

HARP VE HUSUSÎ HUKUK (*)

Yazan:

Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz

Konferansımız senenin başındanberi yapılmakta olan konferansların 17 ncisini teşkil etmektedir. Şimdiye kadar bu konferanslar, harbi, felsefe, içtimaiyat, iktisat ilimleriyle diğer bazı tabii ve teknik ilimler bakımından tetkik ettiler; hukuk ilminin mümessilleri ancak geçen haftadanberi söz almaya başladılar. Fikrimce bu tertip sırası çok makul gözükmemektedir. Çünkü harp de, hukukun tanzimi ile meşgul olduğu içtimai hayatın diğer bütün hadiseleri gibi hukuk kuvvetlerinin bir mahsulü değildir ve hukukun bu hadiseler bakımından tanzim edici ve kurucu rolü ancak ikinci derecede kalmaktadır.

Hatta eski ve iptidaî bir fikir, harbi hukuk harici bir hâdise olarak görür. Cicero'nun nutuklarının birinde bulunan ve manası hafifce tahrif olunarak kullanılan — fikir olarak da eski müelliflerin bazılarında rastlanılan — meşhur bir söze göre: «silent leges arma», «kanunlar silâhlar önünde susarlar» (1). Bu sözler belki de biraz ta-

(1) Çok defa zikredilen bu parça Cicero'nun Milon hakkındaki nutkunda, pro Milone 4,10 da bulunmaktadır. Ancak burada mevzubahs olan harp değil herhangi haksız bir tecavüz karşısında «meşru müdafaa» hakkıdır («non scripta sed nata lex, quam... ex natura ipsa adripuimus», «yazılı olmayan fakat doğrudan doğruya tabiatın aldığımız bir kanun», diğer bir tâbirle bir tabii hukuk prensibi). Bununla beraber bu fikre eski müelliflerde harp hususunda da rastlanmaktadır. Netekim principat devrinin ilk zamanlarında Valerius Maximus da Marius şu sözleri söyler: «Inter armorum strepitum verba se iuris civilis exaudire non potuisse», «silâhların patırdısı önünde medeni hukukun sesini işidemedi» (Factorum et dictorum memorabilium libri IX. V 2, 8). Şair Lucanus (M. S. 39-65) Pharsalia, I, 277 şiirinde «leges bello siluere coactae», harbin tazyikiyle kanunlar sustular» der.

Plütark'ın bir parçasında «Lysander kanunun böyle bir harp patırdısında işitilemeyecek kadar yavaş konuştuğunu söyler». Cicero'nun bu parçası bazan tahrif edilerek de zikredilir; «Silent musae inter arma». «muse'ler silâhların önünde susarlar». Bununla beraber bu sözün hiç bir klâsik mesnedi yoktur. G. Büchmann'nın meşhur Geflügelte Worte («kanadlı sözler») koleksiyonunda yer almamıştır.

(*) Bu yazı 18/III/1941 de Üniversitede verilen konferansın metnidir.

biî olarak hissedilen hukukla harbin birbirlerine tezat teşkil ettiklerine dair hakikati ifade etmektedir. Çünkü harbin bir hukukî müessese olduğu kabul edilse dahi — ki mesele çok münakaşalıdır — son kararı verecek olan hukuk değil kuvvettir (2). Fakat bu sözler ne iki bin sene evvel ilk olarak söylenildikleri zaman ne de ondanberi hukukun harp tarafından tamamen geride bırakıldığını ve kanunların silâhların patırtısı önünde sustuklarını ifade etmek istememiştir.

Bilâkis harp ile hukuk arasında sayısız münasebetleri görmek için hukukçu olmıya lüzum yoktur. Bir taraftan büyük olduğu kadar güç ve çetin ve belki de sonunda tahakkuk ettirilemeyecek bir iş vardır ki o da harbin iptidai ve yıkıcı kuvvetlerini hukukun tanzim edici kuvvetlerle durdurmaktadır. Diğer taraftan — bu da konferansımızın mevzuunu teşkil ediyor — harp hayat nizamını altüst eder, devlet ve ferdlerin mevcudiyet şartlarını yıkar, yeni bir takım ihtiyaçlar ve menfaat ihtilâfları meydana çıkarır ve hukuk nizamı da bu değişikliklere uymak, yeni ihtiyaçları karşılamak ve ortaya çıkan ihtilâfları halletmek mecburiyetinde kalır. Bir hafta evvel, harbin, amme hukukunun mevzuunu teşkil eden devletin fonksiyonları üzerine icra ettiği tesirlere dair mükemmel bir konferans dinlemiştik. Bu gün de, harbin hususî hukuk sahasında ortaya koyduğu meselelerle, harp zaruretleri icabı mevzuubahs olan değişiklikleri tetkik, ve bu değişikliklerin halihazır hukuk inkişafı bakımından ehemmiyetini tesbite çalışacağız.

Hukukun muhtelif kısımlarının, statik hallerinde, harp ile olan münasebetleri farklı şekiller arzeder. Hollandalı büyük mütefekkir Hugo Grotius, Devletler Hukukunun inkişafının temellerinden birini teşkil eden ve umumî hukuk kültürü üzerine son derece derin tesirler icra etmiş olan eserine «De iure belli ac pacis» «Harp ve sulh hukuku» ismini vermiştir; filhakika, devletler umumî hukuku kısmı azamı itibarile bir harp hukukudur (3). Esasen bu vaziyet yalnız Devletler umumî hukukuna has bir hâdise de değildir. Millî amme

(2) Hukuk Felsefesi ile Devletler Umumî Hukukunun esaslı meselelerinden birini teşkil eden harp ile hukukun münasebetleri meselesi geniş bir literatürün doğumuna sebep olmuştur. Hugo Grotius'un «De iure belli ac pacis» eserinin başında meşhur Prolegomena lara bakınız.

(3) Grotius'un eserile feşkalâde şöhret kazanan «harp ve sulh hukuku» tâbirleri, kendisinin eserinin başında görüldüğü veçhile (prol. 2.) Cicero'nun L. Cornelius Balbus hakkındaki nutkunun bir parçasından alınmıştır, pro Balbo, 6,15 : «singularem quandem et praestabilem esse scientiam in foederibus, pactionibus, condicionibus populorum, regum, exterarum nationum, in universo

hukuku da — esas teşkilât hukuku, idare hukuku, ceza hukuku gibi — bütün branşlarında devletin mevcudiyetini muhafaza için mücadele mecburiyetinde kaldığı anlardaki fonksiyonlarını evvelden tahmin ve tanzim etmek mecburiyetinde olduğundan, harbe müteallik, harp ile alâkadar bir hukuk mahiyetini kazanmıştır. Harp başlı başına âmme hukuku sahasına giren bir hâdise olduğundan — teşkilâtlandırılmış bir faaliyet, bir devletin mevcudiyetini muhafaza uğrunda en büyük gayreti, devletler arasında çarpışma — bînetice harp meselesi de millî ve beynelmilel hukukta, bunların mevzularının mahiyeti icabı a priori mevzuubahs olmaktadır. Bilâkis hususî hukukta harp birbirinden çok farklı ve son derece ehemmiyetli tesirleri olan bir vaziyet teşkil etmekle beraber, hiç bir zaman bir mevzu teşkil etmemiştir, ancak bu bir ihtimaldir ve dolayısıyla a posteriori mevzuubahs olur, ve bu sahada da ortaya çıkan meseleler de umumî prensiplerden ziyade teferruata ait bir çok hususlardır. İşte bu hususî hukukların statik hallerinde, tekrar edelim, yek nazarda tamamile sulhe müteveccih hukuk nizamları hissini vermelelerini izah eder.

Netekim asırların hukuk tatbikat ve ilminin bir tertibini teşkil eden medenî kanunlar ve ticaret kanunları gibi hususî hukuk kodifikasyonları harp ihtimalini ve ondan doğacak olan sayısız müşkülli pek nazarı itibare almamışlardır. Meselâ harp kelimesine Türk Kanunu Medenisinde sarîh olarak — aşağıda da tekrar göreceğimiz gibi — bir tek defa tesadüf olunmaktadır. Çok sarîh ve bütün ihtimalleri evvelden derpiş etmiş bulunan 1900 tarihli Alman Medenî Kanunu da «harp» den bir tek münasebette bahsetmiştir. Filvaki Türk, İsviçre ve Alman medenî kanunları öyle sakîn sulh devirlerinde meydana gelmişlerdir ki bilhassa harp aleminde harplere artık tarihe karışmış nazarıle bakılıyordu. Bununla beraber, bir asır kadar daha eski olan ve Büyük Frederik ve Napolyonun Avrupa'da yarattıkları harp fırtınaları arasında ortaya çıkan Prusya, Fransa ve Avusturya medenî kanunları da harpten pek nadiren ve ancak ikinci derecede teferruatlar hususunda bahsetmektedirler.

Medenî kanunların harbe karşı bu bariz alâkasızlığı fikrimizce iki sebeple izah edilebilir. Bir taraftan modern hususî hukuk kodifikasyonları mücerred prensipler tekniğini takip etmekte ve haklı

denique belli iure et pacis». «ittifaklar, muahedeler, halkların, kralların ve ecebî milletlerin şeraiti ve nihayet harp ve sulh hukukunun heyeti mecmuası hakkında hususî ve mükemmel bir ilim mevcuttur».

(Bakınız: E. Costa. Cicerone giure-consulto, 2 inci tab'ı. 1927, I s. 411).

olarak da bu kodifikasyonların mevcut şekillerinde, fevkalâde ahvalde mevzuubahs olacak meselelere, kısmen dahi olsa, bir sureti hal temin edecekleri tahmin olunmaktadır. Diğer taraftan, kanunlarımızın sükûtunun sebebi de budur, harp zamanının ihtiyaçları o kadar âni ve tahmin edilemez mahiyettedir ki bunların tanzimini zaruret hâsıl olunca yapılacak kanun ve nizamlara bırakmak daha uygun görülüyor.

İşte bu şekildedir ki, 1914-1918 seneleri arasında dünyanın muhtelif memleketlerinde muazzam kanun ve kararname yığınları birikmiş ve halihazırda da aynı sür'atle birikmektedir (4). Hukuk nizamının bütün kısımlarını alâkadar eden ve dolayısıyla hususî hukukun muhtelif sahalarına temas eden bu harp hukuku, icra uzuvlarına tanınan fevkalâde teşriî selâhiyetlerin mahsulü olarak ortaya çıkan mevzuattan teşekkül eder.

