

## Hususî Hukukun Şimdiki Temayülleri<sup>[\*]</sup>

Halen mer'î olan Fransız hukukunun geçirdiği tekâmülü önünüzde kısaca anlatmak istiyorum. Bu husustaki fikrim sadece hususî hukuka münhasırdır. Amme hukuku için vakit ve aynı zamanda selâhiyeytim müsait değildir. Anlatmak istediğim mevzu bana, sizi alâkadar edebilecek gibi görünüyor. Çünkü evvelâ bu, hukukunuzun istikbaldeki tekâmülünün ne yolda olabileceğini size hissettirecek ve sonra Fransız nazariyat ve içtihadı mahakiminin verdiği vesikaları iyi anlamak, pratik olarak iyi kullanmak imkânını bahşedecektir.

Fransız kanunu medenisinin 1804 te neşri büyük bir hâdise ve büyük bir iyilik olmuştur. Çünkü bir kerre bu, mevzuatta vahdeti vücuda getiriyor ve aynı zamanda ihtilâl devri hukukunun getirdiği yeni fikirleri an'anemizle, umumiyetle memnuniyet verici bir tarzda, mezcediyor; mevzuattaki birlikte memlekette 360 kadar ürfü âdet arasında mevcut her günkü ihtilâfları yok ediyordu. Bu yok ediş tek bir temyiz mahkemesinin temin ettiği mürakabe ile içtihadı mahakimdeki birlik sayesinde hakikî, pratik ve müessir bir hâle konulmuştur.

Mahkeme içtihatlarında vahdet olmazsa mevzu kanunlarda birlik hiç bir şey değildir. Şöyle ki, çok mahdut bazı hususî meselelerde, şimendifer nakliyatı yahut sınaî mülkiyet gibi mevzuatta, bir çok devletlerin beynelmilel tek bir mevzuatı kanuniyeye iltihak ettiğini natik mühim muahedeler mevcuttur. Fakat tecrübe ile sabittir ki kanundaki şu vahdet, her memleket içtihadı mahakiminin muttarit olmayışı dolayısıyla, pratik tek bir hukukun verebileceği semereyi vermekten aciz bulunmaktadır. Tek bir âli mahkemenin mürakabesile vahdeti temin edilmiş bir içtihadı mahakimin

[\*] Dijon Hukuk Fakültesi Profesörlerinden Mösyö Perroud geçen birinci teşrinin 20sinde, metnini terceme ettiğimiz konferansı Fakültemizde vermişti. Neşriyatımızın çokluğu hasebile işbu konferansın tercemesini ancak bu sayıda dercedebiliyoruz.

yokluğu hasebile aynı madde muhtelif devletlerde birbirine aykırı hükümler vermektedir. Bu itibarla en çok selâhiyettar müellifler, en iyi bir tarzda yazılmış siyasi muahedelerin bile hukuku hususiyyei düvelin ıslahında pek az bir rol oynayabileceği kanaatinde müttefiktirler. Bütün görünüşe rağmen, hukuku hususiyyei düvel, tatbik ve tefsiri milli mahkemelere tevdi edilmiş olmak hasebile, milli mahiyeti muhafaza eden bir hukuk kaynağıdır.

1804 kanunu medenisi, an'nenin verdiği malûmat ile inkılâp hukukunun ruznamesine koyulan fikirler arasında makul bir uzlaşmadan ibarettir. Bu kabil uzlaşmalar daima lüzumlu ve fakat güçtür. Şu veya bu kabilden yeni bir fikrin memleketin iktisadî, içtimai veya ahlâkî vaziyetile telifi kabil bir terakkiye tekabül edip etmediğini taktir etmek lâzımdır. Kanunu medeniye diğer bir meziyet daha izafe edilebilir. Onun yazılması, felsefî ve nazari görüşler getiren olgun tecrübe sahibi mahdut kimselere tevdi edilmişti. Bunun içindir ki kanunu medeni esası kadar şeklile de bir şaheser olmuştur. Zamanının adamlarında husule getirdiği taktirin, insan kendini yeniden 1804 te götürecektir olursa, tamamen yerinde olduğu anlaşılır.

