

## YARGILAMA HUKUKU KURALLARININ ADALET DEĞERİ ÜZERİNE

Yazan : Prof. Dr. Wolfram HENCKEL  
Çeviren : Dr. Ergun ÖNEN

Hukuk ilmi yazılı kanunlarının muhtevasını açıklamak ve mümkün merteye kapalı bir hukuk sistemi içine yerleştirmek işiyle yetinemez. Yalnız tarihî tecrübe ve siyasî sorumluluk değil, herşeyden önce ilmî dürüstlük, hukukçuya bilinen hukuk kurallarını incelemeyi ve bunları değerleri yönünden takdir etmeyi emreder. Mer'î hukukun pozitivist yönde yapılan tanımı ile yetinen bir hukuk ilmi, hukuk siyasetinin gerektirdiği ödevlere karşı olan yetersizliği nispetinde politik maksatlı kötü kullanmalara maruz bırakılmış olacaktır. Eğer modern anlamda gerçeğe uygun hukukî esasların yeni baştan düzenlenmesi gerekirse, bu hukuk ilminin kararlı beyanlarda bulunması icap edecektir. Hukuk ilmi Avrupa toplumları içinde ve genel olarak birbirlerine yakın olan milletlerin müşterek yaşayışlarında karşımıza çıkan hukukî haberleşmenin problemlerini çözmeye çalışsaydı, elverişsiz hale gelirdi. Zira muhtelif hukuk sistemlerinin birbirleriyle kıyaslanmasının sadece istatistikî bir değeri olur ve eğer dış görünüşleri bakımından farklı olan hukuk sistemlerinin esasını hangi bileşik değer bükümlerinin teşkil ettiği sorusundan kaçınılacak olursa, her türlü hukukî kıyaslama kösteklenmiş olurdu. Bu sebepten dolayı hukuku yalnız uygulamakla kalmayıp, aynı zamanda bunun üzerinde düşünen hukukçu, mevcut hukuk kaidesinin neden başka türlü değil de öyle olduğu sorusunu soracaktır; o, münferit bir hukukî esasın hukuk düzeninin bütünü içinde kendisinden beklenileni yerine getirip getiremediğini ve bunu ne derecede gerçekleştirebildiğini inceleyecektir. Böylece o, son olarak, hukuk kaidesinin adil olup olmadığını veya başka bir deyimle hukukî esasın hukuk fikrine yöneltilmiş bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Fakat bu sorunun ilmî şekilde gerekçelendirilecek cevabı, ferdin sübjektif hukukî duygusunu veya adalet hissini ölçü olarak alamaz. Daha çok makûl bir incelemeye dayanabilecek sağlamlıkta objektif kıstasların bulunması gereke-

cektir. Eğer bu suretle hukuk fikrinin muhtevasının bağlayıcı olarak tayin edilmesi ödevi şart kılınmış olsaydı, biz kendimizi kaçınılması mümkün olmayan bir şaşkınlık içinde bulurduk.

Hukuk fikrinin muhtevasını zaman kavramı dışında bağlayıcı olarak tespit etmek, şimdiye kadarki hukukçu nesillerine nasip olmamıştır. Zaten bunun gerçekleşmesi bizzat hukuk üzerinde düşünmeyi de ortadan kaldıracaktır. Zira, aksi halde hukuk ilmi, münferit hukukî prensiplerin, hukuk fikrinin değişir olmayan muhtevasıyla yapılan matematikî bir kıyasından başka bir şey olmayacaktır. Fakat hukuk üzerinde düşünme, daima yaklaşmak istediğimiz fakat hiçbir zaman tam olarak erişemediğimiz uzak bir gayeye yöneltilmiş yeni bir ödevdir. Bu itibarla hukuk fikrinin muhteva yönünden zamanla kayıtlı olmaksızın muteber olarak tayini, sadece imkânsız değil, devamlı olarak bize yöneltilen isteklerle de bağdaşmaz karakterdedir. Bu, bizim adaleti izafi hale koymak veya onu menfaatlerin bir oyuncağı olarak kabul etmek istediğimiz anlamına gelmemelidir. Çünkü biz bir hukuk ortamının ancak, adalet veya hukuk düşüncesi diye tanımladığımız, zorunlu olarak daima karşımıza çıkacak ve fakat bir kavram olarak belirtilmesi mümkün olmayacak olan bir gayeye yöneltilmiş olması halinde, gerçek anlamda bir hukuk düzeni olabileceği esasından hareket ediyoruz.

Eğer yargılama hukuku kurallarının adalet değerini araştırarak olursak, karşımıza herşeyden önce, hukuk düzenimizin yargılama hukukuyla koordine ettiğimiz bölümü ile genel olarak hukuk fikri arasında takdirî bir bağlantı kurulup kurulamayacağı sorunu çıkacaktır. Bu soruyu cevaplandırmak için hukuk fikrinin muhtevasını belirtmemize lüzum yoktur. Biz daha çok yargılama hukuku kaidelerinin hukuk düzenimizin esasları olan maddî hukuk prensiplerine uygunluğu derecesinde gayeye erişebiliriz. Bu gibi prensiplerin tarihin akışı içinde denemeleri, değişen sosyal ve ekonomik şartlar karşısındaki elâstikiyetleri ve çeşitli hukuk sistemlerinde durmadan tekrarlanışları bizim gayelerimiz için yeter derecede emriyet sağlarlar. Yargılama hukuku kaidelerini pratik hukuk ahlâkının bilinen esaslarına (1) irca etmekte başarı sağlanırsa, bu takdirde yargılama hukukumuzun kurallarının maddî hukuk prensiplerindeki ölçüde hukuk fikrine yöneltilmiş oldukları herhalde ispat edilmiş olacaktır.

(1) Karş. Franz Wieacker, Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion, (Tabii hukuk tartışmasının bugünkü durumu üzerine), 1965, s. 7 vd.

