

MEDENÎ KANUNUN BAŞLANGIÇ FASLI ÜZERİNDE ETÜD

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay

Antidemokratik kanunlar — Kanunların tatbiksizlikle hükümden düşmesi — Hukukta esas — Kanunların tetvininde menfaat ve adalet mülâhazaları — Hâkimin rolü.

I

Antidemokratik kanunlar ve hükümler

1. *Antidemokratik hükümlerin şiddet ve mahzuru, Medenî Kanunun başlangıç faslında yazılı hükümlerin iyi tatbiki sayesinde geniş derece önlenebilir.*

1 — Antidemokratik kanunların ilgası günün meselesidir. Antidemokratik bir kanun, halkın adalet hislerine uymadığı gibi, sosyal hayatın icapları bakımından da faydası olmıyan, terakkilere, ferdî inkişafılara engel olan bir kanundur.

Pratikte, her devlet mevzuatında, kasten olmasa bile, zuhulen, yanlış mülâhaza ve düşüncelerle konmuş antidemokratik hükümler az değildir.

Vatan gazetesinin 28 Şubat 1952 sayısında yazdığımız bir makalede, bu noktaya işaret ettikten sonra misal olarak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununu alıp dedik ki :

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu şüphesiz ileri demokratik bir kanundur. Bu kanun Adalet önünde, prensip olarak, yerli veya yabancı, fakir veya zengin, haysiyet ve şeref sahibi olan veya olmayan, aile men-subiyeti, sosyal durumu şu veya bu olan arasında hiç bir fark gözetmemekte, kimseye mânasız ve faydasız, veya diğer birini korumak için külfetler yüklememekte, haksız kazançlar sağlamamakta, fantazi denilecek hükümleri ihtiva etmemekdir. Bu kanun, hattâ muasır bir çok yabancı kanunlardan daha demokrat olup hükümleri onlara nazaran

daha rasyonel ve ileridir. Meselâ, halen meriyette olan Fransız Usul Kanununa göre bir Fransız Fransada Fransa ile hiç bir münasebeti olmıyan bir yabancı aleyhine bile, sırf yabancı olduğu için dâva açabilir, bir yabancı bir Fransız aleyhine dâva açabilmek için teminat vermeğe mecburdur. Türkiye tarafından, Lozanda sulh andlaşmasını imzalayan devletlere kanunların Devletler Hukukuna uygun olarak tanzim edileceği hakkında verilen söze sadık kalmak için, HUK. teminat bahsinde demokrat bir İsviçre Kanton Kanunu örnek alarak yabancı değil, Türk olsun yabancı olsun, yabancı memlekette oturan dâvacıyı teminat vermekle mükellef tuttu. Bu kanun da Medenî Kanun gibi, vatani ne olursa olsun, her insana eşit hak tanıdı.

Fakat bu kanunda da, hiç olmazsa antidemokratik tefsire müsait bazı hükümler bulunduğuna işaretle, misal olarak, adlî müzaheret, yani maişet sıkıntısına maruz kalmadan dâvasını yürütemiyecekler devletçe yardım esasını kabul eden hükümleri almıştık (bak, ilerde No. 23).

Mevcut bütün kanunların antidemokratik hükümlerini araştırmak ve yeni kanunlara kayabilecek olanları eleme suretile tasfiye etmek fevkalâde zordur. Biz, Medenî Kanunun başlangıç faslında yazılı hükümlerin rasyonel anlaşılması, ve hukukun esas ve kaynakları rehber edilmesi sayesinde antidemokratik hükümleri ilga ile güdülen gayenin bir derece temini mümkün olacağına kaniiz.

Sunduğumuz bu etüdle, hukukun esaslarını araştırarak, bu esasların ışığı altında da Medenî Kanunun ilk maddelerinde yazılı kaideleri, misal kabilinden de gerek bu kanunun ve gerek diğer hususî hukuk kanunlarının münakaşalara sebep olan bazı hükümlerini gözden geçirerek evvelce neşrettiğimiz kitaplarda verdiğimiz izahatı tamamlamak istedik.

Âmme hukuku esaslarının incelenmesini etüdümüzün dışında bırakarak, bunlara etüd mevzuumuz prensiplerin izahı zaruretile temas ettik. İzahına çalıştığımız prensiplerin bazıları, bu hukuk branşında da muteberdir. Fakat, âmme hukuku meseleleri, bilhassa sosyal kriz zamanlarında, sosyal menfaat ön plâna alınarak, hususî hukukta yürüyenden başka esaslara göre tanzim olunabilir.

II

Kanunların tatbiksizlikle hükümden düşmesi

2. *Umumiyetle, antidemokratik bir kanunun tatbik kabiliyeti yoktur.*
3. *Uzun zaman tatbik edilmeyen bir âmme intizamı kanunu kendiliğinden*

hükümden düşer. 4. Fakat, bir kanuna müsteniden iktisap edilen haklar mahfuzdur. 5. Fransız Temyiz Mahkemesinin içtihadı. 6. Yargıtayın bir görüşü.

2 — Antidemokratik bir kanunun uzun zaman tatbikini teminde çok zorluk çekilir.

Faydasızlığı, veya korunması matlûp, veya ona üstün olan bir menfaati ihlâl ettiği bir zamanki tatbikat ile anlaşılın bir hukuk norması tatbik edilmiyerek, veya edilemiyerek yavaş yavaş unutulur. Gerçekten, gayesi olmayan, ihtiyaçlara aykırı bulunan bir kanuna halk çoğu zaman ehemmiyet vermez, tatbik edilmemesinden şikâyeti ile devlet makamlarını harekete getirecek, tatbikına müzahir olacak yerde, bilâkis, karşı koyanları himaye eder. Memurların bu kabil kanunları yürütme gayreti de gittikçe azalır, nihayet, onları yürütmekle mükellef olan memurlar da, izah etmesi, halkı irşat etmesi beklenen hukuk bilginleri de unutar gider. Böylece, her memlekette unutulmuş bir hayli kanun vardır.

3 — Gayesine zıt neticeleri, sebebiyet verdiği haksızlık önünde çekinilerek az çok uzun bir zaman tatbik edilmeyen unutulmuş bir kanun kendiliğinden ortadan kalkar mı, günün birinde savcı her nasılsa öğrendiği unutulmuş bir ceza kanununun tatbikini temin için, varlığından haberi olmaksızın hükümlerine aykırı hareket etmekte olan yüzlerce kişi arasından birini takip edebilir mi ?

Bazı hukukçular, âmme intizamından olan, hattâ olmayan bir kanun, aksine tecellî eden bir teamül, veya tatbiksizlikle kuvvetini kaybetmiyeceği kanaatindedirler.

Bunlara göre, kanun, kanun olduğu için, hükmü daima ve metnine uygun olarak tatbik olunmalıdır.

Formel denilen, özel şekillerile tesbit edilmiş hukuk kaideleri haklarda emniyet temin ettiği, bu emniyet ise hukukun esas gayesi olduğu şüphesizdir.

Bunun için 19 uncu yüzyılda, Almanyada büyük hukukçular formel hukuka hadden fazla ehemmiyet vermişlerdi, onlar, hukuku kanundan başka bir şey farzetmedikleri için, Almanyada mutlak bir kanun hâkimiyeti sistemi yerleşti. Haksız, adalete, tanzim ettiği münasebetin icablarına aykırı da olsa, kanunun tatbiki mecburî addediliyordu.

Âmme intizamı mefhumu çok seyyal olup zaman, ve muhitin telâkki ve icaplarına geniş derece tâbidir. Hattâ, muayyen bir zamanda ve yerde, muayyen bir hüküm hakikaten âmme intizamına uygun mudur, yoksa bu intizamı büsbütün bozacak mahiyette midir, münakaşa götürür.

Formel bir kaidenin mahzurlarını hiçe sayarak, tam tatbikında itina, âmme menfaati bakımından faydalı olduğu iddiası da münakaşa kabul eder.

Haklarda emniyeti temin etmesi itibarile formel hukukun faydasını kimse inkâr edemez. Adalete aykırı olan bir kanuna bile zamanla alışılarak katlanmak mümkün olduğu halde, adalet diye, hele sosyal icap ve mülâhaza bahanelerile indî ve keyfî hükümlerin tatbikına katlanılamaz. Fakat, formel hukuka atıf olunan fazilet mübalâğa edilmemelidir.

Formel hukukun büyük mahzuru, statik olması, hukuku dondurması, zamanla, ekonomik gelişmelere, ilerlemelere engel olması, velhasıl, vaz'ından bir zaman sonraki sosyal ihtiyaçları karşılayamamasıdır. (No. 30 a da bakınız).

Bir kanunun uzun zamandan beri tatbik edilmemesi ya, daha meriyete konduğu günlerde âmme intizamı bakımından faydasız, yahut yayımına saik olan şartlar değiştiği için artık tatbiki lüzumsuz görülmüş, yahut da her ne bahasına olursa olsun, onu yürütmek için başvurulmuş zecrî tedbirler karşısında politik veya salâhiyetli makamların cesareti kırılmış olmasından ileri gelir. Bu kanunu bir zaman sonra tekrar yürütmeye kalkışmakta âmme için hiç bir menfaat tasavvur olunamaz. Tatbik edilme kabiliyetinden mahrum olması veya diğer bir sebeple unutulmuş bir kanunun mutlaka yürütülmesi ile âmme intizamı arası münasebet, bize bir az hayalî görünmektedir.

Adaletin icabına gelince, Ceza Kanunu, «kanunun bilinmemesi mazeret değildir» prensibini koymuştur. İnsan şahsiyetine, mala, tecavüz gibi, işlenmesi selim hislerle yasak olduğu, bir zecrî vasıta veya cezanın tatbikini istilzam ettiği bilinen fiillerin kanun bakımından cezası, veya diğer müeyyidesi ne olduğu bilinmemesi fail için mazeret olamayacağı ne kadar tabii görünürse, temyiz kudreti olan bir kimse tarafından hükümleri selim hislerle anlayamayan özel kanunların bilinmemesi makbul bir mazeret sayılması da o kadar tabii görünür. Bu kanunları hukuk fakültelerinde yıllarca tahsil ettikten sonra tatbikine memur edilmiş hâkim ve avukatların da bilmemeleri ihtimali çoktur. Ceza mesuliyetinin esaslı bir şartı, işlenmiş fiilin cezalandırılması istenen kimseye isnat olunabilmesidir. Bir kimseye suç olduğunu hatırına getiremeden işlediği bir fiil ise isnat olunamaz, onun kanuna aykırı gelmek kastı var farzolunamaz ki hakkında verilecek ceza meşru ve tesirli olsun.

Kanunlar şahısları cezalandırmak veya bir gösteri olmak için değil, sosyal nizama bozduğu farzolunan, muayyen işleri önlemek için cezalar kor. Bir kimseye yasak olduğunu bilmediği ve bilemeyeceği bir işten ötürü ceza verilmekle, o işin işlenmesi önlenemez. En namuslu ve fazi-

letli bir kimse de yasak olduğunu düşünemediği bir işi tabii bir sevkle yapmakta tereddüd etmez. Herkese işini bırakıp ta bütün ceza kanunlarını öğrenmek külfetini yüklemek ise imkânsızdır.

Bir kimsenin memnu olduğunu hatırına getirmeden ve yanı başında her gün herkesin fütursuzca hareketlerine bakarak, onlardan cesaret alarak ve az çok muhitine intibak zaruretini doğuran bir determinizmle işlediği fiilden ötürü âmme intizamı diye cezalandırılması, hakikatte genel emniyeti, hakikî mânasına alınacak «kanunsuz ceza olmaz» prensibini ihlâl etmesi itibarile kamu intizamını bozar. Gerçekten, faili, bilemediği varlığını hissedemediği bir kanun hükmüne göre cezalandırmakla, neşir ve ilân edilmemiş, hattâ sonradan konmuş bir kanun hükmüne göre cezalandırmak arasında ne fark var ?

