

Borçlar Hukukunun Hakiki Kaynakları

Vasfi Raşit SEVİG

I

1. — Montesquieu «Esprit des lois» sının mukaddemesinde ve ikinci kitabının 3 üncü faslında «insanların, yalnız fantezileri tarafından sevk ve idare edilmediklerini» yaptıkları kanunların kendilerine bir takım hal ve şartların heyeti umumiyesi tarafından imlâ (dikte) edilmekte bulunduğunu öğretti:

«Evvvelâ insanları tetkik eyledim, kanunların ve örf ve âdetlerin bu sonsuz çeşitliliği arasında bunların yalnız fantezileri tarafından sevk ve idare edilmediklerine inandım.» (Mukademe Sahi. V.)

«Kanunlar, memleketin fizikine ikliminin dondurucu, yakıcı veya mutedil olmasına, arazisinin kemiyetine, vaziyetine, büyüklüğüne; halkının hayat tarzına: çiftçi avcı, çoban olmasına bağlıdır. Teskilâtının kaldırabileceği hürriyet miktarıyla; halkının diniyle, temayülleriyle, zenginlikleriyle, nüfuslarının sayısıyle; ticaretleriyle; âdetleriyle tavır ve hareketleriyle ilgilidir.» 1. Kitap 3 fasil sah. 6,7.

Montesquieu'nun bu sözleri hukukun kaynağını şekli kaynak ve hakiki kaynak olmak üzere ikiye ayırdı. Profesör Bonnacase Kanun koyucusunun iradesine şekli kaynak adını verir; kanun koyucusuna yaptığı kanunu dikte etmiş bulunan içtimâî, ahlâkî ve iktisadî amillere de hakiki kaynak ismini verir. Profesör Geny hakiki kaynaga «muta» (veri) der; bu veriye göre inşada bulunan şekli kaynaga da (yapım, çizim) der.

Binaenaleyh bu yazıda borçlar kanununun bir taraftan iktisad ile diğer taraftan ahlak ile olan münasebetlerini araştıracağız. İktisadî (ekonomik) ve ahlaki mutalaların borçlar hukukunun teşekkülü ve gelişmesi üzerindeki tesirlerini göstermeğe çalışacağız.

Borçlar hukuku ile ahlakın münasebeti son zamanlarda Paris hukuk fakültesinin en meşhur profesörlerinden bulunan Ripert tarafından incelenmiş ve «la règle morale dans les obligations civiles» adlı meşhur eserinde derli toplu bir halde ifade edilmiştir. Bu eser yayılmadan evvel

Paris hukuk fakültesinde Doktora sınıfında ders olarak verilmişti. Türkçede Ord. Prof. Esat Arsebük'ün Hukuk İlmini yayım Kurumu Konferanslar serisinin 23 N: broşürü ile yayınlanmış olan «Medenî Hukukta ahlâk kaidesinin rolü» adlı konferansı vardır.

Borçlar hukukunun iktisad ile olan münasebeti hakkında pek çok eser vardır; bunlardan görebildiklerim ve mevzu ile doğrudan doğruya ilgili bulunanlar şunlardır:

«Pierre Bonnet: «Le droit en retard sur les faits»; «Henri Capitant: Les transformations du droit civil depuis 50 ans»; «De Loynes: Le code civil et le credit» (livre du centenaire du code civil tIp. 363). «Lyon-Caen: De l'influence du droit commercial sur le droit civil» (livre du centenaire du c.c.; «René Maunier: Droit et économie politique»; «Tissier: le code civil et les classes ouvrières» (le livré de cent. du c:c.); Virgile L. Veniamin; Essai sur les données économiques dans l'obligation civile»; Gand ve Liege üniversiteleri profesörlerinden «Jean Van-Houtte» Les repercussions de l'économie dirigée sur les institutions du droit privé» adlı raporu (Annales de droit commercial 193 No.4). «Savatier: les contrats et l'économie dirigée» (Du d. c. au d. p.) Bu eserlerde de geniş bir bibliyografyaya rastlanmaktadır.

İktisadın Milletler arası, bir konu bulunmasına rağmen, hukukumuz üzerindeki tesirini ayrıca türk noktai nazarından da tetkik etmeği çok isterdim; millî korunma kanunu ve tatbikatı bu hususta oldukça zengin bir malzeme verebilirdi o dağınık malzemeyi nasıl tedarik edebilmeli? Güdümlü iktisadın hukuk üzerindeki tesirinin pek de devamlı olmasına bu günkü siyasî durumun imkân vermeyeceği de gözükmektedir.

2. — Ripert, adını yukarıda zikrelediğim eserinde «ahlâk kaidesinin bugünkü kıymetini hukukun borçlara ait olan kısmında aramayı kast ediyorum, dedikten sonra Saleilles'in bir sözüne dayanarak... her şey Saleilles'in müşahedesinin doğruluğuna inanmağa; mukaveleler ve borçlar hukukunun mücerret, mantığı ve müstakar (yerleşmiş ve değişmeyen) karakterine inanmağa sevkeder... Borçlar münasebetinin iddia edilen matematik karakteri, hukukcular için borçların ahlakî kıymetini tetkik etmemeğe bir bahane olmuştur; Ve çünkü nihayet borçlar nazariyesinin bu istikrarı ve zahiri yeknesaklığı acaba burada ahlakın hukuka verdiği kuvvetin bir neticesi değil midir. Dünyanın hristiyanlık fikrinin galebesinden beri tanımış ve kabul eylemiş olduğu yeni ahlâk acaba, eski Roma borçlar nazariyesini, en değişmez gibi gözükken görünüşünün arkasından derin bir tarzda değiştirmemiş midir?... Hukukî alem kendini, Pratik ve akli (makul) mutalalar üzerinde ve her türlü ahlakî endişeler... di-

şında ne derecede düzenleyebilir? İradelerin ve faaliyetlerin kanunî neticelerini tanzim, sermaye ve hizmetlerin mübadelesini düzenleme bahsinde mücerret hukukî inşaların oldukça müphem bir ülkü veya iktisadî zaruretler üzerinde yükseltilmesine ve sonra hukukî münasebetler muadeleri (denklemleri) yazarak eglenmeğe v onları değiştirmeğe imkân var mıdır? Yoksa acaba birbirine hukuk bağı ile bağlı bulunan alacaklı ile vereceklinin aynı cemiyete mensup ve yüksek bir ahlakın onları kardeş diye adlandırdığını unutmamak mı lâzımdır; bunlardan birinin haklara ve diğerinin borçlara ancak ahlak kaidelerinin bir diğerinden menfaat ve hizmet elde etmeğe müsaade eylediği veya her halde o diğere zarar vermeği yasak etmediği nisbette malik olacaklarını hatırlamak mı lâzımdır.»

Diğer taraftan bazılarına göre hukuk içtimaî hayatın sadece şeklidir; iktisad ise o içtimaî hayatın muhtevasıdır.» (Ripert; No. 2 sah. 3-6)

«Jean - Van - Houtte» de «hukuk dünyanın bütün memleketlerinde, kimi mahallî kimi evrensel olan çeşitli amillerin tesiri altında gelişmektedir. Evrensel olan âmillerin en kuvvetlisinin ekonomik âmil olduğunda hiç şüphesiz yoktur. Geçen asır zarfında kanunla liberal ekonominin tesirine tabi olmuş buldukları gibi bugün de güdümlü veya düzenlenmiş iktisadın yeni doktrinleri bütün memleketler kanunları üzerinde tesir eylemektedir.» der.

Binaenaleyh, bu zıd iddialar karşısında tereddüde düşen akıl borçlarının daimî tekamülünü sağlayan unsur ve amillerden üstünlüğün ahlakta veya iktisadda bulunup bulunmadığını araştırmağa kalkıyor.

Dünya bir yenileşme çağına girdi, ve yeni bir çaęa ayak bastı. Çeyrek asır içinde arka arkaya gelen iki cihan harbi cihanı korkunç bir tarzda sarsdı. Atatürkümüz «büyük hadiseler büyük inkılablar yaratır» demiştir. Mihverinden oynamış ve temelleri sarsılmış dünya kendine yeni bir temel bulmak ihtiyacıyla kıvrıyor ve bir çok hayal kırıklığı ona, inanmış olduğu bir çok prensiplerden yüz çevirtiyor. Yeni bir felsefe hayatın, umumiyetle bir hareket olduğunu öğretti. Bergson «L'evolution créatrice» inde bu yeni felsefeyi bildirmeden çok evvel şark ve bahusus Türk dünyaya (dön ya) demek suretile bu daimî kararsızlığı: bu daimî hareketi Bergson'dan daha az bir belagatla ifade etmiş bulunuyordu. «Hayatın özel tecellileri (gözüküşleri) bu oynaklığı esefle kabul ediyor ve daima bu hareketten geride kalıyor. Hareket ilerliyor; hayat yerinde saymak istiyor. Gelişme umumiyetle ve mümkün olduğun nisbette düz çizgi halinde olacaktır.» (Bergson sah. 139).

Bu umumî ilerleyiş arasında hukukcunun bir metin üzerinde tepinmesi neye yarar? Cemiyet içinde geçen hayatın basit bir aynası olan hukuk aynı gelişmeye ve değişmeğe mahkumdur; tıpkı esen ve geçen bir rüzgârın kaldırdığı toz kirdibadları gibi, hayatın peşinden sürüklenmeğe mecburdur. «Nasıl canlı mahlûkların organizmaları (uvziyetleri) kendi hayatının genel kanununa uymakla beraber onları bilhassa derin ve faal bir değişmeğe maruz kılan devreler geçirirlerse milletlerin tarihinde de bazı devrelere rastlanır ki o devrelerde fikirler ve müesseseler tekamülün genel kaidesine tabi olmakta devam etmekle beraber, özel bir değişmeğe uğrar.» Duguit'in «Kamu hukukunun değişmesi» adındaki kitabında (sah. XV, XVI) ortaya attığı bu hakikatı türk milleti kendi yakın tarihinde daha sarîh bir tarzda görmektedir. Türk milleti, tanzîmattanberi vicdanına ve izanına durmadan şu korkunç suali sormaktadır: «ölmek mi, değişmek mi?». Altı okun biri olan inkilâpçılık Atatürkün bu soruya verdiği cevaptır. Yalnız bugünkü dünyanın böyle bir değişme devresinde bulunduğunu da iyi anlamaklığımız lâzımdır. Cemiyetler normal bir tekamülün daimî bir konusudur. Fakat nasıl tarihimizde tanzimatı açan devir Osmanlı cemiyetinin normal bir tekamülü olmayıp derin değişmeler yaptıran istisnâî bir an idise bugünkü dünya da normal bir tekamül seyrinde bulunmayıp derin değişiklikler içindedir. Fakat acaba dünyanın çehresini değiştiren, iddia edildiği gibi yalnız iktisadî vazîyet midir? G. Morin «la révolte des faits contre le code» adlı eserini iktisadî olayların üstünlüğünü göstermek için yazdı; Yani iktisadî mutalar o mutalara uygun yeni bir hukukî rejim icabettirdiği ve yeni mevzu (positif) hukukun cevherini bulmak için iktisadî teşkilâtları yoklamak kâfi geleceği iddia olundu.

Acaba iktisad hakkındaki bu görüşler Karl Marx'ın meşhur olan tarihi maddiyetçiliğinin yenileşmesi ve yenileştirilmesi midir? Yanî Karl Marx'ın nazariyesindeki mübalagalı tarafları attıktan sonra iktisadî değişmeleri hukukun tekamülü üzerinde kesin bir tarzda müessir bir âmil olarak kabul etmek midir?

Hukuk, ve bhusus onun malî kısmı olan ve mala taalluk eden borçlar hukuku gidasını yalnız iktisadî kaynaklardan almak suretile mi gelişir?

Güçlük yalnız bu soruyu cevaplandırmakta değildir. Bu suale hayır denebilse dahi borçlar hukukuna iktisad kadar müessir bir âmil olduğu iddia edilecek ülkünün mahiyetini nasıl tayin edebileceğiz? Ripert, zikreylediğim meşhur eserinde diyorki: «Mevzu hukukun (positif hukukun) az çok adalet fikrine istinat eylediğini herkes bilir ve binaenaleyh mü-

esseselerden çoğunun bu fikri tatmin etmek zaruretine istinat eylemekte olduğunu ispat etmek te bir işe yaramıyacak gibidir. Ahlâk kaidesinin hukuk kaidelerinin kanun koyucusu ve yargıç tarafından pratik inşasında haiz bulunduğu nüfuz ve tesiri araştırmağı iddia eylediğim zaman ahlâk kaidesi tabiri ile bilmem hangi müphem adalet ülküsünü kastetmiş olamıyorum; ahlâk kaidesi tabirinden kastım modern batı cemiyetlerini idare eden ve din, akıl, vicdan tarafından teklif edildiği için riayet edilen veya itiyat neticesi yahut insana hürmetten ötürü sayılan o pek vazih kanundur.» (No. 2 sah. 5).

Ahlâk, adalet, din, akıl; vicdan kavramlarının birbiri içine girmiş kavramlar olduğunu anlamak için Ripert'in nakleylediğim sözleri başlı başına kâfi gelir. Acaba hukukun tekamülü üzerinde müessir olan ahlâkî unsurun tayinindeki bu güçlük onu, düşünen kafalara emin bir sığınak olarak göstermeyor ve yese, ümitsizliğe düşmüş akıl çaresiz olarak iktisadî değişiklikleri hukukun tekamülünün biricik hakiki kaynağı olarak kabul etmek zorunda mı kalıyor?

Hukukun inşasında, daima bir rehber ihtiyacı duyulmuştur, bir zamanlar allah ve bir zamanlar akıl o aranılan rehber olmuştur. Hukuk ilminin teknikçileri uzun zaman ilahî bir prensibi teyid eylemekte olduklarını veya zaman ve yer değişikliğini kabul etmeyen bir tabii hukukun bir numunesini gerçekleştirmekte bulduklarını sanmışlardır. Bugün dahi hukukun inşasına tekrar tabii hukuku mimar kılıyorlar; yalnız yeni tabii hukuk ile eski tabii hukuk arasında muhteva itibarile: içi, içinde olanlar itibarile bir fark yapıyorlar; Stammler «tarihi maddiyetçilik noktasından iktisad ve hukuk» adlı eserinde muhtevası değişen bir tabii hukuk kabuleder. Saleilles, «Ecole historique et droit naturel» adlı yazısında Stammler'in bu fikrini kabul eyler. «Science et technique en droit prive positif» adlı eserinde tabii hukuku «daha ziyade küçültülemeyen, daha fazla basite irca edilemeyen bir en aşağı had» olarak kabul eden Geny, Saleilles'in hukukî eserleri hakkında çıkartılmış eserde, mumai-leyhin zikrelediğim yazısının özetini verirken der ki: «yeni çıkmış ve hukukun ilmî felsefesine az çok ilgili bulunan bir çok eserlerin kendisine telkin eylediği düşünceleri anlatmak bahanesile» tarihi mektep ve tabii hukuk» ismi gibi bir az muammaya benzeyen bir adla yazdığı makalede Saleilles, bu hususa dair ve nazarında esash olan telakkilerini mizana çekiyor ve adeta vicdanını yeniden yargılıyor. Saleilles müşahede metoduna olan güveninden bir şey feda etmemiştir; hukuku daimi bir tekamüle tabi içtimaî bir hadise olarak telakki etmekte devam ediyor. Fakat tarihi mektebin ne hatalarını saklıyor ne de hukukî nizamın ob-

jektif temelini teşkil edebilmekteki esaslı aczini gizliyor. Bununla beraber tamamile aklî veya ahlakî bir ülküye kendini tevdi etmekten de sakınıyor. Akla veya mutlak adalete dayanan tabii hukuka gelince, Saleilles onun sadece prensip koymaktan başka bir rolü olmadığını ve o prensibin inkişaf ve tekâmülünü sağlamadığını kabul ediyor. Hatta tabii hukukun koyduğu prensibin mücerret bir tatbik şeklini dahi alamadığını: genel ve sarıcı bir şumülü haiz kaidelerde ifade ve tercümesini bulacak bir mücerret tatbik şeklini dahi alamadığını kabul eder. Nihayet Saleilles, Stammeler'in «muhtevası değişen bir tabii hukuk» telakkisine ülkü ile uzlaşma çaresini bulur. Akıl ve duygu hakkın varlığının iddiasını temin eder; içtimaî mutalar da konusunu, maddesini açıklar ve dal budak salmasını genişletir. Fakat Saleilles tefsirin objektif unsurları üzerinde ısrarla durur ve sayılarının üç olduğunu açıkladığı bu unsurları tabii hukuku gerçekleştirmeğe elverişli bulur. Bu unsurlardan birincisi hukukî kıyastır ki kanun tarafından yeni olarak teyid edilmiş bir adalet prensibinin olaganüstü teşmiline imkân verir. İkincisi kolektif (müşterek olan ortaklaşa) bulunan hukukî vicdandır ki iyi ahlaki açıklamakta mühim tesiri vardır. Alaman medeni kanununun 138 inci maddesinin iradenin muhtariyetine sınır olarak kabul eylediği iyi ahlakın açıklanabilmesinde müessirdir (alman medeni k.nun 138 inci maddesi Türk borçlar K.nun 20 inci maddesinin ahlaka (adaba) ait olan kısmile 21 inci maddesini ihtiva eder). Üçüncüsü mukayeseli hukuktur. Saleilles tabii hukukun hassası olan evrenselliği hukuk mukayesesinde bulur. Saleilles hukukta devamlı bir yaratma işini milli hukuku en ufak teferruatında dahi terakki ettirmeği hukuk mukayesesine tevdi etmek ister» (Sah. 24 - 25).

Saleilles'in Geny'nin ağzından nakleyediğim düşüncelerini iyi duyurabilmek için yazısının içinde rastlanan «tarihi mektep» «tabii hukuk» «kolektif hukukî vicdan» sözleri hakkında şimdiden ufak bir açıklamada bulunmak lâzımdır kanaatindeyim. Şöyle ki Almanyada çıkan tarihi mektep hukuk aleminde egemenliği çok çabuk eline aldı. Tarihi mektebin çıkışı evrensel vedeğişmez olarak kabul edilmiş olan tabii hukuk için çok acı bir darbe ve çok korkunç bir yenilme oldu. Tarihi mektep evrensel aklın yerine halkın kolektif vicdanını ikame eyledi. Savigny hukukun halkın ihtiyaçlarının tepkisi altında, onun tesirile tekamül eden adetlerin tabii gelişmesile teşekkül ettiğini iddia eyledi. Binaenaleyh halk ihtiyacının tabii bulunduğu iktisadî olaylar hukukun teşekkülünde kendilerini nazara aldırılmaktadır. Tarihi mektep bahusus «Puchta»nın ifrata kaçışlarından sonra nikbete uğradı. Tekâmül fikrinden hareket eden ta-

rihî mektep kaza ve kadere: bir fatalisma vardı ve İhering'in isyanlarını vucude getirdi.

Fakat nikbete uğrayan tarihi mektebin hukuka ve hatta muhaliflerine büyük hizmeti doukmnuştur. Stammeler, «hukukun ve hukuk ilminin cevheri» adlı eserinde tarihi mektebi tenkit etmekle beraber daima kendisine eşit kalan, daima kendisinin aynı kalan br tabii hukuk fikrini, tarihî mektebin tesirile redeylemeğe ve muhtevası hiç değişmeyen bir tabii hukuk yerine muhtevası değişen bir tabii hukuk ikame eylemeğe mecbur kalmıştır. Yine Stammeleri, «tarihin maddiyetçi izahı noktasından iktisat ve hukuk» adlı eserinde «hukukun muhteviyatı empirik (1) ve tarihi ihtimallerin getirdiklerinin ve verdiklerinin mahsulüdür» dedirtmeğe mecbur bırakmıştır.

Positivizm mektebinin şefi olan Duguit bile (anayasa hukuku cild I, sah. XVII): «mesele ancak, hükümet sürenlerin (idare edenlerin) alacakları kararı haddi zatında meşru kılacak şartların tayin edilebilmesi halinde çözülmüş olacaktır; bu çözüm hatta idare edenlerin hemen hemen hepsi tarafından tesvip edilmiş kararları dahi haddi zatında meşru kılacak şartların tayin edilebilmesine bağlıdır. Bu şartlar ise, idare edenlere üstün ve onların faaliyetlerini güden ve sınırlandıran, onların faaliyetlerine komuta eden bir hareket kaidesinin tanınmış ve kabul edilmiş olmasında bulunabilir,» diyor.

Duguit'nin aradığı ve idare edenleri sevk ve idare ederecek olan yüksek prensibi, insanlık doğduğu zamandanberi aramaktadır. İnsanlık hak ile zulmü yani haksızlığı allahın sesi ve kitabı ile tayin etmek suretile işe başladı. Fakat «zaman» bu ilahî bildirmelere pek te uygun düşmeyen kaideleri insanlara kabul ettirdi. Burada mecellenin tabirile kullandığım zaman - değişmesi hukuk kaidelerini de değiştiren zaman - tabirinin yalnız mübadelenin ve ticaretin gelişmesini ifade eylediğini kabul edemem. Müspet hukukun, mevzu hukukun inşasında iktisadî mutalaların önemini inkâr etmemekle beraber, inkâr edememekle beraber «zaman» tabirini, iktisada kısaltılmış derecede dar bir manada alamam. Gerçektir ki mecelle gökten inmiş ve insanlara vahi yolu ile ifşa ve izhar edilmiş bir ilâhî hukukun ifadesi olduğunu idda ediyor; ve insan olan büyük islam hukukcularının koydukları insanî hukuk kaidelerinin ilahî hükümlere uygun bulunduğunu da, nefsinin islam tahtından haletmemek için, iddia eylemek zorunda kalıyordu. Bu itibarla da esasta, mütemadiyen

(1) NOT. Empirik, aklım muakemesine dayanmayıp tercübeye dayanan bilgi demektir. Türk ata sözleri içinde «Hekim kimdir? başından geçen» sözü empirik bilginin en güzel iradesidir.)

değişen hukukun esasta değişmediğini iddia ederken «zaman» anlamına geniş bir mana vermekten kaçınıyor ve ilk serabını yeni tüllerle süslemekte devam ediyordu. Gökten yere inmiş hukuk, yerin müşterek hayatının mukadderatını paylaşmak zorundadır; yerin en pürheves oynamalarına ve dalgalarına onların veznine ve ahengine ayak uydurmak zorundadır.

Meşhur İtalyan filozofu ve son zamanların Bergson ile beraber en büyük filozofu bulunan «Benedetto Croce» nın «iki kişi arasındaki hukukî münasebet bir iktisadî bağdan başka bir şey olamaz» sözü bir hakikat diye kabul edilecekse mecellenin kullandığı «zaman» tabiri ancak iktisadın başka bir tarzda ifadesi olabilir. Croce insan ile insan arasındaki münasebetin bir kuvvet bir tazyik münasebeti olabileceğini kabul etmiyor. İnsanlar arasındaki münasebeti zormünasebeti kılmak için zayıf kuvvetlinin kanununa buyruk olur demek kâfi gelir. Croce fizik alemde yürürlükte olan kuvvet münasebetinin insanlar arasında cari olmayacağını, insanların birbirini yok etmekte menfaatleri bulunmadığını ileri sürmek suretile redevliyor ve hukukî münasebetin kurulabilmesini (A) nın (B) ye ve (B) nin de (A) ya faideli olmasına bağlı kılıyor. Croce hukuk felsefesini iktisad felsefesine çeviriyor; halbuki hukuk ve iktisad ayrı ayrı şeylerdir. Gerçe filozoflar, içtimaiyatçılar, hukukcular ve iktisadçılar hukuk ile iktisadın münasebetleri hakkında çok konuştular ve çok yazdılar; kimi her iki ilim kolunun birbirine taban tabana zıd olduğunu söyledi; kimi her iki ilmin birbirine ve karşılıklı olarak sıkı bir surette tabi bulunduğunu iddia eyledi; kimi hukukun iktisaddan ibaret olduğunu iddia eyledi. Hakikat budur ki her iki ilim, masaldaki kör ve kötürüm gibi birbirlerine muhtaçtır. Fransada millî iktisadî kurmuş olan hocamız Cauwes: Roma hukuku profesörlüğünden iktisad profesörlüğüne geçmiş olan Cauwes «hukukçu iktisadçı da olmalıdır» der.

Planiol da der ki: «İktisad hukukî bir ilim değildir, fakat kanunlar ile sıkı bir münasebet halindedir: Hukukun iktisada muhtaç bulunduğu kadar o da hukuka muhtaçtır. İktisad amelî tatbikten mahrum sırf bir nazariye halinde kalmağa mecbur bulursa idi öğrenilmesi faidesiz olurdu, boş bir şey olarak kalırdı: İktisad, ancak vardığı ve elde ettiği neticeleri kanun teklifi şeklinde ifade etmek şartile var olması sebebinde elde edebilir. Bu sebepten iktisadın hakiki gaysinin servet olmayıp insan olduğunu göstererek İngiliz düşüncelerini tenkit edenler yüz defa haklıdırlar. Diğer taraftan, Kanun koyucusuna hem üzerinde hareket eylediği sahayı hem de kanunlarının, menfaat ve işlerin oynak aleminde yapacağı kaçınılmaz tesirlerini bildiren iktisadın ve onun anlamlarının

işığından istifade etmeyen kanun koyucusu kör gibi hareket etmiş olur; kararları da ekseriya meşum sonuçlar verir.

Bu sebepten hukuk faküleleri iktisad tedrisatının yeridir. Kanunlar ve iktisad aynı problemin (meselenin): içtimai hayat probleminin iki yüzüdür. Vaktile iktisad müstakil ve hukukla teması aranılmaksızın tahsil edilirdi; çok kerre mücerretlik bulutları ve nazari tartışmalar içinde gayıp olup giderdi. İktisad tahsilini hukuk tahsiline iştirak ettirdikleri gün iktisada en dikkati çeken hizmeti yapmış oldular. İktisad bizim hukuk fakültelerimize girmekle son gayesi olan kanunlarla temasa girdi; sağlaştı ve genişledi. Aynı zamandada hukuk tahsilini canlandırdı. Hukukcuları, kanunların yazılı formüllerininin (lafızlarının) arkasından hukukun kendileri için yapıldığı canlı gerçeklikleri görmeğe alıştırdı; ve kanunların faydelerini, iyiliklerini ve kusurlarını iktisadi tesirlerine ve içtimai neticelerine göre takdir etmeğe alıştırdı. Bugün hukukcunun, iktisadi noktai nazari gözünden uzak tutarak, kaçırarak izah edebileceği bir hukuk meselesi yoktur. Bugün kim, iktisada ehemmiyet vermeden, onun müşahedelerine, belgelerine ve hatta kararsızlıklarına ehemmiyet vermeden toprak mülkiyetinin tarihini ve şekillerini anlatabilir devir ve nakil tarzlarını, parçalanmasını, kiralama ve işleme tarzlarını münakaşa edebilir; menkul ipotekli kredi ile, para ödücü ile, satış ile, ticaretle, şirketlerle; mirasla; vasiyetle; bağışlama ile; karı koca malları idaresi ile ve saire ile meşgul olabilir.» (Planiol cild. 1 No. 33).

Planiol hukuk tarihini ve iktisadi bilmeyeni hukukcu saymaz; birincisi hukukun doğuş ve oluşunu ikincisi hayattaki tesirlerini ve tatbikini öğretir.

Saleilles, Planioldan daha ileri gider: «Bir hukuki çözüm tarzını takdir edebilmek için bütün iktisadi olayları bilmek lâzımdır.» der. Saleilles'e göre iktisadi veriler yürürlükte olan kanunların yalnız vücade getirilmelerini sevk ve idare eylemez «hukuki tefsirin de canlı bir ilham kaynağını teşkil eder». Hülâsa yürürlükte olan kanunların vücade gelmelerinde kanun koyucusunu, tefsirinde yargıcı sevk ve idare eden iktisadi mutalardır;

Profesör Nast «yargıç, hükmünü dikte edecek kaideyi bizzat olaylardan, iktisadi gerçekliklerden çıkartacaktır» der. Yine Saleilles «uzun zamandanberi yargıç, iktisadi zaruretlerin bertaraf edilemeyen kanunlarından müteessir olduğu halde bunu meydana vurmağa cesaret edemez.» der. Yine Saleilles «Metinlerin dışında duran bir istikamet işareti, metinlerde tatbikedilmiş şekli bir mantığın altında saklanmaktadır» der.

3 — Hukukun tekevvülünde, vücade gelmesinde iktisadî mutaların tesiri itifakla kabul edilmekte olduğu halde iktisad ile hukuk arasındaki farkı tayinde fikirler çatışmaktadır. Uzun zaman hukuk ile iktisad birbirile karıştırılmıştır: hem felsefe sahasında hem de içtimaî nizamda birbirile karıştırılmıştır.

Adam Smidt'in Glasow'de okuttuğu ders hukukî bir ders idi: İngiliz mahkemelerinin hukuk yaratan içtihatlarına ait bir ders idi; ve onun meşhur olan «milletlerin servetlerinin sebepleri ve mahiyeti hakkında» ki dersleri hukuka ait derslerinin bir sentezi idi. Çünkü Adam Smidt'in gayesi iktisadî mutaların kanunlar ve kazâî kararlar üzerindeki tesir ve nüfuzunu meydana çıkartmaktı: «geçime mülkiyetin arttırılmasına ait sanatların kanunlar, ve hükümetler üzerinde âmil bulunmalarının derecesini ve bu sanatların kendileri için ihtiyaç duydukları değişmelere benzer değişmeleri kanunlarda ve hükümetlerde vücade getirdiklerini araştırıyordu» (Roscher, principes d'l'economie politique; Préface).

XVII asır sonlarında Locke, XVIII inci asırda fisyokratlar hukuku da iktisadî da aynı içtimaî nizam anlayışına istinat ettiriyorlardı.

Buna mukabil iktisad ile hukuku birbirine tamamilen yabancı iki ilim kolu olarak telakki edenler vardır. Joserand, «medenî hukuk dersleri» adlı eserinde (Sirey 1930 t. I. No. 7) bu görüşü çok sathi bulduğunu söyler. Hukukun iktisaddan akla göre doğru olmayan ayrılığı amelî bakımdan da tehlikelidir; çünkü hukukî kaidelere mücerret ve sun'î bir karakter izafe etmeğe varır der.

Hukukî olayların iktisadî olaylardan ayrı bulunduğu kabul edildiği takdirde bunların birleştikleri ve ayrıldıkları noktaları meydana çıkartmak lâzımgelir.

Her iki olayda mahiyet birliği ve saha birliği vardır.

Her iki olay daiçtimaî olaylardır; çünkü geleneğe dayanır (ananevidir) ve mecburidir. Mecburi tabirini ferd için borçtur manasında kullanıyorum. Bir olayın içtimaî olduğunu bildiren ve belirten bu iki farıkayı izah etmeği faideli bulurum.

1. — İçtimaî fiil asla orijinal (aslî) bir fiil değildir, hiç yapılmamış bir fiil değildir. Her içtimaî fiil tekrarlanan, tekrarlanmış olan bir fiildir. İçtimaî fiil tek bir adam tarafından dahi yapılmış olsa yine de bu tek adam o fiili icad etmemiştir, o fiili yapılmış olarak muhitinde bulmuştur; demek ki o fiili başka insanlardan almıştır ve o fiili yaparken daha evvel konmuş ve yapmanın hareketlerinin serbestisini muhtelif derecede sıkı bir kaideye uymaktadır. Binaenaleyh bir ferdin icadı olan bir fiil değildir. Bir insanın icadı olan bir fiil ancak başka insanlar tarafından

tekrarlanmış olmakla bir içtimai fiil olur. Bu sebepten içtimai fiiller ferdî fiiller olmayıp genel fiillerdir; bir çok ferdlere müşterek bulunan fiillerdir. O fiiller mutlaka toplu bir halde, grup halinde yapılmaz, fakat mutlaka bir topluluk içinde bir gurup içinde yapılır. Bir sözleşme bir dini ayin, başka sözleşmeleri ve başka ayinleri tekrar eylemeleri dolayısıyla içtimai fiillerdir.

Fakat her tekrarlanan fiil mutlaka içtimai bir fiil değildir. İç güdümleri (sevki tabii) alışkanlık; soya çekmeleri (k buna şimdi irsi haller diyoruz) içtimai fiil teşkil etmeyen tekrarlamalara vücut verir. Binaenaleyh içtimai fiiller tekrarlanan fiillerin özel bir nevidir. İçtimai fiiller, «ananevi» dirlere demek suretile ifade edilen bir tekrarlama tarzını icap ettirir. Bu özel tekrarlama tarzı üç karakter arzeder:

a) İçtimai fiiller aynı insan tarafından tekrar edilmez; alışkanlığın vücuda getirdiği fiiller ise aynı insan tarafından tekrarlanır. «Tarde» içtimai fiillerin bu karakterini «taklid edilen» sözü ile ifade eder. İçtimai tekrarlama «intikal eden», «geçen» denilen tekrarlamaların içine giren bir nevidir.

b) İçtimai fiillerin tekrarlanması tarzı kendisi gibi, intikal etmiş fiiller nevinden olan iç güdümün vücuda getirdiği fiillerden, hususile soya çekmekten gelen fiillerin tekrarlanması tarzlarından büsbütün başkadır. Soydan gelen tekrarların ferd üzerindeki baskıları doğrudan doğruya olmaz, vasıtalı olur, yani ferde fiillerini; ferdin fizik bünyesi vasıtasıyla yaptırır; ferdin vücudu üzerinde komuta ederek ve baskı yaparak yaptırır. Halbuki içtimai kaidelerin baskısı doğrudan doğruya olur. İrsî haller biyolojinin (hayatın) bir zaruretidir; İçtimai haller cemiyetin bir emridir. İnsan doğar iken irsî modellerini yapılmış olarak bulur, ve bu modellere mihanikî bir tarzda ve dışarıdan bir müsebbib olmaksızın yani sebep olan bulunmaksızın kendiliğinden intibak eyler (uyar). Halbuki hukukî kaideler, ahlakî adetler ve dini işler ferde cemiyet tarafından ve bünyesi dışından doğrudan doğruya yükletilir (teklif edilir); ferdin, cemiyetin kendisine yüklediği bu kaidelere uyabilmesi için uzun bir terbiyeye (egitime) ihtiyaç gözüktür. Cemiyet çırağını, öğrenciliğini icap ettirir; müşterek geçecek hayat öğrenilmezse cemiyet vücuda gelemez. Çünkü içtimai istimler (pratik) ancak cemiyet içinde anlaşılabilir ve ancak cemiyet vasıtasile anlaşılabilir; içtimai istimler ferdin mahiyetini ifade etmeyip cemiyetin mahiyetini bildirmesi itibarile ferd o istimleri dışarıda bir müsebbible, bir gösterici olmaksızın kendiliğinden bulamaz.

II. — İçtimai fiiller yalnız tarzları itibarıyla irsi hallerden ayrılmıyorlar; kaynakları itibarıyla da ayrılıyorlar. İrsi hallerinin kaynağı çifte bir tarzda fiziktir; şöyleki: Ana babanın fizik bünyelerinden kaynağı ve ferde kendi fizik bünyesi vasıtasıyla tesir eyleyebilir. Halbuki içtimai tekrarlamalar fizyolojik bir zarurettten doğmayıp cemiyetin az çok süürle yaptığı baskıdan doğar. Bu sebepten irsi hareketlere zaruri hareketler ve içtimai fiillere mecburi fiiller; yani yapılması ferdi için borç olan fiiller; denir. İçtimai fiilleri ferde tekrar ettirten ve yaptırtan ferdin dışında ve üstünde duran guruptur. Birinin zaruri diğerinin lugat manasıyla borç olması (mecburi olması) içtimai fiilleri alışkanlıkla yapılan veya irsi olarak yapılan fiillerden ayıran ikinci farikayı vücade getirir. Alışkanlığın veya soya çekmenin yaptırdığı fiiller ferdden ferde geçer, binaenaleyh yalnız zamanda tekrarlanmış olur. İçtimai fiiller ise grubun bütün üyelerine aynı zamanda yükletilmiş olduğundan hem zamanda ve hem de mekân da tekrarlanır.