Yargılama hukuku kaideleri için hukuk fikrinin kıstas teşkil edip edemeyeceği şeklindeki bu basit soruda bile üzerinde düşünülmesi gereken problemler saklıdır. Asrımızın ilmî kaynaklarında tanınmış usulcülerin, hayal kırıklığına uğratan cevaplarını buluruz. Friedrich Stein (2) şöyle demektedir: «Fikrimizce yargılama tam manâsıyla, değişen gayeye uygunlukların tesiri altında kalan ve ebedî değerlerden yoksun olan bir 'teknik hukuk'tur». James Goldschmidt (3) — kendi deyimiyle — metafizik bir yargılama hukuku ilmine yönelmeye gayret etmektedir. Bununla o yargılama hukukunu aşan ve hukuk düzeninin bütünü itibariyle gayesi ve onun maddî hukuk ilişkilerine olan tesirleriyle ilgilenen bir araştırma tarzını kastetmektedir. Yargılama hukukunun önemli bir takım tanımlamaları vardır. Bu tanımlamalar bir hukukî sonucun neden uygun olduğu konusunda soru sormadan veya böyle bir sorunun cevabını vermeden sadece yargılama hukuku ile neyin kastedildiğini tekrar etmektedirler (4).

Maddî hukuk alanında bir hukukî neticenin âdilliği sorununda ekseriya iyi bir çare olan, hukukçu olmayan bir şahsın içgüdüleri, yargılama hukuku sahasında çoğu zaman işe yaramıyacaktır. Dâvayı kaybeden taraf kendisinin zaman zaman maddî hukuka ilişkin ihtimalleri yanlış değerlendirdiği ve meselâ katlanmak zorunda kaldığı bir zararın dâvacıya isnat edilemeyeceği sonucuna varabilirse, bu takdirde onun mantığı, dâvayı sırf şekli sebeplerle kaybetmiş olmayı bir türlü kabul etmeyecektir. Hakkının sadece bir müddeti kaçırmış olması veya kendisi için olumlu bir ispat vasıtasını zamanında elde edememesi, bir dilekçeyi doğru formüle etmemiş olması veya yanlış olduğu kabul edilen bir hükme karşı temyiz süresinin geçirilmiş bulunulması gibi sebeplerle kaybetmek zorunda kalmayı onun havsalası bir türlü almayacaktır. Yargılamanın disiplinli bir şekilde yürütülmesini sağlamak gayesiyle verilen bir direktif, tek başına, tarafı sakinleştirmeye ve teselli etmeye yetmeyecektir.

Maddî bakımdan doğruluğu hakkında henüz tam bir fikir sahibi olmadan, bir dâvayı sırf şekli sebeplerden ötürü sonuçlandırmak çoğu zaman bizzat yargıç için bile endişe verici olmaktadır.

- (2) Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts (Yargılama ve İflâs Hukuku esasları), 1. Basımın önsözü, 1921.
- (3) Der Prozess als Rechtslage (Hukukî durum olarak yargılama), 1925, s. 150, 187 vd.
- (4) Örneğin Leo Rosenberg'in yargılama hukuku kitabının (Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts) (9. Bası, 1961) birçok yerlerinde yapıldığı gibi.

Bunun içindir ki, kaçırılmış olan usulî müddetlere karşı bir çare olarak düşünülen eski hale getirme dilekçeleri, alt dereceli mahkemelerde kanun koyucunun istediğinden daha cömert bir kabule mazhar olmuşlardır. Dâvayı çabuklaştırmak amacıyla bir tarafın gecikmiş olan taleplerini kabul etmemek, bilhassa iyiniyetli bir yargıç için hiç te kolay olmamaktadır. Fakat yargılama hukuku tamamen pratik olma gayesini güden bir teknik hukuk olarak kabul edildiği müddetçe yargıca kimin birşey söylemeye hakkı olabilir? Maddî bakımdan doğru ve bu sebepten âdil olan hüküm ile sırf yargılamanın dış görünüşü itibariyle gayeye uygunluğu arasındaki fikir uyuşmazlığında iyi niyetli yargıcın kararı açık olacaktır. O, yargılamanın akışının kanunî intizamının tam olarak müzakere edilmesini ve aydınlatılmasını tercih edecektir. Nihayet avukatlar da yargılama hukukunun kesin müddetlerine açık olarak karşı koymaktadırlar. Onlar müddetin kaçırılmış olması halinde eski hale getirmenin ancak taraf veya vekilinin ağır kusuru bulunduğu takdirde kabul edilmemesini istemektedirler (5). Onların bu isteğinin yargılama ve meslek riskinin sosyalize edilmesi, yani bunun başkalarının sırtına yüklenmesi yolunda bir deney olarak yorumlanmaması gerekir. Bu teklifler daha ziyade yargılama hukuku müddetlerini sadece gayeye uygun bir düzenin faktörleri olarak kabul eden makul bir düşünce tarzıyla izah olunabilirler. Sadece düzen pahasına, avukatı müddeti kaçırmak suretiyle meslekî görevini yapmaktan kusur ettiği ve müvekkilinin hakkını kaybetmesine sebep olduğu şeklinde ağır ithama maruz bırakmanın uygun bir çözüm şekli olarak kabulü kolay olmayacaktır.

Yargılama hukuku kurallarının adalet değeri sorunu birçok başka örneklerle de aktüelleştirilebilir. Fakat yine de son olarak âdil hükmün kıstaslarının söz konusu olacağı âşikârdır. Önemli olan husus, bir hükmün mükemmel bir vakıa kontrolünü bertaraf eden, bu vakıa kontrolünün sonuçlarını önemsiz olarak gösteren veya maddî hukukun yanlış olarak uygulanışının düzeltilmesini engelleyen bir yargılama hukuku kuralına dayanması halinde de âdil olup olmadığı ve niçin âdil olduğudur. Bizim meselemizin nezaket arzeden böyle bir duruma dûçar olması, yargılama hukuku kurallarının gayesinden anlaşılır. Bu kurallar gayelerini içlerinde taşımazlar. Dâvada söz konusu olan, gösteriş olsun diye eksiksiz delil

---

(5) Fritz Ostler, Anwaltspflichten und Anwaltschaftspflicht im Prozess (Yargılamada avukatların görevleri ve avukatlığın ödevi), Neue Juristische Wochenschrift (Yeni haftalık hukuk dergisi), 1965, 1785 vd., 2031 vd.