Bundan şu netice çıktı, ve behemahal çıkması lâzımdı ki, kanunun neşrini takip eden ilk seneler her kes, müellif ve mahkemelerin bundan böyle tek bir vazifesi olduğu kanaatini müttefikan taşımaya başladı; her kes indinde bu vazife, eşi olmıyan kanunu tefsir etmek ve ondan, teşrihi tablillerle, ihtiva etmemesi kabil olmayan bütün defineleri meydana çıkarmaktan ibaretti. Bu usul o kadar münasip ve o kadar emin görünüyordu ki hukukî terbiye onu ekseri hukukşinaslara çok alışılmış bir hâle getirmişti. Zaten Roma hukuk âlimlerinin ibareleri asırlardan beri böyle tetkik ve tefsir edilmiyormuydu ki. Romalıların kanunlar külliyyatı ( Le Digeste ) eski ilmin bir eşi bulunamayan, nazirsiz bir hazine gibi telâkki ediliyordu. Onun hakiki menkibesinden her şey meçhuldü; manasını değiştirmek, tamamlamak veya izah etmek için hariçten ona kelimeler ilâve edildiğine şüphe yoktu. O, toptan takdis ediliyordu. Ondandır, haşiyeci (Poste glassateur) lerden beri derin tefsirlerle her türlü hükümlerin, hatta görüşü kuvvetli olanların hatır ve hayaline gelmemiş olan bahislerin bile, meydana çıkarılması öğrenilmişti.

Bu taktirde, şu düşünüş tarzlarını yeni fransız kanununun tatbik ve tefsirine nakletmek kadar tabii ne olabilirdi ?

Tefsir usulüne yapılan şu tercih, her taknin devresinden sonra tesadüf

edilen, zaten tabii bir hâdisedir. Aynı hâdiseye, meselâ Almanya'da, 1900 tarihli kanunu medeninin tatbikından sonra şahit olunmuştur ki bunun böyle oluşu çok tabiidir. Bir kanun neşredildikten sonra onu vazı kanunun arzusuna göre tatbik etmek zarureti vardır. Vazı kanunun hakiki maksadını araştırmak sayesinde kanunun kapalı noktaları kalmayacak ve boşlukları doldurulacaktır. Vazı kanunun maksadını araştırma keyfiyeti ancak iki suretle yapılabilir: Hazırlama devresindeki çalışmaların tablilî, yahut bizzat metnin tefsiri suretile. Keşfetmesini bilmek şartile kanunda her şeyin mevcut olduğuna dair, aşağı yukarı şuursuz, bir nevi kaziye vardır. Eğer bir müşküle tesadüf edilecek olursa, metinden başlayarak ve neticeden neticeye giderek, nispeten kolay, nispeten çabuk, ve fakat muhakkak elde edilecek olan bir hâl sureti bulunacaktır.

Şu halde, 19 uncu asrın ilk senelerinde fransız hukukşinaslarının tuttıkları yol gayet tabii idi ve ciddi bir mahzur da arzetmiyordu. Fakat 1850 den itibaren ve hususile o asrın son senelerinde garip ve korkutucu bir vaziyetin hasıl olduğu görülüyor ki bu da nazariyat ile mahkeme içtihatları arasındaki bağın tedrici bir surette çözülmesi olmuştur. Uzun bir müddet bunun ne ifade ettiği anlaşılamadı. Metinden veya onun mutad tefsirinden uzaklaşan mahkeme kararları hukukî dalalet ile suçlu gibi telâkki edildiler. Bu vaziyet Napoleon kod'unun büyüklüğünü düşürür mahiyette bir tecavüzdü. Mahkeme içtihatları yolsuzdu; onları saymamak ve müellifleri de budalaca hareketlerinden dolayı ciddi bir surette terbiye ve ıslah etmekten başka çare yoktu.