Demek ki bir fiilin içtimai olması için kolektif olması; yani grub tarafından yapılmış olması mutlaka şart değildir: bir ferd tarafından yapılması da kâfi gelir, elverir ki grub tarafından düzenlenmiş bulunsun. Bu izahlardan çıkan tarife göre «içtimai fiiller bir grub; bir cemiyet tarafından yapılan veya doğrudan doğruya tanzim edilen ananevi ve mecburi fiillerdir» (R. Maunier, Hukuk ve iktisad saf. 12). Bu uzun parantezi kapatarak tekrar başladığımız yere gelelim:

İktisadi olaylarla hukuki olaylar arasında evvelâ mahiyet birliği ve sonra da saha birliği vardır.

Her iki olayın ananevi ve mecburi bulunmalarından ötürü içtimai olay olmaları onlar arasında bir mahiyet birliği vücade getirir.

Her iki olay arasında bir saha birliği de vardır; çünkü hukuki kaide de iktisadi kaide gibi ihtiyaçların tatminini, yerine getirilmesini ve ferdi veya kolektif (müşterek) menfaatların korunmasını icabettiren vaziyetleri düzenler.

Yalnız iktisadi olaylar ile hukuki olaylar arasında derece farkı vardır şöyleki: her ekonomik kaide bilkuvve hukuki kaidedir. Fakat hukuki kaide, karakterinin ve hudutlarının derecesile iktisadi kaideleri aşar ve geçer, Böylece ekonomik müesseseler hukuki müesseselerden daha az mecburidir, çünkü iktisadi kaideler düzenlenmiş bir müeyyede altına alınmamışlardır. Hukuki olaylar, içtimai olayların farikaları olan ananevi ve mecburi bulunmalarını en iyi meydana çıkartmaları (farik kâimaları, fark edilir hale koymaları) itibarıyla içtimai olayların en iyi bir numunesini teşkil eder ve bütün içtimai hadiselerin unsurları en iyi bir

tarzda hukuki olaylar üzerinde tahlil edilebilir. Bu unsurlar suje, obje ve müeyyedededen ibarettir. Hukuk sujeye göre değişir, çünkü sujelerin ehliyetlerine tabidir. Hukuk objeye göre değişir; meselâ eşyanın cisimli (ayın) veya cisimsiz olmasına göre; menkul veya gayri menkul bulunmasına göre; aynile veya nevile (B.K. Mad. 70; ticaret K. Mar. 660) tayin edilmiş olmasına göre mülkiyetin tanzimi de değişir. Hukuk müeyyede-ye göre de değişir; müeyyede medenî olur, cezaî olur; iade ve tazmin olur; tenkil olur. Diğer içtimâî olayları hukukî olaylardan ayıran farkları suje, obje ve müeyyedenin hal ve şartları vücude getirir. Hukukun medenî veya cezaiye ayrılmasına nasıl müeyyedeleri sebep oluyorsa diğer içtimâî fiilleri de içtimâî baskının tarzları sınıflandırır.

Hukukî kaideler iktisadî kaidelerden daha fazla ananevi ve daha fazla mecburî bulduklarından ötürü iktisadî kaidelerden daha geniş oldukları gibi yalnız ahlâktan müteessir oldukları yerlerde de iktisadî kaidelerden daha fazla genişlik gösterir denebilir mi?

Ahlaki olay, efkârı umumiyenin onu fena görmesi suretile açık olmayan bir müeyyedeye maliktir. Demek ki ahlâk hukuktan müeyyedenin mahiyeti ile ayrılır. Ahlâk ile hukukun objeleri aynıdır: vermek, yapmak, yapmamaktır.

Hukukî ve iktisadî olaylar aynı mahiyette olunca ve bunların bir-biri üzerindeki tesirleri de kabul edilince hukukî olaylardan yalnız müeyyede tarzı ile ayrılan ahlâkın hukuk ile doğrudan doğruya tesiri kabul edileceği gibi iktisad ile de münasebetlerini kabul mecburiyeti vardır.

Fakat Demogue ahlak kaidesine kuvvetin ifade edilmesinin (bağlanmasının) faideden başka bir sebebi olamayacağını ileri sürer. Hukukî gelişmeye rehberlik edecek bir hakkın zaruretini iddia ederken, Demogue o hakkı ahalkın uyruku kılmağı da reddeyley ve belki aksinin, tersinin doğru olabileceğini ileri sürer: «ahlâk eğer hususî mülkiyete saygı gösterilmesini emrediyor ve bu saygının gösterilmesini sağlamak için kuvveti katıyorsa sebebi iktisadın hususî mülkiyet müessesesini meşru görmesi ve netice itibarile diğer teşkilâttan daha yüksek tutması ve bulmasıdır.» (Demogue, borçlar hukuku cld II).

4. — Geny ilim ile teknik yani veri (muta) ile inşa) (yapım çizim) arasında bir fark teklif ederken hukukun sırf teknik olarak vücude getirilebilmesini imkânsız görüyor ve binaenaleyh çeşitli fikrî usullerle hukukî kaidelerin temellerini araştırıyor.

Hukukcunun çalışmaları iki ayrı kutup gözükiyor:

1. — Müşahade. İçtimâî mahiyet ve ictimâî tabiatın meydana çıkartıkları mümkün olduğu kadar sun'ilikten (yapmacıktan) temiz ve saf

olarak müşahede olunmalıdır. Veri (muta) içtimai tabiatın izhar eylediği şeydir.

2. — Verinin hukukî nizamın ihtiyaçlarına intibak ettirilmesi yani uydurulması. Bu uydurma işlevi tamamen subjektif bir haldir. İşlenmemiş ve yontulmamış bir halde bulunan veri hukukî nizama intibak ameliyesi ile cemiyet içinde yaşayan insanların münasebetlerini tanzime hazır bir inşa haline girer (Geny; positif (mevzu) hususî hukukta ilim ve teknik. I inci kısım Sah. 97).

Ortolon, bundan bir asır evvel Paris hukuk fakültesinde verdiği Roma hukukü derslerinde hukukî fiillerden bahsederken derki: «İşte hukukcunun yüksek vazifesi; hukukcu hülyaların veya nazariyenin müphemiyeti içinde yaşayan kimse değildir. Hukukcu olaylar alemine dalmış bir kimsedir. İnsanların yaptıklarına olduğu kadar tabiatın olaylarına da dalmış; ferdi sahaların olaylarına olduğu kadar büyük amme sahalarının olaylarına da dalmış kimsedir. Kötü veya iyi ihtirasların yarattığı olaylar, bütün olaylar onun konusudur. Fiil denilen bu maddî unsurlardan fikrî ve zihnî netice olan hukuku bulur çıkartır. İyi ve nefasetli olan hukuku bulur ve bulduğu hukuk fiillere kaide teşkil eder ve fiillere emreyler» (Legislation Romaine, histoire et generalisation sah. 619 No. 149).

Bu uzun sürmüş girişi burada keserek evvelâ hukuk ile ahlakın ve sonra da hukuk ile iktisadın münasebetlerini tetkik edelim:

II

Hukuk ile ahlâkın münasebeti.

5. — Roma hukuk aleminin unsurları oportunlugin (1) soluk ve ülküden mahrum sahasında gözükmekle hayata doğdu. Bunlar pratik gayeler güden ve bu itibarla muhakkak kıymeti olan fakat ahlakî yükseklikten de mahrum bulunan fikir ve müesseselerden ibaretti. Hiç bir devlet ve hiç bir hukuk bu gibi malzemelerle inşa edilemez. «Bir milletin kendi içinden bulup çıkardığı kendine benzer; ellerile dokunmağa cesaret eylediği solar ve bozulur. İnsan ancak ulaşamadığı şeyi kutlu bulur ve mukadeds olarak sayar.» (Jacques Crimm)

Hukuk her yerde, tarihe ilk olarak girerken allahın refakatinde olarak girer. Bu büyük tavsiye onu menfaatların, oportunlugin; islamiyetin

(1) Oportunlugin en iyi ve en bellig şekilde şu ata sözü anlatır: «iyiki geldin koca ölüyordum bu geçe.»

geydan adını verdiği aklın tenkitlerinin ve yalın kuvvetin keyfi hareketlerinin vücade getirecekleri inkılaplardan korur ve hukuku insanlar tarafından kesilemeyen (yürülüp bitirilemeyen) yollarla uzaklaştırılmış bir âleme yerleştirmek suretile ona saygı sağlanır. Hukukun emirleri allahın emirleri kılınır. Bu emirlerden özel bir ahlakî önemi ve ağırlığı taşıyanlar münferit bir ilahî emir kılınır, değilse topu birden ilahî emir kılınır.

Bu hadisede bir hesap, bir kast ve bir hile (kurnazlık) aramak hata olur. Hukukun ahlakî bir mahiyeti haiz bulunduğu duygusu dinî bir tabiat ile yaratılmış kimselere bu ahlakî emirleri, Hakkın (allahın) sesi olarak subjektif bir tarzda ahz ve telakkiye ve aynı zamanda görüşlerini ve ilhamlarını allahın bildirmesi (vahi) şeklinde halka yükletilmesine imkân verir. Dinî duyguları fazla ayakta olan (1) Doğu halkı hakkın (allahın) sesini hukukun münasebetlerinde ve emirlerinde ve ahlakın emirlerinde her tarafta işitir ve keşfeder. Hukukun, ahlakın ve dinin sahalarında bağımsızlık yoktur; ahlakın iradesi fikri bunların hepsini aynı hizaya aynı çizgiye getirir (İhering, Roma hukukunun ruhu, cild I No. 21)

Römada ahlâk, cumhuriyet devrinin sonlarında ve Yunanistanın fet-hinden sonra dinden ayrılmağa başladı ve sırf felsefi bir hale geldi. Yunan felsefesi, aydın kimseler arasında yayılmağa başladıktan sonra ahlâk ile kanun arasındaki münasebet Roma hukukcularının dikkat nazarını çekti. Romalılar, amelî olan tabiatları icabı Yunanın muhtelif mekteplerinden fikirler topladılar ve o toplama fikirlerle umumî menfaati korumağa matuf bir doktrin vücade getirdiler. Romalıların ahlak ile hukukun münasebetlerine ait olan bu doktrinleri şu iki kaziyede toplarız:

1. — Hiç bir positif (mevzu) hukuk mutlak bir ahlak ile tamamiye uygun düşemez, çünkü hukukun inşasında faidenin önemli rolü vardır ve bu rolü, ahlakî endişeler bertaraf edemez.

2. — Positif hukuk içtimaî faidenin imkân verdiği derecede ahlaka yaklaşmalıdır. Kanunlar yapılırken yaklaşmalıdır; kanunlar tefsir edilir ve boşlukları doldurulur iken, nasafeti kullanmak suretile yaklaşmalıdır.

Pirincipat devrinde yunan felsefesi fikirler üzerinde tesirini göstermekten ve onları kendine çekmekten el çekmedi ve en büyük tesirini hukukun mevzuunu (konusunu) tayinde gösterdi, hukukî kaideler ahlakî

(1) Fazla tahrik halini (surexcitation) Türkçede ayaklanmak sözü ile ifade ederler misal: «Sinirlerin ayaklandı»

kaideler olarak gösterildi: «Hukukun emirleri şunlardır: namuslu yaşamak, kimseye zarar vermemek ve her kese kendisine ait olanı vermek».

6. — Faide kavramı hukukun, adalet ülküsüne göre olan görevini ifade etmeyip onun içtimai hayatın zaruretlerine göre yüklenmiş olduğu görevleri ifade eder. Demek ki hukukun bir görevi adalet ülküsünü gerçekleştirmektir. Diğer görevi içtimai hayatın zaruretlerini cevaplandırmaktır. İslâm hukuku, hukukun içtimai hayatın zaruretleri dolayısıyla adalet ülküsünden ayrılıp koyduğu kaideleri «istihsan suretile» konmuş olarak kabul eder. İstihsan beğenmek ve makbul tutmak demektir; içtimai hayatın zaruretlerini mecelle sadece «zaruret» «hacet» kelimeleriyle ifade eder. «Zaruretler yasak olan şeyi caiz kılar» sözü adalet ülküsünden ayrılma derecesini gösterir. «Zaruri olan bir işi elde etmek için bir kötülük (mefsedet) iltizam kılınır ise o kötülük kötülükten çıkar; zaruret sebebiyle meydana gelen şeyler yalnız zaruret ölçüsünün gösterdiği derecede kabul olunur».

Umumî ihtiyacı defetmek umumî bir iyilik olur; kanun halka «er-fak» olacaktır (halka tatlı ve yumuşak olacaktır). İstihsan hukukun, halin zaruretlerine uygunluğu ve dar mantıktan ayrılışıdır. Gaius III. 150: «Vekâlet daha ifa edilmeden evvel tarafların biri ölür ise, gerek vekâleti veren gerekse vekil ölmüş ise vekâlet sona erer. Fakat faideye dayanan bir sebep bana vekâleti veren kimsenin ölümünden sonra, ölmüş olduğunu bilmeksizin vekâleti ifa etmiş isem vekâlet davasını açabilirim. Aksi takdirde meşru ve makul bir cihalet bana zarar verir. Yine böyle bir sebep dolayısıyla vereceğim hata ederek kâhyama onu azat etmemden sonra vereceğini verir ise vereceğinden kurtulur. Halbuki hukukun (strict) dar prensipleri mucibince vereceğinden kurtulmaması lâzımgelirdi, çünkü vereceği; vermesi lâzımgelen şahıstan başka bir şahısa vermiştir.»

«Hukuk en geniş manasile iyi ve adil olan şeydir; yani tabii hukuk dar manasile bir memleket halkına faydeli olan şeydir, yani medeni hukuktur» (Digesta I.I.III.)

Bugünde faide kavramını hukuka rehber olarak kabul etmek isteyenler var. Tabii hukuku, hukuka rehberlik edecek en büyük prensib olarak kabul edenler dahi faidenin hukukun bazı kaidelerine hakim olabileceğini kabul ediyorlar. Meselâ Edmond Picard «Hukuka, yalnız hak olan kabul edilecek olsa idi hukukun ideoloji sarayının bir zaman gelip hemen hemen boş kalmasından korkulur idi der.» (Picard; les constantes du droit sah. 120).

Faideyi hukukun oluşuna hakim kılmak isteyen Vander - Eycken de, hukukun tefsirinde positif metod adlı eserinde (sah. 248 No. 133).

«hukuku faide yerine adaletle; hakla izaha kalkmak mantıkî telâkkilere bağlı kalmak olur. Hak ikinci derecede bir kavramdır, bir neticedir: Faidenin ilham eylediği çözümlerin kabul ve teydidir.» der. Binaenaleyh gerek kanun koyucusuna, kanunu yaratırken gerek yargıca kanunu tefsir ederken yalnız faide rehberlik edebilir. Böylece faide mevzu hukukun esaslı mutası oluyor.

7. — Faideyi bir tarafa bırakarak hukukun vücade gelmesinde âmil olan ahlakî mutaları araştırarak olur isek bir çok kavramlar ile karşı karşıya geliriz. Hukuka daima bir rehber arayan hukukcuların, ahlâkî mutaları daima bir kelime veya iki üç kelimelik bir tabir içine sıkıştırılmış olduklarını görürüz. Bu rehber fikir zamanımızda «insan hürriyetine saygı», «ahlâkî ödev», «tesanüd»; «adalet» kelimeleriyle ifade olunmaktadır. Fakat bütün bu kavramların «tabii hukuk» kavramına irca edileceğini çünkü tabii hukukun positif hukuka esaslı direktiflerini verecek yüksek mutaların varlığını kabulden ibaret bulunduğunu ileri sürenler vardır. Tek ve mutlak bir prensipten tezatlarla dolu olan içtimâî hayata hakim olacak kaideleri akıl vasıtasile bulmak ve çıkartmak hayat ile ilgisi olmayan nazarı bir inşada bulunmak olacağını iddia edenler vardır. Adalet denilen müsterek kavramın çeşitli şekilde gözükebilmesine kalıp teşkil eden bütün ahlakî kaideleri tek bir mücerret mefhumdan çıkartmağa çalışmak boş bir emektir. Bu emeği sarf eden eskilerin de yenilerin de elleri böğürlerinde kaldı ve başka bir netice hasıl olmadı diyenler var.

Fakat bütün bu şüphe ve tereddütlere rağmen insan vicdanının en mahrem, en gizli ve en derin kavramlarından durmadan yüksek ahlakî mutalar fıskırmakta olduğu da bir hakikattir. Cicero hukuk kaidelerinin, en harim (dokunulmaz ve muhafaza edilmesi vacib) felsefede: «ex intima philosophia» da araması lâzım geldiğini söyler.

XIX uncu asır başlarının en büyük medeniyetcilerinden olan ve çok büyük bir hukukçu bulunan fransız «Toullier» nin Cicero'nun bu sözlerinin mezar taşına yazılmasını vasiyet etmiş olduğunu söylersek Cicero, bu sözleri ile bütün hukukcuların vicdanlarını ve kanaatlerini ifade eylemiş olduğunu hakkile iddia edebiliriz.

Burada hukukun doğuşundan beri; hukuka rehberlik etmiş fikirlerden yalnız üçünü arz edeceğim: adalet (justitia); Nasafet (aequitas); tabii hukuk. Bu üç büyük kavrama yalnız Ripert'in son zamanda gelip kattığı medenî borçlarda «ahlâk kaidesi» ni ekliyeceğim.

8. — Adalet (justitia) — Ulpianus'un, Diegesta da ve Justinianus'un institutes'lerinde yer bulmuş ve onların ilk cümleleri kılınmış meşhur

tarifine göre «adalet her kese hakkını vermek hususunda kesin ve ardı kesilmez bir iradedir.» İradenin kesin olması o iradeye karşı koyulduğu zaman irade yenilemeyecektir; o irade harekete geçtiği zaman ona karşı konulamayacaktır.

İradenin ardı kesilmez olması, devamlı olması demek olmayıp daimi olması demektir; yani insan hayatı var oldukça var olacak demektir. Türk halkı, kötü duasında «allah hakkını versin» demez; «mustahakkımı» versin der; demek ki adalet türk dilinde «her kese mustahakını; mustahak olduğu şeyi vermektir,» diye ifade olunuyor.

Cicero'nun, Ulpianus'un tarifini başka kelimelerle ifade etmiştir. İki tarif arasındaki fark değiştirilmiş iki kelimededir. Cicero «irade» (voluntas) tabirini kullanmaz, yerine «habitus animi» der ve böylece bize iradeyi de anlatmış olur. Stoa mektebinin (istoysiyen, revakıyon) felsefesini hukuka hakim kılan Cicero'na göre adalet hem fikrin, zihnin bir tasavvurudur bir anlayıştır, bir telâkkisidir ve bu itibarla da zeka ve aklın semeresidir; hem de bir iradedir yani kudret halinde bir hareket ve ameldir (iştir).

Cicero'nun hak (jus) kelimesini de kullanmaz ve «hakkını» (jus suum) «mustahak olduğunu» demez; yerine «Dignitas» kelimesini kullanır. Dignitas kelimesini anlatmak için insan hakkında verilmiş vasıfları hatırlamak kâfidir: yaratılmışların en şerefli (eşref-i mahlukat); «biz adem oğullarını muhakkak ki şerefli ve izzetli kıldık» (kuran ayeti) Türk halkı Dignitas'ı «layık olunan şey» diye de tercüme ve ifade eyler: «Allah layikini versin!». Demek ki «her kese hakkını vermek» Cicero'na göre «her kese, ailede ve cemiyette ki kadr—ü kıymetine (göre iktidar ve kıymetine) göre hakkı olanı vermek» demek olur. Türk dilinde her kese hakkını vermek layık olduğu şeyi vermektir.

Mücerret bir tasavvur olan adalet, Cicero'nun düşüncelerini ifade eylediği Romalılara göre hisse (duyguya) dayanmayıp akla ve iradeye dayanır.

Ve yine Cicero'na göre adaletin üstünde duran bir şey var; çünkü adil olmak her kese payını ona layık olanı vermektir. Her kesin adaletin vermesi lâzımgelen payı nedir?

Her kesin lâyıki nedir? Adalet endişesi kendilerini, inkisarlarında (kırgınlıklarında) dahi terk etmeyen Türk milletinin ağızından eksik olmayan bu «düşen pay» «müstahak olunan (hak edilen) »layık olunan» şey nedir? Bu vesile ile paylamak kelimesinin adalet tevzii manasına geldiğini sanmak doğru olur; «ağzının payını verdim» tabirinde olduğu gibi. Ash sanskritceye kadar çıktığı iddia edilen «paj» veya dilimizdeki

şekline «pay» hisse manasına olarak Osmanlıcaya yeni girmiştir ve eski metinlerde yoktur. Hisseye eski metinler ülüş der; paylaşmak üleşmek tir hükümdarların toprakları oğulları arasında ülüşmesinden «ülke» kelimesi doğmuştur.

Her kesin hakkı olan şeyi cemiyetin mahiyeti tayineder; ödevleri yaratan tabiat ve ahlak tayineder. Tabiat insanlar arasında münasebetler kurmuştur. Bugünkü tabirle medeniyet veya eski tabirle hayat yahut Ciceron'un dili ile ödevler (de officii) bu münasebetleri kuvvetleştiriyor ve insanlar arasında eşitsizlikler (müsavatsızlıklar) yaratıyor. Bu müsavatsızlık bazı kimselere başkalarından karşılıksız olarak bir şey istemeğe imkân veriyor yani başkalar, kendilerinden bir şey isteyebilen kimselerden ona karşı yaptıklarının karşılığını ondan isteyemeyorlar. Din; atalar ruhuna ibadet; aile reisine olan saygı; yapılmış hizmetlere karşı borçlanılan minnet; istihkak davası ve mülkiyetin masuniyeti insanlar arasında ödevlerin yarattığı münasebetlerdir.

Bu münasebetlere yani bu müsavatsızlıklara eşit derecede riayete bir ad bulmak ve vermek lâzımdır. Bu eşitsizlikte eşitliliği yani bu müsavatsızlığa riayette müsavatı ifade edecek bir kelime bulmak lâzımdır. İnsanlar arasındaki orantayı (nisbeti, tenasübü) emniyetle tayin edecek bir ince alet bulmak lâzımdır. Nisbî eşitliliği belirtecek bir kavram lâzımdır. Bu aranılan kavrama nasafet veya insaf dendi.

9. — Nasafet, eski çağ cemiyetlerinde, insanları ölçen bir vahid-i kıyasî olarak gözüktür. İnsanlar arasındaki orantılı eşitliği meydana vuran ve o orantayı hesablamağa imkân veren bir ölçüdür. Nasafet, Romada hukuku: «iyi ve insafî olan şeyin sanatıdır» şeklinde tarife sevkeden ve imkân veren bir kavramdır. İyi ve insafî tabiri Romada adalet duygusu tabiri manasına olduğundan Nasafet adalet duygusudur şeklinde tarif lunabilir. Asım efendi merhumun meşhur olan Kamus tercümesinde nasafetle adalet aynı manalarda olarak gösterilir.

Nasafet kelimesinin kökü «nısif» tır ki yarılâmak, yarım yarım kılmak manasınadır. Asım efendi Nasafet'in adil manasına geldiğini anlatırken «bu dahi nısif manasından alınmıştır. Zira âdil tesviyeyi (ki düz kılmak, aynı boya getirmek demektir) mutazammındır; meselâ muamelede adalet bir kimsenin menfaat gördüğü adama en azdan misli miktarında menfaat vermekten, kezalik mazarrat gördüğü adama gördüğü mazarrat kadar zarar vermekten ibarettir. Hizmet hususunda dahi böyledir. Bir adamın kendisinden hayır ve nimet gördüğü kimseye o kadarlık hizmet ve işlerinde himmet eylemek (yani bir işin yapılması için çalışmak) tesviyeyi mutazammındır.» «- Baba himmet! - oğlum hizmet!» diyen ata sö-

zî; Nasafetin ve Latince tesviye manasına gelen «aequitas» ın şartlarını tayin ediyor. Aşım efendi adaleti de «bir nesneyi bir nesne ile beraberleştirmek ve mahfede bir adama denk olmak; bir nesne mukabilinde ceza ve ıvaz manasına kullanılır» der. Yine Aşım efendi Hak kelimesinin Adil manasına geldiğini söyler. Terazi bir nesneyi beraberleştirmenin aleti ve adaletin timsalidir. Deve ile arabada olduğu gibi rahat bir yer yaptırarak giden kimseler devenin birer tarafına binerler; bindikleri yere mahfe denir. Mahfede, tıpkı bir hayvana yükletilen yük gibi denk gelmek lâzımdır ve bu denk gelmeye de adalet denildiğini yukarıda Aşım efendiden naklen söyledim. (Bu meseller hak, Ankara Hukuk Fakültesi 1941-1942 yıllığında yazdığım ölçek makalesine bakınız sah. 73).

Aequitas Stoa mektebi için bütün insanların boyunlu ölçen bir ölçüdür; bütün insanların arasındaki nisbeti gösteren ölçüdür.

Halbuki Aristotalis'e göre Nasafet daha mütevazı bir kavramdır; hak kaidesinin zıddı olan bir kavramdır. «Nasafet yazılı olan hak kaidesi dışında duran haktır.»

Yine Aristotalis Nasafeti şu tarzda da tarif eyleyor: «Kanunun doğru bir düzeltilmesidir»; «kaideye elifi elifine uygun bir doğrunun, doğru bir düzeltilmesidir.» Hülâsa nasafet Aristotalis'e göre daha iyi bir adalettir. Nasafetsiz bir hak Ciceron'un ağzında ve kaleminde «en büyük adalet en büyük adaletsizliktir» (Summum jus, summa injuria) cümlesile ifade olunmuştur. Yani Elifi elifine tatbik edilen, yalnız lafzile tatbi kedilen bir hukuk kaidesi yargıcı haksızlığa sevkeder. Binaenaleyh buna mani olmak için yargıcın bir düzeltme yapabilmesi lâzımdır. Yapılabilecek olan o düzeltmeye Nasafet denir. Bu hakikatı daha iyi anlamak için Ihering'in Roma hukukunun ruhu adlı eserinde yazılı (No. 33) aşağıdaki satırları okumak lâzımdır: «Kanun önünde eşitlik adalet fikrinin bir tecellisidir: mahiyeti itibarile eşit olan eşit bir muameleye mazhar olmalıdır. Her şeyi derpiş etmesine imkân olmayan bir kanunun, tabirlerindeki umumilik dolayısıyla; kanunî adalet münferit bir hadisede haksız neticelere varırsa nasafet imdada yetişir ve haksızlığı düzeltir. Nasafet hakimi kanunu lafızlarındaki şiddetle tatbik eylemez. Kanun koyucusu Hâdis olan (meydana çıkan) münferid hadiseyi derpiş edebilmiş olsa idi kanunu nasıl tatbik edecek idise nasafet yargıcı da öyle tatbik eder.

Fakat eşitlik nedir? Eski Roma hukuku, yeni modern hukuk kadar eşitliği (aequum jus, aequitas) koymağa uğraştı. Fakat eşitliğin yeni modern hukukdaki manasile eski hukuktaki manası arasındaki bir uçurum vardır. Tacite XII lıya kanunununa «hukukun en azamî müsavat haddi»

der «finis aequi juris» (1) Annales III, 27). Halbuki eski Roma Hukuku nu takibeden sonraki hukuk ta müsavatı kendisinin yaratmış olmak iddiasını kendisine hasreyledi; ve eski dar hukukun (strictum jus) zıddı olarak; nasafetli bir hak olarak gözüktü. Sonraki zamanların; eski Roma hukuku olan bu dar hukuk hakkındaki düşüncesi meshur olan «Summum jus summa injuria» kaidesinde ifade edilmiştir. Bu kaide eski hukukun; müsavat temayülü yüzünden ardında sonsuz bir müsavatsızlık sürüklemiş olduğunun acı bir di! ile beyan eder. Halbuki sonraki hukukun anladığı manada nasafet eski devirlere; hakiki bir müsavattan sapma (inhi-raf) gibi gözükmüş olacaktı. Sonraki zamanların ifrata vardırılmış bir iyilikten kaynaklı nasafeti kadınlaşacak, belki de gelecek zamanların daha fazla nasafet duygusuna bazen çok şiddetli de gözükebilir. (Nasafetin nisbî mahiyeti hakkında Thül'ön Alman hususi hukukuna giriş adlı eserinde 18 e bakınız).

Şimdi bu müsavata ne oldu? Her zamanın hukukta müsavatı tesis etmek hususundaki müstakar (sabit; değişmeyen) temayülüne rağmen elde edilen neticelerde pek fazla hissedilen farklar nereden geliyor? Bunun iki sebebi vardır: Bu sebeplerden biri maddî diğeri ferdîdir. Evvelâ biz-zat her şey zaman esnasında değişmektedir. Halk hayatının servete (zen-ginliğe), tahsil ve terbiyeye (eyitime), içtimâî mevkie oturduğu yere; teşrifatta evvel gelmek hakkının varlığına veya yokluğuna ve saireye göre vaki münasebetlerinin menşe'deki benzerlikleri yerine bu münasebetler arasında medeniyetin ilerlemesiyle git gide daha bariz bir ayrılık husule gelmektedir. Bu husule gelen ayrılığın önünde, münasebetlerin iptidadaki eşitliği hesap edilerek konmuş eski hükümlerin bırakılması ve tutulması git gide imkânsız oluyor, eski hukukun sabit ve müstakar bir tazda konmuş olan 25;500;1000 „as" lık malî hükümleri sonraki devirde mutlak bir imkânsızlık gibi gözüktü. Roma arazisi ve ticaret sahası yüz defa bin defa büyüdüğü zaman eski hukukun hazır onlarla hazır olmayanlar arasında gözetdiği müsavî muameleyi tutma-ğa ve yaşatmağa imkân kalmadı. Daha sonra her şey geçtikçe fikirler de değişiyor. Müsavatsızlık hissi daha fazla saflaşıyor: Halk daha iyi an-lıyor. Adalet hissi daha fazla müteessir olur hale geliyor. Kaba hukukî hissin güçlekle görebileceği bir münasebet aydınlanmış bir devrin ince-leşmiş hislerine hukukî hüküm üzerinde kesin bir tarzda müessir gözü-

(1) Bu fikri iyi anlamak için islamların kuranı «belagatin en son haddi olarak gör-meleri ile mukayese etmek lâzımdır. Kurandan daha belâğ bir şey vücude getirilemeye-ceği gibi plebslerin patricilerle eşitliklerini vücuda getirmek için ypalmış olan XII layha kanunundan da daha ziyad müsavatı sağlayabilecek bir kanun da tasavvur edilemez.

kür; hatta fiilen değişmemiş münasebetler hakkında dahi böyledir; misal olarak kusur ve isnat münasebeti gösterilebilir.

Her hukukun müsavat için takip ettiği ve takip etmesi lâzımgelen yol umumilik yoludur: «Kanunun otoritesi kanun koyucusunun fiiline tabi olan bütün insanlara evrensel bir tarzda şamildir; zira kanunlar her şahıs için hususi olarak konmamıştır; fakat herkes için umumî olarak konmuştur,, (Ulpianus). Umumilik sınıflaştırmak ve o sınıflar için kaideler koymak demektir. Fakat umumilik önüne geçilmesi mümkün olmayan bir tehlike teşkil eder: Hakikette müsavi olmayanlara müsavi muamele eder. Hukuk bu umumileştirmekte istediği kadar gittikçe daralan çevreler çizsin, istediği kadar hususiliğe doğru kaysın; tehlike olduğu gibi kalmakta devam eder. Umumiliğin nisbeten çok geniş olması müsavat fikrini bizzat kendisiyle (müsavat fikrile) ihtilafa (uyuşmazlığa) sürükler, veya bir haksızlık husule getirir; yani hakikatte müsavi olmayanlar müsavi olarak muamele görürler, çünkü müsavatsızlığı yapan hafif fark kanun tarafından nazara alınmamıştır. Bu hal ekseriya evvelâ münferit bir hadise meydana çıkar ve bilhassa hissedilir olur. Bu münferit halin, ilerisi için yeni bir kaide koymak fırsatını vermiş olduğunu farzylesek bile; kanun kendi koyduğunu bozduracak bir vasıtadan mahrum bulunuyorsa; hükmü ferdileştirmek yolunda kendiliğinden vücut bulan bir düzeltme imkânından mahrum bulunuyorsa (meydana çıkan ve yeni bir hüküm koyulmasına vesile olan münferid hal) eski hükme feda edilmiş olur. Eğer bir hukuk kendisine gaye olarak; amaç olarak aldığı müsavat fikrinin bizzat kendisiyle ihtilafa düşmesini istemiyorsa; bu zulüm (haksızlık) imkânına tahammül edemiyorsa hükümlerinin düzeltilebilmesi imkânını vermekten başka bir çaresi yoktur. Hukukun tatbiki çeşitli tarzlarda olabilir:

Ya hukukî kaide müsbet halin ferdiliğine uyabilecek bir lastikliği evvelden haiz bulunacaktır (misâl: actio injuriarum aestimatoria da cezaların en yüksek ve en aşağı hadleri) (1) yahut hukukî kaidenin karşısına; bunun tabikatta ki şiddetini bertaraf edecek başka bir kaide

(1) Injuriarum fikihta cinayet diye ifade edilmiştir. Bu cinayet mağdurunun, suç senesi içinde XII lavha kanununun koyduğu kısas ve sabit diyet yerine tazminat jürisi önünde, juri tarafından nasafet dairesinde tesbit edilmiş bir para cevazı talep edilebilmesine imkân verebilmek için pretör tarafından, Yunan hukukunu takliden konmuş davadır. Formülün başına vakıalar yazıldıktan sonra hükümedilecek para cezasının en yüksek haddi pretör veya mağdur tarafından tesbit olunmuştu. Zararın bu tarzda takdiri dolayısıyla dava modern müellifler tarafından «aestimatoria» diye vasıflandırılmıştır. Davasını haksız açan davacı karşı taraftan istediği para cezasının 1/10 ne hüküm giyerdi.

koyulmuş olacaktır (misal: yeni Roma hukukunun eski hale çevirme müessesesi (restitutio in integrum; hafifletici sebebler) (1)

Yahut yargıcın üzerinde bulunacak bir erk hukukun evvelden tayin edilmemiş bir kaideye tabi olmaksızın düzeltilmesile görevlendirilecektir. Bu sonuncu tarz yaşama erkile yargı erkinin bir kombinezonundan ibaret ve özel bir hal için ihdas edilmiş olur; adeta Pretörün ve sonraları da İmparatorun, bugün de hükümdarların yalnız cezaî adalette (af hakkı) kullandıkları erklerin birleştirilmesi haline benzer. Fakat bu son tarz çok tehlikelidir. Hukukî takdir, hukukî kaidenin sağladığı sağlam zeminden ayrılarak kendini şahsi teessürlerin oynak topraklarına terketmiş olur, ki şuurlu veya şuursuz bir tarzda keyfi olmağa varır. Romanın hususi hukukunda, bu ferdileşmeğe doğru vaki temayül ilk defa olarak bu sonucu tarzda gözükmeye başladı. Bu tarz eski hukukun ruhu ile tezat teşkil eder ve eski hukuka girebilecek bir kapı bulamaz. Kanun koyucusu, özel bir hadise hakkında kanuna istisna yapamaz: bu özel hal için özel bir kanun koyamaz. Yargıç (gerek pretör ve gerekse judex) özel bir hal için kanunun üstüne çıkamaz. Eski Roma hukukunun bütün sistemi yargıcın şahsi takdirine bir imkân verilmesine mani idi. Nasafet perdesi arkasında keyfilik ve tarafkirlik harekete geçebilirdi. Eski hukuk kendisini böyle bir tehlikeye maruz bırakmaktan ise nasafeti feda eylemeği tercih eylediği gibi kendi müsavat anlayışının kendisini özel bir hadisede sevk edebileceği ihtimalleri de nasafetin doğurabileceği azamî müsavatsızlıklara tercih etti. Eski Romalılar bu ihtimalleri bizden başka bir tarzda karşılıyorlardı. Müsavatın yatıştırılması mümkün olmayan mantığı, onların üzerinde ağır basıyordu ve onları, müsavatın sonuçlarına istekle katlanmağa sevk ediyordu. Müsavatın mağduru olacak kimse, bir kararın mefrur: haksızlığından, adaletin; hakkın emri ve icabı bulunduğu düşüncesile tesellisini bulabilirdi. Hukukî duygularda da kahramanlık kv. ealçaklığa yer vardır. (1) Romalılar büyük gayeleri, bir ferdin ferdi saadeti ugruna feda edebilecek kimselerden değil idiler. Hukukun durmadan gerçekleştirilmesi, her türlü tarafkirligin ve keyfiligin

(1) Eski hale çevirme pretörün bazı hallerde aldığı istini tedbirlerdir. pretör haiz olduğu imperium (emir ve nâhiyetmek yetkisi) dolayısıyla medenî kanunca sahih olan bir hukukî muamelenin neticelerini yok ederdi. Pretör hadiseleri inceledikten sonra, taarruz edilen, itiraza uğrayan hukukî muamelenin nazarı itibare alınmasını nasafete uygun bulur ve tarafları sanki yapmış oldukları muameleyi hiç yapmamışlar imiş gibi onları, muamelenin yapıldığı zamandan evvelki hallerine iade eyleydi. Eski hale çevirmeye, ferdin kanuna karşı korunmasıdır der işek mübalaga etmemiş olduğumuzu sanırız.