toplama, ya da mükemmel bir sevki idare ile bir duruşma süresi yaratmak değildir. Duruşma ve delil tesbitinin sadece hazırlamak zorunda oldukları hükmün esasını teşkil etmeleri yönünden bir değerleri vardır. Bu bakımdan bir kuralın yargılama hukuku vakıalarının âdil bir tanzim şeklini ihtiva edip etmediği daima dâvayı sonuçlandıran kararlarla belli olur. Böylece daha şimdiden önemli bir ara sonuç elde edilecektir: Yargılama hukuku kuralları hiçbir zaman bizatihî gaye değildirler, aksine dâva ile güdülen gayeye erişmek için bir vasıta olmak durumundadırlar. Sırf formaliteye uysun diye yürütülen şekilciliğin hukukî bir değeri yoktur. Şekli durumlar üzerinde gayeye aykırı bir ısrar şüphesiz ki, ardında haksız gayeler gizlenen bir taktik olarak hissedilecektir. Fakat böyle bir anlayış önemli olduğu derecede yetersizdir de. Zira bu doğrudan doğruya, münferit bir yargılama hukuku kuralı ile hüküm arasında bir izafiyet kurar. Dâvada önemli olan hükmün muhtevasından ziyade verilmesi olsaydı, belki de bununla yetinebilirdik. Fakat o zaman da yargılama kuralları ancak bir hükmü gerçekleştirmeye elverişli iseler yeter derecede gerekçelendirilmiş olurlardı. Fakat böyle anlaşılan kural kararın doğruluğu için bir garanti olmazdı.

Yargılama hukukunun böylesine dar bir mütalâası herşeyden evvel Goldschmidt (6) tarafından ısrarla istenmiştir. Goldschmidt'in yargılamanın ötesini araştırmayan ve yargılama dışı ölçülere göre değerlendirilen hükmün doğruluğu meselesini şuurlu olarak belirten saf usulî düşünce tarzı, yargılama hukuku ile maddî hukukun birbirlerinden kolaylıkla ayrılacakları faraziyesine dayanır. Fakat bu şart ancak, yalnız hukukî tesirlerin nazarı itibara alınması ve bu müşahedenin muayyen şekilde sınırlandırılması halinde doğrudur. Şüphesiz ki, bir hüküm maddî hukuk ilişkilerini düzenleyen bir sözleşmeye oranla daha başka tesirleri haizdir. Esasen hükümden beklenen, maddî hukukî duruma hiç dokunmaması, sadece onu tespit etmesidir. Fakat bu ayırım her hüküm için söz konusu değildir. Bir kollektif şirketi sona erdiren kılıklayıcı bir hüküm, ortakların şirketi devam ettirmeme hususunda anlaşmış oldukları bir sözleşmeye nispetle daha başka bir tesiri haiz değildir. Eğer hükmün ortaklığın mukadderatı üzerine olan etkisi tamamen bir tarafa bırakılarak, bunun tesirinden sadece kesinleşmiş kararlarla olan usulî bağlantı anlaşılmış olsaydı, ancak o zaman bir usulî tesirden söz edilebilirdi. Fakat yargılama kurallarının şartları incelenecek olursa, yargılama hukukunun maddî hukuktan

---

(6) Der Prozess als Rechtslage, 1925.

ayrılabilceğine dair olan inanç tamamen dayanaksız bir hale gelecektir. Biz usulî yönden hukukî sonuçlar doğuran çok sayıda maddî hukuk karakterli kanunî unsurlarla karşılaşmaktayız. Yargılamada dâvacı durumunda olan kimse bir takım maddî hukuk ilişkileriyle bağımlıdır. Hukukî halefiyetin kanunî unsurları aynı zamanda taraf değişiminin usulî sonucunun bağlantı noktası durumundadır. Yargılamanın alacağı şekil çekişmeli olan maddî hukuk ilişkisinin nevine bağlıdır. Boşanma dâvası için geçerli olan yargılama kuralları mamelek dâvasında uygulananların aynı değildirlere. Yine değişik birtakım kurallar da ceza hukuku veya idare hukuku sahasına hakim bulunurlar. Fakat eğer biz bir yargılama kuralının adil bir hükme erişmek için elverişli bulunup bulunmadığı sorusunu soracak olursak, o zaman maddî vakıa ile hukukî sonuç, yani o kuralın şartları ile müeyyidesi arasındaki ilişkiyi değerlendirmiş oluruz. Bu bakımdan biz usulî bir inceleme yoluyla yalnız hukukî sonuçlarla yetinemeyiz.

Eğer nazarlarımızı usulî tesirlerin ötesinde tarafların hayat münasebetlerine ilişkin dâvanın sonuçlarına çevirecek olursak, bu durum daha belirli bir hal alacaktır. Maddî hukukî duruma aykırı olan bir hüküm, sadece iddia edilen bir hakkın mevcut olmadığını tespit etmekle kalmaz; aksine kesinleşir kesinleşmez dâvacının tanınmayan hakkı kabul ettirmek yönündeki her türlü imkânını yokeder. Dâvacı bu durumda pratik olarak o hakkı kaybetmiş durumdadır. Bu hükmün adil olup olmadığına dair bir soruyu yasaklayan yargılama hukukuna has düşünce, onun fiilî geçerliliğini hukuk dışı delillerle gerekçelendirmek zorundadır. Bu metod hükmün maddî adalet prensiplerine aykırılığını yargıçlar hegemonyasının bir sonucu olarak izah eder. Hukuk, —hukukun otoritesi işlemediği anda—, hukuk düzeninin yanı başında yer alan ve uyumsuzluk halinde sosyolojik otorite prensibine göre bu düzene tekaddüm eden ikinci, somut bir düzen yaratan otoriteyi meşrulaştırır (7).

Maddî hukuka has bu mukadder sonuçtan kurtulunmak istendiği takdirde, izole edilmiş olan usulî düşünceден vazgeçmekten başka çare kalmayacaktır. Bu düşünce metodu, bu sorunu yargılama kurallarının adalet değerine göre metafizik dâva anlayışı olarak hukuk alanından kovmak suretiyle, usulî tesirlerin geçerliliğini artık ancak kuvvet prensibine göre izah edebilecektir. Buna göre, yargılama hukuku hukuk düzeninden çıkarılmakta ve hukukî

(7) James Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage, 1925, s. 213.

değer ölçülerinin yerine bu değer ölçülerine önem vermeyen sözde bir sosyolojik takdir konulmaktadır.

