



KANUNLARDA KIYAS VE KAİDEYE MUHALİF MÜESSESE VE HÜKÜMLER

I

Ali Himmet BERKİ

Kanunları bir takım esas ve kaideler idare eder. Yani kanunların ihtiva ettiği hükümler hukukî esas ve asılların ışığı altında tanzim olunur. Fakat hukuk kaideleri mutlâka istenen neticeleri veren riyazî düsturlar manzûmesi değildir. Bunlar tabiî haklardan ve halkın muamele ve örf ve âdetlerinden istinbat olunan icmâl ve hülâsalardır. Nazarî ve mücerret fikirlerle insan ve cemiyet münasebetleri hiç bir zaman ve hiç bir yerde tâtmin edilememiştir ve edilemez. Örf ve adetlerin, tabiî haklar yanında ferdi ve maşeri zaruret ve ihtiyaçların nazara alınması lâzımdır. Bunun içindir ki ötedenberi muhtelif icaplar karşısında kaide ve kıyas terk olunarak menfaat ve maslahatın istilzam ettiği cihet tercih oluna gelmiştir. Bütün dünyada mevcut medenî kanunlar tetkik edilse hükümlerin ya bir asla veya bir zabıtaya veya örf ve adete veya istihsan ve maslahata müstenit olduğu görülür. Bundan da anlaşılıyor ki kanun zaruret ve maslahat demektir.

Yalnız şunu kayd edelim ki : kıyas, kaideye muhalif olarak kabul olunacak hükümlerin velevki adete uygun olsun, tabiî haklara mal, can, ırz masuniyetine, ahlâk ve âdâba ve adalet icaplarına muğayir olmaması ve kavinin zaifi istismarına yol açacak mahiyette bulunmaması şarttır. Aksi hal âmme vicdanında menfi tesirler husule getirir ve binnetice o hükümler muhitte ya hâkim olamaz veya karışıklık ve ittıradsızlıklara sebep olur. Yahut kendiliğinden ilga edilmiş bir kanun hükmünde kalır. Nitekim 25 Teşrinievvel 1336 tarih ve 55 numaralı «Men'i İsrâfat Kanunu» böyle olmuş, bu kanun halkın, alelhusus kadınların temayülüne ve tasarruf serbestisine uymadığından tatbik sahası bulamamıştır.

Zaman zaman kanunların tadil veya ilgası arz ettiğimiz mülâhazalarla vuku bulmaktadır. İslâm Hukuku'nda bir çok hükümler kıyas ve kaide terk olunarak ihtiyaç ve maslahat sevkiyle tecviz olunmuştur. «Zaruretler memnû olan şeyleri mubâh kılar». «Hacet umumî olsun hususî olsun zaruret menzilesine tenzil olunur». «Zararı âmmî def' için zararı has ihtiyar olunur». «Adet muhakkemdir» gibi kaide ve asıllar arz ettiğimiz fikir ve

mütâleaların birer ifadesidir. Meriyyette olmadığından İslâm hukukunda bu kaidelere müteferri meseleler üzerinde tevakkuf etmiyecek yalnız bir fikir verebilmek için bir kaç misâl verdikten sonra Medenî Kanunda kıyas ve kaideye muhalif olarak kabul edilen müessese ve hükümlerle iştigâl edeceğiz.

Görüyoruz ki İslâm Hukukunda bey' «Malı mal ile mübadeledir.» diye tarif olunur, bey' icap ve kabul ile keza teati ile münakıd olur diye bir hayli zabıtlar bulunuyor. Bu tarif ve zabıtlar re'sen değil, örf ve adete binaen teşri olunmuş, bey bi'l-vefa, beyi selâm, istimplâk, vakf, vasiyyet, beslemek ve görüp-gözetmek şartıyla hibe ve benzeri müessese ve hükümler istihsanen tecviz olunmuştur. Burada bu kadarla iktifa ile Medenî Kanunda kıyasa muhalif olarak kabul edilen mevzulara geçiyoruz.

