

## Kanun Karşısında Hukukun Rolü

Ord. Prof. Esat ARSEBÜK

Mevzuuma girmeden evvel müsaade ederseniz bu başlıkla kasdettiğim fikri izah edeyim: Hukuk terimini hukukçular bir çok mânada kullanırlar. Bundan bazen kişiye tanınan selâhiyetler anlaşılır; ferdin hakları gibi. Bazen kanun mânası kasdolunur; şahsın hukuku gibi.

Fakat diğer bir bakımdan hukuka biri idealist, diğeri realist olmak üzere iki mânâ daha izafe edilir. Mevcut ve yürürlükte olan bir hukuk nizamına kanun, bir memlekette cemiyetin menfaatlerini en iyi bir şekilde koruma kabiliyet ve kudretini haiz olmasından dolayı lüzumunu hissettiğimiz kanuna da hukuk deriz.

Her kanun, zamanla hissedilen ihtiyaçları karşılamak için tanzim olunur. Fakat son derece açık ve umumî yazılmış olmasına rağmen bir kanun maddesinin hiç bir zaman hâdiselerin karşısına çıkarabileceği ihtimalleri evvelden görmesine imkân yoktur. Hayat en kudretli kanun vâzından çok daha yaratıcıdır. Bu itibarlardır ki, yürürlükteki bir kanunu tatbik ile mükellef olan hukukçu sadece dünün zaruretlerini değil, bugünün ihtiyaçlarını da hesaba katmak ve kararını ona göre vermek zorunda kalır. Kanunda bir sarahat bulunmaması halinde hâkimin hüküm vermektan imtina edebileceğini kabul ve terviç eden medenî bir rejim yoktur. Demekki kanun hiç bir zaman hukukla aynı seviyede olamaz. Çünkü cemiyet tekâmül ettikçe sosyal münasabetsler daha girift bir hale girer. Çünkü her tatmin edilen ihtiyaç yeni bir ihtiyacın doğumuna sebep olur ve erişilen her gaye ufukta beliren yeni bir gayenin basamağını teşkil eder. Eğer bir teşbihe cevaz verilirse diyebiliriz ki, fotoğrafınızla şahsınız arasındaki benzerliği yekdiğerinden ayıran âmil ne ise kanunla hukuk arasındaki mesafeyi gittikçe açan ve kanunun hukukla birleşmesine mâni olan âmil de odur.

(1) 3 Ocak 1947 de Türk Hukuk Kurumu adına Dil ve Tarih - Coğrafya Fakültesinde verilen konferans.

Hukuk Fakültesi Mecmuası: 5

Demek oluyor ki, cemiyet ihtiyaçlarını, dünün zaruretlerini nazara alarak ayarlayan kanunla hâlin icaplarını tanzime mecbur olan hukuk arasında devamlı bir çarpışma mukadderdir. Ve hukuk tarihinin bize verdiği malûmata göre bu mücadele daima hukukun zaferile nihayet bulur. İşte asırların vâkıılarıyla teyit ettiği bu hakikati tebarüz ettirmek içindir ki, İsviçre Medenî Kanununun ilk maddesi kanunun hukuka değil, belki bunun tamamen aksi olarak idealist hukukun kanun ismini verdiğimiz realist hukuka hâkim olması lüzumunu açıkça belirtir: «kanun lâfzile veya ruhile temas ettiği bütün meselelerde mer'îdir. Hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan meselede hâkim örf ve âdete göre, örf ve âdet dahi yoksa kendisi kanun vâzı olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idi ise ona göre hükmeder. Hâkim kararlarında ilmi ve kazaî içtihatlarından mülhem olur.» Fakat ne yazık ki, iktibas sırasında maddenin yan yazısındaki «kanunun tatbiki» tabiri bir dikkatsizlik eseri olarak «Medenî Kanunun tatbiki» şeklinde ifade edilmiş ve İsviçreye göre yürürlükte bulunan bütün hususî hukuk kanunlarında gözönünde tutulması mecburî olan bu esas, bizde bir tercüme yanlışlığı yüzünden Medenî Kanuna inhisar ettirilmiştir. Acaba bu hata tatbikatımızda bir tesir vücuda getirebilir mi? Aşağıdaki satırlar bize bu sorunun cevabını verecektir.

Hukuk ile kanun arasındaki fark yeni mevzuatta pek o kadar bariz olmaz. Bu farkı nazariyatla uğraşan hukukçulardan ziyade yüksek bir hukuk fikrine sahip olan hâkimler görebilirler. Farkın her aydın tarafından görülebilmesi için zaman unsuruna ihtiyaç vardır. Şu halde eski bir kanun üzerinde durmaklığımız lâzımgelir. Bu bakımdan 1803 de neşrolunan ve tam 144 senelik bir maziye sahip bulunan Fransa Medenî Kanunu, tetkik konumuz için pek güzel bir misal teşkil eder. Ancak Fransız Medenî Kanununun ne gibi âmiller tesiri altında ne gibi yeniliklere vücut verdiğini ve bu yeniliklerin şümulünü takdir edebilmek, hukukun o tarihten önceki durumu hakkında bir fikir sahibi olmağa bağlıdır. Bu sebepten o zamanki hukukî durumu umumî hatlariyle hülâsaya çalışayım.

Roma Hukuku tarafların serbest iradelerile bir akdin meydana gelebileceğini hiç bir zaman kabul etmedi. O, yapılan anlaşmaların doğum şartlarını ve müeyyidelerini, kaynağını sihri veya dinî bir kuvvetten alan eşkâl ve merasimde aradı. Çünkü isbat imkânı yalnız şekle riayet edilerek yapılan akitlerde vardı. Ve ancak böyle bir taahhüt borçluyu alacaklısının hâkimiyeti altına sokabilirdi. Vakiâ borçlu vâde gününe kadar hür adam vasfını muhafaza eder ve bor-

cunu ödemekle eski durumunu tekrar iktisap ettilerdi. Fakat borç ödenmezse o zaman alacaklı borçlusunu kendi evine götürür, onun şahsı üzerinde dilediği tasarrufta bulunabilir, onu esir gibi satabilirdi (Manus injectio).

