

## HUKUKUN TATBİKİ HAKKINDA YENİ GÖRÜŞLER VE İSVİÇRE MAHKEME İÇTİHATLARI<sup>1</sup>

Yazan: *Claude du PASQUIER* Tercüme eden: *Doç. Dr. Jale G. AKİPEK*

### I — *Modernizm* :

İhtilâl devri, onun arkasından Napolyon devri zahiren birbirine zıt gibi görünen iki yenilik getirdi. Bir taraftan Fransada mutlakiyetçi krallığa son verildi. İnsan haklarının resmen ilânı suretiyle devletin keyfi selâhiyetlerine karşı fert imtiyazları kuruldu. Hatta 1791 tarihli insan hakları beyannamesi resmen ve alenî olarak ikinci maddesinde istibdada (baskıya) karşı koymak hakkını tanıdı. Diğer taraftan Rousseau'ya imtisalen "umumi iradeye (Volonté générale)" mutlak bir kıymet izafe edildi; bu da, kanuna karşı âdeta ilâhi mistik bir hürmet tesisine müncer oldu. Aşağı yukarı bütün XX. asır zarfında Fransız hukuk tefekkürü bu iki büyük fikir cereyanıyla beslendi ve bunlardan birinin diğerini zayıflatmasına meydan vermeden her ikisinin de birlikte aynı zamanda mevcudiyetlerini idame ettirmelerini temine de muvaffak oldu. Mafih ferdiyetçi görüşün (individualisme) bilhassa âmme hukuku nazariyeleri üzerinde tesirlerini göstermiş olduğu, kanunun mutlakiyeti görüşünün ise medenî hukukun tefsirinde hakim olduğu da doğrudur.

Her ne kadar Almanya'da Hukuk ilmi, mihverini teşkil edecek (Code Napoléon) Napolyon Kodu gibi büyük bir teşriî esere sahip olma-mışsa da, hâkimin kanuna körü körüne sadakatı prensibi orada da açıkça ifadesini bulmuştu. Savigny maruf dört (gramatikal, mantıkî, tarihî, sistematik) tefsir usulü nazariyesini kurmuş ve - kanaatimizca bazan yersiz olarak "Freirecht (Serbest Hukuk)"<sup>2</sup> mektebinin öncüsü olarak telâkki edilen - Ihering hâkimi sıkı bir surette hukuk tekniğinin boyunduruğu altına sokmuştu. "Müşahhas bütün vakaları bir tarafa bırakmak, hâdiseyi

1) Extrait du Recueil de Travaux offert par le Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel à la Société suisse des Juristes à L'occasion de sa réunion à Neuchâtel 15-17 septembre 1929. "Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse.

2) "Freirecht" hâkimin serbest hukuk kaidesi koyabilmesini ifade eder. (Çev. notu).

kanun tarafından öngörülen mücerret duruma irca etmek, onu adetlerin ons (onces) veya livr (livres) frank veya santimi gösterip göstermemele rinin ehemmiyeti haiz olmadığı bir riyaziye meselesi gibi hal etmek, işte hâkimin hakiki vazifesi budur"<sup>3</sup> diyordu.

XIX. asrın sonu ve XX. nci asrın başı nazari konstrüksiyonlara ve kanun metinlerinin mutlak hegemonyasına karşı vaki ayaklanmalarla temayüz eder. Mahkemeleri bu esaretten kurtarmak, kararlarına biraz daha fazla yumuşaklık getirmek, hayat ile mahkeme içtihatları arasında devamlı bir irtibat tesis etmek, bu geniş hareketin gayeleri işte bunlardı. Almanya ve Avusturya'da hareketleri bazan sert bir şekilde tezahür etmiş olan ilk reformatörler "Freirecht (serbest hukuk)" bayrağı altında meydana çıkmışlardı. Fransa'da Nancy Hukuk Fakültesi Dekanı Gény'nin büyük eseri 1899 da "tefsir metodu ve müsbet hususi hukukta kaynaklar" başlığı altında intişar etmiştir. Muharrir "serbest ilmi araştırmayı" iltizam ettiği bu eseriyle bir devir yarattı. Bu mücadelenin tarihi bir çok defalar hem de mükemmel bir şekilde yazıldı. Buna tekrar dönmeyeceğiz. Bu hususta Prof. Hans Reichel'in 1915 de intişar eden "Gesetz und Richterspruch" daki açıklamalarıyla Gény'nin yukarda bahsettiğimiz eserinin 2. basısına 1919 da ilâve ettiği epiloga (épilogue) yollamakla yetineceğiz. Bu münakaşalar esnasında İsviçre Medeni Kanununun birinci maddesinin yazılış şekli ve kabulü Avrupa'da büyük bir hâdise teşkil etti. Yenilik taraftarlarının en ileri gidenlerine ayak uydurmadan hakimane bir itidal hududu içinde kalan bu madde, hâkimin kanun karşısındaki vaziyetini, oldukça yeni bir ışık altında gösterdi. Her ne kadar maddede kanunun üstünlüğü prensibi muhafaza edilmişse de, kanun koyucu eserinin her şeye kâfi gelmediğini kabul ediyor, örf ve âdete ikinci derecede bir kıymet izafe ediyordu. Mevzuatın mantıkî tamamıyeti hakkındaki görüşü bir tarafa bırakarak hukukda boşlukların mevcudiyeti halinde, kendisi kanunun vazıı olsaydı vazedeceği kaidelere göre hüküm verme hususunu hâkime bırakıyordu.

Kanunumuzun bu ilk maddesi bizde şayanı dikkat çalışmalara vesile teşkil etti<sup>4</sup>. Maddenin getirdiği prensipleri tasvip hususunda umumiyetle ittifak edildi.

3) Zweck im Recht, trad. Meulenaere. s. 264.

4) Reichel'in zikrelediğimiz eserinden başka, bilhassa Gmür'ün monografisini "Die Anwendung des Rechts nach Art. 1. des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Bern 1908) ve Egger'in 1913 de "Schweizerische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft" adıyla neşredilen iki Rektörlük nutkuna işaaret edelim. "Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung (1925) ile Prof. W. Burckhardt meseleyi daha ziyade âmme hukuku bakımından incelemiştir.

Yabancı memleketlerde yanardağ hâlâ indifa halindedir. Almanyada mesele adalete itimatsızlık krizi diye adlandırılan mevzu karşısında yenden günün konusu olmakta ve bu hususta hâlâ pek çok neşriyat yapılmaktadır. 1925 de kurulan bir mecmua Die Justiz, hukukçuların zihniyetini değiştirmeyi kendisine program ittihaz etmiştir. Mecmua, hukuk tekniğinin kullanılmasına lüzumundan fazla ehemmiyet atfetmek ve mahkeme içtihatlarının insanî cephesini feda etmek suretiyle kıymetler silsilesini alt üst ettiklerinden bahisle hukukçuları muaheze eder.

Fransız Temyiz Mahkemesini, kararlarını içtimaî müesseselerin tekâmül seyrine uydurabilmek hususunda her zaman gösterdiği büyük maharet sayesinde mesele Fransa ve Belçika'da şüphesiz daha az ehemmiyet arz eder. Bununla beraber Durckheim'in sosyolojik mektebi hukuk felsefesi üzerinde tesirlerini göstermemelik edemezdi. Gény'nin eseri zihinleri harekete getirmişti. Yeni neşriyat arasında evvelâ Prof. Bonnacese'nin "L'école de l'exégèse en droit civil" adlı eserini zikretmelidir. Muharrir Napolyon Kodunun (Code Napoléon) eski şarihleri tarafından benimsenen metodları tenkit ederek "ilmi (scientifique)" olarak adlandırılan mektebin getirdiği yeniliklerin zaruretini gösterir. Aynı muharririn 1928 de intişar eden "Science du droit et romantisme" adlı eseri aynı neviden meselelerden bahseder. İlk olarak hâkimin kanunla sıkı sıkıya bağlı olduğu saha ile serbestçe hareket edebileceği sahayı ayırmak hususunda bir kıstas vazden Belçika'lı hâkim Henri de Page'dir. Müellifin "de l'interprétation des lois" ismiyle adlandırdığı 1925 de intişar eden iki ciltlik eseri, pratik bir mahkeme içtihatları felsefesini sağlam temeller üzerine inşa etmek hususunda şimdîye kadar yapılan teşebbüslerin en noksansız olanıdır.

Muhtlif müellifleri birbirinden ayıran bazan çok açık olan farklar bir tarafa bırakılırsa Almanyadaki Freirecht mektebi ile Fransa'daki ilmi mektep arasında hatırı sayılır ayrımlıklar mevcuttur. Biz modernizm (modernisme)<sup>5</sup> terimi altında sadece kanunun rolünü hâkimin rolü lehine daraltmak ve hâkime gerçekten yaratıcı bir fonksiyon vermek istiyen bugünkü temayülü kastediyoruz.

Öncülerinin yazıları içinden alâkâmızı çekecek olanlar mevzuatımız ve İsviçre mahkeme içtihatları hakkındaki rey ve mütalâalara dair olan kısımlardır. Bunları, gösterdikten sonra onları bilhassa Federal Mahkemenin hukukî meselelerdeki tatbikiyetiyle karşılaştırmaya çalışacağız. Bu

5) Bu isim bizzat Fuchs tarafından 1909 da Die Gemeinshädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz adlı eserinde kullanılmıştır.

mevzu öyle zannediyoruz ki ne alâka çekici ve ne de günlük aktüel bir mevzu olmaktan uzaktır. 1928 Eylülünde İsviçre Hukukçularının Zürich'teki toplantılarını açık nutkuyla da reis federal hâkim Oser bu ateşli meselelere temas ederek bu hususta geniş bir hülâsa yapmış ve eksejetik ilimler (Paragraphenwissenschaft) ile hisse müstenit mahkeme içtihatları (Gefühlsjurisprudenz) arasındaki farkları tebarüz ettirdikten sonra kanuna karşı hürmetin tarafını tutmuştu.

## II. "Freirecht (serbest hukuk)" mektebinin bugünkü gidişatı

Mefhuma müstenit mahkeme içtihatları (Jurisprudence de concept, Begriffsjurisprudenz) serbest hukuk mektebi (Freirecht) taraftarlarının daimi surette tenkidine maruz kalmaktadır. Belli başlı sözcüleri Karlsruhe'li avukat Ernst Fuchs'un onu zemetmek hususundaki talâkatı bitmez tükenmez ; bu içtihatların iskolastik zihniyetle meşbu olduğunu söyler ve bu görüş eski Cermen an'anelerinden değil, Roma hukukundan gelir der. Bu görüşe hâkim olan dedüktif muhakeme tarzı münhasıran sistematik mantık kaynağından çıkar. Ve asrımızın sosyal zihniyetini tamamiyle inkâr eder. Bu mektep bir meselenin yekdiğerine zıt hal tarzlarının da müdafaa edilebileceği en ince nuanslardan ve sonu gelmez münakaşalardan hoslanır. İşte vardığı neticelerin kararsızlığı ve emniyetsizliği de bundan ileri gelir.

Fuchs ve taraftarları hâkimi realiteleri müdrük bir adam haline sokabilmek için bu ukalalığı (pedantisme) yıkmak isterler. "Sadece mefhumları bilen hukukçu (Begriffsjurist) her şeyi bilir, hiç bir şeyi tanımaz"<sup>6</sup> olduğundan Fuchs ve taraftarları hukukçuyu daha Üniversite tahsili sırasında iken kollektif hayata karıştırmak isterler. Bu bilgiye dayanan hissi selimi (gesunder Menschenverstand) hukukçuya yerinde kararlar alabilmek hususunda nazari bütün kaidelerden daha büyük hizmetler görülebilir.

Şüphesiz ki kanun hâkim için zaruri bir vasita olarak kalmakta devam eder. "Freirecht" kelimesi kanuna karşı serbestliği (hürriyeti) değil, kanun fetişizmi karşısında hürriyeti ifade eder<sup>7</sup>. Kanun metinlerinin tatbiki körü körüne olmamalıdır, hâkim her şeyden evvel bunun ne gibi bir neticeye müncer olacağını nazarı itibara almalıdır. "Freie Rechtsfindung" hâkimin hukuk kaideleri koyabilme, serbestisini bu şekilde anlamak gerekir.

Zaten M.Fuchs alman mevzuatı arasına sokmak istediği prensipleri

6) Die Justiz t. IV, s. 154.

7) Die Justiz t. I s. 31.

bir kanun projesi halinde formüle etmiştir<sup>8</sup>. BGB'nin başlangıcına evvelâ İMK 2. inci maddesini aynen içine alan bir hüküm kor, sonra da şu maddeyi (paragraf) teklif eder :

“ 1 a. Allgemeiner Grundsatz für die Gesetzesauslegung.

Bei der Auslegung des Gesetzes haftet der Richter nicht an dessen buchstäblichem Sinn, Sondern erforscht seinen Willen und Geist. Dabei berücksichtigt er sowohl die wirtschaftliche und gesellschaftliche Bedeutung des Gesetzes als die Entwicklung der Verhältnisse”.

“1 b Streitfragen.

“Laesst das Gesetz verschiedene Auslegungen zu, so ist die vorzu ziehen, die den fortschreitenden Lebens-und Verkehrsverhaeltnissen am besten gerecht wird”.

“1 c Fortbildung des Gesetzes durch Richterrecht.

“Wo der Zweck des Gesetzes oder ein dringendes Bedürfnis des Verkehrs oder des Rechtslebens es erfordert, bildet der Richter das Gesetz fort durch einschraenkende, berichtigende und ergaenzende Rechtsregln”.

“Das gilt namentlich auch bei Neuersheinungen des Lebens.”<sup>9</sup>

Görüldüğü üzere bu proje bizim İMK I nci maddesinden evvelâ- bariz surette Sosyolojist temayüllü- tefsir prensipleri formüle etmesin-

8) De Justiz t. II s. 333.

9) (“1 a. kanun tefsiri hakkında umumî prensip.

“Kanunu tefsir ederken hâkim kanunun lâfziyla bağlı kalmayıp onun hakikî maksadını (iradesini) ve ruhunu arar. Bunu yaparken hâkim kanunun iktisadî ve içtimai mânasını olduğu kadar iş münasebetlerinin inkişafını da nazarı itibare alır”

“1 b ihtilâf halinde.

“Eğer kanun muhtelif tefsirlere imkân veriyorsa tekâmül halinde bulunan hayat ve iş münasebetlerine en uygun düşebilecek olan tefsir tarzı tercih edilmelidir.”

“1 c Hâkim tarafından kanunun geliştirilmesi).

“Kanunun gayesinin veya iş münasebetlerinin veya hukuk hayatının ihtiyaçları zarurî kıldığı ahvalde hâkim daraltıcı, genişletici ve tamamlayıcı hukuk kaideleriyle kanunu geliştirir.

“Yeni hayat tezahürlerinin vukuu halinde de bu veçhile hareket olunur”

den, sonra da 1 c. rakkamı altında hâkime hukukun inkişafına onu islâh edici kaideler vazetmek suretiyle müessir olma selâhiyetini tanınması bakımından farklıdır. “Hâkimin kanuna aykırı karar verme selâhiyeti (contra legem)” bu sistemde reddedilmiş değildir. Kanun bu suretle kazai kuvvetin elinde çok elâstiki bir madde haline girmiş olur.

Fuchs'un projesinde ikinci derecede kalmakla beraber enteresan olan bir husus da m. 313a olarak Z.P.O. (usûl kanuna) ilâve edilmek istenen mahkeme kararlarının gerekçesinde doktrinin, hukuk mesellerinin (adage) ve kanunu hazırlayıcı çalışmaların zikredilmesine dair olan memnuiyettir.

