

KİTAP TAHLİLİ

Georges Ripet : Le déclin du droit (Etudes sur la législation contemporaine). Paris Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

Paris Hukuk Fakültesinin ünlü profesörü, İnstitut üyesi G. Ripert büyük sentez eserlerinden birisini daha verdi: **Le déclin du droit !**.

Hakikatte bu eser büyük Fransız bilgininin daha önce yazdığı sentez eserleri serisi içinde bir halkayı teşkil ediyor. "Son halka" diyemiyeceğiz, çünkü hakka ve adalete bütün kalbi ile inanan ve onun incinmesine karşı isyanını büyük bir vekarla ifade etmekten geri kalmıyan âlim mütefekkir-den bu tarzda bir eser daha geleceğini umuyoruz. Bu eser, kurulmasını dilediği hukukî nizamın esaslarını koyan bir ülkü eseri olacak, sanıyoruz. Çünkü yıkan ve tenkid eden; olanla, olmasını dilediği arasındaki mukayesenin hüsrânını bildiren demektir. Şu halde Prof. Ripert dilediği âlemin hayalini de bize anlatacak ve bu, çok tabii ve sevindirici bir hadise olacaktır.

Ripert'in ilk eseri - bu serinin ilk eseri demek istiyoruz - **Règle morale dans les obligations civiles** adını taşır. (1) Bütün nesli heyecan içinde bırakan bu eser, tabii hukuk fikri ile hukukî pozitivizmin uzun süren mücadelesinde birincisinin tam bir mağlûbiyetine inanışın umumileştiği bir sırada neşredilmişti ve mevzu kanunların üstünde bir ahlâk kaidesinin varlığını ilân ve ispat ediyor. Bizzat müellifinin yaptığı şiddetli itirazlara rağmen (bak. 2. basıma önsöz s. VIII) bu eser tabii hukukun müdafaasına yarıyan yeni bir yardımcı sayıldı. Fakat onu, içtimaî hukukun gelişmelerini kavramak istemiyen aşırı ferdiyetçi bir zihniyetin mümessili olarak tenkid edenler de görüldü. Halbuki müellif maksadını şu suretle anlatmıştı : (Modern dünyanın hukuk teşkilâtı kendi kendine yetecek bir hukuk yaratmağa muvaffak oldu mu, yoksa Avrupa milletlerinin ru-

(1) Bu eserin tercümesi sayın Prof. A. K. Yörük tarafından İstanbul Hukuk Fakültesinde neşredilmiştir.

hunu yüzyıllardan beri idare eden büyük ahlâk kanununun hâkimiyeti altında kalmakta devam ediyor mu? İşte bu araştırmaların asıl hedefi budur). Bu ilk eser hukukun en teknik, mahiyeti itibariyle en çok iktisadî yani sırf menfaat kanununa müstenit görünen borçlar kısmında bize ahlâk kaidelerinin silinmez, inkâr edilmez izlerini tam bir aydınlık ve hayran bırakan bir vuzuh ve sadelik içinde göstermiştir.

Bundan sonra (*Le régime démocratique et le droit civil moderne*) (2) adlı ikinci şaheseri görüyoruz. Montesquieu'nün dilince, kanunların ruhunu anlamaya ve anlatmaya çalışan bu muazzam eserde Üçüncü Cumhuriyetin medenî hukuk sahasında neşrettiği kanunların muayyen bir zaviyeden tahlil ve izahını buluruz. Adının da anlattığı gibi, bu eser muasır Fransa'da medenî hukukun demokratik rejimin ne dereceye kadar tesiri altında kaldığını isbata yönelik bir incelemenin mahsulüdür. Fransız medenî kanununun getirdiği medenî hukuk kaidelerinin ve medenî hukuk esprisinin bir çok müteferrik kanunlarla nasıl zedelendiğini, aşındığını, hatıta değiştiğini - sayısız teşriî metinlerin ışığı altında - tesbit edilmiş görüyoruz. Müellifin fikrinde, "hususî hukuk okutan bir hukukçu, siyasetin tesirinin işlemediği bir âlemde yaşamaz. Savlavların yaptıkları kanun tekliflerinin dörtte üçü seçim durumlarının yarattığı endişelerden ve düşüncelerden mülhemdir. Eğer bu durum bilinmezse Fransız medenî hukukunun zamanımızdaki tekâmülünü izah imkânı yoktur. Hususî hukuk tarihini, kamu zihniyetinin geçirdiği değişikliklerin tarihinden ayırmak mümkün değildir. Bir hukukçunun politika yapmaması icap ettiği, kanunlar hakkında kıymet hükümleri vermeden onları serhetmekle, veya kanunlar hakkında ancak onların teknik değerleri bakımından kıymet hükümleri vermekle yetinmesi gerektiği iddia ediliyor. Fakat siyaset yapmamak ne demektir? Bir fizikçi, hükümet şeklinin cumhuriyet olduğunu hiç kale almadan, elektrik hadiselerini izah edebilir; ben çinde yaşadığım cemyetin kanunlarını, kimler tarafından ve niçin kabul edildiğini söylemeden izah edemem... Hukukçulardan bir kısmı işlemekte olan makineye bakar, diğer bir kısmı makinenin sökülmesiyle meşgul olurken içinde yaşadığımız cemyet tekâmül ediyor. Demokrasinin bir ideali var. Milletten seçtiği bir parlamento bu ülküvü gerçekleştirmeğe çalışıyor." Ripert'in o eseri bu demokrasi ülküsünün eski Fransız medenî hukukunu ne dereceye kadar değiştirdiğini incelemişti.

Ripert'in 3. cü eseri (*Aspects juridiques du capitalisme moderne*) (3) adını taşır. Bu eser modern kapitalizmin Fransa'daki bazı cephelerini gös-

(2) İkinci basım 1951.

(3) Paris 1946.

termek amacını güder. Çünkü müellife göre iktisadın şekli göz önünde tutulmazsa Fransız kanunlarının bir buçuk asırdan beri kaydettiği tekâmülü anlamağa imkân yoktur. Ripert'e göre kanunlar muhtelif kuvvetler arasında yapılmış sulh anlaşmalarıdır, devamlı olarak münakaşa konusu olan ve tadil edilen anlaşmalar. Bu kanunlardan her birini hangi muzaffer kuvvetin kabul ettirdiğini keşfetmek kolaydır. Endüstri ve finans kapitalizmi, kudretini teyit etmek imkânını veren bir kanunlar manzumesi yaratmıştır. İşte müellif bu eserinde, o kanunların geçtiği merhaleleri göstermeği hedef bilmıştır. Onun fikrinde bu kanunlar, paranın kudreti ile adedin kudretinin çarpışmasından doğan bir hukuktur. Yine onun fikrinde kapitalist rejimin devam etmesi veya batması şanslarını bu günkü hukukî teşkilâtta aramak daha emin bir şeydir. Kendisini destekleyen müesseselerin kuvvet veya za'fına bakarak bu rejimin gücü ve za'fı hakkında bir karara varmak mümkün olur.

Bu üç eserden birincisi, aşırı bir pozitivizme karşı gelenekçi ahlâkın tesirini ön plâna koyuyordu. İkinci eserde demokratik rejimin hususî hukuk üzerindeki tesirleri tesbit ve bir dereceye kadar haksızlık ve sui istimallerden şikâyet ediliyordu. Fakat "Le déclin du droit" adının da açıkça anlattığı gibi, bir bedbinlik havası ve kanaatini aşıyor. *Ripert* şikâyet ediyor, çünkü onun kanaatine: (medeniyetimize bağlı ve onun muhafaza ve idamesini sağlayan hukuk prensipleri vardır. Bu prensipler tanınmadığı takdirde hukuk çöker, alçalır). Onun fikrinde şiddet ve hiyle tezahürleri, kurulmuş düzenin ihlâlleridir. Bu gibi ihlâllerin tekerrür etmesi ve cezasız kalması, siyasî kuvvetin kifayetsizliğini gösterir. Hukukun hakiki çöküşü, kanunların neticesi olan bir çöküştür, kanunlar artık adaletin icaplarına uymadığı ve nizamı muhafazadan âciz oldukları zaman görülen çöküştür. *Ripert*, *Pascal*'in meşhur fikrine itiraz ederek diyor ki "haksızlığı nizamsızlığa tercih etmek mümkün değildir, çünkü adaletsizlik de bir nizamsızlıktır, çok kere birincisinden daha beter olan fikrî ve moral bir nizamsızlık! Siyasî kudret, artık hakkın ifadesi olmayan kanunlarla kendisini gösterirse cemiyet tehlikededir. *Ripert*'in kan'atince bu durumda hukukçuların da mesuliyet payı vardır. Çünkü kanun koyucunun bilgisizlik, zaaf ve bazan da ihtirasından ileri gelen bu durum karşısında hukukçu gerekli tepkiyi göstermiyor. Kanuncunun hoşuna giden her şey kanun kuvvetindedir, diyerek onu kolayca cesaretlendiriyor veya mazur gösteriyorlar. Eğer böyle olacaksa artık hukuku okutmağa ne lüzum var?)

Ripert'in kitabı Fransa'da kanun yapma tekniğinde ve bizzat kanunların gaye ve maksatlarında görülen yolsuzlukların acı bir tahlil ve tenkidinden ibaret yedi incelemeyi ihtiva ediyor. Her biri ayrı bir değer taşı-

yan bu etüdler, yalnız Fransa için değil, büyük buhranlar veya inkilâplar geçiren her memleket için düşündürücü ikazlarla doludur. Eser yedi bahisten mürekkeptir.

Birinci fasıl (*En kuvvetlinin kanunu*) başlığını taşıyor. Bu fasılın başında Montesquieu'nün şu meşhur cümlesini görüyoruz: (Bir halk devletinde bir kuvvet daha vardır ki o da fazilettir... Bu fazilet ortadan kalkınca cumhuriyet bir kabuktan ve onun gücü bir kaç vatandaşın iktidarından ve umumun sınır bilmiyen hürriyetinden ibaret kalır.)

Ripert önce 19. uncu asırda Fransa'da hukukun hâkimiyetini hatırlatıyor. Bu asırda hukukun akıl tarafından vaz'edildiği, insanın tab'ına, mahiyetine uygun ve bu itibarla cihanşümül olduğu, her yerde nizam ve barışı temine kaadir olduğu kanaati hâkimdir. Fransız ihtilâlinin getirdiği kanunun hâkimiyeti fikri tamamiyle kabul edilmiştir. Hakikatte inkilâbın getirdiği kanunlar da bu devirde hemen tam bir istikrar havası içinde yaşamaktadır. Bütün ihtiyaçlarını *mukavele* denilen hukukî vasıtaya başvurarak karşılayan burjuva sınıfı devletten yalnız nizam ve intizamı korumasını istiyor, gerisini hususî teşebbüsün haklıyacağını ilân ediyor.

Fakat genel seçim hakkının (suffrage universel) tanınması üzerine siyasî iktidar adet ekseriyetinin eline geçiyor. Daha doğrusu hükümran iktidar, genel seçim usulü ile seçilen bir meclisin eline geçiyor ve bu meclis seçime dayandığı için ekseriyet teşkil eden vatandaşların menfaat ve arzularını tatmin etmek, seçmenler kendisinden reformlar istediği için devamlı bir şekilde yeni bir hukuk yaratmak mecburiyetinde kalıyor.

Peki bu yeni hukukun za'fı nereden ileri geliyor? Kendi istibdadına hiç bir hudut tanımayan ve yalnız kamu oyunun tebeddülâtına kulak kabartan hükümran bir kudret tarafından yaratılmasından. 1875 Anayasası kanun vazının keyfî iktidarını; başka usullerle seçilen iki meclisin mevcudiyeti, tasarıların meclis komisyonlarında incelenmesi, parlamentoda serbestçe müzakere, parlamento çalışmalarının bizatihi ağır oluşu gibi usullerle oldukça önlemişti.

Fakat 1935 tarihinde hükümet *décret*'lerle kanun vazetmek selâhiyetini alınca bir çok *décret*'lerle mevcut hukukî nizamı değiştirecek tedbirler almaktan çekinmedi. Bir yığın, acele ve eksik hazırlanmış metinler ortalığı altüst etti. Vichy hükümeti, muvakkat hükümet aynı yolu takip eyledi. Nihayet 1946 Anayasasının 13. maddesi, kanun yapmak selâhiyetini Millî Meclise tanıdı ve bu selâhiyetin başkasına devir edilemeyeceğini ilân etti. Ve bu Anayasa, yasama erkinin millet tarafından seçilen meclisçe kullanılmasına engel olan son manileri de kaldırmıştır. Çifte meclis sistemi kalkmıştır: (Cumhuriyet meclisi Millî meclisin tasarımı ikinci defa

müzakere ettirmeye selâhiyeti yoktur, kararnameleri imza yetkisi kazanan ve Millî meclisce seçilen başbakan karşısında Cumhur Başkanının silindiği ve kanunun vetosu selâhiyetini da haiz olmadığı görülüyor.) Böylece Millî Meclis Kanun vazetmek hususunda sonsuz bir iktidar kazanıyor.