Romanın XII Levha Kanunlarından sonra cebri icra sertliklerinin yumuşatıldığına şahit oluruz. Milattan 428 sene evvel yapılan Papiria Kanunu, alacaklının hakkını bizzat elde edebilmesini hâkimin müsadeseine tâbi tutmuştur ki bu, icra yolunun, borçlunun şahsından mallarına intikal etmesine doğru atılan ilk adımdır (Manus injectio judicati).

Kanun hükümlerinin bütün katıyetile tatbik edildiği bu devirlerde bile hakkaniyet fikrinin belirildiğine şahit oluyoruz. Vakıâ bu fikrin siyasi olaylar tesirile doğduğuna şüphe edilemez. Fakat ne de olsa fikir ortaya atılmış ve resmî şekilde yapılan bir çok taahhütler zaman zaman hakkaniyet fikrine dayanılarak hükümsüz bırakılmıştır. Meselâ Milattan 503 yıl evvel Roma konsülü olan Menenius Agrippa mide ve uzuvlar teşbihini ihtiva etmesinden dolayı tarihte şöhret alan nutkunu söyledi. Uzuvlar, kendilerini yaşatan kuvvetin mide olduğunu idrâkten âcizdiler. Görünüşte her uzuv hayatı boyunca yalnız mide için çalışıyor ve onun hesabına yoruluyordu. Günün birinde çalışmamağa karar verdiler. Neticede yalnız mide değil uzuvlar da dahil olmak üzere bütün vücut hayatiyetini kaybetti. Bu teşbihi devrinin hâdiselerine tatbik eden Konsül nutkunu şu emirlerle bitiriyordu: «Başımıza gelen felâketlerin en mühim sebebi alacaklıların haklarını elde edebilmek için borçlulara karşı gösterdikleri sert muamelelerdir. Taahhütlerini yerine getiremeyecek duruma düşen borçlular ibra edilmelidirler. Bu, hakkaniyetin tevlit ettiği bir neticedir. Borçlarını vâdesinde ödememiş olmalarından dolayı alacaklıları tarafından hapsedilmiş olan borçluların serbest bırakılmalarını emrediyorum. Bundan başka borçluları aleyhine mahkemeye müracaat ederek aciz hallerini tesbit ve böylece onları kendi emirleri altında çalıştırmamağa mahkûm ettiren alacaklıların hakları da bundan böyle sukut etmiştir». Yine bu kabilden olarak Yunan tarihçisi Bodrumlu Denys'in anlattığına göre Romanın güneyinde yaşayan Volsque'ler Romayı istilâya kalktılar. Fakat alacaklıların tazyiki altında inleyen bir kısım halk, Plebien'ler, şehrin müdafaa-sına iştirâk ettiler. Tehlikeyi önlemek için zamanın konsülü olan Servilius'e geniş salâhiyetler verildi. Konsül bu salâhiyetlere dayanarak şu emirnameyi çıkardı: Benimle birlikte harbe iştirâk edenlerin evleri haczolunamaz, satılamaz ve bu kimselere mensup olan-

lar hapsedilemez. Fakat savaşa katılmayanlar, alacaklılarının mutlak hâkimiyeti altında kalırlar».

İlk Dünya Harbinde cepheye sevkolunan askerlere tam bir huzur temini için gerek Türkiyede, gerek Fransada aynı çareye başvuruldu. Askerlerin kira ve ticarî borçları tecil edildi. İşte 22 asırlık bir zaman farkile ittihaz olunan bu tedbirler, aynı zaruretlerin doğurduğu neticelerdir.

Hülâsa etmek lâzımgelirse préteur hukukunun yarattığı istisnai haller dışında resmî şekilden âri olarak taraflar arasında yapılan anlaşmaların bir dava hakkı vermiyeceği Romanın sonuna kadar sadık kaldığı bir prensiptir.

Roma İmparatorlarının Hıristiyanlığı kabul etmeleri üzerine IV üncü asrın sonlarından itibaren medenî akitlere dinî bir mahiyet izafe edilmeğe başlandı. Fertler aralarındaki muameleleri bazen İncil ve diğer mukaddes şeyler üzerine yemin etmek, bazen de sadece vaitte bulunmak suretile teyit ediyorlardı. Hıristiyanlığın şekle muhalif olması ve ferdin kendi iradesiyle bir borç altına girebileceğini kabul etmesi, muamelelerin kolaylıkla yapılmasına imkân veriyordu. Çünkü hıristiyanlığın nazarında yalan bir günahı ve verdiği sözü fiil ve hareketlerle yerine getirmeye kimse bu günahı işlemiş demekti. Fakat kanunun emrettiği merasime riayet etmeden yapılan anlaşmalardan dolayı mahkemelere müracaata usul kanunları mâni idi. Bu sebepten hıristiyanlar, bir teahhüdün yerine getirilmemesi yüzünden aralarında çıkan ihtilâfları piskoposların hakemliğine tevdiye başladılar. Çünkü vicdanî meselelerin tabii hâkimi piskopostu. Dine bağlı olanların kusurlarını ve günah işleyip işlemediklerini bu sıfatla inceler ve sözünü yerine getirmeyen kimseyi sadakadan afarozaya kadar göden dinî cezalarla cezalandırır.

V inci asırda başlayan ve gittikçe inkişaf ederek Garbi Roma İmparatorluğunun inkirazını intaç eden umumî muhaceret Fransayı Jermen istilâsı altında bıraktı. Bu hal Romanın ilk devirlerine müşabih bir durumun tekrar ihdasına sebep olmuştur. Adları ve biçimleri değişmiş olmakla beraber akitler yine resmî şekilde yapılabilirdi ve borçlu alacaklısının en şiddetli takibine maruz bırakılırdı.