Bu suretle M. Fuchs alman mahkemelerinin kararlarını nazari mübahaselerle doldurmalarna mâni olmak, hâkimin nazarlarını ilimden uzaklaştırarak vakalar üzerine çekmek ister. Bu vakalar karşısında hâkim fertleri münferiden tek başına nazarı itibare almamalı hukuk süjesinin muasır cemiyet içindeki sosyal rolünü anlamaya çalışmalıdır<sup>10</sup>. Şu halde hâkim önüne gelen meseleyi cemiyetin iktisadi hududları, çevresi dahilinde inceliyecek, birbirleriyle tezat halinde bulunan menfaatleri bunların umumiyetle gurupların menfaatleri olduğunu da müdrük olarak tartacaktır. Ancak bundan sonradır ki bu zıt menfaatlerden hangisinin daha fazla himayeye lâyük olduğunu tâyin için bir kıymet hükmü verecektir.

Bu doktrinlerin gelişme istikameti, bilhassa Jutziz'in bazı mesai arkadaşlarında bariz bir şekilde siyasi sosyalizm (socialisme politique) temayüllüdür. Bunlara karşı yapılabilecek olan itirazları bir tarafa bırakarak, bunlar içinden hâkimin hürriyetine müteallik olan görüşlerini incelemekle iktifa edeceğiz.

B G B nin kazuistik (casustique) ve formalist anlayışına olduğu kadar ukalaca (pedante) tatbikine karşı yaptığı şiddetli tenkitlerde M. Fuchs çok kere bazı yabancı memleketlerin gerek mevzuatını, gerekse mahkeme içtihatlarını misal olarak gösterir. Bu hususta bizimkine en mûtena bir mevki verir. Eugène Huber “von Begriffsinflation frei, welt - und volkskundig”<sup>11</sup> (mefhum kalabalığından azade, dünyevi ve halkçı) olmasından dolayı kendisinde büyük bir hayranlık uyandırır.

Medeni kanunla hâkime büyük bir itimat göstermesinden ve hâkime “âdil ve hakkaniyete uygun hukuku” bulmak hususunda mükemmel

10) Die Justiz t. III s. 381.

bir mesnet temin etmiş olmasından dolayı İsviçre'yi tebrik eder<sup>12</sup>. İMK 1. inci maddesinin romano - skolastik (romano-scolastique) hukuk anlayışını inkâr etmiş olmasını tasvip eder<sup>13</sup>. Bu birinci maddede Fransız Medenî Kanununun projesinde yer almış bulunan ve "müspet kanunların (lois positives) kaynağı olan değişmez ve cihanşümul bir hukuk mevcuttur; bu, insanları idare eden tabii akıldan başka bir şey değildir"<sup>14</sup> diyen bir hükmün izlerine tesadüf ettiğini söylerken bu madde kendisine çok daha fazla şüphe ile karşılanabilecek bir tefsir tarzı telkin eder.

Fuchs'in mücadele arkadaşları arasında M. Ludwig Bendix hususi bir mevki işgal eder. Onun Layt-motivi (Leit-motiv) Alman hâkimlerinin mücerret mantık normlarını tatbik eder görünmelerine rağmen hakikatte şahsi zihniyetlerine, telâkkilerine ve arzulanna göre hüküm vermekte olduklarını tekrardan ibarettir. O suretle ki hakikatte bütün mahkeme içtihatlarına hâkim olan, akla uygun bulunmayan kuvvetlerdir. Yeni kitabının "Die irrationalen Kräfte der zivilrichterlichen Urteilstätigkeit" mevzuu da budur. R.G. in (Alman temyiz mahkemesinin) birbiri arkasından birçok kararlarını inceleyerek bunların resmi külliyattan aldığı gerekçelerini zikreder; sonra da, kendine nazaran "hakikî gerekçelerini" teşkil eden hususları yani kararların müelliflerinde mevcudiyetini farketdiği psikolojik saikleri gösterir. Meselâ satılmış olan bazı malların bedeline müteallik bir dâvada taraflar mukaveleyi farklı şekilde tavsif ediyorlardı. Bunlardan biri için mukavele satışı, diğeri için bir komisyon akti idi. Bedelleri, hakkaniyete daha uygun bir şekilde tâyin imkânını veren bu son görüş R.G. tarafından da benimsendi. M. Bendix bu hukukî inşa tarzını yersiz bulur. Hal ve şartlarda evvelce tahmin edilemiyen bir değişikliğin hukukî münasebetlerin tâdilini icap ettirdiğini kabul suretiyle de aynı neticeye daha kolaylıkla varılacağını söyler<sup>15</sup>. Diğer bir hâdisede R.G. bir alâmeti farika sahibi tarafından, alâmeti farikaların himaye edilmediği bir memleketten idhal edilen mallar üzerine Almanya'da bu alâmetin konmasının men'ine dair rakip diğeri bir firma aleyhine açılan davayı kabul etmişti. Muharrir R.G. yi böyle bir hal tarzını kabule sevkeden

11) Die Justiz t VI, s. 136

12) Die Justiz t I s. 350

13) s. g. e. s. 351

14) Die Justiz t IV. s. 146

15) Op. Cit s. 37 vd.

hakikî saiklerin imtiyaz sahibine inhisar temini arzusu olduğunu ileri sürdü, bu da kapitalist bir zihniyete işaretti<sup>16</sup>.

Netice olarak M. Bendix R. G. kararlarından adliye mensuplarının cemiyetin burjuva tabakalarına mensubiyetini ve sevk ve idare eden kuvvetlere karşı bir tesanüt hissi gösterdiklerini müşahede eder. Ona nazaran pozitif hukukun nüfuz ve tesiri sevk ve idare eden sınıfların faikiyetini idame ettirmek hususunda manevi bir vasıta (moyen intellectuel) olmaktan ileri gidememiştir. Hâkimler arasına muhtelif içtimaî zümrelere mensup kimseleri sokmak zamanı çoktan gelmiştir.

Burada biz tahripkâr ve oldukça kuvvetli bir marksist kokusu taşıyan bu nazariyelerin münakaşasını yapmaya tabiki girişemedik. Sadece hâkimlerde akla uygun olmayan temayüllerin galibiyetini göstermekle kalmayan lâkin aynı zamanda bunu medh ve sena eden bir telâkkiye muhalif olduğumuzu katiyetle beyan etmemiz kâfidir. İçtimaî mücadelelerin mahkemelere kadar sirayet etmesi halinde ne olurduk? Eğer "hukuku bu en mühim fonksiyonunda kendisinin tatbikine iştirak eden kolektif şahsiyetin gayrı mantikî (irrationel) temayüllerinin tezahürü (ein Ausdruck der irrationalen Gesamtpersönlichkeit der an ihr Beteiligten)<sup>17</sup> suretinde " anlamak icap etseydi adaletin tarafsızlığı ne olurdu?

Bizi, burada doğrudan doğruya ilgilendiren, M. Bendix'in İMK. nun 1. maddesine karşı yaptığı beklenilmeyen ve şaşırtıcı imadır. "Hayat nizamı (ordre des choses-Lebensordnung) hayatın tarihi tekâmülü neticesinde değişikliklere maruz kaldığı zaman - onun bir unsuru olan - hukuk kaidesi de ne sabit kalabilir ve ne de kalmalıdır. Bilâkis o da bu tekâmüle iştirak etmelidir. Aksi halde hukuk kaidesi ancak kendisini aşan bir muhtevayı sıkan ve hâttâ zorlayan boş bir kalıp olmaktan ileri gidemez. Clausula rebus sic stantibus her hukuk kaidesinde fitrî olarak mevcuttur. İMK'nın 1. inci maddesinin derin mânası da budur<sup>18</sup>.

### III — Fransız ve Belçika Sosyolojizmi (Sociologisme).

M. Gény'nin bu gün için artık klâsik olan doktrini, burada üzerinde durulmasını icap ettirmeyecek kadar herkesce bilinir. Zaten kendisi de bunu, hatırlanması gerekli bir şekilde hülâsa etmiştir: "İsviçre Medeni

16) Op. Cit. s. 79 vd.

17) Op. Cit s. 225

18) Op Cit s. 230



Kanununun 1. inci maddesindeki formül benim görüşlerimin en uygun bir hülâsasını verir"<sup>19</sup>.

Gény her ne kadar mevzuatımızın eşiğinde vazedilen prensibi bu suretle tamamen tasvip ederse de tatbikatının ne şekilde tezahür edeceği hususunda mütecessis görünmektedir. "1907 tarihli medenî kanunla kendilerine tanınan selâhiyetleri İsviçre mahkemelerinin veya idarecilerinin ne şekilde kullanacaklarını müşahede etmek ve bu suretle Alplerin ötesinde elde edilen tecrübelerle nazariyelerimizi kontrol edebilmek şüphesiz alâka çekici olacaktır" diyordu<sup>20</sup>. M. Gény bununla bize etüdümüze vereceğimiz veçheyi de göstermiş oluyordu.

M. Edouard Lambert tarafından ön sözü yazılan küçük bir vülgarizasyon eserinde<sup>21</sup> Bruxelles Üniversitesinde Profesör M. George Cornil "Mahkeme içtihatları hukukunun (droit jurisprudentiel) kanun koyucu hukuku yanında (droit du législateur) yayılmasını" bir olup bitti şeklinde telâkki etmekte ve hâkime kanun koyucunun rolüne muvazi bir rol tanımakla modernist bir yol tutmaktadır. Her ikisi de" hukuku izhar eden ve aynı derecede mühim fonksiyonlar icra eden organlardır: Kanun koyuculuk fonksiyonu içtimâî münasebetlerin istikrar zarureti, hâkimlik fonksiyonu ise bundan daha az lüzumlu olmıyan içtimâî münasebetlerin mütehavviliği zarureti tatmin eder"<sup>22</sup> M. Cornil de İMK. 1. inci maddesine mahsus bir ehemmiyet arzeder.

Vatandaşı M. de Page de İsviçre medenî kanunundan sitayişle bahseder "zamanımızın en ileri (éclairé) hukukundan biri, bilhassa mahkeme içtihatlarının hukukun hazırlanmasına (élaboration) müdahalesi babında en liberal ve en anlaşılabilir mevzuatı" dır der<sup>23a</sup>.

Bununla beraber 1. inci maddenin "tam bir hal tarzı arzedemediği" kanaatındadır. Bu madde bize " hâkimin yaratıcı müdahalesinin ne ölçüde ve ne dereceye kadar haklı olabileceğini göstermekte midir? Hakkaniyet metodu yerine kendisine çok büyük ihtiyaç hissedilen yapıcı metodu (méthode constructif) ikame etmekte midir? Şüphesiz ki hayır. İ-

19) Méthode d'interprétation, 2 éd. T. II s. 326 - 327.

20) Op. Cit. s. 311

21) S. 75

22) Le droit privé, essai de sociologie juridique simplifiée.

23a) L'interprétation des lois II s. 13.

viçre sistemi hâkimin aktif müdahale prensibini kanun yoluyla kabul etmekle yetinmiştir. O başkaca bu sistemin tatbik şekillerini aramaksızın nazari bakımdan haklı olduğunu ve hukuk kaidelerinin kanuna muvazi olan ve kanunla aynı müsavat esasına müstenit bulunan örf ve âdet ve mahkeme içtihatları gibi yaşıyan diğer iki kaynağının daha mevcudiyetini kabul ve ilân eder. Fakat hâkimin hakiki mânasiyle yaratıcılık faaliyetini her hangi hususi bir metoda tâbi tutmaktan sakınır. İsviçre hâkimine umumî bir surette ve her hangi bir sarahat göstermeksizin kendi kanaatini takip etmesini ve kanun yapacak olsaydı vazedeceği kaideyi tatbik etmesini emreder”<sup>23</sup>. M. de Page’a göre bu “hakkaniyet metodu” vuzuhsuz ve tehlikelidir. Bu tenkitleri anlıyabilmek için doktrinin ana hatlarını bilmek gerekir.

M. de Page’a göre kanunun mantiki tamamıyeti dogmuyla birleşen üç kuvvet arasındaki hiyerarşi dogmu, bundan böyle içtimai tekâmülün taziki altında, iş taksimi suretiyle kuvvetlerin kooperasyonu fikrine yer vermelidir. Hâkim ve kanun koyucu, mütekabil mevkiileri halk hükümranlığı gibi hissi mefhumlara değil, fakat içtimai gayelere tâbi olan organlardır. Şu halde kanun “inkışafının şu veya bu safhasında bulunan insan grupları için zarurî olan hukuki buyrukları (imperatif juridique) harekete getirmeğe matuf”<sup>24</sup> teknik bir usul, bir yapıdan başka bir şey değildir, o, zarurî bir istikrar unsurudur. Lâkin vücuda getirdiği konseptler bilmecburiye hareketsiz ve donuktur. Hareketli olan realiteyi kucaklayamaz.

Camianın ihtiyaçlarına intibak ettirmek suretiyle hukuku canlandırmak kazai kuvvete düşer.

Buradadır ki M. de Page kendisinden evvel gelenlerden ve İMK 1. inci maddesinden daha ileri bir adım atar. O, hâkimin vazifesini tâyin hususunda umumî formüllerle iktifa etmez. Hâkimin kanunla bağlı olduğu saha ile sosyal tekâmüle uymak mecburiyetinde olduğu sahayı sınırlandırmak ister. Bunun için iki nevi hukuk kaidesi ayırd eder:

I — Normatif kaideler öyle bir takım mevzulardaki (postulat) bunların tesiriyle muayyen bir muhitte insan fiilleriyle maddi fiiller birleşir, koordine olur. Burada monogami, mülkiyet, mukavelelere riayet gibi umumî prensipler mevzubahistir. Bunlar bugün için artık modası geçmiş bir mefhum olan eski “tabii hukukun” nüvesini teşkil ederlerdi. Bunlar

23) Op. Cit s. 14-15

24) Op. Cit s. 119

kedilmiyen bir tekâmüle tâbidir, ve kanun tarafından sert kaideler içine hapsedilemez. Meselâ ferdiyetçi doktrinden çıkmış olan mukavele serbestisi dogmu yavaş yavaş hâkimin mürakabesi altına girmiştir. Kusura müstenit haksız fiil mesuliyeti, yaratılan tehlike nazariyesi (théorie de risque) tarafından bariz bir şekilde ıslah edilmiştir. İmdi normatif kaideler sahası mahkeme içtihatları tarafından hayatın seyrine intibak ettirilmek maksadiyle kanunî engellerden kurtarılabilen ve kurtarılması da gereken bir sahadır. "Vazifesi maşerî temeli (Collectif essentiel)" inşa etmek olan<sup>25</sup> yapıcı kaidelerin (régles constructives) ise sunî ve teknik bir mahiyetleri vardır, onlar şeniyetin tenevvüünü sabit kaidelerle tanzim etmek hususunda zarurî olan spesifik tipleri evvelden yaratırlar; rüşy yaş, zamanaşımı, karineler, fiksasyonlar vd. gibi: burada mahkeme içtihatları kanunları keyfi bir şekilde tatbik ederlerse tanzim edici unsuru (Instrument régulateur) bozmuş olurlar. Şu halde bu saha, ferdi adalet bundan müteessir olacak olsa bile, kat'î buyruklar (impératifs rigoureux) sahasıdır.

Görüldüğü üzere - muharririn zaten pek de kat'î bir hudut tanımadığı - bu ikili taksim Duguit'nin aynı terminolojiyi kabul eden nazariyesiyle, M. Gény'nin "mûta ve inşai kaideleriyle (donné et Construit) ilim ve tekniği" büyük bir müşabehet arzeder. Mamafih M. de Page'nini nazariyesinin yeniliği kıstasının mahkeme içtihatlarına bir istikamet vermek üzere onlara tatbikinde mündemiçtir.

