Adliye Ceridesi

T. C.
Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Yirmi Dokuzuncu Sene
10 uncu Sayı

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Hapishane Matbaası
1938

İÇİNDEKİLER

No:		Sahife No:
	Tamimler	1419
78	Borçlar hukukunda yeni cereyanlar . . . . . (*Dr. Şinasi Zihni DEVRİN*)	1433
79	İcra ve Iflâs kanunu etrafında düşünceler . . . . . (*S. Ş. ANSAY*)	1457
80	Hukukî muamelelerde illet, illetden tecrid; ve illetsizlik . (*Dr. Ferid AYİTER*)	1465
81	Kazaî tefsir . . . . . (*Rasih YEĞENGİL*)	1489
82	Belçikada hapishaneler rejimi . . . . . (*Esad Âdil MÜSTECEBLİOĞLU*)	1510
83	Müsbet hukuku düvel bu günkü ihtiyacatı karşılayabilir mi? (*Çeviren: Tarık E. YENİSEY*)	1519
84	Haysiyet jürisi ve hakaret suçu . . . . . (*Çeviren: Nafi Z. BAŞAK*)	1546
85	Borsa muamelelerinin hukukî bakımdan tahlili . . . . (*M. Nevzat TAPLAMACIOĞLU*)	1572
86	Cürümde tekerrür - Recidive . . . . . (*Hakkı HAKER*)	1586
87	Beyyineye müteallik mukaveleler . . . . . (*Sadık TÜZEL*)	1601
88	Sosyal medenî hukuk veya bugünkü medenî hukukda cemiyet ve ferd. (Konferans) . . . . . (*Pr. August EGGER*)	1618
89	Hukukun muhtelif cepheleri ve hukuk ilmi. (Konferans) . (*Mehmet Emin ERİŞİRGİL*)	1633
90	Kanunî ve takdirî deliller ve Temyiz mahkemesinin delilleri tetkiki. (Konferans) . . . . . (*Mustafa Reşid BELGESAY*)	1641
91	Sosyal hukuk ve tamamiyet nazarivesi (Konferans) . . . (*Etem MENEMENCİOĞLU*)	1665
92	İdare tekniği (Konferans) . . . . . (*Suheyp Nizami DERBİL*)	1678
	Türk Temyiz Mahkemesi kararları ceza kısmı . .	F: 19,20
	Türk Temyiz Mahkemesi kararları hukuk kısmı . .	F: 19,20

Mecmuaya bastırılmak istenen her yazı doğrudan doğruya Vekilliğe gönderilir. Mevzuu tamamlanmamış makaleler veya eserlerin neşrine başlanamaz. Her yazı 10 satırı geçmiyecek şekilde bir hulâsayı ihtiva etmelidir. Basılmıyan yazılar geri verilmez.

734

Vekillik merkez inzibat heyetince 1-1-938 den 31-5-938 tarihine kadar re'sen verilen inzibat cezalarının adet ve nevilerini gösterir cetvel

Adedi	Nev'i
4	Takdirname
4	Tevbih
1	Maaş kat'ı
1	Muamele tayinine mahal olmayan
10	Yekûn

Vilâyet Adliye encümenlerince ilk mertebe memurları ve mahallî icra tetkik mercilerince de hukuk mezunu olmayan icra memur ve muavinleri haklarında verilmiş olan inzibat cezalarının vekillik merkez inzibat heyeti tarafından 1-1-938 den 31-5-938 tarihine kadar itirazen tetkiki suretile verilen kararların adet ve nevilerini gösterir cedvel.

Tasdik		Fesih		Tetkikat icrası Vazife haricinde görülen	
Azil	2	Azil	2	Tahvil	4
Tahvil	3	Maaş kat'ı	1	İnzibatî Ceza	1
Tevbih	2	Derece tenzili	2	Takdirname	1
		Tahvil	4		
		Tevbih	2		
24	= 7	+	11	+	6

10 Birinci kısım yekûnu

34 Umumî Yekûn

*
* *

İnzibat meclisince 1-1-938 tarihinden 31-5-938 tarihine kadar verilen inzibatî cezaların adet ve nevilerini gösterir cetvel

Adet	Nev'i
19	Tevbih
1	Maaş kesme
1	Yer değiştirme
1	Meslekten çıkarma
1	Tahkikat icrasına
1	Müdafaasının alınmasına
16	Muamele tayinine mahal olmadığına
40	Yekûn

*
* *

735

Müdürler heyetinin 20-5-938 tarih ve 45 No. lu kararının hülâsasıdır.

Noter kanununun ikinci maddesinde her asliye mahkemesi nezdinde ve bunların kaza dairesi dahilinde ifayı vazifeye salâhiyettar olmak üzere bir veya müteaddit noter veya muavini bulunacağı yazılı olup müteaddit noter bulunan yerlerde noter dairelerinin nerelerde açılacağı ve yekdiğerine olacak mesafesi hakkında noter kanununda bir kayıt olmamasına göre idarî mes'ele olan bu işin müdürler heyetince görüşülerek noter dairelerinin bulunacakları mevkilerin mahallî adliye encümenlerince tayini usulü vekâletçe kabul edilmiş olduğundan bu hususta bir karar alınmasına mahal olmadığı 20-5-938 gününde kararlaştırılmıştır.

***

Müdürler heyetinin 20-5-938 tarih ve 38 No: lu kararının hülâsasıdır.

Noter kanununun 18 inci maddesi mucibince gösterilmesi lâzım gelen yüzde on teminat, ötedenberi notere ait senevi sâfi hasılattan alınmakda ise de peşin para ile alınan harç pulları bedellerinin de teminat mikdarına müessir olup olmıyacağının tezekkürü için evrakın hukuk işleri U. müdürlüğünce müdürler heyetine tevdii üzerine keyfiyet tetkik edilerek neticede:

Bu hususda sarih hükmü ihtiva eden yeni noter kanunu mer'iyet mevkiine girmek üzere olduğundan heyetce bu iş hakkında bir karar ittihazına mahal olmadığına 20-5-938 gününde ittifakla karar verildi.

***

Müdürler heyetinin 20-5-938 tarih ve 44 No. lu kararının hülâsasıdır.

Temyiz mahkemesi başkâtibliklerile diğer mahkeme başkâtibliklerine resmî mühür verilip verilmeyeceği ciheti müdürler heyetince görüşülerek hangi makamların mühür kullanacakları hukuk usulü muhakemeleri kanununda gösterilmiş olmakla mahsus bir makam sahibi olmayan başkâtiblikler için mühür yapılmasına mahal olmadığı 20- 5-938 tarihinde kararlaştırılmıştır.