Usulî takdir metodunun, yargılama hukuku ile maddî hukukun birbirinden itinayla ayrılması gerektiğine dair istemi doktrinde pek bilinçli bir taraftar bulamamıştır. Gerçi yargılama hukukunun maddî hukuktan ayrılması söz konusu olduğu müddetçe bu metot geniş ölçüde kabul edilmiştir. Fakat yargılama hukuku içinde boş kalan sahaya bu hukuk dalına bugün halâ hakim bulunan kamu hukukuna has değer ölçüleri sokulmuştur. Bu katkıyı yargılamanın devletin yargı organları önünde yürütüleceğine dair olan gerçek haklı kılar. Şayet bunlar hukukî strüktür şekillerine sokulacak olurlarsa, o zaman yargılamada taraflarla mahkeme arasında, kamu hukukuna tabî kılınan hukukî ilişkilerin teessüs etmiş olduğu görülür. Fakat bundan bizim kanunumuz bakımından dolaysız birtakım sonuçlar, ancak, kamu hukukunun bütününe mütecanis karakterde değer ölçüsü düşüncelerinin egemenliği altına girmiş olması halinde görülebilir.

Bu birlik eğilimine karşı yargılama hukuku ilmi uzun süre dirdi. Bu hukukun halen mevcut durumunun merkezî bir ilmî kavramda tespit edilmesi ve güçlendirilmesi onun metodik ilkelere tamamen uygun düşmekteydi. Zira yargılama hukuku alanındaki kamu hukuku ilişkilerinin en önemli unsurunun, tarafların doğru bir hüküm verilmesine dair olan sübjektif haklarında bulunduğu kabul ediliyordu. Dâva hakkı (8) olarak tanımlanmış olan bu hak bugün bizi damgasını vurduğu sistematik öneminden dolayı değil de, daha çok hukukî ve ahlâkî muhtevası sayesinde cezbetmektedir. Dâva hakkında biz liberal bir hukuk devletinde ferdin haiz olması gereken bağımsızlığının, nefse olan güveninin bir sembolünü görürüz. Bu hal devleti hizmetkâr bir rolün kabulüne zorlamaktaydı. Fert kendi özel çıkarlarının zafere ulaşması için devletten hizmet etmesini istemekteydi. Fakat dâva hakkı sadece yargılamada ileri sürülen hukukî iddianın maddî doğruluğunun değil, aksine tarafların dâvadaki tutumlarının da zorunlu bir sonucuydu. Bunun anlamı bizzat tarafların dâvanın sonuçlanması için önemli derecede bir sorumluluk taşımaları ve dâvanın akışını aynı derecede

(8) Adolf Wach, Der Feststellungsanspruch (Tespit hakkı), Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch (Dâva hakkı doktrini hakkında makale), Festgabe der Leipziger Juristenfakultaet für Bernhard Windscheid zum 22. Dezember 1888 (Leipzig Hukuk Fakültesi'nin Bernhard Windscheid için 22 Aralık 1888 tarihli armağanı); Der Rechtsschutzanspruch (Dâva hakkı), Zeitschrift für Zivilprozess (Medenî Yargılama Hukuku Dergisi, Bd. 32, s. 1 vd.

de serbest olarak şekillendirebilmeleri demek oluyordu. Kısacası : Ferdin kendi somut hukukî uyuşmazlığında devlete karşı haiz bulunduğu âdil bir hüküm istemek hakkı, yargılama hukukunun hak arayan şahsa bahşetmiş olduğu hürriyetin sorumlu şekilde kullanılması şartına bağlıydı. Bundan dolayı dâva hakkı, yargılama hukukunun, kamu hukukunun diğer bölümlerine karşı bağımsızlığını garanti eden bir faktör olmaktadır. Burada fert tabî olan durumda değil, aksine bilerek, kendinden emin olarak isteyen hür bir hukuk süjesi statüsündeydi. Gerçi liberal hukuk devletinin idare hukukuna da sübjektif kamu hukukunun bünyesi yabancı sayılmazdı. Bu daha ziyade doğrudan doğruya devlet ve idare hukukunda gelişmiş ve oradan yargılama hukukuna naklolunmuştur. Fakat idare hukukunun ön plânında sübjektif hak bulunuyor ve bu devletin hürriyet ve mülkiyet sahalarına olan tecavüzlerine karşı bir koruma hakkı teşkil ediyordu. Buna karşılık dâva hakkı ferde, devletin adli organları kanalıyla sağlamakla yükümlü olduğu müsbet bir ifa, bir görev isteme hakkı vermekteydi. Fakat dâva hakkı aynı zamanda medenî yargılama hukukunun medenî hukukla kenetlenmesini de sağlamış olmaktadır. Zira taraflarca iddia ve müdafaada ileri sürülen maddî hukukî durum, dâva hakkının içerisine alınmış oluyordu. Bu hak hukukî iddianın doğruluğunu gerekli kılmak suretiyle, maddî karakterli medenî hukukun, kamu karakterli yargılama hukuku ile bir bütün teşkil etmesini sağlıyordu.

Şu halde dâva hakkı içinde sübjektif kamu hukukunun soyut yapısı izafî bir muhtevayla doldurulmuş oluyordu. Bu suretle yargı görevinin devletin idarî eylemlerine karşı bağımsızlığı korunmakta ve kamu hukukunun genel karakterli değer ölçülerinin yargılama hukukuna münakaşasız olarak kabulleri önlenmiş olmaktadır.

Yargılama hukukunun daha sonraki gelişimi için dâva hakkı doktrininin maruz kaldığı şiddetli kritik karakteristiktir. Dâva hakkının bugün ancak tarihî bir değer ifade etmesi, yargılama hukukunun sadece şekil yönünden bünye değiştirdiği anlamına gelmez. Bunu dâva hakkına karşı ileri sürülen deliller gösterirler (9). Bunlara göre : Taraflardan birine daha başlangıçtan uygun bir hüküm verilmesini isteme hakkı bahşetmek, mahkemenin

(9) Burada pek çokları için misal olarak sadece Leo Rosenberg'in (Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., 1961, § 90, s. 443 ff.), kitabının daha birinci baskısında bile bulunan (1927, § 89 IV) açıklamaları gösterilebilir.



taraf lar karşısında haiz olması gereken durum uyla bağdaşamaz. Devlet dâvada münferit bir ferde karşı özel bir yargılama hakkı değil, fakat genel bir yargılama ödevi yerine getirmektedir. Yargılama hukuku, belli yargılama hallerinde yargıca aslında gerekçelendirilmiş olan bir dâvayı (meselâ dâvacının duruşmaya gelmemesi veya delillerini vaktinde arz etmemesi gibi sebeplerle) reddetmek imkânını verir. Bu durumda dâva hakkına ilişkin teori, devletin yargılama düzeninde dâva hakkının zedelenmesini emretmek durumuna düşerdi. Fakat aynı hukukun yargıca aynı zamanda hem dâva hakkının ifasını hem de ifa edilmemesini emretmesi imkânsız olduğu içindir ki, dâva hakkı teorisinden vazgeçmek gerekir.

