

## MEDENİ KANUNUN YENİDEN TETKİK VE TASHİHİNE İHTİYAÇ VARDIR

Ord. Prof. A. Samim Gönensay

Türk milletinin siyasi ve içtimai hayatında vukua gelen büyük ve esaslı inkilâplardan sonra artık vatandaşlar arasındaki hukuki münasebetlerin Mecelle ve ahkâmı şer'îye ile tanzim ve idare edilmesine imkân kalmamıştı. Yeni ihtiyaç ve telâkkileri karşılamaktan uzak kalan ve içtimai hayatı tazyik eyliyen bir çok ölü metinleri ortadan kaldırarak yeni bir Medeni Kanun vücuda getirmek lüzum ve zarureti daha Meşrutiyet Hükûmeti zamanında hissedilmiş ve fakat muhtelif sebepler ve bilhassa muhafazakârlık zihniyeti ve Cumhuriyet Hükûmetinin ana prensiplerinden biri olan layikliğın kabul edilememiş olması modern ve layik bir kanunun tedvinine mâni olmuştu. Cumhuriyet Hükûmeti layik bir kanun vaz' ve kabulüne karar vererek ehemmiyetli addedilemiyecek olan bazı tadi-lât ile İsviçre Medeni Kanununu ahz ve iktibas etti. İsviçre Medeni Kanununun tercih edilmesi bu kanunun sistemi ve bazı vasıfları ile kabili izahtır. Filhakika İsviçre Medeni Kanunu modern medeni kanunların umumî esas ve temayüllerini ihtiva ettikten başka kendisine has bazı meziyeteri ve mümeyiz vasıfları da haizdir.

Bu kanunun nazarı dikkati celbeden vasıflarından biri ve başlıcası, her içtimai muhitte tatbik edilebilmesine imkân veren elâstikiyetidir. Kanun hükümlerinin daima değışebilen ihtiyaçlara göre tatbik ve tefsir edilebilmesi için bu kanunda tafsilât ve teferrü-ata girişmekten mümkün mertebe içtinap edilerek yalnız umumî esas ve kaideler vaz'ile iktifa edilmiş ve her hadisenin hususiyetleri ve ahval ve şerait nazarı itibara alınmak suretile hak ve nisfet

kaidelerine göre karar verilebilmesi maksadile hâkime geniş bir takdir salâhiyeti bırakılmıştır. Gerçi böyle bir kanunu tatbik ile mükellef olan hâkimin vazifesinin ağır ve nazik olduğu aşîkârdır. Hâkimin, böyle bir sisteme istinat eden bir kanunun umumî ve mücerret kaidelerini münferit ve müşahhas hâdiselere tatbik edebilmesi ve umumî esaslardan neticeler çıkarabilmesi kuvvetli bir hukuk kültüründen başka yüksek ve umumî bir kültürü de haiz olmasına mütevakkıftır. Fakat hükümet genç hukukçuların ve hâkimlerin bu vasıfları haiz olacak surette yetiştirebilmeleri için icap eden tedbirleri de almaktan hali kalmamıştır.

İsviçre Medenî Kanunu üslûp ve ibaresinin vuzuhu, ve tanzim ve tertibindeki sadelik ve binnetice anlaşılmasının nisbeten kolaylığı bakımından da başka memleketlerde tatbik sahası bulacak mahiyettedir. Alman ve İsviçre Medenî Kanunlarını mukayese eden Tokyo Üniversitesi profesörlerinden Louis Bridel'in dediği gibi «Alman Medenî Kanunu yalnız hukukçular için yazılmış bir kanun zehabını verdiği halde, İsviçre Medenî Kanunu hukukçular için olduğu kadar halk için de yazılmış bir kanundur.»

Türk Medenî Kanunu ile Borçlar Kanunu, hukukî an'ane ve ihtiyaçlarımız noktai nazarından lüzumlu ve faideli görülen bazı tadilat mahfuz olmak üzere, İsviçre federal Medenî Kanunu ile Borçlar Kanununun ana prensiplerini ve hükümlerini aynen ihtiva etmektedir.

Medenî Kanunumuzda İsviçre Kanunu Medenisinden tadilen alınan hükümlerin başlıcaları şunlardır:

1 — İsviçre Medenî Kanununa göre (madde 14) *rüş* 20 yaşının ikmalile başladığı halde, Medenî Kanunumuz (madde 11) *rüş* için 18 yaşın ikmalini kâfi görmüştür.

2 — İsviçre Medenî Kanununda (madde 96) *evlenmeye ehliyet* için erkeklerin 20 ve kızların 18 yaşını ikmal etmeleri lâzım geldiği halde, Medenî Kanunumuzda (madde 88) bu ehliyet erkeklerde 18 ve kadınlarda 17 yaşın ikmalile başlar (\*).

