kararlara bundan sonra yer verilmiş ve bunlar daha mahdut sayıda olduğu için maddeler altına dizilmesi bahis mevzuu olmamıştır.

Eserin muhtevasına göz atacak olursak Miras Hukukunun üç kısma ayrıldığını görmekteyiz. Birinci kısım kanuni mirasçılar hakkındadır. Muhtelif derecedeki akrabaların ne zaman mirasçı olabileceğine dair müşahhas hallere ait mebzul miktarda temyiz kararı zikrolunmuştur. Bunların bir kısmı kanunun mihanikî bir tatbikini ifade etmekte ise de henüz müptedi bulunan genç yargıçlar için bu kısmın faydası inkâr edilemez. Zira mirasçılarının tayini hususunda burada rastladığımız nakız kararlarının mebzuliyeti, tatbikatta bu mevzuda hataların nadir olmaksızın uzak bulunduğunu göstermektedir. Keza bu kısımda eski hukuk kaidelerine göre miras taksimi hakkında verilen izahat ta pratik ehemmiyeti haizdir. Diğer cihetten yine bu kısımda hukukun diğer branşlarını ilgilendiren alâka çekici kararlara rastlanmaktadır. Ezcümle Devletler hususî hukuku bakımından menkul metrukâta milli kanunun tatbikine dair 7.4.1950 tarihli karar cidden enteresan bir mahiyet taşımaktadır (Sah. 54). Ayrıca gayrimenkullerin statü reel mucibince intikali lüzumu hakkında da 16.1.1951 tarihli karara yine bu eserde rastlamaktayız (Sah. 63). Keza kitabın bu kısmında Türk hukukunda orijinal bir yer işgal eden veraset senetleri hakkında Yargıtayın müteaddit içtihatlarını öğrenmek imkânı hasıl olmaktadır. Bu meyanda Yargıtayın, alacaklının bir tarafı olarak borçlusunu namına veraset senedi istihsale hakkı olmadığına, fakat borçlusunun hakkını hasım müvacehesinde tespit ettirebileceğine dair bir kararına rastlamaktayız ki, — şuracıkta kaydedelim — bu kararın hülâsası kitaba bir zühul neticesi yanlış geçirilmiş bulunmaktadır. (Bunu sırf diğer hülâsaların muvaffakiyetli yapılmış olduğuna işaret etmek için kaydediyoruz.)

İkinci kısım ölüme bağlı tasarruflara ayrılmıştır. Mahfuz hisselerin hesaplanmasına müteallik kararlardan sonra bu kısımda resmi senetlerin tahlili gibi usul hukukunu ilgilendiren mühim kararlara tesadüf edilmektedir. Bilhassa 106 ncı sahifeden 112 nci sahifeye kadar derc edilmiş kararları her noterin dikkatle okuyarak tanzimine memur edilecekleri vasiyetlerde bu kararların temas ettikleri şekil noksanlarına yer vermeleri pek ziyade şayanı temennidir. Bundan sonra miras mukavelesi vesilesile kaydı hayat ile bakmak mukavelesine ait kararlara yer verilmiştir. Bu münasebetle II Hukuk Dairesinin gayrimenkulün noter senedile ölünceye kadar bakmak şartile temlikinin muteber olamayacağı hakkın-

daki 5.4.1951 tarihli kararile B. K. nun 512 nci maddesi çerçevesinde noter senedile yapılan temlikin muteber olduğuna dair IV. Hukuk Dairesinin 14.5.1949 tarihli kararları arasındaki tezada işaret edilmektedir. (Biz hususi hükmün umumî hükme tercihan tatbiki lüzumu ve 512 nci maddenin sarahati muvacehesinde IV. Hukuk Dairesinin izhar ettiği içtihadın isabetine kailiz.) Bundan sonra da tenkis dâvasının şartları meyanında tatbiki nezaket arz eden M. K. nun 506 nci maddesine ait enteresan kararlar zikrolunmuştur. Ayrıca tenkise tâbi tasarruflar meyanında, mahfuz hisse kaidelerini bertaraf etmek kastının ispatı halinde tarihi ne olursa olsun hibelerin tenkise tâbi kaldığına dair 6.4.1948 tarihli karar hususi surette zikre değer bir mahiyet taşımaktadır (Sah. 140). Tenkis dâvasına ait müruru zaman bahsinde de tasarrufun iptali talebinin tenkis dâvasına müteallik müruru zamanı kesemeyeceği hakkındaki karar zikre şayandır (19.9.1950, sah. 143).

Bu bahisleri takip eden üçüncü kısımda (sehven kitapta 2 nci kısım mükerrer olarak gösterilmiştir), mirasın açılması ve bilhassa mirasın reddine ait pratik ehemmiyeti aşikâr olan kararlara yer verilmiştir. Ezeümle mücerret veraset senedi istihsalinin reddin mahrumiyeti istilzam etmeyeceğine dair olan karar bu kabildendir. Bunu müteakip resmî tasfiyeye ait ve mirasta istihkak ve nihayet taksim mes'elelerine müteallik kararlar zikrolunmuştur. Mirasta iadeye müteallik kararların yekûnu da azımsanacak kadar değildir (sah. 201 - 206). Taksimin hitamına ait zikredilen kararlar meyanında gayrimenkullere de şamil olan taksim anlaşmalarının tahriren dahi muteber olduğuna dair kararla bu bapta anlaşmanın tapu huzurunda yapılması lüzumunu kabul eden karar arasındaki tezada işaret edilmiştir (sah. 208 ve 210). Biz bu bapta tapu memurunun tavassutuna lüzum görmemekte ve tahrirî şeklin kâfi geleceğini içtihat etmiş olan kararın isabetine kail bulunmaktayız.