(2) «Seraitin (hukukun) kestiği parmak açılmaz» sözü bu zihni halatin dilimizdeki ifadesidir.

bertaraf edilmesi Romalıların düşünceleri üzerinde mühim tesirini gösteriyö ve XII lavha kanunundan evvelki keyfi ve patriarkal adalet kendilerini düşüncelerine o kadar bağlamış bulunuyor idi ki sistemin zarurî mazarratlarına kahramanca tahammül gösteriyorlardı. «Kanunlar çabuk terakki eyleyen cemiyetlerde çabuk eskirler. Binaenaleyh bu eskime ya nasafetli bir tefsir ile, ya kanunî faraziyelerle; ya teşriî düzeltmelerle tamir olunur. Romada pretör Roma mevzu hukukunu; İmparator Hadrianus ve meşhur hukukçu Salvius julianus devrine kadar tabii hukuk nazariyesile düzeltmiş ve eksiklerini doldurmuştur. Roma pretörü bir nasafet yargıcı idi».

10 — Nasafetin Roma hukuku üzerinde tesiri : Hem hukukun vücude gelişi ve hem de tefsiri üzerindeki tesirleri.

A. — Nasafetin Roma hukukunun vücude gelişi üzerindeki tesirini tetkik ederken hukukçuların rolleri ile pretör'ün rolünü birbirinden ayırmak lâzımgelir.

a) Romanın klâsik hukukçuları bir kaç Yunan ahlâk prensibini Roma hukukunun esasına soktular. Bunlar ahlakî prensipleri daha ziyade Aristotalis'in eserlerinden aldılar, hususile Nikomaka ahlâk adlı eserinden aldılar. Meselâ Roma hukukunun modern tefsircileri, mezkûr hukukun aşağıda yazılı iki büyük prensibinin kaynağını Nikomaka ahlakta bulduklarını sanıyorlar:

1. — Haksız mal iktisabı,
2. — Subjektif mes'uliyet,

b) Pretörün medenî hukukun (jus civile) bozukluklarını düzeltmek hususunda yaptığı bir çok islahatı ona yaptırtan Nasafet düşüncesi olmuştur. XII lavha kanununun vasiyetsiz ölüm halinde kabul eylediği mirasçuların çok dar bir daireye maksur kılınmış olmalarından doğan nasafete aykırılığı pretörün emirnameleri ile düzeltilmiş olduğunu misal olarak gösterebiliriz; Gaius III üncü kitabında: «18. vasiyetsiz miras hakkında XII lavha kanununun ihtiva eylediği bütün kaideler bundan ibaret idi. Bu hukukun ne kadar dar olduğunu (strictum fuerit) anlamak kolaydır». «25. Fakat bu haksızlıklar (nasafete aykırılıklar, juris iniquitates) pretörün emirnameleri ile (edicto) düzeltilmiştir» der. Mirasçılar dairesini genişletmeğe ve terekenin etrafına daha fazla mirasçı toplamağa eski hukukumuz «tevsî-i intikal» der; terekenin intikalini genişletmek demektir.

B. — Hukukçular medenî hukuku sert tefsir etmemek onu «nasa da erfak» bir arzda tefsir edebilmek için kastı aramağa: kanunlarda kanun koyucusunun kasdını; mukavelelerde tarafların kasdını aramağa baş-

ladılar. Kanunun yalnız lafzile yürümediğini hem de «ruhu» ile yürürlükte olduğunu ilân eden medenî kanunumuzun birinci maddesi ile borçlar hukukunun «bir aktin şekil ve şartlarını tayinde iki tarafın gerek aldanarak gerek akidden hakiki maksadı gizlemek için kullandıklarını ta bir'lere ve isimlere bakılmıyarak onların hakiki ve müsterek maksatlarını aramak lâzımdır» diyen 18 inci maddesi menşelerini bu araştırmalarda buldular.

Hukukun ahlaki gelişmesinde çok büyük önemi olan ve ruhun lafza; kastin kullanılmış kelimelere üstün tutulmasını emreden bu büyük prensip büyük ihtilaflar içinde doğdu. «Causa Curiana» diye meşhur olan davaki bir Roma vatandaşının bıraktığı vasiyetnamenin bir hükmünü tefsirden doğmuştu - bu ihtilafların güzel misal'lerinden birini teşkil eder. Cumhuriyet devrinin sonlarına kadar ilim ve kararlar lâfza bağlı tefsirin ve şerh usulünün üstüne çıkamadı. Cuq derki (cilt II sah. 43) klâsik devir hukukçuları «selefleri gibi yani kendilerinden evvel gelmişler gibi lafzî tefsiri ihmal etmediler: İlk ödevleri metnin şerhi olduğunu unutmadılar. Bütün ihtimamlarını kanunlarda ve hukukî muamelelerde kullanılmış ve manaları açık olmayan sözlerin manalarını tesbit etmeğe hasreylediler. Açık ve dosdoğru bir dilin; ihtilafları önlemekte ve muzıkçılığı bertaraf etmekteki kıymetini biliyorlardı; hukukçular ve dil bilgileri kelimelerin manalarına dair eserler yazıyorlardı.

Klasik hukukçular lafza bağlı, tefsire bağlı kalmakla beraber tefsir sahasını genişlettiler; kanun koyucusunun fikri; doğru olmayarak ifade edilmiş olduğu takdirde onun hakiki fikrini bulmak ve kanunun ruhunu lafzına üstün kılmak lâzımgeldiği esasını koydular. Bunun için de Ciceron ve Cumhuriyet devri sonu belagatçıları tarafından öğretilmiş iki usulü kullandılar. Bu usullerden birincisi Gramere göre tefsirdir ki kelimenin istikakından; güçlüğe sebep olan kelimenin ilk ve esas veya kullanmakta olan manâsından ve gramer kaidelerinden istifade etmekten ibarettir. İkincisi mantıka göre tefsirdir ki manası araktırılan müphem ev iki manaya gelen metni aynı kanunun diğer kısımlarındaki metinlerle yahut aynı maddeye benzer maddelere dair çıkartılmış olan diğer kanunların metinleriyle karşılaştırmak; kanunun gayesini (rotie legis); yahut gerekçesini (ocrasio legis) araştırmak ve nihayet teklif edilen tefsirin faideliye; namusluya ve nasafete uygunduğunu ve kanunun lafzi ile tatbik edilmesinin mantıksızlığa sevkedeceğini ispat etmekten ibarettir. Mantıkî tefsir kanunun görünen şumulünü genişletmeği veya daraltmağı istihtaf eder: Kanun bazen; sarahaten içine girmeyen ve fakat ru-

huna uygun olan hadiselere teşmil edilir; bazen de kaanunun metnine girer gibi gözüken ve fakat ruhuna uygun düşmeyen hadiseler kanunun tatbikinin dışında kalır.

Gramere göre tefsir hakkında burada fazla bir şey zikretmeğe lüzum yoktur. İkinci tarz tefsir hakkında Digestada mevcut (1,3,17) şu cümleyi zikretmek kâfidir. «Kanunları bilmek lafizlerini bilmek demek değildir; belki kuvvet; gaye ve ruhunu bilmektir. Ciceron «Hereniusa belagat» adlı eserinde (İkinci kitap No. XI) şöyle der: «Metnin çeşitli iki veya daha çok mana çıkartılabilmesinden dolayı müphem olduğu kanaatine varılırsa şu suretle hareket edilmelidir: Evvelâ hakikaten iki veya daha çok manaya gelip gelmediği araştırılmalıdır. Ondan muarızlarımızın metne vermek istedikleri manayı metin sahibi kastetmiş olsa idi nasıl bir ifade tarzı kullanmış olacağını göstermek lâzımdır; daha sonra bizim verdiğimiz mananın mümkün ve muhtemel olduğunu ve namusa; doğruluğa, kanuna, adete tabiata, iyiliğe ve nesafete (bono et aequo) uygun olduğunu göstermek lâzımdır. Hasımlarımız için iş bunun tamamile aksidir. Zaten müphemlik de yoktur çünkü gerçek mana görülmektedir.»

Yine Ciceron aynı eserinde (Ciceronis ad Herennium L. II; X) kast hakkında şöyle demektedir: «Eğer kast ve ruhu müdafaa ediyorsak evvelâ metni kaleme almış olanın veciz tarzını methedeceğiz. Metinde ancak lâzım olanı yazmış ve metne hacet olmaksızın anlaşılan şeyleri metinde ayrıca bildirmeğe lüzum görmemiş olmasını metheteceğiz; bundan sonra mana ve ruhu biraip kelimelere ve lafizlere bağlanmaklığın kötü niyete mahsus bir hal olduğunu söyleyeceğiz. Daha sonra metinde mevcut olanın yürütülemeyeceğini veya kanuna, adete, tabiata, nasafete muhalefet etmeden; metnin muharririnin tamamile riayet eylemek istemiş olduğunu şüphesiz olan bütün bu şeylere muhalefet etmeden yürütülemeyeceğini söyleyeceğiz. Bizim hareketimizin de adalete uygun olduğunu bildireceğiz. Zaten hasımlarımızın fikirleri kabili müdafaa değildir; çünkü ya akla, hakka aykırı, tabiki gayri mümkün, evvelinde veya ardında gelen manaya muhalif, müşterek kanun ile ve diğer genel kanunlarla veya mahkeme kararlarıyla tezaad halindedir. Bundan sonra kasta ve ruha uygun; lafza muhalif kararlar zikretmeli; ondan sonra içinde; yazmış olanların kastları tefsir edilebilmek kastle toplanmış kısa kanun veya mukavele metinleri okunmalıdır. Yazanın düşünce ve kastını aramaksızın bir metin okuyan kimse aleyhinde; ilham kaynağı budur.»

Tefsir hakkında Ulpianus'un Digesta'da yazılı (1,3,30) şu sözünü

de arzeylemek lâzımdır. «Kanunun istememiş olduğu bir şeyi; o şeyi kanun açıkca yasak etmemiş olsa dahi yapmak kanuna karşı hiledir. (Fraus) Kanuna karşı hileyi kanuna muhalif hareketten ayıran şey lafzi mana ve ruhtan ayıran şeyin ayıdır.»

I — XII laha kanununun çok dar tefsirine karşı uyanan itirazların (Summun jus; summa injuria) sözünde hülâsa edildiğini söylemiştim. Bu sözün kelime bekelime tercümesi en büyük hak en büyük haksızlıktır. Bu sözün tefsire ait olduğunu iddia eden (Munich Üniversitesi eski dil profesörü Stroux. (Ein Kapitel aus der Geschichte der Interpretatio juris; Berlin 1926) şöyle tercüme edilmesini teklif ediyor.

«En strict (sert) hukuk en büyük haksızlığa çevrilir.» Bu tercüme tarzı islam hukukunun kanun hükümlerinde aradığı hassayı izah eder. «nâsa erfak olmak» yani hükümler halka yumuşak ve tatlı olacaktır. Nasa efrak olmayan hükümler zalim hükümlerdir. Bir kaç kerre arzylediğim gibi en sert hükümlerin en büyük haksızlığa çevrileceği kaidesi ilhamını Aristotalisten alır. Çünkü Aristonun nasafetinin mahiyeti kanunun bir düzeltilmesi olmasıdır; kanunun bozukluk gösterdiği hallerde düzeltilmesi olmasıdır. Demek ki Aristotalise göre nasafet; hukukun neticelerin - de kendi kendisine aykırı düştüğü ve dar tefsirinin haksızlığa varacağı yerlerde ve hallerde bahismevzuu olabilir.

Burada uzun uzadıya dahseylediğimiz adalet veya dilimizdeki diğer şekliyle hakkaniyet; namuslu olmak, iyilik ve nasafet kavramlarını şimdi Ciceronun agzından dinleyelim.

«Ahlakın diğer şekillerinden sahası en geniş olanı içtimai bağları ve insanlar arasındaki müşterek hayatı tutmağa matuf olanıdır. İki kısmı ihtiva eder; Hakkaniyet veya adalet (justitia) ki her faziletten en parlak bir fazilettir. Fazilete sapsmış olanlara namuslu adam denir ve iyilik etmek bu faziletten ayrılamaz. Buna iyilik (sefkatli bir iyilik) veya bağışlama (bağışlama iyilik) adını vermek caizdir. Hakkaniyetin birinci vazifesi kimseye zarar vermemektir. Meğer ki yapılan haksızlık zarar vermeğe mecbur bıraksın; bundan sonra hakkaniyet insan, müşterek menfaatlardan, onların müşterek menfaat olmak karakterlerini muhafaza ederek faydalanmasıdır; kendi malından da kendisi için kullanacağı bir şey gibi tasarruf eylesidir. Zaten tabiatın bir kişiye özel kıldığı bir mal yoktur. İnsan eski bir işgal ile; harbin bize sahip kılması takdirinde zaferle, veya bir kanun ile (sahipsiz bir malı iktisaba müsaade eden kanun ile); bir sözleşme ile; bir stipulatio ile; ad çekimi (kur'a) ile malik olunan mal vardır. Arpinum arazisi (Ciceronun doğduğu yer) kendi

halkınıdır. Tusculum arazisi kendi halkınıdır ve böylece fertler de kendilerinin ait olana kendi adlarını vermektedirler. Bundan çıkan netice tabiatile insanlara müşterek olan servetlerden bazıları mülk edinilince onun, malikine ait olmakta devam eylemesi lâzımdır. Diğer birisi çıkıp ta almak ister ise içtimai hukuka aykırı hareket etmiş olur. Fakat Eflatun'un pek iyi bir tarzda söylemiş olduğu gibi biz yalnız kendimiz için değiliz. Vatan varlığımızdan hissesini istiyor; dostlarımızın da bizde hakları vardır.

İstoysyenlerin pek iyi anlamış oldukları gibi yerin bütün yemişleri ve mahsulleri insan için var oluyorsa insan da insanlar için doğmaktadır. Tabiata uyarak müşterek menfaata hizmet etmeliyiz; birbirimize karşılıklı hizmetlerde bulunmalıyız. Vermeli ve almalıyız; istidatlarımızı kabiliyetlerimizi; bütün vasıtalarımızı içtimai bağları sıkmağa kullanmalıyız. Hakkaniyetin esası prensibi; ana prensibi doğrudur; yani sözlerde samimiyettir; alınmış taahhütleri tutmaktır. Bu bizi; kelimenin menşesine çıkan istoysyenleri taklide sürüklüyor ve uğrayacağımız tenkitlere rağmen fides'in (doğruluk; vefa) fiat'tan geldiğine inanmağa cesaret veriyor., "Fiat" söylenmiş olan şey «olsun» demektir. (Cicero tarafından yapılmış cüretli bir istikak).

İki türlü haksızlık (eski hukukumuzdaki tabirle zulüm) vardır: Bizat işlenen zulüm ve başkaları tarafından işlenen zulme karşı koymamak; yani mümkün olan ile mükavemet etmemek. Hiddet ile veya herhangi bir ihtiras ile hareket eden kimsenin başkasına saldırması o adamın bütün insan cemiyetine el kaldırması olur. Bir haksızlık karşısında hareketsiz duran ve haksızlığın işlenmesine engel olmıyan kimse ise ana babasını, dostlarını, vatanını terketmek suçunun aynını işlemiş olur (1).

Başkasına zarar vermek kasdile yapılan haksızlıkların kaynağı ekseriya zarara uğramak korkusudur. Uğratılacağından korkulan zararı önlemek için yapılan zarardır. Fakat çok kerre haksızlık üzerine göz atılmış bir şeyi elde etmek için işlenir. Bu suçun işlenmesinin oğlan sebebi kazanç hırsıdır. (Ödevler 1;7).

«Bununla beraber bazı haller vardırki adil bir adamın yani namustlu olduğunu söylediğimiz bir adamın hareket tarzının mahiyetini değiştirir, ona ters bir mahiyet aldırır; meselâ bir vedianın (emanet olarak bırakılmış şeyin) iadesi veya bir vaidin (verilmiş sözün) tutulması vakıa-

(1) İslam hukukunda fert işlenmekte olduğunu gördüğü zulme filen karşı koymakla müküelleftir. Filen mukavemete gücü yetmiyorsa dil ile karşı koyacaktır; buna da gücü yetmiyorsa kalben nefret (bugz = sevmeme) besliyecektir.

larında adaletin sözünü tutmamak ve kendini yüklenmiş olarak kabul etmemek olacağı vaziyetler ve haller bulunabilir. Bunu anlamak için koyduğumuz esaslı prensipe müracaat edelim: Adalet kimseye zarar vermemekten ve müşterek menfaata hizmet etmekten ibarettir; vaziyetler değişince hareket tarzı da ahlaka sadık kalmak için değişmeğe mecbur kalır ve aynı kalmaz. Yerine getirilmesi vadedene de kendisine karşı vadolunun kimseye de zarar verecek taahhütler vardır. Meselâ trajedi-
de «Nemertinus» «Theseus» a yapılmış vadi tutmamış olsaydı «Theseus-
oğlu «Hippolyto» yu kaybetmiş olmazdı (1). Theseus yapabileceği üç iş-
tekte; bir kızgınlık eseri olarak yaptığı üçüncüsünün tesirile oğlu «Hip-
polyto» öldü. İsteği yerine getirilince büyük bir mateme düştü. Binaen-
aleyh verilen sözün tutulması; söz kendisine vermiş kimseye zarar ve-
rebilecek ise o söz tutulmamalıdır (2): Yine insan sözünü tutmakla, ya-
pacağı hizmetin kıymetini kat kat aşan bir zarara uğrayacak ise az hiz-
met ve iyiliği; çok zarara üstün tutmamak; azı çoğa tercih etmemek ah-
laksızlık olur: Mesela bir davacının avukatı olmayı kabul ettikten sonra
davaya tutuşacağın zamanda oğlun ağır surette hastalanırsa yapacağını
söylediğini yapmamakta ahlaksızlık ve haksızlık yoktur. Eğer müvek-
kilin kendisini terketmiş olmağlığından şikâyet eyler ise o haksızlık et-
miş olur. İkraah ile hile ile alınmış vaitlere vefa gösterilmemesi lüzumunu
kim görmüyor? Kim anlamıyor? Pretörün edictum'u daima ve kanun
bazan seni bu bağdan kurtarıyor.

Hakkı suiistimal etmekte ve hakkı kurnazca yormakta (tefsir et-
mekte) haksızlık vardır; darbimesel haline gelen «Summun jus summa
injuria» düstürü bunu ifade eyler: Bu enviden bir çok ahlaksız hareket-
ler her gün genel menfaat namına irtikap olunmaktadır. Düşmanile 30
günlük bir mütareke yapmasına rağmen onun arazisini geceleri tahrip
etmekte devam eden bir komutandan bahsederler. Komutan yaptığı mütare-
kenin gündüzlere ait olduğunu ve gecelere tatbik edilemeyeceğini söy-
lemiş. İşitmiş olduğum bir hikâyeye göre; eğer o hikaye doğru ise bi-
zim Quintus Fabius Labeo'nun da hareketi tasvip edilemez; Senato tara-
findan bir arazi hakkında Nolanis ve Neapolitanis halkları arasında ha-
kem olarak tayin edildi; mezkur yer halklarını evvela teker teker yan-
larına çağırdı ve onlara haris olmamaşarını ve iddialarını biraz azaltma-

(1) Theseus evvela cehennemden çıkmağı, sonra labirentten çıkmağı, üçüncüsü oğlu Hippolytonun ölümünü istemiştir.

(2) Ahlak ve adalet zarar vermemekten ibaret olduğuna göre sadinin «zarar veren doğru, iyilik yapan yalandan kötüdür» sözü aynı hakikati ifade etmiş oluyor. «Tabibin kizbi de olsa marizin sihhatin söylüyor» (Ziya Paşa).

ları lâzım olduğunu bildirdi. Her taraf bu nasihata uydu ve böylece ortaya hiç bir taraftan edilmeyen bir arazi parçası çıktı: Labeo her iki tarafa iddia eyledikleri sınırları verdi ve ortaya çıkmış olan araziyi de Roma halkına verdi. Bu bir hüküm değildir; bir aldatmadır. Her şeyde böyle kurnazlıklar (maharetler) göstermekten kaçınılmalıdır. (Cicero; ödevler 1;X).

12 — Aristotalisin nasafet telakkisi istoysiyenlerin telakkilerinden daha konkret olması olaylara daha yakın bulunması, hem yargıçlar hem de davacılar tarafından daha kolay anlaşılması itibariyle orta çağda galebe çaldı. Bu galebenin delilini Bracton'un XIII üncü asırda yazdığı eserinde buluruz. Roma ve Klisa hukukları bilgini olan İngiliz Bracton «De Legibus» adlı eserinde nasafeti şöyle tarif eder: «Nasafet eşyaların o münasebetidir ki (est rerum convenientia) eşit ve birbirine benzer sebeplerde eşit haklar icabettirir ve her şeyi eşit kılar».

Nasafet bir nevi eşitliktir Bracton nasafet hakkındaki doktrinini, şu sözlerle bitirir: «Adalet adillerin fikirlerindedir.» Adaletin bulunduğu, yer yerleştiği yer adillerin kafalarıdır.» (1)

Yine XVI inci asrın başlarında nasafet fikri daralıyor. 1520 tarihlerinde «Doktor ve talebe» adı altında herkesin anlayacağı şekle: kolay anlaşılır şekle konmuş olan bir konuşmada İngiliz nasafetinin bir tarifine rastlanır; ki Aristotalis'in dar tarifinin: «azamî adalet azamî adaletizliktir». (Summun jus summa injuria) sözünün tekrarından başka bir şey değildir.

İngilizlerin nasafeti anlayışı ve İngiliz nasafet hukuk, İngilizlerin nasafeti anlayışları İstoyisiyenlerin nasafeti insanın insan ile olan ortansi şeklinde vaki anlayışlarından bambaşkadır. Hattâ İngiliz nasafet anlayışı orta çağın nasafet anlayışından başkadır. Nasafetin İngiltere'deki anlamı sırf teknik bir anlamdır; Positif hukukun (mevzuu hukukun) metinlerinin veya adetin sert tatbikinden doğabilecek hataları, ahlaki ve vicdanı incintecek hataları düzeltmek gaye ve çaresidir; düzeltme aletidir.

Pretörün bir nasafet hakimi olduğunu söylemiştim. İngiltere-

(1) Âdil kim dir? Bu suale fıkıh iyiliği kötülüğünden fazla ve üstün olan, iyiliği daha ağır basan kimsedir diye cevap verir. Âdil olan kimse her kese karşı «adalet ve müsavate» ile hareket eder. Hasimlere, adalet ile memur olan yargıcın hareket tarzını mecelle şöyle anlatır: Taraflardan biri her ne kadar eşraftan ve diğeri ahadi nistan olsa bile yargılanma esnasında tarafları oturtmak ve kendilerine göz çevirmek ve söz söylemek gibi yargılama ile ilgili muamelelerde tamamilen «adalet ve müsavate» riayet etmesi lâzımdır. (mecelle mad. 1799)

de pretörün yerini Şansöyle (Lord High Chancellor) aldı. «Common Law» a göre verilen kararların adaleti incittiği takdirde bu kanunî hükümlerin düzeltilmesi için, adaletin en büyük kaynağı sayılan krala istida verilirdi. Kral kendisine verilen istidaların tetkikini şansölyesine ve maiyetine bıraktı. XIV. üncü asırda Eşikye de (Exchequer) de (1) olagan yargı yetkisinin yanı başında nasafete dayanan bir yargı yetkisi daha aldı.

Romada olagan yargıç olan pretör tercihinine göre kanuna veya nasafete göre yargıladığı halde İngilterede nasafetle yargılama yetkisi özel kurullara verildi. Bu özel kurullar; olagan kanun ile yargılayacak kurullara simetrik (mütenazır) idi.

Olagan hukuk (Common Law) kurulları: Eşikiye; kralın Bank'i ve Plaids Commons idi. Nasafet divanları ise şansölye ve nasafet işinde Eşikye ve saire idi.

Common Law (hukuku adiyeye) mahkemeleri ile nasafet mahkemeleri arasında uzun zaman zıtlık oldu. Common Law (adi hukuk) mahkemeleri emsallere, eski adetlerin lafızlarına sıkı ve sert bir tarzda bağlı idi. Na-

(1) «Satraç» gibi garip bir manası olan bu adın, saltanatın maliyecilerinin, üzerindeki örtüsü siyah ve beyaz hanelere ayrılmış bir masanın etrafında toplanmak adetlerinden çıkmış ve alınmış olduğu söylenir. İsim masadan ve örtüden masanın etrafında toplanan adamlara geçti. Masanın etrafında, bir uçlu diğer uçta oturanlar arasında yapılan iptidai muhasebe usullerinin icabettirdiği bazı jeton alıp vermeleri de satraç oyununu hatırlatır. Bugün İngilterede merkezdeki maliye idaresine verilen addır; tarihine Fransız krallarının sayıştaylarından daha mütevazı bir hal ile başlanmıştır. Görevi itibarıyla üye olanlara Kralın yargı kurullarından vaki toplantı için tayin edeceği kimselerden mürekkep olan malî kurui eski kral sarayı olan Westminster'in büyük Eşikye salonunda veya mümessilinin başkanlığında toplanırdı. Yargı görevine mensup olan üyeler mahkemelerde «justiciarii» unvanını, Westminster'in satraçlı masası etrafında da Eşikiye baronları unvanını taşırlardı.

Bizim tarihimizde divanı humayun (Padişahın divanı, meclisi) adı ile anılan meclis, Fransada heyeti umumiyesile Devlet Şurası İngilterede aynı manada olmak üzere «Curia Regis» adlarıyla anılırdı.

Eski sakan Krallarının divanları frenk krallarının divanları gibi iki kısma ayrılmıştı. Bir idarî ve siyasi işlerle meşgul olurdu ve bu kısım Fransada büyük Danıştay adını taşırdı; diğeri yargı işleriyle meşgul olurdu ve bu kısım da Fransada «cura regis» adını taşırdı; cura regis Fransada adalet divanı olan «parlement» adını aldı. İngilterede ise «parlement» adı siyasi meclise verildi. İşler çoğaldı Fransada «parlement» İngilterede curia regis bu işleri görmeğe yetişemez oldular. İngilterede curia regisin zararına olarak üç adalet divanı kuruldu.

Eşikye saltanatın gelirlerine ait davaları görürdü. Eşikiye mahkemesi İngilterenin üç büyük divanında biri idi. 2 — İkincisi ferdiler arasındaki davalara bakan «Common Pleas» yani «hukuku adiyeye» mahkemeleridir. Please kelimesinin Fransızcası «Plaids» dir ki yargı meclisi manasına gelir. Eski tabirimizle «meclis — i şer» demektir. Bu eski kelime

nasafet mahkemeleri de çok eskimiş adetlerin azamî sertliklerini düzeltmeğe memur idi. Dizbağı nişanının mucidi olan üçüncü Edouard devrinin (1327 - 1377) nasafet yargıçları nasafetlerinin prensibini Roma ve Kili-se hukukçularından almışlardı. Bu zamanlara ait olmak üzere denebilir ki Common Law İngiliz hukukunun lâfzıdır; nasafet ise onun ruhudur. Nasafet mahkemelerinde de diğer mahkemelerde olduğu gibi bir gelenek, yavaş yavaş vücuda geldi ve yerleşti. Binaenaleyh nasafet mahkemelerinde de «adamların kalblerinde yazılmış olan nazari ve mücerret adaletin kaideleri» yerine eski nasafet yargıçlarının kararlarile yarattıkları emsal zikredilmeğe başladı. Lord Nottingham 1676 senesinde demiştir ki: «nasafet yargıçına rehberlik eden vicdan kelimeyi adi (olagan) manasile kullanarak diyorum ki her kesin malik bulunduğu tabii vicdan değildir. Yargıcın hukukî ve siyasi vicdanıdır».

Common Law kadar sert, bir positif nasafet hukuku vücuda geldi. Blackstone demiştir ki : «Nasafet her münferit halin muhad olduğu ahval ve şeraite bağlıdır. Nasafet hakkında sabit kaideler koymak nasafetin cevherini feda etmeğe ve nasafeti positif hukuk haline sokmağa sürük-

avukatların müdafasına itlak olunan plaidoyer tabirinde yaşar. 3 — (Kralın sediri) (üzerinde oturulansedir sıra, koltuk, kerevit, bank ve sire) manasına gelen (King's Bench) üçüncü divanı teşkil ediyor ve cinayet davalarile amme kudretine karşı işlenmiş cümümleri, hülâsa saltanatı ilgilendiren işleri görüyordu. Kralın şahsına bağlı olan bu divan Kralın bulunduğu yer veya şehirde toplandığından sabit bir yere malik değildi. Bu divana «koltuk mahkemesi» adı büyük fermen zamanından itibaren verilmiştir; çünkü hukuku adıye işi kendinden alınmış ve kralın oturduğu sıra, yer bırakılmıştır. Krala mahsus olan yerin muhafaza edilmiş olması kralın adalet işlerine ve idaresine şahsen katılabileceğine işaret idi. Fakat Krallar bu haklarını kullanmaktan vazgeçtiler ve haklarını kullanmamakla gayip eylediler. Buna rağmen mahkeme ismini, gördüğü işlerin saltanatı ilgilendirmesinden, muhafaza eylemekte devam etti. Eşkiyenin mahkemesi XIII üncü asırda yetkisini, diğer mahkemelerin zararına olarak arttırmaya uğraştı ve Kralların bu harekete karşı bir kaç emirname çıkartmalarına sebebiyet verdi. Eşikye yargıçlarının mesleki açgözlülükleri gideceğimiz genişleme hırsları, Kralların her tarafa düzen ve görevlerde ihtisas yaratmak gayelerine aykırı düşüyordu XIV üncü asırda malî görevleri inhihada doğru giden Eşikye'nin yargı hırsı etrafı kaplıyordu. Kral yargı erkini curia regis'den istikak eylemiş adalet divanlarına vermekle beraber en büyük nasafet yargıçları olmak görevini muhafaza ediyordu. Af veya imtiyaz ve lutuf halleri, iştiraki olmaksızın müzakere edilemeyecek ve bir karara bağlanamayacak hallerdendi; bu sebepten bu gibi haller şansölye tarafından Krala arz olunurdu. Fakat yavaş yavaş şansölye bu halleri Krala arz etmektan vazgeçti, ve kendi görmeğe başladı. Bu adeta saltanatın yargı erkini ikinci defa olarak teftiş edilmesi olmuştur. Sansölyenin nasafet yargısı bu halden çıkmış ve gelişmiştir. Eşikye de aynı derecede nasafetle yargılanmak yetkisini aldı. Bu da XIV üncü asırda Eşkiyelin dördüncü taksimini vucuda getirdi. «The court of Exchequer in Equity» (Eşkiyenin nasafetle yargılayan divanı). Eşkiyenin nasafetle yargı yetkisi 1841 de ilga edilmiştir. (Glasşon,

ler. Nasafetsiz kanun (hukuk) ne kadar sert olursa olsun, kanunsuz nasafete çok fazla tercih olunur. Çünkü kanunsuz nasafet her yargıcı kanun koyucu kılacak ve sonsuz bir kargaşalık vücade getirecektir. O zaman mahkemelerimizde bir hareket tarzı hakkında insanların çeşitli olan kabiliyet ve fikirleri kadar çok çeşitli kaideler görülecektir». Nasafetin Blackstone'un yaşadığı XVIII inci asırda mevcut olmayan sabit kaideleri artık bugün iyiden iyiye yerleşmiş ve ruh denilen nasafet Common Law gibi lafiz haline gelmiştir. Lord Eldon'un şansölyeliğinden itibaren nasafet mahkemeleri de Common Law mahkemeleri gibi münhasıran emsallere ve statü'lere göre karar vermektedir. İngiliz nasafeti mahkeme kararları içinde donmuş bir hale gelmiştir ve positif hukuku düzeltmek hukukun bir şekli olmuştur. Nasafet mahkemeleri önüne; Common Law'ın derpiş etmemiş yani görmemiş ve nazara almamış olduğu ihtilaflar arz edilmektedir. Common Law'ın nazara almış olduğu ihtilaflardan hangisinin nasafete ve hangisinin Common Law'a göre görülüp çözülmesi lâzımgelceği de bir çok yetki ihtilâflarına yol açmıştır.

Bu ihtilaflar 1873 tarihli «Judicature Act» çok azaltmıştır. Bugün Common Law ve equity bu «act» in 26 inci kısmında yazılı hükümlere göre düzenlenmiştir.

Fikirler ve kelimeler de canlı mahluklar gibi hayat için savaşır ve intikamlarını alırlar. Nasafete ikinci mevki bir yer verilmesi meseleyi halletmiş olmadı: Gerçi Nasafet, gittikçe manası daraltılarak, sistematik bir hale sokularak İngiliz Genel Hukuk sisteminin ikinci bir teknik kolu haline sokuldu. Gerçi 1873 den beri nasafet, kiminin örf hukuku, kiminin hukuku adıyla diye tercüme ettiği Common Law ile birlikte mahkeme kararlarıyla gelişmiş ve yazılı olmayan İngiliz hukukunun ikinci dalı, ikinci kısmı haline gelmiştir. Fakat nasafetin, ahlaktan böylece uzaklaşarak positif hukuk çehresini almış bulunması onun hayatı için savaşmasını ve savaşmakta kalmasını önleyememiştir: Kuvvet - fikirler olduğu gibi kuvvet - kelimeler de vardır. Nasafet kuvvet halinde bir kelimedir: Bu kuvvetin bizzat İngiliz hukukçularının düşünce ve mesailerini üzerinde müessir olmakta ve eski Roma ve kilise hukukçularının nasafetle vermiş oldukları manayı kısmen diriltmekte bulunduğunu Levy - Ullmann söylüyor: Levy - Ullmann bu iddiasını nasafet kaide ve müesseselerinden çıkartılmış şu iki prensibe istinat ettiriyor:

1 inci prensip. — Müsavat nasafettir: «aquititas est aequitas». İngilizler «nasafet, zevkini ve saadetini müsavatta bulur» diyorlar:

2 inci prensip. — Nasafet haktan ziyade vazifeye bağlıdır manasına olmak üzere: «nasafet şahsın üzerinde işler» (Equity acto in personam).

