

PRATİK HUKUKTA
İLMİ İSPAT VE TEFSİR [1]

Ord. Profesör Dr. E. HIRŞ

İnşa edilecek binanın muhtelif kısımları statik mûtalara göre birbirine uydurulmuş ve tam bir muvazene temin edilmiş ise, taşıyacağı siklele mütehammil addolunur. Hukuki bir problemin halinde de bütün fikirlerin gerek mantık ve teselsül, gerek üslûp bakımından birbirine tevafuk etmesi lâzımdır. Birçok defalar tekrar edildiği gibi hukukçunun vazifesi kanunu tatbik ederek, hâdiseyi kanun gözü ile ölçmektir. Bundan dolayı hukuk ilmi, nazari ilimler grupuna ithal edilmiştir. Çünkü hukuk ilmi de bu vazifeyi başarabilmek için felsefe ve mantıkta cari olan usullerden istifade zaruretindedir.

Mantıkta şu kaide hâkimdir:

«Bir iddia ancak, *mantıki* bir teselsül ile, muayyen bir sebebin zaruri neticesi olarak telâkki edilebildiği takdirde doğru sayılır.»

Hukukta da buna benzer kaide caridir:

«Bir talep, *hukuki* bir ihticaç ile, muayyen bir normun zaruri neticesi olarak kabul edilebildiği takdirde, haklı sayılır.»

İşte bu hukuki teselsül ve ihticaç bütün hukuki teknik ve metodun nüvesini teşkil eder. Alınan neticenin doğruluğu ihticaçın şekline, tamamîyetine, doğruluğuna ve mantıki olup olmadığına bağlıdır. His ile elde edilen netice bir tesadüf eseri olarak doğru çıkabilir. Lâkin, hukuk bakımından bu netice kıymetsizdir. Çünkü neticeye götüren fikir silsilesini kontrol etmek mümkün değildir. Binaenaleyh, netice için teminat verilemez. Buna mukabil esbabı mucibesi mukni olmak şartıyla, hatalı bir netice hukuk bakımından kıymetli olabilir. Esbabı mucibenin tamamîyeti, meseleyi tetkik eden her şahsa hatayı bularak doğru neticeyi aramak imkânını vermektedir.

[1] Basılmakta olan «Pratik Hukukta Metot» adlı kitabımdan aynen alınmıştır.

İlk dereceli mahkemelerin kararlarında mucip sebepler noksansız ve tam olmalıdır. Aksi takdirde, temyiz mahkemesi kararın doğru olup olmadığını kontrol edemez. Diğer yandan Temyiz Mahkemesinin nakzettiği kararlar hakkında verdiği esbabı mucibe de tam ve noksansız olmalıdır ki, hâkim esbabı mucibeden kararının yanlış veya doğru olduğuna kanaat getirebilsin. Herkes yanılabilir. Hata etmek, ferdde bulunan tabii bir haslettir. Kanunların adedi göz önünde tutulursa, hatalı kararlardan içtinabın imkânsız olduğu anlaşılır. Bunun için, kanun vaznı ihtilâfın ikinci bir defa tetkiki için ayrı bir merci tâyin etmiştir. Bu merciler kendilerine düşen vazifeyi, ancak mahkeme kararları mufassal esbabı mucibeyi havi ise, lâyiki veçhile ifa edebilirler.

İmtihanda iyi ve mukni bir esbabı mucibe ile hatalı bir neticeye varan talebenin notu, hatalı ve karışık bir esbabı mucibe ile doğru bir neticeye varan talebenin notundan daha iyidir. Çünkü mucip sebep neticenin mesnedidir. Mesnetsiz netice ise, temelsiz binaya benzer. Biraz kurcaladınız mı, derhal yıkılır.

Esbabı mucibe hakkında şunlar söylenebilir:

I — Hukuk kaidesinin muhtevası şüphe götürmeyecek derecede kati ise, fikrinizi takviye maksadiyle maddeyi işaret kâfidir. Hukuk kaidesinin muhtevası muhtelif mânalara alınabiliyorsa, ki ekseriyetle böyledir, ve meselenin halli hukuk kaidesinin tefsirine bağlı ise, bu halde hukuk kaidesi aynen yazılmalı ve tefsir edilmelidir.

