

HAK TEPKİLERİNİN TEVLİT ETTİĞİ DURUMLAR

Ord. Prof. Esat ARSEBÜK

Merhum Nusret Metya hakkında bir memuar çıkarılması kararlaştırıldığı gün onun mütebessim siması hafızamda belirdi. Sanki bana "vadettiğin şeyi halâ yapmadın" diyordu. O Jhering den naklettiğim bir yazıyı okumuş, fakat mevzuun modern hukuk bakımından yeni baştan kaleme alınması lüzumuna kani olmuştu. İstiyorduki bir hakkın istimalinden tevelliüt eden tepkileri medenî hukukumuzun her safhasında tebarüz ettireyim. Yıllardanberi, fırsat buldukça bu mevzula uğraştım. Şimdi onun yüksek hatırasına ittihaf edilmek üzere intişar edecek olan bu eserde aynı mevzuu tekrar ele almaklığımın sebebi budur. (1)

Her şeyden evvel bu yazının başlığından anlaşılacak lâzımgelen manayı tesbit edelim. Umumiyetle hukukî hadiselerin normal birer sahası vardırki hadise tesirlerini o sahada gösterir. Meselâ akit, kaideten yalnız tarafları ilgilendirir; üçüncü şahıslara tesirini kanun ancak istisnâî hallerde kabul eder. (B. B. 109 - 112). Bu böyle olmakla beraber hukuk alemindeki vakıaların bir infirat halinde kalmadığını en küçük bir tetkik bize isbat eder. Bir çocuğun doğumu, bir şahsın ölümü hep hukukla ilgili birer hadisedir. Fakat doğan çocukla sadece ana babanın menfaati bahis mevzuu olmaz. Bu vakıalar etrafında binlerce menfaatler hareket gelir. Çocuğun sıhhati, terbiyesi, büyüdüğü zaman hakları, çalışmaları, vecibeleri ile bütün insanlık ilgilidir.

Yine bunun gibi ölüm halindeki menfaatler yalnız ve yalnız mirasçılara münhasır kalmaz. Vakıa bir hukukçu için tereke hayatın kurusu, dolar veya frankla ifadesidir. Fakat tarih ve felsefe nazarından tereke bütün medeniyeti kavriyan bir kuvvet halini alır. Gerek fertlerin, gerek milletlerin maddî varlıklarındaki kıymet, gelecek nesillere bıraktıkları mirasın ehemmiyetiyle ölçülür. Homère Platon, Goete ve daha pek çok

(1) Maddî imkânsızlıklar burada bahis konusu ettiğim kararın yerine getirilmesine engel oldu. Bütün isteklerimize rağmen merhum namına bir memuar çıkartamadık. Fakat ben bu satırları yine Yüksek Üstadın ruhuna ithaf ederek yayınlıyorum.

ları bugün halâ maddî ve fikrî hayatımızın yardımcısidir. Hukukun isme verdiği ehemmiyet bu bakımdan tetkika şayandır. Bir ismin parlayan şeref halesi, insanlığın o isim sahibine ödediği bir minnet borcu değildir; belki o isim sahibinin ölümüne rağmen medeniyete halâ faydalı olarak yaşamasıdır. İsim bu hayatını sahibinin kıymetine borçludur. Bir amelenin ismi arkadaş arasında, patronun ismi fabrikası civarında, bir hükümdarın ismi Devlet fertleri arasında, bir dâhinin ismi bütün insanlık aleminde yaşar. Görülüyorki hukukî bir hadise muayyen bir saha dışında da tesirler vücuda getirir. Nasılki odanızda yaktığımız lâmbanın ziyaları pencerenizden taşarak sokağın karanlıklarında ziya lekeleri bırakıyor; her hangi bir hakkınızın kullanılması da size tamamen yabancı olan bir menfaat alanında öyle tepkiler yaratır. Aynı hale fizyoloji sahasında da rastlarız: Şen bir kahkaha veya bir hıçkırık ihtiyacımız dışında olarak ruhumuzda akisler bırakır.

Hak tepkilerinden mütevellit durumların, tıpkı fizyolojideki tepkiler gibi iki mümeyyiz vasfı vardır: Birincisi irade dışıdır. Yani hakkını kullanan kimse bu gayeyi istihdaf etmez. Eğer gaye istihdaf edilmiş ise akit olur; komedi veya dram seyretmekte olduğu gibi. İkincisi tepki kullanılan hak sahasından uzak bir muhitte tecelli eder; parmağını sıkıştıran bir adamın ayağını kaldırması gibi.

Şimdi meselemizi mümkün olduğu nisbette sadeleştirebilmek için hak tepkisi tevhit eden sebepleri araştıralım. Bu teorinin kurucusu olan Jhering'e göre bir şahsın kendisine ait bir hak ile olan alâkası ya devamlı veya muvakkat olur. Mülkiyet alâkası evvelkisine, hukukî muameleler ikincisine misaldir. İster devamlı, ister muvakkat olsun her iki surette dahi bu alâka ya maddî bir vakiyadan veya hukukî bir muameleden ileri gelir. Haksız fiil failinin mesuliyeti maddî alâkadan, malikin mesuliyeti hukukî alâkadan doğar. Bu izahata göre tetkik mevzuumuzu alâkanın devamlı veya muvakkat olmasına göre ikiye ayırmaklığımız icabeder:

I. Devamlı alâkalar.

a) Maddî alâka — Nehrin taşması yüzünden husule gelebilecek hasarı önlemek için yaptırdığımız setler, aynı seviyede bulunan ve komşularınıza ait olan araziye de muhafaza eder. Bu ve emsali hâdiseleri hangi bakımdan tetkik ederseniz ediniz, bunlarda hukukî bir mahiyet görmezsiniz. Çünkü bir haksız fiil neticesinde setlerin tahrip edildiğini farzediniz; o sırada nehir taşmış ve komşunuzun arazisi üzerinde zararlar ıka etmiştir. Komşunuz haksız fiil failinden tazminat isteyemez.

b) Hukukî alâka — Burada mesele değişir. Meselâ bir küçük ile birlikte müştereken mülkiyetine sahip olduğumuz bir gayrimenkulün diğer

bir gayrimenkul üzerinde irtifak hakkı vardır. Her ikimiz de bu hakkımızı zamanlaşımına baliğ olacak müddetle kullanmadık. Şimdi acaba bu hakkımız için zamanlaşımı iddia edilebilir mi? Buna müsbet cevap verilemez. Çünkü irtifak hakkı tecezzi etmez. Şu halde kanun bakımından sukut etmesi lâzımgelen hakkım, küçüğün hakkı dolayısıyla sakıt olmaktan kurtuluyor. Daha başka bir ifade ile küçüğün hakkı benim hakkım üzerinde bir tepki vücuda getiriyor. Yine bunun gibi, meselâ bana ait bir gayrimenkul üzerinde nezaret hakkını haizsiniz. Ben tabiatıyla sizin bu hakkınızı ihlâl edecek bir harekette bulunamam. Fakat evinin mevkiî itibariyle işbu nezaretten, akte tamamen yabancı olan bir komşunuz da faydalanmaktadır. Görülüyor ki hiçbir hakka sahip olmayan komşunuz, sanki bir hakka sahip imiş gibi nezaretten istifade etmektedir. Kezalik alacaklı tarafından borçlunun ibra edilmesi, kefilin borçtan kurtulmasını intaç eder ve nihayet rekabet memnuiyeti şartı, aynı cinsten iş yapanları, dolayısıyla faydalandırır.

II. Muvakkat alâkalar.

Herhangi bir şahsın hareketi, bu hareket ister hukukî muamele, ister hukukî fiil şeklinde tecelli etsin, muayyen bir gaye istihdaf eder. Fakat gaye dışında kalan sahalarda dahi tesirlerini görmek mümkündür. bu hususta pek çok misaller getirilebilir:

1 — Bir menkule malikiyet arzusu olmaksızın zilyet bulunan kimse zaman aşımını keserse bundan malik istifade eder (M.K. 899, 909).

2 — İki ortaktan biri, müşterek mal üzerindeki mülkiyet hakkından vazgeçerse bu hak diğerine intikal eder.

3 — Birinci derecedeki alacaklı, ipotek hakkını iskat ederse alt derecede olanlar, birer derece yükselirler. Kanunumuz bu tepkiye mâni olmak için hususî bir hüküm sevketmiştir (M.K. 786).

4 — Bir başkasına ait levazımın kullanılması halinde, levazım üzerindeki mülkiyet hakkı sona erer ve levazım, inşaatın mütemmim cüzü olur (M.K. 648).

5 — Taksimi kabil olmayan bir malın ortaklarından biri tarafından işbu mala dair istihsal olunan hükümden diğer ortaklar da faydalanırlar.