Fakat Jermen istilâsı garpte Roma Hukukunu büsbütün ortadan kaldıramadı. O devrin noterlik vazifesini gören Tabellion'lar bilhassa borç münasebetleri etrafında asırlardan beri câri olan yazılı akit formülleri ve modelleri dairesinde eskisi gibi işlerine devam etmekte idiler. İşte dördüncü asırdan on ikinci asra kadar geçen müddet zarfında bir yandan şekle bağlı hukuk, diğer taraftan her

türlü merasimden âri anlaşmalara kıymet izafe eden kilise hukuku tatbik edilmekte ve zaman kilise hukuku lehine bazı bölgelerde ufak tefek inkışafiar kaydeylemekte idi.

On ikinci asırda cereyan eden bir hâdise, şekilden ziyade hakikî iradeyc kıymet verme yolunda o zamana kadar atılan adımları tamamen durdurdu. Filhakika İtalyada büyük üniversitelerin açılması bu asra tesadüf eder. Bunlardan bilhassa Bologne Üniversitesinin yaptığı araştırmalar neticesinde Corpus Juris Civilis adını taşıyan Justinien'in külliyyatı keşfolundu.

Justinien Ayasofyanın bânisidir. 527 den 565 yılına kadar devam eden İmparatorluğu zamanında kendisine tarihte büyük bir mevki temin eyleyen teşriî faaliyeti garp hukukuna dört kıymetli eser kazandırdı.

1 — Kendisinden evvel gelen bütün Roma İmparatorlarının emirnamelerini toplattı. Bunları muhtevalarına göre idareye, cezaya ve hususî hukuka ait olmak üzere tasnif ettirdi. Böylece 4650 meseleden ibaret bir kanun külliyyatı meydana geldi. 529 yılında yürürlüğe giren bu külliyyatın ismi Codex'dir.

2 — İmparatorluğun başlangıcından itibaren kendi zamanına kadar gelmiş olan en meşhur hukukçuların verdikleri kararları gerekçelerile birlikte bir araya toplattırdı ve 533 yılının sonunda mer'i-yete kıydu. İşte hukukta pandectes veya Digeste namile anılan muazzam külliyyat budur. Yunanca iki kelimeden mürekkep olan pandectes «hepsini muhtevi» mânasını ifade eder. Digeste ise lâtince intizam dairesinde derlenmiş demektir.

3 — Yine aynı seneler içinde ikisi İstanbul Hukuk Mektebi Profesörlerinden olmak üzere üç kişilik bir heyet marifetile kaleme alınan institutes İstanbul Hukukunda okutturulmak için tertip edilmiş muhtasar bir hukuk kitabıdır. Bu kitap dahi pandectes ile birlikte kanunlaştırılmış ve yürürlüğe konulmuştur.

4 — Ve nihayet Justinien zamanında novelles namı altında neşrolunan mevzuat bu külliyyatın son kısmını teşkil eder.

Üzerinde binlerce yıllık meşaiyi taşıyan zengin bir hukuk kaynağının elde edilmesi hukukçuları son derece sevindirdi. Artık bütün çalışmalar hep bu kıymetli hukuk hazinesi üzerinde tekâsüf ettirildi. Çünkü yapılan bir şeyi kavramak, yeni bir şey yaratmaktan çok daha kolaydır. Az çalışma temayülü, hukukçuları da içine alan bir tabiat kanunudur. Şerhler yazıldı, yazılan şerhler hâşiyelerle incelendi. Bu suretle borçlar hukuku sahası, kolaylıkla birdenbire genişledi. Fakat tarafların iradesine kıymet izafe eden cereyanın

durmasına sebep olan da işte hukuk tarihinde «Roma Hukukunun Rönesansı» tâbirile ifade edilen bu keşif olmuştur.

Vakiâ 13 üncü asırdan itibaren yetişen Fransız hukukçuları iradeye kıymet verilmesi lüzumu üzerinde durdular. Baumanoir daha 13 üncü asırda anlaşmaların kanuna hâkim olmasını ister. 15 inci asırda Dumoulin herhangi bir anlaşmanın şekle uygun olarak yapılan bir akit gibi icra edilmesi hususunda ısrar eder. Yine aynı asırda Loisel öküzlük boynuzlarla insanlar sözleriyle bağlanır der. 17 inci asırda J. Dornat «bütün anlaşmaların taraflara hüsnüniyete müstenit bir dava hakkı vermesi icabedeceğini» ileri sürer. Ve nihayet bir asır sonra gelen Pothier, Fransız Medenî Kanununa model teşkil eden Borçlar Hukuku adlı eserinde «tabii hukuka aykırı olan Roma Hukuku artık mevcut değildir. Her akit hükümlerini meydana getirir ve tarafları ilzam eder. Akitleri şekilsiz anlaşmalardan ayıran ve mukaveleler arasında gayri tabii bir takım farklar ihdası suretile sadelikten uzaklaşan Roma Hukuku tabii hukuka istinat etmez. Bu sebepten Fransız Hukukunda da kabul edilemez» yolunda mütalâalar yürütür.

Tabii hukuk, ferdin iradesini kıymetlendiren bir nazariyedir. 17 inci asır, bu nazariyenin üç ayrı memlekette üç büyük mümessilini yetiştirdi: Hollandada Grotius, Harp ve Sulh namındaki meşhur eserile; Almanyada Baron de Pufendorff, tabii hukuka dair yazdığı Traité'si ile; Fransada J. Domat Medenî Kanun adlı kitabı ile tabii hukuku sistemli bir surette müdafaa ediyorlardı. Montesquieu, J. J. Rousseau gibi yüksek Fransız mütefekkirlerinden de müzaheret gören bu düşünceler, yeni cereyanlar etrafında umumî efkârı hazırlamaktan başka filî bir netice veremedi. Bu fikirlere kanunî mahiyet veren ve akitleri şekle bağlı olmaktan kurtaran Fransız Medenî Kanunu olmuştur: «Kanunen muteber anlaşmalar, bunları yapanlar hakkında kanun yerine geçer. Madde: 1134». Hukuk, Garpteki bu zaferini 25 asırlık bir mücadele sonunda kazanmıştı.