Bu mevzuat vatanın mevcudiyetini muhafaza gayesile sistemsiz, plânsız çalışan ve bir cihetten rasyonel olmıyan ve hukuk nizamının

(4) Muhtelif memleketlerde gerek 1914-1918, gerek bugünkü harp hukukuna ait neşriyat ve malzeme toplu bir şekilde bulunmaktadır. *Fransanın* 1914-1918 harp hususî hukuku Albert *Wahl*'ın 4 ciltlik «Le droit civil et commercial de la guerre» eserile yine aynı müellifin «Revue trimestrielle du droit civil» in harp senelerine ait nüshalarındaki devamlı raporlarında görülür. *Almanyada* *Güthe-Schlegelberger*'in büyük bir neşriyatı vardır: *Die Kriegsgesetze mit der amtlichen Begründung und der gesamten Rechtsprechung und Rechtslehre*, 8 cilt, 1915-1919, (kısaca «Kriegsbuch» şeklinde anılır); *Wassermann* ve *Erlanger*, *Kriegsgesetze privatrechtlichen Inhalts*, 3 cü tab. 1917 Bu günkü harpte de harp kanunlarını toplu şekilde neşreden bir takım teşebbüsler mevcuttur:

Freisler-Krug, *Die neuen Kriegsgesetze für Praxis und Wirtschaft zusammengestellt von Sachbearbeitern auf den Reichsministerien* (Berlin, Gruyter tarafından tab'edilmiştir); *Hoche*, *Deutsches Kriegsrecht* (Berlin, Valen tarafından basılmıştır); *Noack*, *Reichsverteidigungsgesetze* (Deutscher Rechtsverlag); *Stuckart*, *Das Reich in Bereitschaft*; *Rieger-Hemmersbach*, *Kriegswirtschaftsgesetze, Praktisches Hand und Nachschlogebuch mit zweckmässigen Erläuterungen* (Berlin Vahlen tarafından basılmıştır) ilâh... *Avusturyada* da dünya harbinin başında sistematik bir neşriyat vardı: *Systematische Übersicht der wirtschaftlichen Gesetzgebung Österreichs seit Kriegsbeginn*, fakat 1/birinciteşrin/1915 den tibaren kesilmiştir; sonraları: *Breitenstein* ve *Koropatnitci*, *Die Kriegsgesetze Österreichs*, Wien. *Macaristanda* dünya harp hukukunun mevzuu Macar Hukukçular Cemiyeti tarafından neşrolunan eserde sistematik bir şekilde toplanmış bulunmaktadır: «A magyar háborús jog évkönyve 1914-1917» («Macar Harp Hukuku Yılığı 1914-1917»), Budapeşte 1918. *İngilterede* bu günkü harp mevzuatını toplayan eserler arasında «Solicitor's Handbook of War Legislation» görülür.

sağlam temelleri olarak tanınmış bazı prensipleri terketmek ve hatta onlarla tezdad haline düşmek mecburiyetinde kalan gayrimuntazam ve ahval ve şerait müsait olunca ortadan kalkacak olan muvakkat bir mevzuattır. Harp hukuku ile sulh hukuku arasındaki tezdad hiç bir zaman 1914-1918 senelerinde, milletlerin uzun sulh rüyalarından uyanıp tarihin hakikatini gördükleri zamanki kadar âni ve derin olmamıştır. Bu tezdad zamanla bir bakımdan hafiflemiştir. Filhakika büyük harp esnasında ortaya çıkan bir çok hukukî müesseseler, harp sonu iktisadî ve siyasî buhranları dolayısıyla ortadan kalkamadıklarından, buhran hukuku şeklinde ifade edilen bir hukuk nizamı halini almışlardır (5). Bilâhare gittikçe artan büyük bir ihtilâf tehlikesi henüz harp başlamadan, her tarafta bir harp mevzuatının yeniden meydana çıkmasına sebep oldu. Hattâ daha bombalar yağmağa başlamadan evvel harp mevzuatı kaynakları fıskırmış ve neticede bugün yalnız harp halinde bulunan devletler değil, İsviçre, İsveç, Macaristan gibi harp harici devletler de hukuk sahasında bir nevi seferberlik halinde bulunmaktadırlar (6). Harp harici bulunan Türkiyede de, bugün 25 Birincikânun 1940 tarihli kanunla bir çok yerleri tâdil edilen 18 İkincikânun 1940 tarihli Millî Korunma Kanunu ve buna müstenid bir çok kararnameler hep hususî hukuka bağladığımız bir takım sahları tanzim etmektedir.

Hususî hukukla harp arasındaki münasebetlere bir göz atmak istersek bunları, hududlarının tayini güç olan iki noktayı nazar etrafında toplamak imkânı vardır.

Bir taraftan harp zamanında hayat, iş ve aile hayatı devam eder ve hukukî müesseselerinin de bu fevkalâde ahval ve şeraite rağmen işlemekte devam etmeleri lâzımdır. Fakat bunlar bir çok hususlarda harbin ortaya attığı zaruretlere uymak mecburiyetindedir. İşte bu bakımdan bu müesseseler kendi işlerinden ve mahiyetleri icabı doğan bir takım değişikliklere maruz kalırlar.

(5) Bakınız: *Haab Krisenrecht*, Bâle Üniversitesinde Rektörlük nutku, Bâle 1936; *A. Egger*, *Über die Rechtsethik des schweizerischen Zivilgesetzbuchs* (müellifin İstanbul ve Ankara Üniversitelerinde verdiği konferansların genişletilmiş şekli) Zürich 1939 S. 58 ve müt.

(6) Bu hususta bilhassa «*Weltwirtschaftliches Archiv*» 53 (1941) de bu günkü harp başından itibaren harp harici ve yahut o ana kadar henüz harbe girmemiş bulunan bir çok Devletlerin (İsveç, İsviçre, Macaristan, Yugoslavya, Romanya, Bulgaristan) iktisadî inkişafı hakkında geniş malûmat ihtiva eden ve iktisadî mahiyette olmakla beraber harp şeraiti dolayısıyla mevzuahs olan hukuk inkişafının temellerini aydınlatan makalelere bakınız.

Fakat diğer bazı değişiklikler ise hususî hukuk müesseselerine onların içlerinden, bünyelerinden değil fakat harbin ihtiyaçları ile, diğer bir tabirle hariçten empoze olur. Bilhassa bu bakımdan da harp ihtiyaçlarının, ister cemiyetin menfaati, ister bir hayat mücadelesine girişmiş bulunan devletin menfaati bakımından olsun, sübjektif haklara ve ferdî hürriyetlere getirdikleri tahdidat mevzuubahs olmaktadır.

1 — Birinci noktayı nazarımıza göre hususî hukuk, umumiyet itibarile hukukta olduğu gibi hayatın muhtaç olduğu hukukî neticelerin hangi şartlar altında temin edilebileceğini, meselâ vasiyetlerin, evlenmelerin, boşanmaların, evlâd edinmelerin ve diğer bir çok akidlerin ne şekilde yapılacağını tesbit eder. Bu gibi kaideler hayatın normal şeraiti için tasavvur edilmiştir ve harp zamanında bu şerait her zaman tahakkuk ettirilemez. Böylece eğer hayatın vaz geçemediği bu âcil ihtiyaçların tahakkukundan sarfı nazar edilmek istenmiyorsa, mevcut anormal vaziyet nazarı itibare alınarak, normal ahvalde aranan şekil ve şartların hafifletilmesi ve bazı müsamahaların gösterilmesi lâzımdır.

Burada her şeyden evvel mevzuubahs olan muhtevadan ziyade şekle ait hususlardır. Bu sahadaki misallerin tetkiki, zarurî olarak teferruata müteallik değişik meselelere sevketmektedir.

Meselâ Türk Medenî Kanununda harp kelimesini ihtiva eden yegâne madde vasiyetnameye mütealliktir ve bu maddenin sevkettiği hükme göre: harp ve buna mümasil fevkalâde hallerde muntazam şekillerde vasiyetname tanzimine imkân yoksa vasiyetçi, vasiyetnamesini iki şahit huzurunda şifahî tarzda yapabilir (M. K. m. 486). Bu kaide bir çok hukuklarda asker vasiyetnamelerine tanınmış olan eski imtiyazı hatırlatmaktadır. Bununla beraber şifahî vasiyet imtiyazı hukukumuzda yalnız askerlere inhisar etmez ve meselâ, bir bombardıman hali gibi tehlike anlarında herkes bundan istifade edebilir (7).

Harp kelimesinin Alman Medenî Kanununda kullanıldığı müna-sebet de harpten mütevellit ölüm tehlikeleriyle alâkadardır. Harp sırasında kaybolup da hayatta bulunup bulunmadıkları malûm ol-

(7) Asker vasiyetnameleri hakkında *W. G. Becker*'in «*Rechtsvergleichen des Handwörterbuch*» (Schlegelberger tarafından neşredilen) deki «vasiyetname» maddesine bakınız: VI S. 540, M. K. m. 486 — İsviçre Medenî Kanun madde 506 hususunda *Tuor*, S. 335 ile *Escher*'in, S. 347, şerhlerine bakınız.

mıyan kimselerin ölümlerine hükmedilmesi için Alman Medeni Kanunu diğer gaiplik hallerine nazaran daha kısa bir müddet aramıştır (Alman B. G. B. § 15). Bununla beraber daha Umumî Harbin bida-yetinden itibaren, bir taraftan askere gitmiş olanların karada, deniz-lerde ve havada sayısız bir şekilde kaybolmaları ve diğer taraftan sulhün gittikçe gecikmesile bu nevi hükmen vefat kararları için sulhün aktinden itibaren aranılan üç senelik müddetin tatbiki im-kânsız bir şekil aldı. Bu sebeple Alman Medeni Kanununun mev-zuubahs maddesi bir harp emirnamesile tâdil edilmiş (8) ve diğer bazı devletler de (Avusturya, Macaristan, Fransa, İtalya, Belçika... ilâh. gibi) harbe iştirak edip de gaip bulunanların vefatına hükme-dilebilmesi için hususî kararnameler isdarı mecburiyetinde kalmış-lardır (9). Bizim Türk hukukumuzda da alman kukununun hükmen vefat kararına tekabül eden gaiplik kararı (M. K. m. 32) o şekilde tanzim edilmiştir ki, kanaatimize göre, harp halinde hususî bir ted-bir ittihazına lüzum yoktur.

