

AÇILIŞ DERSİ

Siyasal Bilgiler Okulu'nun 1947-1948 ders yılına başlaması münasebetiyle 3/XI/1947 tarihinde Prof. Dr. K. Fikret ARIK tarafından verilen açılış dersi.

Sözlerime bugünün hususi hukuk tarihimizin en önemli yıl dönümlerinden birine rasladığımı hatırlatmakla başlamak isterim. Hususi hukuk münasebetlerimizin anayasası mesabesinde olan Medeni Kanun ve onun tamamlayıcı bir parçası olan Borçlar Kanunu 21 yıl önce, yani 4 ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmişti.. Bu kanunların kabulünde büyük hizmeti geçen, adını ve hâtıralarını rahmetle anmak hepimiz için bir borç olan o zamanki adliye vekili Mahmut Esat BOZKURT'un heyecanlı ifadesiyle 21 yıl önce başarılan bu büyük hâdise, "inkılâba, Türk tarihine ve Türk hayatına yeni bir seyir vermiş,, oldu. Yine onun tâbiri ile 21 yıl önce vukua gelen bu inkilâp ile "12 asır durmuş, Türk milletine yeni ve feyizli bir medeni hayat açılmıştı." (1) Türk ihtilâli hakkında değerli incelemelerden birini yapan Kont Ostrorog'a göre de "bu hâdise, 14 asırdanberi yani islâmiyetin kabulünden beri yakın şarkta vukua gelen en önemli olaylardan biridir." (2)

*
* *

Kanunun tatbiki ve yorumu nedir? Yorum'un muhtelif yolları nelerdir? Bu suallerin cevapları bir açılış dersi olan, bu bakımından zarurî olarak muhtasar ve ana hatlara inhisar eden izahlarımızın ilk kısmını teşkil edecektir. Bu arada bilhassa kanunun yorumunda gelenekçi yolları gözden geçirmek fırsatını bulacağız.

Fakat hayatın ve sosyal ilimlerin umumî kanunu olan tekâmül esası yorum alanında da tesirini göstermiştir. Gelenekçi yorum metotları yerine yeni ve

(1) Türk Kanunu Medenisinin B. M. Meclisinde müzakeresi esnasında söylediği nutuktan.

(2) *Sauser-Hall: Réception des codes européens en Turquie (Recueil des travaux offerts à la Société des juristes suisses par la Faculté de droit de Genève) 1938.*

daha elverişli metotlar teklif edilmiştir. Bu yeni fikirlere de izahlarımız arasında bir yer ayıracağız.

Nihayet, kendi kendimize şu suali soracağız: Memleketimizde medeni kanunun yorumu nasıl olmuştur; mahkemelerimizin medeni kanun karşısındaki durumunun ana çizgileri nelerdir? Mahkeme kararlarının istenen boluk ve intizamla yayılmaması, kararların fiilî meseleyi ve hukukî meseleyi açık bir şekilde ihiva etmemesi ve çok kere mucip sebepten ârî olması, nihayet bu kararların daha önce ilmî tahlillere tabi tutularak getirdikleri yeniliklerin belirtilmiş olmaması bu soruların cevabını ancak pek takribî bir şekilde vermeğe imkân hazırlamaktadır.

I. Kanunun tatbiki ve yorumu.

Hukuk kaideleri cemiyet içindeki münasebetleri düzenliyen ve herkesin riayeti mecburi olan kâidelerdir. Bu kaidelere riayet ediyoruz, çünkü onların arkasında devletin kuvveti var. Hukuk kaidelerinin hedefi uygulanmaktır. Hukuk kaidesi tatbik edildiği nispette cemiyet üzerinde tesirini gösterir, gayesini gerçekleştirebilir. (3).

Hukuk kaidesini tatbik etmek demek, bu kâidenin hükmünü muayyen şartları haiz kâidelere bağlamak demektir. Bunun için kullanılan mantikî usul ise kıyas - syllogisme'dir. Meselâ, Medeni kanunumuzdaki bir kaideye göre, ölenini birinci derecede mirasçuları onun çocuklarıdır. Ahmet ile Mehmet ölenin çocuklarıdır. Şu halde Ahmetle Mehmet ölenin mirasçılarıdır. Başka bir misal daha: Medeni kanuna göre bir kimse 18 yaşını bitirmekle reşit olur. Ahmet, 3 kasım 1927 de doğmuştur. Şu halde 21 yaşında olduğundan reşittir.

Görülüyor ki hukuk kaidesinin taşıdığı mirasçılık, rüşt gibi kavramlar basit olduğu zaman hukuk kaidesinin uygulanması, yani hukukî kıyas da basit bir şekil alıyor. Fakat hukuk kaidesinde çok kere umumî, elâstikî kavramlar vardır. Meselâ: Borçlar kanununda çok ehemmiyetli bir madde olan 41 inci maddeyi ele alalım. Bu maddeye göre kast veya ihmâl veya tedbirsizlikle başkasına haksız bir surette zarar veren kimse bu zararı tazmin etmekle mükelleftir. Bir kimse bir başkasına zarar verdiği zaman bu maddeyi uygulayabilmek için önce şu sualleri cevaplamamız gerekir: ihmâl veya tedbirsizlik nedir? Haksızlıktan ne anlaşılmalıdır? Başka bir misal alalım: Borçlar kanununun 20. maddesi âmme intizamına veya ahlâka aykırı sözleşmelerin bâ-

(33) *Du Pasquier*: Op. cit. N 141 vd.

nl, hükümsüz olacağını bildiriyor. Fakat âmm'e intizamı ne demektir, ahlâk ve âdaba aykırılıktan ne anlaşılmalıdır?

Demek ki her iki kanun maddesinin tatbiki için birtakım sualleri cevaplamak, hukuk kaidesinin hakikî, doğru mânasını bulmak lâzım geliyor. İşte bunun için yapılan işe kanunun tefsiri, yorumu diyoruz. Şu halde kanunun uygulanması için önce yorumlanması, birtakım ince ve zor ameliyelerin yapılması lâzım geliyor. Kanunun uygulanması için yorumlanması hemen hemen daima şart oluyor. Fakat burada şöyle bir sorulabilir: Madem ki kanunu yorumlamak, onun mânasını tâyin ve tesbit etmektir, o halde kanunu yapanlar dikkatli davranıp açık, etraflı metinler hazırlamak suretiyle yorum meselesini, yorum müşkülâtını ortadan kaldıramazlar mı? Bu soru çok mantıkîdir ve hukuk tarihinde kanuncuları - bilhassa ilk kodifikasyonlar zamanında - çok celbetmiştir. Gerçekten hukuk tarihinde tedvin bakımından iki usul kullanıldığını görüyoruz. (4).

a) *Meseleci (casuistique) tedvin usulü*: Bu usulü kabul eden kanunlarda, hemen hemen her hukukî hâdise için müstakil bir hüküm koymak, bu suretle kanunun mânasını çok açıklamak, yorum zorluğunu elden geldiği kadar azaltmak gayedir.