Bir *akdi* tefsir etmek istersek, *âkilerin* müşterek rızalarını araştırırız. Kanunda vaziyet böyle değildir. Kanunu tefsir etmek demek, *kanunun ruhunu* ortaya koymak demektir. Her kanun müteaddit âmillerin muhassalası olduğundan, kanunun hakikî manası ancak bu âmillerin anlaşılmasıyla meydana çıkabilir. Bilhassa aşağıdaki âmiller ehemmiyetlidir:

A) *Dil kaideleri*: Kelime ve cümlelerin vazifesi fikirleri ifadedir. Yukarda da işaret edildiği gibi her hukuk kaidesi iki kısımdan mürekkeptir: Şart ve netice. Filân şart tahakkuk ettiği takdirde, filân netice tatbik olunur. Dil kaideleri bize, hukuk kaidesinin hangi kısmının şart ve hangi kısmının netice olduğunu göstermesi itibarıyla ehemmiyetlidir.

Birçok hallerde hukuk kaidesinin lugavî manası, diğer hukuk kaideleriyle birlikte tetkik edilerek meydana çıkarılabilir. Diğer yandan halkın bir kelimeye verdiği mana kanundakinin aynı olmayabilir.

Kanun dil tekniği bakımından iyi bir şekilde ihzar edilmesi ise, her kelime tek mânada kullanılmış demektir. Kanunlarımızın büyük bir kısmında bu noktanın ihmal edilmiş olduğunu itiraf etmek lâzımdır.

Sebebine gelince, iktibas edilen kanunlar dil bakımından tam değildir ki, tercümeleri tam olsun. Meselâ İsviçre Medenî Kanunu ile Borçlar Kanununda bazı terimler esasında muğlaktır. Bundan başka, vakit müsait olmadığından, tercümenin müteaddit şahıslara yaptırılması lâzım gelmiştir. Tercümenin doğruluğu, çevirenin hukuk ve dil bilgisine tâbi olduğundan gayet iyi tercümeler yanında mânasız, hattâ me haz ile tezat teşkil eden tercümeler de mevcuttur.

Türk kanun vazınının bizzat hazırladığı kanunlarda da lisana pek ehemmiyet verilmemiştir. Birçok kanunlar da aynı kelimenin muhtelif mânalarda istimal edildiği vaki olduğu gibi, muhtelif mânaları bir tek kelime ile ifadeye çalışıldığı da müşahede edilebilir. Bundan başka bu kanunlarla Borçlar, Ceza, Usul Kanunu gibi organik kanunlar arasında dil bakımından ahenge pek riayet edilmediği göze çarpmaktadır.

Diğer bir güçlük, eski hukukta kullanılan ve muayyen müesseseleri temsil eden kelimelerin yeni hukuka geçmiş olmasından doğmaktadır. Nihayet dil inkılâbı münasebetiyle vücade getirilen yani terimler ekseri hukukçularımız tarafından henüz benimsememiştir.

Bu vaziyet karşısında hukuk kaidesinde mündemiç olan mânanın dil tekniğine dayanılarak meydana çıkarılmıyacağı açıktır. Hâkimin kanuna bağlı düsturu, lâfza bağlılık şeklinde tefsir edilmemelidir. Kanamızca yanlış bir ifade şekli, hatalı bir tercüme hâkimi bağlayamaz. Çünkü bir hükmün tefsirinde kelimedden ziyade, kullanılan kelime ile kastedilen mâna ehemmiyetlidir. Bu fikri Medenî Kanunun birinci maddesiyle Ticaret Kanununun 2 inci maddesi de teyid eder.

Hâkim hükmün mânasında mütereddit ise, şüphe ve tereddüdünü ilmi ve kazai içtihatlarla izale etmelidir.

