

HUKUKİ BİLGİLER MECMUASI

Sahip ve Başmuharriri:

Paris Hukuk Fakültesi Doktoru

AVUKAT

Milâsli **GAD FRANKO**

TAHRİR HEYETİ

Fuat Hulûsi B. Temyiz Mahkemesi
ikinci hukuk dairesi reisi

Sabri Şakir B. Ad. V. Hukuk İşleri
Müdürü

Mustafa Reşit B. İstanbul Hukuk
Fakültesi Müderrislerinden

Ahmet Refik B. Sabık Temyiz Mah-
kemesi azasından

Ali Kemal B. İstanbul Hukuk Fa-
kültesi Müderrislerinden

M. Şarl Kroza İstanbul Hukuk Fa-
kültesi Müderrislerinden

M. Aşıl mester. Paris Hukuk Fa.
Müderrislerinden

M. Şevgran. Paris Hukuk Fa. fahri
Müderrislerinden

M. A. Salem. Hukuku Düvel Mee-
muası tahrir heyetinden

Bahir B. Kavanin ihzari komisyonu
azasından

Hamdi Halim B. Avukat

Adres: Galata Bahtiyar han Avukat Gad Franko Bey yazihanesi

Telefon: Beyoğlu 3009

Bir nüshanın bedeli 35 kuruştur

Bir senelik abonemanı Posta ücretile beraber
400 kuruştur.

Türkiye harici için 500 kuruştur

İSTANBUL

BANKALAR MATBAASI

Haim, Rozio ve Ş^{ki}

1932

Usulü muhakeme tetkikatında ilmî metot.

ve bu metotla yazılmış iki eser.

Yazan : **Mustafa Reşit**

Traité élémentaire de Procédure civile, par René Morel, professeur à la Faculté de l'Université de Paris, Professeur honoraire à l'Université de Nancy.

**(Librairie du Recueil Sirey, 22 Rue Soufflot, Paris
tarafından neşredilmiştir. 1932)**

**Précis élémentaire de procédure civile et voies d'exécution :
par Julien Bonnet, professeur à la Faculté de droit
de Bordeaux, et Marcel Laborde-Lacoste, professeur
à la Faculté de droit de Bordeaux ; Kezalik
Librairie Sirey tarafından neşir edilmiştir 1932.**

Paris Hukuk fakültesi profesörü müsyö Morenin usulü hukukiyye dair yeni ve ilmî bir metot ile yazdığı mühim bir kitap ve Bordeaux Darülfununu profesörlerinden Boncase ve Laborde-Lacostenin aynı metotla Fransa Hukuk fakülteleri ehliyet (capacité) imtihanları için yazdığı küçük bir eseri Türk hukukşinaslarına takdim ediyoruz.

Vaktile, Fransada usulü muhakeme ilmî olmaktan ziyade ameli bir tarzda tedris olunur ve 1806 tarihli fransa usulü muhakeme kanununun davanın tarzi rüyetine ve tahkikine ve müddetlere ait hükümleri bu dersin mevzuunu teşkil ederdi. Usulü muhakemeye dair yazılan eserlerde de, kanun medeniye dair yazılan ilk eserler gibi, madde madde şerh usulü takip edilir, nazariyata ve mukayesei kavanine pek az ehemiyet verilir idi. Bu kitaplarda, daha ziyade, mahkemelerde filen tatbik edilmekte olan usuller tafsil ve maddelerin mana ve şümülü

izah ve münakaşa edilmekle iktifa olunurdu. Bir çok kimseler, bilhassa usulü muhakemenin mektepten ziyade mahkemedeki tatbikat ile kemal derecesine isal edilebileceğine kani idiler.