Nasafet vicdanları yargılar ve ihtilaflarını çizer. Bir insan verecekli ise ödemek vazifesidir. Eğer hukuk işe karışıyor ise alacaklıya hakkını aldırarak için müdahale etmiyor verecekliye vazifesini gördürmek için müdahale ediyor.

İslam peygamberinin ölümünden evvel vazifesini yerine getirmek endişesile «kimden aldım ise işte kesem; kime vurdu isem işte arkam» demesi nasafetin ameli ve amelî olduğu kadar ulvî bir ifade ve tatbiki-dur

Yine Levy - Ullmann diyor ki : Nasafetten çıkan prensipleri Amerikan hukukçuları İngiliz hukukçularından daha iyi sezmişlerdir. Amerikan nasafet görüşü belki yarınki hususi hukukun, yarınki amme hukukunun ve devletler arası hukukun cevherini teşkil edecektir. Amerikan görüşüne göre insan ve milletlere ahlak namına düşen payı ölçmek ve tayin etmek için; eski Roma ve Yunan'ın mirasçıları olan büyük filozoflar tarafından tasavvur edilen ve istenilen nisbetli (orantılı) müsavâtı insanların ve milletlerin aralarında kurmak için hukukun yüksek bir kavram olan nasafet kavramı adına oynamayı istihfaf eylediği amaç ihtilaflara hukuk yargıçısı olarak müdahale etmeyip ahlâk yargıçısı olarak müdahale etmektir.

Medenî kanunumuzun «herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını yerine getirmekte hüsnüniyet yani nasafet kaidelerine riayetle mükelleftir» diyen 3 üncü maddesi acaba Türk yargıçlarını Amerikan büyük hukukçularının dileği üzere hukuk hakimliğinden çıkartıp ahlâk hakimi yapmamış mıdır ?

13 — Hüsnüniyet ve nasafet aynı şeyler midir ?

Efsaneye göre tanrıca «Fides» vermiş sözleri, yapılmış taahhütleri himaye altına almış. Fides'in aracası «vefa»dır; Dinî hukuk yani «fas» sözünde durmayan adamı lanetli sayar ve öldürürdü.

Sonraları «Fides» laikleştirildi, yani dinî bir kavram olmaktan çıkıp felsefî bir kavram oldu. Bu değişimde stoa mektebinin büyük tesiri görüldü; Fides'in ahlakî telakkisini Cicero bize «ödevler» adlı eserinde anlatmıştır; «Söylenmiş ve kararlaştırılmış sözlerde doğruluk ve sebat. Verilmiş sözlerde ve yapılmış taahhütlerde samimiyet ve onlara sadakat yani vefa (Fides) adaletin temelidir.» (Cicero'nun ödevlerdeki bu yazısını yukarıda nasafeti anlatırken naklettim, I,7): Vefaya da Asım Efendi kamus tercümesinde «aht ve peymanı nakz eylemeyip (bozmayip) muhafaza eylemektir; ahte gadretmemektir» diye tarif ediyor. Peyman aht ile aynı manadadır. Söz ve karar demektir;

Fides laikleşüpte hukuka girdiği zaman «bona fides» adını aldı. Fıkıh, adının eski şeklini muhafaza ederek «vefa» demekte devam etti.

Medenî kanunumuz «bona fides» tabirini «hüsnü vefa» sözü ile ifade etmedi; «hüsnüniyet» dedi. İslam peygamberinin taşıdığı «emin» sıfatında «Fides» hissedilir: Sözlerindeki daimi doğruluğun ve sözlerinde durmasının ifadesi olan «emin» lik güveni anlatır. Asım efendi «emanet» kelimesini bazılarının adalet ve bazılarının akıl ve tefsir ettiklerini söyler. Hüsnüniyet iş münasebetlerinde namusluluktur: Namus'lu adam nasafetli, insafılı adamdır: Romada objektif hüsnüniyet davaların dar hukuk ve hüsnüniyet (veya nasafet) davası olmak üzere ikiye ayrılmasına sebep oldu: Dar hukuka bağlı davalarda bir kanun metni dermeyan edilirdi: Nasafatın dermeyan edildiği davalarda yargıç; pretörün vermiş olduğu talimatın (formülün) lafzile bağlanmazdı; halbuki dar hukuk davalarında yargıç hükmünü verirken, kendisine bu yetkiyi veren pretörün vermiş olduğu talimatın lafzile sıkı bir surette bağlı kalırdı.

Davalarda yapılan bu ayırmanın tarih ve ehemmiyeti Ciceron'un ödevlerinde mevcut çok önemli bir kayıddan çıkartılabilir. «Büyük keşiş olan Quintus Mucius Scaevola en büyük kuvvetin, içine hüsnüniyet dairesinde sözünün katılmış ve yazılmış olduğu davalarda bulunduğunu söylerdi. Scaevola hüsnüniyet tabirinin çok geniş bir kavram olduğunu ona, vasilikte, ortalıkta, vıfahı muamelelerde (1) vekâlette, alım satım da; kirada yani bir hayat ortaklığını icabettiren muamelelerde rastlandığını düşünürdü. Scaevola'ya göre yargıcın vazifesi birinin diğerine ne vermesi veya yapması lâzım geleceğini tesbitten ibarettir»: (Ödevler 3;17 70):

Bu metinden çıkan neticeye göre Quintus Mucius Scaevola (Milattan evvel 95 de konsül) hüsnüniyetli davalar arasında bazı mukaveleleri teyid eden davalarla vasilik gibi borç yaratan hukukî vaziyetlerden doğan davalar bulunduğu anlaşılıyor.

«Fakat tiyatroyu orada bırakalım ve Forum'a geçelim. Pretör duruşmayı açacaktır: Acaba hangi davayı görecektir? Evrak hazinemize atış vermiş bir kundakçı davasını mı görecektir. Bundan fazla gizli kalması (devlet tarafından duyulmaması) lâzım bir cinayet tasavvur olunabilir mi? (Suçlunun çok kurnaz olmasını icabettiren bir söz). Ciceron'lu bir Roma şövalyesi olan, eşraftan bulunan Q. Socius suçlu olduğunu itiraf eyledi. İşte şimdi umumî muhasebe defterlerinde sahtekarlık yapan

(1) (Şimdi bunlara itimada dayanan muameleler deyorus),

herif; adı L. Alenus hazinenin ilk altı memurunun imzalarını taklit etmiştir. Bundan daha mahirane bir darbe var mıdır? (1).

Diğer davalara bak! Tolosa (Tulus) altınları işi ki; ahlâk bozukluğunun Roma vatandaşlarını Jugurthinus'un emrinde Romaya karşı birer suikastçı yapmış olduğunu gösteriyor. Başka bir ahlâk bozukluğu işini hatırla; Tubulusun (412 de pretör idi) bu para yiyen yargıcın ve (kız oğlan kız kalmağa yeminli olan) Vestales'lerin iffetsizlikleri hakkında (tribun) Peducaeus'un tahkikat talebini hatırla; ve her gün katillere, zehircilere karşı açılmış davaları; zimmet ve irtikâp suçu için ve yeni bir kanun (Sulla'nın eseri olan Cornelia de falsis kanunu) mucibince vasiyetnamelerde yapılan sahtekârlık suçu için hergün açılan davaları hatırla. Şu itham formülü o sebeptendir: «iddia ediyorum ki hırsızlık senin iştirakinle ve senin tarafından tanzim edilmiş bir plân dairesinde yapılmıştır.» Yani vasinin, vekilin, ortağın, vediaı alanın suinietini tesbit eden hükümler ve satıcının yahut alıcının, kiralayanın veya kiracının sui niyetine karşı verilmiş hükümler aynı sebeptendir; ve nihayet özel bir işte (küçükleri muamelelerinde aldatmayı cezalandıran) Pletoria kanunu mucibince açılan amme davalarının sebebi budur ve dostumuz Aquilius tarafından konmuş hile davası ki adeta namussuzlukların kirlettikleri bir cemiyeti temizliyecek süpürge darbesidir; Aquilius hakikaten hareket edildiği tarzdan başka bir tarzda hareket ediliyormuş gibi gösterilen her halde hile bulunduğu kanaatindedir. Bu kadar fenalıkların tohumlarının ölmez allahlardan geldiğine inanabilir miyiz? Allah insanlara zeka verdi ise hileyi de beraber verdi. Hile, alçakça zarar vermeğe çalışan bağıtsız başı boş bir zekâdır. Aynı allahlar aldatmak sanatini; cinayetler işlemek istidadını da verdiler; çünkü bu neviden fena işlere zekasız teşebbüs edilemez ve bu işler zekâsız işlenemez. İhtiyar süt nine «keşke allah; (Tesalyada bir dağ olan) Pelio'nun ağaçla örtülü yanlarında geminin (argonot'ların üzerinde seferlerini yaptıkları argo gemisinin) teknesini yapmağa yaramış çamları hiç devirtmese idi» diyordu. Ben de onun gibi keşke allah insanlara bu korkunç becerikliliği vermese idi diyeceğim. Bunu pek azı iyi kullanıyor; ve bunlar da; çok olan ve maharetlerini namussuzca kullanan diğerlerinin ellerinden çekiyorlar. İlâhî bir bağışlama olan akıl ve düşünce insanlara kendi bilgileri için verilmemişse; aldatmaları için verilmiş benziyor» (allahların mahiyeti 3).

Cicer'un naklettimiz bu metni bize evvelâ A. --- hüsnüniyetli davalar sayısının Quintus Mucius Ssaevola zamanından Ciceron'un kendi

(1) Bu iki davanın hakikat olmaktan ziyade hayalî olması gerektir.

zamanına (milattan evvel 106 - 43) kadar (1) artmamış olduğunu gösterir.

B. — Sonra hüsnüniyetli davaların formülüne «hüsnüniyet mucibin-

(1) Cesarın öldürülmesinden sonra ikinci üçadamlar idaresi kurulduktan sonra Ciceron, oğta tarafından şeriki Antuvan'ın kinine terkedildi. Octav'ın buna esefle razı olduğu söylenir. Hürriyet kalkmış idi; söz söylenmez. Mademki üç adamlar Hürriyeti ve onunla beraber hitabet kürsüsünü yocketmişlerdi, artık Ciceronun ne kıymeti kalmış olurdu? kürsüzüs bir hatıp, öğütular yaratmayan, akisler vermeyen bir sestem, kendi kendine sönmeğe mahkûm bir sestem başka ne olabilir? Binaenaleyh zaten kendiliğinden susmağa mahkûm bir sesi boğmağa lüzum var mıdır? Antuvan ve Karısı Fluvi, aleyhlerine yazılmış ve söylenmiş en haklı ithamları: «filipikleri» söylemiş dilin ve yazmış elin önlerine kesilmiş olarak geldiğini istiyorlardı ve bu arzularından bir türlü vaz geçmiyorlardı. Ciceron Latium ovasının bugün Frascali diye anılan eski şehri Tusculum'dan: ölümden sonraki hayat hakkındaki düşüncelerini ihtiva eden «Tusculanes» leri yazmış olduğu şehirden kaçmış ve deniz yolu ile ölümden sonraki hayata kavuşacağı yine Latium ovasının bir limanı bulunan Gaete'ye gelmişti; niyeti o civarda bulunan köşkünde biraz dinlendikten sonra kendisini bekleyen yelkenliye bindiği zaman deniz aşırı kaçmaktı. Fakat gemiye gitmek üzere sedyesine bindiği zaman Celladlar arkasından yetişmiş öldüler. Celladların başında vaktile korkunç ve tüyler ürpertici bir adam öldürme suçu ile itham edilmiş ve Ciceron tarafından müdafaa edilerek kurtarılmış olan Popilius bulunuyordu. Bu adam babasını öldürmüş olmakla itham edilmişti; şimdi de onu müdafaa etmiş ve ağır bir ithamdan kurtarmış manevi babasını öldürmeğe geliyordu. Ciceron sedyesini vere koydurdu sol elini, daima yaptığı üzerine çenesine götürdü ve katillerine dik dik baktı. Dikilmiş ve tozlu saçları, sararmış ve bozulmuş çehresi katillerini kısa bir tereddüte uğrattı; arkadaşları Herennius onu boğazlarken onlarda ellerini yüzlerine tutmuşlardı 7(. XII m. e: 43): İnsanlığın en büyük timsali ve tarafı ile yine insanlığın, Namık Kemal'in «insafsız avcıya hizmetten zevk alan köpeğe» benzettiği en küçük tarafı: bir şahika ve bir uçurum karşı karşıya gelmişti. Cellatlardaki bu utanma, her insanı bir Ciceron kılabilir, yani tabiatın sadece hayvan olarak yarattığını kütürün yarattığı insan haline getirebilecek bir tohumun her insan kalbinde mevcut olduğunu bir kerre daha ispat eyliyordu. Fakat hayvanlıktan insanlığa yalnız hürriyetle çıkılabılır: hürriyet ve Cumhuriyet insana ve insanlığa itimaddan, güvenme ve inanmadan ibarettir. Ciceron'un kesilmiş kafası ve eli Antuvana, sofrada iken getirildi. Antuvan o kesilmiş kafanın önünde çılgın bir sevinç gösterdi, ve karısı Fulvia bir iğne olarak o susmuş dili iğneledi ve ondan sonra bu büyük baş ve bu büyük el Ciceron'un nutuklarının, insan vicdanını ümitlerle ürperttiren akislerini muhafaza eyleyen Forumda eski Actum deniz savaşında ganimet olarak alınmış gemilerin zafer anıtı olarak dikilmiş mahmuzlarına bağlandı. Bu belki de kaderin, Antuvan için Actium burnunda doğacak korkunç sonu bildiren bir işareti idi.

Dünya döndü; eski Roma tarihinden ortada yalnız bir coğrafya kaldı. İmperatorlarının istiptadı altında çökmüş Roma insanlığın kalbinde bugün yalnız Ciceron'un yazı ve sözlerinde yaşıyor; o kesilmiş kafa ve susturulmuş söz sönmeyen şimal yıldızı gibi hukukun adımlarını sevketmekte devam ediyor. Yunanistanı bütün idbarları üstünde tutmakta ve yaşamakta devam eden Sokrat'ta böyle öldürülmüştü. Papinianus'ta böyle öldürülmüştü, ve nihayet İmamı Azam da böyle öldürülmüştü. Bugün Abbasi halifelere den nam ve nian kalmamıştır; Bağdat esir düşmüştür. İslâmiyet ise İmamı Azamın dahasında yaşamakta devam ediyor.

ce» (ex fide bona) kaydı konurdu. Ciceronun bir çok yazılarından vefa ile yapılmış mukaveleleri teyid eden davalar formülüne «namuslu insanlar arasında nasıl hareket edilmesi lâzım gelirse» (ut inter bonos bene agitur) şartı konurdu. Bu kayıd bize hüsnüniyetin, hüsnüniyetli davalarda aldığı manayı açıklar: Hüsnüniyet, Ciceron'a göre, iş münasebetlerinde; namuslu adamların adetlerine uygun bir doğruluk göstermekten ibaretir.

C. — Hüsnüniyetli davalar diğer davalardan fazla bir kuvveti (summam vim), daha büyük bir neticeyi haiz idiler.

Hüsnüniyetli davaların en esaslı neticesi yargıça çok daha geniş bir takdir hakkı vermesidir. Davacı tarafından ileri sürülen hukukî münasebetin hüsnüniyete göre takdir edilebilmesi hususunda yargıça geniş bir takdir hakkını vermesidir.

Bundan çıkan önemli netice; hüsnüniyeti gözününde bulundurmağa mecbur olan yargıçın davacının hile ile hareket edip etmemiş bulunduğu meselesine de vaziyet etmiş olmasıdır.

Ciceron ödevler 3. V. «İnsan için en esaslı amaç hususî menfaatini umumî menfaatle eşit kılmaktır: Her şeyi kendisine almak isteyen kimse insan cemiyetini dağıtmak gayesini takip eden kimsedir.

Tabiat, her insana mahza insan olduğu için her hangi bir insana yardım etmeği emrettiğine göre umumî menfaatin herkesin menfaati olması lazımgeldiğini emretmiş bulunuyor».

Ciceron ödevler 3. VII: «Panetius'ü ahlak ile faide arasında bir ihtilaf olabileceğini, sanıldığı gibi, kabul etmiş olmasından tenzih eylerim. Panetius'a göre ahlâk ile faideli gözüken şey arasında ihtilaf olabilir. Aynı zamanda ahlakî olmayan hiç bir şey faideli olamaz, ve faideli olmayan da ahlaki değildir. Panetius ahlâk ile faideli birbirinden ayrı iki kavram gibi telakki edenlerin düşünceleri kadar insanbğa zararlı bir şey olamayacağını iddia eder».

Ciceron ödevler 3. VII. «Faideli gözüken bir şey gözümüze ilişir ilişmez üzerimizde tesir yapar: Fakat bir az dikkatle bakıldığı zaman bu zahirî faidenin ahlaksızlıkla birleşmiş olduğu görülürse o zaman insan, kendisinde faideli bir şeyden vazgeçmek kanaatını uyandırmayıp ahlaksızlığın bulunduğu yerde faide olamayacağına kanaat uyandırmaya çalışmalıdır. Ahlaksızlık kadar tabiata aykırı bir şey yoktur. Çünkü tabiat istikameti (doğruluğu) ister; insanın tabiatla ve kendi nefsi ile uygunluğunu ister. Diğer taraftan faideli kadar hiç bir şey tabiata uygun değildir. Binaenaleyh faide ile ahlaksızlık aynı konuda birleşemez. Ahlaksız

insanların hataları zahiri bir faideye kapılmalarında, ahlaksız bir fiilin faideli olabileceğini sanmalarındadır. (Suçlar bu kanaatten doğar).»

Cicero'nun ödevler 3.X: Dostluk ahlaki hakikatin keşfini güçleştirir. Çünkü insanın dostları için elinden geleni doğruluktan ayırmamak şartile yapmak borçtur ve yapmamak insanlık değildir. Diğer taraftan dostu hizmet etmek için haksızlık yapmak ta insaf değildir. Bununla beraber bu hususta kısa ve açık bir kaide vardır. Faideli gözüken her şey: şeref, servet, zevk ve eğlence ve bunlara benzer şeyler dostluktan yüksek ve kıymetli tutulmaz. Fakat iyi bir adam bir dost için umumî menfaata aykırı olan bir şeyi yapmaz; hatta dostunu yargılamağa memur olsa yine de dostu için, doğruluğa ve ettiği yemine aykırı bir harekette bulunamaz. Dostluk için yapabileceği şey dostunun davasının haklı olmasını temeniden ve ona kanunun müsaade eylediği nisbette müdafaa zamanı vermekten ibarettir. Atalarımızın bize nakleydikleri yargıçtan talep formülü, riayet edebilecek çok güzel bir formüldür; taraflar yargıçtan bir talepte bulunurken böyle derlerdi: «yemininde hani olmamak şartile yapabildiğini yapsın.» Bu gibi formüller bir yargıcın bir dostu yapabileceğini istihfaf eyler. Dostlarımızın bizden her istediklerini yapmak lazım gelse onlarla aramızdaki münasebet bir dostluk münasebeti olmaktan çıkar ve suç ortakları oluruz... Dostlukta, ahlaken güzel olan şey ile dostlugun zahiri menfaati karşılaştırılacak olursa faidelinin ihmal ve terk edilmesi ve yalnız güzele önem verilmesi lâzımgelir, ve bizden dostluk namına her türlü güzellikten mahrum bir fiil istenirse o zaman ahlaka saygıyı, verilmiş sözleri ve yapılmış ahtleri dostluğun üzerinde tutmak lâzımgelir.» Cicero'nun ödevler. 3.XI: «zahiri faideler, en çok devlet işlerinde fena işler yaptırılar.» Cicero'nun ödevler 3.XII: «Demek ki doğruluğa aykırı bir şeyin asla faideli olamayacağını bir hakikat olarak alalım. Fena bir hareketin faidesine inanmak bile bir felakettir. Fakat doğruluk ile faidenin birbirlerine aykırı bulunduğu sanıldığı bir çok haller vardır. Bu aykırılığın gerçek olup olmadığını, telifin mümkün bulunup bulunmadığını araştırmak lâzımdır. Aşağıda yazılı şu mesele bu nevidendir. Rodosta yeyeceğin tamamile yok olduğu ve hakiki bir kıtlık içinde bulunduğu bir zamanda namuslu bir tacirin İskenderyeden Rodos'a mühim miktarda buğday yükü ile gelmiş olduğunu farzedelim. Aynı tacir bir çok tacirin İskenderiyeden hareket etmiş olduğunu da biliyor. Yolda da buğday yükü gemilerin Rodosa doğru gelmekte olduklarını da biliyor. Bu tacir bildiklerini Rodoslulara söylemeli midir; yoksa yükünü daha pahalıya satmak için susmalı mıdır? Tacirin, uslu bir adam, iyi bir adam olduğunu da farzedelim: Eğer bildiğini Rodoslulardan saklamaklığın namussuzluk oldu-

ğuna kanaat ediyorsa onlardan bir şey saklamayacaktır. Fakat bu tacirin bildiklerini Rodoslulardan saklamaklığın hakikaten namussuzluk olup olmadığını soruyor.

Şimdi biz o namuslu tacirin vicdanile yaptığı danışması hakkında nasıl düşünmelimiz. Bu gibi haller karşısında Stoa mektebine mensup filozofların en büyüklerinden olan Babelli Diogen ile içe işleyici (nufuz edici) bir zekaya malik bulunan talebesi Antipater aynı tarzda bir düşünmeye varamıyorlar.

Antipater her şeyin söylenmiş olmasını istiyor, yani alıcının, satıcının bilmekte olduğu her şeyi bilmesi lazımlaştırıldığı fikrinde bulunuyor. Diogen ise yalnız malın kusurlarının, medenî kanunun emrettiği derecede bildirilmesi, geri kalan şeyler hakkında her türlü saniadan (uydurma şeyler yapmaktan) kaçınılmasını kâfi buluyor ve madem ki satıcı satıyor, mümkün olduğu kadar iyi satmak istiyecektir diyor ve şöyle muhakeme eyleyor: «malımı (emteamı) getirdim, arz eyledim, diğerlerinden daha pahalıya satmayorum belki de malın bollayacağı zamanda haiz olacağı kıymetten bile daha ucuza satıyorum. Kime zararım dokunuyor?»

Antipater de şöyle muhakeme eyleyor: «Ne diyorsun? sen ki insanların iyiliği için çalışmaya borçlusun, sen ki cemiyete hizmet etmeye borçlusun, sana ki tabiat menfaatını müşterek menfaata eşit tutmağı emrediyor ve bunun tersine olarakta müşterek menfaati kendi şahsi menfaatin olarak görmeğı emrediyor (1) böyle olduğu halde sen onlardan, hayatları için lâzım olan gıdanın gelmekte olduğunu saklıyacaksın ha?»

Belki Diogen bu düşünüşe şöyle cevap verir: «saklamak başka şeydir susmak başka şeydir; ben sana şimdi tanrıların mahiyetlerinin veya en büyük iyiliğin ne olduğunu söylememekle senden bir şey saklamış olmayorum. Bu gibi bilgiler sana buğdayın fiyatı ile aşağılık şeyleri bilmekten daha faydelidir. Fakat senin için faydeli olabilecek her şeyi söylemeğe borçlu değilim.» Antipater ise belki: «evet söylemeğe mecbursun» diyecektir «hususile insanlar arasında tabiatın istediğı bir cemiyet bağlılığı bulunduğunu hatırlarsan söylemeğe borçlu olduğunu duyarsın.» Diogen cevap olarak: «evet hatırlıyorum, fakat bahsettiğın cemiyet, bütün hususî mülkiyeti kaldırarak (ilga edecek) mahiyette midir? Eğer

(1) Stoa mektebi «İnsana, cemiyete faydeli olandan daha faydeli ve cemiyete zararlı olandan daha zararlı bir şey yoktur.» Düsturunu hareket tarzı olarak kabul eder.

öyle ise artık satıştan bahsetmenin yeri yoktur. Bu taktirde satmak değil vermek icabediyor.» (1)

Cicero'nun ödevler: 3: - XIII «gördüğün gibi, bütün bu tartışmalar esnasında «Bu işi, namussuzluk ta olsa yapacağım çünkü menfaatım vardır» diye bir söz geçmiyor. Sadece iş namussuzluk olmaksızın faidelidir denmektedir. Hasım da «yapmamalıdır çünkü namussuzluktur, diye cevap vermiyor. Peki öyle olsun. Şimdi namuslu bir adam evini kendisinin bildiği ve fakat başkalarının bilmeyeceği kusurlarından dolayı satmak istiyor: ev gayri sıhhi; halbuki sıhhi olarak bilinmektedir, her odasında yılanlar çıkmakta olduğunu bilmeyolar; çatısı fenadır ve yıkılmağa maruzdur. Bütün bunları sahibinden başka kimse bilmemektedir. Şimdi soruyorum, satıcı alıcıya bunlardan bahsetmeden satarsa ve düşündüğünden de çok fazlaya satarsa namussuzca ve haksızca hareket etmiş midir? Bu soruya Antipater «muhakkak» diye cevap vermektedir. Antinalıların, ammenin nefret ve kinle karşılanmasına layik bir mürüvetsizlik (insan sevgisizliği) olarak gördükleri bir hal vardır: yolunu kayıbetmiş bir adama yolunu göstermemek. Bu mürüvetsiz hal ile aldanmış bir alıcının gözü kapalı olarak bir kapana düşmüş olması arasında ne fark vardır? Hatta doğru yolu göstermemekten daha kötüdür, çünkü bir adamı kasten hataya sevkediliyor.» — Diogen cevap veriyor: «Seni satın almağa zorlamadılar, hatta seni satın almağa teşvik etmediler. Satıcı hoşuna gitmeyen bir evden kurtulmak istiyordu; sen de hoşuna giden bir evi satın aldın. Eğer halkın, hatta kaidelerine göre iyi yapılmamış ve hoş olmayan sayfiyeleri için «iyi yapılmış ve hoş yazlık ev» diye ilân yapıştırmaları aldatma teşkil etmediği gibi evini, hatta methetmemiş bir adam hakkında evveliyetle aldatma teşkil etmez. Alıcı takdirini kendiliğinden yapmış olunca nasıl olurda hileden bahsedilebilir (1) Sattığı malın beyan ettiği bütün vasıflarından sorumlu olmayan satıcı neden sattığı mala izafe etmediği bir vasftan sorumlu bulunsun? Bir satıcı için satacağı malın kusurlarını saymaktan daha manasız ne vardır? (2)

(1) Bu tartışmanın büyük bir önemi vardır; Cicero da bu tartışmayı anlatırken büyük bir nüfuz nazar gösteriyor. Cicero bir defa her mücerret ve fikri düşünüşte, düşünenin, karşısındakini hataya sürüklemek gibi bir kastî olmasa dahi, cemiyet hayatı hakkında beslenilmesi lâzım gelen fikre aykırı bir taraf bulunmakta olduğunu göstermek istiyor. Diogen'in son cevabı çok manalıdır: alıcının ve satıcının ikisinin de menfaatlarını aramakta oldukları her ticarî muamele hakkındaki düşünceler ticarî muameleyi ademi tasvibe, takbihe ve binaenaleyh hususi mülkiyetin ilgasına doğru yani komünizme doğru sürükleyebilir.

(2) Diogen'in bu sözleri eski Roma hukuku hükümlerinin lafızlarına göredir.

(3) «Kimse yağurdum karadır demez» diyen atasözü ile mukayese ediniz.

Bir münadinin (tallalın) mal sahibinin emrile «satılık gayri sıhhi bir ev» diye bağırılmasından daha manasız bir şey var mıdır?» Demek ki bazı tereddütü mucip hallerde bir taraftan hüsnüniyet diğer taraftan faideli müdafaa olunmakta ve mesnet olarak da menfaatli olan şeyin yalnız şeref ve namusla takip edilebileceği ileri sürülmekle kanılmayıp takip edilmemesile de ahlaki bir zarar husule geleceği ayrıca bildirilmektedir. Faideli bir tarzda hareket etmekle doğru bir tarzda hareket etmek arasında çok kerre, varlığı gözüken aykırılık işte bundan ibarettir. Bu çeşitli haller hakkında bir hüküm yürütmek lâzımdır; Bunu söylemekle yalnız meseleyi koymağı kastetmiyoruz, meseleyi çözmeyi de kast ediyoruz. Bana öyle geliyor ki ne buğday taciri Rodoslulardan ne de evini satmak isteyen kimse alıcılardan bir, amme hiç bir şey saklamamalıdır. Bu vaziyetlerde bir şey saklamak sadece bir şey söylenmiş olmamak demek değildir; bir şeyi bilmekte faidesi bulunanların o şeyi bilmemelerini istemektir; bilmemelerini istemek iradesi, kaynağını bilmemelerindeki menfaattan alır. Bu saklamanın ne neviden bir saklama olduğu görünüyor ve saklayan adamın mahiyetini tayine karine teşkil ediyor. Gerçektir ki saklayan kimse için açık yürekli, açık sözlü adamdır denemez. Adaleti seven, doğru yürekli, hülasa iyi bir adamdır, iyilik adamıdır da denemez. Bu hareket tarzı: karanlık rehbu, hilekâr, aldatıcı, yalan dolan işlerinde bilirkişi, dolap kurmada tecrübeli kimselerin hareket tarzlarıdır. İnsanı lekeleyen bu ad ve sıfatların verilmesini katlanmak faideli bir iş sayılır mı?»

Ciceron ödevler 3. XIV. — Eğer söylememeye çirkin görmek lâzım gelirse ya aldatmak için söylemeye ne demelidir?. Aydın bir romalı şövalye olan C. Canius, Sirakus'e gelmişti. Dediği gibi iş için gelmemiştir; dinlenmeye gelmişti. Fakat önüne gelene sıkıcı kimselerin ziyaretlerinden korkmaksızın dostlarıyla beraber iyi bir zaman geçirebileceği bir sayfiye satın almak istediğini söylerdi. Canius'un bu isteği yayıldı. Mahiyetini anlatmak için Sirakus sarraflarından olduğunu söylemek kâfi gelen Pithius adlı birisi Canius'a gelip bir sayfiyesi olduğunu fakat satılık ta olmadığını yalnız emrine tahsis eylediğini söyledi; aynı zamanda da ertesi gün için yemeğe davet eyledi. Canius daveti kabul ettiğinden Pithius sarraflığının, kendisine her sınıf halk üzerinde verdiği tazyik vasıtalarından istifade ederek balıkçıları çağırtdı onlara ertesi gün için talimatlarını verdi ve sayfiyesi önünde gelip balık avlamalarını tenbih etti. Canius, kararlaştırılan saatte yemeğe geldi. Pithius nefis yemekler hazırlatmıştı. Kaıklar davetlilerin gözleri önünde adeta yarışıyorlar, her balkcı tuttuğunu getiriyor ve balıklar yığın halinde Pithius'un ayakları al-

tına düşüyordu. Bunu gören Canius: «Pithius bu ne hal? dedi, bu kadar kayık bu kadar balık» Pitmius cevap verdi: «Bunda şaşıracak ne var? Bütün Sirakus'un balıkları buradadır. Burada su tedarik edilir. Balıkçı- lar evimden vazgeçemezler.» Bunu işitir işitmez, Canius alevlendi ve Pithius'u evini kendisine satması için sıkıştırmağa başladı; Pithius güç- lükler göstermeğe başladı. Caniusun sonunda Pithius'u ev satmağa razı etmiş olduğunu söylemeğe hacet bile yok. Tuzağa çekilmiş olan Canius, bu zengin adam Pithius'un istediği bedeli verdi ve hepsini toptan aldı. Bir mukavele yaptılar ve işi bitirdiler. Ertesi gün Canius dostlarını davet eyledi ve kendi de erkence geldi. Denizin üzerinde en ufak bir tekne bi- le göremedi. En yakın bir komşudan malûmat edinmek istedi: Acaba bugün balıkçıların bayramı mıdır? hiç bir balıkçı görünmüyor; dedi.. Kom- şusu cevap verdi- Bildiğime göre bayramları olmamalı; zaten bu tarafa hiç bir balıkçı gelmez. Ben de dün gördüklerime şaşmışım» Canius tik- sindi, fakat ne yapabilirdi. Meslektaşım ve dostum C. Aquilius daha he- nüz hile hakkındaki talimatlarını formüllememişti (1). Kendisine hile nedir diye sorulduğu zaman bir şeyi yapar gibi gözükerek başka bir şey yapmaktır, derdi. Yetkili bir adamın yapmış olduğu doğru bir tariftir. Pithius ve onun gibi yapmacık yapanlar hilekâr ve namussuz kimseler- dir. Yaptıkları faydeli olamaz çünkü çirkindir.»

Ciceron ödevler 3.XV. —«Eğer Aquilius'un tarifi doğru ise hayat- tan bütün yapmacıkları ve saklamaları sürmek atmak lâzımdır.

Satmak ve satın almak isteyen namuslu bir adam işi kârlı olarak bitirebilmek için bu gibi vasıtaları hiç bir zaman kullanmaz. Hileyi hatta kanun: XII lavha kanunu Tutela'da (vasinin hiyaneti halinde) tenkil ediyordu; Plaetoria kanunu küçüklerle tuzak kurmayı tenkil ediyordu (2) ve nihayet davacı hüsnü niyeti ileri sürdüğü zaman mahkemeler için hususî bir metne ihtiyaç göstermezdi. Diğer başka yargı işlerinde bazı for- müllerin büyük önem ve manası vardı. Böylece, ayrılmış karı koca arasında bir mal taksimi halinde «iyi ve doğru olduğu miktarda» diye yazılırdı. Bir vefa ile satış, bir rehin mukavelesinde «namuslu adamlar arasında adet

(1) M. E. 66 senesinde pretör olan Caius Aquilius yargıçlara, hileye kurban edildiği bir şahıs tarafından iddia edildiği zaman, nasıl hüküm verecekleri hakkında talimat for- müllemişti

(2) Plaetoria K. (m. e: 192) 25 yaşından aşağı olan küçüklerle bu yaşı aşmışlar ara- sında fark yapıyordu ve bir küçükün mağduriyetini mucip olan hileleri siddetle cezalan- diriyordu. Küçüklerle yapılan sözleşmeler, Pretör tarafından tayin edilmiş bir kayyum tarafından incelenmedikçe muteber tutulmıyacağını emretmişti. Bu emre aykırı hareket edilmesi halinde şikâyet etmek hakkı istisnasız surette bütün vatandaşlara verilmiştir.

olduğu üzere» (namuslu adamların istimallerine uygun olarak). «İyi ve doğru olduğu miktarda formülü her hangi bir aldatmaya yer bırakır mı? ve «namuslu adamların istimleri üzere» dendiği zaman hile ve kötü niyetle hareket edilebilir mi? Hile, Aquilius'a göre olmayanı var gibi göstermekten ibarettir. Binaenaleyh, bütün yalanları mukavelelerden uzak bulunduralım. Satıcı attırmayı kızıştırmak için sahta bir alıcı bulundurmamalıdır. Alıcı da, satıcının karşısına bir sahte rakip dikmemelidir. Her ikisi de fiyatı tayin ederken tek bir söz söylememelidirler (1) Quintus Scaevola satın almak istediği bir arazinin fiyatının kendisine kesin olarak bildirilmesini istedi; satıcı fiyatı bildirdiği zaman Scaevola kendisine yaptığı fiyat takdirinin daha fazla olduğunu söyledi ve bedele 100.000 sesterce daha ilâve eyledi. Bu tarzda ancak namuslu adamların hareket edebileceğinde kimse ihtilafa düşemez (2).