Kazai içtihat tâbiriyle Türk mahkeme içtihatlarını kastediyoruz. *İlmi içtihat* tâbiri ise *milli ve beynelmilâl* bütün hukuk literatürüne şamdır. Tabiidir ki hâkim yabancı eserleri, lisanına vakıf ise okuyabilir. Yabancı bir ülkeden iktibas edilen kanunda kullanılan kelime mâna vermiyor veya yanlış bir mâna veriyorsa, hâkim Türk kanunundaki kelimeye bağlı olduğu bahanesiyle o kelimeyi mânasız bir şekilde tefsir edemez. Bu kabil bir esbabı mucibeyi kabul etmek, kanun vazınının bilek ve istiyerek yanlış ve mânasız bir tâbir kullandığını kabul etmek demektir. Bu telâkki ise, hiçbir zaman müdafaa edilemez. Hakikatı halde, hatalı tercüme şöyle doğmuştur: kanunu ihzar eden makam sehven, kanunu türkçeye yanlış çevirmiş ve bu hata kanunun müzakeresinde gözden kaçırmıştır. Kanun vazısı tercüme hatasının farkına varmış olsa idi muhakak surette onu tashih ederdi. Çünkü tasrih etmemesine bir sebep yoktur.

Kanun vazınının tercüme hatasının farkına varmadığını beyan etmek, bilerek, isteyerek mânasız bir tâbir kullandığını iddia etmekten daha makul olsa gerektir. Kanaatımızca hâkim, açık olan tercüme hatalarını ilmî içtihatlardan istifade ederek tashih etmek hak ve selâhiyetini haiz sayılmalıdır. Alman, Fransız, İsviçreli, İtalyan hâkiminin haiz olduğu bu selâhiyet Türk hâkimlerinden neden esirgensin? Nihayet birçok yabancı şerhlerin resmen türkçeye çevrilmiş olması Adliye Vekâletinin de aynı kanaatta olduğunu teyideder.

B) Lisan kaidelerinin yanında *hukuk mefhum ve idelerinin tarihi istihaleleri* de nazarı itibare alınmalıdır. Bilhassa bu husus modern Türk hukuku için çok müşküldür. Türk inkılâbı uzun müdetten beri Türkiyenin içtimai hayatını düzenliyen İslâm hukuku yerine lâtin, cermen ve kanonik esaslara müstenit Garbî Avrupa hukukunu koymuştur. Yabancı kanunlardaki hukuk müesseselerine seçilen türkçe karşılıklar, menşei islâm hukuku da olsa, bu hukuktaki mânaları ile tefsir etmek doğru olmaz. Kelime veya hukuk müessesesi yabancı ülkede ne mânada kullanılıyorsa, Türk hukukunda da aynı mânada kullanılmalıdır. Yani müessesenin tefsirinde menşei memleketteki tarihi istihale gözönünde tutularak mâna verilmelidir.

Diğer bir söyleyişle hukuk normlarının lâfzî mânalarına bakılmaksızın, bunların on asırlık bir hukukun istihale neticeleri oldukları ve türkçe terimlerle ifade olunmakla beraber yabancı bir tarihçeye malik buldukları gözden kaçırılmamalıdır.

Türk hukuk fakültelerinde Roma hukukunun tedrisi yabancı üniversiteleri taklit olmayıp meri hukukun anlaşılması için zaruri bir ihtiyaç mahsülüdür. Hattâ kanaatimce Cermen Hukukunun tarihi tekâmülü hakkında da bir kürsü ihdas etmek faideli olur. Çünkü Türk Hukukunun aynî haklar, miras, şirketler, kıymetli evrak gibi birçok hukuk müesseseleri bu hukuk çevresinden gelmektedir. Ancak bu kabil derslerin ihdası ile Türk hâkim ve avukatı tatbik edeceği hukuk kaidelerinin hakiki muhteva ve manalarını lâiki veçhiyle öğrenebilir.

C) Hukuk kaidesinde ifadesini bulan fikrin meydana çıkarılması için lâfzî mânası ile tarihçesinden başka *hukuk ve kanun sistemindeki yeri* de ehemmiyetlidir. Hukuk kaidesinin kıyasen tatbiki, kıyas edilecek hukuk kaidesinin mahiyetine bağlıdır. Umumi bir prensibi ifade ediyorsa kıyas caizdir. Hususi bir hâdise için ihdas edilmişse kıyas caiz değildir. Lâkin bir normun «umumi» veya «hususi» olduğunu bize bildirecek olan kaidenin kanun nizamındaki mevkiidir. Meselâ «clausula rebus sic

stantibus» kaidesi yalnız kanunen muayyen hallerde mi tatbik edilecektir, yoksa bu kaideyi umumi bir prensip şeklinde tatbik edebilir miyiz? İşte bunu bize gösterecek olan, kaidenin hukuk sistemindeki yeridir.