Unutulmuş bir kanuna göre ceza tayininin adalet bakımından neticesini tebarüz ettirmek için şu misali veriyorum :

Pazarlıkla satış bir kanun ile yasak edilmiştir. Zannederim ki bu kanun ilga edilmemiş, fakat, zamanla unutulmuştur. Çok müşteriler tabii bir hisle satın alacakları malı pazarlık etmekte, veya tenzilât istemektedirler. Tüccarlar, hattâ büyük mağazalar bile müşterilerini memnun etmek için onların tenzilât dileklerine rıza göstermektedirler. Şimdi, günahı unutilan bu kanunu hatıra getirmeden ve hörmet ettiği bir müşterisini memnun etmek için ve rakiplerinin de daima öyle yaptığına bakarak fiatı biraz kıran satıcının cezalandırılmasında kamu menfaati var mı ? bilmiyoruz. Her halde, her mağazada fiat kontrolü için bir polis buldurulamayacağına, ve istediği tenzilât yapılarak memnun edilen bir müşterinin bu sebeple mağaza sahibini şikâyet etmesi de meşru bir sebebe istinat etmiyeceğine göre bu suç zaten öğrenilemeyecek, daima işlenecektir.

Mecellenin küllî kaideleri ve yeni hukukumuzun ana prensipleri isimli kitabımda (No. 44), bir kanun, ebedî bir hareket düsturu olamayacağını yazdıktan sonra, zaman geçmesi ile artık ihtiyaçlara uygunluğunu kaybettiği takdirde ilga edilmese bile, tatbik edilemeyeceği mütalâasında bulundum ve halk hâkimiyeti yürüyen memleketlerde bu esasın tabii olduğunu tebarüz ettirdim. İhtiyaçların zaruret hali sayılarak, yasakları kaldıracağını ilâve ettim. (Türk Kanunu Medenisi şerhime de bakınız. 1945 tabı, m. 1, No. 15).

Geçen asrın ilk yıllarında yaşamış büyük Fransız bilgini Portalise¹ kanunların tatbik edilmemek ile kendi kendine ilgasından bahsederken, halk, diyor bu görünmeyen kudretile, haksız ve kötü kanunları mahkûm

1) Corste - Floret Les problèmes fondamentaux de droit, s. 99 .

ederek, sosyeteyi kanun vazının indî ve keyfî hareketlerine karşı, otoritesini muhafaza tabiî kaygusunda olan kanun vazını da mantıksız bir kanun yapmaktan alakoyarak kendi kendine karşı korur.

Bir devirde yürürlüğe konmuş olan kanunun yeni zamanın politik ve sosyal telâkkileriyle bağdaşamaması ihtimali de vardır. Bu halde, kanunun tatbiki açıkça kamu intizamına aykırı olur. Meselâ, kadınların erkeklerden ayrı yaşadığı, peçesiz gezmeleri yasak olduğu bir zamanda, onların kıyafet ve hareketlerini tanzim eden bir nizam şapka giyilmesi mecburiyetine dair kanun ile, belediyenin buz inhisarına istinaden koyduğu hukuk norması, buz dolaplarının taammüm ettiği kasap ve benzeri müesseselerin buz dolabı kullanmağa mecbur edildiği zamanın ihtiyaç ve hükümleri ile bağdaşamaz.

4 — Selim hislerle hükümleri anlaşılabilenler, yani tabiî hukuktan olanlar müstesna, bütün ceza veya o tesiri yapan müeyyideleri ihtiva eden hükümlerin tatbik edilmemekle ilgası prensip olarak kabul edilebilirse de, uzun zamandan beri tatbik edilmese bile, bir kanuna göre işini tanzim eden kişinin, bu kanunun tatbiksizlik sebeble mülga olduğu noktadan yürünerek himayeden mahrum bırakılması kabul edilemez.

5 — Fransız Yargıtayı bir kaç defa meseleyi inceleme fırsatını buldu.

1800 den evvel neşir edilmiş bir kanuna göre resmî akitler iki noter huzuru ile yapılmak lâzımdır. Fakat, akti, bir noterin yalnız başına tanzim ettikten sonra imza için diğerine yollaması âdet olmuştur. 1840 yılında bu âdete uygun tanzim edilmiş bir bağışın iptali istendi. Fransız Yargıtayı 1841 de, bir istinaf mahkemesi kararını bozarak kanunun tatbiksizlikle hükümden düşmeyeceğine karar verdi.

1844 de ceza dairesi, 1901 de umumî heyet te bu esası kabul etmiştir.

Fakat, 20 inci asrın hukukî telâkki ve fikirleri 19 uncu asrınkinden farklı olduğundan, ihtimal yeni bir fırsat çıkarsa Fransız Yargıtayı içtihadında sebat etmiyecektir. Coste Floret *Les Problemes fondamentaux du droit* kitabında, s. 99, bu içtihadı haksız bulmakta ve tenkit etmektedir.

Doiyen Moren *La révolte des faits contre le code* 3 üncü bası, 1920 kitabında, hukuk sosyal müvazeneyi sağladığı için, sosyetenin şartlarile mütevazin şekilde terakki etmek gerektiğini tebarüz ettirmiştir. Kanunun bütün hükümlerinin gayesi sosyal ahengi temindir. Muayyen bir zamanın ihtiyacı için yapılan bir kanunu şaraiti aynı olmıyan zaman ve muhite tatbika çalışmak ekonomik inkişafı durdurur, sosyal hayatta bir sıkıntı husule getirir.

6 — Yargıtay 21.11.1945 tarihli içtihatları birleştirme kararında, R. 22 Temmuz 1946 «bir hukukî kaidenin konması ve kabulü bir amacı sağlamak için» olduğunu tebarüz ettirmiştir. Bu içtihat artık gayesi kalmıyan bir kanunun tatbikten düşmesini iktiza eder.

Kanun hiyleleri ile antidemokratik bir hükmün tatbikından kurtulmak da kabildir. (No. 11 e bak).

İsviçrede bir kanunun, teessüs eden aksi bir teamül ile hükümsüz kalıp kalmıyacağı noktasında müellifler arasında görüş birliği yoktur. Claude du Pasquier² mahkemeler, kanunun aksi bir teamül ile ortadan kalkmıyacağını kabul etmediklerini ancak, ince ve alimâne tefsir yolu ile, ve kaçamak noktalarından faydalanarak kaçamaklı bu neticeyi temin ettiklerini yazmaktadır. İsv. Fed. mahkeme de² kanunların tatbiksizlikle düşmesini kabul etmezken 4 Ara. 1949 JdT 1920. 241 kararile içtihadını değiştirmiştir.

III

Hukukun esası ve Medenî Kanun

7. *Hukukun gayesi. Sosyolojik mektep.* 8. *Hukukta gaye bazılarına göre menfaat, bazılarına göre adalettir.* 9. *Antidemokratik kanunlar hukukun gayesi gözönüne alınarak tefsir edilirse mahzurları önlenebilir.* 10. *Hukukun menfaate dayanmasının mahzuru. Adalet dayanan kanunun faydaları.* 11. *Kanun hiylesi.* 12. *Medenî Kanunda adalet esası.* 13. *Adaletin ne olduğu.* 14. *Objektif adalet.* 15. *Sübjektif adalet.* 16. *Medenî Kanuna göre adalet.*

7 — Antidemokratik hükümlerin mahzurları, hukukun esasları nazara alınarak gayeleri tayin edildikten sonra ona göre tefsir ve tatbikleri sayesinde azalacağı, ve hâkim kanunun sarahati olmıyan hallerde kanun vazıı gibi hüküm tayin ederken bu gayeleri esas tutmak gerektiği için hukukta gaye ne olabileceğini, kanunlarca nazara alınmış esasların verdiği neticeleri, bilhassa Türk Medenî Kanunundan alınan misallerle tebarüz ettirmek faydalı olacaktır.

8 — Sosyolojik mektep hukukta bir gaye, ideal gözetmez. Hukuku sosyal bir vakıa addederek muayyen sosyal sebeplerin muayyen bir tanzim icap ettirdiğini mülâhaza eder. Fakat, insanlar haricî kuvvetle harekete gelmezler, onlar bir irade sahibidirler, iradeleri konacak kaidelerin

2) Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit, 3 üncü bası, s. 61.

tesiri altındadır. Meselâ, bir mala nark konmuş ise ferdin iradesi bu hüküm ile bağlı olur. Kanun ile nark konurken hakikî vaziyetlerden ziyade, kanun koyanın bazen, hattâ çok kere tamamen sübjektif mülâhazaları hâkim olur. Meselâ, kiralar için nark konurken ne için 1939 kirası esas tutulmuş ta geçen harpte olduğu gibi vergi kıymeti nazara alınmamış? Bu ancak kanun koyanın fantazisile izah olunabilir. F. Guisan'ın son hukuk felsefesi dersinde söylediği gibi, sosyolojik kanun bir hayaldir. Menfaatlar statistiklerle tesbit olunur, fakat ondan çıkarılan mâna çok kere sübjektiftir³.

Şu halde, hukuk tesadüfi kaideler olamaz. Daima Yargıtayın içtihatları birleştirme kararında tebarüz ettirdiği gibi (No. 6), bir ideali tahakkuk ettirir.

Bazı filozoflar mevzu hukukun üstünde bir tabii hukuk bulunduğunu, mevzu hukukun gayesi, bu tabii hukuku yürütmek olabileceği kanaatindedirler. Onlara göre, tabii hukuka uymayan bir norma hukuk kaidesi olamaz, binaenaleyh, halkın bu kaidelere karşı fiili mukavemeti haklıdır.

Ancak, formel bir hukuk rejiminde, herkesin menfaatine göre düşünerek haksız bulduğu kaideye karşı koyması sebep olduğu anarşi itibarile aslâ müsamaha ile karşılanamaz. Ceza kanunları bu çeşit fiilî mukavemetleri isyan sayarak oldukça ağır ceza ile cezalandırır.

Fakat pasif mukavemet, yani kanuna riayet etmiyerek derpiş ettiği müeyyidelerin tatbikına mukavemet etmeden razı olmak, her fırsatta kanunun haksızlığını bağladıktan sonra cezasını çekmek hususî bir suç olmayacağı şüphesizdir.

Hukukta ideal, bazılara göre, sosyetenin ve sosyal grupların menfaatlerini korumak, bazılarına göre ise adaleti tahakkuk ettirmektir.

Her halde, bir kanun adaletin icabına uygun olduğu gibi menfaat vaziyetine de uygun ise demokratiktir, gayesine uygun tefsir ve tatbiki sayesinde teessüfe şayan antidemokratik vaziyetler, haklı şikâyetler önlenmiş olur.

Bir kanun gayesi menfaat hesaplarına da, adalete de uymamakta ise tefsir yolu ile kaçamak noktalar aranarak hâdiseye tatbik edilmez, böylece, yavaş yavaş unutulur, tatbiksizlikle ortadan kalkar.

Mülga Mecelle bir küllî kaide olarak, «raiye üzerine tasarruf maslahata manut» olduğunu kabul ederek, m. 58, netice itibarile bu kabil bir

3) Revue Théologique et de philosophie, 1950, s. 260.

kanun, veya emrin hükümsüzlüğünü de kabul etmişti. (bak, ad. geç. kitabımız, No. 49.).

Her devirde, her memlekette kanun vazıları, ya bilgisizlikle, veya yanlış menfaat hesaplarıyla kasten menfaat vaziyetine de adalete de uymayan kanunlar yapmışlar, salâhiyetli makamlar emirler vermişlerdir.

Büyük Fransız bilgini Ripert *Le Regime démocratique et le droit civil* adlı kitabında, Fransız meclisinin bir kanun makinesi gibi işleyerek ciddi teamül mahsulü olmayan kanunlar çıkardığını yazıyor, s. 24.