***

Müdürler heyetinin 20-5-938 tarih ve 43 sayılı kararının hülâsasıdır.

Meslek mektebinden mezun olmayan ehliyetnameli sorgu hâkim vekillerinden bazıları 2556 sayılı hâkimler kanununun muvakkat maddesinin 2 No. lu bendi mucibince imtihana dahil olmaları için müracaatta bulunmakta iseler de kanun ancak bu hakkı meslek mektebinden mezun sorgu hâkim vekillerine hasretmiş bulunduğundan ve bunlar hakkında da başkaca ahkâm mevcut bulunmadığından bu gibi ehliyetnameli sorgu hâkim vekillerinin hâkimler kanunu hükümleri muvacehesinde vaziyetlerinin

736

tâyin ve tesbiti istenilmekle müdürler heyetince; 3206 sayılı kanunla meslek mektebinden mezun olmayan ehliyetnameli sorgu hâkim vekillerinin vaziyetleri hâl edilmiş olmakla tetkikat yapılmasına mahal olmadığı 20-5-938 tarihinde kararlaştırılmıştır.

*
* *

Müdürler heyetinin 20-5-938 tarih ve 39 No. lu kararının hülâsasıdır.

İstanbul Adliye binası yangınında ziyaa uğraması ve dosyalarının yanması dolayısiyle eshabı malûm olmayan ve emaneten İş bankasında muhafaza olunan yetmiş beş bin küsur liranın hazineye irat kaydile zuhur edecek sahiblerine tediye olunması Teftiş heyeti reisliğinden bildirilmekte ve bu gibi paraların icra ve iflâs kanununun 362 inci maddesile muvakkat yedinci bendinde gösterilen müruru zaman haddine kadar Bankada kalması ve müruru zaman vukuundan sonra hazineye devir ve irat kaydı muvafık olacağı hukuk işleri U. Müdürlüğünün mütalâasından anlaşılmakla keyfiyet müdürler heyetince tetkik ve müzakere olunarak: İstanbul Adliye yangınında dosyalarının yanması hasebile mahkemeler tarafından İş bankasına tevdi edilmiş olan sahibleri gayri malûm, miktarı yukarıda yazılı meblâğdan, zaman zaman müracaat ve talebler vuku bulmakta olduğu ve bir kısmının da sahibleri tarafından bankadan alındığı hukuk işleri Umum müdürlüğünce cereyan etmekde olan muhaberelerden anlaşılmasına göre bu paraların Devlet namına irat kaydına kanunen imkân bulunmadığı 20-5-938 tarihinde kararlaştırılmıştır.

*
* *

Müdürler heyetinin 2 -5-938 tarih ve 42 No. lu kararının hülâsasıdır.

Tebliğden başka bir muamele yapmak için makamından uzaklaşmağa mecbur olan hâkim veya memurlarla bunlara refakat eden kâtip ve müstahdemlere yol masrafı ve tazminatı verilmesi 2503 sayılı kanunun 98 inci maddesi iktizasından bulunmakta ve teamülen bu hususta mahkemeden karar istihsal edilegelmekte ise de karar almağa lüzum olup olmadığı ciheti müdürler heyetince görüşülerek hâkim ve memurlara verilecek yol tazminatı için mahkeme kararına ihtiyaç bulunmadığına, ancak sarf evrakının tanzimile tahakkuk muamelesinin yaptırılmasının muvafık olacağından bu hususlar hakkında Hukuk ve ceza işleri U. Müdürlüklerince tesbit edilecek formül dairesinde tamim yapılması 20-5-938 tarihinde kararlaştırılmıştır.

*
* *

Müdürler heyetinin 20-5-938 tarih ve 41 sayılı kararının hülâsasıdır.

Bazı Noter ve noter muavinlerinin noter kanununun resmî harca taallûk eden maddelerine yanlış manâ vererek bir kısım senetlerden fazla ve noksan harç aldıkları görüldüğünden Noter kanununun 21 inci maddesine tevfikan kanunî icabının yapılması lâzım gelmekte ise de mezkûr maddenin kanunen muayyen olan mikdardan

232

fazla harcı resmî aldıkları takdirde ilk defasında fazlasının bedelini kendi hisseleri haricinde aldıkları meblâğla beraber iade ve noksan aldıkları surette üst tarafı tazmin ettirileceğine dair olan fıkrasında iade veya tazmin keyfiyetinin ne şekilde tatbik edileceği tasrih edilmediğinden bu cihetin tesbiti müdürler heyetince tetkik ve müzakere olunarak bu cezanın mahkemelerce tatbiki lâzım geldiği 20-5-938 tarihinde kararlaştırılmıştır.

*
* *

Müdürler heyetinin 20-5-938 tarih ve 40 sayılı kararının hülâsasıdır.

Hâlen müftilik mahzeni evrakında bulunan mahkeme sicillâtının muntazam ve mazbut bir hâle konması ve ziyaına meydan verilmemesi için kuyudu vakfiye mahzenine devri Evkaf U. Müdürlüğünce istenilmekte isede Evkaf idaresinin kendisini alâkadar eden ihtilâflı işlerde taraflardan bulunması itibarile bu sicillâtın kuyudu vakfiye mahzenine nakli mahzurlu görüldüğünden bu gibi sicillâtın Umumî mahzeni evraka devrinin muvafık olacağı Hukuk işleri umum müdürlüğünden yazılan 13-7-937 günlü müzekkeresi müdürler heyetince tetkik ve müzakere olunarak mahkeme sicillerinin mahkemelerden gayri yerlere verilmesi caiz görülmediği 20-5-938 tarihinde kararlaştırılmıştır.

*
* *

Müdürler heyetinin 20-5-938 tarih ve 46 sayılı kararının hülâsasıdır.

İcra işlerinin ıslahına dair Teftiş heyeti reisliği, Hukuk işleri U. müdürlüğü, İstanbul ve Ankara İcra reisliklerile İstanbul Müddeiumumiliğinden gelen Raporlar üzerine müdürler heyetince: İcra teşkilâtı hakkında esaslı tetkikat yaptırılacağından rapor ve mütalâaların o esnada nazara alınmak üzere şimdilik bir karar alınmasına mahal olmadığı kararlaştırılmıştır.

*
* *

Müdürler heyeti karar suretidir.