Hukukçular zaferden memnundular. Ancak aldıkları kuvvetli hukuk tahsilini tatbikat sahasında inkişaf ettiren Fransız hâkimleri, önlere çıkan yeni kanun karşısında aynı sevinci duymuyorlardı. Ve bunun ilk bakışta göze çarpan hakikî sebepleri de vardı.

Bir kere hâkimin hakikî iradeye nüfuz etmesi beşerî imkânlarla sığmayan bir şeydi. Çünkü hâkim de nihayet bir insandı. Bu nokta üzerindeki tereddüt hukukta iki mühim nazariyenin gelişmesine sebep oldu: a) İrade nazariyesi; b) Beyan nazariyesi. Fakat, gariptir, her iki nazariye dahi iradenin hâkimiyetini teyide müncer olmuştur.

Sonra tarafların iradesile bir kanun meydana gelebiliyordu. Kanun, yalnız fertleri değil, hâkimleri de kendi emri altına sokan teşriî kudretin bir ifadesidir. Demekki hâkimler de ferdin iradesile husule gelen kanuna bağlı kalacaklardı. Halbuki diğer taraftan Medenî Kanun bir takım akit tipleri teşbiî etmişti. Bu tiplerden dilediklerini seçmek ve hatta bir kaç tip akdi tek bir anlaşma mevzuu yapmak, bir akitten diğerine intikâl etmek, evet bütün bunlar vakîâ tarafların serbest iradelerine bırakılmıştır. Fakat bu akit tiplerinden herbirine kanun, muayyen birer hususiyet izafe etmekte idi. Acaba taraflar, kendi iradelerile akitlerdeki bu hususiyetleri kaldırabilecekler midir? Meselâ mülkiyet hakkını müşteriye devretmeyen veya hakkın devrini akitten bir sene evveline irca eden bir satış yapılabilir miydi? Bu sorunun Fransız Mahkemeleri tarafından nasıl cevaplandırıldığına biraz sonra temas edeceğiz.

Ve nihayet Fransız Medenî Kanununa göre akitler hiçbir şekle tâbi tutulmuşlardı. Çünkü irade hâkimiyeti akdin yalnız mevzuuna teallük etmez; iradenin izhar şekillerinde de bu hâkimiyet câridir. Halbuki bazı mühim akitlerde iradenin tezakürüne bir nevi rehberlik etmek için kanun vazunun müdahalesine ihtiyaç vardı. İşte görülen bir takım zaruretler, şeklin zamanla hususî hukuk sahasında tekrar yer almasına sebep olmuştur.

Fransız Medenî Kanunu yürürlüğe girdikten sonra akitler nazariyesi iki önemli cereyanın tesiri altında kaldı. Bu cereyanlar zamanla sistemleştirilmiş ve sınırları belirli iki nazariye şeklinde ortaya atılmıştır. Birincisi ferdiyette cereyan tarzında ifade edilen irade hâkimiyeti nazariyesi; ikincisi sosyal nazariye. İlk nazariye 19 uncu asrın sonlarına kadar hukuk ilmi sahasında hâkim olur. 20 inci asrın başlangıcından itibaren hâkimiyetin devamlı adımlarla sosyal nazariyeye geçtiğine şahit oluruz. Şu noktaya işaret etmeliyiz ki, Fransız hâkimleri, ferdiyetteğin en revaçta olduğu devirlerde bile sosyal düşüncelerden tecerrüt etmemişler ve yarattıkları içtihatlarında daima nasafet esasına yer vermişlerdir. Ancak 20 inci asırdan itibaren sosyal nazariyenin hâkim olmasına ve kanun vazı bu cereyanın tesiri altında kalarak Medenî Kanunda esaslı değişiklikler yapmağa başlamasına rağmen Fransız mahkemeleri irade hâkimiyeti nazariyesini hiç bir zaman ihmal etmemiş ve böylece her iki nazariye arasındaki muvazeneyi zamanımıza kadar devam ettirmeye muvaffak olmuştur. İşte bütün Garp âlemince takdir edilen Fransız kazai içtihadı büyük başarısını bu muvazenedeki muvaffakiyetine borçludur.

Fransız Medenî Kanunu irade hâkimiyetine dayanan ferdiyetçi bir hukuktur. J. J. Rousseau klâsik kıymetini hâlâ kaybetmeyen Contrat Social adlı eserinde, cemiyetin mesnedini mukavelede bulmuştu. Mademki hiç kimsenin diğerlerine karşı fitrî bir üstünlüğü yoktu ve mademki kuvvet hiç bir hakkın doğumuna sebep olamazdı; o halde insanlar arasındaki hâkimiyeti kuracak olan tek âmilin mukaveleden yani karşılıklı anlaşmadan ibaret olması bir zaruretti. Cemiyetin nizamını teşkil eden kanunlarda dahi akdî bir mahiyet görmek lüzumu işbu zaruretin tevlit ettiği bir netice idi. Şu halde sosyal ve hukukî binamızın temeli ferdin iradesidir. Hak ferdin hâkimiyeti demektir ve ilim bakımından hukuk hüriyet bilgisidir. Fakat insanlar yaradılışları icabı olarak topluluk halinde yaşarlar bu sebeple aralarında devamlı surette hukukî ittisaller vardır. Hukukî herhangi bir ittisal, meşruiyetini ancak ferdin serbestçe iradesini açıklamasından yani akitten alır. Binaenaleyh serbest bir iradenin mahsulü olan akit, tabii hukuka uygundur. Her tabii hukuka uygun olan şey de doğrudur.