Evlenme müessesesi de harbin ihtiyaçlarına uymak bakımından biraz başka bir misal teşkil eder. 1914 harbinin beklenilmedik bir kasırğa gibi patlaması ile evlenmek için istical eden ve ekseriyetle bu evlenme akdi esnasında son defa olarak birbirlerini gören sayısız çiftleri herkes hatırlar. Bu gibi harp evlenmelerinin derhal, ilân müddetlerine riayet edilmeden icrası lâzımdır; işte bu vaziyet mun-telif hukuklarda hususî bazı tedbirlerin alınmasını icap ettirmiş-tir (10). Bizde bu nevi harp evlenmeleri şimdiye kadar tanzim edil-miş değildir; Medeni Kanunumuzda (m. 108) ancak hastalık halinde evlenmenin ilân edilmeden yapılabileceği kabul edilmiştir.

Harp, evlenmeler hususunda daha ciddi bir tedbirin ittihazını icap ettirmiştir. Türk medeni hukuku, diğer medeni hukukların ek-serisi gibi, evlenme akdinde tarafların şahsan hazır bulunmalarını mecburî tutmuştur. Harbin tevliid ettiği bir takım vahim ihtiyaçları

(8) Harpte kaybolanlar hakkında, 26/Şubat/1925 tarihli kanunla tâdil edilen ve 9/Ağustos/1917 de yeniden kaleme alınmış olan 18/Nisan/1916 tarihli kararname. Meşhur Alman hukuk âlimi *J. Partsch*'in şerhi: *Kommentar zur Bundesratsbekanntmachung von 18 April 1916 (Kriegsverschollenheit des Weltkriegs)* 1917.

(9) *H. Lorens*'in «*Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*» VI, S. 584 deki «*Todeserklärung*» maddesindeki izahata bakınız.

(10) Meselâ Macaristanda 28 ikinciteşrin 1916 tarihli kararname askerî hizmetlerini ifa eden şahıslara ilân yapılmadan ve hususî bir izne ihtiyaç olmadan evlenmek müsaadesini vermiştir. Alman hukukundaki «*Kriegstrauung*» lar hakkında bakınız: *M. Wolff*, *Familienrecht* (§. 19 not 5,) § 20 not 6).

karşılama için Fransa gibi bazı devletler vekâlet yolu ile evlenmeyi, yani cephe de bulunan askerlerle harp esirlerinin bir mümessil vasıtasile evlenebilmelerini kabul etmişlerdir (11). İslâm hukuku sureti umumiyede evlenmelerin yalnız şahsan değil mümessil yolu ile de yapılabileceğini kabul ettiğinden eskiden Türkiyede bu nev. bir harp tedbirine ihtiyaç hâsıl olmamıştır.

Harp ahval ve şeraitinin hususî hukuk müesseselerinin teşkilâtındaki sertliği tahfif hususundaki tesirlerini canlandırmak için daha bir çok misaller göstermek mümkündür.

Fakat hayatın ihtiyaçları ile harbin şeraiti arasındaki münasebetler meyanında fevkalâde ahvalin hukukî vecibelerin ifasında tesiri meselesi umumî bir ehemmiyet arz etmektedir. Her hususî hukuk iki esas fikir etrafında toplanır, bunlar: haklar ve vecibelerdir. Ve, hususî hukuk, hukuk muhakemeleri usulünün müesseselerine istinad ederek, vecibelerin ifasını temin için lüzumlu maddî ve şekli vasıtaları temin etmekle hakları himaye eder. Fakat bu cihetten de harp vaziyeti tamamen altüst etmektedir. Birdenbire yüzbinlerce insan işlerini terk ediyor, fabrikalar ve yazıhaneler boşalıyor, hududlar kapanıyor, trenler duruyor veya yalnız askerî gayelere tahsis ediliyor, nakil vasıtalarına vaziyet ediliyor, bir çok mevad ortadan kalkıyor, kanunî tedbirlerin fıkdanı halinde fiatlar yükselmeğe başlıyor ve neticede iktisadî ve içtimai organizasyon tıkanmış bir hale giriyor. Dün mümkün olan birdenbire anî olarak imkânsız ve yahut nisbeten tahakkuku zor bir hal alıyor. İşte medenî hukuk ve ticaret hukuku sahasında her yerde gerek içtihat gerek doktrin bakımından ağır müşkülât arzeden meselelerden biri de: harbin borçların ifası ve bilhassa akdî vecibelerin ifası üzerine tesiri meselesidir (12).

(11) Bu Fransada 4/Nisan ve 19/Ağustos/1915 kanunlarıyla temin edilmiştir. Bakınız: *M. Planiol*, *Traité élémentaire de droit civil I* Nr. 858. Mümasil tedbirler Belçika ve İtalyada 24/Haziran, 27/Haziran ve 14/Birinciteşrin/1915 tarihli ve Macaristanda da 28/ikinciteşrin/1916 ve 9/mart/1917 tarihli kararnamelerle kabul edilmiştir (Bakınız: *B. Szaszy*, *Macar Harp Hukuku Yıllığında*, 1918, S. 293 ve müt.) Umumi olarak vekâlet yolile evlenmeler hakkında, *M. Wolff*, *Familienrecht* § 21 not 4) deki izahata bakınız

.12) Bu mevzu hakkında birinci büyük harpten beri bütün memleketlerde muazzam bir literatür meydana gelmiştir. Bu konferanstan sonra, Almanyada mukayeseli hukuk hakkında mühim bir eser neşredilmiştir: *G. Kegel*, *H. Rupp*, *K. Zweigert*, *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge in der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika* (Kaiser Wilhelm, yabancı ve Beynelmilel hususî hukuk enstitüsü tarafından neşrolunan yabancı ve Beynelmilel hususî hukuka sunuclar, fas. 17) Berlin 1914. Eserin tenkitli bir kontrandüsünü ilk fırsatta yapacağımı ümit ediyorum.

Asırlardanberi harp, bu sahada, moratoryom denilen az çok umumî mahiyette bir takım kanunî hafifletici tedbirlerin alınmasına sebep olmuştur (13). Harbi Umumîde Türkiyede de diğer muharip devletlerin bir çoğunda olduğu gibi müteaddit defalar yenilenen «teceli düyun» kanunları neşredilmiştir (14). Moratoryom da hafifletici bir tedbirdir, bunun mahiyeti kat'i ve iskatî değil muvakkat ve tecelidir. Bu tedbir cephede asker olarak bulunan borçlular için ne kadar zarurî ise alacaklılar için de o nisbette ağır ve tehlikelidir. Binnetice, bunun tatbikatı da son derece ihtiyatlı hareketi icap ettirmektedir. Moratoryomların ve onların harp sonu tafsiyelerindeki (15) müşkülâtın ortaya koyduğu hukukî meseleler çok eskidir. Netekim Milâttan evvel II inci asırda Efez,de yapılmış ve Anadolu'da eski Efez harabeleri arasında Ayassoluk'da bulunan bir mermer lâvha üzerinde muhafaza edilmiş bu nevi bir kanuna tesadüf edilmiştir. Bu kanunun hükmüne göre harp sebeble ilân edilen moratoryomun müddetinin hitamında, harp neticesinde toprağın kıymetinden düşmesile husule gelen zarar ipotekli alacaklılara yükletilmiştir (16).

Bu gibi umumî moratoryomlar bilhassa muvakkat bir müddet için yapılmışlar ise, ancak bazı borçlara hususile para borçlarına tatbik edilirler. Bunlar bir fabrikaya muntazaman kömür veya maden, bir matbaaya kâğıt, bir otele süt veya et temini için yapılan akid-

(13)Bakınız: *Adolf Mayer*, *Zur Geschichte und Theorie des Moratoriums*, *Schmollers Jahrbuch* 39 (1915) s. 181 ve müt.

(14) Bu fevkalâde tedbirler ve tatbikatta tevlit ettikleri müşküller zengin bir literatürün doğumunu mucip olmuştur. Fikir edinmek için bakınız: Fransa'da, *Planiol*, *Traité élémentaire du droit civil* II. Nr. 373 bis; *G. Ripert*, *Le régime démocratique et le droit civil moderne* (1936) Nr. 75 (s. 146 ve müt.); *La règle morale dan les obligations civiles*, 3 cü tab. (1935) Nr. 78 (s. 145 ve müt.) Almanya için bakınız *J. W. Hedemann*, *Schuldrecht des B. G. B.* 2 inci tab. (1931). s. 124 ve müt. ve *Deutsches Wirtschaftsrecht* (1939) s. 239 ve müt. Macaristan hakkında da *K. Szladits*'in «Macar Harp Hukuku Yıllığı»ndaki mufassal izahatına bakınız (1918) s. 315 ve müt.

(15) Moratoryomların tasfiyesi hakkında bakınız: *J. Hamel*, *Revue trimestrielle du droit civil* 20 (1921) s. 374 ve müt. ve aynı ciltte *M. Barrault*, *La fin de la guerre et le retour progressif au droit commun*, s. 469 ve müt. ve bilhassa s. 521 ve müt.

(16) Bu Efez kanunu *R. Dareste*, *B. Haussoulier*, *Th. Reinach*, tarafından *Recueil des inscriptions juridiques grecques* I (1895) s. 30 ve müt. de ve *W. Dittenberger*, tarafından da *Sylloge inscriptionum Graecarum*'da neşredilmiştir. Bakınız; *J. Partsch*, *Griechisches Bürgschaftsrecht* (1909) s. 261 ve müt., 263; *L. Raape* farklı bir tefsirini *Verfall des griechischen Pfandes* (1912) s. 38 ve müt. de yapmıştır.

lere tatbik edilmezler. Bu gibi teslimi icabeden ve alacaklının günlük ihtiyaçlarına ve işine lüzumlu olan şeylerin tesliminin tehiri esasen bu gibi akidlerin gayeleri ile kabili telif olmaz. Akidler hukukunun can damarı — emniyet ve asayişin temeli — akidlerin ifası lâzım geldiği hakkındaki âmir prensiptir, «pacta sunt servanda», «akidlere riayet mecburidir» kaidesidir. Bittabi, bu kaide ödemin ifası mümkün olduğu nisbet ve derecede caridir. Eğer meselâ askerlik vazifesinin ifası veya teslimi icabeden maddelerin müsadere veya ithalinin men'i sebeble borçlu akdi ifa edemeyecek vaziyette bulunuyorsa, ödemin ifası beklenilmedik ve borçluya kabili isnad olmıyan bir takım hadiseler dolayısıyla imkânsız bir hale geldiğinden, borçlu borcundan kurtulmuştur. «Impossibilium nulla obligatio» «hiç bir kimse imkânsız bir şeyle mükellef olamaz».