3 — İsviçre Medenî Kanununa göre (madde 178) *mallarının idaresi hususunda karı kocanın tâbi olacakları kanunî rejim* (evlenme mukavelesi yapılmadığı halde carî olacak rejim) mal birliği olduğu

(\*) 15. 6. 1938 tarihli ve 3453 numaralı kanun bu yaşı erkeklerde tam 17 ve kadınlarda tam 15 olarak tesbit etmek suretile Medenî Kanunun 88 inci maddesini tadil eylemiştir.

halde, Medeni Kanunumuza göre (madde 170) kanunî rejim mal ayrılığıdır.

4 — İsviçre Medeni Kanununda boşanma sebeplerinden birine binaen kanunun tayin ettiği şartlar dairesinde bir seneden üç seneye kadar olmak üzere muayyen müddetle veya gayrı muayyen bir zaman için *ayrılığa hüküm olunabildiği* halde (madde 147) Medeni Kanunumuza göre (madde 139) bir seneden üç seneye kadar olmak üzere yalnız muayyen bir müddetle ayrılığa hükmedilebilir.

5 — İsviçre Medeni Kanununa göre boşanma halinde kabahatsiz olan karı veya koca boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşecek olursa diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa bile hâkim onu gayrı muayyen bir müddetle *nafaka* itasına mahkûm edebildiği halde (madde 152), kanunumuz aynı şartlar dairesinde olmak üzere (madde 144) hâkime ancak bir sene müddetle kabahatsiz taraf lehine nafakaya hükmetmek salâhiyetini vermiştir.

6 — İsviçre Medeni Kanunundaki *kanunî müddetler*, Medeni Kanunumuzda ekseriya uzatılmış ve nadir bazı hallerde de kısaltılmıştır.



Bu gibi bazı tadiller bertaraf edilirse kanunumuz ile me haz arasında esaslı bir fark yoktur. Yalnız İsviçre Federal Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu kantonlar için teşriî salâhiyet tanıdığı bir çok hususların hallini kantonlara bıraktığı halde, Medeni Kanunumuz ya bu hususlara dair hükümler vazetmiş, yahut bunların ahkâmı mahsusa ile halledileceğini tasrih eylemiş ve şimdiye kadar bu hususî hükümlere müteallik bazı kanunlar da neşredilmiştir. Meselâ, İsviçre Medeni Kanunu (madde 361) vesayet dairelerinin (vesayet makamı, nezaret makamı) tayini salâhiyetlerini kanton kanunlarına bırakmış olduğu halde, Medeni Kanunumuzda vesayet makamının vazife ve salâhiyetleri sulh mahkemelerine ve nezaret makamına ait olan vazife ve salâhiyetler de asliye mahkemelerine tevdi edilmiştir.

Keza İsviçre Medeni Kanununda (madde 664) sahipsiz şeylerin işgaline, yollar ve meydanlar, akar sular ve yataklar gibi menfaati umuma ait olan malların işletilmesi ve kullanılmasına dair ahkâm vaz'ı kanton kanunlarına bırakıldığı halde, Medeni Kanunumuzda (madde 641) bu hususlara müteallik ahkâmı mahsusa vazedileceği tasrih edilmiş ve sahipsiz şeylerin işgaline müteallik hususî hükümler 22/12/1934 tarihli Tapu Kanunile tesbit olunmuştur.

Bundan başka İsviçre Federal Borçlar Kanununun ticaret şirketlerine, ticaret siciline, ticarî senetlere ve ilâh.. müteallik olan üçüncü kısmı, memleketimizde ayrı bir ticaret kanununun mevcudiyeti sebebiyle bizim Borçlar Kanunumuzda yer bulmamıştır.

Medenî Kanunun meriyete girdiği tarihtenberi on dört seneye yakın bir müddet geçmiştir. Yeni kanunun bir çok hükümleri eski hükümlerimiz ile esaslı farklar arzemesine rağmen kolaylıkla tatbik edilebilmiştir. Henüz fiilen tatbik sahasına girememiş olan bazı hukukî müesseseler bunların tatbiki için icabeden teşkilâtın tamamilê ikmal edilememiş olmasından ileri gelmektedir. Meselâ, ipotekli borç senedi ve irat senedi şeklindeki gayri menkul rehinlerinin gayri menkul malikleri için kabili münakaşa olmıyan iktisadî ehemmiyet ve faydalarını tahakkuk ettirebilmesi, 1934 tarihindenberi başlamış olan kadastro muamelelerinin ikmaline ve gayri menkul kıymetlerinin esaslı bir surette resmen takdir edilmiş olmasına mütevakıftır.

