

MECELLENİN KÜLLİ KAİDELERİ

ve

YENİ HUKUK

Ord. Prof. Mustafa Reşit BELGESAY

Ö N S Ö Z

1 — Türkiyede 1926 yılına kadar eşyaya müteallik medenî hukuk münasebetlerini tanzim eden «*Mecellei Ahkâmı Adliye*» Cevdet Paşanın «*Divanı Ahkâmı Adliye*» nezaretinde bulunduğu sırada ve onun başkanlığı altında toplanan özel bir komisyon tarafından hazırlanmıştır.

Mecelle, ilmi değeri ne olursa olsun, Türk hukuku alanında önemli bir etap, merhale oldu. Mecelle ile o vakte kadar hükümleri yürüyen İslâm doktorlarının fikir ve kanaatlerini teşkil eden kaideler kümesinden ibaret hukuk sistemi (Fıkıh) bırakılarak yerine herkes için «kolaylıkla mütalâa edilerek «muamelâtını tatbik» [1] imkânlarını sağlıyan yazılı hukuk sistemi ikame edildi.

Mecellenin mazbatasında denildiği gibi, «ilmi fıkıh bir bahr-i bi payan [2] olup bundan... halli mesele edebilmek [3], hayliden hayliye maharet ve melekeye mütevakkıf olduğundan başka, mezhebi hanefi üzere tabakatı mütevatirde [4] pek çok müctehitler gelip ihtilâfatı kesire vuku bulmuş ve fıkıhı hanefi [5], Fıkıhı şafii [6] gibi tenkih edilemeyip pek müteşâip ve müteşettit» [7] idi.

[1] Mecelle mazbatası.

[2] Ucu bulunmayan deniz.

[3] Müskülleri çözmek.

[4] Derece derece fikirleri öne geçirilmesi gereken.

[5] Türkiye İslâmlarının kabul ettikleri İmamı Azam mezhebi.

[6] İmamı Azamın fikirlerine esas noktalarda muhalif olan büyük İslâm bilgini ve onun disiplinlerinin fikir ve kanaatleri.

[7] Karmakarışık.

İslâm müçtehitleri, fetvacıları, yargıçları çok kere olayların müte-rafik oldukları ahval ve şartlara ve zamanlarının ahlâki ve ekonomik du-rumlarının icaplarına uygun kaideler komuşlar, rey ve hüküm vermişlerdi. Mütenakız görünen bütün bu hükümlerin çoğu ahval ve şartların husu-siyetleri itibarile doğru ve âdil idi ve esaslarda fazla ayrılık yoktu. Bu noktaya «meşakkat teysiri celbeder» kaidesini izah ederken döneceğiz.

İslâm ve Türk hukuk sistemine hâkim olanların en büyük hatâları içtihat kapılarını kapayıp evvelki müçtehitlerin hâdiselerin hususiyetle-rine göre kodukları hükümleri umumî ve şaşmaz bir kaide imiş gibi şart-ları tamamen aynı olmıyan hâdiselere tatbik idi. Mecelle de muhteşem, selis, cazip ifadesile bu hatâyı işledi.

Zamanla İslâm hukuku içinden çıkılması ancak büyük bilginlere na-sip olabilen karışık bir hal aldı. Her yargıç İslâm hukukunda istediği hük-mü bulmakta hiç de güçlük çekmiyordu. Halk yargıçların bu hukukî du-rumdan faydalanarak çeşitli suiistimallerle «murafaatı istedikleri kalıba dök» tüklerine [8] kani idi.

Mecelle, mazbatasında beyan edildiği gibi, yüzlerce yıl önce islâm bilginleri tarafından ileri sürülmüş fikir ve kanaatlerden zamanın ihti-yacına uygun görülenleri toplamakla iktifa etmişti. Mecellede yeni sayı-labilen fikirler yoktur.

Gerçekte, Mecelleyi yapanlar İslâm doktorlarının zıt mütalâaları arasından zamanın ihtiyacına uygun olanı değil, şahsî kanaatlerine uy-gun bulduklarını tercih etmişlerdi. Mecelle komisyonunda zamanın ihti-yaçları, hususiyetleri ilmî olarak münakaşa konusu olduğuna dair belir-tiler yoktur. Her halde Mecellede mevcut hükümler zamanın icaplarına uygun değildi.

Mecelle islâm doktorlarının tatbik şartlarını pek kesin olarak tayin ettikleri, daha doğrusu, muayyen hâdiselere tatbik edilmek üzere beyan ettikleri, binaenaleyh tefsire pek az müsait bulunan fikirleri genel kaide olarak kabul ediyordu. Bu hukuk sistemi yargıca mütemadiyen değişen hayat şartlarının gereklerine uygun ve davacıları memnun edebilecek hü-küm vermesine imkân bırakmadı.

Gelişme ve teamül imkânları bulunmaması itibarile zamanın sosyal ihtiyaçlarını karşılamayan her kanun, her emir, her hukuk kaidesi gibi, zaten hasta doğmuş olan Mecelle de zamanla ölü hale gelmiş, nihayet 1926 da yerini Türk Medenî kanununa bırakmıştır.

Fakat, her şeye rağmen, zamanında hâkim olan büyük taassup ve şartlar göz önünde tutulunca Mecelle, rolü sadece fertlerin birbirleriyle

[8] Mecelle Mazbatası.

münasebetlerini kesin, anlaşılabilir normalarla tanzimden ibaret kalsa bile, hukuk alanında kıymeti azımsanamaz.

2 — Mecelle hâkimleri bağlayan münferit mahiyetteki asıl hükümlerine umumî giriş kabilinden, «kavaidi külliye» adıyla büyük İslâm filozofu «İbni Nüceym» ve onun «eserinde yürüyen» [9] bilgilerin bazı felsefî sözlerini 99 maddede topluyarak metnine eklemiştir. Bu külli kaideler de Padişahın iradesine iktiran etmesi itibarile şeklen kanundur. Fakat, anlaşılan o devirde medenî hukuk münasebetlerini tefsire müsait hükümlerle tanzim büyük cesarete bağlı olduğundan, mecelleyi yazanlar onun mânevi otoritesini düşürmemek, dedikodulara yer vermemek maksadile yargıçların «bir nakli sarih bulmadıkça» bu kaidelerle hüküm veremeyeceklerini açıklamak lüzumunu hissetmişlerdir. Mecelleyi tanzim edenlere göre, külli kaidelerin rolü, sadece «şer'î meselelerin inzibatına külli faydaları olarak erbabı mütalâa» için «mesaili edillesile zapt ve memurini saire» için de «her hususta merci» olmaktan, «herkes»e muamelelâtını mehmaemken şer'a tevfiik ve takrip» [10] imkânlarını sağlamaktan ibarettir [11].

Mecelle külli kaidelerle yargıçları hükme mezun kılmak cesaretini gösterememiş ise de iki fert arasında bir nizaı çözmek yetkişi dışında âmme kudretini kullanan idare memurları için bu kaideleri mecburî bir hareket düsturu olarak kabulde tereddüt etmedi. Çünkü, İslâm hukukunda, idare memurları için geniş hareket serbestisi kabul edilmişti. İslâm hukuk bilgileri, fakihler, daha ziyade eşit şartlar dahilinde birbirile münasebette bulunan fertler arası hukuk (medenî münasebetler) ile meşgul olup, kamu yetkisini kullanan İmamı (Hükümdarı) ve onun adına vazife yapan memurları takyit edecek hükümler komamışlar, politik hukuk ile pek az meşgul olmuşlardı. İdarecilerin karşılaşacakları ahval ve şartların hususiyetleri çok değişik olması itibarile İdare hukuku kanaatkâr olmak zaruretindedir. İdare memurlarının yetkilerini fazla takyide gelmez. Bu hukuk daha ziyade idare memurlarının fertlere hukuk nizamile tanınmış

[9] Mecelle mazbatasından.

[10] Mecelle mazbatası.

[11] Tercümesi: Yargıçlar fıkıh kitaplarında açık bir hüküm bulamazlarsa bu kaideleri tatbik edemezler. Bu kaideler İslâm hukukunda yürüyen müteferri hükümlerin çabuk öğrenilerek zihinde tutulmasına yarar, bu kaideler hükümlerin kaynakları gerekçeleridir. Bu kaideler aynı zamanda Yargıçlardan başka memurların görevlerini ifa sırasında riayet edecekleri hareket düsturları, normalardır. Hareketini bu kaidelere uydurabilen fert mümkün olduğu kadar Şeriata da uydurmuş ve yaklaşıp olur.

haklarına tecavüz etmelerini, önliyecek hükümler komakla iktifa etmelidir. Mecelle de idare memurlarını fazla takyit edecek hükümler komamış, yalnız tabii addettiği bu külli kaidelerle onların keyfi hareketlerini önlemek, fertlerin özel haklarını masun bulundurmamak istemiştir.

Mecelle mazbatasında, külli kaideler, felsefi ve ahlâkî mülâhaza ve fikirler bulunması itibarile, Allaha yaklaşmak, işlerinde başarı, yaşayışlarında refah ve sükûn sağlamak isteyenler için de hareket normaları olarak tavsiye edilmiştir.

3 — Mecellenin metnini teşkil eden hükümler ne kadar kazüistik (münferit hâdisede tatbiki kabil) ve zamanının bile ihtiyaçlarına uygunluğu şüpheli ve bu bakımdan pek haklı kritiklere yer vermekte ise, aksine olarak, Külli kaideleri tabii hukuka ve modern hukukun hayli münakaşalardan ve tekâmülden sonra ulaştığı prensiplere o derece uygundur.

Mecelleyi yazanlara göre, Külli kaideler müsellemtan [12], yani ispatı imkânsız veya çok zor ve fakat her selim aklın, yani kökleşmiş âdetlerle, alışılan bâtil zihniyetle anlayışları kararmamış ve muayyen bir fikir ve kanaatin, veyahut hasis menfaatlerin esiri olmıyan, matiyere az çok akli erebilen kişilerin kolayca ve biraz düşünmekle kabulünde tereddüt etmiyeceği gerçeklerdir.

Bugünkü hukukun da önemli bir kısmı Mecellenin müsellemtan addettiği kaidelere dayanır. Binaenaleyh, Mecellenin doksan dokuz maddesini yeni hukuk prensiplerinin ve felsefi mülâhazaların ışığı altında tetkik ve izah bu hukukun da çabuk kavranması ve öğrenilmesi bakımından büyük faydalar sağlayacaktır.

Etüdümüzde, Külli kaideleri Mecelleyi yapanların veya şerh edenlerin anladıkları gibi değil, objektif bir varlık sayarak serbestçe anlamaya ve bu vesile ile yeni hukukun genel prensiplerini incelemeğe çalışacağız.

Mecellenin Külli kaidelerinin çoğu muhtelif şekil ve terimlerle birbirinin tekrarıdır. Bu tekrar bazan bir kaidenin yeni bir izahı, yeni bir ifade şekli bulunması itibarile faydalı bulunmuşsa da, bazan da tamamen lüzumsuz ve faydasız bulunmuştur.

Kaideleri gruplara ayırarak ve sentetize ederek tetkik ediyoruz.

I

TEFSİR KAİDELERİ

4 — Roma hukuku çok formalistti. Romada hukukî durumları yaratmak için kanun koyanların, emir verenlerin, borç altına giren fertlerin be-

[12] Fransızca axiom ve postulat.

yanları istihdaf ettikleri amaca ve gözönünde olan işin icaplarına göre değil, terimlerine, kalıplarına ve şekline göre tefsir ve tatbik edilirdi. Bir kanunun, bir taahhüdün verdiği yetkilerden faydalanabilmek için onun terimlerini ileri sürmek ve ona istinat etmek zarureti vardı. Hakkı veren kanun veya mukavelede geçen terim yerine dengi bir tâbir kullanarak vaki olan müracaatlar kabul edilemezdi.

Meşhur Roma hukukçusu Gaius'un institutionların da beyan edildiğine göre, davacı hakkımı, hakkı kendine veren kanun veya mukavelelerin terimi ile ağaç diye iddia edecek yerde, kesilmiş kütük diye iddia ederse davası reddedilirdi. *Schwarz, Roma Hukuku dersleri*, cilt 1, sah. 288.

Bugünkü hukuk bu esastan ayrılarak, kanunları olsun, mukaveleleri olsun, beyan tarzlarına, terimlerine göre değil, maksatlarına, gayelerine, tanzim ettikleri muamelenin mahiyet ve icaplarına göre yorumlama esasını kabul etmiştir.

Kanunlar da, akitler gibi, hukukî işlemler, yani irade beyanlarıdır. Bu bakımdan, sıkı lojik kaideleri kanunların tefsiriyle akitlerin tefsiri arasında fark gözetilmemesini gerektirir. Fakat, modern hukukta, kanunlar yapılmalarını müteakip müstakil, kendi kendine yeter objektif bir varlık teşkil ettiği için, artık onu tasavvur edenlerin, kaleme alanların, oylarile kabul edenlerin gerçek iradeleri düşünülmeden tatbik ve tefsir edilir.

Kanunların ruhu tanzim ettikleri münasebetlerin tabii icaplarından ve münderecatının umumiyeti itibarile takip ettiği anlaşılan maksat ve gayesinden çıkarılır. Kanunlar tanzim ettikleri durumun ihtiyaçlarına uygun olarak yorumlanır. Türk Kanunu Medenisi şerhimiz m. 1, no. 8 Akitler ise âkitlerin gerçek iradelerinden ayrı bir varlık teşkil edemeyecekleri için, daima onların kasdettikleri şeye göre tefsir edilir, kaide olarak ekonomik ihtiyaçların icapları bu hususta rol oynamaz. Bk. m. 18.

Bununla beraber, Medeni Kanununun 2 nci maddesinde, işlerde hüsnüniyet kaidelerini genel bir hukuk prensibi olarak kabul ettiğinden, mukaveleler de âkidin gerçek maksadından ziyade onun beyan tarzından diğer âkidin çıkarabileceği mânaya göre yorumlanır. Hüsnüniyet kaidesi, bir tarafın diğer âkidin gizli kalmış maksadını anlayamamasından ötürü bir zarara uğramamasını iktiza ettirir. Ticaret kanunu bu esası çeşitli formüllerle açıklamaktadır. *Türk Kanunu Medenisi şerhimiz* m. 2, no. 3

Netice olarak, ve pratik bakımdan, kanunla mukavelelerin tefsirinde cari olan kaideler arasında fark büyütülecek derecede değildir.

Mecelle, Külli kaidelerinde, hukukî muamelelerin, kanun veya mukavele olmasına göre ayırd etmeksizin, aynı kaidelere göre tefsir edilme- si esasını komuştur.

Mecellenin tefsire müteallik kaideleri üç formülde hulâsa edilebilir:

a) Hukuk normaları olsun, mukaveleler olsun kaide olarak maksada göre tefsir olunur. b. no. 5.

b) Bir hukuk norması ile güdülen maksat bu normayı beyan tarzından anlaşılmalı gerektir. Objektif bir durumun delâletinden anlaşılmayan maksat nazara alınmaz. b. no. 6.

c) Akitlere rıza serahaten olduğu kadar zımnem de beyan edilebilir. Modern hukukta dahi aynem ve tamamen yürüyen bu hükümleri gelen paragraflarda tafsil ediyoruz.

5 — «*Ukudda itibar*» maksat ve maaniyedir. *Elfaz ve mebaniye değıldir.*» m. 3. Yani akitlerin neticeleri terimlerine ve cümlelerin yapılaş tarzına göre değıil, bu sözlerle anlatılmak istenilen maksatlara ve mânalara göre tayin olunur.

6 — «*Kelâmın (sözün) imali (işlenmesi) ihmâlınden evlâdır.*» m. 60. İnsanların bütün hareketleri gibi, sözleri, sözlerinde kullandıkları terimler bir maksatlardır. Maksatsız şuurı olmıyan deliler hareket eder. Şu halde, bir mukavelede olsun, bir hukuk normasında olsun, beyan olunan her terim, eğer insanların düşünmeden kullanabilecekleri mutâat bir formül değıilse, veyahut üslûbu süslemek için kullanılmamışsa, muhakkak bir maksadı ifade eder. Binaenaleyh, bir hukuk normasını yorumlarken bir terimin ne için kullanıldığını araştırmak zarureti vardır. Bir hukuk normasını tatbik eden, onun her terimi üzerinde düşünmek zorundadır. «*Kelâmda*» yani terimlerde asıl olan «*mânayı hakiki*», yani irade beyan edenin o terime umumiyetle verilen mânayı kasıt etmiş olmasıdır, m. 12.

Şu var ki, işin icaplarına uymıyan sözleri de nazarı dikkate almak gerekir. Bu çeşit sözlerin, bir itiyadın sevkile düşünülmeden, veyahut bir hatâ neticesi söylenmiş olduğunu kabul etmek zarureti vardır. Bu sebeple Mecelle 62 nci maddesinde «*bir kelâmın*» makul bir tarzda «*imali mümkün olmazsa ihmâl*» edileceğı kaidesini komuştur.

7 — «*Mutlak itlakı üzere cari olur. Eğer nassan veyahut delâletem takyidi delili bulunmazsa*» m. 64.

Bir akitte, veyahut kanun, nizam talimat gibi bir hukuk normasında mutlak, yani kayıtsız ve şartsız vaki bir beyan bu beyanın şümulüne girebilen her şey ve her münasebet hakkında tatbik olunur. Şu kadar ki, beyan olunan bir iradenin muayyen şartlar dahilinde tatbiki açıkça kabul edilmişse, yani «*nassan*» iradenin tatbik şeraiti tayin edilmişse kaide bu şartların bulunmadığı hususlarda tatbik edilemez.

Hukukî iradeler *delâletem*, yani açıkça söylenmediğı halde irade beyan edenin maksadını anlatan hareketler, ve şartlarla zımnem de ka-

yıtlanabilir. Meselâ, kendine bir ev almasını arkadaşından rica eden kim-
senin bu iradesi hal ve şartların icaplarıyla, yani evin kendinin ve ailesi-
nin sosyal ve malî durumlarına ve cari fiyatlara uygun bir bedelle alın-
ması kaydile zımnen takyit edilmiş olur. Küçük ve kibar bir aile babası-
nın ev alması için dostuna verdiği emir ancak kibar bir mahallede cari
fiyatla küçük bir ev alınması kaydile verilmiş sayılır.