D) Kanun tefsirinde diğer bir âmil *menfaatler vaziyetidir*. «Menfaatler vaziyeti» tâbiri altında şunlar anlaşılır: Kanun vazı hukuk kaidesini koyarken, tasarladığı muhtemel bir ihtilâftan hareket eder ve bu ihtilâf için görüşüne göre en âdil hal çaresini bulur. Lâkin bu hal çaresi mutlak değildir, yani her yerde ve her zaman için âdil sayılmıyabilir, kanun vazınının sübjektif telâkkisine göre muhtelif menfaatlara verdiği kıymete tâbidir. Demek oluyor ki her kanun normu kanun vazınının çarpışan menfaatlara biçtiği kıymetin bir ifadesidir. Binaenaleyh hâkimin kanuna bağlı olduğu ve ancak kanun dairesinde hüküm vereceği kaidesi hâkimin, kanunun lâfzına bağlı olması demek değildir. Bunun mânası şudur: *Hâkim çarpışan menfaatlerin içtimai kıymeti hakkında kanun vazından farklı bir hüküm veremez*. Lâkin hâkim bu kaideye ancak kanun vazınının madde ile tanzim etmek istediği menfaatler vaziyetini göz önünde tuttuğu ve çarpışan menfaatler hakkında biçtiği kıymeti hatırladığı takdirde riayet edecektir. Demek oluyor ki tefsirde yalnız bu bakımdan kanun vazınının iradesi, daha doğrusu kanun müzakere ederken tesiri altında kaldığı saikler nazarı itibare alınacaktır.

Kanun vazınının iradesine tesir eden saikler umumi ve hususi olmak üzere iki kaynaktan gelmiş olabilir:

Kanun müzakerelerine esas olan ön taslâklar, taslâklar ve esbabı mucibeleri, Büyük Millet Meclisi ve Encümeni zabıtları, projenin kabulü hakkında karar hulâsaları hususi kaynak grupuna girer.

Başta gelen kaynak olarak bir milletin geçirdiği istihale ve devrimler, kabul ve riayet ettiği umdeler gelir. Bu umdelerin bir kısmı Teşkilâtı Esasiye Kanununda tasrih edilmiştir, diğerlerinin millî kültürden yani cemiyet nizamı hakkında her millette yaşayan fikrî ve ahlâkî telâkilerden çıkarmak mümkündür.

E) Bir hukuk kaidesinin tarihçesi, lâfzı mânası, hukuk sistemindeki mevki, hukuk düzeninin millî hususiyetlerine bağlı olmıyan objektif unsurlardır. Lâkin bir hukuk kaidesinin menfaatler vaziyetine göre tefsiri, millî hususiyetler göz önünde tutulmaksızın mümkün değildir; ancak bu hususiyetler göz önünde tutulduğu takdirde hukuk kaidesi hakikî mânasını alır. Bu fikir bilhassa Avrupadan iktibas edilen kanunların tefsirinde fevkalâde ehemmiyetlidir. Meselâ Medenî Kanunun bir maddesinin tarihçe, lâfız ve sistem bakımından millî geleneklere bağlı

olmaksızın muayyen bir mânada tefsir edileceği neticesine varılsa bile, bu neticenin menfaatler vaziyetine, yani Türk Milletinin hususiyetlerine uygun olup olmadığı tetkik edilmelidir. Medenî Kanunun esbabı mucibesi tetkik edilirse, Türkiyenin neden *bu* kanunu seçtiği derhal anlaşılır. Bununla beraber Türk vazu, İsviçre kanununu aynen ictibas etmemiş bazı noktalarda ayrılma lüzumunu duymuştur. Nihayet Teşkilâtı Esasiye Kanununun 2 inci maddesi bize, Türk kanunlarının ne şekilde tefsir edileceğini anlatmaktadır. Her hangi bir madde yabancı bir ülke mahsulü olmakla beraber, tefsir ve tatbik edilirken kanuna hâkim olan fikir, milletin ihtiyaçlarına ve bunu ifade eden umdelere uygun olmalıdır.