Biraz evvel kıyas ve kaideye muhalif olarak kabul olunan hükümlerin tabiî haklara, ahlâk ve âdâba, adâlete muğayir olmaması lüzumunu söylemiştik. Şüphe yokki medenî kanunumuzun me'hazi olan İsviçre Medenî Kanunu da adalet ve zulüm gibi iyilik ve kötülüğü bilinen hususlardan mâada hallerde gelip-geçen milletlerin ve hususiyle Roma hukukunun tesirleri altında kalmakla beraber hususî mülâhazalar yanında örf ve âdetleri, zaruret ve ihtiyaçları gözönünde tutmuş; fakat hükümlerin tabiî haklara ve ahlâk ve âdâba muğayir olmamasını esas umde ittihaz etmiştir. Kanun müteaddid maddelerinde bu esas ve umdeleri teyit eder. Ez cümle 8. maddede kanun dairesinde haklara ve vecibelere ehil olmakta her ferdin müsavi olduğunu ve 23. maddede medenî haklardan ve onları istimalden kısmen olsa dahi ferâgat edilemeyeceğini ve muhtelif maddelerde ahlâk ve âdâba muğayir tasarrufların hükümsüzlüğünü beyan ve ilân eder. Maa-haza bu umdelerle bağlı kalmıyarak kısmen komşu hukuku hükümlerinin ve kısmen mahallî adetlerin tesiri ve kısmen içtimaî ve iktisadî ihtiyaçların ilhâmı ile istisnai bir çok hükümler kabul etmiştir. Lakin açıkça söylemek lâzımgelirse bu istisnai hükümlerin bazısında ana esaslardan ayrı'mağı gerektirecek ne âmme hakkı ne zaruret veya ferdi, içtimaî ve iktisadî bir ihtiyaç ve menfeat vardır. Bilâkis insan haklariyle tezat teşkil eder mahiyettedir. Biz burada ilmî ve hukuki bakımdan bunlar üzerinde durmak ve tadil komisyonunun dikkat nazarlarını celp etmek istiyoruz. Bu hükümlerden en mühimleri şahsiyete ve medeni haklara taalluk eden istisnai hükümlerdir.

Bu meyanda kadının tasarruf serbestisinin takyidine ve medeni hakkın icabatiyle kabili telif olmayan mal birlik ve ortaklığına ve küçüklerin mallarından ana - babanın mutlak surette intifama ve evlât edinilen çocuğun hakiki ana ve babasının velâyet hakkından veya onu istimalden ferâgatlerine mütedair hükümler tetkike değer.

Biraz evvel beyan ettiğimiz vechile Medeni Kanun herkesin haklara ve cevibelere ehil olduğunu ve hiç kimsenin medeni haklardan ve onları istimalden kısmen de olsa ferâgat edemiyeceğini birer umde olarak kabul ve ilân etmiştir. Buna rağmen 16. maddede şu hükümleri görüyoruz :

«Karı-koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsî mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi hallere dair karı-koca arasındaki hukuki tasarruflar sulh hâkimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz.»

«Koca menfaatine olarak karı tarafından şahsî malına karşı iltizam olunan vecibeler için dahi hüküm böyledir.»

Bu maddenin sarahatine göre mal ayrılığında (1) karı koca aralarında her türlü tasarrufta bulunabilecek, meselâ : biri malını diğerine satabilecek, bağışlayabilecek ve diğerine borçlanabilecek, diğerindeki alacağını ibrâ edebilecek ve bu tasarruflarda hâkimin iznine ihtiyac olmayacaktır. Fakat karının şahsî mallarına (2) veya mal ortaklığı usulüne tabi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflarla mal birliği ve mal ortaklığı ve mal ayrılığında karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan vecibeler için sulh hâkiminin tasdik ve izni iktiza edecektir.

Şahsiyyet ve hak ve vecibelere ehliyyet karşısında bu tahdide neden lüzum görülmüştür? Kocanın karısı üzerinde müessir olması gibi bir mü-lâhaza mıdır? Eğer böyle ise mal ayrılığında karı koca arasındaki tasarruflarda bu ihtimal yok mudur? Bundan başka karının kocasının borcunu nakden ödemesi muteber oluyor da vecibe iltizamı niçin muteber olmuyor? Görülüyor ki : maddenin birinci fıkrasıyla son fıkrası arasında fikir ve mantık ahengi yoktur. Tasdik şartı üçüncü şahısların haklarını sıyanet maksadı ile ise, mal ayrılığında karı koca arasındaki tasarruflarda üçüncü şahısları ızrar ihtimali daha fazladır. Böyle olduğu halde kanun, hâkimin iznine muhtaç olmaksızın bu tasarrufları muteber addediyor. İcra ve iflâs kanununun da üçüncü şahısların haklarını sıyanet için iptal müessesesi kabul edilmiştir. Bunun haricinde ana esaslara muhalif hüküm vaz'ı tecvîz edilmemek icap ederdi.