Bir takım hukukî müesseseler ise amelî ve iktisadî bakımdan faydaları olmaması sebebiyle tatbik edilmemiştir. Meselâ, hususî hukuka müteallik gayri menkul mükellefiyeti bu cümledendir. Feodalite enkazından olan bu müessesenin hattâ İsviçre Medenî Kanununda bile yer bulması tenkit ve münakaşaları tahrik etmiş ve faydasından ziyade iktisadî mahzurları olacağı ileri sürülmüştür.



Yeni Medenî Kanun, sistemi ve haiz olduğu vasıflar itibarile haddi zatında ihtiyaçlarımızı temine müsait olmakla beraber, mehzadan üç aylık kısa bir müddet içinde ve müteaddit zevat tarafından tercüme suretile hazırlanmış olması ve bazan da matbaa hataları yüzünden, aslına nazaran esasa ve şekle müteallik bazı yanlışlıklardan hâli olmadığı gibi, kanunun bazı maddeleri de vazıh bir surette tahrir ve ifade edilememiştir. Meselâ, nişanlılardan birinin kusurile nişanı bozması halinde kusursuz olan diğer nişanlının talebe hakkı olacağı manevî tazminatın mirasçısına intikal etmiyeceğini beyan eden 85 inci maddenin ikinci fıkrası aslına uygun bir surette tercüme edilmemiştir. İsviçre Medenî Kanununun bizim 85 inci maddeye tekabül eden 93 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında «Cette prétention est inaccessible» yani «bu manevî tazminat iddiası kabili devir değildir» denilmiş olmasına göre, bu fıkra manevî tazminat iddiasının mirasçıya kabili intikal olup olmadığını değil, hayatta kabili devir olmadığını anlatmak istemiştir. Çünkü

«cession» bir alacağın alacaklı tarafından hayatta devrini ifade eden bir tâbirdir. Manevî tazminat hakkının hangi şartlar dairesinde mirasçılara intikal edeceği İsviçre Medeni kanununun 93 üncü ve Medeni Kanunumuzun 85 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında beyan edilmiştir. Bu yanlışlık manevî tazminat iddiasının hayatta devrolunup olunamayacağı hususunda bir tereddüt husule getirebilecek mahiyettedir.

Keza, Medeni Kanunun en yakın bütün kanunî mirasçılar tarafından mirasın reddedilmiş olmasına terettüp eden neticelerini tayin eden 552 inci maddesi de İsviçre Medeni Kanununun bu hususa müteallik 572 inci maddesine tevafuk etmemekte ve bizim madde vazı kanunun maksadını vazıh bir surette göstermemektedir. İsviçre Medeni Kanununun 572 inci maddesinde «en yakın kanunî mirasçılarının cümlesi tarafından reddolunan miras iflâs bürosu tarafından tasfiye olunur. Tasfiye neticesinde borçların tediyesinden sonra kalan miktar reddetmemişler gibi hak sahiplerine ait olur » denildiği halde, Medeni Kanunumuzun 552 inci maddesinin metni şu şekildedir: «En yakın kanunî mirasçılarının cümlesi tarafından reddolunan miras, sulh mahkemesince karı kocadan sağ olana tebliğ olunur ve onun tarafından ancak bir ay içinde miras kabul olunabilir.» Kanunumuzun 552 inci maddesi bu metinde olunca, maddede en yakın bütün mirasçılarının mirası reddeylemiş olması halinde mirasın resmî tasfiyesi esas kanunda vazıh bir surette gösterilmemiş olduktan başka, 552 inci maddeyi takip eden 553 üncü madde dahi tamamen lüzumsuz ve zait bir madde haline gelmiş olur. Filhakika 553 üncü maddede «Miras fûrularının cümlesi tarafından reddedilmiş ise, red keyfiyeti sulh mahkemesince karı kocadan sağ olana tebliğ olunur ve onun tarafından ancak bir ay içinde kabul olunabilir » denilmekte olmasına nazaran, bu madde 552 inci maddeye fazla bir şey ilâve etmemektedir; çünkü alelittlak en yakın kanunî mirasçılarının cümlesi mirası reddetmiş olunca, 552 inci madde hükmüne göre red keyfiyeti sulh mahkemesince karı kocadan sağ kalana tebliğ edilmek lâzım gelince, en yakın kanunî mirasçılarının fûru olması halinde de red keyfiyetinin sulh mahkemesince karı kocadan sağ kalana tebliğ edilmesi lâzım geleceği aşikârdır. İsviçre Medeni Kanununun yukarıda zikri geçen 572 inci maddesi en yakın bütün kanunî mirasçılar tarafından mirasın reddi halinde mirasın resmen tasfiyesi esasını vazettikten sonra müteakip 573 üncü maddesinde red keyfiyetinin karı kocadan sağ olana tebliğini,

reddeden en yakın kanunî mirasçılarının ancak fûru olması haline hasretmiştir. Medenî Kanunumuzun 552 inci maddesinin matbaa hatası olarak şekli hazırında tabedilmiş olması pek muhtemeldir.