Şu haleti ruhiye uzun bir müddet devam etti. Ben genç talebe iken, eski mektebe (Ecole) mensup bir hukuku medeniye profesörüm vardı. Bu zatın çok alâka uyandıran tedrisatı mahkemelerin acıklı hatalarını tam bir vuzuh ile uzun uzadıya ispattan başka bir şey değildi; hatta o dereceye kadar ki bizde, temyiz mahkemesinin ve daha aşağı tabakada bulunan mahkemelerin, meş'um bir tesadüf eseri olarak, fenalık yapan bunaklarla dolduğu kanaati hasıl olmuştu. Muhafazasında böylece ısrar edilen nazariyat ile mahkeme içtihatları beynindeki şu anlaşamamazlıktan, sebebi çoktanberi yok olmakla beraber tesirleri hâlen devam eden, can sıkacak neticeler hasıl oldu. Profesör ve müelliflerin maddî bir mes'eleden faideli bir fikir vermekten aciz insanlar olduğu, çünkü bunların, münakaşa âdabının sadeliklerine alışmış, pratik hakikatleri gizleyen fil dışından kuleler içersine kapanmış nazariyeciler olduğu hakkında

batıl bir fikir doğdu. İstihza mahiyetinde olan şu telâkki takriben 40 sene evvel doğru olabilirdi; fakat çoktanberi artık böyle değildir.

Can sıkıcı şu vaziyetten nasıl çıkılabildi? Sadece akliselime dönmekle. En nihayet iki şey anlaşıldı: evvelâ, tatbikatın hukuk için değil fakat hukukun tatbikat için yapıldığı anlaşıldı; artık tatbik edilmeyen şu güya mektep hukuku bundan böyle, hakikî hukuk, yaşayan hukuk olarak telâkki edilemeyeceği, binaenaleyh içtihadı mahakim hukukunu tetkik etmek ve tanımak, ne demek istediğini görmek, neden bazan Kod'un yanında, ve hatta bazan Kod'a aykırı bu tarzda teessüs ettiğini anlamağa çalışmak icap ettiği teslim olundu. Saniyen, iş bu raddeye gelince, hukukun kanunla aynı şey olmadığı anlaşıldı. Taknin mes'elesi düşünüldü ve Kod'un pek muhtemel olarak bütün hukuku ihtiva etmediğinin farkına varıldı. Hiç şüphesiz ki bu, ne 1804 kanununu yazanların ne de ilk müfessirlerin düşüncükleri değildi. Onlar, Kod'un sarahaten yahut zımnen her şeyi evvelden nazara aldığını ve hukukcuların ise zımnı hükümleri meydana koymakla iktifa edebileceklerini düşünmüşlerdi. Fakat, meselâ 1890 hukukunun 1804 hukukile aynı olmadığı meydana çıkarıldı; hukuk, taknin rejiminde bile, örf ve âdetin yavaş, hissedilemeyecek ve fakat karşı da durulamayacak tazyikî neticesi inkişaf etmekte devam eder. Kod'ların mevcudiyetine rağmen hukukun istenilen şekil ve surete konuluşu Obri (Aubry), Saley (Saleilles), Jeni (Geny) ve daha bir çoklarının yazdıkları eserlerdenberi her kes tarafından nihayet anlaşıldı. Hiç olmazsa 40 senedenberi bunlar artık bu gün kazanılmış ve münakaşa edilemeyecek birer hakikat olmuşlardır. Bu hususta bir fikir edinebilmek için hukuku medeniyeden her hangi yeni bir eseri açmak kâfidir. Hâlen onlarda tesadüf edilecek şey hakikatte tatbik edilen hukuk kaidelerinin, yalnız değeri olan hakikî hukukun, beyan ve izah edilışıdır.

Fakat, hukukun şifahi tedrisatı olduğu kadar bu nazariye kitapları da sadece mahkeme içtihatlarındaki hâl suretlerinin beyan ve izah edilışinden ibaret değildir. Onlar, karar fihristlerinden çok başkadır ve başka olarak ta kalmalıdır. Karar fihristleri nevama iptidai maddeler kabilinden olup bazı kararların filân sureti halli kabul ettiği hakkında malûmat verir. Fakat, işbu mülâhaza kâfi değildir. Hâl suretinin neden kabul edildiğini izah etmek, nasıl meydana çıktığını, diğerleriyle nasıl birleştiğini ve ayrıldığını, ve binaenaleyh devam etmesi ihtimali olduğunu bildirmek (doktrin)e düşer. Keza, yine işbu sureti hâlin hangi tenkitlere maruz olduğunu ve