Cumhurbaşkanı Celâl Bayar Karabükte tetkikleri sırasında bir söylevinde dedi ki, «Kanunlarımız ve usullerimiz arasında öyleleri vardır ki topaldır, işlerimizi yürütmeğe engel oluyorlar. Verimli iş zihniyetinin bundan sonra hayatımızda ve bilhassa iktisadî işletmelerimizde yer alması lâzımdır.»⁴

Cumhurbaşkanı bu veciz sözlerle antidemokratik bir kanun vasıflarını tebarüz ettirmiş bulunuyorlar. Bu çeşit kanunların tefsir yolu ile düzeltilmesi zarureti meydandadır. b. no. 27 ve takip edenler.

8 — Bir hukuk kaidesinin gayesi menfaat olup, hükmü adalete uymazsa, yahut adaleti yürütmek için konan bir kanun menfaat vaziyetine uymuyorsa hâkim adaleti mi, menfaat vaziyetini mi esas tutarak kanunu tatbik ve tefsir edecektir? (Gelen no. lara bakınız.)

9 — Bazı bilginlere göre, hukuk problemlerinin menfaat esaslarına göre tanzimi ilerlemeleri, ekonomik inkişafı temin eder.

Meşhur İngiliz filozofu Bentham'ın ortaya attığı menfaat teorisi, onu takiben Stuart mill ve Herbert Spencer gibi filozoflar tarafından desteklendiği için İngiliz hukuk politikasına esas tutulmuştu. Bu politika 19 uncu yüzyılda İngilterenin hayret verici ekonomik ilerlemelerine âmil oldu. Asrın Alman hukuku da bu prensipten yürüdüğü için, bu memlekette de ilerlemeler İngiltereden aşağı kalmadı.

Tanınmış Fransız hukuk profesörü Hauriou hukuk nizamında adaleti lüks saymaktadır⁵.

Sosyal münasebetlerin menfaat hesaplarına göre tanzimi kuvvetlinin zaifi ezmesi neticesini doğurur. Fazla bağırmaları ile parlamento üzerine tesir edebilen gruplar, lehlerine kabul ettirebilecekleri menfaatlara diğerlerinin meşru menfaat sahasına tecavüz ederler. İhtilâf çarpışmaları halk arasında ikilikler doğurarak sosyete içinde huzursuzluklara

4) Vatan, 4 Nisan 1952.

5) *L'ordre social, la justice et le droit* Rev. Trim. I, 1927, s. 801, Roubier, ad. geç. es., s. 199.

sebepler olur. İnsanlar için servet refaha bir vasıta olup gaye olamaz. Bütün zenginlerin refah içinde, rahat hayat sürdürdüklerini sanmak bir hayaldir.

Bütün sosyal dâvalar, haksızlıklardan, adaletsizlikten doğar. «Biri yer, biri bakar; kıyamet ondan kopar.» Ata sözü meşhurdur. Arap, «eladiü esasül mülk» der.

Geçen yüzyılda, her tarafta sosyal münasebetlerin tanziminde az çok, menfaat esası ön plâna alındığı için az çok kuvvetli sosyal gruplar türeyerek hak almak, yahut kendi menfaatlarını korumak için grev, sabotaj gibi şiddet vasıtalarına başvurdular. Nihayet, her yerde menfaat esaslarından fedakârlık lüzumu hissölunarak adalet esaslarından mülhem hükümler konmağa başlandı. İşçiler için asgarî ücret, sağlık, ihtiyarlık sigortaları, gelirlerin muayyen bir mikdarının haczedilememesi kabul edildi. İşçilerinin yardımı ile servet iktisap eden patronlar onların karnını doyurmasından, onlara hastalık ve ihtiyarlık zamanında bakmasından daha âdil bir şey tasavvur olunamazdı.

20 nci yüzyılda, hususile son harpten sonra, hemen bütün garbî Avrupa ve Amerikada servetin tevziinde adalet fikirleri galebe ederek ona göre hükümler konduğu için geçen yüzyıldaki sosyal kavgaların şiddeti çok azaldı.

Adalete dayanmayan hükümleri ayakta tutmak için mütemadi kuvvet sarfı lâzım gelecektir. Menfaati diğerlerinin aleyhine haksız korunan grupun kuvveti azalırsa, bu defa da onun zararına diğerlerine menfaat temin olunacaktır. Sosyete içinde başlıca huzursuzluk gruplarının menfaatları çarpışmasından ileri gelir.

Menfaate istinat eden güdümlü iktisat ve içtimaiyatın tecrübeleri yapıldı. Bu politika, tatbik edilen memleketlere ne emniyet, ne sükûn, ne de refah ve zevk getirdi.

Menfaatlarını muhafaza kaygusu ile zoraki teessüs eden gruplardan her biri, işçiler, avukatlar, doktorlar, ithalâtçılar, ihracatçılar, hattâ, akşama ekmek parasını çıkarmasını düşünen küçük tüccarlar, esnaf, menfaatları için lehlerine hükümler kabul ettirdiler. Fransada, üfürükçüler bile menfaatlarını koruyan bir statü için parlâmento nezdinde teşebbüse girişmek üzere Pariste toplandılar. Le Monde Gazetesi, 25 Aralık 1950.

Sosyal grupların menfaat yarışı pahalılığın ve sosyal rahatsızlıkların başlıca sebebidir. Çünkü, bir grup lehine menfaat kabulü diğerlerinin zararına olmaktadır.

Adalete dayanan kanun ve hükümlere nisbeten çok kolay tahammül olunur. Bu mahiyette kanun ve karardan çokluk şikâyet edilmez. Her

halde, âdil bir karar dâvacılar arasında kin ve intikam hislerini fazla körüklemeyiz. «Şeriatin kestiği parmak acımaz.» Atasözü meşhurdur. Bu Atasözü, adalete uygun olan bir kanun veya kararın tatbiki ruhî reaksiyon doğurmaması itibarile tatbikına maruz kalan için fazla ızdırab vermez, demektir. Bu sebepten ötürüdür ki, hâkim esbabı mucibe gösterecek kararı âdil olduğuna hüküm giyeni inandırmaya çalışmaya mecbur tutulmuştur.

Esasen, menfaat mefhumu objektif değildir. Bazı insanlar için hayırlı bir gaye olan menfaat ötekiler için hiç te hayırlı değildir. Menfaat ekonomik mânasında umumî olamaz, daima ferdidir. Aynı grup içinde olan fertlerin hepsi için müşterek bir menfaat yoktur ki umumî menfaatlerden bahis edilebilsin. F. Guisan ad. geç. yazısında bu durumu anlamak için gözün açılmasını kâfi bulmaktadır, s. 261 ve 262. Bütün gruplar içinde kuvvetliler kendilerine hususî pay çıkarmaya çalışmaktadırlar.

Âdil olan bir kanun, rolü sızıltıya yer vermemekten ibaret kalas da, sosyal nizamı korumak için fazla kuvvete ihtiyaç bırakmaması, rekabeti tahrik ederek fiatlarda ucuzluk, istihsal olunan mallarda nefaset temin etmesi itibarile hakikatta bütün sosyetenin menfaatini de korur. Kanunların yanlış menfaat hesaplarıyla ilerlemeleri bilâkis durdukları da vakidir. Yukarda Cumhurbaşkanının nutuklarındaki işaretlerine bakınız, No. 8.

Hukuku menfaat esasına dayayan Dabin adaleti menfaata en iyi ulaştırılan bir vasıta olarak kabulde tereddüt etmez. Bu bilgin hattâ menfaat namına, adaletsiz kanunlara mukavemeti tavsiyeye kadar giderek, adaleti bütün maddî menfaatlardan, hayatın üstünde addederek⁶ bizce tenakuza bile düşmektedir.

Adaletin kanunlara can verdiği şüphesizdir.

Menfaatları iyi hesap etmek çok zor olduğu halde, adaleti anlamak nisbeten daha çok kolaydır. Adalet insan ruhunda, kalbinde vardır. Selim ve işlerin iç yüzüne vakıf kimseler bir meselede leh ve aleyhte olan mülâhazaları, mevcut şartları zihnen tecessüm ettirmek suretile çok kere adaleti bulabilirler. Adalet kalplerde gömülü bir ateştir. Onu hissetmek için külünü karıştırmak yeter. Maamafi, objektif kritere dayanmayan, hissî olan bir adalet de tehlikeli olup hukukta kararsızlığa müncer olacağı için kabul edilemez. Adalet için objektif bir kriter bulmak da lâzımdır. bak. ileride No. 13.

Yukarda sıraladığımız mülâhazalar icabı, sosyal münasebetlerin kanun ile, içtihatlarla tanziminde adalet ön plâna alınmak iktiza eder.

6) Roubier, s. 202.

Hukukta esas adalet olmakla beraber bir derece menfaat hesaplarının da gözden uzak tutulmaması gerekir. Çünkü, No. 14 de anlatacağımız gibi, objektif bakımdan karşılıklı menfaatlar arasında mukayese yapmak bir derece adalet icabıdır. Bir ifrattan diğerine düşmemelidir. Binaenaleyh, adalete açıkça aykırı olmamak şartile diğerine üstünlüğü muhakkak olan bir menfaat tercih olunabilir. Bir misal : Ceza Kanunu m. 476, fık. II tehlikede olan birine kendisi için büyük fedakârlık olmadan ve muktedirken yardım etmiyenleri cezalandırmıştır. Bu hüküm menfaate dayanır. Fakat, âdalete bariz surette aykırı değildir.

(Fransız Temyiz Mahkemesinin bu maddeye tekabül eden Fransız kanununu tefsir eden bir kararı için bak, Pratik Hukuk Mecmuası, E. Belgesay makalesi, 1944, 1950, s. 94.)

Kanun hiylesi

11 — Bazı menfaatları korumak maksadile, bir kanunun tatbikından kaçınmak için diğer bir kanunun bıraktığı açık kapıdan istifadeden ibaret olan kanun hiylesinin meşruiyeti hukukçular, hususile Devletler hususî hukuku bilginleri arasında münakaşa edilmektedir.

Biz, *Devletler hususî hukukunda adliye* kitabımızda, bu münakaşaları yaptıktan ve leh ve aleyhte olan delilleri gösterdikten sonra (s. 50) bu hiylenin âmme hukuku sahasında, fiilî olarak âmme intizamını tehdit etmemek şartile, meşru olduğu kanaatını izhar etmiştik. Gerçekten, kanun hiyleleri ile, ilerlemelere mâni olan hükümlerden kurtulmak inkânları bulunarak ekonomik sahada inkişafalara yol açılabilir. Yanlış menfaat hesapları ile konan hükümler düzeltilebilir.

Bir kimse bir kanun ile kendine temin edilmiş olan salâhiyetten faydalanmak isterse, maksadı sıkıcı, işinin icabına uymayan bir kanun hükmünden kurtulmak olduğu için himayeden mahrum bırakılmasına sebep yoktur. Meselâ, gelir vergisine tâbi bir mükellef, defter tutmanın mucip olduğu külfet ve masrafa katlanamadığı için yılın son aylarında dükkânını kapayarak, sipariş almıyarak iş hacmini azaltmasını cezalandırmak, veya şartları varsa esnaf vergisine tâbi tutulmak talebini kabul etmemek için sebep yoktur.

Ancak, hususî hukuk sahasında bir kimse bir kanunî yasağı bertaraf ederek diğerinin zararına kendine ahlâkî ve âdil olmıyan bir menfaat temin ederse, hakkını sosyal gayesi dışında kullanmış, binaenaleyh, suiistimal etmiş olacağından himaye görmez, hakkını suiistimal ile sebep olduğu zararı tazmine mecbur olur, fakat bu yüzden ceza görmez.

Arkadaşımız Muammer Raşit Seviğ, Devletler Hususî Hukuku kitabında, Birinci cilt 1947 tabında, s. 335 ve takip edenler, kanun hiyesine taraftar olan bilginlerle, olmiyanların görüşlerini ve delillerini tafsilen anlatmışlardır..