Acaba bu Anayasanın başlangıç kısmında yer alan prensiplerin kanunun vazının selâhiyetini tahdit hususundaki değeri nedir? Ripert bu başlangıçta yer alan esaslara aykırı bir kanun ısdarı halinde Anayasa hükümlerine aykırı kanunlar hakkında tatbik edilen usulün tatbik edilemeyeceği fikrindedir. (Fihakika yeni Fransız Anayasası bir Anayasa Komitesi kurmuştur (m. 91/93). Bu komite kendisinden talep edildiği zaman bir kanunun Anayasaya aykırı olup olmadığını beyan edecektir. Bu komite üyeleri Millî meclisce tayin edilmekte ve kanunun Anayasaya aykırılığına karar verilmesi halinde Meclis kanunu ikinci defa kabul ederse bu takdirde Anayasayı değiştirmek icap ediyor.) Bu usul yalnız yeni Anayasanın I - X. baplarına aykırı kanunlar hakkında tatbik edilebilecektir. Ripert, kanunların Anayasaya aykırılığını tetkik selâhiyetinin yargıçlara verilmemiş olmasına teessüf ediyor ve *Gény*'inin yeni Anayasaya göre yargıçların bu selâhiyeti haiz olduğu yolunda ortaya attığı fikrin hiç bir müellif tarafından kabul edilmediğini kaydediyor. (s. 17). Ripert kaydediyor ki yeni Anayasanın bu prensipler esasen mütecanis de değildir. Çünkü bunlar birbirinin zıddı telâkkilerden doğmaktadır. (s. 23).

Parlamentonun hudutsuz iktidarını sınırlandıracak bir çare bulunmamasındaki vehameti artıran bir husus da *siyasî partilerin* teşkilâtlanması ve Millî Mecliste temsil edilmeleridir. Bundan başka bir çok *Birlikler, teşekküller* de siyasî partiler ve hükümet üzerinde büyük bir nüfuzu haizdir, bu nüfuz, umumî menfaat hissi ve adalete saygı düşüncesiyle kullanılmıyor. Ripert bu hususta aynen şunları söylüyor: (Bu birlikler kendi mensuplarının menfaatlerini korumak ve menfaatler sağlamak için kurulmuştur. Çağdaş devirde korporatizmin yeniden doğuşunun esaslı vasfı budur. Birlik ve grupman sadece maddî menfaatlerin müdafaa ve tatmini için teşekkül ediyor. Devletin hayatı içinde kaynaşmıyor. Üyelerini milletin desteklenmesi için bir araya getirmiyor. Bilâkis, eşitliğe aldırış etmeden kendi menfaatlerini tefrik ediyor ve bütün milletin zararına da olsa, bunları müdafaa ediyor. Bu birlik sonsuz bir talep sayesinde yaşıyor. Bu mütalebeler bitip tükenmiyor, çünkü bunları tamamen tatmin etmek hiç bir zaman mümkün olmuyor ve böylece kanuncu üzerinde bitip tükenmeyen bir tesir devam edip gidiyor. ...Böylece bir çok zıd kuvvetlerin karşısında kalan devlet bunları ne karşılamaya, ne de bunlara hâkim olmağa muvaffak oluyor. Bu düzensizlikten doğan tehlikeyi anlıyanlar devleti mücadeleye davet ve teşvik ediyorlar. (s. 25 - 33):

(Her parti, her grup kendisi için en müsait kaideleri istiyor. Hususi menfaatlerin tatmini pahasına umumî menfaat feda ediliyor... En kuvvetli olan kendi kanununu kabul ettiriyor ve her parti iktidarın bütün nimetlerini arıyor. O zaman Montesquieu'nün dediği gibi Cumhuriyet bir kukladan ibaret kalıyor.) (s. 35).

(Bir partinin menfaatini gözetmek için çıkarılmış bu kadar kanunun, politik karakterli bu kadar kararın karşısında mephūt kalan hukukçular susuyorlar, bazıları korku veya yumuşak başlı oldukları için, ekserisi de kanuncunun tam bir selâhiyeti olduğunu tedris ettikleri ve yalnız en kuvvetlinin hukuku mahiyetini almış olsa bile, mevzu hukuku nasıl mahkûm edebileceklerini bilmedikleri için.

Bununla beraber, hukuk fikri insanların ekserisinin kalbinde, ister fitrî bir adalet hissi dolayısı ile, ister nizamın güzelliğinin anlaşılması dolayısıyla, kâlmıştır. Fransızlara cumhuriyet kanuniyetinin yeniden kurulduğunu söylemek yetmez; onların beklediği, adaletin ilham ettiği bir kanuniyettir.) (s. 35/36).

Kitabın ikinci faslı (*her şey amme hukuku haline geliyor*) başlığını taşıyor. Montesquieu, Kanunların Ruhu adlı eserinin 26. kitabının 15. sahifesinde şöyle der: (Medenî hukuk prensiplerine tabi olan şeyleri asla politik yani âmme hukuku prensipleri ile idare etmemelidir). Buna rağmen zamanımızda medenî hukuktan âmme hukukuna geçiş bir ilerleme sayılıyor, hukukun âmme hukuku halini almasından, sosyalleştirilmesinden (publicisation, socialisation du droit) bahsediliyor. *Sosyal hukuk* terimi iki manada kullanılıyor. Bir kere ücret mukabilinde görülen işe ve işçilerin korunmasına yarayan kaidelerin hepsine birden sosyal hukuk denilmekte, bu hukuk kaidelerine iş hukuku adı da verilmektedir. Fakat bu terimin bir de geniş manası var: Servet farkına rağmen durumlar arasındaki eşitliği sağlayan, en zayıflara yardım eden ve en kuvvetlilerin silâhını elinden alan, tevziî adalet prensiplerine göre iktisadî hayatı teşkilâtlandıran kaidelerin hepsine birden bu ad veriliyor. İşte bu manada hukuk sosyaldır, veya sosyal olmalıdır. Bir kısmı kimseleri korumak ötekilerinin gücünü kırmak için herkese üstün bir kudrete başvurmak lâzımdır. Bu kuvvet, devletin kuvvetinden ibarettir. Fakat devletin kuvveti insanlar arasındaki hususî münasebetlere karışırsa hususî hukuk yerini kamu hukuku kaidelerine bırakmış oluyor. Görülüyor ki hususî hukuk, münasebetlerin kamu hukuku kaidelerinin tatbik edilmesi hukuka sosyal bir karakter vermenin bir vasıtasıdır. Devlet kendi ajanları vasıtası ile hususî hukuka müdahale ettiği zaman hususî hukuktan âmme hukukuna intikal vaki olur. Devletin bu müdahalesi nasıl olur? Ri-

pert şu tasnifi yapıyor (s. 41) : (Devlet evvelemirde fertlere bazı muameleleri yapmağı, bazı akitler yapmağı, veya belli mevzular üzerinde hukukî münasebetlerde bulunmağı meneder. Sonra, hususî şahıslar tarafından yapılan muameleleri idarî bir müsaadeye bağlar. Daha sonra emir vermek cihetini iltizam eder, bazı hukukî muamelelerde bulunmağı veya hattâ bazı akitler yapmağı emreder. Bundan başka, men etmek, müsaadeye bağlamak veya mecbur etmenin kâfi olmadığını gördüğü zaman hususî faaliyetler üzerinde ve hususiyle — daha kolay olduğu için — hükmi şahısların faaliyeti üzerinde bir mazeret ve mürakabe yapar. Nihayet, fertlerin yaptığı veya yapmağı arzu ettikleri şeyi yalnız kendisinin yapabileceğine kani olduğu zaman onların mallarını veya işletmelerin kendisine maleder ve bizzat faaliyette bulunur. Menetmek, müsaadeye bağlamak, emir vermek, nezaret etmek, işletmek... İşte devletin hususî menfaatler sahasına müdahalesinin muhtelif şekilleri bunlardan ibarettir.)

Bunları sırası ile ele alan müellif *memnuiyet usulü* hakkında şöyle diyor: (Bazı hukukî muamelelerin men'i bazen zaruridir, buna kimsenin itirazı yoktur, fakat bizatihi hem memnuiyet kötü bir şeydir. Çünkü fertler arasında mevcut olması icabeden hak ve borçları tanzim hususunda fertlerin selâhiyeti devletin selâhiyetine çok üstündür. Akdî münasebetler tasavvur ve tahmin edilebilecek münasebetlerin en mütenevvi ve elâstiki olanlarıdır. Medenî kanun tarafından kabul edilen borçların nevi ve şekillerini, hakların temlik ve sukutu hakkındaki mütenevvi usulleri bir düşününüz. Mukaveleler insanları birbirine bağladığı ve âkitlerden her biri başkalarına bağlandığı için sıkı bir hukukî örgü ve menfaat dayanışması teessüs ediyor ve bu hal sosyal hayatta nizamı temin ediyor. İradeleri zorlamak, herkesin kendi menfaatlerini savunmasını menetmek suretiyle kanun vazı insanların âtil bir hale gelmesi tehlikesiyle karşı karşıyadır. Teşebbüs, haddinden fazla yasaklar altında ezilirse durur. Taraflarca akdin esaslı kısımlarından sayılan hükümler kanun vazı tarafından hukuka aykırı sayıldığı takdirde artık böyle mukavele yapılmaz. Bu takdirde insanın faaliyeti, gelecek bir yasağın korkusu içinde, kısa vadeli ve çabuk kâr getiren muamelelere inhisar eder. Bazan serbestî çok şiddetle arzu edildiği veya kanuna itaatsizlik pek kârlı olduğu takdirde memnuiyetin para etmediği görülüyor. Ne kadar çok memnuiyetler neticesiz kalmaktadır! Bir akdin butlanı fiilen tesirini gösterebilmek için taraflardan birinin bunları sürmekte menfaati olması lâzımdır; resmî fiyatların yanında bir de *kara borsa (marché noir)* doğuyor. Esasen kanunî memnuiyeti peşin ödeme veya muvazaâ suretiyle tesirsiz bırakmak mümkündür.

Sonra kanun vazının vazettiği memnuiyetlerin haklı olduğunu ispat etmesi de lâzımdır. Halbuki memnuiyetler vazederek ortaya koyduğu ka-

mu nizamına riayetsizlik, bazen iktisadî nizamın yeniden teessüsünü temin ediyor. Kara borsa fiyatları, muvazî borsa daha sonra da serbest pazar fiyatları halini alıyor. Bu, adeta hukukun intikamı oluyor. Kendilerine elveren şartları devletten iyi bilen alâkalılar memnu bölgeye sızıyorlar ve devlet bazan onları bu bölgeden koğmaktan sarfı nazar ediyor.

Ripert, bu ilk müdahale şeklinin, hukuku, âmme hukuku haline koymak için baş vurulan bu ilk usulün neticesinden memnun değildir. Bu usule başvurulması bir ilerleme sayılmaz. Tesirsiz ve sayılmayan memnuiyetler, onun nazarında hukukun sadece çöküş alâmetinden başka bir şey değildir.

İkinci müdahale şekli hukukî muameleleri *idarî müsaade* sistemine tabi tutmaktır. Fransız hukuk ananesinde devlet memurunun hususî hukuk sahasına müdahalesini önlemek usulünün ihtilâlden beri yerleşmiş bir kaide olduğunu kaydeden Ripert, bu kontrol işinin tatbikatta ne kadar çok gecikmelere sebep olacağını ve olduğunu, kontrol ve memnuiyetin sebepleri bakımından idarenin yaptığı hataları ve keyfî hareketleri, bu kabil idarî müsaade alınmadığı zaman hususî hukuk bakımından hasıl olacak tereddüt ve zorlukları belirtiyor ve idarî müsaade sisteminin ancak umumî nizamı alâkadar eden hallere hasredilmesini tavsiye ediyor.

Üçüncü müdahale tarzı *fertlere mükellefiyetler* tahmil etmektir. Ripert bu müdahale şeklini pek zor görüyor. Hukuk tekniği bakımından bu kabil kanunî mükellefiyetlerde alacaklıyı, borçluyu ve borç mevzuunu tayin etmek lâzımdır. Meselâ 1946 anayasası *iş istemek hakkını* kabul ediyor. Fakat bu hakkın karşısında mükellef olan kimdir? Devlet mi, işveren mi? Bu nokta meçhul. Sonra, kanun borcun mevzuunu da tayin etmek mecburiyetindedir. Halbuki kanun bir akit gibi tafsilâta giremez. Ne kadar mufassal olursa olsun mücerret kaideler koymak zorundadır: Meselâ, ekilmemiş toprakları ekmek mükellefiyeti neyi ifade eder? Her hususî hâdisede toprağın hakikaten ekilmemiş olduğunu ve kâfi derecede ekilmiş bulunduğunu ifade eder...