6 — Ceza işlerinde sanıklardan birinin beraeti, bazı hallerde, diğer sanıklar hakkındaki âmme davasının sukutunu intaç eder (C. Muh. U.K., madde: 325).

7 — Birden ziyade müddeisi olan bir davada, eğer müddeiler arasında tam bir mümaselet varsa bunlardan yalnız birinin davayı temyiz etmesi diğerlerine de müessir olur, vesaire.

Hak tepkilerinin ne kadar değişik ve şumullü olduklarını göstermek için bu misaller kâfidir. Şimdi getirdiğimiz bu misallerin yardımıyla hak tepkisi hâdiselerinin mahiyetlerine nüfuza çalışalım:

A - Hukukta tepkiler ya bir hak veya bir vakıa suretinde tezahür ederler. Meselâ nezaret hakkından komşunun istifadesi bir vakıa, şerikin küçük olmasından dolayı kullanılmıyan bir hakkın zaman aşımına uğramaması bir haktır. Yine meselâ müşterek bir mal hakkında ortağımın lehte bir hüküm elde etmesi, benim menfaatim üzerinde bir tesir yaratır; bir haktır. Ortağımın müşterek mal üzerindeki sarfiyatı bir vakıadır.

B - Hak tepkisi dolayısıyla meydana gelen neticeler ve zararlı veya faydalı olur. Biraz evvel getirdiğimiz misallerden 1, 2, 3, 5, 6 ve 7 numaradakiler hep faydalı neticelere aittir. Zarar olması ihtimaline gelince, burada dahi netice ya bir haktan veya bir vakıadan husule gelir. Yukardaki misallerden dördüncüsü evvelkisine, komşunun bahçesinde kazdırdığı kuyunun beni sudan mahrum bırakması ikincisine misal teşkil eder.

C - Bir hak tepkisi, bundan faydalanan kimse bakımından da devamlı veya muvakkat olabilir. Filhakika bazan hak sahibinin durumu hak üzerinde hiçbir tesir vücuda getirmez; bu takdirde hakkın başkaları için temin ettiği fayda devamlıdır: Bir nezaret hakkından istifadelerinde olduğu gibi. Bazan da hak sahibinin durumundaki değişiklik tepki yoluyla elde edilen menfaatleri ortadan kaldırır: Şerikin küçük olması dolayısıyla zaman aşımından faydalanma misalinde olduğu gibi. Filhakika küçük reşit olur veya vefat ederse veyahut da hissesini bir başkasına devreylerse o tarihten itibaren imtiyaz kalmaz. Yani yaş küçüklüğünün mazideki hükümleri bakidir, fakat ilerisi için hiçbir tesiri yoktur. Şimdi su söylediklerimizle aşağıdaki msalleri mukayese edelim.

Define bulan kimse, bulduğu definenin yarı kıymeti nisbetinde bir ikramiyeyi definenin saklı bulunduğu gayrimenkul sahibine vermeğe mecburdur (M.K. 697). Şu halde define keşfinden feragat suretiyle gayrimenkul sahibini bu hakkından mahrum edemez. Kezalik birinci derecedeki alacaklı hakkından vazgeçerse alt derecedeki ipotekli alacaklılar bir derece yükselirler; alacağından feragat eden şahıs bu neticeye mâni olamaz (M.K. 786 son fıkra). Bu misaller bize şu noktayı aydınlatıyor: Bazı hallerde hak tepkilerinin neticelerini kanun önceden tesbit etmiştir. Demek ki tepki suretiyle elde edilen menfaatten rücu edilemez. Bu muhakeme ile hak tepkilerinin dördüncü mahiyetini tebarüz ettirmiş oluyoruz.

D - Hak tepkilerinin vücut verdiği menfaatlerden ya rücu edilebilir veya edilemez. Eğer tepki bir vakıadan ileri gelmekte ise bunun ortadan kaldırılması kabildir. Fakat bir haktan tevellüt etmişse izale olunamaz. İşte tepkilerin hak veya vakıa suretinde tecelli ettikleri noktası üzerinde ısrar edişimin sebebi budur. Çünkü hak devamlıdır, vakıa muvakkattir. Bu nokta bir kere esaslı surette kavrandıktan sonra hukukî hâdiselerin tahlilindeki güçlükler pek çok hafifler, yanlış neticelere varmadan kurtulursunuz. Mevzuun daha ziyade aydınlatılması için aynı misaller üzerinde bir daha duralım: a) Size kefil oluyorum, b) Arsanızda define buluyorum, c) Birinci derecedeki ipotek hakkımdan vazgeçiyorum, d) Terekeyi kabul veya reddediyorum, e) Bahçemde bir kuyu kazıyorum. Bütün bu hâdiseler bir tepki vücuda getirirler. Fakat dikkat ederseniz bu misallerdeki hak tepkilerinin hepsine aynı mahiyet yoktur. İlk dört misaldeki hareketimin neticeleri diğer bir şahıs vasıtasıyla tecelli eder; halbuki beşinci misaldeki hareketimin tepkisi doğrudan doğrudur. Demek ki:

E - Hak tepkisi ya doğrudan doğruya veya dolayısıyla olur. Evvelkisi vakıa, ikincisi ise haktır.

İşte hukukta şahidi olduğumuz tepkilerin mahiyeti üzerinde durabilmek için bize lüzumlu olan ilk malzemeyi böylece toplamış olduk. Artık konumuzun esasına girebiliriz.

Kaideten gerek maddî bir vakıa olsun (kuyu kazmak gibi), gerek bir hakkın istimalinden tevellüt etsin (irtifak hakkı gibi), herhangi bir fiil ve hareketin yalnız o hareketle ilgili olan şahıs veya şahıslar üzerinde tesir yapması lâzımgelir. Fakat yekdiğerine zıt olan menfaatleri aynı zamanda korumak gayesini takibeden bugünkü medeniyetimiz, bu esaslı kaideyi istisna haline sokmuş ve yapılan fiil ve hareketlerin, o fiil ve hareketle ilgili olmıyanlar üzerinde tesirler vücuda getirmesini normal bir kaide haline inkılâp ettirmiştir. Filhakika hak tepkilerinin tecelli ettikleri muhtelif şekillere göz gezdirdiğimiz zaman üç önemli esas karşısında bulunduğumuzu anlarız:

Birinci esas — Maddî durumda benzerlik. Haiz olduğunuz nezaret hakkından komşunuzun faydalanması mekânlarındaki benzerlikten ileri gelir. Satımda semeni misil, kirada ecrimisil, zarar ve ziyanın tayininde kâr mahrumiyeti, cismanî zarar halinde çalışmağa muktedir olamamakta veya çalışma kudretini kısmen kaybetmekten ileri gelen zararlar hep bu esasa dayanmaktadır.

İkinci esas — Hukukî durumda benzerlik. İki veya daha ziyade müddeaaaleyhlerden yalnız birinin davayı temyiz etmesi üzerine yüksek

mahkemece ilâmın bozulması diğer müddeialehye de tesir eder. Yine bunun gibi sanıklardan birinin beraeti, diğerleri hakkındaki âmme davasının sukutunu intaç eyler. İşte hukukî durumdaki benzerlikten ileri gelen tepkiler bunlardır.

Üçüncü esas — İrtibat *connexite*. Terekenin kabulü üzerine alacaklıların mirasçıya müracaat etmeleri maddî veya hukukî durumdaki benzerlikten ileri gelmez. Çünkü alacaklılarla mirasçı arasında bu bakımlardan bir mümaselet yoktur. Burada hak tepkisine vücut veren sebep, terekenin kabul edilmesi kefiyetine murtabit olan hukukî hâdisedir.

Gölge insanı nasıl takip ederse, herhangi bir alâkanın vücudu da bir hak tepkisi meydana getirir. Demek ki hak tepkisi iradî ve ihtiyarî değil, cebri ve ıztıraridir. Bunun böyle olması, pek çok hallerde, kanun vazını bile güç durumlara sokar. Meselâ murisin vefatı terekenin mirasçıya intikalini icabettirir. Fakat ölüm hâdisesine mirasçı sebebiyet verirse artık tereke kendisine intikal etmez (M.K. 520, No. 1). Aynı maksadı temin için islâm hukukçuları şu kaideyi vazetmişlerdi: “Kimki bir şeyi vaktinden evvel istical eyleser o şeyin kendisine temin edeceği menfatten mahrum olur (Mecelle: 99). İşte burada kanun vazı bir hakkın tepki suretiyle doğumuna mâni olmuş ve mirasçıyı cezaen hakından mahrum etmiştir.

