

## II

## Mahkeme içtihatları

- A) Uyuşmazlık mahkemesi kararları; B) İdare mahkemeleri kararları;  
C) Adalet mahkemeleri kararları.

## C) ADALET MAHKEMELERİ KARARLARI :

## Demiryolu kazasına ve dolayısıyla ölüme sebebiyet

T. C.

YARGITAY

TEVHİDİ İÇTİHAT GENELKURULU

Esas No. , 4

Karar No. : 11

Tarihi : 9/4/1947

Dikkatsizlik neticesi ölüme sebebiyet vermekten sanık Makasçı Mehmet Bilim'in Türk Ceza Kanununun 455 inci maddesi mucibince mahkûmiyetine dair Kütahya Ağırceza Mahkemesinden verilen ve sanık tarafından temyiz edilen 12/7/1944 tarihli hüküm, Yargıtay Birinci Ceza Dairesince incelenerek 18/9/1944 tarihinde Onanmasına karar verildiği halde Urfa Ağırceza Mahkemesince aynı suçtan aynı madde ile mahkûmiyetine karar verilmiş olan Enver'e ait 21/1/1944 tarihli hükmün incelenmesi sırasında olayda (389 uncu maddenin uygulanması lâzımgelip gelmeyeceği düşünülmemesinin 455 inci maddenin uygulanması yolsuz olduğundan bahsile zikri geçen hükmün bozulması) hakkında evvelki içtihadın aksine olarak Oyçokluğu hasil olmuş ve iki içtihat arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi adı geçen Daire Başkanlığının 22/3/1945 tarih ve 61 sayılı yazısıyla istenilmiş bulunmasına mebni toplanan Tevhidi İctihat Genelkurulunda keyfiyet incelenerek: Sonuçta;

Ceza Kanununun şahıslara karşı işlenen cürümlere ait dokuzuncu babında dahil bulunan 455 inci maddedeki umumiyet karşısında 383 ve 389 uncu maddelerin hususi hükümleri ihtiva ve muayyen hallere taallük eylediği şüphesizdir. 455 inci madde mutlak surette suç işleme kasdı bulunmayan bir şahsın hataya mülâbis hareketlerinden doğan neticelerden, maddedeki cezalarla sorumluluğunu icap ettirir. Uyuşmazlığın konusunu teşkil eden demiryolu kazalarında ise demiryolu vasıtalarına kasden müdahale ve tasaddi sonucunda vukua gelmesi ihtimali olan veya vukua gelen kazalardan 385 inci maddede bahsedildikten sonra 389 uncu maddede 455 inci maddedeki kayıtlara uygun bir şekilde ve onunla muvazi olarak tedbirsizlik, meslek veya san'atta tecrübesizlik veya nizam, emir ve kaidelere riayetsizlik neticesi kaza vukuuna meydan vermek veya kaza vukubulmuş olmak halinde tatbik olunacak cezalar gösterilmekte ve 383 üncü maddede dahil yine kasda mukarın olmıyan ihmali sebeplerle vücut bulacak umumi tehlike, tahribat ve musibetler bahis konusu olmaktadır.

Her üç maddenin sevk ve tedvin sebepleri gözönünde bulundurulduğu takdirde hususi hallere taallûku itibarıyla demiryolu veya deniz kazalarında mahsus hükümler mevcut iken umumi ve şâmil hükümleri ihtiva eden 455 inci madde tatbika medar olmamak icap eder. Bununla beraber bu kazalar behemehal demiryolu vasıtalarına

karşı işlenen ihmali veya hatalı hareketlerle meydana gelmiş olmalıdır. Aksi halde yani bir trenin veya demiryolu vasıtalarından birinin bir şahsı çiğnemesi veya her hangi bir vasıtaya zarar vermesi, tabiiyle bundan haric kalır ve umumi hükümler taşıyan 455 inci maddeye uygun bir suç olur.

Bu sebeplere binaen demiryolu vasıtalarının bir kazaya veya kaza tehlikesine maruz kalması halinde nakil vasıtalarına karşı işlenen cürümlere ait ikinci fasıldaki 389 uncu maddenin uygulanması gerekeceğine 9/4/1947 tarihinde bir muhalif reye karşı üçte ikili geçen Çoğunlukla karar verildi.

Tevhiri İçtihat Genel Kurulunun 9/4/1947 tarih ve 4/11 sayılı yukarıdaki kararı Ceza Kanununun 389 ve 455 inci maddeleri arasında bir mukayese yapması ve demiryol kazalarında hangi maddenin tatbik edileceğini göstermesi bakımından çok alâka çekicidir.

Karar, demiryolu vasıtalarının bir kazaya veya kaza tehlikesine maruz kalması ve hattâ bu esnada ölüme sebebiyet verilmesi halinde 389 uncu maddenin, demiryolu vasıtalarından birinin bir şahsı çiğnemesi halinde de 455 inci maddenin tatbik edilmesi gerektiği merkezindedir.

Kanunun ruh ve metnine, 1936 tarihindenberi başkası neşredilmediği için Yargıtayın kabul edegeldiğini sandığımız içtihadına [1] uygun olan bu karara tamamen iştirâk ediyoruz. Yalnız kararın mucib sebebi hakkında mutabık değiliz ve bunun da mucib sebeplerini arz etmek istiyoruz.

Tevhidi içtihat kararında açıkça gösterilmemekle beraber, hâdisenin şu şekilde cereyan ettiği tahmin olunabilir. Her iki hâdisenin de kahramanı demiryolu makasçısıdır. Bu kimseler, tedbirsizlik veya dikkatsizlikle veya nizam, emir ve kaidelere riayetsizlikle hulâsa ettiğimiz, suçun istenerek işlendiğini ifade eden kasıt olmadığı halde neticenin ağırlığı sebebiyle, faillerinin, daha dikkatli davranmalarını teminen, cezalandırılmalarının esası olarak kabul olunan «taksir» ile meselâ yanlış bir manevra yaparak bir treni kazaya uğratmışlardır. Bu kaza, ister iki trenin çarpışması şeklinde olsun, ister bir trenin yoldan çıkarak devrilmesi şeklinde olsun, demiryolu vasıtalarına karşı işlenen bir hareketle meydana gelmiştir ve bu kaza neticesinde de bir adam ölmüştür. Derhal ilâve edelim ki, kaza neticesinde bir adam yaralanmış olsaydı mesele değişmiyecekti ve 389 uncu madde ile 459 uncu maddenin mukayesesini icap edecekti. Aşağıda 455 inci madde hakkında serdedeceğimiz mülâhazaların 459 uncu madde hakkında da aynen varit olduğunu bu vesile ile belirtmeyi faydalı buluyoruz.

Tevhidi İçtihat Genelkurulu kararını şu tek mucib sebebe dayayarak vermiştir: 455 inci madde umumî, 389 uncu madde hususî hükümleri ihtiva eder. 455 inci madde mutlak surette taksirli hareketlerden doğan ölü-

[1] Ytl. cD: 27/5/1936, 84-884 (Temyiz Kararları 1937, s. 187).



me sebebiyetlerden, 389 uncu madde ise demiryolu vasıtalarına karşı taksirli hareketlerle meydana gelen kazalardan bahseder.

Acaba bu mülâhaza doğru mudur? Bir diğer söyleyişle, 455 inci maddede umumî, 389 uncu maddeye hususî vasfını vermek kabil midir?

455 inci madde, Ceza Kanununun şahıslara karşı cürümlerden bahseden dokuzuncu babında bulunmaktadır. Bu itibarla kanun koyucunun belli şahısların hayatını korumak için sevkettiği bir hüküm karşısında bulunuyoruz demektir. Bir makinistin demiryolu üzerinde yürümekte olan bir kimseyi taksirle çiğnemesi halinde, o şahsın ölümüne sebebiyet bahis mevzuudur.

389 uncu madde ise Ceza Kanununun yedinci babındadır. Bu bab, âmnenin selâmeti aleyhinde cürümlere ayrılmıştır. Şu halde 455 inci maddede olduğu gibi şahsa karşı bir cürüm bahis mevzuu değildir.

Âmnenin selâmeti aleyhindeki cürümlere ait hükümler sevk edilirken âmnenin hayatı, vücut tamamıyeti, sıhhati ve hattâ mülkiyet hakları himaye edilmek istenilmiş ve bunların muayyen şahıslara aidiyeti hesaba katılmamıştır. Âmme selâmeti aleyhindeki cürümleri, şahsa karşı veya mala karşı cürümlerden ayıran vasıflar, bu suçların hedeflerinin kollektif ve zararlarının önceden bilinemez oluşudur [2]. Burada asıl nazara alınan zarar değil, fakat bilhassa zarar tehlikesidir. Bir misal olmak üzere tren kazalarına ait hükümleri ele alırsak görürüz ki 385 inci maddenin birinci fıkrası kasden, 389 uncu maddenin birinci fıkrasının birinci kısmı taksirle kaza vukuu tehlikesine meydan vermeyi cezalandırmıştır. Her ne kadar 385 inci maddenin ikinci fıkrası kasden, 389 uncu maddenin birinci fıkrasının ikinci kısmı da taksirle kazaya meydan vermeyi ceza tehdidi altına koymuş ve bu hallerde kazanın vukubulması ve kazanın mevcudiyeti için de zarar olması şart ise de bu suçlar da bir zarar suçu değil, yine bir tehlike suçudur. Zira kanun husule gelen zararı değil fakat kazanın âmme için, âmnenin selâmeti için meydana getirdiği tehlikeyi nazara almıştır. Hattâ yeni İtalyan Kanununun, kaza vukuu tehlikesini meydana getirmekten bahseden 450 nci maddesine «taksirli tehlike suçu» ve kaza vukuuna meydan vermekten bahseden 449 uncu maddesine «taksirli zarar suçu» adını vermesi de tenkit edilmiş ve âmnenin selâmeti bakımından konulan bu maddedeki kazanın vukuu için adam ölmesinin ve hattâ yaralanmasının şart olmadığı, zararın yalnız maddî olmasının mümkün olduğu söylenmiştir [3].

[2] MANZINI: *Trattato di diritto penale italiano*, c. VI, 1926, s. 347, 414; MAJNO: *Commento al Codice penale italiano*, c. III, 1924, m. 311, n. 1407.

[3] MANZINI: *Trattato*, 1946, c. VI, s. 317.



Taksirli hareketlere misal olarak yolda gelmek üzere olan treni düşünmeden hareket şefinin istasyondaki trene yol vermesini, makasçının yanlış makas çevirmesini, makinistin yol işaretlerine dikkat etmemesini gösterebiliriz.

Ancak, biri diğeri içine girebilen ve aralarında cins ve nevi münasebeti olan iki suç arasında umumilik ve hususilik münasebeti aranabileceği, mânevî unsur bakımından müşabehetin maddî unsurları farklı olan ölüme sebebiyet suçu ile kazaya sebebiyet suçu arasında bu münasebet bakımından bir mukayeseye imkân vermediği mülâhazasıyla, bu suçlardan birincisine umumî, ikincisine hususî denilemeyeceği kanaatındayız.

Eğer şahıslara karşı cürümlerden bahseden bapta, mutlak taksirli adam öldürmeden bahseden 455 inci maddeden başka meselâ demiryolu memurlarının taksirli hareketleri neticesinde adam öldürmeleri hakkında da bir madde olsaydı o zaman birine umumî diğeri hususî diyebilirdik. Nitekim umumî bir tehlikeyi mutazammın her türlü kazaya taksirli olarak sebebiyet verenler hakkındaki 383 üncü madde ile demiryolu üzerinde bir kazaya sebebiyet verenler hakkındaki 389 uncu madde arasında, keza zimmet suçu ile ihtilâs suçu arasında, memurların her türlü vazifelerini ihmal veya terahilerinden bahseden 230 uncu madde ile memurların suç ihbar vazifelerini ihmal veya terahilerinden bahseden 235 inci madde arasında ve hattâ bu sonuncu madde ile muhtarların, aralarında evlenme akdi yokken dinî merasim yapma suçunu ihbar etmemelerinden bahseden 237 nci madde arasında böyle bir münasebet vardır, çünkü bunlar biri diğeri içine girebilen suçlardır. Bu münasebetle, zimmet ve ihtilâs müstakil suçlar addedip ikisinden ayrı ayrı ceza verilmesini isteyen içtihadı [4] yanlış bulduğumuzu da söyleyelim.

389 uncu madde ile 455 inci madde arasında umumilik ve hususilik bahis mevzuu olmadığıнын bir diğeri delili de, fikrî içtima halinde de hakikî içtima hükümlerinin tatbik edileceğini kabul eden yeni İtalyan Kanunu sisteminde, hem kazaya sebebiyetten hem de ölüme sebebiyetten ayrı ayrı ceza verilebilmekte ve bunların içtima ettirilebilmekte olmasıdır [5]. Umumilik ve hususilik münasebeti olsaydı, yalnız hususî suçun cezasının verilmesiyle iktifa edilmesi icap edeceği gayet bedihidir.

[4] YILCD: 13/4/1938, 649-1332 (*Temyiz Kararları 1938*, s. 144).

[5] İTALYAN Yt.: 13/6/1934 (MANZINI: *Trattato* 1946, c. VI, s. 320, not 2); 6/12/1937 (CONTI ve JANNITTI PIROMALLO: *Esposizione critica della giurisprudenza sul Codice penale*, 1942, c. II, kısım 1, m. 445-449, I. d. 2, s. 338); 18/2/1938 (*s. p. e.*, c. I, m. 81, I. b. 71, s. 311).



Tevhidi İçtihat Genelkurulunun vardığı ve kanaatımızca çok yerinde olan neticeyi başka bir yoldan elde etmek gerekeceğini düşünüyoruz.

Mehaz İtalyan kanunundaki madde aynen bizimki gibidir. Yalnız bizim 407 ye tekabül eden onların 327 nci maddesi bizdeki gibi üçüncü fasılda değil, müşterek hükümlerden bahseden beşinci fasılda bulunmaktadır. Bu 327 nci madde, ölüm veya yaralanma olduğu takdirde cezanın artırılacağı halleri birer birer saymıştır. Kasdi demiryolu kazalarından bahseden bizim 380 inci maddeye tekabül eden 312 nci madde sayıldığı halde, taksirli kazaya mütedair olan bizim 389 uncu maddeye tekabül eden 314 üncü madde zikredilmemiştir. Bundan umumiyetle çıkarılan netice, taksirli kazalarda insan telef olmasının veya yaralanmasının ağırlatıcı sebep addedilmemiş olduğudur. Bizim 407 nci madde, ağırlatıcı sebebin taallük ettiği maddeleri saymak sistemini kabul etmemiş fakat buna rağmen yalnız umumun sıhhatine ait cürümlerden bahseden üçüncü fasla konulduğu için bizde de ölüm ve yaralanmanın, taksirli demiryolu kazalarında ağırlatıcı sebep sayılmasına imkân bulunmamıştır. Bu madde bakımından durum, mehaz kanundakine benzediği için İtalyadaki tatbikat ve nazariyattan istifade etmemiz imkân dahilinde girmiştir.

İtalyan Yargıtayının, bir tek kararı istisna edilirse, 41 senelik tatbikat esnasında tek suç cezası verilmesine taraftar olduğunu görüyoruz. Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren uzun zaman yalnız taksirli kaza cürmünden ceza verileceği kabul edilmiştir [6]. Hattâ bir kararında İtalyan Yargıtayı bu içtihadını, ölüm ve yaralanmanın kaza mefhumuna girdiği ölçüsile izah etmiştir [7]. Kaza mefhumundan şahıslara karşı bir tehlikenin dahil bulunduğu kanunun hazırlanışı sıralarında da nazara alınmış ve maddeye bu yolda bir ilâveye lüzum görülmemiştir [8]. Hattâ 1926 yılının son ayında verdiği bir kararda dahi aynı içtihadını muhafaza ettiğini gördüğümüz İtalyan Yargıtayının 1926 yılının ortasında, hakiki içtima hükümlerinin tatbik olunacağına dair bir kararına da rastlamaktayız [9].

[6] İTALYAN Yt.: 4/9/1891, 28/3/1892, 22/4/1895 (CRIVELLARI: *Il Codice penale interpretato*, 1896, c. VII, s. 426, 427); 10/12/1926 (MANZINI: *Trattato*, 1946, c. VI, s. 320, not 2); 11/12/1931 (CONTI ve JANNITTI PIROMALLO: *s. g. e.*, c. II, kısım 1, m. 449-445, le 1, s. 338).

[7] İTALYAN Yt.: 13/2/1906 (CONTI: *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice penale*, 1921, c. II, m. 314, n. 20).

[8] MAJNO: *Commento al Codice penale italiano*, 1924, c. II, m. 314, n. 1414, s. 147.

[9] İTALYAN Yt.: 18/6/1926 (MANZINI: *Trattato*, 1946, c. VI, s. 320, not 2).



Nazariyata gelince, Manzini, yalnız taksirli kaza suçundan ceza verilmesine taraftardır ve bu neticeye gerek fikrî içtima ve gerek mürekkep suç yollarile varılabileceğini söylemektedir [10]. Crivellari de, taksirli kaza maddesinin tatbik olunacağı fikrindedir ve sebep olarak da adam ölmesiyle cürmün nev'inin değişmemesini, âmmenin selâmeti aleyhinde olarak kalmasını ve bu madde cezasının taksirli adam öldürme cezasından ağır olmasını göstermektedir [11].

Kanaatımızca, 389 uncu maddenin tatbik edilmesi gerektiğini izah için mürekkep suça ait 78 inci madde hükmüne istinat edilemez. Bilindiği gibi mürekkep suç, muhtelit suçların bir nev'idir. Muhtelit suçlar, biri diğeri vesilesile veya biri diğeri işlemek veya gizlemek için işlenmiş müteaddit suçlardır.

Bu suçlardan birisi diğeri unsurunu veya ağırlatıcı sebebini teşkil etmesi halinde unsur — suç veya ağırlatıcı sebep — suçu da ihtiva eden suça mürekkep suç denilmekte ve yalnız onun cezası verilmektedir. Unsur — suç veya ağırlatıcı sebep — suç, mürekkep suçun işlenmesi için işlenmişlerdir. Bu itibarla bunlarla mürekkep suç arasındaki münasebet (biri diğeri işlemek için işlenmiş olmak) münasebetidir.

Kanun koyucu mürekkep suçun cezasını tespit ederken failin ayrıca müstakillen suç sayılmış olan unsur - suçu veya ağırlatıcı sebep - suçu işlediğini de gözönünde tutmuştur. Bu itibarla mürekkep suçun cezasında öteki suçların cezaları da dahil olduğu için mürekkep suçtan başka bu suçların cezasının da verilmesi doğru görülmemiştir. Zaten mürekkep suçu işleyen zarurî olarak unsur - suçu veya ağırlatıcı sebep - suçu da işleyeceğinden, bu zaruret o suçlardan ayrıca ceza verilmesine de mânidir.

Hâdisemizde, biri diğeri işlemek için işlenmiş iki suç yoktur. Zaten bu hal ancak kasıtlı suçlarda görülebilir. Suç işlenmesi için suç işlenmesi, kasdın mevcudiyetini açığa vurur ve taksirli suçlar da bahis mevzuu olamaz.

Hâdisemizde biri diğeri işlemek için işlenmiş iki suç olmadığı için, «ölüme sebebiyet suçu kaza mefhumunda dahildir, kazaya sebebiyet suçunun unsurunu teşkil eder» diyerek ikisini bir tek suç saymağa ve 78 inci maddeden faydalanmağa imkân yoktur.

Bizce, burada ancak fikrî içtima hükümlerine dayanmak ve yalnız 389 uncu maddenin tatbik edilmesini onunla izah etmek mümkündür. Haricî âlemdeki değişiklik yani «fiil» burada birdir. O da, vagonların devrilmesini, eşyanın tahribini, insanların yaralanmasını ve ölmesini ihtiva eden

[10] MANZINI: *Trattato*, 1926, c. VI, s. 415.

[11] CRIVELLARI: *Il Codice penale interpretato*, 1896, c. VII, s. 424.



«demiryolu kazası» dır. Birden fazla fiil yani suç olduğu halde mürekkep suçta nasıl hukukî zaruret münasebeti olduğu için bir tek suçun cezası verilirse, bir fiilin birden fazla hükmü ihlâl etmesile meydana gelen müteaddit suçlar arasında da yine aynı hukukî zaruret münasebeti olduğu için bir tanesinin cezasının verilmesi ile iktifa edilmiştir.

Hâdisemizde netice yani fiil bir olmasına rağmen şahıs bakımından düşünülecek olursa taksirli adam öldürme veya müessir fiil suçlarından bahseden 455 veya 459 uncu maddelerin, âmme selâmeti nazara alınırsa taksirle demiryolu kazasına sebebiyet suçuna ait 389 uncu maddenin ihlâl edildiği görülür. Bir fiil ile kanunun birbiri arasında umumîlik ve hususîlik münasebeti bulunmayan muhtelif ahkâmını ihlâlden ibaret olan ve 79 uncu maddede tanzim edilen fikrî içtima halinin mevcudiyeti, bu suretle anlaşıldıktan sonra 389 uncu maddenin tatbiki icap edeceği neticesine varmak için cezaların ağırlıklarının mukayese edilmesi kâfi gelecektir.

Tevhidi İçtihat kararının neticesinde mutabık kaldıktan sonra gerekçesi üzerinde bu kadar ısrar ve münakaşa edişimizin lüzumsuz olduğu iddia edilmemelidir. Bizce mesele bu hâdisedeki neticeden ziyade prensip meselesidir. Başka bir hâdisede, tamamen müstakil olan suçlar arasında yine umumîlik ve hususîlik münasebetinin mevcudiyeti kabul edilerek daha hafif cezayı gerektiren suça ait maddenin tatbik edilmesi gerektiği neticesine varılabileceği düşünülürse kararın gerekçesi üzerinde neden bu kadar ısrar ettiğimizin anlaşılacağını ve bize hak verileceğini umarız.

\* \* \*

### Sarhoşlukta itiyat

T. C.

YARGITAY

TEVHİDİ İÇTİHAT GENELKURULU

Esas No. : 13

Karar No. : 8

Tarih : 2/4/1947

Türk Ceza Kanununun 572 nci maddesinin ikinci fıkrası muclbince sarhoşlukta itiyattan dolayı ceza tayin edilebilmesi için evvelki mahkûmiyetlerin sözü geçen maddenin birinci fıkrası muclbince mevsuf sarhoşluk sebebiyle verilmiş olması lâzım gelip gelmediği veya mutlak surette sarhoşluktan mahkûmiyetin kâfi bulunup bulunmadığı hakkında Ceza Genelkurulunun 9/1/1933 tarih ve 2/101-7 ve 8/7/1946 tarih ve 182/122 sayılı kararları arasında hâdis olan içtihat ihtilâfının birleştirilmesi Birinci Başkanlık makamının 239/1946 tarihli yazısıyla istenmesi üzerine toplanan Tevhidi İçtihat Genelkurulunda keyfiyet incelenerek:



Sonuçta;

Ceza Kanununun 571 inci maddesinde, cezayı müstelzim olan âdi sarhoşluk, 572 nci maddenin birinci fıkrasında mevsuf sarhoşluk ve ikinci fıkrasında itiyat hali ve 573 üncü maddesinde de iptilâ hali tayin ve tespit edilmiştir.

572 nci madde metninin «yukarıda gösterilen surette sarhoş olup da» diye başlaması bu maddenin 571 inci maddeye bağlı olduğunu göstermektedir. İki maddenin bu suretle birbirille ilgili olmalarına ve 572 nci maddenin ikinci fıkrasında mutlak surette «sarhoşluğu itiyat derecesine vardiyanlar...» denmesine ve hasır ve tahdidî tazammun eden başkaca bir kaydı ihtiva etmemesine göre kanunun gözönünde bulunduğuşu itiyat hali 572 nci maddenin birinci fıkrasında söylenen mevsuf sarhoşluğa münhasır olmayıp âdi sarhoşluğa da şâmilidir.

İtiyat halini yalnız mevsuf sarhoşlukla tahdit etmek kanunun maksat ve gayesine münafi olduğuşu gibi itiyadın iptilâ derecesine varmasından bahseden 573 üncü maddenin tatbik kabiliyetini de ortadan kaldırır. Çünkü, kanunun gerek siddetle cezalandırmak istediğı, gerek ıslahını kasdeylediğı hal sarhoş olarak başkasına tecavüz etmek veya umumun istirahatini bozmak itiyat ve iptilâsı olmayıp mutlak surette cezayı müstelzim olan sarhoşlukta itiyat ve iptilâ halidir.

Binaenaleyh, 572 nci maddenin ikinci fıkrası mucibince sarhoşlukta itiyattan dolayı ceza tayini için evvelki mahkûmiyetlerin mezkûr maddenin birinci fıkrasına müstenit bulunmalarının meşrut olmadığına ve 571 inci ve 572 nci maddeler gereğince iki defa mahkûm olduktan sonra aynı fiilî tekrar işleyenler hakkında itiyat hükmünün tatbiki icap edeceğine üçte ikiyi geçen Çoklukla 2/4/1947 tarihinde karar verildi.

Sarhoşlukta itiyadın tayini, bizi iki mesele karşısında bırakmaktadır:

I — Sarhoşlukta itiyat vardır demek için evvelki mahkûmiyetlerin mevsuf sarhoşluğa taallük etmesi şart mıdır?

II — Sarhoşlukta itiyat vardır demek için suçlunun evvelce mahkûm olmasını şart koşmalı mıdır?

Yukarıki Tevhidi İçtihat kararı sadece birinci meseleyi halletmiş ve menfi cevap vermiştir. İkinci mesele kanun hükmünün tenkidi mahiyetinde olduğuşu içindir ki tabiatile mahkeme kararlarile hallolunmağa müsait değildir.

*I — Sarhoşlukta itiyat vardır diyebilmek için evvelki mahkûmiyetlerin mevsuf sarhoşluğa taallük etmesi şart mıdır?*

Tevhidi İçtihat Genelkurulunun bu kararı, sarhoşlukta itiyadın şümulünü tayin etmekte ve itiyat dolayısıyla cezanın arttırılmasının yalnız 572 nci maddede yazılı mevsuf sarhoşluğa münhasır olmadığını, pek haklı olarak, belirtmektedir.

Bu görüş, kanunun yürürlüğe girmesindenberi, yirmi küsur senedir, müstakar bir şekilde tatbikata aykırıdır.



Ceza Genelkurulu, 9/1/1933 tarihli bir kararında [1], itiyat hükmünün tatbik edilebilmesi için evvelki mahkûmiyetin 572 nci maddenin birinci fıkrasına matuf olması gerektiği kanaatını izhar etmişti. Bu kanaatin gerekçesi kararda yazılı değildir. Fakat öyle tahmin ediyoruz ki itiyattan sadece 572 nci maddede bahsedilmiş bulunması, itiyat ve iptilâ hakkındaki hükümlerin müstakil bir maddede yer almamış olması bu kanaati doğuran başlıca sebeplerdir.

İkinci Ceza Dairesinin 1936 yılında, Genelkurulun 1933 de izhar ettiği içtihadı sadık kaldığını görüyoruz. Filhakika mezkûr Daire 30/12/1936 tarihinde itiyadın aynı fiili tekrar işlemekle meydana geleceği hakkındaki 572 nci maddenin üçüncü fıkrası hükmüne dayanarak evvelki mahkûmiyetlerin ayrı ayrı maddelere istinat etmesi yani bir mahkûmiyetin 571, diğer mahkûmiyetin 572 nci madde ile vaki olması halinde itiyat hükümlerinin tatbik edilemeyeceğine karar vermiştir [2]. Bu karar mahkûmiyetlerin aynı madde ile olması lüzumunu belirtmekte, her iki mahkûmiyetin 571 inci maddeye dayanması halinde itiyadın kabul edilip edilmeyeceği meselesini halletmemektedir [3]. Aynı Daire, 1937 yılının başında da aynı yolda bir karar vermiştir [4]. Maamafih yine İkinci Ceza Dairesinin 1937 ve 1939 yıllarında bu meseleyi de açıkça ve yerleşen içtihadı uygun olarak hallettiği görülmektedir, filhakika mezkûr Daire 17/12/1937 [5], 19/12/1939 [6], ve 28/12/1939 [7] tarihlerinde, birden fazla mahkûmiyetler 572 nci maddeye istinat etmedikçe sarhoşlukta itiyat ve iptilâmın bahis mevzuu olamayacağına karar vermiştir.

Dördüncü Ceza Dairesinin 1946 yılının başlarında verdiği bir kararda da [8] «572 nci madde ile kesinleşmiş iki mahkûmiyet olmadan itiyadın teşekkül edemeyeceği» açıkça söylenmektedir.

Yerleşmiş olan içtihadı karşı ilk tepkinin, Ceza Genelkurulunun

[1] Y1CGk: 9/1/1933, 2/101-7 (*Temyiz Kararları 1930-34*, s. 437).

[2] Y12.CD: 30/12/1936, 15781-15612 (*Temyiz Kararları 1936*, s. 341).

[3] Bu sebeple, mezkûr kararın, itiyat hükümlerinin tatbiki için mahkûmiyetlerin 572 nci maddenin birinci fıkrasında yazılı suça taallük etmesi leap etmeyeceği şeklinde hülâsa edilmiş olmasını hatalı bulduğumuzu ilâve etmek isteriz.

[4] Y12.CD: 20/1/1937, 14971-755 (*Temyiz Kararları 1937*, s. 311).

[5] Y12.CD: 17/12/1937, 14023-15511 KÖSEOĞLU *Hâşiyeli TCK*, besinci bası, m. 572).

[6] Y12.CD: 19/12/1939, 13335-13452 (*Temyiz Kararları 1939-40*, s. 127).

[7] Y12.CD: 28/12/1939, 13792-13858 KÖSEOĞLU *Hâşiyeli TCK*, m. 573).

[8] Y14.CD: 2/4/1946, 3412-4178 (*Yargıtay Kararları 1946*, s. 128).



8/7/1946 tarihli kararında [9] görüldüğü anlaşılmaktadır. Neşredilmediği için muhteviyatına tamamen vâkıf olmadığımız bu kararın, itiyat vardır diyebilmek için evvelki mahkûmiyetlerin 571 veya 572 nci madde ile olması arasında bir fark gözetmediği Tevhidi İçtihat kararından anlaşılmaktadır.

Genelkurulun müstakar içtihadile bu son içtihadı arasındaki ihtilâfın halledilmesi için toplanan Tevhidi İçtihat Genelkurulu da yukarıda metnini aynen naklettiğimiz 3/4/1947 tarihli kararla bu son görüşü tercih etmiştir. Yüksek Kurul, bu kararını şu üç sebebe istinat ettirmiştir:

- 1) 571 ve 572 nci maddeler birbirine bağlıdır. İtiyadın bunların ikincisinde bahsedilmiş olması birincisi bakımından tatbikine mâni değildir.
- 2) İtiyattan bahseden fıkrada mutlak olarak «sarhoşluğu itiyat derecesine vardiyanlar» denilmiştir.
- 3) Kanun koyucunun maksadı basit sarhoşluk suçunda da itiyadın kabul edilmesi ve ağır suretle cezalandırılmasıdır.

Bu üç sebebi tahlil edersek Yargıtayın bu kararı vermekte yani müstakar içtihadını terketmekte ne kadar isabet ettiğini görürüz:

Filhakika 571 ve 572 nci maddeler birbirine çok sıkı bir surette bağlıdır. Bu bağlılığı sadece 572 nci maddenin başındaki «yukarıki maddede gösterilen surette sarhoş olup da» sözlerinden anlamıyoruz. Maddenin tarihçesine bakarsak bu bağlılığı çok daha açık bir şekilde göreceğiz.

1274 (1858) tarihli Ceza Kanunu sarhoşluk suçu hakkında bir hüküm ihtiva etmiyordu. 260 ıncı madde «ahalinin rahatını selbedecek surette bilâ mucib gürültü ve şamata edenleri» cezalandırıyordu. Bu maddeye «bir kimse bir mahalli umumîde müz'ic ve müstekreh surette sarhoş olarak yakalanırsa bir liraya kadar cezayı nakdî ile müaczat olunur, eğer sarhoşluk failin mutadî ise ceza bir haftaya kadar hapistir» şeklinde iki fıkra zeyletilmesi 26 Nisan 1326 tarihinde Hükümetçe teklif edildi. 1889 tarihli İtalyan kanunundan alınan bu teklifteki itiyat yerine Mebusat Meclisinin Adliye Encümeni tekerrür kelimesini koydu. Mebusan Meclisi de bu hükümlerin müstakil bir maddenin yani ilâve olunan 265 inci maddenin mevzuunu teşkil eylemesini kabul ederek tekerrür ile itiyadı ayrı ayrı derpiş eyledi ve bunlara bir de iptilâ mefhumunu ilâve etti. 22 Mayıs 1327 (4 Haziran 1911) tarihinde iradeye iktiran eden bu maddenin ikinci fıkrasına göre «mükerrirler hakkında işbu ceza bir haftaya kadar hapis veya beş

[9] YtCGk: 8/7/1946, 182-122 (Bu karar ayrıca neşredilmemiş, tahlil etmekte olduğumuz Tevhidi İçtihat Kararında zikredilmiştir).



liraya kadar cezayı nakdîdir. Mükerrirlik itiyat derecesine varmış ise ceza beş liradan yirmi beş liraya kadar cezayı nakdî veya bir haftadan bir aya kadar hapistir. İtiyat suretile mahkûm olan şahıs memurini devletten bulunduğu halde memuriyetten muvakkaten tard dahi edilebilir». Üçüncü fıkra şu mealdedir: «Berveçhi muharrer sarhoşluktaki itiyat, iptilâ derecesinde ise altı aydan noksan olmamak ve masarifi kendisine ait olmak şartile salahı tibben taayyün edinceye kadar bir hastanede tevkifine hükümlenur».