Gerek Medenî Kanunda ve gerek Borçlar Kanununda böyle esasa müessir bir çok hatalar olduğu gibi, şekle müteallik hatalar da az değildir. Ezcümle mehzada aynı tâbir ile ifade edilmiş olan bir mefhuma mukabil kanunumuzun muhtelif fasıl ve maddelerinde başka başka tâbirler kullanılmıştır. Meselâ, «enrichissement illégitime» tâbiri, bazı maddelerde «bigayri hakkın mal edinme» ve diğer bazı maddelerde ve fasıllarda «haksız surette mal iktisabı», «haksız bir fiil ile mal iktisabı» gibi muhtelif tâbirler ile tercüme edilmiştir. (M. K. m. 85, B. K. m. 39, 66 ve Borçlar Kanunu birinci bap üçüncü fasıl)

Keza «faute» tâbirine mukabil Borçlar Kanununun bazı maddelerinde, (meselâ m. 43, 49) «hata» ve diğer bazı maddelerinde de (meselâ 53, 96) daha doğru olarak «kusur» tâbiri kullanılmıştır.

Kanunun pek acele bir surette ve müteaddit zevat tarafından tercüme edilmesinden veya matbaa hatalarından ileri gelen bu gibi yanlışlıkları ve itratsızlıkları bu yazımızda birer birer göstercek değiliz. Maksadımız bu yanlışlıklar, ve bu sebeple kanunun tefsir ve izahında ve anlaşılmasında husule gelen güçlükler hakkında nazarı dikkati celbetmekten ibarettir. On üç senelik tetkik ve tecrübe kanunun metninde tesadüf edilen bu gibi yanlışlıklar ve bozukluklar hakkında bir fikir edinebilmek için kâfidir. Bugün Medenî Kanun ile Borçlar Kanununu salâhiyettar ve mütahassis bir hevete tetkik ettirerek müşahede olunacak yanlışlıkların ve iyi ifade edilememiş olan noktaların tashihine ve mehzadaki aynı tâbire mukabil kanunumuzda kullanılan muhtelif tâbirlerin kat'i surette tevhid ve tesbitine ihtiyaç vardır.



Diğer taraftan Medenî Kanundan sonra neşrolunan bazı kanunlar Medenî Kanunun bazı hükümlerini sarih veya zımnî bir tarzda tadil etmiştir. Meselâ Medenî Kanunun 88 inci maddesinde tesbit edilmiş olan evlenme yaşı 15/6/1938 tarihli kanun ille ve Medenî Kanununun cemiyetlere müteallik bir çok hükümleri 26/6/1938 tarihli

Cemiyetler Kanunu ile tadil edilmiş olduğu gibi, 4/6/1928 tarihli Türk Vatandaşlığı Kanununun 13 üncü maddesi de Medeni Kanunun 126 ıncı maddesini zımnen tadil eylemiştir.

••

Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu tetkik edilirken göze çarpan mühim bir nokta da, Borçlar Kanunile Ticaret Kanunu arasında tesadüf edilen bazı tezatlardır. Ticarî meselelerde Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun hükümlerinden evvel Ticaret Kanunu hükümlerinin tatbiki, umumî prensipler ve Ticaret Kanununun 2 inci maddesi icabından olmakla beraber, bazı meseleler hakkında Borçlar Kanununda mevcut olup ta Ticaret Kanununa mübayin olan hükümler, iktisadi ve ticarî ihtiyaçlara daha uygun görülebilecek bir mahiyettedir. Bu gibi hallerde Borçlar Kanunundaki daha isabetli telâki edilen hükmü ipka ederek diğerlerini kaldırmak ameli bakımdan faydalı olacağı gibi, tamamilen ticaret hukukuna taallük ettiği ve Ticaret Kanununda tasrih edildiği halde, Borçlar Kanununda tekrar yer bulmuş olan hükümleri zait olması hasebilen Borçlar Kanunundan çıkarmak vuzuhu ve sadeliği temin bakımından zaruridir.

Muhterem Adliye Vekili, mütehassis zevattan mürekkep bir komisyon teşkili ile Medeni Kanun ve Borçlar Kanununu yeni baştan tetkik ettirerek lüzumlu veya faydalı görülecek tashihlerin icrasını ve şimdiye kadar yapılan tadilleri de nazarı itibara alarak bu kanunların daha iyi bir surette tahrir ve tanzimini temin ederse Cumhuriyetin millete kıymetli bir hediyesi olan bu eseri bir kat daha sevdirmiş ve memlekete büyük bir hizmet ifa etmiş olacaktır.

Ord. Prof. A. Samim Gönensay