212 nci sahifeye kadar bu tertip üzerine vücade getirilmiş olan eserin müteakip bahislerinde müellifler madde sırasına riayet etmemişler ve içtihatları mevzulara göre toplamakla yetinmişlerdir. Kitabın bundan sonra takip ettiği seyir şu olmuştur : taksim ve izalei şuyua ait temyiz kararları, yaş, isim ve kayıt tashihi, nişan bozma, evlenme (izin, sübut, butlan ve fesih) hakkında müteaddit kararlar, boşanma ve boşanmadan mütevellit tazminat, şahsî münasebet, drahoma alacakları, karı koca arasında alacak ve iptal dâvalarına müteallik temyiz kararları (bu meyanda yüz görümlülüğü taahhüdünün ahlâka mugayir olmadığına dair kararla koca tarafından karının malının ahzû gasp tarihindeki kıymetinin ödenmesi lüzumuna ait karar, sah. 275 ve 276), karı koca arasındaki

hukukî muameleler ve ezcümle 150 nci maddenin 5 inci fıkrasına müte-dair kararlar ve bunlar arasındaki tezat (tastiki boşanma hâkiminin mi yapacağı, yoksa tastikin boşanmadan önce yapılmış olması mı lâzım geleceği) kaydolunmuştur. Bu bahisten sonra nesep ve buna müteallik bazı kararlara yer verilmiştir. Bu meyanda 4727 numaralı kanun etrafında belirilmiş bazı içtihatlarla da yer verildiği görülmektedir. Bu bahisleri müteakip evlât edinmeye ait hususî bir ehemmiyet taşıyıp ilk defa bu eserde neşredildiğini gördüğümüz cidden enteresan kararlar zikredilmiştir (sah. 300 - 307). Nihayet nafaka, velâyet ve vesayet hakkındaki kararlarla kitaba nihayet verilmiştir.

İçtihatlar manzumesine atfettiğimiz şu kuş bakışı nazar ve ehemmiyetlilerinden bazılarını işaret ettiğimiz kararlar Yüksek Mahkememizin meydana koyduğu zengin içtihat malzemesinin değeri ve bunu bize tanıtmak fırsatını hazırlayan eserin ehemmiyeti hakkında bir fikir vermeğe kâfi gelir sanırız. Cidden bu kitabı tertipleyenlerin himmeti büyük olmuştur. Şüphesiz eserin tertibi hakkında teferrüata ait bir iki noktada bazı tenkitler serd etmek imkânı vardır. Ezcümle mirastan sonra takip edilen sıranın biraz indî olduğu şüphe götürmez. Saniyen kararların tasnif edildikleri maddelerin intihabı da bazı kere mucibi münakaşa olabilir. En iyisi kararların bir bir numaralanması ve bir madde altında kaydolunmakla beraber ait olduğu diğer maddelerde aynı karar numarasının zikrolunması idi. O zaman eserin tetkiki okuyucu için daha kolay olacaktı. Nihayet müellifler taramalarına hangi seneyi mebdet ettiklerini kaydetmemişlerdir. 1940 senesinden önceki kararlara tektük tesadüf edilmekle beraber daha ziyade 1940 dan sonra ve bilhassa 1947 ve 48 senesini takip eden yıllara ait yeni kararlara yer verildiği görülmektedir. Eğer toplamının bilhassa hangi seneden itibaren yürütüldüğü bildirilseydi okuyucu o ve müteakip senelere ait diğer içtihatlar külliyyatını karıştırmaktan kendini vareste tutabilir ve araştırmalarını daha önceki senelere hasredebilirdi. Bu da bilhassa tatbikatçılar için biraz da sühuleti mucip olurdu. Her ne ise bunlar cidden tâli noktalardır; ve şuracıkta dermeyan ettiğimiz bu kaydı ihtirazîler eserin aslı ve hakikî kıymetine halel iras edecek mahiyette değildir. Bilhassa zikredilen bütün kararların esas ve karar numaralarının birlikte gösterilmiş olması ledelhace kararların aslını görmek imkânını sağlaması itibarile ilmî araştırmaların sıhhati bakımından kâfi bir garanti arz etmektedir. Bu itibarla eseri bütün hukukçularımıza emniyet ve hararetle tavsiye etmekte tereddüt eylemiyoruz.

Prof. Dr. Ferit Hakkı Saymen, Doç. Dr. Sahir Erman, Doç. Dr. Halid Kemal Elbir; *Türk İctihatlar Külliyyatı*, (1950 senesine ait), İstanbul 1952, İsmail Akgün Müesseseleri, iki cilt, sah. XVI + 746, XVI + 621.

Türk hukuk âlemine iki cilt halinde takdim olunan ve 1950 senesinin gerek hususî hukuk, gerek âmme hukuku mahkeme içtihatlarını sistematik bir şekilde derlemiş bulunan Türk İctihatlar Külliyyatı - 1950 - isimli eser, Türk hukuk ilmine ve tatbikatına pek büyük hizmetler ifa edecek bir muhteva ve mahiyet taşımaktadır.

Mahkeme içtihatlarının hem ilmî araştırmalarda, hem de tatbikatta mevki ve ehemmiyetinin büyüklüğü herkesçe malûm ve müsellemlerdir. Bugün pozitif hukukun kaynakları arasında mahkeme içtihatlarının da az veya çok bir yeri vardır.

18 inci asırda bazı kanunlarda tezahür eden kanunların bütün ihtimalleri derpiş etmesi ve hâkime takdir hakkı verilmemesi lâzım geldiği hakkındaki telâkki tarzı aynı asrın sonunda Büyük Fredrik'in hazırlattığı 17000 den fazla maddeden ibaret «Prusya Umumî Kanununda» (Medenî Kanununda) tatbik edilmişse de, kanun vaz'ındaki bu kazüist sistemin mahzurları çabuk anlaşılmış ve kanunların, bilhassa medenî kanunların, prensipleri, umumî esasları ve mücerret kaideleri ihtiva etmesi lâzım geldiği umumiyetle kabul edilmiştir. Zira içtimaî hayat daimî bir tekâmül, değişme ve ilerleme hâlinindedir; her geçen gün ortaya yeni mesele ve ihtimaller çıkarmaktadır, kanunların ise bunları teker teker önceden derpiş edebilmeleri imkânsızdır. Bu sebeple, mücerret kaideler ihtiva edecek olan kanunlarda bazı boşlukların bulunması tabiidir.

1804 tarihli Fransız Medenî Kanununun 4 üncü maddesinde söylendiği gibi, «kanunun susması, müphem veya kifayetsiz bulunması sebeble karar vermeyi reddeden hâkim ihkakı haktan imtina (hüküm vermekten kaçınma) suçu ile takip edilebilir». Şüphesiz ki, hâkim evvelâ kanunu tatbik edecektir. Medenî Kanunumuzun birinci maddesi, kanunda boşluklar bulunabileceğini sarih olarak kabul ederek hâkime pek geniş bir takdir hakkı ve kaide koymak salâhiyeti vermiştir. Hâkimin kanun vâzı rolü yaratıcı bir roldür. Bu suretle Medenî Kanunumuz ve Borçlar Kanunumuz kazüist metoddan uzaklaşarak, hâkime itimat etmiştir. Şüphesiz bu sistemde kalifiye hâkimlere ihtiyaç vardır, aksi takdirde tatbikatta bazı müşkülât ve aksaklıklar meydana gelebilir. İsviçre için böyle bir tehlike pek varit değildir. Fakat Türkiyemizde en ücra kazalara kadar yayılan adli teşkilâtımızda bu bir noksan şeklinde tezahür edebilir. İşte bu eksiği Temyiz Mahkemesi içtihatlarının muntazaman sistematik bir

tarzda toplanarak hâkim ve hukukçularımızın tetkik ve istifadelerine arz edilmesi bertaraf edebilir.