Mecelleye göre, beyan edilen iradelerin zımni takyitleri *delîlî* olmak
gerektir; yani zımni takyitler ancak objektif olaylardan çıkarılabilir.
Binaenaleyh, hiç bir emir, taahhüt meydanda olmıyan ve emri alan veya
tatbik ile yükümlü veya lehine taahhüt vaki olan kişi tarafından biline-
miyen olayların delâletile takyit edilmiş sayılamaz.

Bir emir, veya taahhüt, olduğu gibi icrası emir verenin, veyahut
taahhüt edenin tasavvur ettiği işlerin icaplarına aykırı bir netice vere-
bileceği muhakkak ise, vaziyetin delâletile mukayyet sayılır.

8 — *Hazırdaki vasıf lâgıv, ve gâipteki vasıf muteberdir* m. 65. İn-
sanlar duygu organlarıyla doğrudan doğruya anladıkları hususlarda ken-
dilerine söylenen söze hiç bir kıymet ve ehemmiyet vermemeleri psikolojik
bir icaptır. Sübjektif takdirler ve hükümler çok değişiktir. Birinin
koyu dediğini öteki açık, güzel dediğini çirkin, büyük dediğini küçük,
kıymetli dediğini kıymetsiz bulabilir. Her satıcı tabii bir alışkanlıkla sat-
tığı malı över. Müşteriler de umumiyetle bu sözleri hiç bir kıymet ve
ehemmiyet vermeden dinlerler. Mukaveleleri, tarafların, metinlerini tama-
mı tamamına tayin kabil olmıyan ve çok kere düşünmeden otomatik ola-
rak söyledikleri ve ancak şahitlerin ifadesile akseden şekline bakarak
bozmak çok kere işi mızıkçılığa dökmek olur. Binaenaleyh, akit
konusu olan şeyin vasıflarına dair bir âkidin beyanı ancak diğer âkidin
bizzat muayene ile anlamadığı noktaya müteallik ise nazarı dikkate alın-
mak makul olur. Yalnız bu haldedir ki taraf kendi görüşüne değil,
âkidinin sözüne, bilgisine, verdiği kıymet hükmüne dayanır. Kısaca,
tarafın bizzat açıkça görerek takdir ettiği, hükmünü verdiği noktalarda
kendine söylenen sözlerin, mutad formüllerin hiç bir kıymeti olmaması
tabiidir.

Mecelledeki *hazır* terimi akit oturumunda gözle görülen şeyi değil,
muayene neticesinde kanaat hasıl edilen vasıfları ifade eder. Gözle görü-
len şey de, muayene ile anlaşılamiyan vasıfları bakımından, hazır değil
farzolunur.

Borçlar Kanununa göre, m. 31 kendi kendine aldanarak akit yapan
kimse, hatâsı esashı değilse akti feshedemez. Fakat, prensip olarak diğer
âkit tarafından aldatılmış olan kişi bu hile sebeбіle hatâsı esashı olmasa
bile akti feshedebilir. Bir kimse bizzat muayene ettiği bir şeyde diğerleri

tarafından söylenen söze tabii olarak kıymet vermiyeceğinden hile bahis mevzuu olamaz; meğer ki, âkidin akit konusu olan şeyin vasıflarını anlamaması itibarile söylenen söze bir kıymet verdiği kabul edilebilsin.

9 — «*Tasrih mukabelesinde delâlete itibar yoktur*» m. 13.

Bir beyan açıksa maksat meydandadır. Beyanı yapan kimsenin gizli bir maksadı olup olmadığını araştırma tehlikelidir. Beyanda bulunan gizli bir maksat takip etmiş olsa bile, bu maksadı değil, açığa vurulan maksadı esas tutmakta sosyal zaruretler vardır. b. no. 4.

10 — Fakat, «*mânayı hakikî müteazzir oldukta*», yani yapılan veya tasavvur edilen şeye göre tarafların beyan ettikleri şekilde iradelerin tatbiki doğuracağı rasyonel olmıyan netice itibarile gerçek maksadına aykırı bulunduğundan şüpheye yer varsa «*mecaza gidilir*» m. 61. Mecaz, dilde bir mânayı ifade eden terimin bazı tebarüz ettirilmek istenilen benzeyişleri itibarile diğer bir şeyi ifade için kullanılmasıdır. Edebi dilde zaruretler itibarile oldukça kabul edilen mecazlara gerek hukukî muamelelerde, ve gerek kanunlarda pek istisnai olarak rastlanır.

11 — «*Âdetin delâletile de mânayı hakikî terk olunur*» m. 40. Taraflar muayyen bazı hal ve şartlarda kendi itiyatları veya umumiyetle kullanılmakta olan formülleri, terimleri kullanmışlarsa bu formüllerin, tamamı tamamına ifade ettiği mânaya değil, tarafların formüllerden kasıt ettikleri mânaya itibar edilir.

12 — Ahval ve şartlar itibarile tarafların kullandıkları bir formül, bir terim, işin mahiyetine uygun rasyonel bir mâna verilmek imkânı bulunamazsa, Mecellenin ifadesile, «*imali mümkün olamazsa ihmal olunur*», yani, yazılmamış gibi akit tefsir edilir. b. no. 6.

13 — Taraflar bir akte iradelerini açık olarak beyan edebildikleri kadar, ihtiyar ettikleri bir hareket tarzı ile, yani ancak bir teklifin kabulünü istilzam edebilen bir vaziyet almakla zımnen de beyan edebilirler. Fertlere iradelerini mutlaka açık bir sözle beyan etmek mecburiyetini yüklemeye mâna yoktur. Sosyal hayatta nezaket kaideleri bazan hareket tarzile bir teklifin kabulünü gerektirmektedir. Yapmaya hazır bulunduğumuz bazı şeyleri açık yapmak, meselâ bir hakareten ötürü tarziye vermek canımızı sıkır. Fakat, takındığımız tavır yapmak istediğimiz şeyi bazan sözümüzden daha çok iyi ve canlı olarak anlatır.

Mecelle olsun, yeni hukuk olsun, icap ve kabulün sarahaten olduğu kadar delâleten, yani zımnen de yapılabilmesini geçen paragraflarda izah ettiğimiz kayıtlar altında kabul etmektedir.

14 — Bir kimse bir işe muvafakatini müspet bir hareketile beyan edebilir. Menfi bir hareket irade beyanını tazamun edemez. Bir kimsenin nezaket icabı ses çıkarmamasından mâna çıkarmak kadar tehlikeli bir şey tasavvur edilemez. Mecelle «*sâkîte bir söz isnat olunmaz*» m. 67 kaidelerini komuştur.

Gerçekten, hiç bir kimse tahrik etmediği bir suale cevap vermeğe mecbur tutulamaz. Pratikte, sükût reddi tazammun eder. Hattâ, V. Thur'a göre, muayyen bir müddette iade edilmemesi kabul sayılacağı beyanile bir mal gönderilmiş olsa bile sükût kabul değildir. Malı alan onu gönderenin emrine âmade bulundurmakla iktifa edebilir. s. 167. Borçlar Kanunu daima kabulün vusulünden, iradenin bildirilmesinden bahsetmekte olup, sükût ile kabulden bahsetmemektedir. Meselâ, bir kimse fiyat tayini ile kendine gönderilmiş olan eşyayı istihlâk ederse teklifi kabul ettiği açıkça da ses çıkarmaması halinde onu satın almış farzedilemez.

İsviçre federal mahkemesi muttarit içtihatlarile, kaide olarak sâkitin bir şeyler söylediği farzolunamayacağını kabul etmektedir. Gelen numaraya bak.

15 — Söylemiyenin zımnen bir sözü söylediğini kabul imkânı yoksa da kat'i bir ihtiyaç varken susan kimseyi söylemiş addetmek zarureti vardır. Mecelle «*marazı hacette sükût*» u «*beyan*», yani, ihtiyaç varken susan tarafı durumu kabul etmiş saymaktadır m. 67 II.

Yeni hukukta, bazı hallerde, kişi beyan ile mükellef tutulmuştur. Bu hallerde, beyanda bulunmayan kimse bir şeyi söylemiş telâkki edilerek bazı haklarından mahrum edilmiştir. Meselâ, mahkemede şahsen sorguya çekilen taraf yargıcın sorularına cevap vermezse bunları kabul etmiş sayılabilir, HUMK. m. 234. Borçlar Kanunu sükûta mâna verdiği haller az değildir. Meselâ, m. 6, 31, 198, 199, 200, 221, 263, 387, 428.

Hüsnüniyet kaidesi de ihtiyaç olan, yani hal ve vaziyetin hususiyeti itibarile örfen ve âdeten bir cevap mecburiyeti olan bütün hallerde beyanda bulunmayan kimsenin beyanda bulunmuş gibi mes'ul tutulmasını zarurî kılmaktadır. İsviçre federal mahkemesi bu esası ötedenberi kabul etmiş bulunuyor.

Borçlar K. 6 ncı maddesine göre, «icabı dermeyan eden kimse gerek işin hususî mahiyetinden gerek hal ve mevkiin icabından naşi sarih bir kabule intizar mecburiyetinde olmadığı takdirde eğer icap münasip bir müddet içinde reddolunmamış ise akde münakit olmuş nazarile bakılır». Bir kimsenin menfi tavır ve hareket tarzından icabı yapan makul olarak ve hüsnüniyetle mâna çıkarmağa mezunsa «hal ve mevkiin icabı» sükûtun kabul sayılmasını istilzam eder.

Fakat, ne vakit bir teklif sahibi muhatabının sükûtundan mâna çıkarmaya mezundur?

Bugünkü içtihatlar ve doktrine göre, sükût eden yalnız reddini beyana mecbur ve muktedir olduğu hallerde beyan etmiş sayılır. Taraf, kendine yapılan teklifi tamamen öğrenmedikçe bir beyanda bulunması beklenemez. Beyan mecburiyeti ancak halin hususiyeti varsa kabul olunabilir. Meselâ, kendine bir tüccar tarafından gönderilen yeni çeşit malları alarak beğenemediklerini iade itiyat etmiş olan kimse aldığı yeni bir şeyi mutata olan zamanda iade etmiyerek sükût ederse onu kabul etmiş sayılır.

Son zamanlarda, Federal mahkemede şifahi yapılan bir mukavele hükmünü teyit maksadile yazılmış mektupların cevapsız bırakılması münderecatını kabul olup olmadığı bahis konusu oldu.

İki taraf bir çok teklif ve mukabil tekliflerden ve görüşmelerden sonra bazı noktalarda mutabık kalır gibi olup da biri anlaşmalarını olduğu gibi teyit ile veya şartlarını tamamlayarak diğerine bir mektup gönderir, o da mutata zamanda cevap vermezse sükûtu kabul sayılacak mıdır?

Federal mahkeme 25 ey. 1945 JdT 232, 1946 kararında bu sükûtu bazı şerait dahilinde muteber saymıştır. Federal mahkemeye göre mektubu yazan hüsnüniyetle, yani şifahî anlaşmaları hiç bir noktada değiştirmedeği kanaati ile, veyahut açıkça diğer âkidin dikkatini çekecek tarzda değiştirerek veya tamamlayarak mektup yazmışsa hüsnüniyet kaidesi bir cevabı gerektirir. Bilâkis, mektubu yazan diğer tarafın dikkat etmesi üzerine hesap yapılarak mutabık kalınmamış bir noktayı kalınmış gibi mektuba yazmışsa hüsnüniyet kaidesi bu hilekâr adama cevap vermek mecburiyetini istilzam etmez. Muhatap sükût edebilir. Binaenaleyh, Federal mahkemeye göre sükût eden muhatap mektubu yazanın hilesini ispat ederse mukaveleyi kabul etmiş gibi mesul olmaz.

Federal mahkeme hatâlı bir beyanın bilerek tashih edilmemesini de beyan addetmektedir; fakat, hatâlı bir hukukî mütalâanın düzeltilmemesini beyan saymamaktadır. JdT 244, 1946.

16 — Mecelle ihtiyaç halinde sükûtun beyan olduğu tabii kaidesinden yürüyerek, «sual» i «cevapta iade olunmuş» addetmektedir. m. 66. Bir teklife kısa bir cevap veren teklifi olduğu gibi kabul etmiş sayılmak tabiidir. Bir teklife evet, veya hayır ile cevap verenin tadil etmek istediği noktalar için cevabında ihtirazi kayıt dermeyeran etmesi gerekirdi.

Tarafların cevapları olsun, şahitlerin şahadetleri olsun, kendilerine tevcih edilen sual tarzına bağlıdır. Sual ile cevap arasında psikolojik bir irtibat vardır.

17 — «*Örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir*» m. 43. «*Beynet-tüccar*» tüccarlar arasında «*maruf olan şey beyinlerinde meşrut gibidir*» m. 44. Tüccar olmasalar bile, bir sınıf halk veya bir mıntaka halkı arasında muayyen bir muamelede umumiyetle kabul edilmekte olan şartlar, mukavelede tersini istediklerine delâlet eden hal veya açık söz yoksa, aralarında kabul edilmiş sayılır.

Bu esası bugünkü hukuk da kabul ediyor. Umumî olan hüsnüniyet kaidesi tarafların, sâkit oldukları ve kanunda sarahat bulunmayan bir noktada kendi hususî âdetlerini, yoksa mensup oldukları san'at sahiplerinin veyahut daha umumî âdet olan şartları kabul etmiş sayılmalarını tazammun eder. Ticaret kanunu 1 inci maddesinde âdetleri Medenî Kanun hükmüne üstün bir hukuk norması olarak kabul ediyor. Yalnız Yargıtayın müstakar içtihatlarile tebarüz ettirildiği veçhile, Medenî kanunun âmîr olan bir hükmü mukavele ile değiştirilemeyeceği gibi, buna aykırı bir ticarî âdetle de değiştirilemez.

18 — «*Mütecezzi olmıyan*» yani parçalanmıyan «*bir şeyin bazısını zikir küllünü zikir gibidir*» m. 63.

19 — Mecelle bugünkü hukukta olduğu gibi, «*mükâtebe*» yani mektuplaşmayı, «*muhataba*» yani karşı karşıya beyan gibi muteber tutmuştur. m. 69.

20 — «*Dilsizin işareti mahudesi*» de «*lisan ile beyan gibi*» makbuldür m. 70.

Maruf işaret bugünkü hukukun telâkkilerine göre tefsir edilmek lâzım gelirse, dilsizin şahsına mahsus olan ve binaenaleyh delâletleri kontrol edilemiyen işaretler değil, umumiyetle dilsizlere mahsus olup delâletini herkesin anlayabileceği objektif işaretlerdir.

21 — «*Tercümanın kavli*» sözü «*her hususta kabul olunur*» m. 71. Beyana hacet yoktur ki, tercümanın sözü tercüme ettiği dildeki beyanı doğru anlayıp doğru naklettiğinden şüpheyi mucip bir sebep bulunmadığı takdirde muteber sayılır.

II

SÖZ BAĞLILIĞI

22 — Bir kimse verdiği sözü tutmaya zorlanmalı mıdır?

Bir kimsenin her sözünü tutmak mecburiyetini kabulde sosyal zaruret yoktur. Ferdin nezaketen, veyahut neticesini fazla hesap etmeden yaptığı bir vaadi ifa ile mükellef tutulması makul de değildir. Bir vaadi yapan

onu ifada tamamen serbest bulunmalıdır. Ahlâk duygularımız vaadin zorla değil, gönül hoşluğu ile yapılmasını ister. Binaenaleyh, Mecelle *teberrüün kabz ile tamam* olması esasını m. 57 komakta haklıdır.

Şu var ki, vaadi yapan vaadini ondan faydalanacak kişinin, veyahut diğer birinin bir faaliyeti ifa etmesi şartına tâbi tutmuşsa, vaadi alanın vaadedilen şeyi elde edebilmek için emek ve para sarfetmesi ve işi ciddi telâkki ederek üzerinde hesaplar yapması tabii bulunduğundan, bu vaade kıymet ve önem vermek zarureti hasıl olur. Bu sebeple, Mecelle «*suveri talki iktisap*» eden vaadi «*lâzım*» addetmiştir.

Vaadin tâbi tutulduğu şart, bir karşılık verilmesi, bir hizmet ifası olabilir. Vaad üçüncü bir şahsın bir şey vermesine de talik edilebilir.

Borçlar Kanunu da izah ettiğimiz mülâhazalarla, sözle yapılmış bağışlama vaitlerini lâzım addetmemiştir. Bu kanun yalnız yazılı olan bağışlama taahhütlerini muteber tutmuştur. m. 238. Borçlar Kanunu yapacak bir iş mukabilinde umumî olarak bir karşılık vereceğini taahhüt eden kimseyi bu iş yapıldığı takdirde vaadini ifa ile mükellef tutmaktadır. m. 8.

Teberrü, bağışlama malın teslimi ile fiilen tenfiz edilmişse bağışlanan kimse bu şeyi benimseyerek işlerini ona göre tanzim edeceğinden, artık vazgeçilememesi sosyal bir zaruret olur. Bu esas Mecellede ve Borçlar Kanununda kabul edilmiştir.

23 — «*Şartın sübutu indinde ona muallak olan şeyin sübutu lâzım olur*» m. 82. Şu kadar ki, şarta ancak «*bikaderilimkân muraat*» riayet «*olunmak lâzım gelir*» m. 83. Binaenaleyh, bir kimse zaman ve durumun değişmesi neticesi olarak, akitten bekliyebilirdiği istifade ile mütenasip olmayacak derece ağırlaşan şarta tamamı tamamına riayetle mükellef tutulamaz. Diğer âkit için meşru bir menfaat sağlamıyan faydasız şartlar da yok sayılmalıdır.

Medenî kanunun 2 nci maddesine göre, bütün borçlar hüsnüniyet kaidesiyle hudutlanmıştır. Bir kaide, bir kimsenin yüklendiği ve zamanla kendisine akitten bekliyebilirdiği istifade ile mütenasip olmayacak derece ağır şartlara riayete zorlanamamasını iktiza ettirir. Devletler hukukunda *Clausula Rebus Sic Stantibus* denilen kaideyi İsviçre Federal mahkemesi artık müstakar denebilecek içtihatlarla, hususî hukuk sahasında da tatbik ederek, mukavele şartları evvelce tahmin edilemiyen sebepler dolayısıyla bir tarafın ekonomik faaliyetini felce uğratacak derecede değişmesi halinde onu âkit şartlarını ifa ile mükellef tutmamaktadır.

