

HUKUKTA MÜCERRETLİK VE MÜŞAHHASLIK (*)

André Rouast

Paris Üniversitesi Profesörlerinden

Hukuk, umumiyetle, bilhassa mücerret vasıf arzeden bir mevzu olarak telâkki edilmektedir. Bu telâkki, evvel emirde umumî kaideler koyan ve muhtelif hukukî muameleleri mücerret bir şekilde izah eden kanun ve kodların arzylediği vaziyetten ileri gelmektedir. Bu husus hukuk tedrisatına ait metodların tetkiki ve hukuçular tarafından yazılmış ilmî eserlerin mütalâası ile de teyit olunmaktadır: talebelere hukukun umumî esasları tedris edilmekte, kanunlar ve bunların mahkemeler içtihadınca nasıl tefsir olundukları izah olunmaktadır; bütün bunlar şematik bir karakter arzede ve Profesörün verdiği misallerde şahıslar A, B, C, karakteristik isimlerini taşımaktadırlar. Bunlar her türlü şeniyetten muarra bir âlemde hareket eden farazî şahsiyetlerdir. Eserlere gelince, bunların geçen asırda intişar etmiş olan en meşhurları kodların sadece mücerret bir tefsirinden ibaret kalmışlardır ve eğer yeni treteler mahkeme içtihadlarını tahlil ediyorlarsa bunun sebebi mezkûr içtihadların umumî hatlarını tebarüz ettirmek onlarda «prensip kararlarını», teşriî metinleri ıslah edecek veya tamamlayacak mücerret kesin formülleri aramaktır.

Hukukta mücerret kaidelerin mevcudiyeti şüphe götürmez ve bunların faidelerini inkâr mevzubahs olamaz. Eğer hukuk nısfet yardımıyla ortaya konacak hal tarzlarından ibaret olsaydı keyfilik ile meşbu bulunacak ve içtimaî hayata muhtaç olduğu emniyeti veremeyecekti. Sırf nısfetin mutalariyle hüküm verecek hâkimler hata etmek tehlikesine maruz kalacaklardı: bazılarında doğru gözüken bir hal tarzı diğerince adaletsiz telâkki olunabilir. Nazarî bakımdan, hukuk meselelerinin müşahhas hal tarzları bu meselelerin mücerret tarzı hallerinden daha mükemmeldir. Fakat insanlar ara-

(*) André Rouast : L'Abstrait et le concret dans le Droit (Cahiers de la nouvelle journée. No.9).

sında, adalet hissinin tekâmülündeki noksanlık o derecededir ki, ekseriya müşahhas bir hal tarzının husule gelmesine sebebiyet verebileceği mutlak bir adaletsizliğe düşmek ihtimalini göze almaktan ise mücerret bir hal tarzının meydana koyacağı takribî adaleti kabul etmek müraccah olur. Bu keyfilik tehlikesinin mübalâğalı olup olmadığını tesbit için insan münasebetlerinde emniyeti temin zaruretini nazarı itibare almak lâzımdır: önceden bilinen bir hal tarzı, pek iyi olmasa dahi, ekseriya içinde istikbali nazarı itibare almaya mecbur olunan işler hakkındaki meçhuliyete tercih olunur. Emniyet ihtiyacı muayyen bir sabitliği ve binnetice hukuk kaidelerinin muayyen derecede mücerret yeknasaklığını âmirdir.

Fakat bu mücerret karakter mübalâğa olunmamalıdır. Filhaki-ka hâkim sırf nısfete göre hüküm vermeye mezun olmamakla beraber bir davada nısfet mülâhazaları, ve fiil ve hâdiselerin müşahadesinin ne kadar ağır bastığı malûmdur. Vazı kanun hâkimi sıkı bir surette bağlamamıştır, hemen daima, verilecek kararda müşahhas hal ve şartların takdirine geniş bir yer bırakmaktadır; bilhassa muamelelerinin neticelerini tanzim hususunda fertlere geniş bir salâhiyet vermektedir. Müşahhas şeniyetin de hukukta geniş bir sahası vardır. Hukuk eserlerinin mütalâasında bunun farkına varılmaz, çünkü bu eserler müteaddit hallere tatbik olunabilecek, yani mümkün olduğu kadar umumî, hal tarzlarını vermeğe çalışmaktadırlar. Hukukun tedris şekline gelince bu muhtevası hakkında yanlış fikirlere sebebiyet vermemelidir. Fransız pedagojisi umumî esasların tedrisi ile işe başlar ve sonra hukuk kaidelerini mücerret bir şekilde arzeder çünkü bizim düşünce tarzımız bu metodu takip etmemize müsaittir. Bu tedris usulü mümkün olan yegâne usul değildir; Amerikada Profesör, talebelerin hukukî düşünme tarzlarını, onları Casses'lar üzerinde çalıştırmak suretiyle, teşkil ve tekâmül ettirmeye çalışmaktadır (1); Almanyada da ekseriya müşabih tarzda çalışma usulleri tatbik olunmaktadır (2), hattâ, Fransada aslî dersler, konferans çalışmalarında müşahhas hâdiselere müteallik etüdler yaptırılmak suretiyle tamamlatılmağa gayret olunmaktadır (3).

(1) Bu usul için bak. P. Lepaulle. Le système du «case» et la methode socratique dans les écoles de droit américaines. (Rev. de l'enseign. supérieur, 1920).

(2) A. Rouast, La méthode allemande des exercices pratiques dans l'enseignement du droit (même rev. 1909).

(3) Bak. Espèces choisies emprunté à la jurisprudence, par un groupe de professeurs, Paris, lib. Dalloz, 1924.

Müşahhas şeniyetin hukukta yeri var; mücerret hükümlere nisbetle ehemmiyeti nedir? işte etüdümüzün mevzuu bunu araştırmaktır. Sonra bu müşahhas unsurların ne nevi bir ilmî çalışmaya müsait olduklarını tetkik edeceğim.

I

Müşahhas ve mücerretliğin nisbî ehemmiyeti

Müşahhas ve mücerretliğin nisbî ehemmiyeti meselesi, müesseseler hukuku, bir hâdisenin hukukî neticelerini tayin yahut, nihayet, hukukî tasarruflar mevzubahs olunduğuna göre ayrı ayrı tetkik olunmalıdır.

A) *Müesseseler*. — Nouvelle journée'nin okuyucuları — hukukçuların üzerinde mâlik buldukları az farklı telâkkiler dolayısıyla — kavranması bazan bir az müşkül olsa da müessese mefhu miyle evvelden ünsiyet peyda etmişlerdir (4). Burada müessese, içtimaî hayatın, aynı hedefe müteveccih hukuk kaidelerinin heyeti umumiyesinden mürekkep, taazuvu manasında anlaşılmalıdır. Müesseseler insan faaliyetlerinin çerçevesini teşkil ederler. Bunların büyük bir kısmı kanunî ve hattâ ekseriya tabîî bir karakter arz ederler: Devlet, aile, mülkiyet müesseseleri gibi. Diğer bazı müesseseler hususî bir karakterdedirler, şirket, cemiyet ve tesislerde olduğu gibi. Bunlardan bazıları manevî şahsiyeti haiz hakikî taazzuvalardır. Diğerleri ise sadece hususî faaliyet ve teşebbüsleri hudutlayan kaidelerden ibarettir. Menşe'leri, ister kanunî ve ister hususî olsun, ister tam taazzuvalardan ister sadece kaide guruplarından mürekkep bulunsunlar, müesseseler daima insan faaliyetinin çerçevesini teşkil ederler, ve binnetice menşe'lerinin âmmevî yahut hususî oluşuna nazaran ve vatandaşların heyeti umumiyesini veya bunların mahdut bir kısmını ilgilendirdiklerine göre az veya çok mütebariz bir umumî karaktere mâliktirler. Bu umumîlik müesseselere müteallik kaidelere mücerret bir vasıf verir. Bu vasıf kanunî müesseselerde bilhassa zahirdir. Kanunî müesseseler hal ve şartlar ne olursa olsun herkese tatbik edilecek kaidelerden müteşekkildirler. Vesayet altındaki kimselerin manevî ve maddî vaziyeti ne olursa olsun vesayet müessesesi aynı olmakta devam eder. Babalık hak ve salâhiyetlerinde de vaziyet böyledir. Evlenme de daima aynı neticeleri husule getirir,