İşte bu gibi felsefî düşünceler tesiri altında kalan Fransız hukukçuları, Medenî Kanunun maziden büsbütün alâkasını kesmiş yeni bir zihniyetin meydana getirdiği yeni bir nizam olarak alınması lâzımgeldiği reyinde bulundular. Bunların kanaatince 1134 üncü maddeden ancak «akitler kanun hüküm ve kuvvetini haizdir» manası anlaşılabilir. Çünkü Fransız Medenî Kanununu «amme intizamını ve âdabı ilgilendiren kanunlara hususî anlaşmalarla muhalefet edilemez» mealindeki 6 ncı maddesi müzakere edilirken birçok hatipler bu maddenin lüzumsuzluğu üzerinde durmuşlardır. Mademki Code civil irade hakimiyeti üzerine kurulmuş bir kanundu ve mademki kanunen muteber mukaveleler kanun hüküm ve kuvvetini haizdirler; o halde 6 ncı maddenin kanunda yer almasına hiçbir ihtiyaç yoktur. Çünkü böyle bir madde ve irade hâkimiyetini teyit eden bir hüküm olarak kabul edilebilir; bu takdirde lüzumsuzdur. Yahut irade hâkimiyetini baltalayan bir prensip olduğu fikrini zihne getirebilir; bu rette tehlikelidir. Maddenin kanundan çıkarılması hakkındaki teklif kabul edilmek üzere iken hükmün kanuna konulmasındaki sebep bazı hatipler tarafından şu suretle izah edildi: Kanunlarda yekdiğerinden tamamen ayrı iki mahiyet vardır. Bir kısım kanunlar ahlâk ve âdabı ilgilendirdiği suretle âmir mahiyeti haizdiler. Bunlara muhalefet edilmesine cevaz verilemezdi. Bu mahiyetteki kanunların mevzuat arasında işgal ettiği saha çok dardır. Ekseriyeti teşkil eden diğer kısım kanunlara gelince bunlar taraftarların iradelerini tamam-



lamağa yarayan hükümlerdir, ve bunlara muhalefet mümkündür. Bu itibarla 6 ncı maddenin irade hâkimiyetini bir kere daha teyid eden bir hüküm olduğu tebaruz ettirildi. İşte maddenin kanunda ibkasına saik olan düşünce budur. Demek oluyor ki pek nadir istisnalar dışında taraflar kendi iradeleriyle kendilerine tatbik olunmasını istedikleri kanunu meydana getirebilirler. Kanunun sarih emri bunu icap ettirir.

Halbuki Fransız hâkimleri bu fikre iştirak etmediler. Onların kanaatine ne medenî kanunun 6 ncı maddesine ne de 1134 üncü maddeye nazariyecilerin izafe ettikleri mâna ve şümül verilemezdi. Çünkü Fransız milleti mazi ile ilgisini kesmemiş belki bir tekâmül büranı geçirmiştir. Demek ki Code civil de olsa eski Fransız hukukunun bir tekâmülü görülebilirdi. Şu halde 1134 üncü madde, tarafların anlaşmalarına tam bir kanun hareketi veremezdi. Bu kanaatin ilk tezahürlerine Fransız yargıtayı genel kurulu 1808 de ittihaz ettiği bir prensip kararında rastlarız. Filhakika 1134 üncü madde «kanunen muteber» olan mukavelelerden bahseder. Bir mukavelelerin kanunen muteber olup olmadığı meselesini ilk mahkemeler takdir ederler. Çünkü maddenin serahatinden anlaşılıyor ki bir muvakele hiçbir zaman bir kanun değil; belki kanun yerine geçen yani kanun gibi tarafları bağlayan bir vakiadır. Yargıtay kanunları tefsir eder kanun yerine kaim olan vakıaların tefsiri ile meşgul olmaz. Demek oluyor ki 1134 üncü maddenin yukarıda belirtilen serahati karşısında mukavelelerin kötü bir tesire tâbi tutulduğu yolundaki iddia yüksek mahkemece tetkik edilemez. Çünkü vakaları tesbit etmek ve onların tarafları ilzam bakımından şümülünü tâyin eylemek ilk mahkemelerin vazifesi cümlesindedir. Bu karariyle Fransız Yargıtayı mukavelelere bir vakıa mahiyetini izafe etmiş ve kanunun tefsirinde son sözü kendisine hasrettiği halde mukaveleleri bu zümrenin dışında bırakmıştı. Böylece herhangi bir anlaşma etrafında çıkan ihtilâfların şümül ve mahiyet bakımından tâyini keyfiyeti mahallî hâdiseleri yakından inceleyen mahkemelere terk olunmuş ve mukaveleleri kesin isimleriyle halk icatlarının beraberce nazara alınmasına, daha başka bir ifade ile sosyal cereyanların tatbikatta yer almasına Yargıtayca imkân hazırlanmış oluyor. Fakat diğer taraftan irade hakimiyeti prensibi de ihmal edilmemiştir. Çünkü mukavelelerin yorumlanmasında ilk mahkemelerin takdir selâhiyeti hudutsuz değildi. Eğer bir mukavelelerin serahati ilk mahkemelerce ihlâl edilmiş olursa o zaman kötü bir tefsir bahis konusu olmaz; belki mukavele hükümleri-

nin tatbikinden imtina edilmiş demektir. Bu takdirde yanlışlığın islâhı yüksek mahkemeye aittir.

Mahkemelerin bu alandaki içtihadı, irade hâkimiyetini müdafaa eden hukukçuları, fikirlerini daha sistemli bir tarzda izaha mecbur etti: Hukukî müesseselerin esası akit serbestisi idi. Hiç kimseye iradesi hilâfına zorla bir akit kabul ettirilemezdi. Mademki taraflar bir akde girişmişlerdi; o halde bu akit doğru idi. Ve mademki akdin doğumunda hâkime hiçbir kontrol hakkı tanınmamıştı; o halde yapılan bir akdin hem hâkimleri hem de tarafları izam etmesi kadar tabii bir şey olamazdı. Nasıl ki hâkim bir kanunun doğru olup olmadığı üzerinde duramaz. Çünkü «dura lex sed lex = kanun serttir, fakat kanundur» mütearifesi bunu icabettirir; bir mukavelenin haklı veya haksızlığı etrafında hâkimin mütalaa yürütmesine imkân tasavvur olunamaz.