Bu delillerde fert ile devletin hukukî ilişkilerinin değişik şekilde ele alınmaları ve devletin yargılama görevinin yepyeni bir tarzda anlaşılması kendini gösterir. Buna göre medenî yargılama hukukunda ön plânda artık fertlerin çıkarlarının korunması değil, aksine toplumun çıkarları yönünden hukukî düzeni sağlayan devletin asayiş fonksiyonu yer almaktadır. Yargılama hakkına karşı yapılan hücumların, kanun metinlerinin ve reform tasarılarının tarafların yargılamadaki egemenliklerine son verdikleri, onların kendi haklarının kullanılmasına ilişkin sorumluluklarını daralttığı ve yargıcın sevkedici kudretini kuvvetlendirdiği bir zamana raslaması tesadüf değildir (10).

Yargılama hakkından uzaklaşmakla alışılmış yargılama hukuku kavramının liberal unsurları kaybolur. Geriye devletin asayiş sağlama görevi kalır. Liberal hukuk devleti al elâde hukuk ve asayiş devleti haline gelir. Yargılama hukukunun kamu hukuku dalına bağlanması böylelikle başka bir önem kazanır. Devletin yargı görevi, idarî fonksiyonlarıyla aynı kademeye konulur. Bunlardan herbiri aynı ölçüde hukukla kayıtlı asayiş sağlamak durumunda oldukları için de aradaki sınırlar silinir. İdare hukukunda gelişen kamu karakterli prensipler yargılama hukukuna nakl olunurlar. Devletin yargı ödevi, düzenleyici ve emniyet sağlayıcı idare ile aynı ölçüde olan bir asayiş fonksiyonu olarak anlaşılacak olursa, bu takdirde usulî hukukî sonuçlar devlet otoritesi ve ferdin itaat göreviyle izah edilebilirler. Otoritenin yegâne tahdidi, bağımsızlık ve mülkiyete yapılacak müdahaleler için konulmuş olan kanunî kayıtlardır. Fakat eğer müdahale yargılama kanunu ile meşru hale getirilmişse, bu takdirde taraflardan biri-

(10) 1924 ve 1933 tarihli medenî usul kanunlarıyla 1931 tarihli tasarı.

nin dâvada katlanmak zorunda kaldığı kanuna dayanan her zarar, bozulan düzene karşı kesin bir reaksiyon olarak görülür. Kesinleşmiş olan hüküm kanunî temele dayanan bir devlet eylemi olarak itaat istediği için tarafları bağlar.

Maddî hukukî duruma bakılmaksızın duruşmaya gemeyen dâvacının dâvasının reddine veya aynı durumdaki dâvalının, dâvacının isbat edilmemiş olan iddiasına göre mahkûm edilmesine sebep olan gıyap kararı, devlet otoritesine karşı olan itaatsizliğin bir müeyyidesi olarak izah olunabilir. Bu görüş açısından, yargılama hukukunun müeyyideleri maddî medenî hukukla tezat teşkil eder şekilde ortaya çıkar. Bunlar kendilerini haklı çıkaracak sebebi artık tarafların birbirine karşı olan hukukî ilişkilerinde değil, sadece kamu hukuku alanında, devletin asayiş ve emniyet sağlayıcı fonksiyonlarında ararlar.

Bu görüş doğrudan doğruya yanlış olmamakla beraber, tam da sayılmaz. Asayiş sağlamak ve devam ettirmek şüphesiz ki yargılamanın bir ödevidir ve devlet otoritesine karşı itaatın sağlanması ise, otorite keyfî ve hiçbir bağ tanımayan kuvvetle karıştırılmadığı müddetçe, devletin yükümlü olduğu bir hukukî görevdir. Bununla beraber asayiş, otorite ve emniyet kendi başlarına birer hukukî değer değildirler. Asayiş hukuk ile bağımlı olmalıdır, hukukî emniyet hukuk fikrinin rehberliğine muhtaçtır, nihayet otorite ise kayıtlı sorumluluğu şart kılar. Otoritenin kelime anlamı «nüfuz» demektir. Bugün biz onu nüfuz dayanan geçerlilik iddiası olarak anlamaktayız. Hukuken bağlayan otorite bu bakımdan onu kullanacakların hukuka uygun nüfuz sağlayarak bunu muhafaza etmesini ve sorumluluğuna hukuk indinde bu suretle lâyük olmasını şart koşar. Fakat sorumluluğun muhtevası, bu sorumluluğun doğruluğunun belirtildiği birtakım görevlerde gösterilmiştir. Hukukun sosyal hayata yabancı ve dolayısıyla adaletsiz bir soyutlukla sınıtılıp kalmaması için, ödevlerine ve sorumluluk alanlarına uygun olarak ayrıntılarının belirtilmesi gerekir. Devletin ödevi, kendisinden emniyet ve asayiş isteyen ve hukukî bir özü bile bulunmayan bir mahreç telkin etmek değildir. Liberal hukuk devleti de görevini böyle anlamamıştır. Emniyet ve asayiş onun hedefi değil, aksine hürriyet ve mülkiyeti korumak ve özel insiyatif ile endüstrileşmiş toplumun gelişimini sağlamak için bir vasıtaadır. Fakat emniyet ve asayiş sağlamak yolundaki gayretlerini bir hedefe, hukukî bir değere yöneltmeyen şekli bir hukuk devleti (11), bünyesinde, asayiş gay-

(11) Karş. Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre (Genel Kamu Hukuku Bilimi) 1964, s. 776 vd.

retlerini ölçebileceği adalet ölçülerinin bulunmayışı sebebiyle gerçek anlamda bir hukuk devleti olamaz.