Bu hareket tarzının namuslu adamların hareket tarzı olmakla beraber işlerini akıllıca gören adamların hareket tarzı olamayacağı belki söylenebilir; ve malını değeriinden aşağı satmış adama benzetilebilir. İşte fânalıkta bu düşünüştür. Doğruluk ile menfaatların akıllıca idaresini birbirine zid iki key haline koyuyorlar: Bu hususta bir az fazla muktesid (tutumlu) diye şöhret bulmuş olan Ennius şunları söylemiştir: «Kendisine iyi hizmet etmeği bilmeyen kimse uslu bir adam değildir.» Ennius'un bu sözünü tasvib edebilmem için bir kimsenin «kendisine iyi hizmet eylemesi» tarzında anlaşmış olmam lazımdır

Panetius'un bir talebesi olan Rodoslu Hekaton'un Tuberon'a ithaf eylediği eserinde şu sözleri yazmış olduğunu görüyorum: «Yürürlükte olan adetlere, kanunlara ve müesseselere aykırı bir şey yaymamak şartile malına ihtimam etmek akıllıktır.» Biz yalnız kendimiz için zengin olmak istemeyoruz, çocuklarımız, yakınlarımız; dostlarımız ve hususile devletin menfaati için zengin olmak istiyoruz. Feidlerin gelirleri, servetleri devletin servetini vücade getirir. Hekaton ahlâklı Scaevolanın nakleyediğim hasbiliğini muhakkak ki zevkine göre bulmayacaktı. Çünkü serveti arttırmak usullerinden yalnız kanun ve adetlerin kabul eylemediklerini kabul etmiyor. Bu düşünce de ise övünmeğe değer ve kendisinin sözlerinden fazla memnun olmakığımızı icabettirir bir şey yoktur. Fakat hile yapmacık yapmak ve saklamak ise hilenin karışmadığı pek az iş var demektir; namuslu adam, etrafına elinden geldiği kadar iyilik

(1) «Söz bir Allah bir» Türk Ata sözü. «Satıcı aynı şey hakkında iki muhtelif fiyat istememelidir.» (Platon; kanunlar, XI, 917 b).Pazarlıksız satış mecburiyetine dair K: No 3489

(2) «Adamın iyisi alış verişte belli olur.» Türk Ata sözü

eden ve kimseye fenalikk etmeyen kimse ise namuslu adam bulma epeyce güçlük çekeceğiz. Netice olarak diyelim ki fenalık yapmakta faide yoktur namuslu adam olmak daima güzel bir şey olduğundan ma faidelidir.»

Cicero; ödevler; 3. XVI. «Gayri menkul mallarda medeni kat-satıcının malın bildiği kusurlarını söylemesini emrediyor:

XII lavha kanununa göre satıcı, yalnız alıcının açık bir surette tığı sormalar üzerine verdiği beyandan türü sorumlu bulunuyordu; rumluluğu alıcının maluz kaldığı zararın iki misli idi. Hukukcuların hatları da kasten susmağı cezalandırıyordu (1).

Filhakika Hukukcular satıcının, gayri menkulde bildiği bütün surlardan, o kusurlar açıkça bildirmiş olmadıkça sorumlu bulundu; içtihat etmişlerdi... ..Caton'un hükmü, iyi verilmiş bir hüküm ol telâkki edilecekse buğday taciri ve sihhî olmayan evin sahibi sus-la ena hareket etmiş oluyorlar. Hısımlarından biri olan M. Marius tidianus, C. Sergius Orata'ya, bir kaç sene evvel kendisinden satmış olduğu bir evi tekrar kendisine satmıştı. Ev, Oratanın satmış ol zamanda olduğu gibi satın aldığı zamanda da bir irtifakla mük bulunuyordu. Fakat Marius evi satarken bunu bildirmeğe lüzum memişti., buna bilinen şeyi bildirmek denir ki abestir; fakat iş iht mahal verii ve tribunala sevk edildi. Crassus Orata lehine, Antuavi Gratidianus lehine müdafaalarda bulunuyorlardı. Cassus dar hü dermeyen eyleyordu: «Satıcı bildirmedığı bir kusurdan sorumlu Antuvan ise dar hukuka karşı nasafeti ileri sürüyor ve diyordu ki: gius bu kusuru bilmeyor değildi, çünkü evi bizzat kendi satmıştı. D ki ona irtifaktan bahsetmeğe lüzum yoktu. Orato da aldatılmamıştı. Ç satın aldığı şeyin hukukî vaziyetini biliyordu.» Ne için bu kadar veriyorum? Bizden evvelkilerin hile ve kunnazlığı sevmediklerini termek için.»

Cicero, ödevler 3, XVII. «Bir taraftan kanunlar; diğer tar filosoflar hileyi tenkil ederler; fakat tenkil tarzları aynı değildir nunlar positif (müsbet) tenkil tarzı kullanırlar, filosoflar ise l karşı akli ve zekayı koyarlar; Akıl her türlü tuzak kurmaktan, he lü yapmaktan, her türlü aldatmadan kaçınmağı emreder. Bir a mek, içine çekmedikten, içine itmedikten sonra bir tuzak kurma

(1) Satılan malın tabiatına göre teslim edilmesi asıl olarak (prensip olarak) mıdır. Eğer ayıp, alıcının işi aktetmeden evvel göremeyeceği vaziyette ise ayıbı b miş olan satıcı sorumlu tutulurdu.

BORÇLAR HUKUKUNUN KAYNAKLARI

sayılır denecektir. Vahşi hayvanlar bile bir avcı tarafından takip e medikleri halde iahi bir tuzağa dükerler. Bir evin satılık olduğunu i eyleyen lavha, içine bir ihtiyatsızın gelip düşeceği bir tuzaaktan ba bir şeymidir? Bu hareket tarzı etrafı sarmış olan ahlaktaki bozukl tan ötürü efkârı umumiyeye takbih edilmeyor; bu hareket tarzını nun ve içtihatlar cezalandırmıyor; fakat tabiat kanunu (tabii huku yasak ediyor. Çünkü dediğim gibi — ki tekrarı asla fazla değildir. bütün insanları en geniş bir cemiyette toplayan ve birleştiren bir l vardır. Halbuki aynı ırktan olan insanlar arasında daha dar bir bir vardır; aynı şehir (devlet) hemşehrileri (vatandaşları) arasındaki lik ise daha dardır. Bu sebepten atalarımız gentium hukukunu vat daşlar arasındaki münasebetleri tanzim eden medeni hukuktan ay dılar. Medenî hukukun (jus civile) hükümlerinin hepsi gentium hul kuna girmez; fakat gentium hukukuna ait olan hükümler medenî hul ka da şamil olmalıdır. Gerçektir ki som hukukun (halis, saf hukuku ve onun kızkardeşi olan adaletin sert bir tunca dökülmüş resmine (ti saline) malik değiliz; elimizde hukuk ve adaletin timsallerinden anc bir taslak vardır. Bari bu taslakın hareketimizi tanzim eylemesine ta rı müsaade etsin. Bu taslağı çizenlere Tabiat ve Hakikat modellik etm tir. «Seninle ve verdiği garanti ile zarardan emin olayım» gibi form lerin kıymeti çok büyüktür. «Namuslu adamlar arasında yakışık alır ; kilde ve hileden temiz bir tarzda» gibi formül ağırlığınca altın değer dedir. Fakat namuslu adam denilebilecek adamlar kimlerdir? Namuslu hareket etmek nasıl olur? İşte büyük mesele. Büyük keşiş Quintus Sce vole en ağır basan hükümlerin içinde hüsnü niyet tabiri en çok tatbi mazhar bir tabir idi: vesayette, şirkette, rehinle ödünç almada (bir g ibin işlerine ihtimam eylemeği iltizam ettiren bir akid olan) vekâlet alım ve satım da, icare-i âdemi de yani adam kiralamada (hizmet akdi yer kiralamada ve medeni hayatın bütün tasarruflarında tatbik edilir. Akti yapanlar arasında çıkan bütün uyuşmazlıkları çözmek ve bütün l hallerde mes'uliyeti sınırlandırmak için çok kuvvetli bir fikir ve zekâ; malik bir yargıç olmak lazımgelir; hususile ki daima mukabil efkârı hayatı bilmek, ihtiyatlı olmak gibi geçmek isteyen fakat bunlardan tam mile ayrı bir şey olan tilkiliği muamele sahasını dışına sürmek lâzar dır.

Hakiki ihtiyat iyi ile kötüyü ayırmaktan ibarettir; tilkiliğe gelinc eğer her bayağı hareket bir kötülük ise kötülüğü iyiliğe üstün kılan b haldir.

Tabii adalet duygusundan çıkmış olan medenî hukuk hile ve inat

kötüye kullanmağı yalnız gayri menkul satışlarında cezalandırmıyor; kul satışında dahi satıcının her çeşit aldatması yasak edilmiştir. Edillerin bir emirnamesi mucibince esir satan kimse sattığı esirlerin sıhhatinden, onların serkeşliklerinden, üçüncü şahıslar tarafından haklarında yapılan hırsızlık iddiasından ve bilmesi lazım gelen her şeyden sorumludur. Fakat kullar miras ile iktisap edilmiş olunca iş başkalaşır. Tabiat, hukukun kaynağı olduğuna göre tabiat, bir kimsenin bilmemezliğinden menfaat elde etmek için yapılan hareketleri tenkil eder. Hayatta, tilkiliği (hin oğluluğu) yüksek bir zeka olarak kabul etmek gibi bir felaket tasavvur edilemez; faydeli ile ahlakın zaruretleri arasında var gibi gözüken ihtilaf- ların kaynağı hep bu kötü kanaattir.»

14 — Ripert, eserinde hüsnüniyet hakkında şunları yazar: «ahlakî ödevlerin kanunî borçlara çevrilmesi cemiyet içinde adaleti egemen kılmağa ve yaşatmağa kâfi gelmez. Bir kimseye zarar vermemek ödevi, ancak suçlu veya ihmalkâr bir iradenin hatalı bir fiili neticesinde zarar husule getirmiş olması takdirinde müeyyedeğe mazhar olur. Bu irade muntazam, usulünde yapılmış bir hukukî muamelenin içinde kalmış bulundukça fiilin meşruluğu, kastin suçlu olması üzerindeki bütün tartışmaları önlemeğe kâfi gelir.»

Bundan sonra Riper medenî kanunun kastlarla uğraşmayı muamelelerle meşgul olması ve böylece ahlak ile hukuk arasında keksin bir ayrılık yapmak lazım geleceği hakkındaki düşünceleri; hüsnüniyetin müka-fatlandırıldığı; hukukun istikrar ve emniyet istikametlerinde inkişaf eylemesine göre teknik usullerin muntazam bir tarzda kullanılmasının muameleye itiraza yer bırakmayan bir meşruiyet vereceğini iddia edenlerin fikirlerini şöyle anlatıyor:

«Bu sebepten insanın, ceza kanunu bile kasti; bir icra başlangıcının bulunması halinde cezalandırınca medenî kanunun artık kasti bir tarafa bırakıp fiillerle meşgul olması lazım geleceği kanaatine sapacağı gelir. Medenî kanun hukuk subelerinin emrine teknik şekiller ve kalıplar vermektedir; şubeler iradelerini bu kalıplara dökmektedir. Teknik şeklin muntazam ve usulünde kullanılması failin kastını korur ve meşru kılar. Ahlâk ile hukuk arasındaki fark muntazam bir fiilin, failin suçluluğu bahanesile iptal edilmesine müsaade eylemez. Kurnaz adam kanunun dış kenarında yaşamağı bilir. Hukukî telakki ile ahlâkî telakki arasındaki bu mutlak ayrılığa karşı hüsnüniyetin hukukumuzda işgal eylediği yeri göstermek suretiyle cevap vermek pek kolaydır. Bir çok hallerde kanun ve mahkemeler hüsnüniyetle hareket etmiş kimse ile, vaziyetinin ve ikti-

sap sebebinin fesadını bilmesinden ötürü suiniyeti dolayısıyla daha fena muamele görmesi lâzım olan kimse arasında fark yapmaktadır.

Hüsnüniyetin hasıl ettiği neticelerin, kanuna uygun bir tarzda hareket ettiğini sanan bir kimseye mükâfat olarak verilmekte olduğunu ve bu mükâfatlandırma fikrinin, suiniyet sahibinin cezalandırılmakta bulunduğu fikrine üstün tutulması lazım geldiğini söyleyenler oldu. Fakat birini mükâfatlandırmak haddizatında diğerini cezalandırmak olacağına göre fark kpek fazla indirdir. Fazla olarak bu iddia doğru da değildir; çünkü hüsnüniyete bağlı neticeleri talep eden kimse, normal kakideye muhalif olarak hüsnüniyetini de ispat ile mükellef değildir. Çünkü hüsnüniyetin vücudü asıldır (Türk M. K. Mad. 3).

Breton, hüsnüniyetin medenî neticeleri hakkında yazdığı bir makalede «Normal olan hukukî kaidelerin neticelerinin hüsnüniyet sahibi kimse olarak bertaraf edildiği» hususundaki geleneğe uygun fikri müdafaa eylemektedir. Fakat normal kaide nasıl tarif edilebilecektir? Breton, hüsnüniyet ve suiniyet fikirlerinden mücerret olarak tatbik edilecek kaideyi normal hukuk kaidesi olarak kabul etmektedir. Ripert Breton'un bu telakkisine « tarafların hareket tarzlarından mücerret olarak bir hukukî kaide tasavvur edilebilir mi? » diye cevap vermektedir.

Pratikte suiniyetin cezalandırılması gözükmektedir. Suiniyetin isbatı, hukukî bir kaide ile iktisap eylemiş olduğunu sanan bir kimseyi hakkından mahrum etmektedir. Böylece normal hukukî kaidenin tatbik edilmesinin kabul edilmemesinde suç dolayısıyla verilmiş bir medenî ceza yok mudur? Bu vaziyet karşısında suiniyetle hareket etmiş kimsenin düşmesi (sukut etmesi) veya ceza görmesi eski cezaî fikirlerin hala medenî hukukta yaşamakta olduğunu göstermiyor mu; ve acaba hukukun terakkisi bu fikirlerin atılmasından ibaret olmayacak mıdır? Medenî hukuk ceza hukukundan ayrılacaktır ce bu ayrılma modern hukuk koyucusunun hukuk ile ahlâk arasında koymak istediği kesin ayrılığın ifade ve izharı olacaktır.

Hukuk telâkkisinin insanlar arasındaki münasebetlerde istikrar ve emniyet istikametinde gelişmesine göre yukarıdaki fikirler müdafaa edilebilir. Teknik şekillerin usulünde kullanışları faaliyete kusur izafe edilemeyecek bir şekil verir. Şekil, kasttaki kirliliği himayesi altına almıştır, çünkü içtimâî münasebetler görünüşe istinad eyler. Hukukî muamelelerin faal olması nisbetinde emniyet ihtiyacı zaruret halini alır. Ahvali şahsiyenin ve hakların aleniyetinin tanzimi, şekilciliğin yeniden doğması, zahiri mülkiyet nazariyesi, müşterek hata hakkındaki eski düstürün muhafazast emniyet arzusunun tezahürleridir. emniyetin ilmi bir tahliline

VASFİ RAŞİT SEVİC

alizine) tevessül edildi. Demogue emniyeti statik ve dinamik (yani vazeneli bir halde duran ve hareket halinde bulunan) olmak üzere çeşite ayırdı. Emniyet kavramının bu muhtelif görünüşü, kavramın eşikliğini (mürekkep oluşunu) ispat eder ve bununla da öne sini izhar er.» Ripert arz eylediğim mütalaaları şöyle cevaplandırma s'adtr:

«Bu itirazlarda bir hakikat payı vardır, Hukukî muamelelerdeki 'at ve emniyet bazen görünüşün gerçekliğe üstün tutulmasını icabetti, daha doğrusu hukukî şeklin görünüşü altında ne gibi bir gerçeklik lunduğunu araştırmağı meneder. Bununla ahlâkın iktisada kurban edil- sinin büyük bir zararı ve önemi olmaz. Ağır ve korkunç olan şey şek- bu zaferini göre göre insan, şekli bir gerçeklik olarak almağa baş- or; şekil, ya hukukun sırf devletçi telakkisi yolu ile veya hukuk fikri- ı, faaliyetin intizamı inancına irca edilmek suretiyle gerçeklik olarak nıyor. Bu zihniyetin tesirile sosyalist bir hukukcu olan Emanuel Levy rorki; «hukuk, hukuk olduğunu sandığımız şeydir.» Bu gibi düstürları ldiye almakla hukuku ancak genel bir inanca istinad ettirmeğe varılır; ni fikrin garip bir sapıtması ve bozukluğu ile hakikati müşterek ha- ya istinad ettirmeğe varır.

Bu gibi telakkiler karşısında ticaretin işlenmesi ugruna ahlakta fe- kârlık eildiği takdirde bu fedakârlıkların hepsi ahlâksızlığın zaferi irak alınabileceğini iddia etmek lâzımdır. Binaenaleyh yapılacak fe- kârlıklar ahlâksızlığın zaferinin fazla küstah ve haşin olmamasile mu- yyettir. Bu fedakârlıklara ancak, fiiln adelete ve ahlaka-ayrılığı aşkâr nadığı ve yalnız sanıldığı zaman müsamaha olunabilir. Fransız me- ni kanunu bize hukukî kaidenin ahlaki kaideye karşı üstünlüğüne mu- lif bulunduğuna dair misaller vermektedir: Beyyine olmadığı zaman mine müracaata müsaade eyleyor (1).

(1) Borçların sukutu sebepleri arasında müruru zaman da yer alır. Müruru zamanın kiki neticesi alacaklinin dava hakkını düşürmesidir; borç duruyor, mutalebe kalkıyor. İruru zamana uğrayan borç tabii borç olarak yaşamakta, edaya ehliyetini muhafaza nekte ve hattâ ikrar ile tekrar medenî borç halini almaktadır. Müruru zamana uğramış ırcun tabii borç olarak kalması vereceğinin ödemediği bir vereceği vermekte vicdanî ırcu bulunduğu kanaatine dayanır. Fransız medenî kanununda amele ve hizmetçilerin acakları 6 aylık bir müruru zamana tabidir; buna «kısa müruru zaman sistemi adı ve- ir ve istisnâ hükümlere tabi tutulur. Adet olan bu işçilerin alacaklarının derhal veril- esi ve mukabilinde makbuz alınmamasıdır. Altı ay zarfında istenmemiş olan bu ala- ıkların, vereceğisi tarafından ödenmiş olduğu kabul edilir. Fransız medenî K. Mad. 2275 acaklıya müruru zamandan sonra dahi vereceğlisine yemin tevcih etmesine müsaade ler. Böylece vereceğli yalnız müruru zaman definde bulunmakla kurtulamaz, hasmî erse yemin de etmeğe mecbur tutulur. Ripert bu hali ikinci bir misal olarak zikreder.

Medenî kanunun tekamülü asla kastin aramasını bertaraf eylemeğe şüphe dahil değildir. Bunun aksine ve tersine olarak denebilir ki hukuk, hak sahiplerinin hüsnü niyetlerini nazara aldığı nisbette tekamül eyleyebilir. Roma hukukunun tekamülü de hüsnü niyet fikrinin tekamülü ile temayüz eylesenir. İsviçre (ve Türk) medenî kanunu 2 nci ve 3 üncü maddelerinde hüsnü niyet hakkın ve her boccun hüsnüniyetle kullanılacağını emretmektedir.

Bizim Fransız kanunumuzda bu kadar geniş ve genel prensipler yoktur; fakat ahlâk fikirleriyle yüklü ve hukukî şekillerin karanlık atölyesine düşenler demeti sokan eski darbimeseller: «kuunaza müsamahakâr davranmamalıdır»; «hile her şeyi bozar, ifsad eder» ve nihayet «Dar bir tefsir büyük haksızlığa sevkeyler» hala Fakültelerde ve Adalet saraylarında öğretilmektedir. Yargıç bu düstura yardım ile ruhların üzerine eğilir ve danları muayene eyleyebilir. Nasafeti hakim kılmağa çalışır ve doğru olan kanuna kanunun verdiği kadar fazla veremezse de ruçlunun elinden iktisap niş olduğunu sandığı hukukî vaziyeti alabilmek kudretini haiz olur».

15. — Profesör Sauser-Hall İstanbul Üniversitesinde Fransızca olarak verdiği sekiz konferansın beşincisini İsviçre Medenî K. Hüsnü niyete adanmıştır. Sauser-Hall hüsnü niyet mefhumuna verilen büyük önemi belirttikten sonra diyor ki: «İsviçre Kanunu bu kavramı benimsemekle hukukî tekamülün genel temayülünü takip etmekten başka bir şey yapmamıştır. Yalnız İsviçre kanunu kavrama, diğer kanunların veremediği gibi bir şumul, genel bir şumul vermiştir. Kavram en ziyade borçlar hukukunda yer alır ve ödevini en müessir tarzda borçlar hukukunda görür. Fransız hukukunda da böyledir; Kodsivilin 1134 üncü maddesi «usulünde tikkül etmiş mukaveleler onu yapanlar için kanun hükmündedir . . . hüsnü niyetle yapılmalıdır. Alman kanun koyucusu da hüsnü niyete aynı manayı vermekte ve medenî K. 157 inci maddesi «Mukaveleler, hüsnü niyetin ve ticarî adetlerin icabettirdiği tarzda yorumlanmalıdır.» diyor. Her iki kanun da, hüsnü niyetin tatbikini mukavelelere hasreylemiştir. Fiilyatta ise kazaf kararlar daha ileri gitmektedir. İsviçre kanun koyucusu hüsnü niyete saygı prensibine derhal en geniş bir şumulu vermede başarılı gördü ve pensibe bütün hususî hakları himayesi altında alabilmek için bir çevre verdi. İsviçre ve türk kanun koyucuları tarafından hüsnü niyete verilen önem pek büyüktür, positif hukukun hükümleri, her an hüsnü niyetle işte hüsnü niyeti emreyleyebilir. Binaenaleyh hüsnüniyetin hukukî manasını tesbit etmek lâzımdır. Ferdlerin servet ve şerefleri hüsnü niyet kavramının açıklanması ile doğrudan doğruya ilgilidir. Hüsnüniyetin hukukî manasının açıklanması ilk bakışta gözüktüğü ve sanıldığı gibi kolay değildir. hakikat Almanyada 1860 ile 1870 arasında cereyan eylemiş ve gürül-

tüler yapmış bir davadan pek iyi anlaşılmaktadır. Bu şöhrete eren bu dava hukuk tarihinde Gollmeglin gayri menkulleri adı ile tanınmaktadır. Davada taraflardan birinin hüsnü niyetini takdir etmek lazımgeldi. Buna muvaffak olabilmek için altı fakülteden ve iki büyük romanist olan Waechter ve Bruns'dan istişarî mütalâalar almak lâzım geldi. Bu mütalâalar Modern doktrinin, hüsnü niyetin tayin ve takdirinde gözüken iphamları kaldırmak için yaptığı mesaiye kaynak olmuştur.

Gerek İsviçre ve gerek Türk medeni kanunlarında hüsnüniyet tabiri tarif edilmemiştir ve daima da aynı manada kullanılmıştır. Bu hakikat İsviçre med. K:nun Almanca metininden çıkmaktadır: 2 inci ve 3 üncü maddelerde, fransızca ve türkçe metinlerde olduğu gibi aynı kelime kullanılmıştır. 2 inci maddede fransızca ve türkçe metin» hüsnü niyet «tabirini kullanır; almanca metin ise «vefa ve inanç» diye tercümâ edebileceğimiz bir tabir kullanmıştır: «Treu» (sadakat, vefa) «und» (ve) «Glanbe» (vefaya inanma; verilmiş sözün tutulacağına inanma). M. K. nun 3 üncü maddesinde ise Fransızca, Türkçe, Almanca metinler aynı tabiri kttlanmakta birleşirler. «Hüsnü niyet», «bonne foi», «Gute Glauben» (1).

Binaenaleyh bu tabirlerden birincisi objektif ikincisi subjektif hüsnüniyet diye birbirinden ayrılıyor. Almanca «vefa ve inanç» tabiriyle ifade edilmiş olan objektif hüsnüniyet «doğruluk» demektir: herkez haklarını kullanmakta ve borçlarını yerine getirmekte doğruluğa, istikamete riayet ile kusursuz hareket etmekle mükelleftir. Kanun koyucusu 2 inci maddeye. her hak sahibini hüsnüniyetin icaplarından ilham almağa mecbur eden bir umumî ahlâk kaidesi ifade ettirmek istemedi. Yalnız hukukî münasebetlerde tarafların uymağa mecbur olduğu bazı istimler (adetler) olduğuna işaret eylemek istedi; taraflar bu istimallere uymazlarsa ne haklarını kullanırken ne de borçlarını yerine getirirken doğrudukla hareket etmiş olamazlar. Demek ki medeni K. nun 2 inci maddesi, hukukî münasebetin çeşitine göre tabiatile değişen ve tarafların riayet eylemeğe mecbur buldukları bazı kaidelerin vücudünü farz ve kabul eyliyor. Bu kaidelerin objektif varlıkları vardır; yani tarafların iradeleri dışında ve iradeleri üstünde olarak mevcuttur. Bu kaideler tarafların içinde buldukları vaziyetten çıkmakta ve onları, adeta, istimale ve ticarî adetlere uygun bir harekette bulunmağa mecbur bırakmaktadır. Medeni K. nun 3 üncü maddesinde bahis konusu olan subjektif hüsnüniyete gelince, bu herkezin riayete mecbur bulunduğu genel bir

(1) Gerçe niyet kelimesi fransızca «foi» ve almanca «Glauben» in tam karşılığı değildir. Foi, vefadır; niyet ise müstakim olmak, doğru olmak niyeti» masına göre «foi» nin mukabili oluyor.

ahlaklılık kaidesidir: İnsanların hukukî münasebetlerinin temelinde bulunan ve o münasebetlerin esası olan genel bir ahlaklılık kaidesidir. İnsanların haklarının doğmasının, doğabilmesinin şartıdır. 3 üncü maddeye göre bir insan subjektif tarzda hüsnüniyeti haizdir. İkinci maddeye göre de objektif hüsnüniyet dairesinde, hüsnüniyet kaidelerine göre hareket eylemektedir. Bu iki çeşit hüsnüniyet ayrı ayrı şeyler olunca Prof. Gmür'un, meşhur olan şerhinde demiş olduğu gibi bir insan subjektif hüsnüniyete malik olmadan objektif tarzda hüsnüniyetle hareket edebilir veya subjektif hüsnüniyeti olduğu halde objektif hüsnüniyetten mahrum olabilir. Meselâ bir insan Çalınmış bir eşyayı bu gibi çalınmış eşyalar satan bir mağazadan hüsnüniyetle niyetle alabilir. Fakat aleyhine, verdiği para kendisine ödenmek şartıyla (M.K. Mad. 902) istihkâk davası açıldığı zaman malî iade etmemek için yalan ve dolana tevessül suretiyle objektif hüsnüniyetten mahrum bulunabilir; iade borcunu hüsnüniyet dairesinde ifa etmekten kaçınmış olur.

Objektif hüsnüniyet — Objektif hüsnüniyetin adetlere, adap ve ahlaka, işlerdeki doğruluğa uygun bir hukukî faaliyet olduğunu söylemiştim. Bu hususta takıpkı edilecek kaidelerin hukukî münasebetlere göre değişeceği tabiidir. Fakat bu kaidelerin kanun tarafından teferruatile formüleştirelmemiş olmaları ve binaenaleyh kanunun dışında aranmaları lüzumundan ötürü onların hukukî kaidelerden olmadıklarını sanmak hata olur. Bu kaideler, örf hukukunun kaidelerine eşittir; hatta bu kaideler, uzun bir istimal ile yerleşmiş bulunuyorlarsa hakiki örfü vücade getirirler. Bununla beraber 2 inci madde mezkûr kaideleri, ilgililerin onlara riayet eylemelerini mecburî kılmak suretiyle ve bu vasıta ile medenî kanuna sokmuş bulunuyor; doğrudan doğruya olmasada yine de medenî kanuna sokmuş bulunuyor, vasıta ile sokmuş oluyor. Böylece İsviçrede yalnız federal kanunların ihlal edilmelerini tetkik ile görevli bulunan federal mahkemesi, objektif hüsnüniyetin tayinine yarayan bir istimalin veya adetin ihlal edilmiş olmasının federal mahkemesi önünde itiraza mahal vereceğini değişmeyen ve yerleşmiş bir içtihat ile kabul etmektedir; çünkü bu kaideler, medenî K. tarafından zimmen kabul edilmiş bulunmaları dolayısıyla federal hukuk kaideleridir. Reichel, meşhur olan M. K. şerhinde «hüsnüniyete göre alınmış bir karar gerçekten bir hukukî karar olarak kalır» der. Objektif hüsnüniyete olan kaidelerin amacı kanunun metnini düzeltmek değildir, sadece tamamlamaktır.

Objektif hüsnüniyeti müeyyede altına alan 2 inci madde yalnız, yargının hareket tarzını tayin etmiyor; bizzat taraflara da hitab ediyor: **Taraflar hukukî vaziyetlerini asla sui istimal etmemelidirler** itidal ile ha-

: eylemelidirler. Kanun, hükümlerinin olaylarla çakışmadığı, mukarerin haksızlıklar vücutte getirdiği yerlerde tarafların karşılıkdakarlıklar yaparak bir anlaşma zemini araştırmalarını onlara vazife kılıyor. Bu vazifelerine riayet etmek istemeyecek taraflar mamalıdır ki yargıç, kendilerinin yapmadıklarını yapacak ve onbirbirine olan itimadlarının sarsılmamasını koruyacaktır; bunun için için bulup tayin edeceği doğru ortayı kendileri arayıp bulmaktan kataraflar bu hareketleriyle bir şey kazanmış olmalarıdır.

Subjektif hüsnüniyet. â Sauser - Hall subjektif hüsnüniyete, bazı arın ve bazı olayların bilinmekte veya bilinmemekte olmasını farzmesi dolayısıyla asıl hüsnüniyet budur dedikten sonra şöyle devamır: «Doktrin de şu noktalar tartışmalıdır:

- 1) Subjektif hüsnüniyet bir insanın bir hak iktisap ederken başkasına zarar vermemekte bulunduğu kanaatinden ibaret midir?
- 2) Yoksa insanın bir hak iktisap ederken iktisabına engel olan bir vaziyeti sadece bilmemesinden ibaret midir?
- 3) Veya bu bilmemezlik ancak makul ve meşru olmak şartile mi hüsyete vücut verir?

Almanyada uzun zaman üstün tutulmuş bir nazariyeye göre bir kimin hüsnüniyet sahibi olarak telakki edilebilmesi için o kimsenin hiç hakkı ihlal eylemediği hususunda samimi bir kanaati haiz bulunması lâzımdı. Bu nazariyeyi «Pandek hukuku» adlı eserinde müdafaaş olan büyük romanist Windscheid «usucapio» da hüsnüniyeti» bir senin eşyaya temellük etmekle kimseye karşı maddi hiç bir haksız yapmadığı hususundaki inanç» şeklinde tarif eylemişti. Reichel İsmail K. şehrinde bu noktai nazarı kabul etmiştir.

Fakat Savigny bugünkü Roma hukuku sistemi adlı eserinde hüsnüt kavramını münhasıran menfi bir kavram haline getirmiştir. Bir senin hakkını iktisap ederken bu muamelesi ile bir başkasına zarar nedigine inanması lâzım değildir dedi; zarar vermekte olduğunu bilmemesini kâfi görür. Savigny'nin bu noktai nazarı Bal üniversisi Profesörü Wieland tarafından kabul edilmiştir. Wieland, Profesör İsmail Hakkı Karafaki tarafından Türkçemize çevrilmiş olan eserinde kıyetin iktisabına engel olan kusurları bilmemek halinde hüsnüni n bulunduğunu kabul ediyor. (1)

(1) Prof. İsmail Hakkı Karafaki Wieland'ın fikrini şöyle naklediyor: «Hüsnüniyet ba mani olan fesatları, hususile noksan olan mülkiyeti bilmemektir. Eğer iktisap kimse o şeyin, mülkiyeti muhafaza kaydıle mukayyet olduğunu biliyoridise hüsnüniyettir. (Aynı haklar; I. inci kısım: Mülkiyet; ikinci basım 1947; mad. 714 (Türk M. ad. 687) şerhi sah. 340; d; bb)

Üçüncü nazariye Alman kanun koyucusu tarafından açık bir tarzda edenî kanun gerekçesinde formüllendirilmiştir: «877 inci madde isnüniyetten, mülkiyeti iktisap edenin onu ferag edenin maliki olmağı hususundakki, ağır bir hataya istinat etmeyen bilgisizliği gibi menfi r hadiseyi anlamaktadır.» (AL.M.K. gerekçesi cilt III sah. 34(matlap: isnüniyet). İsviçre federal mahkemesi, içtihatları ile Alman kanun koyucusunun noktai nazarını kabul etmiştir. Prof. Sauser - Hall medenî anununda Alman kanun koyucusunun koymuş olduğu nazariyeyi kabul miş olduğunu iddia eylemektedir. Türk med. K. Mad: 932 suiniyeti şöy- : tarif etmektedir: «bir aynı hak, tapu siciline yolsuz olarak kaydedil- iş ise, bunu bilen veya bilmesi lâzımgelen üçüncü şahıs bu tescile isti- at edemez. «Bu tarifiñ mefhumu muhalifinden yani tersinden hüsnüni- etin tarifi çıkartılabılır: hüsnüniyet, fiili halin veya hukuki kusurun bi- nmemesinin mazur görülebilmesini icabettirir. Gmur, meşhur olan şer- inde «fiili bir vaziyeti, veya olayı kusurlu görülemeyecek tarzda bil- emektir» diyor. Bilmemek bir hatanın neticesi ise hüsnü niyet mevcut maz ve ilgili kimse de suiniyet sahibi sayılır. Keyfiyetin İsviçre ve Türk edenî kanunlarında da böyle olduğuna, 3 üncü maddenin 2 inci fıkra- önünde şüphe edilemez: «ancak icabı hale göre kendisinden beklenen timanı sarfetmeyen kimse hüsnü niyet iddiasında bulunamaz.» 3 ün- i maddenin zikredilen 2 inci fıkrasına göre hüsnü niyet her hangi bir ırzda vaki dikatsizlik neticesi olarak zail olmaz; hüsnü niyetin zail labilmesi için insanın bütün vaziyet ve hareket tarzlarının, diğerleri- in menfaatleriyle ciddi bir tarzda ilgilenmediğini, kaygulanmadığını gös- eren bir kayıtsızlığını meydana vurmağı lâzımdır. Hüsnü niyetin zail ola- lmesi için insanın, sarfedeceğı ufak bir dikkat sayesinde, haklarını ik- saba mani bir engelin bulunduğunu sezebileceğı halde o ufak dikkati ile sarfetmekten kakçınacak kadar kayıtsız ve laubali olması lâzımdır.

Hüsnü niyetin bu menfi mahiyeti hüsnüniyetin lehine bir karine ka- ul ettirmiş ve suiniyetin onu ileri süren kimse tarafından isbat edilme- ni zaruri kıldırır. «Bir hakkın doğumu için kanunen hüsnü niyet irt kılınan hallerde asl olan onun vücududur.» (Mad. 3 fık. I). Hüsnü- iyete lehine bir karine kabul edilmiş olması da pek tabiidir; çünkü menfi bir fiilin isbatı mümkün değildir denebilecek kadar güçtür. Halbu- ki suiniyet maddi fiiller icabettirdiğinden daha kolaylıkla ispat edilebilir. öylece gerek fiili ve gerek hukuki vaziyetin hakikatının bilinmesi ve- a bilinmesinin lazım olduğu hallerde hüsnü niyet zail olur; hatta mu- akeme düşünüşe dayanan bir fikir elde edebilmek için vaziyeti ciddi

tarzda ve bizzat incelemegi ihmâl etmiş bir kimse de hüsnü niyet yoktur.