Bu vesile ile şu noktaya da işaret edelim ki, hâkime verilen bu salâhiyet, hâkimin keyfi ve indî şekilde hareket etmesi demek değildir. Hâkim Medenî Kanunun 4 üncü maddesi gereğince, «hukuk ve hakkaniyete uygun olarak hareket edecektir». Bu keyfiyet, Türkiye tarafından iktibas olunan İsviçre Medenî Kanununun en güzel hususiyetlerinden biri olarak kabul edilmektedir¹.

Anglo - Sakson hukukunda mahkeme kararları hukukun başlıca kaynağını teşkil ettikleri halde, kontinental hukuklarda bilhassa Fransa, Almanya ve İsviçrede mahkeme içtihatları kanunlardaki boşlukların doldurulması, kanun hükümlerinin tefsir ve tamamlanması bakımlarından büyük bir önem taşımaktadırlar. Bu itibarla, bütün bu memleketlerde mahkeme kararlarının sistematik bir şekilde muntazaman neşrine çok dikkat edilmektedir ve bu iş bir çok senelerdenberi fasılasız ve inkıtasız devam edegelmektedir. Hususî hukuk kanunlarımızdan bazılarının iktibas edilmiş olduğu İsviçreyi misal olarak alacak olursak², orada Federal Mahkeme içtihatlarının resmî bir şekilde neşredilmekte olduğunu görürüz (Bundesgerichtsentscheidungen - arrêts du Tribunal Fédéral); bunlardan almanca olanları Lausanne şehrinde münteşir Journal des Tribunaux tarafından aynen veya bazı hallerde de hülâsatan fransızcaya tercüme edilmektedir. Bunun dışında, İsviçre Federal Mahkemesine intikal etmeyen, Kanton İstinaf Mahkemesi kararları ile, Bidayet Mahkemelerinin orijinal kararları da İsviçre hukuk mecmualarında neşredilmektedir, Kanton mahkemeleri içtihatlarına bilhassa Zürichte çıkan «Schweizerische Juristen Zeitung», Bern'de münteşir «Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins», Cenevrede çıkan «Semaine Judiciaire» isimli mecmualarda tesadüf olunmaktadır. Zaman zaman bu içtihatları sistematik bir şekilde toplayan eserler de İsviçrede hiç bir zaman eksik değildir. Bu suretle,

1) Bu husustaki literatür hakkında bakınız : Zahir İmre, doktrinde ve Türk hukukunda kusursuz mesuliyet halleri, İstanbul 1949, sah. 80 ve müt.

Bu mevzuda muahharan elimize geçen yeni eserler şunlardır : Arthur Meier-Hayoz, der Richter als Gesetzgeber, Habilitationsschrift, Zürich 1951; Karl Spiro, Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts, Basel 1948; Claude Du Pasquier, les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. premier CCS, Bâle 1951; Claude Rossel, le déni de justice formel dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Lausanne 1951, thèse de doctorat.

2) Bu mevzuda bakınız : Andreas B. Schwarz, das schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung, Zürich 1950.

orada ilim adamlarının ve tatbikatçıların muayyen bir mesele hakkında mahkeme içtihatlarını araştırmaları ve bulmaları gayet kolay ve basit olmaktadır. Fransada ve Almanyada da vaziyet aynıdır.

Türkiyemizde ise, bu bakımdan durum bugüne kadar pek parlak bir manzara arz etmez. Mahkeme içtihatlarının sistematik bir şekilde neşri memleketimizde ihmal edilmiş ve Temyiz Mahkemesi kararları şurada burada dağınık bir şekilde kalmıştır. Temyiz kararlarının gayet cüz'î bir kısmı Adalet Dergisinde neşredilmiş ve edilmektedir; ayrıca son 8-10 sene evveline kadar da her sene bu kararlardan bir kaç yüz tanesi kitap şeklinde Adliye Bakanlığı tarafından neşrolunuyordu. Fakat bu neşriyat herhangi bir sistemden âri ve mahrum bulunuyordu. Bu resmî neşriyatın yanında hususî teşebbüs mahiyetinde bazı içtihat mecmuaları da Temyiz kararlarını neşretmektedirler. Bunlar arasında, Ankara ve İstanbul Baro mecmualarını ve hâlen neşriyatını tatil etmiş bulunan İzmir Baro Dergisini zikredebiliriz. Keza Konyada intişar eden Hukuk ve İçtihatlar Dergisi³, İstanbulda çıkan, Tatbikatta Yargıtay Kararları Mecmuası, Yeni Hukuk Ve İçtihatlar Mecmuası, İleri Hukuk Mecmuası, Son İçtihatlar Mecmuasında da alâka çekici Temyiz kararları mevcuttur. Ayrıca, İstanbul ve Ankara Hukuk Fakülteleri Mecmualarında ve hâlen de İstanbul Barosu Mecmuasında Temyiz kararları üzerinde tahlil ve tenkidi muhtevi kronik yazıları çıkmaktadır. Bundan mâda, hâlen neşriyatını kesmiş bulunan, Yaşayan Hukuk Mecmuası (Ankara), Hukuk Dergisi (Eskişehir), Sosyal Hukuk Ve İktisat Mecmuası (İstanbul), Hukuk Dünyası (İstanbul) mecmualarında da Temyiz kararlarına raslanmaktadır.

Hemen ilâve edelim ki, muhtelif dergilerde serpilmiş vaziyette bulunan Temyiz kararlarının hülâsaları bazı hukukçular tarafından toplanarak neşrolunmuştur. Meselâ, Halis Sungur'un «Türk Kanunu Medenisi» isimli kitabı (Ankara 1941), gene aynı müellifin «Borçlar Kanunu ve Tatbikat» isimli iki ciltlik kitabı (İstanbul 1943-1944); keza Kâmil Tepeci ve Cevat Abdürrahim Gücün'ün gene Medenî Kanun ve Borçlar Kanununa mütedair üçer ciltlik kitapları münteşir ve bazı gayri münteşir karar ve içtihatları ihtiva etmektedir. Diğer hukuk kolları hakkında da mümasil eserlere tesadüf edilmektedir⁴.