Bu esas sulh zamanlarında olduğu kadar harp zamanlarında da caridir (17). Fakat bazen seferberlik veya harbin yarattığı ahval ve şerait dolayısıyla ve muhtelif fevkalâde tedbirlerin neticesinde birçok hallerde ödem — gerek maddenin fıkdanı ve işçi yokluğu veya fiyatların artması dolayısıyla — hakiki manada imkânsız bir şekle girmemekle beraber ifası son derece güç bir hal alır veyahut akitte tayin edilen mukabil bedel veya ivazla arasında büyük bir nisbetsizlik husule gelir. Umumiyetle tehlikeli devirlerde yapıldığı veçhile (18), akdin harp halinde feshedilebileceği evvelden derpiş edilmediği takdirde, akde mutlak bir şekilde itimad edilmesini talep eden hukukî emniyetin âmir istekleri ile bazen vaziyeti fevkalâde ağırlaşmış bulunan borçluya da yardım edilmesini talep eden hakkaniyetin istekleri arasında ağır bir ihtilâf meydana çıkar.

Her yerde aynı şiddetle ortaya çıkan bu müşküller, hukuk me-

(17) Harp ahval ve şeraitinin tevlit ettiği tabii veya fizik imkânsızlık halleri («natürliche Unmöglichkeit») hususunda Alman edebiyatında *Kegel - Rupp - Zweigert*'in yukarıda ismi geçen eserine (1941) bakınız: s. 44 ve müt., 52 ve müt.

(18) Akidlerdeki bu «Kriegsklausel» ler (harp kaydı) hakkında bakınız: *K. Kämpffe*, Die Bedeutung der Kriegsklausel'in Lieferungs verträgen, tez, Leipzig 1917; *Bibo*, Die Kriegs klausel des Lieferanten in der deutschen Kriegsrechtsprechung, tez, Greifswald. 1917; *H. Siber*, Die stillschweigende Krisgesklausel, in Gruchots Beiträge 60 (1916) s. 458 ve müt; *Ennecerus*.-. *Lehmann*, .Recht der Schuldverhältnisse (1932) § 40. IV; *Durand*, Des conventions d'irresponsabilité (1932). Ve son zamanlarda bilhas- sa *Kegel - Rupp - Zweigert*'in (1941) ismi geçen eserine bakınız: (Almanya için) s. 25 ve ve müt., (Fransa için) s. 243 ve müt., (İngiliz Amerikan hukuku hakkında) s. 322 ve müt.

todolojisiinde menfaat ihtilâflarının hukuki konstrüksiyonları şeklinde ifade ettiğimiz en mütenevvi vasıtalarla halledilmeye çalışılmıştır. Bu gibi hallerde, hukuk nizamının gerginliklerini hafifletecek subap vazifesini gören umumî kaidelere ve bilhassa hüsnüniyet esasına başvurulmaktadır (19). Fakat rasyonel şekle konmuş bir hukuk nizamının emniyetini temin sadedinde, ilmi metodlarımız daha az müphem ve daha sarîh prensipler istemektedir. Netekim Fransa'da belki de tamamen menfi bir manada, esbabı mücbire ve beklenilmeyen haller nazariyesine müracaat olunmuştur (20). Almanyada da bu neviden «borcun yerine getirilmesinin borçlu için fevkalâde bir mahiyet arzemesi» «Unerschwinglichkeit der Leistung» (21) ve «borcun yerine getirilmesindeki büyük müşkülât dolayısıyla borçlunun buna icbar edilememesi» «Nichtzumutbarkeit der Leistung» (22) ve yahut da akdin esaslî unsuru «Geschäftsgrundlage» (23) gibi

(19) Hukuk Gazetesinin 1940 tarih ve 41-42 sayısındaki «Hususi hukuktaki umumî esaslar» (makalenin başlığının «umumî esaslar» değil, fakat «umumî kaideler» = General Klauseln», clauses générales, şeklinde olması lâzımgelirdi) yazıma bakınız; aynı zamanda aşağıki konferanslarıma da bakınız: «Yabancı bir hukukun alınması ve benimsenmesi», Siyasal Bilgiler V. (1935) s. 10 ve müt., ve «Kanun ve İçtihad» (Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar serisi: 13, 1936) s. 8 ve müt. mukayese ediniz: J. W. Hedemann, Die Flucht in die General Klauseln (1933).

(20) Bakınız: *Planiol - Ripert*, *Traité pratique de droit civil français* VI (1931) No. 391 ve müt. (imprévision) ve VII (1931) No. 841 ve müt., bilhassa No. 843; *R. Demogue*, *Traité des obligations en général* VI (1931) No. 544 ve müt., Harp hususunda bilhassa No. 560-562, No. 632 ve müt.; *Serbescio* *Effets de la guerre sur l'exécution des contrats*, *Revue trimestrielle du droit civil* 16 (1917) s. 349. ve müt.; *Gueullette*, *Effets juridiques de la guerre sur les contrats*, tez Paris (1919); *G. Ripert*, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3 cü tabı (1935) No. 81-83. Son zamanlar hakkında *Kegel - Rupp - Zweigert'in* (1941) ismi geçen eserine bakınız, s. 224 ve müt., 252 ve müt.

(21) *Klang*, *Unerschwinglichkeit der Leistung* (1921).

(22) *H. K. Nipperdey*, *Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung* (1921).

(23) Türkiyede B. K. M. 24,4'ün hükmile («Grundlagenirrtum») bizim için tamamen yabancı olmayan bu mefhum Alman Doktrinine *P.Oertmann* tarafından sokulmuştur: *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff* (1921); Doktrininin bir hülâsasını *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft* II (1927) S. 803 ve müt. deki «Geschäftsgrundlage» yazısında yapmıştır. Aynı zamanda bakınız: *Locher*, *Geschäftszweck*, *Archiv für die zivilistische Praxis* 121 (1925) s. I ve müt.; *M. Plum.*, *Ein Praktischer Fall zur Lehre von der Geschäftsgrundlage*, *Archiv für die zivilistische Praxis* 130 (1929) s. 214 ve müt.

muhtelif namlar altında iktisadî imkânsızlığa (24) ve ödemin ifasının müfrit bir şekil almasına dair bir çok yeni nazariyeler kurulmuştur. İngilterede zımnî veya akde zımnen dahil farzedilen şartlar mefhumundan (implied condition) istifade edilerek, maalesef türkçeye tercümesine imkân bulamadığımız, «frustration» (25) nazariyesi tekâmül ve takviye ettirilmiştir. Burada bilhassa «clausula rebus sic stantibus» yani akdin ifası zamanında ona zımnen bağlı bulunan «ahval ve şeraitin değişmemesi» kaydından istifade edilmiştir (26). Gerek medenî hukuk gerek ticaret hukuku sahasındaki

(24) «Wirtschaftliche Unmöglichkeit»: bakınız, *Enneccerus-Lehmann*, *Recht der Schuldverhältnisse* (1932) § 41 II 1; *Kegel Rupp Zweigert*'in yeni eseri (1941) s. 71 ve müt.

(25) Harbin akidler üzerindeki tesirleri hakkında İngilizce yazılmış hususî eserler: *A. D. Mc Nair*, *Essays and Lectures upon somme legal effects of war* (Cambridge 1920) ve *Frustration of contract by war*, *Law Quarterly Review* 56 (1940) s. 173 ve müt.; *H. Campbell*, *The law of war and contract* (London 1918); *W. F. Trotter*, *The law of contract during and after the war*, 3 üncü tabı (London 1919). Akidler hukuku hakkında İngilizce treteler arasında bakınız: *Fr. Pollock*, *Principles of contract*, 9 uncu tabı (1921) s. 330 ve müt. *J. Salmond - P. H. Winfield*; *Principles of the law of contract* (1927) s. 307-309; *R. Sutton-N. P. Shannon* *On contracts*, 4 üncü tabı (1933) s. 231 ve müt. Amerikan etüdları: *J. M. Hall*, *The effect of war on contracts*, *Columbia Law Review* 18 (1918) s. 325 ve müt.; *E. M. Dodd*, *Impossibility of performance of contracts due to war - time regulations*, *Harvard Law Review* 32 (1919) s. 789 ve müt.; *Anon*, *Effect of war on contracts* 31 (1918) s. 640 ve müt.; *W. H. Page*, *Impossibility of performance due to war*, *Wisconsin Law Review* 3 (1925) s. 210 ve müt. Harp meselelerinin hallinde bilhassa «Conditon» (şart) ve «Frustration» mefhumlarının sureti istimali hakkında ecnebi lisanlarda: *Levy-Ulmann*, *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité en droit anglais*, *Annales de droit commercial*, (1921) s. 279 ve müt. 1922 s. 41 ve müt.; *Andreas B. Schwarz*, «*Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*» II (1929) s. 400 ve müt., 402 ve müt. «*Bedingung*» maddesi; *M. Rheinstejn*, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht* (1932) bilhassa s. 178 ve müt.; *Fritz - Reu*, *Die Unmöglichkeit der Leistung im anglo-amerikanischen Recht* (1932) s. 22 ve müt.; *Kegel - Rupp - Zweigert*, *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge* (1941) s. 292 ve müt.

(26) Büyük harpten beri canlanmış olan «*Clausula rebus sic stantibus*» meselesi geniş bir edebiyatın doğumuna sebep olmuştur: Türkiyede bakınız: *Samim Gönensay*, *Mukavelenin hâkim tarafından tâdil veya feshi*, Prof. *Cemil Bilsel'e* Armağan (1939) s. 159 ve müt. Alman edebiyatında bakınız: *Krückmann*, *Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel*, *Archiv für die zivilist Praxis* 116 (1918) s. 157 ve müt;

Leetz, *Die clausula rebus sic stantibus bei Lieferungsverträgen* (1919); *Reichel*, *Verträgrücktritt wegen veränderter Umstände* (1933); *J. W. Hedemann*, *Der Vertrag und die veränderten Umstände*, *Zeitschrift für Ausländischen*

borçlar mevzuuna ait olan ve harbin tevlit ettiği hukukî müşkülâ-tın kuvveti ile kabul edilen bütün bu ince doktrinler bir çok yollar-dan, en büyük ferasetle, çok nazik bir mesele teşkil eden, borçların hangi hatlardan sonra takip edilemeyeceğini tespit etmek gayesini güdüyorlar.