Bundan başka bir çok hallerde bu mükellefiyet icra edilemez, çünkü bir yapma mükellefiyettir. Hususî hukukta bir yapma borcu yerine getirilmezse, borç zarar ve ziyana tahvil edilir, aynen ifaya imkân yoktur. Bu takdirde alacaklı bir taviz alır ki buna devletin ihtiyacı yoktur. Böyle bir halde devletin itaatı temin etmesi için bu itaatsizliği suç olarak kabul etmesi ve ceza tehdidi altına koyması icap eder. Fakat bu takdirde kanunî mükellefiyet menfur bir şey gibi görünüyor ve itaatsizlik esprisi kendisini gösteriyor.

Burada kanun vazının ince bir buluşunu kaydetmek lâzım: Kanun yüklemek istediği borcu tarafları akit yapmağa mecbur ederek ihdas ediyor. Bu takdirde alacaklı ve borçlu ve borcun mevzuu muayyen ve alacaklı tarafından cebri icraya müracaat mümkün bulunuyor. Böyle bir mukaveleye *dirigé* veya *dicté* akit deniyor. Meselâ kanun bir kimseyi üçüncü şahıs lehine sigorta olmağa, harp esirlerini işe almağa mecbur ediyor. Taraflar bu takdirde münasebetlerini istedikleri gibi tanzim etmek imkânına sahip oluyorlar. Fakat işin aslında bir zorlama olduğu için yine de iyi karşılanmıyor.

Devlet müdahalesinin dördüncü şekli, fertlere yükletilen mükellefiyetlerin memurlar tarafından *mürakabesidir*. Devlet hususî işletmelere nüfuz hususunda iki müessir vasıtaya sahiptir: İşçilerin himayesi, vergilerin tahsili.

Çalışma mevzuatının tekâmülü neticesinde bugün patron ile işçi arasındaki münasebetlerin artık hususî hukuka tabi olmadığını söylemek kâfidir. Ne iş akdinin teşekkülü, ne sona ermesi ne de doğurduğu borçlar artık serbest değildir. Akdin icrası idarî bir memur olan iş müfettişi tarafından kontrol edilmektedir. Kontrol alanı her gün biraz daha genişlemiştir. Bu müfettişler resmî işyerlerinde, (âmme hizmetinden sayılan yerlerde, serbest mesleklerde, dernekler üzerinde teftiş hakkını haizdir. İş yerine girmek, vesikaları tetkik etmek, bir nevi hakemlik yapmak selâhiyetlerini nefislerinde cemetmişlerdir.

Diğer cihetten, teşebbüs sahibinin selâhiyetleri daralmış, hiç olmazsa bu selâhiyetlerin istimali mürakabe altına alınmıştır. İş yerinin dahilî nizamnamesi personel delegelerine veya işletme komitelerine arzedilmek lâzımdır. Disiplin cezası vermek hakkı tahdide uğramıştır. Kollektif iş akidleri de gittikçe akdî mahiyetini kaybediyor. Çünkü bunların çalışma bakanının tasdiki ile tekemmül edeceği kabul edilmiştir.

Maliyenin talepleri de başka bir müdahale sebebidir. Gelirin tesbiti, malî mürakabeyi icap ettiriyor.

Devletin müdahalesi bilhassa hükmî şahıslara karşı daha amansızdır. Bunları kendisi ihdas ettiği, hiç olmazsa meydana gelmelerine müsaade ettiği veya onların doğumuna imkân veren hukukî şekli ortaya koyduğu için devlet bunları kendi vesayeti altında tutmak hakkına sahip olduğu kanaatindedir.

Devletin kontrolü âmme için tehlike arzeden teşebbüslerde bilhassa şiddetlidir. Sigorta sanayii için bu hali tesbit ediyoruz. Bankalar üzerinde de sıkı bir mürakabe vardır. Keza deniz ulaştırmasında da aynı hali görüyoruz.

Bundan başka muhtelif ekonomi tiplerini de görüyoruz. Devlet, şirkete sermaye katarak müdahaleyi haklı gösteriyor. Devletin komiser, müfettiş, mürakip vesair namı altında memurları ile hususî teşebbüsleri kontrol ettirdiği de meydandadır.

Devletin beşinci ve son müdahale şekli *devletleştirmek* - nationalisation'dur. Bu müdahale şekli hakkında Ripert aynen şöyle diyor: (Bu kelime yenidir. Çok eski zamandan beri devlet tekeli: monopolu vardır. Bu monopollerin ihdası sebebi muhteliftir. Hazineye gelir temin etmek, millî güvenlik için tehlikeli sanayide iş başında hususî şahısların bulunmasına mani olmak, rekabetin zararlı olduğu hizmetlerde tekelden bir işletme sağlamak.. Görülüyor ki tekeli haklı gösteren daima bir umumî menfaat mülâhazasıdır. Devletleştirme hareketleri için de aynı sebep ileri sürülmüştür. Fakat bu sebep ikinci derecede gelir: Güdülen amaç hususî teşebbüsü yok etmedir. 27 Ekim 1946 Anayasasının giriş kısmında bir maddeye göre (işletilmesi millî bir âmme hizmeti veya fiilî bir inhisar mahiyeti taşıyan veya alan her teşebbüsün, her malın) topluluğun mülkü haline gelmesi icap eder.

Devletleştirme muayyen mevzua taallûk eden bütün işletmeler hakkında tatbik edilmemiş, büyük hattâ ismen tayin edilmiş işletmelere hasredilmiştir. Bundan başka, devlet nationalisé ettiği teşebbüslerde yine hususî hukuk kaidelerine bağlı kalıyor. Hattâ bazen devletleştirilen teşebbüsün hukukî şeklini bile değiştirmeye lüzum görmüyor. Meselâ bir anonim şirketi bu haliyle ipka ediyor, kendisinden başka aksiyoner olmamasına rağmen!. *Ripert* diyor ki (devlet bu teşebbüsleri devletleştirebilir. Fakat devletleştirdikten sonra işletmek için hâkimiyetinden vaz geçmek ve hususî hukuka has hukuk tekniğini muhafaza etmek zorunda kalıyor. Öteki tacirlerden farksız bir tacir oluyor, şu farkla ki ticarî zihniyetten mahrum olduğu için onlardan daha kötü bir durumda bulunuyor. Şu halde bu teknik kendisine faydasızdır, çünkü devlet malî gayeler takip etmiyor. Eğer bu tekniği kullanıyorsa bunun sebebi kendisi ile muamele yapanları tatmin ve temin etmek içindir. Bu suretle devlet şunu itiraf etmiş oluyor: Kendisi ile muamele yapanlar için hususî hukukun teminatından daha iyi garanti yoktur. (s. 60/61).

Ripert şunu da ilâve ediyor ki, kamu hukuku hususî hukukun verdiği garantileri sağlayamıyor. Fransız Danıştayının bilhassa iptal davaları münasebetiyle kurduğu içtihadın değerini kabul etmekle beraber, idarenin *bénéfice de l'exécution préalable*'dan istifade ettiğini, idarenin kararı iptal edildikten sonra bu kararın ihlâl etmiş veya ortadan kaldırmış olduğu durumu eski haline getirmek için devleti zorlayacak bir icra vasıtasının ve

yolunun mevcut olmadığını, idarenin pek çok yanlış ve yolsuz hareketler yaptığını da kaydederek hususî hukuk tarafından sağlanan himayenin âmme hukuku tarafından sağlanan himayeye üstün olduğunu iddia etmektedir.



Eserin üçüncü kısmı (*Kanunların esareti altında*) başlığını taşıyor. Müellif bu fasılda zamanımızda kanunların son derecede çoğaldığını, bundan bir nevi kanun esareti doğduğunu, artık Cambacérés gibi (c'est d'être libre d'être esclave des lois) demenin imkânı olmadığını kaydettikten sonra *kanunların niçin arttığını* şöyle izah ediyor: (Devlet üzerine o kadar çok yeni vazifeler almıştır ki bunları yerine getirebilmek için durmadan kanun çıkarması gerektir. Demokrasi rejiminde milletin seçtiği temsilciler bütün menfaatleri tatmin etmek ve sosyal bir ideali gerçekleştirmek gibi katmerli bir görev karşısındadır. Konusu ne olursa olsun kanun çıkarmak, ileri gitmek sanılıyor. Daha evvelki eserlerimde demokrasi rejiminin hususî hukukumuzun gelişmesi üzerindeki tesirini söylemeğe çalıştım, ekonomi idaresinin nasıl yeni kanunlar kabulüne sebep olduğunu anlatmağa çalıştım.

Şu ciheti belirtelim ki, zamanımızda artık devletin koyduğu nizamdan başka kaideler yoktur. Devlete rakip olan makamlar ortadan kalkmıştır. Devlet ile hak sahipleri arasında yer alan mutavassıt makamlar artık tanzim kudretinden mahrumdur. Devlet bu alanda tek başınadır ve tek başına kalmak istiyor. Bu kuvvetli allah aynı zamanda kiskane bir allaktır. Başkalarının kendi yanında, hattâ kendisinin altında emretmesine müsamaha etmiyor. Korporasyon ve meslek teşekküllerinin ancak kendi nezareti altında teşekkülüne müsaade ediyor ve meslekî nizamları kendi vazediyor. Bu suretle kanun vazı her türlü faaliyetleri göz önünde tutmağa ve bunların her seklini tanzim etmeğe başlamıştır. Bu münasebetle Ribert şu şiddetli tenkidlere tevessül ediyor: (Bu kadar sıkı bir tanzim karşısında fert, katlandığı tahakkümün kanunun tahakkümü olmasına bakarak, kendisini hür sayabilir mi? Elbette kanunun kuvvetine tahakküm: tyrannie denmez, çünkü bu tahakküm müşterek menfaat için umumî irade tarafından vazedilmiş görünür ve hiç olmazsa keyfiliğe düşmek fırsatı azdır. Fakat efendinin insafli olması usaklarının köle olmasına mani değildir. İstivererek kabul edilmeyen ve faydası anlaşılmıyan bir nizam mecburî itaatte esaret vardır. Fert teşebbüs ve düşünme kudretinden mahrum, kurulan düzene göre işlemek zorunda kalan bir makine halini alıyor. Her usulsüz hareketi bir kusur, her kasdî inhirafı bir cürümdür. Ve bu esaret devam eder ve fikir; bu harekete uyarsa, devlet totaliter

ve kölelik de tam olur. Bu esaret kanundan geldiği için rejime hâlâ demokratik damgası vuruluyor. Fakat bu siyasî lisanın iki yüzlülüğünden başka bir şey değildir) (bak. s. 69).

Ripert, kanunların teferruata kadar inerek nizamname, hattâ talimatnamelere ait açıklamalarda bulunmasını da bir kusur olarak ileri sürüyor ve bunu parlamentonun seçmenler karşısında bir iş yapıyor görünmek arzusu ile izah ediyor. Halbuki, her kanun onu tatbik memur bir sürü memur teşkilâtı meydana getiriyor, bir çok kanunlar yeni cezalar veya malî mükellefiyetler ihdas ediyor. En küçük teferruatın da kanun tarafından tanzim edilmesinin, en küçük bir yanlışlık halinde yeni bir kanun çıkarmak gibi bir mahzuru da vardır.

Kanunların teferruata kadar inmesi hiç bir takdire yer bırakmıyor, kanun vazı kanunların otomatik olarak tatbik edilebilmeleri için esyayı ve insanları sınıflara ayırıyor ve her birinin tabi olacağı kaideleri tesbit ediyor.

Kanun daha ileri gidiyor, devlete ve hemcinslerine karşı vazifeler tahmil etmek için fertlerin hareket tarzlarını tanzim etmek istiyor. Bu takdirde fertlerin hürriyeti ile karşılaşacağını düşünen devlet, müdahale edebilmek için kendi üstüne bir çok vazifeler alıyor. Devlet 1946 Anayasası ile herkese güvenlik, istirahat ve kültür vadetmiştir. Bunun karşılığında fertlerin hareketini mürakabe altına alıyor. Nüfusun artması için alınan tedbirler, gençliğin spor terbiyesi, okutma hürriyetinin raddedilerek bu işin yalnız devlete hasrı, devlet müdahalelerine yol açıyor.