(4) M. M. Hauriou ve Cuhe'un 4 üncü cahier'deki makaleleri. Cp. M. Cuhe'un Semaine sociale de Lyon, 1925 deki tetkiki.

evlenmemek fertlerin elinde ise de bir kere o kapıdan geçtiklerinde artık bu hususa teallûk eden kaideleri değiştiremezler: ne mirasçıların şahsî sıfatlarını ve ne de servetin ehemmiyetini nazarı itibara almağa lûzum olmaksızın mahfuz hisse kaidesi fûruğu ve çocukları olan vasiyetçilere kendini kabul ettirir. Müruru zaman, otomatik bir şekilde olmasa da hiç olmazsa hâkimin dikkate değer halleri nazara almasına imkân vermeksizin, kesen bir balta gibidir. Medenî Hukuk dışında da buna mümasil misaller bulunabilir: salâhiyete dair kaidelerin yeknasak karakterini, iflâsın değişmez şekildeki tanzim suretini, memleketimizin bütün komünlerinin beledî teşkilâtındaki sabitliği düşünelim! müessesese mahiyeti itibariyle mücerrettir, faaliyetlerini bu kaidelerin değişmezliğine uydurmak fertlere düşer.

Bununla beraber, hattâ kanunî müesseseler hukukunda dahi müşahhas unsurlar için yer vardır. Hedefine ulaşabilmek için müessesese çerçevesi alestikî olmak lâzımgelir ve kanun vazınca da bazı intibak imkânları düşünülmüştür. Bu hususta muhtelif usuller tasavvur olunmuştur.

Bazı kere kanun vazı müessesesinin müşahhas bir nevi kalıbını meydana koymuştur, yahut bunun ademi mevcudiyeti halinde jürisprüdans bu kalıbı vücuda getirmiştir. Böylece mücerret mülkiyet hakkı yanında müşahhas zilyedlik vaziyeti nazarı dikkate alınmıştır. Aynı suretle fiilî iflâs halini fiilî vesayet halini, mefruz evlenme vaziyetlerini zikredebiliriz.

Çok defa hâkim, müesseseyi müşahhas vaziyetlere intibak ettirmek salâhiyetini almaktadır. Böylece, mahkemeler, babalık sıfatına bağlı hak ve salâhiyetleri kontrol hususunda, ebeveynin bu salâhiyetlerini kısmen ve hattâ tamamen iskata imkân veren, bir salâhiyete mâliktirler. Boşanma meselelerinde mahkeme hüküm vermek hususunu bir müddet tâlik edebilir ve çocukların menfaatlerini en iyi bir surette tanzim etmek hakkını haizdir. Bunlardan başka evlenmenin yanında, bunu içtimaî şeniyetlere uyduran, müşahhas ayrılık müessesesi de vardır.

Hattâ kanun vazının fertlere müessesese müteallik kaideleri ihtiyaçlarına uydurmak hususunda muayyen bir ihtiyar verdiği de vakidir. Bu serbestiye bilhassa mülkiyet mevzuunda tesadüf olunmaktadır: bu hak irtifak ve intifa hakları vücuda getirilmek suretiyle taksime uğratılabilir; bir müşterek mülkiyetin mevcudiyetiyle tâdil edilebilir. Fertlere bırakılan bu nisbî serbestî hakkında başka misaller vermek de mümkündür. Vesayette vasinin tayini daima kanun tarafından yapılmış değildir, âile meclisinin yahut ana ve

babadan sağ kalanının bir seçme serbestisi için yer bırakılmıştır; diğer taraftan eğer akraba muvafık görürse, rüşt çağına yaklaşmış olan küçüklerin, kazaen reşit sayılmak suretiyle vesayetten kurtulmaları mümkündür. Aynı suretle, bir ikametgâh tayin ederek salâhiyet esasları değiştirilebilir; müruru zaman müddeti mukavele ile kısaltılabilir; iflâs bir konkordato ile nihayete erebilir.

Vazıı kanunun hâkimlere ve hattâ fertlere müesseseleri hal ve vaziyetlere intibak ettirmek hususunda salâhiyet verişî şeklindeki bu temayülünü mahkeme içtihadları da süratlendirmekte ve bu suretle müşahhas şeniyetler müesseseler sahasında gittikçe yer kazanmaktadır. Böylece eşler arasında karşılıklı rıza ile ayrılmaya ait bir mukavele temamiyle red ve men olunmakla beraber mahkemeler bazı hallerde eşin müşterek hayata icbar edilemeyeceğini ve bu hallerde fiilî ayrılığın meşru olduğunu ve hukukî neticeler husule getirmekte bulunduğunu kabul etmektedirler. Keza biraz ileride mevzubahs edeceğimiz hakkın suiistimali nazariyesi, müesseseleri müşahhas şeniyete uydurmak hususunda içtihatça tasavvur olunmuş bir usul olarak telâkki edilebilir: mahkemeler, müesseselerin, kendilerinden neş'et eden mücerret hakların istimali suretiyle, bazılarının zararına olarak gayelerinden inhiraf ettirilmelerine müsaade etmemektedirler; bu suretle mülkiyet hakkı komşuya zarar irası için kötü bir şekilde istimal olunamayacaktır.

B) *Hukukî neticeleri olan fiil ve hâdiseler.* Bir çok hâdiselerin hukukî bir takım neticeleri vardır. Bu neticeler bazı kere değişmez mücerret kaidelerle tesbit olunmuş bazan da nısfet esasları içinde müşahhas bir surette tayin edilmişlerdir. Bu müşahhas ve mücerret iki unsurun rolü mevzubahs olan hâdisenin mahiyetine nazaran tehalüf eder, fakat burada müşahhasın rolü müesseseler mevzuundakine nazaran zikrolunacak derecede daha fazladır.

1) *Bilhassa insan hayatının başlangıç ve sonunu ifade eden hâdiselerdedir ki,* mücerret kaideler ehemmiyetli bir yer tutarlar. Doğum, evlâdlığa ve siyasî statüye bağlı bütün hukukî neticeleri husule getirir. Bu neticeler mücerret bir şekilde tesbit olunmuşlar, şahsın hal ve vaziyeti hiç bir ihtimal ve tesadüfe bağlı tutulmamıştır. Çocuk, ebeveyninin evli olup olmamasına nazaran, nisbi sahih yahut gayri sahihtir ve kanunun bu vaziyetlere bağladığı hukukî neticeler ahval ve şerait ne olursa olsun husule gelirler. Doğumdan mütevellit Fransızlık yahut yabancılık sıfatında da vaziyet böyledir. Bununla beraber bu esasların şiddetini azaltan vaziyetler de mev-

cuttur; evlâdlığın neticeleri bazı hallerde tanıma ve evlât edinme, tabiiyete ait neticeler, telsik suretleriyle tâdil olunabilirler. Ölümüne müteallik neticelerde ise ahval ve şeraiti nazarı itibare alabilmek imkânı çok daha fazladır. Filhakika kanun miras hususunda bir tertip, sıra meydana getirmiş olmakla beraber kanunî intikal şekli hoşlarına gitmediği takdirde fertlere de vasiyet yoluyla bu sırayı oldukça esaslı bir surette değiştirebilmek hususunda müsaade olunmuştur.

2) Hukukî neticeler ihtiva eden hâdiseler arasında *suç teşkil eden fiiller* en mühimleridir. Suçun neticesi cezaî yahut hukukî olabilir. Suçların unsurları kanun tarafından mücerret bir şekilde tayin olunmuştur. Çünkü hepimizin, ceza noktai nazarından fiillerimizin neticelerini önceden tam bir surette tahmin edebilmemiz lâzımdır. Aynı suretle ,keyfîlik korkusu dolayısıyla cezalar da kanun tarafından mücerret bir şekilde tayin ve tesbit olunmuşlardır. Fakat uzun zamandanberi «cezaların şahsileştirilmesi» lehinde büyük bir ceht sarfolunmuş ve bu ceht hafifletici sebepler, hükmün infazının tecili ve mükerrirlerin müstemlekelere gönderilmesi müesseselerine vücut vermiştir. (5).