Bu sistem belki de Ed. Lambert<sup>26</sup> ve Haurio'nun<sup>27</sup> hâkimi bağliyan hakiki mânasiyle hukuk kaideleriyle kanunun kendisine çizdiği "Standart" veya "direktif" (directive) kaideler arasında yaptıkları tefrikle bir yakınlık gösterir. Bununla beraber bu muharrirler bu ikiliği de De Page gibi, kaidenin cevherine (maddi - meterial - görüş) değil fakat kaidenin mecburî oluşuna (şekli görüş) istinat ettirirler.

#### IV — Kanunun amir kuvveti ve federal mahkeme

Her ne kadar içlerinden bazıları İMK nun 1. maddesinin daha cesur ve vazih olmasını isterlerse de, bugünkü veçhelerinin bir kısmını hülâsa ettiğimiz modernist cereyanda İsviçre hususî hukuk mevzuatının ve bilhassa İ.M.K. nin giriş hükümlerinin tasvipkâr bir şekilde mütalâa edildiğini gördük.

25) Of. Cit. s. 125.

26) Cornil'in "Le droit Privé" adlı eserine yazdığı ön söz.

27) Revue trimestrielle de droit civil, 1926 s. 265 vd.

Mahkeme içtihatlarımıza gelince, onlar heyeti umumiyesi itibariyle hariçte ekseriyetle az bilinirler. Mahkeme içtihatlarını, bilhassa medeni kanunun giriş babının onlara tahsis ettiği hükümleri tatbik ederken incelemenin sırası şimdi gelmiştir. Bu hükümlerin kazai tatbikatta esaslı değişikliklere vücut vermiş olup olmadıklarının, hâkimin hâkimlik fonksiyonu hakkındaki telâkkilerinde tam mânasiyle bir yenilik husule gelip gelmediğinin ve 1. inci maddenin kendisine bağlanan ümitleri tahakkuk ettirip ettirmediğinin bilinmesi cap eder. Bu etüdün bu hususta tam ve kat'î bir neticeyi verebilmesi için 1912 den itibaren medeni hukuk hakkındaki bütün federal içtihatların mufassal bir şekilde araştırılmasına ihtiyaç olduğunu hattâ bu hususta bir mukayese yapabilmek için bu tarihten evvelki kararlara da istinat etmesi gerektiğini biliyoruz. Bu, büyük bir çalışmayı icap ettirir ki bunu yapmaktan belki de bir gün kaçınılmayacağız, bu çalışma 1923 de Toulouse Hukuk Fakültesi profesörü Perreau tarafından " Technique et Jurisprudence en droit privé " adıyla neşredilen iki ciltlik eser model ittihaz edilerek hazırlanacak muazzam bir esere mevzu teşkil edecektir. Şimdi giriştiğimiz bu küçük etüde ancak mahkeme içtihatları arasında yapacağımız bir sondaj bahis mevzu olabilir, bununla beraber bu sondaj İMK. nun 1 ve 2 inci maddelerine müstenit olan içtihatların daha etraflı bir incelemesiyle tamamlanmış olacaktır. Tabiidir ki biz, kanunun gerek hal ve şartları ve gerekse muhik sebepleri nazarı itibare alarak karar vermek mükellefiyetini hâkime tahmil ettiği (mad. 4) veya kanunun kusur, alâmeti farikanın taklidi gibi çok umumî mefhumlar mevzuu bahis ettiği hallerde federal mahkemenin takdir selâhiyetini nasıl kullandığını incelemeyeceğiz. Burası daha yukarlarda bahseylediğimiz "Standart kaideler" sahasıdır. Bizim tetkik eylemek istediğimiz husus daha ziyade federal mahkeme ile kanun arasındaki münasebet, federal içtihatların ne nisbette modernizm'den mülhem olduğu ve bu içtihatlar tarafından hukukî konstruksiyona (Construction Juridique) ne nisbette hürmet gösterildiği hususudur.

Federal mahkeme sırası geldikçe umumî fikirlere temas etmekten kaçınmadığından evvel emirde onun kanunun emredici, buyurucu, kıymeti (valeur impérative) hakkındaki görüşlerini açıkladığı kararlarını gözden geçirmek gerekir.

Evvelâ o bir âmme hukuku mahkemesi olarak bir kanton kanununun keyfi tatbikine karşı yönetilen itirazlar hakkında sık sık karar vermek mecburiyetinde kalır. Bu vaziyetlerde kabul ettiği prensipler kanton makamlarına muayyen bir serbesti tanımağa mütemayildir. Bununla beraber onun kanunun açık olan metnine karşı rivayeti kuvvetle müdafaa

ettiği de vakidir. Şimdi eskimiş olan bir kararın da “pratik maksatlara uygun olma (Zweckmässigkeit) gerekçesi kanunun aşikâr bir suretteki ihlâlini haklı gösteremez. Bu gerekçeye rağmen kanunun bariz bir ihlâli keyfiliğe müşebih tutulmalıdır”<sup>28</sup> diyordu.

Daha yakın zamanlarda federal mahkeme thurgovie büyük konseyine (Grand Conseil Thurgovie) çok sert bir ders verdi: “Büyük konseyin kararında Thurgovie Anayasasının 22, lilt C. maddesine vermek iddiasında bulunduğu mâna, metnin ve bu hükmün açık ifadesi karşısında hiç bir suretle müdafaa edilemez. Madde içine hiç bir yerinde bulunmayan bir kıstas sokulmuştur. Büyük konsey kendi görüşünü haklı göstermek için rasyo legis'i (ratio legis) ileri sürdüğü zaman da rasyoyu hukuk kaidesi yerine koymak suretiyle bu ikisini birbirine karışmıştır”<sup>29</sup>. Federal mahkeme kanunun kendi tarafından tatbiki şekilleri hakkında türlü hal tarzları ileri sürmüştür ki bunlar kanun metnine üstünlük (tekaddüm) bahşetmek suretiyle salim bir şekilde an'anevi kaide içinde kalır.

Meselâ şüfa mukavelelerinin muteberlerinin muteberliği için yazılı şeklin kâfi olduğunu beyan eden İBK 216/III (TBK 213) nin bir ahenksizlik teşkil ettiğini ve bu hükmün kanun sistemiyle tezat halinde bulunduğunu esefle müşahade ettikten sonra, maddenin mânasını tefsir yoluyla tadil etmek hakkını kendinde görmez. Hususî Hukuk münasebetlerinin selâmeti bakımından şekile müteallik hükümler de kanun kaidelelerine güvenmenin zaruri olduğunu ilâve eder<sup>30</sup>.

Başka bir sefer de kanunu hazırlayıcı malzemeyi kanun metnine feda etti. Federal meclisin mesajları, parlâmento raporları ve sair “sadece yardımcı tefsir vasıtaları olmak karakterini arz eder, kanun

28) ATF, 22, s. 723 Burckhard'ın daha evvel zikredilen eserindeki bir not (s. 106), Federal Mahkeme Amme Hukuku Dairesinin kanton kanunlarına böyle kat'i bir kıymet tanımadığı zehabını uyandırabilir. Hakikaten kitaptan kanun karşısında musavata mütedair mahkeme içtihatları münasebetiyle şunları okuyalım: “eine gestzliche Vorschrift (der kantone) die jeder sachlichen Begründung entbehrt, ist unverbindlich, Vgl z B. die Entscheidung des Bundesgerichts vom 24 Oktober 1912 İ.S. Dorfer Korporation Herisau 38, 1, 405” “Sachliche Begründung”, “kanun karşısında musavat prensibine uygunluk” mânasında anlaşılmalıdır. Bir kanton hukuk kaidesinin federal Anayasasının bir normu ile çarpışması halinde yerini federal hukuk kaidesine terk edeceği prensibini hatırlatmak hâkimin selâhiyetlerini kanun karşısında genişletmek değildir.

29) ATF, 49.I. 542, JT 1924, s. 281.

30) ATF 48, II. 232, 233, JT 1922 s. 626.

metninden, kanunun mâna ve ruhundan ve müessesenin pratik gayesinden kanunun maksadını teşkil ettiği anlaşılan hususlarla bunlar arasında bir tezaadın mevcut bulunduğu hallerde bu hazırlayıcı malzeme bütün nüfuzunu kaybeder”<sup>31</sup>.

Federal mahkeme içinde tarih bulunmayan el yazılı bir vasiyetname-nin butlanına dair olan bir kararında temyiz edenin tarih hakkındaki bu şekil zaruretinin haklı gösterilemeyeceğine matuf talebini reddetti ve iki surette tefsire mütehammil olmıyan böyle vazih bir hüküm karşısında hakim ratio legis ile meşgul olamayacağını da ilâve etti<sup>32</sup>.

İşte mutlak bir kaynak haline sokulmuş olan kanun. Onun ifade ettiği iradedden kaçınmak caiz değildir. Bununla beraber diğer başka bazı kararlar mücerret bir şahsiyet olan bu kanun koyucuya karşı bu kadar mutlak bir saygı göstermezler. Onun beşeri bir eser olduğu ve yanılabilceği kabul olunur. Kanun koyucu düşüncesini formüle etmekte beceriksiz hareket etmiş olabilir, bu takdirde onun hakikî iradesini mantikî tefsir yolu yardımıyla mevzu bahis olan hükümlerden gayri hükümlere de aramak lâzım gelir.

Böylece İMK 323 II maddesinin (TMK 310) bilhassa Almanca metni cinsi münasebet anında evli bulunan fakat sonradan evliliği sona ermiş olan müddeaaaleyhin babalığına hükmedilmesine müsait iken, zina mahsulü çocukların tanınmasını meneden İMK 304 (TMK 292) uncu maddesi tefsirciyi böyle bir vaziyette ananın İMK 323 (TMK 310) uncu maddeye müstenit taleplerini mantikî olarak reddetmek mecburiyetinde bırakır.<sup>32a</sup>

Kanunun sadece diğer bir maddesinin mânası değil fakat aynı suretle pratik mülâhazalar da (considérations pratiques) kanun koyucunun hatasını gösterebilir. İşte bunun iki misali:

Demiryollarının cebri tasfiyesine müteallik federal kanunun 40 inci maddesinin rak.1 metni tasfiye masrafları için bir imtiyaz tanıır. Buna mukabil neticelenmiyen ve teşebbüsün cebri tasfiyesile sona eren bir konkordato mühleti esnasında komiser tarafından yapılan istikraz alacaklarına hiç bir imtiyaz tanınmamıştır. Bunun böyle olmasına rağmen federal mahkeme burada kanun koyucu tarafından yapılmış “bir tahrir hatasının” bir “unutmanın” varlığını kabul etti ve böyle bir hakkın tanımamasının komisere teşebbüsün idamesi “ selâhiyetini tahmil eden

31) ATF 34. II. 826

32) ATF 44, II. s. 354.

32a) ATF. 510 II s. 45 vd. ; JT. 1925 D. 367.

57 inci maddenin tatbikini imkânsız kılacağı sebebine istinat ederek” bu imtiyazı onlara da bahşetti<sup>33</sup>.

Yakın zamanlarda medeni kanunun hacırda olduğu gibi kanuni müşavir tayininde bir ilân yapılması zarureti aramaması kanunun bir kifayetsizliği olarak ileri sürüldü. Federal mahkeme bunu kanun koyucunun bir dikkatsizliği olarak tavsif etti ve iş münasebetlerinin gerektirdiği emniyetin bu formaliteyi zarurî kıldığını beyan etti<sup>34</sup>.

Gayevi tefsir metoduna bu kadar geniş bir tatbik sahası bahşeden federal mahkeme diğer bazı hallerde onu hudutlandırmak istedi. O, bu tefsir metodunun mutlak bir tefsir vasıtası olmadığını ve kanun koyucunun iradesini tahrife müncer olabileceğini kabul etti. İşte harp zamanına ait bir misal ; Federal askerî departmanın (département militaire fédéral) âzamî fiyat hadlerinin tesbitine mütedair bir kararın, bu kararın yürürlüğe girmesinden evvel aktedilen fakat yürürlüğe girmesinden sonra ifa edilecek olan bir mukaveleye kabili tatbik olup olmayacağını bilinmesi mevzubahisti. Kararın metni bu meseleyi halledemediğinden federal mahkeme bu kararın gayesine istinat ederek meselenin halledilemeyeceğini beyan etti. “ Gayevi tefsir denilen metod şüphesiz ki bazı hallerde, kanun koyucunun maksadını tayin etmeyi veya hiç olmazsa akla uygun hal çarelerine ulaşmayı temin eder. “ Lâkin hâdisede olduğu gibi boşluğun istenilmiyerek yapılmış olmasının kabil olduğu kadar arzu edilerek yapılmış olmasının da mümkün olabileceği harp zamanına ait bir kararmenin mevzuu bahis olduğu bir vaziyette bu tefsir kanun koyucunun belki de bu kadar ileri gitmeyi hiç de arzu etmemiş olduğu ve de lege feranda bakımından temenniye şayan bir neticeyi kanun seviyesine yükseltmek gibi bir tehlikeyi arzeder ”. Şu halde federal mahkemenin meseleyi hallediş şekli In dubio pro libertate adajına istinat eder<sup>35</sup>.

Bir başka defa da anonim şirketin kararlarına şeriklerin itiraz hakkının zamanla tahdit edilmemiş olmasının muhakkak ki pratik mahzurlar doğuracağını kabul etti, fakat bunun meseleyi tanzim eden hükümlerin şümulü üzerine bir tesiri olmadı. “Federal mahkeme kanunun, bu hakkın istimali için bir müddet tayin etmemiş olması hakime kendiliğinden harekete geçerek böyle bir tahdit vazzetme selâhiyetini vermez” de-

33) ATF 51 III 2 42, c. 2; JT Poursuite 1926 s. 89 vd.

34) ATF 54 II. s. 81, JT 1929, s. 16

35) A T F. 44. II. S. 425.

di<sup>36</sup>. Bu hususta sadece hakkın suiistimali kapısı açıktır (bak aş. şap. VII).

Diğer taraftan çok münakaşalı bir mevzu olan kanunların hükümden düşmesi (désuétude des lois) meselesi hakkında federal mahkemenin görüşünü öğrenmek ilgi çekicidir. Hâkim vakalar karşısında kanunun kifayetskifayetsizliğini kabul ve bir kanun ile bir örfü âdet arasındaki bir tenakuzun mevcudiyeti halinde kanunu bertaraf etmeli midir ?

İMK nun 1. nci maddesi tarafından da teyit edilen kanunun otoritesi karşısında eğilmemek federal mahkeme için zor olurdu. Bu sebeplerdir ki adi kira aktine müteallik bir davada “örfü adetin bir kanun metnini hükümden düşüremeyeceğini beyan etmişti<sup>37</sup>. Maamafih federal mahkeme İ B K 873 ncü maddesinde ki bir anonim şirketin ticaret unvanının hiç bir suretle yaşayan bir şahsın ismini muhtevi olamayacağı hakkındaki memnuiyeti idame ettirecek kadar da doktrine bağlı kalmadı. Lauterburg kararında hukuk kaidesinin hükümden düştüğü kelimesini ağzına almaksızın bir kaidenin hükümden düşebileceğini kabul etti. “Davacı müdeaa-leyhi bir hükmü şahıs sıfatile ticaret unvanı olarak Lauterburg soy adını almakla ittiham etmekte haklı değildir. Bu tatbikat İ M K 873 e muhaliftir. Fakat (ticaret sicili teftiş makamı) buna müsamaha göstermektedir. Sermayeleri eshama ayrılmış bir çok şirketler ticaret unvanı olarak hakiki bir şahıs ismini almışlardır ve davacı müdeaa-leyhi ticaret unvanının hakikiliği prensibine riayete zorlamak hususunda her hangi bir hukukî vasıtaya malik değildir<sup>38</sup>.