Eğer devlet otoritesi kendisine verilen ödevleri lâıykıyla yerine getirmişse, bu takdirde biz devlet fonksiyonlarını mütecanis hukukî ölçülerle ölçmek isteyen bir sisteme haklı olarak itimat etmeyiz. Nasıl ki modern idare hukuku idarenin fonksiyon sahalarına uygun olarak taazzuv etmiş bir yeni sistem arıyorsa (12), yargılama hukuku ilmi de kendisini kamu hukuku prensipleri denilen genel kuralların münakaşasız olarak kabul edilmesinden korumak zorunluluğundadır; kaldı ki daha yakından incelenecek olurlarsa bu kuralların hattâ kamu ve idare hukukları için bile genel karakterde bir geçerlilik iddia edebilecek durumda olmadıkları görülür. Zira bunlar devletin bu asrın başlarında kendi hukukî sorumluluğunu üzerlerine teksif etmiş olduğu alanlardan elde edilmiş olan sadece soyut karakterli değerlerdir.

Talep edilen fonksiyonel müşahede tabii olarak yargılama hukuku içinde de bir ayırım yapmayı zorunlu kılar. Bütün yargılama tipleri için geçerlilik iddiasında bulunan genel bir yargılama hukuku ilmi, ancak adalet değeri sorunundan, söz konusu usulî düşünce tarzının da yaptığı gibi, tamamen vazgeçmek, yahut adalet ölçülerinin emniyet ve asayiş kavramlarıyla bunların adalet muhtevaları kaybolacak derecede soyut olarak ifade edilmeleri şartıyla mümkündür. Medenî yargılama hukukuyla, ceza yargılama hukukunun müşterek olan tek yönleri, bunların her ikisinin de devlet mahkemelerince uygulanıyor olmasında görülür. Bunların ikisinde de kamu hukuku karakterli ilişkiler düzenlenmiştir. Fakat muhtevaları ele alınacak olursa, aralarında pek çok farkın bulunduğu meydana çıkar. Bu durum sadece çeşitli yargılama kanunlarına şöyle bir göz atmak suretiyle anlaşılacakla kalmaz; sosyal faaliyet ve dolayısıyla devlete her iki alanda yükletilen sorumlulukta da en azından aynı derecede farklar görülür. Savcının bir cinayet sanığını dâva etmesiyle, kiralamanın kiracıdan birikmiş kira taksitlerini talep etmesi birbirlerinden tamamen başka şeylerdir. Bu durum karşısında yargılama kurallarının adalet değerlerine olan talep o konuyla uğraşanların özel bir meselesi haline gelmiştir. Bunun içindir ki, ben sahamın dışına çıkmamak ve sadece içerisinde fertlerin

---

(12) Peter Badure Göttingen'deki ilk dersinde, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat (Liberal ve sosyal hukuk devletinde idare hukuku), Recht und Staat (Hukuk ve devlet), Sayı 328, 1966, s. 22 vd.

birbirleriyle olan özel hukukî uyuşmazlıklarının karara bağlandığı yargılara usulünden, medenî yargılama hukukundan söz etmek istiyorum.

Medenî yargılama hukukunun bâriz özelliği yargılamanın sonuçlarının doğrudan doğruya dâvaya katılmış olan tarafların özel hukuk münasebetlerine ilişkin olmasında görülür. Bunu en açık olarak, yargılama dışı, maddî hukukî duruma aykırı olan bir hükümde görürüz. Eğer dâva kesin olarak reddolunmuşsa, o zaman dâvacı kabul edilmeyen hakkının tanınmasını sağlayacak resmî bir devlet mercii bulamaz. Onun durumu hakkı kaybetmiş olmaktan daha iyidir denilemez.

Şu halde hüküm veren devlet bu hükümle tarafların özel hukuk ilişkileri için bağlayıcı karakterde olan bir düzen sağlar. Bu suretle devlet taraflar arasındaki bir menfaat çatışmasını önlemiş olur. Medenî yargılama hukukunda karşılaşılan menfaatler kaideten devletin menfaatlarıyla uyuşmazlar. Devletin menfaati, taraflardan birine veya diğerine, onun maddî menfaatlarını tatmin etmek için birşeyler vermek yönünde değildir. Devletin istediği daha ziyade, taraf menfaatları arasında âdilâne bir uzlaşmayı sağlamaktır. Bunun içindir ki, devletin ödevleri medenî yargılama hukukunda ceza yargılamasında olduğundan daha azdır. Devlet tarafları medenî yargılama için zorlamaz, aksine ancak taraflar kendisine başvurunca harekete geçer. Taraflar kendi özel menfaatları bakımından uyuşamadıklarından dolayıdır ki devlet, bunlar haklarını korumak için kendi insiyatiflerini kullanıncaya kadar bekler.

Medenî Yargılama Kanun koyucusu, buna göre; medenî yargılama alanında devletin ödevinin esas itibariyle yalnız taraflardan biri tarafından getirilen delillerin takdirinden ve taraflarca isbat olunan vakiya hukukun uygulanmasından ibaret olduğu sonucuna ulaşmaktaydı. Devletin burada sadece yardım edici, hizmet edici bir fonksiyonu vardı. Devlet, yargılama hakkının tarifinde de isabetli olarak belirtildiği üzere, taraflara karşı yükümlü olduğu bir eda (hizmet ifası) getiriyordu.

Bu düşünce tarafların yargılamada haiz buldukları tanzim serbestisinden aynı ölçüde faydalanabilmeleri esasına dayanır. Fakat bu şart bize bugün artık şüpheli gözükmektedir. Bu anlayış, devlet bütün fertlere aynı imkânları tanıyacak olursa, hürriyetin korunabileceği fikrine dayanmakta, fakat bu meyanda, aynı ölçüde istifade edildikleri takdirde aynı imkânların, ancak aynı hürriyeti sağlayabileceklerini takdir edememektedir. Daha somut bir

söyleyişle: Taraflara vakıya ilişkin olan birbirine zıt tavsiflerini serbestçe arzetmek ve isbat etmek imkânı verildiği takdirde, karar için önemli olan vakıanın en iyi bir şekilde aydınlatılabileceğine dair olan düşünce tarzı, tarafların yargılama hukukuyla ilgili imkânların karışık sisteminin farkına varmamaları, bu imkânları elde etmekten sosyal bir takım bağlar dolayısıyla alıkonulmamaları ve bir tarafın imkânlarını diğer taraf aleyhine kötüye kullanmaması şartına bağlıdır. Onun içindir ki modern yargılamada yargıcın ödevleri daha geniştir. O, tarafların haiz buldukları yargılama hukukuna ilişkin imkânlardan faydalanmalarını, gayeye uygun dilekçeleri vermelerini, vakıaları etraflıca arzetmelerini, delilleri kullanmalarını ve diğer tarafın zararını gerektirecek şekilde bilerek yalan söylememelerini sağlamak zorundadır. Şu halde menfaatler dengesi artık arzolunan vakıaya maddî hukukun uygulanması ile değil, yargılama hukuku imkânlarının da birbirleriyle uyuşmasıyla elde edilecektir.