Suçların sırf hukukî olan neticelerine gelince; bilâkis bunlar prensip itibariyle müşahhas hukuk sahasına dahildirler: fâil husule getirdiği bütün zararlardan mesuldür ve bunları tamamiyle tâmir ve tazmin ile mükelleftir. Bu hususta kanun tarafından kullanılan formül mümkün olduğu kadar müşahhastır: «başkasına zarar iras eden fiiller ika eyleyen kimse, kusuriyle meydana getirdiği bu zararı tâmir ve tazmine mecburdur.». Bu mesuliyetin esası olan kusur mefhumu, mücerret bir formül içinde tesbit olunamaz ve böyle bir tarif vermeğe çalışan müellifler asla muvaffak olamamışlardır. Planiol ile beraber kusur, evvelce mevcut olan bir mükellefiyetin ihlâli olarak kabul olunsa dahi fazla ilerlenmiş olunmaz, zira bu takdirde her birimizin vecibe ve mükellefiyetlerinin nelerden ibaret bulunduğunu tam bir surette tanımak icap edecektir. Bunların listesini ise tesbit edebilmek imkânsızdır çünkü mezkûr mükellefiyetler hayatın ahval ve şeraitinin hudutsuz tahavvüllerinden doğarlar. Kusur ancak suçlu bir kasdî niyet yahut bir tedbirsizlik olarak tarif olunabileceğine nazaran hâkimin bu mevzuda müşahhas psikoloji araştırmalarına müracaat eylemesi lûzumunu kabul etmek lâzımdır.

(5) Bak: Saleilles, L'Individualisation de la peine, Paris, Alcan, 1898.

Bununla beraber mücerretleştirmeğe doğru bir temayül haksız fiiller sahasına da nüfuz etmiştir. İlk önce, kat'î müşahhas unsurların ademi mevcudiyeti halinde, hâkim, bir kimsenin kusuru hakkında, onun hattı hareketini vasat kabiliyette bir şahsın yani, tecrübe mutâlarına nazaran vücuda getirilen mücerret bir tipin, hareketleriyle mukayese etmek suretiyle karar vermektedir. Diğer taraftan kanun, nüfuz ve idareleri altında bulunan şahısların ika eyledikleri suçlardan dolayı, bunların patron, mürebbî, ebeveyninin aleyhine olmak üzere bir takım «kusur karineleri» kabul etmektedir. Keza yine kanun bir hayvan zarara sebebiyet verdiği takdirde bunun muhafızı ve eskilik yahut bakımsızlık dolayısıyla harabe haline dönen bir binanın mâliki aleyhlerine olmak üzere kusur karineleri kabul etmektedir. Bu karineler mesuliyete müteallik hakikî mücerret kaidelerdir ve kanun mesul telâkki olunan şahıs tarafından hiçbir kusur işlenmediğinin isbatı hakkını da, her zaman kabul etmemektedir. Modern jürisprüdans bir metnin oldukça cüretkârane tefsiri ile bu kusur karinelerinin adedini çoğaltmıştır: cansız bir şeyin muhafızı bu şey bir kazaya sebebiyet verdiği takdirde kusurlu telâkki olunmuştur, meğer ki, kaza menşeinin kendisine yabancı olduğunu isbat edebilsin. Bu isbat ise ekseriya imkânsızdır. İş kazaları mevzuunda da kanun vazınca bir adım daha atılmıştır. Bir kazadan müteessir olan işçi, müstahdem yahut hizmetkâr patronundan tazminat talep edebilir, patron kusuru olmadığını isbat suretiyle bu talepten kendini kurtaramaz: patron sanayiine ait *meslekî riske* tahammül mecburiyetindedir. Bu suretle kusur fikrine müstenit müşahhas mesuliyet yerini, kazaya ait hususî hal ve şartları hemen hemen hiç nazarı itibare almayan mücerret bir mesuliyete bırakmakta ve bunun mantikî neticesi olarak, kanun aynı zamanda zararın tam tesviyesi müşahhas prensipini mücerret mikdarın tediyesi telâkkisiyle ikame etmek üzere, terkeylemektedir: artık patron işçisinin maruz kaldığı zararın ancak bir kısmını ödeyecektir.

Mesuliyet hukukunun mücerrede doğru olan bu gidişi ekseriya bir tekâmül olarak gösterilmiştir. Eski kusur mefhumu iptidaî devirlerin hükümden sakıt olmuş bir mirası gibi telâkki edilmiş, *sübjektif* mesuliyet yerine *objektif* diye tavsif olunan bir mesuliyetin ikamesi modern devirlerin bir zaferi gibi telâkki olunmuştur: mücerret *risk* fikri, içtimaî bakımdan, müşahhas *kusur* fikrine üstün tutuluyor. Meselelerin bu tarzda arzedilişi hakikate uymaz. Fiilî mesuliyetin, kusura müstenit mesuliyet yerine ikamesi daha ziyade bizatihi bir gerilemeyi ifade eder, zira bu nevi mesuliyet birinciye

nazaran daha kabadır ve adalet icaplarına daha az uygundur; zaten tarih bize bu fiil mesuliyetinin iptidaî milletlerin hukuku olduğunu ve kusur idesinin medeniyetin bir zaferini teşkil eylediğini göstermektedir. Binaenaleyh kusursuz mesuliyet esasının tekrar meydana çıkışı bir tekâmül olmaktan uzaktır; bunu modern hayatın kusurun mevcudiyetini isbata yarayacak delil ibrazını ekseriya imkânsız kılan mudiliyetinin bazı mevzulara tahmil eylediği pratik bir zaruret olarak telâkki eylemelidir: mağdur zarara, zararı husule getirenin kusurunu isbat hususunda imkânsızlık içinde bulunduğundan dolayı, husule gelen zararların tâmiri imkânını ortadan kaldıracak yerde bu tâmir ve tazmini kusur karinesi usulü ile yahut hattâ bazı hallerde risk fikri ile temin eylemek daha iyidir. Bundan dolayı mücerret mesuliyet ahval ve şaraitin icap ettirdiği fena bir zarurettten başka bir şey değildir.

Diğer taraftan mücerret bir mesuliyete doğru olan bu tekâmül devam etmekle beraber, aksi istikamet de diğer bir tekâmül de hakkın suiistimali nazariyesi yoliyle müşahhas mesuliyet sahasını büyötmüştür: Mahkemeler, üçüncü bir şahsa zarar iras eylemek kasdü niyetiyle hakkını istimâl eden kimsenin, sebebiyet verdiği bu zarardan dolayı mesul olacağını beyan etmektedirler. Bu mefhum yavaş yavaş sahasını genişletmiştir. Bütün hak ve hürriyetlerin mesuliyete vücut verecek suiistimallere müsait oldukları kabul edilmektedir; ve yalnız izrar kasdinin mevcudiyeti halinde değil fakat bir hakkın normal gayesinden saptırılması halinde de suiistimalin mevcut olacağını kabule doğru gidilmektedir: bundan dolayı siyasî sebeplerle bir işçiye yol verilmesi, işten çıkarmak hakkının bir suiistimalini teşkil eder kabul olunmuş ve tazminat ile müeyyidelenmiştir.