Fakat bu usulle yapılan kanunlar hayatın hâdiselerindeki sonsuz çeşitlilik karşısında yine amaçlarına erişemezler. Hayatın zengin hâdiselerini kuru, sert formüllere sıkıştırmak imkânsızdır. Hayatta en yaratıcı bir muhayyilenin bütün tahmin ve tasavvurlarını aşabilecek bir yaratma kudreti var. İhmal ve tedbirsizliğin bütün nevilerini düşünmek ve bunları ayrı ayrı tesbit edebilmek mümkün müdür? Ahlâka aykırı sözleşmelerin her çeşidini tasvir ve tahmine imkân var mıdır? Tabii, hayır. Nitekim 17000 küsur maddeyi ihtiva eden kanunlarda bile çok eksikler bulunduğu görülmüştür. İşte bu müşahede ve tecrübeler (casuistique tedvin usulünün zamanımızda tamamiyle bırakılmasını gerektirmiştir.

b) Bugün kanunlar *mücerret usul* denilen tarzı takip etmektedir. Bu usulle yapılan kanunlarda her hâdiseye karşılık bir madde yerine, müşterek vasıflar taşıyan pek çok hukukî hâdiseye karşılık bir madde koymak esastır. Bu suretle elde edilen kaideler son derece umumî olduğu için sayısız denecek kadar çok hâdiseleri içine alır. Bunun neticesi olarak da kanunun dışında kalan hâdiseler pek ziyade azalır. Başka tâbirle kanunda boşluk tehlikesi küçülür. Kanunun tanzim etmediği meseleler nispeten ehemmiyetsiz bir hal alır. Bu faydasına mukabil mücerret usulün mahzuru da vardır. Bu usulle yapılan kanunlarda mefhumlar çok geniş ve mücerrettir. Bu sebepten

(4) A. B. Sshwarz: Medenî Hukuka Giriş, 3. basım, sh. 38 vd.

hemen hemen her maddenin uygulanması daima bir yorum meselesini ortaya çıkarır. Demek ki yorum, mücerret usule göre hazırlanmış bugünkü büyük kanunların uygulanması için bir zarurettir.

Kanunu kim yorumlar? (5).

Kanunun mânasını tesbit etmek zorunda kalan herkes! Fakat kanunun taşıdığı önem bakımından yasama yorumu ile mahkeme yorumu ve ilmî yorumu birbirinden ayırmalıdır.

a) *Yasama yorumu, kanunî yorum:* kanunu koyan makamın (bizde B. Millet Mec.) kanundan ne anladığını belirtmesidir. Bu yorumun önemi büyüktür. Hakikî bir kanun demektir. Mahkemeleri ve herkesi bağlar. Geriye tesir eder: Kanunun çıktığı zamandan başlayarak yürürlü olur.

b) *Mahkeme yorumu:* Mahkemelerin yaptığı yorumdur. Bu mahkemenin muayyen bir kanun maddesine verdiği mâna esas itibariyle ne o mahkemeyi, ne de başka bir mahkemeyi bağlamaz. Ancak Yargıtayın içtihat birleştirme kararlarına, benzer hâdiselerde yargıtay özel dairelerince riayet olunmak mecburidir (11 nisan 1928 tarihli ve 1221 sayılı temyiz mahkemesi teşkilâtı kanunu madde 8). Bazı müellifler bu takdirde mahkeme tefsirinin kanunî tefsir mahiyetini aldığı kanaatindedirler. (6). Fakat içtihat birleştirme kararları geriye tesir etmediğine, yeni bir içtihat birleştirme kararıyla değiştirilebileceğine göre kanunî bir yorum mahiyetini alamaz sanıyoruz.

Bir de, muayyen bir dâvada verdiği hüküm yargıtayca bozulan bir mahkemenin, eski görüşünde ısrar ederek verdiği karar Yargıtay Genel Kurulunca bozulursa mahkeme, Genel Kurulun bu bozma kararına uymakla mükellefdir..

c) *İlmî yorum:* İlmî eser ve konferanslarda yapılan yorumdur. Medeni kanunun I. maddesine göre mahkemeler kanunu tatbik ederken ilmî yorumdan faydalanmalıdır. Ancak bu yorum mahkemeyi - hiç olmazsa zamanımızda ve memleketimizde bağlamaz. Yani mahkemeler en meşhur müellifin de aksi kanatte hüküm verebilirler. Fakat hukuk hayatının bir nevi efkâr-ı umumiyesi, lâboratuvarı olan ilmî eserler, mahkeme içtihatları üzerine çok tesir ederler. Yeni içtihatlar kurulmasına bile sebep olurlar. Bütün kanun cibazını baştan başa yenilemiş ve Batıdan almış olan memleketimiz için ilmî yorum, çok ehemmiyetli bir yardımcıdır. Fakat yorum nasıl yapılır, kanun

(5) *Du Pasquier:* Adı geçen eser N. 199 vd.

(6) *Arsebük:* Adı geçen eser, sh. 190 N. 12; *Göktürk:* Şahsın Hukuku, 2. bası. sh. 81

nasıl tefsir edilir? Şimdi bu hususta gelenekçi yorum okulunun metodlarına seri bir nazar atfedelim.

II. Gelenekçi yorum metodu.

Kanun metinleri guurlu ve makul bir çalışma mahsulü olduğuna göre bir kanun maddesinin yorumu demek, kanunu yapanın ifade ettiği maksadı araştırmak demektir.

Aslına bakılırsa (kanuncunun düşüncesi) termi de biraz açıklanmağa muhtaç bir tâbirdir. Çünkü zamanımızda kanun tek bir şahsın eseri değildir. Millî meclisin eseridir. Mecliste bir kanuna oy verenler ise ne her zaman aynı kimselerdir, ne de her zaman aynı maksatla oy verirler. Bununla beraber hukuk hayatında devletin bir tüzel kişi olarak kabul edilmesi, kanunu yapan meclisin iradesinde de bir birlik olduğunu kabul ettirmektedir. Bu suretle pek muhtelif tarihlerde, pek muhtelif meclislerden çıkan kanunlar bile bir kül teşkil eden bir irade mahsulü sayılmaktadır.

Kanuncunun maksadını bulmak için klâsik yorum mektebinin ileri sürdüğü usuller şunlardır:

1 — Lâfzi veya gramatikal tefsir (7)

Klâsik yorum okulunun fikrinde, kanuncunun maksadını anlayabilmek için en iyi yol onun söylediklerini incelemektir. Bir kanun maddesinin mânasını, o maddede kullanılan kelimelerden, bu kelimelerin cümledeki yerinden, maddedeki nokta hattâ virgülden çıkarmalıdır. Lâfzi yorum usulünün dayandığı düşünce şudur: Kanuncunun bütün düşüncesi kanunun metnindedir. Hem de kanunun metni kanuncunun bütün maksadını aksettirir. Bu usule göre (ve) ile (veya) arasında pek büyük fark vardır. Meselâ, resmî evrakta sahtekârlık yapan veya sahte evrakı bilerek kullananlara muayyen bir cezâ veren bir madde mevcut olsun. Böyle bir madde harfiyen yorumlanırsa resmî evrakta sahtekârlık yapan, bilerek kullansa bile cezalanacaktır. Halbuki aradaki (veya) kelimesi (ve) olsa cezalanmak için hem sahtekârlık yapmak, hem de sahte evrakı bilerek kullanmak lâzım gelirdi.

2 — Mantikî yorum (8)

Kanunun lâfzından çıkan mâna açık değilse, yorumlanacak kanun hükmünü kanunu başka madde ve hükümleriyle karşılaştırmak, bu hükmün ka-

(7) *Bu Pasquier*: age. N. 198; *Hirs*; *İlmî isbat* sh. 193; *Egger*: mad. 1 N. 11; *Gmür*: mad. 1 N. 11; *Arsebük* age. sh. 91

(8) *Du Pasquier*: age. N. 199; *Egger* age. mad. 1 N. 12 vd.

kanunun umumî çerçevesi içindeki yerine göre ve umumî prensip'lerine göre mânasını tâyin etmek demektir. Bazan bir maddenin kanunda içinde bulunduğu bap, matlabinın sıra numarası o maddenin şumulünü tâyin için kesin bir ölçü olabilir. Meselâ resmî vasiyet matlabinı taşıyan üç madde ve bu maddelerde yazılı üç usul vardır. Şu halde (miras mukavelesinde resmî şekil ca-ridir) denmesine göre bu üç maddenin de miras mukavelesine uygulanması, yani okuma yazma bilmiyenler hakkında 482. maddenin uygulanması lâzımdır.