Hali hazırda mevzubahs olan bu doktrinler tamamen yeni ol-maktan uzaktır. Meselâ ancak ahval ve şerait aynı kaldıkça akdin borç tevlit ettiği hususundaki clausula rebus sic stantibus kaidesi geçen asrın mevzuatı için de yabancı değildi (27). Fakat umumî bir sulh ve sükûn devri olan XIX. cu asırda cemiyet ve iktisadın hu-kukî ideali, hukukî emniyetin, certainty of law, Rechtssicherheit'in temininden başka bir şey olmadığından geçen asırda bu nevi fikir-lere, ve mukavelenin kutsiyetini en hafif derecede olsun sarsabile-cek mahiyetteki bütün vasıtalara karşı derin bir itimatsızlık ve nef-ret hisleri mevcuttu (28).

En meşhur alman medeniyecilerinden biri olan ve muhafazakâr bir zihniyete sahip bulunan Windscheid (29), geçen asrın ortaları-na doğru belki de şartlar ve ihtimaller şeklinde tercüme edebilece-

und Internationales Privatrecht 12 (1939) s. 714 ve müt., bilhassa İtalyan doktrin ve içtihadları tetkik edilmiştir. İsviçre edebiyatında Zürih Üniversitesi doçentlerinde *K.Oftinger*, geçenlerde çok istifadeli bir yazı neşretmiştir: «Die Krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge (Von der sog. Clausula rebus sic stantibus)», Schweizerische Juristenzeitung 36 (1940) s. 229 ve müt., 245 ve müt. Federal Mahkemesi içtihadları ile İsviçre doktrininin bir hülâsasını ihtiva eden bu etüdün yakında türkçeye tercüme edileceğini ümit ediyorum; İsviçre edebiyatı, s. 229 notta zikredilmektedir. Avusturya edebiyatı aşağıdaki eserde gösterilmiştir: *A. Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I 2 § 353 not 1 (7 inci tabı 1920). Fransa ve İtalya hususunda bakınız: *G.Rippert*, La règle morale dans les obligations civiles, 3 cü tab (1935) No. 82 ve orada zikredilen eserler.

(27) Mukayese: *Leopold Pfaff*, Die Clausula rebus sic stantibus in der Doktrin (1898); *Oscar Tausch*, Die Clausula rebus sic stantibus in der gemeinrechtlichen Privatrechtstheorie des 18. Jahrhunderts unter Berücksichtigung der demaligen Gesetzgebung, tez, Münster Üniversitesi (1926); *G. Rippert*, Op. cit.

(28) Mütalâa ediniz: *Erich Kaufman*, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, 1911, bu eserde clausula'nın gerek hususî hu-kuktaki gerek devletler umumî hukukundaki muhtelif fonksiyon'ları izah edilmiştir.

(29) Pandektler hakkında çok ehemmiyetli üç ciltlik bir eserin müellifi bulunan *B. Windscheid*, (1817 - 1892) hakkında «Medenî Hukuk Dersleri» I (1935) s. 86 ile daha mufassal olan (basılmakta bulunan) «Roma Hukuku Dersleri» kitaplarına bakınız.

ğimiz ve hukukî muamelelerinin indî olarak bazı zımnî şartların mevcudiyetini tazammun ettirdiğini ifade eden «Voraussetzung» (30) nazariyesini kurmuştur. Windscheid'in müelliflerinden biri bulunduğu birinci Alman Medenî Kanunu projesi bu nazariyeyi her ihtimale karşı ihtiyatla kabul etmek istiyordu. Fakat büyük romanist Otto Lenel tarafından gösterilen kuvvetli mukavemet bu maddenin kabulüne mâni oldu, ve bu esas kanunda yer alamadı (31). Kanun tarafından müeyyidenecek olan bu gibi zımnî şartların, akidlerin borç tevhit edici kuvvetini kolayca sarsmasından korkuluyordu. Voraussetzung nazariyesinin leh ve aleyhine yapılan mücadelede Windscheid muarızlarına: «kapıdan atsanız bacadan girecektir» (32) şeklinde cevap veriyordu. Filhakika bu nazariye gizlice bacadan değil fakat umumî harbin hukuk nizamında anî olarak açtığı ve bilhassa paranın kıymetinden düşmesi gibi harp sonu iktisadî buhranlarının genişlettiği gediklerden büyük patırdı ile girmiştir.

Büyük harbin bu birinci derecedeki zaruretleri her yerde aynı ihtiyaçları ve aynı hal suretlerini tevhit etmiştir. Bununla beraber, kullanılan vasıta ve metodlar arasındaki farklar muhtelif millî hukuk psikolojilerinin hususiyetlerini enteresan bir şekilde meydana koymaktadır. Meselâ Fransa'da Temyiz mahkemesi harbin, akidelerin ifası bakımından bir esbabı mücbire teşkil edemeyeceği hususunda ısrar etmiştir. Bu vaziyetin önüne hakimler tarafından tanınan mehiller ve sınaî muhitlerinin mahsulü olup, harpten evvel yapılmış akidlerin feshedilebileceğini kabul eden ve Meclisler tarafından iki senelik bir tereddütten sonra 1918 de kabul edilen Faillot kanunu ile geçilmiştir (33). Almanyada içtihatlar daha seyyal (34) bir ma-

(30) *B. Windscheid*. Die Lehre des römischen Rechts von ders Voraussetzung (1850).

(31) *O. Lenel*, Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches), Archiv für die civilistische Praxis 74 (1889) s. 213 ve müt. 79 (1892) s. 49 ve müt. Roma pretörlerinin beyanmelerini toplamağa muvaffak olan meşhur âlim ve aynı zamanda mümtaz bir medenî hukuk hocası olan *O. Lenel*, hakkında «Roma Hukuku Dersleri» me bakınız: (Roma hukuku ilminin tarihçesi § ina).

(32) *B. Windscheid*, Die Voraussetzung, Archiv für die civilistische Praxis 78 (1892) s. 197.

(33) Bu prensiplerin Fransada geçirdiği tekâmül hakkında bakınız: *G. Ripert* La règle morale dans les obligations civiles, 3 cü tabı (1935) s. 143 - 159 ve orada zikredilen literatür (aynı zamanda 20 No. lu notta verilen izahata bakınız) Yeni olarak *Keigel - Rupp - Zweigert*, (1941) (12 No. lu notta zikredilen eser) s. 214 ve müt. Burada Faillot kanunu izah edilmiş ve aynı

hiyet arz etmektedir, hatta Avusturyada da daha ileri gidilmiştir (35). Bununla beraber her yerde merhametli olmaktan ziyade daha sert davranılıyor. Ancak akdin ifasının borçlu için yıkıcı bir mahiyet kesbettiği fevkalâde ahval ve şeraitte akidlerin kutsiyeti esasının sarsılması kabul ediliyor. Ancak bu gibi hallerdedir ki akdin feshe-dilebileceği kabul ediliyor. Veyahut da — bu da harbin ortaya attığı ve büyük buhran senelerinde istifade edilen bir vasıta — hakim akdi fesih yolu ile değil, fakat onu tâdil ederek, yeni ahval ve şeraite uydurmak suretile müdahale ediyor. Bu günkü totaliter devletlerde cari olan doktrinler de bu yollardan ilerlemekte ve alacaklıların menfaatleri ile borçluların menfaatlerini mümkün olduğu kadar telife çalışmaktadırlar. Netekim bu son harpte Almanyada, harbin akdi vecibeler üzerine tesirleri vâzi kanun tarafından muhtelif kararnamelerle ve aynı istikamette tanzim edilmiştir (36). Şunu da ilâve etmek isterim ki, Türk Medeni Kanunu elâstiki bunyesi ve bazı hususî hükümlerile — İsviçre emsalinin de isbat ettiği gibi (37) — mevzuubahs ettiğimiz meselelerin hallinde içtihatlarla, hakkaniyete

zamanda kanunun metni gösterilmiştir, s. 260 ve müt. Mevzuubahs kanun hakkında bakınız: A. *Wahl*, *Revue trimestrielle du droit civil* 17 (1918) s. 269 ve müt.

(34) Alman doktrin ve bilhassa içtihadları hakkında en geniş izahat bugün *Kegel - Rupp - Zweigert'in*, eserinde bulmaktadır. (1941) s. 18-212.

(35) Avusturya hukukunun vaziyeti A. *Ehrenzweig'in*, mükemmel kitabında hülâsa edilmiştir: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, (6 cı tabı) I 2 § 352 ve bilhassa V. 4. de büyük bir edebiyat zekredilmiştir. Yine Avusturyada 4 Nisan/1919 tarihli hususî bir kanun harp zamanında emtea teslimine mütaallik yapılan akidlerin ifası harpten mütevellit değişiklikler dolayısıyla âkid taraflardan bir için haksız bir zararı mucip oluyorsa, mukavelede hilâfı şart edilmiş olsa dahi, mahkemelere bu nevi akidleri fesih veya tâdil hususunda hususî salâhiyetler tanımıştır.

(36) Alman hukuk lisansı «akde yardım (hâkim vasıtasile)» manâsına gelen «*Vertragshilfe*» tâbirini yaratmıştır. Bu son harp esnasında Almanyada neşredilen üç mühim kararname bunu gerek maddî hukuk gerekse usul hukuku bakımından tanzim etmişlerdir. Metinleri *Kegel - Rupp - Zweigert*, *Op. cit.*, s. 370 ve müt. de neşredilmiş ve aynı zamanda muhtevaları mufassalan izah edilmiş ve evvelki hukukla mukayese edilmiştir, s. 152 ve müt.; aynı zamanda bu kararnameler hakkında geniş bir literatür de zikredilmiştir, s. 21.