Son zamanlarda ise bu telakki yavaş yavaş terkedilmiş, usulü muhakeme dersine layik olduğu ehemmiyet verilmeye başlanmıştır. Usulü muhakeme kaidelerinin, gelişi güzel bulunmuş ve sırf maddî bir intizamı muhafaza maksadile konmuş kaidelerden ibaret olamayup adaletin sürat ve emniyet ve az masrafla istihsalini temin için ilmen tesisi icap ettiği hakikati anlaşıldı. Fakültelerde artık usulü muhakemenin amelî bir şekilde değil, bilhassa nazarî ve ilmî olarak tedris edilmesi zarurî olduğu kanaati hasil oldu. Fransada bu lüzumu ilk anlayan müellifler kanunun metodunu takip ile yazdıkları şerhlerde her madde altında nazarî fikirleri izah ile iktifa ettiler. Daha sonra, usulü muhakemenin, senelerce evvel yapılmış bir kanunun madde tertibine göre değil, bu ilmin ihtiva etmesi lâzım gelen mesailin aralarındaki tabîî irtibatı nazara alan *sentetik* bir metot dahilinde, tetkiki için kitaplar yazılmaya başlandı. Profesör *Glasso* nun *Précisthétique et pratique de procédure civile*, birinci tabı bu metotla yazılmış ilk usulü muhakeme kitaplarındanır.

Sentetik metot ile yazılmış eserlerde de, usulü muhakemenin esasî hukuka mütedair mesailine layik olduğu ehemmiyet verilmemişti. Halbuki ondokuzuncu asrın sonlarında ve yirminci asrın başlangıcında Almanya ve İtalyada usulü muhakemeye, Fransaya nazaran nispet kabul etmeyecek derecede büyük bir ehemmiyet atfedilmiş ve bu ilme dair yazılan eserlerde usulî mesailden başka, dava ile başlayan hali nizada, gerek taraflar arasında ve gerek bu hali niza münasebetile taraflarla üçüncü şahıslar ve Devlet arasındaki münasebette kabili tatbik olan mesaili esasiye tetkik ve tahlil olunmuştur. Bu kitaplar

arasında bilhassa, Profesör *Ghiovenda* nın *Principii di diritto processuale civile* eseri Fransız müelliflerinin takdirini celbetmiştir. Ecnebi memleketlerde usulü muhakeme telifatının bu derecei tekâmülû fransız hukukşinaslarının nazarı dikkatinden kaçamazdı.

René Japiot tarafından neşredilen *traité élémentaire de procédure civile*, 1916 tabında usulü muhakeme ilminin terakkiyatını nazarı dikkate almış, ancak metodu itibarile davanın yürüyüşü esasını kabul etmiştir. Daha sonra, Paris hukuk fakültesi usulü muhakemei hukukuye profesörü ve Temyiz mahkemesi azasından müteveffa *A. Tissier* 1925 senesinde neşrettiği *traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile* nam kitabında yeni usulü takipte daha mühim bir hatve atmıştır.(bu kitabın üçüncü cildi *M. Morel* tarafından ikmal edilmiştir.)

Julien Bonnecase *M. Laborde-Lacoste*, Fransa hukuk ehliyet imtihan programlarına uygun olmak üzere yazdığı muhtasar ve müfit *précis élémentaire de procédure civile et voies d'exécution* nam eserinde, usulü muhakemenin başlıca prensiplerini ve bugünkü ilmî temayülleri göstermektedir.

René Morel usulü muhakeme, kitabında usulü muhakemeyi daha ilmî ve daha nazarı olarak tetkik etmektedir.

. Diğer şubabatı hukukta olduğu gibi, usulu muhakemenin de hali hazırda mahkemelerde tatbik edilen kaidelerini bilmek hiç te kâfi değildir. İlim kaideleri öğrenilmeden, fevkalade kavranmış olan ameli bir usulü muhakeme ile terakki yapılamaz.

Sırf ameli olarak teessüs etmiş olan usulü muhakeme maksadı olan adaletin emniyet ve suratle tevzii esasını teminden gittikçe fazla uzaklaşır. Bu mülâhaza ile, *M. René Morel*, kitabının mukaddemesinde kitabını hukuk doktora ve lisans programlarına mutabık ve her

şeyden evvel talebe için yazdığını beyan ettikten sonra, bu kitabın iş sahiplerine de faideli olacağı ümitlerini izhar ile diyorki «bunlar (hukuk sanati ile iştigal edenler) usulü muhakemenin esash prensiple rini öğrenmek ihtiyacından vareste kalamazlar ; her gün halletmek mecburiyetinde bulundukları karışık işlerde ancak bu prensiplerdir ki kendilerine rehber olacaktır.