Mantıkî yorum münasebetiyle kanun başlık, fasıl unvanları ve matlapların hukukî mahiyeti üzerinde bir saniye durmak gerekiyor. Bunlar kanun metninden sayılır mı? Büyük Millet Meclisinin 1944 yılında verdiği bir karara göre hayır! Şu halde bundan böyle bir kanunun metni ile başlık veya matlabı arasında bir ihtilâf hâsil olursa metin matlaba veya başlığa tercih edilecektir. Fakat nazari bakımdan bu karar münakaşa edilebilir, edilmiştir de. (9) Gerçekten Meclis umumî heyetinde okunan, müzakere ve münakaşa edilen ve Resmî Gazeteden neşir ve ilân edilen başlık, fâsıl başlığı ve matlablar şeklen kanun mahiyeti haizdirler. Diğer taraftan Medeni kanun ile Borçlar kanunun birçok kenar başlıkları nazara alınmaksızın okunacak olursa bunların mânasını anlamak ya müşkül olur yahut imkânsız. Meselâ a) Kefaletin muteber olması için yazılı şekilde yapılması ve muayyen âzamî bir miktarın gösterilmesi lâzımdır. Bu miktarın gösterilmesi matlaba nazaran bir şekil şartıdır. Halbuki bu hususta metinde sarahat yoktur. Bunun gibi 151 sayılı kanun muhtevası itibariyle umumî bir mahiyet taşıdığı halde başlığının sarahatı sayesinde ancak Ereğli kömür havzası işçilerine ait olduğu anlaşılır.

3 — Tarihî yorum (10)

Kanunu yapanların düşünceleri ne idi? Kanun hangi şekillerle yapılmıştı? Kanun yapan, kanunun gelecekteki tatbikatı için ne düşünmüştü? İşte bu suallerin cevabıdır ki tarihî yoruma göre kanuncunun asıl maksadını aydınlatır. Bu sualleri cevaplamak kanuna ait tasarılar gerçekler müzakere zabıtalalarının tetkiki ile elde edilir. Bu usul *Savigny* tarafından çok methedilmişti ve hakikaten çok faydalıdır. Ancak malzemeye tapmak düşüncesi bugün bırakılmıştır. Kanun malzemesi artık yargıcı bağlar sayılmıyor. Çünkü ne ilk tasarılar ne de gerekçe ve müzakere tutanakları resmî kanun metni mahiyetindedir.

(9) *Hırş* (kanun başlıkları), *Saymen* bu meclis kararını tenkit etmektedir. Buna mukabil *Uman* (kanun başlıkları) o kararı müdafaa etmektedir.

(10) *Egger* age mad. 1 N. 15-17.

4 — *Yorum nazariyesi (yorum usulleri) (11)*

Şimdiye kadar izah ettiğimiz usullerin yerinde kullanılabilmesi için klâsik yorum nazariyesinde bazı esaslar, düşünme yolları vardır:

a) Muhalif mefhum (aksi kanıt) yoluyla düşünme (*argumentum a contrario*). Bu yorum tarzı şu esasa dayanır: mademki kanun şu muayyen hal için şu muayyen hükmü koymuştur. Şu halde bu hâdisenin aksi olan başka bir hal için evvelki hükmün aksi bir hükmü arzu ediyor demektir. Bir misal alalım: Medeni kanunun 9. maddesine göre reşit ve mümeyyiz olan bir kimse medeni hakları kullanmağa ehildir. Şimdi bu kaideyi muhalif mefhum tariki ile yorumlayalım: mümeyyiz ve reşit *olmayan* kimse bu ehliyete sahip değildir. Hemen işaret edelim ki muhalif mefhum yoluyla düşünme çok dikkatle kullanılmalıdır. Birçok hallerde mantıksız ve kanuna aykırı neticeler verebilir. Meselâ bir imtihan salonunda talebelerin birbiriyle konuşmasını meneden bir kaide muhalif mefhum ile yorumlanır, talebeler birbiriyle işaretle veya yazı ile anlaşabilir mânasına gelir.

b) Benzetme (kıyas) yoluyla delil (*argumentum a pari*). Kanunun muayyen bir hal veya düşünce ile koyduğu kaideyi, bu hale; menfaatler vaziyeti bakımından benzeyen, fakat hakkında bir hüküm bulunmayan başka bir hâdiseye tatbik etmektedir. Meselâ BK. göre hizmet sözleşmesinde iş veren işçisini işletmenin tehlikelerine karşı koruyacak tedbirler almakla mükelleftir. İstisna yani eser meydana getirme sözleşmesine dair hükümler arasında böyle bir kaide yoktur. Fakat her iki sözleşmede iş verenlerin durumu aynıdır. Şu halde bu hükmü benzetme ile istisna akdine uygulamak mümkündür. (JdT 1934 s. 194). Hemen bir noktaya işaret etmek icap eder: bir kanun hükmünü benzetme yoluyla genişleterek yorumlamak ancak umumî mahiyet taşıyan kaideler için doğrudur. İstisnai mahiyetteki bir hüküm genişletilerek yorumlanamaz. Eski tâbirle istisnalar mevridine maksurdur.

c) Evleviyet yoluyla muhakeme (*argumentum a fortiori*). Muayyen bir sebepten dolayı konmuş olan hüküm, bu sebepten daha önemli sebepler bulunduğu zaman da uygulanır. Meselâ bir parkta çiçek koparmak yasaksa ağaç kesmek, çimenleri sökmek haydi haydi yasaktır. İmtihanda konuşmak yasak ise birbirine yazılı kopya vermek büsbütün yasaktır!

ç) Umumî hükmün hususi hükme tercih olunması. Halli lâzım gelen hâdiseye iki muhtelif kanunda iki ayrı hükme tabi tutulmuş ise hangi hüküm tatbik olunur? Hususi hüküm kendi sahasında umumi hükme tercih olunur. Şu halde fahiş cezaî şartın ticarî mevadda indirilememesi lâzım gelir. Çünkü Ti-

(11) *Du Pasquier*: age. N. 202.

cezaî borçlarda hâkime, fahiş gördüğü cezaî şartları tenkis vazifesi veren BK. 161 değı, hâkimi cezaî şartı indirmekten men eden TK m. 647 tatbik edilir.

III

— Şimdiye kadar anlattığımız yorum usulleri *klâsik okul* adıyla anılan yorum nazariyesinin baş vurduğu usullerdir. Bu mekteb ve düşünce tarzı en parlak devrini XIX. yüzyılda yaşamış ve uzun zaman en mükemmel, en ince bir yorum tarzı olarak hüküm surmüştür. Gerçekten XIX. yüzyılın bilhas-sa ilk yarısı kanunun tam ve mükemmel olduğu, kanunu mantikî olarak yorumlamak suretiyle her türlü müşküllerin halledileceği fikrinin en mutlak, en tam şekilde hâkim olduğu bir devirdir. (12).

Kanunun metnine tapmak suretiyle ifade edilebilen bu düşünüş tarzı bil-hassa Fransa'da en mutaassıp şeklini bulmuştur. Bu yorum usulüne şerh ve tefsir usulü, bu usulü kabul eden hukukçulara da şerh ve tefsir mektebi - l'Ecole de l'Exegése-adını vermiştir. Bu hukukçuların medeni kanunun yorumu hakkındaki düşüncelerini hülasa eden bazı cümleler pek ziyade dikkate layıktır. Meselâ bu hukukçulardan biri şöyle diyordu: ben medeni hukuku tanımıyorum, yalnız medeni hukuku biliyorum. - Je ne connais pas le droit civil, je ne connais que le code civil! Başka biri de şöyle diyordu: yalnız bir nevi hukuk vardır: müspet hukuk, yani kanuncunun yaptığı kanunlardan ibaret hukuk! - un seul droit existe le droit positif, l'ensemble des lois promulguées par le législateur!.