24 — «*Her kim ki, kendi tarafından tamam olan şeyi nakza say ederse sayı merduttur*», m. 100. Kimse yaptığı akdi bozmak için bahaneler

arayamaz. Sossyete işlerinde istikrar ancak akitlerin cayılmaz bir halde bulunması ile mümkündür. İstikrar ve emniyet olmayan bir memlekette işler gelişemez.

Bir kimse muayyen bir muamele ile tamamıyet vereceği bir işten o muameleyi yapıncıya kadar daima rücu edebilir. O vakte kadar muamele taslak halindedir. Meselâ, bir mukavele kanun ile yazılı şekle tâbi tutulmuşsa işe muvafakatini beyan etmiş olan kimse imza dakikasına kadar akitten vazgeçebilir. Noter huzurunda resmî şekilde bir akit yapılması kararlaşırsa, taraf noterde aktin tamamıyeti hakkında beyanda bulunarak imza edeceği dakikaya kadar akitten vazgeçebilir.

Modern kanunlar fertlerin alelâcele büyük önemde bazı işleri, durum hakkında iyice aydınlanmadan ve iyice düşünmeden yapmalarını bir derece önlemek için şekle tâbi tutarlar. Bu şekil bazan resmî memur tarafından bir vesika tanzimi, bazan da sadece taahhüdün yazı olarak altı imzalanmasıdır. Fert tamam oluncaya kadar muameleyi yapmadan vaz geçebilir.

25 — «Kim ki bir şeyi vaktinden evvel isticâl ederse, mahrumıyetle muatep olur», m. 99. Bu kaide, bir hayat felsefesidir. Vaktinden evvel acele ile, yani gerekli bütün tedbirler alınmadan yapılmak istenilen işin akamete uğradığı, matlup neticeyi vermediği ve emek ve masrafın boşa gittiği her günkü tecrübelerle sabittir. Meselâ, kuvvetli ve teçhizatı mükemmel olan bir ordu, henüz düşman faaliyeti yokken bir gösteri olarak teçhizatını ve kuvvetini sarfederse sonradan külli kuvvetlerle hücum eden düşman karşısında teslim olmaktan başka çare bulamaz.

Araplar «*küllema caveze an haddihi inakese ilâ zıttıhi*» yani, haddini aşan her şey tersine döner derler, meselâ, lüzumundan aşırı, lüzumsuz yere terbiye vasıtasına müracaat edilirse terbiye edilecek adam itaatsizlik ederek, kaçarak büsbütün terbiyesiz olur, veyahut sıhhatini kaybeder ölür. Terbiyenin gayesi ise öldürmek, hasta etmek değil, terbiye edilecek kişisi ideal yetiştirmektir. Medenî kanun terbiye vasıtalarının suiistimal eden yani terbiyenin zarurî kıldığı hududu aşan velinin velâyetten düşürülmesini kabul ettiği gibi m. 285 - 286. Ceza kanunu da nüfuzunu fenaya kullanan veliyi, mürebbiyi m. 477, memuru m. 343 ve müteakip. cezalandırmaktadır.

III

KANUNLARIN TEFSİRİ VE BOŞLUKLARININ DOLDURULMASI

26 — 4 No.lu paragrafta izah ettiğimiz gibi, Mecelle kanunların tefsirini akitlerin tefsirinde yürüyen prensiplere tâbi tutmuşsa da mahiye-

ten kanun ve nizamların tefsirine tatbik olunabilip, akitlerin tefsirinde istisnâ olarak tatbik edilebilecek prensipleri, ayrı bir grup halinde anlatmayı uygun bulduk.

Her kanun, her emir, her rica, velhasıl izhar edilen her arzu mutlaka bir maksadı sağlamak içindir. Bir emir ve iradeyi, gözönünde tutmadığı hal ve vaziyetlere tatbik büsbütün zıt bir netice verir. Meselâ, herkesin rahatı için verilen bir emir ahval ve şartlardaki değişiklik sebebiyle halkın bilâkis canını sıkacaksa tatbik edilemez. Kezalik, bir takım askere emin olduğu kanaatle, tayin edilen bir yere saklanmaları için yüksek komutadan verilen emir komutanın hesaplamadığı sebeplerden ötürü o yerin emin olmadığı anlaşılması halinde dinlenmemek gerekir. Ancak, bu haldedir ki, yüksek komutanın istediği şey yapılmış olur. Aksi halde, zahiren emre itaat edilmiş olursa da gerçekte ondan uzaklaşmış olur.

Emri verenler emirlerinin şaşmaz olduğunu değil, niçin verildiğini, onu tatbik edeceklerle öğretmek lâzımdır. Tahsilden gaye kendi kendine kalacak ferdi tahmin dışı ahval ve şartlar karşısında doğrudan doğruya karar verilecek kabiliyete ulaştırmaktan ibarettir.

Mecellenin 2 nci maddesi emir ve talimatların metninden ziyade onu verenin maksadına göre tatbik edilmesini âmirdir. Gelen no. ya bak.

27 — «Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir» m. 2.

Bir hukukî işlemin, hattâ maddî olayların tâbi tutulacağı hüküm, o muamele veya fiili yapanın maksadına göre tayin olunur.

Ahlâk bütün hükümlerini hareketi yapanın maksadına göre verir. Bir kişinin diğerinin iyiliği için kendi menfaatlerini tehlikeye koyan hareketi ahlâka uygun, hasis menfaatleri için diğerinin zararına yaptığı iş ise, ahlâka aykırıdır.

Bugünkü hukuk, kaide olarak, failin gizli kalan maksadını nazara almamakla beraber, objektif durumlardan çıkarılabilen maksadına önem vermektedir:

a) Ahlâka aykırı, yani başkalarına zarar vermek gibi kötü düşünce ile yapılan bütün mukaveleler hükümsüzdür. BK. m. 20.

b) Kimseye fenalık yapmak ve sosyete nizamını bozmak kasdı olmayarak, ve fedakârlık hissile yapılan iş cezalandırılmaz. Kast suçun bir unsuru, bir esasıdır. Cez. K. m. 45. Ancak, bir kimsenin başkalarına iyilik için sosyete nizamı ile konan kaideye aykırı bir iş yapması halinde kastı mevcut sayılıp sayılamıyacağı münakaşa edilmektedir.

c) Bir haksız fiilin faili, zarar vermek kastı olmasa bile fiilinin neticesi olan zararı tazmîn ile yükümlüdür. BK. m. 41. Fakat, yargıç failin mes'ul tutulabileceği zararları tayin için, kusurunun ağırlığını, yani failin maksadını nazarı dikkatle almak zorundadır. BK. m. 43.

d) Herkes maksadı ne olursa olsun hak kaidelerine aykırı olarak bir mal iktisap edemez. Bu çeşit iktisaplar iade olunur. Fakat, Medenî Kanun nice hallerde failin hüsnüniyetini, yani kimsenin hakkına tecavüz etmediği kanaatini hak kaidelerine aykırı olarak iktisabı için kâfi adettirmektedir.

28 — Mecelle şârihleri ve islâm doktorları kasıtsız bir işe hüküm verilemediği gibi, işsiz kasta göre de hüküm verilemeyeceği noktasında ittifak ederler. Binaenaleyh bir kanun hükmünün tatbiki için hem işlenmiş maddî bir işin bulunması, hem de failin o işi kastetmiş olması şarttır.

Orta zaman Avrupasında fazileti, ahlâkî meziyetleri korumak bahanesile insanların düşünceleri, maksatları muhakeme edilerek cezalandırılır, maksatları meydana çıkarmak için de tahammül edilemeyen işkence vasıtalarına müracaat edilirdi. Bugünkü hukuk ise, tamamen objektif kalarak haricî bir fiil ile meydana çıkmayan kasta göre hüküm verilememesini bir esas prensip sayar,

Mecelle 68 inci maddesinde «umuru batınadan olan bir şeyin» yani karar, his ve kanaat gibi insanın kalp, iç işlerinin «delilli zahirisî» yani görünürde bu karar ve hissiyat ve kanaate delâlet eden hâdise ve olayları «ol şey makamına kaim» addetmektedir. Binaenaleyh, ancak, görünen, hisse düşen, objektif bir hareketin psikolojik bakımdan delâlet edebildiği kalp işleri, hükme esas tutulabilir.

Medenî Kanun kendisinden beklenen dikkat ve ihtimamı sarfetmemiş olan bir kimsenin hüsnüniyet yani yaptığı işin hukuk nizamına aykırı olduğunu bilmediği iddiasını kabul etmemektedir. m. 3. Kanaat, anlama, bilme kalpte olan ve doğrudan doğruya başkaları tarafından anlaşılamiyan bir histir. Kendinden beklenen dikkati sarfederek haksız bir durumu anlayabilecek olan kişinin bu dikkati sarfetmemesi, tabii olarak, o durumu bildiğini tazammun eder. Bir kimsenin bir halî bildiği aldığı tavırdan anlaşılabilir.

Ancak bir kimsenin haksızlığını anlamadaki ihmali haksızlığını bildiğine bir karine, kuvveti bir ihtimal derecesini aşamaz. Bu bakımdan kanunların bu karinenin aksini ispata müsaade etmesi rasyonel görünür. Fakat, kastı gösteren kuvvetli bir karineyi çürütecek emniyet edilebilir deliller bulunması çok zor olduğu gibi, failin başlı başına bir kusur ve ihmalden mes'ul olması hakkaniyete de uygun bulunması itibarile, Medenî Kanun kendinden beklenen dikkati sarfetmeyen bir kimseye hüsnüniyetini ispat yetkisini vermediği gibi, Mecelle de bir hisse delâlet eder işi aynı his makamına ikame ettiği için, faile hissi ve kanaati maksadı objektif durumunun umumiyetle tazammun ettiğinden başka olduğunu ispat imkânını vermemiştir.

29 — «*Alâhilâfilkiyas sabit olan şey saire maks olamaz*» m. 15. Yani, bazı zaruretlar ve hususî vaziyet ve şartlar itibarile konmuş olan bir hüküm kıyasa esas olamaz.

Kıyas, bir hükmün bazı noktalardan benzeri olan işlerde de tatbik edilmesidir [13]. Mecelle gibi, modern hukukta da ceza tayini müstesna, kıyas yolu ile hüküm verilebilir.

Şu kadar ki kıyas dışı kabul edilen bir kaide diğer hükümlere esas olamaz. Yani, hususiyetleri itibarile konmuş bir hüküm, kabulüne saik olan hususî şartlar bulunmayan diğer bir hâdisede tatbik olunamaz.

Hiç bir kanun hükmü gerekçesine aykırı olarak benzeri bir işte tatbik edilemez. Bu hallerde, içtihat kapıları açıktır MK. m. 1.

30 — «*İçtihat ile içtihat nakzolunmaz*» m. 16. Bütün içtihatlar hürmet olunur.

İçtihat, mecburî bir kaide ile tanzim edilmemiş hâdisede tatbiki gereken hükmün tayinidir.

İçtihat ile içtihadın bozulmaması, yetkili bir makam tarafından anlayışına göre verilen bir kararın, yapılan bir muamelenin, başka bir anlayışla kendisi veya diğer bir makam tarafından değiştirilememesi demektir. Fakat, yeni durumları tanzim eden bir âlim evvelden aynı meselede ne kendisi, ne de diğerlerinin içtihatlarıyla bağlı değildir.

Bu hüküm modern hukukta da kabul edilmesi gereken bir prensiptir. Beyana hacet yoktur ki, kanunlar bir makama diğer makamın kararı yerine yeni bir karar almak yetkisini vermişse o makam içtihadile aşağı derece makamın içtihadını değiştirebilir.

Modern hukukta bir yargıcın kesinleşen kararı gerçek sayılır. Fakat, bir karar muayyen süreler içinde yapılacak müracaat üzerine anlayış hâ-taları sebebiyle yükseği olan yargıç tarafından bozulabilir. Müddetler geçerek kesinleşen bir içtihadıdır ki bozmak kabil olamaz.

Devlet makamları gibi, fertlerin de içtihatlarına kıymet verilmek lâzımdır..

[13] Lojik bakımdan, kıyas kesin bir bilgi sağlamaz, fakat o bilgilerimizin çoğalmasında vazgeçemeyeceğimiz mühim bir kaynaktır. Bütün hipotezler -ki ilimlerin esasıdır - kıyasa istinat eder. İlmî yeni esya aralarındaki münasebetlerin ince ve gizli olan benzerliklerini keşfedebilmektir diye tarif olunur. Bununla beraber, kıyas ihtiyata riayet edilmeden olduğu gibi kabul edilirse çok tehlikeli bir delildir. «Bütün muhakemeye esas olabilen kaynaklar içinde, kıyas mantıkçi için en zayıf, âlim için en tehlikeli, ama en cazip bir delildir.» Domecque Leçon de phil. p. 145.

Cezayı istilzam eden ve sarıh olmıyan bir kanun hükmüne bir bilgini içtihadına dayanarak mâna verip, hareketini ona göre tanzim eden fert sorumlu tutulamaz. Cez. K. 44 maddesi ancak yorumlanamıyacak derece açık kanun hükümleri varsa tatbik olunabilir.

Şu kadar ki, İslâm hukukunda olduğu gibi, modern hukukta da «*mevridi nasta içtihadı mesağ yoktur*» m. 14. Yani sarıh bir hüküm karşısında kimse içtihadına göre harekete mezun değildir. MK m. 1 yargıça ancak kanunda sarıhat olmıyan hallerde kanun koyan gibi hüküm tayin etmek yetkisini vermiştir.

IV

DURUMLARDA İSTİKRAR — ZAMAN AŞIMI

31 — «*Kadim kademi üzere terk olunur*» m. 6. Yani, eski bir durum bulunduğu halde bırakılır.

Sosyal emniyet ve sükûn, ferdin refahı hukuki durumlarda istikrar bulunması ile imkân içine girer. Zaman ile alışılan haksızlıkları düzeltmekte sosyal faydalar yoktur. Bu düzeltmeler yeni reaksiyonlar hasıl eder. Vaziyetlerde kararsızlık sermayelerin işlemesine engeldir. Hakkını korumak için müracaat etmiyenin kusuru haksız vaziyeti ihdas edeninkine nazaran daha ağırdır. Nihayet, fiilli bir vaziyetin uzun zaman devamı haklı olmasına karinedir. b. *Zaman aşımı ve haklı düşüren süreler*, kitabı- no 5. Doğan Bodur *Kanunlarımızda müddetler* kitabına ek.

Mecelle Külli kaidelerinde bir vaziyetin ne kadar zaman sonra kadim addolunarak korunacağını kesin olarak tayin etmemiştir, 6 ncı m. ye göre evvelini bilir kişi olmıyan her durum kadimdir. Böylece, pratik bakımdan ne zaman başladığını tayin kabil olmıyan bir haksızlığı bazı maddi izlerden istidlâl ile tashihe müsaade edilmemiştir. Mecellenin zihniyetine göre başladığını şahsen bilen bir kimse bulunmıyan her vaziyet eskidir. Bu kaide çok kritiklere mahal verebileceğinden Mecelle esas metinde kaide olarak on beş yıllık bir zaman aşımı ile dava hakkının düşmesini kabul ediyor.

32 — Eski bir vaziyetin olduğu gibi muhafaza edilmesi gerekirse de «*zarar kadim olmaz*» m. 7. Âmme intizamını bozan, diğerinin himaye altındaki menfaatlerini ihlâl eden bir durum ne kadar eski olursa olsun her halde kaldırılır. Şu kadar ki bir kimsenin kanun veya mukavele ile menfaatlerini diğerinin menfaatine üstün tutabilmek yetkisinin kullanılması onun hakkında zarar sayılmaz.

33 — «*Sakit olan şey avdet etmez, yani giden gelmez*» m. 51. Bir kimse herhangi bir sebeple düşen hakkın iadesini istiyemez. Mukavelelerde ke-

sinlik, durumlarda istikrar hakkı düşüren muamelelerden dönülmemesini iktiza ettirir.

Mecelle bu kaideyi 100 üncü maddede tekrarlıyor: b. yukarda no. 24.

34 — «*Bir şeyde sebebi temelliğin tebeddülü*», iktisap sebebinin değişmesi «*ol şeyin tebeddülü makamına kaim olur*». m. 98.

B kimse diğerine halefiyet yolu ile olmaksızın mallarının birbirine karışması, birleşmesi, zaman aşımı, istimlak gibi aslı bir sebeple bir malın mülkiyetini iktisap ederse, o mal yeni bir şey sayılır, bu mal üzerinde evvelce mevcut olan diğerlerinin hakları artık düşer. Bu esas yeni hukukta da kabul edilmektedir.

V

İSTIRAR HALİ

35 — İstırar bir kişinin önemli ve kanunun himayesi altında bulunan menfaatlerini korumak için diğerinin meşru menfaatlerine tecavüz etmek, yasak şeyleri yapmak zorunda kalmasıdır.

Karşılıklı menfaatlerin âdilâne tanzimi hukukun gayesi olduğu için hemen her kanun bazı şartlar dahilinde ıstırar halinde diğerlerinin menfaatine tecavüzü mubah addeder.

İstırar hali mevcut sayılabilmek için mütecaviz bu hale istiyerek veya ağır kusuru ile düşmemelidir. Kendi kusuru ile âciz bir vaziyete düşen kimse bu vaziyetin neticesine katlanmaya mecburdur.

Mecelle büyük menfaati muhafaza için onunla karşılaşan küçük menfaatin feda edilebileceğini muhtelif maddelerde çeşitli formüllerle ifade etmektedir. Gelen numaralara bak.

36 — «*Zaruretler memnu olan şeyleri mubah kılar*» m. 21. Fakat, «*zaruretler kendi miktarlarıncı takdir olunur*». m. 22. Daha doğrusu, zaruretler kendi kanunlarını yaparlar.