Bu izahattan sonra hak tepkilerinin hususiyetlerine geçebiliriz:

Birincisi — Hak tepkisi meydana gelebilmek için maddî veya hukukî bir ilgi bulunması şarttır. Bu şartı izah edelim. Hukuk akitleri iki bakımdan tahlil eder:

a) Akdin zatındaki hükümler bakımından. Biliyorsunuz ki kanun bir hakkın doğumu için lâzım olan şartları tesbit eder. O şartlar mevcut olduktan sonra hak sahibini nakaideten kendi menfaatini ispat etmesine hacet yoktur. Gözleri görmiyen bir adam, muhtevası nezaretten ibaret olan bir irtifak hakkına riayet olunmasını isteyebilir. Hırsızlığı mahkeme kararıyla teyit edilmiş bir adama hakaret edemezsiniz. Şu halde kaide olarak maddî hukuk *concret*, menfaatlerle ilgili değildir. Ancak istisnâ hallerde menfaatin bulunmaması bir hakkın kullanılmasına mâni teşkil eder. (M.K. 2, f: 2; B.K. 352; f: 1).

Vakıa ile hak mafhumlarına nüfuz edebilmek için meseleye daha yakından temas edelim. Bir vakıa hiçbir zaman hak demek değildir. Mukavele yapmak, vasiyetname tanzim etmek, bir tasarrufta bulunmak gibi vakıalara hak mahiyetini veren kanundur. Meselâ malınızı satıyorsunuz. Bu bir vakıadır. Ancak kanun işbu vakıaya birtakım hukukî neticeler izafe eder: Müşteri malın teslimini, bayi semenin edasını ka-

nun hükümlerine dayanarak ister. Demek ki mukavele hak doğuran bir vakıadır. Buna “doğurucu vakıa = fait générateur” denilmesi de bundan ileri gelir. Şu halde bir talep hakkı bahşeden her vakıa haktır. Şahsiyet ile zilyetlik müstesna olmak üzere bütün hukukî hâdiselerde vakıa maziye, hak âtiye ait olur. Ancak zilyetlikte ve şahsiyette hakkın baki olabilmesi için vakıanın devamına lüzum vardır. Akitleri bu bakımdan tetkik edersek hak tepkisi hâdiselerine tesadüf edemeyiz; hak tepkileri tetkik plânımızın tamamen dışında kalır.

b) Akdin cevherinde olmanın ve fakat herhangi bir alâkanın bulunması dolayısıyla tecelli eden hükümler bakımından. Meselâ define bulan kimse, mal sahibine bir ikrâmiye vermek mecburiyetindedir. Fakat gayrimenkulün sahibi yoksa bu mecburiyet tahakkuk etmez. Demek ki define keşfinde - ki vakıadır - esas kaide keşfolunan şeyin taksimi değildir; belki kaideten, bulan kimse defineye malik olur. İşte görüyorsunuz ki hak tepkisi, vakıanın mahiyetinde bulunmayan bir alâkadan yani mülkiyet alâkasından meydana gelmiştir (M.K. 697, f: 3). Yine bunun gibi terekeyi kabul eden mirasçı ona malik olur. Bu netice tereke kabulü vakıasından doğmuştur. Fakat terekeden alacağı olan biri çıkarsa (ister musaleh, ister dayın olsun), o zaman hak tepkisine şahit oluruz. Bu tepki terekenin kabulü muamelesine tamamen yabancı olan bir alâkadan doğuyor. Şayet hiçbir alacak terekeden iddia edilmezse hak tepkisi de olmaz.

İkincisi — Hak tepkisi hâdisesi akitte istihdaf edilmeyen ve fakat hukukî bir zaruret olarak tezahür eden bir neticedir. Demek ki bu, hiçbir zaman akdin hedefini teşkil edemez. Şayet ederse o zaman hâdisi bir hak tepkisi olmaktan çıkar, akdin cevherinde mündemiç bir gaye olur. Bu farkın tatbikattaki önemi büyüktür. Çünkü hâdisi bir hak tepkisi mahiyetinde ise rizada fesat, butlan iddia edilemez. Akdin istihdaf ettiği bir gaye ise o zaman akitlere hâkim olan bütün esasların tatbiki icap eder.

Üçüncüsü — Hak tepkisi, akitte doğrudan doğruya ilgileri görülmeyen kimselerin menfaatleri üzerinde vücuda gelir. Şimdiye kadar getirilen misaller bu hususiyeti göstermeğe kâfidir.

Kaynaklarını, şekillerini, mahiyetini ve hususiyetlerini birçok misaller yardımıyla tesbit ettiğimiz hak tepkilerinin şimdi umumî teorisini kurmağa çalışalım. Bunun için her şeyden evvel mefhumun tarifini yapmak lâzımgelir.

Tarifi — Tepki iradî bir muameleye ihtiyaç göstermeksizin biri diğerinin fiil ve hareketiyle elde edilebilen bir iktisaptır. Bu tarif bizi

esaslı bir itiraz karşısında bırakabilir. Diyebilirsiniz ki ferdin herhangi fiil ve hareketi daima faydalı tepkiler mi meydana getirir? Bunun zararlı olmasına imkân yok mudur? Eğer varsa tepkide yalnız iktisap cihetini görmek ve mefhumu sadece bu bakımdan tarif etmek doğru mudur? İtirazınız tamamen yerindedir. Ancak tepki yoluyla tecelli eden zararlı neticeleri M.K. numuz muhtelif bahislerinde nazara amıştır (M.K. 24, f: 1, 656, 661 ve devamı 709, 714; M.K. nun sureti meriyet ve şekli tatbikî hakkındaki kanun 2; B.K. 65 ve nihayet bütün bunları umumî bir kaide şeklinde ifade eden hüküm: M.K. 2, f: 2).

Görülüyor ki zararlı tepkilerin önüne geçmek için kanunumuz esas prensipi tesbit etmiş ve ona teferruğ eden hükümleri de koymuştur. Bu noktaya ilerde muhtasaran temas edeceğiz. Objektif hukukun esaslı bir surette üzerinde durmadığı nokta, hak tepkilerinin lehte tecelli etmesi yani bir iktisaba vücut vermesi halidir. İşte hak tepkilerinin bu cephesine tetkikatımızı hasredebilmek içindir ki tarifte yalnız iktisap cihetini nazara aldım. Şu hale :

a) Tepki bir iktisap vasıtasıdır. Ancak buradaki iktisap terimine hukukun anladığı dar mânayı verecek değildir. Çünkü iktisap tabirinin sosyal ve ekonomik bakımlardan şümulü daha geniştir: Hukukî durumda hâsıl olan bir salâh. Bu salâh mamelekî bir kıymeti haiz olabileceği gibi bu mahiyette olmıyan bir zenginleşmeyi de ihtiva edebilir. Bu gibi iktisapların tahdidî bir surette tesbitine imkân yoktur. Ferdin, cemiyyetin, medeniyetin telâkkileri bu iktisap şeklinde mühim birer âmildirler. Meselenin aydınlatılması için birkaç misal alalım:

1. Misal — Muhtevası maddî bir menfaati ihtiva eden hukukî iktisaplar: Gayrin mülkünde keşfolunan define mülkiyet hakkının (M.K. 697, f: 2; babanın çocuklarına ait mameleke giren malları üzerindeki istifade hakkı, velâyet hakkının M.K. 280); mirasçılardan biri tarafından terekenin reddi halinde diğer mirasçıların hisselerinin çoğalması mirasçılık hakkının (M.K. 545) bir tepkisidir.

2. Misal — Muhtevası menfi mahiyetteki hakların iktisabı: Adî kefalette olduğu gibi (B.K. 486). Burada kefilin mutalep olması için alacaklının borçluya müracaat etmesi ve müracaatın semeresiz kalması lâzımdır. Bu yapılmadıkça kefil olan şahıstan bir şey istenemez. Demek ki kefalet hakkının bir tepkisinden faydalaniyor.

3. Misal — Bir kimsenin başkasına ait borç için kendi malını rehnettiğini farzedelim. Şayet alacaklı borçluyu ibra ederse teminat gösterilen mal rehinli olmaktan çıkar. Burada muhteva bir mükellefiyetin ortadan kalkmasıdır.

Kezalik ilk derecelerdeki ipotekli alacaklılardan birinin zevali veya müteselsil alacaklılardan biri tarafından zaman aşımının kesilmesi gibi haller dahi tepkinin bir iktisap vasıtası olduğunu gösterir. Bütün bu hallerde tepkiden faydalanan kimse için muayyen bir saha dahilinde müktesep bir hak tahakkuk eder. Bu kimsenin akte yabancı kalması, elde ettiği menfaata istihkak kesbedecek bir faaliyette bulunmaması iktisabın mahiyetini ihlâl etmez.