İslâm hukukunda şer'î denen bu çeşit hiyleler caiz sayılarak zamanın ihtiyaçlarını tatmin çareleri bulunmuştu. Meselâ, haram olan faizi helâl göstermek için 5 kuruşluk mal 5000 kuruşa satılırdı.

12 — Türk Medenî Kanunu, alındığı İsviçre Medenî Kanunu gibi, adalet ve demokrasi esaslarının icabını düşünerek hükümler koymuş, ancak, pek mahdut hallerde yanlış düşündüğü, veya kanunun parlâmento tarafından kabulünü temin politik maksadile, veya ekonomik gelişmeleri daha iyi temin edeceği mülâhazasile, adalete telifi zor bazı hükümler koymuştur. Bu hükümlerden bazılarını No. 17 ve takip edenlerde gözden geçireceğiz.

Medenî Kanunun başlıca nazara aldığı esas, adalet olmasına, ve hâkim kendine takdir hakkı verilen hallerde salâhiyetini adalet esasına göre kullanmağa mecbur olmasına (m. 4), kanunda sarahat olmiyan hallerde (m. 1) adalet esasından mülhem hükümler koması zarureti bulunmasına binaen adaletin unsurları üzerinde durmak lâzımdır.

13 — Bazılara göre, **adalet** vicdan ile hiss olunur. Şu var ki sadece vicdan ile hissolunan adalet telâkkiye tâbi olduğu, şahsa, hattâ aynı şahsın sübjektif ruhî haline, bulunduğu yere, zamanına göre çok değiştiği için, indî ve keyfî hükümlerin kabulüne yol açar, bak. No. 9. Bu adalet bir hamur gibi her tarafa yuğrulur. Binaenaleyh, adaleti tayinde değişmiyen ölçüler, unsurlar bulmak gerekir.

Adaletin biri objektif, diğeri sübjektif olmak üzere iki unsuru vardır.

14 — A. Objektif bakımdan, adalet herkesin tabii olan ve diğerlerinin menfaat sahasına tecavüz etmiyen faaliyetinin korunmasını, haklarına riayet olunmasını iktiza ettirir. Prens insanın, tabii şartlarına uygun yaşamasını sağliyan salâhiyetlerine dokunacak hükümler koyamaz. Tabii haklar, vucut tamamlığı, kederlenmemek, istirap duymamak, şerefi muhafaza, hürriyet gibi şahsiyetin icabı olan haklardır.

Medenî Kanun şahsî haklardan büsbütün feragati değil, onun kısmen takyidini bile caiz addetmemiştir (m. 24).

Hukuk kaideleri insanların tabii şartlarına uygun yaşamalarını teminden başka bir gaye gözetemez.

Kimsenin ebedî olarak hürriyetini tahdit ile kendini zincirlemek hakkı yoktur. Çünkü, insanın hürriyetten feragati ya bir deliliktir, yahut

maruz bulunduğu fevkalâde bir sıkıntı ile izah olunabilir. Bu vaziyette insanın sözü ile bağlı olması adalete aykırıdır. Modern hukukta, insanın sözü yalnız malına geçmesi, taahhüdünü ifa etmeyenlerin taahhütleri yalnız mallarından münasip tazminat şeklinde istifa olunması kabul edilerek borç için hapis kaldırılmıştır.

Türk hukukunda Tahsili Emval Kanunu yalnız devlet alacakları için, borçlunun ödeme kabiliyeti ispat olunmak şartile hapis usulü muhafaza etmiştir.

Bir kimsenin çalışarak ve kimsenin menfaat sahasına tecavüz etmeden, veyahut diğerine tam karşılığını vererek elde ettiği şey hakkıdır. Onun bu hakkına, tecavüz edilmesi adaletsizliktir.

Adalet kimseye yapamayacağı bir külfetin yüklenememesini de iktiza eder. Meselâ, çamlardaki tırtılları kesemeyecek olanlar bu bapdaki emri dinlememelerinden mesul tutulamazlar. Her emir, emir ifa edecek kimsenin gücü yetmesi şartile verilmiş sayılır.

B. Bir kimsenin menfaati diğerinin menfaati ile karşılaşır, objektif bakımdan adalet, karşılaşan menfaatler mukayese edilerek, açıkça mahiyet bakımından üstün olanın tercihan korunmasını istilzam eder. Mecelle, «zararı eşed, zararı ahaf ile izale» olunması esasını kaideleştirmişti. Ad. geç. kitabımız, No. 35.

Müsavi şerait dahilinde ise müsavi muameleden ayrılmamak gerekir. Ancak farklı şartlardır ki farklı muameleyi haklı gösterir.

Objektif bakımdan, üç çeşit adalet vardır :

1. *Mübadele adaleti.* Bir tasarrufta mübadele edilen şeyler arasında kıymetçe muadelet bulunmalıdır.

Serbest bir mübadele rejiminde, mübadele edilen mal ve haklar arasında muadelet bulunduğu farzedilir. Çünkü, kıymeti herkes kendi ölçüsüne göre tayin eder. Şu var ki bir âkidin hal ve vaziyeti bilmiyerek, veya anlayacak kabiliyeti bulunmadan, yahut akit şartlarını serbestçe tayin iktidarı olmadan verdiği veya aldığı şeyle mukabil ivaz arasında mutlaka muadelet bulunduğu farzolunamaz.

Mübadelede teadül, ancak sahanın serbest olması sayesinde mümkün olabileceğinden, kanunlar hayatî zaruretler itibarile insanların muhtaç oldukları madde ticareti ile meşgul olanlar arasında rekabet serbestisini temine çalışmalıdırlar. Bu sebeple halkın havayıcı zaruriyesinden eşya ihtikârı cezalandırılır.

Ancak, kanunlar kriz zamanlarında, fiilî olarak, rekabet temin edilemeyen ihtiyaç maddeleri için nark konmasına müsaade etmek gerekir.

Her madde için zaruret olmadan fiat tanzimi ile mübadelede adaletten inhiraf halinde, bir karaborsa yaratılması ihtimali çoğalır.

Sosyete içinde, fizik, veya ekonomik, sosyal durumları itibarile diğerinin kıymetçe müsavi olmıyan eşya mübadele teklifini kabul edebilecekler az değildir. Meselâ çocukları, aklen zayıf olanları kandırarak ellerindeki kıymetli malı ucuza almak işten bile değildir. Ekonomik veya sosyal durumu itibarile bir müessesenin vereceği işi kabul ıstırarında olanlar için iş şartlarında pazarlık mevzuubahis olamaz. İşçi bu müessesenin her işçi için umumî olan şeraiti kabule mecburdur.

Kanunlar, akli zayıf olanlar için hususî himayekâr hükümler kabulü ile mübadele ettikleri eşya arasında muadeleti temin etmek gerekir. b. no. 21.

2. *Tevzi adaleti.* Servetin istihsalinde az çok emeği sebkemiş olanların, rollerinin tesiri ile mütenasip olacak miktar menfaat hissesi almalarını temine çalışmak gerektiği gibi, ihtiyaçlarını fizik, veya akli durumları itibarile teminden âciz olanlara ihtiyaçları ile mütenasiben istihsal edilmiş servetten hisse ayrılmak ta lâzımdır. Bu yardım belki adaletten ziyade menfaata dayanır. Çünkü, en zengin bir kimse bile yarın en şiddetli ve hayatî ihtiyaçlar içinde kalabilir. Şu halde yarını kurtarmak, ihtiyarlık zamanında, kara günlerde diğerlerinin yardımını sağlamak için bugünden o vaziyette bulunanlara yardım menfaat hesabına uygundur. Binaenaleyh, devlet sosyal yardımlar için herkese munzam vergi yüklemeye haklıdır. Ancak, bu yardım ihtiyaç içinde olanlara inhisar etmeli ve müsavi şartlarla olmalıdır.

3. *Sosyal adalet.* Devlet, kendinden beklenen hizmetleri yapabilmek için menfaati korunan kimselere bir vergi tarhetmesi, askerlik gibi bazı bedenî mükellefiyetler yüklemesi zarurî olduğu şüpheden varestedir. Adalet bu mükellefiyetlerin müsavi ve iktidara göre olmasını istilzam eder. Bedenî kabiliyeti olan herkes istisnasız ve kabiliyet derecesine göre askerî mükellefiyete tâbi tutulması, vergilerin umumî ve iktidara göre olması gerekir.

Gelir Vergisi Kanunu muayyen bir miktardan az gelirleri, nakli olarak, vergiden istisna etmiş, herkesi kazancile mütenasip ve müterakki bir nisbette vergi ile mükellef tutmuştur. Fakat, büyük kazançları olan çiftçileri istisna gibi bazı hükümlerile eşitlik kaidesinden ayrılmıştır.

15 — B. Adalet menfaatları karşılaşan kişilerin şahsî durumlarının mukayesesini de iktiza ettirir. Bir tarafın iyi niyet ve maksadı himaye edilmek gerektiği gibi, ihtiyacının şiddet ve derecesi, diğer tarafın

hakkını kullanmada maksadı da nazara alınmak gerekir. Bir kelimedede, adalet kıymetçe en yüksek değil, en ziyade hürmet ve himayeye değen menfaate üstünlük verilmesini iktiza ettirir.

Adalet, şartlardaki sübjektif hususiyetin gözetilmesini de gerektirir. Meseîâ, hapishane rejimi bütün mahpuslar için müsavi olamaz. Yerde yatmağa alışmış, pislige, açlığa mütehammil, vücudu sağlam bir mahpus ile rahata alışmış, zayıf, temiz, korkak bir kimse aynı rejime tâbi tutulursa hakikatte bu sonuncuya, evvelkine nazaran daha pek çok şiddetli azab verilmiş olacağından müsavattan ayrılınmış olur.

Bu dünyada, tam ve mutlak bir adalet icrası mümkün olmadığından, bu esaslar nazara alınarak nisbî bir adalet icrasına çalışılmalıdır.

16 — Medenî Kanun adaleti geçen no.larda izah ettiğimiz gibi objektif ve sübjektif olarak tayin etmektedir.

BK. büyük menfaati kurtarmak için küçük menfaate tecavüze müsaade ederek ıstırar halinde işlenen fiilleri haksız addetmiş, m. 52, fakat, menfaati, kurtarılan kimsenin tecavüz ettiği menfaati tazmin etmesini kabul ile, hâkime hal ve vaziyet icabı, hakkaniyete uygun, yani sübjektif ve objektif bakımdan vaziyetleri nazara alarak tazminat mikdarını tayin salâhiyetini vermiştir. Bilâkis, haksız harekete karşı, herhangi bir menfaati korumak için vaki tecavüzler tazminatı müstelzim sayılmamıştır. Maamafi MK. 894 üncü maddenin sarahat ve delâletinden anlaşılacağına göre, mütecavize karşı olsa bile halin icap ettirmediği nisbetsiz zarar verilmesi haksız olur. İsviç. Fed. Mah. nin enteresan bir tatbiki için bak, *Hukuk Ansiklopedisi* kitabımız; haksız fiil kelimesi, No. 21.

Medenî Kanun umumî bir kaide olarak, sübjektif hüsnüniyeti himaye etmemekle beraber, nice hallerde onu korumuştur.

Objektif bakımdan, kanun veya mukavelelerin ferdlere bahşettiği salâhiyetler hüsnüniyet kaidesi ile hudutlanmıştır. Objektif hüsnüniyet kaidesi, hakları gayeleri dışında kullanmak suretile diğerinin himaye altında olan menfaatlarına tecavüz edilmemesini iktiza eder.

Mukavelelerin metinleriyle değil, bundan tarafların beklediklerine göre tefsir olunması, tahmin dışı sebep ve şartlar var olunca yeni şartlara göre tadili veya feshedilebilmesi adaletin ifadesi olan hüsnüniyet kaidesi icabındandır.