Bu müfrit, aşırı kanunculuk, metne tapma zihniyetinin doğması şu sebeplerle izah edilmektedir (13):

1) İlk ve zahirî sebep, Bonaparte'in tesiridir. Napoléon yaptırdığı medeni kanunu, içtimai düzeninin müeyyidesi olarak kabul ediyordu. Bu sebepten her türlü şahsi tenkid ve yorumu tehlikeli görüyor, şüpheyle kaşılıyordu. Netekim Medeni kanunu hazırlayan dört kişilik komisyon üyelerinden birisi pek mütevazi bir şerh yazıp kendisine takdim ettiği zaman (aman allahım, kanunum mahvoldu!) diye bağırdığı rivayet edilir. Hükümdarın bu tesiri kanunu, metnine göre tefsir zaruretini doğurmuştur.

2) Bundan başka Fransız Medeni kanununun o zamana kadar yapılan kanunlar içinde ilk sistemli, ilmî eser olması bütün hukukçular üzerinde derin bir zihniyetle inanıyordu.

(12) *Gaudemet*: age. sh. 295 vd.

(13) *Uman*: Fransız Mk. sh. 946 vd.

3) Metinci yorum mektebinin kurulmasının bir sebebi de hâkimlerin indî, keyfî hareketlerine son vermek, âdet hukukunu bertaraf etmek arzusudur. Keyfiliği kaldırmak, hukuki emniyeti ve istikrarı korumak için en iyi çare, kanunu dar, mutaassıp bir şekilde yorumlamaktan ibaret sayılıyordu.

4) Fakat bu düşünüş tarzının asıl ve derin sebebi (14) o devre hâkim olan hukuki ve felsefi cereyandır. Unutmamak lâzımdır ki XVIII. asrın sonu ve XIX. asrın ilk yılları *Montesquieu* ve *Rousseau*'nun tesiri, akliyecilik cereyanının nüfuzu altındadır. *Montesquieu*'ye göre siyasî hürriyetin temini için kuvvetlerin ayrılığı şarttır. Yasama, icra, yargılama kuvvetleri birbirinden tamamiyle ayırılmalıdır. Çünkü bu kuvvetlerin bir makamda, bir yerde toplanması siyasî istibdadı doğurur. Şu halde yargılama kuvvetini kullanan yargıç, kanuncunun arzusu ile sıkı sıkı bağlı olmalıdır. *Montesquieu*'ye göre (milletlerin hâkimleri, kanunun lâfızlarını söyleyen ağızlardır. Hakimler, kanunun kuvvet ve şiddetini değiştirmeyen cansız ve hareketsiz mevcudiyetlerdir). Böyle bir telâkinin tefsirde metinciliğe dayanması tabiidir (15).

Öte yandan *Rousseau*, umumi irade - *volonté générale* - kavramını kendi meşhur devlet nazariyesinin temel taşı haline getirmek suretiyle bir nevi kanun dini kurmuştu. Şu halde hâkimin tek rolü, bu umumi iradeyi gayet sadıkane bir şekilde uygulamaktan ibarettir.

Nihayet bu devir *Rasyonalizm* cereyanının ve tabii hukuk fikrinin kuvvetle hâkim olduğu bir devirdir. İnsan oğlunun akliye her şeyi keşfedebileceği, tabiatta değişmez, küllî bir hukuk nizamı bulunduğu inanıyordu. Kanun, işte bu tabii hukukun ifadesi olarak pek üstün bir yer tutuyordu.

Bütün bu sebeplerin mahsulü ve neticesi olan klâsik yorum nazariyesi, XIX. asrın sonunda ve XX. yüzyılın başında şiddetli ve kesin tenkidlere uğradı. Bu nazariyeye karşı yapılan tenkidleri şu suretle hülâsa etmek mümkündür (16).

1) Klâsik nazariye ilmî değildir. Çünkü bu nazariye taraftarları kanunların; tarihin, sosyal fikir cereyanlarının, iktisadî hayatın bir mahsulü olduğunu göz önünde tutmamışlardır. Hakikî hayattan alâkayı keserek hukuk hayatını, yorum sanatını suni, yapma, boğucu bir hale getirmişlerdir. Mantık oyunları ile tamamiyle keyfî, indî neticelere vasıl olmuşlardır.

2) Bu görüş tenkidçi ve mukayeseci bir ruhtan mahrumdur. Başka memleketlerin hukuk müesseseleriyle mukayese'ler yaparak tenkidî ve uyanık bir görüşle yapıcı bir yorum yapmaktan uzaktır.

(14) *Du Pasquier*: age. N. 205

(15) *Uman*: Fr. Mk. sh. 945

(16) *Colin - Capitant*: age. sh. 34 - 35

3) Nihayet klâsik mektep mahkeme içtihatlarının ve bu içtihatların kurduğu âdet hukukun ehemmiyetini pek az kavramıştır.

Klâsik yorum tarzına karşı yapılan bu tenkidlere *hukukî modernizm* yahut tenkidçi görüş adı verilmiştir. Şimdi bu ceryanın Fransa, Belçika, ve Almanya'daki yankılarına seri bir nazar atalım.

Fransa'da: Fransa'da klâsik yorum tarzına karşı ilk şuurlu tepki profesör *Buñnoir* ve *R. Salelles* tarafından yapılmıştır. Fakat bu nazariyenin en tam tahlilini, en mükemmel tenkidini yapan hiç şüphesiz *Gény*'dir. 1899 da yayımladığı (*Müspet hususi hukukta yorum metodu ve kaynaklar - Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*) adlı şaheserinde (bu eserin 1919 da yapılan ikinci basımı Okulumuzun kütüphanesinde mevcuttur) *Serbest ilmî araştırma - Libre recherche scientifique* - adını verdiği bir tefsir görüşü getirmiştir.

Gény'ye (17) göre hiç şüphesiz yorumcu bir iradî eser olan kanunun hakikî mânasını araştırmakla mükelleftir. Bunu yaparken kanunun yapıldığı devri göz önünde tutulacaktır. Fakat yorumcu kanuna tapmıyacaktır. Yani hayatın ve hâdiselerin gerektirdiği bütün hal suretlerinin kanunda mevcut olduğunu iddia ederek türlü mantık oyunları ile kanuncuya söylediğini söyletecek, düşünmediğini düşündürmeyecektir. Bütün hukukî münasebetlerin yalnız kanunla düzenlenmesine imkân yoktur. Bir çok hallerde karşımıza çıkan hâdiselerin cevabını bulamayacağımızı, kanuna sorduğumuz suallerin cevapsız kalacağını kabul etmek zorundayız. İşte bütün bu gibi hallerde eğer âdet hukuku yoksa, serbest ilmî araştırma yoluna gidilebilir.