3) *Başkasının zararına sebepsiz mal iktisabı*, hukukî netice doğuran diğer bir hâdise silsilesidir. Başkasının zararına sebepsiz mal iktisabı, istifade edene hiç bir kusur isnat edilememeksizin, iki mamelek arasında husule gelen bir haksız muvazenesizliktir. Böylece, bir kimse başkasına ait bir arsa üzerinde hüsnüniyetle bina inşa ederse, bu arsanın sahibi inşaatın kıymeti nisbetinde zenginleşmiş olur, halbuki inşaat yapan kimse yaptığı masraf nisbetinde zarar görmüştür: nısfet bir hal çaresini zarurî kılıyor. Mülk sahibi, inşaatı yapana dilerse masrafları yahut husule gelen kıymet fazlasını öder. Bu tarzı halli ihtiva eden code civil'de sebepsiz mal iktisabının umumî bir nazariyesi yoktur, ve, onun yerine, mahkeme içtihadları ne gibi şartlar halinde böyle bir hal tarzının ihtiyar olunacağını tesbit

etmek zaruretinde kalmıştır. İleri sürülen unsurlar, müşahhas unsurlardır: zarar gören zararını ve bu zararın başkasına temin ettiği kârı isbat etmelidir; İçtihat — ki, başka bir hukukî yolun ademi mevcudiyeti halinde böyle bir davanın ikame edilebileceğini kabul eylemektedir — bu esasa müsteniden açılmış davanın, haksız iktisabın sebepsiz olduğu isbat edildiği takdirde ki, ancak muvaffak olacağını ilâve ediyor. Mahkemeler bu kelimelerle ne kastediyorlar? Bu içtihat üzerine yaptığım etüdde, bahis mevzuu olan «sebebin» mal iktisabının hukukî mukabili olduğunu tebarüz ettirdim. Zarardan husule gelen kârın bir hukukî mukabil ivazı varsa bu kârdan istifade eden her türlü talepten masundur (6). Bu mukabil ivaz ya kazanca tekabül eden fedakârlıktan ya zarar görenin zarar görmesine sebebiyet veren ahlâkî düşünceden veya nihayet kanunun verdiği kazanç temin etme hakkından ibarettir. Meselâ bir mültezim hesabına çalışan ve buna ücretini tediye ettiremeyen ziraat işçisi: «siz benim sâyimla zenginleştiniz» diye mülk sahibine müracaat edemez, mülk sahibi şöyle bir cevap verebilir: mültezime istifade bahşeden icar mukavelesinin hükümleri benim mal iktisabımın, mukabil ivazıdır; benim mal iktisabım sebepten âri değildir. Bunun gibi, hibe eden bir şahıs ötekinin kendi aleyhine olarak mamelekinde bir artma vukua geldiği iddiasile, verdiği iadesini, isteyemez; mamelekinin eksilmesi ve lehine hibe yapılan şahsa ait mamelekin artmasının karşılığı hibe akdinin yapılmasına sebep olan ahlâkî düşüncedir.

Buna mukabil kızkardeşi ile birlikte oturan bir erkek, onun tarafından yapılan masrafların bir kısmını ödemeye icbar edilebilir. Çünkü onun mal iktisabının mukabil ivazı yoktur.

Bu tafsilât, içtihadın müphem bir adalet fikriyle iktifa etmediğini göstermeye herhalde kâfidir (7). Keyfîlik tehlikesini bertaraf etmek gayesiyle bu fikri tebarüz ettirmek için üzerinde çalışılmıştır. Böylece, mücerret şekli hallere düşmeksizin hukukta müşahhas hal tarzlarının en vahim mahzuru bertaraf edilmiş oluyor. Mahkemelerin mevcudiyet veyahut ademi mevcudiyetini aradıkları mukabil ivaz ekseriya manevî veya müşahhas bir unsurdur. Yalnız ma-

(6) L'Enrichissement sans cause. (Revue trimestrielle de droit civil, 1922) adlı makaleme bak.

(7) Contra Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Paris, Pichon, 1925; Bonnecase, Supplément au Traité de Baudry-Lacantiverie, t. III. Paris, Tenin, 1926. ahlâkî adalet fikri yerine «Hukuk mefhumu» dediğini ikame ediyor.

meleki artan kimse, ötekinin zararından istifade edişini, bir hakka müsteniden meşru kılıyorsa, vaziyet değişir. Böylece bir evli kadının öteberi alımından ettiği istifade bir sebepsiz mal iktisabı vaziyeti değildir. Çünkü evlenme hukukuna göre kocası ona bakmakla mü-kelleftir. Kadının bakılma hakkı mevzubahis mal alımının kendine temin ettiği kârın mücerret mukabil ivazıdır. Buna mümasil pek nadir vakıâlardan sarfınazar, mukabil ivazın daima müşahhas bir karakteri vardır. Hâkim, mal iktisabının mukabili olarak manevî ve ya maddî bir unsurun olup olmadığını araştırır.

C) *Hukukî tasarruflar.* — Bunlar, hukukî münasebetlerini tanzim için fertler tarafından yapılan muamelelerdir; en mühimleri mukavelelerdir. Bu saha tam müşahhas kaidelerin sahasıdır. Elbette Code civil'de, bir çok hukukî tasarrufları alâkadar eden bir takım kanunî hükümler vardır; fakat bu hükümlerin çoğu tarafların bizzat kararlaştırmadıkları hususları tanzime yarar. Amme emniyetini himaye eden veya hukukî tasarrufları müesseselerle ahenkleştiren pek az metnin âmir bir vasfı vardır. Bu metinlerden sarfınazar, bütün mukavele ve diğer hukukî tasarruflar hukukunun müşahhas bir vasfı vardır. Kanun tarafından vazedilen mücerret formülün yalnız tamamlayıcı bir mahiyeti mevcuttur. Bundan başka, kanun vazının muhtelif mukavele tipleri arasında yaptığı tefrikler zarurî kategoriler değildir. Elbette, beyi', icar, vedia, âriyet muayyen iktisadî münasebetlere cevap veren muayyen ve câri mukavele nevileridir. Fakat, Code civil tarafından kabul edilen mukavele listesinin hiç bir tahdidî vasfı yoktur: eski tiplere irca edilemeyecek yeni mukaveleler doğabilir. Ve bunları mutlaka diğerlerine uydurmaya çalışmak bir hatâ olur. Böylece, kollektif iş mukavelesi, Code civil tarafından kabul edilen kategorilerin hiç birine uymaz. Ve kanun vazı bu husus için hususî ahkâm neşretmiştir. Bundan başka, hiç bir kanun mukavele tiplerinin birbiriyle karıştırılmasını menetmiyor: hukukî hayatta işlerin cereyan tarzları yakından tetkik edilirse: «beyi' — icar» in (8) âriyet (9), vasfını haiz vedianın mevcudiyeti görülür. Bundan başka kanun muayyen bir tip akitlerin derhal ve kat'î olarak tanzimine mecbur tutmıyor: «ön — mukavele» (avant-con-

(8) Kira bedellerinin muntazaman tediye edilmesi şartile icarın hitamında mülkiyetin kiracıya intikal etmesi.

(9) Bankalara vadesiz yatırılan meblâğa ,bankaca küçük bir faiz verilir.

trat (10) denilen tasarrufların ehemmiyeti birkaç senedir tebarüz ettiriliyor. Bu sahada müşahhas kaideler hüküm sürerler ve, asırlardan alınan tecrübeden mülhem olarak, metinler sadece en mühim hukukî tasarrufların tiplerini tesbit ederler. Onlar, fertlerin sarahaten veya zımnen atıf yaptıkları hallerde işe yararlar, müşahhas muamelelerin namütenahî çeşitlerini fener gibi aydınlatan mukavele noktası da olurlar.

Bu, hukukî tasarrufların bu sahasında, mücerretleştirmenin, hiç bir hissesi yok demek midir? Bu iddia mübalâğalı olur. Mücerret kaidelerin, bu sahada oynadıkları mahdut fakat buna rağmen ihmâl edilemeyecek rolü anlayabilmek için tasarrufların unsurlarını, tefsir usullerini ve ifalarına müteallik kaideleri yakından tetkik etmelidir.