Müellifler kanunun birbirine uymayan bu hükümlerini makul göstermek için bir takım vecihler beyan etmişlerdir ki bizce hiç biri ilmî ve kanaat verici değildir. Ehliyyet ve serbestî tasarruf kabul edilince zaruret ve ihtiyaç olmadıkça şu veya bu düşünce ile tahdid ana esaslara kabili tevfiğ değildir.

Evlenmede mal birliği, mal ortaklığı da kıyas ve kaideye muhalif olan hükümlerdendir. Zevciyyet rabıtası maksat ve gayesi itibariyle manevî ve ulvî bir vahdettir. Ticaret şirketi gibi sırf maddî menfaatleri istihdaf eden

mülâhazalar birlik çerçevesi içinde yer bulmamak lâzımdır. Bundan kat'î nazar mal birliğinde cebri bir surette kocanın karının şahsî mallarından intifa hakkını haiz olması (3) ve karının parasının ve misliyyatdan olan diğer mallarının kocanın mülkiyetine geçmesi ve mal ortaklığında idare ve tasarrufun kocaya ait bulunması mülkiyet ve tasarruf haklarıyla kabili tevfiik olmayan şeylerdir. Gerçi para ve bazı misliyyat istihlâk edilmedikçe intifa mümkün olamayacağından bunların, intifa sahibi olan kocanın mülkiyetine geçmesi makul gibi görünüyorsa da bir şahsın mülkünü cebren diğerine vermek mal ve mülk masuniyetine muhaliftir.

Evvelki hukukumuzda (İslâm Hukukunda) evlilik karı ve kocanın ehliyet ve medenî hak ve salâhiyetlerinde hiç bir tesir husule getirmez, evlenmeden evvel mevcut olan hukuki salâhiyet devam ederdi. Evlilik ne kocaya karının ne de karıya kocanın malından intifa ve bunlara yekdiğerinin malında tasarruf hakkı vermezdi. Çünkü bu hukuka göre hak ve vecibelere ehil olmakta ve tasarruf serbestisinde ehil olmakta kadın ile erkek arasında bir fark yoktur. Bazıları bunun hilafını iddia ederlerse de tamamen yanlıştır. Bu ve benzeri iddialar ya bilgisizlik veya taassup ve maksadı mahsus mahsulüdür.

NOT :

(1) Kanun mal ayrılığını şöyle tarif eder :

Madde 186 — Karı kocadan her birinin bütün mallarının mülkiyet ve idare ve intifa haklarını muhafaza etmesine mal ayrılığı denir.

(2) Şahsî malları kanun şöyle tarif eder :

Madde 192 — Birliğe dahil olup da evlenme zamanında karının malı bulunan yahut evliliğin devamı sırasında miras ivazsız veya iktisab tariklerinden biriyle kendisine intikal eden malların mülkiyeti karıya aittir. Bu mallara karının şahsî malları denir.

Mahfuz mallar da şöyle tarif edilmiştir :

Madde 183 — Aşağıdaki mallar kanunen mahfuz mallardır :

- 1 — Karı kocadan her birinin zati eşyası,
- 2 — Karının iş veya san'atinin icrasına yarayan malları,
- 3 — Karının ev işleri haricindeki çalışmasının mahsulü,

(3) Madde 197 — Koca karısının şahsî mallarından intifa hakkını haizdir ve bu cihetten aynıyle bir intifa hakkı sahibi gibi mesuldür.

Resmî müfredat defteriyle kıymet tayin edilmiş olması bu mesuliyeti attırmaz. Karının parası ve misliyyatdan olan diğer malları ve hâmile müharrer eshâm ve senetleri kocanın mülkiyetine geçer ve koca bunların kıymetini borçlu olur.