Genişletilmiş bu görev sahası için sorumluluğu devlet taşır. Yanlış olan hüküm için devlet ancak, fakat ancak yargıcın delilleri yanlış değerlendirmesi, hukuku yanlış uygulaması veya yargılama imkânlarının kendisine bırakılmış olan tesviyesinde başarısızlığa uğradığı nisbette sorumlu olacaktır. Devlet hizmete uygun bir yargılama düzeni yaratmak, fertler arasında kaçınılması imkânsız olan hataları etkisiz bırakmak için çok dereceli bir yargılama sistemi kurmak, yargıçları kanuna ve hukuka bağlamak ve onu bu suretle bütün diğer bağlardan kurtarmak, nihayet, yargıcı itina ile yetiştirmek ve adaylar arasından çok sıkı sınavlarla seçmek suretiyle sorumluluğuna uygun şekilde hareket etmiş olacaktır.

Fakat bu garantiler de, bir dâvada bütün yargı kademelerinin görevlerini başarıyla yürütememelerini tam olarak önleyemez. Yanlış hükümlerden bütün bütün kaçınmak imkânsızdır. Fakat eğer yalnız doğru olan hüküm bağlayıcı olarak kabul ve ilân edilecek olursa, bu takdirde devlet görevini lâıyığıyla yerine getirmemiş olacaktır. Çünkü taraflar, mahkeme dışında halledemedikleri uyuşmazlıklarını ilelebet devam ettirmek için mahkemeye gitmezler. Onlar uygun bir süre içinde uyuşmazlığı halleden bir hüküm beklerler. Bunu onlar devlet emniyet ve asayişini hakim olsun da birbirlerini sıkboğaz etmesinler diye değil, aksine ilerdeki tasarruflarına temel teşkil edebilecek ve dolayısıyla hür, sorumlu kararların şartı olabilecek berrak ilişkiler aradıkları için isterler. Asayişini sağlamak için olan değil, sorumlu bir hürriyetin şartı bulunan düzen, doğru bir karar elde etmek için bütün garanti ve gayretlere rağmen âdil bir menfaatler dengesini sağlayamayan bir hükmü haklı gösterir.

Bu pratik tecrübeyle de doğrulanır. Tarafları haklarını özel hakem mahkemelerinde aramaya sevk ve bu suretle devlet yargısını bertaraf eden motiflerde adaletin ne ölçüde güven bulduğu açıkça görülür. Tahkim sözleşmesinin devletin yargıcının hukuku uygulamasına veya yargılamayı idare edişine karşı bir güvensizlik sonucu aktedildiği ender görülen bir şey değildir. Eğer bu peşin hükümlere dayanmamaktaysa, o zaman bunun yargıcın seçimi, yetişmesi, kompetanlığı ve olaylara olan yakınlığı hedef alınan bir kritik olduğu kabul edilerek, ciddiyetle üzerinde durulması gerekir. Fakat hakem mahkemesi için atılacak adım ekseriya dâvanın kısa sürmesi isteğinde aranmalıdır. Birçok hakem yargılamaları bir derece içinde çözümlenir. Şu halde taraflar için dâvanın çabuk sonuçlanması, çok dereceli yargılama sisteminin sağladığı garantiden daha önemlidir.

Fakat medenî yargılamada aleyhe olan hukukî sonuçlar sadece mahkemenin işlediği hatalardan ileri gelmez. Bizzat taraflara yargılamanın sonuçlanması için sorumluluk yükletildiği müddetçe, onların, yargılamanın mahzurlarını kendi tutumlarında aramaları gerekir.

Vakıayı arzetmek ve deliller göstermek tarafların görevidir. Taraflarca arzedilmeyen fiilî olaylar hükümde nazarı dikkata alınmaz. Arzedilen vakialardan hasım tarafından itiraz edilmeyenler için delil getirmeye lüzum yoktur. Bunlar doğru olarak kabul edilirler. İsbat vasıtası olarak yalnız tanık varsa ve beyyine külfeti kendisine düşen taraf tanık göstermezse, o zaman isbatı gereken olay isbatı imkânsız kabul edilir. Dâvacı kararlaştırılan günde celseye gelmediği takdirde dâvası reddolunur. Dâvalı duruşmaya gelmeyecek olursa, dâvacının ileri sürdüğü vakıalar doğru kabul edilir ve eğer dâvacının iddiaları erişilmesi istenilen hukukî sonucu haklı gösterir karakterde iseler, dâvalı mahkûm edilir. Yargılama hukuku doktrini bunu iddia, beyyine ve yargılamada hazır bulunma yükünün sonuçları olarak izah eder. Gerçi bu kavramlar olayları doğru tasvir ederler, fakat hiçbir şey açıklamazlar. Öte taraftan yargılamanın kamu hukukunca yapılan izahında bu sonuçlar itaat-sız olan için müeyyideler, cezalar veya düzen tedbirleri olarak ortaya çıkarlar. Bu izah da işin mahiyetine uygun değildir. Çünkü ceza ve asayiş düşünceleri, ihmalkâr olan tarafın katlanmak zorunda olduğu mahzurun diğer tarafa fayda sağlamasını gerektirmez.