1) Umumiyetle *hukukî tasarrufların* ve hassaten akitlerin *unsurları* rıza, mevzu, sebeptir. Hepsinin müşahhas bir vasfı vardır. Âkitlerin her biri tarafından beyan edilen rıza ve her yeni muamelede değişen mevzu hususunda bu vasfı barizdir. Sebep müşahhas bir unsurdur, fakat bir az tafsile muhtaçtır. Sebep kelimesiyle ne anlaşılması lâzımgeldiği hususu etrafında uzun zaman hüküm süren münakaşalara girmeden onu şöyle tarif edeceğim: «Bir âkit için elde edilmesi kendi taahhüdünün karşılığını teşkil eden gayedir (11), Bu gaye her zaman aynı vasfı hâiz değildir; bazen her nev'e nazaran değişir, bazen aynı tip akit için sabittir. Hibenin sebebi her teberrüde değişir, vahibi külfete sevkeden sâiktir. Bilâkis karşılıklı vecibeler tahmil eden ivazlı akitlerde sebep sabittir: bu, mukabil borcu elde etmektir. Bayiin, satılan şeyi teslim borcunun sebebi kararlaştırılan semenin ödenmesi ümididir; buna mukabil müşterinin bu semeni ödeme borcununki vaadedilen teslimatın icrasıdır. İlk nazarda, sabit olduğu için bu nevi vecibelerin sebebinin müşahhas bir vasfı olmadığı zannedilir, fakat sebebin sabit oluşu bizzat mukavele şartlarının sabit olmasından doğduğuna dikkat etmelidir, ve fertlerin bunu değiştirmelerine hiç bir mâni yoktur. Kat'î kaideli ve değişmez vasıflı akit kategorileri olmadığı gibi ivazlı tasarruflarda da değişmez yahut sert sebep yoktur. Böylece bütün mukavele-

(10) Meselâ satma vaadi, şirket vaadi. - Bu nevi muameleler için bak: Demogue, *Traité des Obligations*, t. II, Paris Rousseau, 1923.

(11) Bak: Capitant, *La cause dans les obligations*, Paris, Dalloz, 1923 ve bu kitap hakkında benim kontrandum: *Revue trimestrielle de droit civil*, 1923, s. 395.

lerde sebep, rıza ve mevzu gibi müşahhas vasıflı bir unsurdur. Hatta sebep, hukukî tasarrufların bu sahasında, alâkadarların tasarladıkları gayeyi temsil etmesi ve bu gayenin de hayatta hal ve vaziyetin namütenahî tenevvüü ile beraber değişmesi dolayısıyla müşahhas kaidelerin en sarîh tezahürünü teşkileder. Bundan dolayı, sebebi nazarı dikkate alınmaksızın muteber olan âkitlere, modern doktrin «mücerret tasarruflar» ismini vermektedir. Bunlar, sebebin gizli veya zımnî olması dolayısıyla, gözükmediği tasarruflardır. Bunların, pek muhtelif taahhütleri kaplayabilen mücerret bir şekilleri vardır. Sebebi ihtiva etmeyen şu senedin vaziyeti böyledir «— M. X'e filân tarihte 1000 frank ödemeyi taahhüt ediyorum.» bu taahhüdün mukabil ivazı nedir? Senet bunu zikretmiyor. Dikkat edelim ki, burada tecrit tamim ile karışmamaktadır. Formül elzem bir tipte sabitleşmiş olmadığından tasarruf sadece görünüşte bir şahsı mükellefiyet altına sokan müşahhas vaziyetleri belirtmediği için, mücerrettir. Bu nevi tasarruflara başlıca ticarî hayatta tesadüf edilir. Ticaret Kanununun hükmüne göre taahhüdün sebebinin ihtiva etmeleri icap eden poliçeler ve emre muharrer senetler 1922 denberi bu şekilde yapılabilirler.

Binaenaleyh hukukî tasarrufların muteberiyet unsurlarına müteallik hususlarda mücerret kaidelerin pek mahdut rolleri vardır. Mücerret denilen tasarruflar yalnız şeklen mücerret olan müşahhas tasarruflardır. Müşahhas olan sebep zikredilmemiştir. Fakat buna rağmen mevcuttur.

2) *Bir hukukî tasarrufun tefsiri*, tâbirlerin arasından tarafların hakikî maksatlarının araştırılmasıdır. Code civil tarafından işaret edilen tefsir prensipleri bilhassa müşahhas bir vasfı haizdirle: «tâbirlerin lûgat manalarına saptanmaksızın tarafların müşterek maksatlarını aramak lâzımdır». Demekki esas şekle, fikir ifade tarzına, müşahhas şeniyet mücerret formüle galebe çalıyor. Bu tefsir tarzı, akıselimce emrolunmuş olmasına rağmen, taahhüt altına girene kâfi emniyet vermiyor diye tenkide mevzu kalmıştır, ve çok defa, bizim Fransız tefsir sistemine karşı, ekserî şahısların ona verecekleri manada alınmak şartıyla iradenin maddî beyanına saptanan Alman «iradenin izharı» sistemini ileri sürerler. Bu sistem mücerret kaideleri mukavelenin tefsiri sahasına sokar. Müellifleri bunu pratik iş sahasına daha uygun addediyorlar, fakat bizzat kendileri de yalnız fazla itidalle tatbik edilebileceğini itiraf ediyorlar ki, bunu zaten Alman Kanun vazı benimsemiştir: beyan edilen iradeyi ne manada

anlamak lâzımgeldiğini öğrenmek için «beyan edilen iradede hakikî iradenin en yakın tezahürünü bulmaya yarayacak bütün haricî ahvali bütün zahirî vakîâları nazarı dikkate almak (12) lâzımgeldiğini söylüyorlar. Bu hemen hemen, hukukî tasarrufların tefsiri hususunda dolayısıyla müşahhas bir telâkkiye avdet etmek demektir. İrade beyanı sisteminde yalnız bir şey kalıyor: o da, bir âkit tarafı, tasavvur edemeyeceği — diğer tarafın bir irade tefsir tarzını — kabule icbar edememek keyfiyetidir. Fakat, code civil tarafından vaz'edilen kaide tarafların *müşterek* maksatlarının aranmasını emrettiği için aynı neticeye ulaştırıyordu. Bu tefsir tarzı mücerretleştirmek demek olmayıp bilâkis «hâdisede» bütün müşahhas unsurların tamamen nazarı dikkate alınması demektir.

Code civil, tarafların hakikî anlaşmalarını tesbit eden ve gizli tutulan senedin üçüncü şahıslara tesir etmeyeceğini kabul etmekle gene mücerret kaide vaz'etmiş olmuyor. Bu hüküm, muvazaalı bir tasarrufta beyan edilen iradeyi, gizli tutulan senetle ifade edilen tarafların hakikî iradelerine şüphesiz tercih ediyor. Bu, sadece üçüncü şahısların kendilerine karşı yapılan bir muvazaadan korunmaları için alınmış bir tedbirdir. Gizli tutulan senetle, zahirî senet arasından code civil, tarafların hakikî maksatlarına uygun olduğu için birincisinin prensip itibariyle tercih edilmesi lâzımgeldiğini beyan ediyor ve üçüncü şahıslar, bu senedin meydana çıkmasında menfaatları varsa bunu «muvazaa iddiası» defii ile temin edebilirler.