binaenaleyh bir cinse teferru eden hâdiselerde hafif bir değişikliğin aksi bir hâl suretini mucip olup olmayacağını izah etmek (doktrin) in vazifesidir. Kazai kararların şu suretle makul bir tarzda taktir edilişi keyfiyeti hakikaten yeni hukuku hususiye ilmini teşkil eder. Bu vadide tefevvuk etmiş olan hukukşınasların mahkemeler üzerinde mühim ve sürekli tesir icra ettikleri tecrübe ile sabittir. Mahkemeleri iyi muhafaza etmek için, yeni mesleğin (doktrin) gayreti, rolü onların içtihatlarını sentetize ve tahlil etmektir. Ve işte ancak bu sayede doktrin, evvelce kaybettiği nüfuzu tekrar kazanmıştır. Netekim, kararların metninde, nüfuzu haiz esaslı eserlere müracaatı tazammun eden kat'i işaretleri bulmak gittikçe fazlalaşmaktadır.

Yeni usullerin zaten başka bir faydası daha vardır : mahkeme kararlarını tefsir eden bizim en güzide âlimlerimizde hukuk ile içtimaî, ahlâkî, iktisadî ve felsefî büyük fikirler arasında bir bağ vücade getirmek endişesi mevcuttur. Onlar bu suretle hukukun bütün ehemmiyetini gösteriyorlar. Hukuk artık metinler üzerinde uğraşılan sade bir mantık değil fakat insanın hakikî bir fenni, ve bizim yabancı kalamayacağımız, pek çok merak uyandırıcı ilmi tedrisatın bir kısmıdır.

Tekâmülünü size yukarda izah etmek istediğim doktrin ile mahkeme içtihatları beynindeki şu münasebetler daha tafsil edilmek ve iyi anlaşıl-mak iktiza eder. Bu hususta bir çok hata sebepleri bilinmek ve gösteril-mek lâzımdır.

Evvelâ esaslı bir kaide mevcuttur ki bu ekseriyetle bilinmediği için üzerinde hususile durmak isterim : Emsal teşkil eden mahkeme içtihatları eyice tartılmak lâzımdır, yoksa sadece sayılmak değil. Amelî sahada çalışanlar ekseriya tezlerini kuvvetlendirmek isterler ve bunun için de sahibi salâhiyet olarak mümkün olduğu kadar çok mahkeme içtihatlarından istişhad ve böylece insanın taklide olan tabii meylinden istifade ederler. Meselâ 12 mahkeme menfiyi, ve sadece 3 ü müsbeti kabul ettiği taktirde hadiseyle hâlen meşgul olan mahkeme de menfiyi vazetmelidir.

şu görüş basit ve çocukcasına bir iddiadır. Eğer hükümlerden biri açık ve çok eski olmayan Temyiz mahkemesinin bir kararına istinat edebiliyorsa, aşağı tabakadaki mahkemelerin menfi mahiyette verdikleri karar adedinin nisbeten çok oluşu, esas itibarile ehemmiyeti haiz değildir.

Yalnız esas itibarile diyorum ve şu mülâhaza beni şöylece serdedeceğim ikinci kaideye sevk ediyor : Kararlar için mübalagalı bir aşk ve sevgi beslememek iktiza eder. Hiç olmazsa Fransa da, Angalo - sakson mem-