Halkın güveninin korunması lüzumu, menfaat icabı olduğu kadar, adaletin de icabıdır. Herkesin güvenmesi zarurî olan bir vaziyet ihdas edenle ona tabii bir sevkle inanmış olandan bu sonuncunun menfaatinin

tercihini iktiza eder. Meselâ, menkul bir malı emini olan zilyedinden (MK. m. 901) gayrimenkulü, tapuda sahibi gibi görünen kişiden (m. 931) hakikati bilmiyerek alan kimsenin hakları mahfuz tutulmuştur.

IV

Menfaat esasına müstenit bazı hususî hukuk hükümleri

17. MK. ve diğer bazı hususî hukuk kanunlarının menfaate istinat eden hükümleri. 18. AİLE HUKUKU : a) Evlenme dışı çocukların vaziyeti, b) Evlenme merasimi, c) Boşanma. 19. MİRAS : Bazı malların tercihan bazı varislere tahsisi. 20. MAL HUKUKU. 21. BORÇLAR HUKUKU : Cezaî şart, haksız fiil. 22. ORMAN KANUNU. 23. USUL KANUNLARI : Vesikaların ibrazı mecburiyeti, şahadet mecburiyeti, adli müzaheret. 24. İCRA VE İFLÂS HUKUKU : a) Takip tazminatı, b) İptal dâvası. 25. AVUKATLIK KANUNU : Avukatın iş kabulü mecburiyeti, nizalı işten sulh vukuunda tarafın hasım avukatına dâvayı kazanmış gibi bütün ücretini mütekeffil olması. 26. MİLLÎ KORUNMA KANUNU.

17 — Medenî Kanun ve diğer hususî hukuk kanunlarının menfaata istinat eden bazı hükümlerine göz atması bize enteresan göründü. Bu tablo menfaatin daima doğru hesap olunamayacağı kanaatimizi kuvvetlendirecektir.

18 — **Aile hukuku.** Medenî Kanun aile menfaatlarını koruma endişesiyle adalet esastan ayrılan bazı hükümler koymuştur. Fakat, bu kanun menfaatları daima iyi ölçtüğü muhakkak değildir.

a) Kanun meşru birleşmeleri himaye için evlenme dışı çocukların aleyhine şu hükümleri koydu :

aa) Evli bir erkeğin nikâhlısı olmıyan bir kadından olan çocuğunu tanıması yasaktır. Keza, birbirile evlenmeleri caiz olmıyan erkek ve kadının birleşmesinden doğan çocuk tanımamaz, m. 292.

bb) Mirasa nailiyet hususunda, baba tarafından nesebi sahih olmıyan bir çocuk, yahut füruu babasının nesebi sahih füruu ile içtima ederse bu çocuğa veya füruuna isabet eden hissennin yarısını alır.

Günahsız çocukların kendilerine hayat veren erkeğe baba demek hakları olmaması, evlilik içinde doğan çocuklardan farklı miras hissesi almaları sırf mülâhaza edilen aile menfaatlarını koruma gayesini istihdaf eder.

Korunmak istenen menfaat pek ciddî görünmüyor. MK. nun meşru evlenmeleri teşvik gayesi ideal olduğu inkâr edilemez. Fakat, evlenme için kabul ettiği hükümler, bu kanun bakımından meşru sayılamayan birleşmeleri fazlasile çoğalttığı da inkâr götürmez.

Bu kanunun evlenme için kabul ettiği hükümleri sıkıcı bulan, boşanma için koyduğu tahditleri göze alamayan çok kişi imam nikâhı adile serbest birleşmeyi tercih etmektedirler. Medenî Kanunun evlenme merasimine ve boşanmaya dair hükümleri manevî otoritesini sarsmaktadır. Halbuki bu kanunun aile münasebetine, hususile çocukların ana ve babalarile münasebetlerine dair hükümleri cidden idealdir.

Medenî Kanunun bir kaç maddesine inhisar edecek bazı tadilat ile yanlış ve haksız menfaat hesaplarına müstenit hükümlerini düzeltmek kabil olduğu halde menfaati belki daha kötü hesaplıyan, daha az âdil bir kanun ile vaziyete çare bulunmak istendi.

«Tescil edilmeyen evlenmelerle bundan doğan çocukların tesciline gizli nüfus vak'alarının cezasız olarak kaydına dair», tatbikatta kısaca Af Kanunu denen, 7.2.1950 tarihli kanun, makamına kaim olduğu 1945 kanunu gibi, babası belli olmıyan çocuklara bir baba tesbit etmek maksadile, birbirile geçici bir kaç günlük münasebette bulunmuş erkek ve kadını, iradelerine rağmen evli gibi hak ve borçlarla mükellef tutmuş, böylece yara üzerine yara eklemiştir, veya ekliyebilmiştir. Bir erkeğin zoraki ve hakikat olmadığı halde, baba sayılmasının doğurabileceği reaksiyon ve bunun tesirile kendinin saymadığı çocuğa karşı alacağı vaziyet nazara alınırca neticeleri zihinde az çok tecesüm eder. Bu kanun asla garanti olmıyan bir prosedürle muhtarların, idare memurlarının nasıl yapıldığı bilinmiyen tahkikat ile nüfus sicillerinin alt üst edilebilmesine müsaade etti.

b) Medenî Kanun evlenme için tatbiki zor, veya üzücü bazı usuller, yasaklar koydu ise de adalet mülâhazalarile, merasime riayetsizliği butlan sebebi saymadı. Evlenmeleri batıl olanlardan doğan çocukları ana ve babaları vaziyeti bilmeleri itibarile suiniyet sahibi olsalar bile meşru addetti, m. 125.

Fakat, Ceza Kanunu bu kabil bir akdi yapan evlendirme memurlarını, tarafları, veli ve vasilerini, evlenmeden evvel dinî evlenme merasimi yapan dinî sıfatı olanları cezalandırdığından, m. 237, tatbikatta MK. bakımından evlenemeyecek olanlar gizli evlenerek doğan çocuklarının babasız kalmalarına sebep oldular.

Başkalarının hakkına tecavüz etmiyen dinî sıfatı olanlar hakkında cezalar âdil olamazdı. Şimdi soralım, ceza tahdidi altında, gizli evlenmeyi

yasak etmek mi, yoksa cezasız bırakarak aleniyetini temin edip, isbatını, kontrolünü kolaylaştırmak mı evlenmenin nihaî olan gayesi — ki doğacak çocukların menfaatini korumadan başka bir şey değildir — bakımından faydalıdır ?

Adalet bakımından, olduğu kadar, ailelerin menfaati bakımından da, doğacak çocuklarına beraberce ihtimam sarıh veya zımnî taahhüdü ile hayatlarını birleştiren erkek ve kadının taahhütlerini memur huzurunda yapmış olmaları, merasimsiz yapmaları arasında fark isbat bakımından olabilir. İnkâr edilmeyen bir yazı ile devamlı birleşme halinde kanunî neticeler doğmalıdır. Tarafların birlikte yaşamaları hakkındaki yazılı taahhütlerin nüfus kütüğüne tescil ettirilememesi, yok sayılması çocukların menfaati bakımından zararlıdır. Nüfusa kayıt ettirmeyen evlenmelerin, sadece hafif para cezalarıyla cezalandırılması rasyonel olurdu.

c) Boşanmaya dair hükümler de adalete istinat edemez, ailelerin dağılmasını önlemek gibi ideal bir menfaati istihdaf eder. Kanun, ciddi saymadığı sebepler yüzünden aile yuvalarının bozulmasını menfaat vaziyetine uygun görmemektedir. Fakat, aile menfaatinin korunması, nihayet ferdin menfaatlarını koruma gayesini istihdaf edebilir. Zevkli bir hayat süreceğini umarak evlenenlerin evlilik hayatında umduklarını bulamamışlarsa, sun'î olarak beraber yaşamağa zorlamak, meşru menfaat olamayacağı gibi, çocukların da, ana ve babalarından fena örnek alarak terbiyelerinin bozulmasına, ve her halde ihmaline sebep olması itibarile, menfaati aleyhinedir. Aile boşanma kararile inhilâl edecek değildir. O boşanma sebebi tahaddüs ettiği gün zaten inhilâl etmiştir. Boşanmanın serbest olmaması eşlerden birinin diğeri üzerine şahit huzurunda olmak şartile haksız tazyik yapmasını bu da aile geçimsizliklerini icap ettirmektedir. MK. nun tatbikına başlandığından beri boşanmalar, boşanmanın serbest olduğu devirden çok fazla miktardadır. Muahkkak olan bir şey, boşanmayı tanzim eden hükümler menfaat hesabında uymamasıdır.

19 — **Miras.** Medenî Kanunun mirasa dair kabul ettiği hükümler, bir kaçı müstesna, müsavat ve insanın tabii haklarının korunması esasına ve binaenaleyh adalete istinad eder. Yazımızda bu kanunun menfaat diye adaletten ayrıldığı hükümleri üzerinde duruyoruz :

a) Nesebi sahih olmıyan çocuklar hakkında ayırık hükümler konması adaletsiz olduğunu No. 18 de anlatmıştık.

b) Kardeşler için kanunun kabul ettiği mahfuz hisse de adalete uygun görünmüyor. Bir kimsenin vasiyet ile meşru olarak kazandığı

parayı istediği gibi yemek tabii hakkı olduğuna göre, bunu kendine iyiliği dokunmuş, bakmış bir sevdiğine bırakamıyarak semtine uğramıyan, sevgi izhar etmiyen kardeşine bırakma mecburiyeti, belki aile efradı arasında sıkı işbirliği ve tesanüt olduğu orta zamanın menfaatlarına uyardı. Fakat, kardeşlerin yıllarca birbirile meşgul olmadıkları bir zamanda bu hüküm ferdin, meselâ mahallenin muhtaçlarına mal vasiyet etmek gibi hayırlı maksadının gerçekleşmesine mani olması itibarile menfaat hesabı uymamaktadır.

c) Mirasın büyük babaların derece gözetilmeden bütün fūrularına intikali de müteveffanın arzusuna uygunluğu çok şüphelidir. Birbirini tanıdığı çok şüpheli olan hısımlar arası miras yolu ile intikal, en son mirasçı olan Devletin zararınadır. Bir anket yapılırsa da, gelir vergisinden % 20 tenzilât mı, amca çocuklarına, hattâ, amca, teyzelere, kimbilir belki kardeşlere miras mı diye sorulsa, büyük ekseriyetin cevabı vergi tenzilâtı olur.. Her halde, genel menfaat yanlısı hesaplanmıştır.

d) Medenî Kanunun çok ideal bulduğumuz, fakat adalete uymıyan bir hükmünü de kayıt edelim :

597 ve takip eden maddelere göre, bir ziraî arazi, bunlara mülhak sınaî müessese (m. 602) müteveffanın fūruuna miras kalmış ise, hâkim bu müesseseyi, bütün teferruatı ile, işletmeğe muktedir olan bir varise tahsis edebilir. Kanunun ona diğer varislerin hisselerini ödeyebilmesi için gösterdiği türlü kolaylık şüphesiz adalette telif edilemez. Fakat, babanın başladığı işin bu işte liyakati tecrübe edilmiş olan bir evlâdı tarafından idame ettirilmesi ekonomik gelişmelerde mühim bir âmildir. Ama, kim bilir belki başka biri burada da kanunun yanıldığı iddiasında bulunabilecektir.

MK. miras kalan ziraî arazinin bir vârise tahsisi hakkında koyduğu hükmün mahzurunu azaltmak için tahsis istiyen vârisin, sadece bu araziye işletme ehliyetini haiz olmasını yeter bulmamış, ondan ahlâkî bakımdan da garanti istemiştir. Böylece, müteveffanın ailesinin dağılması arzusu da var. İsv. Fed. Mah. bu hükmü nasıl yorumladığı hakkında son kararlarını Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Miras 1952 tabında gösterdim. m. 598, şerhi.