3) *Tefsir tasarrufun ifa tarzını* gösterir. Demek oluyor ki, mukavelenin ifasında gene müşahhas hal tarzı galebe çalıyor. İfa tarzı tarafların arzularına tamamen cevap vermelidir. Diğer tarafın borcunu ifa etmemesinden dolayı her âkit için mukavelenin feshini talep hakkı bundan mütevellittir. Fakat burada mühim bir mülâhaza hatıra gelir: İfası anında mukavelenin akdine âmil olan müşahhas vaziyetler değişmiş olabilir. Mukavele, yeni vaziyetleri nazarı dikkate almayan sabit bir âlet, mücerret bir kanun mu olacaktır, bu sualle hukukî tasarrufların ifası hususunda hâkimin salâhiyeti meselesi bahis mevzuu oluyor. Prensip itibariyle, bizim kodumuz bu meseleyi, tarafların arasında usulüne göre teşekkül etmiş mukavelenin taraflar için kanun hükmünde bulunduğunu ifade etmek suretiyle hallediyor: Bu hal tarzı, tesbit edilmiş olan esasların tatbi-

(12) Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, Dichon, 1901, s. 217, cf. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Thèse, Paris, 1905.

kini tâdil etmek hususunda mahkemelerin her nevi müdahalesini bertaraf ediyor. Bununla beraber kanun, mahkemeye, mukavelelerin derhal feshine karar vermiyerek borçluya nihaî bir mühlet bahşetmek salâhiyetini tanımaktadır. Diğer taraftan modern mevzuatta, mukavele sahasında hâkimin salâhiyetini genişletme hususunda inkâr edilemez bir temayül vardır. Bu temayül son on senelerin iktisadî muvazenesizliği dolayısıyla artmıştır. Harp hali vaziyetleri, Parlamentoyu harpten evvel aktedilmiş ve hâdiseler dolayısıyla bariz bir adaletsiz şekil almış olan mukavelelerin, adlî kararlarla feshini mümkün kılan bir kanunun kabulüne sevketmiştir. Daha yakın bir zamanda kanun vazıı icar mukavelelerinde müddetleri uzatmaya ve icar bedellerini arttırmaya hâkimleri salâhiyettar kılmıştır. Bir çok hukukçular bu gibi istisnaların tamim olunmasını ve «*imprévision*» halinde hâkimlerin bütün mukaveleleri tadil edebilmelerini arzu ediyorlar. Bu temayül ancak büyük bir ihtiyatla takip olunabilir; bazı akdî vaziyetlerin adaletsizliğini gidermek bahanesiyle akitlerin ifası hâkimlerin keyfine bırakılmamalıdır; âkitlerin anlaşlıkları andaki maksatlarının harfiyyen icrasında her birine istikbale güvenebileceklerini telkin etmek üstünlüğü vardır. Böyle bir emniyet iktisadî hayat için zarurîdir. Akdin ifası, inikadındaki şartlara uygun olmalıdır.

Borcun ifa edilememesi meselesi yanında kusurlu ifa meselesi mevzubahis olur. Bir âkidin kusurlu olduğu nasıl tesbit edilir; bütün ihtimamına rağmen kabiliyeti mahdut bulunduğundan, ifa tam olmamış bulunabilir; bu vaziyette, ehemmiyetli bir ihmâlkârlığı yahut daha kuvvetle fena niyeti bulunduğu hallerde olduğu gibi bir tazminatla mükellef olacak mıdır? Code civil bu suale «iyi bir aile reisi» fikrini ortaya atmak suretiyle cevap veriyor; âkit, iyi bir âile babasının yani orta kabiliyette bir adamın, kendi menfaatlerini himayede hareket edeceği gibi hareket etmemişse zarar ziyanla mükelleftir. Demek oluyor ki, âkidin kusurlu olduğunu söylemek için şahsî kabiliyeti, işlerini iyi veya fena idare edişi nazarı dikkate alınmayor. Böylece akitlerin ifasında kusur mücerret bir vasıf alıyor. Yalnız, borçlunun alacaklıya meccanî bir hizmette bulunduğu hal bir istisna teşkil eder; bu vaziyette hareketi *in abstracto* değil *in concreto* incelenir, ondan yalnız kendi işlerinde gösterdiği itina istenebilir..

Mes'uliyetin bu tarzda mücerret telâkkisi pratik bir zarurete cevap veriyor, Bir şahıs her zaman mukavele akdettiği kimsenin kabiliyetini araştırmak mevkiinde değildir. Akdin iyi ifa edileceğın-

den emin olması lâzımdır. Bu emniyetin bulunmadığı takdirde memleketin zararına olarak iş hayatı daha az faal olurdu Müşahhas akdî mes'uliyet elbette nisfete daha uygun olurdu, fakat tatbiki mümkün değildir, ve zaten mukavele ile bağlanan neye maruz bulunduğunu bilir; kabiliyetini aşan işlerden çekinsin!

*
**

Artık, hukukta mücerret ve müşahhas kaidelerin nisbî ehemmiyeti meselesini bir neticeye bağlayabiliriz. Bizim Fransız Hususî Hukukunda müşahhas kaidelerin üstünlüğü kabili itiraz değildir. Müesseseler sahasında yalnız tâlî bir mevkii varsa da, bilhassa hâdiselerin hukukî neticelerini tayin bahis mevzuu olduğu zaman, bu mevki umumiyetle daha üstündür. Ve hukukî tasarruflar hususunda bu üstünlük daha barizdir. Fakat hukuk daima tekâmül halindedir: Bu tekâmül hangi istikamette cereyan ediyor? İçtimaî hayatın artan giriftliği, hukukî münasebetleri basitleştirmek ve iş hayatına atılmış şahıslara daha büyük emniyet temin etmek lüzumunu doğurarak, mücerret kaidelerin artmasına sebep olmuştur. Cürmî kusuru isbat etmenin gittikçe artan güçlüğü, gene esas olarak muhafaza edilen müşahhas mes'uliyet yerine kısmen mücerret mes'uliyet ikamesine nasıl münker olduğunu görmüştük. Fakat bu tahavvülün bir tekâmül olmayıp üstünkörü bir tedbir olduğunu kayıt etmiştik. Bundan başka nisfeti daha tam bir surette temin etmek endişesi, müesseselerin kaidelerini müşahhas vaziyetlerle telif ettiriyor. Aynı düşünce mukavelelerin katılığıyla hal ve vaziyetleri telif etmek üzere hâkimlere geniş salâhiyet verilmesine sebep oluyor. Ve kanun vazınının şüphesiz ögünülecek bir temkinle bu yola girişmek istediği seziliyor. Gene aynı nisfet endişesidir ki, hâkimlere, hakkın suiistimalini cezalandırmak için, hakların sınırlarını aştırmıştır. Cezanın şahsileştirilmesi temayülünün eassıdına aynı endişe vardır, ve sebepsiz mal iktisabı hakkındaki bütün modern içtihat, hayatın doğurduğu müşahhas vaziyetleri daha âdilâne bir tarzda halletmek için sarfedilen gayretin sadece bir inkişafıdır. Neticede, müşahhas kaidelerin lehine olan meyil, mücerret kaidelere olan temayülü karşıyor ve hattâ geçiyor da (13).

(13) En yeni ve belki de modern tedvinlerin en mükemmeli olan İsviçre vazı kanunu tarafından tedvin edilen kanun, hâkime verilen salâhiyetlerin artırılmasile bu istikamette sarıh bir tekâmül arz ediyor. Bu husus için bakınız: M. P. Lucien Brun, Le rôle et les pouvoirs du juge dans les code civil suisse, Grenoble, 1920.

Bununla beraber bir müşahedenin tesbiti icap eder: Müşahhas hükümler, gittikçe yayılmakla beraber, çok doğru olarak direktif (directives) tesmiye olunan esasların tesirleriyle de sistemleşmeğe doğru gitmektedir. Hukukta direktiflerin mevcudiyeti Lyon Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün çalışmalarıyla yakında tesbit olundu. M. Hauriou bu bahsa büyük bir makale tahsis eyledi (14). Müşahhas bir hâdise hakkında hüküm vermeye davet olunan hâkim itiyatlarından, pratik faideden, umumî siyasetten istihraç olunan mülâhazalarla hareket etmeye doğru bir temayül hissetmektedir: o ideal adaleti tahkik ile iktifa etmemektedir. Meselâ, bir hak iddia eden kimse- nin bunu normal bir şekilde istimal edip etmediğini araştırmakta, bir hususta karar vermek için bu hususa müteallik evvelce verilmiş kararlara müracaat eylemektedir; bir teşebbüsü ihtiva eden tasarruf karşısında yalnız hukukun vaz.eylediği mükellefiyeti araştırmamakta teşebbüsün mevcudiyetini idameye imkân verecek şartları nazarı itibare almaktadır; diğer taraftan siyasî bir takım sebep ve sâikler dolayısıyla bazı mukavele ve şartlara karşı mahsus bir şiddet göstermektedir. Böylece mücerret kanunî esaslar yanında daha az sert hudutlu, içtihadın meydana koyduğu esaslar (Cadres), direktifler teşekkül etmektedir. Bu esaslar, hâkimin müşahhas meselelerin hallindeki keyfîlik hissesini azaltmak faidesini arz ediyorlar: bunlar da, pratikte çok kıymetli bir otolimitasyon kudreti vardır. Müşahhas hükümler direktiflerle sistemleşme suretiyle kendilerine yapılan en büyük târizden kurtulmaktadırlar.