leketlerinde cereyan edenden farklı olarak, mahkeme reisinin nüfuzu hakimlere tesir icra etmez. Temyiz mahkemesi tarafından bile olsun bir karar kabul edildiği zaman onu çürütmeye çalışmak daima boş ve faydasız değildir; ancak bunu bilerek yapmalıdır. Bunun için yeni deliller getirmek veya eskiden daha az kuvvetli olan sebeplerin yeni ehemmiyetini göstermek iktiza eder. Hem serdedilen sistemin makul olan tefevvukunu ve hem de pratik ruchanını ve daha âdilâne olan hususiyetini isbat edebilmek lâzımdır. Bu, çetin ve tehlikeli bir emek olmakla beraber daima mümkün olmayan bir gayret değildir. Bunu temin etmek için Temyiz mahkemesinin itiraz edilen eski içtihadına karşı aşağı tabakadaki mahkemelerden sadır olan mütenakıs kararlardan istiane etmek doğru olur. Filhakika onlara, Temyiz mahkemesi müvacehesinde, kendilerinde bizatihi bulunmayan bir kıymet vermek mevzuubah değildir. Yalnız eski hükmün, ahvalı hazıra veya efkârı umumiyenin adilâne telâkki ettiği şeyle artık hemahenk olmadığını isbat maksadile onlardan istiane edilecektir. Eğer bu gibi kararlar çoksa onlar, Temyiz mahkemesini düşündürecek ve eski içtihadında durmanın yerinde olup olmadığını yakından tetkik ettirmeye saik olacak efkârın mevcudiyetini gösterecektir. Şu münasebetle, Devlet Şurasının misalini zikredebilmek için, ihtisasım haricinde yabancı bir sahaya çıkarak, kısaca bir tetkikte bulunmak istiyorum. Şu âli mahkemenin, medenî hukuktan çok az müstakar bir ilim olan idare hukukunun tekevvinde ehemmiyetli nüfuzunu bilirsiniz. İdare hukukunda ihtisas sahibi müfessirler, Devlet Şurası huzuruna ilk defa getirilen yeni tezlerin muvaffak olması ihtimalinin aslâ bulunmadığını ve fakat bunlar bir çok defalar tekerrür edince, bunun tatmin edilecek yeni bir ihtiyaca delâlet ettiği cihetle, işte şu ihtiyacı tatmin maksadile, yeni bir nazariye vücade getirmenin sırası geldiğini Devlet Şurasının memnuniyetle kabul ettiğini göstermişlerdir.

Kararlardan istifade edilmesi için üçüncü bir esasa da riayet edilmek lâzımdır : eyice hatırlamak iktiza eder ki bizde kararların esbabı mucibeleri kaziyeyi muhkeme kıymetini haiz değillerdir, bu ancak fıkrâi hükmiyeye bağlıdır.

Diğer bir tabirle, hatalı esbabı mucibelere istinat etmekle beraber bir hüküm doğru olabilir. Buna, hiç şüphesiz ki tabii bir vaziyet olmamakla beraber, zannedildiğinden daha fazla tesadüf edilmektedir. Acaba neden ileri geliyor ? İki sebepten: hâkimler, ya farkına varmadıkları için doğru olan esbabı mucibeyi serdetmemişler ve asıl hukukî esasını

tahlil edemeyerek mülhem oldukları eyi hükmü hissi selimelerile bulmuşlardır; veyahut ta bilâkis, hem hükmü hem de hakikî esbabı mucibeyi eyice görmüşlerdirde ancak, maslahat icabı serd ve beyan etmeyerek onu gelişi güzel, az çok eyi, ve eyiden fazla fena bir tarzda ifade etmişlerdir. Hâkimler, tehlikeli bir emsali vakitsiz vücuda getirmekten ekseriya kurtulmak için, saklı kalmasını tercih ettikleri asıl saik yerine değersiz bahaneler getirerek, düşüncelerini isteyerek gizlemek suretile değiştirmişlerdir.

Şu tarzda aldatis onlar için hiç bir vesveseyi dai değildir. O, hakkaniyete ve bitaraflığa bir darbe olmaz; çünkü davacılar için ehemmiyetli olan ancak hükümdür.

Mahkeme içtihatlarından istiane edilirken takip edilmesi muktazi nihayet dördüncü ve sonuncu bir kaideyi gösteriyorum ki bu da, muhakemesi mevzuubahs olan emsaldeki vakıalarla ileri sürülen kararların verilmesinde saik hâdiselerin birbirlerine tamamen uygun olmasıdır. Bu hususta çok nazik bir nokta vardır ki burada hakikat avukatların ateşin müdafalarile kolayca tahrif edilir. Dünyada birbirine tamamen benzeyen iki dava yoktur diye bazan söylenir. Hiç şüphesiz bu aşırı bir formüldür; lâkin şurası muhakkaktır ki emsaller beyninde hatta en küçük farklar hüküm üzerinde kat'i bir ehemmiyeti haiz olabilirler; fakat hiç bir ehemmiyeti olmamaları da müsteb'ad değildir. Şu halde, bu hususun nerede ve ne halde bulunduğunu nasıl anlamalıdır? Kaide şudur ki her şeyden evvel hâdiseleri eyice tesbit etmeli ve tatbiki istenen hukukî nazariyeyi meydana çıkarmalıdır. Bundan sonra da, hangi kararların kuvvetinden istiane edilebileceğini anlamak için, bu işlerde hâdiselerin hâlen ihtilâflı olanınkilere benzeyen veya benzemeyenlerin aynı nazariyenin tatbikına sevkedip etmeyeceğini araştırmak iktiza edecektir. Hâdiselerdeki farkın, istinad edilen hukukî kaidenin tatbikına mani teşkil ettiği takdirde ehemmiyeti vardır. Hâdiselerin maddeten benzeyişinin, ekseriyetle tahmin edildiği kadar, ehemmiyeti yoktur. Binaenaleyh bir mes'elede, neticede hâlen mevzuubahs olan hukuk kaidesi tatbik edilmiş olmak şartile, zahiren tamamen başka mahiyet arzeden bir iş için sevk edilmiş olan kararlardan istiane etmek caizdir.