Bu mahkeme mevrus arazinin tahsis edileceği varisten mânevî vasıfları arasında, bilhassa kardeşlerinin arasına çiftlikte kalmalarını hoş görmesini, onlarla sevişmiş olmasını da aramaktadır. Kanun adeta müteveffanın hayatındaki vaziyetin mümkün mertebe idamesini istemiş olacaktır.

20 — **Mal hukuku.** a) *Zamanaşımı* zarfında bir gayrimenkule tasarruf eden haksız kimse o mala temellük edebilir. Adaletsiz olan bu hüküm sosyete içinde ebedî niza vesilelerini önliyerek sükûnu muhafaza kaygusu ile ve çok eski vaziyetlerin tahkikında hata ihtimallerinin fazlalığı gözetilerek kabul olunmuştur. Nihayet, uzun zaman hakkını aramıyan bir kimseye izafe edilebilen kusur bulunacağından, onun hakkından mahrum olması fazla adaletsiz de değildir.

b) Medenî Kanun çalınan bir şeyi zilyedinden iktisap edenlerin haklarını mahfuz tutmamıştır. Çünkü, mal sahibinin menfaati ile hırsızdan malı satın alanın menfaatinden bu sonuncununki daha az muhteremdir. Nihayet, zarara uğrayan, güvenilmeyen bir kimseden mal almaması gerekirdi. Fakat, o herkesin bir zaruret veya insiyaki hisle doğruluğuna güvendiği bir kimseden bilmeyerek çalınmış malı iktisap etmiş ise haklarının bir derece muhafazası âdil görüldüğü için mal sahibi ona verdiği bedeli ödemeğe mecbur tutulmuştur.

21 — **Borçlar hukuku.** *Mukavele serbestisi.* BK. borç münasebetlerini tanzim ederken adaleti ön plâna alarak, bu mülâhaza ile nice ince hükümler koymuştur.

Borçlar Kanunu :

a) Mukavele serbestisini kabul etmekle, mübadele edilecek hizmet veya şeyler arası muadeleti temin etmiş, fakat mübadele eden tarafı rızasını ifsat eden bir sebep varsa, akitle bağlı tutmadığı gibi, bir taraf diğerine fizik veya akit sırasındaki psikolojik vaziyetinden faydalanarak ağır şerait empose etmesi halinde onu aldığı geri vermeğe mecbur ederek himayeden mahrum bırakmıştır, bak, No. 14.

b) Mukavelenin tam ve zamanında icrasını temin için tarafların kabul ettikleri cezaî şartı makbul addetmiş, fakat hâkimi fahiş gördüğü cezaları tekis ile mükellef tutmuştur, m. 161. Gerçekten, bir mukavelenin muayyen günden sonra icrası alacaklı için hiç bir zararı mucip olmadığı açıksa, onun bu ceza şartından faydalanması haksız kazançları teşvik eder, mübadelede teadül esasını ihlâl ettiği için adaletsiz olur.

Ticaret Kanunu, bilâkis, ticarî taahhütlerin tam ve zamanında ifasını temin için şart kılınan maktu tazminatın mikdarı tenzil edilememesi prensibini kabul etmiştir, m. 647.

Ticaret Kanununun alacaklıyı lüzumsuz himayesinin adalete aykırılığı neticesini tecessüm ettirebilmek için şu hakikî vak'ayı zikredeyim :

Bir daire kasım ayı içinde ihtiyacı olacak bazı malzemeyi Alman-yadan 1939 yılında sipariş ederek eylülün 1 inde kendine teslim edile-

mezse müteahhidin beher gün için şu kadar lira tazminat vermesini şart etmiş. Müteahhit ilân edilen harp sebebiyle tahmininden fazla masraf etmiş bu levazımı ekimin ilk günlerinde teslim edebilmiş. Muhasebeci bu gecikme sebebiyle ödenmesi gereken cezayı bir hesaplamış, tutarı levazımın bedeline yaklaşmış. Muhasebe, müteahhidin istihkakından bu bedeli mahsup ile levazımı hemen bedava almak istemiştir. Müteahhidin malzemeyi hiç teslim etmemesi halinde ödemeğe mecbur olacağı tazminat nisbeten daha çok az olduğundan kanunun sıkı hükmü neticede menfaati korunmak istenen aleyhine dönmüştür. Hâdisede bu hesap müesseseyi yumuşatmıştır. Umumî olan hüsnüniyet kaidesi de bu gibi açık haksızlıkları düzeltmek imkânlarını verir.

c) *Haksız fiil.* BK. adaleti menfaate üstün tuttuğu için, haksız fiili işleyenleri ancak kusurları varsa zarardan mesul tutmaktadır. Bununla beraber, BK. bazı tehlikeli vaziyeti ihdas edenleri kusurları olmasa dahi sebebiyet verdikleri zarardan mesul tutmuştur. Bu mesuliyet objektif bakımdan adalete uygundur. Meselâ, inşaat sahibi şahsına izafe edilmese bile inşaat kusurundan ileri gelen zarardan, bir hayvanı nüfuzu altında bulunduran şahsî kusuru olmasa bile onun sebep olduğu zarardan mesul tutulmuştur. Bu hüküm bir şeyden faydalanan kişi onun külfet ve zararlarına da katlanması objektif adalete uygun görüldüğü için kabul edilmiştir.

Bununla beraber, BK. hâkime sübjektif durumları bilhassa mesul şahsın kusuru olup olmadığını ve kusurunun şiddet ve derecesini göz önünde tutarak tazminat miktarını tayin salâhiyetini vermektedir. Hâkim tarafların karşılıklı sübjektif durumları iktiza ettirirse, hususiyle kanunen mesul olan kişinin kusuru yoksa, maddî tazminat miktarını, isbat edilse bile nazara almadan, adeta hiçe kadar indirebilir. Meselâ, bir çürük ev satın alabilmiş, ancak onu sağlamlaştırmağa yeter parası olan bir emekli, sanatında mahir bir ustayı bu evi tamire memur etmiş olup ta tamir esnasında ev yıkılarak yoldan geçen, günde 100 lira kazanan milyoner bir mühendisin 20000 lira kıymetinde otomobilini harap etmiş, kendisini hafif yaralıyarak iki ay kadar İsviçre dağlarında bir sanatoryomda istirahat etmesine sebep olmuş ise elinde evin enkazı ile arsası ve bir kaç yüz lirası kalmış, bütün kusuru sağlam bir ev alacak parasını bulunmaması olan emekliyi bütün varını o milyonere tazminat olarak verdikten başka borçlu bırakmak elbette âdil olmazdı.

BK. her halde, mağdura isnat olunabilecek az çok bir kusur ile zarar hasıl olması veya kendisi için kolay olan bir müdahaleye razı olmayarak zararı çoğaltması halinde tazminatın bir kısmının ona yükletilmesini adaletin icabı olarak kabul etmiştir.

22 — **Orman Kanunu.** Ormanları Devletleştiren kanun sahiplerine hakça takdir edilecek bedeli peşin verilmeden orman mülkiyetinin Devlete intikalini esas tuttuğu için açıkça adalete uygun değildi. Kanun bu yüzden orman sahibi imiş gibi ormandan intifa eden köylülerde reaksiyon uyandırdı. Bir çok ormanlar yakıldı. Bu kanun, memlekete pek çok bakımdan büyük menfaatları olan ormanların korunması gibi ideal bir gaye için yapılmıştı. Fakat, menfaat vaziyeti iyi tanzim edilemedi. Orman sahipleri yangına sebep olmasalar bile onun tahribine alâkasızlıkları itibarile mâni olmadılar. Yanmıyan ormanlar da gerek bu yüzden, gerek eskisinden daha fena işletildiği için daha fazla kesildi, gayenin tam bir nakizi hasıl oldu.

Vaziyetin fecaatı salâhiyetli makamları kanunda bazı tadilât teklifleri yapmak için etütlere mecbur bıraktı.

23 — **Usul Kanunları.** Bu kanunlar, esasında, tanzimî mahiyette oldukları için adaletten ziyade, adalete ulaştıran kaideler araştırmak lâzımdır. Bununla beraber, hakların isbatını temin için taraflara bazı salâhiyetler tanımak ta gerekir. HUK. bu türlü maddî hukuk meselelerinde hakkın meydana çıkmasını temin için taraflara bazı mükellefiyetler tahmil ederken adaleti öne almıştır. Meselâ, bir tarafa hasmından, ona dâvaya müteallik gönderdiği mektuplar gibi, elinde bulundurduğu bazı vesikaların ibrazını istemek salâhiyetini vermekle beraber, hasmı, bir «mazereti sahihaya» binaen bu vesikayı ibrazdan kaçınırsa, yani bunun ibrazı beyan ettiği sebebe göre meşru menfaatlarını ihlâl edilebilecekse ibrazdan muaf tutulabilir. Böylece, kanun bir tarafın bir hakkı isbat kolaylığına nailiyeti hasmının bir vesikayı ibraz yüzünden bazı sırları açıklaması gibi diğer sahada daha muhterem menfaatlarının ihlâline sebep olmamasını istemiştir.

Adli müzaheret. Kanun taraflar arası eşitliği temin için ihtiyaç içinde bulunan tarafa yardım esasını koymuştur. Gerçekten, tahkikatın lüzumlu kıldığı seyahat ve diğer munzam masrafları göze alabilen, tanınmış bilginlerle konsültasyon yaparak ince iddia plânları tanzim edebilen, ünlü avukatlar ile kendini temsil ettirebilen zengin taraf ile, tahkikat masraflarını değil, dâvanın harçlarını bile vermekten âciz hasmı arasında müsavat kâğıt üzerindedir. Diğerinin tek mil servetini hilekârlıkla üzerine geçirerek ihtişam içinde yaşayan bir hasım ile serveti elden gidecek dâva masraflarını ödeyemeyecek hale düşen taraf nasıl müsavi sayılabilir? Demokrat bir kanun insanlar arası gerçek müsavata temin için fiilî müsavatsızlığı izale edecek hükümler kor. Usul Kanunu da taraflar

arası fiilî müsavata temin maksadile muhtaç taraf hakkında farklı bir adli himaye kabul etmiştir.

Fakat, bir de madalyanın ters tarafına bakalım :

Tatbikatta bir taraf mahalle muhtarından hiç bir esaslı soruşturmaya istinat etmeyen bir fakirlik kâğıdı aldı mı, mahkemenin adli müzaheret kararı vermesi bir formalite olmaktadır. O, artık, mevcut hükümlerin tatbik şekline göre, ne kadar mantıksız olursa olsun, iddiasını yürütmek için Devlet kuvvetile istediği miktar şahit getirebilir, bir avukatın yardımını temin edebilir, teminat göstermeğe mecbur olmadan ihtiyatî haciz veya tedbir kararı alabilir. O, haczedilebilir malları olmadığı için mesuliyetten korkmadan, Usul Kanununun teminatla yapılmasına müsaade ettiği muameleleri de teminatsız yapabilir. Onun hasmı ise nihayet bütçesi mahdut olduğu ve mesuliyetten korktuğu için bu kadar ileri gidemez. Hiç bir şeyini tehlikeye koymadan % 1 de olsa dâvayı kazanması ihtimali karşısında müsterih müzaheretli taraf ile adli bir hataya kurban gitmekten mütevellit endişe ile kıvranan hasmı arasında nasıl müsavat bulunur? Devlet müzaheret kararile müsavata şeref sahibi taraf aleyhine ihlâl edebilmekte, fakirlik iddiasında bulunan kimseye hasmının mallar üzerine ekonomik faaliyetini felce uğratacak bir ihtiyatî haciz kararı alarak uzlaşma için baskı yapabilmesine imkân vermekte, böylece demokrasinin bir esası olan haksız kazançların önlenmesi prensibi de baltalanmaktadır.