Serbest ilmî araştırma ne demektir? Bu sualde hayatın istediği hal sureti kavramlarının yapma tecritlerinde değil, hâdiselerin objektif mahiyetinde aranır. Sosyal hayatın istediği hal suretini gösterecek âmiller bir taraftan akıl ve vicdanda, adalet hissine, o bir yandan sosyal realitelerde yani toplumun ahlâkî bünyesinde, kamu oyunun arzularında, iktisadî zaruretlerinde aranmalıdır. Bunun için yardımcı ilim olarak fert ve cemiyet psikolojisi, ahlâk, umumî iktisat ve felsefeden faydalanmak lâzımdır. *Gény* kanunun yorumu hakkındaki nazariyesini *Salelles* (18) şöyle bir cümle ile izah ediyordu: (Medeni kanun vasıtasıyla, fakat medeni kanundan öteye - Par le Code civil, mais au delà du Code civil.). Bil'münasebe kaydedelim ki 1907 tarihli İsviçre medeni kanunu ve dolayısı ile Medeni kanunumuzun I. maddesi aşağı yukarı *Gény*'nin fikrini hülâsa etmektedir. Esasen *Gény* eserinin ikinci ba-

(17) *Fr. Gény*: age. cilt II sh. s. 230 vd.

(18) *R. Salelles*: Préface à la Méthode d'interprétation de *Gény*. sh. II-XIV Bizzat *Gény* bu cümleyi eserinin 2. cildin sh. 230 da kullanıyor.

sımında bu maddeyi hayretle, kendi fikrini en iyi ifade eden bir metin olarak selâmlamıştır. (19)

Gény'nin fikirleri Fransa'da ve bütün hukuk âleminde derin yankılar uyandırmıştır. Kanunun yorumunda yeni bir çığır açılmıştır. Meselâ Fransada Medeni kanunun 100. Yıl dönümünü kutlama nutkunda Yargıtay başkanı şöyle demişti: (Kanunun metni açık olamaz, metninin şumulü hakkında tereddütler hâsıl olursa yahut hâdisede tatbiki lâzım gelen metinler arasında aykırılık görülürse, nihayet kanun maddeleri içinde günün ihtiyaçlarını karşılamayan kayıtlara tesadüf edilirse o zaman hâkim geniş suretle tefsir hakkını kullanmalıdır. Medenî kanunu hazırlayanların bundan yüz yıl önce ne düşündüklerini aramak beyhude bir külfettir. Hâkimin arayacağı nokta kanunun neşri zamanındaki ihtiyaca nazaran bu yolda bir madde tanzim eden kanuncunun bugünkü ihtiyaç karşısında nasıl bir madde yapabileceğidir).

Capitant'a (20) göre artık hukuk kaidesi kesin, neticeleri hiç değişmiyen bir emir veya yasak değildir. Müspet hukuk ve onun en mühim tezahür şekli olan kanun, idare ettiği ve düzenlediği cemiyet gibi değişmek ve gelişmek zorundadır. Yorumcunun ödevi kanunu, hayatın ve cemiyetin zarurî ihtiyaçlarına uydurmaktır. Yorumcu kanunu tafsir ederken rasladığı güçlüklerin karşısında şöyle düşünecektir: bugünkü ihtiyaçlara ve bugünkü neslin hakkaniyet ve adalet ülküsüne göre bu meselenin en uygun şekli ne olabilir?

Hakikatte Fransız mahkemeleri bu yeni fikirleri daha önceden ve pek ihtiyatlı bir jürisprüdansla gerçekleştirmeye başlamıştı. Bu içtihatların meydana getirildiği gelişmeye dair iki misal vermek kâfidir. (21)

a) Fransız Medenî kanunu hazırlayanlar, iki istisnaî hal haricinde *başkası lehine şart* müessesesini men etmişlerdi. (Madde 1119 ve 1121.) Fakat hayat sigortalarının meydana çıkması ve süratle gelişmesi üzerine mahkemeler ustaca yorumlarla bu memnuiyet hükmünü bertaraf ettiler. Bu suretle kanunun sarahatine rağmen *başkası lehine şart*, keşide; memnuiyet, istisna halini aldı.

b) Fransız medeni kanununa göre haksız bir fiilden zarar gören kimsenin tazminata hak kazanabilmesi için zarar failinin şahsî kusurunu ispat etmesi şarttır. Fakat makine ve sanayiın gelişmesiyle hâsıl olan yeni tehlikeleri karşılamak için mahkemeler *hırtakım kusur* karineleri ihdas ettiler. Bu suretle Medeni kanundaki kusura dayanan mesuliyet yanında bir de kusura dayanmayan mesuliyet esası doğmuş oldu.

(19) *Fr. Gény*: age. cilt 2 sh. 326-327

(20) *Colin - Capitant*: age. sh. 36

(21) *Colin - Capitant*: age. sh. 38

Belçika'da: (22) Yeni tenkidçi fikirler Belçikada da çok işlendi. Bu memlekette *Van Eyken* gayeye dayanan yorum usulü (interprétation téléologique) ü ileri sürmüştür. Bu metoda göre yargıç kanunu yorumlarken güttüğü sosyal gayeyi araştırmalıdır.

Profesör *Cornil'e* göre (kanuncu ve yargıçtan herbiri, hukuku dile getirmekte aynı derecede önemli rol oynayan iki organdır. Kanuncunun görevi sosyal münasebetlerdeki güven ve istikrar ihtiyacını gidermek, yargıcın vazifesi ise sosyal münasebetlerde canlılık ve hareketi sağlamaktır.)

Yine Belçikalı profesör *De Page'a* göre hukukta teknik kaidelerle normatif kaideleri birbirinden ayırmalıdır: yargıç teknik kaidelere dokunamaz, fakat normatif kaideleri yani hukuku idare eden genel prensipleri serbestçe hayatın hususiyetlerine uydurmak hakkını haizdir.

Almanya'ya gelince (23):

Bu memlekette hukukî tecrit - soyutlama usullünün aşırı suretle uygulanmasına karşı tepkiler daha XIX. yüzyılda kendisini göstermiştir. Meselâ *Jhering'in* bu husustaki tenkidleri çok kuvvetlidir. Fakat klâsik yorum usulüne karşı asıl büyük mücadele Alman medeni kanununun 1900 tarihinde yürürlüğe girmesi ile kendisini gösterdi. İleri sürülen tenkidler profesör *Kantrowic'in* 1906 yılında *Gnaeus Flavius* takma adı ile yayımladığı (*Hukuk ilmi uğrunda savaş - Der Kampf um die Rechtswissenschaft*) adlı eseriyle en sert ve en canlı şeklini aldı ve birçok târaftar buldu. Bu yeni cereyana *Freirecht - Serbest Hukuk Mektebi*, Hukuku Serbestçe Bulma Okulu gibi adlar verildi.

Freirecht taraftarlarına göre yargıç, kanun metnini yorumlamak için bir sürü hünerler ve canbazlıklar arkasında kaybolacağı yerde, önüne gelen dâvada karşılaşılan menfaatleri bizzat ölçmeli, hangi tarafın menfaati sosyal değer bakımından daha mühimse o tarafın lehine hareket etmelidir. Sırf kavramlar ve mefhumlara dayanan bir hukuk ilmi ve mahkeme içtihatları yerine menfaatler vaziyetini ölçen bir ilim ve mahkeme içihadı geçmelidir. Mücerret mefhumlara ve hukukî konstrüksiyonlara dayanan yorum metodunu yıkmakta birleşen *Freirecht* taraftarları arasında teferruat üzerinde hudutsuz farklar mevcuttur. Yine belirtmek lâzımdır ki *Freirecht* cereyanı Almanya'da 1933 tarihinde Nasyonal - Sostyalistlerin iş başına gelmesi ile büyük bir hız kazandı. Alman yargıcından, kendi ruhunda mevcut adalet hissine ve cemiyetçi ve devletçi bir hukuk telâkkisine dayanarak yorumda bulunması istendi (24), hattâ bazı hukukçulara göre, devletin menfaati icap ettiği za-

(22) *Du Pasquier*: age. sh. 209 vd.