Fakat bu neşriyat mahkeme içtihatlarının sistematizasyonu ve her gün intişar eden yenileri hakkında fikir edinmek isteyenlere kolaylık bahşedecek mahiyette değildir. Çünkü bu işin her seneye ait olmak üzere,

3) Bu mecmua 1952 senesinden itibaren (Hukuk - İçtihatlar) ismini almıştır.

4) Bu hususta bakınız: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukukunun Umumi Esasları, 4 üncü bası, İstanbul 1951, sah. 126.

muayyen ve muntazam bir tarzda yapılması iktiza eder. İşte böyle bir teşebbüse İstanbul Hukuk Fakültesinin değerli ve çalışkan üç tedaris uzvu başlamış bulunmaktadır. Bu külliyyat bütün Türk hukukçuları için büyük faydalar sağlayacaktır. Bu itibarla, bu neşriyatla alâkadar olarak devamını sağlamak her Türk hukukçusunun menfaati icabıdır, çünkü bununla gerek nazariyatçının, gerek tatbikatçının işi çok kolaylaşmış olacaktır.

Türk İçtihatlar Külliyyatı ismini taşıyan bu eser iki cilt halindedir. Birinci cilt hususî hukuka, ikinci cilt ise âmme hukukuna ait kararları ihtiva etmektedir. Buraya yalnız Temyiz Mahkememizin kararları değil, fakat türkçeye tercüme edilerek hukuk mecmualarında münteşir İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları da ilâve olunmuştur.

Hususî hukuka tahsis edilmiş bulunan birinci cilt, medenî hukuk içtihatları ile başlamaktadır. Burada Medenî Kanununun madde sırası takip edilmiştir. Bu suretle, evvelâ, şahsın hukuku ve bunu müteakip de, aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku (aynî haklar), borçlar hukuku içtihatları başta gelmektedir. Medenî hukuktan sonra, ticaret hukuku ve daha sonra da iş hukuku kararları ve toplulukla iş ihtilâflarına müteallik hakem kararları toplanmıştır. Bunu müteakip, medenî usul hukuku ve daha sonra icra ve iflâs hukuku içtihatları ile birinci cildin muhteviyatı sona ermektedir.

Âmme hukukuna tahsis edilen ikinci ciltte ise sırası ile, ceza hukuku (Ceza Kanunu, Hususî Ceza kanunları) Ceza Usul Hukuku (Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunu, Hususî Ceza Usulü Kanunları); İdare hukuku (vazife, ticaret serbestisinin tahdidî, istimlâk hukuku, köy hukuku, memur hukuku gayrimenkul ve maden hukuku, seçim hukuku, belediye hukuku, talebe hukuku); malî hukuk; resimler, ödenekler, müteferrik kanunlar (Telif Hukuku Kanunu, Asker Ailelerine Yardım Kanunu, borsa ücreti, oda aidatı, gümrüğe gelen malların çekilmesi) mevzularında içtihatlar ihtiva etmektedir.

Her iki cildin başında tahlilî fihristler bulunduğu gibi, ikinci cildin sonunda hem alfabe sırasına göre kelime endeksi, hem de kanun maddelerine göre yapılmış bir endeks mevcuttur. Bu fihrist ve endekslerin okuyucuların araştırmalarını fevkalâde kolaylaştıracağı şüphesiz bulunmaktadır. Ayrıca, her iki cilt İsmail Akgün Matbaası tarafından gayet nefis bir şekilde ciltli olarak basılmış bulunmaktadır.

Külliyyatın ön sözünden anladığımıza göre, eğer eser hukukçuların alâkasını çekecek olursa, bundan sonraki senelere, yani 1951 ve 1952 senelerine ait külliyyat neşredilirken her sene aynı zamanda geriye doğru giderek eski kararların da toplanması işine tevessül olunacaktır; «meselâ,

1951 kararları neşredilirken 1949 kararlarını, 1952 kararları neşredilirken 1948 kararlarını ayrıca takdim etmek çalışma plânına dahildir».

Kanaatimizce, müteakip senelere ait kararların neşrinde, tekerrür mahiyetinde olanları koymamak veya bunlardan gayet kısa bir şekilde (atıflarla) bahsetmek daha doğru olacaktır. Bu suretle, külliyyatın hacminden yapılacak tasarrufla, hiç intişar etmemiş bazı kararlara da yer vermek belki mümkün olabilecektir.

Türk İctihatlar Külliyyatının değerli müellifleri, yorucu bir mesai neticesinde meydana getirdikleri bu eserle Türk hukukuna pek faydalı olacak bir teşebbüste bulunmuşlardır. Bunun Türk hukukçuları arasında lâyük olduğu rağbeti görmesini 1951 ve 1952 senelerine ve müteakip senelere ait ciltlerin muntazaman intişarını candan temenni ederken bu eseri meydana getiren Prof. Dr. Saymen'i, Doçent Dr. Sahir Erman'ı ve Doçent Dr. Halid Kemal Elbir'i tebrik etmek benim için büyük bir zevk teşkil etmektedir. Bu eseri okuyucularıma hararetle tavsiye ederim.

Z. İ.



Erwin Rietzler, *Internationales Zivilprozessrecht* (Beitraege zum auslaendischen und internationalen Privatrecht), Walter de Gruyter Co. Berlin J. C. D. Mohr (Paul Siebeck) Thübingen 1949; 710 sahife.

Kısaca tahlil ve belirtmeye çalıştığımız bu eser, adalet hukukunun pek yeni bir dalını teşkil eden devletlerarası medenî usul hukukuna ve bu hukukun en canlı ve en aktüel meselelerinin izahına tahsis edilmiş olmakla medenî usul hukukuna yeni bir ehemmiyet kazandırmış ve bu itibarla yayımını müteakip mevcudu hemen satılıp tükendiği evvelâ Almanya'da ve sonra da Alman pozitif hukuk tatbikatının yeni inkişaflarını ve yeni Alman doktrinini yakından takip eden Alman komşu memleketlerinde, hususile Avusturya, Fransa, Belçika ve İsviçrede takdir edilerek site edilmiştir¹. Bu cümleden olmak üzere Avusturyada Satter, İsviçrede Fritzsche'den ve eserlerinden bahsedilebilir. Bu suretle Erwin Rietzler sözü geçen eserle sadece ilim erbabını tatmin eden derinliğine bir etüt vermekle kalmayarak, aynı zamanda medenî hukukun ve bilhassa pratik hususî hukukun can damarı, mihrakı mesabesinde olan adalet hukukunun pek yeni bilim dallarından birinin temellerini işlemeye başlamış bulunmaktadır.