Eğer taraflara dâvanın sonuçlanması yolunda bir parça sorumluluk yükletilmişse, bu, yargılamada haklarını kabul ettirebilip ettiremeyeceklerini ve nasıl kabul ettireceklerini görmek için onlara

serbestî sağlamak gayesiyle yapılır. Bu usulî yenilik doğuran serbestî, onlara sübjektif maddî özel hukukun bahşettiği hukukî kudretin mantikî bir sonucudur. Nasıl ki onlar kendilerine maddî sübjektif haklar ile sağlanan malları kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmak kaydıyla diledikleri gibi kullanırlar ve bunlardan faydalanırlar veya hiç faydalanmadan olduğu gibi bırakabilirlerse, hakları üzerinde tasarruf edebilir ve bunlardan feragat edebilirlerse, aynı şekilde dâvada da hukukun uygulanmasının nev'i ve derecesi üzerinde bizzat karar verebilirler. Hiçkimse dâvacıdan, hakkını takipten vazgeçerek, hakkında bir gıyap kararının çıkmasını sağlamasını isteyemez. Yine hiçkimse dâvalıyı, dâvacının iddiasına karşı hakkını korumaya zorlayamaz. Dâvalı münakaşasız olarak kararın aleyhine çıkmasını sağlarsa, bu kendi bileceği bir iştir. Burada ceza veya asayiş tedbirlerinden söz etmek isabetli olmaz. Tarafa verilen bu zarar, kendisi böyle istediği ve onun iradesine hukuk düzeni tarafından saygı duyulduğu için haklıdır. Serbestî bahşeden bir haktan faydalanmamayı ceza ile tehdit etmek, bizzat hürriyeti yok etmek demek olacaktır.

Fakat yargılama hukukunun mahzurlu sonuçlarının sadece bunları istiyene veya bilerek göze alana değil, aksine ihmalkâr olana da zararı dokunur. Bu sonuç bütün hukukî düzenlerde hürriyet haklarının karşıt kavramı olarak karşılaştığımız bir hukukî prensiple haklı kılınır. Hürriyet haklarını kullanmayan kimse, bunu kaybeder. Çünkü hukuka dayanarak verilen serbestî keyfilik değil, sorumlu bir bağımsızlıktır. Sorumluluk hürriyete başkalarının hay-siyetleriyle çekilen sınırların bir sonucudur. Başka bir şahsın da serbest kararlar vermeye hakkı vardır. Onun da düşüncelerine saygı duymak gerekir. Fakat o ancak hasmının davranışlarına güven duyarsa karar verebilir. Kararını verdiği anda da durumu değiştirecek ve hasmının serbest karar verme şansını yok edecektir. Bu mülâhazalar maddî özel hukukta eskiden beri hakkın kullanılmasının kısıtlanması olarak kabul edilegelmiş olan hak düşmesinin esaslarıdır. Yargılamada sukut düşüncesinin söz konusu olmaması şaşılacak bir şey olurdu. Sukut fikri asıl aktüalitesini hakkın kullanıldığı en önemli yer olan mahkemedeki yargılamada bulur. Yargılama hukukunun bahşettiği yenilik doğurma imkânlarından faydalanmayan kimse dâvayı istediği gibi şekillendirme şansını kaybeder ve onun hakkını kullanması caiz olmaz. Yargılamada bu sonuçların oldukça kısa ve kesin olarak belirtilmiş süreler içinde ortaya çıkması, dâvada taraflardan beklenen şeyin, haklarının kullanılması olmasıyla izah edilebilir; çünkü yargılama, içerisinde kısa bir müddet zarfında hakkın kullanılması yönünde önemli kararlar-

rın alındığı bir safhadır. Bu gibi kararlar ancak, eğer diğer tarafın yaptığı ve kaçındığı şeyler bağlayıcı ise mümkündür. Bu bakımdan yargılara hukuku müeyyidelerinin yanlış hükme sevkeden ve düzen uğruna adaleti hiçe sayan sırf gayeye uygun tedbirler olarak anlaşılmalarmı gerekir. Bunlar maddî hukukla tenakuz halinde bulunan bir hükmün verilmesini sağlamalarına rağmen, gerek yargılama hukuku ve gerek maddî hukuk yönünden aynı derecede bağlayıcı olan bir hukukî prensibe dayanan âdil sonuçlardır.

Medenî yargılama hukukunda, kaçırılan bir süreye karşı gidilecek eski hale getirme için mevcut şartların kolaylaştırılabilip kolaylaştırılmıyacağına dair olan aktüel mesele, bu mülâhazalarla bugüne kadar nazarı dikkata alınmamıştır. Kaçırılan bir süre karşısındaki her ihmalkârlık, hasmın kanunî bakımdan kazanmış olduğu duruma bir tecavüz teşkil eder. Bu bakımdan avukatların, eski hale getirmeyi sadece ağır kusur halinde kabul etmemek yönündeki gayretleri, şekli düzen prensipleriyle değil, hasmın korunmaya değer çıkarlarıyla çatışır karakterdedir. Müddetin kaçırılmasının müeyyidesi, sübjektif şartları icra edilebilen bir disiplin cezası değil, bilâkis bir menfaatlar uzlaşmasıdır. Burada söz konusu olan mesele, taraflardan birinin ihmalden diğer tarafın sorumlu tutulup tutulmaması gerektiğidir. Bunun cevabı maddî hukukta hak düşmesi prensibinin sağlanması gayesiyle geliştirilen esaslara göre verilmek gerekir. Buna göre hak düşmesinin sonucu bir kusurun varlığını gerektirmez. Bu sonuç ancak ilgili kimsenin iddiasını derineyan etmek için kendisinden beklenilene tam olarak yerine getirmiş olması halinde gerçekleşmez. (13) Bu prensipler eski hale getirme sebeplerinin halen geçerli olan kaideleriyle bağdaşır karakterdedirler.

Yargılama hukuku ile maddî hukuk arasında burada incelenen bağları Almanya'da uzun zaman kapalı kalmış olan bir konudur. Fikrimizce, bu tutum yüzünden ne yargılama hukukuna ve ne de maddî hukuka iyi bir hizmette bulunulmamıştır. Son zamanlarda bizim yargılama hukukumuzun bağımsız, şekli bir takım hukukî prensipler topluluğu değil, aksine maddî hukuk ve onun adalet ilkeleriyle sıkı sıkıya bağlı bir hukuk dalı olduğu görüşü yerleşmiştir. Bu suretle biz, bizleri uzun müddet diğer Avrupa devletlerinin yargılama hukuku ilminden ayırmış bulunan çapraşık bir yoldan geri dönmüş ve yargılama hukuku kaidelerinin adalet değerleri sorununu müsbet olarak cevaplandırabilmek için tekrar birtakım ön şartlar kazanmış oluyoruz.

(13) Söergel-Siebert, BGB. 9. Aufl., 1959, § 242 Anm. 186.