Federal mahkemenin, hukukun tatbiki etrafında ortaya çıkan meselelerde hâkimin takip edeceği hareket tarzı hakkında ittihaaz ettiği prensipteki gerekçeleri hülâsa etmek ve bir sentezini yapmak istersek yüksek mahkemenin kararlarında İ M K 1/I maddesinde formüle edilen talimata karşı saygılı bir mutavaat göstermekle beraber aynı zamanda kanun maddelerini yapmakla mükellef meclislerin arzedeabileceği zaaf hakkında her hangi bir hayale kapılmaksızın pratik zaruretle hukuk arasındaki teması idame ettirme temayülünde olduğunu müşahede ederiz.

V — *Kanunu dar bir şekilde tatbik eden mahkeme içtihatları (Jurisprudence stricte)*

Kanun karşısındaki vaziyetini tayin etmek hususunda federal mah-

36) A T F. 53. II. s. 231 ; JT. 1928 s. 25.

37) A T F. 43. II. s. 516

38) A T F. II. 45. s. 626 JT 1920 s. 243



keme tarafından serdedilen prensiplere bu suretle işaret ettikten sonra, şimdi de onları ne şekilde tatbik ettiğini mülâhaza etmek icap eder. Bu hususta iki metoda müracaat edilebilir: ya federal mahkeme tarafından en ziyade alışılmış tefsir usullerine dayanarak verilmiş kararlardan tipik bazı örnekler zikredilebilir veya bunun aksine olarak en müfrit kararlardan misaller seçilerek yüksek mahkememiz bazan en sert davranışında bazan da en geniş (yumuşak) davranışında gösterilebilir.

Biz plânımızı tanzim ederken bu son şekli tercih ettik, çünkü yüksek mahkememizin hukuk anlayışının hudutlarını bu suretle tebarüz ettirirken içtihatlarına mesnet teşkil eden sahayı tayine yarayacak faydalı işaretler bulmuş olacağımızı da ümit ediyoruz. Federal mahkeme kararlarını intihap ederken keyfi bir surette hareket ettiğimize dair bize yapılabilecek olan itirazı da bu suretle önlemiş oluyoruz. Bu kararlardan r-talama örnekler vermeğe müncer olacak bir sistem bizi muhakkak ki böyle bir itirazla karşı karşıya bırakabilirdi.

Kanunun lafzıyla ve sert bir şekilde tatbikini göstermekle işe başlıyoruz. Bunun bizce göze en fazla çarpan örneğini Federal mahkemenin vasiyetnamelere, bilhassa yazılı vasiyetname ile resmî vasiyetnamenin şekline müteallik içtihatları vermiş benzer.

İçinde tanzim edildiği mahal gösterilmemiş olan yazılı bir vasiyetnamenin butlanını kabul eden karar üzerinde hassaten durmağa lüzum yoktur<sup>39</sup>. Buna mukabil "Payerne" de yapılmış olduğu halde tarihi "Payerne de Gugy" diye atılmış yazılı bir vasiyetnamenin muteberliğini kabul etmeyen karara işaret etmek icap eder<sup>40</sup>.

Nihayet bilhassa Dr. Preiswerk'in vasiyetnamesini batıl addeden karar üzerine de dikkati çekmek gerekir. Bunun butlanı tanzim edildiği mahallin vasiyetçinin el yazısı ile gösterilmemesinden ve son arzularının yazılı bulunduğu mektup kâğıdının başlığında sadece matbu olarak "Basel" kelimesinin bulunmasından ileri geliyordu. Bu sert (draconien) nokta nazarı haklı göstermek için federal mahkeme İ M K 505nci maddesinin (TMK. 485) metni (genèse) "kanun koyucunun uyulması gerekli şekil şartlarını kat'î olarak bu kadar sert bir şekilde tanzim ettiğini gösterir. Bundan dolayıdır ki hâkim ratio legis'in buna muhalif olmadığı mucip sebebine dayanarak tanzim mahalli mektup kâğıdının başında matbu

39) A T F. II 44, s. 354

40) A T F. II 50. s. 7.

şekilde gösterilmiş olan bir vasiyetnameyi muteber addetmek hususunda bir istisna yapamaz"<sup>41</sup> diyordu.

Hakiki manası ile tarihe gelince federal mahkeme başında "Porrentruy 10. nisan 191.." yazısı bulunan bir vasiyetnameyi iptal etmişti. Burada da şekil hususunda sert davranmanın zarureti ve bu meselede İsviçre medeni kanununa model vazifesini görmüş olan Fransız hukuku gibi, hataen doğru yazılmamış tarihin ancak muamelenin iç (intrinsèque) unsurlarıyla tashih edilebileceğinde ısrar etmişti<sup>42</sup>. İç unsurlardan da tarihin doğru olmadığı anlaşılırsa vasiyetname yine iptal edilir<sup>43</sup>.

İmzanın metnin altında değil de zarf üzerinde bulunduğu yazılı bir vasiyetname dolayısıyla da federal mahkeme şöyle diyordu: "Mevzu bahis olan mesele iptali istenen vasiyetnamenin müteveffanın irade beyanı olup olmadığı değildir, mevzu bahis olan husus ölü Auguste Redard'ın İ M K 505 inci maddesinde aranan şekilde son arzularını bildiren vesikayı imza edip etmediği keyfiyettir". Zarf üzerine atılmış imzayı vasiyetnamenin içine atılan imzaya müşabih tutmayı reddederek federal mahkeme bunun butlanına hükmetti<sup>44</sup>.

Resmî vasiyetnamelere gelince İ M K 502 inci ( T M K 482) maddesinde öngörülen şahitlerin ikrara müteallik beyanlarının hal ve vaziyete göre sadece imzalarından ibaret olabileceğini kabul etmek suretiyle gösterdiği geniş görüşlülüğe rağmen<sup>45</sup>, federal mahkeme burada da aynı sertlikle şekle riayeti arar.

Resmî bir vasiyetnamenin altına bir noter şöyle yazmıştı: "Assian Flury'nin bunun kendi vasiyetnamesi olduğunu beyan etmesinden sonra İ M K 501 e uygun olarak şahitler imzalarını attılar". Bunu şahitlerin imzaları takip ediyordu. Federal mahkeme burada " şahitlerin vasiyetçinin kendilerine vasiyetnameyi okuduğunu söylediğine dair olan şerhleriyle onların vasiyetçinin kendilerine vasiyet yapmak ehliyetini haiz görüldüğü hakkındaki beyanlarını " eksik addetti, İ M K 502/II deki formaliteler yerine getirilmiş telâkki edilemeyeceğinden vasiyetnamenin butlanına hükmedildi<sup>46</sup>.

41) A T F II 49. s. 10, JT 1923, s. 238.

42) A T F II. 45 s. 151 ; JT 1919 s. 401

43) A T F II. 54. s. 358 ; JT 1929 s. 369

44) A T F II. 40, 193 ; JT 1914 s. 439

45) A T F II 50 s. 116

46) A T F II. 42 s. 204, JT 1917 s. 15

Federal mahkemenin bazan ne kadar bükülmez bir formalizm ile kanuna bağlandığını göstermek hususunda bu misallerle iktifa edebilir-dik. Aile hukuku sahasından da bir misal almakla yetiniyoruz. Akıl hastalığına müsteniden bir boşanma mevzubahisti (İ M K 141, T M K 113), federal mahkeme bu madde ile aranan şartların tahakkuk etmediğini kabul etti, çünkü her ne kadar hüküm tarihinde üç senelik müddet dolmuş ise de davanın açıldığı anda hastalığın başlangıcından itibaren henüz üç sene geçmemiştir. Kararda “davanın reddinin akabinde yenilenecek olursa kabulü zaruri olan bir talebin vaktinden evvel dermeyeran edilmiş olduğundan bahisle reddedilmesinin pratik mülâhazalara muvafık olmadığı ileriye sürülemez.” diyordu<sup>47</sup>.

*VI — Kanunu geniş bir şekilde tatbik eden mahkeme içtihatları.  
( Jurisprudence large)*

Federal mahkemenin ratio legis'den, vasiyetçinin iradesine sadakattan veya pratik zaruretlerden çıkan mülâhazaları arka plâna atan ve kanun metinlerinin âmir karakterine ön plânda yer veren kararlarıyla tezat teşkil eder mahiyette olan ve kendisinin hakimane hareket tarzını modernist cereyanın sosyal fayda ve ahlâk prensipleri hakkındaki telkinleriyle beslemek için bütün lâfzî tefsir ve nazari konstruksiyonlardan sıyrılan kararlarını bir arada göstermek gerekir.

A - : Pratik mülâhazalara nihai bir kıymet atfeden ve kanun koyucunun hatalarını düzeltmek hususunda yukarda zikrettiğimiz (Şap IV) kararlara ilâve edilebilecek olan bazı kararlardan başlayalım.

İ M K 177/II (İ T M 169/II), karı tarafından kocanın menfaata olarak üçüncü şahıslara karşı girişilecek vecibelerin muteberliği için vesayet makamının tasvibini zaruri kılar. Bu maddenin metnine dayanarak federal mahkeme evvelâ koca lehine taahhüt edilen bütün vecibelere bu hükmü tatbik ediyordu. Fakat daha yeni bir karar kocaya temin edilen bu menfaatin bizzat muamelenin bir neticesi olması ve bunun akitten tezahür etmesi lâzım geldiğini beyan etmek suretile maddenin şumulüne mühim bir tahdit koydu. Federal mahkeme “ iş münasebetlerinin selâmeti ve âkit üçüncü şahsın menfaati<sup>48</sup>” de bunu âmirdir diyordu.

İ M K 333 ( T M K 320 ) ev reisinin hakimiyeti altında bulunan küçük ve mahcurların yapmış oldukları bütün zararlardan ev reisini mes'ul tutar “meğer ki o mutat veçhile ve ahval ve şartların icap ettirdiği

47) A T F II. 52. S. 189, JT 1926 s. 622

48) ATF II. 51. s. 27 vd.

dikkat ve ihtimamla onlara nezaret ettiğini ispat etsin". Motosiklet kullanan ve kusuruyla yoldan geçen birini yaralayan ondokuz yaşında bir genç mevzuu bahis olduğu zaman federal mahkeme babadan bu nezareti ifa ettiği hususunda bey'ine aranamayacağını ve babanın 333 ( T M K 320) uncu maddenin son fıkrasının aradığı manâda kendini haklı göstermekle mükellef bulunamayacağını kabul etti. Çünkü babaya daimi bir nezaret vazifesinin tahmili "hakikî hayatın zaruretlerine uygun düşmezdi"<sup>49</sup>.

Boşanma davası açıldığı zaman "hâkimin" zarurî olan muvakkat tedbirler alacağına müteallik İ M K 145 ( T M K 137 ) okunduğu zaman tabii olarak akla boşanma davasını görmeğe selâhiyetli olan hâkim gelir. Bununla beraber federal mahkeme bir boşanma davası esnasında esas davaya bakmağa selâhiyetli olmayan bir hâkim tarafından alınan muvakkat tedbirlerin muteberliğini kabul etmişti. Bunu haklı göstermek için de "sadece mantikî bir muhakeme, münhasıran boşanma veya ayrılık davasına bakmağa selâhiyetli olan hâkimin; davanın devamı sırasında taraflar arasındaki münasebetleri tanzim yetkisini de haiz olacağı neticesine müncer olur. Bu hal tarzı ise tatbikatta hiç de tatminkâr olmıyan ve 145 inci maddenin ratio legis'ine ve hayat zaruretlerine kat'iyen uygun bulunmıyan sonuçlara müncer olur. Bir boşanma davasının başlangıcında hâkimin almak mecburiyetinde olduğu kararlar mahiyetleri icabı hakikaten bariz bir müstaceliyet arzederler. Vakit kaybetmeksizin davanın devamı boyunca eşlere huzur temin etmek, çocukları, ana ve babaları arasındaki âhnsizliğin acı ve ahlâk bozucu manzarasını görmekten korumak ve gerek onlara ve gerekse öbürlerine yaşama vasıtaları temin etmek mevzuu bahistir. Bu gaye ancak çabuk ve kısa bir mahkeme usulüyle elde edilebilir"<sup>50</sup>.

26 Eylül 1890 tarihli alâmeti farikaların himayesi hakkındaki federal kanunun 27 rak. I bir alâmeti farikanın butlanı davasının "aldatılan müştri veya alâmeti farika sahibi" tarafından ikame edilebileceğini öngörür. Davacının alâmeti farikaya idhal edilen ticaret isminin sahibi bulunduğu lâkin bu ismi alâmeti farika olarak kullanmadığı bir hâdisede federal mahkeme "taklit veya tahrif edilen ticaret unvanı sahibinin, tescil dairesinin tescile itiraz etmemesi halinde dahi itiraz hakkını muhafaza ettiği ve haksız olarak tescil edilen alâmeti farikanın terkinini isteyebileceği aşikârdır. 27 nci maddenin lafziyle tefsiri kendisine bu selâhiyeti vermez, meğer ki o aynı zamanda ticaret unvanının alâmeti

49) A T F II. 52 s. 329

50) ATF I 53, s. 59 c 3; JT 1927, s. 317.

farika olarak istimal etsin. Buna rağmen, bu şartlar altında davacıya terkin davası ikamet selâhiyeti bunun 27. madde ile olan zahiri mübâyeretine rağmen kabul edilmelidir”<sup>51</sup> diyordu.

B.: Modernist cereyan çok defa hüküm vermek sanatında son sözün ihtilâfın karşı karşıya koyduğu zıt sosyal menfaatların tartılmasından sonra söyleneceği kanaatındadır. Federal mahkemede bir çok defalar bu izde yürümüştür.

Karşılıklı menfaatların tartılmasının bazan kanunun tahtında müstetir bir fikrin neticesi olarak tezahur ettiği doğrudur. Meselâ komşuluk münasebetlerinin tanziminde her iki malikin menfaatlarının nazarı itibara alınarak takdir edilmesi gibi (İ M K 684) (T M K 661)<sup>52</sup>.

Fakat diğer bazı hallerde bu takdir unsurunun müdahalesi kanun hükümlerinden doğrudan doğruya çıkmaz. Onlara federal mahkeme tarafından içtimai hayatın hassatan kompleks olan meselelerinin halli hususunda müracaat edilir.

Federal mahkemenin bunu en dikkate şayan bir tarzda istimal ettiği haller sendikaya dahil olmıyan bir işçinin sendika tarafından tardı (mise à l'index) ve boykottan doğan anlaşmazlık halleridir. Bu hususta Joder c/F.O.M.H. kararını hatırlatmak kâfidir. Bu karar sendikaya dahil olmıyan bir işçinin bir sendika tarafından tardının İ B K 41/II anlamında ahlâka muhalif olduğunu beyan ediyordu. “Çünkü davacının şahsi menfaatlerinin bu suretle ihlâli ile müddeaaaleyh sendika tarafından temin edilmek istenen menfaat arasında nisbetsizlik vardı.”<sup>53</sup> Boykota mütedair olarak sadece 7.3.1928 tarihli Caselmannın kararını zikrederim. Bu kararda federal mahkeme, içtihadındaki değişikliğin şumulünü izah ederken bununla “mutlak kıstas yerine cebrin zararlı neticeleriyle faydalı olan neticeleri arasındaki nisbetten çıkarılan nisbi bir kıstas ikame ediliyor” diyordu<sup>54</sup>.