Devlet, Ripert'in fikrinde müdahale edebilmek için yeni vesileler bulmuştur. Bu müdahaleler, ferdi himaye bahanesi altında yapılıyor. İctimaî sigortanın inkişafı neticesinde her fert *sosyal sigortaya* tabi oldu, bu suretle kendisine gelebilecek her türlü tehlikeyi cemiyetin üstüne attı, himaye edilmek için bir çok formalitelere tabi olmağı kabul etti ve bu bitmez tükenmez formalitelerden şikâyetten de kusur etmedi. Keza *sosyal sağlık* konusu da devlete başka bir müdahale imkânı vermiştir. Hasta faydalı bir himayeyi seve seve kabul eder. Zaten umumî menfaat ister ki hasta bir adam başkaları için bir tehlike kaynağı olmasın. Zührevî hastalıklar ve tüberküloz ile mücadele sıkı kanunî tedbirlerin alınmasını gerektirmiştir. Başka sebeplerden dolayı da sıhhî mürakabeye şahit oluyoruz. Bunlardan başka *vergi* konusu da ferdi sıkı sıkıya devletin kontrol ve müdahalesine maruz bırakıyor. Devletin *iktisadî hayatı idare etmek* isini üzerine alması üzerine bu müdahaleler daha da kuvvetlenmiştir. Devlet mesken buhranı, iâşe, ham maddelerin ve sınaî esyanın tevzii işlerine karıştı. Para ve döviz bakımından pek şiddetli tedbirler aldı, ticaret ve sanayi ser-

bestisini boş bir kelime haline sokacak kayıt ve şartlar koydu. Bundan başka meslekî nizamnamelere ve kanunlara tamamiyle ahlâkî mahiyette ve müeyyideden mahrum maddeler koymak suretiyle alâkalılara kanunî mükellefiyetlerin de ihtiyarî olduğu zannı verdi. Hele işçilerin himayesi münasebetiyle yapılan müdahaleler pek mühimdir. Meselâ artık iş akdinin bir çok bakımlardan devletleştirildiğini, bu arada ücretlerin devletce tesbit edildiğini kaydedelim. Bu hal hükümet için pek tatsız maceralara ve grevlere sebep olmaktadır. Ripert, basın hayatında alınan bir çok tedbirleri de fikir hürriyeti bakımından müdahale şeklinde görüyor. Kâğıt tevzii hususunda devletin selâhiyeti, basın ajansları için müsaade almak mecburiyeti, bu ajansların tabi olduğu teftiş, gazetelerin ulaştırılması işinin resmen teşkilâtlanması, her gazeteci için meslekî bir basın kartının mevcut olması mecburiyeti, bazı şartlar altında bu kartın verilmemesi, sinema için bir sansür teşkilâtının bulunması, radyonun devlet eline alınması da Ripert'i endişeye sevk ediyor.

Ripert, idareten tevkif veya nezaret altına alınmanın (internement administratif) ve ikametgâh göstermek (assignement de résidence) usullerinin düne kadar yaşamısından, bazı suçlardan sanık kimselerin bütün mallarının müsaderesi (confiscation générale des biens), millî şerefsizlik (dégradation nationale) gibi usullerin, correctionnel bir cezaya uğrayan veya iflâs etmiş kimselerin sınaî veya ticarî bir meslekle iştigal edememeleri hakkındaki tahditlerin, nihayet her gün yeni yeni suçlar ihdasının vatandaşta daimî bir korku havası yarattığını esefle kaydediyor. Bu bahsi bitiren sözleri acı bir tenkid havası ile doludur. Aynen okuyalım: (Bu gibi kötülükler, yeni bir buhran çıkmazsa, ortadan kalkacak; zaten en esaslı hürriyetler simdiden kurtulmuştur. Fakat insanları kanunların bu köleliğinden kim kurtaracak, bu köleliğe onların ruhu o kadar alışmış ki bunun tehlikesini artık anlamıyorlar bile?

Bu tehlikeyi haber verme hususunda hukukçulara pek güvenmemeli. Hukukî cihazı inkisaf ettiren her şey onları memnun eder, çünkü bu cihazı onlar işletecektir. Vaktivle onlara (kanun adamları) denirdi. Kanunların tahavvülünde doğrudan doğruya bir menfatleri olmasa bile - halbuki bir kısmı bu tahavvülât savesinde yaşar - bu derece kompleks bir hale gelen bir ilmin üstadı olmaktan bir dereceye kadar mağrurdur. Hukuk fakülteleri ağzına kadar talebe ile dolu. Memur, tacir, sanayici, mühendis, idareci veya muhasip, hattâ ziraat işletmecisi olabilmek için (hukuk yapmış olmak) lâzım. Fransa, bir hukukçular cumhuriyeti oluyor.

Fakat hukuk sanatı artık umumî kaidelerin müsahhas hadiselerine tatbikinden ibaret değildir. Bu sanat baştan basa tatbik edilecek metnin araştırılmasından ibaret oldu. Cetveller ve fişler bu bakımdan kâfidir.

Muhtıralar ve hususî dergiler, işletme sahiplerine mükellefiyetlerinin neler olduğunu haber veriyorlar.

Şüphe yok ki tenkidci zekâlar kanunların fena yapılmasından, kuvvetlerin arasındaki iltibaslardan, keza makamları arasındaki uyumsuzlıklardan, kararların indiliğinden şikâyet etmektedir. Fakat bu kötülüğün sıl kaynağını kimse haber vermek istemiyor: konan nizamların ifrat denemek kadar çok oluşu! Maamafih bu hal bir zarurî felâket, bir ehveni şer ise, hiç olmazsa bunu hukukun bir terakkisi gibi kabul ederek sevinmemeliyiz.

Kanun hükümlerinin sayısına bakarak hukukun ileri gittiğini zannetmek ne boş hayaldir! Büyük ihtilâlde beslenen idealin tam tersini benimsiyoruz. O zamanki büyük üstadlar bir kaç prensibin insanları idareye kâfi olduğu kanaatinde idiler. Biz şu ham hayal içindeyiz ki kanunların çokluğu ve konan hükümlerin teferruata kadar inmesi hadiselerinin hürriyet ile telifi kabil olduğunu zannediyoruz.

Şahsî teşebbüs kabiliyeti olan bir adamın kendi menfaati için, fakat dolayısıyla umumun menfaatine de hizmet ederek, yeni bir teşebbüs kurduğu devirler artık uzakta kaldı. Şimdi çok kere bir müsaade alması, bir program vermesi, teftişe tabi olması gerekir. Fakat onun işini idare etmekle görevli memurlar işten anlamaz veya lâkayd memurlardır. Cemiyet iki sınıf insana ayrılıyor. Bunlardan bir kısmı çalışıyor ve itaat ediyor, ötekiler teftiş ve kumanda ediyor. Bu sonuncular birincilerden daha mesut değildir, fakat onların sırtından yaşamaktadırlar. Zaman zaman onlar balta veya giyotin ile tehdit edilir (yani tensikata tabi tutulmakla). Fakat buna hiç aldırılmazlar, çünkü onların teşekkül sebebi ortada kaldıkça kendilerine bir zarar gelmeyecektir.

Böyle bir rejim sadece çok pahalıya mal olmakla kalmaz. Bu rejimin en kötü mahzuru, tek vazifesi faydalı işe mani olmaktan ibaret yeni bir memur sınıfı yaratmasıdır. Bu sınıfın faydalı işe mani olması kötü niyetli olmasından değil, ferdin hayatını tamamiyle tanzim eden emredici kanunlara tam bir itaat istemesinden ileri gelir. Ve bu takdirde, sayısız formaliteler koyan bir bürokrasinin saltanatı başlar. Bu sınıf bir kere yaratıldıktan sonra kendi gücü ile yaşamağa devam eder ve formaliteler faydalı oldukları devir çoktan geçmiş olsa bile baki kalır. Çok kere ilgili, yaptığı teşebbüse cevap bile almaz, çünkü talebi kanunun istediği şarta uygun olarak yapılmış olabilir fakat dairelerin isimsiz kuvvetini nasıl merhamete getireceğini bilemez.

Fransız artık bu idarî disipline alışıyor. Beyannameler vermeden, müsaadeler almadan yaşamıyacağını, bir meslek ile uğraşamayaca-

ğını, servetini idare edemeyeceğini, mal edinmeyeceğini, hattâ muameleleri hakkında hesap vermeksizin işsiz kalamıyacağını biliyor. Kendisine tahmil edilen kaidelere tamamiyle uymak arzu ve endişesinden başka bir endişesi kalmıyor. Şahsî teşebbüs ve basiret ve onlarla birlikte çalışma da ortadan kalkıyor. Serbest düşünce yerini resmî nazariyeye bırakıyor. Teşekkül etmiş heyetlerin bağımsızlığı resmî tasvip arzusu içinde zayıflıyor. Kanunların esareti altında yaşayan adam farkına varmadan bir esir ruhu alıyor. Ferd daha iyi himaye edilebilmek için kendi isteği ile eğiliyor ve esaretten daha kazançlı olması muhtemel itaatsizliği hayal etmekten bir an geri kalmıyor.) (s. 92/94).

Kitabın dördüncü faslı (*İtaatsizlik ruhu - esprit de désobéissance*) başlığını taşıyor. Kitabın en dikkate değer sayfeleri kanaatimce bu fasıldadır. Müellif önce şu olayı tesbit ediyor: Kanun zalim olunca fertler artık kanuna itaat etmez oluyorlar. O zaman devlet fertleri itaata zorluyor. Bunun için daha zalim kanunlar çıkarıyor ve bunlar ancak şiddetli ceza tehditleri altında tatbik edilebiliyor. Devlet herkes üzerinde koruyucu bir tirani tesis edince ve kanunî mükellefiyetleri artırınca fertler kaadiri mutlak olan bu efendiye karşı birleşiyorlar. Kanunların tatbiki için kuvvete baş vurmaktan başka çare yoktur, fakat bu da kolay bir iş değildir.

Bu suretle nizamsızlık doğuyor. İhlâl edilen ve tatbik mevkiine konamayan kanunlar doğuyor. Bu nizamsızlık onları tatbik hususunda devletin aciz göstermesi hattâ bazan bu kanunları tatbik etmemek suretiyle örnek olması yüzünden daha da ağır bir hal alıyor. Suçların sayısı artıyor ve cezalar şiddetleniyor. Fakat cezalandırma sistemi tesirsiz kalıyor. Çünkü kanunun tatbikine karşı gösterilen genel bir direnmeye karşı savaşta fayda yoktur. Hukukun bu batışı zamanımızda pek bariz bir hal almıştır. İtaatsizlik ile birlikte âciz kanuna karşı bir umursamama, kuvvete karşı bir hayranlık, hiyle ve kaçakçılığa karşı bir müsamaha ve hoş görme başlıyor.

Peki, bu halin sebebi nedir? Ripert bu sorunun cevabını da vermediği ihtimal etmiyor. Fakat itiraf etmeli ki pek şiddetli bir cevap!

Bu itaatsizliğin ilk sebebi *kanunun lüzumsuzluğu* hakkındaki duygudur. Kanunun tatbik edileceği kimselerin hepsi birden bu kanunun faydasız veya tatbik edilemezliği hususunda birleştikleri zaman kanunun kuvvetini cürüten umumî bir kanaat hasıl oluyor. Faydasız kanunlar ise lüzumlu kanunları zayıflatır. (Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires).

Öyle kanunlar var ki faydasız oldukları hiç tatbik edilmemeleriyle sabit oluyor. Kimse bu kanunun tatbikini istemiyor, bizzat devlet de tat-

bik ettirmekten sarfı nazar ediyor. Meselâ ders saatleri içinde umumî meydanlarda bulunan çocukların tevkifi hakkındaki kanun böyledir. Bazan bir kanun bir müddet tatbik edilir, sonra unutulur. Çünkü ya tecrübe ile bu kanunun fena neticeler verdiği anlaşılmış, yahut onun tatbikini icap ettiren sebepler artık kalmamış fakat kanun sarahaten ilga edilmiştir. Mahkeme içtihatları kanunların unutulma, uzun zaman tatbik edilmeme suretiyle feshedileceğini kabul etmiyor. Fakat bununla beraber bir kanunun uzun yıllar tatbik edilmediği ve unutulup gittiği de bir vakiadır.

Bir kanunun lüzumsuz ve faydasız telâkki edilmesinin bir sebebi de bazan tatbik kabiliyeti olmayacak şekilde hazırlanmış olmasıdır. Bilfarz bir kanun sureti umumiyede iş istemek hakkını verir veya çalışmak mükellefiyetini vazederse bu kanun tatbik edilemez. Çünkü ihdas ettiği mükellefiyetin ne taraflarını ne de borcun mevzuunu tasrih etmiş değildir. Tabipler ve dişçiler hakkındaki kanunda mevcut ve tabibin hastasına karşı iyi muamele etmek, meslektaşını korumak hususlarını emreden mükellefiyetler de böyledir. Hangi hasta kendisine mülâyim davranmadığı için doktoru aleyhine, hangi doktor kendisini müdafaa etmediği için meslektaşını aleyhine dava açacaktır?

İaşe maddelerine ait bir çok kanun hükümleri de lüzumsuz sayılıyor. Madem ki bir malı gayrî kanunî olarak ele geçirmek imkânı var, o halde bu malı ortadan kaldıran ve ortaya koyduğu korku hasebiyle fiyatı yükselten bir kanuna ne lüzum var?