İsviçre hâkimi kanunu tefsir ederken İsviçre Teşkilâtı Esasiesinden ilham olarak liberal bir telâkkinin tesiri altında kalacaktır. Türk hâkimi aynı kanunu Devletçilik telâkkisi altında tatbik ile mükelleftir. İsviçre hâkimi, kantonal hususiyetlere riayete mecbur iken, Türk hâkimi, ticari âdetler müstesna, mahallî örfler nazarı itibare almaz ve almaktan memnudur. İsviçre hâkimi her İsviçrelinin okur yazar olduğunu ve kendini koruyabileceğini kabul edebilir. Türk hâkimi ise bir kısım vatandaşlarının henüz bu seviyeye erişmediğini ve bu bakımdan haklarının kolayca suiistimal edilebileceğini göz önünde tutmalıdır. İsviçre hâkimi Medenî Kanunda tedvin edilen hukukun İsviçre milletinin geleneksel malı olduğunu, her İsviçrelinin bu hukuku duyduğunu ve tanıdığını kabul edebilir. Türk hâkimi Medenî Kanunun ecnebi bir ülke mahsulü olduğunu ve başlangıçta Türk köylüsüne yabancı geleceğini unutmamalıdır. Kanaatımızca Türk hâkimi bu esaslar dahilinde tercüme hatalarını tashihe selâhiyettar olduğu gibi ancak bu tarzda çalışmakla İsviçre Kanununu millî bir kanun haline sokabilir.

II — Hukukçu her hangi bir maddeyi tatbik ederken tefsir ameliyesini yukarki kaideler dairesinde, *ilmî* bir şekilde yapmalı ve bulduğu tefsir normunu mantıkla da ispat edebilmelidir. Neticenin maddenin lâfzına veya ruhuna ve yahut menfaatler vaziyetine uyduğunu iddia etmek kâfi değildir. İntihap edilen tefsir şeklinin *hangi sebeplere* binaen daha elverişli olduğu *ispat* edilmelidir. Bu ispat mantıki ve ikna edici olmalıdır. Mücerret, her hangi bir profesörün fikrine veya nazariyesine yahut temyiz bir içtihadına dayanmak da kâfi değildir. Şu veya bu fikir veya nazariyeye neden iştirak edildiği, temyiz içtihadının neden doğru bulunduğu tam bir esbabı mucibe ile izah edilmelidir. Tetkik edilen ihtilâf hakkında birbirinden ayrı fikir ve nazariyeler mevcut ise, bunların hepsini zikretmek ve hangisine iştirak ve hangisinin reddedildiği kanaat verici sebeplerle anlatılmalıdır. Müstakil bir fikir müdafaa

ediliyorsa, bu fikir gayet esaslı bir şekilde müdellel sebeplerle aydınlatılmalıdır.

Hiçbir hukukçu, henüz tahsile başlamış olsa bile, hocasının fikrini kabule mecbur değildir. Bir fikir veya nazariyeyi, hoca takrirlerinde tasvip etti diye kabul etmek kadar hatalı bir şey olamaz. Hocadan ayrı bir fikirde olmak, ona karşı olan hürmeti azaltmaz. Yeter ki kabul ve müdafaa edilen fikir doğru ve mantıki bir şekilde ispat edilebilsin. Lâkin, hocanın fikri kabul edildiği hallerde de, bu fikri anlamadan müdafaa etmek doğru değildir. Talebe, fikri neden doğru bulduğunu evvelâ şuuru ile tahlil ve ispat etmelidir. «Filânca profesör veya müellifin dediği gibi mesele şu veya bu şekilde ispat olunabilir» demek kâfi değildir. Zikredilen müellifin esbabı mucibesi ve bu esbabı mucibenin neden doğru bulunduğu tasrih edilmelidir.

Kitap seyir için yazılmaz. Gaye, fikir ve nazariyeleri okuyana nakletmek, ona bunları benimsemek imkânını vermek ve bilgisini arttırmaktır. Ders ve takrirlerde de gaye budur. Dinleyen veya okuyan, fikir veya nazariyeyi kabul edip bunların doğruluğuna kanaat getirdiği anda, bu nazariye ve fikirler onun malı olmuştur. Bunları ileri sürdüğü zaman artık başka bir şahsın fikir ve nazariyesini müdafaa ediyor sayılmaz. Ancak bu fikir ve nazariyeleri hangi kitaptan aldığını zikretmek bir ahlâk borcu olduğu gibi noktai nazarını takviye bakımından da mühim bir istifade teşkil eder. Diğer bir söyleyişle içtihalara ve müelliflerin fikirlerine yapılan atıflar yalnız fikrinizi takviye eder, fakat yerine kaim olmaz.