Gerçi kanuna göre mahkeme adli müzaherete karar vermek için müstedinin haklı olup olmadığını da araştırmak gerekir. Fakat pratikte mahkemeler ihsası reyden korktukları ve hasmın gıyabında iddianın ne derece haklı olduğunu tahkikin faydasızlığına kani oldukları için formalite kabilinden ibraz edilen muhtarların verdikleri ilmühaber üzerine müzaheret kararı verirler.

Şehadet mecburiyeti :

Kanuna göre şehadet mecburidir. Hakkın açıklanması için halka genişçe takdir edilecek masraf ve ücreti verilmek şartile bu mecburiyetin yüklenmesine itiraz edilemez. Mahkemenin mrine itaat etmeyen şahidin zorla getirilmesi de doğrudur. Nihayet, komisere şahidi zorla getirirken azamî mülâyemet göstermesini, onun şerefini kıracak hareketten kaçınmasını, hâkime de zaruret olmadıkça şahidin ihzarına karar vermemesini tavsiyeden başka yapılacak şey yoktur.

Fakat, mahkemeye gelen şahidi söyletmek için 15 gün kadar hapis etmek demokrat mıdır? düşünülmeğe değer. Bir tarafın üç beş kuruşluk

menfaatini korumak için şahidin şahsî menfaatlerini feda etmek, kolay değildir. Bir tarafın husumet ve gazabına uğramaktan, sözüne inanılmayarak yalan şahit sıfatıyla takipten korktuğu, kanaati tam olmanması itibarile vicdan azabından ürktüğü için şahadet etmeyen bir kimseyi hapse tıkmak antidemokratik görünür. Olsa olsa, tarafın pek yüksek olduğu açık bir menfaatini korumak için, meselâ bir ağır suç ithamı altında olan sanığın masumiyetini tebarüz ettirmek gayesile şahidin pek kısa müddet tevkifi kabul olunabilir. Almanyada şahit söylemeğe zorlanmak için ancak muhakemenin sonuna kadar hapis olunabilir. Fakat, orada muhakeme umumiyetle bir günde biter.

Her halde hâkim hukukta olsun, cezada olsun, şahidin şahadeti zarurî görülmekte, şahadetten çekinmek için ileri sürdüğü sebepler bir hayal, daha doğrusu bir taraf lehine tesir için bahane olduğu muhakkak görünmedikçe hapis kararı vermekten kaçınmalıdır. Şüphe ve evhamı sebebiyle şahadetten imtina eden bir kimsenin hapis tehdidi altında şahadetinin lojik bakımdan kıymeti yoktur (*Vatan* Gazetesinde makalemiz, 28 Şubat 1952).

24 — **İcra ve İflâs Kanununda** da adalete aykırı, menfaat vaziyetini kötü tanzim eden hükümler çoktur. Bir misâl :

İcra kanununa göre, borçlu hüsnüniyetle, takip olunan alacağa itiraz ederse icra masraflarından başka, alacağın % 10 dan eksik olmamak üzere tazminata da mahkûm edilir. Takip masraflarında icra memurunun takdir edeceği ve alacağın % 3 ünden eksik olmayan avukat ücreti de vardır. Tatbikatta sırf icra memurunun tayin edeceği tazminatı koparmak için borçluya müracaat etmeden, ona borcunu ödemek için hiç bir zaman bırakmadan icraya müracaat eden alacaklılar görülmüştür.

Fakat, bu kanunda adalete ve menfaat vaziyetine uygun hükümler de az değildir.

Borçludan bağışlama yolu ile bir mal alan onun acze düşerek borçlarını ödeyememesi halinde aldığı iadeye mecbur tutulmuştur. Borçluya borcunu ödemesi için yardım edecek yerde, ondan bağış kabulü ile vaziyetini ağırlaştıran kimsenin menfaati ile alacaklının menfaatından bu sonuncunun tercihi şayandır. Binaenaleyh bağışlanan aldığı haczedilmek üzere borçlunun patrimuanına iade etmesi adaletin bir icabıdır. Yalnız bağış kabul eden kişi borçlunun bu vaziyetini bilmiyor ve bilmeden aldığı istihlâk etmiş ise bu defa adalet ondan istihlâk ettiğinin hesabı sorulmamasını iktiza ettirir.

Borçludan karşılığını vererek mal iktisap edenlere gelince, bunlar ancak onun âciz vaziyetini biliyorlarsa alacaklıları zarara sokmak kasıtları itibarile aldıkları malı geri vermeğe mecbur tutulmuşlardır.

25 — **Avukatlık Kanunu** da adaletten inhiraf ederek avukatların menfaatlerini korumağa matuf nice hükümleri ihtiva etmektedir. Bunların çoğu yanlış hesaplarla istinat edip korunmak istenen menfaati teminden uzaktır. Yalnız iki misal verelim :

a) Dâvasını takip için vaki teklifi iki avukat tarafından reddedilen iş sahibinin müracaatı üzerine baro başkanının tevdi edeceği avukat işi kabule mecburdur. Bir taraftan avukatlık serbest meslekken,, avukat vicdanen kani olmadığı bir müdafaayı yapmaktan menedilirken, ona hak ve adaletin izharını temin rolü verilirken onu vicdanen kani olmadığı, haksız bulduğu hususî sebeplerle yapamayacağı bir müdafaaya zorlamak gayeye taban tabana zıt olduğu gibi, tamamen serbest olması lâzım gelen bir sahada çok haksız olabilen bir menfaati korumak için ferde hizmet yüklemek adalete de zıttır.

Adli müzaherete nail olan kimselerin parasız vekâletini kabul mecburiyeti de adaletle telif edilemez. Hukuk Usul Kanunu avukatları müzaheretlinin işini kabule mecbur tutmamış, yalnız ücreti tecil edilmek üzere mahkemece ona bir vekil tayin edilmesini kabul etmişti ki daha âdildi.

b) Avukatlık Kanununa göre taraflar sulhen aralarındaki nizai bitirirlerse, her ikisi de o işi takip etmiş olan avukatın ücretinden müteselsilen mesuldüler. Bir kimsenin taahhüt etmediği hasım avukatının ücretinden mesul olması ve avukatın bu yüzden haksız bir kazanç elde etmesi âdil olmadığı meydandadır. Avukatlara haksız bir kazanç temininden başka faydası olmıyan bu hüküm tatbikatta fazlasile suiistimal edilmektedir. Dâvayı kazanması şartile lehine ücret şart edilen avukat hasmının ve müekkilinin Avukatlık Kanununu bilmemesinden faydalanaarak onların, meselâ müddeabihin % 5 i gibi ehemmiyetsiz bir şeyle uzlaşmalarını temin ettikten sonra tam ücretini istiyebilmesi kadar adaletsiz bir şey olamaz.

26 — **Millî Korunma Kanunu** mesken buhranı karşısında, tayin ettiği sebepler bulunmadıkça mal sahiplerinin kiracıları mecurdan çıkarmalarını yasak etmiştir. Mesken buhranı karşısında bina sahiplerinin bu haksızlığa katlanmaları zarurî görülmüştür. Fakat, bu kanunun cezaî hükümlerinin hakikî menfaatlere uygun olduğu çok şüphelidir. Çünkü, bu hükümler, boş evlerin cesur komisyoncuların teşebbüslerine intizaren bir zaman kiraya verilememelerine sebep olarak, gayenin tersine krizi çoğaltmaktadır.

V

Haksız kanunların tatbiki meselesi

27. Meselenin münakaşası. 28. Mabaat. 29. MK. nun koyduğu esas. 30. Kanunun haksızlığı nasıl anlaşılacağı. Kanunu tatbik etmiyen hâkimin mes'uliyeti. Bazı tatbik ve tefsir kaideleri. 31. Bu kaidelerin kanunlaştırılması temennileri. 32. Formül şeklinde hülasa.

27 — Mahkemeler ve selâhiyetli idare memurları faydasızlığı ve adaletsizliği muhakkak görünen bir kanunu tatbikten imtina edebilir mi?

Tanınmış Fransız hukuk profesörü Duguit, insan tesanüdüne dayanan objektif adını verdiği hukuk kaidesine uymayan bir kanunu mevcut saymadığı gibi *Tr. de Dr. Const*, III 698, Saint Thomas d'aquin gibi diğer büyük hukuk filozofları da meşru bir gayeyi istihdaf etmeyen, adaletsiz, binaenaleyh, antidemokratik bir hükmü kanun değil, kanuna tecavüz addetmektedir. *A. Coste - Floret* ad. ge. eser. s. 42 ve takip edenler.

Bu müelliflere göre, ortada mevcut bir kanun olmayınca tabiatile tatbiki de bahis konusu olamaz.

Jean jacques Rousseau meşhur *Contrat social* adlı eserinde aynı mütalâayı yürütmüştür.

Hâkimlerin ve kanunu tatbikle mükellef idare memurlarının kanun vazıı rolünü almaları teorik bakımdan kuvvetler ayrılığı prensiplerine ve idare edilenlerin menfaatine uymaz, hattâ tehlikeli sanılabilir. Fakat, kanun koyucu yeter derece düşünmemesinden, etüt yapamamasından ötürü, yanlış edindiği bir kanaatla, veya münferit bir hâdisenin tesiri altında korumak istediği gayeye aykırı, bir hüküm koymuşsa, bu hükmü düzeltmek zarureti de meydandadır.

Kanunu tatbikle mükellef memurlar kanunu koyan makamın hissiz bir icra âleti olmaları, zamanın ihtiyacına aykırılığı pek açık görünmekte olan bir hukuk kaidesini, ne olursa olsun, yürütmeğe mecbur olmaları da memleketin intizamı, ferdin hakları bakımından tehlikelidir.

Kuvvetler ayrılığı prensibinin esas hedefi bir kuvvetin icabında diğerine mukavemet ederek hukukî nizamda, ahenk ve müvazene temin edilmesidir. Bu maksatlardır ki kanun yapan makama, kanunu müşahhas münferit nizalı hukukî meselelerde tatbik için selâhiyet verilmemektedir.

Politik bir tesir veya yanlış bir kanaat mahsulü olan bir kanunun tefsir yolu ile tatbikinde itidal gözetilirse mahzurları geniş derece önlenabilir, bak, Hukuk Usul K. Şerhi, Teoriler, 1950, no. 88 .

Şu var ki mahkemelere formel bir hukuk kaidesini hiçe saymağa kadar giden hudutsuz salâhiyet tanınması, onları kanun vazı ile karşı karşıya koyarak çarpıştırır. Bu çarpışma ise âmme menfaati bakımından teessüf edilecek neticeler husule getirir.

28 — Mahkemelere bazı bahanelerle kanunları iptal selâhiyeti tanınması kuvvetler ayrılığı kaidesini ihlâl edeceği için kabul edilemezse de el koydukları dâvada kanunların şiddetini tefsir yolu ile ve bıraktıkları açık kapıdan girerek veya çıkararak, icabında mevcut şartlardaki değişiklik itibarile onu sakit addederek tadil etmeleri teorik bakımdan zarurî olduğu gibi MK. m. 1 inci maddesinin de icabındandır. Gelen no. ya bak.

Geçen asırda, formel hukuk sistemi esas olduğu için, kanunların metinleri lisan kaideleri yardımı ile çıkarılan mânaya göre tefsir edilmesi prensibi yürümekte idi. Kanunun virgülüne kadar her kelimesine mâna verilir, kıl kırk yarılırdı. Kanun, metninde vuzuh yoksa, kanun vazınının muayyen bir kelimedenden maksadı ne olduğu esbabı mucibe mazbatalarından, müzakeresi sırasında söylenen sözlerden ve daha bir çok şeylerden, araştırılması usuldü. Kanunlar, tenkidinden âlimler çekindikleri için, nihayet şerh ve izah edilmekle iktifa olunurdu.