Kanunun lüzumsuz ve faydasızlığının bir sebebi de arka arkaya alınan ve çok kere de birbirini nakzeden tedbirlerin çokluğudur. Devamlı bir menfaat sağladığı söylenen bir kanunun lüzum ve faydasına nasıl inanırsınız, eğer bu kanun bir kaç ay sonra ortadan kaldırılırsa? Memnu olan bir şey birdenbire mubah oluyor. Altın para alım satımı yasak idi. Birden bire ve görünüşte bir değişiklik de olmadığı halde sarraflara alım satım müsaadesi verildi. Bunu meneden yeni bir tedbir konsa buna riayet edilmeyecektir ve ellerinde altın para bulunan, kanunun yeniden değişeceği saati bekleyeceklerdir. Yabancı menkul kıymetlere sahip olanlar bunları bankalara tevdi etmeğe mecbur tutulmuşlardı. Bazı kimseler bu emre bile bile riayetsizlik ettiler. Fakat sonradan çıkarılan vergi af kanunu kanunsuz durumlarının düzeltilmesi için kendilerine müsait şartlar vermiştir. Bu kanun karşısında bazıları durumlarını düzeltereklerdir, fakat pek çok kimse sonunda her şey yoluna girdiğine göre beklemek daha iyi diyeceklerdir. Bu gün hiç bir kanun yok ki bir kaç ay sonra tadil edilsin veya modern tabiriyle (insanileştirilmesin). Demek ki eski tedbir gay-

ri insanî idi! Kanuna itaatta gecikebilenler bunu hiç ihmal etmiyorlar. Hele Vichy hükümetinin yaptığı kanunların iptali (annulation) u daha büyük bir karışıklığa sebep olmuştur: Kanunlara itaat edenler suçlu, karşı koyanlar kahraman sayıldı. Hepsi pek keskin bir politika duygusuna sahip olmayan vatandaşlardan, hangi kanunların şayanı hürmet, hangilerinin böyle olmadığını tefrik etmesi nasıl istenebilir?

Her faydasız tedbir gülünç bir mahiyet alır, fakat faydası olmakla beraber pek küçük şeylere taallûk eden veya tuhaf tezadlar taşıyan tedbirler de gülünç olur. Kanun komik bir şey halini aldı ve bu yüzden ölüre se şaşmamalıdır, çünkü bir şeyin gülünç olması onu manen öldürür (il ne faut pas s'étonner qu'elle en meure, car le ridicule tue).

Eski devirlerde kanun mukaddes bir metin sayılırdı. Levhalar üzerine oyulur ve mabetlerde saklanırdı. Tanrıdan gelen bir kudretin ifadesi sayılırdı. Uzun zaman kırılların hâkimiyetinden bir parça hükmündeydi. Büyük ihtilâl, kanunun kaynağını tahrip etti, fakat seciyesine dokunmadı. (Kanunun kudsiyetinden) bahsediliyor ve kanuna vatanî yemin eda ediliyordu. 1791 Anayasası (bir kimse kanunların dinen ve vicdanen riayetkârı değilse iyi bir insan değildir) divordu. Kanun dışı kimse en yüksek cezayı hak eden bir suçludur. Nitekim klâsik Fransız edebiyatında kanunla alay edildiğine hiç şahit olmuyoruz. Yargıç veya avukat gülünç bir hale düşebilirler. Fakat tatbik ettiklerini söyledikleri kanun, asla. Kanun kendisi ile alay edilmeyecek kadar ağır ve ciddî bir konudur ve şakaya dayanılmıyacak kadar ağır bir müeyyideyi muciptir. l'Ami des lois'ya gülen Courteline'i veya kanunun istibdadına gülen Jules Romains'i görmek için zamanımıza gelmek lâzımdır. Bu gülüş artık kanunun saygı telkin etmediği hususunda gözümüzü açmalıdır. Fakat bu hal kanunun kabahatidir. O, insanların en küçük hareketlerini düzenlemeği, hususî hayatına nüfuz etmeyi, insana küçük düşürücü mükellefiyetler yüklemeyeği, pek ince farkları dahi gözetererek tatbikat yapılması gereken hadiselerde riyazî bir katiyet tatbik etmeği iddia ediyor. Doğuştan alaycı olan Fransız bu sıkıcı ciddiyetle (presante gravité), bu kanunî otomatizmle, bu faydasız ukalâlık (pédantisme inutile) ile şaka ediyor.

Belki faydalı, fakat şekil ve muhtevaları itibariyle gülünç olan kanunî hükümlerden bazı misaller veren Ripert sunları yazıyor: Müstahdemleri için dolap hazırlıyacak olan bir patron dikkatle ölçmelidir. Çünkü dolapların boyu 1.85, eni 0.60 ve derinliği 0.50 olmalı, içindeki köşeler keskin olmamalı ve iki kat bulunmalıdır. Irmakta balık avlayan kimse nin yanında bir mesüre olmalıdır, çünkü 22 santimetreden kısa olan balıkları tekrar suya atmalı ve 14 santimetreden uzun hani balıklarını alı-

koymalıdır ve avladığı tatlı su istakozlarının ayakları beyaz ise 11 santimetreden kısa olanlarını tekrar suya atmalı, beyaz ayaklı olanlardan 9 santimetreden daha uzun olanları muhafaza etmelidir. Bütün bunlar Fransız Cumhuriyetinin Resmî Gazetesinde basılmıştır!

Bu kadar çok kanun bir anda yapılır ve eski kanunlarla ahengi muhafaza etmek icap ederse aradaki tenakuzları bertaraf etmek için pek büyük teknik bir mehrete ihtiyaç vardır. Halbuki ne gezer! Galeris Lafayette'in vitrinlerinde ışıklı oyuncakları takdim eden Noel baba (efsanevî bir şahsiyet midir, yoksa damga puluna tabi bir ilân mıdır?) Tam 13 yıl sonra bunun ışıklı ilân (afiş) olduğu kabul edildi. Gebe kaldığı için evlenmek üzere müsaade istiyen bir genç kız bu talebi ile nişanlısının ırza geçme suçunu işlemiş olduğunu ihbar etmiş olmuyor mu? Bu faydasız, bir birini kovalıyan, mütenakız kanunlardan doğan intiba şudur: bir yasak veya buyruk ekseriya ciddî hiç bir sebebe dayanmıyor ve kanunun ihlâli hiç bir önemi haiz olmuyor.

Ripert bundan sonra kanuna karşı isyan uyandıran başka bir âmil olarak adalet hissini gösteriyor. Kanun insafsız olur veya tatbik edildiği kitle tarafından böyle sayılırsa o kanuna karşı saygı beslenmez. Hukuk fertlerin kanunun âdil olup olmadığını takdir etmesine müsaade etmez iradî bir iltihak istemeksizin itaat talep eder. Fakat kanun kendisini meşru görmiyenler çoğalırsa kuvvetinden çok kaybeder. Kanun bir partinin kuvvetinin bir ifadesi olunca umumî iradenin bir tecellisi olmak vasfını kaybetti, halbuki bu vasıf eskiden kanuna itaatsizliği, herkesin kabul ettiği bir karara karşı bir fert tarafından işlenmiş bir suç gibi telâkki ettiriyordu. Kanun yalnız en kuvvetlinin kanunu olunca, zorla kabul ettirilmek istenen kimseler tarafından tartışma konusu yapılacak ve icabında reddedilecektir. Bir kere *siyasî* gayeler için yapılmış olan kanunlar tamamıyla bu mahiyettedir. Bundan başka kanunu adalete aykırı gibi gösteren bir husus da *eşitsizlikler* yaratmasıdır. Halkın yaş ve sıhhat bakımından konan kanunî iase hükümleri karşısında gösterdiği tepki bu bakımdan dikkate değer. Kanunun ferdî haklara vurduğu darbeler de gayri âdil sayılması için bir sebep oluyor. Nihayet devletin menfaati de her zaman tevziî adaletin icapları ile uyuşamıyor. Kanun bazen devletin menfaati icap ettiği için eşitliği bozuyor ve birinden ötekilerden çok alıyor. Bunda fayda veya zaruret olabilir. Fakat tedbir çok sert ise adalete aykırı sayılıyor.

Hattâ dahası var: Devlet bizzat kanunları tatbikten imtina ediyor. Meselâ bir çok defa Parlamentodan kurmak selâhiyetini üzerine aldığı müesseseleri kurmamış, çıkaracağı nizamnameleri çıkarmamıştır, vadettiği kanunları çıkarmamıştır. Hattâ devlet nizamsızlık veya

rezalet, doğuracak kanunların tatbik edilmemesini bazan memurlarına emretmiştir. Fransız devlet şûrası siyasî mülâhazalarla yapılmış bir çok idarî icraatı iptal etmiştir. Ripert bu arada *grev hakkında* da acı acı şikâyet ediyor: (Kanuna karşı direnme çok kere pasiftir. Bu direnme kanun hükümlerini yerine getirmekten imtina şeklindedir. Müstahsil mahsullerini teslim etmeği, mükellef vergisini vermeyi reddediyor.. Kanuncu bu imtinaa karşı müyyideler ihdas etmeği deniyor. Halbuki grev hakkı 1946 Anayasasının giriş kısmında yer almıştır. Alâkalılar bu beyannameye dayanıyorlar. Anayasayı yapanların grev hakkını tanıırken işçi ve memurların grev hakkını ve yalnız bunu düşündükleri muhakkaktır. Fakat bu faydalı bir şey mi idi? İşçilere grev hakkı tanındıktan sonra müstahsil hattâ mükellef niçin aynı hakka sahip olmasın? Grev artık mükellefiyetin inkârı ve akdin bozulması değildir; bu vadedilen işin yapılmaması yani kaideye karşı iradî bir itaatsizliktir. Ne olursa olsun bir grev nevi var ki herkeste itaatsizlik ruhunu son derece geliştiriyor: memurların grevi. Devlet tarafından kamu hizmetlerini yürütmek için tutulmuş ve kanunlara itaatı sağlamak ile görevlendirilmiş kimselerin bizzat kendi kanunî vazifelerini yerine getirmemelerini düşünün, sonra bu kimseler başkalarından kanunlara itaati nasıl istiyebilirler? Gişesini kapayan bir tahsildar vergisini vermiyen bir mükellefe, dersini vermeyen bir hoca talebesinden nasıl şikâyet edebilir?

Kanuna itaatsizlik bilhassa *kaçakçılık* şeklinde tecelli ediyor. Bugün en namuslu adamlar yanlış bir beyanname vermekte tereddüt etmiyor, en sert ahlâk vaizleri açığöz bir mükellefin (un contribuable avisé) vergi kaçakçılığı yapmasını tasvip ediyor. Devlet, alacağının miktarını kendi tayin eden bir alacaklıdır, mükellef kendisine zorla kabul ettirilen mükellefiyeti vicdanen kabule kendisini mecbur hissetmiyor: hazineyi mücadele edilmesi gerekli bir rakip sayıyor. Hem mükellefin kanaatince devlet vergiyi koyarken kaçakçılığı nazara almış ve haddinden fazla yüksek nisbet koymuştur.

suçlara verilen cezalar da kazanç hırsını firenliyemiyor. Ripert bu faslı,

Devlet bu itaatsizlik ruhu ile nasıl mücadele edecek? Şiddetli cezalar koyarak ve bir çok yeni suçlar ihdas ederek! Bir çok ekonomik, siyasî suçlar; vaktiyle kaldırılmış cezalar yeniden kanunlarda yer aldı. Fakat bu cezalar da müessir olamıyor. Çünkü siyasî suçlardan dolayı verilen cezalar suçluları halk nezdinde haysiyetsiz bir hale düşürmüyor, iktisadî Montesquieu'nün şu cümlesi ile bitiriyor: (Bir halk hükümetinde kanunlar tatbik edilmez olursa, bu hal ancak, Cumhuriyetin çürümesinden ileri gelebileceği için devlet artık iflâh olmaz.)

V

Eserin beşinci faslı (*Hukukun inkıtar; la discontinuité du droit*) başlığını taşıyor. Ripert bu uzun ve dikkate değer fasılda Vichy hükümeti tarafından çıkarılan kanunların hiç bir tefrik yapılmaksızın makable şamil olacak şekilde iptal edilmesinden doğan hukukî mahzurları pek canlı bir şekilde ortaya koymuştur.

VI

Kitabın VI. faslında müellif (*Hukukî emniyetsizlik*) konusunu ele alıyor. Müellifin kastedtiği hukukî emniyetsizlik kanun yapma tekniğinden (*technique législative*) den doğan güvensizliktir. İlk önce kanun yapma selâhiyetinin kime ait olduğunun açıkça belli olmaması büyük bir mahzur teşkil ediyor. 1935 yılından beri Fransada icra kuvvetine parlamentonun verdiği selâhiyetle ve bilâhare onun tarafından tasdik edilmek üzere ancak bir kanun mevzuu olabilecek tedbirler almak selâhiyeti verilmiş, 1940 tarihinde fiilî hükümet, daha sonra muvakkat hükümet bu usulü takip etmişler, nihayet 1946 Anayasası parlamentoya yasama erkini başka bir kuvvete bırakmayı menetmişse de şimdiden buna aykırı haller görülmektedir.

Bundan başka çok kere kanun umumî bir kaide koyuyor, bunun tatbiki için gerekli şartları idareye bırakıyor, böylece hak sahiplerini idarenin kararlarına terk ediyor. Güdümlü ekonomide bir çok fiyatların, ücretlerin tesbiti hükümete bırakılmıştır. Ve hükümetin kararları boyuna değişmektedir. Hükümet eşyanın ve emeğin değerini serbestçe tayin ediyor. Müstahsil veya tüccar için bu hal her hangi bir emniyet verir mi? Parlamento halka hoş gelmiyecek tedbirleri hükümete yüklemektedir. İdare ise kendisine verilen selhiyetleri tam yerinde kullanmamakta adeta maharet sahibi olmuştur.