Yukardaki (D) fıkrasında hak tepkilerine vücut veren hâdiselerin mahiyetlerini incelerken bunlardan bazan rücu edilebileceğini söylemiştim. Halbuki şimdi tepki ile elde edilen menfaatin müktesep bir hak olduğunu iddia ediyorum, burada bir tenakuz yok mudur? Hayır. Çünkü hukukun tepkileri tesirlerini muayyen bir saha içinde gösterir. Daha başka bir ifade ile tepkinin sınırlarını tâyin edecek olan şey hakkın hususiyetidir. Meselâ tecezzisine imkân olmıyan bir hak tasavvur ediniz; bu hak iki kişiye ait olsun. Bunlardan biri hakkında zaman aşımını tatil eden bir sebep hâdis olursa (B. K. 132) diğerrinin hakkı da zaman aşımına uğramaz ve tatil sebebinin sonradan ortadan kalkması evvelce işlenmemiş olan zaman aşımı müddetinin hükümsüzlüğünü intaç etmez. Görülüyor ki rücu imkân olan tepkilerde rücuun tesiri maziye değil; müstakbele aittir. Fakat eğer hak tepkisi yoluyla elde edilen iktisap bir başkasının zararını intaç etmekte ve bu zarar haksız görülmekte ise o vakit muamele, mahkeme kararıyla eski halini ifrağ edilebilir. İşte Roma hukukunun *restitutio in integrum* ve bugünkü hukukumuzun iptal davası dediği muamelenin mahiyeti budur (İc. İf. K. 277). Meselâ A'nın B'den onbin lira alacağı var. B'nin malî durumu borcunu ödeyebilecek bir haldedir. bu aralık B'nin murisi vefat etmiş ve B mirası ya kabul etmiş veya müddeti zarfında terekeyi reddetmemiştir. Terekeden alacaklı olanlar B'ye müracaat ediyorlar. Anlaşıyor ki tereke borca batıktır. Demek ki terekenin kabulü B'nin eda kabiliyetini azaltmış ve bu hal A'ya aleyhine zararlı bir tepkiye vücut vermiştir. Bunu önlemek için kabulün iptaline gidilmek icabeder ki bu da ancak bir mahkeme kararıyla olabilir. B. K. nun 82 inci maddesi, mahkeme kararına lüzum olmaksızın bu mahiyetteki zararları izaleye mâtufl bir hükmü ihtiva etmektedir.

b) Tepki neticesinde husule gelen iktisap, tarafların rizasiyle ilgili değildir. Filhakika hak tepkilerinin nasıl tecelli ettiklerine bakmak, bu esasın doğruluğunu isbat için kâfi gelir. Hakkından vazgeçen alacaklı bu hareketi ile borçlusunun mamelekini çoğaltmıştır. Alacaklı, maksadının borçlusuna bir eyilik yapmak olduğunu tasrih etse ve ibranın neticelerinden başkalarının hiç bir suretle faydalanamayacağını şart koşsa bile,

mamelekte husule gelen ziyadelikten diğer bütün alacaklılar istifade ederler. Borçlunun kasır olması diğer alacaklıların iktisabına tesir edemez. Ancak kanunumuzda bunun bir istisnasını görmek kabildir. (M. K. 460).

c) Tepkiden doğan iktisap, bir diğerinin vesatetiyle iktisap mahiyetinde sayılamaz. Fihakika bir kimseden bir hak iktisap edilirse o kimse ya kanun hükmü veya irade icabı olarak bir iktisap vasıtası olur. Bağışlananın iktisabı vahibin iradesine, mirascının iktisabı kanun hükmüne dayanır. Halbuki tepki suretiyle meydana gelen iktisapta hakkını kullanan kimsenin hareketi kendi namıdır; yoksa mümessilde olduğu gibi başkası namına değildir. Demekki tepkiye vücut vermek bir hukukî muamelenin hedefi olamaz. Meselâ şöyle bir vasiyetname karşısında bulunduğumuzu farzedelim: Eğer lehine vasiyet olunan B şu harekette bulunursa, vasiyet ettiğim mal A ya verilsin. B nin o harekette bulunması vasiyet edilen malın A ya intikalini intac eder. Demekki şartın tahakkuku, musalehin iradesi dışında A nın iktisabına vücut vermiştir. Vakaa "musaleh B isterse A nın olsun" yolundaki bir vasiyet dahi aynı neticeyi tevhit eder. Fakat her ikisi arasında esaslı bir fark vardır. İlk iktisaba B kendi hareketiyle, ikinci iktisaba ise iradesiyle vücut vermiştir. Evvelkisi hak tepkisidir; binaenaleyh B. K. nun gerek irade fesadına, gerek hibeden rücu sebeplerine dair hükümlerinin tatbikına mahal yoktur. İkincisi bir hibe aktidir. İşaret ettiğimiz hükümler tatbik olunabilir.

Bir diğerinden yapılan iktisapta biri aynı diğerini şahsî olmak üzere iki unsur vardır. Aynı unsur, diğerin mamelekenden çıkan ve iktisap eden tarafın mamelekine giren maldır. Şahsî unsur, iktisap karşılığının iradelerle meydana gelmesidir. Halbuki tepki hadiselerinde bu iki unsurdan hiç biri yoktur. Çünkü hiç bir mamelekten bir şey eksilmediği gibi sarih ve zımnî bir iradenin de kanunî tahditler bizatihi tepkiden doğan iktisaba mani teşkil etmezler. M. K. numuzdan alacağımız bir mesele konumuzu bize aydınlatır. Bilindiği üzere karı koca arasında mahfuz hisseleri tecavüz edecek şekilde hibe yapılamaz. (M. K. 453, 455, 507, 508, 517). İşte burada mahfuz hisse sahibi bir mirascının bulunması olüme bağlı olmıyan teberruların kısmen hükümsüzlüğünü icabettirmektedir. Demekki kanunî bir tahdit karşındayız. Kanunun koymuş olduğu bu tahdit mahfuz hisselerine tecavüz eden bir hibe akdi olmasına göre her şeyden evvel işbu akdi yani hibeyi diğer akitlerden ayırt eden hususiyeti bulmak lâzımgelir. Hibe aktinin maddî unsuru vahibin memleketindeki eksikliğe mukabil bağışlanan tarafın memleketinde hasıl olan ziyadelikten ibarettir. Eğer bu maddî unsura iradenin teberru kasdiyle izharı ilâve edilmiş olursa o zaman hibe aktine has olan unsurlar akitte mevcut demektir. Bu kabil bağışlanan tarafın mamelekinde hasıl olan ziyadelikten ibarettir.

neticenin hak tepkisi şeklinde tecelli etmiş olması yapılan muamelemin hibe sayılmasına mani olmaz. Şu halde akit iptal ettirilir. Çünkü kanunun menettiği bir gaye elde edilmiştir. Meselâ bir hakkın zamanlaşımına uğramış bulunması o hakkın temlikî manasına gelmez. Burada borçlunun iktisabı, alacaklının hakkını zamanında kullanmamasının bir tepkisidir. Fakat bu neticeyi meydana getirmek için kasten dava açılmamış olursa o vakit zamanlaşımıyla iktisap, temlik manasına gelir ve kanunî tahditler nazara alınır. Netekim eşler arasında bu mahiyeti arzeden talikî muameleler pek kolaylıkla yapılabilir. İşte bundan dolayıdırki nikâh devam ettiği müddetçe karı kocadan birinin diğeri zimmetinde olan alacakları hakkında zamanlaşımı cereyan etmez (B. K. 132 No: 3).

Mevzuumuzu açıklayacak mahiyette bir kaç misal alalım: Karı koca bir ayna meselâ yılbaşı piyango biletine müştereken maliktirler. Koca, piyanganonun kendisine uğur getirmediğini ve bu sebepten hakkından vaz geçtiğini karısına söylüyor. Bir kaç gün sonra piyango çekilmiş ve birinci ikramiye bu bilete isabet etmiştir. Bu bir hibemidir? Haddizatında hayır. Çünkü bir hakkın terkinde menfi bir hareket vardır. Halbuki temlikte hareket müsbettir. Bir hak üzerinde ortak olan kimselerden biri hakkını terkederse diğer ortakların hisseleri tepki yoluyla çoğalır. Kaldığı bir hareketin neticesi o hareketin gayesi demek değildir. Netekim suçun gayesi cezadır diyemezsiniz. Fakat bir haktan feragat, diğerin mamelekinde bir fazlalık husule getirmek için yapılırsa işte o zaman hibe bahis mevzuu olabilir; ancak feragatin o maksatla yapıldığı isbat edilmelidir. Şu halde karısının zimmetindeki alacağı ibra eden veya karısına ait bir gayrimenkul üzerindeki irtifak hakkından feragat eyliyen kocanın hareketinde bir hibe mahiyeti görmeğe imkân vardır.