22 sayılı ve 14 Eylül 1336 tarihli Men'i Müskirat Kanunu müskirat istimalini ve alenen sarhoşluğu suç saydı. Bu hükümler baki kalmak üzere, 470 sayı ve 9 Nisan 1340 tarihli kanunla tadil edilen Men'i Müskirat Kanunu, 790 sayı ve 22 Mart 1926 tarihli ispirto ve meşrubatı küüliye inhisarı hakkındaki kanunla yani 765 sayılı Yeni Ceza Kanunundan sonra ilga edilmiştir.

Ceza kanunu hazırlanırken mevzuatımız bu durumda idi. 1925 tarihinde Adliye Vekâletince hazırlanan lâyhada sarhoşluğun cezalandırılması hakkında bir hükme rastlanmamaktadır. Halbuki me haz İtalyan kanununun 488 inci maddesinin birinci fıkrası, umumî yerlerde nefret ve istikrahı bais olacak veya halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak surette ve âşikâr bir halde sarhoş olarak yakalanmayı cezalandırıyor, ikinci fıkrası ise fiilin itiyadı halinde cezayı ağırlatıyordu. İtiyat, kanunda tarif edilmemişti. Görülüyor ki me haz kanunda sade sarhoşluk suçu ile itiyat derpiş edilmişti. 1926 tarihinde kabul olunan Ceza Kanunumuz bu hükümleri almış fakat 572 nci maddedeki mevsuf sarhoşluğu da ilâve etmeyi nedense lüzumlu görmüştür.

Bütün bu izahat açıkça göstermektedir ki, sarhoşlukta itiyat sade mevsuf sarhoşluk haline münhasır değildir ve sarhoşlukta itiyat mefhumu çok daha umumîdir. Yalnız me haz kanunundan ayrılınarak bir mevsuf sarhoşluk hükmü ilâve edilince, kanunun tekniğinde de ona göre değişiklik yapılmış olmasını gönül arzu ederdi. Yani ya 571 inci maddede basit sarhoşluk ve 572 nci maddede mevsuf sarhoşluk derpiş edilmeli ve 573 üncü maddede her ikisine şâmil olmak üzere itiyat ve iptilâdan bahs olunmalıydı. Yahut da 571 inci madde basit ve mevsuf sarhoşluğa, 572 nci madde de itiyat ve iptilâta tahsis edilmeliydi. İtiyat hakkında hüküm ihtiva eden fıkra da sade «sarhoşluk» tan bahs olunması da bahis mevzuu olan itiyadın, bütün sarhoşluk suçlarına şâmil olduğunu göstermektedir. Keza, Tevhidi İctihat kararında da işaret edildiği veçhile, aksini kabul etmek, sarhoşlukta itiyadı iptilâ derecesine varmış olanlar hakkındaki 573 üncü maddenin tatbik sahasını pek daraltacaktır. Bu da gösteriyor ki, kanun sarhoşlukta itiyat ve iptilâyı mutlak surette nazara almıştır.



1925 tasarısında bulunmayan ve Kamutayda müzakere sırasında ilâve edilmediği malûm olan 571 ve 572 nci maddelerin kanuna nereden ve nasıl girdiği meçhuldür. Fakat aceleye geldiği muhakkaktır. Bu münasebetle 572 nci maddedeki mevsuf sarhoşluğa ait hükmün lüzumsuzluğuna da doçent Dönmezer arkadaşımızla birlikte [10] işaret edelim [11].

Kanundaki teknik sakatlığı bu acele ile izah etmek ve ondan, Tevhidi İçtihat kararının pek haklı olarak yaptığı gibi, itiyadın sade 572 nci maddedeki sarhoşluğa taallük ettiği neticesini çıkarmamak en doğrusudur.

*II — Sarhoşlukta itiyat vardır demek için suçlunun evvelce mahkûm olmasını şart tutmalı mıdır?*

Sarhoşlukta itiyadın nasıl tayin edileceğini kanun, 572 nci maddenin üçüncü fıkrasile göstermiştir: «İki defa mahkûm olduktan sonra aynı fiili tekrar işleyenler o fiili itiyat etmiş sayılır». Görülüyor ki iki defa mahkûmiyet, itiyadın şartı olarak kabul edilmiştir.

Sarhoşluk hakkındaki mevzuatımızın yukarıda yaptığımız tarihçesinden anlaşılmaktadır ki, 1276 kanununun 22 Mayıs 1327 tarihli 265. maddesi gibi mehaz kanunun 488 inci maddesi de itiyadı tarif etmemiştir.

[10] DÖNMEZER: *İtiyadı sarhoşluk halinde 572. maddenin tatbiki*. İst. HFM., 1944, 417.

[11] 572 nci maddede hem sarhoşun başkasına tecavüzü hem de umumun istirahatinin selbedilmesi bahis mevzuudur. Tecavüz halleri müstakil suç sayıldığı gibi, umumun istirahatinin selbedilmesi de 547 nci madde ile cezalandırılmış bulunmaktadır, 572 nci maddenin, kanunun sistemine yabancı olması tatbikatta güçlükler sebep olmaktadır. Tecavüzden dolayı meselâ hakaret veya müessir fill cezası verilince 572 nci maddenin mi yoksa 571 inci maddenin mi cezası verilecektir meselesi ihtilâflara yol açmıştır. İkinci Ceza Dalresi 26/5/1937 tarih ve 6839-8040 sayılı bir kararında (BORA: *Hâsiyeli TCK*, dördüncü bası, m. 572) 572 nci maddenin tatbikini istediği halde, 10/6/1941 tarih ve 4097 sayılı bir kararında (nesredilmemiştir) da 572 ile ceza verilmesini yolsuz bulmuştur. Ceza Genelkurulu ise 13/3/1944 tarihinde Dördüncü Ceza Dalresinin görüşünü tasvip ederek, 572 nci maddenin tatbiki lâzım geldiğine karar vermiştir (*İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1944, sahife 417). Keza Dördüncü Ceza Dalresi 6/3/1946 tarih ve 2164-2828 sayılı kararında hem izarar suçunun hem 572 nci maddenin cezasının verilmesi lüzumuna karar vermiştir (FARUK EREM: *Sarhoşlukta ceza sorumluluğu*. Adalet Dergisi, 1946, sahife 586, not 16). Doçent Dönmezer arkadaşımız da biraz evvel işaret ettiğimiz yazısında, tecavüzden başka umumun istirahati de selbedilmiş olduğundan, pek haklı olarak, bu son görüğe iltihak etmektedir.



265 inci madde hem tekerrürü hem de itiyadı kabul ettiğine ve itiyadı mü-kerrerliğin ileri bir hamlesi addeylediğine göre fiilin en az iki defa icrası tekerrürü ve daha fazla icrası itiyadı meydana getirecektir [12]. Yalnız fiilin sadece icrasının tekrarı kâfi değildir. Mahkûmiyet de lâzımdır. Zira kanun tekerrür için mahkûmiyeti aramaktadır. İtiyad da bir nevi tekerrür olduğundan itiyad için de önceki mahkûmiyetlere ihtiyaç bulunmaktadır.

İtalyan kanun koyucusu da içki içmek mânasına sarhoşluğun değil, fakat suç olan sarhoşluğun itiyadını nazara almış ve bunun içindir ki tasarıdaki «sarhoşluk ihtiyad halini almış ise» kelimeleri yerine «fiilin itiyadı halinde» kelimelerini gullanmıştır [13]. Fakat her biri bir suç teşkil eden müteaddit sarhoşlukların bir mahkûmiyetle tesbit edilmesi lüzumu hakkında mehzaz kanunda bir hüküm yoktur. İtalyan mahkemeleri bazan mahkûmiyet lâzımdır diye karar vermişlerdir [14]. aBzan da buna lüzum olmadığını kabul etmişlerdir [15].

1926 kanun koyucusu ilk defa bir tarif koymuştur. Bu tarife göre en az iki mahkûmiyet şart olduğuna göre tekerrürden daha ileri bir vaziyet derpiş edilmiş demektir. Tekerrürün bir nevi olduğuna göre kanunumuza göre itiyad halinde tekerrür hükümlerinin tatbik edilmemesi icap etmektedir. Tatbikat da bu merkezdedir [16].

Diğer taraftan, kanun sadece mahkûm olmaktan bahsetmiş, cezanın infaz edilmiş olmasını şart koşmamıştır. Bu itibarla, evvelki mahkûmiyetlerin infaz edilmiş olması lüzumuna işaret eden görüşü [17] kanuna aykırı bulmaktayız. Dördüncü ceza dairesinin oldukça yeni bir kararı [18] kesinleşmiş mahkûmiyet olmadan itiyadın teşekkül edemeyeceğini tasarruflandırmaktadır. Fakat bu karardan mezkûr dairenin, kesinleşmiş mahkûmiyet olunca itiyadın teşekkül edeceği fikrinde bulunduğunu çıkarmağa imkân göremiyoruz. Kaldı ki aynı kararda, hâdisede eski cezanın çekilmiş olmadığı da belirtilmiş bulunmaktadır.

[12] A. VEHBİ: *kanunu Ceza serhi*. Bağdat, 1327, s. 657.

[13] MAJNO: *Commento al Codice penale italiano*. c. IV, p. 368, n. 2337.

[14] İtalyan Yt: 6/9/1894, 9/3/1899 (Conti: *Prima raccolta della giurisprudenza*, 1926, c. IV, m. 488, n. 35 ve 36).

[15] İtalyan Yt: 17/6/1890 (Conti: *s.g.e.*, m. 488, n. 41).

[16] Yt2. CD: 5/6/1932, 2599-3667 (*Temyiz Kararları 1932*, s. 93; 15/3/1937, 3300-3759 (*Temyiz Kararları 1937*, s. 326); Yt4.CD: 2/4/1946, 3412-4178 *Yargıtay Kararları 1946*, s. 128) (Bu kararda her ne kadar 81. madde zikredilmekte ise de bu bir mürettip hatâsıdır. Aslında 80. madde yazılıdır).

[17] Yt2.CD: 5/6/1937, 2599-3667 (*Temyiz kararları 1932*, s. 94).

[18] Yt4.CD: 2/4/1946, 3412-4178 *Yargıtay kararları 1946*, s. 128).



Tekerrürde dahi eski cezanın çekilmiş olmasının kanunumuza göre şart olmadığı fikrindeyiz [19]. Aksi tezin müstakar bir içtihatla kabul edilmiş bulunması, kanunun bir çok hükümlerinin tatbik edilmemesine sebep olmuştur. İtiyadda da eski cezanın çekilmiş olmasını aramak yani itiyadla tekerrürü bir saymak, kanun koyucunun maksadı hilâfına bir çok sarhoşlukta itiyad hallerinde itiyad hükümlerinin tatbik edilmemesine sebep olacaktır. Diğer taraftan suçun işlenmesinden sonra hüküm giyilmesi, hükmün kesinleşmesi, cezanın çekilmesi, tekrar suç işlenmesi, tekrar hüküm verilmesi, tekrar hükmün kesinleşmesi ve tekrar cezanın tenfizi ve hele para cezasının tahsili uzun zamanlara mütevakıf işlerdir. Bu kadar geniş fasılalarla işlenen üç sarhoşluk suçu ile itiyadın mevcudiyetine nasıl hükmedilebilir? İtiyad, yakın fasılalarla suçun tekrar işlenmesini icap ettirir. İtiyadın bu mahiyeti, eski cezaların çekilmiş olmasının şart sayılmasına en büyük mânidir.

Biz sadece kanun hükmünün yanlış tatbik edilmesini tenkid etmiyoruz. Ayrıca kanunun tarifini de hatâlı bulmaktayız. Sarhoşlukta itiyadın ağırlatıcı sebep addolunması, bu halin tehlikelilik alâmeti sayılmasındandır. Bizce itiyadî sarhoşlara daha fazla ceza verilmesinin sebebi, bu kimselerin âdî sarhoşlara nazaran itiyadları dolayısıyla daha tehlikeli olmalarıdır. Tekerrür ile itiyad arasındaki fark da buradadır. Tekerrür için mahkûmiyete lüzum vardır. Fakat itiyaddan doğan tehlikelilik, mahkûmiyet olmasını icap ettirmez. Mahkûmiyet olabilir. Fakat mahkûmiyet olmadan da itiyad denilen ruhi halet mevcut olabilir. Hattâ biraz daha ileri giderek sarhoşluk suçunda değil, fakat sarhoşlukta itiyadın bahis mevzuu olması lâzım geldiğini düşünüyoruz.

Beş ayrı sarhoşluk suçu için yargılanan bir kimseyi tasavvur edelim. Eğer evvelce yakalanmış ve ikiden fazlası için mahkûm olmuş olsaydı itiyadı kabul edecektik. Fakat yakalanmadığı ve mahkûmiyeti bulunmadığı için kanunumuzun hükmüne göre itiyaddan dolayı cezası arttırılmıyacaktı. Halbuki bu kimsenin sarhoşluğu itiyad edindiği aşikârdır ve bu kimse hakkında ağır cezanın tatbiki gerektiği de bir hakikattir. Bu kimse hakkında 80 inci maddenin tatbik edilmesi fikrine [20] iştirak etmiyoruz. Aynı ayrı işlenen sarhoşluk suçları bir tek suç kararının icrasına taallük etmemektedir.

[19] KUNTER (N.): *Tekerrürde Cezanın çekilmiş olması şart değildir*. Adalet Dergisi 1945. I. 1.

[20] Y14.CD: 2/4/1946, 3412-4178 (Yargıtay kararları 1946, s. 128) (Bu kararda mürettip hatâsı olarak 80 yerine 81. maddenin gösterilmiş olduğuna işaret etmiş bulunuyoruz.)



Kanun iptilâdan 404 üncü maddede de bahsetmiştir. Uyuşturucu madde kullanan kimsenin alışkanlığı iptilâ derecesinde ise salâhı tebeyyün edinceye kadar hastahanede muhafaza ve tedavi olunacaktır. 404 üncü maddede iptilâ tarif edilmemiştir. İtiyad zaten bahis mevzuu değildir. Şu halde ilk defa mahkeme huzuruna gelen bir kimsenin iptilâsı sabit olursa hakkında hastahanede muhafaza ve tedavi tedbiri alınabilecektir. Aynı şekilde ilk defa mahkeme huzuruna gelen bir kimsenin müteaddit sarhoşluk suçları olduğu anlaşılır ve bunlarla itiyadı veya iptilâsı sabit olursa neden itiyad ve iptilâ hükümleri tatbik edilemesin?

Yeni İtalyan kanunu sarhoşlukta itiyadı, sarhoşluk tesirile işlenen bütün suçlarda ağırlatıcı sebep olarak kabul etmiştir. Bu kanun sık sık sarhoş olan ve müskürat istimaline düşkün olan kimseyi itiyadı sarhoş saymıştır. Bu kimselerin cezası arttırılmakta (m. 94) ve fazla olarak haklarında emniyet tedbiri de alınmaktadır. Bu kimseler, muhafaza ve tedavi evinde en az altı ay kalmaktadırlar. Asıl cezası ağır hapis olanlar — hatırlatalım ki yeni İtalyan kanununda hapis cezası yoktur — haklarında hürriyeti bağlayıcı başka bir emniyet tedbiri alınmamışsa, cezalarını çektikten sonra bu müesseseye gönderilirler (m. 221). Buna mukabil müzmin alkol zehirlenmelerinde, alkolik sarhoşlar sadece, en aşağı bir sene olmak üzere, bir muhafaza ve tedavi evinde alıkonulmaktadır (m. 219).

Yeni İsviçre kanunu da itiyadı sarhoşlar hakkında hususî müesseseye koymak tedbirini alırken işlenen suçun içkiye karşı bir temayülle alâkalı olmasını kâfi görmüştür (m. 44). Bu kimseler cezalarını çektikten sonra ayyaşlara mahsus bir yurda gönderilmektedir. Hattâ suçlunun durumu gerektiriyorsa hâkimin cezayı tecil ederek doğrudan doğruya müesseseye göndermesi de mümkündür. Bu takdirde müesseseden tamamen iyileşerek veya iki seneyi doldurarak çıkmadan önce, müessese müdürünün mütalâasını alarak, hâkim tecil edilen cezanın tamamen çektirilmesini emreylediği gibi kısmen veya tamamen cezayı kaldırmağa da salâhiyetlidir. Serbest bırakılan kimse, verilen mehil zarfında kendisine çizilen hareket hattına riayet etmezse yeniden müesseseye en fazla iki sene için konulabilir. Mehil zarfında uygun hareket edenler kat'î surette serbestiye kavuşurlar. Cezaları da düşer.

24 Kasım 1933 tarihli kanunla Alman ceza kanununa ilâve edilen 421 inci madde, hâkime ayyaş suçlunun ıslah olmaz alkoliklere mahsus bir sanatoryoma konulmasına karar vermek salâhiyetini vermiştir. Sarhoşluk suçundan mahkûm olan ve iyi itiyadlar kazanması için hususî bir teretmana ihtiyaç gösterenler hakkında da bu hüküm tatbik edilecektir. Hususî müessesede alıkonma müddeti iki seneyi geçemeyecektir. Teker-



rür halinde bir ruh hekiminin raporu üzerine bir akıl hastahanesine veya çalıştırma müessesesine konulmasına karar verilebilecektir.

İngilterede 1879 tarihli itiyadî sarhoşlar (Habitual Drunkards) ve 1893 tarihli alkolikler (Inebriates) hakkındaki kanunlar, İsveçin 1933 tarihli kanunu, Norveçin 1934, Finlandiyanın 1936 tarihli kanunları suç işleyen ve hattâ işlemeyen itiyadî sarhoşlar ve alkolikler hakkında alınacak tedbirleri tanzim etmektedir.

İnfazı şahsileştirebilmek için Belçika ceza evlerinde 1920 yılında antropolojik servisleri kurduran ve onları tekaüt olduğu 1938 yılına kadar büyük bir başarı ile idare eden ve bu mevzuda konuşmağa salâhiyeti herkes tarafından tanınan Dr. Louis Vervaeck [21] ile birlikte tekrar edelim ki, bütün bu mavzuat, bize takip olunması lâzım gelen yolu açıkça göstermektedir. Suçu, cemiyete aykırı bir hareket sayan ve cezayı sadece cemiyeti müdafaa için alınan en rasyonel tedbirler olarak kabul eden hukukçu, içtimaiyatçı, terbiyeci ve hekimlerin teşebbüsüle 8-10 Kasım 1947 tarihinde San Remo'da toplanan «İçtimai müdafaa milletlerarası birinci kongresi» de 12 numaralı teklifi ile «itiyadî sarhoş suçların ve toksikomanların tedavi edilmesi ve şahsî durumları ve içtimai emniyet gerektiriyorsa hürriyetlerinin tahdid edilmesi lüzumuna» ittifakla karar vermiştir.

Sarhoşluğu itiyad edinenler veya bu itiyadı iptilâya kalbedenler hakkında esaslı tedbirler almamız lâzımdır. Buna intizaren, itiyad için eski mahkûmiyetlere lüzum olmadığını belirten bir tadil ile kanunumuzun itiyad ve iptilâ hakkındaki hükümlerinin tatbik sahasını arttırmak icap ettiğine kani bulunmaktayız.

\* \* \*

### Komiser muavinlerine huzurlarında vazifeden dolayı hakaret suçunun cezası

T. C.

YARGITAY

TEVHİDİ İCTİHAT GENELKURULU

Esas No. : 18

Karar No. : 10

Tarihi : 9/4/1947

Yargıtay Ceza Kurulunun 29/11/1937 tarihli ve 293/210 sayılı kararında komiser muavinleri üçüncü sınıf komiser sayılacakları cihetle bunlara vaki olan haka-

[21] VERVAECK (Louis): *L'obligation du traitement pour les buveurs dangereux*. Revue de droit pénal et de criminologie, 1938, s. 721.



retten dolayı Türk Ceza Kanununun 266 ncı maddesinin ikinci fıkrasının uygulanması gerektiği kabul edildiği halde Genekurulun 16/9/1946 tarih ve 202/134 sayılı kararında komiser muavinleri komiser telâkki edilemeyeceklerinden 266 ncı maddenin ikinci fıkrasının uygulanmasının yolsuzluğundan bahsedilmiş olduğu gibi Dördüncü Ceza Dairesinin 15/5/1946 tarih ve 2626/3269 sayılı kararında ise hakarete uğrayan komiser muavininin mensup olduğu merkezde ayrıca komiser bulunduğu takdirde 266 ncı maddenin ilk fıkrasının uygulanması gerektiği kabul edilmiş ve bu suretle Ceza Genel Kurulunun 29/11/1937 tarih ve 293/210 sayılı kararıyla aynı kurulun ve dördüncü ceza dairesinin yukarıda tarih ve numaraları açıklanan kararları arasında hasıl olan içtihat uyumsuzluğunun halli C. Başsavcılığı yüksek makamının 18/10/1946 tarihli ve 2379 sayılı yazısıyla istenilmesine mebni toplanan tevhidî içtihat genel kurulunda keyfiyet incelenerek: **Sonuçta:**

Türk Ceza Kanununun 266 ncı maddesi resmi sıfatı haiz olan memurlara huzurlarında, ve yaptıkları vazifelerden dolayı şeref ve haysiyetlerine taarruz ve hakarete bulunanlar hakkında uygulanacak cezaların şiddetlerini derece derece artırarak üç fıkra halinde tesbit etmiş ve ikinci ve üçüncü fıkralarda tesbit olunan memurlardan gayrisine vaki olacak hakaretler hakkında birinci fıkranın uygulanması lüzumunu açıklamıştır.

Resmî bir memura 266 ncı maddede derpiş olunan şartlar altında vukubulan hakaret suçları memurdan ziyade memurun temsil ettiği hükümetin nüfuz ve itibarını ihlâl ettiği için tecavüze uğriyan memurun şikâyetine bağlı tutulmaksızın resen takibata tâbi tutulmuş ve mahiyetleri itibarıyla şahıslar aleyhine işlenen suçlar idadına idhal edilmeyerek devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar hakkındaki Türk Ceza Kanununun üçüncü babının dokuzuncu faslında yer almış bulunmaktadır.

266 ncı madde ihtiva ettiği üç fıkradan fail hakkında hangisinin tatbiki gerektiğini tayin hususunda memurun ifa ettiği vazifeyi değil haiz olduğu memurluk sıfat ve derecesini nazarı itibara almış bulunmaktadır. Daha açık bir ifade ile memurun derecesi ne kadar yüksek olursa Devlet otoritesi o nisbette haleldar olarak cürüm o nisbette vahamet kesbetmekte ve cezalarda bu kıstas dairesinde tedricen artmış bulunmaktadır.

Kanunun kabul ettiği bu esasa göre Emniyet teşkilâtı kanununa göre Polis komiser muavinlerinin komiserlerin gördükleri vazifelerle görevlendirilmiş olmaları veya bunların komiserlere vekâlet ederken tecavüz ve hakarete maruz bulunmuş olmaları hakaret fiilinin komisere karşı vaki olmuşçasına cezalandırılmasına imkân vermemektedir. Komiser muavinleri 266 ncı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan memurlardan olmadıkları cihetle bunlar hakkında kavlen veya fiilen vaki olacak tecavüz ve hakaretlerden dolayı 266 ncı maddenin birinci fıkrasının uygulanması gerektiğine ve komiser muavininin mensup olduğu merkezde ayrıca komiser bulunmamasının tatbikatı değiştiremeyeceğine üçte iki çoğunlukla 9/4/1947 tarihinde karar verildi.

Tevhidi İctihat Genel Kurulu yukarıki kararile Ceza Kanununun 266 ncı maddesini yorumlamış bulunmaktadır.

Bilindiği gibi, resmî sıfatı haiz olan bir memurun huzurunda ve ifa ettiği vazifeden dolayı şeref ve şöhretine veya vekar ve haysiyetine sözle



veya fille taarruz ve hakarete bulunmağı cezalandırmış olan Ceza Kanunumuzun 266 ncı maddesi hakaret ve tecavüze uğrayan memuru üç gruba ayırarak cezaları da derecelendirmiştir. Hakaret meselâ «polis merkez memur ve komiserlerinden» biri aleyhinde ise ceza iki aydan iki seneye kadar hapis ve elli liradan yüz liraya kadar ağır para cezasıdır. Hakarete uğrayan yine poilse mensup olmakla beraber yukarıda sayılanlardan gayrı ise birinci bende göre ceza, bir aydan altı aya kadar hapis ve otuz liradan elli liraya kadar ağır para cezasıdır. Eğer hakarete uğrayan komiser muavini ise ne olacak? Bu mesele 1937 senesindenberi mahkemelerimizi yormaktadır. O tarihe kadar üç çeşit komiser vardı. Bunlar numara ile birbirlerinden ayırd edilirdi. Birinci, ikinci, üçüncü komiserlerin hepsi komiser olduğu için ikinci bende girdiklerinde şüphe yoktu. 4 Haziran 1937 tarih ve 3201 sayılı kanun, muvakkat üçüncü maddesile üçüncü komiserin, yeni kanun hükümlerine göre komiser muavinliğine muadil olduğunu tayin edince komiser muavininin, komiser sayılıp sayılmıyacağı meselesi de ortaya çıktı. Mahkemelerimiz bu meseleyi üç şekilde halletmişlerdir. Ceza Genelkurulu 29/11/1937 tarihli bir kararında komiser muavinleri üçüncü sınıf komiserdir diyerek ikinci bendi tatbik etmiştir. İkinci hal şekli birinci bendin tatbiki lüzumuna daırdır ve komiser muavinlerinin komiser sayılmıyacağı gerekçesine dayanır. Bu görüş de Ceza Genel Kurulunun 16/9/1946 tarihli kararında belirlemiştir. Nihayet Dördüncü Ceza Dairesinin 15/5/1946 tarihli kararında bulduğu üçüncü ve mutavassıt bir hal şekline göre de hakarete uğrayan komiser muavininin mensup olduğu merkezde ayrıca komiser bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Varsa birinci bend, yoksa ikinci bend uygulanmalıdır.

İşte bu muhtelif içtihatları birleştirmek üzere toplanan Genelkurul, komiser muavinleri hakkında hiçbir zaman ikinci bendin uygulanamıyacağına karar vererek Ceza Genelkurulunun 16/9/1946 tarihli içtihadını benimsemiştir.

Tevhidi İctihat Genelkurulu, kararını şu mucip sebebe dayamıştır:

266 ncı maddedeki hakaret suçları memurdan ziyade memurun temsil ettiği hükümetin nüfuz ve itibarını ihlâl eder. Memurun derecesi ne kadar yüksek olursa Devlet otoritesi o nisbette haleldar olacağından: cezanın tayininde de memurun ifa ettiği vazifeye değil, haiz olduğu memurluk sınıf ve derecesine bakılmalıdır.

Bu mucip sebebi tahlil edelim:

266 ncı maddedeki taarruz ve hakaretin Devlet otoritesi aleyhine olduğu şüphesizdir. Hattâ bunun içindir ki kanunda «bir kimse bir memur-



run huzurunda...» denilmemiş fakat metin «bir kimse resmî sıfatı haiz olan bir memurun huzurunda» şeklinde sevk edilmiştir. Çok defa gözden kaçan bu «resmî sıfatı haiz olan» kelimelerinin mâna ve şümulü üzerinde biraz durmak istiyoruz. Memurun resmî sıfatı haiz olmasını var mıdır? Yok ise, resmî sıfatı haiz olan memurdan ne kastedilmiştir?

Muhakkak olan bir şey varsa bu madde 279 uncu maddenin ilk şekline göre memur sayılanların hepsini içine almak istememiştir. Mevazı kanun, her ne kadar bizim 266 ncı maddeye tekabül eden 194 üncü maddesinde sadece memur demiş ise de, 266 ncı maddemizin bulunduğu dokuzuncu fasla tekabül eden sekizinci faslın başında «âmme kudretini haiz şahıslar aleyhine cürümler» tâbirini kullanmıştır. 1887 tasarısı hakkında Zanardelli'nin yazdığı gerekçede de «âmme hizmeti gören kimselere» karşı hakaretin, bu kimseler âmme otoritesini temsil etmedikleri için, bu maddeye girmediği, açıkça belirtilmiştir.

279 uncu maddemiz, 3038 sayılı kanunla değişip âmme vazifesi gören memur ile âmme hizmeti gören memur tefriki vazeylediğinden ve ancak birincileri Ceza Kanununun tatbikatında memur saydığından beri [1], «resmî sıfatı haiz olan» kelimeleri kıymetlerini kaybetmişlerdir. Çünkü Ceza Kanununun sadece memur dediği yerlerde zaten ancak âmme vazifesi gören yani umumiyetle kabul olunduğuna göre âmme kudretini temsil eden memurlar anlaşılacak lâzım gelmektedir.

266 ncı maddenin, «Devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler» den bahseden üçüncü babın bir faslında bulunması da, bu madde ile memurun şahsından ziyade makamının, Devlet otoritesinin korunduğunu göstermektedir. Fakat, üzerinde kimsenin tereddüt etmediği bu hususu, komiser muavinleri hakkında daima birinci bendin uygulanacağı neticesini çıkarmağa elverişli midir? Bu suale evet cevabını veremeyeceğiz. Devlet otoritesinin korunması, cezaları muhakkak memurun memurluk sıfatına göre derecelendirmekle mi temin edilir ki böyle bir neticeye varılması zarurî olsun? Bizce memurun gördüğü vazife de Devlet otoritesinin korunmasında cezanın derecelendirilmesi için baş vurulacak kıstaslardan biridir. Bütün mesele, kanaatimizce, kanunumuzun bu iki kıstastan hangisini kabul etmiş olduğunu tayin etmektedir. Tevhidi İçtihat Genel Kurulu yukarıki kararile kanun koyucumuzun memurluk sıfatını esas tut-

[1] KUNTER: *Ceza tatbikatında âmme vazifesi ve âmme hizmeti tefriki ve avukatların durumu*. Mahkeme içtihatları kroniği, İstanbul Hukuk Fakültesi Mec., 1947, sayı 2, s. 755; ERMAN: *Ceza tatbikat ve takibatında memur*. Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, 1947, sayı 3-4, s. 235.



tuğu kanaatini izhar etmiştir. Sebep olarak da memurun derecesi ne kadar yüksek olursa Devlet otoritesinin o nisbette ihlâl edilmiş olacağı gösterilmektedir. Biz bu görüşe iştirak edemiyoruz. Kanaatimizce, memurluk sıfat ve derecesi memurla idare arasında dahili bir münasebettir. Üçüncü şahısları alâkadar etmez. Halk temas ettiği memurun barem derecesini, hakikî memuriyet unvanını bilmiyebilir. Üçüncü şahısları alâkadar eden, dış münasebettir ve bu da görülen vazife ile ölçülür. Otoritenin üçüncü şahıslar tarafından ihlâli gibi bir hal bahis mevzuu olunca üçüncü şahsın bilebileceği bir kıstas kabul edilmelidir ki o da görülen vazife kıstasıdır. Halk komiserin odasında, komiserin masasında oturan memurun hakikî komiser mi, muavin mi, vekil mi olduğunu bilmez. Fakat komisere ait vazifeyi gördüğü için onu komiser bilir. Ona karşı bir hakaret ve taarruzda bulunursa mağdurunun komiser olduğu zehabındadır.

Sübjektif bakımdan durum böyle olduğu gibi, objektif bakımdan da, vazife ölçüsü daha emindir. Memura ânıme kudretini temsil salâhiyeti, memuriyet derecesi için değil fakat gördüğü vazife için verilmiştir. Memuriyet derecesi memur ile vazife arasında memuru vazifeye uydurmağa yarayan bir vasıttan başka bir şey değildir. Her vazifeye uygun memuriyet dereceleri, unvanları varsa da bazan bu derecelerin aşağısında ve hattâ yukarısında olanların veya unvanları başka bulunların da o vazifeyi gördükleri vakidir. Yargıç vazifesini görenin memuriyet unvanının savcı olması ve yetki ile yargıçlık yapması, hakarete maruz kaldığı zaman 268 inci maddenin tatbik olunmasına mâni mi olacaktır? Yargıçlık yapan kimsenin hakarete uğraması halinde memuriyet unvanının yargıç yardımcısı olması, onun yargıç sayılmasına engel mi olacaktır? Muhakkak ki hayır. Her iki halde de görülen vazifeye bakılacaktır. Ve hattâ ikincisi için yargıç yardımcılarının, hâkimler kanununa göre, yargıç sınıfından sayıldığı da söylenecektir. Aynı mülâhazalar komiser muavinleri için de variddir. Kaza, nahiye, iskele ve istasyonlarda müstakilen vazife gören bir komiser muavinine hakaret edildiği zaman 3201 sayılı Emniyet teşkilâtı kanununun bu vazifeyi gören komiserin derecesi ne olursa olsun bu vazifede bulunduğu müddetçe Emniyet komiseri unvanını alacağını söyleyen yedinci maddesinin sarahatine rağmen komiserin sadece derecesine bakmak, herhalde doğru olmasa gerektir.