(37) İsviçre hukuku da akidlerin bilhassa vadeli akidlerin tâdili imkânları yoluna gitmiştir. Bakınız: H. *Weber*, *Das richterliche Aenderungsrecht bei Dauerverträgen*, tez, Zürih (1924) ve K. *Oftinger'in* not 26) da zikredilen eseri.

uygun sureti haller bulmak hususunda emin hareket noktaları arz etmektedir (38).

2 — Şimdi tesbit ettiğimiz ikinci noktaya, doğrudan doğruya harbin hususî ihtiyaçlarının sebep olduğu değişikliklere gelelim. Bu sahada harbin büyük zaruretlerinin neticesi olarak bilhassa ferdi hakları tahdit eden bir takım kayıtlar mevzuubahs olmaktadır. Bir tarafından ferdi menfaat sahaları ve sübjektif haklar şeklinde ifade ettiğimiz serbesti ve selâhiyetlerle diğer taraftan bunları tahdit etmek isteyen kuvvetler arasında mevcut daima mütahavvil münasebetler, hukuk tarihinde muhtelif memleketlerin muhtelif devirlerindeki hukuk nizamlarını birbirinden ayıran bariz noktaları teşkil etmektedir. İşte harp de ferdi hakları takyid eden kuvvetlerin başında gelmektedir. Bu vaziyet ilk olarak amme hukuku sahasında kendini gösterir. Fakat biz şimdi bunu hususî hukuk zaviyesinden tetkik edeceğiz.

Bir kere, tam bir sulh devri olan XIX uncu asrın sonlarına doğru hususî hukukların ferdiyetçi karakterini gittikçe hafifleten ve içtimaî denilen bazı ihtiyaçlar insanların her anda vatanları için ölmeğe hazır buldukları harp devrinde kendilerini çok daha şiddetli bir şekilde hissettiriyorlar.

Bu sahada calibi dikkat olan ve moratoryom gibi zikrettiğimiz bazı hallerin haricinde kalan bir hadise de, şehir hayatının büyük içtimaî meselelerinden birini teşkil eden kiracıların himayesi meselesidir. Büyük harpde, bu sahada muhtelif memleketlerde mucirlerin hakları, evvelki devirlere nazaran çok şiddetli şekilde tahdidata maruz kalmıştır. Türkiyede de vaziyet aynı olmuştur, hatta halihazırda da, birazdan göreceğimiz gibi, vaziyet aynı merkezdedir (39).

Bununla beraber, millî varlığın müdafaası mülâhazası ile, hususî menfaatlerin mutlak bir şekilde devletin büyük menfaatlerine tâbi kılınması suretile medenî haklara, bilhassa âmme menfaati mü-

(38) Türk borçlar hukuku hakkındaki bu kanaatimin sebeplerini başka bir fırsatta izah edeceğim.

(39) 1914 harbinin icar akidleri üzerinde Fransadaki tesiri hakkında bakınız: *Planiol*, *Traité élémentaire de droit civil* II No. 1706 bis. ve ter deki hulâsa ile orada zikredilen bibliyografya. Almanya hakkında bakınız: *A. Nussbaum* *Das neue deutsche Wirtschaftsrecht*, 2 ci tabı (1922) s. 78 ve müt.; harp zamanı tedbirlerinden olan «*Mieterschutz*» («müstecirlerin himayesi») hakkında bakınız: *Enneccerus - Lehmann* *Recht der Schuldverhältnisse* (1932) § 126 a.

lâhazası ile, vaz edilen tahdidatın şümulü çok daha geniştir. İşte harbin hususî hukuk sahasında tevlit ettiği inkılâp da burada gözükmemektedir; netekim, bu gün harp bütün halkın toptan askere çağırılması, askerî, iktisadî, fikrî ve manevî kuvvetlerin hududsuz bir halde teksifi şeklinde küllî bir mahiyet arz etmektedir. Geçen senenin Mayıs ayında, harbin Fransa'da bütün şiddetle cereyan ettiği günlerde, İngiliz adliye nazırı Mr. Attlee burada bir serbesti memleketi olan ve liberal bir bünyeye sahip bulunan İngiltereden kasten bahsediyoruz — Avam Kamarasında şu sözleri söylemiştir: «hükûmetin eşhas ve emval üzerinde tam bir kontrole sahip olması lâzımdır. Bu selâhiyetlerin bugün bize tanınmasını talep ediyorum.». Bu bakımdan hududsuz denilecek kadar vâsi selâhiyetleri ihtiva eden kanun projesi de iki saat içinde kabul edildi.

Bütün devletlerde sayıları günden güne artan kanun ve karar-nameler, hususî hakların âmme menfaatine tabiiyetini temin eden vasıtaların başında gelmektedir. Bu harp mevzuatları, kısmî azamî itibarile, Harbi Umumî esnasında, serbest kuvvetlerin elinden alınıp tamamen devletin hizmetine âmade tutulmuş olan iktisadiyat sahasını tanzim etmektedirler. Böylece Harbi Umumî, bir çok devletlerde, o zamana kadar meçhul bir şiddet ve kuvvetle «plânli ekonomi» denilen iktisat şeklini meydana koymuştur. Böylece harbin tevlit ettiği hukukî meseleler, bu bakımdan, plânli iktisat sistemlerinin hususî hukuk müesseseleri üzerindeki tesirleri meseleleriyle birleşmektedir. Bu yeni ekonomi şekilleri umumî harbi takip eden senelerde o kadar taammüm etmiştir ki bugünkü harbin tevlit ettiği inkılâp 1919 ve müteakip senelerde mevzubahs olandan çok daha sathî olmuştur (40).

(40) Planlı ekonomi ile hususî hukuk arasındaki münasebetler hakkındaki muazzam edebiyattan ancak aşağıdaki eserleri zikrediyorum: *G. Ripert*, *Le régime démocratique et le droit civil moderne* (1936) s. 269 ve müt.; *P. Gieseke*, *Die Einwirkungen der Planwirtschaft auf die Institute des Privatrechts*, ile *H. Krause*, *Die Rückwirkungen der Planwirtschaft auf die Einrichtungen des Privatrechts*, her ikisi de «Rapports allemands présentés au II. congrès international du droit comparé à La Haye 1937» arasında *E. Heymann*, tarafından neşredilmiştir (Berlin 1937) s. 383 ve müt., 400 ve müt.; *A. Comment*, *Les atteintes portées au droit civil par des mesures législatives exceptionnelles*, ve aynı zamanda *K. Ottinger*, *Gesetzgeberische Eingriffe in des Zivilrecht*, her ikisi de «Actes de la Société Suisse des juristes» (fasc. 2 ve 3 1938, Bâle) de neşredilmiştir; *A. Egger*, *Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (1939) s. 52 ve müt.

Bu inkişafın iktisadî temellerini izah etmek bize düşmez (41), ancak bizim burada yapacağımız onun hukukî cihetini, bazı ana hatlarını çizmek suretile hulâsa etmektir.

Ananevî hususî hukuklar, kodifikasyonlarda buldukları şekillerinde, modern devletlerin ekseriyesinde olduğu gibi Türkiyede de, liberal bir karakter arzutmekte ve bazı esaslı serbestilere dayanmaktadır: bunlar mülkiyet, akid — ve bilhassa Türk ve İsviçre kanunlarında büyük bir mevki işgal eden — şahsiyet serbestileridir (42). Bütün bu serbestiler harp zaruretleri karşısında en derin takyidata maruz kalmış bulunmaktadır.

Mülkiyet bahsinde bu serbesti, Türk Kanunu Medenisinin 618 inci maddesinin ihtiva ettiği elâstiki formül ile: «bir şeye malik olan kimse, o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir» şeklinde ifade edilmiş bulunmaktadır. Görülüyor ki, burada merkezi siklet serbestidir; halbuki, tabii hukuk rasyonalizminin ve Fransız ihtilâlinin neticesi olan ve malikin mutlak hakimiyetine inanan temayülü ile Fransız Kanunu Medenisi tamamen başka bir çehre arzutmektedir. Halbuki bizim kanunu medenimizde bu takyidat mülkiyetin özüne merbut farzediliyor ve çok elâstiki bir mahiyet arzeden «kanun dairesinde» kaydı bütün imkân ve ihtimalleri ihata ettiğinden bu maddenin manası bugün Türkiyede 1941 senesinde kabul edildiği şekilde, İsviçre Kanunu Medenisinin yapıldığı 1907 senesindeki manaya nazaran tamamen farklıdır. Sulh zamanında, İsviçrede olduğu gibi Türkiyede de gerek hususî hukuktan mütevellit gerekse askerî menfaatler mülâhazası ile vazolunanlar gibi âmme hukukundan mütevellit bir çok tahdidat vazedilmişti (43). Harbin hususî mülkiyete koyduğu kayıtların ne derecede arttığı hakkında bir fikir edinmek için Millî Korunma Kanununa ve ona müsteniden şimdiye kadar yapılmış ve yapılacak olan kararnamelere bir göz atmak kâfidir. Her şeyden evvel âmme

(41) Bu bakımdan bilhassa bu konferanslar serisinde Prof. *J. Dobretsberger*'in «İktisat ve harp» mevzulu konferansına atıf yapıyoruz. Mevzua giriş olarak *G. Briets*'in, «Handwörterbuch der Statswissenschaften» IV (1823) s. 984 ve müt. deki «Kriegswirtschaftslehre und Kriegswirtschaftspolitik» yazısı; *P. Wiel*, *Krieg und Wirtschaft* (1938); *A. Lampe*, *Allgemeine Wehrwirtschaftslehre* (1938).

(42) Bakınız: *K. Ottinger*, *Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur*, *Schweizerische Juristen - Zeitung* 37 (1941) s. 225 ve müt., 241 ve müt.