Tatbik edilecek kanunu bulmak da Ripert'e göre bir müşkülât kaynağıdır. Çünkü kanunlar ve teşriî metinler pek çoktur, resmî dergiler ve toplayıcı kodlar ancak hususî teşebbüslerce başarıyor, Resmî Gazete her gün bir yanlış-doğru cetveli çıkararak hakiki metinleri takibi zorlaştırıyor.

Kanunun hangi andan itibaren ve hangi ana kadar tatbik edileceğini tayin etmek de bir mesele oluyor. Mer'iyet için konan pek kısa müddetler, muvakkat kanunlar, pek kısa süreli kanunlar, temdit edilen kanunlar, Vichy hükümeti zamanında yapıp da mülga olup olmadığı pek belli

olmayan kanunlar... alâkalıları şaşırtıyor ki, bu da hukukî güveni azaltıyor.

Kanunların çok kere muayyen sınıf kimseler için ayrı ayrı hükümler koyması (iktisaden zayıf olanlar, eski muharipler, mukavemet hareketine mensup olanlar...) hâkimleri uzun ve güç tahkik muamelelerine sevk ediyor. Zaten bir çok hallerde kanun, (bilhassa kira ve hasılat kirası hakkındakiler) kendisi tarafından tesbit edilmesi icap eden hususları hâkime bırakıyor.

Ceza hukuku sahasında da *elâstiki suçlara* tesadüf ediliyor. Meselâ Almanyaya dolayısıyla hizmet etmiş; Fransızların, hürriyet ve müsavatına bilerek hâlel vermiş olmak suçlarını Ripert çok elâstiki ve vatandaşın emniyeti bakımından zararlı buluyor. Bazı kanunlar tek bir madde ile, kendi hükümlerine aykırı hareketlerin hepsini suç sayıyor. Halbuki bu kabil kanunlar umumî mahiyeti haiz olup tatbik şekli ve şartları kararnamelere bırakılmış ise kararname ile suç ihdası mümkün oluyor demektir.

Yine ceza hukukunda kanunların makable şamil olmayacağı hakkındaki esasî prensibin dışına çıkıldığını, bir takım siyasî iktisadî suçların makable teşmil edildiğini görüyoruz.

Hususî hukuk alanında da makable şamil ve müktesep hakları ihlâl eder mahiyette kanunların yapılmış olması Ripert'i acı bir isyana sevk ediyor: Vichy hükümeti yahudi ırkından olanları resmî vazifelerinden çıkarmıştı. Kurtuluş hükümeti basın teşebbüslerinin mallarının müsadere-sini emrederek suçlu olmayan ortakların müktesep haklarını hiçe saydı. Ücretler hakkında alınan tedbirlerin makable şamil olduğu müteaddit defa kabul edilmiştir.

Mevzuatta vukua gelecek değişmelere karşı mukavele uzun zaman emniyeti sağlamıştı. Akitler arasında kanun hükmünde olduğu için mukavelenin değişmezliği bunlar arasındaki münasebetlerin de değişmezliğini temin ediyordu. Medenî hukuk alanında mahkeme içtihatları işte bu emniyeti sağlamak için gerek tarafların iradesini müsamahalı bir tarzda tefsiri ile, gerek adalet ve nısfete göre karar vermek iddiasıyla hareket eden yargıcın otoritesi ile akdin tadilini kabulden imtina etmiştir. Hukukî emniyetin bu kalesi de sırası gelince ve türlü şekillerde taarruza uğramıştır. Mahkeme içtihatlarınınca uzun zamandan beri kabul edilen bir esasa göre emrî mahiyet taşıyan yeni bir kanun da önce yapılmış akitlerden doğan hak ve borçları tadil edemezdi. Bugün mahkeme içtihatları bu noktada o derece emin de değildir. Mukavelenin bünyesi âmme intizamı ile ilgili saydığı yeni bir kanundan doğan hükümlerle bağdaşamaz görünüyorsa da yeni kanunun hemen yürürlüğe gireceğine karar veriliyor. Bu

özel âmme intizamı kavramı o zamana kadar kabul edilmiş bulunan hal suretlerini bir dereceye kadar karıştırmıştır.

Fakat en büyük müşkülât kanun vazının müdahalesinden doğmuştur. 1914 harbinden sonra, harpten önce akteilmiş akitlerin tadiline karar verilirken tereddüt edilmişti ve 21 Ocak 1918 tarihli meşhur Faillot kanunu anlaşmazlık halinde akdin feshi hakkını tanımağı tercih etmişti. İkinci Cihan Harbinden sonra kanun vazı akitleri değiştiren bir çok müdahalelerde bulunmuştur. Ripert bunlardan yalnız bir kaçını zikretmektedir:

Mahallî cemaatlar ve âmme müesseseleri tarafından akteilmiş olan bazı mukavelelerin tadiline ve feshine müteallik 30 Temmuz 1947 tarihli kanun mukavelelerin bağlayıcı kuvvetine karşı cüretkâr bir inkâr teşkil ediyor. Artık taraflardan birinin talebi üzerine akdi feshedecek olan yargıç değildir. Eğer iktisadî ve teknik şartların esaslı surette değişmesi akitlerin idamesini zararlı bir hale getirirse bir kararname ile akdin feshine karar verilecektir. Görülüyor ki bu kanun asla diğer âkidi düşünmüyor. Bundan başka bu kanunun III. babının 16 Haziran 1940 tarihinden önce yapılmış bütün akidlerin batıl olduğunu ilân etmesi de şaşılacak bir şeydir, çünkü bir akdin sıhhatı o akid yapıldığı sırada mevcut hükümetin meşruiyeti ilgili değildir. Nihayet ziraî kiralara ait kanunlar da kanunun vazının kira akitlerine bir sui istimal teşkil edecek şekilde müdahalesini teşkil eder.

Akidlerin şartlarını değiştiren kanunlara gelince artık bunlara herkes alıştı. Umumiyetle bu kanunların hedefi para kıymetinin düşmesinden hasıl olan durumu düzeltmektir. Devlet paranın değerini değiştirmekle borcun iktisadî değerini de değiştirmiş oluyor. Şu son yıllar içinde yapılan para düşürme ameliyeleri derin bir karışıklığın sebebi olmuştur. Bu para düşürmeleri yüzünden uzun süreli akitler yapmak, ödünç para almak imkânı kalmamış gibidir. Hiç şüphe yok ki bu hal hukukî emniyetsizliğin en büyük sebebidir. Çünkü mukavele ilerde yapılacak edalar hakkında kati bir güven vermekten artık uzaktır.

Ripert'e göre alâkalılar hukuk kaidelerine riayet ettirmek hususunda adalete artık itimat etmezlerse kanun rejimi yine sarsılmış demektir. Adlî kuvvetin gücü ve istiklâli hakkın ve dolayısıyla hürriyetin teminatıdır. Halbuki modern hukuk yeni yeni istisnaî mahkemeler ihdas ediyor ve bu ihdas keyfiyeti son derecede endişe verici bir şeydir. Ripert bu istisnaî mahkemeleri saydıktan sonra şunları ilâve ediyor: Bu istisnaî mahkemeler yargıçların bir sınıf iş sahiplerini himaye etmek veya bir mücrim sınıfını yere vurmak için tayin edildikleri hususunda yeis verici bir inti-

ba hasıl ediyor. Sonra bu mahkemelerin çoğalması selâhiyet ihtilâfları ihdas ediyor ve bir demokraside adlî kuvvetin haiz olması gereken prestiji ondan alıyor. Bu kabil müesseseler nizamsızlık hususunda yeni bir sebeptir ve emniyetsizlik hususunda mevcut genel intibai artırıyor.

VII

Eserinin VII. faslında Ripert, *ferdî hakların tahribi*'nden bahseder. Onun kanatine göre insan haklarının ilânına rağmen sübjektif haklar istihdaf edilmiştir. Zekâ, irade ve akıl sahibi olduğu için insana ait olan ve ya muayyen bir devirde ve muhitte şahsiyetinin inkişafına faydalı olduğu için kendisine tanınan haklar herkes için müşterek olan haklardır. Bunların mevcudiyeti yalnız bir teşrii selâhiyet meselesi ihdas eder. Kanun vazının emrî kaideler koymak suretiyle bunlara hanel verip vermiyeceği bahis konusudur. Pek çok defa bu insan hakları ancak pek umumî formüller halinde ifade edilebildikleri için bunların tatbiki hususunda bir kanun yapmak zaruridir. Bu sebepten veya bu bahane ile kanun vaznı bu hakların şümülünü tayin ve istimalini tanzim hususunda serbesttir. Meselâ mülkiyet hakkının insan haklarından biri olduğu resmen ilân edildiği zaman bu hakkın mevzuunun, bahsettiği selâhiyetlerin ve sınırlarının neden ibaret olduğunu da tayin etmek zarureti vardır.

Hukukçu için hak büsbütün başka bir şeydir. Hukukçu mülkiyet hakkından bahsettiği zaman bundan maksat yalnız eşyanın insan tarafından temellük edilebilmesi selâhiyeti değildir; bu hak belli bir malın belli bir insan tarafından talep edilebilmesini, bu mal üzerindeki istimal ve istifade hakkının bu şahsa bahşedilmesini, bu malın başkasına devri selâhiyetinin kabulünü teyit etmek demektir. Bir kimseye verilen bir hak, bir kimseye veya herkese karşı hattâ bir şahıs olması hasebiyle devlete karşı verilmiştir. İşte bunun için ona *sübjektif* veya *ferdî* diyoruz. Bu hak herkes için müşterek olamaz. Aksi takdirde bu hak ortadan kalkar. Bu hak bir eşitsizlik kaynağıdır. Çünkü ona sahip olan ötekilerine üstün bir durumdadır. 1946 Anayasasının giriş kısmında insan şahsının yüksek itibarı üzerine dayanan iktisadî ve içtimaî haklara gelince bunlar herkese verilmiş, fakat kimseye karşı yöneltilmemiştir. Bunlar hukukçunun anlaması icap eden manada sübjektif haklar değildir. Bu haklar arasında iş istemek hakkı, yardım isteme hakkı (*droit à l'assistance*), istirahat ve tatil hakkı, grev hakkı, sendika kurmak hakkı vardır.

Mülkiyet hakkına gelince Anayasa bu hakkı bu şekilde bile tarif etmiyor. Çünkü bu hak ancak bir sübjektif hak şeklinde tasavvur edilebilir, zira eşyanın miktarı mahduttur, birisine ait olan başkasına ait olamaz. Şu halde bu hakkı tanımak demek insanlar arasındaki eşitsizliği tasvip et-

mek olacaktır. İşte bunu söylemeğe cesaret edilemedi. Anayasanın ilk tasarısında yer alan 35. madde mülkiyet hakkını şu suretle tarif ediyordu: (Mülkiyet herkese kanun tarafından temin edilmiş olan malların kullanılması, istifadesi ve tasarrufu hususunda tanınan dokunulmaz haktır). Bu madde İnsan Hakları Beyannamesinin ve 1804 Medenî kanununun bir hatırlanmasıdır. Fakat 36. madde şunu ilâve ediyor: (Mülkiyet hakkı içtimaî menfaate aykırı ve başkasının emniyetine, hürriyetine hayatına ve mülkiyetine zarar verecek bir surette kullanılamaz). Bununla beraber bu metin asıl anayasada yer almamıştır.

Ripert'e göre yarım asırdan beri ferdî hak mefhumunu zayıflatanlar hukukçular olmuştur. Hukukçular bu hakkı zayıflatırken onu devletin kudreti mutlakasına teslim ettiklerinin farkına varamamışlardır. İlim adamlarının, kendi hasbî doktrinlerinden başkalarının çıkaracağı pratik neticeleri görmelerine mani olan bir derece saflığı vardır (Les hommes de science ont souvent une certaine canteur qui ne leur permet pas d'apercevoir les conséquences que d'autres tireront de leurs doctrines désintéressées).

Fransız medenî kanununun 544. maddesi mülkiyet hakkını tarif eder, sınırlarını çizer, teminatını verir. Bu madde pek makuldür. Malike kendi malından istifade etmek ve onu kullanmak hususunda en mutlak bir selâhiyet tanımakla beraber kanun ve nizamnamelere itaat etmesini de emreder. Malike hakkını muhafaza etmeği sağlamakla beraber âmme menfaati olduğu zaman âdil ve peşin bir tazminat mukabilinde bu hakkın kendisinden alınabilmesine müsaade etmektedir.

Modern hukukçulara göre medenî kanunun bu mülkiyet telâkkisi zamanı geçmiş bir kavramdır. Bu kavramı, liberal ve individualist temayüllü kapitalist rejimin kurulması ile ilgili görüyorlar. Sosyal hukukun hâkim olduğu bir devirde bir hakkın mutlak vasfını idame ettirilemeyeceğini ileri sürüyorlar. *Duguit*, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, adıyla 1912 yılında neşrettiği eserinde mülkiyet hakkını şu suretle tarif ediyordu: (Mülkiyet elinde bir servet bulunduran herkes için, içtimaî karşılıklı bağı kurmak ve devam ettirmek hususunda objektif bir vazife, mükellefiyettir).