K. T. 7-3-938
K. No. 37

Noter kanununun 64 üncü maddesindeki salâhiyete müsteniden Noterlerin saklamakta oldukları mevduat hakkında 2243 sayılı mevduatı koruma kanununun 17 inci maddesi mucibince muamele yapılmasına dair olan 1-7-1935 tarih ve 28 sayılı tamime karşı İstanbul üçüncü Noteri Hüsamettin Haydar'ın serdettiği itirazlar ve vâki istizah üzerine verdiği cevap Müdürler encümeninee incelendi:

1 — İtiraznamenin birinci bendinde: Mevduatı koruma kanunu ondan evvelki Noter kanununun hiç bir maddesini ilga etmemiştir. Bu kanun hükmüne göre nüfusu ikiyüz elli bini aşan İstanbul gibi şehirlerde bir milyon lira sermayesi olan banka veya müesseseden başka hiç bir kimse mevduat kabul edemez. Binaenaleyh

738

933 denberi Noter kanununa tevfikan kabul edilen mevduat ya kanun hilâfına alınmıştır veyahut bu mevduat Noter kanununu ilga etmeyen 2243 sayılı kanunun şumulü haricindedir.

Bir kanunun bütün maddeleri birbirinin eki ve mütemmimi olup hükümleri tecezzî ettirilerek yalnız bir maddesinin tatbik edilmeyeceği ve mevduatı koruma kanununun beş, onaltı ve on yedinci maddeleri de birbirinin mütemmimi olduğu cihetle beş ve onaltıncı maddelerin şumulüne girmeyen Noterler onyedinci maddenin de şumulüne giremezler. Diğer taraftan Noter kanununun 65 inci maddesinde vediaların şeraiti tevdi haricinde kimseye verilmiyeceği emir ve tasrih edilmiş olduğundan emanetlerin mevduatı koruma kanununa tevfikan bankaya tevdii bu hükme muhalif düşer. Şu halde mevduatı koruma kanununun 17 inci maddesinde mevzuubahs olan müesseseler, bu kanun mucibince mevduat kabul etmek şartlarını haiz olan müesseselerden ibaret olmak ve bu kanunun istihdaf ettiği emanetlerde malî ve iktisadî mevduata münhasır bulunmak lâzım gelir denilmektedir.

Umumî tebliğatta mevduatı koruma kanununun Noter kanununun mevzuubahs hükümlerini tâdil ettiğine dair hiç bir kayıt ve işaret yoktur. 2243 sayılı kanunun beşinci maddesi, mevduat kabul edebilmek için Türk kanunlarına tevfikan teşekkül eden bankaların tediye edilmiş sermayelerile bilûmum ihtiyat akçeleri baliğinden ve ecnebi memleketlerde teşekkül edip Türkiyede şube açmak suretile faaliyette bulunan bankaların Türkiyedeki şubelerine tahsis edilecek sermayeden bâhisdir. 16 ıncı maddesi de, bu kanun mucibince mevduat kabulüne mezun olanlardan maada hiç bir ferd ve müessesenin meslek edinerek mevduat kabul edemiyeceğini âmir bulunmaktadır. Noterler ise, bu kanun mucibince değil Noter kanununun 64 üncü maddesindeki sarahata müsteniden ve meslekleri icabı emanet kabul etmektedir. Bu suretle emanet kabulüne salâhiyetli olan noterlerin, mevduatı koruma kanunile tesis edilen mezuniyet usûl ve şartlarına tâbi tutulmamaları tabiî olmakla beraber kanunu mahsusuna tevfikan emanet kabul etmelerinde de kanuna muhalefet mevzuubahs olamaz. Bundan başka tamimin mevzuunu teşkil eden 17 inci madde, banka ve emanet kabul eden bilûmum müesseselere tevdi edilen emanet ve matlubattan en son talep veya muamele tarihinden itibaren on sene geçtiği halde eshabı tarafından aranılmamış olanların tâbi olduğu muameleyi göstermektedir. Bu maddede müessese tâbiri umumî ve mutlak olarak zikredilmekle beraber emanetlerin nevileri bakımından da hiçbir tefrik yapılmamıştır. Bu itibarın zikri geçen madde hükmü, mevduat kabul etmek için izin almaları lâzımgelen müessese ve bankalara hasredilerek Noterlerin bu hükümden hariç bırakılmalarına ve mevduatın tasarruf mevduatı, adlî mevduat diye tasnifine metnin vüs'at ve şumulü müsait görülememektedir. Ahiren mer'iyet mevkiine giren 2999 sayılı bankalar kanununun 17 inci maddeye tekabül eden 44 üncü maddesinin müteferrik hükümler arasına konulması da, Noterin iddiası hilâfına, 17 inci maddenin müstakil ve umumî bir hükmü ihtiva etmekte olduğunu teyit eder mahiyettedir. Bu sebeplere binaen birinci bentdeki itirazlar yerinde değildir.

2 — İtiraznamenin iki sayılı bendinde: Mevduat kabul etmek için sermaye ve ihtiyat akçesinin mikdarına dair beyanname vermek ve oraltıncı maddeye tevfikan Maliye Vekâletinden izin almak mecburiyeti vardır. Noterler ise bu suretle beyanname vermeğe ve izin almağa mecbur değildir. Noterlerin vazifesi eskiden mahkemelerin görmekte olduğu işlerin bir kısmını ifadan ibaret olması itibarile Noter işlerinin bankalara ait mevduatı koruma kanununa tâbi olması doğru olamaz. Mevduatı koruma kanunu ismi itibarile de yalnız bankalarla müesseselerdeki mevduata münhasır olmak ve Noterlere verilen emanetlere şâmil olmamak lâzımdır. Netekim mevduatı koruma kanunu yerine kaim olmak üzere neşredilen 2999 numaralı kanunun

ismini, bankalar kanunu olarak alması da bunu teyit eder. Bundan başka ticarî mevduatla Noterlere yatırılan emanetlerin, sureti tevdileri itibarile de ayrı ayrı usullere tâbi bulunması Noterlerin 2243 sayılı kanun hükmüne tâbi olmadıklarına delâlet eder denilmektedir.