Hukuk ile tatbikatı arasında bir tefrik yapılması manasız ve esassızdır ; Nazarî ve amelî bir hukuk, nazarî ve amelî bir usulü muhakeme yoktur. Usulü muhakemenin bir tatbikatı vardır ki emin ve seri bir surette öğrenilebilmek için prensiplere istinat ettirilmek lâzımdır. Teşrih, fizyoloji, teşrihi marazi ilimleri öğrenilmeden doktorluk yapılamıyacağı gibi usulü muhakemenin kavaidi esasiyesi öğrenilmeden tatbikatı adliyeğe başlanamaz. Hukukda da, diğer ilim sahalarında olduğu gibi, münferit vakıalar bir kimseye, ne kadar yüksek kabiliyette olursa olsun, bir terkip, *synthèse*, yapmak için kâfi unsurlar temin edemez. Bu husus için icap eden unsurları bir çok nesillerin birikmiş tecrübeleri verebilir » Her hangi bir ilm gibi, usulü muhakeme lni de bir çok kimselerin senelerden beri toplanmış tecrübelerinin netayicine nazaran gayeye üsulü temin edecek ahkâmı taharri eder. Nazariyatı kuvvetli olmayanların tecrübelerine itimat edilemez, Münferit bir tecrübe ile tahakkuk eden ihtiyacı tatmin için konacak bir hüküm bazan matlubu temin etmez. Bazan de diğer mühim menfaatleri ihlal eder.

M.Morel en ziyade devam ile diyorki «bazıları usulü muhakemenin ilmen tetkiki mümkün olmasııdan şüphe etmektedirler.Fransada,fakat, bilhassa daha çok fazlasile Almanya, İtalya, İngilterede yapılmış olan ilmi tetkikat bu iddiaları tekzip etmektedir. Usulü muhakeme keyfi bir surette bulunmuş usullerin birleştirilmeşinden ibaret değildir.Huku-

kun istifasını temine mahsus bu kadar eski ve umumî olan bir tesisat bizzarure muhtelif kavaninin vücut verdiği bir takım kavaidi esasiyeye tâbi olur ki bu kaideler usullerin tatbikında hâkimlere rehber olmak lâzımdır. Usulü muhakemede hâkim olan bu fikirler aşağı yukarı aynı olarak bütün kanunlarda bulunur. Yanlız bu prensiplerin tatbikatı her memleketin temayüllerine göre bazı farklar gösterir. Eşkâlin de kendine mahsus perensipleri ve fennî kaideleri vardır.»

«Usulü muhakemenin ilmî tetkikatı sayesinde ki bu prensiplerin, meydana çıkarılması kabil olur ve vazii kanun bu işlerde çok fazla olan suiistimallerin önüne geçecek ahkâmı tespite imkân bulur.» M. Morel kitabında usulü muhakemeye dair Fransız içtihadı mahakimini göstermiş ve bu içtihadın katiyen tekarrür ettiği ahvalde bu esasî münakaşa etmemiştir. «Kanunları, diyor, asırlık olan memleketlerde kısmen hukuku taammüliye rejimi altında yaşamaya katlanmak lâzımdır.

Metot itibarile, M. Morel her şeyden evvel usulî tesisatin her birinin nasıl vücut bulduğunu, inkişaf ettiğini, faidesini, muhafaza veya fadil edilmesindeki veya ilgasında ki esbabı mucibeleri izah etmiş ve tarih ve mükayeseî kavanine müracaat etmiştir. Müellif, fransız usulu muhakemesinin daha yeni kanunlar ile mukayesesî lüzumunu tasdik ediyorsa da kitabının hacmi itibarile bu vadide ileri gitmeye imkân bulamamıştır. Müellif diyorki «zaten saklamamalıdır ki bazan evham derecesine çıkarılmış olan itiyat ve ananelere hürmet, hukuku müktesebeyi muhafaza arzuları usulü muhakemenin heyeti umumiyesile tadiline ciddi maniler teşkit etmektedir.»

Müellif bununla beraber, ilmî metodla yazdığı eserine, iş adamlarınada faideli olmasını teminen, misal kabilinden, bazı mühim muamelelere ait formüllerde ilave etmektedir, ki tatbikat derslerine hazırlanan hukuk talebesi bunlardan çok istifade edebilir.