Diğer bir misal daha alalım : Karının kayın babasından beş bin lira alacağı vardır, borçlu vefat etmiş ve terekesi borca müstağrak bulunmuştur. Böyle bir durumda tereke ret edilmiş sayılır (M. K. 545). Fakat buna rağmen müteveffanın mirascısı yani alacaklı olan karının kocası terekeyi kabul ve mirascılığı hasebi ile karısının terekeden olan alacağını tesviye ediyor (M. K. 556). Eğer tereke ret edilmiş olsaydı karı hiç bir şey alamıyacaktı. Bu bir hibe midir? Yapılan muamelemin kanunî şartlarına bakarsak buna hibe mahiyetini izafe edemeyiz. Çünkü karı, kocasından bir iktisapta bulunmamış; belki kocasının terekeyi kabul etmesi, kendisine işbu iktisabı temin etmiştir. Ancak bu iktisap, kocanın mamelekenden beşbin liranın azalmasını, karının mamelekinde aynı miktar bir çoğalmayı intaç ediyor. Demekki hibenin maddî unsuru vardır. Eğer şahsî unsurun bulunduğu isbat edilir yani bu neticeye varılmak için

terekenin kabul edildiği sabit olursa o zaman iktisap hak tepkisinden doğmuş sayılmaz; belki hibe addolunur.

Şimdi aynı misali biraz değiştirelim. Karının babası damadına kıymetli bir mal vasiyet ediyor. Vasiyetçi ölmüş ve musaleh yani koca vasiyeti reddetmiştir. Bu suretle mal karıya kalmış olur (M. K. 556). Görünüşe nazaran bu, bir hibedir. Fakat ret sırasında koca, bu kıymetli maldan karısını mahrum bırakmak istemediğini ve sırf bu sebeple vasiyeti reddediğini söylemiş olsa bile ortada bir hibe yoktur. Çünkü kocanın mamelekenden bir şey eksilmemiştir.

d) Hususî bir mukavele tepki yoluyla elde edilen iktisabı akitten mütevellit iktisap haline ferağ eder. Şu halde ilzamî mahiyet arzetmeyen bir hak tepkisi, mukavele ile akitten doğan iktisap şeklini alır. Bilindiği üzere bir kimse vasiyet yoluyla muayyen bir malını veya mirasının bir kısmını bir başkasına bırakabilir. Kendisine terekenin bir kısmı bırakılan kimse mirasçı, muayyen mal bırakılan kimse de musalehtir. Fakat kanun bu suretle ölüme bağlı tasarruflarda bulunan kimseye bir hak daha tanıdığı o da mirasçının veya musalehin kendisinden evvel ölümü veya mirası reddetmesi halinde bunların yerine bir diğerini ikame edebilmesidir (M. K. 467). Şimdi farzedelimki bir adam terekesinin mahfuz hisse miktarını aşan kısım üzerinde şöyle bir vasiyet yapıyor: “Mirasım kızımındır, ancak kabul etmemesi halinde, filan genci (A) mirasçı nasbediyorum”. Bu kız (A) ile evleniyor ve kocasına karşı şöyle bir taahhütte bulunuyor: “Babamın mirasını kabul edemeyeceğim, bu miras cihaz olmak üzere sana intikal etsin”. Ancak bu taahhüt evlenme mukavelesiyle meydana gelen bir cihaz usulünün kabulü sayılabilir mi? Bu soruya hukukçu menfi bir cevap veremez. Çünkü burada aile masrafına yardım olmak üzere karının kocasına kendi mallarından bir kısmını terk etmesi taahhüdü var (M. K. 236). Şu halde taahhüt muteberdir. Vakaa mallar karısının mamelekenden kocaya intikal etmiyor ve bu mallar hiç bir zaman karının mamelekine girmiş değildir. Fakat hadisede ihmal edemeyeceğimiz bir hususiyet varki o da karının ölümü bağlı bir tasarruf neticesinde bir hak iktisabına yetkili olmasıdır. Bu yetkisine dayanarak karı evvelâ malları tesellüm sonra da kocasına devredebilirdi. Bir taraftan tesellüm, diğer taraftan devir ve teslim gibi iki ayrı muameleye lüzum gösteren bu yola gidileceği yerde aynı neticeyi husule getiren mirasın reddi yoluna gidilmesi, kocanın iktisabındaki ilzamî mahiyeti ortadan kaldıramaz. Netekim roma hukukunu traditio brevi manu traditio a breve main dediği ve bugünkü hukuku da hükmen teslim constitut possessoire namı altında teyit eylediği intikal tarzında muamelenin aynı şekilde ihtisar edildiğini görüyoruz (M. K. 690).

e) Hakkını kullanan kimsenin hatası, bu hakkın kullanılmasından tevellüt eden iktisabın kıymetini ihlal etmez. Filhakika bir hakkın kullanılmasında hak sahibi ancak kendi menfaatini gözetir; üçüncü şahısların menfaat derecelerini gözetmeğe hak sahibinin bir mecburiyeti yoktur. Eğer bunun aksini kabul edersek hakka sahip olmıyanları, hak sahiplerinden üstün tutmuş oluruz. Kaldiki herhangi bir hakkın istimali keyfiyeti ile bu istimalden tevellüt eden tepki aynı sahada birleşemez. Tepkiden faydalananlar hakka tamamen yabancı olanlardır. İşte tepki yoluyla iktisabın hak sahibinin iradesinden doğamayacağını bunun için kabul ediyoruz. Şu halde tepki suretiyle husule gelecek iktisap üzerinde hak sahibinin hata etmesi, iktisabın sıhhatini ihlal etmez. Meselâ İc. İf. K. nun 206 ncı maddesi alacaklılar arasında bir sıra tesbit eder. Her sıranın alacaklıları müsavî hakka maliktirler ve ilk sıradakiler haklarını istifa etmedikçe sonrakiler bir şey alamazlar. (madde: 207) Şimdi farzedelimki lik sırada bir alacaklı var, ve bu da kendi hakkından feragat etti. Bunun neticesi alt sıradakilerin birer derece yükselmeleridir. Şimdi feragat eden alacaklıların şöyle bir iddiada bulunduğunu farzedelim : Maksadım borçluma bir iyilik yapmaktı; mademki feragatimden o faydalanmıyor, feragatin hedefi kalmamış demektir. Bu sebepten feragatten rücu ediyorum. Bu iddia dinlenmez. Çünkü feragat eden kimsenin hareketine saik olan şey -ki borçlusuna iyilik etmektir- ile hasıl olan netice -yani alt sırada bulunan alacaklıların istifadesi- yekdiğerinden ayrı ayrı şeylerdir. Hukuk bu kabil hadiselerdeki hataya butlan izafe etmez. Çünkü burada butlan esasına gidecek olursak bir suçlunun "ben şu cezaya çarpılmak için bu suçu işledim, halbuki bana başka ceza veriyorsunuz" yolundaki iddiasında kabul etmek lâzımgelir. Esasen yukarda da görmüştük, bir hareketin tabii neticesi o hareketin gayesi sayılmaz. Muvazenesini kaybederek düşüp ölen her adamın gayesi intihar olmadığı gibi. Kezalik bir aynın şayi bir cüzüne malik olan kimse, malikiyet hissesinden feragat ederse mal diğer şerikin müstakil milki olur. Feragat eden kimse "ben ortağımı (A) sanıyordum, malım ona kalması için feragat etmiş idim; halbuki ortağım (B) imiş, feragatten vazgeçtim" diyemez.

Mevzuun mahiyetine nüfuz edebilmek için görünüşte aynı mahiyet arzeden başka bir misal alalım: Mağazalardan birinin camekânında teşhir edilen bir malı beğendiniz, malın üzerinde 50 rakamını ihtiva eden bir etiket var. Siz bunu 50 kuruş sandınız ve malın paket yapılmasını söylediniz, burada teşhir bir icaptır; muvafakatinizle bu icabı kabul ettiniz. Şu halde tekemmül etmiş bir akit karşısındasınız. Kasaya para verdiği sırada mağaza sahibi 50 kuruş değil 50 lira vereceğinizi, zira 50 ra-

kamdan maksat bu olduğunu söylüyor. Şimdi bu parayı vermeğe mecburmusunuz? Hiç şüphe yokki hayır. Size tahmil edeceği külfeti tahmin edemediğinizden dolayı kabul etmiş olduğunuz bir terekeden dolayı binlerce liralık zarara maruz kaldığımız halde kabulden rücu ediyorsunuz. 49 buçuk liralık bir zarar karşısında rücuu neden imkân veriliyor. İki mesele arasında fark nedir? Siz beğendiğiniz malı 50 kuruş semen mukabilinde almaya muvafakat ettiniz. İzhar ettiğiniz iradenin şümulü bu meblâğ ile mahduttur. Semenin 50 lira olduğu anlaşılınca satımın size tahmil ettiği borç iradenizin hududunu aşmış olur. Demekki semenin miktarında karşılıklı bir riza yoktur. Halbuki terekeyi kabul eden mirasçı terekenin borçlarını alacaklarını bütün mallarıyla birlikte üzerine almış olur. Terekenin borçlu durumda olması bu hukukî neticenin meydana gelmesine mani teşkil etmez. Ve kabul keyfiyetinin kanunî hükümleri meydana getirmesi için tereke borcunun bulunması da lâzımgelmez, Kabul ettiğiniz terekenin hiç bir borcu olmayabilir. Fakat satın aldığınız malın mutlaka bir semeni vardır, satım semensiz olmaz. Şu halde semen satım akdinin mahiyetinde olan bir unsurdur. Semende iradeler birleşmeyince satım aktide meydana gelemez.