Noter kanunu hükümlerine nazaran Noterlerin başlıca vazifeleri alâkalıların resmiyet ve mevsukiyet vermek istedikleri evrak ve senetleri tanzimden ibarettir.Mahiyeti itibarile kazaî işlerden olmayan bu muamelelerin vaktile mahkemelerde yapılmış olması vasıflarını değiştiremiyeceği gibi bilâhare Noterlere tevdi edilmiş olması da Noter dairelerinin bir kaza müessesesi sayılmalarına imkân vermez. Diğer taraftan Noterlerin kanunu mahsusuna tevfikan mevduat kabulüne salâhiyetli bulunmaları itibarile beyanname vermek ve izin almak mecburiyetlerinden vareste tutulmaları yukarıda da izah edildiği veçhile, Noter mevduatının, müstakil ve umumî bir hükmü ihtiva eden 17 inci maddenin şümulü haricinde kalmasını istilzam edemez. Mevduatı koruma kanununun 17 inci maddesi emanetleri hiç bir tasnife tâbi tutmamış olduğundan bankalarla Noterlere vâki olan tevdiattaki usûl ve farkının da zikri geçen maddenin mutlak hükmünün tatbik edilmesine mani teşkil edemiyeceği tabiîdir. Bundan başka 2243 sayılı mevduatı koruma kanunu unvan bakımından da Noterin telâkkisi hilâfına, bankalarla bilûmum müesseselerdeki mevduatın korunmasını istihdaf etmektedir. Binaenaleyh uzun zaman sahipleri tarafından aranılmamış olan emanetlerin 17 inci madde hükmü dairesinde muamele yapılmak üzere Cumhuriyet Merkez Bankasına tevdii lâzımgelir. Ahiren neşredilen 2999 sayılı kanunun (bankalar kanunu) ismini alması bu kanunun müteferrik hükümleri arasında bulunan ve 17 inci maddeye tekabül eden 44 üncü maddesinin umumî ve şâmil hükmünün bankalardan gayrı müesseselerdeki mevduata tatbik edilmemesini icap ettiremez. Bu itibarla Noterin ikinci benddeki itirazları da varid görülememiştir.

3 — İtiraznamenin 3 sayılı bendinde: Banka ve müesseseler ile Noterlerin gördükleri işlerden bahsedildikten sonra hak ve vazifeleri itibarile aralarında hiç bir suretle müşabehet ve münasebet bulunmadığı zikredilerek bankerleri Noter kanununa ve Noterleri benker kanununa tâbi tutmağa ve iki kanun hükümlerinin mezcine imkân bulunmadığı ve sermayesiz, izinsiz, beyannamesiz noterlerin sermayeli, izinli, beyannameli bankalara kıyas ve devletin kontrolu altında bulunan ve daireleri resmî olan Noterlerin banker gibi telâkki olunamayacağı ve kanunun ahkâmı umumiyesinden bir fıkra olan onyedinci madde (müesseselerden) bahsettiği halde resmî daireleri meskût bırakması da Noterlerin bu kanun şumulünden hariç kaldığını göstermekte olduğu ileri sürülmektedir.

Tetkik mevzuu olan tamimde bankerlerin Noter kanununa ve Noterlerin banker kanununa tâbi tutulduğuna dair bir kayıt ve işaret olmamakla beraber tamime esas olan kanunun başlığı banker kanunu olmayıp mevduatı koruma kanunudur. Bu kanunun münhasıran bankalara taallûk eden hükümlerinden başka 17 inci maddesinde sarahatle beyan edildiği veçhile bankalar ile (emanet kabul edebilecek bilumum müesseselere şâmil hükümleri de mevcuttur. Kanunda doğrudan doğruya bankaları alâkadar eden hükümlerin bulunması 17 inci maddenin tatbiki bakımından bankalarla Noterler arasında bir müşabehet aranmasını icap ettirmeyeceği gibi Noterlerin beyanname vermek ve izin almak mecburiyetinden vareste bulunmaları da yukarıda izah edildiği veçhile başlı başına bir hüküm ihtiva eden 17 inci maddenin Noterlerdeki mevduata tatbik edilmesine mani olamıyacağından bu bentde yazılı itirazlar da varid görülememiştir.

4 — İtiraznamenin dördüncü bendinde: Noterlerin muhafaza etmek için aldıkları emanetlerin 2243 sayılı kanundaki ticarî mevduata kıyas edilemiyeceği ve mev-

740

duatı vadeli, vadesiz, ihbara tâbi tasarruf mevduatı gibi bir kaç kısma ayıran mevduatı koruma kanununun da yalnız ticarî ve tasarruf mevduatından bahsedilip Noterlere verilen emanetlere temas edilmediği yazılı ise de tamimin mevzuunu teşkil eden 17 inci maddede bankalar zikredildikten sonra emanet kabul eden bilûmum müesseseler denilmiş ve emanetin ticarî mahiyette olması şart konulmamıştır. Bu itibarla yapılan mukayese ve itiraz varid değildir.

5 — İtirazınamenin beşinci bendinde: Noter mevduatının evkafı ilgilendireni de mevcut bulunduğuna göre 2243 sayılı kanun mucibince merkez bankası tarafından yapılacak ilânda evkafın ismi zikrolunacağından bu dairenin müşkil vaziyette kalacağı ve bir hakkın temini için vâki olan ve müstahakkı henüz taayyün etmemiş bulunan tevdiatın Cumhuriyet Merkez Bankasına verilmesi alâkalılar için müşkilâtı mucip olacağı yazılıdır.

Bir kanunun tatbikinden dolayı doğması melhuz mahzurlar onun hükümsüz kalmasını intaç edemiyeceği tabiîdir. Bununla beraber son talep veya muamele tarihinden itibaren on sene geçtiği halde sahipleri tarafından aranılmamasından dolayı 17 inci maddeye tevfikan Cumhuriyet Merkez Bankasına tevdi olunan emanetler, mezkûr banka tarafından dört sene muhafaza edilerek bu müddet zarfında sahipleri tahkik ve her sene başı kendilerine tebliğat icra ve bankaya müracaatları gazetelerle ilân olunacağına göre emanetlerin bu suretle Bankaya tevdiinde Noterin tasavvur ettiği şekilde bir mahzur görülmemektedir.

6 — Emanetler Merkez bankasına yatırılmakla Noterler yediadil olmaktan kurtulamıyacağından mes'uliyetin yine Noterlere teveccüh edeceği ve Noter mevduatından bidayeten alınan harcın nısfı alınmak suretile her sene muamele tecdide tâbi tutulduğundan Noter dairesinde on sene muamelesiz kalmış emanet mevcut olamıyacağı gibi bu emanetler hakkında müruru zaman da cereyan etmediği cihetle bunlara mevduatı koruma kanununun tatbik olunamıyacağı ve mevduatın bir mahkeme kararı olmadıkca hiç bir kimseye verilmemesi Noter kanununun 65 ve borçlar kanununun 471 inci maddeleri hükmü iktizasından bulunmakla 2243 sayılı kanuna tevfikan mevduatın bankaya yatırılması bu hükümlere muhalif düşeceğinden bu tarzdaki hareketin Noterlerin malî mes'uliyetini istilzam edeceği ileri sürülmektedir.