Bütün bu mütalâalar Fransız hâkimlerine kanaatlerinin doğruluğunu ispat fırsatını vermekten başka bir şeye yaramadı. Filhakika beyyine hakkındaki umumî esaslar mukavelelerin bir kanun değil, belki bir vakıa sayılması lâzım geldiğini teyit ediyorlar. Eğer mukaveleleri hakikî bir kanun addetmek lâzım gelirse «hâkimler kanunu bilirler» kaidesi gereğince bir mukavelede yazılı hükümlerin hâkim tarafından resen nazara alınması icap edecektir. Çünkü hâkim, ihtilâf konusunu tetkik eder. hâdiseye hangi kanunun hangi maddesi tatbik edilmek lâzımgeleceği hususunda tarafların talepleriyle bağlı değildir. Halbuki mukavelelerde bu esas cari olamaz. Hâkim tarafların istekleriyle mukayyettir. İddiaların delili olmak üzere tarafların ileri sürdükleri vakıaların dışındaki bir vakıayı, meselâ mukavelenin herhangi bir hükmünü hâkim kendiliğinden nazara alamaz. Demek ki bir mukavelenin taraflara ne gibi haklar temin ettiğinin delilini getirmek hâkime düşmez.

İşte Fransız Yargıtayının mukavele ile kanun arasında kazaî içtihatlar meydana getirdiği fark bizi şu neticeye götürmektedir: Taraflar kendi iradeleriyle bir kanuna vücut veremezler.

İlmî ve kazaî içtihatlar arasında çok esaslı bir ihtilâf konusu teşkil eden maddelerden biri de Fransız Medenî Kanununun 6 ncı maddesidir: «âmme intizamını ve âdabı ilgilendiren kanunlara hususî anlaşmalarla muhalefet edilemez». Biraz evvel işaret ettiğim veçhile maddenin müzakeresi sırasında irade hâkimiyetini teyit eden bu hükmün kanunda bırakılmasına lüzum olmadığı ileri sürüldü. Vakıa maddenin irade serbestisini takyit etmesi ihtimali de belirtildi. Fakat bu, kanunun tanzim şekline nazaran üzerinde durul-

mağa bile değmeyen pek uzak bir ihtimaldi. Ve kanundaki âmir hükümlerle bu mahiyette olmayan hükümlerin ayrılması bakımından görülen fayda, maddenin olduğu gibi kanunda yer almasını intaç etti. İşte hükmün konulmasına sebep olan bu fikirlerin tesiri altında kalan hukukçular, maddeyi çok tahdidi bir şekilde tefsir lüzumu üzerinde durdular. Kanunun âmme intizamını ve umumî âdabı ilgilendiren sarih ve âmir hükümlerine muhalefet edilemez. Bunun dışındakilere muhalefet caizdir. Demek ki tarafların irade serbestileri ancak kanunda yer alan âmir hükümlerle tahdit edilmiştir. Maddenin gerek sarahatinden, gerekte kanunda bırakılmasına âmil olan sebeplerden çıkan mâna budur. Kaldı ki, esas prensip, ferdi serbestçe yani hiç bir kayda tâbi olmıyarak iradesini izhar etmesidir. İradenin tahdit olunması istisnaîdir. Şu halde bir istisna karşısındayız demektir. İstisnalar ise ancak mevritlerine maksur olurlar. Binaenaleyh kanunda yazılı olmayan hâllerde âmme intizamı ve umumî âdap düşüncesi bir mukavelenin hükümsüzlüğünü intaç edemez.

Halbuki Fransız hâkimlerine göre madde bu fikri ihtiva etmekten çok uzaktı. Nitekim kazaî ihtiyaçlar, siyasi ve iktisadî değişikliklerin tesiri ile kanun maddesine irade hâkimiyetini esaslı surette sınırlayan bir mahiyet vermişti. Nasıl ki, 19 uncu asırda kol kuvvetinin bir yardımcı olarak ortaya çıkan makine zamanla insanları kendi hâkimiyeti altına alacak bir gelişme göstermiştir; aynıle bunun gibi âmme intizamı fikri de hukukî muamelelerin her sahasına dey adımlarile nüfuz eden ve irade hâkimiyetini kökünden baltalayan bir esas halini almıştır. Bunun sebebini âmme intizamı fikrinin gittikçe içtimai nizam fikrine yaklaşmasında ve nihayet her iki fikrin aynı kavram ifadesi haline gelmesinde bulabiliriz. Çünkü menfaatlerin mübadelesini istihdaf eden akitlerde ivazlar arasındaki adaletsizliğe meydan verilmemek gayesi hukukun belli başlı işlerinden biri halini almıştır. Artık bundan sonra «akdi olan her şey haklıdır» cümlesi bir hakikatin ifadesi olmak meziyetini kaybeder. Çünkü haklı olan şey ancak bir akdin mevzuu olabilecektir.

Bu izahat, Fransız Medenî Kanununun 6 mci maddesini şu şekilde okumağa bizi mecbur eder: «kanunda yazılı olsun olmasın, âmme intizamını ve umumî adabı ilgilendiren hukuk prensiplerine hususî anlaşmalarla muhalefet edilemez». Çünkü gerek âmme intizamı gerek umumî adab hudutları kat'iyetle çizilmiş olan birer kavram değildir. Bu, her Devlete göre değişebilir. Bir Devlette dahi siyasi rejim değişikliğinin mefhum üzerinde tesiri olabilir. Hattâ aynı

siyasi rejimde bile âmme intizamı ve umumî adab her zaman aynı kavramı ifade edemez.