1) Eserin yeni basısı hazırlanmış olup yayınlanmak üzeredir.

Uluslararası medenî usul hukuku eseri yeni adalet hukukunun en canlı mevzularından birisini teşkil etmekte ve ihtiva ettiği mütenevvi meselelerle beslediği devletler hususî hukukunun geniş ve şayanı dikkat bir tatbikatını göstermektedir. Böylece bundan dört yıl evvel Freiburg Üniversitesi medenî usul Ord. Profesörü Adolf Schönke'nin üzülererek işaret etmiş olduğu harpten sonraki Alman hukuk literatüründe materiel fıkdanı gittikçe azalmaktadır.

Alman hukukçuları arasında ilmi otoritesinden takdirle bahsedilen Münich Üniversitesinin tanınmış öğretim üyelerinden Profesör Dr. Erwin Rietzler tahlile çalıştığımız bu yeni eserinde de aşağıda kısaca işaret ettiğimiz pek çok hususî ve orijinal görüşlerini açıklamış bulunmaktadır.

Ehemmiyetinden ötürü okuyucularımıza takdim ettiğimiz uluslararası medenî usul hukuku eseri XII bölüme tefrik edilmiş ve bu suretle birinci bölüm mevzua taallük eden meselelerin umumî izahına; ikinci bölüm muhtelif meseleleri belirten mefhumlara ve bu mefhumların uluslararası medenî usul hukuku bakımından taşıdıkları mânalara; üçüncü bölüm kaza hakkı ve beynelmilel salâhiyet kurallarına ve bu hak ve kuralların muhtelif devlet mevzuatı muvacehesinde şümül ve hudutlarına; dördüncü bölüm dâva ve medenî muhakeme usulünde yabancıların haklarına; beşinci bölüm derdest dâvalara; altıncı bölüm delillere ve ispat vasıtalarına; yedinci bölüm yabancı hukukların ispatı hak ve mükellefiyetlerine; sekizinci bölüm nihai kaza mercilerinin salâhiyetlerine; dokuzuncu bölüm yabancı mahkeme kararlarının tenfiz ve icrasına; onuncu bölüm tahkim, hakem mahkemeleri ve hakem kararlarına; onbirinci bölüm cebri icraya, ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbirlere; ve onikinci bölüm istinabe meselelerine tahsis edilmiştir.

Müellif, sözü geçen bu bölümleri gösteren eserin tahlili, analitik fihristinde bölümlerin tâli kısım ve teferrüatlarını göstererek araştırmaları kolaylaştırdıktan başka terim ve yabancı mefhumları belirten fihrist ve bu fihriste işaret ettiği sahife numaraları ile pek mebzul ve istifadeli olan yeni mefhumları mücerret araştırabilmek imkânlarını da sağlamıştır; kezaik eserin nihayetine vazetmiş olduğu müstakil bir netice kısmında eserin ihtiva ettiği çeşitli meselelerin canlı bir icmalini yapmış ve bu kısmın sonuna bir de bibliografi eklemiştir.

710 büyük kitap sahifesine baliğ olan eserinde müellif, en ziyade kaza hakkına ve bu hakka dayanan beynelmilel salâhiyet kurallarına ehemmiyet vermiş ve bu bahse o nisbette geniş bir yer tahsis etmiştir. Gerçekten, bu bahsi teşkil eden üçüncü bölümdeki izahat 216 sahifeyi ihtiva etmektedir.

Kaza hakkı ve salâhiyet mevzuunda müellifin ilk meşgul olduğu mesele mevzua delâlet eden mefhumların muhtelif devlet mevzuatını da nazarı itibare alarak hukuk dil ve literatüründeki ilmî mânalarının tayini olmuştur. Müellif sözü geçen mefhumların mâna ve şümuellerini uluslararası bir ehemmiyetle tayin edebilmek için Alman, Avusturya, İsviçre, Fransa, İtalya, Yunanistan, İngiltere, Belçika ve Amerika gibi muhtelif devletlere mensup yirmidokuz müellifin devletler hususî hukukuna dair eserlerini tetkik etmiştir.

Müellife göre, sözü geçen mefhumların ilmî mânalarını bugünkü telâkkilere müsteniden tespit edebilmek için bu mefhumların orijinleriyle sadece mânaların mukayese edilebilmesi noktasından meşgul olunmak lâzımdır. Bu suretle kaza (Gerichtsbarkeit) mefhumunun asli olan eski Roma hukukçularının kullandıkları iurisdiction teriminin sadece muzaaf mânasına, yani devlet makamlarının icraî adalet edebilmek salâhiyetleriyle Pretörler hukukunun adli müzaherete dair ediktlerine kaide vazede-bilmek yetkilerine işaret edildikten sonra (Heumann - Seckel) in eski Roma hukukunun kaynaklarına dair mufassal kamusunun (Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts) iurisdiction terimine, mefhumun orta çağlardaki mânaları için de (Du Cange) nin maruf lâtince (Glossarium mediae et infimae latinitatis) eserine³ atıfta bulunulmakla iktifa olunmuştur (shf. 199). Bu arada müellif kaza hakkına delâlet eden (Gerichtsbarkeit) ve (jurisdiction) terimlerinin kadim Romada olduğu gibi bugünkü Alman, Fransız, hattâ Angloamerikan hukuklarında da çeşitli mânalarını kaybetmemiş olduklarını kabul etmektedir; gerçekten, bilhassa işaret olunduğu gibi bu terimler bir yandan mahkemelerin mutlak salâhiyetleriyle karıştırılmakta, öte yandan yargılama hakkı ve bu hakkın şümüülü (Jurisdiktionsbereich) mânasına alınmakta, bazen bir mahkemeye tâbî olma (die Unterwerfung unter ein Gericht), bazen de hakkı teslim ve hüküm verme şeklinde tezahür eden adliye kuvveti (Gerichtsgewalt) mânalarında kullanılmaktadır. Fransızcanın (jurisdiction) terimine gelince, bu terim de mâna itibarile daha ziyade adliyenin umumî faaliyetine (gerichtliche Taetigkeit) hasredilmiştir. Meselâ, bu mânada olarak 28 Mart 1934 tarihli kararnamede (... de la compétence de toute juridiction) denmiş; kezaik Fransız doktrininde de Fransız kazasından bahsedilirken kullanılan (jurisdiction française) terimi ile umumiyetle Fransız mahkemelerinin salâhiyetleri (compétence des tribunaux français) ve iştigal mevzuları kastedilmiştir (shf. 200).