Filhakika Noter kanununun 65 inci maddesinde mudiin halihayatında bir mahkemenin kararı olmadıkça ve vefatı halinde sübutu istihkaka dair muteber vesaik ibraz olunmadıkça vediaların şeraiti tevdi haricinde hiç kimseye verilmeyeceği ve borçlar kanununun 471 inci maddesinde de hukukî vaziyeti münazaalı veya şüpheli olup yediadle tevdi olunan şeyin bütün alâkadarların muvafakatı veya hâkimin kararı olmadıkça hiç birine iade edilemiyeceği gösterilmekte ve bu hükümlere nazaran Noterin kendiliğinden bir takdire girişerek müstehakkını tayin suretile vediayı tevdi şartları haricinde her hangi bir kimseye vermesi mes'uliyetini istilzam edeceği tabiî bulunmaktadır. Halbuki 2243 sayılı kanunun 17 inci maddesindeki şartlar dairesinde emanetlerin bankaya yatırılmasında şeraiti tevdi haricinde bir iade veya tevdi mevzuubahs olmamakla beraber bu kanunun emri hükümlerini yerine getirmek suretile yapılacak muameleden Notere mes'uliyet teveccüh etmesi de varid olamaz. Yine 17 inci maddenin sarahatine nazaran son talep veya muamele tarihinden itibaren alâkalıları tarafından on yıl aranılmamış olan emanetlerin bankaya yatırılması icap etmektedir. Alâkalısı müracaat etmeden harç istifası mevzuubahs olamıyacağı gibi böyle bir müracaat vâki olmadan alınacak harcın hesap edilmesi de emanetin bankaya tevdiine mani bir muamele mahiyetinde sayılamaz. Binaenaleyh bu bentteki itirazların da yerinde görülemediği hey'etçe bilmüzakere ittifakla kararlaştırıldı.

*
* *

10 — İlkkânun — 1937 tarih ve 66 sayılı kararname

1 — 80 lira maaşlı beşinci derece temyiz mahkemesi raportörlüğüne terfian temyiz mahkemesi raportörlerinden Abdülkadir Beker,

80 lira maaşlı beşinci derece Adana Müddeiumumiliğine terfian o yer Müddeiumumisi Ahmet Tevfik Şatır,

80 lira maaşlı beşinci derece Rize ceza hâkimliğine terfian Üsküdar Müddeiumumisi Tahsin Ertem,

70 lira maaşlı Balıkesir Müddeiumumiliğine Bolu Müddeiumumisi Cemil Altay,

55 lira maaşlı Üsküdar Müddeiumumiliğine Rize ceza hâkimi Nuri Temizer,

55 lira maaşlı Denizli Müddeiumumiliğine Kars Müddeiumumisi Şerafettin Eroğlu,

45 lira maaşlı sekizinci derece İstanbul sulh hâkimliğine terfian o yer sulh hâkimi Abdülkerim Behçet Barbarosoğlu,

45 lira maaşlı sekizinci derece İstanbul Müddeiumumi muavinliğine terfian o yer Müddeiumumi muavini Remzi Berkman,

45 lira maaşlı Tarsus hukuk hâkimliğine Adana icra hâkimi Muzaffer İzgi,

45 lira maaşlı Adana icra hâkimliğine Adana icra muavin hâkimi Hasan Tahsin Daga,

40 lira maaşlı dokuzuncu derece Adapazarı sulh hâkimliğine terfian o yer sulh hâkimi Süreyya Malkaç,

40 lira maaşlı dokuzuncu derece Akçaabat Müddeiumumiliğine terfian o yer Müddeiumumisi Fehmi Tüzün,

40 lira maaşlı dokuzuncu derece Bayburt ceza hâkimliğine terfian o yer ceza hâkimi Necati,

40 lira maaşlı Gümüşhane âzalığına Torul sulh hâkimi Ahmet Uzgen,

35 lira maaşlı Ankara sulh hâkimliğine Boldan Müddeiumumisi Abdülvehab Hazar,

35 lira maaşlı Kalecik Müddeiumumiliğine Çarşanba Müddeiumumisi Ferid Beşkardeş,

35 lira maaşlı Rize sulh hâkimliğine Manisa sulh hâkimi İffet Erginer,

35 lira maaşlı Trabzon sulh hâkimliğine Amasya M. U. muavini Necmettin Orgen.

35 lira maaşlı Torul sulh hâkimliğine Trabzon sulh hâkimi Ali Rıza Görel.

35 lira maaşlı Bafra M. U. liğine Devrek M. U. si Emin Tatlı.

35 lira maaşlı Çarşanba M. U. liğine Rize M. U. muavini Doğan Doğu.

70 lira maaşlı Bolu M. U. liğine temyiz mahkemesi raportörlerinden Nizamettin Acar.

45 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine İstanbul ağır ceza âzası Muhlis Tümay.

40 lira maaşlı Ankara ticaret âzalığına Ankara asliye mahkemesi âzasından Şerif Dikbaş.

40 lira maaşlı İstanbul asliye âzalığına Ezine M. U. si Cevad

40 lira maaşlı İstanbul ağır ceza âzalığına İstanbul asliye âzasından Salim Başol,

35 lira maaşlı Adana sulh hâkimliğine Ardıhan hâkimi Mehmet Ali Alturay,

30 lira maaşlı Çorlu hâkim muavinliğine Ordu hâkim muavini Nuran

30 lira maaşlı Giresun hâkim muavinliğine Havza Hâkim muavini Enver Ergin,

30 lira maaşlı Aydın hâkim muavinliğine Aramur hâkim muavini Süleyman Esat Budakoğlu,

30 lira maaşlı Kocaeli Müddeiumumi muavinliğine Kocaeli icra memuru Güzide,

40 lira maaşlı Çankırı âzalığına Diyarbakır ceza hâkimi Sadık Şimşek,

742

30 lira maaşlı Eskişehir hâkim muavinliğine hâkim namzedi Berire Beydeş tayin kılınmıştır.