İlmî içtihat ile kazaî içtihat arasındaki görüş farkı gözden kaçmıyacak kadar açıktır. Şimdi bu farkı hâdiseler üzerinde tebarüz ettirelim. Medenî Kanunun neşrini takip eden ilk otuz sene zarfında mukavelelerin adab ve âmme intizamına muhalif bulunmasından dolayı hüküm ifade etmeyeceklerine dair Fransız Yargıtayının verdiği kararlar pek azdır. Evlilik dışı münasebetten ve kanunen evlenmeleri memnu olan kimselerin birleşmesinden dünyaya gelen çocuklar lehine yapılan teberrularla aralarında evlilik münasebeti bulunmayan kimselerin birbirlerine karşı yaptıkları bağışlar, işte bu senelerde mahkemelerce batıl sayılmıştır. Kezalik evlilik bağının kutsiyetine bir tecavüz teşkil ettiğinden dolayı evlenme tellâllığı mukavelesi de hükümsüz addolunuyordu. Yine bu kabilden olarak alkış mukavelelerinde Fransız Yargıtayı bir butlan sebebi görmüş-tü. İşbu mukavele hükmünce bir takım ilân müesseseleri kendi adamlarını tiyatronun büyüklüğüne ve verilen temsilin ehemmiyetine göre miktarı değişen bir grupta birlikte tiyatrodan hazır bulunduracak ve temsil sırasında evvelce kararlaştırılan bazı parçaları alkışlamak suretile artistlerin muvaffakiyetini temine çalışacaktır. Böyle bir mukavelelerin batıl olması lâzıme geleceğine dair kanunda hiç bir sarahat yoktu. Fakat buna rağmen ilk zamanlarda Yargıtay bu kabîl mukavelelerde seyircilerin serbest takdir haklarına bir tecavüz gördü ve bu bakımdan mukaveleyi umumî âdaba muhalif buldu.

Fakat 1830 dan sonra âmme intizamı ve umumî âdâb kavramı daha geniş bir sahada tatbik ediliyor. Eskiden batıl sayılan mukaveleler yeni telâkkiler karşısında kabul edilmeye ve kabul edilenler de hükümsüz addolunmağa başlandı. Meselâ reklâmın bir nevi olan alkış mukavelelerinde artık butlanı icabettirecek bir sebep görül-müyordu. Kezalik kanunda yazılı olmadığı halde Fransız Yargıtayı yine 6 ıncı maddeye dayanarak hâkimlere mukaveleler üzerinde geniş bir takdir hakkı tanımıştı. Meselâ eşinin evlenmemesi şartile yapılan bir mukavele daima bâtil olamazdı. Hâkim her hâdisedeki hususiyetleri gözönünde tutarak kararını ona göre vermesi lâzımdı. Çünkü her şeyden evvel, yapılan vasiyetin böyle bir şarta bağlanmasında güdülen maksat aranmalıdır. Eğer bu maksat sırf kıskançlık hislerinin tatmini ise o zaman âmme intizamını ihlâl eden bir muamele karşındayız; vasiyet muteber fakat şart batıldır. Ancak böyle değil de meselâ sağ kalan eşin himayesi ve bunun neticesi olarak küçük çocuklarının yetişmesi ise şart lüzum ifade eder. Demekki

Fransız mahkemelerinin elinde âmme intizamı telâkkisi bir taraftan genişlemiş, diğer taraftan ise çok seyyal bir mahiyet almıştır. Çünkü aynı şart bir mukavelede bâtil, diğer mukavelede ise muteberdir. Görülüyor ki, gerek 1134 üncü ve gerek 6 ıncı maddenin tatbikatında Fransız hâkimleri ilmi içtihatların çizdiği yollardan gitmemişler ve kanunun kesin ifadelerini hukukun icaplarıyla telif ederek 144 senelik bir maziye sahip olan Fransız Medeni Kanununa günün ihtiyaçlarını tatmin edebilecek yenilikleri aşılamağa muvafak olmuşlardır.

İşte hukukun kanuna karşı muzaffer olduğunu gösteren iki misali canlandırmış oluyorum. Montpellier Hukuk Fakültesi doyen'i bulunan Gaston Morin'in 1945 te yayınladığı bir kitaba (La Révolte du droit contre le code = Hukukun kanuna karşı isyanı) ismini vermesinden de anlaşılacağı üzere bu misalleri çoğaltmak mümkündür. Fakat bir konferansa tahsis edilen müddet daha fazla izahata maddeten müsade etmez.

Şimdi artık sözlerimin başında temas ettiğim Medeni Kanunumuzun ilk maddesindeki tercüme yanlışlığına gelebiliriz. Maddenin yan yazısında «Medeni Kanununun tatbiki» denilmiş olmasına rağmen madde hükmünü sırf Medeni Kanununun tatbikine dair sevketilmiş bir hüküm olarak kabul etmeye verilen izahat mânidir. Esasen Medeni Kanununun başlangıcını teşkil eden ilk maddeler, ferdin medeni haklarıyla ilgili bütün kanunlara hâkim olan ana prensiplerden ibarettir. Filhakika medeni hakların şümulünü tâyin ederken kanunumuz ikinci maddesinde bu hakların nasıl kullanılması icabedeceğinden, üçüncü maddesinde herhangi bir hakkın doğumunda hüsnîniyetin lüzumundan bahsettikten sonra 4 üncü maddesinde hâkimlerin takdir hakkına temas etmiş ve şu esası koymuştur: «kanunun takdir hakkı verdiği yahut gerek haklı sebeplere gerek hal icaplarına göre hüküm vermekle mükellef kıldığı hallerde hâkim hak ve nasafet kaidelerini tatbik eder». Aslına tam uygun şekilde okuduğum bu madde, yalnız Medeni Kanunumuzun çerçevesi içine sıkıştırılmıyacak kadar geniş bir şümulü haizdir. Çünkü yalnız hukuk hâkimi değil, meselâ bir ticaret hâkimi veya fertlerin medeni haklarını korumakla mükellef tutulan Danıştayda bu maddenin tatbikile mükelleftir. Şu halde Ticaret Kanunumuzun «hilâfı işbu kanunda musarrah olmadıkça ticarî mevadda umumî kanunların kabul etmiş olduğu hüküm sebeplerinden başka müddeabihin miktarı ne olursa olsun, şahadet, karineler ve emarelerden edineceği kanaate binaen hâkimin hüküm verebileceğine dair olan 680 inci maddesini

Medeni Kanunun 4 üncü maddesinin ışıkları altında tatbik etmeğe mecburuz. Çünkü hükme esas teşkil edecek olan herhangi bir kanaatin hak ve nasafet kaidelerine aykırı bir şekilde tahassül etmesine irkân yoktur.