Kuru mülkiyet hakkı sahibi ile intifa hakkı sahibinin menfaatları arasında bir mukayese yaptıktan sonradır ki federal mahkeme bu ikisinden hangisinin hisse senetleri intifa hakkıyla takyit edilmiş bir şirketin umumî heyet içtimainda rey hakkını haiz olabileceği meselesini halletmişti<sup>55</sup>.

51) A T F. 53 II. 517 ; JT 1928. s. 272

52) A T F. II. 51 399 ; JT 1926, s. 164 ; 1929 s. 9 (Not Thilo)

53) A T F II. 51 s. 531 vd ; JT 1926 s. 87 c 6

54) A T F II. 54 s. 175

55) A T F II. 50 s. 549 vd ; JT 1925 s. 211

Son olarak âmme hukuku dairesinin, suçluların iadesi meselesine müteallik bir kararı olmasına rağmen, karşılıklı menfaatların tartılması usulünü en son haddine kadar götüren şu mülâhazasını tebarüz ettirmenin alâkabaş olacağını sanyoruz: “adam öldürmek en menfur suçlardandır. O, ancak insanlığın yüksek menfaatlerini vikaye hususunda en son bir vasita olarak kullanıldığı taktirde anlaşılabilir ve icabı halinde mazur görülebilir”<sup>56</sup>.

C.: Federal mahkeme, hukuk prensiplerini hakkaniyet icaplarına baş eğdirmek istediği zamanlar umumiyetle kullandığı vasita ikinci maddenin hüsnüniyet kaidesini tanzim eden hükmüdür. O, bunu zaten münhasıran âkit taraflara tahmil edilen bir kaide olarak anlar.<sup>57</sup>

Bu norm hâkime evvelâ tarafların anlaşmalarındaki boşlukları hüsnüniyet kaidelerine göre tamamlamak vazifesini verir<sup>58</sup>.

Bir aktin inikadı anı ile ifası arasında geçen zaman zarfında hal ve şartlarda husule gelen değişiklikler uzun vadeli mukavelelerde bazan hâkimin pecta sunt servanda adajını bütün sertliğiyle tatbikten kaçınabilmesini ve ihtilâflı mukaveleyi iptal veya tâdil etmesini icabettirebileceğini federal mahkeme kabul eder. Bu hususta umumiyetle hüsnüniyet kaidelerinin böyle bir mukaveleden menfaatler temin etmiş olan tarafa evvelden tahmini mümkün olmaları sebepleri dolayısıyla diğer taraf için bilhassa çok ağırlaşmış olan böyle bir mukaveleyi olduğu gibi ayakta tutulmasını istemesine müsaade etmediği fikrine istinat eder.

Doktrin tarafından üzerinde çok durulan ve Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesinin İsviçre hukukçular cemiyetine 1924<sup>59</sup> Eylülünde tahsis ettiği Festgabede de Alfred Sigwart'ın etüdünde oldukça iyi bir surette izah edilmiş olan bu Clausula rebus sic stantibus meselesi üzerinde durmayı faydasız telakkî ediyoruz.

Federal mahkeme markın kıymetini tayine mütedair içtihatlarında da hüsnüniyet kaidelerine istinat ediyordu. Bu hususta “taraflar hal ve şartların cereyan tarzını evvelden tahmin edebilmiş olsalardı muhakkak surette kabul edecekleri hal tarzına” uyuyordu<sup>60</sup> : Böylece o kendisine hal ve şartlara göre karar vermek hususunda geniş bir takdir serbestisini mahfuz bulunduruyordu. Çünkü tipik bir kaç cümlesini zikrettiğimiz

56) A T F I. 54 s. 215

57) A T F II. 38 s. 402 ; JT 1913 s. 400

58) A T F II 48 s. 257 ; JT 1922 s. 153 s. 632

59) Fick'in ZSR'deki makalesine de bak. 1925 s. 153

60) A T F II. 51 s. 309, JT 1926 s. 570

bir karz mukavelesine müteallik kararında markı % 30 kıymetlendirmişken bir ölünceye kadar irat mukavelesinde onu % 70 kıymetlendirmişti<sup>61</sup>.

Nihayet federal mahkeme kanun kaidelerinin ve nazari mantığın sert bir şekilde tatbikinin kendisini hüsnüniyet prensiplerine muhalif bir neticeye götüreceğini gördüğü hallerde de hakkın suistimaline baş vurdu. Bu hususta sadece bazı misaller vermekle iktifa edemeyiz. Medeni kanun hazırlanırken bazı muharrirlerin hâkime bırakılan bu mevzu hakkında gösterdikleri korku karşısında<sup>62</sup> federal mahkemenin hakkın suistimali mefhumunu tatbik ettiği neşredilmiş olan başlıca kararlarının gözden geçirilmesi zarureti vardır.

### VII. Hakkın Suistimali

Federal mahkeme kanunî bir yolun, bizatihi kanuna mugayir bir gayenin olmazsa bile normal bir yoldan ulaşılması imkânsız olan bir gayeye varmak için istimalinde tipik bir hakkın suistimali mahiyetini gördü. Başka bir ifade ile kanundan kaçmak için bir müesseseyi fonksiyonundan başka bir fonksiyon için kullanmak hakkını suistimal etmektir.

Kanunî mal rejimiyle evlenmiş bir karı kocanın ölümün yaklaştığını görerek münhasıran İ M K 226 ( T M K 222 ) gereğince ortaklık mallarını 3/4 sağ kalan eşe geçmesini temin maksadiyle aralarında mal ortaklığı rejimini tesis için bir evlenme mukavelesi yaparak furuğun mahfuz hissesi hakkındaki kâideleri bertaraf etmeleri halinde vaziyet böyledir<sup>63</sup>.

Bu, bazı hallerde davacının elinden şekle riayetsizlik dolayısıyla butlanı istemek silâhını alan görüşün aynıdır. Kanun tarafından aranan bazı asli şekil şartlarından mahrum bir mukavele bu şekil noksanlığının butlanı talep eden tarafın hilesine müstenit olduğu gerekçeyle muteber addedilmişti<sup>64</sup>.

Mukavele ile hakikaten kabul edilen ve ödenmiş olan bedelden düşük muvazaalı bir bedel gösteren bir gayri menkul satış aktiminin şekil noksanı dolayısıyla butlanını isteyen bir âkit de hakkını suistimal etmiş

61) A T F II 53 s. 82 vd ; JT 1927 s. 327

62) Bilhassa Alfret Martin " Observations sur les pouvoirs attribués au Juge par le CC S. 1909 s. 33 vd.

63) A T F II, 53, s. 162 vd. ; JT 1927 s. 546 vd.

64) A T F II 43 s. 24

olur<sup>65</sup>. İncilde zaten kötü insan kendini aldatan bir iş yapmış olur di-yordu.

Sadece şekil noksanına müstenit butlan değil lâkin esasa müteallik butlanlar da hüsnüniyet kaidelerinden yani hile def'inden çıkan sebep-lerle muteberlik kazanabilir. Bir ihtira beratı sahibi beratını satmıştı. Sonradan şeriki bulunduğu kollektif şirket alıcıya karşı sözü geçen bera-tin butlanı davasını açtı. Federal mahkeme müddealeyh tarafından ileri sürülen hile def'ini kabul etti. Davayı açan bizzat temlik eden değil de şirket bile olsa, devredenin karşı âkidini kendisine nakleylediği hak-tan dolayısıyla mahrum etmeğe kalkışmasından iş hayatında cari olan doğruluk prensibi (loyauté) ağır surette haleldar olurdu<sup>66</sup>.

Aynı suretle hüsnüniyet prensibi kendisine ait olmayan bir şey üze-rinde hakkı olmadan tasarruf eden fakat sonradan bunun maliki olan kimsenin, bu tasarruf muamelesinin butlanını dermeyer etmesine mani olur. Federal mahkeme bu hal tarzının sert hukuk mantıkına muhalif olduğunu ve hiç bir kanuni hükme istinat etmediğini kabul etmekle be-raber muameleyi muteber addetti<sup>67</sup>.

Tapuya şerh verilmiş olan bir şuf'a hakkı da hile def'ile kullanıla-maz hale getirilebilir. Bir gayrimenkul alıcısına bir şahıs istikrazda bu-lunmuştu ; buna karşılık, bazı maniler dolayısıyla ipotek tesis edileme-diğinden bir şuf'a hakkı taahhüt edilmişti. Sonradan müktesip bu gayri-menkulü bir üçüncü şahsa şuf'a alacaklısının rzasıyla sattı. Bu sonuncu istifadeli bir muamele yapmak maksadiyle yeni malike karşı şuf'a hak-kını kullandı. Fakat bu iddia hakkın suistimaline müşabih tutuldu. Çünkü bu, şuf'a hakkının ihdas edilirken taraflarca gözönünde tutulan gayesine tamamiyle aykırı bir şekilde istimali idi<sup>68</sup>.

Federal mahkeme hüsnüniyet kaidelerinin, zamanaşımının ve hak düşünümünün tatbikine bir mani teşkil edeceğini kabul etmek suretiyle bir adım daha ileri gitti. Çünkü bunlar De Page gibi bir modernist'in dahi dokunulmaz olduklarını beyan ettiği esasen teknik olan kaidelerdir.

Hizmetindekiler için kollektif bir sigorta yaptıran, primlerin hesaplanmasına mesnet teşkil eden yevmiyeler hakkında doğru olmayan be-yanlarda bulunmuştu. Sonradan anlaşılan bu hile sigortacının munzam primlerin ödenmesi davasına yol açmıştı.

65) A T F II. 50 s. 148 ; JT 1924 s. 433. A T F II 53. s. 162 vd ; JT 1927 s. 622 ile teyit edilen görüş.

66) A T F II 38, s. 88 - 89 ; JT 1912 s. 405

67) A T F II. 41. s. 49 ; JT 1915 s. 418

68) A T F II 54 s. 441 C 5 ; JT 1929 s. 271



Federal mahkeme sigorta mukavelesi hakkındaki federal kanunun 46 ıncı maddesiyle kabul edilen iki senelik zamanaşımı müddetinin tahakkuk ettiğini beyan etmekle beraber karşı taraftan, hakkının doğumuna sebep olan vakalar hile ile gizlenmiş olduğu hallerde hak düşümü müessesesine hak suiistimal edilmeksizin istinat edilmeyeceği mülâhazasıyla zamanaşımı def'ini red ve hile def'ini kabul etti. Oldukça cesurane olan bu tatbik tarzına Reichsgericht'in mümasil bir içtihadının mesnet teşkil ettiğini de ilâve etmek lâzımdır<sup>69</sup>.

Federal mahkeme davacı kadını, güzel vaitlerle avutarak dava ikamesini geciktiren müddeaaaleyhe doğumdan itibaren bir senelik hak düşümü itirazını (İ M K 308, T M K 296) dermeyan etmek hakkını bir babalık davasında reddettiği zaman ahlâki hislere tamamiyle uygun olan yukardakine müşabih bir hal tarzı kabul etmiş oluyordu<sup>70</sup> Bu görüş tarzı sonradan bâtil olduğu anlaşılan bir tanıma münasebetiyle de yeniden teyit edildi<sup>71</sup>.

Zamanaşımı ve hak düşümü müddetlerini hareketsiz hale getiren bu tatbikata muhalif olarak federal mahkemenin, bir anonim şirketin umumî heyeti tarafından verilmiş ve butlanı on senelik adi zamanaşımına tâbi bulunmuş olan bir karar aleyhine açılan davanın, ikamesindeki gecikme hüsnüniyet kaidelerine muhalif ise davanın on senelik müddetin inkizasından evvel de hâkim tarafından reddedileceği kanaatinde olduğu hallerde vardır<sup>72</sup>.

Naklettiğimiz kararların bütünü göz önünde tutulursa bu on yedi senelik içtihatlarında federal mahkemenin hakkın suiistimali mefhumunu çok mutedil bir şekilde istimal ettiğini ve kanuna müstenit bir iddiaya karşı kazai himayeyi reddettiği hallerde hakikaten hakkın " aşikâr " bir suiistimalinin mevzubahis olduğunu itiraf etmek lâzımgelir.

İkinci maddenin ikinci fıkrasını bir devayıkül olarak tatbik etmek şöyle dursun federal mahkeme onu federal medeni hukukun umumî sistemi içine sokmağa uğraşmış ve bir çok kereler onu gerek B. K. nın gerekse M K nın hususî hükümlerinin hususî bir tatbikinden başka bir şey olmayan umumî bir prensip olarak kabul etmiştir.

Böylece federal mahkeme bir kimseyi hataya sevketmenin mukaveleyi fesada uğratan bir hile olarak telâkki edilemeyeceği hallerde bu mukavelenin, hakkın suiistimaline istinat ettirilemeyeceğini de beyan

69) A T F II 42 s. 682 ; JT 1917 s. 431

70) A T F II 46 s. 92 JT 1920 s. 368

71) A T F II 49 s. 321

72) A T F II 53 s. 232 JT 1928 s. 26

etmiş ve bu suretle zaten her ikisi de hüsnüniyet prensibinden mülhem bu iki mefhum arasında muşabehet görmüştür<sup>73</sup>.

Yine böylece ticaret unvanı hakkındaki teknik kaideler (İ B K 687 vd) haricinde ve onlardan başka olarak İ B K 48 (T B K 48) ile ticaret unvanının himayesi ( bu husustaki özel kaidelere uygun olarak kabul edilebilecek olan bir ticaret unvanının suistimali) 2. inci maddeden çıkabilecek olan koruma vasıtalarıyla karışır<sup>74</sup>.

Gine bu suretledir ki başkasının arsası üzerinde yapılan inşaatta (İ M K - 671, T M K 648) dair olan hükmün arsa malikinin inşaatın kaldırılması hususundaki hakkına çizdiği sınır (bundan herhangi bir aşırı zarar husule husule gelmesi şartı) 2 inci maddenin çizeceği sınırın aynıdır, hakikaten hak ile himaye edilmek istenen menfaat diğer tarafın maruz kaldığı zarara nispeten hasis bir menfaat mahiyetinde ise ortada hakkın bir suistimali mevcuttur<sup>75</sup>. Burada zıt menfaatlarn karşı karşıya konması fikrini buluyoruz ki bu zaten hakkın suistimalinin takdirinde ekseriyetle müessir bir rol oynar.

#### VIII — Kanun boşlukları :

Federal mahkemenin bu tipik kararlarıyla kanunun nüfuzunu ne suretle anladığını inceledikten sonra şimdi de dikkatimizi bilhassa onun daha ziyade yaratıcı faaliyeti üzerine çevirmek ve kanun koyucunun mevzuat boşluğu karşısında kendisine tanıdığı üstünlüğü nasıl istimal eylediğini tetkik etmek icap eder. Başka bir ifade ile birinci maddenin birinci fıkrasından ikinci fıkrasının son kısmına geçelim.

#### A — Hakikî mânasiyle kanun boşlukları :

Kanun boşluklarının en karakteristik şekli ne kanunda ve ne de örf ve âdette bir hal harzı bulunmamasına rağmen hâkimi mutlaka bir karar vermek mecburiyetinde kaldığı bir fiili durumla karşı karşıya bırakandır. Bu Almanya'da " rechtsleerer Raum " diye adlandırılan boşluk<sup>76</sup>.

Meselâ bizim federal mevzuat külliyatında devletler hususî hukuk münasebetlerinde mukavelevî vecibelere tatbik edilecek hukuka mütedair herhangi bir hüküm mevcut değildir. Buna rağmen icabı halinde hâkim bir intihap yapmak zorundadır. Federal mahkeme bu boşluğu

73) A T F II 41. s. 579

74) A T F II. 47 s. 68 ; JT 1921 s. 373

75) A T F II, 40 s. 344 c 3 ; JT 1915 s. 63

76) Aynı suretle Prof. W. Burckhardt " Eigentliche Lücke ve Uneingentliche Lücke " arasında tefrik yapar, ( " Die Lücken des Gesetzes... s. 55 " ).