*
* *

23- İkinci kânun - 938 tarih ve 68 sayılı kararname

1 — 40 lira maaşlı Tarsus Müddeiumumiliğine Tarsus eski Müddeiumumisi Basri Özkan,

25 lira maaşlı Tarsus sorgu hâkim vekilliğine Tarsus eski sorgu hâkim vekili Kâmil Özer,

tayin kılınmışdır.

*
* *

29- İkinci kânun- 938 tarih ve 68 sayılı kararname

80 lira maaşlı Bergama hâkimliğine Bergama reisi Nuri Turan,

45 lira maaşlı sekizinci derece İstanbul sulh hâkimliğine terfian o yer sulh hâkimi Niyazi Hakgüder,

40 lira maaşlı Bergama ceza hâkimliğine Bergama âzası Abdurrahman Sincer,

40 lira maaşlı Afyon sulh hâkimliğine Bergama âzası Tevfik Şenöz,

40 lira maaşlı dokuzuncu derece Akseki hâkimliğine terfian o yer hâkimi Fevzi Atahan,

40 lira maaşlı Kırşehir sulh hâkimliğine Gerede hukuk hâkimi Saim Bisalman,

40 lira maaşlı dokuzuncu derece İstanbul M. U. muavinliğine terfian o yer Müddeiumumi muavini Reşad Soka,

35 lira maaşlı Bergama hukuk hâkimliğine Gerze hâkimi Hayri Tosunoğlu,

35 lira maaşlı Ankara sulh hâkimliğine Adliye Vekâleti teftiş heyeti mümeyizi Kâzım Karay,

35 lira maaşlı Mustafa kemalpaşa Müddeiumumiliğine İspir Müddeiumumisi Naim İlicalı,

35 lira maaşlı Seyhan kadastro hâkimliğine eski Sorgu hâkimi Ekrem Ragıp Aksun,

35 lira maaşlı Adana icra muavin hâkimliğine Dörtyol M. U. si Sıdkı Akyazan,

35 lira maaşlı Manisa sulh hâkimliğine Savur hâkimi Halil İbrahim Güngör,

35 lira maaşlı Araç ceza hâkimliğine Kırşehir sulh hâkimi İHilmi,

35 lira maaşlı Gerze hâkimliğine Serik hâkimi Hamdi Çolakoğlu,

30 lira maaşlı Bergama hâkim muavinliğine Bergama hâkim muavini Ruşen Pelisen,

30 lira maaşlı Kayseri âza muavinliğine Keskin sorgu hâkimi Hasan Fahrettin,

30 lira maaşlı Mudanya sorgu hâkimliğine Yenişehir sorgu hâkimi Celâleddin Erkan,

30 lira maaşlı Boldan Müddeiumumi muavinliğine Elmalı sorgu hâkimi Kadri Karafakaroğlu,

30 lira maaşlı Dörtyol Müddeiumumi muavinliğine eski Keş Müddeiumumi muavini Sakıp Güneş,

22 lira maaşlı Gemlik sorgu hâkim vekilliğine Emet sorgu hâkim vekili Abdüssamet Erkol,

tayin kılınmışdır.

*
* *

22 - Şubat - 938 tarih ve 69 sayılı kararname

45 lira maaşlı Antalya sulh hâkimliğine Midyat hâkimi Ragıp İnanç,

45 lira maaşlı Çeşme hâkimliğine Mardin âzası Eşref Sami Atayer,

45 lira maaşlı Gönen ceza hâkimliğine Gemlik Müddeiumumisi Ekrem Köksal,

45 lira maaşlı Bartın hukuk hâkimliğine Şerefli Koçhisar hukuk hâkimi Hamdi Kökay,

40 lira maaşlı dokuzuncu derece baş Müddeiumumi muavinliğine terfian Baş Müddeiumumi muavinlerinden Cevad Serim,

40 lira maaşlı Karamürsel Müddeiumumiliğine Salihli Müddeiumumisi Tahsin Arsal,

40 lira maaşlı Bor ceza hâkimliğine Saideli hâkimi Bedrettin Etman,

40 lira maaşlı Saideli hâkimliğine Antalya sulh hâkimi Ata Dolmaş,

40 lira maaşlı Kars Müddeiumumiliğine Mudanya Müddeiumumisi Süreyya Ödüklüoğlu,

40 lira maaşlı Mardin âzalığına eski Tarsus sulh hâkimi Hüsrev Eldem,

35 lira maaşlı Balıkesir sulh hâkimliğine terfian Balıkesir âza muavini Kemal İren,

35 lira maaşlı İzmir icra muavin hâkimliğine Karamürsel Müddeiumumisi Enver Ege,

35 lira maaşlı Uluborlu Müddeiumumiliğine Milâs Müddeiumumisi Fahri Bozer,

35 lira maaşlı Milâs Müddeiumumiliğine Uluborlu Müddeiumumisi Mithat Güven,

35 lira maaşlı Tokat Müddeiumumi muavinliğine Sivas Müddeiumumi muavini Mustafa Gültekin,

30 lira maaşlı Kütahya hâkim muavinliğine Eskişehir hâkim muavini Nezihe Kolankaya,

30 lira maaşlı Eskişehir hâkim muavinliğine Kandıra hâkim muavini Furuzan Unc,

30 lira maaşlı Yenişehir sorgu hâkimliğine Ergani Osmaniye sorgu hâkimi Necati Ongan,

30 lira maaşlı Geyve sorgu hâkimliğine Ağrı âza muavini Nevres Tiryakioğlu,

30 lira maaşlı Ergani sorgu hâkimliğine Ardıhan sorgu hâkimi Hasan Tahsin İnan,

30 lira maaşlı Nizip sorgu hâkimliğine Uzunköprü sorgu hâkimi İsmail Hakkı Sansal,

30 lira maaşlı Sivas Müddeiumumi muavinliğine Tokat Müddeiumumi muavini Kâmil Tekerek,

30 lira maaşlı Merzifon sorgu hâkimliğine Havza sorgu hâkimi İhsan Orhon,

30 lira maaşlı Kuruçay Müddeiumumi muavinliğine Giresun sorgu hâkimi Mehmet Gürdoğan,

22 lira maaşlı Uzunköprü sorgu hâkim vekilliğine Nizip sorgu hâkim vekili Şevki Tan,

tayin kılınmıştır.