Madalyanın ters tarafı da vardır. Aynı kanunun 51 inci maddesine göre komiser muavini, komiser veya başkomiserler Bucak müdürlüklerinde kullanılabilirler. Maaşını, hattâ techizat ve elbise bedelini Emniyet Umum Müdürlüğünden alan böyle bir Bucak müdürüne karşı haka-



ret ve taarruz vaki olursa memuriyet derece ve unvanı komiser muavini-  
dir diyerek birinci bendi mi, yahut komiserdir diyerek ikinci bendi mi?  
Yoksa gördüğü vazifeye bakarak ve Bucak müdürleri temsil sıfatını ha-  
izdir diyen Tevhidi İçtihat kararı [2] dairesinde hareket ederek üçüncü  
bendi mi tatbik edeceğiz? Bu sonuncu şıkkın tercih edileceğinde şüphe  
etmiyoruz.

Nihayet, Ceza Kanununun, «merkez memurları ve komiserleri» derken  
vazifeyi gözetmeyip de memuriyet derece ve unvanını esas tuttuğu iddia-  
sını ispat edecek bir delil de gösterilmiş değildir.

Söylemeğe hacet yoktur ki, manevî unsur bakımından hakaret ettiği  
kimsenin komiserlik vazifesini gördüğünü suçlunun bilmesi lâzımdır. Ak-  
si takdirde komisere hakaret bahis mevzuu olamaz. Her zaman muavin  
olduğunu bildiği bir kimsenin, o gün asıl komiserin izinli olması veya  
başka yere nakledilip yerine kimsenin tayin edilmemesi gibi sebeplerle  
ona vekâlet ettiğini bilmemesi çok mümkündür. Bu takdirde suçluyu ko-  
misere hakaret etmiş gibi cezalandırmak kastına bakmamak demek olur.  
Netekim aynı mülâhazalar sivil komiserler, sivil memurlar hakkında da  
variddir ve dördüncü ceza dairesi bir kararında [3], pek haklı olarak,  
sivil memura hakarete, memur olduğunu bilmezse kast bulunamayacağı  
düşüncesile, mağdurun polis memuru olduğunu suçlunun bilip bilmedi-  
ğinin araştırılması lüzumuna işaret etmiştir.

Hulâsa, 266 ncı maddenin hangi bendinin uygulanacağını tayin bakı-  
mından memurun memuriyet derece ve unvanına değil fakat gördüğü va-  
zifeye bakılması doğru olacağı ve zaten Emniyet teşkilâtı kanununa gö-  
re de müstakilen vazife gördükleri yerlerde komiser muavinleri de komi-  
ser sayıldıkları sebeplerle komiser olmıyan yerde komiser vazifesini gö-  
ren komiser muavinlerine, huzurlarında ve vazifelerinden dolayı yapılan  
taarruz ve hakaretlerde ikinci bendin uygulanması gerektiğini düşünü-  
yor ve Dördüncü Ceza Dairesinin 15/5/1946 tarihli kararile beliren içti-  
hadına iltihak ediyoruz.

N. K.

\* \* \*

[2] YLTİGK: 9/7/1941, 28-27 (Yargıtay kararları 1941-42, s. 12).

[3] Y14.CD: 2/12/1941, 9825-9740 (Yargıtay kararları 1941-42, s. 414).



**Haksız fiilden mütevellit tazminat alacağının mebdei - Böyle  
bir alacakla sair bir alacağın takası - Müruruzamana  
uğramış alacağın takası [1]**

T. C.  
TEMYİZ MAHKEMESİ  
4. cü HUKUK DAİRESİ  
Tarihi : 30-11-1943  
Numarası : 3124/3368

DAVA: Davacı hazine vekili mütegayyip eshastan müekkili hazineye intikal eden Buca Kışuyolu mevkiindeki tarlayı müddeaaaleyhin içindeki kulübe ile birlikte füzulen işgal ve tahliyeden imtina etmekte olduğundan bahs ile bilmühakeme gayrimenkulün tahliyesine ve 1/1/1935 tarihinden itibaren takdir edilecek ecri misilin müddeaaaleyhten tahsiline karar verilmesini istemistir.

HÜKÜM: Badelnakız yapılan muhakeme sonunda: Takdir olunan 280 lira ecri misilin müddeaaaleyhten tahsili ile müddeaaaleyhin hazine aleyhine istihsal ettiği ilâmla davacı hazineden alacağı olan 800 lira ile takas ve mahsubunun yapılmasına ve hazinenin bundan fazlaya müteallik ecri misil talebi Borçlar Kanununun 118 inci maddesi mucibince takas dermeyan edilebileceği zamanda müruru zamanla sakıt olmuş olduğundan fazlaya müteallik ecri misil ve mahsup taleplerinin reddine karar verilmiştir.

Temyiz eden: Davacı hazineye izafetle vekili

**TEMYİZ KARARI**

Haksız fiilden doğan ecri misil alacakları hâkimin hükmü ile değil fiilin vukuu ile muacceliyet kesbedeceği cihetle uyulan bozma kararı dairesinde muhakeme ve tetkikat yapılarak tebeyyün edecek hale göre bir karar verilmek lâzım gelirken adı geçen alacağın hüküm tarihinden itibaren muacceliyet kesbedeceğinden ve binaenaleyh takas dermeyan edilemeyeceği zamanda müruru zamanla sakıt olduğundan bahs ile 280 liradan fazlaya taallük eden ecri misil talebinin reddine karar verilmesi yolsuz olmakla son hükmün de bozulmasına ittifakla karar verildi.

Yargıtay'ın yukarıdaki kararı 1943 yılına ait bulunuyorsa da ancak 1947 yılında yayınlanmış olduğundan ve kısa olmakla beraber çok mühim bazı prensiplere temas ettiğinden, bu kroniğimize tetkik mevzuu olarak seçildi.

Filhakika kararın temas ettiği meseleleri şu noktalar etrafında toplamak mümkündür:

1. Haksız fiilden mütevellit tazminat alacağı hangi anda meydana gelir ve muacceliyet kesbeder?

[1] İzmir Barosu Dergisi 18/6/1947 tarih ve 43 No. lu sayıdan, sah. 29.



2. Böyle bir alacak takasa mevzu teşkil edebilir mi?
3. Müruru zamana uğramış bir alacak takasa mevzu olabilir mi?

Bu ikinci ve üçüncü mesele birinci meseleye verilecek hal şekline bağlı bulunmaktadır. Filhakika bir alacağın takas edilebilmesi için o alacağın muaccel olması lâzımdır; haksız fiillerden mütevellit tazminat alacağının ne zaman muaccel olacağı da birinci meseleyi teşkil etmekte ve oldukça münazaalı bir mevzu bulunmaktadır.

Üçüncü mesele de yine birinci meseleye bağlıdır. Filhakika bir borç müruru zamana uğramadan evvel takas şartlarını haiz ise, sonradan müruru zamana uğrasa bile B. K. 118/III'e göre yine takas olunabilir; fakat takas şartlarını haiz olduğunu tayin etmek için karşılıklı alacakların (yani haksız fiilden mütevellit tazminat alacağının da) muaccel olması, mümasil bulunması gibi vasıflar aranmakta ve bunlar da ancak haksız fiilden mütevellit tazminat alacağının hangi anda meydana geldiği meselesinin haline bağlı bulunacaktır.

Binaenaleyh davanın ve bu dava neticesinde verilen kararın sıklet merkezini haksız fiilden mütevellit tazminat alacağının mebdei teşkil ediyor, demektir. Bu itibarla ilk olarak bu meseleyi ele alalım ve diğerlerini de sırasile inceliyelim.

## I

### Haksız fiilden mütevellit tazminat alacağının mebdei meselesi

Borçlar Kanununun 41 inci maddesi, hukuka aykırı kusurlu bir fiil ile başkasına bir zarar ika eden kimseyi bu zararı tazmin etmek ile mükellef tutmakta, yani hukukî mesuliyetin esasını vazeylemektedir. Fakat kanunun bu hükümleri ancak hukuk tekniğinin sağladığı yollarla tatbik olunabilir; zira haksız fiil faili zararı tazmin etmek borcunu isteyerek yerine getirmez; bunun için pek çok ahvalde hâkimin müdahalesi zarurî olur. Hâkim de evvelâ hukukî mesuliyeti icap ettirecek bir fiil karşısında bulunup bulunmadığını tesbit ve bundan sonra tazminatın miktar ve şeklini tayin eder. Birinci mesele bizi burada alâkadar etmez. *Meşgul olacağımız nokta tazminatın miktar ve tarzını tayin eden hâkimin rolüdür*: Hâkim, tazminat borcunun mevzuunu, muhtevasını tayin ile mi iktifa eder, yoksa bu tazminat borcunu yaratır mı? Diğer bir ifade ile *hâkimin hükmü izharı, bildirici midir* (déclaratif), yoksa *inşai, yaratıcı mıdır* (constitutif)? Şayet hâkim tazminatın miktarını tayin ile iktifa ediyorsa, hakkın hükme takaddüm ettiği, bilâkis hâkim tazminat hakkını ihdas ediyorsa, bu hakkın ancak hüküm tarihinde mevcut olduğu kabul edilmiş



ölür. Binaenaleyh burada mevzuubahs olan mesele hakikatte tazminat alacağının mebdei, doğum tarihi meselesidir.

L. Ripert'in işaret ettiği gibi [2], bir kimsenin hukukî mesuliyetinin tahakkuk edebilmesi için, bir kusur irtikâp etmiş, bu kusurun bir zarara sebebiyet vermiş, ika edilen zararın tazminini mağdurun talep eylemiş ve nihayet hâkimin bu hususa mütedair bir karar ittihaz etmiş olması lâzımdır. Burada tarih sırasile birbirini takip eden dört esaslı hâdise vardır: Kusur, zarar, talep, hüküm. Bu hâdiselerden her biri hukukî mesuliyetin mebdei olarak nazara alınabilir.

Bu meselenin Türk doktrininde münakaşa edildiğine dair hiç bir yerde bir işarete tesadüf etmedik; halbuki Fransız doktrin ve jürisprüdanında bu mesele çok geniş münakaşalara yol açmış ve yukarıda işaret ettiğimiz dört hareket noktasından her birini müdafaa eden hukukçular bulunmuştur. Bu görüşleri kısaca izah ve münakaşa ettikten sonra, son Fransız doktrin ve içtihadının varmış olduğu neticeyi tebarüz ettirmeye [3] ve Borçlar Kanunumuzun hükümlerinden böyle bir hal suretine varmanın mümkün ve makul olacağını göstermeğe çalışacağız.

## A — Nazariyeler

1. *Kusur nazariyesi*: Fransız Medenî Kanununun bazı hükümlerine dayanan bu görüş son zamanlara kadar Fransada klâsik nazariyeyi teşkil etmekte idi. Filhakika bu görüşe göre bir borcun hareket noktası fertin bir fiilidir; zira fert kusurlu bir fiili ile başkasına bir zarar iras etmemiş olsaydı onu hukuken mesul tutmak kabil olmazdı. Bir şahsın kusur ile ika olunan zarar o şahıs tarafından tazmin edilmelidir. Bu kimse bir kusur irtikap ettiği andan itibaren, bundan zarar görene karşı hesap vermeğe mecburdur. Meşhur Fransız hukukçuları bu noktai nazarı şöyle ifade etmektedirler:

*Planiol'e* göre, «kusur zararlı olduğu vakit, faili aleyhine mağduru tazminetmek borcunu doğurur... Binaenaleyh kusur yeni bir borç doğuran

[2] L. Ripert, La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, Paris 1933, sah. 126 no. 111.

[3] Fransız medenî hukuk doktrin ve içtihadının varmış olduğu bu netice hukuk tekniğine o kadar uygun, tatbikat bakımından o kadar yumuşak (souple) tir ki Fransız idare hukuku doktrin ve Fransız Devlet Şûrası içtihatları, bu hal suretine temayül etmiş, hattâ bunu benimsemiş bulunmaktadır. Meseleyi bu cepheden tetkike salâhiyetimiz bulunmadığı için sadece şu eseri zikretmekle iktifa edeceğiz: *Colliard, Le préjudice dans la responsabilité administrative*, Paris 1938.



bir hâdisedir... Kusurdan doğan borcun mevzuu başkasına ika edilen zararın tazmini şeklinde tahakkuk eder» [4].

*Capitant*'a göre, «... haksız fiil halinde zararı tazmin etmek borcunun sebebi insanın fiilidir» [5]. Paris Hukuk fakültesi dekanı *Julliot de la Morandière* de şöyle demektedir: «1382 inci maddeye göre, bir borcun doğumu için bir zararın ika edilmiş olması kâfi değildir. Failinin bunu tazmin ile mükellef tutulabilmesi için, bu zararın kendi kusurundan tevellüt etmiş olması lâzımdır» [6].

Nihayet *Ripert*'in bir makalesinde kullandığı şu cümleyi kaydedelim: «Borç, irtikâp olunan kusurdan doğar, zira kusur ile bir zarara sebebiyet veren herhangi bir kimse bunu ahlâken ve kanunen tazmin etmekle mükelleftir» [7].

Görülüyor ki bu müellifler haksız fiilden mütevellit tazminat borcuna mebdede olarak failin kusurunu kabul etmekte ve kusurla zararın müterafık olduğunu farzylemektedirler. Halbuki zararın kusurla birlikte vücade geldiği daima varid değildir. Başlı başına kusur hukukî mesuliyeti meydana getirmeğe kâfi gelmez. Zira kusura rağmen hiçbir zarar meydana gelmemiş ise, veya ittihaz olunan tedbirlerle zarar önlenmiş olursa faili hukuken mesul tutmak kabil değildir. Kaldı ki kanunun (Fransız Medenî Kanunu olsun, Türk Borçlar Kanunu olsun) bir takım hallerde kusursuz, objektif mesuliyet halleri de tayin etmiş olduğu göz önünde bulundurulursa (meselâ bina ve inşa olunan şeylerin sahibine tahmil olunan mesuliyet), nazariyenin bunlar hakkında tatbik kabiliyeti kalmaz. Ayrıca zarar husule gelmedikçe, davacının kim olacağı da henüz belli bulunmadığından, hukukî mesuliyeti tahrik etmek kabil olmayacaktır. Nihayet şu noktayı da ilâve edelim: Kusur bir fiil ile meydana gelince mesuliyetin mebdedini tayin etmek nisbeten kolay ise de, kusur bir ihmal veya te-seyyübden mütevellit ise mesuliyetin mebdedini kat'î olarak tayin etmek hemen hemen imkânsız olur. Bu mülâhazalara binaendir ki bazı müellifler kusur nazariyesi yerine zarar nazariyesini tercih etmiş bulunmaktadır.

[4] *Planiol - Ripert, Traité élémentaire de Droit civil, cilt II, 11. bası, no. 890, 891.*

[5] *Colin - Capitant, Cours élémentaire de Droit civil, cilt II, no. 183.*

[6] *J. de la Morandière, Précis de Droit civil (Coll. Dalloz), Paris 1943, cilt II, no. 300.*

[7] *G. Ripert, Dommages - Intérêts en monnaie étrangère, Rev. Critique, 1926, sah. 25, no. 4.*



2. *Zarar nazariyesi* : Ekserya zararın vukua geldiği an ile kusurun irtikâp olunduğu an birbirine tamamen tetabuk ederse de, bazı hallerde zararın kusurdan sonra meydana çıkması da muhtemeldir. Esasen zarar meydana gelmedikçe haksız fiilden bahsedilemez, zira zarar meydana gelmedikçe haksız fiilin esaslı unsurlarından birisi bulunmadığı gibi, hiçbir şahsın mamelekinde bir eksilme husule gelmediğinden davacı mevkiinde bulunacak bir mağdur da bulunmamaktadır. Haksız fiili suçtan ve bilhas- sa şekli suçlardan ayıran nokta da budur; filhakika şekli suçlar, suçun tamam olması için kanun vazının neticenin husule gelmesini şart ittihaz etmediği suçlardır (Meselâ yalan yere şahitlik gibi) [8]. Halbuki haksız fiilin meydana gelebilmesi için kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil dolayısıle bir zararın meydana gelmesi şarttır (B. K. m. 41). İşte zarar unsuru husule gelince mağdur belli olacak ve hak tahakkuk edecektir.

Ezcümle *Profesör Léon Mazeaud* bildirici ve yaratıcı kararlara müteallik makalesinde haksız fiilden doğan alacak taleplerini birinci kategoriye ithal etmekte ve *Profesör Henri Mazeaud* ile müştereken yazdıkları *Traité de la responsabilité civile* adlı eserde bu görüşlerini tekrarlamaktadır [9]. Bu müelliflere göre, tazminat alacağı haksız fiilden veya husule gelen zarardan doğar; fakat bir veya diğer halde mahkeme kararı bildiricidir ve bu kararın makable şâmil olduğunu söylemek kâfi değildir. Kararın hükümleri zararın husule geldiği günden başlıyorsa, bunun sebebi hakkın karardan evvel doğmuş olmasındadır ve bu karar mevcut olan hakkı bildirmekle mezkûr hakkı makabline şâmil bir tarzda meydana getirmez.

*Planiol - Ripert - Esmein* de büyük «*Traité*» lerinde tazminat talebi hakkının zararın vukua geldiği anda doğduğunu kabul etmektedirler [10]. *Profesör Ripert* tarafından tamamen yenilenen *Planiol*'ün meşhur ve klâsik üç citlik eserinde aynı noktâi nazar müdafaa olunmaktadır; bu müellife göre: «Tazminat borcu kusurun irtikâp olunduğu anda, veya zarar kusurdan bir müddet sonra husule gelmiş ise zararın tahakkuku anında doğar. Bu borç, kanun tarafından bir borç kaynağı olarak telâkki olunan haksız fiilden doğar» [11].

[8] *Tahir Taner*, Ceza Hukuku, İstanbul 1935, sah. 80, no. 54. ç.

[9] *Léon Mazeaud*, De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits (Rev. trim. de Droit civil, 1927, sah. 17).

*H. et L. Mazeaud*, Traité de la responsabilité civile, cilt II, no. 2246 v. d.

[10] *Planiol - Ripert - Esmein*, Traité pratique de Droit civil, cilt IV, no. 669.

[11] *Georges Ripert*, Traité élémentaire de Droit civil de Marcel Planiol, 12. bası, cilt II, Paris 1947, sah. 393, no. 1143.



Bu nazariye de zararın husulü ile tazminat hakkının meydana geldiğini kabul etmekle, mahkeme kararının izharî, bildirici olduğunu kabul etmektedir. Bu görüş tamamen yanlış olmakla beraber, tamamen doğrudur da denilemez. Filhakika zararın mevcudiyeti haksız fiilin meydana gelmesi için şarttır. Kusurlu bir fiil (ve objektif mesuliyet hallerinde sadece hukuka aykırı fiil) bir zarara sebebiyet verince haksız fiil ortaya çıkar ve bu andan itibaren mağdur ile fail arasında bir borç münasebeti doğar; zira haksız fiil, akid gibi, borç doğuran bir kaynaktır. Fakat, akiden farklı olarak (ve nazariyenin eksik tarafı da buradadır), haksız fiilin doğurduğu bu borç münasebetinin mevzuu henüz belli değildir: akid, icap ve kabul ile meydana geldiğine ve bu iki irade beyanının akdin mevzuunu, hiç değilse esaslı noktalarını ihtiva etmesi zarurî bulunduğuna göre (B. K. m. 1, 2), akdin in'ikadile borç veya borçların mevzuu da muayyendir. Halbuki haksız fiil mamelekte bir eksilme şeklinde tezahür eder ve tazminat borcu bir irade beyanından değil fakat zarar husule getiren kusurlu bir iradî hareketten meydana gelir. Bu itibarla doğmuş olan borcun mevzuu taraflarca tayin edilmiş değildir; haksız fiilden doğan borç bir tazminat borcudur, fakat zarar ve ziyanın neden ibaret olduğu, ne miktarda ve ne tarzda tediye olunacağı zararın meydana gelmesile beraber malûm değildir. *Bu itibarla zararın husulü borcu doğurmak için lüzumlu bir şart ise de kâfi bir şart değildir.*

Bu mahzuru ve bu tenkidi önlemek için ortaya üçüncü bir nazariye atılmıştır.

3. *Hüküm nazariyesi* : Duguit'ye göre bir hak alelâde bir hâdiseden meydana gelemez; hele hukuka aykırı olan, kanunun tecviz etmediği bir fiil bir alacak hakkı doğuramaz. Haksız fiil mağdur lehine ancak hukukî bir durum (bir situation juridique) yaratır; yani mağdur, haksız fiilden sonra ancak hakkını talep etmek salâhiyetini bahşeden hukukî bir durumda bulunmaktadır, fakat henüz alacak hakkı doğmamıştır. Bu talebi üzerine hâkimin vereceği kararlardır ki ancak borç münasebeti teessüs eder ve tazminat alacağı doğar. Binaenaleyh hâkimin kararına kadar mağdur lehine hukukî bir durum mevcutsa da, henüz bir alacak doğmamıştır; bu itibarla hâkimin kararı bildirici, izharî değil, fakat tamamen inşai, yapıcıdır [12].

Âlim hukukçunun bu görüşü umumî sisteminin bir tatbikinden ibarettir; fakat bu sistemi heyeti umumiyesile burada izah ve münakaşaya

[12] Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2. bası, cilt I, sah. 65, 156, 162, 163; cilt II, sah. 364 v.d.; aynı eder, 3. bası, cilt I, sah. 390.



mahal yoktur [13]; ancak şurasını hatırlatmakla iktifa edelim ki Duguit sübjektif hakları inkâr eder: ne Windscheid'in irade nazariyesini, ne Jhering'in menfaat nazariyesini, ne de Becker ve Michoud'nun muhtelit irade - menfaat nazariyesini kabul etmez; sübjektif hakların metafizik, ilmen kabulü imkânsız mefhumlar olduğunu iddia eder. Zira sübjektif hakların mahiyeti gayri kabili hal olduğu için herhangi bir tarife de sığmaz. «Modern hukukta husule gelmekte olan tahavvllerin mümeyyiz vasfı her yerde kaide mefhumunun sübjektif haklar mefhumu yerine kaim olması noktasında toplanır».

René Capitant'ın dediği gibi, Duguit'nin sübjektif haklar telâkkisi kendisine mahsus bir görüş olup medenî hukukun telâkki ve tasavvur ettiği şekilden tamamen farklıdır; zira medenî hukukta sübjektif haklar, objektif hukuk tarafından menfaatlerinin müdafaası için bir şahsa verilen bir salâhiyet olarak tarif edilebilir. Bu haklar ya kanundan, ya *hukukî hâdiselerden*, ya hukukî muamelelerden, hattâ ideal hukuktan dahî doğabilir. Ezcümle haksız fiil hukukî hâdiseden doğan bir salâhiyet olup mağdura menfaatlerini himaye için bahşolunur. Binaenaleyh hukukî muvazenenin bozulmasile de sübjektif bir hak doğmakta, yani haksız bir fiil neticesi mağdur lehine bir alacak hakkı tevellüd etmektedir. Esasen, böyle bir hak doğmamış olsaydı, mağdurun mahkemeye müracaatını izah etmek mümkün olmayacağı gibi, hâkimin de tazminat hususunda vereceği karar mesnetsiz kalırdı. Zira dava ancak bir hakkın ihlâli halinde mevzuubahs olabilir; mahkûmiyet de ihlâl olunan hakkı iade eder. Davacının haksız fiilin vukuunda bir hakkı doğmamış olsaydı ne davaya tevessül edebilecekti, ne de hâkim bu hususta bir karar ittihaz edebilecekti. Duguit'nin ifadesile mağdur hukukî durumunun ihlâl olunduğunu tesbit için değil fakat tazminat talebi için mahkemeye baş vurmaktadır; böyle bir talepte bulunabilmesi için de bir hakkın önceden mevcut olması lâzımdır.

4. *Talep nazariyesi* : Bu tenkitleri nazara alan ve âmme hukuku sahasında Duguit'nin pozitivist mektebine bağlı bulunan bazı hukukçular, yukarıki nazariyeyi biraz değiştirerek tazminat hakkının hüküm tarihinden değil, fakat dava tarihinden, yani tazminatın talebi hususunda mahkemeye müracaat olunduğu tarihten başlayacağını iddia ederler. Bunlara göre bir zararın kusurlu bir fiilden mütevellit olması kâfi değildir. Bir hâdiseye bir hak doğuramaz. Bir hakkın doğması için bir irade beyanına lüzum vardır. Zira ancak bir irade beyanı hukukî bir münasebet yarata-

[13] Bak: Crozat (tercüme, Ferit H. Saymen) Âmme Hukuku, İstanbul 1934, sah. 160 v.d.



bilir. Haksız fiilin vukua geldiği anda mağdurun bir tazminatı ancak talebe hakkı vardır, fakat bu hak henüz doğmamıştır; zira bu talep hakkını kanunun tayin ettiği şekilde ve zaman zarfında istimal etmezse, kendi lehine hiçbir hak doğmuş olmaz. Binaenaleyh haksız fiil mağdura ancak bir talep salâhiyeti bahşeder, bu talep vaki olduktan ve bu husustaki irade beyan olunduktan sonra alacak hakkı doğar [14].

Fakat bu görüş de, iştikak ettiği nazariyenin maruz kaldığı tenkide hedef olmaktadır. Filhakika mağdurun tazminata hakkı olmayıp ancak dava açmak hususunda kanunî salâhiyeti haiz bulunması hiçbir şey izah etmez; zira kanunî salâhiyet hakkın ta kendisi değil midir? Yukarıda da söylediğimiz gibi, sübjektif hak, objektif hukuk tarafından menfaatlerinin müdafaası için bir şahsa verilen bir salâhiyettir. Şu halde kanunî salâhiyet deyince haktan bahsedilmiş olur. Bir şahsın hakkı olmaksızın dava hakkı bulunduğunu iddia etmek ispatı müşkül bir tezdır. Bir dava açabilmek için bir sebebin mevcut olması lâzımdır. Mağdurun dava açabilmesi için bu hususta salâhiyeti olması zarurîdir. Bu salâhiyet de maruz kaldığı zarardan ve bu zararı tazmin ettirmek arzusunun doğmaktadır.

Görülüyor ki bugüne kadar Fransız doktrinde müdafaa olunan ve Fransız jürisprüdans'ı tarafından beslenen bu muhtelif görüşlerin her biri meseleyi tamamen halledememekte, her biri aleyhine bir takım tenkitler serdolanabilmektedir. Haksız fiilden mütevellit tazminatın mebdelî gibi mühim bir meselenin böyle askıda kalmaması için modern Fransız doktrini meseleyi daha ince bir tahlile tâbi tutarak muhtelî (eklektik) bir nazariye bina etmeğe muvaffak oldu. Bu yeni görüşü izah ettikten sonra, Borçlar Kanunu karşısında bunun kabili müdafaa olduğunu ispata çalışacağız.

## B — Modern görüş

1. *Doktrin* : Haksız fiil dolayısıyla, fail ile mağdur arasındaki huku-ki bağın hangi anda doğacağı, bu bağın hâkimin kararına takaddüm edip etmiyeceği meselesi, yukarıda işaret olunan çeşitli nazariyelere ve münakaşalara yol açtıktan sonra, modern müellifler ortalama bir hal suretine varmışlardır. Savatier, Lalou, Lucienne Ripert hattâ bir dereceye kadar Georges Ripert bu yeni görüşü kabul etmekte ve son Fransız Temyiz Mahkemesi içtihatları da bu telâkki tarzını benimsemiş görünmektedir [15].

[14] *Gaston Jèze*, Principes de droit administratif, 3. bası, cilt I, sah. 65. Ayrıca bak: *René Demogue*, Obligations, cilt IV, no. 458, 568 v.d.

[15] Bu hal suretinin en yeni Fransız Devlet Şurası içtihatlarında ele alınarak



Bu yeni görüş, haksız fiilden mütevellit tazminat borcunun mebdel hususunda bir tefrik yapmakta ve borç münasebeti ile borcun muhtevasını birbirinden ayırmaktadır. Bu görüşleri hulâsa etmek icap ederse, diyebiliriz ki, haksız fiilden mütevellit tazminat borcu (geniş mânada réparation borcu) zararın vukuu ile meydana gelirse de, bu anda borcun muhtevası henüz belli değildir, borcun mevzuu gayri muayyendir; zarar ziyan hakkı (dar mânada indemnité hakkı) hâkimin kararile taayyün eder. Binaenaleyh *tazminat hakkı zararın vukuu ile doğmakta fakat hakkın mevzuu hâkimin inşaî kararı ile tayin olunmaktadır.*

Bu hususta uzun zamanlar kusur nazariyesini kabul etmiş ve bazan da zarar nazariyesine temayül etmiş olan Profesör *Georges Ripert* 1947 yılında tamamen yenileyerek neşrettiği *Planiol*'un üç ciltlik «*Traité élémentaire*» inin 12 nci basısının ikinci cildinde bu noktai nazarını tekrarlamış olmakla beraber, yeni görüşe nazaran yumuşatmak mecburiyetinde kalmıştır. Filhakika Fransız medeniyecisi şöyle yazmaktadır:

«Tazminat hakkı haksız fiilden doğar, hâkim bunu yaratmaz, fakat baliğ olduğu miktarı tasrih eder.» Biraz ileride aynı meseleyi diğer bir cepheden tetkik eden müellif bu görüşünü tasrih ederek ezcümle demektedir ki: «Tazminat borcu kusurun irtikâp olunduğu anda, veya zarar kusurdan bir müddet sonra husule gelmiş ise zararın tahakkuku anında doğar... Fakat mahkûmiyet kararı tazminat borcunun mevcudiyetini tesbit etmekle iktifa etmez, ayrıca zarar ve ziyana da hükmetmesi lâzımdır; binaenaleyh tazminat borcunu bir para borcuna tahvil etmektedir» [16].

Fransada ilk olarak meseleyi etraflı bir şekilde inceliyen *L. Rippert*'e göre de:

«Karar gününde tazminat mahiyeti ve şümulü itibarile tayin edilmiştir. Tazminat borcunun mevzuu sarihtir... Mahkeme kararı hakkında herhangi bir müracaat yolu kapandığı anda davacı, zararı ika eden davalıya karşı tahsil olunacak bir para borcunun alacaklısıdır. Tazminat borcunun mevzuunun bu suretle tayin ve tasrih edilmesi sebebledir ki bir çok müellifler bu borcun mahkeme kararından doğduğunu düşünmüşlerdir. Fakat bu görüşleri, birbirinden farklı olan iki ayrı borcu karıştır-

İslendiği ve medeni hukuktaki şekli ile kabul olunduğu söylenebilir. Bak: *F. de Basque*, *Règles de la jurisprudence administrative relative à la réparation du préjudice en cas de mise en oeuvre de la responsabilité de la puissance publique*, *Rev. de Droit public* 1944, sah. 197-230.

[16] *G. Ripert*, 11 no. 11 nottaki atıflara bak. Bu notun üstündeki metin ile burada naklettiğimiz metni bir arada mütalâa etmek lâzımdır.



mış olmalarından ileri gelmektedir: Tazminat borcu ve mahkeme kararile hükümedilen zarar ve ziyanı tediye borcu... Fakat hâkim niçin tazminata hükmeder? Çünkü davalı kusuru ile bir zarar ika etmiştir... Verilen sö- zün tutulması icap ettiği gibi ika olunan zararın da tazmini lâzımdır. Za- rarın vukua geldiği günden itibaren tazminat borcu da vücut bulmuştur. Hâkim bunu yaratmaz, tesbit eder ve müeyyedelerir... Hâkim, dava- cının tazminata müteallik kanunî şartlar içerisinde bulunduğunu tayin ve tazminatın şumulünü tasrih etmek için müdahale eder. O, *borç münase- betini yaratmaz, kat'i olarak mevzuunu tesbit eder*. Borç karara takad- düm eder, karar borcun miktarını tasfiye eder» [17].

*Profesör Henri Lalou* da eserinin üçüncü tabında, yukarıdaki görüşü benimseyerek şu satırları yazmaktadır: «Bir taraftan, bir alacak hakkı tanıyan bütün hüküm ve kararlar alacaklının hakkının takaddümen mev- cut olduğunu kabul etmekle bildirici olduklarını ifade etmektedirler, fakat diğer taraftan, hâkim talebin hudutları dahilinde, alacağın sadece baliğ olacağı miktarı değil fakat aynı zamanda tazminatın şeklini de (sermaye, irad, faiz) tayin etmekte serbest bulunduğundan alacaklığının hakkını ancak karar tayin etmiş olacaktır ki bu suretle kararın inşaî olduğu bu bakımdan meydana çıkmaktadır.» Bunun neticelerini madde madde tayin eden müellif mütalâasını şu şekilde hulâsa etmektedir:

«Tazmin etmek borcunun esası her halde hükme takaddüm eder ve bu esası müeyyideleyen hüküm bildiricidir; fakat bu borcun baliğ olduğu miktarın tayini bütün unsurları (zararın takdiri, paranın rayici, tahrip edilen eşyaların yerine kaim olacak eşyaların veya lüzumlu eşyaların satın alınması) ve bütün neticeleri (gecikme faizi, mukaddem bir kon- kordato'nun hükümleri) ile ancak hüküm tarihinden itibaren doğar ve bu itibarla karar, bu noktalarda ancak yaratıcı olabilir» [18].