M. Trotabas 1930 yılında verdiği bir konferansta diyordu ki: (Eski devirlerin egoist mülkiyeti artık devrini yaşamıştır; asalet gibi mülkiyet de mükellefiyet yükler... Dokunulmaz ve ve kutsal mülkiyet fikrinin yanında âmme menfaati fikrine alışmamız lâzımdır). *Sosyal hıristiyanlara* göre insana mülkiyet hakkının verilmesinin tek sebebi, insanın sosyal fonksiyonunu ifa edebilmesidir. Bu müellifler, mülkiyetin iktisabında ah-

lâka aykırı usulleri, hodbince bollukları, malların fena kullanılmasını Ki-lise'nin mahkûm ettiğini bahane ederek, filân veya filân malikin ferden mahkûmiyeti yerine sübjektif bir hak olarak ferdî mülkiyetin mahkûmiyetini ikame etmek istemişlerdir. Başka hukukçular mülkiyetin temelinde dokunmaksızın *hakların izafiyeti* nazariyesini ortaya atmışlardır. Yeni bir sosyâl nizamı arzu edenler de ferdî hakkı sosyal hakka zıd telâkki ettiler.

Halbuki her sübjektif hakka karakterini veren *aidiyet* (appartenace) ve *hâkimiyet* (maîtrise) tir. Bu hak, sahibine bir inhisar tekel verir. Bana ait olan sana ait olamaz. Adalet sadece herbirimize ait olanı sahibine vermekten ibarettir. İnhisarcılık, her sübjektif hakkın aslî vasfıdır. Mahrum edici hak ancak mahdut miktarda olan haklar için tasavvur edilebilir. Şu halde zarurî olarak bir eşitsizlik unsurudur. Hakkı tehlikeye sokmaktan korkmaksızın bunu söylemek lâzımdır. Eşitsizlik mukadderdir. Eşitsizlik, hakkın iktisabı ile usulen ihdas edilmelidir. Fakat bundan sonra saygı görmelidir.

Sübjektif hakkın ikinci vasfı *hâkimiyettir*. Kanun ve tüzük bu hususî hakimiyeti sınırlar. Kusurlu bir surette kullanılması halinde, kullanan mesul olur. Lâkin menedilmeyen her şey mübah sayılır. Mülkiyet hareket ve file emniyetle cari olacağı bir alan vermek suretiyle hürriyeti sağlıyor.

Ripert'e göre hiç bir sübjektif hakkı mutlak değildir. Çünkü, konusu kanun ve mukavele tarafından tayin edilmiş, istimali kanun ve mukavele ile tahdit edilmiştir. Lâkin her sübjektif hak mahiyeti icabı egoisttir, çünkü insanın şahsî gayelerini tatmine yarar. Bu nokta hak sahibinin hareket tarzı hakkında bir hüküm verilmesine sebep olmamalıdır. Hareketlerimizimizin ahlâkiliği ile hakların istimalini biribirine karıştırmıyalım.

Bundan sonra bazı sınaî teşebbüslerin bir nevi ceza mahiyetinde feshedilmesini, devletleştirme (nationalisations) politikasını, devletleştirilen müesseselerin ve teşebbüslerin tayininde gösterilen keyfiliği, muhik tazminat mefhumununun terkedilmesini, basın teşebbüslerinin zorla devir ve ferağ ettirilmesini, hususî mülkiyete kanunlarla konan tahdit ve tecavüzleri birer birer sayan ve acı bir şekilde tenkid eden Ripert kitabını şu sözlerle bitirmektedir: (Meşru hakların haksız yere feda edilmesi üzerine devamlı hiç bir şey kurulamaz. Cumhuriyetin kurtuluşu en yüksek kanun olduğu için, bazı hallerde istisnaî bazı tedbirler almak icap edebilir, bir zaman için veya bazı kimseler için hukukun tatbik edilmeyeceği kabul olunabilir. Fakat o zaman bunu söylemek cesaretini göstermelidir. Caiz olmayan şey; hukukçuların hakkın dilini ve usta bir teknik kullanarak, hukuk öğrendikleri veya hukuk prensipleri öğrettikleri devirlerde

mahkûm edecekleri kaideleri teklif etmeleri veya haklı göstermeleridir. Nizamsızlık yaratan veya adaletsizlik doğuran bu kadar kanun kayıtsızlıkla karşılanır veya korku ile tasvip edilirse bu susma veya katılmanın hukuk için bir batış ve sönüş olduğunu esefle kabul etmek icap eder. (1)

Kemal Fikret ARIK

(1) Bu eser hakkında Revue Trimestrielle de droit civil'de güzel bir not neşreden Profesör André Rouast'ın şu cümlelerini de kaydetmek isteriz: (Sayın müellifin modern yasama tekniğine tevcih ettiği tenkidler şüphesiz herkes tarafından tasvip ve tasdik edilecektir; kanunların bugünkü temayüllerine dokunan tenkidleri bazı kimselere belki biraz şiddetli görünecektir; bu kimseler (batış veya sönüş) diye tavsif edilen şeyin hakikatte şartların ihlâl ettiği alelâde bir buhran yahut hattâ sosyal değişmeler karşısında hukukun zarurî bir tekâmülünün tezahürü olup olmadığını kendi kendilerine soracaklardır. Fakat bu suretle düşünenler bile, bu yeniliklerin bazan makul ölçüyü geçip geçmediğini kendilerinin de mazinin sağlam fikrî nazariye ve yapılarını bir tarafa atmakta biraz acele edip etmediklerini kendi kendilerine soracaklardır. Ripert'in kitabı herkes için hayırlı ve derin düşünme konusu olacaktır).

ADNAN DAMCI : *Transfert de la propriété foncière rurale en droit Suisse et en droit Turc. Imprimerie Ganguin et Laubscher S. Montreux 1949.*

İstanbul ve Lausanne Hukuk Fakültelerinden lisansiye ve İstanbul hâkim muavinlerinden *Adnan Damcı*'nin Lausanne Hukuk Fakültesinde Hukuk Doktoru unvanını almak için kaleme aldığı ve başarı ile müdafaa ettiği tezini âlâka ve istifade ile okumamak kabil değildir. Müellif, umumî prensiplerden ayrılan özel kaideleri dikkat ve ilminin süzgecinden elemiş ve gerek İsviçre, gerek memleketimiz için istifadeli bir inceleme yapmıştır.

Eserin çatısına gelince, başta 70 sahife tutan gayet geniş ve o derece istifadeli bir *giriş* kısmı buluyoruz. Burada müellif önce kanun vazılarını hususî tedbirler almağa sevkeden sebepleri tetkik ediyor. Bu sebepleri *fiilî* ve *fikrî* olarak ikiye bölen müellif, önce fiilî sebepleri ele alıyor. İsviçre'ye taallük eden başlıca fiilî sebepler şunlardır: Ziraatle uğraşan nüfusun azalması, ekime yarar toprakların azalması, toprakların parçalanması, köylünün borçlanması. Türkiye'ye has sebeplere gelince, müellif bunları şu suretle hülâsa ediyor: (Bu sebepler İsviçre'dekilerden çok farklıdır. Vakıa bu sebepler arasında toprakların parçalara ayrılmasını ve ziraî işletmelerin borçlanmasını müşahede ediyoruz. Fakat bu sebepler Türkiye'de daha vahim bir vaziyet arz ediyor. Bundan başka şunu da müşahede ediyoruz ki İsviçre medenî kanununun kabulünden bugüne kadar Türkiye'de alınan istisnaî tedbirleri bir *ziraî toprak hukuku* teşkil etmekten uzak olduğu gibi ziraî gayri menkuller hakkında bir umumî rejim tesisinden de uzaktır. Bunlar bazı ziraî gayri menkullere mahsus ve zaman itibariyle mahdut tedbirlerdir. Nihayet şunu da tesbit ediyoruz ki bu tedbirlerin mühim bir kısmı âdete dayanan ziraî gayri menkul hukukuna bir dönüşü ifade eder). Müellif Türkiye'de istisnaî tedbirler alınmasını icap ettiren sebeplerin başında köylünün iktisadî durumunun kötü olmasını zikrediyor. Memleketin esas itibariyle tamamen ziraî bir memleket olmasına rağmen ziraat çiftçiyi geçindiremiyor. Bunun sebebi, bir taraftan ekilen toprağın yetersizliği; diğer taraftan istihsal ve münakale vasıtalarının yokluğudur. İşte bunun için ekilen toprağın yetersizliğine deva olmak için alınan tedbirler, en müstacel olanlardır. Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu bu

gayeyi güdüyor. Fakat müellife göre bu tedbir, yani devlet veya hususî şahıslara ait toprakların topraksız köylüye verilmesi kâfi değildir. Çünkü ne devlete, ne de eşhasa ait topraklar kâfi miktarda değildir. Bunun için yeni topraklar açmak lâzımdır. Toprak Kanunu hakkındaki geçici komisyon raporuna göre, mer'a ve otlakların tarlaya çevrilmesi suretiyle ekilen toprakların miktarını iki misline çıkarmak mümkündür. Hem de bundan hayvancılığın zarar göremeyeceği temin ediliyor.

Toprağın parçalanmasının başlıca sebebi, ekimlik toprakların yetersiz olmasıdır. Öteki sebeplere gelince; bunlar eski toprak usulünün bozulması ve yeni medenî kanunda kabul edilen miras taksimi kaidelerinin tatbikatıdır. Memleketin iktisadî, teknik ve iklim şartlarına göre, bir aile başına 10 hektara ihtiyaç vardır. Halbuki memleketteki ziraî işletmelerin %20 den fazlası 0,1 ile 1 hektar arasında, %64 ü ise 1 - 5 hektar arasındaki işletmelerdir. *Ziraat topraklarının borçlarına* gelince, müellifin beyanına göre elde istatistik olmadığı için doğru bir şey söylemeye imkân yoktur. Ancak kredi teşkilâtının yetersizliği borçlanmayı pek tehlikeli bir şey haline getiriyor, çünkü köylüyü şehirdeki mürabahacıların keyfine tabi kılıyor.

Bundan sonra mevzuatın durumunu inceliyen müellif İsviçre'deki vaziyeti, sonra Türkiye'deki durumu ele alıyor. Bu son konu münasebetiyle İslâm hukuku esaslarını, bu prensiplerin Osmanlı İmparatorluğundaki tatbikatını, Türkiye'de gayrimenkul hukukunun kaynaklarını tetkik ediyor. Bundan sonra eski Arazi kanununda mevcut beş çeşit arazinin bugün hâlâ cari olup olmadığı konusuna ilişerek şu neticeye varıyor: Beş çeşit araziden Emlâki sırfanın medenî kanun ile mülga olduğu muhakkaktır. Mazbut vakıflar da böyledir. Fakat bunlardan Medenî kanunun yürürlüğe girmesinden önce tesis edilenler eski ahkâma tabi kalır (Mer'iyet kanunu m. 1, 8, 42). Arazii Metrûke ve Arazii Mevata gelince, müellif bunları Medenî kanunun 641. maddesinde yazılı âmme emlâki ve sahipsiz şeylere tekkabül eder diye kabul ile bunların hususî ahkâma tabi olduğunu, bunlar hakkındaki ahkâmın Medenî kanun veya hususî bir kanun ile mülga olmadıkça mer'î olacağını kabul ediyor. Arazi-i emiriye ile gayri sahih vakıfların durumu bakımından mesele münakaşalıdır: a) Yargıtayın 27 Ocak 1943 tarihli tevhidî içtihat kararına göre medenî kanunun sistemine göre devletin hakkı ve mütasarrıfın hakkı aynı şahssta toplanmıştır. Arazii emiriyede mülkiyet ikiye parçalandığı için bu kabil arazinin tanınması Medenî kanuna mugayirdir. Müellif bu fikirde değildir. Ona göre arazii emiriyede mülkiyet hakkının ikiye tefriki varit değildir. Bu kabil arazinin yegâne maliki devlettir, yalnız bu hakkın istimali bazı âmme

hukuku kaideleriyle tahdit edilmiştir. Şu halde Yargıtaya göre Medenî kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren arazinin mutasarrıfı, malik durumunu aldığı halde sayın müellife göre arazii emiriyyenin mevcudiyeti nazarı olarak devam etmektedir. Gayri sahih vakıflara gelince, bunlarda bahis mevzuu olan arazii emiriyyedir. Bunların yalnız geliri veya tasarruf hakkı veya hem geliri hem tasarruf hakkı vakfedilebilirdi. İmdi devletin geliri yani â'sar 2 Mayıs 1925 tarihli kanunla mülga olmasına göre ve ikinci ve üçüncü çeşit gayri sahih vakıflar da sahih vakıf halini almışlardır.

Bu geniş mukaddimeden sonra (intikalin mevzuu) başlıklı birinci fasılda bu istisnaî mevzuata müteallik temel mefhumlar ve ziraî mevzuat konusu gayri menkuller izah ediliyor.