Müşahhas şe'niyetin ilmî surette mütalâası

Müşahhas hal ve şartların hukuktaki ehemmiyetine müteallik mukaddem müşahedeler, hukukî meselelerin gidişinden haberdar olan her şahıs tarafından, kolaylıkla kabul olunacaktır. Belki bu müşahhas unsurların, ilmî bir etüde mevzu teşkil edebileceklerinin kabul ettirilmesi daha güçtür. Burada ancak umumînin ilmî olabileceği suretinde ifade olunan bir bâtil fikir ile karşılaşılmaktadır: müşahhas, ferdî bir mahiyet arzettiğine nazaran, ilmî bir etüd mevzuunu nasıl teşkil edebilir? Jacques Chevalier'den sonra bu bâtil fikrin tenkidini tekrar yapmak istemiyorum. Sadece müşahhas şe'niyetin hukuktaki ehemmiyeti düşünölsün: eğer bu unsur hukuk ilminden çıkarılacak olursa, bu ilim günlük tatbikatından olan şeylerin birin-

(14) *Publice juridique et fond du droit, Revue trimestrielle de droit civil, 1926. s. 265.*

den mahrum edilmiş olacak, ilim pratiğe karşı manâsız bir muhafefet haline konacaktır, hukuk kısır bir cebir ilmi, realite ile bağ ve münasebeti olmayan basit ve sırf bir zihin oyunu vaziyetine sokulmuş bulunacaktır! esasen tecrübe bu metodun boşluğunu göstermiştir; bütün XIX uncu asır boyunca çok kıymetli hukukçuların metinlere metodik bir tahlilin bütün esaslarını, sıkı bir tâlil muhakemesini, maharetli bir skolâstiği tatbik etmek suretiyle, kat'î bir şekilde mücerret hukukun mütalâası hudutları içinde kaldıkları görüldü; bu müellifler bir an mücerret içinde hareket etmekten vazgeçmeksizin deliller üstüne deliller, sistem üstüne sistem inşa ettiler. Bu büyük ceht ve gayretlerin neticesi, hukuk ilmi ile pratik arasında, bu metodun en kat'î bir şekilde mahkûmiyetini icap ettiren, büyük bir çukur açılmasından ibaret oldu.

Muasır hukukçular, seleflerinin hatalarını kabul ve ilim ile hukuk tatbikatı arasındaki bu acınacak anlaşmazlığa teessüf etmek hususunda ittifak eylemektedirler. Muhakkak ki, bu çalışmaların tamamıyla terk olunması lûzumunu iddia etmek istemiyorum; mücerret hukukun da mühim bir sahası vardır ve umumî tretelerin mevcudiyeti daima zarurî olacaktır. Fakat bunlar müşahhas tatbik şekilleri nazara alınmak suretiyle daima canlandırılmalıdır (15); ve bunların yanında, hukuk ilmine hukukun geniş müşahhas sahasını kavramaya imkân verecek, temamiyle müşahhas mahiyette ilmî etüdlere yer vardır.

Hukukçulara, kendilerini répertoires çalışmalarına hasreylemelerini teklif ettiğim zann olunmamalıdır: repertoire'ler doküman itibariyle çok faydeli toplamalardır. Fakat ancak yapılacak çalışmanın vasıtalarını teşkil ederler. Mücerret hukukî muhakemenin suiistimaline karşı aksülâmelde ifrattan çekinmelidir, bu ifrat mezkûr mücerret muhakeme yerine, hukukî şeniyetin basit bir tasvirini ikameye sevkeder. Bir kolleksiyon bir ilim aletidir, yoksa bizzat ilim değildir. Çalışmalar böylece toplanmış malzeme üzerinde yapılmak icap eder.

Öyle zannediyorum ki, bu hususta başlıca iki safhaya işaret olunabilir:

1) Müşahhas şeniyetin kat'î olarak bulunmasına imkân verecek vasıtaların tesbiti. Delil vasıtalarının, hukukun müşahhas unsurları

(15) Bu zihniyet, el'an M. M. Planiol ve Ripert'in nezaretleri altında neşredilmekte olan, *Traité pratique de droit civil*'de bilhassa barizdir. Bu makalenin müellifi ona iştirak etmiştir (t. II. La famille).

rının tayini hakikî bir ilmin mevzuudur. Şüphesiz bu mevzuda delil şekillerinin karşılıklı kıymetleri hakkında umumî bazı kaideler koymak imkânsızdır; filhakika yazılı delil hemen daima şehadet delilinden daha emindir ve kanun muhtelif tip yazıların isbat edici kıymetlerini tayin ettiği gibi şahidlerin de hangi hallerde müdahale ettirilmelerinin mümkün olacağını tesbit etmiş ve bazı şüpheli şahitleri bertaraf eylemiştir. Fakat mahkemeler bu noktada kanunu geniş bir surette tamamlamakta ve delil meselesini her vaziyet için müşahhas, bir şekilde halletmektedirler. Mahkemelerin hareket şekillerinin mütalâası, bu hususta, çok iyi bir fikir vermektedir; hukukçu, bilâhara bunların müşahhas hallerde hâkimlere ilmî klavuzluk edecek, rasyonel bir tenkidini yapabilir. Bu etüd bilhassa, vaz'olunacak delil psikolojik mahiyette bulunduğu takdirde, çok faideli olur. Hukukçular arasında psikolojik delilin imkânsız olduğunu beyan eylemek moda olmuştur: Hâkim bir günah çıkartıcı değildir, vicdanları okumaz, gizli niyetleri, kastları ve daha az olarak hakikî kastlar arkasında gizlenen şeyleri keşfedemez. Binaenaleyh, bir şahsın kötü niyeti olup olmadığının yahut aklı selim ile hareket edip etmediğinin araştırıldığını iddia eylemek kendini aldatmaktan başka bir şey olmaz; ferdin bu niyet ve kaskına ancak haricî hattı hareketiyle hüküm olunabilir. Ve işte bu muhakeme tarzına istinat suretiyledir ki, mesuliyete tamamille objektif bir karakter vermek için sübjektif kusur mefhumununun hukuk dışına sürülmesi teklif olunmaktadır. Bu itiraz, mahkemelerin bir kusuru isbat için müracaat ettikleri hareket tarzının dikkatli bir şekilde mütalâası suretiyle kolayca reddolunabilir. Evvelce de söyledim ki, bütün delil vasıtalarının fıkdanı halinde, mahkemeye, zarar failinin hattı hareketini mutavassıt bir insan tipinin hareketleriyle mukayese imkânı kalmaktadır. Fakat bunlar ekseriya kusuru isbat edebilirler. Hakikaten çok basit ve bununla beraber çok bol olan, kusurlu şahsın itirafı halini bir kenara bırakıyorum: fiilden zarar gören, fâilin kusuru hakkında hâkimi ikna için ne yapacaktır? İlkönce kusur psikolojik hâdisesinin mevcudiyetini görünür bir hale koyan, mümkün olan bütün maddî izleri toplıyacaktır: bir şahsın hareketleri, jestleri, sözleri onun ruh halini meydana koyarlar. Bununla beraber bu iz ve eserler mutlak bir kat'iyet arzetmezler, çünkü bunlardan herbiri ayrı bir tefsir mevzuu olabilir; bunlar basit karineleri teşkil ederler ve kanun bu eser ve izlerin takdirini, «ancak şiddetli kat'î ve uygun karineleri» kabul etmesini tavsiye ederek, «hâkimin akıl ve iz'anına» bırakmıştır. O halde delilin ikame edilmiş sayılması için ne lâzımdır? bunun için