*Profesör René Savatier* de aynı kanaattedir. Bu müellife göre:

«Mağdurun, herhangi bir davadan evvel, tazminat hususundaki hak- kı hiçbir tereddüde mahal vermez. Bu hakkın davaya takaddüm ettiği şu esasa göre kat'idir: Herhangi bir dava hakkı takaddümen mevcut olan bir hakkın ifadesinden başka bir şey değildir... Bununla beraber, tazmi- nat hakkı davaya ve karara takaddüm ederse de, bu hak henüz şekilsiz- dir... Zira tazminatın şekli hâkimin kararına kadar gayri muayyendir. Borcun sadece miktarı değil (bu da hâkimin yüksek takdirine tâbidir),

[17] *Lucienne Ripert*, ismi geçen eser, sah. 138-141, no. 121, 122.

[18] *Henri Lalou*, *Traité pratique de la Responsabilité civile*, 3. bası, Paris 1943, sah. 63-68, no. 111 bis.



fakat mevzuu da bu âna kadar gayri muayyen olarak kalmaktadır. Hâkimin kararından evvel hiç kimse tazminatın aynen veya nakden, sermaye veya irad şeklinde olacağını bildiremeyeceği gibi miktarını da tayin edemez... Hüküm tarihine kadar mağdurun alacağı henüz bir zarar ziyan alacağı olmayıp, sadece daha geniş bir tazminat alacağıdır; bu tazminat alacağı zarar ziyandan başka şekilde de tasavvur olunabilir... Mağdur lehine tazminatı karar altına alan hükmün bildirici veya yaratıcı olduğu hususunda ortaya atılan meselenin vaz'ı tarzı pek basit bir ifadeye bağlanmaktadır. Mağdurun mukaddem bir tazminat alacağı bulunduğuna göre, hâkimin rolü bu hakkı sadece bildirmekten veya tasfiye etmekten ibaret değildir, hâkim bu hakkı şekillendirir (il le modèle) ve bu rol alelâde bildirici kararlardan üstündür» [19].

2. *Fransız jüriprüdansı*: Fransız mahkeme içtihatları yukarıda naklolunan görüşler arasında senelerce bocaladıktan sonra [20] son zamanlarda modern doktrinin ortaya attığı taksimi kabul etmiş ve bunu bir çok kararlarında teyid etmiştir. Sadece bir fikir vermek düşüncesile bu kararlardan tipik olan bir kaçını kayd ile iktifa edeceğiz.

Fransız Temyiz Mahkemesi 15 Temmuz 1943 tarihli bir kararında «bir haksız fiilden zarar gören mağdurun maruz kaldığı zararın tazmini hakkı, *zararın vukua geldiği anda* mevcuttur...» esasını vazettikten ve zarar nazariyesini bu şekilde kabul ederek diğer nazariyeleri reddeyledikten sonra, bu hususta modern tefriki aynı kararda şu satırlarla kabul etmektedir:

«Zararın takdiri, *karar verildiği andaki* mağdurun durumuna göre yapılmak icap eder... Haksız fiillerde alacak zararın vukua geldiği anda doğar, fakat, *tazminatı tayin eden kararın suduru anına kadar alacağın mevzuu gayri muayyen bulunduğu*na göre...» [21].

Aynı tarihli diğer bir Temyiz Mahkemesi kararı da bu aynı esasa dayanmaktadır; mezkûr karara göre:

«Bir haksız fiil failinin kusur ile ika ettiği zararın tamamını tazmin etmeğe mecbur olduğuna ve binaenaleyh, zararı karşılamak için lüzumlu tazminat, *mağdurun tazminat alacağını teyit eden kararın suduru günündeki zarar miktarına göre hesaplanması* icap eylediğine göre...» [22].

[19] René Savatier, *Traité de la Responsabilité civile*, cilt II, sah. 206 v.d., no. 621, 622, 623.

[20] Bu kararlar için bak: Lalou, ismi geçen eser, no. 111 bis.

[21] Dalloz, *Recueil Analytique*, 1944, sah. 3.

[22] Dalloz, *Recueil Analytique*, 1943, sah. 81.



Binaenaleyh, modern Fransız doktrin ve jürisprüdansından çıkarılacak netice şudur:

*Haksız fiillerde borç münasebeti zararın vukuu ile meydana geliyorsa da, mezkûr borcun muhteva ve şümülü, kemmiyet ve keyfiyeti, bir kelime ile mevzuu ancak hâkimin kararile katiyet ve muacceliyet kesbetmektedir.*

### C — Türk Borçlar Hukuku

Yukarıdaki neticeyi teyit edecek hükümler acaba Borçlar Kanunumuzda mevcut mudur?

Bu suali cevaplandırmadan evvel şurasını kaydedelim ki, haksız fiil neticesinde mamelekte husule gelen zarar bir miktar nakitten ibaret ise, yukarıdaki tefrik pek büyük bir kıymet arzetmez; zira tazminat ekseri ahvalde nakit olarak tayin edileceğine ve esasen zarar bir miktar nakitten ibaret bulunduğuna göre tazminatın miktarı kendiliğinden belli olmuştur, demek. Belki de bu sebeptir ki yukarıya dercolunan Yargıtay kararı meseleyi hiçbir tefrika tâbi tutmaksızın «haksız fiilden doğan ecri misil alacaklarının hâkimin hükmü ile değil fiilin vukuu ile muacceliyet kesbedeceğini» bildirmektedir. Fakat mezkûr kararda «haksız fiilden doğan ecrimisil alacakları» denildiğine göre, vazedilen prensibin bu bakımdan, pek mutlak olduğu neticesine varılabilir. Zira zarar daima nakdî bir meblâğ olmayabilir: mallara karşı bir zarar ika edilebileceği gibi, haklara karşı da zarar ika olunabilir; bunun gibi maddî zarar cismanî, hattâ estetik bir zarar olabilir; nihayet zarar mânevî de olabilir. Bundan başka zarar nakdî dahi olsa, paranın kıymet tahavvülleri karşısında veya ecnebi akçe olarak yapılan zararın «memleket parasile tediyesi» hususunda bir çok müşkülün doğacağı düşünülebilir. Bütün bu hallerde, her ne kadar fail ile mağdur arasında borç münasebeti zararın ika anında doğarsa da, bu borcun mevzuu, yani tazminatın miktar ve şekli tamamen meçhuldür ve ancak hâkimin kararile katiyet kesbedecek ve muaccel olacaktır.

Bu mülâhazalardan sonra, yapılan tefrikin Borçlar Kanununa istinat ettirilip ettirilemeyeceğini inceliyelim.

1) *Borcun doğumu*: Kaide olarak mağdur ile fail arasındaki borç münasebeti zararın vukubulduğu anda meydana gelmektedir. Bu böyle olmasaydı mağdurun ne sıfatla ve neye müsteniden fail aleyhine dava ika edebileceği ve bu davanın hâkim tarafından kabul ve rüyet olunacağı izah edilemezdi. Davacı mağdur bir hakka istinat etmedikçe bir tazminat davası açamayacağına göre, mahkemeye başvurabilmesi için mütekaddimen bir hakkın mevcut olması en tabii ve en mantıkî bir şarttır. Binaenaleyh fail, kusurlu ve hukuka aykırı fiili ile mağdura zarar ika ettiği anda



aralarında bir borç münasebeti doğmuştur. Bu esas hakkında Borçlar Kanununda sarîh bir hüküm bulunmamakla beraber, bazı maddeler delâletile bu hususun kanun vazunca kabul edildiğini tayin ve istihraç etmek mümkündür. Filhakika:

a) Borçlar Kanununun 60 ıncı maddesine göre, haksız fiillerden mütevellit tazminat talebinin müruruzaman mebdeî «mutazarrır olan tarafın *zarara ve failine* ittilaî tarihinden itibaren bir sene ve *her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan* itibaren on sene» olarak tayin edilmektedir. Yani kanun, bir veya on senelik müruruzaman müddetlerinin mebdeinde nazara aldığı başlıca unsur zararın vukuu tarihidir. Dava açmak ancak bir hakkın mevcudiyeti ile mümkün olduğuna ve müruruzaman müessesesi dava açmak hakkını ortadan kaldırdığına göre, tazminat talebi hakkının zararın vukuu tarihinden itibaren mevcut olması lâzımdır ki bu husustaki müruruzaman cereyan etmeğe başlasın; zira henüz hakkı olmıyan bir kimse aleyhine müruruzamanın cereyana başlamasını mantıkan kabul etmek mümkün olmadığı gibi, Borçlar Kanununun 132 nci maddesine de muhaliftir. Şu halde, haksız fiillerde mağdur aleyhine müruruzaman ancak mağdurun dava hakkının mevcut olduğu andan itibaren cereyana başlayabilir. Mağdurun dava hakkı da zarara ve faile ittilaî, yahut zararı meydana getiren fiilin vukuu tarihinden itibaren başlayacağına göre, fail ile mağdur (davalı ile davacı) arasında borç münasebeti zararın vukua geldiği tarihte doğmuş oluyor demektir.

b) Borçlar Kanununun 50 nci maddesi birden ziyade kimselerin birlikte bir haksız fiil işlemleri halinde mesuliyetlerini şu şekilde tespit etmiş bulunmaktadır: «Birden ziyade kimseler birlikte bir *zarar ika* ettikleri takdirde... müteselsilen mesul olurlar». Yani zararın ikaî tarihinden itibaren mağdurla failer arasında bir müteselsil borç münasebeti doğar. Binaenaleyh müteaddit kimseler bir zararı ika iledir ki mağdura karşı müteselsilen (yani herbiri borcun tamamından mesul olmak üzere) borç altına giriyorlar. Bir tek şahsın da mesuliyeti zararın ikandan itibaren mevcut olmak evleviyetle icap eder.

c) Ölüm halinde muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat hakkı karar gününden değil fakat ölüm gününden, yani zararın vukua geldiği günden itibaren doğar (B. K. 45/II).

d) Medenî Kanunun 85 inci maddesinin 2 nci fıkrası «mânevî tazminat davası mirasçıya intikal etmez; şu kadar ki miras açıldığı zaman... dava ikame olunmuş ise mirasçılara intikal eder». Kaideye istisna teşkil eden bu hükmün muhalif mefhumuna göre maddî tazminat davası mağdur tarafından ikame edilmemiş olsa bile mirasçıya intikal eder. İmdi, bir in-



tikalin mevzubahs olabilmesi için de (kayıtlı veya kayıtsız) bir hakkın mevcudiyeti şarttır. Demek oluyor ki tazminat hakkı dava edilmeden evvel mevcuttur ve bu suretle mirasçıya intikal etmektedir.

Netice itibarile denilebilir ki kanunun ruhuna, zararlı fiilin vukuu ile mağdur ile fail arasında tazminata müteallik borç münasebeti doğmaktadır. Diğer bir ifade ile mamelekinde haksız olarak bir eksilmeye maruz kalan kimse buna sebebiyet verene karşı mezkûr eksilme anından itibaren dava hakkını haiz bulunmaktadır.

2) *Tazminat borcunun mevzuu:* a) Zararın vuku bulduğu anda fail ile mağdur arasında bir borç münasebeti ve bu münasebete binaen fail ika ettiği zararın tamamını telâfi etmek mecburiyeti altında bulunmakta ise de, bu borcun muhteva, miktar, şümul, mahiyet ve keyfiyeti henüz malûm ve muayyen değildir. Borcun mevzuundaki bu gayri muayyeniyet sadece tazminatın miktarına müteallik olmayıp aynı zamanda şekil ve mahiyetine de taallûk eylemektedir. Nitekim Borçlar Kanunumuzun 43 üncü maddesi gayet açık olarak hâkime «*tazminatın suretini*» ve «*şümulü derecesini*» tayin etmek vazife ve salâhiyetini bahşeylemiştir. Tazminatın suretinden maksat, borçlu failin alacaklı mağdura karşı eda edeceği ivazın nakden veya aynen, def'aten veya taksitle, sermaye veya irat olarak, yahut ahval ve şeraite göre hâkimin münasip göreceği diğer herhangi bir şekil altında hükmetmesidir. Yani bu tâbirle kanun borcun keyfiyetini mevzubahs etmek istemiştir.

Şümul derecesinden maksat ta, zararın tam olarak veya kısmen, karar tarihine kadar bir ağırlaşma husule gelmiş ise munzam olarak, yahut zarar azalmış veya tamamen ortadan kalkmış ise tazminatta bir indirme yapmak veya büsbütün sarfınazar etmektir. Yani burada borç mevzuunun kemmiyetini hâkim takdir eder.

b) Hususî fakat çok tipik bir hal olan cismanî zararlara müteallik 46 ncı maddenin 2 ncı fıkrası da bu neticeyi teyit eden bir hüküm ihtiva eder. Bu fıkraya göre: «*Hükmün suduru esnasında kâfi derece kanaat ile cismanî zararın neticelerini tayin etmek mümkün değilse, hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki sene zarfında hâkimin tetkik salâhiyetini muhafaza etmeğe hakkı vardır*». Bu fıkra da gösteriyor ki, hâkim haksız fiil ile meydana gelen tazminat borcunun mevzuunu kemmiyet ve keyfiyet bakımından tayin eder; fakat zararın mahiyeti bunu kâfi derece bir isabetle yapmağa müsait değilse, iki sene zarfında yine hâkim kararını tashih ederek bu mevzuun mikdarını revize eder. Şu halde hâkim gayri muayyen borcun mevzuunu muayyen ve kat'î bir hale irca ediyor demektir.

Bu inceleme neticesinde ve zikrettiğimiz maddeler muvacehesinde di-



yebiliriz ki: Zararın vukuu anında mağdur ile fail arasında borç münasebeti vücuda gelirse de ancak borcun mevzuu kemmiyet ve keyfiyet bakımından hâkim tarafından tayin olunur; bu ana kadar gayri muayyen olan borcun mevzuu muayyen olur ve bu suretle kat'ileşerek muacceliyet kesbeder.

## II

### Haksız fiilden mütevellit alacağın takası

Mağdurun haksız fiil neticesinde failden olan tazminat alacağı ile, failin başka bir sebepten dolayı mağdurda olan bir alacağının takas edilebilip edilemeyeceği meselesine de kararda temas olunmaktadır. Haksız fiilden mütevellit alacağın mahiyetini tayin ve hangi anda kat'i ve muaccel olacağını tespit ettikten sonra bu noktanın halli oldukça kolaylaşmış bulunmaktadır.

Borçlar Kanununun 118 inci maddesinin birinci fıkrası takas edilecek karşılıklı alacakların birbirine *mümasil* olması, yani bu iki borcun aynı neviden olması lâzımgeldiği şartını aramaktadır. Alacakların aynı neviden olması demek, mâmelek içinde bunlardan birinin diğeri yerine kaim olabilmesi demektir. Ezcümle iki para alacağı birbirine mümasil olduğu gibi, misliyyattan olan iki alacak ta birbirine mümasildir ve bu itibarla aralarında takas olunabilir. Meselâ eb'adı ve cinsi muayyen on ton kereste ile aynı cins ve eb'atta elli ton kereste takas olunabilir, zira bunlar birbirlerine mümasildir.

Fakat kıymetleri müsavi olsa da nev'i ile tayin edilen iki alacak takas olunamaz; meselâ 500 lira değerinde bir beygir ile 500 lira değerinde bir inek. Bunun gibi aynı cinsten fakat ayrı neviden alacaklar da takas olunamaz; meselâ Ege tütününü ile Bafra tütününü, Karaman koyunu ile Kıvrıcık koyunu.

Şu noktayı derhal belirtmek lâzımdır ki mümaselet, alacakların takas olunduğu anda, yani taraflardan birinin takasa müteallik iradesini karşı tarafa beyan eylediği anda, mevcut olmalıdır. Mümaseletin önceden mevcut olup ta takas anında ortadan kalkması takasa mâni olduğu gibi, takas dermeyan olunduktan sonra da meydana gelmesi takasa mânidir. Meselâ A'nın para borcuna mukabil B'nin alternatif, seçimlik bir borcu bulunsa (B. K. m. 71), ve bu seçimlik borçlardan birisi imkânsızlık dolayısıyla şükut etse (B. K. m. 117), geriye kalan diğer borç para borcu değilse takas kabil değildir. Kezalik A'nın para borcuna mukabil B'nin bir yapma borcu veya yapmama borcu, yahut verme borcu bulunup ta A takas dermeyan ettikten sonra bu borçlar ademî ifa dolayısıyla bir para borcuna inkılâp etse



de takas yine caiz değildir. Ancak bu borçların para borcuna inkılâbından sonra A'nın nakdî alacağı ile takas edilebilir.

Hâdisede tazminat borcu ile diğer bir para borcunun takası mevzu-bahs olmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi tazminat borcu zararın husule geldiği anda vücut bulmakla beraber, bu borcun muhtevası, mahiyeti, keyfiyet ve kemmiyeti ancak hâkimin kararile taayyün eder. Bu ana kadar tazminat borcunun mevzuu tamamen meşkûk, gayri muayyendir. Bu meşkûkiyet, bu gayri muayyeniyet kalkmadıkça, yani hâkimin hükmü lâhik olmadıkça takas dermeyan olunamaz; zira alacaklar arasında müma-seletin mevcudiyeti henüz tahakkuk ve taayyün etmiş değildir: Hâkimin nakdî tazminata karar vermesi mümkün olduğu gibi aynî tazminata da hükmetmesi aynı derecede muhtemeldir. Bu itibarla aynî bir alacak (ve ezcümle bir yapma borcu) ile nakdî bir alacak takas edilmiş olur ki, buna kanunen cevaz ve imkân yoktur.

Bu meseleyi münazaünfih bir alacağın takası ile karıştırmamak lâzımdır (B. K. m. 118/II). Filhakika münazaalı alacakta alacağın mahiyeti, nev'i, mevzuu malûmdur; ihtilâf alacağın mevcudiyeti veya miktarı hususundadır. Şayet alacağın mevcudiyetini hâkim kabul etmezse (meselâ tam ehliyetsizlik sebeble), takasın amelî bir faydası kalmaz. Bilâkis hâkim miktarı münazaalı olan bir alacağın miktarını tespit ederse takas bu miktar nispetinde vaki olur. Halbuki hâdisede alacağın mevzuu hususunda bu ihtilâf henüz yoktur, zira bu tazminat alacağının mevzuu henüz taayyün etmemiş bulunduğundan miktarı ve sureti meşkûktür.

Profesör *Esat Arsebük*, bu görüşümüzü teyit eden şöyle bir misal vermektedir: A ödünç verdiği 100 lirayı B den istiyor; B nin de A dan miktarı henüz tespit edilmemiş bir tazminat talebine hakkı var. Şimdi B nin takas iddiası kabul edilse 100 lira alacaktan ne miktarının takas yolile itfa edildiğini tespit edemeyiz [23]. Nitekim Temyiz Mahkemesi İcra ve İflâs Dairesi, 17/10/1936 tarihli ve E. 5602/K. 5560 sayılı bir kararında «kat'ilemiş bir alacak mevcut ise takas ve mahsup yapılmak lâzım» geldiğini açıkça ifade etmiştir [24].

Münazaalı alacak, binaenaleyh, mevcudiyeti şüpheli olan veya miktarında ihtilâf bulunan bir alacaktır. Halbuki haksız fiilden mütevellit tazminat alacağının mevcudiyeti hiçbir şüphe götürmez; miktarı da ihtilâflıdır denemez, zira bu miktar ancak hâkimin hükmü ile taayyün eder; hâkim karar vermedikçe bu mikdar ihtilâflı, münazaalı değil fakat gayri

[23] *Esat Arsebük*, Borçlar Hukuku, 2. bası, İstanbul 1943, cilt II, sah. 921, not 69.

[24] Temyiz Kararları, Hukuk kısmı, 1936, sah. 404, no. 243.



muayyen, meşkûttür. Bu itibarla münazaalı alacakların takasına imkân veren B. K. m. 118/II yi haksız fiillerden mütevellit tazminat alacaklarına teşmil edemeyiz. İstisnai hükümler ancak hasroldukları haller için tatbik kabiliyetini haizdir.

Tazminat alacağı ile diğer bir para alacağının takası, olsa olsa şarta bağlı bir beyan olur, yani hâkim tarafından nakdi tazminata hükmolunması halinde bir takas beyanı olarak kabul edilebilir. Böyle şartlı bir takas beyanı hakkında da *Funck* şöyle demektedir: «Takas beyanı ne şartla, ne de ecel ile takyit edilemez. Buna mukabil, takas beyanının bir muaccel karşı - alacak mevcut olduğunun hâkimce kabul edilmesi ve dermeyeran olunan defilerin neticesiz kalması halinde muteber sayılmak üzere yapılması caizdir, buna *ihtimalî takas* denilir (compensation éventuelle). *Henüz alacaklar takas edilebilecek bir hale gelmeden evvel yapılan bir takas beyanı bizatihi hiçbir hüküm ifade etmez*» [25].

Binaenaleyh, haksız fiilden mütevellit tazminat hususunda hâkimin kararı lâhik olmadıkça, takasta aranılan mümaselet şartı mevcuttur denilemez ve bu karardan evvel takas dermeyeranının hiçbir hükmü yoktur.

### III

#### Müruruzamana uğramış alacağın takası

##### 1) Müruruzamana uğramış alacağın mahiyeti:

Akitten, haksız fiilden, haksız iktisaptan veya kanundan doğsun, her hangi bir borcun mevzuu borçlu tarafından alacaklı lehine ifası icap eden bir edim (prestation = Leistung) olarak tecelli eder. Borçlu bu borcunu rızasile ifa etmez ise alacaklının menfaatini himaye için kanun kendisine bir talep ve bir dava hakkı bahşetmiş ve bu suretle alacaklıya, borçlunun mâmelekine müracaat salâhiyetini vermiştir. Binaenaleyh normal bir alacak mevzubahs olunca alacaklı borçlunun mâmelekine müracaat ederek alacağının ifasını icabında zorla temin ettirir. Bu zorla ifa ettirme alacağın müeyyidesini teşkil eder ve borçlunun «mâmeleki ile mesuliyeti» şeklinde tecelli eder.

Halbuki adalet mülâhazasile, içtimai nizam ve hukukî istikrar düşüncesile kanun bazı alacakları bu müeyyideden mahrum tutmuş, alacaklıya alacağını zorla ifa ettirmek salâhiyetini tanımamıştır; öyle ki alacaklı alacağının yerine getirilmesi için borçluyu dava edemez, onun mâmele-

[25] Dr. F. Funck, Borçlar Kanunu serhi, cilt I, (terc. Dr. H. Veldet - C. H. Selek), İst. 1938, sah. 191-192, No. 2.



kine müracaat eyliyemez. Ancak borçlu kendi ihtiyarı ile borcunu ifa ederse, kanun bu ifayı muteber saymaktadır. Bu borçlara *eksik borçlar* (veya tabii borçlar) adı verilir. Eksik borçta da alacaklı ile borçlu arasında bir hukukî bağ, bir borç münasebeti mevcuttur, fakat bu bağ müeyyidesizdir ve bundan dolayı normal borca nazaran eksiktir. Binaenaleyh eksik borçlarda borç var, müeyyide yok; borç zorla ifa ettirilemez, fakat ihtiyarı olarak ifa olunursa, bu ifa muteberdir.

Bu nevi borçların adedi pek çok ise de, bizi burada alâkadar eden önemli bir tanesi müruruzamana uğramış borçlardır. Filhakika müruruzamana uğramış bir borcun ifasını alacaklı borçludan talep edince, borçlu müruruzaman def'inde bulunarak borcunu tediyyeden imtina edebilir. Binaenaleyh müruruzamana uğramış borç, borcu ortadan kaldırmayıp sadece müeyyideyi teşkil eden dava hakkını iskat etmektedir. Bu da tabii borçların karakteristik vasfıdır. Bunun neticesi olarak Borçlar Kanununun 62 nci maddesinin 2 nci fıkrası diyor ki: «Müruruzamana uğramış olan bir borcu... edâ için verilen şey (yani edim) geri alınamaz». Yani haksız bir iktisap yoktur, zira müruruzamanla borç münasebeti değil fakat ancak bu borcun müeyyidesi olan dava hakkı sukut etmiştir.

## 2) Müruruzamana uğramış olan borcun takası:

Kaide olarak normal bir borçla eksik bir borç takas edilemez. Meselâ bir kira borcu ile bir kumar borcunun takası kabil değildir; zira takas bir nevi mecburî ifa mahiyetini haiz olup alacaklı için bir teminat teşkil eder [26]. Halbuki kumar borcu, ve alelitlâk eksik bir borç normal bir borçla takas edilebilseydi, zorla ifası mümkün olmayıyan bu eksik borcun dolambaçlı bir yoldan ifası temin edilmiş olurdu. Bu sebebe binaendir ki müruruzamana uğramış bir borç ile normal bir borç takas edilemez. Kaldı ki bu iki borç arasında mümaselet dahi yoktur.

Ancak Borçlar Kanununun 118 inci maddesinin 3 üncü fıkrası bunun bir istisnasını derpiş ediyor. Bu fıkraya göre: «Müruruzamana uğramış bir alacak, takas dermeyeran edilebileceği bir zamanda müruruzamanla sakıt olmuş değilse onun da takası dermeyeran olunabilir».

Bu fıkrayı anlıyabilmek için takasın hükümlerini gözönünde bulundurmak lâzımdır. Karşılıklı iki alacağın takas edilebilmesi için bu alacakların birbirine mümasil, müteabil ve muaccel olmaları ve aynı zamanda taraflardan birinin takası dermeyeran etmesi lâzımdır. Ancak takas, derme-

[26] Bak: Dr. Ferit H. Saymen, Takasa müteallik irade beyanı, Hukuk Fakültesi Mecmuası 1947, cilt XIII, sayı 4, sah. 1433 v.d.



yan olunduğu, yani irade beyanı tevcih olunduğu zaman vukua gelirse de, bunun hükmü makabline şâmilidir, yani mütekabil borçlar takas edilebilmek için lüzumlu şartları haiz oldukları anda takas edilmiş ad ve itibar olunur (B. K. m. 122/II). Meselâ 1.I.1947 de karşılıklı alacaklar mümasil ve muaccel bulunuyorsa da, ancak 1.II.1947 de takas alacaklılardan birisi tarafından dermeyeran olunuyor. Takas 1.II.1947 de vaki olursa da hükümlerini makable işmal ederek 1.I.1947 den itibaren yürütür.

Bu kaidenin bir neticesi, ve yukarıda eksik borçlara müteallik bildir-diğimiz kaidenin bir istisnası da, işte 118 inci maddenin 3 üncü fıkrasındaki hükümdür. Buna göre, bir borç takas dermeyeran olunduğu sırada müruruzamana uğramış bulunuyor, fakat takas şartları müruruzamana uğramadan önce vukua gelmiştir. Meselâ 1.I.1947 de takas şartları (mütekabiliyet, mümaselet, muacceliyet) vücuda gelmiş; 1.II.1947 de alacaklardan birisi müruruzamana uğramış; 1.III.1947 de takas dermeyeran ediliyor. Kaideten, müruruzamana uğramakla eksik bir borç mahiyetini alan bu alacakla normal bir alacağın takası caiz değilse de, kanunumuzun sistemine göre, takas dermeyeran olunduğu anda değil fakat şartlarını câmi bulunduğu anda hüküm ifade edeceğinden, buna cevaz verilmiştir. Misalimizde her ne kadar takas 1.III.1947 de dermeyeran ediliyorsa da 1.I.1947 de hükümlerini icra edeceğinden ve bu tarihte alacak henüz müruruzamana uğramış bulunmadığından, kanunumuzun sistemine ve mantıkına göre böyle bir takas mümkündür ve Yargıtay kararı bu bakışından isabetlidir.

**F. H. S.**

\* \* \*

### **İkrarın ademi tecezzisi**

**T. C.**

**YARGITAY**

**HUKUK GENELKURULU**

Esas No. : 39

Karar No. : 34

Tarihi : 19/6/1946

*Mahkemesi:* İstanbul Asliye 2 nci Ticaret; *Tarihi:* 20/X/1944, No. 944-940/279;

*Davacı:* Lendros Efstiryadis vekili Temistokli; *Davalı:* Tüccardan Mais Matalan.

*Dava:* Davacı vekili müvekkilinin davalı zimmetinde emre muharre senetle alacağı olan 450 liranın faiz ve tazminatla birlikte tahsilini istemiştir.

*Hüküm:* Davalı senedin bedelsiz olduğu hakkındaki iddiasını ispat edemiyerek bu husustan dolayı resen teklif olunan yemini davacı kabul ve icra etmiş olmasına mebnî sabit olan müddeabih 450 liranın %5 faizle birlikte davalıdan tahsiline dair verilen karar Yargıtayca:

Davalı vekili senedin bedelsiz olduğunu def'an dermeyeran etmiş ve mahkemeye ibraz olunduğu anlaşılan senetle müddeabih'in mal bedelli olduğu yazılı bulunmuş ve



davacı da senet matbu olduğu için dava olunan meblâğın mal bedeli olduğu yazılı ise de müddeabihın davalıya nakten verildiğini söylemiş ve şu suretle mal bedelinden davalının davacıya borçlu olmadığı anlaşılmış olmasına göre davacının davalıya müddeabih 450 lirayı nakten verdiği ispat ettirilmek gerekli iken bu mecrada muhakeme icra edilmeyerek zabıtnamede yazılı olduğu üzere muamele ifa ve karar ittihazı yolsuz olduğundan bozularak mahalline geri gönderilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda davalı imzasıyla teyit ettiği yazılı vesika ile bir borç ikrar ettiğine göre davacının iddiasını yeni baştan ispata sevk edilmesi kanun ve adalet mefhumlarıyla kabili telif görülmediğinden bahsile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

*Temyiz eden:* Mais Matalan vekili avukat Avni;

*Temyiz kararı:* Hukuk Genelkurulunca incelenerek ısrarı mutazammın olan son hükmün süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

İki tarafın iddia ve savunmaları mahiyetine ve verilen hükmün dayandığı gerekçeye göre mahkemenin ısrar kararı doğru ve temyiz edilen davalının bozma dileği yersiz olduğundan temyiz olunan ve usul ve kanuna uygun görülen son kararın onanmasına ve 655 kuruş temyiz ilâmı harcının temyiz edenden alınmasına çoklukla karar verildi (İleri Hukuk, Ekim 1946, sah. 189. Müfit Erkuyumcu tarafından yayınlanmış karar).

**I. — Yargıtay kararının teorik mesnedi, II. — Hâdisedeki ikrarın ispat durumuna tesir şekli.**

I. — Yargıtay Genelkurulunun Asliye Ticaret Mahkemesinin gerekçelerini benimsemek suretile verdiği karar, iyice tahlil edilecek olursa haddi zatında ikrarın tecezzisini meneden Ticaret Kanunumuzun 683 üncü maddesine dayanmaktadır.

Her ne kadar ilk bakışta Ticaret Dairesinin bozma kararı 12/4/1933 tarihli Tevhidi İçtihat kararının zarurî bir neticesi gibi görülmekte ise de hakikati halde kısaca tahlilini yapmakta bulunduğumuz kararın mevzu-bahs tevhidî içtihat kararını cerheden bir tarafı yoktur. Zira bu tevhidî içtihat kararında (borç ikrarını mutazammın beyyine aleyhine delil ikamesi caiz olup ancak ikrarda borcun sebebi musarrah ise müddealeyh bu sebebin tahakkuk etmediğini ispat edebilir) deniliyor (Öktem, sah. 317). Binaenaleyh davalı hâdisede senette vukuu beyan edilmiş olan mal teslimatının vakî olmadığını *ispat mecburiyetinde* bulunuyordu. Müddealeyh kendisine terettüp eden bu ispat vecibesini hasmının *mahkeme huzurundaki ikrarını bölmek suretile yerine getirmeğe* çalışmıştı. Filhakika müddei «senet matbu olduğu için dava olunan meblâğın mal bedeli olduğu yazılı ise de müddeabihın davalıya nakten verildiğini» söylemişti. İşte davalı bu ifadenin senedin mal bedeline müteallik olmadığı hakkındaki kısmını kabul ederek, başka hiçbir delile dayanmadan, uluorta paranın nakten verilmediği kısmını reddetmeğe kalkışırsa hukukî prensiplerin tecviz etme-



diği şekilde hasmının mevsuf ikrarını tecezzi ettirmiş olur. Binaenaleyh bu yolda davacının beyanını parçalamağa davalı hukukan salâhiyettar olmadığına göre senet bedelinin kendisine nakten ödenmediği yolundaki defi ispatsız ve mesnetsiz kalmaktadır. Bu itibarla gerek Asliye Ticaret Mahkemesinin, gerek Yargıtay Genelkurulunun kararlarını tasvip etmek bize zarurî gözüküyor.

II. — Şimdi tahlilimizi biraz daha ileri götürerek bu mevzu etrafında zihinlerde uyanması tabii olan bir suale cevap vermeğe çalışalım: müddeinin biraz evvel naklettiğimiz mevsuf ikrarile müddealeyhin ispat durumunda şu veya bu şekilde bir değişiklik hasıl olmuş mudur?