Kanunların harfile ve kanun yapanların iradesine uygun olarak tefsiri modası son asırda bırakıldı.

Hâkim, kanunu tefsir ederken onu yapanların vaktile ne demek istediği ile meşgul olmak zarurî değildir. Kanun bu günkü kanun koyucu tarafından yazılsaydı, maksadı ne olabileceğini düşünmelidir. Zaten, kanun koyucu diye muayyen bir kimse yoktur ki iradesi ne olabileceği anlaşılmaya çalışılabilsin.

Meselâ, mer'i Usul Kanunu tasarısını vaktile ben hazırlamıştım. Sonra, o vakitki arkadaşlarla uzun münakaşalar yaptık, bazı maddeleri ekseriyetle, bazılarını da her birimiz ayrı maksatla, kimimiz aklen doğru olduğu, kimimiz Nöşatel kanuna, kimimiz geleneklere uygun olduğu için kabul etti. Kimimiz bazı hükümlere veya bazı maddelerin yazılış şekline muhalif kaldı. B. M. M. üyelerinin bazıları bu çeşit mülâhazalarla, bazıları da bu kanunu hazırlayanların ilmî selâhiyetlerine güvenerek kabul ettiler. Şimdi bu kanunu tefsir ederken kimin maksadı nazara alınacak ?

29 — Medenî Kanun 1 inci maddesinde kanun metnile tefsir edilmesi prensibini mutlak olarak kabul etmiş değildir. Kanun sadece metnile değil, aynı zamanda ruhile tatbik olunur. Kanun ruhu ise, bugünkü sosyal telâkkilere göre ona can veren, saik olan gayedir. Kanunlarda esas gaye adalet olduğu için, hâkim, kanunun metni çok sarih değilse, ve ruhu

olan adalet esasına göre tefsir edilir, metin ona göre yorumlanır, meğer ki, bir hüküm sosyal menfaatler mülâhazasile konduğu muhakkak olsun, o halde, metin çok dar tefsir ve tatbik olunur. Yargıtay içtihatları birleştirme kararlarında daima kanunun ruhunu aramakta bunun için de, mehaz İsviçre kanun hükümlerini inceliyerek bunu mucip sebepler arasında göstermektedir, bak. Türk Kanunu Medenisi Şerhimiz, m. 1 şerhi ve m. 482 şerhi, no. 5 (1952 tabı). Pratik Hukuk Mec. 1949. s. 12. 4.2.1948 tevhidî içtihat, R. 17 Haziran 1948.

İsv. Federal mahkeme başkanı bu mahkemenin kuruluşunun 59 uncu yılı münasebetile bir söylevinde dedi ki :

«Hayat kanundan daha kudretlidir. O, insanların tahminlerini şaşırır. Hiç bir kanuncu, karışıklığı itibarile, modern sosyetelerin çeşitli hukukî münasebetlerini formüllerle tanzim edemez.»

Medenî Kanun adalet ve sosyal menfaat icaplarına göre hukukun tekâmülünü temin için dar hukuk kaideleri koyacak yerde hâkimlere daha ziyade direktif vermiştir. Kanunda sarahat olmıyan hallerde hâkim kıyastan ziyade, bir kanun vazı gibi düşünerek yani her şeyden önce adalet ve menfaat vaziyetlerini esas tutarak kaide bulmakla mükelleftir, bak, Prat. Huk. Mec. zikri geçen yazı.

Medenî Kanun nice hallerde, mahallî âdetleri de bir hukuk norması olarak kabul etmiş, çok hallerde hâkime takdir salâhiyeti vermiştir. Hâkim bu salâhiyetini hakkaniyet kaidesine göre kullanmak mecburiyetindedir (m. 4).

Yargıtay içtihatlarile tefsir hududu içinde kalarak kötü bir kanunun tesirlerini izale etmekle, Saleille'in ifadesile, kanun yolu ile kanun ilerisine gitmekle rolünü aşmış olamaz. Her kanunda ister istemez bir hayli kaçamaklı noktalar, tefsire müsait terimler bulunur. Çünkü, bir kanunun göz önünde tuttuğu şartların tamamı nadiren incelenen hâdiselerde tahakkuk eder.

Kısaca, zamanla bir kanunun neşrine saik olan sebepler tamamen zail olmuş, ona esas olan âdetler değişmiş ise eski hükümlerde ısrar edilmesi, hattâ kanunu, şartları bulunmayan bir hâdisede tatbik demek olacağından hata olur.

Mecellenin küllî kaidelerinde ifadesini bulan zaman değişmesile hükümlerin değişmesi inkâr edilmeyen bir hukuk prensibidir.

Bir misal :

Millî Korunma K. 1939 yılı kiralarının arttırılmamasını, kirayı arttıranların para cezasile, ne olduğu anlaşılamiyan hava parası alanların 3 ay hapis ile cezalandırılmasını kabul etti. Bu hükmün sıkı tatbiki âdil

olmayan neticeler verdiği muhakkak olduğu gibi, malsahibinin irat kıymetine tesir ettirilmemesinden korktuğu, zarurî tamirleri yapmasına mâni olduğu için menfaat vaziyetine de uymaz.

Hâkim bu kanunu tefsir yolu ile pek alâ 1939 kirasının artırılmaması, binanın 1939 hali muhafaza edilmesi ile meşrut bulunduğu ve kanunun mal sahiplerini aldıkları kira ile karşılayamadıkları tamiri yapmakla mükellef tutmadığı noktasından yürüyerek mal sahiplerinin kiraladıkları yerde lüzumu tebeyyün eden ciddî tamirat için masraf yapması halini gözönünde tutmamış, binaenaleyh, bu noktada sakit addedilerek kanun vazı gibi adalet esasına göre, meseleyi halletmesi gerekir. Meselâ, tamirin ehemmiyetine göre, kiracıyı bu tamir masrafını bir veya bir kaç yılda ödemeğe mecbur tutabilir.

30 — Bir kanunun tatbik şartları değiştiği, âdil olmadığı, menfaat vaziyetini yanlış hesapladığı nasıl anlaşılacaktır ?

Kanunun haksızlığı göze birden çarpacak derece açıksa mesele yoktur. Onu bertaraf etmek için çare aranır. Fakat, daima kanunun haksızlığı bu derece açık olmaz. Hâkimlerin kanun vazı rolünü her fırsatta almaları da başka bir tehlikedir. İsviçre Federal Mahkemesi hakim kanun koyanlar gibi geniş tahkikat ve incelemeler yapamaması itibarile her fırsatta kanun vazı rolünü almasındaki mahzuru tebarüz ettirdikten sonra diyor ki, bir hâdisede kanunun koduğu bir esas mahzursuz, kıyas yolu ile, tatbik olunabilirse kanun sâkit sayılamaz, hâkim daha rasyonel bir kaide tatbikına mezun olmaz. Prat. Huk. Mec. ad. geç. yazı s. 12.

Kanunu Medenin 1 inci maddesine göre, kanunda sarahat olmayan hallerde hâkim **teamüle** göre hüküm verir. Fakat, hâkim ancak ehlivukuf beyanına hacet olmayacak derece açık ve kendisinin de bildiği teamül kaidelerile hükme mezundur. Taamül bir hukuk kaidesi olması itibarile kanun gibi hâkim tarafından ehlivukuftan rey alınmadan tatbik olunur.

Hâkim, şahsen bildiği bir teamül yoksa, yeni şartlara göre yeni bir hüküm verilebilmek için, emsal kararlardan ve hukuk bilginlerinin mütalâasından faydalanmağa mecbur tutulmuştur. Bu suretle MK. içtihatların doktrin tarafından sevk ve idare edilmesi lüzumunu kabul etmiştir.

Bir hukuk meselesi objektif olarak kitaplarda halledilmiş bulunmıyorsa hâkim salâhiyetli kimselerin verecekleri konsültasyonlarla aydınlanmalıdır. Her halde, hâkim verdiği hükmün neden haklı olduğunu, metninde göstermeğe mecburdur. HUK. hükümlerin esbabı mucibeye istinadını mecburî addediyor.

Yargıtay yukarda zikredilen içtihatları birleştirme kararında b. No. 6, kanunların tefsirinde müelliflerin mütalâalarının esas olduğunu tebarüz ettirmiştir.

Yargıtay yüksek kaza mercii, sıfatile adalete aykırılığı ilmî otoriteleri bulunan zatların fikirleriyle açıklanan bir kanun hükümlerini Anayasa aykırılığı halinde iptal değil ama, tatbikten imtina selâhiyetini haizdir, bak. Hukuk Usul Kanunu şerhimiz, I Teoriler, no. 60 .

HUK. m. 573, fıkra 2, hâkimin tefsir, hiç olmazsa tevil, yani zorlama ile mâna çıkarma imkânı bulundukça taraflardan birini himâyeye gayesine matuf olmamak şartile yani sırf adalete ve işin icabına uygun bir karar vermek için bir kanunu tatbik etmemesini mesuliyetini müstelzim saymamıştır.

1950 yılı yaz sömestresinde emekliye ayrılan Lausanne Üniversitesi Hukuk Felsefesi Profesörü François Guisan son dersinde okuttuğu hukuk felsefesini hülâsa ederek, şüphesiz kanunlara itaat lâzımdır, dedikten sonra hukuk ilmi kanun maddelerini şerh değil, hukukun değişmeyen ve insan iradesinin üstünde olan mevzuunu ve esaslarını incelemek olduğunu tebarüz ettirmiştir.

Hukuk bilginlerine düşen vazife, kanunlara üstün olması gereken bu prensipleri ortaya koyarak kanunları o ölçü ile kıymetlendirmektedir⁷.

31 — Hukukun esası, ve hâkimin kanunu tatbikte rolü hakkında hukukçular ve filozoflar arası münakaşaları önlemek için, B. M. M. anti-demokratik kanunları ilgayı gündemine almış olduğuna göre, büyük hukuk bilginlerince mahkemelere tanınmış olan anlattığımız tabii selâhiyeti bir kanun maddesile tevsik etmesi gayeyi daha kolay ve çabuk temin edeceği gibi âtiyi de koruyacağını sanırım.

32 — Geçen no. larda verdiğimiz izahatı şu suretle formüle ederek hülâsa edebiliriz :

A. Cezaî veya bu mahiyette kanunî müeyyideler, ve menşei örf olan bir kanun uzun zaman tatbiksizlikle hükümden düşer. Selim hislerle anlaşılabilen yasakları ve insan haklarına riayeti temin eden müeyyideler mahfuzdur.

B. Tatbiksizlikle hükümden düşmüş olsa bile, bir kanuna istinatla ihraz edilmiş olan hususî haklar mahfuzdur.

7) No. 8, not 3 te zikri geçen eser.

C. Hareketi Danıştayın, veya Yargıtayın, umumiyetle mahkemelerin içtihatlarına uygun olan kişi hakkında içtihat değişmesi sebebiyle cezaî müeyyideler tatbik olunamaz.

Bir içtihat takarrür ettikten sonra fail hakkında cezaî bir müeyyide tatbik olunabilmek için fiili, yeni içtihad Resmî Gazete ile ilân edilmesinden sonra işlemiş olması gerekir.

D. Devlet memurlarınının muttali oldukları halde muayyen zaman içinde takibini ihmal ettikleri, veya muttali olmak için gereken tedbirleri almamaları halinde kanun tatbik edilmemiş sayılır.

Bir kanunun tatbiksizlikle düşmesi için geçmesi iktiza eden zaman fiilin mahiyetine, umumî efkârda hasıl ettiği reaksiyon derecesine göre hâkim tarafından takdir olunur.

E. Bir kanun, vazına saik olan ahval ve şartlarda değişiklik bulunduğu takdirde veya adalete ve menfaatler vaziyetine uymadığı pek açık veya doktrinde kabul edilmekte ise mahkemeler bu kanunu tefsir yolu ile düzeltir.

Mustafa Reşit Belgesay