Bu iki maddeye göre, zaruretler zaruretin hududu içinde kalmak şartile bir yasağı kaldırır. Meselâ, açlıktan ölüm tehlikesine maruz bulunan kişi kendini bu tehlikeden kurtarmağa yetecek miktarı aşmamak şartile başkasının malını alabilir. İstırar veya zaruret hali başkalarının haklarına tecavüz için bir bahane olamaz.

37 — «*Hacet umumî olsun, hususî olsun zaruret menzilesine tenzil olunur*». m. 32. Gerek fert ve gerek âmme meşru menfaatini korumak için bir şeyi yapmağa muhtaç kalmışsa o şeyin ifasında zaruret, ıstırar hali mevcut sayılır da yasak kalkar, şeriat kaideleri dışına çıkılabilir.

İnsanların birbirleriyle, veyahut sosyete ile münasebetlerini tanzim eden ilâhî düsturlar gibi, kulların yaptığı kanunlar, verdikleri emirler de nihayet onların menfaatlerini korumak ve ihtiyaçlarını karşılamak içindir. Allahın kendi menfaati için kullarına emir vermeğe ihtiyacı yoktur. Kanun koyan da kendi keyfi için değil, halkın menfaatlerini ve ihtiyaçlarını tatmin için normaler kor. Halkın ihtiyaçlarına aykırı olan, onları tabii haklarını ihlâl eden bir kanun yapılamaz. Binaenaleyh, zamanla bir vaziyetin değişmesi veyahut hal ve vaziyet ve şartlarındaki hususiyet itibarile meşru yani doğrudan doğruya kanun ile himaye altına alınmış veyahut insanın tabii şartlarına uygun yaşamaları için lüzumlu menfaat ve haklarının tehlikeye düşmesi de zaruret hali olarak kabul olunmuştur. Bu hallerde kanun ve emirleri dinlenmiyenler, kanun harici çıkmış olanlar sorumlulu tutulamaz. *Domecque, Leçon de philosophie. II. s. 451.*

38 — Mecellenin geçen paragrafta analiz ettiğimiz külli kaidesi haklı ve meşru bir gayeyi veya menfaati sağlamak için müracaat edilecek her hangi bir vasıtanın da meşru olmasını tazammun eder mi?

Belki eder, fakat, her halde bazı şartlarla;

a) «*İstırar gayrin hakkını iptal etmez*». m. 33. Bir kimse meşru olsa da, kendi menfaatlerini korumak, ihtiyaçlarını karşılamak için diğerinin menfaat sahasına tecavüze mecbur kalırsa tecavüz ettiği menfaatleri ödemekle mükelleftir. Bu ödeme ıstırar halinde bulunan kişi için bir *fidyeyi necat*, yani selâmete irişme kefaretidir.

b) «*Bir zarar kendi mislile izale olunamaz*» m. 25. Binaenaleyh, ne kadar şiddetli olursa olsun, tabii ihtiyaç, zaruret hali korunmak istenen menfaate eşit diğer menfaate tecavüzle izale edilemez. no. 65 e de bk. Bir kimse, sıhhatini, hayatını korumak için diğerinin malına tecavüz edebilirse de onun sıhhati için tehlikeli bir şey yapamaz. Kur'anda ıstırar halinde bulunan kişi için *bagi* olmamak, yani diğerinin hayat sahasına tecavüz etmemek şartile günah bulunmadığı beyan edilmiştir.

İstırar halinde bir maddî menfaati korumak için diğerlerinin *mal-larına* tecavüz edilebilirse de tecavüz edilen malın kıymeti ödenmek gerektiğinden, az kıymetli bir menfaati korumak için yüksek kıymetli bir mala, menfaate tecavüz pratik bakımdan kabil olmayacaktır.

İstırar halinde ödenecek bedel kurtarılan menfaate ve tecavüz edilen menfaatin de aynı tehlikeye maruz bulunup bulunmadığına göre tayin olunur. Meselâ, bir ev diğerini yanmaktan korunmak için yıkılırsa tam bedeli değil, bu sayede kurtarılan evin kıymetile mütenasip bir tazminat ödenmek gerekir. Çünkü, o bina yıkılmasaydı, yangında yanacağı için yıkılma sebebiyle sahibinin hakkı iptal edilmiş olmaz.

BK. ıstırar halinde tecavüz olunan menfaatin ödenmesi gerekip gerekmediğini ve ne miktara karar tazmini uygun olduğunu tayin için yargıca takdir hakkı vermiştir. m. 52. Yargıçlar için hareket düsturu şu olmalıdır ki, ıstırar halinde ancak diğerinin tehlikeye maruz bulunmayan bir hakkı çığnenerek bir menfaat kurtarılmışsa o menfaat tazmin edilir. Bilâkis, tehlikeye maruz bir menfaat ihlâl edilmişse yargıç bütün ahval ve şeraiti nazarı dikkate alarak, kurtarılmış olan menfaati, zarara maruz bulunanlar arasında âdilâne bir nispet dahilinde paylaşmalıdır.

Istırar hali ile *meşru müdafaa* birbirine karıştırılmamalıdır. Bir kimse meşru menfaatlerini tehlikeye koyan kimsenin şahsına veya malına taarruz etmesi haklı bir tecavüz olup herhangi bir tazminatı istilzam etmez.

39 — «Bir özür için caiz olan şey ol özrün zevalile batıl olur» m. 23. Bazı menfaatleri korumak için özel sebeplerle haddi zatında yasak olan bir işe müsaade edilmişse o sebepler ortadan kalkınca yasaklık geri gelir.

İnsanların tabii olan hürriyeti ancak sosyal fayda ve zaruretler itibarile tahdit olunabilir. Bu tahdidatı zarurî kılan sebepler ortadan kalkınca artık yasakların tatbikine de mahal kalmaz. Meselâ, bir ekonomik krizin tesirlerini hafifletmek için konmuş olan cezaî müeyyideler kriz geçtikten sonra tatbik edilemez.

Mecelle aynı esası 24 üncü maddede başka terimlerle tekrarlamaktadır: «Mâni zail oldukta memnu avdet eder». Mânası, bir hükmün tatbikine engel olan özür ortadan kalkınca tatbiki gerekir.

VI

İŞTİRAK

40 — «Alınması memnu olan şeyi vermesi de memnudur» m. 34. «İşlenmesi memnu olan şeyin istenmesi de memnu olur» m. 35.

Modern hukuk da failde suç fikrini uyandıranları, onu fiili işlemeğe teşvik edenleri müdahalelerinin önüemine göre, ya doğrudan doğruya suç işlemiş gibi aynı ceza ile, veyahut faile ortak sayılarak nispeten hafif ceza ile cezalandırmaktadır.

Bir suç bir kaç kişinin faaliyetleri birleşerek işlenmiş olduğu takdirde onlardan bazılarını cezadan affetmek ne âdildir, ne de sosyetenin menfaatine uygundur. Alınması yasak olan bir şeyi veren, veyahut suçun yapılmasını isteyen hareketile failde suç meylini uyandırmış veyahut onu körüklemiş olacağından hareketi cezasız kalamaz. Ahlâkî bakımdan bu

çeşit hareketler bazan maddeten suçu yapanın hareketine nazaran daha çok ağırdır.

Mecelle 89 uncu maddesinde koyduğu «bir fiilin hükmü failine muzaaf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzaaf kılınmaz» kaidesi bu esasa aykırı görünür. Şu var ki, âmir kelimesi 35 inci maddenin ışığı altında tefsir edilirse tenakuz kalkar. Şöyle ki, bir kimse yasak olan bir şeyi kendi maddî veya manevî menfaatleri bakımından istemeyip sadece faile tavsiye etmiş, ona bu hususta nasihat vermişse, Mecelleye göre bundan mes'ul olmaz. Zaten, hal ve vaziyet itibarile bir işi yapmağa karar vermiş olan kendine söylenen söze kulak asmaz. Binaenaleyh, nasihat veren fiili işlemiş sayılmaz. Fakat, âmir mücbir ise o da memurun fiilini işlemiş sayılmaktan kurtulamaz.

Mücbir âmir, maddeten faili sevk ve idare eden ve failin elinden kurtulamadığı kimse mânasına değildir. Aralarındaki şahsî münasebetler itibarile suçu işliyen kimsenin sözünden çıkamayacağı kimse mücbir bir âmirdir. Böyle bir emri yerine getiren nihayet onun âletidir. Sorumlu olan âlet değil, onu işletendir. Meselâ, fedakâr bir hizmetçi efendisinden aldığı emre itaat ile bir suç işlemiş ise efendi mesuliyetten kurtulamaz.

Ceza kanunu mücbir olmadığı, yani fail üzerinde maddî veya manevî nüfuzunu kullanmadığı halde, aldığı tavır ve hareketle failin cesaretini arttıran, fiilin ifasını kolaylaştıran kimseyi de asıl faile nazaran daha hafif bir ceza ile cezalandırmaktadır. m. 64.

Borçlar kanunu asıl fail ile suçun ikaında herhangi bir tesiri olanların hepsini, ayırt etmeksizin, yapılan haksız fiilin neticelerinden müte-selsilen sorumlu tutmaktadır. m. 50.

VII

İŞLERDE KOLAYLIK GÖSTERİLMESİ

41 — «Meşakkat teysiri celbeder» m. 17.

Mecelle kaideyi izah ile diyor ki: «Suubet sebebi teshil olur ve darlık vaktinde vüs'at göstermek lâzımgelir. Fukahanın ahkâmı şeriyede gösterdikleri ruhas ve tahfiyat hep bu kaideden istihraç olunmuştur.»

Mânası, zorluk kolaylık gösterilmesi için sebeptir. İslâm doktorlarının formaliteleri azaltmaları, kaldırmaları, bazı yasaklara müsamaha etmeleri güçlükleri yenmek içindir.

Kur'anda Allah kulların güçlüğüne istemediğine ve onların kolaylığı için hükümler sevkettiğine dair âyetler vardır.

Bugünkü, hukukta da bu esasın kabulü pek tabii görülür. Ahval ve vaziyetin hususiyeti icap edince, bir meşru menfaati korumak için formaliteleri azaltmak veya kaldırmak, hattâ no. 38 de dediğimiz gibi, genel yasaklar dışına çıkmak lâzımdır. Yargıçlar ve idareciler sadece teorik mülahaza ve icaplara uymakla değil, halkın gerçek ihtiyaçlarını karşılamakla da ödevlidirler. Kaideler, formaliteler ihtiyaçları karşılamayınca ya bütünü kaldırmak veyahut hiç olmazsa hafifletilmek gerekir.

Esas islâm dininde ve islâm hukukunda sıkı formaliteler, sıkı kaide-ler yoktur. Şekiller ve formaliteler daima ikinci plâna alınmıştır. Kur'an-da Allah kulları kaldıramıyacakları bir yükü mükellef tutmadığı beyan buyurmuştur. İslâm hukukunun ilk ve esas umdesi başkalarına zarar vermemektir. Mecelledeki zorluk kolaylığı celbeder kaidesi esas umdeyi korumak için sarîh bir nas veya emir ile yasak edilen şeylerin bile yapılabilmesini tazammun eder.

Dinî işlerde de fazla sıkıntıyı mucip olan formaliteden vazgeçilmesi kabul edilmiştir. Meselâ, gusûl ve hattâ abdest almak zorluğu varsa teyemmüm, yani aptest almak arzusunu gösteren basit bir formalite onun yerine ikame edilebilir. Namaz kılamıyacak olanlar göz ve kaşla namaz kılarlar. Yani Allaha kalplerini kendilerince mümkün olan bir şekilde çevirirler. Allah ile başbaşa kalmayı sağlayan her vasıta şekil yerine geçer.

Kimseye zarar vermediği halde ferdin inkişaf ve refahını sağlayan hareket tarzları *hilei şeriye* yolu ile nassa muhalif de olsa caiz sayılmıştır. Meselâ, nas ile haram kılınan faiz tahakkuk eden ekonomik ihtiyaçlar itibarile *hilei şer'îye* yolu ile caiz sayılmıştır.

Gerçekte, Kur'an *ribayı* yasak etmiştir. Bugünkü Türk ve İsviçre kanunları insanın zayıf zamanından istifade ile ahlâka aykırı bir kâr sağlamasını yasak eder. Riba karşılığı olmıyan faizdir. Fakat, bir kimsenin kazancından ayırıp vereceği faizin de memnu olan riba mı, yoksa bir ortaklık hissesi mi olduğunda tereddüt olunabilirdi. Her halde ticaretin gelişebilmesi için bu çeşit faizleri caiz addetmek zarureti bulunduğundan, Fukaha bunu caiz kılan bir *hilei şeriye* buldular.

Bugünkü hukukta, kanun hilesile esasen yasak olan bir şey yapılabilir mi meselesi münakaşa edilmektedir. *Devletler hususî hukukunda Adliye* kitabımızda, izah ettiğimiz veçhile, s. 50, Medenî Kanun şerhimiz, m. 2, no. 9, kanun hileleri ihtiyaçları karşılamıyan formalist ve sıkı bir kanun rejiminde nice meşru menfaatleri korur. Fertler ve sosyete için refah ve terakki kapılarını açık bulundurur. Bu sebeple, müelliflerin çoğu kanun hilesile meşru menfaatlerin korunabileceğini kabul ederler.

İsviçre federal mahkemesi hususî hukuk sahasında kanununun kat'i olarak yasak ettiği bir neticenin dolambaçlı yoldan gidilerek teminini

hüsnüniyet kaidesine uygun, binaenaleyh caiz saymamakla beraber muayyen bir vasıta ile bir neticenin temini yasaklanmışsa diğer meşru bir vasıtaya müracaat ile bu neticenin teminini hüsnüniyet kaidesine aykırı bulmamaktadır. Medenî Kanun 2 nci maddesinde hakkın sırf gayri ızzar eden suiistimalini yasak etmiş olduğundan, muayyen bir fert için zarar hasil etmeyip bilâkis bir zararı önlemek için müracaat edilebilecek her türlü kanun hilesi caiz sayılmalıdır. Federal mahkeme âmme hukuku sahasında sosyetenin ciddi menfaatlerini tehlikeye düşürmiyen kanun hilelerine müsamaha etmektedir.

42 — «Bir iş zikr oldukta müttesi olur» m. 18. Mânası: Fazla sıkışan işler kendi kendine genişler. Bu bir hayat felsefesidir.

Hayat gidişatını sıkı kaidelerle tanzim imkânsızdır. Hukuk kaideleri gerçek durumlara uygun kalmalıdır. Araplar «*küllema caveze anhad-dîhi inakese ila sıttîhi*» derler ki, haddini aşan her şey aksine netice verir demektir. Meselâ, bütün mamûlkü ve kazancı haciz tehdidi altında bulunan borçlu tabii hakkı olan yaşama imkânlarını bulabilmek için, ne kadar namuslu olursa olsun, mallarını kaçırarak, türlü hilelere baş vuracak, izini belli etmemek için elinde olan herşeyi yapacaktır. Alacaklı bu ihtimal karşısında pratik olarak onun hiç bir miktar alacağını haczedemeyecektir. Halbuki, alacaklıya ancak borçlunun yaşaması için zarurî miktardan fazla varidatını haciz yetkisi verilirse, borçlu kaçacak yerde aza kanaat ederek çalışabilir. Alacaklı biraz geç de olsa alacağını alabilir.

İnsanların yaşamak, vücut tamamlığı, sıhhat, hürriyet, itibar, şeref tabii haklarını tehlikeye düşürecek derece leri giden sıkı bir kanun hükümü, mahkeme kararı, idari tedbir umumiyetle gayesini sağlamaz. Halk, bu ağır hükümlerden kaçınmak için çareler arar, türlü hilelere baş vurur. Tarihte, revolusyonların başlıca sebebi otoriteyi ellerinde bulunduranların haddi aşırı aldıkları tedbirler olduğu muhakkaktır.

43 — «İptidaen tecviz olunmayan şey bekaen tecviz olunabilir» m. 55. Çünkü, «*baka iptidadan eshel*» yeni daha «*kolaydır*» m. 56.

Mecelle bu maddesile emrivakileri kabul etmiş sayılamaz. Çünkü, metinde tecviz olunur değil, tecviz olunabilir denilmiştir.

İpkası fazla mahzurlu olmadığı halde inşası bazı meşru menfaatlere zarar veren emrivakiler muhafaza edilmelidir. Zarar kadim olmayacağı cihetle (b. no. 32) diğerlerinin meşru menfaatlerini tehlikeye düşüren kanuna aykırı her hareketin iptal edilmesi zaruridir.

Mecellenin bu maddesinin hakiki mânası şudur:

Bir şeyi yapmaya *karar vermek için* düşünmelidir. Fakat, yapılan şeyi yıkmak için daha çok fazla düşünmelidir. Meselâ, inşa tarzı *yapı ve yollar kanununa* tamamı tamamına uygun olmıyan bir binanın yapılmasına ruhsat verilemezse de, kontrol noksanı sebebiyle her nasılsa tamamlanmışsa yıkmak için çok fazla düşünmek, ufak tefek kusurlarına bakılmayıp ancak metanet veya sıhhi bakımdan tehlikeli ise yıkılmalıdır.

İsviçre federal mahkemesi 5 şubat 1946 kararında, JdT. 386. 1946, Mecellenin külli kaidesile formüle edilen bu esasın enteresan bir tatbikini yapmaktadır.

Bir formaliteye riayetsizlikten doğan butlandan faydalanma prensip bakımından hakkın suiistimali olarak vasıflandırılmaz. Binaenaleyh, taraf MK. nun 2 ci maddesile karşılaşmadan mukavelenin icrasından kaçınılabilir. Fakat, formaliteye riayetsizlikten ötürü batıl olan mukaveleyi icra eden kimsenin daha sonra bu butlanı ileri sürerek şikan çıkarması hakkın suiistimali olup yasaktır. Böylece, Federal mahkeme iptidaen kabul edebildiği butlan iddiasını mukavelenin icrasından sonra, adalete uygun bulunduğu bir durumu ipka maksadile kabul etmemiştir.

VIII

KANUNLARIN ZAMANIN İHTİYACINA UYGUNLUĞU

44 — «*Ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz*» m. 39. Zamanla mevzu bir hüküm kendi kendine değişebilir.