Bu suali müspet şekilde cevaplandırmak bize mümkün görünüyor. Şu bakımdan ki mevzubahis mevsuf ikrar vaki olmasaydı müddealeyh senette yazılı malın teslimi keyfiyetinin hilâfını ancak yazılı delille ispat etmek mevkiinde idi. Halbuki ikrarın ihtiva ettiği hususların başkaca delillerle çürütülebileceği tâbiri âhirle ikrarın yazılı ibr delil başlangıcına muadil bir delil teşkil edecek surette bölünebileceği umumiyetle kabul edilmektedir. Biz bu görüşe taraftar olduğumuzu başka bir yazımızda bildirmiş ve bu münasebetle Türk ve Fransız Yargıtaylarının kararlarını zikretmiştik [1]. Bu noktâi nazarın lehinde olarak Aubry ve Rau'nun şu satırları zikrolunabilir: «İkrarın ademi tecezzisi kaidesi ikrarın kat'î bir delil olarak değil de sadece tahriri beyyine başlangıcı olarak dermeyan edildiği hallere yabancıdır..... Meselâ karısını sermayeyi çekmek hususunda değil de sadece faizleri tahsil hususunda mezun kıldığını ikrar eden kocanın beyanı kadına aynı zamanda ana parayı kabz için dahi vekâlet verdiği noktasını ispat bakımından yazılı bir delil başlangıcı teşkil edebileceği kabul edilmiştir» [2].

Fakat Aubry ve Rau eserlerinin biraz daha ilerisinde ikrarı teşkil eden vakıalardan bir kısmının varit olmadığının kanunî bir karine veya hut diğer bir delille ispat olunabileceğini kaydederek diyorlar ki: «Bu ispat hattâ şehadetle veyahut sadece karinelerle dahi yapılabilir, şu şartla ki ispatı istenilen esas hâdise bu şekilde ispat edilmeğe elverişli olsun. Aksi takdirde — ikrarın ihtiva ettiği cüzülerin çürütülmesi için — şehadet ve sair karineler umumiyetle şayanı kabul olamaz» [3].

[1] Bk. Mahkeme içtihatları bakımından ikrarın tecezzi meselesi adlı yazımıza, İstanbul Hukuk Fakültesi Mec., 1946, sah. 621 ve müteakip.

[2] Aubry ve Rau, 5 inci tabii, cilt XII, sah. 128 ve 35 No.lu notta Bartin tarafından zikredilen İstida Dairesinin 12 Haziran 1899 t. kararı, Sirey 1900. 1. 136.

[3] Aubry ve Rau, sah. 130. Ayrıca Colin ve Capitant'ın da bu son mütââada



İyice dikkat edilecek olursa Aubry ve Rau'nun bu mütalâaları biraz evvel 128 inci sahifelerinden naklen zikrettiğimiz mütalâaları ile az çok tezat halindedir. Filhakika müşahhas bir misal vesilesile bu tezadı ortaya koymak istersek evvelki mütalâaların müşahhas vakıalara tatbiki mahiyetini taşıyan faiz misali üzerinde durmamız münasip olur. Hakikaten eğer faizin tahsili hakkında kadının mezun kılındığı yolundaki ikrar kadının sermayeyi dahi kabza mezuniyetini ispat bakımından tahriri bir delil başlangıcı teşkil ediyorsa bu şu demektir ki kocanın ikrarında sarahaten değilse bile zımnen yer alan diğer ibare yani kadının sermayeyi çekmek hususunda mezun kılınmadığı ibaresinin şهادetle çürütülebileceği kabul edilmiş oluyor. Filhakika faizin kabzı hakkında ikrar edilen mezuniyetin sermayeye dahi şâmil olduğunun şهادetle ispatını kabul, ikrar sahibinin bu mezuniyetin sermayenin kabzına sâri olmadığı yolundaki beyanının şهادetle çürütülmüş olduğunu kabulden başka bir şey değildir. Tâbiri âhîrle ve umumî bir şekilde ifade etmek lâzım gelirse mevsuf ikrarın tahriri beyyine teşkil edecek surette bölünmesine cevaz vermek ikrarda yer almış vasfın varit olmadığına şهادetle ortaya konulması demektir; çünkü ikrarın kabul edilen kısmının şهادetle teyit edilmek suretile sabit sayılması bizzarure aynı ikrarda yer almış vasfın şهادetle çürütülmüş olduğunun kabulü mânasını taşır (Bu hususta - 1 - No. altında zikrettiğimiz makalemizde tahlilini yapmış olduğumuz 12/4/1939 tarihli Hukuk G. Kurulunun kararına bakınız).

Velhasıl biz Aubry ve Rau'nun eserlerinin 128 inci sahifesinde serdettikleri kanaata iştirak etmekte bilâhare 130 uncu sahifelerinde bu mütalâalarını takyit edecek mahiyette görülen noktai nazarlarına ve aynı mahiyette olan Colin ve Capitant'ın reyine iltihak etmemekteyiz. Şimdi bu mütalâalarımızı bizi işgal eden hâdiseye tatbik ile bir neticeye raptetmek icap ederse diyeceğiz ki mücerret müddeinin mevsuf ikrarına dayanmak suretile senedin bedelsiz olduğunu kabule imkân yoktur; ve bu bakımdan gerek Asliye Mahkemesinin ve gerek Genelkurulun kararları yerindedir. Ancak biraz evvel serdettiğimiz kanaat dolayısıyla müddeinin bu mevsuf ikrarı muvacehesinde müddealeyhin ispat durumunun kolaylaşmış olduğunu da kabul icap eder. Yani davalı davacının senet münderecatı hilâfına mal teslimatının vaki olmayıp sadece nakit ödendiği yolundaki mevsuf ikrarını bölerek mal teslimi vukubulmadığına dair olan kısmını tahriri

bulduklarını kaydedelim. Çünkü bu müellifler ikrara eklenen hâdiselerin ademi vukuunu diğer tarafın ancak «hâdisenin mahiyetine tekabül eden delillerle» ispat edebileceğini belirtmektedirler (Cours élémentaire de Droit Civil français, cilt 2, No. 501, türkçe tercümesi: E. Mardin, Ahmet Cevdet Paşa, sah. 225, fık. b).



beyyine başlangıcına muadil sayabilir, ve ikrarın bu kısmını teyit zımınında şahit dinletebilir. Böylelikle davacının bu mevsuf ikrarı sayesinde davalı senedin bedelsiz bir senet, bir *effet de complaisance* olduğu hususunda şahit dinletmek imkânına kavuşmaktadır. Ancak biz burada davanın alabileceği muhtemel bir inkişaf vaziyetini tespitle iktifa ediyoruz. Yoksa hâdisede müddeinin mevsuf ikrarından istifade suretile müddealeyhin defini şahitle ispat etmek teklifinde bulunduğu anlaşılmadığından bu yönden de gerek Asliye Mahkemesi ve gerek Yargıtay Genelkurulu kararlarına karşı bir tenkit hissesi ayırmak asla düşünülemez.

I. E. P.

\* \* \*

### III

#### Eser tahlil ve tenkitleri

«Ord. Prof. Dr. Hans Fehr, *Die Tragik im Recht*, Zürich 1945, Schulthess u. Co. A. - G.»

#### A — Giriş.

I. Eser hem hukuk felsefesini [1], hem de hukuk tarihini ve sosyolojisini ilgilendiren önemli bir meseleye temas etmektedir. Gerçi bu meselelerin de mihrakında «*hukuk*» denilen içtimai fenomen (hâdise) bulunmak-

[1] Hukuk felsefesi, evvelemirde hukuk idesi uğurunda ezeli ve ebedi bir savıştır. «*Hukuk idesi*» tâbiri yerine tabii hukuk idesi de denilebilir. Çünkü hukuk idesinin ekseriyetle bir tabii hukuk idesi veya bir adalet idesi şeklinde tecelli ettiğini belirtmek de herhalde yerinde olur. Esasen hukuk felsefesi on dokuzuncu asra kadar, umumî hatlarıyla, bir tabii hukuktan başka bir şey değildir. İşte tahlil ve tenkidine tevccüh edeceğimiz *eserin mevzuuna dahil suallerden biri de* bu tabii hukukla, daha doğrusu tabii hukuk idesiyle mevzu hukuk yani Devletin vazettiği hukuk arasındaki mücadeleye tahsis edilmiş bulunmaktadır.

Tabii hukuk idesinin köklerinin çok eski zamanlara, garp kültürü çevresi içinde Sokrat'tan önceki, kozmolojik - metafizik karakter taşıyan, Yunan felsefesine kadar dayandığı görülür. Hatta bu idenin Uzak Şark kültür âleminin felsefesinde de tespiti mümkündür. İşte tefekkür eden insan veyahut daha doğrusu felsefe kadar eski olan tabii hukukun, 19 uncu asırda felsefi ve ilmi tefekküre hâkim olan natüralist - pozitivist görüşün tesirile artık temamlı «ummanı nisyada» kaybolup gittiği intibahı hasıl olmuşsa da, bilâhare on dokuzuncu asrın sonlarıyla yirminci asrın başlarında (bilhassa yeni Kant'cılık cereyanı halinde) uyanan felsefi şuur, hukuk felsefesi sa-



tadır; lâkin burada «hukuk» bambaşka bir cepheden tetkik olunmaktadır ve müellifin de işaret ettiği gibi hukuk şimdiye kadar bu cepheden (müstakillen) hiç tetkik edilmemişti. Bununla beraber biz, mutarıza içinde «müstakillen» tâbirini ilâve etmeyi gerekli saydık. Çünkü eserin temas ettiği meseleler hukuk felsefesine veya hukukun münferit kollarına ait eserlerde münferiden bahis konusu edilmiştir; fakat buna rağmen bu mesele gerçekten, şimdiye kadar, müstakillen, müttahiden, sentetik ve kapalı şekilde ve aynı zamanda müellifin vazettiği tarzda incelenmemiştir. İşte bu bakımdan eser bir özellik, bir orijinalite arz etmektedir.

II. Müellif, eserin mevzuunu ve gayesini, kitabın gerek başında gerek sonunda belirterek ezcümle şu noktaları tespit ediyor: — Hukuk insanın dostudur ve bu yer yüzünde sâkin, huzurlu bir müşterek hayatı mümkün kılmak amacını güder. Fertlerin egoist ilcalarını dizginleyip defetmek, mücadeleleri, kavgaları, tefrika ve nifakları bertaraf etmek, birini diğerinin tahakküm ve tecebbür hırslarından korumak ve böylece «içtimaî heyeti» terviç ve himaye etmek, geliştirmek ve devam ettirmek gayelerini de taşır. Gayet doğru olarak, hiçbir «içtimaî heyet» in [2] hukuktan müstağni

---

hasında da «idealist hukuk ve Devlet felsefesinin» ve tabii hukukun (buna transpozitif veya transampirik doğru hukuk idesi de denir) yeni bir şekil ve hüviyette yeniden doğmasını intaç eylemiştir.

Görülüyor ki hukuk felsefesi mihrakında hukuk idesi bulunan bir sistem olmakla beraber aynı zamanda hukukun külli bir vahdet içinde kavranması, hukuki mefhumların, normların ve müesseselerin beşerî kültür âlemi içinde mütalâası gayesini de gütmektedir veyahut hukuk felsefesi, hukuki maddenin gerek külliye gerek münferiden heyeti umumiyesine sâmil bulunmaktadır.

Gerçi hukuk felsefesinin mihrakında hukuk idesi bulunmakta olup gayesi de hukuku, külli bir vahdet içinde kavramak, hukuki müesseseleri beşerî kültür âlemi içinde mütalâa etmek, onların mezkûr âlem içindeki mevkilerini tespit etmektir; fakat hukuk felsefesi, hukuku bir küll olarak kavrama yolunda sarfedilen bir ceht ve gayret olduğuna göre hukuk denilen hâdise, beşerî tarih içinde ve beşerî mukadderat üzerinde oynadığı rol itibarıyla da başka bir zaviyeden tetkik konusu olabilir. Kastedilmek istediğimiz cihet, *bizzat hukukun içinde* muhtelif hukuki muhitler, hukuki camialar arasında cereyan eden mücadeleden doğan durumun felsefi ve bilhassa tarihi ve sosyolojik bakımdan tetkiki keyfiyetidir. Bu da, tahlil edeceğimiz eserin mevzuunu teşkil etmektedir. Tabii hukukla müspet hukukun birbirleri karşısındaki durumlarının ilmi şekilde tahlil ve sentetik şekilde tayini keyfiyeti daha ziyade hukuk felsefesini alâkadar eder.

[2] Topluluk.



olmayacağı, hukuksuz hiçbir şey yapamayacağı ve payidar olamayacağı tebarüz ettirilmektedir. Hattâ bir haydut çetesi içinde bile «*hukuk*» tees-süs eder (Mukayese ediniz: —s. 1). Hukuk şüphesiz bir sulh ve sükûn, bir kültür unsurudur. Beşerî veya medenî cemiyetin ilerlemesini ve yükselmesini sağlayan âmillerden, nizamlardan biridir. Fakat beşerî cemiyete huzur ve sükûn, ilerleme ve yükselme getiren hukukun başka bir çehresi daha vardır veyahut daha doğrusu hukukun sakin ve sulhperver çehresi takallüs edebilir. İşte hukukun çehresindeki takallüslerin sebeplerinin tahlil ve tetkiki eserin başlıca konusunu teşkil etmektedir: — Bizzat «*hukuk*» un içinde tezatlar, ihtilâflar ve mücadeleler yaratan âmillere meydana gelir. Bu çatışmaların ortasında «*insan*» bulunmakta, fakat bu ihtilâfları ve te-zatları yaratan âmillere hâkim olamamakta, bilâkis olanların zebunu derekesine düşmektedir. Böylece hukukun içinde trajik bir durum husule gelmekte ve bu da doğrudan doğruya insana tesir etmektedir (*Mukayese ediniz: — s. 1-2*). Müellif, «*Die Tragik im Recht*» başlığındaki «*Tragik*» tâbirinin tazammun ettiği mânaya işaretle ezcümle şunları belirtiyor: — «*Tragik*» deyince yekdiğerine zıt zaruretlerin çarpışması ve çatışmasından doğan durum anlaşılır. İşte bir sulh ve sükûn, bir kültür unsuru olan hukukta da bu kabil yekdiğerine zıt zaruretlere çarpışmaktadır. Müellife göre «*hukuk*» un içinde tezatlar yaratan âmillerin ve zaruretlerin herbiri diğeri ni mağlûp ve bertaraf etmek için gayret sarfeder. Bunlar arasında bir tevazün ve anlaşma mümkün değildir. Bu tezatların, «*Hegel*» in kasdettiği mânada, birbirleriyle diyalektik telifi mevzubahs değildir. Bu tezatlar ve zaruretlere çok defa asırlarca yanyana devam edip dururlar. Neticede daha ağır basan galip gelir. Fakat bu galibiyet zâhiri, kâzib bir zaferden başka bir şey değildir (*s. 2*).

Görülüyor ki bu etüd —taşındığı başlıkta ifade edilmek istenen mevzuu itibariyle — hukukun tecebbür ve keyfî hareketlere karşı mücadelesinden, «*Ihering*» in anladığı mânada hak, hukuk uğrunda bir mücadeleden bâhis değildir. Bilâkis bu etüt, bizzat hukukun, hukuk dünyasının içinde cereyan eden ve, müellife göre, daima cereyan edecek olan bir mücadelenin tetkikine tahsis edilmiş bulunmaktadır. Bu etüt muhtelif hukukî camialar arasındaki mücadele ve muhasamadan; derunî mahiyeti itibarile tevazün ve âhenk, sükûn ve nizam gayesini güden «*Hukuk*» un içindeki tezatlardan ve tefrikadan ve nihayet hukukun kendi içindeki düşmanı mağlûp etmek için var kuvvetile yaptığı savaştan bahsetmektedir (*s. 90*).

III. a) Yukarıda bu mücadelede daha ağır basanın galip geldiği ve bu galibiyetin kâzib bir zaferden ibaret bulunduğu zikredilmişti. Gerek hukukun kendi içinde, gerek *hukukî camialar* arasında cereyan eden bu mü-



cadelede kazanılan zafer, hukuk üzerinde kazanılmış bir zafer değildir. Çünkü hukuk ölmez ve eğilmeden, bükülmeden devam eder. Sadece gerçekleşmek için muhtaç olduğu kudretten mahrumdur. O halde tatbik ve icrası, gerçekleşmesi mümkün olmayan «*hukuk*» yine hukuk olarak kalır. Binaenaleyh müellife göre «*cebiri*» hukukun mahiyetine dahil değildir. Acaba hukuk nerelerde ve ne vakit teessüs eder? Hukuk, aileden başlayarak Devlet dediğimiz müesseseye kadar, «bir çok insanların vücuda getirdiği bir muhit için muayyen bir hayat nizamının zarurî bulunduğu» hakkında bir kanaatin hâkim olduğu tekmil hallerde ve yerlerde mevcuttur. Bu kabîl bir hayat nizamı *hukukî muhitin* (bu tâbirin tazammun ettiği mânaya ayrıca temas edilecektir) bekası ve gelişmesi için zarurîdir ve bu mânada olarak ta âdildir. — *Hukukun bünyesi*, hukukî camianın deruni mahiyetinin tetkiki ile anlaşılır. Müellif, muhtelif hukukî camialardan, onların mahiyet ve bünyelerinden, aralarındaki farklardan ve tezatlardan, yani daha açık ve müşahhas bir deyişle Devletten yahut mevzu hukuktan, kiliseden veya kutsal hukuktan, tabîî hukuktan, soy hukukundan, şehir hukukundan, feodal hukuktan, yurd hukukundan, terituar hukukundan ve nihayet bunlar arasındaki mücadelelerden ve bu mücadelelerden doğan problemlerden, önemleriyle mütenasip olarak, bahsetmektedir. Tefrik ettiğimiz hukuk sahalarından da anlaşılacağı üzere bütün bu problemler, batı kültürü çevresinin hukukunu ilgilendiriyor. Binaenaleyh muhtelif «*hukuk*» lar, hukukî camialar arasındaki tezat ve mücadeleleri inceliyen ve açıklıyan müellifin ilgisi sadece garp hukuku üzerinde toplanmaktadır.

b) Bu muhtelif hukuk sistemleri arasında acaba niçin mücadele ve tezat mevcuttur? Müellif, bunun sebebini: — bu sistemler, bu hukukî camialar arasındaki mahiyet farkında ve her sistemin kendi mahiyet ve mevcudiyetini koruma kaygusunda arıyor. Onun için her hukukî camia «*mahiyet ve mevcudiyetini koruma kaygusu*» denilen zaruret uğurunda savaşır ve kendi mahiyetine göre devam etmek ve gelişmek imkânından menedildiği, mahrum bırakıldığı takdirde dumûra, inhilâle uğrar.

c) Nihayet müellif, hukukun vücut bulabilmesi için bu yolda bir kanaatin de herhangi bir şekilde belirmesi gerektiğini, belirmeksizin sadece insanın içinde kalan şeyin hukukî duygu olduğunu, fakat hukuk olmadığını işaret etmektedir. Hukukî tezahürler, başkaları tarafından sık sık engellenseler de (geri itilseler de) yine hukuk olmaktan çıkmazlar (*Mukayese ediniz: — s. 3*). İşte müellifin, tespit ettiğimiz mevzu etrafındaki izahatını kavrayabilmek, tetkik ve tahlil edebilmek için bu noktaların bilinmesi zarurî bulunduğu üzerinde hassaten durduk. Maamafih mevzu-bahs meseleyi, komşu ve benzer meselelerden daha iyi ve daha açık ayırt



edebilmek için daha bazı noktaları da aydınlatmak gerekmektedir ki müellif te bu cihetlere haklı olarak ve yerinde bir alâka göstermektedir.

IV. Müellif, *dört türlü hukuk* ve bu dört türlü hukuka tekabül eden *dört hukukî muhit* tefrik ve temyiz etmektedir: — 1) Kanuna istinat eden hukuk (mevzu hukuk, Devletin vazettiği hukuk) ve buna tekabül eden hukukî muhit, hukukî birlik olarak Devlet, münferit kiliseler veya daha küçük topluluklar! Bunlar beşerî mevzu hukuka istinat eden birliklerdir veyahut beşerî mevzu hukukla imlâ edilmiş birliklerdir. 2) Teamüli hukuk ve bu hukuka tekabül eden hukukî muhit olarak büyük veya küçük gruplar halinde millet. 3) Tabii hukuk ve buna temayül gösteren muhtelif muhitler. 4) İlâhî menşeden sudur eden kutsal hukuk, ilâhî hukuk (ius divinum) ve bu hukuka perestiş eden hukukî muhit olarak katolik kiliseleri veya dünya katolik cemaati; (s. 3-7). — Bilâhare bu hukukî sistemlerin karakterleri kısaca belirtilip bunlara tekabül eden hukukî muhitler arasındaki mücadelenin mahiyetine temas edilerek ezcümle şöyle denilmektedir: — Bugün takmil medenî memleketlerde mevzu hukuk en başta gelir. Mevzu hukuk, kanuna dayanan hukuktur. Kanun vazını Devlet ikame ve ihdas eder. Kanun vazı ya bir tek şahıstır veyahut bir makamdır, bir meclistir, veya İsviçre kantonlarında olduğu gibi bütün halktır. — Görülüyor ki mevzu hukuk Devlet tarafından vazedilmektedir. Devlete hâs olan şeylerden biri de cebirdir. Devlet kanunlarını cebirle teşhiz eder, binaenaleyh Devletin vazettiği hukuk cebre istinat eden bir hukuktur. Müellif, bu sebeple Devletin, biraz hoyratça ve tek taraflı olarak, «*organize edilmiş cebir*» diye vasıflandırıldığını, fakat buna rağmen cebrin hukuk mefhumuna dahil olmadığını belirtiyor. — Mevzu hukuktan farklı olarak teamüli hukuk halk muhitinde veya münferit gruplarda uzun süren bir tasvib, tasdik ve tatbik neticesinde vücut bulur (consuetudo, gelenek). Teamüli hukukun doğması için umumî bir kanaatin ve bu kanaate dayanan tasdik ve tatbik keyfiyetlerinin mevcudiyeti lâzımdır. Bu şartlardan ve unsurlardan, bu mümeyyiz vasıflardan hiçbirinin eksik olmaması gerekir. — Tabii hukukla teamüli hukuk arasındaki ilk fark, uzun ve fasılasız bir tasdik ve tatbik keyfiyetinin, mümeyyiz vasıf olarak, tabii hukuka hâs olmamasıdır. Tabii hukuk, insanın tabiatından veyahut hukukun tabiatından (mahiyetinden) sudur eden bir hukuktur. (Bazan tabii hukukun menşei akılda aranmaktadır. Bu takdirde akli hukuktan bahsedilir. Akli hukuk ya beşerî akıldan veya ilâhî akıldan istihraç edilir). Tabii hukuk, kıymetini bizzat kendi içinde taşıyan, aslî bir nüveye sahip varlıktır. Beşeriyetin tarihî mukadderatının ciddi ve dramatik anlarında insanların sinesinden birdenbire kopup fıskırır, ve mevzu hukukun vazettiği tekmil mâniaları silip süpürmeğe



çalışır (s. 4-5). Müellif, tabii hukukun, en başta gelen, mümtaz bir mücadele hukuku olduğunu, Fransız Büyük İhtilâlinin 18 inci asrın tabii hukuku olmaksızın tasavvur edilemeyeceğini belirttikten sonra halihazırın bir çok hukukçuları tarafından tabii hukukun hukukî mahiyetinin inkâr edildiğini, halbuki bunun büyük bir hata ve isabetsizlik olduğunu, bu isabetsizliğin Devletler umumî hukukuna bir nazar atfile düzeltmesi gerektiğini ilâve ve *pacta sunt servanda*, *neminem laedere* ve emsali bir çok kaziyyelerin ancak tabii hukuk zaviyesinden izah edilebileceklerini misal olarak zikrediyor.

Görülüyor ki müellif mevzu hukuk, teamüli hukuk ve tabii hukuk diye üç nevi hukuk tefrik ve temyiz ve bu tasnife bir dördüncü nevi olarak ta kutsal hukuku, ilâhi hukuku (*ius divinum*) ilâve ediyor ve ezcümle şu noktaları belirtiyor: — «*ius divinum*» telâkkisine göre ilâhi hukukun menşei Allâhtır. Bu hukuk insan yapısı değildir. Bilâkis dünyanın başlangıcından, menşeinden beri mevcuttu ve daima mevcut olacaktır. Ebedî ve değişmez mahiyettedir. Bilhassa *katolik kilisesinin* hukuku, bu nevi hukuka dayanır. Gerçi kilise, «*ius divinum*» un yanında bir de «*ius humanum*», «*ius ecclesiasticum*» kabul etmektedir. Fakat bu ikincisi zamanla değişir bir mahiyet taşımaktadır. «*ius humanum*» beşerîdir ve beşerî olduğu için de fânidir. Katolik kilisesinin, hattâ 1917 tarihli «*codex iuris canonici*» nin istinat ettiği prensibe göre «*ius divinum*» kilisenin en yüce hukukudur ve herhangi bir hukukî norm tarafından hiçbir zaman tâdil edilemez. — Şayanı dikkattir ki protestan mezhebiniin kurucusu «Martin Luther», «*ius divinum*» u reddetmiştir. Protestan kilisesi, kendi kilise hukukunu değişmiyen bir ilâhi hukuka istinat ettirmedikten maada bu kabil bir fikirle de ünsiyet edemiyor (s. 5-6).

d) Müellif, yukarıda da işaret edildiği veçhile, bu kabil dört nevi hukuk ayırdıktan sonra hukukun ruhunu kanaatlerin teşkil ettiği ve bu dört nevi hukuka tekabül eden veyahut bu dört nevi hukukla memlû ve meşbû «*dört hukukî muhitin ihtiva ve ihata ettiği, ve muhtelif kanaatlere sahip, beşerî camialar*» biribirleriyle çatışınca bu çatışmadan trajik bir durumun husule gelmesinin zarurî bulunduğunu kaydederek böyle bir durumda kanaatlerin, yekdiğeri karşısına dikildiğini, her hukukî cemaatin hâkim olmak ve binnetice mensup olduğu hukukî muhiti muzaffer kılmak istediğini tebarüz ettiriyor ve nihayet çatışan «*hukukî cemaatlerin veyahut bu çatışmaların*» ortasında ekseriya âciz, ne yapacağını bilmez, şaşırılmış bir halde ve yine ekseriya «bu çatışan hukukî muhitlerden hangisini kabul etmek, hangisine uysallık göstermek lâzım geleceği» keyfiyetinden doğan acı şüpheler, tereddütler ve elemelerden mustarip bir vaziyette «*münferit*



«insan» in bulunduğunu işaretleyerek böyle bir mücadelede *hukukla çiy kuvvetin değil*, doğrudan doğruya *hukukla hukukun* karşı karşıya bulunduğunu zikrediyor (s. 6-7). Gerçi müellif, dünyanın, hukukî muhitler arasındaki mücadelelerle ve bu mücadelelerden doğan trajik durumlarla dolu olduğunu işaret ediyor (s. 7); fakat eserin tetkiki sırasında da arzedeceğimiz veçhile ve garp kültürü çevresine münhasır olmak üzere hukukî muhitler veya hukukî cemaatler arasındaki bu mücadelenin, *tabii hukuk ve kilise hukuku müstesna*, mevzu hukukun ve buna tekabül eden hukukî muhit olarak Devletin lehine neticelenmiş olduğunu da ilâve etmek faideden hâli olmasa gerektir. O halde soy hukuku, şehir hukuku, feodal hukuk ve Heimat = yurd hukuku, yerlerini mevzu hukuka, Devletin vazettiği hukuka terketmişlerdir. Teamüli hukukla mevzu hukuk arasındaki çatışmaya gelince: — Bu, tedricen kaybolmaktadır. Çünkü modern Devletin teşkilâtı bugün yeni bir teamüli hukukun doğmasına müsait değildir. Çünkü modern mevzu hukuk veya modern kanunlar hiçbir boşluk bırakmaksızın, muayyen bir hukukî sahaya taallük etmek üzere, tek mil hayat münasebetlerini tanzim etmek gayesini güderler. Bu sebeple teamüli hukukla doldurulabilecek az bir boşluk kalıyor demektir. Halbuki bir yandan mevzu hukukla kilise hukukunun, öte yandan mevzu hukukla tabii hukukun birbirleri karşısındaki durumları böyle değildir. Bu ciheti, izahatımızın normal seyrinde, ayrıca incelemek fırsat ve imkânını bulacağız.

e) Müellif, herhangi bir suitefehhüme mahal kalmamak üzere muhtelif hukukî muhitler arasındaki çatışmadan husule gelen trajik durumun, doğrudan doğruya hukukun ihlâlile, hakkın çiğnenmesiyle meydana gelen trajik durumdan tefrik edilmesini ehemmiyetle belirtiyor. Birinci şıkta «*hukukla hukuk*» karşı karşıya bulunmaktadır (Meselâ garp kültür âleminde muhtelif devirlerde soy hukukile Devletin vazettiği hukuk; Heimat = yurd hukukile terituar hukuku; feodal hukukla şehir hukuku; mevzu hukukla kilise hukuku arasında cereyan etmiş bulunan mücadeleler gibi). — İkinci şıkta hukukla haksızlık, hakka tecavüz, hakkı ihlâl karşı karşıya bulunmaktadır. Bu keyfiyet, eserin mevzuu ile bir gûna alâkadar değildir. İkinci şıkta tazammun ettiği trajik durum, hak ihlâl edildiği takdirde bahis konusu olabilir. İhlâl edilen hak, ceza veya tazminat tayini ile veya hakkın yeniden iadesiyle tesis edilir ve bu suretle trajik durum sona erer.

Görülüyor ki birinci şıkta bizzat hukukun içinde yekdiğerile çatışan zaruretlerden doğan bir durum mevzubahstir. Halbuki ikinci şıkta iki zaruretten yekdiğerile çatışması mevzubahs değildir. Çünkü suç dediğimiz ve hukuku ihlâl eden fiiller hiçbir vakit zarurî olamazlar (Mukayese ediniz: s. 7-8). — Bundan başka harp halinden doğan durumlar dahi eserin mev-



zuuna dahil değildir. Yekdiğerini takip eden haksızlıklar, hakkın mütemadiyen ihlâl edilmesi harp hareketlerinin neticelerindedir. Fakat burada *çiy kuvvetle hukuk* karşı karşıya bulunmaktadır. Harbin hoyrat ve merhametsiz eli hakkı, hukuku binlerce defa çığner (tedafüi harp müstesna); fakat müellife göre, bu keyfiyetten doğan trajik durum, hukuktan ziyade doğrudan doğruya «*insan*» ı müteessir eder. Çünkü böyle bir vaziyette insan, *bizzat hukukun içinde* çatışan zaruretlerin değil; hakkı, hukuku ihlâl eden *çiy kuvvetin* altında ıstırap çeker. Görülüyor ki harp halinde *hukukla hukuk* değil, *hak ile çiy kuvvet* karşı karşıya bulunmaktadır. — Nihayet müellif, son olarak, ahlâkla hukuk arasındaki tezaadın da mevzua dahil olmadığını belirterek tetkik edilecek meselenin tayin ve tahdidini, böylece alâkabahş bir giriş halinde neticelendirmiş bulunuyor (Fazla ve mütemmim izahat için bakınız: — s. 8-9).

Müteakip izahatın daha iyi anlaşılabilmesi için giriş mahiyetini taşıyan yukarıdaki tafsilâtı lüzumlu addettik. Eserin, muhtelif hukukî muhitler (meselâ kilise, Devlet vesaire) arasındaki mücadelelere ve çatışmalara tahsis edilmiş bulunan kısımlarını incelerken sadece en önemli ve merkezi mahiyette olan noktalara temas ve böylece, güzel bir üslûpla kaleme alınmış, bu küçük fakat muhtevalı eserin tablosunu çizmeğe devam edeceğimiz (arzettiği alâkabahş karaktere binaen soy hukuku üzerinde fazlaca durduk).

*B — Muhtelif hukukî muhitler arasındaki tezatlar ve çatışmalar.*

V. Garpta soy hukuku ile Devletin vazettiği hukuk arasındaki tezat ve mücadeleler dikkate şayan safhalar arzederler. Bu sebeple eserin bu fasla tahsis edilmiş bulunan izahatı üzerinde fazlaca duracağız. — Ortaçağ Avrupasının sekeneşi ve cemiyet hayatı soy birlikleri halinde tezahür eder. Soy deyince dar aileyi (ebeveyn, çocuklar ve kardeşler) aşan bir kan birliği anlaşılır. Bu kan birliği, dar aileyi teşkil eden insanlardan daha geniş muhitleri yekdiğerine bağlar. Ortaçağ Avrupasında tesadüf ettiğimiz bu soylar, aynı zamanda bir taraftan sulh ve sükûn, diğer taraftan bir selâmet, bir kuvvet birliğidir. Soy denilen topluluğun içinde sulh ve sükûn sürer. Soya dahil ve mensup olan kimsenin selâmeti ile soyun selâmeti birbirinin lâzım gayri müfarikidir. Bunlar arasında sürekli ve karşılıklı tesirler mevcuttur.