İ M K 1. i tatbik ve 1912 den evvel kurmuş olduğu içtihadı teyit etmek suretiyle doldurdu<sup>77</sup>.

Aynı suretle bir şahsın mümessili bulunduğu diğer bir şahısla mukavele yapması (kendi kendisiyle akit yapma - Selbskontrahiren) İ B K tarafından öngörülmemiştir. Bundan hukukî bir fiksiyon sayesinde iki âkidin mevcudiyeti kabul edilmesine rağmen tek bir iradeyi harekete getiren böyle bir mukavelelerin muteber veya bâtil olduğu neticesine mi varılmalıdır ? Kanunun bu sükûtunu bir kanun boşluğuna müşabih tutan federal mahkeme kaide olarak hususî bazı vaziyetler müstesna böyle bir akdi bâtil addetti<sup>78</sup>.

Bazan da kâfi derecede vazî olmayan bir hukuk kaidesinin tatbiki, hâkim tarafındır. Çözülmesi gereken bir duruma müncer olabilir. Bu hususta kanunda hâkime yol gösterecek herhangi bir sarahat da mevcut olmayabilir. Meselâ sigorta mukaveleleri hakkındaki federal kanunun 63 üncü maddesinin 2 inci rakkamı yangın zuhurunda, sigortacının gayrimenkulün yeniden inşa edilmesi şartile inşaat kıymetini aksi takdirde satış kıymetini geçmemek üzere ikame bedelini (Valeur de remplacement) ödeme mecburiyetinde olduğunu öngörür, İmdi gayrimenkulü yeniden inşa etmek için sigorta edilen ekseriya paraya muhtaktır. Sigortacı inşaat yapılmadıkça kendisine herhangi bir tediyeyi reddederse ne olacaktır? Federal mahkeme hâkim burada bir lex imperfecta ile karşı karşıyadır demekte ve bunu M K I/II gereğince sigortacıya muvakkaten satış bedelini ödemek mecburiyetini tahmil etmek ve bundan sonra da kazâi makamlara müracaatla sigorta dilene gayrimenkulün yeniden inşa edilmesi hususunda münasip bir mehil tayin ettirmeğe karar vermek suretiyle doldurmanın hâkime düşeceğini söylemektedir ; ancak bundan sonradır ki sigorta edilen eğer icap ederse inşaat kıymetini elde edebilecektir<sup>79</sup>.

Aynı suretle gayrimenkul rehniyle elde edilen teminatı “ satış talep edildiği veya iflâsın açıldığı anda vadeleri gelmiş üç senelik faizlere de ” teşmil eden İ M K 818 (T M K 790), ipotekli bir alacak borçlusunun satış talebinden sonra iflâs etmesi halinde üç senelik faizlerin satış talebinden itibaren mi yoksa iflâsa karar verilmesinden itibaren geriye doğru mu hesap edilmesi lâzımgeldiğini göstermez. Federal mahkeme bu meşukuk vaziyette de bir kanun boşluğu gördü ve bunu teminatın satışı-

77) A T F II. 49. s. 223

78) A T F II. 39 s. 566

79) A T F. II. 47. s. 103

nın talep edildiği anda işlemiş olan üç senelik faize teşmil etmek suretiyle doldurdu<sup>80</sup>.

837 (T M K 807) inci maddede öngörülen kanuni ipotek hakkının malikin iflâs masasına karşı olduğu kadar gayrimenkulü iktisap eden üçüncü şahsa karşı da tescilinin talep edilip edilmeyeceği hususu federal mahkemeye uzun nazarı ve ameli münakaşa konusu teşkil etti ve onu bu hususta menfi bir hal tarzını kabule sevketti. Bundan sonradır ki eğer hâkim İ M K 1 gereğince bir kanun vazı gibi karar vermek durumunda kalırsa bu şekilde hüküm vermesi lâzım geldiği neticesine vardı<sup>81</sup>.

Menfaatleri haleldar olan eşe hâkimden evlilik birliğinin himayesi tedbirlerini alması için, müdahalesini istemek selâhiyetini veren İ M K nın 169 (161) uncu maddesi bu hususta selâhiyetli olan hâkimi göstermemiştir. Bu hâkim müddeinin veya müddeaaaleyhin ikametgâhı hakimlerinden hangisidir ? Burada bir kanun boşluğu gören federal mahkeme bunun İ M K 144 (T M K 136) uncu maddeye kıyasen davacı tarafın ikametgâhı hâkimi olacağına karar vermişti<sup>82</sup>.

Yukarıda verdiğimiz birkaç misalde federal mahkeme ikinci derecede bir kanun koyucu sıfatile kabul ettiği hal tarzlarını gerekçelemek için dolambaçlı nazariyeler içinde kendini kaybetmedi. O, ilk plânda fiiliyattan mülhem olduğu mülâhazalara yer verdi. İşte meselâ kendi kendisiyle yapılan aktin (Selbskontrahren) butlanını haklı göstermek için mümessilin kendi kendisiyle muamele yapacağı kabul edildiği takdirde temsil olunanı, mümessilin fantazilerine terketmek tehlikesinin melhuz olduğuna işaret etti.

İnşaata başlamak için yangın sigortası tazminatını bekleyen sigorta olunan hakkındaki hal tarzı da aynı suretle mali imkânlardan çıkarılan sebeplere istinat eder. Diğer taraftan kanun boşluğu probleminin halli için zit menfaatler arasında bir tercih yapmak mevzuu bahis olan hallerde federal mahkeme bu menfaatleri dikkatli bir şekilde tartarak sosyolojik mektebin arzularını tatmin eder. " Mevzuu bahis olan bütün menfaatleri göz önünde tuttuktan sonradır ki " malikin veya üçüncü şahıs durumunda olan gayrimenkul müktesibinin iflâs masasına karşı, kanuni ipotegin tescili talebinin reddine karar verdiğini söyler. Gayrimenkul rehniyle temin edilmiş olan üç senelik faizlerin mebdeini tesbit eden kararın-

80) A T F. III. 43 s. 66 vd. JT 1917 s. 377 vd.

81) A T F. I s. 40 s. 470 ; JT 1915 s. 309.

82) A T F. I. s. 54. 246 ; JT 1929 s. 176.

da da birinci derecedeki ipotekli alacaklılarla daha alt derecedeki ipotekli alacaklılara ve borçluya tanınması gerekli mutalebelerin müteakıl kıymetleri üzerinde dikkatli bir inceleme yapar. En nihayet evlenme birliğinin himayesi tedbirlerini almağa selâhiyetli hâkimin tayinine müteallik kararında, 144 ve 169 (T M K 136 ve 161) üncü maddelerin içinde buldukları baplar üzerinde mütalâa yürüttükten sonradır ki fiiliyatta hâkimin müdahalesinin isteneceği hallerle boşanma davasının ikame edileceği hallerin bir birine müşâbih durumlara tekabül ettiği ve hatta ekseriya birbirini takip ettiğini tebarüz ettirir.

B — Kanundaki tanzim tarzının kifayetsizliği :

Federal mahkemenin naklelediğimiz davalar münasebetiyle kabul ettiği açık kanun boşlukları yanında yine aynı mahkemenin “ kanun vazı gibi hareket ” kaidesine uygun olarak karara bağlamasına rağmen hakikî bir kanun boşluğunun mevcudiyeti şüpheli olan bazı hallerde vardır. ” Burada herhangi bir kanun hükmünün içine girmiyen fakat mutlaka bir neticeye bağlanması icap eden vaziyetler mevzuu bahis değildir. Burada, kanunun sert (strict) bir şekilde tatbikinın tatminkâr bir hal tarzına ulaştıramıyacağı durumlar mevzuu bahistir.

Bunlar mahkemenin önüne gelen hâdisenin mantıken umumî prensiplere tabi tutulması gereken, lâkin bu prensiplerden inhirafa lüzum hissedilen vaziyetlerdir. Buralarda iki hal tarzı mevzubahis olabilir :

Ya mahkeme - hiç bir lex specialis'in (hususî kaide) öngörülmemiş olmasından dolayı - “ lex generalis'in ” (umumî kaidenin) tatbiki gerektiğini beyan eder. Ezcümle bir kooperatif şirketin müessislerine karşı yönetilen bir mes'uliyet davası karşısında federal mahkeme müessisler hakkında sakıt olan borçlar kanununun bir boşluk arzettiğini ve bu bakımdan da anonim şirket müessislerinin mes'uliyetine kıyas edilmesi gerektiğini nazarı itibara almayarak, meseleyi sadece BK 41 vd maddelerindeki mutad kaidelere yollamakla iktifa etti<sup>83</sup>.

Yahutta mahkeme umumî prensiplerin kifayetsizliğini müşahede ederek kendisinin vazedeceği özel bir kaidenin zaruretini tesbit eder. Mahkeme içtihatlarında bunun bazı misallerini bulabiliriz:

Bunun en bariz bir misalini bize belki de bir hırsızlık vakası dolayısıyla verilen karar arzeder : bir çiftlik uşağı efendisiyle beraber orman hırsızlarının peşine düşer, hırsızlarla mücadele ederken yaralanır ve bu

83) A T F 50 II s. 368 ; J T 1925 s. 14

sebeple de efendisinden tazminat talep eder. Federal mahkeme buradaki hukukî vaziyeti vekâlet olarak kabul etti ; o halde hiç bir kusur işlemediği olan iş veren İ B K 402 (T B K 394) gereğince mes'uliyetten beri olmalıydı. Fakat bu hal tarzı hakkaniyete muhalifti, bahusus ki burada ivazsız bir mukavele mevzuu bahisti. Diğer taraftan vekâleti olmadan başkası namına harekete mütedair olan İ B K 422 (T M K 413) müvekkili (namına hareket edileni), vekâletsiz hareket edenin bazı masraflarını ödemeye ve " hâkimin serbestçe tayin edeceği bütün zararları tazmin mecbur eder. " Federal mahkeme vekâlet babında buna müşabih bir hükmün yokluğunu bir kanun boşluğu olarak telâkki etti ve bunun " tashih " edilmesi lâzımgeldiğine hükmetti. İşte bundan dolayı da iş sahibini mahkûm etti<sup>84</sup>.

Bütün aktifin devri suretiyle konkordato kanun tarafından tanzim edilmemiş olduğundan federal mahkeme takas def'inin tahdidini mümkün kılan İC. ve if. kanununun 214 üncü maddesine müşabih bir kaidenin yokluğunu bir boşluk olarak gördü, ve pratik zaruretler dolayısıyla İc ve if. kanununun bu 214 üncü maddesine müşabih bir kaidenin " mutlak bir zaruret " olduğu mülâhazasıyla bu kaideyi de İ M K 1 e istinat ederek tatbik etti. Bu suretle de takasa müteallik İ M K 120 vd (T M K 118 vd) deki umumî prensiplerin nüfuzundan kurtuldu<sup>85</sup>. Federal mahkeme sarîh olarak bir cemiyet azasının cemiyet kararlarına karşı haiz olduğu itiraz hakkının tabi bulunduğu hak düşümü müddetini tanzim eden hükmün kat'iliği bertaraf edilmek istenilen hallerde M K I/II gereğince kanunu tamamlamak selâhiyeti kendisine tanınan hakimın sigorta mukavelelerine mütedair federal kanununun 45/III maddesindeki kaideyi kıyasen tatbik edilebileceğini kabul etti<sup>86</sup>.

Son senelerde anonim şirketlerin büründükleri kanunen bilinmeyen yeni idare şekilleri hâkimi karışık meseleler karşısında bıraktı. İmtiyazlı aksiyon hamillerinin hukukî durumu karşısında bir karar vermek zorunda kalan federal mahkeme de böyle bir vaziyetle karşılaştı. Umumî heyetin imtiyazlı hisse senetleri sahiplerinin haklarını tadil edebilip edemeyeceği ve dolayısıyla bu hissedarların İ B K 627 inci madde mânasında müktesep hak sahibi olarak telâkki edilip edilemeyecekleri hususunun halî icap ediyordu. Bu hususu incelemekle iktifa edeceği yerde federal mahkeme burada bir kanun boşluğu bulunduğuna ve sadece İBK 627 inci

84) A T F II 48. s. 490 ; JT 1923 s. 309 c. 3

85) A T F II 51 s. 255 - 256 ; JT 1926 s. 10

86) A T F II 51 s. 240 ; JT. 1926 s. 100

maddedeki umumî prensibin tatbikinin kabul veya ademî kabulü ile yetinilmeyeceğini beyan etti; hâdiseye uygun düşen bir tanzim tarzının bulunması zaruri idi. İşte bunun içindir ki federal mahkeme sadece imtiyazlı hissedarlardan müteşekkil bir umumî heyet toplantısını öngördü<sup>87</sup>.

Federal mahkeme, nama muharrer senetlerin iptali hakkındaki muhakeme usulünü hamile muharrer senetlerin iptaline kıyasen hal ederken takip ettiği görüş, bariz bir surette yukarda gösterdiklerimize yaklaşır ; çünkü federal mahkeme önüne gelen meseleyi hal etmek için doğrudan doğruya onunla ilgili olmayan bir hükmün tatbiki zarureti ileri sürüyordu. Bununla beraber arada şu fark vardı ki buradaki kanun boşluğunu doldurmak için tatbik edilecek bir kaidenin yokluğu sebebiyle umumî prensiplere baş vurulmuyordu, kaybedilmiş veya çalınmış nama muharrer senetlerin iptali imkânını sağlayacak herhangi bir kaidenin yokluğuyla karşılaşılmıştı<sup>88</sup>.

Bu birkaç misale, IV. inci bölümde işaret ettiğimiz, kanun koyucunun bazı " hatalarının " düzeltilmesi keyfiyetinin ilâvesi de yerinde olur.

"Kanundaki tanzim tarzının kifayetsizliği" başlığı altında incelediğimiz hâdiselerde aynı derecede mantikî olarak iddia edilebilir ki kanun koyucu mevzuu bahis hâdiseyi hususî bir şekilde tanzim etmemişse bunu, bu hâdiseyi umumî prensiplere tabi tutmak istemesinden dolayı yapmıştır, bu kanun boşluklarının inkârına müncer olur - veya bunun aksini olarak kanun koyucu umumî kaidenin gerekli istisnalarını bulmayı mahkemelere bırakmak istemiştir - bu da kanun boşluklarının kabulünü mümkün kılar.

Binetice bir kanun boşluğunun mevcudiyetini beyan ve kabul edebilmek için içtimaî zaruretlerin baskısı tebarüz ettirilmelidir. Bu sebeptendir ki bir kanun boşluğunun varlığı veya yokluğu hakkında varılan kanaat hayat zaruretlerini anlayış tarzına bağlıdır.

Bu mülâhazalar şimdi zikredeceğimiz az çok federal mahkemeye has bir gerekçeyi aydınlatır. Gerekçenin şekli belki de mes'ut değildir, ve yukarda ayırdığımız iki nevi kanun boşluğu arasındaki fark da federal mahkemece nazara alınmamıştır, fakat tarafımızdan "kanundaki tanzim tarzının kifayetsizliği" olarak adlandırılan kısımla ilgili olan bu pasaj bize tamamiyle makul olan bir hüküm gibi gözükür." Kanunda İMK 1.

87) A T F II. 51. s. 427 c 4, JT 1926 s. 247 vd.