3) C. IV, S. 467 (1885).

Müellife göre, bugünkü telâkkide kaza biri objektif, diğeri sübjektif mânada hakların tevzi ve teslimine matuf adli bir faaliyettir. Mahkemelerin âmme otoritesini kullanarak hakkın korunmasına matuf kanuni faaliyetleri objektif mânada kaza hakkının kullanılmasıdır. Mahkemelerin objektif kaza hakkını kullanarak kanunun tanıdığı ve dâva hakkı ile teyit eylediği hakları sahiplerine teslim etmesi ise sübjektif kaza faaliyetidir. Bu suretle kaza ister objektif, ister sübjektif mânada kullanılsın adaletin teminine ve hukukun gayesini gerçekleştirmeye matuf adli bir faaliyetten ibarettir. Hukukun gayesi, beşeriyetin sulh ve sükûnunu temin etmek olduğuna göre bızatihi adalet mefhumu da bu gaye içerisinde mündemiç bulunmaktadır; çünkü, hakiki mânasında sulh ve sükûnun temin edilmiş olduğu hiçbir yerde adaletsizlikten bahsetmeye imkân yoktur. Bu noktadan mahkemelerin faaliyet sahalarına dahil olan pek çok meselelerin tenevvüü sübjektif mânada kaza hakkını asla takyit etmiş olmaz.

Müellif kaza hakkına vüzuh veren filozofik fikirlerinden sonra eserinin yine bu üçüncü bölümünde milli mahkemelerin kendi aralarında salâhiyetlerini takyit eden Alman Hukuk Usul Kanununun vazife ve salâhiyet kurallarının izahını mevzu haricinde addederek bilhassa devletlerin ve milli mahkemelerin yabancılar üzerindeki kaza hakkı ile yabancılara tatbiki kabil kanun hükümleri ve yabancılarla yerliler arasındaki ihtilâflarda hangi mahkemenin salâhiyeti kabul olunmak gerektiği meseleleri üzerinde durmuş ve verdiği geniş tafsilâtı şu esaslara bağlamıştır:

a) Kaza hakkı, bu hakkı bahşeden kanun yapma hakkı gibi devletlerin hakimiyet hukukundandır; bu noktadan hiçbir kanun yabancı devlet kaza organlarının faaliyet sahasını takyit veya genişletemez; yabancı kanunun bu babda ihtiva edeceği hükümler ne yabancılara, ne de yabancı otoritelerine herhalde bir hak veya salâhiyet bahşedemez; her devlet yalnız kendi tâbiyetinde bulunan makamların kaza hak ve salâhiyetlerini tayin veya takyit edebilir; bu cümleden olarak Alman kanunlarının bir dâvada yabancı bir mahkemenin salâhiyetini kabul eden hükmü tatbik olunarak dâva Alman mahkemelerinin kazası dışında olduğundan bahsile reddedilmiş olmasına rağmen bahis mevzuu olan yabancı mahkeme dâvaya bakmaya mecbur değildir; çünkü, Alman kanunlarının yabancı mahkemeye salâhiyet veren hükümleri yabancı mahkemeleri bağlamaz;

b) Devletlerin yabancı kanunların kaza veya salâhiyet hükümleri üzerindeki tasarruf ehliyetleri yabancı devlet kanunlarının yabancı mahkemelerin kazasını kabul eden hükümlerinin benimsenerek bu hükümlerin milli mahkemelerce tatbikine cevaz verilmesine inhisar eder;

c) Yabancı kanunların millî ülkede tatbiki istisnâî bir hal olup tamamen âmme intizamına bağlı bulunmaktadır; bu suretle yabancı bir kanunun millî ülkede tatbikinden âmme intizamının ne zaman bozulduğu keyfiyetinin takdiri de dâvanın ikame olunduğu millî mahkemenin mutlak takdirine tâbidir.

Müellife göre, İtalyan hukukunda da salâhiyet mefhumu kaza hakkına bağlanmıştır (lagiurisdizione e la competenza).

Eserin yine bu üçüncü bölümünde müellifin üzerinde ehemmiyetle durduğu meselelerden birisi de devletin kaza salâhiyetinin tahdididir (Begrenzung der staatlichen Zuständigkeit). Bu meseleyi evvelâ esas itibarile (grundsätzlich) ele alan müellif izahatını Alman, Avusturya, İsviçre, Fransa, İtalya, İngiltere mevzuatına veya doktrinine göre mukayeseli metotla kıymetlendirdikten sonra kendisine has fikirlerini şu esaslar etrafında belirtmiş bulunmaktadır:

Müellife göre, devletlerin kaza salâhiyetleri kendilerine karşı bir bütün, bir vahdet teşkil ettiği gibi bu salâhiyetin milletlerarası şümulü birbirlerinden farklı surette genişletilebilmek için muayyen bir hukukî mesnet yoktur. Gerçekten, ilmî icaplar itibarile olduğu kadar gerek millî menfaatler, gerekse muahedeler devletlerin kazaî salâhiyetlerinin milletlerarası şümulünü farklı kılmamaktadır. Devletlerin milletlerarası kazaî salâhiyetlerini tayin ve takyit eden umumî bir kanun da mevcut değildir. Binaenaleyh, milletler cemiyeti sağlam temeller üzerinde teşekkül etmeden böyle beynelmilel umumî bir kanun tedvin olunamayacağına göre, aktüel olmakta devam edecek olan bu meselenin şimdilik ilmî bakımdan tavzihindeki zaruret meydandadır.