(23) *Fr. Gény*: age. cilt II sh. 335

(24) *Du Pasquier*: age. N. 211

man yargıç kanuna aykırı - *contra legem* karar dahi verebilmelidir. Fakat bu müfrit telâkkilerin ne kadar tehlikeli olduğu aşikârdır. Çünkü bu müfrit telâkki hukuk nizamının gayesi olan hukukî emniyeti ortadan kaldırmaktadır. Halbuki bu emniyeti elde edebilmek için insanlık da en eski devirlerden beri çalışmış durmuştur.

Şimdiye kadar verdiğimiz izahlar kanun hukukunun bütün hukuku kavrayamacağını gösterdi. Kanunda boşluk olması tabiidir, mukadderdir. Ancak Kanunda hakikî boşluk (*lacune, Lücke*) ile hakikî olmayan boşlukları birbirinden ayırmak lâzımdır. (25)

Kanun muayyen bir hâdise hakkında hükme medar olabilecek bir kaideyi ihtiva etmediği zaman iki ihtimal vardır. Ya kanun bu hâdise hakkında gerçekten bir hüküm koymamıştır. Yahut bu meseleyi halletmemek suretiyle o hâdiseyi menfi şekilde bir hükme bağlamış olur: Yani onun hakkında başka bir hükmün uygulanamayacağını bildirmiş olur. Kanun bir çocuğun dede ve ninesinin o çocuk üzerinde velâyet hakkını haiz olup olmayacağı hakkında bir hüküm ihtiva etmiyor. Kanunun bu sükûtu ana babanın vefatı halinde dede ve ninelerin velâyet hakkına malik olmayacağını ifade edebileceği (menfi hüküm) gibi kanunun bu meseleyi hiçbir hükme bağlamadığını da gösterebilir. Bu sonuncu halde hakikî bir boşluktan bahsetmek mümkündür. Federal Mahkeme bir kararında kanunun bu noktadaki sükûtunun menfi bir hüküm olduğunu kararlaştırmıştır. Bu münasebetle bir noktayı daha belirtelim: Karara bağlanacak hâdiseye kanunda lâfız itibariyle uyan, fakat ruh itibariyle uymayan bir hüküm bulunduğu zaman da (yani kanundan hâdiseye uyan bir norm çıkarılamadığı takdirde de) kanunda bir boşluk vardır.

IV

1926 yılında başarılan kanun inkilâbı Batı medeniyeti çevresine girmek ve bu milletin yaratıcı kuvvetlerine yeni bir tezahür fırsatı vermek isteyen büyük hareketin bir parçasıdır. Bu bakımdan eski hukuk ve örfle bütün alâkanın kesilmesi; yeni, yepyeni kanunlarla işe başlamak yoluna gidilmiştir. Tamamiyle yeni olan bu kanunlar memleketimizde de; Fransa ve diğer memleketlerde büyük ve inkilâpçı kodların kabulünden sonra görülen duruma benzer bir vaziyet yarattı. Kanunun lâfzına, ibaresine - hatta yanlış bile olsa haddinden fazla önem verilmeğe başlandı. Bu halin sebepleri şu suretle ifade edilebilir:

a) Bir kere, inkilâbın verimi olan kanunu medeni metninden ayrılmakla keyfiliğe, indîliğe düşmekten korkuluyordu. b) Sonra, tasfiyesi arzu edilen

(25) Egger age. mad. 1 N. 20; Gmür age. mad. 1 N. 24 a

ananeler daha çok canlı ve kanunun sistemi ve ana fikirleri bizim için henüz çok yeni idi. c) Kanunun metnine sıkı sıkı bağlı kalmanın bir sebebi de eski hukukumuzda hâkimin takdirine pek az yer bırakılmış olmasıdır. Filhakika *Mecelle'den* evvelki devirde içtihat kapısının kapandığı bir kaide halinde yerleşmişti. *Mecelleden* sonra da kanunperestlik, kanunun lâfzına tapış devam etmiştir. Bütün bu sebeplerle kanunu. Medenin ilk yıllarında kanunun tefsiri meselesinde hâkim olan tavır en büyük ve haklı bir çekingenliktir. Medeni kanunun kabulünden iki yıl sonra yayımlanan ve tazelikliğini bir çok bakımlardan hâlâ muhafaza eden bir eserde şu satırları okuyoruz: (Tefsirde hâkimin vaziyeti pek naziktir. Azâmî itina ve ihtiyat göstermesi lâzımdır. Vehleten insan zan edebilir ki vâzî kanun hatada bulunmuştur, maksadını ifadeye muvaffak olamamıştır. Halbuki bu telâkki sakim bir anlayışın mahsulü de olabilir. Binaenaleyh metinden tebaüt edileceği zaman âzamî dikkat, büyük bir ihtiyat göstermek lâzımdır. Gelişigüzel anlayışlarla vâzî kanuna hata atfetmek çok zamanlar had naşınaşane bir cüret mahiyetini alır ve böyle haksız bir udul kanuna tecavüz olur.)

Bu ilk devir mahkeme içtihatlarının bâriz vasfı, kanunun ibaresine karşı derin bir saygı ve çekingenliktir. İsviçreden iktibas edilen medeni kanun ve borçlar kanununun açık tercüme yanlış, ve noksanlarını düzeltmek cesareti bile gösterilmiyordu. Meselâ Borçlar kanununun 51. maddesinde şöyle bir hüküm var: "müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız fiil, akit, kanuna) binaen mesul oldukları takdirde, haklarında birlikte bir zarar vaktuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur." Bu maddede açık bir aksaklık var. Çünkü muhtelif sebeplere binaen mesul olanlara, birlikte bir haksız fiil işliyen kimselere ait hükümlerin hepsinin tatbik edilemeyeceği aşikârdır. Bu aksaklık bir tercüme noksanından ileri geliyor. Maddenin ashındaki atf yalnız birlikte bir haksız fiil işliyen kimselerin birbirine *rücuu* hususuna munhasırdır. Buna rağmen Yargıtay 4. Hukuk dairesi (26) lâfzî bir yorum yaparak maddedeki atfı mutlak olarak kabul etmiştir. Uyuşmazlık mahkemesinin, bu mahkemenin kuruluşuna dair kanunun 8. maddesini dâvanın idare aleyhine açılması şartına bağlaması da kanunun gayesine aykırı, lâfzî bir yorumdur. (27)

Fakat bu durum değişmektedir: Kanunun lâfzına değil, ruhuna önem veren, gayeyeyi ön plâna alan, hattâ 1. maddenin verdiği hukuk yaratma salâhi-

(26) Bak. Hukukî Bilgiler Mecmuası 1 aralık 1941 sh. 7574. — Bu karar münasebetiyle yapılan münakaşalarda *Fuad Hulûsi Demirelli* (aynı dergi 1 aralık 1941 sh. 7575), *Hürş* (sh. 7574) *Halil Arslanlı* age. sh. 331 bu kararı tenkit, rahmetli Yargıtay Başkanı *Şemseddin Temizer* (aynı dergi ocak sayısı 1942) müdafaa etmiştir.