Şimdi hak tepkileri etrafındaki düşünceleri tamamlamak için aşağıdaki üç soruya cevap cermek lâzımgelecektir :

1. soru — Hak sahibinin hakkını kullanmasındaki salâhiyet derecesi nereye kadar gider ?

2. soru — Tepki yoluyla hakları ihlal edilen kimseler nasıl himaye olunurlar ?

3. soru — Tepkiden faydalanan kimseden bir ivaz talebine imkân varmıdır ?

Bu suallerle hak tepkilerinin yalnız faydalı değil zararlı tesirlerine de temas etmiş oluyoruz. Bu suretle tetkik etmekte olduğumuz teorinin, merhumun dilediği şekilde bir izahını yapmış olacağım.

Birinci sorudan başlayalım. Kaideten her fert, hakkını kullanırken yalnız kendi menfaatini düşünür. Bu fert için tabii bir haktır. Şu halde fertler haklarını diledikleri gibi kullanmakta serbesttirler. Eğer tepki suretiyle husule gelebilecek neticeleri hesaba katarak hakların istimalini takyit edersek hak sahiplerinin meşru menfaatlerini, hakka sahip olmayanların muhtemel menfaatleri uğruna feda etmiş oluruz. Meselâ alacaklı ile borçlu arasındaki münasebetleri gözden geçirelim; borçlunun her hangi bir hareketi alacaklının menfaatlerini yakından ilgilendirir. Borçlunun çalışması, tenbelliği, borçlarını çoğaltıp azaltması, mallarını elinden çıkarması, sıhhatine itina etmemesi (bilhassa şahsî edalarda), her

hangi bir masraf ihtiyar etmesi hep alacaklının hakları üzerinde tesirler vücade getirir. Eğer alacaklıyı korumak için borçlunun hareketlerini mürakabeye tabi tutmak lâzımgelirse, en küçük bir hareketimizde kanun vazini karşımızda görmekliğimiz icabeder. Borçlu bir mal satın alıyor. Acaba bu hareket mamelekinin azalmasınımı intac etti? Hak tepkisinden husule gelebilecek durumların kontrolünü kabul eden bir hukuk rejiminde bu gibi suallerin sık sık varit olması gayet tabiidir. Fakat hukuk, işlerimizin teferruatına bu dereceye kadar girdikten sonra hareket serbestisi denilen şeyden de eser kalmaz. Mirascı, miras hisseme müessirdir diyerek murisin tasarruflarına müdahale eder. Her kes musaleh olabilmesi ihtimaline karşı vasiyetçi farzettiği şahsın hareketlerini mürakabeye kendisinde salâhiyet görür. Bu takdirde ise hak sahibi, hakka sahip olmıyanın elinde bir oyuncak olmuştur. Görüyorsunuzki hak tepkilerinden doğabilecek muhtemel zararları nazara alarak hak sahibinin hareketlerini takyit etmek, hukuku kendi kendini imha eden bir tenakuza sürükler. Çünkü fertler arasındaki münasebetleri tanzim ödevini üzerine almış olan hukuk bu suretle bir anarşi unsuru şeklinde tecelli ediyor. Demekki kaideten bir hakkın istimali takyit edilemez. İşte hak sahibi cephesinden yapılan tahlilin bizi ulaştırdığı netice budur.

Fakat diğer taraftan haklarını istimal edenlerin hareketlerini hiç bir tahdide tabi tutmazsak hak tepkilerinden doğabilecek zararları önlemeğe de imkân kalmaz. Hukuk, yalnız hakkı himaye etmekle vazifesini yapmış olmaz; haksızlığa meydan vermemekte hukuka ait bir ödevdir. Şu halde bir hakka sahip olan kimse o hakkını dilediği gibi kullanamaz. İşte üçüncü şahıslar cephesinden yaptığımız tahlil dahi bizi bu neticeye sevk ediyor.

Hakların istimali etrafında yaptığımız incelemeler bizi iki ayrı neticeye ulaştırdı ve her iki neticede yekdiğerinin tam zıddıdır. O halde ne yapacağız ?

İslâm hukuku bir takım kaidelere dayanarak böyle zıt menfaatleri tanzim yoluna gitmişti, bu kaidelerden bazılarını zikredeyim: Meşakkat teysiri celbeder, yani darlık genişliği icabettirir (Mecelle 17, 18). Zarara zararla mukabele edilmez (Mecella : 19). Zarar kendi misliyle izale olunmaz (Mecelle : 25). Kadîm kıdemi üzere terk olunur, fakat zarar kadîm olmaz (Mecelle : 6, 7). Ehveni şerreyn ihtiyar olunur (Mecelle : 29). Defi mefasit celbi menafiden evladır (Mecelle : 30). Zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar; fakat ıztırar gayrın hakkını ibtal etmez (Mecelle : 21, 23) ve saire. Bu kaideler yerine göre hak tepkilerinden husule gelen zararlara mani olabilir. Meselâ zaruret karşısında kalan bir adam hareketinde mazurdur. Bundan dolayı müahaza edilemez; amma tazminat

vermekten de kurtulamaz. Bunun misaline kanunumuzun bir çok yerlerinde tesadüf edersiniz B. K. 23 ve 26, 52, f: M. K. 144, 651 s. f., 668, 671).

Modern hukuk meseleyi daha geniş bir şekilde dal ediyor : Bir hakkın sırf gayri ızzar eden sui istimalini kanun himaye etmez.

Şimdi ikinci soruya geçiyorum. Tepki yoluyla hakkı ihlal edilen kimse nasıl himaye olunur ? Bu sual ilk sorunun diğer cephesidir. Filhakika birinci sülde meseleyi hak sahibinin hakkını kullanması bakımından tetkik etmiş ve neticeye bağlamıştık. Şimdi aynı meseli hak tepkisine maruz kalan kimsenin bakımından tetkik edeceğiz. Çünkü bazı hallerde bir hakkın kullanılmasından husule gelen tepki diğer bir hakkın istimaline imkân vermez. Mevzuuma hukukun bu sahasındaki garip bir hususiyetin işaret etmekle gireyim. Hukukta teori bolluğu her halde dikkat nazarınızı celbetmiştir, irade ve tezahürlerinde, akitlerde, hükmi şahıslarda, zilyetlikte birbirini hırpalıyan bir çok nazariyeler ile karşılaşmıştınız. O derecedeki kanun vazisinin faaliyeti nazariyecilerinki yanında çok zayıf kalır. Halbuki şimdi temas ettiğimiz sahada nazariye namına bir şeye tesadüf edemezsiniz. Fakat buna mukabil hadiseler üzerinde durmağa mecbur kalan kanun vazii müteferrik bir çok hükümler koymak suretiyle faaliyetini genişletmiş ve nazariyesi bol olan sahalardan çok daha ileri götürmüştür.

Hiç şüphe yokki kanun, hak tepkilerinin zararlı tesirlerini tamamiyle izale edemez, ona düşen tek vazife, bu zararları hakkaniyet dairesinde tahdit etmektir. Bunun en önemli misaline komşuluk hakkı dediğimiz müessesede tesadüf ederiz. Bilindiği üzere bu hak bir akitten doğmaz. Biri İstanbuldan, diğeri Erzurumdan gelen iki adam, Ankaranın muayyen bir mahallesinde yanyana iki ev satın alıyolar. Birbirlerini tanımayan bu iki kimse arasında kanun vazii kendiliğinden komşuluk hakkı ihdas ediyor. Niçin? Çünkü bu iki komşudan hiç birinin fiil ve hareketini kendi mülkiyet sahası içinde çerçevelemeğe imkân yoktur. Ancak bu imkânsızlık kanun vaziiince "bir malik dünya ile alakası kesilmiş müstakil bir hak sahibidir; bu sebepten kendi milkinde dilediği gibi tasarruf eder" yolunda bir hüküm kabulü mecburiyetini de tahmil etmez. Burada ortalama bir tedbir bulmak ve her iki tarafın haklarını karşısındakini zarara sokmayacak şekilde tahdit etmek mümkündür. Bu sayede her malik hakkını kullanacak ve bundan mütevellit zarar tahammül edilebilecek bir dereceye inecektir. Demekki kanun vazii iki komşudan her birinin çarpışan menfaatlerini nazara alır, faydalarını, mazarratlarını, meşruyet derecesini ölçer, amelî neticeleri hiç bir zaman hesaba katmayan mutlak mantığın istidal kuvvetine kapılmaz, bu suretle hukukun terak-

kî ve tekâmülüne en büyük âmil olan amme menfaati düşüncesiyle mantığın maddî kesinliği arasında bir uzlaşma vücuda gelir. İşte bu musalaha hayata nasafet diyoruz.