Müellifin kanaatine göre, devletin kaza hâkimiyeti (Justizhoheit), onun hâkimiyet haklarından (Hoheitsrechte) olmakla beraber birçoklarının kabul ettiği gibi millî hudutlarla değil, millî bünye ile ve aynı zamanda gerek fertler, gerekse fertlerle devlet arasındaki içtimaî münasebetlerle mahdud olduğunu kabul etmek lâzımdır. Bu noktadan bir devlet kanunu muayyen bir hukukî ihtilâfta yabancı devlet mahkemesinin kazaî salâhiyetini sarahaten tahdit etmemekle beraber ihtilâfın millî bünyeye veya içtimaî münasebetlere taallük etmesi halinde salâhiyeti tayin edecek olan hukukî münasebet veya mesnet bakımından yabancı devlet mahkemesinin salâhiyetini tayin etmek mümkün değildir. Bu husus bilhassa yabancı devlet mahkemesinin salâhiyetini sarahaten tayin etmemiş olan bir kanunun salâhiyete esas teşkil etmek üzere kabul ettiği şartların ve bu şartlara nazaran salâhiyetini tayin ettiği mahkemenin yabancı memlekette bulunması halinde mevzuubahis olmaktadır. Gayrimenkul dâvalarında gayrimenkulün bulunduğu mahal mahkemesine

salâhiyet-veren hükümler bu cümledendir. Kezalik yine sözü geçen kaide bir devlet kanununun yabancılar milli ülkede vatandaşlarla aynı dâva hakkını tanınması halinde dâva milli bünyeye veya yabancı devleti ilgilen-diren münasebetlere taallük etmedikçe yabancı mahkemenin salâhiyeti taayyün etmiş olmayacaktır. Binaenaleyh, 31 ekim 1925 tarihli Alman-İtalyan ticaret muahedenamesinde olduğu gibi bu hususun muahedenamelerde ayrıca derç ve tasrih olunması zaittir. Gerçekten, müellife göre, Fransa hariç bırakıldığında hemen ekser devletlerin mevzuatında milli mahkemelerin kazaî salâhiyetlerinin tayininde yabancılar ayırt olunma-yarak (Grundsatz des freien Zugangs zu den Gerichten - libre accès aux tribunaux) kaidesi gereğince dâva hakkı yerli ve yabancılar arasında takyit olunmamıştır (shf. 216); Fransada ise bu mesele Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununda değil, bilâkis Code Civil'in üzerinde hayli münakaşalar yapılmış olan 14 ve 15 inci maddelerile tanzim olunmak istenmiş ve netice itibarile hususile yabancılar arasındaki dâvalarda Fransız mahkemelerinin salâhiyeti muahedenamelerin hususî hükümlerine bağlanmıştır. Bununla beraber müellif 4 numaralı notunda işaret ettiği muhtelif kaynaklara⁴ dayanarak Fransız mahkeme içtihatlarında sözü geçen Code Civil hükümlerinin ve metinde yer alan «obligations contractées» terimi geniş tefsir edilerek bu terimin mukavelevî borçlardan başka şibih akitlerden, kanundan, haksız fiillerden ve şibih cürümlerden doğan borçlara da teşmil ettirilmiş olduğuna işaret etmektedir (shf. 276).

Yine müellifin noktai nazarına göre, devletlerin kaza haklarının tahdidinde âmil olması lâzım gelen milli bünye ve içtimaî münasebet mefhumları objektif olarak düşünölmek lâzımdır. Nitekim, Alman devletler hususî hukukunda bu esastan hareket olunarak Alman mahkemelerinin kaza salâhiyetleri kaide olarak ne milli hudutlarla, ne de tarafların yerli ve yabancılik yahut da dâvacı veya dâvalı sıfatlarına göre tahdit olunmamıştır. Bu esaslardan mülhem olan Alman Medenî Usul Kanununda yalnız dâva hakkının kanunî şartları tayin olunmakla iktifa edilmiştir. Müellif bu yoldaki fikirlerine mesnet olarak Alman Medenî Usul Kanununun 55, 110, 114; Alman Medenî Usul Kanununa methal kanunun 24 ve Alman Adalet Teşkilât Kanununun 18 inci maddelerine işaret etmekte ve yukarıda sözü geçen kaideye Alman mevzuatında kabul olunan istisnalarla Medenî Usul Kanununda derpiş olunan dâva ehliyeti (Prozessfaehigkeit) ile taraf olabilmek ehliyeti (Parteifaehigkeit) gere-

4) Surville a. a. O., S. 398, S. 600; Pillet - Niboyet, Manuel N. 575, S. 656; Cour de Cass. 12 Ağustos 1872, Dalloz Pér. 1872, I, 293; cour de Rennes 21 Aralık 1887, Dall. Pér. 1889, II, 145.

ğince millî ülkede yabancı devlet hukukunun tatbikini istilzam ettiren şartların tarafların sıfatlarına tâbi tutulamayacağını kabul etmektedir. Bununla beraber müellif millî mahkemelerin beynelmilel salâhiyetinin bunu doğrudan doğruya kabul eden bir kanun hükmüne değil, bilâkis devletler hususî hukukunun «actor rei forum sequitur» kaidesi gereğince yine millî kanununun mahallî salâhiyet hükümlerine dayandığını belirtmiştir.

Taraf iradesinin salâhiyet üzerindeki tesiri (Einfluss des Parteiwillens auf die Zustaendigkeit) münakaşa olunan eserin üçüncü bölümünün üçüncü faslında da tarafların iradeleriyle kaide olarak kanunla veya İngiliz common law'ın da olduğu gibi mahkeme içtihatlarıyla kabul olunan teamül hukuku veya muahede yahut devlet andlaşmalarile taayyün eden beynelmilel salâhiyet kaideleri üzerinde bazen mutlak surette, bazen de İtalyan Medenî Usul Kanununda olduğu gibi nisbî olarak tasarruf edebilecekleri haller gösterilmiştir.

Müellifin bu konuda tespit ettiği esaslara nazaran, hangi memlekette veya hangi tâbiyette olursa olsun tarafların irade muhtariyetleri ve onların bu husustaki (prorogation) ları ancak aktettikleri mukavelenamelerin icra olunacağı ve hukukî neticelerini husule getireceği memleketin âmme intizamından olan üstün hukuk kaideleriyle takyit olunmak lâzımdır; bu noktadan bir aktin mevcudiyet veya sıhhat şartları yalnız teşekkül ettiği mahallin kanununa tâbidir ve bu keyfiyet ne devletler hususî hukuku, ne de uluslararası medenî usul hukuku bakımından mukavelenamenin yabancı memlekette icrasına veyahut da hüküm ifade etmesine mutlaka mani olmamaktadır; çünkü mukavelenamenin icra olunacağı yabancı devlet kanununun işbu mukavelenamenin mevcudiyet veya sıhhat şartlarının akit yeri kanuna göre resen tahkikini emretmesinde kayde değer bir menfaat yoktur. Aktin icra olunacağı mahallin umumî menfaatlerine dokunmayan bir mukavelenamenin icrasında but-lanı istemek haklı ancak âkitlere raci olabilir. Binaenaleyh, tarafların irade muhtariyetleri aktettikleri mukavelenamelerin neticelerini diledikleri yabancı kanun hükmüne tâbi tutabilmelerine de şamildir ve bu irade ancak aktin icra olunacağı veyahut da hukukî neticelerini husule getireceği mahal kanunun âmir hükümleri ile takyit olunmuş addolunabilir. Müellif bu husustaki fikirlerini devletler arasında şimdiye kadar bu tatbikatın aksini derpiş eden bir muahedename gösterilmemekle de teyit etmeye çalışmıştır.