M. Morel mutavaziane olarak, Paris hukuk fakültesinde dokuz senelik mesaisinin mahsulü olan eserinin bir çok noksanları olduğundan emin olduğunu beyan ile bunların kendisine bildirilmesini rica etmektedir.

* * *

René Morelin usulü hukukiyesinde takip ettiği metot hakkında bir fikir vermiş olabilmek için, bunun ihtiva ettiği bahislere seri bir göz gezdirelim :

Muellif, Mevaddı medeniyede adli hukuk, *le droit judiciaire en matière civile*, diye unvan verdiği methalin birinci faslında, Devletin kazaî vezaifini, usulü muhakemenin içtimai ve iktisadi rolünü ve hukuk taksimatı arasındaki mevkiini göstermektedir. M. Morel usulü muhakemeyi doğrudan doğruya hukuku ammeden addetmektedir. Biz, usulü hukukiyenin niçin hukuku ammeden addedilmesi icap ettiğini *hukuku Ticaret nam eserimizin hukuk tetkikatına unumi methal* kısmında izah ettikten sonra, usulü muhakemenin hukuku medeniye gibi iki fert arasında kabili tatbik esasatı da ihtiva etmesine binaen bu kısmı hukukun hukuku amme ve hukuku hususiye arasında reyini ızhar etmiş idik S. 17 kanunu. Boncase ve Laborde Lacoste ta bahsettiğimiz eserlerinde usulü muhakemenin hem hukuku ammeden ve hem de hukuku hususiyeden olmasını kabul etmiştir. No 17.

Methalin ikinci faslı hukuku adliyenin (usulü muhakeme) menbalarına tahsis edilmiştir. Müellif Fransa hukuku adliyesinin başlıca menbai olan Fransa usulü hukukiyesi münasebetile diyorki «1807 kanunu, medeni ayarınada olmaktan uzaktır... Her şeye rağmen, daha mevkii meriyete girdiği gün ihtiyar olan bu kanun serdedilen bütün kritiklere lâyiktir. Bu kanun müddetleri suiistimal etmiş, hadiseleri,

şekilleri çoğaltmış, davacıları bir çok butlanlarla korkutmuştur. Bir kelime de ağır, pahalı bir adalet tesis etmiştir ki Devletin halka vereceği adalet bu değildir.»

Müellif bundan sonra usulü muhakemenin tadili için yapılan projelerin Parleментoda münakaşa edilmek şerefine nail olamadığını beyan ile diyor ki «Parlemento bu işlerle az alakadardır ; iş adamları umumiyetle her türlü tadil lâyihasına düşmandır. Çünkü, bunlar haklı veya haksız olarak, bu projelerin kendi menfaatlerini tehdit ettiğine kanidirler »

Kitabın birinci kısmı davaya, ikinci kısmı teşkilatı mahakime, tahsis edilmiştir. Müellif bu son kısımda kazanın ne demek olduğunu ve kanunî ve idarî vazaiften ne noktalarda ayrıldığını, adliye kuvvetlerinin umumî Devlet kuvveti arasındaki mevkiini izah ettikten sonra, Fransa teşkilatı adliyesini izah ediyor. M. Morel mahkemelerin madde ve iş itibarıyla salahiyetlerinin takyidine (*vazife*) tahsis ettiği fasılda bu takyidatın mahzurdan salim olmadığına işaretle diyor ki tecrübe bize gösteriyor ki mahkemelerin vazifesine dair nizamlar çok fazladır. Bu nizamlar çok kere davacılar için beyhude yere vakit ve nakit ziyânı mucip oluyor. (hukuk ansiklopedisi eserimiz kazaî kararlar kısmı sahife 7. noktai nazarımıza bakınız.)

Bunu takip eden kısımlar ise muhakeme umumî nazariyesi, müddetler ve muamelatı adliye umumî nazariyesi, muhakeme usulü (deliller bu kısımda tetkik edilmiştir) hükümler umumî nazariyesi, giyabî muhakeme usulü, müracaat tarikleri, masarifi muhakeme, tahkime tahsis edilmiştir.

Mustafa Reşit

Hukuk fakültesi müderrislerinden