Subjektif tarzda hüsnüniyet sahibi olan kimse mazur görülebilecek bir hatayı; fiili veya hukuki bir hatayı ileri sürebilir. Fakat ahvalin ıcabettirdiği dikkat ve basireti her hangi bir sebeple göstermemiş kimse- nin hatası, hafiflik göstermek veya kendisine fazla güvenmekten doğuyorsa mazur görülebilecek hatalardan değildir.

Subjektif hüsnüniyetin amacı Objektif hüsnüniyetin amacı gibi muamelelerde emniyeti imkân nisbetinde sağlamaktır. Bir işe, kendisinden normal tarzda beklenen dikkati, lâzım olan malûmatı alarak ve ihtiyatla hareket ederek emniyetle girmiş kimse korumalıdır; hatta iktisap ettiğini sandığı hakta bir aksaklık olsa dahi korunmalıdır.

Kanun koyucusu tarafından hukuka böyle bir takyit yapılmış olması çok isabetlidir. Hukuki münasebetlerde umumî ahlak seviyesinin, yavaşta olsa yine de emin bir tarzda yükselmesine hizmet edecektir. Kazai kararların hileyi, en son siperinde dahi takip eylemesi neticesi olarak iş adamları ve halk hüsnüniyet kaidelerine uymağı âdet edineceklerdir. Bu hususta Ord. Prof. Esat Arsebük'ün «Hekimlerin hakkı takdiri ve hüsnüniyet» (İstanbul 1927) adlı eserini zikrederim.

16 — Şimdi birazda hakkın sui istimalinden bahsetmek ve işe evvelâ Fransız görüşünün izahiyle başlamak lâzımdır.

Ripert hakkın suistimali nazariyesinin, ilhamını ahlaktan aldığını ve hukuk sahasına ölçülü olarak sokulmuş bulunduğunu söyler. Hakkın suiistimalini Fransız hukukcuları mesuliyet kaidelerinin bir tatbik tarzı olarak kabul ederlerse de Saleolles'in içtihadına göre mesuliyet kaidelerinin tatbiki olmayıp hukukun genel bir prensibidir. Çünkü bir ahlak sahibini hakkından iskata ve binaenaleyh hakkını ahlaksızca kullanmış olan kimseye karşı sukutu hakkı tefhim etmekle objektif bir tarzda müsavi olan hakları ayrı ayrı muameleye tabi tutmağa varır. İmdi hakkın sui istimali yasağı bir mes'uliyet meselesi olmayıp hakların kullanılması sahasında bir ahlak prensibidir. Hakkını kullanırken bir kusur işlemiş bulunan kimsenin mes'ul olacağı ötedenberi kabul edilmiş bir esastır. Kusur, Romalıların «hakkını kullanan, kimseye zarar vermiş olmaz» şeklinde ve mecellenin de 91 inci madesinde «Hukukun caiz görüldüğü şey tazminata esas olamaz» (cevazi şeri zamana münafidir), tarzında ifade eylemiş olduğu prensibi gayri kabili tatbik kılarıdır. Kusur suçlu bulunan kimsenin hakkını kullandığını iddia edememesine imkân vermez. Meccellenin 92 ve 93 üncü maddelerinde bu hakikat daha güzel gözüktür: «mübaşir müteammid olmasa da zamim olur» yani herkes bir başkasına,

doğrudan doğruya yaptığı zarardan dolayı mes'uldur; hatta o zararı istiyerek yapmış olsa dahi; 93 üncü maddede mütesebbip müteammid olmadıkça zamin olmaz.» der; yani bir zarara bilvasıta sebep olmuş kimse ancak kast ile, teammüd ile hareket eylemiş olduğu takdirde tazminat ile mükellef tutulur.

Medenî mes'uliyete ait nazariyenin tartışma konusu kılındığı bir zamanda «hakkın sui istimali» formülü ortaya atıldı; bu formülü ortaya atanlar aynı zamanda medenî mes'uliyeti genişletmek ve bunun için de mes'uliyetin temeli olan kusurun yerine riziko'yu koymak istiyorlardı (1). Riziko'ya dayanan kusursuz bir mes'uliyet ihdas eylemek için gayret sarfediyorlardı. Mes'ul edilecek olan faaliyet idi. Faaliyet ile zarar arasında illiyet bulundukça faaliyet ika eylediği zarardan zamin olmalı idi. Bu iddia her hakkın kullanılmasını zimana munafi kılma sebebi kılma-zdı. İnsan, hakkını ne kadar kullanır ise o kadar kuvvet iktisap eder; ve kuvvet iktisap ettikçe rizikosu artar ve binaenaleyh mes'uliyeti artar. Bu mantıkî vaziyet güç müdafaa edilebilir. Hak sahibinin az çok bir masuniyet elde etmek için yaptığı fedakârlıklar nazara alınmamak suretile muktesep hakkın amelî faidesi yıkılmış olacaktır. Binaenaleyh hakkın kullanılmasında bir tefrik yapmak hür ve gayri mes'ul faaliyet sahasını tahdit eylemek lazımgelir.

Bu tefrik yapılıncı da hakkın sui istimalinden, daha doğrusu hakların sui istimallerinden bahsedildi. Hakkın sui istimali yerine cemi olarak hakların sui istimali denmiş olması sebebi her ayrı hak için ayrı bir analiz (tahlil) yapmak mecburiyetidir.

Bu fikir kolayca kabul edildi. Çünkü zimnen, XIX inci asır hukukcuları için pek kıymetli olan bir fikrin subjektif hakkın mutlak olması fikrini kabul eder. Bir insanın hakkını sui istimal ettiği zaman mes'ul olacağını ileri sürmek aynı zamanda hakkın kanunî bir sınırı bulunmadığını ileri sürmektir. Hak, sınırını ancak kendi mahiyetinde ve sui istimal

(1) «Kusur mevcut bir borcu yapmamaktır; bu yapmamak bir kimseye zarar verdiği takdirde tazmin edilmesini kanun emreder. Kusur, borç ile sıkı bir münasebet hâdedir. Eğer bir kimse, yapmış olduğundan dolayı mesul kılmak istenilen fiili yapımadan evvel bir şey ile mükellef değil idise Kusur bu olamaz. Binaenaleyh zarar vermek kastile hareket edilip edilmemiş olmasının önemi ve kıymeti yoktur. Bir kaç seneden beri hukuktan kusur kavramını atmak ve yerine Riziko'yu kıymak için çok kıymetli eserler yayımlandı. Her kim bir başkası için yeni bir riziko, (tehlike) ihdas ederse doğacak zarardan mesul tutulur.» Planiol Riziko nazariyesinin meselevi olduğu gibi çözülmemiş olarak bıraktığını ve çünkü «bu yeni rizikonun kusur teşkil eden bir fiil, onu ihtas edenin mesuliyetini mucip olacak bir kusur olup olmadığını daima bilmek lâzım geldiğini» söylüyor. (Planiol Cild II No. 863)

firi yardımı ile bulur. Meselâ bir malikin sui istimal ettiği zaman mes'ul olacağını kabul etmek aynı zamanda malike her şeyi yapabilmek, ye kisini veren subjektif hakkı kabul etmek olur; Bundan sonra malik hakkını sui istimal etmemesi ile teklif ederek hakka, kendisini tahdit etmesi imkânı aranmış olur. Faaliyetin serbestçe yapılmasına konan tahdit, hürriyet ve mes'uliyetin klâsik sahasında tasavvur edilmiş oluyor.

Hakkın sui istimalinin bu şekilde anlaşıldığı onu manasız bir hak atıyordu. Bu hususta Planiol'un şu sözlerini nakletmek kâfi gelir. «E yeni nazariye kâfi derecede incelenmemiş bir tabire dayanmaktadır. Hakkın sui istimal teşkil edecek tarzda kullanılması formülü bir kelime g rültüsünden başka bir şey değildir. Çünkü hakkını kullanıyor isem fi lim meşrudur. Eğer fiilim gayri meşru ise sebebi hakkını tecavüz etm ve haksız olarak işlemiş olmamdır. Binaenaleyh kelimelere aldanmama lâzımdır. Sui istimalin başladığı yerde hak sona emiş olur. Bu sebepte her hangi bir hakkın sui istimali bahis mevzuu olamaz. Çünkü tek v ayrı bir fiil hem hakka uygun hem de hakka aykırı olamaz.»

Haklar mutlak olarak alınmazlar. Hakkın sui istimal edildiği mi şahade edildiği zaman çıkacak netice hak sahibinin, hakkının kullanı masını sınırlandıran kanunî sınırları aşmış bulunduğuudur.

Her kese, kusur ile bir kimseye zarar vermesini yasak eden hukul kaide subjektif hakların sınırını teşkil eder. Bir kusur işleyen bu kaid yi ihlâl eder ve binaenaleyh hakkının dışına çıkar. Hakkını zaman nın ve muhitinin normal (tabii) şartları altında kullanmayan kim başkasına yaptığı zarardan mes'uldür; çünkü hakkın bu gayri tabii ku lanılması ile insanların faaliyetlerinin iştirakinden doğan muvazene b zulmuş olur. Gerçe fransz kazai kararları hakkın sui istimali tabiri il hakkın gayri tabii olarak kullanılmasını kastetmiyolar. Kazai içtihatlı rın, hakkın bu gayri tabii istimalini medenî bir kusur olarak kabul e mekte olduklarını kabul eylemek zarureti hasıl oluyor; çünkü mede kusur her kesi başkasına zarar vermemek ödevi ile yükler. Bu ödev zı rar veren fiilin yapılması kolaylaştığı nisbette tavazzuh eder ve dah şiddetli olur.

Bu vaziyette yani, hakkın kullanılması hakkını kullananı gayri mes ul kılmayınca eski Romalıların «hakkını kullanan, kimseye zarar ve mi olmaz» düsturu ile fikhin «kimse, hakkını kullanırken yaptığı zı rardan dolayı mes'ul olmaz» kaidesi ne olmuş oluyor?

Ambrois e Colin ve Capitant müşterek olarak yazdıkları eserlerind (cild II sah. 382) bu kaidelerin ilgasına varılıyor dedikten sonra «y

BORÇLAR HUKUKUNUN KAYNAKLARI

karında yazılı kaidenin, ona bir kaziyenin (önermenin) keskin şide verecek şekilde yapılacak yorumu haksız ve manasız bir sonuca varır; bizi medenî mes'uliyetin ilgasına sürükleyecektir. İnsanın, kar açıkça yasak etmediği her fiili hakkın kullanmasını teşkil ettiği : nemez mi:» diyor. Positif kanunlar tarafından her ferde bilhassa miş medenî haklar» ile «insanın haklarını serbestçe kullanmasını : yan bu genel haklar huzmesi» hakkında başka tarzda hareket et mahal yoktur.

Burada dahi, mahiyeti itibarile sınırsız ve aynı zamanda mes' kanunu ile sınırlandırılmış olan subjektif haklara dair olan klasik riyenin hatırası gözüküyor. Ripert ise Roma düsturunun mahiyeti manasını şöyle anlatıyor: «Positif hakların iktisadî kıymetlerini mak lâzımdır. Bu haklar bir fedakârlık veya bir çalışma sayesinde hud bu fedakârlığı yapmış bir kimse tarafından devredilmek sureti de edilmiştir. Bu positif haklar belirli bir imtiyaz teşkil eder ve b sana diğer bir insan veya diğer insanlar üzerinde bir kudret verir demki hak vardır, demekki karşılık olarak bir borç vardır: ya belir vereceklinin borçu yahut medenî hakka saygı göstermekle mükellef ların borçları vardır. Hak sahibi diğer adamlardan, o adamları menfaati için hareket etmeğe veya kendi faidesi için içtinap eyle (çekinmeğe) zorlamak suretile istifade eyleyecektir. Bu şartlar daire hakkını kullanan kimse, hürriyetini kullandığını iddia eden kim daha fazla bir sorumsuzluk isteyebilir. Hakkın kullanılmasında sı suzluk duygusunu ifade eden Roma Kaidesinin manası bundan ibai Bu sorumsuzluk serbest ve korkusuz bir faaliyet zaruretine istinat o faaliyetin sınırlarını bu zarurete göre tayin etmek kanun koyuc ve yargıça aittir. Hak sahibi kudreti dolayisile faaliyetinin şiddetin tırdığı taktirde kazai içtihatlar da bu zararlı faaliyeti daha fazla ş le durdururlar. Böylece büyük endüstri müesseselerinin işletilmesi ten malikin mes'uliyeti hakkında mebzul içtihatlar vücade getirm

Planiol de hakkın sui istimaline dair olan tartışmalardan çık ni neticeyi şöyle bildiriyor: «İnsanların kendi haklarının şumulü, liği hakkında besledikleri kanaatlarda önemli ve daimi değişmeler olmuştur. Vaktile mutlak gibi gözüken filan hak mutlak olmaktı mıştır; az takyide uğramakta olan başka hakda da takyidler arttır tır» (cild II No. 871).

Ripert hakkın sui istimali tabirinin hakkın kullanmasından mes'uliyeti ifade eylediğini bildirdikten sonra sahasını şöyle tayin yor ve diyor ki: Bir hak sahibinin faaliyetinin, hakkın normal ku

ması telakki edilebilecek şartlar dahilinde cereyan etmiş olduğunu farzederek mezkûr faaliyet bir kimseye zarar vermiş bulunsa dahi hak sahibinin «hakkını kullanan, kimseye zarar vermiş olmaz» kaidesinin himayesi altına girmiş bulunduğu da kabul edilir. Fakat hak sahibinin fiili bir diğerine zarar vermek kastını taşımakta ise ve ilhamını bu kastan alıyorsa zarar vermek kastı fiilin mahiyetini değiştirir. Saleilles der ki: «neticesi, yapan için meşru ve hissedilir bir menfaat sağlamaksızın başkasına zarar vermek olan bir fiil asla bir hakkın kullanılması olarak kabul edilemez.» Böyle bir fiil hakka aykırıdır; onu hakka aykırı kılan şey de «kastı olan gayesinde mündemiç (bulunan) ve cemiyet hayatını bozan mahiyettir. Yine Saleilles «başkasının menfaatına zarar vermek fiillerimizin meşru bir neticesi olabilir, fakat asla meşru bir saiki olamaz.» Saleilles'in bu fikri ve tezi parlak bir muvaffakiyete erdi. Planiol bu fikra ve teze karşı koymakta yalnız kaldı; «fikir muhakkakı asıldır fakat doğrudur,» dedi. Planiol'un zarar vermek kastı hakkındaki görüşlerini aynen nakledeyim: «Meşru, haklı bir fiilin (hakkın istimalinin) gayri meşru, haksız bir fiil (hakkın sui istimali olabileceğini kabul eden müellifler bu sonuca zarar vermek kastına müsama ha edilemeyeceği kanaatlarından dolayı varmışlardır. Öyle ise hakiki bir menfaat olmaksızın, meşru bir sebep bulunmaksızın, mahza bir diğerine zarar vermek kastile kullanılan bir hak suç oluyor ve failinin mesuliyetini intaç ediyor. Bu alicenab fikir acaba doğru mudur; İnsanlar ömürlerini birbirlerine zarar vermekle geçirmektedirler. Cemiyet hayatı daimî ve evrensel bir cıdaldır. Her faaliyet, her çalışma iktisadî ve içtimaî bir rekabetin fiilidir. Faaliyetinin her hangi bir şubesinde üstünlük elde eden her adam, her millet diğerlerinin yerine geçer, onlara zarar verir ve onlara zarar vermek hakkıdır (1). Tabiatın kanunu budur ve insanların bu kanundan sıyrılmak istemeleri menfaatlerine uygun değildir; çünkü insan enerjisinin tek muharrikidir. Başkasının zararına olarak muvaffak olan kimsenin bahtı kara rakiplerini tazmin etmesini istemekliğin mümkün olamayacağı aşikârdır:.. İçtimaî ve iktisadî rekabette doğan zararlı fiillere kanun tarafından, fiillerle zararın istenmiş olup olmadığı araştırılmaksızın müsaade olunmaktadır; çünkü başkasına zarar görmemesinden kaçınılmasına imkân yoktur. Ancak grevlerde gözüktüğü üzere şiddetli vasıtalar ve gayri kanunî rekabette görüldüğü üzere hileli muameleler gayri meşrudur.» Ripert, ferdiyetçi na-

(1) O gün için kâfi derecede alış veriş yapmış olan eski zaman türk tacirinin gelmekte devam eden müşterilerini o gün kâfi derecede iş yapmamış komşusu dükkâncıya (yani bugünkü tabir ile rakibine) gönderdiği anlatılır.

zariyenin mümessili olan Planiol'un tabiat kanununun daimî savaşı illüdüğü kanaatine şu güzel mülahaza ile cevap veriyor: «Planiol'un, insan kanununun bu hodbin (benzil) faaliyetlere adalet fikri önünde baş kestirmesi lâzım değildir diye vicdanına sorması Ripert'in bu cevabı ferdin, cemiyet mefhumuna başkesmesi, yani inkiyat etmesi lâzım geldiğini gösterir.

Yapılmış bir zarar ve zarar vermek kastı önünde müellifler bir medenî mes'uliyetin bulunduğuna hüküm ettiler. Zarar vermek kastı ya yapılmış fiilin anormal mahiyetinden çıkarılmakta ve binaenaleyh klasik telakkiye göre kusur meydana gelmekte, yahut fiilin hudusuna munhasıran failinin (mübaşirin) sebep olmuş bulunmasını meydana çıkartmasından zahir bulunmaktadır.

Objektif mes'uliyet nazariyesi arasında yerini almış olan hakkın sui istimali subjektif mes'uliyet nazariyesi arasında da yer aldı. Fransız Medenî kanunun muhteviyatının Fakültede okunma senelerine göre yapılan tevzi ve taksiminde hakkın sui istimali bahsi bu yerini muhafaza eyledi. Fakat hakkın sui istimaline bu yeri muhafaza etmekle, onun mahiyetini bozmak ve zayıflatmağa varılır. Haksız fiilden doğan mes'uliyet bir zararın faili, diğeri mağduru (kurbanı) olmak üzere iki kişiyi karşı karşıya getirir; bu iki kişi tazmine esas olan fiilden evvel, birbirile hiç bir hukukî münasebetle birleşmemiştir, veya hiç olmazsa, tazmini mucip fiilin konusu bulunmuş olan bir münasebetle birleşmemiştir. Eğer tazmini mucip fiilin faili, fiilin zarar vermiş bulunduğu kimseye karşı fiilin yapılmasından evvel vücade gelmiş bir borç ile borçlu bulunuyor idise o zaman mesele değişir ve mes'uliyet, mukaveleden doğan mes'uliyet adını alır. Eğer mağdur faile karşı borçlu bulunuyor idise yine mesuliyetin mahiyeti değişir ve hakkın sui istimali meselesi doğar. Eğer zarar veren fiilin faili bir hakkın sahibi ise mağdurun zarara katlanmak borcu var demektir ve binaenaleyh yapılmış zarar tazmine esas olamaz; çünkü zarara uğrayanın o zarara şikayet etmeden katlanmak borcu vardır. Mes'uliyet meselesine varabilmek için evveleminde hakkın sui istimali meselesini haletmek lazımdır. Saleilles yazılı bir kanunun ilk maddelerinde, evvelâ umumî intizama taalluk eden kanunlara muhalefet edilemeyeceği kaidelerini koyduktan sonra kimsenin haklarını sui istimal edilemeyeceği kaidelerini koymak lâzım geleceğini hakkile iddia etmişti; bu çifte kaide faaliyetleri sevk ve tanzim eden iki prensiptir.

Bu telakki tarzı esasa ait bir hal tarzını icabettirir. Mesele yalnız hakkın kullanılması sırasında yapılmış ve kasten zararlı olan fiilin vücade getirdiği zararı tazmin ettirmekten ibaret değildir; mesele böyle

bir zarar vermek kast ve niyeti kendisinde bulunan fiil ve failin kanunun korunmasına mazhar olup olamayacağını tayindedir. Eğer zarar vermek kastını taşıyan bir fiili kanun korumuyor ise o fiilin imkân nisbetinde önlenmesi lazımgelir, önlenmekte geç kalınmış olunca neticelerini, aynen tazmin suretile yok etmek lazımgelir. Hakkın sui istimali meselesinin bir medenî mes'uliyet meselesi bulunduğu fikri ileri sürülerekten aynen tazmin fikri tenkide uğramış ise de Ripert vaktile katılmışı bulunduğu bu fikirden geri dönmüştür. Fiilin icrasının önlenmesi ve aynen tazmin usulleri normal bir müeyyede olarak kullanılmaktadır. Binaenaleyh fiil önlenemeyipte teaddi, muhalefet ve mugayeret bir emri vaki olunca ve tamir kabul etmeyince, işte o zaman zarar ve ziyan bahis mevzuu olur.

Planiol Alman Kanunun «hakkın kullanılmasının, sırf başkasına zarar vermektan başka bir kastı yok ise o hakkın kullanılmasına izin verilemez» deyen 226 ncı maddesini anlatırken diyor ki: «zarar vermek kastı hattı zatında gayri meşru olduğundan her hangi bir hakkın, zarar vermeği hedef tutan kullanılmasını da gayri meşru kılar. İlk bakışta, ahlâki temayülü ile tatmin edici gözüken bu kaide ya ölü bir söz halinde kalacak, yahut çok güç tatbik edilebilecektir. Fiihakika hakkın kullanılması antisosyal (cemiyetçiliğe aykırı) olmak itibarile reddedilmek için başkasına zarar vermektan başka bir kast güdmemelidir; fakat fiilin faili aynı zamanda kendi için şahsi bir menfaat elde edebilirse hareketi meşru olur; çünkü aksi taktirde hem her hangi bir hakkın kullanılması imkânsız hale getirilmiş olur; hem de ticaret hayatı, rekabet, içtimâî terakki, insan enerjisinin gelişmesi buna bağlıdır. Demek ki yargıç vicdanları yoklayacak, saikleri bilecek ve tartacak o zamanda işin psikolojik tarafı üstün kılınmış olacak. Medenî mevzuatın, başarılması kudret ve kuvvetinin üstüne aşan bir işe girişmiş olmasından korkulur.» (Planiol cild II No. 875 bis).

Planiol'u temine uğraştılar. Saleilles fiil antisosyaldir dedi. Josserand malik, mülkiyetine antisosyal bir istikamet vermiştir dedi. Kullanılan tabirler yanlış değildir; fakat gayri kâfidir. Fiil ne için antisosyaldir; aynı fiil aynı zararı hasıl ettiği halde meşru telakki edilebilir.

Bu filler arasındaki sosyal (içtimâî) kıymet farkını sırf, faili harekete getiren kast vucude getiriyor. Demek ki içtimâî (sosyal) filler, hatta hukukî noktai nazardan dahi ahlaki kıymetlerine göre tasnif edilmelidir. Profesör Savaier diyor ki: «Hakkın sui istimali bize hukuk ile ahlâk arasındaki bir ihtilaf gibi gözükmektedir. Yahut, daha açık olarak deyelim ki bir şahsa ait positif bir hak ile o şahsi yükleyen, o şahsa ait

bir ahlâk ödevi arasında bir ihtilaftır; mezkûr şahıs hakkını kullanmakla ahlâki vazifesini yapmıyor.» Gerçektir ki ihtilaf buradadır. Başkasına, haincesine zarar vermemek hususundaki ahlakî vazife, acaba hak sahibinin elinde hakkını ne derece ifna, yok edebilir?

Yargıcın kötü kastı kabul etmesi lâzımdır. Kastın araştırılması acaba güçlük gösterir mi? Gösterse bile hüsnü niyeti ve kanunun ruhuna muhalefeti araştırmaktan daha ziyade keyfi olamaz. Sırf objektif bir medenî hukuk yaratmak ve fiilleri, kast ile meşgul olmaksızın takdir etmek ham bir hayaldir.

Her halde mesele açıkça ortaya konmuş ve tabirin manası meydana çıkartılmıştır.

Sauser Hall'in İstanbul üniversitesinde verdiği konferanstan dördüncüsünde hakkın suistimalinden bahsedilmiş ve orada fransız cereyanları çok güzel hülâsa edilmiştir. Mezkûr konferanslar türkçeye tercüme edilmiş olduğundan oraya müracaat olunabilir.

17. — Alman medenî K. 226 inci madesinde «hakkın, başkasına zarar vermektan başka bir amacı bulunmayan kullanılmasına müsaade edilemez.» denmiştir. Alman medenî kanununu tercüme eden büyük fransız alimlerinin mezkûr madde altına koydukları nota göre yeni kanunların farikasını bu maddeden daha iyi tayin edecek bir şey yoktur. Modern hukukun, kendisini git gide daha fazla tevdi edeceği cereyanı, bu maddeden daha iyi gösterecek bir şey yoktur. Alman medenî K. bu madde ile ahlakın sahasına tecavüz etmeği istemiyor; yargıca, hakkın muhtevası içine giren şu veya bu yetkilerini kullanmağa ilgilileri sevk eden şahsi saikleri takdire müsaade eylemeği istemiyor. Fakat bir hakkın muhtevasının asla hududsuz olmadığını ve hudutlarının genişliğinin içtima- ahlak hakkındaki telâkkilere bağlı bulunduğunu prensip itibarile ifade etmek ve prensip olarak koymak lâzımdır. Hukuk ferdî alak ile karışmıyor, yani hukuk ahlakın bütün isteklerini ısrarla istediklerini teyid eylemiyor; Fakat hukuk, içtimaî ahlakın istekleriyle ihtilafa düşmez: âmme vicdanını tahrip etmeksizin ihtilafa düşemez. Hukuk, adetlerin âmme ahlakına teaddi olarak telâkki eylediği şeylere, cemiyet içinde yaşamak haline zid olarak (antisosyal olarak) gördüğü şeylere müsaade edemez. Bu itibarla 226 inci madde içtimaî tesanüd telakkisile ahengi gerçekleştirmiştir.

Planck, bundan, hakkın sui istimalinin 226 inci maddenin anladığı manadaki tarifinin, haksız fiilin 826 ncı madde gereğince ahlaka aykırı

olması telâkkisile aynı olması lâzımgelceği neticesini çıkarttı (1).

226 ve 826 inci maddelerin hemahenk kılınmaları bir hakkın meşru istimaline girebilen bir fiilin mahza adetin red ve inkâr eylediği usul ile başkasına zarar vermiş olmasından ötrü aynı zamanda da bir medenî suç teşkil etmesini mutlaka istemiş olmak değildir. Bir fiil aynı zamanda hem caiz hem gayri caiz: hem meşru hem gayri meşru olamaz. İki maddenin hem ahenk kılınmasından maksad sadece hakkın istimali olan bir fiilin bir medenî suç ta teşkil edebileceğidir fiil hakkın sui istimalini teşkil edecektir. Fiilin hakkın sui istimalini teşkil eden unsurlarını yalnız 226 inci madde tayin etmektedir. İki madde arasında sahayı iyi tahdit edebilmek için hakkın muhtevasını aşan fiil ile hakkın kötü kullanımını ayırmak lazımgeldiğini teklif ediyorlar. Birinci takdir de 226 inci madde ikinci takdirde 826 inci maddede tatbik olunmalıdır diyorlar. Her iki madde arasındaki, münasebet ihtilaflarını o bitmek ve tükenmez münasebet ihtilaflarını, yani 826 inci maddenin 226 inci maddenin mecburi bir tatbik tarzı olup olmadığı veya 826 inci maddenin 226 ya girmeyen fi-

(1) Madde 826. «Kasten bir başkasına ahlâka teaddi teşkil edecek tarzda zarar veren kimse o başkasına karşı zararı tazmine mecburdur.» Tazmine esas olacak fiil iki türlüdür: biri hukuka aykırı fiil, diğeri hukuka aykırı olmasa da ahlâka aykırı bulunan fiil. Hakkın ahlaksız kullanışı yalnız hakkın suiistimalinde mi bahismevzuu olabilir, yoksa hakkın suiistimalini teşkil etmeyecek bir fiil ahlaka teaddi teşkil etmez ve binaenaleyh 826 inci maddenin tatbikine mahal vermez mi? Alman yargıtayı içtihatınca hakkın sui istimali 826 inci maddenin tatbikini takyid eylemez. Hakkın, 226 inci maddeye göre caiz olan kullanması 826 inci maddeye göre tazmin mükellefiyetine vücut verebilir (R. G. 58, 216).

Madde 138. -- «ahlâka aykırı olan bir hukukî muamele batıldır» Alman medenî K. nun işbu 138 inci maddesi bir hukukî muamelenin ahlaka aykırı olarak vasıflandırılabilmesi için yargıçın o fiilin, ahlaka aykırı bulunduğunu farik kılan bütün unsurlarını tahlil etmek yetkisini haiz bulunduğunu farzettirir. Binaenaleyh yargıç bir muamelenin ahlaka aykırı bulunduğuna hükmedebilmek için o muamelenin, hukukî muhtevası içine giren ve hatta dışında kalan bütün unsurlarını tahlil edebilmek yetkisini haizdir. Yargıç takdirinin ilhamını muamelenin saikinden dahi alabilir; yalnız saiki muamelenin gayri ahlakiliğine hükmetmek için nazara alınmasına adetin müsaade eylediği nisbette nazara alabilir. Çünkü adet ve istimallerden çıkartılan farikalar (kriteriumlar) yalnız fiilin ahlaksız vasfını verdiren unsurları da tayin ettirir; onları farikaları ile tayin ettirir.

Bu hukukî muamelenin şu veya bu unsurunun gayri ahlakî olduğunu yargıçın hangi telakkiye göre tayin edeceğine gelince denebilir ki yargıç cari adetlere göre tayin edecektir. Fiilin ahlaksızlık vasfı ve farikası (kriteriumu) her hangi siyasi, felsefi? dinî bir telakkiye göre tayin edilmeyip adetten ve teamüldeki telakkilerden hülâsa pratikten çıkartılmalıdır; umumî aditlin genel cereyanından çıkartılmalıdır. Fakat sanılmasın ki yargıç pratikte cari olan, yayılmış bulunan şeyleri müşahede ile kanıktır, yani adetlere cari oldukları şekilde riayet edecektir. Hayır, yargıç umumî efkârın, akdın veya daha geniş bir tabir ile hukukî işlerin, ahlâk hakkındaki telakkilerine uygun düşmesi hususundaki görüşlerine ve isteklerine iltihak eyleyecektir.

iller hakkında da dermeyan edilip edilemeyeceği hususundaki ihtilafları bırakıp hangi fillerin 226 inci madde mucibince gayri meşru olacaklarını, yani hakkın sui istimali olacağını tayin etmek lâzımdır.

Bu hususta Planck en dar bir tefsiri teklif eylemektedir. Planck diyor ki 226 inci maddenin tatbiki için hakkın istimalinin ahlaka aykırı olması kâfi değildir; çünkü ahlaka aykırılık 826 inci maddenin kullandığı formüle girer. Hak sahibin zarar vermek kastını güdmüş veya zarar vereceğine şuur hasıl etmiş olması da kâfi gelmez. Çünkü bir insan her hakkını kullanışta, hatta o kullanmayı en meşru hudutlar içine de alsa yine de başkasına zarar vereceğini bilir. Planck daha ileri giderek hakkını kullanan kimsenin, bu kullanılmadaki kastının sırf zarar vermek olmasının da kâfi gelemeyeceğini söylüyor. 226 inci maddenin lafzına göre hakkın kullanılmasında zarar vermek kastından başka hiç bir kast bulunmaması lazım geleceğini söylüyor. Çünkü hakkın kullanılmasında zarar vermek kastından başka bir kast daha mevcut olunca fiilin sırf zarar vermek kastına yapılmış olduğunun, psikolojik araştırmalarla meydana çıkartılmasını kanun kabul etmemiştir. Binaenaleyh fiile kötülükten başka bir gaye objektif tarzda verilememelidir. İşte Planck'ın düşüncesine göre 226 inci ve 826 inci maddeleri birleştiren bu objektif tariflerdir. Kanunun, objektif bir tarzda kötü niyetten başka bir şeyle izah edilemeyen fiilin 826 inci madde mucibince ve zarurî bir tarzda ahlaka aykırı olduğunun ve bu itibarla sui istimal ve gayri meşru bulunduğu kabul edilmiş olmasını istemiş olması belki mümkündür. Fakat ahlaka aykırılık ve hakkın sui istimali kavramlarını bu nevi fiillelere hasretmiş olmasının istemiş bulunduğunu kabul etmek güçtür. 826 inci maddenin ifadesindeki genişlik onun tatbikinin genişlemesine mani olunmağa hiç imkân vermez; diğer taraftan bir fiil ehemmiyetsiz ve çok küçük iktisadî bir menfaat sağlasa dahi başkasına zarar vermediği, âdetleri müteessir edecek şekilde kast eylediği takdirde yargıcın o fiili gay-meşru olarak beyan etmesine nasıl mani olunabilir? Böyle yavaş yavaş âdetleri, yani içtimai ahlâk subjektif hakların muhevasının son hadini ve farikasını (kreteryonunu) tayine varacaktır.

18. — İsviçre hukukuna hakkın sui istimali doktrininin oluşu üzerinde Fransız ve Alman nazariyelerinin müessir bulunmuş olduğu Sauser - Hall, bahseylediğim konferanslarında bildirmiştir.

Sauser - Hall'in Türkçeye tercüme edilmiş olan bu konferansını okumak mutlaka lâzımdır.

Perrochet, hakkın sui istimali hakkındaki tezinde formülleştirilmiş olan hukuk ile hakiki hukuk arasındaki ihtilafların gözükmeye başlayan

hakkin sui istimali meslesini (problemini) şu şekilde tarif etmektedir: «Bir subjektif hakkın, görünüşte kanunun o hakka çizdiği sınırlar içinde kullanışı, bazı hallerde fazla ve ifrat gibi telakki edilemez mi, ve bu itibarla kullanılan akkında, kullanımına son vermek ve vermiş olduğu zararını tazmin eylemek borçu doğamaz mı?» (sah. 228).

Hakkın sui istimali nazariyesi hakkın normal kullanımına taalluk eder. Eski kanunlarda hakların kullanılmasındaki mutlak nokta-i nazara içtimai hayatın gelişmesi dolayısıyla artık bugün hakkın gayesine uymuyor, takibedilen içtimai gaye ile hemahenk olamıyor. Hukukun iç bünyesi daha fazla tevazzuh ettikçe, hususile formüleleştirilmiş olan positif hukukun kararsızlığı daha iyi anlaşıldıkça onun dar tefsirinin takip edilen genel gaye ile açık bir tezat haline düştüğü görüldükçe subjektif hakların son haddine kadar götürülmesinin sui istimal teşkil ettiği daha iyi anlaşılıyor.

Fakat formüleleştirilmiş hukuk, her subjektif hakkın kullanılmasının sınırını doğru bir tarzda tayin edemediğinden hakların kullanılmasına ait farikayı belirtecek metodu ifade etmek lazımdır.

Formüleleştirilmiş hukukun, formüleleşme zamanında hakiki hukuka ait olarak telakki edilebilecek olan bazı hükümleri, içtimai ve iktisadi fikirlerin gelişmesi yüzünden hakiki hukuk alanından çıkmakta ve gayri müessir bir hale gelmektedir. Fakat kanun koyucusu tarafından değiştirilmedikçe bütün kuvvetlerini muhafaza edeceklerinden bu hükümlerden doğan subjektif haklar da eski formül dahilinde kullanılmakta deva meder. Fakat hakkın, devam eden kullanılması artık hakiki hukuka uygun değildir, yani takip edilen içtimai gayeye uygun değildir. Demek ki hakkın formüleleşmiş hukuka göre kullanılması ile hakiki hukuk arasındaki ahenksizlik içtimai fikirlerin, âdetlerin tekamülünden doğmaktadır. Hakkın zarar vermek kastile kullanılmasında ihtilaf, hakkını kullanan kimsenin hakkının gayesi hakkındaki yanlış düşüncesinden doğar.