hâkimin, bu iz ve eserlerin mutâlarını, aleyhine oldukları şahsın bir kusurunu farzettirecek bir intuition düşüncesiyle itmam ederek ikinci bir safhaya geçmesi lâzımdır: Bu suretle hâkim imkândan kat'iyete, ihtimaliyetten delile geçmiş olacaktır. Bütün bu vetire temamiyle ilmidir. Bergson tarafından çok iyi bir surette izah olunan birbirini müteakıp husule gelen iki bilgi tarzına haricî biliş ve intuitive bilişe müncer olmaktadır. Binaenaleyh hukuk ilmi ehil bir el tarafından idare olunmak şartıyla zihinlere de nüfuza müsaade eylemektedir. Bu hususta müşahhas unsurların ilmî bir surette mutalâası büyük hizmetler yapabilir. Şüphesiz isbat edici kıymetleri bakımından bütün iz ve delillerin bir kataloğunun vücade getirilebileceğini iddia etmek boştur. Çünkü bu hal ve şartlara nazaran değişir. Fakat hiç olmazsa istikamet verici hatlar çizilebilir: muayyen bir grup hâdise ve fiiller için, hâkimin mümkün olduğu kadar toplamağa çalışacağı en kat'î delilleri tayin etmek mezkûr müşahedeler, bu hâkimin mevcut unsurları aslî sezgisi ile ilk önce meseleyi vaz ediş şeklini tahkik eylemesini ve sonra mesele hakkında bir kanaat hâsıl etmesini imkân verecek kat'î sezgiye metodlu bir şekilde varmasını mümkün kılacaktır.

Monografi — Delillerin ilmî etüdünün, hakikati araştırmasında hâkime yol göstermek hususunda, bizatihi faidesi vardır. Fakat sırf ilim bakımından onu sadece çalışmağa bir başlangıç olarak mülâhaza edebiliriz. Hakikati kavradıktan sonra bu bilgiyi derinleştirmek lâ-

(16) Böylece bir evlenme vadinin bozulmasından doğan mesuliyet mevzuunda içtihat, nişanlının (vadi tutmayan) kusurunun isbat olunmasını talep etmektedir. Diğer nişanlı için bir zararı mucip olacağını bilerek, meşru bir sebebe müstenit olmaksızın vaadi tutmamak fiili kusuru teşkil eder. Nişanı bozmanın meşru başlıca sebeplerini tesbit etmek mümkündür. Bak: Planiol ve Rouast, *Traité pratique de droit civil*, t. II, s. 71. Buna benzer sarahat, delil beyanının güçlüğü psikolojik bir araştırmada değil de bu hâdisenin gizli karakterinde bulunduğu, başka sahalarda lâzımdır. Böylece, gayri meşru olarak zahir bir surette birlikte yaşama halinde, kanun, babalığın isbatına cevaz veriyor; babalığın doğrudan doğruya isbatı hemen hemen imkânsızdır; yalnız hâkime kanaat verecek izler toplanabilir. Bu izler hangileridir? Onların hepsini işaret etmek mümkün değildir. Fakat en eminlerini hâkimin sezgi gayretile, iknâna en iyi bir surette yarayacakları, en mühimlerini göstermek mümkündür. Kanaatına temel teşkil eden izlerin kıymetini önceden ölçmeden babalığın kendisine muhtemel görüldüğü hallerde buna hükmetmesi çok ciddi olur. Bu kıymeti tesbit için ilmî bir travay yapmak lâzımdır; yukarda zikrettiğimiz eserde bu hususa temas ettik, t. II, s. 767 Cf. Savatier, *La recherche de la paternité*, Dalloz, 1927, No. 45 ets.

zımdır. Ona, en karakteristik müşahhas hâdiselerin monografik tetkikile, erişilebilir. Bir hukukî meselenin mümkün olduğu kadar sarıh bir şekilde vazedilmiş olduğu hâdiseleri seçerek ve bu meseleyi itina ile tetkik ederek ve hal şeklinin ne olması lâzım geldiğini emniyetle tasrih ederek bütün benzer hâdiselerin hallerine yardım edilmiş olunur.

Bu hal tarzını tercih ettirecek direktifler bilhassa tebarüz ettirilmiş olur. Böylece tipik otomobil kazaları hakkında bir etüt, vukubulabilecek başlıca hallerde, bu kazalardan mütevellit mesuliyet meselesinin ne gibi şartlar dahilinde bahis mevzuu olduğunu ve ne suretle halledilmesi lâzım geldiğini göstermeğe yarar. Elbet ki, bu hal ve vaziyetler karşılaşılabilecek yegâne hal ve vaziyet değillerdir. Ve bilhassa bunlar çok defa aynen husule gelmezler. Fakat, otomobil muayyen tipte bir makine olduğu ve bu makinelerin mürurundan doğan problemler, muayyen direktifler tarafından ifade edilebilmeleri mümkün olan, muayyen menfaatleri ilgilendirdiği için demek ki, karakteristik bir hâdisede vaz ve halledilen meseleye benzer meselelerin halline temel teşkil edebilecektir. Bu çeşit çalışmaların faidesi mukaveleler hususunda da sarıhtır. Muayyen bir hedefe ulaşmak için muayyen bir mukaveleye konulabilecek hükümlerin tetkiki pek müsmir olur. Bu tetkik, evlenme mukavelesi sahasında, çoktan beri yapılmıştır ve çok iyi neticeler vermiştir; böylece istibdal şartlarının, üzerlerinde iyice düşünülerek istimali sayesinde, noterler cihaz usulünü code civile'in tanzim ettiği şekilden daha üstün bir tipte tanzime muvaffak olmuşlardır.

Bugün, para kıymetinin düşmesi imkânlarını nazarı dikkate alabilmek için ifayı tehir eden mukavelelere dercedilmesi lâzım gelen hükümler tetkik ediliyor.

Hukuk ilmi, bu neviden bir seri travayla ahval ve şeraitin her gün doğurduğu yeni meselelerin hallinde, tatbikata yol gösterdiği için son derece faideli bir vazife ifa ediyor. Böylece, bunlar, fertlere yeni bir tip hukukî tasarruf teklif etmek maksadiyle onları ele alacak olan kanun vazına yol açıyorlar. Muhtelif mukaveleleri alâkadar eden ekseri kanunî hükümlerin başka bir menşei yoktur: bunlar örf ve adet haline gelmiş ve sonra kanun vazı tarafından benimsenmiş hükümlerdir. Böylece hususî vaziyetlerin ilmî etüdü mantikî tamime temel teşkil eder. Esasen bu tamim başka tasarruflar yapmak imkânını ortadan kaldırmıyor, fakat iyi tetkik edilmiş ve uygun numuneler temin ettiği için tatbikat, yeni vaziyetlerin başka hükümleri zarurî kılınca kadar, ekseriya bu numuneleri kabul

eder. Böylece, ekseri mücerret kaideler katılmış müşahhas kaide-lerdir. Müşahhasın ilmi, bunun sadece bir devamı olan mücerretin ilmiyle birleşir. Bu gibi monografik etüdlerin şümulünün ve ilmî kıy- metinin ne olduğu görünür; bu, esasen bir yenilik teşkil etmez.

Makale ve tez şeklinde olan bir çok etüd yanında daha müşah- has ve tatbikat için daha ehemmiyetli bir çeşit monografiyi zikret- mek isterim: Bunlar, XIX uncu asrın ortasındanberi en meşhur hu- kukşinasların yazmağa koydukları mahkeme kararları hakkındaki notlardır.

Böylece, pek mesut bir tarzda tatbikatla hukuk ilmi yaklaştırı- lıyor, ve mücerret tarzda yazılmış kitapların hâkim olduğu bir de- virde, ismi zikredilmeksizin, müşahhasın ilmi inşa ediliyor. Demek ki, müşahhasın ilmi yeni bir şey değildir: ve bu travayın mevzuu, hukuk ilmini meçhul istikametlere sevk etmek olmamıştır. Fakat sa- dece, girişmiş olduğu ve fikrimce istikbalde daha çok girişmesi lâ- zım geldiği istikameti daha iyi tebarüz ettirmektedir.

A. Rouast

Tercüme edenler :

Doçent Sulhi Dönmezer ve Mahmut R. Belik