Görülüyor ki soy, aralarında kan rabıtası bulunan bir çok insanların vücade getirdiği bir sulh ve sükûn birliğidir; fakat aynı zamanda hukukî bir birliktir. Bu keyfiyet, soy birliğinin bugünkü aile birliğinden çok farklı olduğunu göstermeğe kâfidir. Çünkü yukarıda da işaret edildiği



veçhile bugün aile: — Ebeveyn, çocuklar ve kardeşlerden mürekkeptir. Gerçi aralarında doğrudan doğruya değilse bile, dolayısıyla karâbet bulunan kimseler, geniş mânada bir aile teşkil ederler; lâkin bunlar Ortaçağda karşılaşılan soy birliklerine benzemezler, ve esasen bunlar birlik karakterini taşımazlar. Halbuki Ortaçağda tesadüf ve tespit edilen soylar: siyasi, hukuki ve içtimai birlik mahiyetindedir.

Bundan başka Ortaçağın siyasi, içtimai ve hukuki birliklerinden biri olan soy ile bugünkü aile arasında daha başka farklar da vardır: — Soy ile soyun ecdadı arasında mistik bir bağ mevcuttur. Soy ecdadının takdisi, ecdada hürmet ve perestiş soy şuurunun temelini; soy ecdadının yattığı kabirler soy birliğinin mihrakını teşkil ediyordu. Soyun yaşayan mensupları, ölümlere görünmiyen bağlarla bağlı idi ve ölümler, yaşayanlarla irtibatlarını kesmemişlerdi.

Eseri alâkadar eden asıl mesele, soyun her şeyden evvel bir hukuki birlik olduğu keyfiyetidir. Hiçbir beşerî topluluk hukuksuz yaşayamayacağına göre sağlam bina edilmiş bir soy hukuku vücut bulmuştu. Çünkü soy, hem bir hukukî muhit hem de bu hukukî muhitin ihata ettiği insanların vücuda getirdiği bir topluluktur. Soy hukuku veya soy hukuk nizamı bilhassa aile hukuku, miras hukuku ve ceza hukuku gibi hükümleri ihtiva eder. O eski devirlerde binlerce soy birlikleri mevcuttu. Bunlar birbirlerine ya yardıma veyahut birbirlerini imhaya hazır bir halde bulunurlardı. İnsan ancak soy içinde emniyette idi. Fakat soy dışında bir zavallı, bir âciz, bir sefil idi (Mukayese ediniz: — s. 11).

Müellif, bundan sonra, soyun şeref, haysiyet veya menfaatini ağır surette rencide eden bir hareketten mütevellit kan davasından (kan intikamı = Blutrache) ve bunun, o zamanlar Avrupada câri soy hukukunda oynadığı rolden, ehemmiyetinden, zira soy hukukunun kan davasında en vâzih şekilde belirlediğinden bahs ve bazı misaller zikrettikten sonra bir çok bilgilerin sayısız araştırmalarla, münferit milletler bakımından, bu meseleyi aydınlatmağa, bilhassa «kan gütme, kan intikamı» hukukunun (=Blutracherecht) dayandığı esasları tespitte çalıştıklarını zikrediyor ve bu meselenin incelenmesinin bizi, kabilelerin ve soyların hayatına hâkim ve demoni = daemonie dediğimiz tekmil tasavvurlar âlemine götürdüğünü, maamafih kendisinin Ortaçağ Cermen hukukile iktifa etmek istediğini ilâve ediyor (s. 12-13).

Müellif, bunu müteakip soyların hukukuna hâkim kan davasının sebeplerini ve saiklerini araştırıyor ve bunları üç noktada topluyor: — 1) namus ve kahramanlık borcu; 2) ölüye karşı hürmet duygusu, intikam borcu ve korku; 3) psikolojik zaruret (cebir). — İptidai devirlerde kahramanlık duygularile meşbû adamlar, hâkimin verdiği kararlarla yetsinme-



mektedirler. Çünkü, onların telâkkisine göre, bütün soyun şerefi mevzu-bahstir. Öldürülen bir baba veya evlât için diyet olarak para veya para ile ölçülen şeyler kabul etmek şerefsizlik sayılmaktadır... İkinci âmil olarak perestiş ve korku meselesine gelince: — Evvelâ burada ecdadın takdisi büyük rol oynuyor. Geri kalanlar, öldürülen kimseye intikam borçludurlar. Çünkü öldürülen, intikamının alınmasını isteme hakkını haizdir, ve soyun içinde hâkim telâkkiye göre, tıpkı haricî âlemde cereyan eden hâdiseler arasında olduğu gibi ölümlerle yaşayanlar arasında âdeta objektif - reel bir münasebet vardır. Bu kabil bir münasebet ve bağın kabul edildiği gözönünde tutulursa, yaşayanların, öldürülen kimsenin intikamını almakla mükellef oldukları daha iyi anlaşılır. Soy ecdadına karşı hürmet ve perestışı, onları âdeta ülûhiyet derecesine yükseltme keyfiyetini, meselâ Shakespeare'in Hamlet'inde öldürülen kralın konuşan ruhundan duyuyoruz. Kral, intikamının alınmasını oğlundan haykırarak istiyor (s. 13-14).

Öldürülenin intikamını almamak tehlikelidir. Çünkü intikamı alınmayan ölü rahat etmez. Onun ruhu azap içindedir. O iptidaî devirlerin bir çok kabilelerinde: — İntikamı alınmayan ölünün, yaşayanları daima takip ve izar ettiği, hayaletinin daima karşılarına çıktığı, gerek ailenin şerefini kurtarmak, gerek mezarında artık rahat yatmak maksadile yakınlarını takip ve hattâ onlara zarar iras ettiği, mütemadiyen orada burada dolaşarak intikamının alınmasını âdeta zorla istediği kanaati hâkimdi. Ancak intikamı alınan kimse, hakikaten ölmüş addedilirdi. İşte meselâ Hamlet'in babası, intikamı alınıncaya kadar bir hayalet halinde orada burada dolaşıp durmaktadır. Bundan başka bir çok garp masallarında ve efsanelerinde, intikamlarının alınmasını isteyen birçok ölümlerin bihuzur ruhları yaşayanlara görünmekte, onları intikama zorlamaktadırlar.

Üçüncü âmil, insanın pasif olarak maruz kaldığı bir zararı, tekrar başkalarına, aktif olarak, iras etmesi şeklinde tecelli eder. — Görülüyor ki iptidaî soy ve kabile hayatında ve Ortaçağ Avrupasının cemiyet hayatının istinat ettiği soy birliğinde: Kan gütmenin veya kan davasının temelleri kahramanlığa, namus ve şeref duygusuna, korkuya ve pasif olarak uğranılan zararı, tekrar başkalarına aktif olarak iras etme keyfiyetine dayanıyor. Soyların nazarında kan gütme kutsal bir haktır, intikam alma vecibesi kutsal bir vecibedir (s. 14-15). Fakat bu kutsal hak ve bu kutsal vecibeden doğan mücadeleler, soylar arasında daimî bir mücadele halli tevhit, yıkıcı ve mahvedici bir boğuşma şeklinde tecelli ediyordu. Kültürel tekâmül neticesinde cemiyetin içtimaî bünyesi değiştikten ve buna muvazi olarak fert muayyen bir kültür seviyesine ulaştıktan sonra insan, kan gütme davalarının gerek ferdi gerek içtimaî bakımdan yıkıcı zararlarını idrâk



edebilmiş ve bugünün modern insanı nazarında kan intikamı denilen hareketler artık bir hak olarak kabul edilmedikten maada ahlâki bakımdan da merdud bir hale gelmiştir. Kan gütme davalarının gemlenmesini, hattâ ortadan kaldırılmasını ve bu suretle cemiyete huzur ve sükûn, ilerleme ve gelişme imkânlarını sağlayan başlıca âmillerden biri olarak Devleti görüyoruz. Bir sulh ve sükûn nizamı olan mevzu hukukile, cemiyette fertle fert üstü realiteler arasında âhengi temin eden veya temine çalışan kanunlarile Devlet, «*kan gütme hukuku*» nun ortadan kaldırılması yolunda yapılan mücadelede ön safta bulunmaktadır. Lâkin Devletin vazettiği kanunların mer'î olması için halkın bu kanunlara ve Devlet otoritesine itaatı ve bunun da gerçekleşmesi için cemiyet içinde yaşayan yurddaşlar arasında sulh ve sükûnun hüküm sürmesi lâzımdır. Halbuki soylar, birbirleriyle mücadele ettikleri takdirde Devletin kudreti zayıflar. Bu sebeple Devlet müessesesinin gayesi soylar arasında sulh ve sükûnu korumaktır. Müellif, bu itibarla Frank devrinin başlangıçlarındanberi Devletin kanunlarında, yasama faaliyetinde (Sulh = Pax) kelimesinin çınlayıp durduğunu, diğer taraftan hristiyanlığın istinat ettiği ebedî sulh ve sükûn fikrinin kan gütmeye karşı girişilen bu savaşı desteklediğini ve sükûn prensibini kuvvetlendirdiğini belirtiyor (s. 15); ve gerek Devletin gerek kilisenin kendi kanunlarile kan davasının kökünün kazınması, hattâ cebir kullanma suretile bizzat ihkaki hak gibi her türlü hareketlerin mümkün olduğu kadar önüne geçilmesi uğurunda müştereken çalıştıklarını ve Devletin bu gayeye ulaşmak için hangi usullere başvurduğunu anlatıyor (s. 16). Gerçi Ortaçağın sonlarında daha doğrusu muahhar ortaçağda memlekette sulh ve sükûnu bozan kan gütme hareketlerine karşı şiddetli cezalar tertip ediliyordu. Ortaçağın bu safhasında her türlü intikam hareketi yasaktı ve ölüm cezasile tehdit edilmiş bulunuyordu. Fakat mücadeleye bu şekilde başlamanın faidesiz olduğu Frank devrinde ve bu devrin kralları tarafından idrâk ve başka bir yol takip olunmuştur. İhtilâfın halli için uzlaştırıcı bir usul vazolunmuş ve bu usule riayet etmek istemiyen tarafları riayete icbar etmek gayesile muhtelif vasıtalara müracaat edilmiştir. Meselâ, tarafları resmen uzlaşmaya icbar etmek ve zorla diyet verdirmek suretile uzlaşmayı ve sükûnu tesis ve temin etmek; hapis cezası vermek; isyankâr tavır takınanları sürmek gibi! Görülüyor ki Devletin, soyların kan davasına karşı açtığı mücadelenin başlangıçlarında bir taraftan soy hukuku Devletin vazettiği hukuka boyun eğmemekte ve yalnız kendi kanunlarına riayet edilmesini istemekte ısrar ederken diğer taraftan Devlet de kendi nazarında suçlu olanları ağır zararlara uğratmak ve cezalara çarptırmak suretile tebaasından aksini talep etmektedir (s. 16-17).

Hulâsa müellif, soy sistemi içinde bu sebepten doğan mücadeleyi ve



9878888

bu mücadelede müracaat edilen usulleri; soy hukukundan doğan kan gütme davası ile Devletin mücadele maksadile vazettiği kanuni hükümler arasındaki tezatları; bu tezatların ortadan kaldırılması, telifi maksadile başvuru çareleri; nihayet kan intikamının tedricen nasıl zail olduğunu vâzih ve veciz bir üslûpla anlatıyor. Bu meyanda müellif, ortaçağda Devletin «kan gütme davasına» karşı açtığı mücadeleye misal teşkil edecek bazı kanuni hükümlerden bahsetmekte, «kan gütme» âdetile Devlet arasındaki tezat ve mücadelenin ortadan kaldırılması için bilhassa kanunların, tarafları ihtiyarî olarak kan davasından vazgeçmeğe davet ettiklerini zikrelemektedir. Devlet, cebri vasıtalarla hariçten tesir ve müdahale etmek istemiyordu. Tarafların, bizzat doğacak trajik bir duruma bizzat kendi kararlarıyla nihayet vermeleri daha muvafıktı. — Nihayet kan davası Avrupada yavaş yavaş kaybolmuştur.

Müellif, soy şuurundan doğmuş bulunan kan davasının âdeta hissedilmeksizin, yavaş yavaş, muahhar ortaçağın bir tezahürü olan «Fehderecht» e intikal ettiğini söylüyor. Fehde (=husumet ve bundan doğan muhasama hâli), intikama (Rache) mütezat olarak içtimai bir karakter taşıyordu. «Fehde» hakkı muayyen bir sınıfa, asiller sınıfına, şövalye sınıfına inhisar ve Devlet de muayyen hudutlar dahilinde olmak üzere, buna müsaade ediyordu. Devletin, «Fehde» ye — velev muayyen hudutlar dahilinde de olsa — müsaade etmesi, (iki zaruretin çatışmasından doğan) trajik bir durumun husulünü imkânsız kılmıştı. Kanunla «Fehde» arasındaki, yani kanunla teamüli hukuk arasındaki tezat artık ortadan kalkmış bulunuyordu. Fakat buna rağmen Devlet, «Fehde» hakkını, yani asillerin bizzat ihkakı hak salâhiyetlerini mümkün olduğu kadar bertaraf etmeğe çalışıyordu. Bu maksatla bazı hükümler vazolunmuştu (s. 20). Devletin, «Fehde» hakkına müdahalesine karşı şövalye sınıfı mensupları: — Bu teamüli haklarının Devlet tarafından gaspedilemeyeceği kanaatini besliyorlardı. Böylece «Fehde» hakkı daha uzun müddet devam edebilmiştir.

«Fehde» hakkı dediğimiz müesseseyi, asıl ortadan kaldıran âmil, şehirler olmuştur. Şehirler, kendi surları dahilinde her türlü intikam ve husumet haklarını reddetmişlerdir. Şehirlerde sürekli bir sulh ve emniyet halinin teessüsü mutlaka lâzımdı. Çünkü şehirler ancak sürekli bir sulh ve emniyet havası içinde gelişebilirlerdi (s. 21).

Müellif, teamüle dayanan soy hukuk ile kanuna dayanan hukuk, yani Devletin vazettiği hukuk arasındaki mücadelenin nihai köklerini araştırarak ezcümle şu noktaları tespit ediyor: — Tarihte soy hukuku, karşımıza kapalı, sağlam bir sistem olarak çıkıyor. İptidai devirlerde kan, insanlar arasında en kuvvetli bağ olarak tezahür ediyordu. Kan, «soy hukuk nizamının» mihrakını teşkil etmektedir. Bu sebeple ancak soy dahilinde sulh



ve emniyet vardı. Soy dışında ise savaş ve tecebbür hareketleri hüküm sürüyor; soylar kasırgalar ve fırtınalar ortasında yükselen adacıklara, kaya parçalarına benziyordu. Her soyun içinde hukukun kudretile bir tesanüt teessüs etmemiş olsaydı, o vakit hiçbir soy böyle bir hengâmeye dayanamazdı. — Devlete gelince: — Devletin, Devlet olabilmesi için her şeyden evvel soyların fevkinde kudretle yükselen bir hukuk nizamını tesis etmesi ve tanıtması gerekiyordu. — Nihayet Devletin vazettiği hukukla soy hukuku arasındaki mücadeleden yavaş yavaş Devlet galebe çalmış ve soy hukuku ortadan kalkmıştır (s. 21-22).

VI. Müellif, diğer şayanı dikkat bir nokta olmak üzere, tarihte (Heimat) hukukile «territoire» hukuku arasındaki mücadeleyi izah ederek ezcümle şu cihetleri belirtiyor: — Bu iki hukukî muhitin yekdiğerile mücadelesi hakkında az şey bilinmektedir; çünkü bu hususta kaynaklar susmaktadır. Derinlere nüfuz eden esashı araştırmalar ise henüz mevcut değildir. — «Heimat» hukukuna daha ziyade «Frank» devrinde rastgeliyoruz. Bu devirde, herkesin kendi yurdunun, kendi kabilesinin hukukuna göre yaşaması prensibi câri idi. Bu «personalite prensibi» bilhassa Ribuar franklarının halk hukukunda çok bariz şekilde tecelli etmektedir. Çünkü o devirlerde her insan, mensup bulunduğu soy ve kabile ile «et tırnak olmuş» vaziyette idi. İnsanın maddî ve mânevî kuvvetlerinin kökü mensup olduğu soyda kabiledede idi. Gerçi kabilelerin başında bulunan kral, «Heimat» hukukile mukayyet değildi. Devletin vazettiği kanunlar, halk hukukuna, «Heimat» hukukuna mütezaad olsa dahi, yine mer'î idi. Fakat kralın kanunları, Devletin vazettiği kanunlar, ekseriya idarî ve organisatoir (düzenleyici) mahiyette oldukları için kabile hukukuna, Heimat hukukuna müdahale etmiyorlardı. «Heimat» hukuku, her insanı — nerede bulunursa bulunsun, nereye giderse gitsin — takip etmektedir (s. 23-24).

Frank İmparatorluğunun çöküşünden sonra 10 uncu ve 11 inci asırlarda başka bir prensip hâkim olmağa başlamıştır. Çünkü territorial otoriteler, artık müstakil devletler halinde gelişmek istidadını gösteriyorlardı. Arazi üzerinde, toprak üzerinde bir hâkimiyet tesisi fikri ön plâna geçerek kuvvetlenmeğe başlamıştı. İcrayı hükmedenler, o zamana kadar, *toprak* üzerinde değil; *insanlar* üzerinde hâkimiyet tesisini düşünmüşlerdi. Bu telâkki, yerini yavaş yavaş territorial devlet telâkkisine terketmiştir. Bu telâkkinin tabii ve mantıkî neticelerinden biri de, kapalı bir sistem halinde territoir hukukunun doğmuş bulunmasıdır. Bu territoir hukukuna göre Devletin hudutları dahilinde oturan kimseler, bu hukuka tâbidirler. Territorialité prensibine dayanan territoir hukukile personalite prensibine dayanan Heimat hukuku arasında, işte böylece bir tezat ve çatışma husule



gelmiştir. Bununla beraber kralın vazettiği kanunları ihtiva eden territoir hukuku daha ağır bastığı için Heimat hukuku yavaş yavaş kaybolmuştur. Muhtemel olarak 13 üncü asrın sonlarına doğru bu iki türlü hukuk arasındaki mücadele territoir hukukunun lehine neticelenmiş bulunuyordu (s. 25-27).

*VII.* Frank devrinin sonlarında hukuktaki vahdet bozulmuştu. Gerçi Devletin vazettiği hukuk soy hukukile, territoir hukuku da «Heimat» hukukile başarılı surette mücadele etmişti. Fakat hayat ve hayat tarzı daima değişme ve gelişme halinde bulunduğundan esaslı şekilde ikiye parçalanmış ve bu ayrılma, yeni hukuk nizamlarının, yeni hukukî muhitlerin doğmasına sebep olmuştur. Böylece territoir hukukunun yanında şehir hukuku doğmuştur. Çünkü Avrupa şehirlerinde bir burjuva sınıfı (şehirli sınıfı) doğmuştu ve bu sınıf, içinde yaşadığı şehrin hukukuna, inhisarlı ve imtiyazlı bir karakter atfederek, şehir sınırları içinde mutlak bir meriyet sağlamak temayülünü besliyordu. «Hemşehri», yalnız mensup olduğu şehrin kanunlarına ve mahkemelerine tâbi olmak noktai nazarını müdafaa ediyordu.

Bundan başka territoir hukukunun yanında bir de feodal hukuk teesüs etmişti (s. 28-29). Hayatın değişmesinden ve gelişmesinden doğan yeni hukukî muhitlerin ve bu hukukî muhitler içinde zarurî olan hukuk nizamlarının yekdiğerile çatışmaları içtinap edilemez bir hal almıştı. Ortaçağda birbirine yabancı hukukî muhitler arasında bu kabil çatışmaların önüne geçmek maksadile şu prensip câri idi. Daha küçük hukukî muhitin kanunları daha büyük hukukî muhitin kanunlarına, hukukî nizamına tekaddüm eder. Daha büyük hukukî muhitin hukuk nizamı ancak tamamlayıcı mahiyettedir; sadece boşlukları doldurur (s. 29-30). Fakat hayat başka bir manzara arz etmektedir. Hukukî muhitler arasındaki tezatlardan husule gelen trajik durumlardan sakınabilmek için vazedilen prensiplere rağmen hukukî muhitler arasında yine çatışmalar eksik olmuyordu (s. 30-33, bilhassa misaller).

*VIII.* Hukukta birbirine zıt iki zaruretin (iki hukukî muhitin) yekdiğerile çatışmasından doğan trajik duruma diğeri mühim bir misal de teamüli hukukla mevzu hukuk arasındaki mücadeledir. Bu, müellifin haklı olarak üzerinde durduğu bir meseledir. Halkın ruhunda hukuk yaratan ve hukuka şekil veren kuvvetler vardır. Bu hukukun temeli, küçük veya büyük halk gruplarında mezkûr hukuktan çıkan emirlerin mücbir karakter taşıdığı, herkesin bunlara riayet ve itaatle mükellef olduğu hakkındaki kanaattir. Böylece elde edilen hukukun aynı zamanda makul olması, gerek



ferdin, gerek ferdin mensup olduğu cemiyetin refah ve saadetini terviç ve himaye etmesi lâzımdır. Bundan sonra müellif, teamüli hukukun nasıl doğduğunu, nasıl yerleşip kökleştiğini izah ediyor (s. 34-35); ve böylece teessüs eden teamüli hukukun bütün dünyaya yayıldığını ve daimi meriyet iddiasında bulunduğunu ilâve ediyor. Fakat teamüli hukukun karşısına Devletin vazettiği hukuk çıkmaktadır. Tarihte bu her iki hukukî muhit arasındaki mücadele ve rekabet şayanı dikkattir. Teamüli hukuk ve mevzu hukuk yekdiğerinden fazlaca inhiraf ettiği hallerde bu mücadele trajik bir hal almıştır. Misal olarak Devletin hukukile soy hukuku arasındaki mücadele zikredilebilir. Çünkü soy hukuku da bir nevi teamüli hukuktur. Soy hukukile Devletin vazettiği hukuk arasındaki mücadelenin muhtelif tezahürlerine cihan tarihinin seyri içinde rastgelinmektedir.

Bundan sonra müellif teamüli hukukla mevzu hukuk arasındaki tezatları, Alman hukuk tarihi bakımından, kısaca tetkik ve izah etmektedir (s. 36-37). Nihayet teamüli hukukun Ortaçağdaki en muazzam başarısı, Roma hukukunun resepsiyonu dediğimiz hâdisedir. Roma hukuku Avrupa'da bilhassa Almanyada şehir hukukuna ve mahkemelere yavaş yavaş girmiştir. Bu hukukun o zamanlar Almanyada İmparator veya Millet Meclisi tarafından kabul edildiğine dair ortada hiçbir delil bulunmadığına göre muhtelif bölgelerde ancak teamüli hukuk halinde teessüs ve taammüm eylemiştir. Roma hukukile yerli hukuk sistemleri arasındaki tezat ve mücadele uzun müddet devam etmiş, nihayet Roma hukuku yerleşmiştir (s. 38-41). Roma hukukunun diğer Avrupa memleketlerine nüfuzu, Almanyadaki gibi sarsıntılı olmamıştır. Meselâ, Fransaya da Roma hukuku nüfuz etmiştir; fakat bu hâdise yavaş yavaş, tedricî şekilde vukubulmuştur. Bu sebeple müellif, Roma hukukunun Fransada resîpe edilmiş şekline «organik resepsiyon» diyor. Organik şekilde vukubulan bir tekâmül, sarsıntılar ve buhranlar husule getirmez. Çünkü organik resepsiyon, hukukî kanaatlerin zamanın seyri içinde, hemen hemen farkına varılmaksızın, tedricî surette değişmesi mânasını tazammun eder. Eski hukuk, tedricî şekilde yeni hukukun hüviyetine bürünür. İnsan vücudundaki uzuvlar, fert herhangi bir sarsıntıya maruz kalmadan, nasıl tedricen değişirse, yeni hukukî müesseseler de, yavaş yavaş ve zamanla eski hukuku silkip atarak yenisini doğururlar. Böylece eski hukukla yeni hukuk arasında herhangi bir buhran da husule gelmez. Çünkü organik şekilde tekâmül eden bir şey, buhransız vukubulur (s. 41). — İngiltereye gelince, bu memleket resepsiyondan oldukça masun kalmıştır. — İsviçrede, Fransadakine müşabih olarak, Roma hukuku, eski hukukun bünyesine organik şekilde nüfuz etmiştir. İsviçrenin almanca konuşan bölgelerinde ise yabancı hukuk umumiyetle reddedilmiştir (s. 42-43).



Müellif, resepsiyon hâdisesile alâkadar olmak üzere bir de şu mühim noktayı işaret ediyor: — Yüksek bir kültüre dayanan Roma hukuku, nüfuz ettiği memleketlerde fena olduğu gibi iyi ve verimli tesirler de icra etmiştir. Hattâ bunun, İngiltere için bile varit olduğunu Sherman, Roman Law in the Modern World, namındaki eserinde tasdik ediyor (s. 43 ve 104). Ancak Roma hukuku, hercümerç halinde bulunan hukukî şekilleri ve mefhumları, berrak ve vâzih şekilde yekdiğerine karşı tahdit etmiştir. Hukukî şekillerin ve mefhumların karmakarışık halinden ileri gelen Chaos'u, bir Kosmos haline getiren âmil Roma hukukudur. Bundan başka Roma hukuku, Devletin içinde kapalı bir hukuk sistemi ihdası imkânlarını sağlamıştır. Nihayet bu hukuk, borçlar hukukuna, modern ticaret ve muamelât için lâzım ve zarurî olan seyyaliyeti ve harekîliği temin eylemiş, aynı zamanda nasfet prensibini sistematik şekilde tatbik ederek eski hukukun sulp karakterini izale etmiştir (s. 43).

Bilâhare zamanın seyri içinde mevzu hukuk, teamüli hukuk aleyhine olarak inkişaf etmiş, 17 nci ve 18 inci asırlarda Almanyada teşriî kuvvet, teamüli hukuka her türlü yolları kapamıştı. Halbuki 1794 tarihli «Das Preussische allgemeine Landrecht» teamüli hukuka yer veriyordu. Sadece pozitif normlara aykırı teamüli hukuk hükümsüzdür. İşte bu telâkki, 19 uncu ve 20 nci asır kanunlarına girmiştir. Teamüli hukuk, artık boşlukları dolduran bir unsur karakterini taşımağa başlamıştı. Yoksa, mevzu hukuka aykırı teamüli hukuka artık meriyet tanınmıyordu (s. 44-45). Bugünkü modern Devlette yeni teamüli hukuk kaidelerinin teessüsü güçleşmiştir. Çünkü bugünkü kanunlar, mümkün olduğu kadar noksansız olmağa gayret etmektedirler. Bir sahada, iki türlü hukuk kaidesi yerine bir türlü hukuk kaidesi cârî olduğu yahut mütenevvi teamüli hukuk kaideleri yerine sadece bir türlü, meselâ mevzu hukuk kaideleri mer'î olduğu takdirde hukukî emniyet de o nispette fazlalaşır (s. 46-47).

*IX. Devletin vazettiği hukukla kilise hukuku arasındaki zıddiyet.* — Devletle kilise ve dolayısıyla mevzu hukukla kilise hukuku arasındaki mücadele tarihin en şayanı dikkat hâdiselerinden biridir. Müellif, bu hâdiseye, lâayık olduğu ehemmiyeti atfediyor ve misallerle bu mücadeleyi belirtiyor. Tarihten alınan misallerin tekrarından sarfınazar edecek olursak, müellif bilhassa şu noktaları işaret ediyor: — Hiçbir beşerî camia hukuksuz olamayacağı için Devlet ve kilisenin de kendilerine mahsus hukuk nizamları da bulunacağı şüphesizdir. Fakat Devletin hukukile kilisenin hukuku arasındaki fark çok derindir. Birincisi değişen, beşerî bir hukuk nizamıdır. Halbuki katolik kilisesinin hukuku, değişmiyen, ebedî statülere, ius divinum'a dayanır. Kilisenin ilâhî hukuku, Kitabı Mukaddese (Ahdi



Atik ve Ahdi Cedide), hıristiyan dininin an'anelerine ve ahlâk prensiplerine istinat etmektedir. Bu sebeple, ilâhî hukuk, *ius divinum naturale* ve *ius divinum positivum* gibi iki unsurdan müteşekkildir. Esasen, bir ilâhî hukukun kabulü keyfiyetinde, kilise hukukunun «müspet hukukun fevkinde meriyeti haiz» olduğu iddiasının da mündemiç bulunması zarurî ve marîktir. Katolik akidesine göre Allah tarafından vazedilen normlar, insanların vazettiklerinden daha üstündür. Yine katolik akidesine göre Kitabı Mukaddes sadece hukukî normların vaz'ına dair direktifleri değil, aynı zamanda beşerî akıl ve iradenin dokunamayacağı sabit normları da ihtiva etmektedir. Bu ilâhî menşeden gelen hukukun yanında bir de beşerî ve değişen bir takım ahkâmın [3] bulunduğu da malûmdur. Fakat Devletin vazettiği hukukla ihtilâf halinde bulunan ahkâmın çoğu ilâhî hukuktan sudur etmektedir. O ilâhî hukuk ki ilâhî olanın, beşerî olandan üstün olduğu ve Papanın Allahın yeryüzünde vekili bulunduğu fikrine iptina eder. Kilise hukukile mevzu hukukun yekdiğerine uygun buldukları halîerde bu her iki hukuk sistemi arasında tezat mevzubahs olmaz. Fakat bu her iki sistem arasında sayısız mücadeleler vukubulmuş ve bu mücadelelerin tesirleri çok derin ve şümullü olmuştur (s. 48-49).

Bundan sonra müellif, tarihten şayanı dikkat misaller getirerek bir taraftan Devletle katolik kilisesi arasındaki mücadeleyi, diğer taraftan katolik kilisesi ile protestan kilisesi arasındaki mücadeleyi, bilhassa Devletle katolik kilisesi arasındaki tezatları telif maksadile yapılan müteaddit teşebbüsleri, bu meyanda Şarkî Romada kilise - Devlet tezatının bertaraf edilmesi zımnında bulunan hal çaresini, bundan başka Karolenj'lerin, Frank İmparatorluğunda kilisenin Devlete mutî olması lâzımgeldiği düsturunu müdafaa ettikleri keyfiyetini izah ve tespit etmektedir. Bundan başka katolik kilisesinin 1917 senesinde bütün kanonik hukuku ihtiva eden *Codex juris cononici*'yi neşrettiğini, bu *codex*'te ne gibi hükümlerin bulunduğunu belirtiyor (s. 49-67; katolik hukukuna göre evlilik meselesi, s. 65-67).

Protestan kilisesi ile Devlet arasındaki münasebetlere gelince: — Bu müessese bir hususiyet arz etmektedir. Protestan kilisesinin istinat ettiği esas prensipler arasında ilâhî hukuk (= *ius divinum*) diye bir şey bulunmuyor. Protestan kilisesi sadece değişen, dünyevî hukuk tanıyor. Onun için bu kilise, kendi hukuk nizamını, muhitin değişen şartlarına uydurabilmek kabiliyet ve imkânlarına sahiptir. Bundan başka protestan kilisesi, Devletle tezat ve ihtilâf halinde de bulunmak istemioyr; bilâkis Devlet tarafından himaye edilmek istiyor ve Devletin şahsında «*ilâhî otoriteyi*» gö-

[3] *ius humanum*.



rüyor. Nihayet protestan kilisesi, katolik kilisesi gibi, kendini dünyada yegâne meşrû ve lâyuhtî bir müessese addetmiyor. Bilâkis diğer kiliseleri ve diğer dinleri ve mezhepleri de meşrû olarak kabul diyor ve böylece tesamüh prensibini tanıyor (s. 67-68). Hülâsa protestan kilisesinin hukukile Devletin vazettiği hukuk arasında, katolik kilisesi muhitinde olduğu gibi, çatışmalar vukubulmamıştır.

*X. Tabii hukuk ve müspet hukuk arasındaki tezat.* — Bu, gerek hukuk felsefesinin, gerek umumî hukuk tarihinin en mühim meselelerinden biridir. Yeryüzünde, beşer nev'i bulunalıdanberi tabii hukuk, *hukukî hayatta* rol oynamaktadır. Ve yine yeryüzünde insan nesli mevcut oldukça tabii hukuk ta mevcut olacaktır... (s. 68). Tabii hukuk, pek büyük tahavvüller geçirmiştir. Çünkü tabii hukuk, mutlak, hakikî ve nihaî bir prensip aramaktadır. Diğer taraftan beşerî ruh, daimî değişme halinde bulduğundan ve nihaî hakikat olarak kâh bu kıymeti, kâh şu kıymeti kabul ettiğinden, felsefî - fikrî stürüktür ve beşerî gayelerle birlikte tabii hukukun muhtevası değişmektedir. Bu sebeple tabii hukuk, bazan ahlâkî hakikatlere, bazan dinî kıymetlere göre bir istikamet takip eder. Bazan münferit insanın tabiatından istidlâl edilir ve bazan da bizzat hukukun mahiyetinden vesaireden istihraç edilir (s. 69). Müellif, tabii hukukun, beşerîyetin tarihindeki derin ve şümüllü tesirlerini, zamanla müspet hukuk normları haline nasıl geldiğini, pratik sahaya nasıl tatbik edildiğini, garbın hukuk tarihinden misaller getirerek, izah ediyor (s. 70-80). Eserde, tabii hukukun bu mühim meseleleri derinliklerinden ve ciddiyetlerinden hiçbir şey kaybetmeksizin, sade, fakat yine müessir bir üslûpla incelenmektedir.