Kısaca, müellifin tebarüz eden noktai nazarına göre, beynelmilel medenî usul hukuku sahasında hususî şahıs, tarafın iradesindeki muhtariyeti, aktetmek istediği mukavelenamenin neticelerinin tayininden evvel

zati mahiyeti bakımından takyit olunmakla beraber aktolunmak istenilen mukavelenamenin hukukî netice husule getireceği memleket kanununa muhalif olmaması akit yeri kanununun mutlaka müdahalesini bertaraf etmek hususunda sebep teşkil etmemektedir. Bu bakımdan akit yeri kanununun âmme intizamından olan hükümlerine muhalif bulunan bir mukavelename hukukî neticelerini husule getireceği memleket kanununa muhalif olmadığı için sırf bu kanun gözönünde bulundurulur ve akit yeri kanunu herhalde ihmal olunmak suretile muteber addolunamaz. Yine bu esasın bir neticesi olmak üzere âkitlerin aktettikleri mukavelenamenin tâbi tutulacağı kanunun tayinine taallük eden iradeleri de her şeyden evvel akit yeri kanununun âmme intizamından olan hükümlerle takyit edilmiş addolunmak lâzımdır. Bu noktadan da âkitler hukuken muteber addolunabilecek iradelerini her iki kanunun ancak tefsiri hükümleri üzerinde serbestçe kullanabilirler.

Müellifin bu konu üzerinde ehemmiyetle durduğu meselelerden birisi de tarafların mahkemenin beynelmilel salâhiyeti gibi usulî muameleleri de iradelerle tayin edip edemeyecekleri keyfiyetidir. Müellif bu konuda hattâ özel uzlaşmaların yabancı memlekette aktolunmaları halinde bile buna taraftar görünen Alman mahkeme içtihatlarına⁵ işaret ettikten sonra tarafların bu husustaki iradelerini mutlak surette bağlayıcı addetmeyip, belki zamanla kayıtlamak ve ehliyet şartına bağlamak gerektiğini ve binaenaleyh tarafların ihtilâf halinde bulunmadıkları usulî muamelelerin şeklini aralarında kararlaştırabilecekleri gibi dâvanın ikamesinden önce kararlaştırarak şeklini tayin etmiş oldukları usulî muamelenin tayin olunan şekil haricinde ifasında ısrar edilemeyeceğini ve bu hususta lex fori'nin mutlaka tatbiki için ne taraflardan birinin, ne de mahallî adalet otoritelerinin ısrar edebilmesi için hukukî bir mesnet bulunmadığını, diğer taraftan bu husustaki iradenin dâva ehliyeti olmayanlar (prozess-unfaehigen) tarafından izhar edildiğinde herhalde nazarı itibare alınmayacağını ve Alman Yargıtayı tarafından da müstakar içtihatlarında belirtilmiş olduğu gibi bu şartın hususile lex fori bakımından incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Müellif bu bahiste tarafların iradelerle mahkemelerin salâhiyetlerini büsbütün kaldıran tahkim mukavelelerinden de bahsetmiş ve tahkim mevzuunda taraf iradesinin gerek âmme hukuku kaideleri, gerekse kanunların âmîr hükümlerile mukayyet olduğuna, hususile medenî hukuk ihti-

5) RGZ. 159, 254 ff.; RG in Seufferts Arch. Bd. 89 Nr. 117, S. 249; Bayer. Oberst. LG. Entsch. Bd. 30 (1930), S. 359 (Zustaendigkeitsvereinbarung rein prozess-rechtlicher Vertrag; Warneyer Rspr. 1936, Nr. 162.

lâflarının halli için idare makamlarına veya idare mahkemelerine salâhiyet verilemeyeceğine, çünkü adliye ile idare arasındaki hudutların kanunların âmir hükümlerile tayin olunduğuna, keza müracaat yolları açan kanun hükümlerinde de tasarruf olunamayacağına işaret etmiş ve bu husustaki fikirlerinde Avusturya kanunundaki sarîh bir hükümden mülhem olmuştur⁶⁾.

Müellife göre, (prorogatio fori) meselesinde de tarafların irade muhtariyetleri kanunun emredici mahiyette olmayan hükümlerine müstenit salâhiyet hükümlerine taallûk etmektedir. Bu bakımdan millî bir mahkemenin salâhiyeti, mensup olduğu memleketin millî hukukuna müsteniden nasıl tayin edilebiliyorsa yabancı bir devlet mahkemesinin salâhiyeti de aynı esaslar dairesinde tayin olunabilecektir. Bu noktadan bir devletin millî kanunlarının âmme intizamından olan emredici hükümlerinin taallûk ettiği sahada mukavele yolunda serbest irade ile millî mahkemelere olduğu kadar yabancı devlet mahkemelerine de salâhiyet vermek kabil değildir. Çünkü, aksi takdirde bu yolda izhar edilmiş olan irade millî kanunun mâni hükümlerine taarruz etmekle bu hükümler muvacehesinde hükümsüz addolunacaktır. Şu hale nazaran bu hususta mevzu bahis olan iradenin muhtar olduğu ancak elektif salâhiyet sahasıdır.

Hülâsa, tahlil ve belirtmeye çalıştığımız eserde daha nice meseleler üzerinde durularak orijinal görüşler ileri sürülmüş ve, devletlerarası adalet hukuku münasebetlerine müteallik halli oldukça güç mütenevvi usulü muhakeme problemleri sadece vaz'olunmakla kalınmayarak lojik ve rasyonel esaslara dayanan hal suretleri de gösterilerek ilmi bakımdan kıymetlendirilmişlerdir. Bu suretle bahis konusu edilen teknil meselelerin teşrih ve tavzihinde ilmi hüviyetini daima muhafaza edebilen sözü geçen eser cidden tavsiyeye şayan bulunmaktadır.

N. M. B.

6) JN § 104 Abs. 2.