88) A T F II. 49 s. 356 c 3 ; JT 1924 s. 133.

anlamında bir kanun boşluğunun mevcudiyetini bulmak münhasıran mantıkî bir ameliye değildir, bunun aksine olarak o, tıpkı tefsir gibi gayevi metodla ilgili bir iştir. Sadece bir boşluğu doldurmak mevzuu bahis olduğu zaman değil, lâkin daha henüz böyle bir boşluğun mevcut olup olmadığını kararlaştırırken de hâkim “özlenen hukuk (droit désirable, législativ - politisch) ” mülâhazalarından mülhem oimalıdır<sup>89</sup>.

### C — Toplu bir bakış :

Şimdiye kadar incelediğimiz hâdiseler federal mahkemenin bir kanun boşluğunun mevcudiyetini ancak hakkaniyetten veya bizzat hayatın kendisinden çıkan zaruretlere muvacehesinde kabul ettiğini göstermektedir. Zaten kanunun kifayetsizliğine mütedair olarak vermiş olduğu beş karardan sadece biri (anonim şirketlerdeki imtiyazlı hisse senetleriyle ilgili olanı) yeni bir tanzim tarzı tesis etmiştir. Bu kararlardan geri kalan dördü ise hakikatte vekâleti olmadan başkası namına tasarrufa müteallik 422/1 (T BK 413) maddenin son kısımlarının vekâlet aktine, İc. ve İf 214 üncü maddesini aktifin terki suretiyle yapılan konkordatoya, L.C.A. 45/II i maddesini medenî kanunun 75 (T M K 68) inci maddesine, hamile muharrer senetler hakkındaki İ B K 849 vd. maddelerini nama muharrer senetlere kıyasen tatbikten başka bir şey yapmamıştır. İmdi kıyas kâinat kadar eski olan bir kaidedir. Romalılar onu geniş mikyasta istimal etmişler, federal mahkeme de kıyası sık sık kullanmak için ne İ MK 1. inci maddesini ne de 1912 tarihini beklemiştir. Daha sanki dün yazılmış denebilecek 1844 tarihli bir kararında şöyle deniyordu: “ Federal hukuk doğrudan doğruya tatbiki kabil bir hükmü havi olmadığından kanunun mâna ve ruhuna uygun olarak kıyas yoluyla doldurulması icap eden bir kanun boşluğu karşısındayız<sup>90</sup>. ” Medenî kanundan evvel kanun boşluklarına bir çare bulmak üzere kıyası kabul eden daha başka bir çok kararlar da zikredilebilir. Bunlardan sadece biri İc. İf. dairesinin meşhur Knight - Mac Farlane davasına ait kararını göstereceğim: Karar, hacedilmiş bir malın maliki olduğunu iddia eden üçüncü bir şahsa karşı; buna itilâdan itibaren cereyana başlayacak olan on günlük bir hak düşümü müddeti kabul etti. Üçüncü şahıs bu müddet zarfında icra ve iflâs dairesine mütalebesini bildirmelidir, bunu yapmazsa İc. ve İf. kanununun 109 uncu maddesinin kendisine

89) A T F II. 55. 430 ; JT 1926 s. 249.

90) A T F 10 s. 284



verdiği hakkı kaybeder. Bu kararına gerekçe olmak üzere federal mahkeme, malik üçüncü şahsın istihkak iddiasını bir müddetle tahdit etmemiş olmakla kanunda bir boşluk bırakılmış olduğunu beyan etti ve “ bu hususta kanunun hem istihkak davaları hakkındaki umumî prensiplerinden hem de pratik zaruretlerden mülhem olmanın muvafık olacağını ” ilâve etti. Bunu federal mahkemenin, tarafından kabul edilmiş olan hak düşümü müddetinin kanunun sistemi icabı olduğunu göstermek için ileri sürdüğü ince ve maharetli bir izah takip eder<sup>91</sup>.

Böylece İ M K I inci maddesindeki kaidenin mer'iyete girmesinden evvel federal mahkeme birçok vesilelerle sarahaten veya zımnen mevzuatta boşluk olduğunu müşahede etmiş ve buna bizzat kendisi mümkün gerekçelerle umumî prensiplere veya müşabih hükümlere istinat ettirmeye gayret sarfettiği hal çareleri bulmuştur. Hâkime kanun vazı olsaydı koyacağı kaidelere uygun olarak kanun boşluklarını doldurmak müsaadesini veren birinci madde hiç bir karışıklık getirmedi bilâkis o, zaten federal mahkemenin içtihat yaratma metodları içinde bulunan bir prensibi takdire lâyük bir vuzuhla formüle etti. Şu halde 1912 den evvelki telâkkiler 1912 den sonraki telâkkilerle mükemmel bir surette temadi ettirildi.

Zaten federal mahkemenin bu tarihten sonra da sarîh olarak birinci maddenin himayesine sığınmaksızın hakiki bir kanun vazı gibi hareket ettiği vaki olmayan şeylerden değildir. Meselâ onun İsviçre'de verilmiş bir boşanma kararının tâdilinde selâhiyettar olan mahkemeyi tespit ederken eski içtihadından dönerek müddeaaaleyhin yabancı bir memlekette ikamet etmesi halinde bulunan davacının mahkemesi olduğunu kabul eden kararında ne kadar serbest bir şekilde hareket ettiği bir düşünülün<sup>92</sup>.

O, mazide olduğu gibi birinci maddenin yardımına baş vurmadan kıyas yoluyla kanundaki boşlukları doldurmağa devam etti. Böylece federal mahkeme rehin edilmiş gayrimevkuullerin istimplâki haline, gayrimenkullerin birleştirilmesinden doğan tazminatın gayrimenkul rehniyle temin edilmiş alacaklılar arasında taksimini tanzim eden İ M K 804 üncü maddeyi (T M K 776) tatbik etti<sup>93</sup>. O aynı şekilde âmme hukukü

91) A T F 37 I. s. 465 c. 2

92) A T F 51 II. s. 109 ; JT 1925 s. 612 vd.

93) A T F 53 II s. 464 ; JT 1928 s. 584

hükmi şahıslarına borçlar kanununun temsil hakkındaki hükümlerinin kıyas yoluyla tatbikinin kabil olduğunu da beyan etti<sup>94</sup>.

### IX — Netice :

Hâkim ile kanun koyucu arasındaki münasebetler münferit bir mesele teşkil etmez ; bu münasebetleri anlayış tarzı hukuk hakkındaki telâkkiye bağlıdır. Eğer ben pozitivist (positiviste) ve devletçi isem hâkimi kanuna sıkı sıkıya bağlarım. Bunun aksine olarak ben hukuka esası metafizik olan bazı ana mefhumların hâkim olduğunu (tabii hukuk) kabul eder veya hukuku maşeri şuurun (Conscience Collective) bir tecellisi olarak telâkki edersem kanun benim için içtimai bir koordinasyon vasıtası olmaktan ileri gidemez ve ben hâkime kanunu (legalité) hukukun kat'i emirlerine (injonction) boyun eğdirme hürriyetini tanımam meğer ki bununla beraber Stammeler gibi hukuku (Richtige Recht) icaplarından üstün tutayım<sup>95</sup>.

Germann<sup>96</sup> ında çok haklı olarak işaret ettiği gibi hukukun mutlakiyetçi mektebinin (école absolutiste) “ âmir (imperatif) ”, ve tarihi mektebin “ an’anevi (traditionaliste) ” telâkkisi yanında kollektif mukavelelerin ve kartellerin inkişafı, hükümlerlik mefhumunun inhitatı ve efkârı umumiyenin gittikçe artan hâkimiyeti şeklinde tezahür eden bir üçüncü ve yeni hukuk anlayışı, hukukun “ Otonomist (autonomiste) ” telâkkisi meydana çıkmaktadır. Muharrir ilk iki telâkkinin hâkiminin pozitif hukuka esareti neticelerini doğurmasına mukabil, otonomist telâkkinin hâkimi öbürlerinin aksine olarak maşeri iradeye bağlı bir hakem mevkiine çıkardığını ve tefsire “ Entstehungsgrund (tekevvün sebebini) ” değil fakat “ Geltungsgrund (değerini) ” arama görevini tahmil ettiğini de müşahede eder.

Etüdümüzü parlak neticelere bağlayabilmek için federal mahkemenin hukuk felsefesinin ne olduğunu tayin etmek icap eder ki bu da imkânsızdır. Her ne kadar federal hâkimlerden bazıları hukuk felsefesi ile daimî münasebet halinde bulunmaktan kaçınmazlarsa da kararlarında hamdolsun bu kadar yüksek ispekulationlara yer vermezler, gayeleri hukuku tatbik etmektir, yoksa onu rasyonel bir surette kurmak değil. Zaten yüksek mahkmemizin muhtelif azalarına bu husustaki görüşleri

94) A T F 54 II s. 254, J T 1929 s. 41

95) Stammeler : der Richter VIII. 3

96) Berne Üniversitesinde Profesör, “ Imperative und autonome Rechtsauffassung ” Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1927 s. 183 vd.

sorulsaydı öyle zannediyorum ki birbirinden çok farklı cevaplar alınır-  
dı. Hattâ sadece federal mahkemenin tefsir metodları (mantiki, siste-  
matik, sosyolojik) karşısında ne gibi bir prensip ittihaz ettiği aransaydı,  
Gmür'un daha evvelden de işaret ettiği gibi<sup>97</sup> bu hususta da kat'i bir  
hareket tarzı tesbit edilemezdi.

Bununla beraber evvelki bölümlerde yapmış olduğumuz müşahedele-  
re dayanarak bu tenevvüden umumî bazı hatlar çıkarmağa çalışalım.

Evvelâ medenî kanunun ilk tavsiyesini dinleyerek federal mahke-  
menin prensip itibariyle kanun önünde eğildiğine işaret edelim. Hiç bir  
suretle - belki de kanun koyucunun bazı hatlarına işaret ettiği çok ender  
vaziyetler müstesna - onun kanuna muhalif "contra legem" bir tefsir im-  
kânını kabul ettiği görülemez, hattâ onun bunu "dura lex sed lex" hu-  
kuk meseli şeklinde ifade ettiği de vakidir.

Bundan sonra da federal mahkemenin ne kadar çok kesretle ka-  
nunî hükümlerin tarihçesine müracaat ettiğine işaret edelim ; bu söyle-  
diğimizizin doğruluğu hakkında federal mahkeme kararlarının resmî kül-  
liyâtının ikinci kısmına müteallik herhangi bir cildi kaşırtmak suretiyle  
bir fikir edinilebilir. O, bunun kanunun ilk projelerini, gerekçelerini, fe-  
deral meclis mesajlarını, komisyonların fezlekelerini, parlâmentodaki mü-  
nakaşaları mebzulen zikretmek suretiyle yapar<sup>98</sup>. Federal mahkeme itina  
ile kanunun beşiği üzerine eğilir.

Nihayet federal mahkemenin sistematik denilen tefsire, hukuk mü-  
nasebetinin hukukî mahiyetinin, mevzuat sistemi içindeki yerinin (hu-  
kukî konstruksiyonunu) incelenmesine ne kadar geniş bir mevki ayırdı-  
ğına da işaret edelim.

Federal mahkemenin ne kadar büyük bir titizlikle - bu binlerce mi-  
sal arasından ancak ikisini teşkil eder - aynı haklar<sup>99</sup> bahsinde kanunun  
sisteminden neticeler çıkardığını veya koltukçu mukavelesinin<sup>100</sup> (x)  
(Contrat de Soumission) mahiyet ve bünyesini münakaşa ettiğini bir  
gözönüne getirin.

97) Die Anwendung des Rechts s. 8

98) A T F 52. II 179 vd. JT s. 6 ve 7'de bunun tipik bir misali vardır.

99) A T F 52, II. 37 ; JT 1926 s. 530, 531

100) A T F 55 II. 39 ; JT 1929 s. 323

x) Sayın hocam Göktürk, Türk Hukuk Doktrini içinde ilk olarak bu tip  
mukaveleyi incelerken onu "koltukçu mukavelesi" terimiyle ifade etmişti :  
Borçlar Hukuku Aktin muhtelif neveleri. Ankara 1951 s. 368 ; Ank. Huk. Fak.  
Derg. C. VIII. 1951 sayı 1-2, S. 524 vd. Biz de aynı terimi kullanıyoruz. (Çe-  
virenin notu.)

Mamafih her ne kadar federal mahkeme içtihatlarında, doğrudan doğruya kat'i ve âmir hükümler ve bilhassa organik bir bütün olarak telâkki edilen positif kanununun tahlili, hukuki münakaşalarının en esaslı unsurunu teşkil ederse de bunda federal mahkemenin şerhçi mektebin (école exegèse) izinden gittiği veya "Begriffsjurisprudenz (mefhumuna müstenit içtihatlar)" yanında yer aldığı neticesi çıkarılmamalıdır. "Kanun koyucunun iradesi" endişelerinin en başında geldiği şüphesiz ki doğrudur. Bununla beraber bu endişe federal mahkemeyi hakikatları görmekten uzaklaştıracak kadar da kuvvetle meşgul etmez. Bilâkis bunun aksine olarak federal mahkeme kanunu, kanun tarafından yaratılmış müesseselere uygun bir fonksiyon temin edecek şekilde, tefsire çok dikkat eder. İstidlâli mantığa (logique deductive) karşı gösterdiği hürmet ne olursa olsun kendisine arzedilen meseleleri İhering'in isteğine uygun olarak "bir riyazi ameliye" gibi halletmez. O, bilâkis, hiç durmadan kendi mütalâalarını işin içine karıştırır ve kendini kanunla vatandaşlar arasında "şuurlu" bir mutavassıt olarak telâkki eder.

Bu hususta umumî ve bunun neticesi olarak da kanun tarafından hudutlarının tayini açık olarak mahkeme içtihatlarına bırakılmış olan elâstiki mefhumları federal mahkemenin ne kadar büyük bir serbestiyle kullandığı meselesi üzerinde de duracak değiliz. Bu mefhumlar daha yukarda da gösterdiğimiz gibi "standart" kaidelerdir yani federal mahkemenin kendi içtihatları için kabul etmiş olduğu kaidelerin teşekkülüne de malzeme vazifesini görür.

Hatırlatmak maksadiyle sadece, kazaya sebebiyet veren otomobil kullananın mes'uliyetini ne kadar büyük bir şiddetle mülâhaza ettiğine işaret edeceğiz. Bu mes'uliyeti o derece sert bir şekilde mülâhaza eder ki bu, tatbikatta kanunla kabul edilen kusur mes'uliyeti yerine risk nazariyesi gereğince illiyet mes'uliyetinin ikamesi gibi görünür.

Buna mukabil üzerinde ısrarla durulması gereken bir müşahede de federal mahkemenin hukuk kaidelerine verdiği mânanın uyandıracığı tesirler üzerinde çok dikkatli olduğu keyfiyetidir.

Gerek hakiki mânasile tefsir yaparken gerekse bir kanun boşluğunu doldurmak için bizzat kendisi kaideler koyarken, federal mahkemenin daima şu veya bu kanaatin pratik neticelerine bağlı kaldığı görülür. İçtimai fayda (utilité social) fikri onun en çok sevdiği argümanlar meydanına sokulabilir. Bundan başka mahkeme önüne çıkanlar onun nazarında

mankenler değil lâkin hayat seviyeleri ve meziyetleri mahkemeyi lâkayıt bırakamayacak olan fertlerdir. Hukukun tatbikinin neticelerine verdiği bu ehemmiyet iki muhtelif istikamette tezahür eder : bir taraftan “(Verkehr)” iş hayatı ve onun icapları, iş münasebetlerinin salim bir şekilde cereyanı, içtimâî nizam ; diğer taraftan adalet, hakkaniyet, hüsnüniyet ve ahlâki nizam.