Kanunlar insanların ahlâk, itiyat ve ihtiyaçlarını göz önünde tutarak hükümler kor. Hiç bir kanun ebedî bir hareket düsturu olamaz. İnsanların ahlâk ve itiyatları değişince bu itiyatlar nazara alınarak konmuş hükümlerin de değişmesi zarurî olur.

Zamanın değişmesiyle artık ihtiyaçlara uygunluğunu kaybeden bir kanun değişmese bile tatbik kabiliyetini kaybeder. Bu, halk hâkimiyeti yürüyen memleketlerde tabii bir hukuk kaidesidir. Türk kanunu medenisi şerhimizde, ister cezaî hükümleri ihtiva etsin, ister medenî münasebetleri tanzim etsin, uzun zamandanberi tatbik edilmeyen bir kanunun kendiliğinden mülga olduğu prensibini modern müelliflerin görüşlerine istinaden müdafaa ettik. b. 1945 tab'ı, m. 1, no. 15.

İslâm doktorları ilâhî hükümlerin de zamanla değişebileceği fikrinde idirler. Şu var ki, insanların tabii haklarını koruyan nadir kanunlar ve kaideler, ilâhî emirler zamanla değişmez.

IX

ÖRF VE ÂDET

45 — İnsanların uzun zamandanberi itiyat edindikleri hareket tarzı umumiyetle ihtiyaçlarına uygun olduğu için eskidenberi hukukun kaynağından sayılmıştır. Medenî kanunun 1 inci maddesine göre, kanunların boşluğu örf ve âdetle tamamlanır. Muhammed «islâmların güzel buldukları şey Allah indinde de güzeldir» demiştir. Bu sebeple, Mecelle örf ve âdeti hukukun kaynaklarından saymakta tereddüt etmemiştir.

46 — «Nasın istimali bir hüccettir ki onunla amel vacip olur» m. 37. Mânası: Halkın hareket tarzı riayeti mecburi bir hukuk normasıdır.

«Âdet muhakkemdir» m. 36. Yani hükme esas tutulur.

Örf ve âdet mukavelelerin tefsirinde de esastır.

47 — Örf ve âdet ancak nas, yani sarîh bir hüküm ve şart yerini tutarak bulunmadığı yerde tatbik olunur. «Örf ile tayin nas ile tayin gibidir». m. 45. Yani âdeti bilerek aralarında münasebet tesis edenler bu âdeti açıkça kabul etmiş sayılırlar. İslâm hukukunda da örf, modern hukukta olduğu gibi, nas mahiyetinde ve fakat ondan aşağı bir hukuk normasıdır. İnsanların tabii şartlarına uygun yaşayabilmelerini zorlaştıran bazı kötü huyları yasak eden ve sosyetenin bekasını sağlayan hükümleri sarîh bir mukavele ile değiştirmek kabil olmadığı gibi, örf ve âdetle de değiştirmek kabil değildir.

48 — Örf ve âdet mefhumu çok dar veya çok geniş tutulabilir. Bir kişinin kendi kendine edindiği âdetleri, iki kişinin karşılıklı münasebetlerinde aralarında âdetleri, bir teşekkül âzasının, komşuların, köy halkının, memleket halkının, bütün dünyanın âdetleri olabilir. Bu suretle, her âdet az çok geniş bir muhit içinde teessüs eder.

Âdetler ancak bunu itiyat edenlerin münasebetlerinde bir hukuk norması olarak kabul edilebilir.

Âdet münferit hareketleri tekrarlamak suretile insanın otomatik olarak, düşünmeden bir işi yapmasıdır. Eğer münasebette bulunanlar defalarla aynı şartları kabul ettikleri için mukavele sırasında artık bunları konuşmayı akıllarından geçirmiyorlarsa âdet var sayılır.

Modern hukukta insanların mecburî olduğu kanaatle riayet edegeldikleri bu çeşit kaidelere örf, ihtiyarına bırakıldığı hissi ve kolaylıkları itibarile riayet edegeldikleri kaidelere de âdet denmektedir. Fakat Mecelle de, yeni kanunlarımız gibi (meselâ M. K. m. 1), örf ile âdeti karış-

tırarak her ikisini de aynı mahiyette bir hukuk norması olarak kabul etmektedir.

Mecelleye göre, «âdet ancak muttarit veyahut galip oldukta muteber olur» m. 41. «İtibar galibi şayia olup nadire değildir» m. 42. Âdetin muttarit veya galip olması alâkahıların bir işi düşünmeden daima yapmalarıdır.

X

İDARİ TASARRUFLAR

49 — «Raiyye üzerine tasarruf maslahata menuttur» m. 58. Yani idare edilenler hakkında verilecek emirler, onların menfaatine ve işlerin gereklerine uygun bulunmakla şartlanmıştır.

Şarihler göre, raiyye hakkında faydası olmadığı halde sıkıcı ve üzücü mahiyette emirler verilemez, takyitler konamaz. Konursa emir ve takyitler netice vermezler.

Raiyye terimi Devlet reisi, Millet meclisleri ve diğer halkı temsil eden makamlar gibi bir otoritenin nüfuzu altında bulunan kişileri de ifade eder. Bakanlık memurları bakanın, şehir halkı belediye reisi ve meclislerinin, küçükler kanunî mümessillerinin, dernek, anonim şirketi gibi tüzel kişi âzaları nizamname mucibince kendilerini mecburî temsil edenlerin raiyyesidir.

Menfaatlerini bizzat idareden âciz olanların bir otoriteye tâbi tutulması otoriteyi kullanacak kimseye kudret ve nüfuz sağlamak için değil, otoriteye tâbi tutulmanın menfaatlerini korumak içindir. Binaenaleyh, her otorite ancak raiyyesinin menfaatini düşünerek, ona uygun olduğu kanaatle tedbir ittihaz edebilir. Otorite şahsî menfaati için aldığı kararlar, pek tabii olarak salâhiyet hududunu aşar, yetkisini fenaya kullanmış olur.

Modern kanunlar, b. *Türk kanunu medenisi şerhimiz m. 2*, hakkın suiistimalini haksız bir fiil addederek, himaye etmemektedirler. Suiniyetle kullanılan veya kullanılmayan salâhiyet nazara alınamaz: suiniyetle başkalarına zarar veren kimse tazminata mhkûm edilir, suiniyetle beyan edilmeyen bir muvafakat beyan edilmiş sayılır.

Devlet Şûrası kanunu maksat cihetinden kanuna muhalif olan, yani memur tarafından raiyyenin fenfaati için değil de, şahsî menfaati için ittihaz edilmiş idarî tedbir ve kararları, bu kararlar memurun kanunî salâhiyeti içinde ve muayyen şekline uygun olarak ittihaz edilmiş olsa bile, iptali için Danıştaya yetki vermiştir.

Mecelle şarihlerine göre, aralarındaki niza ve ihtilâfı çözmesi için yargıça başvuran taraflar onun raiyyesidir Yargıç yargılamayı sevk ve

idare hususunda haiz olduğu kudret ve yetkiyi fantazisine göre değil, yargılananın amaçlarını gerçekleştirmek, yani hakkın daha çabuk ve daha az masrafla ve daha emniyetle açıklanmasını mümkün kılmak için kullanır. O, lüzumsuz ve beyhude sıkıcı tedbirlerle, emirlerle işi uzatamaz.

Hal ve durumun hususiliği itibarile bir idarî kanununun tatbiki ferdin haklarını ağır suretle ihlâl ederek zararı mucip olacaksa, o kanun tatbik edilemez. Meselâ, usulsüz yapılan bir bina bedii olmaması sebebiyle mesken buhranının şiddetle hüküm sürdüğü bir zamanda yıkılamaz. Çünkü, bu yıkılma ev sahibini açıkta bırakarak sıhhatini bozabileceğinden işin icabına uygun olmaz. Belediye evini yıktığı kimseye evveleminde ondan daha rahat, daha sıhhi bir mesken temin etmelidir.

50 — «*Velâyeti hassa velâyeti âmmeden akvadır*» m. 59. Mânası: Menfaatlerini idareden âciz kimselerin hususî otoriteye tâbi tutulması Devlet otoritesine tâbi tutulmasına nazaran daha tesirli, daha rasyoneldir.

Mecelle bu hükmü ile çok liberal ve modern esaslara uygun bir prensip kabul etmiştir. Mecelle, umumî velâyetin tesisini menetmeyip yalnız hususî bir otoritenin Devlet otoritesine üstünlüğünü tabii bir prensip olarak ileri sürmüş bulunmaktadır. Şurası muhakkak ki, bir otorite genişledikçe kıymet ve vasfını ve tesirini kaybeder, kendine tâbi olan kişilerin hususiyetleriyle meşgul olamaz. Devlet otoritesinin zarurî olarak, umumî mahiyette alacağı tedbir ve kararlar raiyyenin özel durumlarına, bünyelerine ve ihtiyaçlarına daima uygun düşmez. Mahiyeti itibarile, umumî otoriteyi, kontrolsüz bulunması itibarile, raiyyenin meşru menfaatleriyle hudutlandırmak ta zordur.

Bu sebeplerden ötürü, modern hukukta da kendi işine akli erebilen kimseyi hiçbir otoriteye tâbi tutmamak, kendini korumadan âciz olan fertler üzerinde tesisi zarurî olan otoriteyi menfaati korunacak kimseye sevgi ve ilgisi tabii olan özel bir kimseye bırakmak esası kabul edilmiştir. Bazı memleketlerde, aileleri kaldırmak, küçükler ve zayıflar üzerindeki velâyet hakkını babadan alarak Devlet otoritesine vermek düşünülmüşse de neticeler umulduğu gibi gelişemediğinden, ısrar edilmemiştir. Ahlâki bakımdan dürüst olan bir baba, üzerine titrediği çocuğuna bütün hususiyetlerini, sıhhatini, temayüllerini göz önünde tutarak ihtiyaçlarına en uygun düşecek emirler verir, şahıs ve mallarını en münasip şekilde korur.

Küçüklerin özel vaziyetlerini göz önünde bulunduramayacak olan bir memurun ittihaz edeceği karar ve tedbir çokluk iyi netice vermez. Tecrübe, terbiyenin ilk ve zarurî esası sevgi olduğunu gösteriyor. Sevgi kudret ve nüfuzun suiistimalini önleyen başlıca bir âmildir. Şu var ki, itimada

lâyık has bir veli bulunamazsa, âmme velâyetinin kabulü zarureti hasıl olur. Bundan başka, has velinin şahsî menfaatile velâyeti altındaki kişinin menfaati karşılaşırsa veyahut, has veli çeşitli sebeplerle salâhiyetini suiistimal ederek raiyyesinin menfaatlerini tehlikeye maruz bırakırsa tercihen âmme velâyetini yürütmek zarureti hasıl olur.

Medenî Kanun küçükleri ana ve babalarının velâyetine tâbi tutmuştur m. 262. Çocuğun meslekî m. 265, dinî terbiyesinin tayini m. 266, ana ve babaya aittir. Onlar çocuklarını tedip hakkını haizdirler, m. 267.

Fakat, ana ve babaları olmıyan çocuklar, sevgileri o kadar tabii bulunmıyan amca, büyük baba gibi aile efradının velâyetine değil, âmme velâyetini haiz olan yargıcın otoritesine tâbi tutulmuştur. Ancak yargıç bu kabil çocuklar üzerinde doğrudan doğruya velâyeti icra etmeyip bunu kendi kontrolü altında icra etmek üzere bir vasi tayin eder. MK. m. 354. Velâyet haklarını şahsî menfaatleri için kullanan, suiistimal eden velilerden bu hak alınarak (velâyetin nez'i) küçüğe bir vasi tayin olunur. MK. m. 272, 273, 274, 275.

Medenî Kanun nice hallerde velâyet yetkisinin suiistimaline mâni olmak için vasinin tasarrufunu yargıcın iznine tâbi tutmuştur. 405, 406. Fakat, ana babanın küçüğü temsil ile yaptığı muamele yargıcın iznine tâbi tutulmamıştır. m. 268.

XI

TEFERRUAT

51 — *Vücutta bir şeye tâbi olan hükümde de ona tâbi olur* m. 47.

Tabii olarak bir şeyin mevcudiyetile kaim olan, varlığına hâlel gelmeksizin ondan ayrılamıyan veyahut insanların iradesile bir şeyden istifadeye tahsis edilmiş olan tâbi şeyleri bu irtibat veya tahsisleri devam ettiği müddetçe asıl şeyin mukadderatına tâbi tutulmak zarurîdir: «Tâbi olan şeye ayrıca hüküm verile» memesi bir kaidedir, m. 48. Çünkü, tâbi şey ekonomik icap yokken ayrılırsa, asıl şeyden matlûp veçhile faydalanmak kabil olmaz.

Medenî Kanun da bir şeyin mütemmim cüzülerini ve teferruatını asıl şeyin mukadderatına tâbi tutmuştur, m. 619, 620. Ancak, bu kanunun 620 nci maddesine göre bir şeyin maliki o şeyde temlikî tasarrufta bulunurken teferruatını istisna edebilir. Malik herhalde iradesile ekonomik icapları gözeterek bir şeyin teferruat vasfını kaldırabilir.

Mecelle buna aykırı bir hüküm koymuş değildir. Mecelleye göre de bir şey diğerinin mütemmim cüzü kaldıkça ayrı bir hükme tâbi tutula-

maz, çünkü, teferruat vasfı kaldırılan bir şey, artık asıl şeye tâbi olmaktan kurtulur.

Fakat, hangi şey asıl, hangi şey tâbidir?

Medenî Kanun 619 - 622 nci maddelerinde iki şeyden hangisinin asıl, hangisinin mütemmim cüzü veya teferruat olduğunu tayine yarıyacak hükümler koymuştur. Kaide örfе göre maksut olan menfaati sağlıyan asıl şey, ona daha iyi işlemlerini, daha cazip halde bulunmasını, muhafazasını temin için eklenen parça veya arzın semereleri, üzerindeki binanın mütemmim cüzüdür.

Örfen veya sahibinin iradesile bir şeyden istifade için gerekli sayılarak ona eklenmediği halde saklanan her şey teferruattır.

52 — «Bir şey bâtil oldukta onun zımındaki şey de bâtil olur» m. 52. Bir hukukî işlemin teferruatı olarak yapılan işlemin asıl muamele hükümsüz kaldığı takdirde de netice hasil etmesi tarafların maksadına uymaz. Onları faydasız yere sıklar, zarara sokar.

«Asıl sakıt oldukta fer'i» yani ona tâbi olan şey «de sakıt olur» m. 50. BK. 113 de bu esası kabul etmiş bulunmaktadır.

Mecelle tâbi olan şey asıl şeyin mukadderatına tâbi olduğu esasının diğer bir neticesi olarak, «bir şeye malik olan kimse ol şeyin zaruriyatından olan şeye de malik olur» kaidelerini koymuştur, m. 49

53 — «Bizzat tecviz edilmiyen şey bitteba tecviz olunabilir» m. 54.

Doğrudan doğruya yapılması yasak olan bir işe, yapılması caiz olan bir şeyden âzamî istifadeyi sağlamak için müsaade olunabilir. Mecelleden ve bugünkü hukukumuzdan bir misal almak için, bir arazi sahibi bu sıfatile lehine olarak diğer bir arazi üzerine geçit, (mürur hakkı), su almak (şirb hakkı) gibi irtifak haklarını ayrıca satamaz. Fakat, araziye tebaan bu haklar da satılmış olur.

Medenî Kanuna göre daimî ve müstakil, yani bir kimse lehine arazi sahibi olması sıfatına tâbi olmadan tesis edilmiş ve tapuda müstakillen kaydedilmiş irtifak hakları ayrı bir gayrimenkul sayılarak satılabilir. Bu hükmün zikri geçen 54 üncü madde ile taaruz etmez.

XII

HAKSIZ FİİL MESULİYETİ

54 — Mecellenin külli kaidelerinde tazminata dair konmuş hükümler ilk bakışta Medenî Kanunun esaslarına aykırı gibi görünür. Fakat, kelimeler üzerinde durulmaz, onlara makul bir mâna verilir ve iyi düşünülür.

lürse bu esaslar da modern hukukun esaslarına uygundur. Yeni hukukun tefsirinde bu esaslar mühim bir rol oynayabilir.

Mecelle de, yeni hukukta olduğu gibi, kimsenin diğerine haksız bir zarar vermemesi, zararın imkân nispetinde izalesi, üstün menfaati korumak için aşağı derece menfaatin fedası esaslarından yürüyerek hükümler koymuştur.

55 — «Zarar ve mukabele bizzarar yoktur» m. 19. Hürriyet veya mülkiyet hakkı kullanılırken başkasına zarar vermek yasak olduğu gibi, bir zararın kurbanı olan kimse de intikam hissile diğerine karşılık bir zarar vermekten memnudur.

Zarar bir kimsenin kanunun himayesi altında bulunan menfaatlerinin kaybı, diğer bir deyimle, patrimuvanda (mamelek) vaki bir azalmadır. Ferdin mamelekinde hasıl olan azalma onun maddî zararıdır.

Mecellenin 97 nci maddesi 19 uncu maddeyi tamamlar. 97 nci maddeye göre, «bilâ sebebi meşru birinin malını bir kimsenin ahzıylemesi caiz olmaz». Binaenaleyh, meşru sebep olmadıkça diğerinin malını almak, ve tabii olarak malın zıyana sebep olmak yasaktır. Fakat, bir kimse hakkı ise diğerinin elindeki malı alabilir, menfaat sahasına tecavüz edebilir. Bu tecavüz neticesinde hakikatte onun patrimuvanında azalma vaki olmaz. Çünkü, bir kimse diğerine ait menfaatleri ödemekle, varından bir şey ek silse de, o nispette borcu azalmış olacağından, neticede kayıp ve zararı yoktur.

Mecelleye göre, bir kimsenin diğerine maddeten olduğu kadar mânen zarar vermesi de yasaktır. Patrimuanda bir azalma olmadığı halde şahsî üzüntü, keder ve ıztırab husulü mânevî veya ahlâkî zararıdır.

Şarih Ali Haydar'a göre «mubah olan bir işi işlemenin cevazı hiç bir kimseye eza ve cefa vukubulmamasile meşruttur». Kısaca, bir hakkını kullanan kimse hakkını kullanırken diğerine maddeten haksız bir zarar verdiği takdirde sorumlu olduğu gibi, mânen zarar verdiği takdirde de sorumlu olur. Bir hakkın kullanılması başkasına haksız bir zarar vermemek kaydile mukayyettir.