Bu nasafet esasdırki kanun vaziine hadiselerin hususiyetlerini göz önünde bulundurmak mecburiyetini tahmil eder. Alakaların çokluğu, tarafların hukukî durumları, karşılıklı menfaatlerin ehemmiyet dereceleri gibi bir çok noktalar üzerinde durulmasının sebebi budur. Bazan mesuliyette ehliyet aranır (B. K. 54 f: 1). Bazan tazmin borcu kusura istinat ettirilir (B. K. 41). ; bazan hiç bir kusur olmadığı halde tazmin borcunu yükleriz (B. K. 58). Kaideten borcun şumulünü tayin taraflara aittir (B. K. 1). Fakat bazan tarafların tayin ettikleri şumulü hükümsüz sayarız (M. K. 23, B. K. 249 f: 3). Bazan A ya ait bir mükellefiyet B ye intikal eder (B. K. 256 f : 3); bazanda hak sahibinin en sarîh bir hakkı ortadan kalkar (M. K. 901). Bazan büyük ihtiyaçlar karşısında küçük ihtiyaçlar (M. K. 683), büyük menfaatler karşısında küçük menfaatler (M. K. 684) feda olunur. Bazanda bir hakkın kullanılmasına müsaade eder, fakat zarar gören kimse lehinde tazminat talebi hakkını tanır. Bir çok hallerde mesuliyet tevcihi bakımından kast, ihmâl, tedbirsizlik arasında bir fark gözetilmez; diğere bazı hallerde ise hile veya ağır kusur bulunmadıkça mesuliyet tevcih edilmez (B. K. 190 f: 2). ve saire.

İşte ikinci sorunun cevabını verebilmek için bu izahatımızın ışıkları altında ilerlemeğe mecburuz. Görülüyorki temas ettiğimiz konu çok çetindir. Hadiselerin pek çok değışiklikler arzemesi, karşılıklı menfaatlerin kıymetlendirilmesinde yalnız objektif değil sübjektif telâkkilerin de mühim rol oynaması cevabımızın mücerret bir formül altında ifadesine imkân vermez. Şu halde tepkilerin tesirleri bakımından ne gibi hallerde bir hakkın istimaline kanun vaizinin müdahale edebileceğini umumî bir kaide şeklinde ortaya atamayız. Ancak T. K. nun bir maddesinde küçük bir değışiklik yaparak M. K. numuzun bir maddesiyle birlikte okursak bütün hadiselerin değil; fakat bunlardan pek çoklarının hallindeki müşkülâtı gidermiş oluruz: Hakkaniyetin ve hilâfı mukavelenamede musarrah olmadığı surette ticarî urf ile kanunun icabettirdiği ahkâm zımnen mukavelede dahil farzolunur (T. K. 769). Her kes haklarını istimalde ve vecibelerini ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir. Bir hakkın sırf gayrı izrar eden sui istimalini kanun himaye etmez (M. K. 2). Şu cihetide ilâve edeyimki İ. M. K. nuna göre maddenin ikinci fıkrası "bir hakkın açıkça sui istimalı kanun tarafından himaye olunmaz" şeklindedir, ve kanaatimce fıkranın bizdeki yazılış tarzı hukuk tekniği bakımından daha doğrudur.

İkinci sorunun tetkikına girişirken demiştik ki bazı hallerde bir hakkın kullanılmasından husule gelen tepki, diğer bir hakkın istimaline imkân vermez. Bu suretle istimaline imkân verilmeyen hak, ya filhal mevcut olan bir haktır; bu takdirde hakkın ihlali karşısındayız demektir. Hadiselerin normal cereyanına mümanaat edilmek suretiyle ilerde tahakkuk edecek bir hakkın doğumuna meydan verilmez; bu takdirde ise hakkın akamete uğratılması bahis mevzuudur. Bu iki ihtimalden evvelkisi çok defa hakka aykırı bir fiil mahiyetinde karşımıza çıkar. Hak sahibi hakkını kullanırken onun hudutlarını aşmış ve bunun neticesi olarak diğer bir şahsın hakkını ihlal veya ibtal eylemiştir. Bunun önüne geçmek için icabeden müeyyideler kanunumuzda vardır. Bir misal getirmek için gayrimenkullerdeki tecavüz ihtimallerini nazara alalım. Bu tecavüz ya binanın yapılmış olmasından (B. K. 58); ya mülkiyet hakkının kullanılmasından (M. K. 651), 661, 662) ileri gelebilir.

Bir hakkın akamete uğratılması ihtimaline gelince burada haddizatında bir haksızlık yoktur. Buna rağmen mustakbel hakların himayesi düşüncesiyle hukukun bu sahaya müdahale ettiğini görüyoruz. Mustakbel hakların en çok kaynaştığı yer miras hukukudur. Bu sebepten kanun vazii mirasa taallük eden hakların istimali keyfiyetini ciddi bir kontrol altına alır. Meselâ :

- a) Murisin haklarını himaye bakımından M. K. nun 499 uncu maddesi.
- b) Alacaklıların haklarını himaye bakımından M. K. nun 470, f: 2, 550, 573.
- c) Mirasçılarının haklarını himaye bakımından M. K. nun 453 ve bunun müeyyideleri : 466, 502, 506 ve saire .
- d) Alacaklılara karşı mirasçıyı himaye bakımından M. K. 460, 544.
- e) Hem mirasçı hem de alacaklıları himaye bakımından M. K. nun 532, 546, 559, 560, 572.

Şimdi borç münasebetlerindeki duruma geçelim. Burada da bir hakkın akamete uğratılması ihtimalleri vardır. Gayrimenkul rehinini ele alırsak konumuzu ilgilendiren hadiselerle temas ederiz. Biliyoruz ki fert ehliyetini tahdit edemediği gibi kendi tasarruf salâhiyetini de takyit edemez. M. K. nun 23 üncü maddesinde topluca yer alması lâzım gelen bu kaidenin tasarruf salâhiyetine dair olan kısmı her nedense M. K. 784 üncü maddesinde yazılmıştır. : "Malikim merhun olan gayrimenkulünü başka aynî haklarla takyit etmek salâhiyetinden feragati muteber değildir, f: 1" . Demekki malik, gayrimenkulünü rehnettikten sonra dahi üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilir; meselâ merhun üzerinde bir irtifak hakkı

tesis etmesi mümkündür. Fakat bu takdirde rehnedilen mal, kıymetinden kaybedecek ve böylece alacaklı zarara uğriyacaktır. Buna mani olmak için rahinden tasarruf salâhiyetini kaldıramaz mıyız? Hukuk böyle bir hal şekline cevaz vermez. Çünkü cemiyetin en esaslı unsuru, en kıymetli varlığı şahıstır. Ona insanlığın bütün icaplarını tanımak mecburiyetindeyiz. O derecedeki ferdin kendi iradesiyle dilediği gibi borç altına girebileceğini kabul edersek ihtiyarî bir esarete vücut vermiş oluruz. İşte bundan dolayıdırki üçüncü şahısların tecavüzlerinden himaye olunan şahıs (M. K. 24; B. K. 49), kendi tecavüzlerine karşı da himaye edilmiştir (M. K. 23, 487 f: 1; B. K. 49). Mademki şahsiyetin zarurî icaplarından olan hak ve salâhiyetlerden ferağate hukuk imkân vermiyor; o halde bu hak ve salâhiyetlerin istimalinden tevellüt edebilecek zararları önlemekte hukuk nizamına düşen bir vazife olur. Ancak tepki yoluyla husule gelebileceği zararlar hep aynı şekilde tecelli etmezler. İşte kanun vazii sevk ettiği hükümlerle yerine göre bazan rahini (M. K. 788), bazan mürtehini (M. K. 784 f: 2 ve devamı), bazan üçüncü şahısları (M. K. 790 f: 2) himaye eder. Bazan daha yüksek menfaatler sonradan gelen bir alacaklının en üst dereceye çıkmasını haklı gösterir ve bu takdirde 786 ncı maddenin koyduğu tertip bozulur (M. K. 792); bazanda bu menfaatlar yüzünden bir takım alacaklılar muayyen bir müddetin geçmesinden sonra teminat haklarını kaybederler (M. K. 793).