Bu iki noktaî nazar zarurî olarak mutlaka yekdiğerine tekabül etmez ve burada De Page'in içtimâî adalet (Justice sociale) ve ferdi adalet (Justice individuelle) dediği ikilikle karşılaşılır<sup>101</sup>. Birincisi mevzuu bahis hâdiseye müşabih müstakbel hâdiselerin bütünü nazarı itibara alır ve onlar içinde karşılıklı menfaatleri inceler. İkincisi münhasıran mevzuu bahis hâdiseyi ve arz ettiği hususî durumlarıyla birlikte hâdisede ilgili şahısları gözönünde tutar. İçtimâî adalet daha mücerret bir surette kendini gösterir. Bu, medenî kanunun 1/II fıkrasının sonlarındaki görüştür. Ferdî adalet müşahhas sahada kalır bu da İMK 4 üncü maddesindeki görüştür. Şimdi muayyen bir hâdisede umumiyet itibarile himayeye en lâyük olan menfaatin gerek ferdi psikoloji ve ahlâki mülâhazalarla, gerekse karşılıklı mali vaziyetler dolayısıyla zıt menfaate feda edilmesi icap edebilir. Sosyolojik temayüller, sosyal menfaatlerin ölçüye vurulması, hâkimi mücerret hal tarzına doğru sevkeder; mantığa daha az uygun ve fakat daha insani bir adalete müteveccih temayüller ise ferdileştirilmiş bir hal tarzına götürür.

Federal mahkeme bu iki cereyandan hangisine iltihak eder ? Buna da yine mutlak bir cevap verilemez. Federal mahkeme şüphesiz meselelere yukardan bakar ve - bilhassa iş hayatını ilgilendiren hususlarda - her hangi bir hal tarzının umumî fayda ve mahzurlarını gözönünde tutar. Fakat buna rağmen bize öyle görünüyor ki ahlâki ve insani (humanitaire) düşünceler kararlarında üstün bir mevki işgal eder. Bu hususta delil olarak sert bir tatbikin güce gidecek neticelerini bertaraf etmek için hüsnüniyet kaidelerine sık sık vaki müracaatını ve zarar ziyan meselesinde hakiki zararı önlemeğe mâtuf olacak hesaplar içine girmeksizin kanton mahkemeleri tarafından tesbit edilen rakamları arzusuna göre ne kadar büyük bir ihtimamla tâdil ettiğini söylemek kâfidir<sup>102</sup>.

101) De l'interprétation des lois T II. s. 301

102) Bu şekildeki bir hareketin açık bir misalini “Crédit mutuel d'ouvrier” İflâs Masasının ve Arnold Juvet et cons. davasındaki kararında bulmaktayım. (8. Mayıs 1929). Bu karar şüphesiz neşredilecektir.

Zaten federal mahkeme birçok münasebetle “ hukuk hissinden ” (sentiment du droit, Rechtsgefühl) bahseder<sup>103</sup>.

Burada biz daha yukarlarda bahsettiğimiz M. Bendix'in eserinin bilhassa meydana çıkardığı bir psikolojik meseleye temas etmiş oluyoruz. Muharrir zamanımızda pozitif hukukla içimizde doğuştan mevcut “ hakiki hukuk ” arasındaki âhenksizliklerde bir hâdiseyi incelerken hâkimin - mantiki olmayan tesirlerle - evvelâ varmak istediği neticeyi ve ancak sonradan da bu neticeyi hukuka istinat ettirmek imkânını veren sebepleri aradığını iddia eder.

Hâkim tarafından bir kanaata varabilmek ve bir karar verebilmek için takip edilen usul (pocessus), şüphesiz ki, onun zihniyetine, karakterine, zihni alışkanlığına bir kelime ile hâkimin şahsiyetine bağlıdır. Aynı insanda bu, meselelerin mahiyetine göre de tahavvül edilebilir. Şu halde her hangi bir kazaî topluluğa (College Judiciaire) has bir usulün mevcudiyetini iddia etmek imkânsızdır.

Federal Mahkemenin içtihatlarında insanî hislerle hakkaniyet hissinin oynadığı role mütedair vaki müşahedelerimize hususî bir takım görüşmelerden edinebildiğimiz kanaatlerin de inzımamı, bize kaideten sırf dedüktif ameliyenin; bazen de arzulanan neticeyi elde edebilme imkânlarını sağlayacak hukukî vasıtaların araştırılmasından ibaret olan bir ameliyeden; daha az revaçta olduğu zehabını vermiştir.

Bunu söylerken federal mahkemenin kararlarına mesnet teşkil eden gerçekleri kıymetten düşürmüş olmuyor muyuz? Onları basit birer şekil kaidesi seviyesine indirmiyor muyuz? Bana böyle bir düşünce atfedilmesini istemem.

Hattâ sonradan a posteriori olarak bulunmuş olsalar bile hukukî gerçekler her zaman birer kontrol vasıtası olarak kalırlar; meziyetleri hüküm fıkrasını kanuna bağlamaktan gelir. Bunun parlak bir misalini Fransız temyiz mahkemesi bir asırdan beri medenî kanunu tanzim edenlerce bilinmiyen en son yenilikleri hukuk sistemi içine sokmağa uğraşırken vermektedir. Hiç kimse - belki de M. Fuchs müstesna - Fransız temyiz mahkemesini bu ihtimamından dolayı muaheze etmeyi düşünmez; içtihatlarının yumuşaklığını ve selabetini takdirde herkes ittifak eder. Buna müşabih bir metod takip etmesinden dolayı federal mahkeme de hiç bir suretle tenkit edilemez.

103) Misal : A T F 50. II. s. 148 ; JT 1924 s. 48.

Zaten klasifikasyon endişesiyle şemalar içine düşmek icab etmez. Bir kanaat teşekkül ederken, mücerret kaidelere bağlanan muhakeme ve hakkaniyete uygun bir hal çaresine götüren sezgi (intuition) inkişaf eder ve birbirine karışır; onlar ancak sun'î olarak birbirinden ayrılabilir. Çünkü mesleki formasyonu itibarıyla hukukun umumî prensiplerinin tesiri altında bulunan hâkimde muayyen bir hal tarzına varma arzusu hukuk bilgisinin haricinde teşekkül etmez.

Aynı suretle kanun koyucunun iradesinin araştırılmasıyla, hakikî ihtiyaçlara uygun bir tefsir arasında, "geriye doğru (en arrière)" denilen tefsir tarzı ile "ileriye doğru (en avant)"<sup>104</sup> olan tefsir arasında bariz ayrılıklar yoktur. Hakikaten kanun koyucu daha bidayetten itibaren (a priori) aynı zamanda âdil ve pratik olan hal tarzları istemiş addolunur, ve bir tefsirin müncer olabileceği neticelerin incelenmesi ekseriya münhasıran onun zatî kıymetini (Valeur intrinsèque) değil lâkin kanunda mündemiç iradeye uygunluğunu tesbit için kullanılır<sup>105</sup>.

Böylece ratio legis kanunun kalıbı ile kanunun müşahaslaşdırılması arasında bir bağ (trait d'union) vazifesi görür. Hakikaten federal mahkemenin bir fikri, kanunun ratio legis ve binnetice kanun koyucunun iradesiyle telif edilemeyeceğinden bahisle reddettiği çok görülür.

Şu halde hissedilmeyen bir bağ, şerhçi (exégétique) tefsirle hisse müstenit mahkeme içtihatlarının (Jurisprudence de sentiment) zıt kutuplarını yekdiğerine bağlamaktadır; mutlak bir seçimi zorla kabul ettirecek bir dilem mevcut değildir. Bilâkis bunun tamamıyla aksine olarak federal mahkeme gibi hukuki düşünüş sahasında tecrübeli bir kazai makam iki zıt tip arasında serbestçe hareket edebilmek için namütenai inceleklerden müteşekkil bir çok tefsir metodlarından faydalanır.

Hâkimi kanuna bağlyan bağlar münakaşa edilirken akla tabî olarak gelen bir mesele vardır, bu da hukuki emniyet (Rechtssicherheit) veya iş münasebetlerinin gerektirdiği emniyet meselesidir. Yapmış olduğumuz atıflardan bazıları (böl. VI ve VI. A) federal mahkemenin buna çok büyük bir ehemmiyet verdiğini gösterir.

Hakikaten herkes, mahkeme kararlarının tahminleri aşması, kanunların artık kendilerine istinat edilemeyecek derecede keyfice tatbik edil-

104) Bu tabirler Rossel - Mentha'nındır : Manuel du droit suisse t. 1. s. 63

105) Meselâ A T F, 54 I. 248 ; JT 1929 s. 179. 180

mesi ve hukukî hayatın müstakar prensipler yerine kararsızlıklarla meşbu olması halinde adalet tevzii müessesesinin en mühim vazifelerinden birini yerine getiremediğini kabul eder.

İmdi klâsik an'anevi nazariye taraftarlarının modernizme karşı ileri sürdükleri itiraz işte bilhassa onun iş münasebetlerindeki emniyeti tehlikeye maruz bıraktığı hususudur. Fakat Fuchs<sup>106</sup> ve De page<sup>107</sup> onlara mefhuma müstenit mahkeme içtihatlarının (Begriffs Jurisprudenz “inceliklerinin, bir davanın neticesini daha ziyade tesadüflere bıraktığı ve istikrarın her şeyden evvel hissi selimden mülhem olan bir kazai tatbikat ile daha iyi bir surette temin edilebileceği cevabını verirler.”

Federal mahkeme içtihatlarından elde edilen tecrübeler bu mücadeleye yol gösterici bir ışık saçabilir mi?

Bir kere daha bu hususa müteallik kat'i bir cevap beklenilmemesi lâzım geldiğine işaret edelim. Hukukî emniyet; hakkında her hangi bir hüküme varılabilecek olan bir his değildir. Federal mahkeme kararları okununca arada bazan sendelemeler ve fikir değişiklikleri şüphesiz ki görülür. Bununla beraber bu içtihatların sağlamlığı da hissedilir, bunlar müteharrik kumlar olmaktan ziyade kayalar gibidir. Lâkin neşredilen içtihatlar yüksek mahkememizin verdiği kararların ancak çok cüz'î bir kısmıdır, bizce federal mahkemenin kanunun sertliği karşısındaki istiklâli bilhasas “emsal” kararlarından daha fazla tebarüz eder. Şu halde içtihatlarının bütünü hakkında bir kanaat edinmek imkânsızdır. Diğer taraftan en tecrübeli avukatlar nezdinde yapılacak bir anket enteresan olabilir; onlardan müdafaasının deruhte ettikleri muhtelif meseleler hakkında federal mahkemece verilen kararların kendilerine kanunun tatbikinde bir istikrar mevcut olduğu hissini verip vermediği sorulabilir. Mahremiyette duyduklarına istinat ederek bu hususta pek de cesaret verici cevaplar alınmayacağından endişe ediyorum. Bazan Kanton mahkemelerinde haksız çıkan tarafın, bu husustaki şansı pek kuvvetli olmasa bile federal mahkemeye müracaat etmekte menfaati olduğunun, çünkü surprizlerin sık sık tekrür ettiğinin iddia edildiğini duyuyoruz. Kararları aleyhine federal mahkemeye müracaat edilen Kanton kazai makamlarının da federal mahkemenin kararının ne olacağı hakkında tahminde bulunmanın çok problematik olduğunu söylediklerini de işitmişizdir.

106) Die Justiz c. III. s. 7 vd.

107) De l'interpretation des lois C. II s. 319.



Bu gizli huzursuzluğu neye atfetmeli? Şüphesiz ki, bir çok sebeplere. Bunlar içinde en başta geleni muhakkak ki münhasıran kanun kaidele-  
rine uygun neticelerden ziyade insani bakımdan tatminkâr bir hal tarzının  
aranması keyfiyettir. Sonra hâkimlerin kanaatlarının ne kadar değişik  
olduğu ve ekseriyetin üç reye mukabil dört reyle elde edildiği ve bu  
sebeple de varılacak hal tarzının mahkemenin tesadüfi teşekkülüne ne  
kadar tabi olduğu da göz önünde tutulmalıdır. Fikirlerdeki bu ayrılık  
belki de federal mahkeme âzaları arasındaki dil, zihniyet ve din baki-  
mından olan farklardan gelir.

Açık kalplilikle fikirlerimizi beyan etmiş olmamızın yanlış anlaşılma-  
yacağını ümit ediyoruz. İsviçre'li hukukçuların zaman zaman bir vicdan  
murakabası yapmaları yerinde olur, biz bu hususta kendi payımıza düşeni  
yapmağa gayret ettik. Biz bununla federal mahkeme içtihatlarının yüksek  
kıymetini hiç bir surette azaltmadık. Çünkü bazılarını aksettirdiğimiz is-  
tikrarsızlıklardan doğan mahzurların, hayatı göz önünde tutmayan mahke-  
me içtihatlarının bizi içine sokacağı dar kaideciliğin ve kısır nazari muna-  
kaşaların mucip olabileceği fenalıklardan doğabilecek ızdıraplar yanında,  
çok küçük kalacağı kanaatindeyiz.

Yüksek bir kayalıktan denize bakar gibi federal mahkeme içtihatları-  
na bir göz attık. Bunu yaparken dalgaları ve anarforları ihmal ettik. Çok  
muhtasar olduğunu itiraf ettiğimiz bu etüd içinde ufkun bazı kısımları sisle  
kapalı kalmış olabilir.

Bununla beraber umumî olarak görünüşünün hiç bir veçhesi ile fe-  
deral mahkemenin hususî hukuka ait içtihatlarının ihtilâlcî olduğu hissini  
duymadık. Zaten medeni kanundan evvel de o, kanuna riayetle hakiki  
hayatın zaruri kıldığı binlerce değişiklikleri birbirleriyle bağdaştırmağa  
gayret diyordu.

İMK 1 ve 2 nci maddelerinin bilinen emirlerinden sonra da o kendisi-  
ne bahşedilen selâhiyetlerin başını döndürmesine mahal vermeden yoluna  
devam etti. Eskiden olduğu gibi bu gün de kanunu tatbik edenler insan-  
lar oldu, yoksa riyaziyeciler değil.

Bunların zıt cereyanlar arasında sendeledikleri olmuşsa, bu onların  
bilhassa fil dışından bir kule içine çekilmek istememelerinden ileri gel-  
miştir. Onlar hayatla münasbet halinde kalmayı arzu etmişlerdir, hayat her  
zaman karşılıklı kuvvetler arasında bir mücadeledir.

Zıt (extreme) fikirlerden her hangi birine iltihak etmeyi reddetmekle

Lozan Hakimleri sağlam bir muvazene idame ettirmişlerdir. Onlar bu suretle itidal (juste milieu) prensibinin hâkim olduğu kanunlarımızın ruhuyla tam ahenk halindedirler. Onların modernizmi pratik zaruretlere anlayışlı bir gözle bakmak ve icabında kanun kaidelerindeki insaf bilmez hakkaniyet hissini serbestçe tahfif etmesini bilmekten ibarettir. Lâkin onlar ne “serbest kanun yaratmayı” kanunu tadil selâhiyetine kadar ileri götüren “serbest hukuk (Freirecht)” mektebinin, ne sistematik telâkkileri bir tarafa bırakarak mahkemeleri gayri mantıkî (irrationnel) yollarak sevk etmek isteyen M. Bendix’in, ne de sosyolojik kontruksyonu bazı umumî prensiplere (normatik kaidelere) olduğu kadar tarafların şahsî hal ve vaziyetlerine (ferdi adalet) tabi tutan De Page’in arkasından gitmişlerdir. Bazı kararları karşısında ne kadar hayrete düşülürse düşülsün federal mahkemenin içtihatlarından bu mahkemenin kendisine karşı gösterilen itimada lâyük olduğu kabul edilmelidir.

Beşeri bütün müesseselerde görülen noksanlık karşısında bundan daha iyisi bulunamazdı.