Medenî Kanun da 2 nci maddesinde hakkın suiistimalini yasak etmektedir.

Kasten bir kimsenin haksız olarak diğerinin malını alması yasak olduğu gibi farkına varmadan, iyi niyetle diğerinin malını alması da yasaktır.

Medenî Kanun hüsnüniyetle de olsa diğerinin zararına olarak maddî bir menfaat elde etmiş olanları talep gününde ellerinde kalmış olan haksız menfaatleri iade ile yükümlü tutmuştur. BK. 61.

56 — 91 inci maddeye göre, «cevazı şer'i zamana münafi olur». Bir kimsenin yapmak salâhiyetini haiz olduğu bir işten diğeri zarar görürse bu zararın tazmini gerekmez. Şu halde yeni hukukta olduğu gibi, Mecelle rejiminde de hakların hududunun çizilmesi oldukça nazik bir meseledir. Diğer bir deyimle, diğeri için zararlı bir tarzda hakkın kullanılmamasına ne vakit şer'an cevaz vardır?

Külli kaidelere göre de, MK.da olduğu gibi bir hak gayesi dışında kullanılarak zarar verilmesi yasak olduğu gibi, gayesi dahilindeki menfaatleri elde etmek için de olsa, lâzım gelen dikkat ve ihtiyat tedbirlerini almadan, diğeri için zararlı olacak tarzda kullanılması yasaktır. b. no. 57.

Kısaca, bir kimse ancak, gerekli bütün tedbirleri aldıktan sonra hakkını gayesine uygun tarzda kullanmışsa bundan ileri gelen zarardan mes'ul tutulamaz.

57 — «Mübaşir müteammit olmasa da zamin olur» m. 92. «Mütesebbib» ise «müteammit olmadıkça zamin olmaz» m. 93. Her halde «mübaşir ile mütesebbib müçtemi oldukça hüküm ol faile muzaaf kılınır» m. 90.

Mecelle, mes'uliyet bakımından, mübaşir ile mütesebbibi ayırdetmektedir. Mübaşir taammüdü olmasa bile fiilinin eseri olan zarardan mes'ul olduğu halde, mütesebbib müteammit olması şartile mes'uldür.

Fakat, vukua gelen bir zararın mübaşiri kim, mütesebbibi kimdir? Bir zararın ikasında mübaşiri veya mütesebbibi ne vakit müteammit sayılır? Doğrusu, bu noktalar Mecellede yeter derecede açıklanmamıştır ve açıklanması kolay da değildir.

İnsanlar yalnız istedikleri neticeyi husule getirmesi mümkün olan bir şeyi yapabilirler. Neticenin husulü onların elinde değildir. İnsan bir işi isteyerek sebebine tevessül ederse, izahı zor ve birbirinin neticesi olan fenomenler başlar. Bu fenomenlerin husulünde âmil olan sebeplerin hepsi ilk hareketi yapanın elinde değildir. Bazan da onun elinde olmıyan şartlar ve sebepler istenen neticenin husulüne mâni olur.

Çok kere bir sebep neticesi hasıl olan zarar da kendi sırasında diğeri bir zarara, o zarar da yeni bir zarara sebep olabilir. Bu suretle, sebep ve netice münasebetleri nihayetsiz olarak teselsül eder. Eski bir fransız hukukçusu Pothier'nin aldığı meşhur bir misal şudur: Biri diğesine hasta bir öküz satar, satın alan bunu sağlam diğeri öküzle beraber sapana koşar, hastalık sağlam öküze geçer, iki öküz de ölür, çift sürülmez, mahsul alınmaz, çiftçi borcunu ödeyemez, tarlası haczedilir, ucuza satılır, çocuğun tahsili yarıda kalır, çocuk serseri hayat geçirir, ahlâksız olur, birini yaralar, hapse girer, ilâh. Diğer bir misal: bir kimse diğeri için öldürmek için revolverini ateşler, kurşun isabet eder, fakat zamanında müdahale eden mahir bir cerrah sayesinde kurşun çıkarılır, yaralının hayatı kurtarılır.

Yahut, biri diğerine hafif bir tokat atar, o tokatın tesirile yere düşer, bir tetanoz mikrobu kapar, serom yapılmaz, aldığı tetanozdan ölür. Kısaca, insanlar bir işe karar verip icrasına geçince yalnız istediklerini bilirler, teşebbüslerinin hasıl edebileceği müteselsil neticeleri daima hesaplayamazlar, işlerinden ne çıkabileceğini bilmezler.

Bu suretle bütün fenomenler bazan insanların iradesi, hâdis bir fiilin tabii ve müselsil neticesi, bazan tesadüfler, nihayet bazan da gözle görmediğimiz hâkim bir kudretin tesirile olmaktadır.

Zikrettiğimiz misallerde ilk fiili yapan bütün bu neticelerden mes'ul olacak mıdır? Başka bir deyimle, bütün bu neticelerin mübaşiri mi, yoksa mütesebbibi mi addolunacaktır?

Mecellenin aldığı mânaya göre, mübaşir fiili ile hasıl olan netice arasında diğerinin tavassutu bulunmayan kimse, taammüt ise bir kimsenin bir neticeyi isteyerek, veyahut tahmin ve hesap ederek sebeplerine tevessül etmesi olacaktır. Fakat, Mecelle sistminde, bir neticeyi istemiyerek sebebi olan fiil ve hareketi yapanlar tazminatla mükellef olmayacak mıdır? ve herkes arzu etmese bile, fiilin bütün zararlı neticesinden mutlaka mes'ul olacak mıdır?

Bir fiil ile neticesi arasında diğerlerinin fiilleri bulunduğu takdirde, o fiili yapan müteammüt değilse, yani hasıl olmuş neticeyi arzu etmişse mes'ul olamaz. Bu nokta şüphesizdir. Araya giren fiil, bizzat mağdurun fiili, müspet veya menfi olabilir.

Biz, bazı şarihlerin noktai nazarından ayrılarak, ve modern hukuk telâkkisine uygun olarak, şu kanaatteyiz ki, bir kimse husulünü istediği neticenin sebebine tevessül etmişse, bu netice diğerlerinin sonraki müspet veya menfi bir fiilin inzimamile husule gelse de taammüt vaziyeti vardır. Araya munzam sebeplerin girmesi neticeyi isteyerek iptidai sebebe tevessül etmiş kimsenin mes'uliyetini ortadan kaldıramaz, ancak araya girmiş sebepler önemine göre ilk sebebi ika edenin sorumluluğunu hafifletebilir. Meselâ bir kimse öldürmek için diğerini ağırca yaralamış, fakat yaralı hayatını kurtarmak için müdahale eden doktorun inzimam eden kusuru ile ölmüş ise, ölümden sorumsuz kalmıyacağı tabiidir.

Bununla beraber, pek fazla ileri de gidilemez. İsviçre Federal Mahkemesi, makul olarak, bir adekat sebep teorisi ihdas etmiştir. Başlıbaşına, yani ahvalin mutad yürüyüşüne göre, veyahut, Fukahanın ifadesile, «*ala ceryilade*» bir neticeyi hasıl eden sebep, yani umumî kanaat ve tecrübeler göre bir neticeyi hasıl edeceğine tabii nazarile bakılan sebepler adekattır. Olaganüstü, yani tahmin dışı sebeplerin araya girmesinin inzimamile neticeyi hasıl eden sebep adekat sayılmaz. Meselâ, bir kurşun yarası ile ölüm

arasındaki sebebiyet rabitası adekattır. Fakat, herkesin hafif bir tentürdiyot sürmekle iktifa ettiği ve ölüm neticesini düşünmediği bir yara, meselâ, cerrahın yaptığı mikroplu bir müdahalenin inzıvamile ölüme sebebiyet vermişse artık adekat sayılmaz.

Mecelleye göre, her mübaşir, yani bir neticeyi doğrudan doğruya hasıl edecek sebebi ika eden kişi, kusuru bahis konusu olmadan mes'uldür. Fakat, kimsenin dahli olmadan kendiliğinden olaganüstü tahmin dışı sebeplerin zarurî neticesi veya adekat olmayan sebeplerden hasıl olan zararları mahfuz tutmalıdır.

Bugünkü Medenî Kanunumuz kişiyi, kaide olarak, kusuru yoksa, mübaşir de olsa sebep olduğu zarardan mes'ul tutmamaktadır. BK. m. 41. Bununla beraber, müstesna olarak, nice hallerde, bir zarara sebebiyet verenler şahsî kusurları olmasa bile sorumlu tutulmuşlardır. Hususile, bir gayrimenkulün maliki mülkiyet haklarını kullanırken, farkına varmadan, taşkınlıkla diğerine zarar verirse bu zarardan MK. m. 656, mülkündeki inşaat kusurundan BK. m. 58, ileri gelen zarardan mes'uldür. Hayvanı sevk ve idare eden, hayvanın yaptığı zararlardan BK. m. 56, kusuru olmasa bile mes'uldür.

İsviçre Federal Mahkemesi başkalarının mal ve can emniyetini tehlikeye düşürebilecek bir durum ihdas eden kimseyi bu tehlikeyi önliyecek tedbirler almamış ise kusurlu, binaenaleyh mes'ul addetmektedir.

58 — Mecelleye göre müteammît olmıyan her mübaşirin zarardan mes'uliyeti mutlak değildir. «Cevazı şer'î zamana münafi olur», m. 91.

Modern hukukta, kusur kaide olarak tazminatın şartı olduğunu geçen paragrafta anlattık. Kusur bir kimsenin kanunî ödevini yapmamasıdır. Bir kimsenin kanunî bir mecburiyet veya müsaade ile yaptığı fiil ve hareket kusur teşkil edemez. Mecelleye göre de kanunî müsaade hududu içinde yapılan bir fiil ve hareket tazminatı mucip değildir. Ancak böyle bir müsaade yokken yapılan fiil ve harekettir ki, tazminatı icap ettirir. Modern hukukta da kanunî müsaadeler haricinde yapılan her fiil ve hareket bir kusur teşkil ederek tazminatı istilzam eder.

İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatlarına göre, kanunlar ve nizamların veya umumî olan hüsnüniyet kaidesinin gerektirdiği zararları önleyici tedbirlerin alınmaması bir kusurdur. Hüsnüniyet kaidesi, bir iş yapan ferde o işten başkalarına tahmin ve hesabı mümkün bir zarar gelmemesi için elinde olan tedbirleri ittihaz mecburiyetini yükler. Şu halde, bir kimsenin kanun veya hüsnüniyet kaidesi ile mezun olmadığı bir fiil ve hareketinden diğeri hayatı veya sıhhati veya malı itibarile bir zarara maruz kalmışsa bu zararın tazmini gerekecektir. Bu ihtirazî kayıtle, fert hürdür, o hürriyeti gereki istediğini yapmağa mezundur. Mezuniyetle yapılan fiil

ise kusur olmaması sebebiyle Medeni hukuk bakımından mesuliyeti istilzam etmediği gibi, «cevazı şer'i» bulunması itibarile Mecelle bakımından da mes'uliyeti istilzam etmez.

Neticede, tazminatın lüzumu bahsinde modern hukukun esasile Mecellenin kabul ettiği esas arasında fark kalmamaktadır.

59 — İsviçre Federal Mahkemesine göre, bir kimsenin kusurunun neticesi olan fiil uzak ve dolambaçlı diğer bir neticenin de adekat sebebini teşkil ediyorsa, kaide olarak fail bu neticeden mes'uldür. Mecelle ise mütesebbib vaziyetinde olan faili istemediği müteakip neticelerden mes'ul tutmamaktadır. Bu bakımdan, Mecellenin hükmü Federal mahkemenin içtihatlarına uymamaktadır.

Gerçekte, bir zararı istemiyen kimseyi fiilinin tahmin edemediği müteselsil ve uzak bütün neticelerinden sorumlu tutmak çok ağırdır, daima adalete de uygun değildir. Bu sebeple, BK. 43. maddesinde, kişinin fiilinin teselsül eden bütün neticelerinden mes'uliyetini zarurî saymıyarak yargıça, onun kusurunun ağırlığı itibarile adalet hisleri bakımından sorumlu tutulabileceği müteselsil neticeleri tahdit yetkisini vermiştir. Binaenaleyh, failin fiilinin teselsül etmiş bütün neticelerinden mes'uliyeti sadece, kaide olarak kalır.

60 — Mecelleye göre, «*hayvanatın kendiliğinden olarak cinayet ve mazarratı hederdir*» m. 94. Çünkü, hayvanı sevk ve idare edenin teammüdü yoktur, zararı da o yapmamıştır.

Borçlar Kanunumuz, bu hükmün tersine olarak, hal ve maslahatın gerektirdiği dikkat ve itina sarfedilmemesi yüzünden hayvanatın sebebiyet verdiği zarardan hayvan idaresinde bulunan kimseyi, teammüdü hattâ şahsına izafe edilebilecek bir kusur olmasa bile mesul tutuyor. Hayvanın sebep olduğu zarardan idare edenin mesuliyeti için idarede objektif bir kusurun bulunması yeter. Meselâ, tecrübeli, kuvvetli birinin zaptedebileceği hayvan, fiilen sevkedenin tecrübesizliği veya fizik kuvvetinin yetmemesi sebebiyle bir zarara sebep olmuşsa o hayatını tehlikeye kor derecede gayret sarfetmiş olsa bile neticeden hayvan üzerinde nüfuz ve iktidar sahibi olan kimse mesuldür. Borçlar Kanunu şerhimize bak 56, no. 3.

XIII

TAZMİNAT

61 — «*Zarar izale olunur*» m. 20. Modern hukukta olduğu gibi, Mecelleye göre de, zararın aynen izalesi kaidedir. Fakat, bir zararı aynen izale etmek imkânı bulunmazsa yerine bedel ikame edilmesi zarurî

olur. b. no. 67. Bir zararı izale için diğer bazı zararlar ihtiyar edilecek midir? Mecelle karşılaşılan menfaatleri şu esaslar dairesinde tanzim etmektedir:

62 — a) «Zararı eşet zararı ahaf ile izale olunur» m. 27. Yani, bir zarar nisbeten hafif bir zararla tamir edilir, veya önlenir. Buna imkân yoksa o zarara katlanmak zarureti hasıl olur. Mecelle bu esası 29 uncu maddesinde «ehveni şerreyn» ihtiyar olunur. 28 inci maddesinde, «iki fesat taaruz ettikte ahaffi irtikâb ile âzamının çaresine bakılır» kaidelerile tekrarlamaktadır.

Bu üç madde değişik terimlerle üstün bir menfaati korumak için aşağı derecede bir menfaatin feda edilebileceği esasını kabul etmiş bulunmaktadır. Yeni hukukun da hemen bütün hükümleri bu esasa dayanır. Medenî Kanun komşuluk münasebetini tanzim eden 661 ve takip eder maddelerinde bu kaidenin tatbikatını yapmaktadır. Türk Kanunu Medenisi şerhimize bak, m. 656 ve 661 ve 662 nci maddeler şerhi.

Mecelle bakımından «Def'i mefasit», bir zarardan kaçınmak, «celbi menafiden» ileriki kazançtan «evlâdır» m. 30.

İleriki bir menfaati korumak için hâlen bir zarara katlanmak pek âkilâne sayılamaz. Şüpheli kazançlar için mevcut ve muhakkak menfaatler feda edilmemelidir. Yargıç komşuluk münasebetlerini tanzim gibi bir hususta haiz olduğu takdir hakkını kullanırken taraflardan birine sağlaması melhuz bir menfaat için diğerini hâlen mevcut bir menfaatini feda zoramamalıdır.

63 — b) «Mâni ile muktazi taaruz ettikte mâni takdim olunur» m. 46 kaidesi de aynı veya buna yakın mânâdadır. Bir işin yapılması bazı mahzurları davet etmekte ise muhtemel menfaatler için bu mahzurlara katlanmamalıdır.

Bununla beraber, bir kimsenin unsur ve sebepleri hâlen mevcut ileriki bir menfaatinden mahrumiyeti de bir zarardır. Bu zarar muhakkak ve önemli ise 28 ve 29 uncu maddeler hükümlerinin tatbiki ile karşılaşılan menfaatleri mukayese zarureti hasıl olur.

Kısaca, hâlen mevcut menfaatlerin ileriki menfaatlerden üstünlüğü istisna kabul eden kaidedir. İleriki büyük bir menfaati muhafaza için hâlen nispeten az bir zarara katlanması makul olabilir.

64 — c) «Zararı âmmı def için zararı hâs ihtiyar olunur» m. 26. Bu hüküm de menfaatler mukayesesinde bir ölçüdür. Umumi olan bir zarar hususi olan bir zarardan sadece kaide olarak üstündür. Umumi ve şümulü bir zararı önlemek için bir kimsenin menfaat sahasına tecavüz olunabilir.

Mecellenin aldığı misale göre, âmmenin menfaatini korumak için cahil bir doktor san'at icrasından menedilebilir.

Kısaca, âmmenin istirahatini, sağlığını, sosyetenin intizam üzere bekasını temin için kanunlarla, nizamlarla, tüzüklerle fertlerin hususî menfaat sahalarına tecavüz olunabilir. Fakat, Mecellenin bu kaidesi 25 inci maddesile hudutlanır. Gelen no.ya bak.

65 — d) «Bir zarar kendi mislile izale olunamaz» m. 25. Bir kimsenin zarardan korunması için diğeri benzeri olan bir zarara katlanmağa zorlanamaz. b. no. 38.

Ali Haydar şerhinde, kaideye misal olarak, rekabet serbestisini alıyor. Bir tüccar meşru vasıtalarla yaptığı ticaretle diğerinin iflâsına sebebiyet vermesinden mesul değildir. Herkes diğerinin zararına kâr edebilir.

Borçlar Kanunu 48 inci maddesinde yalnız hüsnüniyet kaidesine aykırı olan haksız rekabetleri haksız fiil addetmektedir.

66 — e) «Zarar bikaderil imkân», imkân derecesinde, «defolunur» m. 31. Bir zararı izale için ondan daha az zararlı bir tedbir araştırmak zarureti vardır.