Mahkeme içtihatlarının tetkikinde takip edilecek usul üzerinde bir az durdum; çünkü bu mevzu, zaten uzun bir tecrübenin beni ekseriya düşünmeye sevkettiği bir mevzudur. Hususile fransız mahkeme içtihatlarına

kolayca yaklaşılabilir; çünkü onlar, daha hususî mahiyette neşriyat şöyle dursun, çok taammüm etmiş olan büyük Sirey ve Dalloz külliyatında uzun zamandanberi cemedilmiştir. Şu vesikalardan istifadeyi Fransa'da nasıl anladığımızı bilmenizi sizin için enteresan olacağını düşündüm.

Efendiler, hususî hukukunuzun kaynağı nisbeten yeni kanunlardadır. Şu halde siz tefsir usulünü daha kullanmakta haklısınız. Fakat, İsviçre hukukunun şerh ve tefsiri Fransız kanunu medenisinininkinden çok farklı olmalıdır; çünkü bu iki hukuk birbirlerine aslâ benzemezler. İsviçre kanunu Fransızınkinden daha pek çok nazarıdır. İsviçre kanununun şimdiye kadar mühim mesaiye mevzu olduğu ve mahkemelerinin onu tatbik ve tefsir ettikleri bir hakikattir. Vüs'at ve ilmi düzgünlük itibarile Sirey ve Dalloz'la mukayeseleri kabil mahkeme içtihatları külliyatına İsviçrede matteessüf tesadüf edilememektedir.

Binaenaleyh, hukuku medeniye için size İsviçre nazariyat ve mahkeme içtihatlarının temin edeceği faide'ler, eğer memleketiniz Fransız kanunu medenisini takip etmiş olsaydı bunun nazariyat ve mahkeme içtihatlarının temin edebileceklerinkinden daha azdır.

Kanununuzun tefsirinde size büyük bir serbesti verecek diğer bir sebebin mevcut olduğunu zannediyorum; o da, çok başka bir mevzuata anî olarak halef olması keyfiyetidir. Şurası muhakkaktır ki, eski hükümlere taban tabana zıd olan yeni hükümler dar bir şekilde tatbik edilmelidirler; idare edilecek bir intikal devresi vardır. 1804 kanununun neşrinde Fransa'da biz de aynı müşkilât ile karşılaştık; eski mahkeme içtihatları külliyatımız bunun şahididirler. Halbuki, kanunu medenimiz örfü âdete halef olmak itibarile, sizinkinin eski hukukunuza nisbetinden çok az farklı bulunmakta idi. Şu halde siz, metinle sıkı bir surette sizi bağlayan âmir hüküm o'madıkça, yeni mevzuatınızın tefsirinde büyük bir istiklâle malik olduğunuzu bilmelisiniz. Bu hususta, kendisine hiçbir şeyin asla faik olmayacağı hakkaniyetin vereceği ilhamlar, şimdiki medeniyet halinizle telifi kabil olmadığı zaman âdetlerinizin yadigârları, iktisadî ve içtimaî ihtiyaçlar duygusu ve aynı zamanda ümit etmek cesaretindeyim ki, bütün milliyet hissi bertaraf, mükemmel olanlardan birisi addettiğim Fransız mahkeme içtihadı misalleri sizin rehberiniz olacaktır.

*Türkçeye çeviren*

**KEMALİDİN**