Yine borç münasebetlerinin umumî hükümlere dair olan kısmında bir takım esaslara tesadüf ederiz: Zaman aşımında (B.K. 127-128, 139); şartta bağlı borçlarda (B.K. 153); teselsülde (B.K. 144, 147, f: 2); cezaî şartta (B.K. 161, f: 3); alacağın temlikinde (B.K. 165) vesairede olduğu gibi. Bütün bunlar meşru bir hakkın kullanılması neticesinde bir başkasına ait hakkın akamete uğraması ihtimalini nazara alan ve bunun önüne geçmek için konulan hükümlerdir.

M. K. nun ihtiva ettiği bahisleri tamamlamak için biraz da şahsın hukuku ve aile hukukuna temas edeyim. Bu sahada hâdiseler daha bâriz ve hak tepkileri daha müessir bir şekil alır. Zira bir kere bu bahisler cemiyetin varlığını teşkil eden iki mühim müesseseye temas ediyor: Fert ve aile. Sonra da hukuk bu sahada kendisine tabiat gibi kuvvetli bir müzahir buluyor: Korunma hissi, şehvanî his. Bu kısımda maddeler üzerinde durmıyacağım. Çünkü mevzuu, kanun maddelerinin üstünden bakmak suretiyle ve Jhering'in diğer eserlerinden istisna ederek davayı daha kolay isbat edebilirim. Esas itibariyle hukuk burada cebre lüzum görmez. Arzusu hilâfına kimseyi evlendiremezsiniz; hiç kimseyi zorla yaşamıya cebredermeyeceğiniz gibi. Cemiyetin vazifesi burada bir taraftan tabiî kuvvetleri tenmiye etmek, diğer taraftan bu kuvvetlerin içtimaî bünyeye uy-

gun br niza mdairesinde inkişafını temin eylemektir. Geçici hastalıklarla mücadele, çocuklu olanlara yardım gibi. Fakat hususî bazı sebepler dolayısıyla ferdi tahrik eden bu tabii kuvvetler tesirsiz bir hale gelebilirler. İntiharda ve bekârlıkta bu hale raslarız. Cemiyet intiharda bir ferdini kaybeder; bekârlıkta mesilden mahrum kalır. Her ikisi de cemiyete indirilmiş bir darbedir.

İntihar - yaşama hilkatin bir emridir; bu emrin yerine getirilmesi için tabiat insanı hayata bağlılık ismini verdiğimiz bir kuvvetle teçhiz etmiştir. Onun icaplarını yerine getirmek bir zevk, hilâfına hareket bir ıstırap doğurur. Eğer hayatın ıstırabı, zevkinden fazla olursa hayat tahammül edilmez bir yük olur. Ağır bir yükün sıkletinden kurtulmak isteyen bir adam nasıl yükü sırtından atarsa insan da kendi nefsinin korumak için hayattan kurtulmak ister ve intihar dediğimiz hâdise meydana gelir. Demek ki intihar, hayatın karşılaştığı muadeleleri halledememekten mütevellit bir aciz eseridir. İşte sarı olan bu ruhî hastalığın zararlı tesirlerinden cemiyeti korumak içindir ki intihar hâdiseleri gazetelerde yazılamaz.

Nesilden mahrumiyet — Burada durum daha karışıktır. Çünkü erkek tabiatı iğfal, kadın rahmindeki çocuğu iskat edebilir. Hukukun bu sahada bitaraf kalmasını isteyemeyiz; tehlikenin önüne geçmek zorunladır. İşte gayri tabii cinsî münasebetlerin memnu olması, çocuk düşürmenin cezayı müstelzim bulunması hep cemiyetin yüksek menfaatlerini koruma bakımından vazedilmiş hükümlerdir.

Verilen izahattan anlaşılıyor ki hak tepkisine maruz kalan kimselerin himayeleri bakımından bu ikinci soruyu mücerret ve umumî bir formül ile cevaplandırmağa imkân yoktur. Fakat mevzuun topluca tetkiki bize hiç olmazsa “bir hakkın kullanılmasında ve vecibelerin ifasında hüsnü niyet kaidelerine riayet mükellefiyetinden” anlaşılacak lâzım gelen mâ-nayı tam bir vuzuhla göstermiştir.

Şimdi en son soruya geliyorum. Tepkiden faydalanan kimseden bir ivaz talebine imkân var mıdır? Bu suale esas itibariyle menfi bir cevap vereceğiz. Nasıl ki tepkiden zarar gören şahsın hak sahibinden tazminat talebine salâhiyeti yoktu; hak sahibinin de faydalanan kimseden ivaz istiyememesi lâzım gelir. Fakat ikinci sorunun tetkiki sırasında tepkiden mutazarrır olan tarafın muhtelif yollarla himaye edildiğini gördük, bunlar tepkilerin ilzamî mahiyet arzetmedikleri kaidelerinin istisnalarını teşkil ediyorlardı. Tepki yoluyla faydalanan kimseden ivaz istenemeyeceği kaidesi de istisnasız değildir. Filhakika:

a) Bir kimsenin hataen başkasına ait bir mal hakkında masraf yapmasına, bir iş hakkında faaliyet sarfetmesine imkân vardır. Malın veya işin kendisine ait olduğu zannında bulunması bu hataya sebebiyet verebilir. Bu takdirde yapılan masraf hak tepkisi yoluyla üçüncü şahsın mamelekini çoğaltmış demektir. Roma hukuku, masrafı yapan kimseye ilk zamanlarda yapılan masrafın nevi ve mahiyetine göre kanunî bir rehin hakkı tanımış (M. Ü. 864) ve daha sonra bu yüzden husule gelen ziyadelik nisbetinde masrafın istirdadı için bir dava hakkı vermişti **actio de in rem verso**. Bu prensip hukukumazda dahi kabul edilmiştir (B. K. 64, 258, 293, f: 3, 394, 413, 422, 425; M. K. 724; T. K. 653, f: 2, 869).

b) B. K. nun 31 inci maddesinin son fıkrası da mevzuumuzu dolayısıyla ilgilendiren bir hüküm olarak ele alınabilir. Filhakika bu fıkraya göre hile ve ikrah ile iradesi fesada uğramış olan kimsenin akte icazet vermesi zarar ve ziyan talebinden feragati istilzam etmez. Halbuki bu kimse aktin hükümlerini yerine getirmeyeceğini müddeti içinde beyan ederse o akitle ilzam edilemez. Meselenin bu derece basit bir hal şekli varken neden dolayı kanun vaznı hem akte icazet vermek hem de tazminat istemek salâhiyetini bu kimseye tanıyor? Çünkü bazı hallerde iradesi fesada uğrayan tarafın bu yüzden maruz kaldığı zarar, akde icazet vermekle telâfi edilemez. Hattâ icazetin verilmemesiyle hile yapan kimse lehine bir iktisabın meydana gelmesi de mümkündür. İşte kanun vaznı bu yolda bir hüküm kabulüne sevkeden sebep de budur.

c) Aynı mahiyetteki bir misale deniz ticaret hukukunda da raslarız; büyük avaryada olduğu gibi.

Bütün bu misaller hakkını kullanan bir şahsın istisnaî hallerde tepkiden faydalanan kimseden bir ivaz isteyebileceğini gösterir. Acaba bu istisnaî halleri bir formülle ifade mümkün müdür? İvaz esasının kabul edilebilmesi için iki şartın bulunması lâzımgelir: Birincisi; hakkını kullanan kimsenin bu yo'daki istimali iradî olmalıdır; iradenin ihtiyarî surette veya bir zaruret neticesinde tecelli etmesi arasında bir fark yoktur. Kaptan, hamuleden bir kısmını denize atarsa zarara bütün hamule sahipleri iştirak eder. Fakat büyük bir dalga, geminin güvertesinde bulunan mallardan bir kısmını denize sürüklerse diğer hamule sahiplerinin, bu zararı ödemeleri icabetmez.

İkincisi; tepkiden husule gelen faydanın derecesini maddeten tayin mümkün olmalıdır, aksi takdirde dolu, yıldırım, deprem gibi tabii âfetlerden doğan zararların bu zarara maruz kalmıyanlardan tazmin ettiril-

mesi neticesine varırız. Meselâ bir yangının söndürülmesi için belediye bazı binaları yıktırırsa bu binaların sahipleri evleri yanmıyan kimselerden tazminat isteyemezler. Çünkü istifadelerinin derecesini takdir imkânsızdır. Fakat yapılan bir istimlâk neticesinde arka sokakta olan bir ev büyük caddeye çıkarsa burada faydalanma derecesinin maddeten tayini mümkündür. Nitekim evin sahibi şerefiye vermeğe mecbur tutulur.