«Tabîî», «şüphesiz», «bilâ tereddüt» gibi kelimelerin hukuki bir mütalâada yeri yoktur. Çünkü bir şey «tabîî» veya «şüphesiz» ise, münakaşaya lüzum yoktur. Münakaşaya lüzum görülüyorsa, bunların «tabîî» olmadıkları açıktır. Tecrübe göstermiştir ki «tabîî», «şüphesiz» gibi tâbirlerin kullanıldığı yerlerde ya hatalı bir fikir müdafaa edilmek istemiş veyahutta müdafaa edilmek istenen fikir ispat edilememiştir.

III — Müdafaa edilen fikrin ispatında hangi usul takih edilmelidir?

Hukuk kaidesinin zikrine lüzum varsa zikredilir. Bundan sonra tefsire muhtaç olup olmadığı araştırılır. Lüzum varsa, bu husus ispat edilir. Bu da bittikten sonra kabul olunan fikrin, leh ve aleyhdeki sebeplerine geçilir.

Mucip sebeplerin adedi fazla ise, bunları tamamen saydıktan sonra izah ve tenkit etmek doğru değildir. En münasibi, her yeni fikirde şahsi kanaatinizi izhar etmek ve ondan sonra diğer sebeplere geçmektir. Çün-

kü okuyan için evvelâ bütün sebepleri öğrenmek, ondan sonra ayrı ayrı tenkidi okumak yorucudur.

Bir düşüncenin ispatı için mucip sebepler izah olunurken, muayyen sebeplere iştirak etmiyen müelliflerin aleyhteki fikirlerini de kısaca zikretmek faidelidir. Fikrin esasına muhalif kalan müelliflerin mucip sebepleri ilk fikir tamamlandıktan sonra izah olunmalıdır.

Fikir ve nazariyelerin sırasına gelince, kabul edilen fikir yazının ya başına ve yahut sonuna geçmelidir. Bu hususta katî bir şey söylene-
mez. Halin icabına göre bazen başta, bazen de sonda izahı muvafık olabilir. Kararlarda, mahkemenin kabul ettiği noktai nazar ilâmın başına, iddia ve müdafaalarda tarafların müdafa ettiği fikir lâyihanın sonuna geçmelidir. Pratikteki usul berakistir.

Esaslı noktalarda birbirini tutan muhtelif fikirler varsa, bunları grup halinde bir araya toplamak ve her grubu ayrı ayrı izah etmek lâzımdır.

IV — Her karar ve lâyihanın hedefi, ihtilâfla ilgili, pürüzlü noktaların etraflı bir şekilde tetkik edildiği ve zikredilen sebeplere binaen hakkın kendi taraflarında olduğu hususunda okuyanda tam bir kanaat tevhit etmektedir. Bu kanaatin doğumunu temin edecek en emin vasıta *fikirlerin muntazam bir sıra takip etmesi*, fikirler arasında tam bir teselsül bulunması ve bunu okuyanın kavramasıdır. Bir fikri tereddüde mahal bırakmıyacak bir tarzda izah etmenin ne kadar güç olduğunu herkes bilir. Bunun için hukukçu hiçbir emekten kaçınmamalıdır. Fikirler arasında teselsülü ne kadar açık bir şekilde izah edebilirse iddia ve müdafaasının ikna derecesi o nisbette arttırmış olur. En emin çare, vazifenin izahına geçmeden ana hatlarını, yani temas edilecek bahisleri kısaca zikir ve lüzumu halinde bu plânı muayyen yerlerde hatırlatmaktır.

Belki bu teklif, lâyihanın stilini bozacak, tekrarlamaları çoğaltacaktır. Lâkin biz hukukçuların vazifesi, ihtilâfın açık bir şekilde aydınlatılmasıdır.

Fikirler arasındaki teselsül, intizam ve insicam her karara zaruri olan ikna kuvvetini bahşederek kaybeden tarafı da hükmün doğruluğuna inandırabilir.

Yazan: Ord Prof. Dr. E. HIRŞ