(43) Bakınız: *R. Haab*, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch IV 1 (Sachenrecht)*.

hukukunun istimlâk yolu ile hususî mülkiyeti derin şekilde haleldar ettiği göze çarpmakta hattâ bu tedbirler yalnız gayrı menkuller için değil aynı zamanda menkuller için de mevzuubahs olmaktadır. Bundan başka, daha yeni mahiyette olan bir tedbire de rastlanıyor ki, bu da bazı mallara elkoyma, vaziyet etmedir. İlk defa olarak Harbi Umumî esnasında ortaya çıkan bu tedbirin tekniği o kadar büyük mikyaslarda inkişaf ettirilmiştir ki, o zamandanberi modern harp iktisadiyatının bütün sahalarında kullanılan esas bir vasıta halini almıştır (44). Bu elkoyma, istimlâkten farklı olarak birinci derecede bir tedbirdir, maliki mallarından mahrum etmez, ancak bununla büyük sınaî istihsali ve iâşe gayeleri göz önünde tutularak iptidai madde stokları temin edebilmek için malikin malları üzerinde tasarruf serbestisi kaldırılmaktadır. Türkiyede de bu tedbire Milli Korunma Kanunu geniş bir mevki vermekte ve bu memleketin iâşesini temin gayesile bilhassa hububat hakkında istimal olunmaktadır. Mevzuattaki müsbet hükümlere gelince, bunlar şekle sadakatten ziyade iktisadi ihtiyaçları göz önünde tuttuklarından bazı hallerde bu tedbirlerin mahiyetleri hakkında şüphe ve tereddüdlere ortaya çıkmaktadır ve — istimlak, elkoyma, müsadere ve zapt gibi — mülkiyeti takyit eden muhtelif tedbirler arasındaki münasebetlerin ilmi şekilde tetkiki Türkiyede harp iktisadiyatının günlük meselelerinden birini teşkil etmektedir.

Akid serbestisine gelince, bu da Borçlar Kanununun 19 uncu maddesile, mülkiyette olduğu gibi tamamen elastiki bir şekilde tanınmıştır. Mevzuubas maddeye göre «bir akdin mevzuu — işte burada da aynı kayda tesadüf ediyoruz — kanunun gösterdiği hududlar dairesinde serbestçe tayin olunabilir». Bu şekilde mevzuubahs hududların istenildiği kadar daralıp genişletilmesi hususunda bütün

(44) Bakınız: Birinci büyük harbin bidayetinde alman iktisadiyatının tanzimi bakımından hususî meziyetleri görülmüş alman sınaici ve muharrirlerinden *W. Rathenau*'nın, «Deutschlands Rohstoffversorgung» (1916) adlı konferansı. Harp dolayısıyla el koyma hususundaki hukuk nazariyesi bilhassa *H. Lehmann*, tarafından tekâmül ettirilmiştir: *Die Kriegsbeschlagnahme als Mittel der Organisation der Rohstoff und Lebensmittelversorgung* (1916). Bundan başka harp ekonomisinin hukukî şekilleri hakkında başlıca monografi:

E. Heymann. *Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts* (1921); *J. Scharp*, *Rechtsbegriffe der Kriegswirtschaft*, «Kriegswirtschaftliche Jahresberichte 1936» (*K. Hesse*, tarafından neşredilen) de ve aynı zamanda *J. W. Hedemann*'ın hülâsasına bakınız, *Deutsches Wirtschaftsrecht* (1939) s. 430 ve müt.

imkânlar açık bırakılmıştır (45). Nitekim bunlar harp dolayısıyla son derece daralmışlardır.

Akid serbestisi her şeyden evvel akdin mevzuunu tayin hususundaki hürriyeti tazammun eder. Harp zaruretleri bu serbestiyi de en derin şekilde ihlâl etmişlerdir. Bazı misaller zikredelim. Bir taraftan fiyatlar tahdit edilmiştir. Sayısız kararnameler fiyatları, yani müşterinin ödemeni tesbit ve tahdit etmekte ve yükselmesine mâni olmaktadır. Fiyatlar hakkında vazedilen ahkâm, bu metodların henüz yeni ve tecrübe edilmemiş bulunduğu Umumî Harpte, hayat kuvvetleriyle hukuk kuvvetleri arasında muazzam bir mücadele manzarasını arz ediyordu (46). Diğer taraftan da bir çok gıda maddelerile diğer bazı eşya hususunda muharip devletlerle harp harici devletlerin bir çoğunda tatbik edilen ve Türkiyede mevcut olmayan, vesika usulü gibi bayiin ödemine müteallik kayıtlar da mevcuttur. Bu gibi kayıtlar, daha mahdut bir şekilde kira ücretlerinin tahdidi suretile, kiracıların himayesi hususunda da mevzuubahs olmaktadır.

Fakat, akid serbestisi yalnız akdin mevzuunu tayin etmek hürriyetinden ibaret değildir, bu aynı zamanda akdi yapmak veya yapmamak, âkid tarafları serbestçe seçebilmek ve uzun vadeli borçlarda akdi feshedebilmek salâhiyetlerini ihtiva eder (47). Sulh zamanında da bazı kayıtlar altında bulunan bu serbestiler, harp iktisadiyatı tarafından âzamî şekilde takyit edilirler. Nitekim bu hususta, mahsulün Toprak Mahsulleri Ofisine satışı hususunda mecburî akidleri, Millî Korunma Kanununun mer'iyette kaldığı müddetçe mucirlerin şahsî ihtiyaçları mevzuubahs olmadıkça müstecirleri mecurdan çıkaramıyacaklarına dair hükümleri ile, mecburî sivil hizmetlerde büyük bir ehemmiyet kazanmış olan ve topyekûn harbin vazgeçemeyeceği mecburî hizmet akidlerini hatırlatmak kâfidir. An-

(45) Bak: Benim Medeni Hukuk Dersleri II (Borçlar hukukunun umumî nazariyeleri) (1935), s. 204 ve müt.; ve G. Ripert, le régime démocratique et le droit civil moderne (1936) s. 269 ve müt.

(46) Bakınız, G. Ripert, ismi geçen eser, s. 289 ve müt. Alman hukukunun birinci dünya harbindeki vaziyeti hakkındaki malûmat için: A. Nussbaum, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht 2 nci tabı (1922), s. 24 ve müt. yeni olarak: J. W. Hedemann, Deutsches Wirtschaftsrecht (1939), s. 90 ve müt.; 244 ve müt. ve bugünkü harp hakkında s. 434 ve müt. Bundan maada fiyat hukuku da hususile geniş bir hukuk ve iktisat literatürü doğurmuştur.

(47) Bu mevzuda başlıca monografi: H. C. Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktiertes Vertrag (1920).

cak şunu ilâve edelim ki, bu son halde, akid serbestisine vazedilen kayıtlar, himayesi Kanunu Medenimizin hususiyetlerinden birini teşkil eden, şahsî hürriyeti tahdit eden kayıtlarla birleşmektedir.

Böylece harp zaruretleri neticesinde akidlere itimat, akid serbestisi, mülkiyet mefhumu gibi hususî hukukun bir çok esasları sarsılmış bulunmaktadır. Müsaade ederseniz, mevzuumuza harp hukuku ile umumî hukuk inkişafı arasındaki münasebetler hakkında bir kaç nokta ilâve edelim. Burada bilhassa üç ehemmiyetli noktai nazar mevzuubahstir: bunlar bu inkişafın devletçi, iktisatçı ve ferdiyetçi olmıyan bir mahiyet arzemesidir.

a) Büyük harptenberi calibi dikkat olan bir hâdise de, muhtelif hukuk sistemlerinde «iktisat hukuku (48)» denilen bir unsurun meydana çıkması ve gittikçe genişliyen bir mevki işgal etmesidir. Bu da harbin neticesinde hukukun, bütün iktisadî sahalarla meşgul olması ve şimdiye kadar iktisadî münasebetlerin temellerini teşkil eden medenî hukuk ve ticaret hukuklarının eski ve dar çerçevelerinde yer bulamamış olan ve muğlâk bir mahiyet arzeden bir çok yeni müesseseler kurmuş olması ile izah olunabilir. İşte bunun neticesinde de hususî bir nizama ihtiyaç hâsıl olmuştur. Bununla beraber burada tamamen yeni bir ihtiyaç karşısında bulunduğu zannedilmemelidir. Çünkü hayatla hukuk arasında daimî bir yarış mevcuttur ve bu bakımdan da hayat ve iktisat aynı şeyi ifade etmektedirler. Bu yarışta bazan hayat iktisadî ihtiyaçları otomatik bir şekilde karşılamak suretile öne geçtiği gibi, bazan da hukuk önde gider. Her iki halde de gerek anî olarak meydana gelen inkişafın, gerek kanunî tedbirlerin tesiri ile yeni bir takım iktisadî hâdiseler meydana çıkmaktadır ki, hukuk ilmi bunları kavramak mecburiyetindedir. Meselâ Roma hukuku tetkikatında yalnız hukukî kaynaklarla iktifa etmeyip, Mısır'daki Roma devrine ait papirüs yığınları gibi iktisadî ve içtimai hayatın kaynakları da derinleştirildiği zaman, hayatın bir çok noktalarda hukuk tarafından henüz kabul edilmemiş ve kavranmamış olan yeni iktisadî vasıtaları ortaya koymak suretile hukuku, nasıl geride bıraktığı kolayca görülebilir (49). Devrimizde de vaziyet aynı olmuştur; meselâ liberal ekonomi birdenbire karteller, sendikalar ve kollektif mukaveleler gibi

(48) Bu Almanya'da «Wirtschaftsrecht» tesmiye olunur. En yeni terkibi eser: J. W. Hedemann, Deutsches Wirtschaftsrecht. Ein Grundriss (1939), s. 16 ve müt. de umumî bibliyografya mevcuttur.