İkinci fasılda bu gayri menkullerin diriler arasındaki devri haklarının tahdidi tetkik ediliyor. Bu münasebetle önce ziraî gayri menkullerle ormanların devri şartları, sonra ziraî gayri menkul ve arazinin federal kanun tasarısına göre devri inceleniyor. Daha sonra ziraî gayri menkullerle ormanların temlikine dair Türk hukukunda kabul edilen tahditler ele alınıyor.

Üçüncü fasılda muhtelif intikal muamelelerinde tahditlerin tatbiki incelenmiştir. Bu münasebetle tahditlere tabi hukukî muameleler önce ele alınmış, daha sonra temlik hususunda Türk hukukunda kabul edilen tahditlerin tatbikine geçilmiştir.

Dördüncü fasılda ölüme bağlı intikal ve iktisap incelenmiştir.

Beşinci ve son fasılda ziraî gayri menkul hukukunun tenkidine tahsis edilmiş, sahsî tahlilleri okuyoruz.

Müellifin vasıl olduğu *neticelere* gelince, bunları şu suretle hülâsa etmek mümkündür: Ziraî gayri menkullerin iktisabında tam bir liberalizm bu gün tasavvur bile edilemez. Bu itibarla hususî bir tanzim tarzına ihtiyaç olduğu münakaşa götürmez bir zarurettir.

Bu günkü mevzuatta iki yönden kusur vardır: Bir kere kanun metinlerinin pek bol ve mütenevvi olusu. Müellife göre bunun sebebi bir zaruret değil, tesriî bir kararsızlıktır. Bundan başka ziraî gayri menkul hukuku, hususî hukuka müteallik olmasına göre âmme hukukuna müteallik kaidelerin bu alanda yer almaması mesele İsvicre tasarısında devir muamelelerinin idarî makamın ruhsatına tabi tutulması doğru değildir. Müellifin fikrinde hususî hukuk kendi vasıtaları ile müessirivetini kendi sağlamalıdır. Yine müellife göre, bu gibi hükümleri Medenî kanuna idhal etmek daha uygun olurdu. Meselâ hasılat müstecirlerine tanınan kanunî suf'a hakkını aynı haklar bahsine almak diğer hükümleri de Borçlar kanununda ve Medenî Kanunda mahsus bahislerine ilâve etmek lâzımdı. Me-

tinlerin vuzuhsuzluğu da müellif tarafından ayrıca tenkid edilmektedir.

Memleketimize gelince, esas vasfının ziraî bir memleket olmasına rasmen zarurî hukukî tedbirlerin bulunmadığına işaret etmektedir. Medenî kanunda, bir çok diğer müesseseler gibi, ziraî miras hukukuna ait hükümler tatbik edilmemektedir. Kaidelerin memleketin ihtiyaçlarına aydurlması zarurî görünmektedir. Bunun için memleketin hususiyetlerini ve ihtiyaçlarını düşünmek lâzımdır. Müellif eserini şu cümle ile bitirmektedir: (Örf ve âdet üzerine müesses olan ve uzun bir tekâmülün mahsulü bulunan eski hukukun nazarı itibara alınması şayanı arzudur).

Müelliften, bu vadide ve bu değerinde incelemelerini tevali ettirmesini temenni etmek isteriz.

Dr. ZAHİT İMRE : *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri. İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, 241 sahife, 375 kuruş.*

İstanbul Ünivrsitesi Hukuk Fakültesinin değerli Doçentlerinden Dr. Zahit İmre daha önce aynı fakülte Hukuk Dergisinde yayımlanan doktora tezini şimdi ayrı bir cilt halinde neşretmekle, daha geniş bir okuyucu kitlesinin istifadesine arzemiş bulunuyor.

Tezde ele alınan konu gerek hukuk nazariyatında gerek hukuk tatbikatında arzettiği büyük önemden dolayı Türk hukukunda ayrı ve etraflı bir incelemeye ihtiyaç gösteriyordu. Dr. Zahit İmre'nin dikkatle hazırlanmış, değerli monografisi bu alanda duyulan boşluğu hakkiyle doldurmaktadır.

Eser üç kısımdan ibarettir. Birinci kısımda (hukukî mesuliyet sistemi ve kusursuz mesuliyet) konusu ele alınmıştır. Bu münasebetle önce hukukî mesuliyet kavramı ve unsurları, sonra kusur prensibi anlatılmakta, daha sonra kusur mefhumu ve objektif kusur telâkkisi incelenmekte, bundan sonra sırasıyla kusur prensibine karşı yapılan tenkidler ve sebep mesuliyetinin meydana gelmesine âmil olan sebepler, sebep mesuliyeti hakkında terminoloji, tarihçe, muhtelif fikirler, bu çeşit mesuliyet hakkında doktrinde ileri sürülen fikirler ve sebep mesuliyeti hallerinden tehlike mesuliyeti ve tehlike prensibi, zararların tazmini ve mecburî mesuliyet sigortası, yine kusursuz mesuliyet hallerinden hakkaniyet mesuliyeti, bu çeşit mesuliyete karşı yapılan tenkidleri inceliyen müellif neticede kusur ve diğer telâkkilere yer veren bir düşünce tarzını izah etmektedir.

Kitabın ikinci kısmı yabancı hukuk nizamlarından başlıcalarının tazminat hukuku sistemlerine ayrılmıştır. Bu münasebetle İngiliz, Sovyet Rusya, Fransız, Alman tazminat hukuku sistemleri incelenmiştir.

Değerli müellif kitabının üçüncü ve son kısmını İsviçre - Türk tazminat hukuku sistemlerine tahsis etmiştir. Bu münasebetle Medenî kanununun kabulünden evvelki devir, bu hukuk sisteminde hukukî mesuliyetin umumî esasları, istihdam edenin mesuliyeti, ev reislerinin mesuliyeti, hayvan idare edenlerin mesuliyeti, bina ve inşa eseri ve gayri menkul maliklerinin mesuliyeti, gayri mümeyyizlerin mesuliyeti, diğer bazı mesuliyet halleri, kusursuz mesuliyet hallerinde mesuliyetten kurtulma ve tenkis sebepleri, Borçlar kanunu dışında diğer tehlike mesuliyeti halleri ve Türk kanunundaki boşluklar, Türk hukukunda mevcut olmayan tehlike mesuliyeti halleri konuları incelenmiştir.

Müellif, netice itibariyle bugünkü mesuliyet ve tazminat hukununun; kusur, tehlike, hakkaniyet ve mesuliyet sigortasından ibaret muhtelit bir sistem olarak teessüs etmesi lâzım geldiği kanaatine vâsıl oluyor. Sayın müellife göre ilk iş olarak iş kazalarının tamamı, tren, otomobil, otobüs, uçak vesaire gibi motörlü nakil vasıtaları işletenlerin mesuliyet sigortası akdetmek mecburiyetini kabul etmek zaruridir. İkinci olarak BK. m. 54, 55, 56, 58. hakkında savcılık veya resmî başka bir makamın mutazarrarı tenvir ve onun muvafakati ile tazminat davası açmasını teklif etmektedir. Bu son nokta hakkında ileri sürülebilecek tenkidleri, sayın müellif mutazarrarı himaye noktasından reddetmektedir ve bizzat şahit olduğu bir kaç hadisede, bilgisizlik, gereken tesbitin hemen yapılmaması gibi sebeplerle, dava açılmadığını, tezini teyit için ileri sürmektedir. Bu tavsiye çok asil bir düşüncenin ifadesi olmakla beraber, âmme hukuku ve âmme hukuku vasıtalarının hususî hukuka bu derece nüfuz etmesi doğru olur mu? Bu düşüncenin esasını teşkil eden endişe, diğer hususî hukuk alanları için de bahis mevzuu olmaz mı? Bu takdirde aynı müdahalenin oralara da teşmil edilmesi kabul edilecek mi?

Memleketimizde ancak münferit meseleler dolayısıyla işlenen bir konuyu bütün cephesiyle bir bütün olarak ve başarıyla işleyen bu eser, millî hukuk kütüphanemizde kendi yerini almaktadır.



Prof. Dr. A. Homberger : *ZİLYETLİK ve TAPU SİCİLLİ, İsviçre Medenî Kanununun 919 - 977. maddeleri şerhi*). Ankara Yeni Cezaiye Matbaası, 1950, 446 sh., 3 lira. Adalet Bakanlığı yayınlardan).

Adalet Bakanlığının yedi yıl önce başladığı hayırlı iş meyvelerini vermeğe devam ediyor. Zurich şerhi adını taşıyan ve İsviçre Medenî Ka-

nunu ve Borçlar Kanunu hakkında en yeni ve en mufassal şerh takımının dilimize çevrilmesi işi sonuna yaklaşmaktadır.

İsviçre mahkeme içtihatlarını ve doktrininin en son durumunu aksettirmekle kalmayıp kanunun dayandığı tarihî, nazari esasları da en ince teferruatına kadar işleyen bu şerh takımının değeri, memleketimizde de artık her türlü izahı lüzumsuz kılarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Hat-tâ Yargıtay'ın kararlarında mesut bir geleneğin ilk müjdecisi olarak kabul edeceğimiz doktrin atıfları arasında bu şehrin yer aldığı görmekte sevinmemek kabil değildir. (Bir örnek olmak üzere altın alacakları hakkındaki tevhide içtihat kararı ile dernekten ihraca müteallik 65. madde hakkında son tevhide içtihat kararını zikredebiliriz).

Bu şerh takımı içinde Aynî Haklar bahsi ilk basımda, memleketimizde de çok tanınmış olan Wieland tarafından kaleme alınmıştı. Fakat ikinci basımda aynı kısmının şerhi Basel Hukuk Fakültesinin değerli Profesörü R. Haab tarafından deruhte edilmişti. Mumaileyhin meşgalesinin çokluğu bu işi yalnız başına tamamlamağa fırsat vermediği için Bern Hukuk Fakültesinin Medenî Hukuk Profesörlerinden A. Homberger, zilyetlik ve tapu sicilli kısımlarının şerhini üzerine almış ve bu müşkül işi 1938 yılında tamamlamıştır. Bunda ne kadar isabet edildiği şu olay ile sabit olmuştur: Prof. Haab kendi üzerine aldığı kısmın şerhini dahi tamamlıyamadıktan vefat etmiş ve bu kısma 1937 yılından beri ancak bir fasikül ilâve edilmiştir.

Profesör Homberger'in şerhi şimdiye kadar bu alanda intişar etmiş diğer İsviçre şerhlerinden; muhtevasının zenginliği, istinat ettiği mahkeme içtihatlarının yeniliği, en son bibliyografyaya dayanması itibariyle bilhassa temayüz etmektedir. Aynı hakların en çetin bahislerinden biri olduğunda ittifak edilen Zilyetlik bahsine ayrılan sahifelerin derinliği nisbetinde vuzuhu da okuyucunun gözünden kaçmıyacaktır. Şimdiye kadar ancak Fransızca kitaplardan ve ikinci elden yapılan nakiller devrinin kapandığını da tespit edecek olan okuyucu, Alman nazariyatının verimleri ile doğrudan doğruya temas etmenin inkâr kabul etmez nimetinden de istifade edecektir. Bir misal olmak üzere zilyetliğe giriş mahiyetinde olan izahları ve tapu sicilline şerh müessesesinin tafsiline ait sahifeleri bilhassa zikretmek isteriz.

Memleketimizin hukuk realitesi içinde, iktisadımızın ziraî bünyesi göz önünde tutulursa, en mühim yeri işgal eden gayrimenkuller ve bunların hukukî ve fiilî durumunun sadık bir aynası olması icap eden Tapu Sicilleri hakkında mevcut kaidelerin tatbikatında şimdiye kadar rastlanan

bir çok güçlüklerin halinde bu şerhin pek değerli yardımları olacaktır kanaatindeyiz.

Bütün ilmî üstünlüklerine rağmen bu eserin, aynı şerh takımına dahil diğer çeşitlerde olduğu gibi lisanî bakımdan pek berrak olduğu iddia edilemez. İsviçre Almancasının bilhassa hukuk alanında hususî bir çeşni olduğu muhakkak. Gerek mevzuun ağırlığı, gerek dilin çetinliği karşısında sayın mütercimın tercüme işini cidden büyük bir muvaffakiyetle başardığını kaydetmek icap eder. Aynı haklar konusu üzerinde *Mercier Mükâfatı* ile tetviç edilen çok mühim bir tez yazan sayın mütercim, bu tercüme işi için en müsait durumda bulunuyordu. En nazarî ve çetrefil bahislerde vuzuhun sadakatle beraber gitmesinin asıl sebebi de bu noktada aranmalıdır. Ancak basımın aynı derecede başarılı olduğu iddia edilemez. Yer yer manaya müessir eksik veya yanlış dizmeler müşahede ediliyor.

Memleket hukuk kütüphanesi için büyük kazanç olan bu tercüme işini bütün müşkülâtına rağmen üstüne almış ve başarmış olan değerli mütercimi tebrik etmek bir vazifedir.