İsviçre Federal mahkemesi komşuluk münasebetine dair 661 inci maddemizin karşılıklı maddesini tefsir ederken, bu esası gözönünde tutmaktadır. Hiç bir kimse komşusunun menfaati için mülkünü ekonomik gayesine uygun olarak kullanılmaktan menedilemeyip, ancak komşusunun zarara maruz kalmaması için mümkün olan ehven tedbirler ittihaz olunabilir. *Türk Medenî Kanun şerhimiz* 656 ve 661 inci madde şerhleri.

67 — f) Mecelle de, modern kanunlarda olduğu gibi, aynile ve tamamille izalesi mümkün olmıyan zararların bedelen ifası esasını kabul etmektedir. «Aslın ifası kabil olmadıği halde bedeli ifa olunur» m. 53.

Bedel para değil, zararı karşılayacak herhangi bir tedbir mânasındadır. Bazan bir zararı paradan daha iyi izale çareleri bulunabilir. Meselâ, bir kimsenin alenen yalan isnatlarla kırılan şerefini verilecek tarziye, yerine göre paradan daha iyi tamir eder. Bu sebeple modern hukukta zararın bedelen tamiri kaide kalmakla beraber, yargıça tamir için diğeri bir tedbire karar vermek salâhiyeti de verilmiştir. BK. m. 43. Meselâ, yargıç yalan isnatta bulunan kimsenin bir tarziye vermesi, veyahut isnadın yalan olduğunun tayin edeceği şekilde ilânı suretile mânevî zararın tazminine karar verebilir.

68 — «Bir şeyin nef'i zamanı mukabelesindedir» m. 85. Mecelle kaideyi izah ile diyor ki, «yani bir şey telef olduğu takdirde hasarı kime ait ise onun zamanında demek olup ol kimsenin bu vechile zamanı ol şey ile intifasına mukabil olur».

Bir şeyi muhafaza için masraf edenlerin ve zahmet çekenlerin o şeyden faydalanmaları tabiidir. Bu faydalanma, katlanılan tehlikenin sigorta ücretidir.

Şu kadar ki, suiniyet sahibi zilyetlerin ellerinde bulunan şeyden onun muhafazasının icap ettirdiğinden fazla faydalanmalarına müsaade adalete uygun olmadığı için, Medeni Kanun suiniyet sahibi zilyetleri ellerindeki malı iade ile beraber o maldan istihsal ettikleri veya istihsalini ihmal ettikleri bütün semereleri de iade ile mükellef tutmaktadır. Bu çeşit zilyetler yalnız yapmış oldukları muhafaza ve tamir ve istihsal masraflarını borçlarıyla takas edebilirler.

Mecelle 85 inci maddede koduğu prensipten yürüyerek, «*ücret ile zaman müçtemi olmaz*» birleşemez kaidesini komuştur, m. 86.

Bir kimse, bir malı bir müddet kullandıktan sonra telef ederse hem tazminata, hem de o vakte kadar bu malı kullanması sebebiyle bir ücrete mahkûm edilemez.

Kelimesile alınacak bu hüküm çok kritiğe yer verir. Yargıç tazminat miktarını tayin ederken sahibinin bir müddet malını kullanmaktan mahrum kaldığını da hesaba katmışsa, veyahut bu şeyin gasıp günündeki kıymetini esas tutmuş olup, kabul ettiği tazminat için bir de o günden itibaren faiz komuşsa tabiatile ayrıca bir de ücret tayini âdil olmaz. Fakat, yargıç malın yalnız gasıp günündeki kıymetini tayin ile iktifa etmiş olup gasptan dava gününe kadar geçen zamanda sahibinin malından mahrumiyeti sebebiyle olan zararını hesaplamamışsa bu zararı telâfi için de bir ücret tayin etmesi icap eder.

Mecellenin zarar yoktur kaidesi, her çeşit zararların tazminini istilzam eder.

Mecelle 87 ve 88 inci maddelerinde 86 ncı maddesinde koduğu kaideyi başka formüllerle tekrarlamıştır: «*Mazarrat menfaat mukabelesindedir*». Yani bir şeyin menfaatine nail olan anın mazarratına mütehammil olur» m. 87. «*Külfet nimete ve nimet külfete göredir*» m. 88.

Bir sıkıntıya, bir yüke ancak bundan beklenen fayda için katlanıldığı tabiidir. Herkesin diğerini, ona verdiği zahmet ve zararlarla mütenasip bir surette mükâfatlandırması bir tabii ahlâk ve adalet kaidesidir.

XIV

BAŞKASI HESABINA TASARRUF

69 — «*Gayrın mülkünde tasarrufla emretmek bătıldır*» m. 95. «*Bir kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın âhar bir kimsenin tasarruf etmesi caiz değildir*» m. 96.

Hiç bir kimse diğèrinin malları hakkında ondan yetki almadan tasarruf edemeyeceği gibi, tasarruf için diğèr birine talimat da veremez. Böyle bir talimat hükümsüzdür, ona uyarak hareket etmiş olan üçüncü şahıs sorumlu olur.

Başkalarının zararına cömertlik lüzumsuz israflara yer vermesi itibarile esasen tehlikelidir. Herkes kendi menfaat ve ihtiyaçlarını diğèrlere nazaran daha iyi takdir eder. Bununla beraber, mal sahibinin, bulunmadığı veya menfaatlerinin gereklerine uygun harekete fiilen muktedir olmadığı hal ve zamanda menfaatlerini korumak zahmetini kendine veren kişiye teşekkür etmesi tabii bir icap olduğundan, böyle bir tasarrufa zımnî emri olduğunu kabul etmek zarureti meydandadır. Diğèrlerinin menfaati için zarurî hallerde müdahale eden kimse bir fedakârlık ve iyilik yapma hissile hareket etmiş olacağından hareketi ahlâka uygundur, yasak edilemez.

Borçlar Kanunu bir kimsenin meşru menfaatlerini korumak için ondan emir almadan mal ve haklarında diğèr bir kimsenin tasarrufunu ahlakî bir fazilet ve feragat telâkki ederek caiz addetmiştir.

Bu kanunun 410 uncu maddesine göre, vekâleti olmaksızın başkasının hesabına hareket eden o işi sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına göre yapmağa mecbur olup her türlü ihmal ve ihtiyatsızlıktan mesuldür», fakat iş sahibinin sarahaten veya delâleten menettiği işi yapan mesuldür. m. 411. İş sahibi menfaati için yapılmış olan işlerin masrafını, maksadı hasıl olmasa bile ödemeğe mecburdur, m. 413.

XV

İSPAT HUKUKU

70 — Mecelle küllî kaidelerinde taraflardan hangisinin iddiasını ispat ile yükümlü olduğuna ve bazı ispat vasıtalarının hüküm ve kuvvetine dair kaideler komuştur.

71 — İKRAR. «Kişi ikrarile muahaze olunur» m. 79. Yani, sorumlu tutulur.

İkrar, bir kimsenin kendi aleyhine sarîh veya zımnî olarak ileri sürülen veya ileri sürülebilecek olan bir iddianın doğruluğunu kabul etmesidir. Bir kimsenin kendi menfaatlerine aykırı olarak yalan söylemesi ihtimalî çokluk varit olmadığı için, ikrar lojik bakımdan gerçeğin kesin bir delilidir. Şu kadar ki, kişinin maddî veya mânevî bir tazyik altında, menfaatlerini fedaya sevkededen az çok kuvvetli âmillerin tesirile vaki ikrarı

lojik bakımdan delil değildir. İkrar, herhangi bir tazyik veya menfaat hesapları olmaksızın ve hataya düşülmesi ihtimali de yokken yapılmışsa kuvvetli ve tam bir delildir. Gelen no.ya bak.

72 — «*Senede müstenit ihtimal ile hüccet yoktur*» m. 73.

Şârihlerin mütalâasından ve Mecellenin metninde irad edilen misalden anlaşıldığına göre, bu maddenin mânası şudur:

İkrar gibi, umumiyetle kesin kanaat hasıl eden kuvvetli deliller, bunlara güveni azaltan sebeplerin varlığı halinde kıymetlerini kaybederler. Ancak, bu çeşit sebeplerin varlık ve delâleti ihtimal derecesini aşmalı, «senede müstenit» olmalı, yani, ahvalin mutad yürüyüşü itibarile «*alaceryilade*» vukuu kuvvetli ihtimal, zan derecesine çıkmalıdır. Kısaca, kuvvetli bir ihtimal, kuvvetli diğer bir ihtimal ile ortadan kalkar.

Bugünkü hukuk sisteminde de yargıçlara bundan daha kıymetli ve önemli bir tavsiye yapılamaz. Gelen no.lara bakınız.

73 — «*Hatası zahir olan zanna itibar olunmaz*» m. 78.

Binaenaleyh, zannında hata ederek ikrar eden kişi, kuvvetle ihtimal verdiği hususun gerçek olmadığını sonradan anlarsa ikrarını geri alabilir. Hatah olduğu anlaşılan kanaat izzetinefis meselesi yapılmadan düzeltilmelidir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 236 ncı maddesinde, maddî hataya istinat eden ikrarın geri alınabilmesini kabul etmektedir. Gerçekten, hata eden taraf hatasının neticesinden fazla bir şeyden sorumlu tutulamazdı. Bir tarafın hasmının hatasından haksız istifadeler sağlaması iptidai adalet hissine uyamazdı. Şu var ki, neye varacağını hesap etmeden, yani hukukî bir hatâ ile doğruyu ikrar etmiş olan kimsenin hatâsını ileri sürerek ikrarından dönmesi hasıl olan kanaatleri sarsmağa tabii olarak yetmez.

Kısaca, herhangi bir kanunî delilin doğruyu ifade etmediğini gösteren senede müstenit, yani kuvvetli ihtimaller ileri sürülebilirse delilin verdiği kanaat ve zan hükme esas tutulamaz.

Mecellenin 72 ve 73 üncü maddelerinin felsefesi şudur ki: Yargıçlar şekli gerçeklerle asla bağlı olmayıp huzurlarında sevk ve idare edilen bütün ispat vasıtalarının derinliklerine nüfuz etmelidirler. Her şeyden şüphe etmeli ve şüpheleri üzerinde durmalıdırlar. Maamafih, gelen No.ya bak. En kuvvetli bir delilin de çeşitli sebeplerle gerçeği ifade edememesi kuvvetli bir ihtimal ile tahakkuk edince artık şekli hakikatle değil, asıl hakikatle hükmetmek gerektir.

Burada bir misal vermesini faydalı bulduk:

Umumiyetle iki şahit bizzat gördükleri şeyin teferruatında ittifak ederlerse sözleri doğru olması kuvvetli bir ihtimal içinde olup lojik bakımdan kat'i bir delildir. Fakat, onların şahadet ettikleri hususun leh veya aleyhinde az çok maddî veya mânevî menfaatleri olduğundan, yahut birbirile görüşmüş olduklarından şüphe uyandıran sebepler varsa, veya hut onlar, meselâ asker, talebe gibi bir disipline tâbi kimselerden olup tesir altında şahadet etmeleri ihtimal içinde görülürse bütün bu ihtimaller senede müstenit, yani psikolojik tecrübeler itibarile insanları hakikatten uzaklaştırabilecek mülâhazalar olduğu için şahadetleri delil sayılmamalıdır.

HUMK. bu sebeple, şahitlerin şahadetlerine güveni kaldırabilen herhangi bir sebebin ileri sürülmesi ve gereğinde ispatı için taraflara yetki vermiştir. m. 254.

74 — Medenî Kanun 7 nci ve HUMK. 295 inci maddelerinde, resmî senet ve sicillerin doğru olmadığını her vasıta ile ispata müsaade etmektedir. Fakat davalının senedin doğruluğunu şüpheli gösterecek kuvvetli bir ihtimali ileri sürmesi bunun hükümsüz sayılması için yeter mi?

Alman hukuk usulü muhakemesine uygun olan, HUK. 295 inci maddesi son fıkrasında, «şu kadar ki, mahkeme işbu evrak [mahkeme ilâmları, resmî senetler] hakkında *şüpheyi davet eden haller* görürse bunları tanzimm ve tasdik eden daireden izahat istiyebilir» denmesine göre resmî bir senet doğruluğundan şüpheyi mucip kuvvetli sebepler bulunması halinde hükmünü kaybeder.

75 — Yargıçlar kuvvetli delil ve ihtimaller üzerinde durmak, her şeyden şüphe etmek gerekse de, büsbütün vesvese ve evhama kapılmamak ve kararsızlık içinde kalmamak da gerektir. Mecelle yargıçlarının varlıklarından bile şüphe edecek derece septik olmamalarına işaret için «*tevehhüme itibar yoktur*» m. 74. «*Şek ile yakın zail olmaz*» m. 4. Yani sadece şüphe kesin olarak hasıl edilmiş bir kanaati sarsamaz kaidelerini komuştur.

Yargıçın gerçeğe ulaşmaşa bile, iyi kötü taraflar arasındaki kavgayı mevcut durumları ve delilleri gözönünde tutarak bitirmesinde sosyal zaruret vardır.

Mecelle yargıçların fazla evhama kapılmasını önlemek için «*burhan ile sabit olan şey iyanen sabit gibidir*» diyor, m. 75. Yani, üzerinde aklen muhakeme yürütmeğe ihtiyaç göstermeden şahsî duygularımızla hasıl ettiğimiz kanaat - ki bunlara bedihî, Mecellenin ifadesile iyan denir - ne ise, mevcut vasıtalarından istidlâl yolu ile ulaştığımız kanaat te odur, bu kanaatte bedihî, iyan olaylar gibi hükmümüze esas olur.

Yargıç bir gerçeği sabit farzettikten sonra aksine bir ihtimali düşünerek hüküm vermekten kaçınamaz, meğer ki, yukarıda dediğimiz gibi, psikolojik icaplar bu ihtimali gayet kuvvetli gösterebilir. no. 72.

76 — MARUF VE MEŞHUR VAKIALAR. «*İtibar galibi şayia olup nadire değildir*» m. 42.

Halk arasında geniş ölçüde yayılmış gerçeklerin hata meydana çıkıncaya kadar, doğru olarak kabul edilmesinde zaruret vardır. Halk kanaati bazan çok mubalâğalı ve yanlış olmakla beraber, ampirik tecrübelerle, işitilen bazı rivayetlere istinat etmesi itibarile gerçek parçasını ihtiva ettiği inkâr götürmez.

Bugünkü Türk hukuk usul kanunu, Alman usul kanununda olduğu gibi, maruf ve meşhur olan olayları iddia, yani, halk kanaatine istinat edenleri iddialarının, daha doğrusu, halk kanaatinin doğruluğunu ispat ile yükümlü tutmamış, fakat bu kanaatin hatalı olduğunu ispata müsaade etmiştir. m. 238.

Halk kanaati delil mahiyetini almak için ne bir şehir, ne bir memleket, ne de bütün dünya halkı arasında yayılmış olması gerekmez. Bir muhiti ilgilendiren bir gerçeğin o muhite yayılmış olması, meselâ, matbuatı ilgilendiren olayların basın mensupları arasında şüyu yeter.

Mecelleye göre itibar galip olan şayia olduğu için, ilgililerin pek azının bildiği şeyler halk kanaati olarak maruf ve meşhur sayılamaz.

77 — «*Beyyine hücceti müteaddiye, ikrar hücceti kasıradır*» m. 78.

Beyyine genel olarak yargıçı iddiaya inandıran, kat'î kanaat veren herhangi bir vasıta. Fakat, bu terim özel olarak, karinelerle ikrardan başka olan delilleri, bazan da yalnız şahadeti ifade eder.

Beyyine ile bir durum objektif olarak tespit ve tevsik edilebilmişse, davada dahil olup durumdaki alâkaları itibarile o vasıtayı münakaşa etmiş veya edebilmiş olanların bu tespit neticesine maruz bulunmaları tabiidir. Bilâkis, ikrar yargıçı inandırması şartına bağlı olmadan bir olayın sabit farzedilmesi zarureti doğurduğundan, tabii olarak yalnız ikrar eden aleyhine netice hasıl eder.

Modern hukukta da ikrar bir delil olduğu için değil, taraf haklarından vazgeçtiği içindir ki hükme esas tutulduğundan neticesi ikrar edenin haklarına inhisar eder. Bu netice, ikrarın mahiyeti icabıdır. İkrarın diğerleri aleyhine de netice hasıl edebileceği kabul edilirse tarafın bilhassa bu neticeyi husule getirmek için ikrar etmiş olması ihtimali belirir ki, senede müstenit bu ihtimal onun lojik kıymetini kaldırır.

HUK. senet tarihlerini, tayin ettiği haller dışında, senedi veren veya onu temsil edenlerden başkasına karşı kesin addetmemesi bu tarihin yazılı

ikrarla sabit olduğu içindir m. 299. Kanun ticari işlerde bu hükmü tatbik etmemesi tarihin tüccar defterile tevsiki imkânları itibariledir. Tüccarın muntazam defteri olmaması halinde senet tarihi senedi verenden başkası aleyhine delil olamaz.

HUK. bir davada verilen hükmü beyyineye, yani hâkimin kanaatine istinat etmiş olsa bile davaya dahil olmıyanlar hakkında kesin bir delil saymamaktadır. Çünkü, beyyinenin onu münakaşaya davet edilmeyen alâ-kadarlar hakkında tesirini göstermesi çeşitli tezvirlerle yol açabilir. Bir ilgili beyyine ile sabit olmuş bir hükmün hatasını meydana çıkaracak beyan ve ifadede bulunursa artık bu hücceti ortadan kaldıracak senede müstenit bir ihtimal belirir. Zaten, Mecelle beyyine ile sabit olan hüküm değil, beyyine hücceti müteaddiyedir, demesine nazaran, ancak ilgililerin hepsi tarafından münakaşa edildikten sonra hâkimin kanaatini temin etmiş olan vasıtaları kasdetmektedir. HUK. bir hükmün taraflardan başkaları hakkında delil kıymeti olmamasını iktiza ettirmez. Bir davada taraflardan biri evvelki bir davada beyyine ile sabit olmuş bir hükme dayanırsa, hasmı bunun doğru olmadığını istilzam edebilen ihtimal veya vasıtayı ileri süremez, o davada dinlenen şahitlerin şahadeti de, şahsiyetleri ve beyanlarının objektif durumlara uygunluğu itibarile yalan olmasına ihtimal verilemezse bu hüküm diğer davada takdiri bir delil olarak kabul olunabilir.