İşte bu sebepledir ki, yine Ticaret Kanunumuzun «hilâfı mukavelenamede musarrâh olmadığı surette hakkaniyetin ve örfü ticarile kanunun icabettirdiği ahkâm zımnen mukavelenamede dahil farzolunur» mealinde olan 679 uncu maddesine hiç bir hâkim tatbikatta yer veremez. Çünkü maddede yazıldığı şekilde hakkaniyetin hilâfını tasrih eden bir mukavelename zaten bâtıldır. Demek ki, kanunun bu çok sarîh olan hükmünü, hukukun aydınlatıcı rehberliği sayesinde bazı kelimelerin yerlerini değiştirmek suretile şöyle tashih ederiz.

«Hakkaniyetin ve hilâfı mukavelenamede musarrâh olmadığı surette örfü ticarile kanunun icabettirdiği ahkâm, zımnen mukavelenamede dahil farzolunur». Çünkü hakkaniyetin hilâfı mukavelenamede tasrih olunamaz.

Esasen 1946 - 1947 Adli yılının açılması münasebetiyle Yüksek Mahkememizin Birinci Başkanı Sayın Halil ÖZYÖRÜK tarafından irât buyurulan nutukta fertler arasındaki münasebetleri hakka uygun bir şekilde geliştirme ödevinin Adalet mekanizmasına ait olduğunun açık bir ifade ile belirtilmesi ve kanunların gerçeklerine müracaat suretiyle değil; belki ihtiva ettikleri ruh ve fikir bakımından tefsire tâbi tutulmaları iktiza edeceğinin Birleştirme Kurulu kararlarıyla aydınlatılması hukukumuz namına ancak fahir ve gururla karşılanacak olan bir hâdisedir. Hukukun kanun üstünde yer alması lâzımgeldiğini açıkça gösteren bu tebşiratın Mahkemelerimizce de benimsemişliğini büyük bir memnuniyetle görmekteyiz. Bu bakımdan Ankara Asliye Birinci Hukuk Mahkemesince verilen ve Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 30 Kasım 1946 tarihli ilâmiyle te'yit ve tasdik edilen bir karar üzerinde durabiliriz. Hâdise şudur: 1295 tarihli istimlak kararnamesine dayanılarak içinde su kaynağı bulunan 17 hektarlık bir yerin kamulaştırılmasına Bayındırlık Bakanlığınca 1936 temmuzunda karar verilmiş ve bu yer Orman Çiftliğine ilhak edilmiştir. Bundan sonra 7 Ocak 1938 tarihinde bir kanun intişar ediyor ki, beşinci maddesinde şu hüküm vardır: «Atatürkün 11/6/1937 tarihli mektupla Hazineye bağışladığı bütün menkul ve gayrimenkul mallar ve bunlara ait hak ve vecibeler bu kanunun neşri tarihinden itibaren Devlet Ziraat İşletmeleri Kurumuna intikal eder. Devlete veya Devlet müesseselerine ait olup bu Kurumun işine elverişli mallardan uygun görülenlerinin Devlet Ziraat İşletmeleri Kurumuna

devrine İcra Vekilleri Heyeti Salâhiyetlidir. Orman Çiftliğindeki bira fabrikası, arpa silosu ve kaynak, işte bu suretle bu suretle Ziraat İşletmeleri Kurumuna intikal ediyor. Fakat 6 temmuz 1939 da neşrolunan diğer bir kanun, Çiftlikteki bira fabrikası tesisat ve müstemilâtının ve arpa silosunun kaynakla birlikte İnhisarlar Umum Müdürlüğüne devredildiğini göstermekte ve böylece birbiri ardından çıkan kanunlarla su kaynağı da Tekel idaresine mal edilmektedir. Halbuki istimlâk bedeli senesi içinde ödenmediği için istimlâk kararnamesininin 16 ncı maddesine dayanılarak kaynak sahipleri tarafından kamulaştırmanın feshi davası açılmıştır.

Şimdi gerek Asliye Mahkemesinin gerek Yargıtayın sayfalar işgal eden gerekçelerinden bahsimizi ilgilendiren kısımları hulâsatan alıyorum

Ankara Asliye Mahkemesi diyor ki: 3697 numaralı kanun vatandaşlara bir mükellefiyet tahmil eden kanun değildir. O sadece bira fabrikası ile tesisat ve müstemilâtının ve arpa silosunun İnhisarlar Umum Müdürlüğüne devrini tazammun eden bir kanundur. Yani Kanun vazı burada ANAYASANIN tekeffül ve zamanı altında bulunan ferdi mülkiyetin bedelsiz istimlâkını kasetmemiş; belki devre izni vermiştir. Bu sebepten kamulaştırma kararının feshi lâzımgelir.

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi diyor ki: Gerek 3308 ve gerekse 3697 sayılı kanunlarda gayre ait tapulu bir malın bedelsiz ve yahut usulü dairesinde kamulaştırma yapmaksızın Devlet Ziraat İşletmeleri Kurumunun ve onun devriyle Tekel Genel Müdürlüğüne malı olacağına dair bir hüküm yoktur. Şu halde 3697 numaralı kanun Tekel Genel Müdürlüğüne bu devirden mütevellit bir mülkiyet hakkı veremez. Çünkü Ziraat İşletmeleri Kurumu bu suya ve himaye arazisine malik olmadığı cihetle devir gayrin milkiine taallük etmektedir. Bu itibarla hak sahipleri suya ve himaye arazisine müdahale edenler hakkında dava açmak yetkisine her zaman maliktirler. Bu iki kanun asıl mal sahiplerinin haklarının düşeceğine dair hiç bir hüküm ihtiva etmez; esasen böyle bir hükmün konulmasına da ANAYASA mânidir.

İşte idealist hukukun kanun ismini verdiğimiz realist hukuka hâkim olması lüzumunu gösteren Türk Adliyesinin verdiği güzel bir misal.

Ordinaryüs Profesör

Esat Arsebük