(49) «Papirüs araştırmaları ve hukuk ilmi» konferansına bakınız, Üniversite konferansları, 1935-1936, s. 67 ve müt.

bazı müesseseleri, bunlar daha mevzuata girmeden, ortaya atmıştır. İşte bu gibi hâdiseler, büyük harpten evvel bazı iktisat hukuku tecrübelerine sebep olmuştu. Umumi Harptenberi, mevzuubahs olduğu gibi, hukukun, hayatın iktisadi kuvvetlerini önlediği, kavradığı ve bazan da fevkalâde ve beklenilmedik şekillerde tanzim ettiği devirde böyle bir iktisat hukukuna dair olan ihtiyaç günden güne kendini kuvvetle hissettirmektedir. Bütün şüphelere, dermeyan olunabilecek bütün tenkidlere ve henüz çok yeni ve olgunlaşmamış cereyanları kaplıyan karanlıklara rağmen, mevcut eski müesseseler şaşırtıcı bir sür'atle ilerliyen yeni inkişafa uymadıkça, ortada plânlı bir iktisat sistemini icap ettiren zaruretlerin mevcudiyeti inkâr olunamaz.

b) Bundan başka harp hukukunun müesseselerini kollektivist bir gaye dahilinde vazetmekle, ferdiyetçi olmıyan bir karaktere sahip olduğunu söylerken, devrimizin büyük Leitmotivs'lerinden birine temas etmiş oluyoruz. Burada bütün tarihin seyrince, asırlardanberi birbirini takip eden ve hiç bir zaman birbirlerini ortadan kaldıramıyan zıd cereyanlar mevzuubahs olmaktadır. Bu cereyanların nisbet ve vüs'ati daimî bir hareket halindedir. Hususî hukuk sahasında da vaziyet aynıdır. Modern zamanlarda Roma hukukanun leh ve aleyhindeki mücadelede, Roma hukuk nizamının fazlaca ferdiyetçi bir sima arzettiği bazan iddia olunmuş ise de, bu hukuku muvazene halinde tutan hukuk harici bir çok kuvvetler nazarı itibara alınmamıştır (50). Aynı şekilde de cermen milletlerinin hukuklarının bu bakımdan farklı bir karakteri olduğu da iddia edilmiştir. XIX uncu asrın hukukları, kodifikasyonlarda mevcut şekillerinde, bu cereyanların tevlit ettiği sallantılar esnasında, devrin umumi temayüllerine uygun olan ve tabii hukuk rasyonalizminden mülhem mutlak ferdiyetçi bir karakter arzetmişlerdir. Muhalif cereyanlar, zayıfların kuvvetlilere karşı himayesi gayesini güden içtimai hareketler şeklinde ortaya çıktılar (51). Fakat mukavemet kuvvetli idi. XIX uncu asrın sonlarına doğru Avusturyada sosyalist hukukçu Anton Menger ve Almanyada, hukuk tarihi seyrinde ferdiyetçi ve kollektivist kuvvetlerin çarpışmasını çok derin bir vukufu tetkik eden büyük âlim Otto von Gierke, hususî hukuktaki

(50) Meselâ, M. Kaser'in yeni konferansı: *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung* (Recht und Staat in Geschichte and Gegenwart 126), (1939).

(51) Bakınız: G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne* (1936), s. 205 ve müt.; A. Egger, *Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (1939), s. 23 ve müt.

sosyal vecibelerden bahsettikleri ve Alman Medenî Kanunu projesini tenkit ettikleri zaman, tamamen yeni bir takım fikirler karşısında kalınmıştı (52). Bunların tesirleriyle Alman Medenî Kanununa bir kaç sosyal fikir girmiş ise de, bunlar çok azdır. Mevzuubahs kanun, sonraları İsviçre Medenî Kanununun yaptığı gibi, umumî şahsiyet prensibi ile son zamanlarda fazla kullanılan hakkın suistimali prensibini kabul etmekten çekinmişti. İsviçre kanunu ise sosyal zihniyeti ile ferdiyetçiliğin itidali yolunda ehemmiyetli bir terakkiye işaret eder (53). Sosyal bir zihniyetle hareket eden Türkiye Cumhuriyetinin de bu kanunu kendi bünyesine bilhassa uygun bularak, seçmesinin bir sebebi de budur. Fakat bu inkişaf seyrini de harp altüst etmiştir. Çetin mücadele seneleri içinde milletler, bilhassa mülkiyet gibi ferdi telâkki edilen bir çok hakların cemiyetin müşterek gayelerine hizmet etmek mecburiyetinde olduğunu öğrenmişlerdir. Zamanla hususî hukukun bütün esas mefhumları sarsılmış ve bunların temelleri meselesi yeniden ortaya çıkmıştır. Nitekim ana mefhumlardan biri olan sübjektif hukuk mefhumu da gittikçe yersiz görülüyor ve vazife ve vecibe mefhumuna bağlanmak isteniyor (54). Mülkiyet ve akidler gibi ferdiyetçi hususî hukukların bel kemiğini teşkil eden mefhumlar için de aynı vaziyet mevzuubahs olmaktadır (55). Meşhur fransız mütefekkir ve hukukçusu Duguit'nin büyük ehemmiyetine rağmen, yeknazarda gayet garip gözükten anti-endividüalist nazariyelerine bir çok noktalarda temas eden yeni doktrinler ortaya çıkıyor (56).

(52) Mevzuubahs olan bilhassa aşağıki eserlerdir: Anton Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* (1890), *Über die Sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 2 nci tab'ı (1905); O. Gierke, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889), ve «Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und des deutsche Recht» (1889), s. 23 ve müt.

(53) Bakınız: A. Egger, op. cit. (1939), s. 104 ve müt.

(54) Bilhassa bakınız: K. Larenz, *Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, «Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft» (1935) da, ve aynı zamanda «Deutsche Rechtswissenschaft» I (1936) adlı alman hukuk mecmuasının ilk sayısında neşredilen muhtelif etüdler.

(55) Bu hususta A. Manigk, in *Neubau des Privatrechts. Grundlagen und Bausteine* (1938), kritik eserine bakınız.

(56) Léon Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (1920). Bakınız: Fr. Gény, *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit*, *Revue trimestrielle du droit civil* 21 (1922), s. 779 ve müt.

c) Nihayet harbin tevlit ettiği hukuk tekâmülünün devletçi bir cereyana göre meydana geldiğini söylemekle, hususî hukukun tedricî bir şekilde âmme hukukuna tâbi kılındığından bahsetmek istiyoruz. Hususî hukukla âmme hukuku da asırlardanberi devam edegelen ve fertlerle devlet arasında münasebetlerde göze çarpan bir mücadele halinde bulunmaktadır. Devlet kuvvetlendikçe hususî hukuk da, âmme hukuku tarafından massolunuyor (57). Devletin cezaî fonksiyonlarının bidayette hususî hukuk fonksiyonları olduğu hatırlatılırsa, vaziyet daha iyi anlaşılmiş olur. Roma hukuk tarihinin en cazip kısımlarından biri de bidayette tamamen hususî mahiyette olan usulü muhakemenin, zamanla devlet tarafından tanzim edilen bir usulü muhakeme şekline inkılâbıdır (58). Modern aile hukuku sahasında da böyle bir devletçiliğe doğru gidiş görülmektedir: evlenme, boşanma, evlât edinme, baba kudreti ve vesayet muhtelif şekillerde âmme otoritelerinin kontrol ve müdahalesine girmektedir. XIX uncu asrın medenî kanunlarında bu müesseseler medenî hukukun diğer müesseselerine nazaran âmme hukukuna daha yakın bir karakter arz etmektedir (59). Sosyalist doktrinler, âmme hukukunun iktisadî münasebetlere hâkim olacağı bir günün geleceğini tahmin etmişlerdi (60). Umumî harbin zaruretleri bu tekâmülü tesri etti. Gerek sulh gerek buhran ve harp zamanları için ortaya çıkan plânlı iktisat sistemleri de hep bu yoldan gittiler. Mamelek, borçlar, şirketler ve eşya hukukunun tamamile hususî mahiyetteki fonksiyonları bir çok münasebetlerde idare hukuku fonksiyonları şeklini iktisap etmektedir. Harp sahasında bu noktai nazar bir harp ekonomisinin tanzimi meselesini ortaya atmakta ve muhtelif devletler eskiden olduğu gibi, bugün de, teşkilâtlarının hususî şirketler veya muhtelit bünyeli şirketler ve yahut da tamamen âmme hukuku organları yolu ile işlemesi bakımından, aralarında derin farklar arz etmektedir (61).

(57) Bakınız: Benim Medenî Hukuk I, §. 1 (basılmaktadır).

(58) Bakınız: Benim «Roma Hukuku Dersleri» I kitabım.

(59) Aile hukuku derslerimin giriş §'ine bakınız.

(60) Bakınız: *Anton Menger*, *Neue Staatslehre*, 2 nci tabı (1904), bilhassa s. 75 ve müt.

(61) Bakınız *E. Heymann*, *Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts* (1921); *J. W. Hedemann*, *Der historische Wert der Studien Ernst Heymanns zum Recht der militärischen Kriegswirtschaft*, *Festschrift* (Armağan), *Ernst Heymann* (1940), II, s. 1 ve müt. de.

Mevzuumuza nihayet vermek icap ediyor. Bu harp zamanlarının ortaya koyduğu müesseselerinin hangilerinin yaşayacağı şimdiden tahmin edilemez. Siz genç arkadaşlarım, belki bunu bir gün göreceksiniz.

Beşeriyet tarihi, bazan birbirini takip eden uzun bir harp serisi olarak tezahür eder ve bazı müelliflerin bu görüş tarzını mübalâğa etmiş olmalarına rağmen, harplerin milletleri kâh yükselttikleri kâh uzun zaman için veya ebediyen ortadan kaldırdıkları şüphesizdir. «Harp her şeyi doğurur». Bir bakımdan bu mülâhaza hukuk sahasında da varittir. Bununla beraber hukuk tarihinin sahifelerini karıştıracak olursak, milletler arasında mütemadi mücadelelerin bilhassa hukuk sahasında fazla yaratıcı fonksiyonları olmadığını görürüz. İstikbalin hukuk tarihçisi, devrimizi ağılebi ihtimal başka tarzda görecektir. Yirminci asrın ilk yarısındaki muazzam harplerin, mukaddem devirde baş göstermiş olan bazı nüvelerin esash inkişafını husule getirmek veya tesri etmek hususunda büyük bir rol oynadıklarını söyleyecektir. Ve dünyanın muhtelif devletlerini nazarı tetkikten geçirirken, dünyanın bir yerinde asırlardan beri ilk defa olarak hürriyet fikrini tahakkuk ettirmeğe ve içtimai bir ideale büyük bir yer ayırmış olan ve memleketine devletçi bir bünye vermeğe muvaffak olan yeni Türkiye, önünde, Kemal Atatürk ve İsmet İnönü'nün Cümhuriyeti önünde hiç şüphesiz tevakuf edecektir. Bugün mevzuubahs ettiğimiz birbirine zıd iki cereyanı mes'ut bir şekilde telif etmeğe ve bu esas üzerine kısa bir kaç sulh senesi içinde fevkalbeşer başarılar kurmağa muvaffak olan yeni Türk devletinin, medeniyetin bugünkü nesilleri sürükleyip götüren fırtınalarından, sağlam ve kuvvetli bir şekilde çıkmağa muvaffak olacağından eminiz.

Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz

Tercüme eden :

Türkân Basman