*XI. Mukavemet hakkı.* — Silâhlı veya silâhsız mukavemet hakkı, «*bizzat ihkaka hak*» dediğimiz büyük sahaya dahil problemlerdendir. Mukavemet hakkı, insanın ihlâl edilen hak karşısında kendi başına harekete geçmesi ve bu arada kendi kuvvetine dayanması fikrinden sudur eder... Müellif, hükümdara karşı yöneltmiş mukavemet hakkına, hukuk kaidelerine aykırı emirlere karşı «*hukuk nizamının mahiyetinden sudur eden*» Korrektiv, demektedir (s. 81-82). Bu hakkın çok eski bir hak olduğu, tarihte bunun misallerine tesadüf edildiği belirtilmekte ve tarihi misaller zikredilmektedir. Bu meyanda kilise hukuku sahasında mukavemet hakkının arzettiği manzara, bundan başka bu hakkın geçirdiği tekâmül safhaları tetkik ve tafsil edilmektedir (s. 82-89).

Modern Devlete gelince: Bugün artık mukavemet hakkı diye bir şey yoktur. Avrupada hükümdar ve halk, hükümdar ve muhtelif halk sınıf-



ları, hükümdar ve tebaa dualizmi artık kalmamıştır. Devlet ve Devlet otoritesi bir vahdet teşkil etmektedir. Devlet, bir uzviyettir ve artık eskisi gibi, riayet edilmesi icap eden, fakat muhtemelen de hükümdar tarafından ihlâl edilmesi mümkün ve melhuz bulunan mukavelelere istinat etmemektedir. Meşrutî esaslara dayanan modern hukukî devlet, bugün mukavemet hakkını (Widerstandsrecht, droit de résistance) füzulî hale getiren hukukî vasıtaları temin etmiştir. Binaenaleyh bugün, mukavemet hakkına müsteniden herhangi şekilde bizzat ihkaki hakka tevessül, isyan, ihtilâl mânasını tazammun eder; fakat isyan, ihtilâl gibi şeyler ise hukuka uygun değil, hukuka aykırı bulunmaktadır. Onun için isyan ve emsali şeyler, hukukun ihlâli demek olduğundan eserin mevzuu ile bir gûna alâ-kadar değillerdir (S. 89-90).

*XII. İnteha.* — Müellif, eserin tetkikinden de anlaşılacağı veçhile, gayesinin, hukukun haksızlığa karşı, tecebbür ve keyfi harekete karşı mücadelesini tetkik ve tafsil etmek olmadığını, bilâkis hukuk âlemi içindeki tezadlardan bahsetmek istemiş olduğunu tebarüz ettiriyor (S. 90). Eserde, doğrudan doğruya normlar arasındaki tezadlar ve çatışmalardan ve bu normlar mücadelesinden meydana gelen trajik durumdan bahsedilmek istenmiştir (S. 90-91). Eserde dört kültür muhiti arasındaki tezadlar izah edilmiştir: İlâhî hukuka istinad eden katolik kilisesi, soy hukukuna istinad eden aile, teamüli ve tabii hukuku ile millet, mevzu hukuku ile Devlet! fakat bu dört muhit arasındaki hudutlar kat'î değildir. Bunlar zaruretle birbirine bağlı bulunmaktadır. Birbirleriyle münasebet halindedirler. Meselâ ilâhî hukukla tabii hukuk karışmış bulunmaktadır. Mevzu hukukta ise teamüli hukuk ta bulunmaktadır. Soy hukuku, tamamile teamüli hukuka istinat ediyordu (S. 93). Bugünkü duruma gelince, diyebiliriz ki: Mevzu hukuk ve bu hukukun vazı olan Devlet, hâkim vaziyettedir. Bugün kültürün tekâmülü sayesinde eski soy hukuku ortadan kalkmıştır. Soy lar nüfuzlarını kaybetmişler ve asırların seyri içinde devlete ilhak edilmişlerdir. Personalite prensibinden sudur eden şahsi haklar da ortadan kalkmış, hukukta teritoryalite galebe çalmıştır. Bir memlekette yaşıyan her şey, o memleketin hukukuna tâbidir. Bugün sadece Heimat hukukunun mahdut izlerini meselâ milletlerarası aile ve miras hukuku sahasında tesbit etmek mümkündür. Teamüli hukuk ise geniş ölçüde tahdit edilmiş bulunmaktadır. Bugün mevzu hukuk hâkim vaziyettedir ve yeni yeni teamüllerin doğmasına ancak pek az müsait zemin bırakmaktadır. Eski teamüller de, hukukî hayatta gitikçe daha az rol oynamaktadırlar; sular, ormanlar, kırlar, mer'alara müteallik ahkâmın inhisar ettiği sahalar da mahdut ölçüde meriyetlerini henüz muhafaza etmektedirler. Görülüyor



ki hali hazırda bu hukukî muhitler içinde tezadlar ve çatışmalar ya tamamiyle ortadan kalkmış veyahut ehemmiyetlice hafiflemiştir. Buna mukabil kilise hukuku ve tabii hukuk sahalarındaki mücadele ortadan kalkmamıştır. Binaenaleyh mevzu hukukla kilise hukuku arasındaki mücadele devam edecektir. Tabii hukuk sahasında da vaziyet aynıdır. Gerçi bugün modern devletlerin müspet hukuk nizamlarında tabii hukuk prensiplerini ihtiva eden normlara tesadüf edilmektedir, yani tabii hukukun bir çok prensipleri, müspet hukuka intikal etmiş bulunmaktadır, fakat buna rağmen tabii hukuk, müstakil ve tahrip edilemez karakterini yine muhafaza etmektedir ve edecektir (S. 94-95).

Eserde tesbit ve tetkik edilen problemler, şimdiye kadar bu şekilde tetkik ve müşahede mevzuu olmadığı için, bir hususiyet arz etmektedirler. Müellif hem umumî hukuk tarihinin, hem de hukuk sosyolojisinin merkezî ehemmiyeti haiz mezkûr meselelerini küçük, fakat veciz portreler halinde ve ilmi derinliklerine hâle gelmeksizin vâkıfane şekilde gözden geçirmektedir. Eserin sonuna her fasla ait müstakil ve mehzalî haşiyeler eklenmiştir. Haşiyelerin, tekabül ettikleri yerler, metinde numaralarla gösterilmiştir. İnsanı, insanlığı ve beşerî kültürün tekâmül tarihini alâ kadar eden bahis konusu meselelerin tahlili ile sentezinin muvaffakiyetle başarılmış bulunduğu bu küçük, fakat değerli eseri, ilgi gösteren okuyucularımıza tavsiye ederiz. [Hans Fehr, *Die Tragik im Recht*, Zürich 1945 (Schulthess u. Co. A.-G)].

\* \* \*

«Prof. Dr. Hans Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, Verlagsanstalt Benziger und Co. A. G., Einsiedeln-Köln, 1941».

St. Gallen Yüksek Ticaret okulu Profesörlerinden «Dr. Hans Nawiasky» nin 1941 yılında yayımlanan «*hukukî temel mefhumların sistemi olarak genel hukuk teorisi*» namındaki eseri, şüphesiz bu mevzuda şimdiye kadar telif edilenlerin içinde en iyisi olmak iddiasında değildir. Eserin önemli noktalarını belirtirken de göreceğimiz gibi müellif, hukukun temel mefhumlarının vazıhan tebellür etmesine ve bu meyanda mümkün olduğu kadar teferruattan kaçınmaya gayret etmiş ve bunda muvaffak da olmuştur. Eseri tetkike başlamadan önce bir de taallûk ettiği konu ile, yani genel hukuk teorisi ile hukuk felsefesi ve hukuk başlangıcı arasındaki farkları; varsa, münasebetleri belirtmek gerekmektedir. Çünkü eserin taallûk ettiği konuyu komşu sahalardan ayırmak; aradaki sınırları aydınlatmak; sınırların birbirine karıştığı noktalar, sahalardan varsa, on-



ları tesbit etmek her halde zarurî bulunmaktadır. Ancak bu vazife ifa edildikten sonradır ki eserin tahliline teveccüh olunabilir.

A — On dokuzuncu yüzyılın sonlarındanberi «*genel hukuk teorisi*» üzerinde müşahede edilen araştırmalar, uzun müddet hukuk felsefesinin yerine kaim bir disiplin olarak tezahür etmiştir. Bu sahada temayüz etmiş bilginlerden Binding, Bierling, Adolf Merkel zikredilebilir. Fakat hukuk felsefesinin, genel hukuk teorisinden başka bir şey olmadığı telâkkinde isabet bulunmadığı gibi hukuk ilminin hukuk felsefesine muhtaç olduğunu kabul etmekle beraber hukuk felsefesile genel hukuk teorisi arasında ayniyet vücade getiren görüş de doğru değildir. Gerçi genel hukuk teorisile hukuk felsefesi yekdiğerini tamamlamaktadır; fakat bunları yine birbirinden ayırmak lâzımdır. Genel hukuk teorisi sadece hukukun temel mefhumlarla, temel prensiplerile iştigal eder. Görülüyor ki hukuk teorisinin hukuk felsefesile *doğrudan doğruya* alâkası yoktur. Genel hukuk teorisi *hukuka* ve *hukuk ilmine* taallük etmektedir. Bu ciheti biraz daha derinleştirelim: Genel hukuk teorisinin *hukukun esas mefhumlarıyla* uğraştığını belirtmiştik. *Nasıl ki umumî fizyoloji bir tabiat felsefesi değilse, öylece genel hukuk teorisi de bir hukuk felsefesi değildir. Gerek genel fizyoloji, gerek genel hukuk teorisi bize ancak taallük ettikleri sahaların temel taşlarını temin ederler.* Bierling, «*Juristische Prinzipienlehre*» namındaki eserinin birinci cildinin başlarında hukukî prensipler teorisinin (veyahut genel hukuk teorisinin) ne olduğunu izah etmekte, yani bunların bir tarifini yapmaktadır: «*Hukukî prensipler teorisi, muayyen müşahhas bir müspet hukukun ferdî hususiyetinden* esas itibarile — yani daima aynı kalan, değişmiyen nüvesi itibarile — müstakil olan hukukî mefhumların ve prensiplerin sistematik tasvir ve izahıdır. Buraya bilhassa bizzat *hukuk mefhumu* ve *hukuk mefhumundan zaruretle çıkan şeyler* dahil bulunmaktadır. Bundan başka bütün insanların esas itibarile mütecanis fikrî organizasyonundan — hukukun gerek nazariyatı, gerek tatbikatı için — doğan mefhumlar ve prensipler dahildir. Şu ciheti de derhal teslim etmek gerekir ki hukukî prensipler teorisinin iştigal ettiği bütün bu mefhumlar ve prensipler, veyahut hiç değilse hukukî prensipler teorisinin, aslî olarak, mevzuunu teşkil eden mefhumlar ve prensipler *mahz sûrî mahiyettedir*».

Hulâsa genel hukuk teorisi ile hukuk felsefesi arasındaki mümeyyiz fark, gerek mevzu (madde), gerek takip edilen usul bakımından çifte karakter arz etmektedir: a) genel hukuk teorisi, hukukun münferit sahalarının teferruatına girişmeksizin, hukukun esas unsurlarına, esas mefhumlarına; buna mukabil hukuk felsefesi hukukî maddenin — gerek kül-



liyen gerek münferiden — heyeti mecmuasına (heyeti umumiyesine) şâmil bulunmaktadır. Hukuk felsefesile genel hukuk teorisi arasındaki farkları vazih şekilde belirtmek lâzımdır ki bunların mahiyet ve vazifelerini, gayelerini de iyice tesbit etmek mümkün olabilsin! Bazı müellifler, felsefeyi *prensipler ilmi* diye kabul etmekte ve bunun mantıkî neticesi olarak da hukuk felsefesini, sadece *hukukun prensipleri teorisi* addetmektedirler. Hukuk felsefesinin mahiyet ve vazifesinin bu kabil bir tarif ve izahı, hukuk felsefesile genel hukuk teorisi arasındaki mümeyyiz farkın vazıhan tezahürünü sağlamamaktadır. b) hukuk felsefesile genel hukuk teorisi arasındaki diğer farkın takip ve tatbik edilen usulde olduğunu zikretmiştik. Hukukçu, genel hukuk teorisinde esas mefhumları hukukî - intikadî şekilde inceler, yani onları hukuk ilminin bittiği noktaya kadar takip ve tahlil eder. Halbuki filozofun veya hukuk filozofunun asıl vazifesi bu noktadan itibaren başlar. Filozof, *hukukî mefhumlar ile bu mefhumların yerleştirildiği — ve onlara (bu mefhumlara) hareket mebd-i teşkil eden — umumî felsefî sistem* arasındaki münasebetleri arayıp bulur ve tesbit eder.

B — Gerek mevzu, gerek usul bakımından hukuk felsefesile genel hukuk teorisi arasındaki farkı böylece belirttikten sonra tahlil ve tenkit edeceğimiz eserin hukuk felsefesile *doğrudan doğruya* ilgisi olmadığını tesbit edebiliriz. Fakat diğer taraftan da aynı eseri, «*hukukî temel mefhumların sistemi olarak genel hukuk teorisi*» tarzında taşıdığı başlığa istinaden genel hukuk teorisi kategorisine ithal etmeden önce bir de hukuk başlangıcı ile genel hukuk teorisi arasındaki farkı tesbit etmek lâzımdır. Bu ciheti tesbite ehemmiyet vermemizin sebebi, tahlil ettiğimiz eserin ne dereceye kadar hukuk başlangıcı disiplini ile ilgili bulunduğunu, hattâ daha ileri giderek hukuk başlangıcı ile genel hukuk teorisi arasında bir ayniyet mevcut olup olmadığını anlamaktır. Bunun için de aşağıdaki sualleri irad edip cevaplandırmak gerekir: Hukuk başlangıcı nedir? Bu başlangıç hukukun nesine taallük etmektedir? Genel hukuk teorisi bir nevi başlangıç mıdır? Yoksa başlangıcın muayyen bir bahsini mi teşkil etmektedir? Veyahut başlangıçtan tamamile ayrı bir disiplin midir?

Hukuk başlangıcı gerek hukukun umumî mümeyyiz vasıflarını, gerek hukukun münferid sahalarını, umumî hukukî prensiplere ve mefhumlara müsteniden, ansiklopedik şekilde izah eden bir disiplindir. Binaenaleyh hukuk başlangıcı bir taraftan hukukun esas mefhumlarına ve prensiplerine (yani umumî hukuk teorisine), diğer taraftan da hukukun münferit sahalarına ve onların tarihi tekâmülüne taallük etmektedir. Kanaatimizce bir hukuk başlangıcının muhtevası budur ve vazifesi de bu muh-



tevayı gerçekleştirmektir. Başlangıç disiplini bu tarzda sınırlayınca genel hukuk teorisini onun muayyen ve çok mühim bir bahsi haline getirmiş oluyoruz. Mamafih genel hukuk teorisi hukuk başlangıcından *tamamile müstakil* bir halde, ve tıpkı hukuk felsefesi, hukuk tarihi ve mukayeseli hukuk ilmi gibi ayrı olarak da vazedilebilir, ve netekim uzun müddettenberi de müstakil *bir ilmî saha* halinde gelişmektedir.

O halde netice itibarile diyebiliriz ki genel hukuk teorisi hukuk başlangıcının çok önemli, hattâ merkezi ehemmiyeti haiz bir bahsini teşkil etmektedir; bununla beraber mahiyeti icabı müstakil bir ilmî saha halinde de vaz' ve mütalâa edilebiliyor. Görülüyor ki hukuk başlangıcı ile genel hukuk teorisi arasında bir ayniyet mevzuubahs olamaz. Ancak «*hukuk*» hakkında ansiklopedik malûmat iktisabı bahis konusu olunca genel hukuk teorisini de hukuk başlangıcının temel taşlarından biri olarak karşımızda görüyoruz. Hukuk başlangıcı sadece münferit hukukî sahalara ve bu hukukî sahaların ihtiva ettiği hukukî müesseselerin izahına inhisar edemeyeceğine göre zaruretle hukukun esas mefhumlarını ve prensiplerini, yani genel hukuk teorisini de ihtiva ve ihata etmektedir. Hukuk başlangıcı ile genel hukuk teorisinin yekdiğeri karşısındaki durumlarını böylece tesbit ettikten sonra, tahlil ve takdiri mevzuubahs olan eserin tetkikine teveccüh edebiliriz.

C — Bir hukuk başlangıcı değil, doğrudan doğruya bir genel hukuk teorisi olan bu eser yirmi iki madden ibaret olup birinci madde mesele nin vaz'ına veyahut genel hukuk teorisinin mevzuunun tesbitine; ikinci maddeden onuncu maddeye kadar olan kısım objektif mânada hukuk bahsine; on birinci maddeden yirminci maddeye kadar olan kısım sübjektif mânada hukuk bahsine; yirmi birinci maddeden yirmi ikinci maddeye kadar olan kısım da hukuk sistemine ve dolayısıyla hukukî normların tasnif tarzına, hususî hukuk ve âmme hukuku tezdadının istinad ettiği mülâhaza ve görüşlerin, bu mevzudaki nazariyelerin ve bu meyanda müellifin kendi noktai nazarının da belirtilmesine tahsis edilmiş bulunmaktadır.

I.) Müellif, eserinin birinci maddesinde (sahife 1-6) ilk önce umumî hukuk teorisinin konusunu araştırmakta ve bu arada «genel hukuk teorisi» ile: Gerek nazariyatta, gerek akademik öğretimde bu tâbirin tazammun ettiği lûgavî mânanın aksine olarak bermutad daha dar bir mevzu kastedilmekte olduğunu işaret etmekte ve kastedilen mevzuun neden ibaret bulunduğu tesbit edilmeden önce ilmî tefkkürün ışığı altında hukuk denilen hâdisenin başlıca hangi meseleler kompleksini ihtiva ettiği cihetle iştigal etmenin daha muvafık olacağını belirtmektedir. 1) Hukuk nedir?,



2) hukukun illeti nedir?, 3) hukukun tesirleri ve neticeleri nedir?, 4) hukukun mânası, hikmeti nedir? Her ilmî eserde veya etüdde evvelâ mevzuun tayini veya meselenin vez'ı gayet tabiidir. Tetkik ve tahlil ettiğimiz eserde de aynı mutad usule riayet edilerek evvelâ **genel hukuk teorisinin ne olduğu** ve bunun, hukuka taallûk eden diğer ilim sahalarından ayrılmasını mümkün kılan karakteristik vasfın nasıl bir manzara arzettiği keyfiyeti üzerinde durulmaktadır. Bu maksatla yukarda tesbit edilen suallere ayrı ayrı cevap verilmekte ve bu cevaplarla birlikte her suale taallûk eden «ilmî saha» belirtilmektedir.

a) Hukuk nedir, dediğimiz zaman şüphesiz her şeyden önce haricî tabiatle alâkadar olmayan bir mevzu ile karşı karşıya bulunduğumuzu anlarız. Haricî tabiate dahil olmıyan bu mevzu evvelemirde «*beşerî tasavvurlar âlemi*» ne taallûk etmektedir. Bundan başka bu tasavvurun insanların cemiyet içindeki hareket tarzını, yani içtimâî bağıllık bakımından beşerî hareket tarzını alâkadar ettiği, nihayet üçüncü nokta olarak da alâkanın mihrakını insanların *fiilî hareketlerinin* değil de, bilâkis *beşerî fiil ve hareketlere yüklenen* vecibelerin ve icapların teşkil ettiği belirtilmektedir. Görülüyor ki hukuk nedeir, sualinde tetkik ve müşahdenin konusu, *doğrudan doğruya* cemiyet hayatı dediğimiz realite, bir kelime ile içtimâî realite değil de, daha ziyade normatif bir realitedir. O halde hukuk mûta bir takım normlar heyeti mecmuasıdır. Çünkü hukuk kaide-leri, normatif unsurları ihtiva eden bir takım kaziyelerdir. Müellif, hukukun, hukuk ilminin mûta bir takım normlar heyeti mecmuasına taallûk ettiğini zikretmekle beraber mevzuunun hususî vasıfları haiz normları tazammun ettiğini belirterek onu «*normlarla iştilal eden*» diğer ilimlerden ayırmaktadır. O halde hukuk, normlarla iştilal eden diğer ilimler gibi normatif ilimler sahasına dahil bulunmaktadır. Hukuk ilmini normatif ilimler sahası içinde tefrik ve temyiz edebilmek için hukuk normları teorisinden, hukukî normolojiden bahsedebiliriz.

Böylece müellif, hukuk ilmini yahut hukuk normolojisini, hukuk nedir sualine verdiği kısa, fakat keskin hatlı vazih bir cevapla normatif ilimler sahasına dahil diğer normlar kompleksinden ayırmaktadır. İkinci ve üçüncü sualler ise hukukun illetine ve neticelerine müteallik bulunmaktadır. Hukukun gerek illetine, gerek tesir ve neticelerine taallûk eden disiplinlerin mevzuu *doğrudan doğruya* içtimâî hâdiselerdir. Binaenaleyh burada bir «*fiilî hâdiseler ilmi*» mevzuubahistir. Görülüyor ki hukukun illet ve neticelerinin aydınlanmasına taallûk eden araştırmalar sosyolojiyi alâkadar etmektedir. Biz buna *hukuk sosyolojisi* diyoruz. Hukukun mânasına veya idesine taallûk eden bahisler ise hukuk idesi teorisi veyahut



hukuk ideolojisi namı altında toplanır. Bu, felsefenin münferit bir sahasıdır. Bu sebeple hukuk idesi teorisine hukuk felsefesi dahi denilmektedir. Tesbit ettiğimiz şu üç türlü tasniften (yani hukuk normolojisi, hukuk sosyolojisi ve hukuk ideolojisi) birincisine veyahut hukuk normolojisine «*dar mânada hukuk teorisi*» namı verilir.

b) Müellif, tetkikatının *bilâistisna hukuk teorisine* değil, bilâkis *genel hukuk teorisine* taallûk ettiğini, böylece *özel hukuk teorisinin*, eserin mevzuuna girmediğini belirtmektedir: Yer yüzünde bir çok muhtelif devletler ve bunun neticesi olarak bir çok «*müşahhas hukuk nizamları*» vardır. Genel hukuk teorisi ise prensip itibarile sadece *bütün bu hukuk nizamlarınca müşterek olan şeylerle* istigal eder. Bundan başka her «*müşahhas hukuk nizamı*» bir çok mütenevvi hukukî kaziyeleri ihtiva etmektedir. Bu hukukî kaziyeler, mezkûr hukuk nizamlarının her birinin düzenlediği sahalara müteallik bulunmaktadır. Ve böylece herhangi bir hukuk nizamının tanzim ettiği sahalara, alâkadar buldukları hukukî kaziyelerin muhtevalarını vücade getirmektedirler. Genel hukuk teorisi, bu gibi özel sahalardan ve bu sahalara düzenleyen hususî hükümlerden sarfı nazar etmekte ve ancak «*tekmil sahalarca mühim olana*» münhasır bulunmaktadır. Böylece bir genel hukuk teorisinin ve dolayısıyla eserin ihtiva ettiği saha daralmış bulunmaktadır. Yani genel hukuk teorisi, belirtilmiş olduğu üzere, «*hukukî esas mefhumlar*» a inhisar etmektedir.

Müellif bilhassa şu noktayı da tebarüz ettirmektedir ki pratik alâka, mezkûr hukukî esas mefhumlardan ziyade içtimaî hayatın mütenevvi tezahürlerini tanzime matuf «*özel hukuk normları*» na racidir. İşte hukuk ilminin dikkat ve enerjisinin niçin özel hukuk teorisi üzerinde kuvvetlice tekâsûf ettiği keyfiyetinin sebebi buradadır. Ve bu alâka öyle kuvvetli bir şekilde kendini göstermektedir ki uzun boylu düşünmeksizin asıl vazifenin, özel hukuk teorisi ve dolayısıyla «*özel hukuk normları*» üzerindeki araştırmalarda ve derinleşmelerde olduğu kabul edilmektedir. Bu itibarla bu vadideki faaliyetlere istisnasız olarak hukuk ilmi veya hukuk dogmatikliği namı veriliyor. Buna mukabil genel hukuk teorisine — bilâvasıta pratik ehemmiyetin daha az olması hasebile — kısaca hukuk teorisi veya hukukun teorisi denilmektedir.

c) Müellif, genel hukuk teorisini iyice sınırlandırabilmek için çizdiği tabloyu vazıh hatlarla tamamlamak zaruretinde bulunduğundan giderek şu noktaları da tebarüz ettirmektedir: «*Hukuk*» dediğimiz hâdiseyi ilmi tefekkürün mevzuu haline getirince bir takım suallerle ve ilk önce dörtlü bir şema ile karşılaşıldığını işaret etmiştik. Bunlardan birincisi hukuk nedir, ikinci ve üçüncüsü hukukun illeti ve tesirleri nelerdir, dördüncüsü



de hukukun hikmeti nedir sualleri idi. Bu dört sorunun her biri de yine bir takım müteferri meselelere ayrılmaktadır. Birinci soruya umumî bir nazara atfederken son olarak hukuk teorisi içinde genel ve özel diye bir tasnif yapıldığını, ve bunun tazammun ettiği mânâyı, müellifin zaviyesinden, tesbit ettik. Hukuka taallük eden ilmi tefekkürün veya kısaca ilmin diğer kollarında da buna benzer ayırmalar yapılabilir. Meselâ hukukun illeti nedir sorusunu, mekân bakımından birbirinden ayrı münferit hukuk nizamları ve objektif bakımdan muhtelif kategorilere ayrılmış hukuki sahalarda istikamette irad edebilir ve aynı zamanda bunların tekevvünleri karşısında duyulan alâkayı *tekâmülleri* meselesiyle birleştirebiliriz. Böylece bu soru bir hukuk tarihi hüviyetine bürünmüş olur.

Diğer taraftan mesele hukukî kıymet, hukukî kıymet ölçüsü, hukukî kıymet sistemi zaviyesinden tetkik edilmek icap ettiği takdirde müşahhas hukuk nizamlarının muhtevaları karşısında alınacak tavır, hukukî intikad mevzuubahs olur. Hukukî intikad dahi bizi, doğru hukukun tesbiti meselesine götürür. Müellif, meselenin vaz'ına tahsis etmiş olduğu birinci maddede hukuku çok yakından alâkadar eden bu kardinal soruların yekdiğeri karşısındaki durumlarını, umumî hatlar halinde, izah etmekle isabetli hareket etmiş olmaktadır. Bu mevzudaki izahatı tamamlamak maksadile bir de şu mühim sorular tesbit edilmektedir: Acaba genel hukuk teorisi, tamamile sūrî mahiyette bir mahz hukuk nazariyesi midir; yani *acaba «genel hukuk teorisi»* dediğimiz zaman hukukî muhtevayı bir tarafa bırakıp sırf «*hukukî şekil*» ile uğraşan bir disiplin mi natora gelir? (Hukukî şekil = hukukun haricî hüviyeti, haricî kıyafeti, bünyesi; hukukî muhteva = hukukun objektif mevzuu, hukukî madde, hukuk tarafından düzenlenen hayat münasebetleri, hukukun gayesi).

«*Hans Kelsen*» in görüşüne göre genel hukuk teorisi, «*hukukun mahz sūrî teorisinden*» başka birşey değildir. Hukukun muhtevasına, gayesine müteallik meseleler genel hukuk teorisinden tamamile çıkarılmakta, ayrılmaktadır [\*]. Müellif, «*Kelsen*» in görüşünün zamanla bazı tadilâta

[\*] Justus Wilhelm Hedemann, Einführung in die Rechtswissenschaft namındaki eserinde «*Hans Kelsen*» in hukuk felsefesinin istinat ettiği fikri aşağı yukarı kısaca şöyle izah etmektedir: Gerek hukuk dogmatizminin gerek hukukî tatbikatın, üzerinde durduğu ve işlediği sahanın yani hukukî hâdisenin hakikî mahiyetini kavrama hususunda yapılan teşebbüsler şüphesiz hukuk felsefesinin ana meselesini teşkil etmektedir. Bugün dahi bu teşebbüsler kuvvetinden kaybetmemiş, muayyen bir istikamette sürüp gitmiştir. Bu meyanda bilhassa, başında «*Ord. Prof. Dr. Hans Kelsen*» in bulunduğu yeni Avusturya mektebi veya normativist mektep zikredilebilir. Parolası «*Reine Rechtslehre*» = (mahz hukuk teorisi) olan bu mektep, bilhassa



uğradığını kaydettikten sonra böyle bir noktâ nazarın veya tasavvurun ancak mahdut mikyasta kabili tatbik olabileceğini ve bunun sebebinin de «*hukuk normu*» dediğimiz şeyin tamamile muayyen bir «*tarzı harekete*» taallûk ettiği keyfiyetinde mündemiç olduğunu belirtmektedir. Yani muayyen bir hattı harekete yönelmiş bulunmak keyfiyeti, hukukî normun *mahiyetine* dahildir. Onun için norm tamamile muhtevassız, âdeta sırf bir zarf halinde tasavvur edilemez. Böylece muhteva veyahut — bu mevzu dahilinde olmak üzere aynı mânaya gelen — «*gaye*» dediğimiz unsur hukukî normdan çıkarılamaz. Müellif, böyle bir noktâ nazarı temsil etmekle genel hukuk teorisinin hukukun sadece mahz formal bir teorisi olmadığı, bilâkis aynı zamanda hukukun muhtevasına, hukukun gayesine taallûk eden bir teori olduğu neticesine varmaktadır. Yalnız bu takdirde bir noktaya dikkat etmek icap eder: Genel hukuk teorisi ancak «*hukuka hâs, bizzat hukukta menkûz gaye*» fikrini nazarı itibara alabilir. Binaenaleyh *hariçten* hukuka bir takım gayelerin ithali doğru olamaz. Hariçten ithal edilecek bu gayelerin gerçekleşmesi, hukuku tetkik veya tatbik edenlerce belki arzuya şayan olabilir. Nitekim meş'ur ve gayri meş'ur bu gibi teşebbüslerde bulunmuş ve bu sebeple de genel hukuk teorisinde «*hukukta gaye*» fikrine karşı bir itimatsızlık husule gelmiştir.

Mamafih her ne kadar hukuk tarafından takip edilen gayelerin nazarı - ilmî bakımdan kıymetlendirilmesi evvelemirde hukuk doğmatığıne alt bir mesele olup doğrudan doğruya genel hukuk teorisini alâkadar eden bir mevzu değilse de bu cihet, hukukun umumî mefhumları incelenirken gaye unsuruna terettüp eden rolün incelenmesine de yine mâni değildir. Bi-

---

hukuk ilmini hukukî olmıyan, tekmil metafüridik unsurlardan, tarihi, sosyal, siyasi, iktisadi ilâve parçalardan, hulâsa ampirik gaye fikri altında toplanan tekmil şeylerden temizlemek maksadını güdüyor. Hukuk ilmi, tıpkı gaiyet ve işe yararlık gibi vasıflar *aramıyan* riyaziye ilmine müsabih olarak, mahz formal bir tefekkür haline gelmeli, sadece vücut kaziyelerle, olması lâzım gelenle istigal etmeli; «*olan*» tetkik ve müşahedenin mevzuuna girmemelidir (hukukun mahz sûri teorisi). Bu görüş, devletin mahiyetinin izahında daha bariz şekilde kendini göstermektedir: Devlet, sadece formal normlardan vücut gelmiş bir komplekstir; bir «*normlar sistemi*» dir. O halde Devlet vücut sahasının değil, vücut sahasının bir tezahürü, normatif bir tezahür olarak kavranmalıdır. «*Kelsen*» in bu normatif görüşü, devleti bilâistisna *manevî kıymetler* sahasına ithal eylemektedir: Devlet «*illiyet konunu ile muayyen bir realite*» değil, bilâkis ideal bir nizamdır, bir normlar sistemidir. Devlet, bir bütün olarak kavranan «*ahkâmı hukukîyenin*» vücut getirdiği bir sistemdir. Devletin mahiyeti tabiat, realite sahasında değil, manevî bir sistem, kıymet sistemi içinde aranmalıdır.



lâkis bu keyfiyet, bunu zarurî kılmaktadır. Müellif bu cihetleri böylece tesbit ettikten sonra hukuk tarafından gerçekleştirilmesi gereken gayenin ne olduğunu araştırmakta ve bu gayenin evvelâ ferdlerin, saniyen ferdler tarafından vücutte getirilen toplulukların, nihayet cemiyetin menfaatlerinin ve ihtiyaçlarının tatmin ve himayesi olduğunu işaret etmektedir. Bununla beraber tatmin ve himaye edilecek ihtiyaç ve menfaatlerin sadece maddî ihtiyaçlar ve menfaatler olmadığı, aynı zamanda heyeti içtimaliyenin ideal gayelerinin ilk plânda nazarı itibara alınması lâzım geldiği de bilhassa ilâve edilmektedir.

d) Görülüyor ki müellif genel hukuk teorisinin, *hukuk* denilen phaenomen karşısındaki ilmi reflexion içinde mevkiini iyice tespitte ehemmiyet veriyor ve bu meyanda bu disiplini diğer disiplinlerden ayıran mümeyyiz farklar üzerinde duruyor: — Gerçi genel hukuk teorisi ve özel hukuk teorisi veya hukuk doğmatığı namı verilen ilim sahalarının müşterek bir mevzuu vardır, o da hukuktur. Fakat aralarındaki fark, genel hukuk teorisinin bütün hukuk nizamlarınca müşterek olan kardinal mefhumlara ve normlara, özel hukuk teorisinin ise müşahhas hukuk nizamlarının ihtiva ve arzettikleri hususiyetlere taallük etmesidir. Birincisinde umumî ve müşterek olana, ikincisinde de hususî - ferdî, müşahhas olana matuf bir keyfiyet görüyoruz. *Genel hukuk teorisi* doğrudan doğruya *hukukî norma* alâkadardır. Böylece hukuk sosyolojisinden ve hukuk felsefesinden, mevzu itibarile, ayrılmaktadır. Yani genel hukuk teorisinin mihrakında hukukî norm bulunmaktadır. O halde hukuk teorisinin mevzuu olan hukukî normların karşısında bir hukukî kıymet sistemi olarak hukuk felsefesi ve bir «*sosyal realiteler kompleksi*» olarak ta hukuk sosyolojisi bulunmaktadır. Müellif, bu üç sahayı böylece yekdiğerinden ayırdıktan sonra genel hukuk teorisini hukuk felsefesinin bir cüz'ü haline getirmeğe çalışan teşebbüsleri doğru bulmuyor ve genel hukuk teorisinin müstakil bir disiplin olduğu noktai nazarında, *haklı olarak*, ısrar ediyor. Şu ciheti bir daha belirtelim ki izahatımızda tespit ettiğimiz hukuk normolojisi, hukuk sosyolojisi ve hukuk ideolojisi (hukuk felsefesi) sahalarından birincisi hukuk teorisine, hukuk normuna taallük etmekte olup diğer disiplinler ise ancak hukuku, hukukî normu müteakip mevzubahs olacak meseleleri incelemektedirler.