*
* *

17-Mart-938 tarih ve 70 sayılı kararname

30 lira maaşlı Of hâkim muavinliğine hukuk mezunu Emin Günoy,

30 lira maaşlı Muş hâkim muavinliğine hukuk mezunlarından hapisaneler müdürlüğü tetkik memuru Galip Yücel

30 lira maaşlı Foça sorgu hâkimliğine hukuk mezunu Hüsnü Saydut,

744

30 lira maaşlı Gülnar hâkim muavinliğine Muş eski hâkim muavini Hayri Ateş,
30 lira maaşlı Samsun âza muavinliğine hukuk mezunu İbrahim Özengici oğlu,
30 lira maaşlı Divriki sorgu hâkimliğine hâkim namzedi Kâzım Bayer,
30 lira maaşlı Antalya hâkim muavinliğine hâkim namzedi Mustafa Dinekli,
30 lira maaşlı Cebelibereket âza muavinliğine hukuk meznunlarından istatistik U. Müdürlüğü tetkik memuru Şekip Undurucu,
30 lira maaşlı Giresun sorgu hâkimliğine hukuk mezunu Muammer Köprülü,
30 lira maaşlı Pınarbaşı hâkim muavinliğine hâkim namzedi Memduh Bülbül,
30 lira maaşlı Artvin hâkim muavinliğine hukuk mezunlarından Adliye zat işleri mümeyyizi Pertev Arat,
30 lira maaşlı Ordu hâkim muavinliğine hukuk mezunlarından Suphi Umut,
30 lira maaşlı Birecik hâkim muavinliğine hukuk mezunu Ulvi Balaban;
tayin kılınmıştır.

*
* *

2-Nisan-938 tarih ve 71 sayılı kararname.

55 lira maaşlı Tokat kadastro hâkimliğine Erzurum mahkemesi eski reisi Hüsnü Türel,
55 lira maaşlı Adana hukuk hâkimliğine Adana sulh hâkimi İsmail Hakkı Göktürk,
55 lira maaşlı Midyat hâkimliğine Amasya hâkimi Refik Yalım,
45 lira maaşlı Ankara sorgu hâkimliğine Bitlis âzası Necati Yılmaz;
45 lira maaşlı Konya sulh hâkimliğine Muğla eski Müddeiumumisi Şadi Çelik,
40 lira maaşlı Adana sulh hâkimliğine Behisni hâkimi Nazım Kutlar,
40 lira maaşlı Tarsus ceza hâkimliğine Hadim Müddeiumumisi Hasan Demircan,
40 lira maaşlı Çankırı asliye ceza hâkimliğine Çankırı âzası Sadık Şimşek,
40 lira maaşlı Mudanya Müddeiumumiliğine Tarsus Müddeiumumisi Basri Özkan,
40 Lira maaşlı dokuzuncu derece karacabey hukuk hâkimliğine terfian o yer hukuk hâkimi Sadi Erten,
40 Lira maaşlı İstanbul Müddeiumumi muavinliğine Ankara sulh hâkimi Lütfü Kaynak,
35 lira maaşlı Ürgüp hukuk hâkimliğine Zonguldak âza muavini Hasan Tunca,
35 lira maaşlı Muğla Müddeiumumi muavinliğine Konya Müddeiumumi muavini Celâl Yüksel;
35 lira maaşlı Çankırı sulh hâkimliğine Ankara icra memuru Sabiha Taşcıoğlu,
35 lira maaşlı Ankara icra memurluğuna Sındırgı Müddeiumumisi Ferruh Yoro,
35 lira maaşlı Kağızman Müddeiumumiliğine Garzan Müddeiumumisi İsmail Hakkı Alaca,
35 lira maaşlı Tarsus Müddeiumumiliğine İncesu Müddeiumumisi Tayyar Yasa,
30 lira maaşlı İzmir icra memurluğuna Muğla Müddeiumumi muavini Hikmet Eğinli oğlu,
30 lira maaşlı Zonguldak âza muavinliğine Kuruçay Sorgu hâkimi Hürrem Barım,
30 lira maaşlı Gümüşhacıköy Müddeiumumi muavinliğine Araç sorgu hâkimi Nurettin Ertürk,
30 lira maaşlı Boğazlıyan Müddeiumumi muavinliğine Ilgaz sorgu hâkimi Kurban Karşı,
30 lira maaşlı Konya Müddeiumumi muavinliğine Konya âza muavini Şefik Özbilge,

345

30 lira maaşlı Burhaniye Müddeiumumi muavinliğine Tekirdağ hâkim muavini Hüseyin Balkancı,

30 lira maaşlı Tekirdağ hâkim muavinliğine Ordu icra memuru Sabiha Erden,

30 lira maaşlı Amasya Müddeiumumi muavinliğine Urfa sorgu hâkimi Zerrin Akgün,

30 lira maaşlı Urfa sorgu hâkimliğine Alanya sorgu hâkimi Nuri Bayer,

30 lira maaşlı İzmir âza muavinliğine İzmir icra memuru Atiye Ertunc,

25 lira maaşlı Ünye sorgu hâkim vekilliğine Tarsus sorgu hâkim vekili Kâmil Özer,

tayin kılınmışdır.

*
* *

4-Nisan-938 tarih ve 72 sayılı kararname

Açık olan Adliye Vekâleti teftiş heyeti reisliğine birinci sınıf Adliye müfettişi Sezai Bilge tayin kılınmışdır.

*
* *

25-Nisan-938 tarih ve 73 sayılı kararname

90 lira maaşlı adliye baş müfettişliğine terfian birinci sınıf adliye müfettişi Ali Rıza Güven,

80 lira maaşlı Birinci sınıf adliye müfettişliğine terfian ikinci sınıf adliye müfettişi Ekrem Saylam,

80 lira maaşlı birinci sınıf adliye müfettişliğine terfian ikinci sınıf adliye müfettişi Nazif Akan,

80 lira maaşlı İstanbul asliye ceza mahkemesi reisliğine Tunceli reisi Cemil Güzey,

45 lira maaşlı Zafranbolu ceza hâkimliğine Pertek hâkimi İlhami Türel,

45 lira maaşlı Ankara sulh hâkimliğine Ankara Müddeiumumi muavini Hüseyin Sapmazlı,

45 lira maaşlı Bursa Müddeiumumi muavinliğine Konya Müddeiumumi muavini Rüknettin Fekelioğlu,

40 lira maaşlı Kastamonu sulh hâkimliğine Nallıhan hâkimi Cemal Gündüz,

35 lira maaşlı Gemlik Müddeiumumiliğine Üsküdar Müddeiumumi muavini Tevfik Tunç'ok,