Kısaca, beyyinenin müteaddi olması sadece onu münakaşa edenler hakkında aynı kararın verilmesini iktiza ettirir.

78 — «*Tenakuz ile hüccet kalmaz*» m. 80. Yani, zıt olan deliller, sözler umumiyetle birbirini ifna eder. Meselâ, bir şahidin şahadeti mütenakız ise delil kalmaz.

Bununla beraber, meselâ, şahitlerden birinin ifadesi objektif durumlara uygun olduğu halde diğerininki buna aykırı olması, veya yalancılığı, hatâsı anlaşılması gibi özel bir sebep bulunursa iki mütenakız deliller birbirini ifna etmez.

Mecellenin ifadesinden anlaşılacak gereken şudur ki, itimada şayan iki kimsenin birbirine katıyen aykırı sözleri delil olmaz. Meselâ, güvenilen şahitlerden biri, bir kimsenin muayyen bir zaman ve yerde şu akdi yaptığını, diğeride o kimsenin, o zaman ve yerde bulunmadığını veyahut akdi kabulden katıyen imtina ettiğini beyan ederse tabiatile iddiaya sabit olmamış nazarile bakmamak zarureti vardır.

Mecellenin 80 inci maddesinin müteakip fıkrasına göre, «*lâkin mütenakızın aleyhine olan hükme hâlel gelmez.*» Mecelle aldığı misalde diyor ki, bir hüküm, istinat ettiği delile tamamen zıt diğer bir delil sonradan meydana çıkmakla kuvvetini kaybetmez. Bu zaruridir. Evvelce de yazdı-

ğımız gibi, yargıçlar asıl hakikatleri göremedikleri için nizaların hallini geciktiremezler (b. *Teorik Pratik Adliye Hukuku İspat teorisi kitabımız*, no. 461). Binaenaleyh, yargıçların aldanmaları ihtimali daima vardır. Yargıçlara bu salâhiyetin verilmesinin sebebi nizalı vaziyeti iyi kötü neticelendirerek hukukî durumlarda istikrarın sağlanmasıdır. Hükümlerin çıkacak yeni delillere göre değiştirilmesi istikrar esasına aykırı olur.

Yargıçın kanaatine tâbi olmadan netice doğuran ikrar da daha sonra doğruluğunu şüpheli gösteren ifadeler, deliller karşısında kuvvetini kaybetmez.

Modern hukukta yargıçın kararını, hatasını gösteren delillerin meydana çıkması halinde düzeltmesi imkânları kabul edilmemişse de bir taraf hileli hareketlerle hâkimin kanaatine tesir eder, meselâ iddiasını sahte senetle, yalan şahitle ispat eder, hasmının kullanabileceği bir vesikayı gizlerse iadei muhakeme yolu ile hükmün değiştirilmesi kabul edilmiştir.

Mecelle sisteminde de «hatası zahir olan zanna itibar olunmaz» b. no. 73 kaidesi, iadei muhakemeyi haklı göstermek üzere modern hukukun kabul ettiği sebeplerin sübutu halinde hükmün tashihini iktiza ettirir.

79 — «Asıl sabit olmadığı halde fer'in sabit olduğu vardır» m. 81.

Lojik bakımdan, bir şey yoksa varlığını istilzam ettiren teferruatı bahis konusu olamaz. Binaenaleyh, fer'in sübutu tabiatile aslın da sübutunu iktiza ettirir. Mecellenin maksadı bu lojik icaptan ayrılmak olduğunu zannetmem. Mecelle bu kaideyi lojik bir mülâhaza olarak değil, bazı hukukî hükümlerin tatbiki zarureti itibarile kabul etmiş olacaktır. Kaide hemen hemen maddede yazılı misale inhisar edecektir. Meselâ, kefil kefaletini ikrar ettiği takdirde asıl borç sabit olmasa bile, kefil kefaletile ilzam olunur. Lojik bakımdan bu ikrar asıl borcun varlığına delil olabilir. Fakat, kefilin alacaklı ile ortak olup asıl borçluyu zarara sokmak maksadını istihdaf etmesi ihtimali kuvvetli bulunması itibarile kefaletin ikrarı asıl borçlunun borcu olduğuna delil teşkil edemeyecektir. Borcunu inkâr edecek tıynette bir adama kefil olan şeref sahibi bir kimse, bu hareketi alacaklıya zarar vermiş olması itibarile âkıbet ve neticesine katlanması da âdildir ve yerindedir.

80 — «Âdeten mümteni olan şey hakikaten mümteni gibidir». m. 38. Mânası: Psikolojik sebeplerle insanların yapamayacakları bir şeyin âdeten yapılması da imkânsız sayılır. Binaenaleyh, hiç bir kimse âdetler ve ahlâki duygu ve telâkkiler bakımından yapamayacak bir şeyi yapmakla mükellef tutulamaz.

Yargıçlar delilleri takdir ederken tarafların şahsiyeti, hal ve mev-

ki ve zaman ve şartlar itibarile yapılamıyacak bir şeye dair iddia ve müdafaalarını, şahitlerin şahadetini kabul etmemek lâzımdır.

Laboratuar tecrübeleri insanların psikolojik ve moral kanunların tesiri altında hareket ettiklerini, içlerinden ve muhitten gelen tesirlere mukavemetleri kolay olmadığını, bir kelimedede maddi âlem gibi insanların iç âleminde de mukadderatın hâkim olduğunu göstermektedir. Bir kimşenin iradesini kullanarak muhitinin tesirinden kurtulması, âdetler, umumî telâkkiler dışına çıkararak bir iş yapması şüphesiz mümkündür. Fakat kendisini bu yolda harekete zorlayacak diğer çok mühim psikolojik bir sebebin bulunması lâzımdır. Nitekim, maddeten imkânsız görünen bir iş de fevkalâde şartların inzimamile imkân içine girebilir. Şu halde, âdeten imkânsız görünen bir şeyi imkân içine sokacak psikolojik sebep ve âmil-ler ortaya atılabilmişse bu ihtimali varit gören yargıç alelâde mümteni görünen iddia ve beyanı da imkân içinde sayarak tetkikına devam eder.

Mecelle determinizm, yani her şeyin mukadderata tâbi olduğu felsefesine haklı olarak istinat etmiş oluyor. Gerçekten, asırlardanberi yapılan tecrübelerden anlaşılmıştır ki, insanlar istiyerek, bile bile maddi veya mânevî menfaatlerine, umumî âdetlere veyahut hususî âdetlerine aykırı bir şey yapmıyorlar. Bu, moral tabii bir kanundur. Ekonomi, ahlâk, hukuk gibi moral veya ahlâki denilen bütün ilimlerin esası moral ve psikolojik tabii münasebette ittırad ve intizamdır. Moral tabii kanunlar olmasaydı, tahminler yapmak imkânsız olacak, binaenaleyh ekonomi ve hukuk ilimleri doğmıyacaktı.

Homüs ekonomiküs, ekonomik adam gibi, sosyal adam da daima kendisinin, veyahut yardımsever ahlâk sahibi ise, başkalarının menfaatine, dindar ise Allahın emrine veya umumî olan veyahut hususî olarak kendinin âdetlerine otomatik olarak düşünmeden uygun hareket eder. İnsan, yaradılışının, şahsî temayüllerinin gerektirmediği bir şeyi yapmaz.

Kısaca, insan, maddi veya mânevî menfaatine uygun hareket eder. Bir kişinin bile bile, maksatsız, menfaatine aykırı veya âdetlerden başka türlü hareketi şuursuzca bir harekettir, olamaz. Fakat insanlar bir iradei cüz'iyeye de malik oldukları için, menfaatlerine aykırı hareket etmeleri mümkündür. Ancak, bu hareket de mutlaka gizli kalan diğer maddi veya mânevî bir menfaati korumak içindir. Sonra çok insanlar çok kere gerçek menfaatlerini düşüncecek halde de değildirler. Herkes gerçek menfaati iyi düşünerek ona göre uygun hareket etseydi, ahlâk problemi kendiliğinden hallolurdu. Ahlâk ta, hukuk ta, nihayet onlara gerçek menfaatleri namına normaler tavsiye ediyor. İnsanları gerçek menfaatlerini takdirden uzaklaştıran, insan tabiatında olan bazı kötü hislerdir, meselâ, kıskançlık, düşmanlık, para, mevki hırsı, dinî, politik, ulusal, ruhi taassup onları menfaatlerine aykırı hareket ettirir.

Misal: akli başında bir kişinin ciddi bir sebep ve lüzum yokken işlediği suçu bunu adliye haber vermesi ihtimali olan bir kişi yanında ikrar etmesi menfaatlerine tamamen aykırı bulunması itibarile âdeten mümteni olduğundan, yargıç bu iddianın doğruluğunu ispat için delil dinlememelidir. Çünkü, bir delil ancak mümkün olan hâdiseler hakkında dinlenebilir. Fakat, fail suçundan pişman olarak, veyahut teselli için hissettiği ihtiyaç sebebiyle (bu suretle ferahlık duymak zevkinden ibaret mânevî menfaat) bunu bir dostuna ikrar etmiş, dost da sonraki bir sebeple düşman vaziyetine geçerek ikrara şahadet etmiş ise bu şahadet, bir kimsenin mânevî menfaatlerine uygun görünen ikrarı âdeten mümkün olduğu için nazara alınabilir.

Bir hareketin âdeten mümkün olup olmadığını tayin için failin gizli maksatlarını da araştırmak zarureti vardır. Gizli maksat meydana çıkmadıkça âdeten mümkün görülmiyen bir hareketin ispatı için getirilecek delillere güvenmemelidir. Şahadetle, bir kişinin bir işi yaptığı sabit farz olunabilmek için her şeyden önce onu o işi yapmağa sevkeden sebepler hiç olmazsa sezilmeli, ve bu sebepler oldukça kuvvetli ihtimal içinde görülmelidir. Faili harekete sevkeden sebepler anlaşılmadıkça bu hareketi ispat için ileri sürülen delillere güvenmemelidir. Sebepsiz bir kimsenin maddî veya mânevî menfaatine tamamen aykırı bir iş işlediği pek açık olarak sabit olursa onun temyiz kudretinden mahrum olarak, şursuz hareket etmiş farzetmek lâzımdır.

Mecelle âdeten mümteni olan şeyi hakikaten mümteni addetmiş değil, mümteni *G/BI* addetmiştir. Binaenaleyh, yargıç özel bir maksatla ferdin umumî veya hususî itiyatları dışında bir iş yaptığını gösteren delilleri tetkik etmekten memnu değildir.

XVI

İSPAT KÜLFETİ

81 — Modern hukukta, taraflardan hangisinin karşılıklı olarak ileri sürdüğü iddiayı ispat ile yükümlü olduğu çok münakaşa edilen meselelerden biridir.

Mecelle ispat külfetini tanzim veya açıklamak için bir hayli maddeler koymuştur. Bu kaideler modern hukukun kabul ettiği teorilere ve İsviçre Federal mahkemesinin son içtihatlarına uygundur.

«*Beyyine müddei için, yemin münkir*» yani inkâr eden üzerinedir, m. 76.

İspat külfeti iddia eden üzerinedir, inkâr eden sözünü yemin ile teyit ederse doğru olarak kabul olunur. Mecellenin m. 76 mânası budur. Medenî Kanun da 6 ncı maddesinde aynı eşası koyuyor. Fakat, bir davada, davacı kim, inkâr eden kimdir? Taraflardan her biri bir şey iddia etmekte, hasmının söylediklerini inkâr etmektedir. Türk Kanunu Medenisi şerhimizde, ispat yükümü bu kadar kısa bir formülle tayin edilemeyeceği neticesine varmıştık.

İspat yükümü bakımından, davacı ile davalı arasında fark gözetilmesi rasyonel olmadığından, Mecelle, pek haklı olarak, kaideyi açıklıyacak diğer maddeler komuştur.

77 nci maddeye göre, «*beyyine hilâfı zahiri*» görünenin tersini «*ispat için ve yemin aslı ipka içindir*». Fakat, görünenin veya aslın ne olduğu da ayrıca açıklanmaya muhtaçtır.

Modern müelliflerin temayülleri, İsviçre Federal mahkemesinin son içtihatları normal, yani insanların tabiat ve itiyatlarına uygun ve çokluk vaki olan şeylerin ispata muhtaç olmıyan asıl addedilmesidir. Mecelle de bu esaslara uygun olarak şu aşağıdaki halleri asıl addetmektedir:

«*Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır*» m. 5. Fakat, dünya ve bütün mevcudatın tabii ve mütemadî bir tekâmülü, meselâ, bir çocuğun yirmi sene sonra yirmi yaşındaki bir gencin fizik durumunda olduğunu kabul etmek zarurîdir. Bir olayın normal tekâmül seyrinden vaki gününü istidlâl mümkün olduğu takdirde yargıç ona göre tarihi de tayin edebilir. Çünkü, gerek Mecelleye ve gerek yeni hukuka göre, ahvalin normal yürüyüşü vukularının yeter delilidir.

Tabii tekâmül dışında, anormal bir sebeple bir şeyin değiştiğini kabul için bu sebebi ispat etmek zarureti vardır. Hayatta olan bir adamın yüz yirmi sene sonra yaşadığını kabule imkân yoktur, fakat onun öldüğü sabit olmadıkça insanların normal olarak yaşadıkları zamanda onun (İslâm hukukuna göre 90, M. K. göre 100 yıl) hayatta olduğunu kabul zarureti meydandadır. Medenî Kanun tayin ettiği halleri ölüme karine olarak kabul ediyor, böyle karineler bulunmadıkça, ölümü sabit olmıyan kişiyi yaşıyor farzetmektedir.

«*Sıfatı arızada asıl olan ademdir*» m. 9. Bir şeyin sonradan geçirdiği değişme ispat olunmadıkça, yok sayılır, bu kaide beşinci madde ile konmuş kaidenin zarurî bir neticesidir.

«*Beraeti zimmet asıldır*» m. 8. İnsanlar birbirine borçlu doğmadıkları, borçluluk durumu istisnai olduğu için Mecelle borçsuz vaziyeti asıl addetmiştir.

Asıl olmıyan bir durum ispat edilirse artık bu durum asıl, binaenaleyh, bunun değıştiğini iddia eden ispata mecbur olur. «Bir zamanda sabit olan şeyin hılâfına delil olmadıkça bekası ile hüküm olunur» m. 10.

«Bir emri hadisin akrebi evkatına izafeti asıldır» m. 11. Yani, sonradan yapılmış bir işin aksı ispat edilmedikçe malûm olan veya ikrar edilen zamanda yapıldığı farz olunur.

Yeni Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz, 299. maddesi bu esasa uygun olarak hüküm kabul ediyor, bir senedin metninde yazılı tarihten sonra tanzim edildiği iddiası karşısında, tarih kanunun tayin ettiği şekillerden birile ispat edilmezse ancak ibraz edildiği günde tanzim edilmiş sayılır. Bir senet tarihi bunu imza edenlerden birinin ölümü ile ancak ölüm gününde kesinleşir. Çünkü ölenin imza koması ihtimali artık kalmamıştır. Senedi imzalayanın ölümünden ne kadar evvel senedi tanzim ettiği noktasında taraflar ittifak edemezlerse senet ölüm tarihinde tanzim edilmiş gibi delil kıymetini haiz olur.

XVII

MUKAVELE SERBESTİSİ

82 — Etüdümüzü tamamlamak için, Mecellenin ne derece mukavelelerde tarafları serbest bıraktığını araştırıyoruz. Yukarıda, hata ve hilenin mukaveleye tesirini no. 8, mukavelenin sarîh veya zımnî bir irade beyanile bir formaliteye riayet etmeden akte dilediğini no. 13 anlatmıştık.

Doğrusu, Mecellenin küllî kaidelerinde tarafların iradelerile ne dereceye kadar hukukî münasebetler tesisinde serbest olduklarına dair yeter derece hükümler yoktur.

Mecellenin esas tuttuğu İslâm hukukunun başlıca kaynağı olan Kur'anda Allahın bey'i (satış) helâl, rıbayı haram kıldığı yazılı olması itibarile bu hukukta prensip itibarile taraflar iradelerile hukukî münasebetleri serbestçe tanzim edebilirler. Kur'andaki bey'i terimi, takip eden riba kelimesinin delâletinden de anlaşılacağı veçhile, teknik mânası olan satışı değil, ekonomik mânası olan menfaat değıştirmelerini ifade eder. Binaenaleyh, riba olmıyan her türlü mukavele caizdir. Riba no. 41 de de temas ettiğimiz gibi, bir kişinin değıştirdiği menfaate eşit olmıyan yüksek bir menfaat sağlamasıdır. Âkitlerden birine riba derecesinde menfaat sağlayan her mukavele hükümsüzdür.

Normal olarak, iki tarafın değıştikleri menfaatler arasında ekonomik bir teadül vardır. Herkes değıştiği menfaatin kıymetini tayinde serbesttir.

Binaenaleyh, bir kimse ancak diğerinin ekonomik, veyahut moral bir sıkıntısından veyahut hayati zaruretler itibarile büyük ihtiyacından faydalanarak kendisi için verdiği nazaran nispetsiz derece açık bir menfaat sağlamışsa günahı işlemiş olur.

Bundan başka, Mecelle zararı menetmiş olduğundan, bir kimsenin tabii sayılabilen haklarından feragati para ile karşılanmıyacak derecede ağır zararını mucip olacağı için kabule şayan olamaz. İslâm doktorları bir kimsenin hayatının ve hürriyetinin mukavele konusu olamayacağına müttefiktirler.

Bugünkü, Medeni Kanunumuz da aynı prensipleri kabul etmiştir. BK. 21 inci maddesinde bir kimsenin diğerinin tecrübesizliğinden veya sıkıntısından istifade suretile nispetsiz bir menfaat sağlamasını hükümsüz addettiği gibi, MK. da 23 üncü maddesinde medeni haklardan feragati ve ya bunların takyidini hükümsüz addetmektedir.

Mustafa Reşid BELGESAY