Hakkın sui istimali meselesinin, esasını, cevherini positif hukuk ile hakiki hukuk arasındaki bu ihtilaf vücude getirir. (Perrochet sah. 232). Karl Huber'e göre hakkın sui istimalini, formüleleştirilmiş hukuk ile hakiki hukuk arasındaki daimi ihtilaf fârik kılar. Binaenaleyh bu kanaate göre hakkın sui istimali nazariyesi bu ihtilafı kaldırmayı, yok etmeyi hedef alır. Hakları hakiki hukuka göre yani takip edilen içtimai gayeye göre kullandıracak bir genel formül bulmak lazım geliyor. Bu bulunacak formül mevzu hukuka (positif hukuka) üstün olmalı ve binaenaleyh onun gelişmesine tabi kılınmamış bir amme intizamı prensibi teşkil etmelidir.

Bu prensip Stammler'in dediği gibi hukukun ana kavramını teşkil edecektir. Bütün hukukî iradelerin ödevlerinin gayesini teşkil edecektir. Binaenaleyh hakkın sui istimali doktrini hukukun sınırlarını tayine çalışır; hakkın kullanmasının yalnız kanunun lafzına uygun düşmeyip daima hakiki hukuka uygun olmasını sağlamağa çalışır.

Hukuk insanın çeşitli faaliyet sahasını tahdit eder; içtimai nizama uygun ve kendisinin düzenlemek ödevi olan faaliyetlerin sahasına giren ve bu sahanın dışında kalanı bildirir. Hukuk hak sahiblerine rehberlik edecek sınırları tayin eder. Bu sınırlarda inkita (kesilme) olmayacaktır, objektif hukukun rolü bundan ibarettir. Binaenaleyh, Stammler'e göre hukukun her kaidesi aşağıda yazılı üz meseleyi halletmeğe mecburdur:

1. — Kanun koyucusunun bir hak hakkındaki telakkisi nedir? Yani hakkın rolü nedir; içtimai nizama karşı görevi nedir?

2. — Rolü aranılan kaidenin müeyyedesini nedir? Müeyyede cemiyetin hukuk kaidesini çiğneyen faile karşı göstereceği tepkidir; bu tepki evelden tayin edilmiştir (Durkheim içtimai iş bölümü sah. 24). Bu evelden tayin edilmiş tepkinin, yani müeyyedenin mahiyetini ve şumülünü bahis mevzu hak hakkındaki telakkiler tayin eder.

3. — Hakkın muhtevası nedir? Bu muhtevayı subjektif hakkın mahiyeti tahdit eder. Çünkü subjektif hak bir vasıta, hakkın gayesini gerçekleştirecek bir alettir. Binaenaleyh hakkın muhtevası Stammler'e göre gerçekleştirecek gaye ile takdir olunmalıdır; muteva gayenin icabettirdiği zaruretlerden daha ileri gitmez (1). Bu itibarla hakkın gayesi muhtevasının da ölçüsü oluyor.

Gerçe Karl Huber de hukuku insan faaliyetini caiz olan ve olmaya ayıran sınır olmak üzere tarifeder. Yalnız bir hakkın mutevası ile kullanılması arasındaki nisbeti (orantiyi) tayin etmek lazımgelir. Subjektif haklar, kullanılmaları için kabul edilmiştir. Kullanılmayan bir hak tesirini gaip eder; hatta bazı halde yok olur, med. Kanunumuzun 709 uncu maddesi bu hakikati ifade eder. M.K.Mad. 887 fık.2, 889 kullanılmayan hakların silindiklerini ispat eyler. Binaenaleyh subjektif bir hakkın muhtevası onun kullanılmasına sınırlık ettiği hakkile iddia edilebilir. Amma bunun aksi de, yani hakkın kullanılmasının, muhtevasının ölçüsünü verdiği de iddia olunabilir mi? Hülasa hakkın muhtevası ile kullanılması birbirile tamamiyle karıştırılabilir mi?

(1) «Zaruretiler kendi miktarlarıncı takdir olunur.» Mecelle Mad. 22. zarureti burada yalnız teknik manada olarak mucbir sebep manasına almağa sebep yoktur.

Subjektif hakkın muhtevası objektiftir; bunun hududunu objektif hukuk, hukukun genel amacına göre tayin eder. Halbuki subjektif hukukun kullanılmasına yeni ve başka bir unsur katılır. Sırf subjektif olan bu unsur hak sahibinin iradesidir. Subjektif hakkın kullanılmasına mahiyetini veren hak sahibinin iradesini belirten fiildir. Hakkın kullanılmasını bir hukukî faaliyete çeviren yani insan faaliyetini maddi alemde değişiklik yaptırmaya vardırın şey hak sahibinin iradesidir. Buda bizi subjektif hakların kullanılması ile zekâ ve iradeye malik her insanın nasibi olan genel hürriyetin kullanılması arasındaki orantıyı (nisbeti) farak kılmağa sevkeder. Hayatin hemen hemen bütün faaliyeti hürriyet namına yapılır. Hürriyetin ifası insan iradesinin faal olabildiği bütün sahalara: dını, siyasî ve hukukî sahalara şamildir. Tabii, burada bizi yalnız hukukî saha ilgilendirir. Genel hürriyet insana yetkilerini kullanmak ehliyetsini mutlak bir tarzda verir. Hürriyetin kullanılmasında zahiren gözükten bu hududsuzluk onu hakların kullanmasından ayırır; çünkü hakların kullanılması sınırlıdır.

Fakat mesele daha yakından ve daha esaslı olarak tetkik edilirse hakların kullanılması ile genel hürriyetin kullanılması arasında esaslı bir fark olmadığı gözükür. Genel hürriyetin kullanılması de sınırsız değildir; başkasının hürriyeti ve genel menfaat ile sınırlandırılmıştır. Yani genel hürriyetin kullanılmasında hukukun takip eylediği umumî gayeye, imdi umumî intizama uyyun olmalıdır. Gerçe Karl Huber hakkın kullanılması ile hürriyetin kullanılması arasında hiç bir müşterek nokta bulmuyor. Ferrochet ise hak ile hürriyet arasında birincisinin kanunda daha açık sınırlandırılmış olmasından sarf nazarı edildiği takdirde bir fark bulunamayacağını ileri sürüyor. «Alfred Martin» de Zeitschrift für Schweizerisches Recht (İsviçre hukukuna ait risalei mevkute- adlı mecmuada (sene 190) fransızca dilile çıkmış olan «hakkın sui istimali ve haksız fiil» adlı tetkikinde positif bir hakkın kullanılmasile tabii hürriyetin kullanılması arasında fark kabul edenlerin içtihatlarını red eyliyor (sah.31): «Bazı müellifler positif haklarla tabii hürriyetin kullanılmaları arasında bir fark kuruyor. Positif bir hukuku kullanan kimse, kimseye zarar vermez diyorlar; binaenaleyh hakkını kullanmasından dolayı mesul kılınmamalıdır. Halbuki tabii hukukunu kullanan kimse başkasına verdiği zararı tazmin etmelidir.

Bu fark bize göre varid değildir. Çünkü tabii hürriyet namına hareket eden hakkını kulanır. Subjektif hakların heyeti mecmuası ehliyete, hukukî muhite, insanın tabii hürriyetine vücud verir. İnsan, hürriyetini

ancak haklarını kullanmak suretile kullanır ve hakkın kullanılması da daima hakka uygundur. «Hakkını kullanan kimseye zarar vermiş olmaz» kaidesinin, aynı zamanda mantığın ve sağ duygunun kuvveti olan kuvvetinden henüz bir şey gayip etmemiş olduğunu düşünüyoruz.»

Perrochet'ye göre İsviçre hukuku hakkın sui istimali bahsinde Alman Med.kanununun 226 inci madesinden ve Fransız nazariyelerinden ayrılmaktadır. Perrachet'ye göre hakkın sui istimali nazariyesi, bazıları'nın iddia eyledikleri gibi hukuku ahlaklaştırmak gayesini gütmaz. Hakkın sui istimalinde alman nazariyesinden ayrılabilmek için Alman nazariyesine temel olan Alman med. K.nun 226 inci madesinden ayrılmak lazımgelir. Al. m.k. 226 inci maddesine benzer tahdit edici bir metin İsviçre m. k.nunda mevcut değildir. Bazı İsviçre müellifleri hakkın kullanılmasında zarar vermek kastından başka meşru saikin de bulunmamasını ileri sürmüşlerdir. Perrochet meseleye subjektif mahiyette psikolojik mefhumların katılmasını hukuk kabul edemez diyor. Bazıları zarar vermek kastı ile meşru saik yerine menfaat fikrini kabul ediyor ve böylece ahlâk sahasından çıkıp ukuk sahasına giriyorlar. İsviçre kanunu «menfaat» lafzile hakkın sui istimaline benzer başka vaziyetleri farık kılmaktadır. M. k. mad. 24 ve B.K. Mad: 49 şahsi menfaatlara tecavüzden bahseder İsviçre federal mahkemesi vaktile hakkın sui istimaline farika olarak içtimai ve ahlaki bir farika olan zarar kastını almıştı. Şimdi bu farikayı terk eyledi, ve hukuki bir farika olan menfaat farikasını almağa başladı. Demek ki hakkın sui istimalini objektif tarzda takdir edilecek bir menfaatin bulunmaması farık kılıyor. Fransa-da Mosc federal mahkemesinin son içtihatlarına yakın bir noktai nazarı müdafaa etti ve nazariyesine «bahis mevzuu menfaatların muvazenesi» adını verdi. Menfaatlar nasafet kaidelerine göre takdir olunur. İsviçre m. K. nu şerh edenlerden Gmür, Tuor ve Oser de menfaat bulunmaksızın kullanılan haklardan bahsetmek suretile menfaat farikasını kabul etmiş olduklarını gösterirler.

XIX uncu asrın başında bütün kanunlar ferdiyetteci tabii hukuk nazariyesini kabul etmişlerdi. Bu telakkiye göre haklar sahiblerine aid olur ve rakip haktan başka da bir sınır kabul etmez. Bu telakki insanlar için yalnız onların şahsi menfaatlarına hizmet eden mutlak haklar kabul eder. Fakat XIX üncü asrın içinde ferdiyetteçiliğe karşı bir tepki husule geldi; fert içtimai vücudun içinde bir hücre gibi telakki edilmeğe başlandı ve ferdin içtimai vücade lazımı olduğu nisbette gelişmesine müsaade olundu. Bu fikir İhering tarafından da ifade edilmişti.

Perrochet hakkın sui istimaline farika olarak hukuk ile hakiki hukuk arasındaki ihtilafı alıyor. Hakiki hukuk muvazene halinden başka bir şey değildir diyor. İsviçre m. K.nun başına geçirilmiş prensibler hakiki hukukun temayüllerini gösterir. Hususile 1. inci maddenin 3 üncü fıkrası yargıçın, hakiki hukuktan geniş miyasta ilham almasına imkân veriyor; çünkü formülleştirilmiş hakların kullanılması ile hakiki hukuk arasındaki ihtilaf kanunun eksik bulunduğu yerlerde: İktisadî gelişmenin yeni hal tarzları icabettirdiği yerlerde meydana gelir. Kanunun eksikliklerini yargıç hakiki hukuk ile tamamlayacaktır. Kanun koyucusu medeni K.nun ilk maddelerinde, kanunun hakiki tatbikat kannunu teşkil eden ve hakların hakiki hukuka göre kullanılmasını emreden prensipler koymuştur. «Perrochet diyor ki: «Kanun koyucusu, bu prensipleri kanuna koyarken ahlaka bir yer ayırmağı düşünmemiştir. Hatta kanun ahlaktan bahsettiği zaman dahi ahlak kaideleri kıymuş olmuyor; hukukî kaideler koymuş bulunuyor. Adet ve adalet tabirleri içtimai ve ahlakî bir hal ve vaziyetin ifadesidir; bu kavramlar hem haklı ve haksız telâkkisine göre hukukî olarak, hem de iyi ve kötü telâkkisine göre ahlaki olarak takdir edilebilir.»

Hakkın sui istimali hakkında, arkası bir türlü kesilmeyen tartışmalara burada son verip tabii hukuka geçelim.

19. — Tabii hukuk tabiri çok eski bir tabirdir. Gerek eski Yunanlılar, gerek romalılar, gerek Ciceon hulasa eski çağın bütün filozofları hukukun tanzim edeceği münasebetlerin kaynağını tabiata, tabiat hukukuna yaklaştırmak hususunda büyük bir meyil gösterdiler. Bizim eski tabirlerimiz arasında tabiat hukukuna rastlanılmaz. Çiçeron'un ve eskilerin tabiat hukuku tabirile ifade eyledikleri kavramı islam hukukcuları mutlak adalet (adlı mutlak) tabirile ifade ederlerdi. Böylece islam hukukcuları adaleti ikiye ayırmışlar; değiştirilmesi mümkün olan hukuk kaidelerine nisbi adalet adını vermişler ve zamanda değişmesine imkân olmayana mutlak adalet demişlerdir.

Fakat bugün tabii hukuk tabiri XVII inci asırda vücade gelmiş bulunan ve Grotius diye meşhur olan Holandalı hukukçu ve diplomat Huges van Groot'un kurmuş olduğu felsefî bir doktrini ifade eder. Bu doktrin (ilmî içtihat) Grotius'un XVIII inci asırdaki talepleri tarafından şevk ve heyecan ile ele alındı ve Fransız büyük ihtilalinin iham kaynağını teşkil etti.

Tarihî mektep çıkınca tabiat hukuku mektebi hücumlara uğradı ve terk olundu. Bugün tabiat hukuku tekrar çeşitli şekillerde doğmağa başladı.

Tabiat hukukunun atası olan Grotius tabii hukuku en yüksek mevkie çıkartabilmek ve ona başka mefhumlarla karıştırmamak için Nasafet kavramının küçültmüş ve onu sırf teknik bir manaya indirmiştir.

Grotius nasafet beyanındadır (De Aequitate) adını taşıyan eserinde nasafeti tabii hukuk ile karıştıranların hata etmekte olduklarını söyledikten sonra nasafeti şöyle tarif ediyor:

«Has ve kendisine özel manasile nasafet iradenin, Kanunun genel mahiyeti itikarile yaptığı hataları düzelten bir hassasıdır. Nasafet kanununun düzeltilmesidir.» Yine Grotius aynı eserinin bir başka yerinde «kanunu düzelten doğru endişedir» diyor.

«Grotius'a tabii hukukun atası denmiş olmasının sebebi tabii hukukun üç karakterini Gratius'un tayin etmiş olmasıdır. Bu üç karaktere hukukun bütün felsefi veya metafizik telakkilerinde daima rastlanmaktadır. Hukukun ahlakî telakkisine mensup bulunduğunu iddia eden her nazariyeye, o nazariyenin şekli ne olursa olsun hukukun felsefi veya metafizik telakkisi adı verilir. Şimdi bu üç karakteri arz edelim:

1. — Tabii hukukun ispatı ve ikrarı.

Bir tabii hukukun varlığı: iddia ve ikrar olunmaktadır. Grotius bu iddia ve ispatı, gurbette yazmış olduğu savaş ve barış hukuku (De jure belli ac pacis) adlı büyük eserinde yapmıştır. «Tanrı tarafından dahi değiştirilmesi mümkün olmayacak kadar mustakar (yerleşmiş) bir tabii hukuk vardır. Tabii hukuk, insan mahiyetinin insanın kendisinden ayrılmaz bir parçası kıldığı aklın verisidir (1).

Grotius tabii hukukun meşrutiyetini, filosofların, ah'aklıların, tarihçilerin hatta şairlerin genel ve evrensel ittifaklarına dayandırıyor ve bir takım nakiller yaptıktan sonra bu müşahedelerinden şu neticeyi çıkartıyor: «Eğer gerçekten tabii hukuk olmasa idi bu kadar tartışma olmazdı.»

II. — Doktrin'in ikinci karakteri tabii hukukun tahlilinden çıkar ve tabii hukukun muhtevasını tayin eder. Bu tahlil insanlar arasındaki eşitliği meydana çıkarır. Tabii hukukun muhtevası, insanlar arasında insanlık şerefine icap ettirdiği bir eşitliktir. Tabii hukuk doktrininin bu

(1) «Nizam-u intizam-u alem muhteremdir nez'ı baride Hüda kadirdir amma simi zer, leyli nihar eylemez.»

«Doğru aklın telkin eylediği (ahlattığı) kaide bir fiili «haksız veya ahlakî diye vasıflandırmaya imkân veren ve tabiatın yaratıcısı olan Allah da haksız yasak etmekte ve ah'aklıyı emir buyurmaktadır» (gistiüs liv. I chap. I § 10). Fakat Allahın bu emrini akıl keşfeder; Leibniz'in fabirile «ruhlanımızda ilahî bir tarzda yakılmış olan ebedî akıl» budur ve meydana çıkarır.

eihetini Holandalı üstadın talebelerinden Pufendorf daha ziyade bariz kılmış ve doktrinin her tarafta kabul edilmesine yardım eylemiştir: «Tabiat kimseyi hemcinsleri üzerinde, hemcinslerinin mütekablen kendisine karşı kullanmayacağı bir hak ile mümtaz (imtiyazlı) kılmamıştır».

III. — Doktrinin üçüncü karakteri tabii hukukun neticeleridir (hükümdür). Tabii hukukun amacı, elde etmek istediği netice şudur: «Tabii hukuk âlidir (yücedir). Tabii hukukun bu yüksekliği onu her ke-se karşı galip ve üstün kılar; hatta hükümdarlara üstün ve onlara emir edici kılar» (1) Bir hükümdarın otoritesi tabaların bir nevi vekâletinden doğar. Grotius'un taclı başların egemenliklerine dair yaptığı bu sıkı tahlil «insan ve vatandaş hakları beyannamesinde «zulme, tazyika karşı koymak» adını aldı. Grotius'un vicdan hürriyeti kavramını tahlil etmek-te özel bir sebep ve menfaati vardı: müebbed hapse mahkûm olmuş ve zindana atılmıştı. Grotis hapisten kaçmak ve sürgün demek olan gurbet hayatına atılmak suretile kurtulmuştu (2).

Tabii hukuk doktrinin üç verisi (mutası) üç karakteri bundan ibaretir. Grotius'un haleflerinde, XVIII inci asrın filosoflarında tabii hukuk doktrininin yeniden doğduğu zamanımızda daima hukuk fikrinin iddia-

(1) «İslam âlidir ve ondan daha âli hiç bir şey yoktur» düsturu ki «Adalet âlidir ve ondan daha âli hiç bir şey yoktur» veya «Hak âlidir ve ondan âli hiç bir şey yoktur» şeklinde de ifade edilir. Grotius'un «tabii hukuk âlidir ve ondan daha âli bir şey yoktur» düsturunun mahiyet itibarile aynıdır. Hükümdarların hudutsuz kudretlerini dini bir mefhum olan Allah ile veya lâyük bir kavram olan tabii hukuk ile sınırlandırmayı amaç edinir. Osmanlı padişahları Allaha karşı işledikleri suçlarından ötürü tahtlarından indirildiler. Bugün Hürriyete karşı işlenen suçlar tahtları ve rejimleri yıkıyor. Hürriyet ve halk hakimi-yeti cumhuriyetin muhtevasıdır. Din «Allah» kelimesini yükseltmek ister, Osmanlı seferle-rinin ülküsü bu idi. Cumhuriyetin gerçekleştirilmesini ister; Kemalizin ülküsü budur. Bu izahlardan anlaşılacağı iktidarın zulmüne karşı koymak çaresini aklın tabiattan bulup çıkarttığı tabii hukukta ifadesini bulmuştur.

(2) Bugün egemenlik, Fransız daha doğrusu Esmein'in nazariyesine göre milletin hu-kukî ifadesini ve tüzelkişiliğini teşkil eden Devlettir.

Tüzelkişi olan Devlet egemenliği haizdir. Devlet halkı zor ile itaate mecbur kılmak yetkisini haizdir. Fakat devlet aynı zamanda hak şühesidir yani hukuk ile bağlıdır. Bazı kanunları yapmağa ve bazılarını yapmamağa mecburdur. Devletin borçlarını yapmaması veya fena yapması onu mes'ul kılar (hizmet hatası) Devlet mülkiyet hakkına, hürriyete dokunduğu zaman mes'ul olur.

Devlet Anayasasının temanatına rağmen, kanuna göre yapmaması lâzimgelen şeyi yaparsa veya yapması lâzimgelen şeyi yapmazsa zulüm tazvik (oppression, yani kudre-ti suiistimal yolu ile ezme; misal halk eziliyor) vücuda gelmiş olur. Bütün dünya anaya-saları Devleti hakka riayet ettirmek için teminatları ihtiva eder; buna rağmen bütün dün-ya devletleri hakkı ihlal eylemekte ısrar eyleyler. Meclis, yargı veya idarenin de yapmaları lâzimgelen şeyi yapmaması yahut yapmaması lâzimgelen şeyi yapmaları zulüm

sına; onun eşitlik kavramına varan analizine (tahliline); amme kudreti karşısındaki içtimâî rolüne; bu üç farikanın tebartüz ettirilmesine rastlıyoruz.

Filosofların, ahlakçıların, hukukcuların kalemlerine bu üç farika Montesquieu'nun nazariyesinin esasını teşkil etmiştir. Montesquieu'nun meşhur formüllerini tabii hukuk nazariyesi vermiştir. «Kanun, umumiyetle insan aklıdır; dünyanın bütün halkını idare etmesi yönünden insan aklıdır.» (Kanunların ruhu kitap I fasıl III positif kanunlar). Montesquieu'nun bu formülü fransız k.m. layihasına alınmıştı: «Bütün positif kanunların kaynağı olan evrensel ve değişmez bir hukuk vardır; bu hukuk insanları idare etmesi bakımından insan aklından başka bir şey değildir.» Layihaya girmiş olan bu formül kanuna alınmadı.

Montesquieu'nin eserinde insanlar arasındaki eşitlik lehine heyecanlı bir savaşa da rastlanır. Montesquieu mezkûr eserinin kulluğa tahsis eylediği XV inci kitabının II inci faslında kulluğu tenkid eder. Montesquieu hukuk fikrinin, amme kudretine karşı oynadığı rolü şiddetli bir dille ifade eder. Montesquieu bu husustaki fikirlerini eserinin bilhassa vicdan hürriyetine tahsis eylediği XXV inci kitabının 9 üncü faslında

olur. Anayasaya aykırı bir kanun da ezici olabilir. Kuran islâm aleminin anayasası bulunmuş olduğu müddetçe ona aykırı olarak yapılmış şeylere zulüm denirdi

İçtimâî bûnye ile her vatandaşın zulma karşı koyması hakkıdır. Bu hak «insan ve vatandaş hakları beyanamesi» nde tabii ve müruru zamana uğramaz yani düşmez bir hak olarak ilan edilmiştir (mad.2).

Ferd zulma nasıl karşı koyacaktır. İslam hukukuna göre bu karşı koymaya müteaddi (tecavüz suretile) olur veya pasif olur. Sultan Selim düşmanla ticaret yapan altmış tacirin öldürülmesini emrettiği zaman meşhur zenbilli Ali ef. «Muhakkakki o (Allah) zalimleri sevmez» ayetini okuyarak atına binmek üzere olan Sultan Selimin önüne dikilmiş ve emri geri aldırıştır. Müteaddi tarzda karşı koymak maddi kuvvât kullanmak yani ayaklanmak suretile veya buna güç yetmez ise söz ile karşı koymaktır. Zenbilli de söz ile karşı koymuştu. Pasif karşı koymak islam hukukunda zalima karşı kalb de kinbeslemektir; avrupada meşru olmayan emrin yapılmaması suretile vaki olur. Avrupada Sentoma (Saint Thomas) ayaklanmayı meşru müdafaa olarak kabul eder. Yalnız islamlar gibi düşündür ve hududunu aşmamasını ister; yani izalesi lâzım olan zararın kendinden büyük bir zarar ile izale edilemeyeceğini ve ayaklanmanın izale edilmesi istenen zulumdan daha büyük kötülük yapmamasını ister. İslâm da zararın, hatta kendisine eşit bir zararla izalsi kabul edilmez. Locke de ayaklanmayı kabul eder, yalnız çocukluğun mutlakîyetini kabul eden Janiak Ruso (Rousseau) ayaklanmayı kabul etmez.

Kanuna aykırı olarak hareket eden bir memura karşı konabilir mi? Ceza kanunumuzun 254 : 265 maddeleri buna müsaade etmez; yalnız karşı koyan hakkında cezayı hafifletici sebep olarak kabul eder (ceza K. Mad. 258 fık. IV. Gerçe mezkûr maddenin mezkûr fıkrasında «icabına göre ceza büsbütün de kaldırılabilir» gibi bir cümle var ise de takdirdir.

zikreyler. Montesquieu hukuk fikrinin, amme kudretine karşı oynadığı rolü şiddetli bir dille ifade eder. Montesquieu bu husustaki fikirlerini eserinin bilhassa vicdan hürriyetine tahsis eylediği XXV inci kitabının 9 uncu faslında zikreyler. Montesquieu'nun eseri tabii hakların teminatı olan siyasî hürriyetin nazariyesidir. Montesquieu'nun eseri Grotius'un doktrininin ifadesidir.

Bu husustaki geleneği temsil eden son filozof Koenigsberg filozofu diye meşhur olan Kant'tır. Kant'ın da koyduğu ve ilân eylediği üç prensip, her ne kadar içtimâî felsefesi telakkisine, onun ahlakî kaidelerden çıkarttığı hukuk telakkisine özel bulunuyorsa da Grotius'un koymuş olduğu doktrinin neticesi olarak ta görmemeğe imkân yoktur. Ahlakın klasik bir veri haline getiren Kant «kudretin, erkin evrenselliği» noktasından hareket ediyordu: «O surette hareket et ki faaliyetinin düsturu senin iradenle evrensel bir kanun haline gelebilsin.» İşte Grotius'un birinci verisine doktrininin birinci farikasına, birinci neticesine eşit bir prensip. Kant'ın evrensel erk nazaryesi hakkın iddiası, ikrarı ve ispatıdır. Kant'a göre hak aklın ve fikrin bir mahsulüdür, insanın iradesile kanun haline getirilmiş fikirdir; hak bir iradedir.

Kant'ın ikinci prensibi insanlığın kendi kendisinin gayesi bulunduğu prensibidir ki Grotius'un ikinci verisi gibi muhtevaya taalluk eder. O muhtevanın analizi (tahlili) insanların birbirlerine karşılıklı ve eşit saygı göstermesi şeklinde tebaruz eyler. Kant'a göre insan, ve umumiyetle her akıl ve fikre malik mahluk kendi kendisinin gayesidir (hürlükte budur yoksa şu veya bu iradenin keyfi olarak kullanılan aleti ve vasıtası değildir. (Kul ve eşya kendi kendilerinin gayeleri değildir sahiblerinin gayelerinin aletidir). İnsanların birbirlerine karşılıklı ve eşit saygı göstermeleri lazumu Kant'ın hukuk metafizikinde «birlikte var olmak» düsturu adını taşır. Hukukun gayesi, her kesin hürriyetinin, diğerlerinin hürriyeti ile birlikte var olabilmesi şartlarını tayin etmekten ibaretti. Kant hukukun, meşhur olan tarifini «birlikte var olmak» formülünden çıkartmıştır; «Herkesin faaliyet yetkisinin, evrensel hürriyet kanunu gereğince başkalarının faaliyet yetkisiyle uyuşabilmesi şartlarıdır.»

Kant'ın Grotius'un üçüncü prensibine eşit olan prensibi de «hak âlidir ve ondan daha âli hiç bir şey yoktur» prensibidir. Hakkın bütün amme kudretlerinin üstünde duran ve onları yükleyen bir yüceliği vardır. Çünkü insanlık kendisinin gayesidir; bu itibarla cemiyet müşterek

kanunlarla birleştirilmiş akıl ve fikre malik insanların birbirine sistemli bağlanmalarından (irtibatından) başka bir şey değildir. İnsanları birleştiren müşterek kanunun ne olduğunu tayine gelince, o bütün insanların birbirile ve birbirlerine nazaran kendi kendilerinin gayesi olarak muamele yapmalarından ibarettir. Kant cemiyeti, «gayeler saltanatı» «illet-i gayia saltanatı ve ülkesi» olarak tarif eder.

Evensel ve değişmez bir hukuk fikir ve telâkkisi çok tenkide uğradı ve hatta çok alaya alındı. İnsanlar kanunları Tanrının bağışlaması olarak kabul ederek işe koyulmuşlardır; Tevrat ve Kuran bu telakkinin eserleridir. Kanunlarını Tanrı ya koydurmayan milletler onu bir dahinin dimağından fıskırtmışlardır; Giritlilere kanunlarını «Minos» vermiştir; İspartahlara Likurk (Lycurgue); Atinalılara Solon; Romahlılara Romulus ve Numa vermişlerdir. İptidai cemiyetlerin farikası olan bu zihniyet XVIII inci asrın sonlarına kadar; tarihi mektebin kuruluşuna kadar pek büyük adamların da kanaatlerine temel olmuştur. Çok meşhur İngiliz filozofu «Locke» Karolinin Likürkü olmak hevesine kapılmıştı. Jan Jak Ruso Korsika ve Polonya için yeni baştan bir nizam kurmağı hayal etmişti. Bentham İspanya için yeni bir siyasi hukuk yaratmağa yeltenmişti. Bu büyük adamlar aldıkları kanun siparişini yerine getirmeğe uğraşmışlardı. Kanunların gelişme tarzını hatta hukukî telakkilerin gelişme tarzını meydana koyan tarihi mektep tabii hukuk nazariyesini yıktı. Hukuk ne tanrıların ne de Dahilerin vergisidir. Hukuk tabii hukuk ta değildir, yani kendiliğinden anlaşılan, yalnız doğru düşünmekle bulunan ve meydana çıkartılan tabiat tarafından verilmiş, adem oğullarına müşterek ve evrensel, hiç değişmez ebedî her zamanın ve her milletin ihtiyacına uyar bir hukuk ta değildir ve böyle bir hukuk ta yoktur.

Tarihi mektep hukukun, XVIII inci asrın sanması olduğu gibi fikrin sunî bir mahsulü olmayıp tarihin vücade getirdiği bir şey olduğunu ispat eylemiştir. Hukuk millet hayatının muayyen tekamül merhalelerini ifade eylemek zorundadır. Tarihin çocuğu olan hukukta, değişmeyen ve daima olduğu gibi kalan mutlak bir iddianın izlerini aramak hata olur. Tarihi mektebe göre hukuk milletin şuarsuz kanatlarından ve hayatından fıskırır; hukuk sadece örf hukukudur. Kanun ve örf hukuku tabirleri birbirlerine eşittir. Örf hukuku kanun hukukunu yalnız tamamlamaz aynı zamanda değiştirir ve hatta ilga eder.

XVIII inci asrın, hukuk ilmini telakki tarzına göre hukuk kanundan ibarettir, kanun hukukudur; örf hukuku ise kanun koyucüsünün zimmen

kabul eylemiş ve böylece kanun kılmış olduğu hukuktur. Savingy ile başlayan tarihi mektep telakkisine göre ise hukuk örf hukukundan ibaretir. Hukukun muhteviyatını kanun koyucusu keyfi bir tarzda tayin edemez.

XVIII inci asır ile XIX ncu asrı birbirinden ayıran telakki, hukukun menşei hakkındaki telakkidir. XVIII inci asır düşüncesine göre bir çocuk ancak bir kadından doğduğu gibi hukuk da ancak kanundan doğar; hukukun örften oğması tamamen istisnaidir. Devleti kanun ile donatan kanun koyucusudur. Hukuk esas itibarile yayınlanmış kanunların toplamıdır; hukuk yasama erkinin bağışlamasıdır, onun keyfi veya şuurlu kudretinin mahsulüdür. Hukuk halka yabancıdır; hukuk halka tatbik edilir ve halka tahmil edilir. Halk hukuku öğrenmeğe ve benimsemeğe mecburdur.

XIX uncu asrın hukuk anlayışına göre ise hukuk, doğrudan doğruya halk zihniyetinin mahsulüdür. Millî hukuk hissinin derhal bir fiil ile gerçekleşmesi ve adet şeklinde ifade olunmasıdır. Zaman ile kanun ikinci bir kaynak olmak üzere örf kaynağına gelip katılır. Kanun daima yeni bir şey yaratmaz; ekseriya var olanı bildirir.

Tarihi mektep te mübalağa ve ifrada saptı; tedvin hareketinin şiddetle aleyhinde bulundu. Hukukun örfi halden kanunî hale geçmesinin hukuk için ifade ve temin eylediği o büyük terakki ve tekamülü anlamak istemedi. Diğer taraftan her zamanda yıldızlar gibi ferah edilemeyen ve parçalanamayan ebedî yir hukuk düşüncesinin hukukun gelişmesinde oynadığı büyük rol inkâr kabuletmez bir hakikattir.

Bu itibarla XX inci asır da tarihî mektebe karşı bir tepki asrı olmuştur. XIX uncu asrın sonlarında ve XX inci asrın başlarında tabii mektebin yeniden doğumuna şahit olunmuştur.

Saleilles'in «bazı yeni eserlere nazaran tarihi mektep ile tabii hukuk» adlı mukalesinden yukarıda bahseylemiştim. Tabii hukukun durgunluğunun uğradığı itirazları kaldırmak ve yıkmak için Stammier'in «mhteviyatı durgun olmayan» tabii hukuk telakkisine iştirak eylemiş olduğunu da bildirmiştim.

Geny'nin özel hukukta ilim ve teknik adlı eserinde «Daha basita irca edilmeyen tabii hukuk» anlayışından da bahsetmiştim.

Prof. Georges Renard'da «Hukuk, nizam ve akıl» adlı eserinde tabii hukukun taraftarı olduğunu bildiriyor. Renard ve diğer tabii hukuk taraf-

tarı dindar profesörler nazariyelerini dini bir inanca dayandırmıyorlar (1) Renard «ilâhî aklın bir yansıması olan insan aklının bildirdiği ve insanın özel mahiyetinde kökleştiği ebedî ve müstakar bir hak vardır.» diyor. Renard'a göre bütün haklarımızdan evvel var olmuş ve nizam şeklinde vücade gelmiş bir hak vardır. Bu nizamda herkesin yeri ayrılmıştır herkes kendisine ayrılan yerde meşruiyetinin hüccetini (senetini), gayesini, ölçüsünü ve hududunu bulur.

21. — Şimdi Ripert'in «medenî borçlarda ahlak kaidesi» adlı eserinden bahsetmek lazımdır.

Ripert tabii hukuk fikrinin ve nazariyesinin muhalifi ve hatta düşmanıdır. Ripert tabii hukuka karşı; onun verilerin ve muhtevasına karşı yaptığı tenkitleri, Gency'nin eserinin tahlili vesilesile yazdığı «tabii hukuk ve hukukî pozitivizma» adlı yazısında yapmıştır. Gency bu tenkitlere eserinin son cildinde cevap vermiştir.

Ripert «tabii hukukun muhtevasını aramak kadar kısır bir çalışma olamaz» diyor. Tabii hukuk nazariyesini kabul eden müelliflerin bu na-

(1) Hıristiyanlığın hukuk üzerindeki tesiri tartışmalıdır. Hıristiyanlık bir yoktan doğmadı; boşluktan çıkmadı. Kendisinden evvel var olmuş doktrinleri topladı ve bir hamur yaptı. Bütün tapınaklar eski tapınakların sütunlarıyla inşa edilir. Hıristiyanlık üzerinde en çok tesirini yapmış olan doktrinler, islamiyet üzerinde en çok tesirini göstermiş olan istoa mektebi felsefi ile Hind ve israil oğlu felsefesidir.