(27) Bak. Adalet Dergisi. 1946.

yetinden faydalanan içtihadlar gittikçe çoğalmaktadır. Bugün bu içtihatları bilmeden medeni kanunun Türkiyedeki durumunu hakkiyle anlamaya imkân kalmamıştır denilse mubalâğa edilmiş olmaz sanıyoruz. Bu yeni durumun izahı mümkündür:

a) Medeni kanun yürürlüğe gireli 21 yıl oldu. Hukukçularımız ve mahkemelerimiz kanunun gerek sistemi, gerek teferruâtı hakkında daha esaslı, daha açık bir görüş sahibi oldular. Yargıç kanun karşısında daha emin, daha sağlam bir duruma girmiştir. Artık medeni kanun, tâbir caizse kapalı kutu olmaktan çıkıyor.

b) Hukuki yayımlar, hukuk tedrisatı artmış, henüz Batı memleketlerindeki vasıf ve miktarı bulmamışsa da eskiye nispetle büyük bir artma ve iyileşme olduğu muhakkaktır.

c) Nihayet Medeni kanunun kendisi zaten tam olmak, her şeyi bizzat tanzim etmek iddiasında değildir. Fransız Medeni kanununda, Avusturya medeni kanununda hakim olan kanunun tamamıyeti fikri medeni kanunumuzdan uzaktır. (Die logische Geschlossenheit des Rechts - La plénitude logiquement nécessaire du droit positif: müsbet hukukun mantıkî tamamıyeti) (28) doğmasını Medeni kanunumuz daha birinci maddesinde ret etmiştir. Bu maddede Medeni hukukun düzenlediği hukuki münasebetlerden ancak bir kısmının kanuna tabi olduğu, Kanunun tanzim etmediği münasebetler bulunduğu, bunların örf ve âdet hukuku ile veya bu da mümkün değilse yargıcın kanun vâzı gibi hareketiyle halledileceği açıkça bildirilmiştir. Yine medeni kanun objektif hüsnü niyet, ablâk kaidelerine atıf yapmak suretiyle hukuk dışı kaynaklardan istifade imkânını da vermektedir. Nihayet, medeni kanun bizzat tanzim ettiği münasebetler hakkında da hemen daima gayet umumi prensipler koymakla yetinmiş, teferruâtı hâkimin takdirine bırakmıştır.

Bütün bu âmillerin tesiri ile Medeni kanunun yorumunda metincilikten uzaklaşan, muhtelif tefsir yollarını tenkidçi, mâkul bir surette kullanan mahkeme içtihatlarına raslamak kabil oluyor. Bize ayrılan zamanın çerçevesini büsbütün aşmamak için yalnız içtihat birleştirme kararlarından seçtiğimiz birkaç misal Yüksek mahkememizin medeni kanunu yorum tarzı hakkında bir fikir vermeğe yarar diye umuyoruz.

1 — *Resmî vasiyette* (29) iki şahidin vasiyetçiyi tasarrufa ehil gördüklerini ve vasiyetçinin vasiyetin son arzularını taşıdığını bildirdiğine şahadet etmeleri lâzımdır. Bu şahadet nasıl olacaktır? 421. madde diyor ki (şahitler bu beyanatın huzurlarında vukuuna ve o kimseyi tasarrufa ehil gördükleri-

(28) *Fr. Gény*: age. cilt. I sh. 193 vd.

(29) *Adalet Dergisi* 1946.

ne dair vasiyetname altına *verecekleri* şerhi imza ederler.) Bu metni harfiyen yorumlarsak, şahitlerin şahadet edecekleri hususları el yazısı ile yazmaları ve imza etmeleri lâzımdır. Fakat bu yorum tarzı çok dar ve kanunun yazılı şekli hakkındaki umumî prensiplerine aykırıdır. Çünkü yazılı şekilde umumiyetle yalnız imzanın el yazısı ile olması kâfidir. İmzalanan metnin de el yazısı ile yazılmış olması şart değildir. Diğer taraftan lâfzi tefsir muameleleri lüzumsuz yere güçleştirilmektedir. İşte bu düşüncelere dayanan ve İsviçre şerh ve mahkeme kararlarını da göz önünde tutan yargıtay içtihat birleştirme genel kurulu, *şerh metninin el yazısı ile yani şahitlerin el yazısı ile yazılması şart olmadığına karar vermiştir*. Bu karar, Kanunun mantıkî ve menfaatler vaziyetine uygun bir tefsirdir.

2 — *Şuf'a hakkı*, (30) bir gayri menkulün satışında müşterinin yerine geçerek aynı şartlarla satılan gayri menkulü satın almak salâhiyetini veren bir haktır. Bir nevi tercihli satın alma hakkıdır. Bu hak ya sözleşmeden yahut kanundan doğar. Kanuna göre müşterek mülkiyette hissedarlardan herbirinin şuf'a hakkı vardır. Şu halde, bir gayri menkulün dört hissedarı olsa ve bunlardan biri hissesini satsa; öteki hissedarlardan herbiri müşterinin verdiği bedeli ödeyerek o hisseyi üçüncü şahıs müşteriye tercihan satın alabilir. Fakat bu hissedarlar hepsi birden şuf'a haklarını kullanmak isterlerse ne nispet üzerinden faydalanacaklardır? Kanunda bu hakkın hisse nispetinde mi, yoksa eşit olarak mı kullanılacağı tasrih edilmiş değildir. Bu hususta ne açık, ne zimmî bir hüküm vardır. Başka tâbirle bu hususta kanunda bir boşluk vardır. Yargıtay içtihat birleştirme kurulu bu boşluğu doldurmuş, hissedarların şuf'a hakkından hisseleri nispetinde değil, eşit olarak faydalanacağına karar vermiştir. Yüksek mahkeme bu neticeyi verirken şöyle düşünmüştür:

a — Hissedarlar birden çok olduğu zaman bu hak aralarında müşterek olacaktır. Halbuki hukukta kabul olunmuş bir esasa göre, aksine delil ve karine yoksa iştirak hissede müsavatı gerektirir. (Görülüyor ki bu gerekçe hukukun umumî prensiplerine, yani kanunun umumî sistemine dayanmaktadır. Fikrimizce yüksek mahkeme şu misalleri de sarahaten zikredebilirdi: Müşterek mülkiyette hisseler muayyen değilse bunların eşit olması esastır. Yine müteselsil borçlarda hilâfına sarahat yoksa borçlarda müsavat asıldır.)

b) Kanunî şuf'a hakkının gayesi, hissedarlar arasına yabancı sokmamak ve iştiraki mümkün olduğu kadar daraltmaktır. Bu ihtiyaç ve illette, hissesi az olan da, çok olan da eşittir. Görülüyor ki Mahkeme yorumunda, hukuki müessesenin hususî gayesinden istifade etmektedir.)

c) Kanun idari masraflar, vergiler ve sair mükellefiyetlerin hissedar arasında hisseleri nispetinde paylaşacağını emretmektedir. Eğer şuf'a hakkının

(30) Son İctihatlar Dergisi No. 7/15 sh. 295 vd.

aidiyet nispeti hakkında da aynı ölçüyü düşünmüş olsaydı bunu açıkça söylemesi icap ederdi. Çünkü burası beyan mevki idi. (Görülüyor ki mahkeme burada mantıki bir tefsir yapmakta, muhalif mefhum yoluyla şöyle muhakeme etmektedir: mademki müşterek mülkiyette masraflar bakımından hisse nispeti kanunca esas tutulmuştur, o halde şuf'a hakkı için aynı nispeti esas alamayız. Zira kanun bu nispeti ancak masraflar için esas tutmuştur.

d) Nihayet, hisselerin bazılarının az, bazılarının çok olmasından iktisaden hissedilir bir mahzur da yoktur. Görülüyor ki mahkeme karşılıklı menfaatler vaziyetini de tartmakta, yorumunu ona göre yapmaktadır.