Eserin meselenin vaz'ına müteallik birinci maddesi (s. 1-6) üzerinde mufassalan durduk. Çünkü bu suretle müellifin hukuk ve hukuk normu karşısındaki davranışını, genel hukuk teorisinin mevkiini ne tarzda tespit ettiğini, kültür ilimlerinden biri olan hukukun umumî sistemi içinde genel hukuk teorisini nereye yerleştirdiğini, ve nihayet eserin mihrakını



teşkil eden hukukî normla hukukî normlar kompleksini nasıl kavradığını anlamış, diğer tâbirle müellifin hukukî normlara hangi zaviyeden baktığını, hangi mebdeden hareket ettiğini öğrenmiş bulunuyoruz.

II) Müellif, «*objektif mânada hukuk*» bahsinin ilk meseleleri olarak hukuk normunu ve hukuk nizamını incelemektedir.

α) Mevzuu, genel hukuk teorisi olan bir araştırmada «*hukukî norm*» dan hareket etmek esasen mantıkî bir zaruret ve şarttır. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi genel hukuk teorisi «*hukukî normlar teorisi*» dir, hukuk normolojisidir.

a) Hukuk normunun tarif ve izahına tahsis edilmiş olan ikinci madde beş küçük bentten tereküp etmektedir. Birinci bentte hukukî normla dinî ve ahlâkî normlar arasındaki malûm karakteristik farklara temas edilmekte ve hukukî normun evveleminde bir şeyi yapmağa veya bir şeyi yapmamağa müteveccih *haricî bir hattı harekete* taallûk ettiği belirtilmektedir. Buna mukabil dinî ve ahlâkî normların ilk plânda *derunî hareket tarzile*, zihniyetile alâkadar olduğu işaret edilmektedir. Şüphesiz, hukukta da derunî hareket tarzı, failin psikolojisi çok defa rol oynamaktadır (bilhassa hukuka aykırı hareketten tahassül eden neticelerin tanzimi bakımından). Bu meyanda kasıt, ihmal ve teseyyüp zikredilebilir. Fakat realitede gerçekleşmemiş kötü niyet ve zihniyetlerin hukuk nazarında kıymeti yoktur. Bunların *haricî âlemde fiil halinde belirmeleri* lâzımdır. Buna mukabil kötü zihniyet ahlâkî ve dinî zaviyeden merduttur. Maamafih ahlâk ve din de haricî hareket tarzına ehemmiyet verirler. Fakat bu haricî hareket tarzının ahlâk ve din tarafından reddedilen bir zihniyete, *derunî bir hareket tarzına* mutlaka istinat etmeleri icap eder. Demek ki ahlâkta ve dinde zihniyet ilk plânda gelmektedir.

Hukuk kaidesine *haricen uyulmakla* hukukî hareket edilmiş olur. Bu suretle derunî saik rol oynamaz. Halbuki ahlâk ve din, «*haricen ittiba keyfiyeti*» nden maada bir de muhakkak surette *derunî saik* arar. Hukuk = haricî hareket tarzının düzenlenmesi; ahlâk ve din = derunî - mânevî zihniyetin tekemmülü. — Bundan başka hukukun arkasında Devletin otoritesi bulunmaktadır. Halbuki ahlâk, bittabi psikolojik ve ampirik unsurlardan tamamen müstakil, trans-ampirik bir karakter taşıyan - akli ve vicdani otoriteye; din ise metafizik bir otoriteye istinat eder.

b) İkinci bente bir taraftan hukuk, diğer taraftan örf, âdet, gelenek ve nezaket kaideleri yekdiğerile mukayese edilmekte ve her iki gruba dahil kaideler arasında — haricî hareket tarzına taallûk etmeleri hasebile — iştirâk olduğu tebarüz ettirilmektedir. Fakat hukukî norma aykırı hare-



ketin, «cebir» dediğimiz bir tepkiyi husule getirdiği ve bunun *organize edilmiş haricî cebir* olduğu işaret edilerek *haricî vasıtalarla ve salâhiyet-tar şahıslar* tarafından tatbik edildiği ilâve olunuyor. Gerçi örf ve âdet kaidelerine aykırı hareket te bir tepki doğurur; fakat bu tepki organize edilmiş haricî cebirde değil, cemiyetin, umumî efkârın takbihinde, psikolojik bir cebirde mündemiçtir. Örf ve âdete aykırı hareket eden bir kimse, bu psikolojik cebre aldırış etmemekle bu tepkinin neticelerinden kurtulabilir. Halbuki hukukî cebirden, kurtulmak, kaçınmak mümkün değildir. Hukukî cebir kayıtsız şartsız müdahale eder, müessir olur. Görülüyor ki hukukî norm kayıtsız şartsız meriyet iddiasındadır, ondan kaçınılamaz, ona mukavemet edilemez. Onun rencide edilmeğe tahammülü yoktur ve bu mânada gayrikabili rencidedir.

c) Üçüncü bentte hukuka aykırı hareketin hususî bir neticesi olan cebrin hukuk mefhumuna dahil olup olmadığı *araştırılmakta* ve neticede cebrin, hukukun bir «*mefhum unsuru*», hukuk mefhumuna dahil bir unsur olduğu tespit edilmektedir.

d) Müellif, cebir unsurunu hukuk mefhumuna ithal ettikten sonra organize edilmiş haricî cebrin nede mündemiç olduğunu araştırmaktadır. Hukukî normun ihlâli halinde cebir *iki şekilde* tecelli eder: — Doğrudan doğruya cebir (icraî cebir, icra yolile cebir = Vollstreckungszwang; cebrî icra = Zwangsvollstreckung) veyahut faile haricî bir kötülüğün, ıstırabın, zararın irası yani ceza! Hukuka aykırı hareketin neticeleri olan bu cebir şekillerinin nerede ve ne vakit tatbik edilecekleri araştırılmakta ve icraî cebrin, hukuk normunun husule getirmeyi istihdaf ettiği hal ve neticenin tesisine matuf bulunduğu tespit olunmaktadır. Hukuk normunun istihdaf ettiği gayeye ulaşılması mümkün olan hallerde icraî cebir vasıtası münasip ve elverişlidir. Bu gayeye ulaşılması mümkün olmıyan hallerde (meselâ hukukî normun ihlâli hallerinde) ceza, failin kanun dışı ilân edilmesi ve bunun neticesi olarak ta hukuka tâbi olan herkes tarafından, icabında, ortadan kaldırılması şeklinde tecelli ediyordu. Müellif, cezanın bi-dayette gayrikabili tatbik hale gelen icraî cebrin yerine kaim bir şey olduğunu, ancak sonraları bunun heyetî içtimaiye, Devlet tarafından deruhte edilmiş bulunduğunu ve bu suretle ancak tedricen *hukuka aykırı harekete karşı* müstakil bir tepki vasıtası haline geldiğini belirtmektedir.

Hukukî norma, organize edilmiş (bu işe memur salâhiyettar şahıslar tarafından tatbik olunan) cebir ithal edildikten sonra müellif hukukî normun şöyle bir tarifini elde etmektedir: — Hukukî nom, haricî hattı harekete taallük eden öyle bir hükümdür ki riayet edilmediği, uyulmadığı takdirde icraî cebir veya cezaî cebir şeklinde bir netice tahassül eder; veya-



hut hukukî norm, ademi ittiba halinde neticesi icraî cebirde veya cezada mündemiç bulunan ve bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına taallük eden bir emirdir [\*].

e) Müellif, hukukî normu diğer normlardan ayırıp mümeyyiz vasıflarıyla birlikte mefhum bakımından tayin ve tespit eyledikten sonra normların bir de şu *şayanı dikkat* tasnifini yapmaktadır: primaer normlar, secondae normlar veya materiel normlar, sanction normları! Normlarda bir düalizm görülür. Birinci plânda hukuka tâbi olanların haricî hattı hareketini tayin eden, onlara böyle bir hareket hattı emreden normlar gelmektedir. İkinci grup normlara gelince: — Birinci grup normlara riayet edilmediği takdirde yetkili şahıslara, hukuku ihlâl eden şahısların, icraî cebirle mevzubahs norma riayet etmelerini zorla temin etmeyi... veyahut ceza tertibi suretile onların norma aykırı hareketlerini misillemeyi emreden normlar mevzubahstir. Görülüyor ki bu ikinci grup normlar, yani senction normları, icra organlarına veya ceza tertip eden organlara hitap eden «*haricî cebri normlar*»dır; fakat bu normların arkasında da cebri vasıtalar ve cezalar bulunmaktadır. Olabilir ki yetkili şahıslar, kanunun emrettiği icraî cebrin veya tertip edilen cezanın tatbiki hususunda gereken hassasiyet ve takayyüdü göstermezler. Bu takdirde onların mesul tutulmalarını mümkün kılan ve bu gibi hallerde (yetkili şahısların vazifelerini yapmamaları halinde) tatbik edilen cebri vasıtalara ve cezalara zaruret ve ihtiyaç vardır.

Müellif, «Duguit» nin normatif ve konstrüktif veya teknik hukukî normlar şeklinde yaptığı tasnifle materyel normlar ve sanction normları tarzında yapılan tasnif arasında netice itibarile herhangi bir fark bulunmadığını belirttiikten sonra normlardaki bu düalizme muarız olan «*Hans Kelsen*» in materyel normlarla sanction normlarının bir tek kazıyye halinde birleştirilmeleri veyahut «*hukukî kazıyye*» nin, her iki nevi norm bir tek kazıyyede birleşecek şekilde, formüle edilmesi gerektiği tarzındaki noktayı nazarı reddederek bunun ameli mahzurlarını izaha çalışmaktadır (S. 12-14).

f) Müellif, primaer ve secondae normlara daha mufassal olmak üzere başka bir paragrafta (§ 8) temas etmektedir (S. 76-81). Bu paragrafta «primer ve sekonder tasnifi» ikmal ve itmam edilmektedir. Primer veyahut materyel normlar muayyen bir hareket tarzını âmirdirler. Sekonder norm-

[\*] Kanaatimizce cebir unsuru sadece dar mânada hukuk (ampirik hukuk) mefhumuna ithal olunabilir. Buna mukabil geniş mânada hukuk (tabii hukuk, felsefi - metafizik hukuk) mefhumunun cebir unsuru ile bir gûna alakası yoktur. Esasen müellif de ampirik hukuku kastetmektedir.



lar veya sanction normları ise hukukun muhafaza ve himayesine memur organların, hukuku ihlâl edenlere karşı cebir istimalini veya ceza tertibini âmir bulunmaktadır. Böylece primaer ve secondær tarzında yapılan tasnif üçlü bir taksim haline getirilebilir. Şöyle ki: — primaer veya materiel normlar tâbiri yerine materiel hareket tarzını âmir normlar, cebri icra normları, cezaî normlar! (cebrî icra normları ile cezaî normlar = sanction normları). Materiel normlara, medenî hukuk ve borçlar hukukunu; sanction normlarına da icra hukukile ceza hukukunu misal olarak zikredebiliriz.

Müellif, tasnifin tamam olması için materiel normlarla sanction normlarının, daha doğrusu icra hukukunun arasına bir de usul veya dava hukukunun vazedilmesi icap ettiğini belirtmektedir. Çünkü bir çok hallerde kanuna aykırı hareket veya iddia edilen haksızlık şüphelidir. Bunun evveleâ sabit olması lâzımdır ki ondan sonra ihlâl edilen hakkın teminine, icraya tevessül olunabilsin! *Materiel hukukun* zid ve mukabili olduğu için usul hukukuna *formel hukuk* dahi denir. Usul hukukunu takip ettiği için de icra hukukunu *formel hukuk* kategorisine ithal etmek mümkündür. Böylece formel hukuk tâbiri, secondær norm tâbiri ile aynı mânaya gelmektedir. Materiel hukuk ise primaer normlara tetabuk eylemektedir.

Müellif, ceza hukuku sahasında da aynı tasnifi yapmaktadır. Yalnız bu sahaya hâs bazı hususiyetleri de belirtmektedir: — Ceza hukukunun yanına bir de ceza usulünün ve ceza infazının vazedilmesi lâzımdır. Maa-fafih hususî hukuk (medenî hukuk ve borçlar hukuku) sahasındaki icraî cebirle (cebrî icra ile) ceza hukuku sahasındaki ceza arasında bazı esaslı farklar vardır. İcraî cebir, esas itibarile bir hukukî normun ihlâli halinde hukuka uygun durumu tekrar tesis etmek maksadile tatbik olunur. Halbuki ceza, ancak yapılan bir haksızlık (vukubulan «hukuka aykırı bir hareket») sarahaten ceza ile tehdit edildiği takdirde mümkündür (tehdidin bittabî hususî bir hükümle yapılması lâzımdır) (S. 78). Ceza ile icraî cebir arasındaki diğer bir fark ta, cezanın ona maruz kalan hakkında bazı neticeler doğurmasıdır (meselâ fail hukuk karşısında damgalanmıştır, lekelenmiştir, ceza siciline kaydedilmiştir, sabıkalı olmuştur ve tekrür halinde bu durum, cezanın teşdidine bir sebep teşkil eder). Halbuki icraî cebir tamamiyle bîtaraf bir mahiyet arzeder (Herhangi bir hâdisede cebri icraya tevessül, daha sonraki hâdisede, cezaya müşabih olmak üzere, hususî neticeler doğurmaz).

Bundan başka icraî cebir muayyen bir tarzı hareketi emreden «alelâde materiel norm» a istinat eder, böyle bir normdan hareket eder. Halbuki ceza denilen neticenin tahassülü hususî bir normu şart koşar. Bu hususî norm, ne şekilde hareket edilmemesi lâzım geldiğini tespit eder. Bu se-



İbepile, müellife göre cebrî icra normları tamamiyle secondær normlardır. sanction normlarıdır. Buna mukabil ceza hukuku normları, hem primaer, hem de secondær normlar sınıfına dahil bulunmaktadırlar. Çünkü ceza hukuku normları, cezaî fiilin (vakianın) unsurlarını, yahut bir şeyin yapılmamasına müteveccih yasağı ihtiva ettikten maada bir de ceza dediğimiz neticeyi tespit ederler. Görülüyor ki müellifin noktai nazarına göre cebrî icra normları tamamiyle secondær - formel mahiyettedir. Halbuki cezaî normlar primaer - materyel ve secondær - formeldir: — Ceza hukuku sahasında «materyel ceza hukuku» primer - materyel hukukun muadilidir. Buna mukabil ceza usulü ve ceza tatbiki ahkâmının heyeti mecmuası materyel ceza hukukunun zıt ve mukabilidir (S. 78-79).

β) Müellif, üçüncü paragrafta münferit hukukî normlar arasındaki vahdet ve insicama temas ettikten sonra hukuk normlarının zaman, mekân ve muhteva bakımından birleşerek hukuk nizamı dediğimiz sistemi vücuda getirdiğini izah etmektedir. Hukuk nizamının ve buna müteferri meselelerin arzettiği hususiyetler tebarüz ettirildikten sonra mezkûr nizamın bir tarifi yapılmaktadır. Müellif bu meseleleri «*etrafsını cami, ađ-yarını mâni*» ve vâzih bir şekilde incelemekte, berraklıktan ayrılmamaktadır. Bu paragrafta bir de hukuk ve adalet, tabii hukuk, tabii hukukun pozitif hukuk tarafından iktibası gibi meselelere temas olunmaktadır: — Hukuk nizamının mevzu, müspet bir mahiyet taşıdığına; burada müspet hukukun mevzubahs olduğuna işaret edilerek böylece mezkûr hukukla bir taraftan tabii hukuk, diğer taraftan da adalet idesi arasında bir tezat husule geldiği kaydedilmektedir. Hukukî kültürü olmıyan basit bir insan, hukukun adaleti de gerçekleştirmesini ister. Fakat mademki hukuk müspet, mevzu hukuktur, o halde hukukla adalet arasında bir ayniyet mevcut olamaz veyahut hukuk nizamı adaletin bir «*teminatını*» teşkil edemez. Bilâkis adalet hukukun tanziminde ve şekillenmesinde riayet edilmesi gereken bir ölçü mevkiindedir. Adalet, «*doğru hukuk*» idealile alâkadardır. Bu idealle tezat teşkil etmek üzere, realitede gayri âdil bir hukuk nizamı ile karşılaşılabilir (S. 21-22). Diğer bir telâkkiye göre adalet, hukukun mahiyetine dahildir, hukuk idesinin bir mütemmim cüz'üdür. «*corpus iuris civilis*» e göre hukuk, âdil ve iyi olanı gerçekleştirme san'atıdır (Jus est ars boni et aequi=). Binaenaleyh hukukun muhtevasında hususî bir kalite vardır. Muhteva bakımından hususiyet arzeden bu muayyen kalite eksik olduğu takdirde hukuktan bahsedilemez. — Bu noktai nazardan tahassül edecek, mantikî zaruretle tahassül etmesi icap eden neticelere ve buna müteferri meselelere temas ettikten sonra müellif, «*Duguit*» nin bu husustaki görüşünü kaydeyliyerek adaletin hukukta ve hukuk için bambaşka



mühim bir rolü olduğunu işaret etmektedir. «*Duguit*» ye göre adalet, hukuk muvacehesinde yahut hukukta, hukukun muhtevasının objektif bir prensibi olarak değil, bilâkis kütlenin sübjektif kanaatinin mütemmim bir cüz'ü, esas unsuru olarak rol oynamaktadır. Kütlenin bu sübjektif kanaatine müsteniden hukuk doğmaktadır.

Bundan sonra müellif, hukukla adalet arasında ayniyet vücuda getiren telâkkilere karşı cephe alarak bunun tehlikelerini belirtmektedir; bil-hassa böyle bir telâkki hâkim olduğu takdirde tatbikatta siyasi zimamdarlar, mevkii iktidarı ellerinde bulunduranlar, *mevzu hukuk = adalet kaziyyesini silâh* olarak kullanırlar ve «*hukuk namı altında toplanan her şey*» âdildir, fehvasınca hareket etmeğe başlarlar. Onun için hukukla adaletin yekdiğerinden vâzihan ayrılması ve hukukun, adalet tarafından vaki tenkitlere açık bulundurulması gerektiği, haklı olarak, tebarüz ettirilmektedir (S. 23).

Bundan başka müellif, hukukun ölçüsü olan adalet fikrile tabii hukuk idesi arasında münasebet olduğunu kaydettikten sonra müspet hukuktan müstakil, onun fevkinde ve mutlak, ebedî meriyeti haiz ve müspet hukukun ölçüsü mesabesinde bulunan tabii hukukun hangi otoriteye istinat ettiğini, mümeyyiz vasıflarını ve müspet hukuk karşısındaki durumunu, bazı tabii hukuk prensiplerinin müspet hukuk tarafından benimsendiklerini izah eylemektedir (S. 23-25).

III — Müellif, 26 ncı sahifeden 54 üncü sahifeye kadar olan kısımda (§§ 4,5) hukukî kaynaklardan bahsetmekte ve bunu beş noktada tafsil eylemektedir: — A) Umumî mülâhazalar (hukukun bünyesi, hukukî kaynaklar mefhumu, hukukî kaynakların başlıca neveleri: teamüli hukuk ve mevzu hukuk), mevzu ve teamüli hukukun müttahit temeli; B) Teamüli hukuk; C) mevzu hukuk (formel kanun, nizamname, otonom statü, müşterek anlaşmalar; D) Maddî kanun; E) hukukî normların oluşu ve göçüşü. — (§ 6), hukuk nizamını teşkil eden muhtelif norm kademelerinin sureti binasından bahsetmektedir. Hukukî normlar ve dolayısıyla hukukî kaynaklar arasında muhtelif kademeler vardır: — Birinci kademedede yahut en yüksek kademedede Devletin ana kanunu, anayasa, esas teşkilât bulunmaktadır. Anayasa, hukukî temel normdur ve diğer hukukî normların vaz' ve ısdar edilebileceğini tasrih eder ve normların nasıl ısdar edileceğini düzenler. Böylece yasama yolile formel kanun vücut bulur. Formel kanun ikinci kademeyi; nizamname ve otonom statüler vesaire üçüncü kademeyi teşkil ederler. Teamüli normlar, formel kanunla aynı kıymeti haiz addedildikleri hallerde aynı kademeye dahildirler. Müellif, kademeler arasında atlamalardan, araya yeni kademeler vaz'ından bahsetmekte,



normlar arasındaki kademelerin binasındaki vahdete işaret eylemektedir. «Normlar arasındaki kademelerde müşahade edilen vahdet» fikrinin zımına mahkemelerin ve idarî makamların resmî muameleleri; vatandaşların hukukî muameleleri de ithal edilmektedir (S. 56, 57). Müellif, 63 üncü sahifeden 76 ncı sahifeye kadar hukukî normların meriyet hudutlarından bahsetmekte, normların mekân ve zaman bakımından meriyetleriyle şahsî ve objektif meriyetlerini incelemektedir; nihayet yukarıda bir nebze bahsettiğimiz hukuk nizamının esas unsurlarına temas ederek normlar arasında muhtelif tasnifler yapmaktadır (S. 76-93). Objektif hukukun mühim bahislerini teşkil eden hukukî normlarda kademelenme (§6, S. 54-63), normların meriyet hudutları (§ 7, S. 63-76) ve normların sınıflandırılması veyahut hukuk nizamının esas kısımları (§ 8, S. 76-95), hakkındaki izaattan sonra normların tatbiki ve tefsiri tetkik olunmaktadır (§§ 9, 10; S. 95-121).

IV — İkinci bölüm, sübjektif mânada hukuka tahsis edilmiş olup on birinci paragraftan (20) nci paragrafa kadar olan kısımları ihtiva etmektedir (S. 122-226). Yine hukukun ana meselelerinin münakaşa edildiği bu bölümde evvelâ hukukî vecibe, sübjektif hak ve hukukî münasebet bir vahdet ve insicam içinde incelenmekte (§ 11, S. 122-138), müteakiben on ikinci, on üçüncü ve on dördüncü maddelerde hak süjesi üzerinde durularak evvelâ münferit şahıs, bilâhare kollektif şahıslar nazarı tetkikten geçirilmektedir. On beşinci paragrafta hak objesi yani sübjektif hakkın mevzuları; on altıncı paragrafta hukukî hâdiseler (hukukî hâdiselere umumî bir nazar ve hukukî hâdiselerin tasnifi, tahsisan hususî hukukî muameleler, tahsisan resmî hukukî muameleler); on yedinci paragrafta hukukî münasebetlerin muhtelif safhaları; on sekizinci paragrafta hukukî münasebetlerin muhtelif nevileri; on dokuzuncu paragrafta hakların tatbiki (hakkın muhtevasını teşkil eden fiillerin icrası); yirminci paragrafta hukukî himaye tetkik mevzuu ittihaz edilmektedir. Üçüncü ve son bölümde (yirmi birinci ve yirmi ikinci paragraflar) hukukun sistematik tasnifinden; hususî hukukla âmme hukuku tarzında yapılan ayırmanın istinat ettiği mülâhazalardan ve nazariyelerden ariz ve amik bahsolunmaktadır. Hukukun sistematik tasnifi ile hususî hukuk ve âmme hukuku tarzında yapılan tasnif eskidenberi ilmi alâkayı celbetmektedir. Hukukî kazıyyeler, tecrit edilmiş bir halde bulunmazlar. Gerek zaman ve mekân, gerek objektif muhtevaları bakımından bir vahdet arzederler, bir sistem vücuda getirirler. Bu sistem mantıkî şekilde nasıl tasnif edilebilir? Bu hususta birçok imkânlar vardır. Müellif bu imkânları tetkik ediyor ve sonunda hukukun bir tasnifini yaparak şematik şekilde gösteriyor (S. 227-234). —



Müteakiben hususî hukuk ve âmme hukuku tezaadını izah sadedinde muhtelif hareket noktaları ve noktai nazarlar üzerinde durulmaktadır. Müellif, hususî hukuk ve âmme hukuku tezaadını primer - sekonder norm, materyel normlar - sanksiyon normları, kategorisinden hareket ederek izaha çalışıyor. Hususî hukuk ve âmme hukuku tarzında yapılan tefrikte ya primer normlar, yahut sekonder normlar, sanksiyon normları esas ittihaz edilebilir. Evvelâ sanksiyonun muhtelif tezahürleri bakımından, bilâhare primer normlar sahasında hususî hukuk ve âmme hukuku tarzında bir tasnif yapmamızı mümkün kılan âmil ve sebepler araştırılmaktadır (S. 240).

a) Bir kere hukukî cebirin tanziminde biribirinden farklı iki imkâna tesadüf edilmektedir: — Hukuk nizamının iradesi ya resen veya şahsî müracaat üzerine gerçekleşmektedir. Bu tezat aynı zamanda, ahkâmı âmire ve ahkâmı ihtiyariye tezaadının başka bir ifadesidir (S. 91 f., 241). Ve işte bu tezatta hususî hukuk ve âmme hukuku tezaadının mündemiç olduğu ileri sürülmektedir. — Müellif, bir taraftan âmme hukukile, resen cebir istimalile tahakkuk ettirilen hukuk; diğer taraftan hususî hukukla, şahsî müracaat üzerine takip edilen hukuk arasında bir fark vücuda getirilmesinin esaslı bir mâna ifade ettiğini kaydetmekte ve bunu izah eylemektedir (S. 242-243). Böylece sanksiyonun muhtelif tezahürleri bakımından formel âmme hukuku ve formel hususî hukuk arasında bir tezat vücuda getirilmektedir (S. 243). Fakat böyle bir tasnifte de bazı müşkülâtla karşılaşıldığı işaret olunmaktadır (S. 243-244).

b) Materyel normlara göre bir tasnif mevzubah olduğu takdirde şu noktalar ehemmiyet kesbetmektedir: — Kat'i bir kıstas elde edebilmek maksadile bu vadide bir çok tecrübe ve teşebbüslerde bulunulmuştur. Bilhassa muhtelif nazariyeler zikredilebilir. Materyel bakımından âmme hukuku ve hususî hukuk tezaadını izah sadedinde esas itibarile biribirinden farklı iki istikamet, iki imkân mevcuttur. Bu iki istikametten biri her iki saha arasındaki farkı strüktürel, hukukî teknik, formal bakımdan, diğeri ise hukukî muhteva bakımından (formalin aksi mânasına gelmek üzere material bakımdan) tespîte çalışmaktadır (S. 244-245). Müellif bu iki istikametten birincisini alâkadar eden görüşleri ve nazariyeleri, ve bu arada «Kelsen» in görüşünü de tebarüz ettirdikten sonra (S. 244-245) âmme hukuku ve hususî hukuk arasındaki tezaadı «hukukî muhteva» zaviyesinden kavrayan menfaat nazariyesine temasla bunu etraflıca açıklıyor (S. 254-257). Burada umumun menfaatleriyle ferdin menfaatları karşı karşıya ikame edilmektedir. Nihayet formel hukuk aksamile materyel hukuk aksamı arasındaki münasebetler araştırılarak bunlar müşterek bir mahrece ircaa, daha yüksek bir mefhumun zımnına ithale çalışılmaktadır (bilhassa



bakınız: — S. 257-259). Müellif bundan sonra hususi hukuk sübjektif hakları ve âmme hukuku sübjektif hakları arasındaki bazı farklara temas ediyor.

D — Eserin muhtevasının umumî hatları hakkında verdiğimiz izahattan sonra diyebiliriz ki eserde hukukun gerçekten başlıca problemlerini teşkil eden objektif mânada hukuk veya hukukî normlar heyeti mecmuası, sübjektif hak ve buna müteferri meseleler, hukukun sistematik tasnifi bahisleri de, kanaatımızca, isabetli ve doğru bir sıra takip edilerek vakıfane ve esaslı şekilde incelenmiştir. Müellif ilkönce hukukî normu hareket mebdei ittihaz etmektedir. Sübjektif hakkın veya hukukun tetkikine geçmeden önce «*hukuk*» denilen fenomeni, daha doğrusu hukukî normların vücuda getirdiği objektif sistemi gözden geçirmek lâzımdır. Ancak bunu müteakip sübjektif hukuk tetkik mevzuu olabilir. Objektif ve sübjektif hukukun ana meselelerinin veya temel taşlarının tetkikile bir «genel hukuk teorisinin» mevzuu tamamlanmış ve ancak bundan sonra hukukun sistematik tasnifi; hususî hukuk ve âmme hukuku tezaadının istinat ettiği mülahazalar ve sebepler nazarı tetkikten geçirilerek böylece genel hukuk teorisi tablosu eksiksiz çizilmiş olur.

İzahatımızın başlarında da arzetmiş olduğumuz veçhile, bu eser bu mevzuda şimdiye kadar yazılanların içinde en iyisi olmak iddiasında değildir. Bununla beraber genel hukuk teorisinin esas problemleri, bilhassa hukukî normun mahiyeti ve bu arada takip edilen metod hakkında tenevvür etmiş oluyoruz. Eseri sayın okuyucularımıza tanıtmaya çalışırken müellifin *hukukî normu* nasıl kavradığını, onu nasıl bir sistematik vahdet içinde mütalâa ettiğini; müspet hukuk ve adalet; müspet hukuk ve tabii hukuk münasebetlerini belirtmeğe çalıştık. Çünkü kanaatimizce önemli olan nokta müellifin, hukukî norm karşısındaki davranışdır. Bunu da umumî hatlarla izah edebildiğimizi sanıyoruz. Bu sebeple diğer noktalar üzerinde ayrıca durmadık; sadece onların tetkik edildiği sahifelere atıf yapmakla iktifa ettik.

Şunu da ilâve edelim ki eserin eksik tarafları olabilir ve hattâ bu ciheti müellif de önsözünde muteriftir. Fakat eserin asıl gayesi, yine müellifin de söylemek istediği gibi, her cihetçe eksiksiz ve dörtbaşı mamur bir manzara arzetmek değil, bilâkis akademik bir öğretimin ihtiyaçlarını nazarı itibara alarak mevzuu teşkil eden unsurları ona göre seçmek ve sınırlandırmak ve böylece tetkikatı en mühim noktalar üzerine teksif eylemektir; «aynı zamanda hukukun muhtelif dalları hakkında verilen dersler sayesinde, hukukun beşerî hayat problemleri sahasındaki — bir çok kollara ayrılan — hizmet payı hakkında esaslı vukuf ve malûmat iktisap eden



genç Üniversiteli, elde ettiği bu bilgilerin sağlam zeminine dayanarak hukukun mahiyetini ve metodunu kavrama yolunda ilerlemeğe ve yükselmeğe doğru da sevkedilmelidir». Bu vazifenin yerine getirilebilmesi için bu eser meydana gelmiştir. Bu gaye ve mülâhazalarla vücuda gelen eser hakkındaki maruzatımıza nihayet verirken müellifin, «*tetkikatı en mühim meseleler üzerine teksif eyleme*» ameliyesinde muvaffak olduğunu belirtir, genel hukuk teorisi ana problemlerine karşı ilgilenen erbabı hukuka ve istikbalin genç hukukçularına mezkûr eseri tavsiye etmeği bir vazife biliriz.

O. M. Ç.