Istoa mektebi iki büyük ahlaki hareket tarzını prensib olarak koymuştu: 1) Herkes hürdür ve bu hürriyeti dolayısıyla ahlâkî iyiliği gerçekleştirmeye mecburdur. Bu ahlâkî ödev hıristiyan dilinde de, kuran da «adil ve ihsan (şefkat)» adlarını taşır. Her Cuma günü hatip hütbeye başlarken «allah adaletle ve şefkatle hareket etmenizi emreyledi il allahını okumakla başlar. 2) Herkes hürdür ve bu hürriyet ma'sumdur (masundur, dokunulamaz); bu da istoa mektebinin hak prensibidir.

Hıristiyanlık istoa mektebinin birinci prensibini aldı ve kend ahlak telakkisini bu prensibe dayanırdı; fakat ikinci prensibi almadı ve ahlakını hakka dayandırmadı; çünkü şarkın faal olmaktan ziyade kendinden geçmeği emreden, yani vecdi, Allahın güzelliğini kendinden geçerek can gözü ile seyr etmeği ve düşünmeği emreden felsefesi hıristiyanlığa da tesir eylemişti. İslam dervişi çırpınmaz: «Ceyb-i tefekküre» dalar; ceyb hem elbise yakası demektir, derviş onu başına çeker, hem yürek demektir, derviş yüreği il allahını düşünür. «Allah nedir? deyince gâfil - Allah! deyup kamuş olur dil» şark felsefesi sabri, tahammülü ve tevazuu emreder; derviş nihat olanlar (nihat bir şeyin aslı, yapılışı demektir) her şeye eyvallah derler. «Ne kılsalar ana şad, ne verseler ana şakir».

Brahma dini en büyük saadeti insanın allahla karışmasında bulur; buna islam dilinde «fena billah» nasıl denizde benliğini gayri petür denize karıştırıyor ve onunla bir oluyorsa insan da altaha akmalı ve o büyük varlığın içinde eriyip gitmelidir. Bu sebepten Brahma dini feragati yani her şeyden el etek çekmeği, her şeyden vaz geçmeği, sabrı ve yalnızlık ve sessizlik içinde vecdi tavsiye eyler. Bu zahiri varlığın Nirvana ile yok edilmesini emreder. Nirvanaya mutlak bir feragatla ve içteki bütün arzuları söndürebilmekle varılabilir. Hıristiyanlığa ve islamiğe geçmiş olan bütün bu eski şark felsefeleri

zariyenin içine neler sokmuş olduklarını tayin etmeğe imkân olmadığını söylüyor. «Bu kitabdaki önermeler bir tabii hukukun varlığının iddiası gibi alınabilir. Çünkü medenî borcun tamamene anlaşılabilmesi ve teknikçe inşa edilebilmesi için ahlakın insanlar arasında kurduğu münasebetlerin hukuki bir ifadesi olduğunun daima akılda ve göz önünde bulundurulması lazım gelir. Bu da borçlar hukukun ahlakî bir ülkü olan adalete, yani esas itibarile eski tabii hukuka dayandırılmak olacağına ileri sürülebilmesine imkân verir isede ben böyle bir şey düşünmekten çok uzak bulunmaktayım. Tabii hukukun muhtevasını araştırmaktan daha kısır kalmağa mahkum bir araştırma bilmiyorum. Geny çevreyi dahi iletmenin çok çekici ve fakat çok güç bir çalışma olacağını itiraf ediyor ve şahsan bir çalışmaya teşebbüs etmiyeceğini bildiriyor... Adalet fikrinden hareket etmek suretile bütün bir borç nazariyesi nasıl çıkartılabilir? Nasıl dünya ve insan hakkında sırf şahş' ve indî bir telâkkiye düşmeden çıkartılabilir? Tahlil ile çıkan neticeye göre «yapım» fikirden daha yavaş değişir. «Veri» «yapım» ın içine yerleşir. Bizim de borçlar nazari-

şafkatın kutluluğunu ilân ediyor fakat hakka yer vermiyor. Artık (eski) Hiliel adlı meşhur yahudi. «sana yapıldığını istemediğin şeyi sen de başkasına yapma» düsturunu İsadon b irasır evvel beyan etmişti. Bu düstur atalarımız dilinde «evvela öneyi kendine saptı sonra çuvaldızı aleme» şeklinde tatbiki bir tarzda ifade olunmuştur.

Hiristiyanlığı hukuk sahasında istoa mektebinden aşağı kılan şey hakkı beyan etmemiş yani hürriyetin masun olduğunu ilan etmemiş olmasıdır. Bu aşağı vaziyet müeyyede sahasındaki boşluklarla daha fazla açılıyor. Tam saadeti Allaha malik olmak vücade getirdiğinden bu saadete ancak ölümle erilir.

«Bimar-i hicra nile bizarız - Elminnetü billah müteheyi-i mematız» «biz ayrılık hastalığı ile hastayız. Allaha minnet olsun ki, çok şükür ki ölüm için iktiza eden surete girip ona hazırlandık» (Şair Hersekli Arif Hikmet beyin müptela olduğu kırtlak kanserinden ölmeden pek az zaman evvel söylemiş olduğu bir kıtadır). Mesnevî bu ayrılığın şikâyetini anlatmakla söze başlar. Bu düşünüş dünyadaki hayattan ve servetlerden, rahat ve iyiliklerden el, etek çekmeği icapettirir ve hayatı hor gösterir. Kuranda bile hayat için «bir aldanma (gurur) meta'ından başka bir şey değildir» denmiştir. Meşhur kuran tefsircisi Zimahşeri bir arab kabilesinin paçavraya «gurur meta'i» demekte olmalarını naklederek ayete hayat bir paçavradan başka bir şey değildir manasını verir. Hayat bir paçavradan başka bir şey olmayınca siyasi, içtimai ve hukukî teşkilâtın hiç bir kıymeti olmaz. Hakiki vatan öbür dünyadır. Ödevlerin bu alemde müeyyedeleri yoktur. Zalimler öbür dünyada cezasını çekeceklerdir.

Bu sebeplerden dolayı Hiristiyanlık hukuka kâfi temel teşkil etmez. İslâmlığın hiristiyanlık üzerine üstünlüğü de buradan gelir. İslamda ki tarikat, «tasavvuf» ile şeriatçılık arasındaki ihtilaflar insanlar arasındaki en iyi münasebeti bu dünyada vücade getirmek arzusunun doğmuştur. Pasif karşı koyma, ezilenlerin her türlü savunmadan vaz geçip işi Allaha havale etmeleri zulme çok iyi fırsatlar verir.» Haddini bilmeyene haddini bildirmek öksüze kaftan giydirmek gibidir» (ata sözü).

yemiz Roma şekillerinin içine yerleşmiştir; halbuki biz Roma telakkilerinden çok uzaklaştık.

Mukavelenin herkese baş kestiren bağlayıcı kudreti olup olmadığını veya yargıcın onu düzeltmek kudreti bulunup bulunmadığını; mürahacılık zulmünün mukavelenin butlan sebebi olup olmadığını; tazmine hatanın mı yoksa ihdas edilmiş tehlikenin mi esas tutulacağını; başkasına sağlanmış hakta mal iktisabının iadeye tabi tutulup tutulamayacağını, muntazam teknik şeklin kasta üstün kılınıp kılınmayacağını veya sui niyetin muamelenin intizamını bozup bozmayacağını; mütesep hakkın cezadan masuniyeti sağlayıp sağlamadığını veya hakkın sui istimalinin tenkil edilip edilmeyeceğini bize tabii hukuk bildirecektir, diyeceklerdir. Bütün bunlar esaslı ve ana problemlerdir. Bu problemlerin bazıları çok eskidir ve asırlarca tartışma konusudur, bazıları da daha yenidir. Mevcut hukuku müdafaa edenlerle de yarının hukukunu isteyenler de arzularını adaletin dikte ettirmekte olduğunu iddia ediyorlar.

Hakikatte, siyasî kudrete karşı bir protesto mahiyetini taşımış olan tabii hukuk nazariyesi kendisini yalnız hukukun teknik oluşuna hasretmek arzusunda bulunan hukukcular için elverişli ve rahat bir vaziyet haline düşmüştür. (1) Sırf insanî bir hale düşmüş olan tabii hukuk umumî efkâr ile karışmış ve ona eşit olmuştur. Bir dereceli ve genel oy ile seçim devrinde umumî efkârı ifade eylediği sanılan yazılı kanunun temel ve mesnedi olmuştur.

Ahlaki fikirlerin bu perişanlığı devrinde, savaşın vücade getirdiği içtimaî karışıklığı arasında bize tabii hukuktan daha sağlam bir disiplin ve ondan daha kuvvetli bir faaliyet sebep ve hikmet lazımdır. Bu ağır imtihanlardan sonra «aydın bir millet hukukunu yeniden düşünür» (Lewy - Ulmann, hukuk tarifi) Bir milletin istikbali fikirlerinin istikbale bağlıdır.» (Ripert ahlâk kaidesi No. 207)

Ripert eserinin ön sözünde de tabii hukuk hakkında şunları yazar: «Kimisi hali hazır müesseselerini, sosyoloji kaidelerinin onların değiştir-

(1) Siyasî kudret daima sui istimal edilmiştir; ve insanlık daima bu suiistimali protesto etmiştir. 1910 fransız demir yolları işçilerinin grevi hadisesinde sol taraf başbakanın (Briand'ın) hareket tarzını «siyasî kudretin suiistimali» olarak tavsif eylemişti. Sağ taraf saygılarından hazır cevap olan ve kültürü kuvvetli bulunan «Charles Benoist» oturduğu yerden «sui istimal edilmeyecek bir kudret neye yarar» sözünü «siham-i kaza» gibi fırlatmıştı. Bu acı hiciv sui istimal etmediği kudret yükü altında ezilmiş «Ömer» in ne için yerlere yatıpta o yükten kurtulmak için canını almasını Allahahtan yalvarmış olduğunu anlatmış gibi suiistimal edilen bir kudrete hırs ile bağlanmanın sıralarını açıklıyor. İnsan siyaset kudretin sui istimaline Allah, hürriyet ve tabii hukuk adlarına mütemadyen protesto etmiştir.

melerini emretmekte bulunduğu bahanesile yıkmaya uğraşırken kimisi de o müesseselerin tabii hukuka uygun bulunduğunu byan etmek suretile yıkılmak istenen müesseseleri çok gevşek bir tarzda müdafaa etmektedir. XIX. uncu asır boyunca, evrensel bir suç ortaklığı ile, positif hukuka tabii hukukun hakim bulunduğuna inanır gibi gözüküldü. Tabii hukuk Devlet dini kılınmıştı. Resmî bir din ve doktrin sahibi olmaktan men edilen devlet tabii hukukta resmiliği veremez oldu ve böylece tabii hukuk kuvvetsiz kaldı. Fakat tabii hukuku himayeden vazgeçmeyenler bulunmakta devam ediyor; ve sırf positif hukukun üstünde bir ahlâk kaidesi olduğunu yazmış bulunmamdan ötürü beni de, protestolarıma rağmen tabii hukukun koruucuları arasına katıyorlar.

Ripert tabii hukuk doktrinine karşı bambaşka bir doktrin koyuyor. Ripert'e göre hukukun teşekkülü üzerinde müessir olan ahlâki verilere «ahlâk kaidesi adını veriyor. Ahlâk kaidesi, yani ahlâki mu'talar, Ripert'e göre hıristiyanlığın ilham eylediği ve batı Avrupada evrensel bir muvafakatla kabule ve bu itibarla her tarafta dinin, aklın ve vicdanın teklif eylemesi dolayısıyla riayete mazhar olmuş ve müşterek kaide haline gelmiş ahlâki fikirler toplamıdır. Ripert'in bu husustaki sözlerini yukarıda zikrelemiştim.

Ripert, kitabının son bahsi olan 208 No. lu parçasında «kanun koyucusunun veya yargıcın ahlâki kanunu dikkat nazarına alması istendiği zaman onlara, teyid eylemeleri istenilen kaidelerin ulviyetine (alî olduklarına) kanaat hasıl ettirilmelidir. Mukavelede adaleti talep edenler veya hilenin cezalandırılmasını yahut haksız iktisabın iadesini isteyenler iyilik ve köüllüğü hakkı ve ödevi, hakkı ve haksızlığı tayin eden bir ahlâk kaidesine müracaat etmiş ourlar. Dünyanın şu veya bu ahlâki telâkkisini yazılarıyla ve fiillerile müdafaa edenlerimiz hukuk için savaşmaktadır.» diyor ve hukukî positivisticiliğin doğru bulduğu kısımlarını ele alarak şöyle devam ediyor.

«Fakat amme kudretine yaşama ve yargı erkine kendini kabul ettirinceye kadar riayet edilmesini istediği ahlâk kaidesi, yapılmasını istediği ödev : kaide ve vazife hukukî hayatın, hukukun dışında durur. Kanun koyucusu veya yargıç bir mukaveleyi gabinden dolayı bozmadıkça mukavele ile zenginleşmek hakkı var demektir; mesuliyeti kabul etmedikçe başkasına zarar vermek hakkı var demektir; Kasttan dolayı sorumlu olunmazsa sui niyetle hareket etmek hakkı var demektir. Bu da positif bir hakk değildir; bu haktan ayırt edebilmek için tabii veya ideal hukuk adı ile adlandırılacak her hangi bir hukuk ile karşılaştırılacak positif bir hukuk değildir. Bir kimsenin adaletten istediği yardımı ondan

esirgemekle amme kudreti iddia edilen hakkı kabul etmediğini ve böyle bir hak tanımadığını bildirmiş olur; yani o hak kanun koyucusunun ve yargıcın cemiyetin iyi bir düzenlenmesi hususundaki ideal telâkkilerine aykırıdır. Şu telâkkinin bu telâkkiden daha iyi olduğuna da kim karar verecektir? Amme kudretinin telâkisininin daha ötü olduğunu meydana çıkartmak için telâkkileri karşılaştırmak da neye yarar? Kuvvetli olanın doğru olmasını yücede getirdiler ve binaenaleyh opsitif kaidelerin heyeti mecmuasile bu kaidelerin varmak istedikleri ideali ifade etmek için elde tek kelime vardı, her iki şeyi de aynı kelime ile ifade ediyoruz. İşte hukukî pozitivistcilikte iyiden iyiye doğru olarak bulunan şey bundan ibarettir. İdeal hukuku positif hukuk ile karşılaştırmaya kalkışmak ideal hukukun daha aşağı derecede bulunduğunu kabul etmeğe nefsi mahkûm kılmaktır. Çünkü her ikisi de hak vasfını taşımaktadırlar; positif hukukun ise, diğeri üzerine üstünlüğünü sağlayacak bir kuvveti vardır. İdeal hukukun bu aşağı basamakta (mertebede) bulunmasına rağmen positif hukuka üstün bulunduğunu iddia edebilmesi için onunla aynı kaynağa aynı asla malik olmaması lâzımdır. İdeal hukuku insan aklından kaynatmakla positif hukuk gibi insanlığın kusur ve ayıplarını taşımaktadır; yaşamada veya yargılamada bulunan insan aklından onu ayırt edecek şeyi de pek göremiyorum. Bu tetkikler esnasında insaniyetin hal-i hazırda takip eylediği büyük ahlâki kaideleri birbiri ardından ele alarak onları hukukî kaidelerle karşılaştırmak mümkündür. Fakat böyle bir araştırma neye yarardı? Acaba mukaveleler ahlak ve adaba aykırı olamaz demek kâfi gelir mi? Hangi ahlâk ve adaba aykırıdır. Hangi mukavelelerin ahlâk ve adaba aykırı olduğunu ve bu itibarla iptal edildiklerini anlamak için bütünü mahkeme içtihatlarını tahlil etmek lâzımdır. Bir mukavele iptal edilmedikçe onun hukukca ahlâka aykırı bulunduğu söylenemez. Ahlâksızlık hukukta müdafaa edildiği veya takip olduğu takdirde var demektir.

Hukukî pozitivistçiliğe bazen «kanun ve hak birdir; yani aynı şeylerdir» tarzında basit ve sert bir şekil verilmektedir. Hukukî pozitivistçiliğe, bu şekilde taarruzda bulunmak doğrudur. Çünkü hukukî pozitivistçiliğin bu şekli, siyasî erkin kuvveti olmayan bütün kuvvetlerin ifade ve iddiasıdır. Positif hukuku tabii hukuka yaklaştırmak isteyen tabii hukuk doktrininin tersine olarak tabii hukuku positif hukukun içinde eritmek ve yok etmek istiyor. Hukukî pozitivistçilik cemiyet içindeki insanî nizama tapıyor. Kanun koyucusunu tanrılaştırarak yeniden bir ilahî hukuka inanıyor. Bu hal hukukî pozitivistçilik değildir, hukukî maddiyetçiliktir. Bu hukukî maddiyetçilik bize kısmen Almanyadan gelmektedir. Ve bi-

rinci cihan harbinden sonra hukukî idealcilige yapılan davetin bu hukukî maddiyetçilige karşı bir protesto teşkil etmiş olmaktan başka bir manası yoktur.

Hakikî positivistcilik kanunu tılsım olarak kabul etmekte değildir; bunun tersine olarak kanunun kudretine ve şafkatına inancı yıkmaktadır. Kanun bir kuvvettir ve bu kuvvete karşı yalnız diğer kuvvetler savaşılabılır.

Hukukun eksiklerini doldurmak veya kusurlarını düzeltmek için yahut lüzumu halinde hukuka karşı savaşmak için ahlâka baş vurmak lâzımdır. Eğer medenî kanun bazı ahlâki ödevleri teyid eyliyorsa sebebi hemen her azasının bir ahlâk kaidesine saygı gösterdiği bir cemiyet için yapılmış olmasıdır. Medenî kanunun bu ahlâk kaidesini nazara almamış olduğu hususlarda ise yavaş devam ediyor. Ahlâk telâkkilerini gerçekleştirmek için savaşanların oldukça kuvvetli bir hareketi ile kanun koyucusu ve yargıcın baş kesecekleri gün ahlâk da hukukun, etrafında dolacağı meskenine girmeğe muvaffak olacaktır.

Her hukukî positivistçilige karşı maddi kuvvetin üstünlüğü önünde başkesmekte olduğu ittihamını ileri sürmek haksızlık olur. Hukukî positivistçiliğin bu üstünlüğü bir vakıa olarak kabul etmesi önünde eğilmek için değildir. Dünyada siyasî kuvvetten başka da kuvvetler vardır. Meselâ medenî borçlarda, kapitalist emniyet arzusu kuvvetinin veya işçiler cemiyetinin borçlar nazariyesi üzerindeki tesirleri incelenebilir. Bütün bu arzular, bu iradeler ve telâkkiler hakkın gerçekleşmesinde karşılaşılıyorlar. «Bundan sonra Ripert eserini şu son cümlesi ile bitirmektedir : «Eğer hukukun bu çeşitli menfaatlara karşı koyabilmesi ve bir ideal ile meşbu olması isteniyorsa, gerek yenilmez bir iman ile gerekse insan cemiyetine sağladıkları ilerleme ve gelişmenin ilmi bir tarzda müşahede edilmiş olması itibarile her diğer şeylere üstün bulduklarına hükmettiğimiz ahlâkî fikirler arasında aynı iman birliğini devam ettirmek lâzımdır.»

Ripert'in ahlakî verilerin daha ziyade borçlar sahasında gözüklüğünü iddia elemekte bulunduğunu ve birbirlerine hukuk bağı ile bağlı bulunan alacaklı ile vereceklinin aynı birliğe dahil ve âli bir ahlakın kardeş kaldığı ve ancak ahlakın birinin diğerinden faide ve hizmet elde etmesine imkân vereceği ve her halde zarar vermesini yasak etmediği nisbette birbirlerine karşı haka ve borça sahip olacaklarını söylemekte bulunduğunu da yukarıda zikreylemiştim.

22 — Ripert ne için eserine «ahlâk kaidesi» adını verdi, de «ahlâk kaideleri» adını vermedi?

Çünkü Fransız pozitivistci mektebinin kurucusu ve şefi olan «Duguit» doktrinine «Hukuk Kaidesi» adını vermişti. Ripert'te o doktrine karşılık olarak kurduğu doktrine «Ahlâk Kaidesi» adını verdi.

«Duguit» ye göre «Hükük Kaidesi», hukukun gerek gayesinin gerekse neticelerinin, cemiyetle olan münasebetine göre telâkkisidir; yani objektif ve positif şekil ve manada telâkkisidir. Demek ki ahlâk kaidesi de insanlara kendini kabul ettiren kaide veya kaideler toplamı olarak telâkki olunmalıdır. Hukuka subjektif çehresini ferdi hukuk verir. Ahlâk kaidesinin de subjektif manzarasını «vicdan borcu» vücade getirir:

«Vicdanıdır esaet-i fiilinde ademin» davacısı, şuhudu, kavanini, hakimî». esaet = kötülük; şuhud = tanıklar.

Hukuk kaidesinin ve ahlak kaidesinin objektif manzaralarını kanunun kaidelerini teklif eylemesi ve ahlâkın emirlerini yüklemesi halleri vücade getirir. Duguit'nin doktrini ile Ripert'in doktrini bu objektif şekil ve manzaralarile karşılaşmaktadır. Ripert «Hukuk Kaidesi» formülü ile hukuktaki pozitivistliği red eylediğini bildiriyor.

Ripert borçlar hukukunda ahlâkî verilere rastlanıp rastlanmadığını araştırmakta ve müsbet neticeye varmaktadır ve «hukuk en teknik kısmında bile ahlâkın hakimiyeti altındadır diyor» (Ah. K. No. 1). Hukukî borçların gizli bir hayata malik bulunduğunu ve bu gizli hayatı, onun hukukî aleme çıkmasına imkân veren teknik şeklin arkasında aramak ve bulmak lâzımgeldiğini söylüyor (Ahlâk K. No. 2) «Borcun tamamile anlaşılabilir ve tekniğe göre inşa edilebilmesi için ahlâkın insanlar arasında kurduğu münasebetin hukukî ifade ve tercümesi olduğunu daima akılda ve göz önünde bulundurulması lâzımgelir.» (Ah. K. No: 3): İşte Ripert'in iddiasını bu cümle hülâsa ve ifade etmektedir: Borçlar ile ahlâk kaidesi arasında sıkı bir ilgi vardır.

Ripert arzylediğim doktrinini ne için inşa etmiş ve ortaya atmıştır? Bununla ne elde etmek istiyor?

Ripert «ahlâk kaidesi» doktrini ile iki amaç takip etmektedir. Kendisi pozitivist fakat müsbetçiliği (positivistliği) anlayışı başkadır. Ripert hak ile kanunu aynı şey olarak gören ve kabul edenleri kendisi gibi hukukta müspetçi telâkki etmeyip hukukta maddiyetçi olarak telâkki eylemektedir. Ripert'in bu husustaki fikirlerini yukarıda nakletmiştim. Kanun, kanunî bir nizamdır; Hukuk ise o nizamın kaynağıdır. Binâenaleyh kanunî nizam ile o nizamın kaynağını birbirine karıştırmak doğru değildir.

Ripert'in anladığı müsbetçilik içtimâî olayları bize gözüktükleri şekilde müşahede metodu ile tetkik etmekten başka bir şey değildir. Bu müşahede bize, kanunî nizam kuvveti ile o kuvvet kadar kuvvetli diğer kuvvetler arasında durup dinlenmeyen bir savaşın varlığını göstermektedir. Bu kanunî nizam ile savaşan kuvvetler bazen hukuk ile birleşmekte bazen hukuk ile de savarmaktadır. Ahlâk kâidesi, kanunî nizam ile savaşan kuvvetlerden biridir. Ripert için hukukta müsbetçi olmak hak ile kanunu aynı şey olarak kabul etmek değildir birleşen veya savaşan kuvvetleri müşahede etmektir; çünkü hukuk bu savaşın muhassabesidir.

Demek ki Ripert'in elde etmek istediği birinci gaye hukukî maddiyetçiliği reddetme ve kanunun, sırf kanun olduğu için iyi olduğunu iddia etmemektir.

Ripert bu doktrini ile hukuk teknikçilerine cevap vermek istiyor ve bu da onun ikinci amacını teşkil ediyor.

Ripert bir taraftan sözleşmeyi (mukaveleyi) irade muhtariyetinin, tarafların rızalarının neticesi gibi görenlere, diğer taraftan borçların objektif telâkkisini kabul edenlere çatıyor : «Bütün teknikçilerin gayretleri bize hukukî münasebette insanlar bulunduğunu unuttürmek ve yalnız mamelekler görmektir. Borcu mamelekler arasında bir münasebet olarak görmeği de hukukî terakkinin son sözü olarak vösteriyorlar.» ,A. K. No. 2. «Bu son yirmi senenin hâkim temayülü borçların tetkikinde sırf teknik telâkkileri üstün kılmağa çalışmak olmuştur. Borç aktif ve pasif sujelerinden (alacaklı ve verecekliden) ayırt edilmiş ve mamelekler arasında bir münasebet gibi gözükmüştür. Alacaklı ve verecekliliği bu, birinin zenginleştiği diğerinin fakirleştiği mameleklerin mümessileri haline getirilmiştir. İstatik ve dinamikten; tartmadan ve kuvvetten, muadeletten ve muvazeneden, ihtas edilmiş rizikodan (tehlikeden) ve istihsal edilmiş zenginleşmeden bahsediliyordu. İnsan siliniyordu; insanda mühim görünen hakiki rızadan ayırt edilmiş olan irade beani ile dış fiili yani fiil yaratmış olan iradeden ayırt edilmiş olan, görünen fiili idi. Teknikçiler rahat çalışabilirlerdi. Hukukî münasebeti aktif ve pasif sujelerinden ayırdıktan sonra artık rahat rahat sebeb ve illetlerinden ayrılmış borçlar, mücerret muameleler,, saiklerinin ahleksizliğine rağmen bizatihi sahih mukaveleler, hatta gayri meşru gayeler için sahih bir surette kullanılan haklar, kusursuz mes'uliyetler, mamelekler arasında muvazene kurmaklar hayal edebilirlerdi. Şüphesizki bu hukukî inşalara hor gözle bakılamaz; fakat yalnız bir yapım gibi telâkki olunmalıdır. Bu yapımın altında borcu anlatan ve meşru kılan

kaideyi bulmak lâzımdır.» (Ah. K. No. 203): «Borç mamelekler arasındaki basit bir münasebet değildir Borç daima bir insanın diğer insana inkiyadı idi ve inkiyadı kalacaktır. Bu inkiyadı kalacaktır. Bu inkiyad ancak meşru gayeler için istenilebilir ve bu inkiyada ancak meşru gayeler için müsaade olunabilir. Borç varlığında ve icrasında hem kanun koyucusu hem de yargıç tarafından kontrol edilmelidir. Bu kontrol ise, cemiyet halinde yaşayan insanlar arasındaki münasebetlerin teşkili hakkında bir telâkkiye malik olmakla yapılabilir. Teknik inşa ahlâkî bir idelin tatbikidir. Gabin olunca mukavelenin muteber olup olmadığı, işlenmiş kusurun dışında mes'uliyet bulunup bulunmadığı; haksız mal iktisabının, hukukî formalitelerin icrasında hüsnü niyetin lâzım olup olmadığı meseleleri ancak insanın ahlâkî gayeleri hakkında bir telâkkiye malik olmakla çözülebilir. Bu eserin, hukukun inşa ve tekvinine dair olan teknik usullerle kanun koyucusunun ve yargıcın bir kaide koyamayacağını ve güçlükleri sökemiyeceğini ispat eylemekten başka bir gayesi yoktur. Kaide ancak, kanun koyucusunun gerçekleştirmeye istediği ve yargıcın bu gerçekleştirmek işine katılmağa ve yardım eylemeğe mecbur bulunduğu ahlâkî ideali nazarı almakla konabilir ve tatbik edilebilir.

Bu ahlâkî idealin nazara alınmasının ilmen mümkün olmadığı ve metafizik bir hukuk nizamı yerine realist (gerçekçi) bir hukuk nizamı koymak lâzımgeldiği iddia edilebilirse de bu iddia boştur. Cemiyette mevcut olan ahlâkî kuvvetleri nazara almamak gerçek bir gerçekçilik değildir. Duguit hususi hukukun hukukî değişimleri adlı eserinde «Realist ve Sosyalist» «Metafizik ve ferdiyetçi» tabirlerini birlikte kullanmaktadır. Ripert ise gerçekçilik ile sosyalistlik, metafizikçilikle ferdiyetçilik vasıfları arasında zarurî bir münasebeti görmediğini bildirmektedir. Bizzat borç kavramı bir ahlâkî ideale inanmağı icap ve iktiza ettirir; çünkü insanın insana meşru olacak inkiyadını izah ettirmeği lazım kılar. Yapılmış vaide yani verilmiş söze saygı göstermek içtimaî nizamın temellerinden biridir. (1) Hauriou «insanın bir borca razı oluşu onun cemiyete verebileceği en büyük inanış delilidir» der. Vaidin medeni kanun tarafından müeyyede altına alınmış olması dolayısıyla riayet edilmesi mecburî olduğunda şüphe yok ise de medeni kanun Vaidin kuvvetinin sırrını ve onu saygı değer kılan şartları ahlaktan sormaktadır. Geny «Hukuk kaidesi daima kendisine temel olarak bir ahlâkî kaideyi velev o ahlak kaide çok iptidai de olsa yine bir ahlâkî kaideyi icabettirir.» der.

(1) İnsan sözünden öküz boynuzundan tutulur. (Ata sözü) «söz bir Allah bir»

Artık zamanı geçmiş olan ve müspetçiliği temsil etmek gibi yalancı bir iddia taşıyan bu iktisadî maddiyetçiliği dağıtmak lazımdır. İktisadî maddiyetçilik Hauriou'nun demiş olduğu gibi «fizik ilminin bir sarhoşluğundan doğmuştur.» Duguit hukuk sahasının sırf metafizik nevi ve mahiyette kavramlarla metafizik kaidelerle fazla işgal edilmekte olmasından şikayetçidir. Biz bu kavramları kovmayacağız. Çünkü insanlar arasındaki münasebeti tanzim eden bir ilmin batı cemiyetlerini iki bin seneden beri idare eden ahlâk kanunu nazara almamasına göz yumamayız.»

(Ah. K. No. 203).

Ripert'e göre teknik çok mücerrettir; muhakemeye, mantığa, hukukî yapıya lüzumundan çok fazla bir yer ayırmakta ve vermektedir. Yukarıda nakleyediğim satırlardan da anlaşılacağı üzere teknik, tarafların şahsiyetlerini silip yok etmesi dolayısıyla de tenkit etmek lazımdır. Ripert'e göre borçta teknik gerçeği ifade etmez; borçta gerçeği ödev teşkil eyler; çünkü borç kavramı ödev istinat ettirilmiştir (dayatılmıştır); çünkü bir insanın diğer insana meşru gayeler için inkiyadını iktiza etmektedir.

Ripert bu önemlerden (kaziyelerden) çifte bir gaye ile hareket ederek hukuk ile ahlakın savaşını, yahut daha doğru bir tabir ile teknik ile ahlâk kaidelerinin savaşını ispat eylemeyi kendisine amaç edinmiştir. Tarafların uzasına dayanan nazariye ile objektif nazariyenin sırf akıl namına kaide koymağa kalkıştıkları zaman aciz haline düşmeğe oldukları ispat etmeği kendisine amaç edinmiştir.

Ripertten şu satırları da nakledeyim: «Hukuku felsefe ile anlatmak istemiyorum; hukukun felsefeden ne kadar nasibi bulunduğunu, hukukta ne miktarda felsefe bulunduğunu göstermek istiyorum. Modern alem hukukî teşkilâtında kendi kendisine kâfi gelebilen bir hukuk yaratabildi mi; yahut hukuk hıristiyanlığın vücuda getirdiği ve asırlardanberi avrupa halkının ruhunu idare eden büyük ahlâk kaidelerinin hakimiyeti altında kalmakta devam ediyor mu? Araştırmalarımın özel konusu bundan ibarettir. Bir hukukçu tarafından yapılmış olan bu araştırmalar ahlak kaidelerinin, hukukun en ziyade teknik olan kısmında haiz olduğu kıymeti ispata yöneltilmiştir. Hukuk kaidelerinin ahlaki karakterini meydana çıkartmak suretile hukukî fikirlerin gelişmesi, bazı müesseseler etrafında şüpheler ve savaşlar belki daha iyi anlaşılacaktır.» (A.K.No.I).

Ripert'in eserinde takip ettiği metoda gelince Ripert ahlâk kaidelerinden hareket edip ahlâka vaimiyor; bunun tersine olarak ahlak kaidelerinden hukuku çıkartıyor.

23. - Levy - Ullman'da borçlar ile ahlak arasında sıkı bir münasebet bulur.

a) Borçlar kanunu ahlaki ödevde tabii borç adı altında bir yer verir (T. B. K. Mad. 62). Tabii borç nasıl sınırlandırılırsa sınırlandırılсын vicdan borcunun tanınmasından başka bir şey değildir. Her vicdan borcunun her ahlaki ödevin bir tabii borç vücuda getirip getirmediği münakaşa edilebilir, fakat her tabii borcun arkasında bir vicdan borcu bulunduğu münakaşa götürmez.

b) Ahlaka aykırı mukavelelerin muteber olmayışı; mukavelenin rızalarının uygunluğuna istinat ettirilmesi yani verilmiş söze güven ve inan sağlanması birer ahlak kaidesinden başka bir şey değildir.

Taraflardan biri diğerinin korkusunu, hiffetini, tecrübesizliğini istismar etmiş ise, diğerine hile yapmış ise veya iktisadi şartlardan ifratla istifade etmiş ise yani diğerinin müzayaka halinden istifade etmiş ise mukavele muteber olmaz. Ahlak yalnız mukavelenin inikadına hâkim değildir. Mukavelenin icrasına da hâkimdir; İhtimaller yalnız çıkmış ise, şartlar ve haller mukavelenin yapıldığı zamana nazaran, mukavelenin icrası vicdanen istenemeyecek kadar değilmiş ise mukavelenin şartları müeyyede mazhar kılınmaz, buna imprevision nazariyesi denir.

Mukaveleden istihsal edilecek menfaat ahlaki inciltecek ise o menfaat istenilemez; buna meşhur «nefsini haksızlıkla ittiham eden veya nefsin kötülüğünü bildiren beyanlar dinlenmez»; yahut «kimse mahkeme hayasızlığını dermeyana yetkili değildir» kaidesi denir (T. B. K. Mad. 65).

c) Mukavelesiz vücuda gelen borçlara gelince bunlar kimseye zarar verilemeyeceği ve kimsenin zararına haksız mal iktisap edilemeyeceği kaidelerinden doğar. Vekâleti olmadan başkası hesabına yapılan tasarrufun müeyyede altına alınması (T.B.K. Mad. 410 - 415) yardım ödevinin müeyyede altına alınmış olmasından başka bir şey değildir. Vekâleti olmadan başkasının hesabına tasarrufta bulunan yani başkasının işine karışan insanların birbirine yardım etmelerini emreden ahlaki bir ödevi görüyor ve bir vicdan borcunu yerine getiriyor. Adeta bir tabii borç, bir ahlaki vazife istek ve ihtiyarla ifa ediliyor ve bu sebepten kanun tasarrufta bulunanı vicdanının tesirile giriştiği işi iyi başarmasını emrediyor.

Hülasa borçlarda gerek inikadında gerek icrasında gerek şartlarında gerek neticeleinde ahlakın de yer almakta olduğunu inkâr etmek abesle uğraşmak olur.