3 — Bugün tedavülde bulunan para kâğıt para ve Merkez bankasının banknotlarıdır. *Acaba altın para üzerinden borç taahhüdü* (31) muteber midir? Bu mesele halledilmiş değildir. Yargıtay geçen yıl verdiği bir içtihat birleştirme kararında bugün mer'î kanunlarımızın ruhundan hareket ederek, altın para üzerinden yapılan borç taahhüdünü muteber saymıştır. Fakat bu nevi borçlarda altının kıymeti bakımından borcun doğumu, vâde ve borcun tahsili tarihlerinden hangisi esas tutulacaktır. Yüksek mahkeme kanunlarımıza göre altının kıymetli bir mal olduğunu kabul etmekle beraber, yabancı para borçlarına ait bir kanun hükmünü kıyas yoluyla uygulamış, altının kıymeti bakımından vâde tarihini esas tutarak tamamlayıcı bir yorumda bulunmuştur. Şayanı dikkattir ki Yargıtay bu kararında bildiğimize göre ilk defa doktrine açıkça atıfta bulunmuş ve hattâ yabancı bir müellifin ismini sarahaten zikretmiştir.

4 — *Tapusuz toprakların haricen satışı* meselesi (32). İsviçre Medeni kanunu ve onu takiben Medeni kanunumuzda tapusuz yani tapuya bağlanmamış toprakların ve gayri menkullerin hukuki durumu hususiyle bunlarda mülkiyetin nasıl intikal edeceği sarîh surette hal edilmiş değildir. İsviçrede toprağın kıymeti büyük olduğu ve tapu teşkilâtı çok muntazam olduğu için buna ayrıca lüzum görülmemiş olabilir. Fakat memleketimizde toprakların büyük bir kısmının tapusuz olduğu kabul edildiğine göre, bu mesele çok mühimdir. Bu topraklar nasıl devredilecektir? Uzun zaman Yargıtay bu toprakların da tıpkı tapulu topraklar gibi resmî şekilde senetle devredilebileceğini kabul etmiştir. Bu içtihadın neticesi şu olmuştur: toprakları tapulamaktaki büyük ve çeşitli müşkülâttan dolayı köylüler alelâde noter senediyle - hattâ çok defa şifahî sözleşmelerle - toprakları birbirine satmağa devam etmişlerdir. Ancak son senelerde - toprak kıymetinin artması üzerine - satıcılar

(31) Yargıtay tevhidî içtihat gen. Kur. un 19.2.1947 tarihli kararı.

(32) Yargıtay tevhidî içtihat genel kurulunun 9. 10. 1946 tarihli kararı.

yaptıkları satışın şekil bakımından muteber olmadığını ileri sürerek aldıkları cüzî bedeli geri vererek topraklarını geri almak için dâvalar açmağa başlamışlardır. Yargıtay eski görüşünde bir müddet daha dayanmış, fakat bu içtihat kötü niyetli dâvacıları âdeta teşvik ettiği tesbit edilmiştir. Bunun üzerine Yargıtay geçen yıl verdiği çok mühim bir içtihat birleştirme kararında bu meseleyi yeni bir hal şekline bağlamıştır. Tarihî, iktisadî mülâhazalara, kanunun ruhuna ve maksadına dayanarak yüksek mahkeme, bu gibi toprakların resmî şekil olmaksızın, yani haricen satışını - aynî bir hak mahiyetinde gördüğü - zilyetliğin devri mahiyetinde görmüş ve istirdat edilemeyeceğine karar vermiştir. Bu karar da memleketimiz için çok mühim olan bir konuda, kanaatimize kanunun bir boşluğunu dolduran bir içtihat kurmuştur.

Sözlerimizin sonunda önemli saydığımız bir noktaya daha işaret etmek istiyoruz:

Medeni kanunumuzu ve diğer birçok kanunlarımızı Batı memleketlerinden aldık. Bunun hangi sebeplerle vaki olduğu malûmdur. Başka bir çevreye ait kanunların başka hukuk çevrelerine alındığı hukuk tarihinde görülen olaylardandır. Roma hukukunun, Fransız medeni kanununun Alman medeni kanununun, muhtelif ark ve dilden milletlerce alınıp benimsendiği bir hakikattir. Acaba bu hâdise bir hukukun başka bir millet tarafından alınması demek midir? Hayır. Çünkü kanun ile hukuk ayrı anlama gelen şeyler değildir (33). Hukuk kanundan çok daha geniştir. Bir milletin hukuku onun mahkemelerinin kanunu anlayış ve tatbik ediş şeklinde belirir. Mahkemelerimiz ve doktrinimiz, Medeni Kanunu memleketimizin ihtiyaçlarına, şartlarına ülkülerine, göre yorumlamak suretiyle *milli medeni hukuku* medana getireceklerdir ve getirmektedirler. Kanunumuzun bünyesi buna müsaittir. Şu halde kanunun yorumu hakkında zamanımızın en değerli eserini meydana getiren *Gény*'nin sözünü tefsir hakkındaki bu kısa izahlarımızın sonunda biraz değiştirerek tekrarlıyalım: *İsviçre medeni kanunu vasıtasıyla, fakat Türk millî hukukuna doğru!*

(33) *Veldet*: age. sh.; - *Ayiter* age. sh.; - *Arslanlı* age. sh. *Hirş* (ilmî ispat) sh.

BİBLİYOGRAFYA

- ANSAY (S. Şakir)*: Kanun ve tefsiri. Adliye ceridesi 1938 sh. 2036-2059.
- ARIK (K. Fikret)*: Yeni hukukumuz ve hâkimin faal rolü. Adliye Ceridesi 1942, sh. 257-280
- ARSEBÜK (A. Esat)*: Medeni Hukuk cilt I 1938.
- ARSLANLI (Halil)*: İsviçre kanunu medenisi ve borçlar kanunu, veya İsviçre hukukunun bulduğu bir tefsir normu Türk hukukuna müessir olabilir mi? Medeni Kanunun XV. yıl dönümü. Sh. 326-338.
- AYITER (Ferit)*: Yabancı kanunlar ve millî hukuk. Medeni kanunun XV. yıl dönümü. Sh. 171-215.
- COLIN-CAPITANT*: Cours élémentaire de droit civil français 9. éd. 1939
- DU PASQUIER*: Introduction à la théorie générale et à la philosophie de droit I, éd. 1937.
- EGGER (August)*: Einleitung - Personenrecht 2. Auflage 1930.
- GAUDEMET (Çev: K. Gürsoy)*: 1804 denberi Fransız medeni kanunun Fransada yorumlanması. Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 2 sayı 2-3 ve 4.
- GENY (François)*: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif 2. éd. 1919.
- GMÜR (Max)*: Einleitung zum schweiz. Zivilgesetzbuch 2. Auflage 1919.
- HİRŞ (Ernest)*: İlmî ispat ve tefsir. Ankara hukuk Fakültesi Dergisi Cilt I sayı 2.
- HİRŞ (Ernest)*: Kanun başlıklarıyla fasıl ünvanları ve matlaplar hukuk kaidelerinden midir? Adliye Ceridesi 1944 sayı 11, sh. 903-919.
- MARDİN (Ebû'ula)*: Umumi zabıdlar 1928.
- MEHMET CEVAT*: Hükkâmın takdiri ve karain ile âmel. İstanbul 1940. sh. 1 ve s.
- PLANIOL-RIPERT-BOULANGER*: Traité élémentaire de droit civil T. I 1942.
- SAYMEN (F. Hakkı)*: Matlaplar kanun mudur?. İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt X sayı 3-4.
- UMAN (O. Nuri)*: Fransız medeni kanununda Bonaparte'in tesirleri ve hukukta serbest inceleme ve araştırma usulü, bu usulün Türk Medeni kanunundaki mevki. Adliye Ceridesi 1938 sh. 935-958. (Kısaltma: Fr. Mk.)
- UMAN (O. Nuri)*: Kanun başlıklı fasıl ünvanları ve haşiye notları (matlaplar) kanun metni sayılabilirler mi? Adalet Dergisi 1945 sayı 4, sh. 329-335 (kısaltma: Kanun başlıkları)
- VELDET (Hıfzı)*: Medeni hukukun umumi esasları 2. basım 1945.