35 lira maaşlı Sivas Müddeiumumi muavinliğine Divriki Müddeiumumisi İlhan Ünsan,

35 lira maaşlı Sındırgı Müddeiumumiliğine Keşan Müddeiumumisi Nusret Tekin,

35 lira maaşlı Behisni hâkimliğine Diyarbakır Müddeiumumi muavini Ahmet Efeoğlu,

35 lira maaşlı Şarkışla hâkimliğine Silifke sulh hâkimi Tahir Kırmacı,

35 lira maaşlı Terme Müddeiumumiliğine Tirebolu M. U. si Necati Erdem,

35 lira maaşlı Emirdağı Müddeiumumiliğine Seferihisar Müddeiumumisi Hakkı Akman,

35 lira maaşlı Uşak sorgu hâkimliğine İskilib sorgu hâkimi Bahadır Yücel,

35 lira maaşlı Gerede hukuk hâkimliğine Fatsa hukuk hâkimi İbrahim Tokar,

30 lira maaşlı Haymana hâkim muavinliğine hukuk mezunlarından Salâhattin Saner,

746

30 lira maaşlı Çıbık hâkim muavinliğine hukuk mezunlarından Kemalettin Erginarkan,

30 lira maaşlı Bâlâ sorgu hâkimliğine hukuk mezunlarından Tahir Olgaç,

30 lira maaşlı İstanbul âza muavinliğine Çiçekdağı M. U. si Ziya Günay,

30 lira maaşlı Seferihisar M. U. muavinliğine Salihli sorgu Hâkimi Enver Haktanır,

30 lira maaşlı Seferihisar sorgu hâkimliğine Demirci sorgu hâkimi Rauf Dinçer,

30 lira maaşlı Rize âza muavinliğine Bursa Müddeiumumi muavini Salâhattin Erkan,

30 lira maaşlı Salihli M. U. muavinliğine Niğde sorgu hâkimi Muhsin Özkan,

30 lira maaşlı Niğde sorgu hâkimliğine Burhaniye sorgu hâkimi Şerafettin Tunç'al

30 lira maaşlı Suşehri M. U. muavinliğine Mazgirt Müddeiumumi muavini Süleyman Gögdünlüoğlu,

30 lira maaşlı Devrek M.U. muavinliğine Mihaliççik Hâkim muavini Mehmet Türkmenoğlu,

30 lira maaşlı Salihli Sorgu hâkimliğine Nusaybin sorgu hâkimi Celâl Ayhan,

30 lira maaşlı Ezine Müddeiumumi muavinliğine İstanbul icra memuru Arif Bilen

30 lira maaşlı Tavşanlı Müddeiumumi muavinliğine Akdağmadeni Müddeiumumi muavini İsmail Çimenoğlu,

tayin kılınmıştır.

*
* *

5- Mayıs-938 tarih ve 74 sayılı kararname

Açık olan Adliye vekâleti Hukuk işleri U. müdürlüğüne adliye baş müfettişlerinden Dr. Şinasi Devrin tayin edilmiştir.

*
* *

27-Mayıs-938 tarih ve 75 sayılı kararname

Seksen lira maaşlı Diyarbakır ceza hâkimliğine temyiz mahkemesi raportörlerinden Münür Altıok,

Yetmiş lira maaşlı ikinci sınıf adliye müfettişliğine terfian üçüncü sınıf adliye müfettişi Zeynelabidin Binkaya,

Yetmiş lira maaşlı ikinci sınıf Adliye müfettişliğine terfian üçüncü sınıf Adliye müfettişi Mustafa Tüzün,

Yetmiş lira maaşlı temyiz mahkemesi raportörlüğüne terfian Ankara asliye âzasından Zeki Tamay,

Kırkbeş lira maaşlı Koyulhisar hâkimliğine Kaş hâkimi Vehbi Alptekin,

Kırk lira maaşlı Seydişehir Müddeiumumiliğine Geyve Müddeiumumisi Reyhan Gökmenoğlu,

Kırk lira maaşlı Edremit hukuk hâkimliğine Burhaniye hukuk hâkimi Lütfü Balkuvar,

Kırk lira maaşlı Burhaniye hukuk hâkimliğine Edremit hukuk hâkimi Hüseyin Kurtoğlu,

Otuz beş lira maaşlı Sandıklı Müddeiumumiliğine Çermik Müddeiumumisi Kemal Akülke,

BİLİ KÜTÜPHANE ANKARA

Otuz beş lira maaşlı Ankara sulh hâkimliğine İzmir sulh hâkimi Hayrünnisa Fer,

Otuz beş lira maaşlı İzmir sulh hâkimliğine Adliye vekâleti teftiş heyeti reisliği mümeyyizi Memduh Karazencir,

Otuz beş lira maaşlı Tarsus sulh hâkimliğine Urfa Müddeiumumi muavini Salâhaddin Okuroğlu,

Otuz beş lira maaşlı Nallıhan hâkimliğine Koyulhisar hâkimi Zühtü Oğuztunay,

Otuz lira maaşlı İskilip sorgu hâkimliğine Alucra sorgu hâkimi Nuri Oğuz,

Otuz lira maaşlı Cebelibereket Müddeiumumi muavinliğine Yozgat Müddeiumumi muavini Arif Kutlar,

Otuz lira maaşlı Geyve Müddeiumumi muavinliğine Seydişehir Müddeiumumi muavini Hilmi Gökler,

Otuz lira maaşlı Urfa Müddeiumumi muavinliğine Kâhta sorgu hâkimi Reşad Akdeniz,

Otuz lira maaşlı Vezirköprü sorgu hâkimliğine Yusufeli sorgu hâkimi Arif Hikmet Pak,

Otuz lira maaşlı Bilecik sorgu hâkimliğine Tire Müddeiumumi muavini Hakkı Bilen,

Otuz lira maaşlı Ankara Müddeiumumi muavinliğine Ankara asliye mahkemesi başkâtibi Rabia karaoğlan,

tayin edilmiştir.

748

No: 78

Borçlar Hukukunda Yeni Cereyanlar

Yazan: *Dr. Şinasi Zihni DEVRİN*

İktisadî buhrandan müteessir olan borçluların vaziyetini tanzim için muhtelif devletlerde ittihaz olunan tedbirler borçlar hukukunun umumî esaslarına bir istisna teşkil etmiştir. Bu tedbirlerin hey'eti umumiyesi iktisadî mes'elelerin borçlar hukuku üzerindeki tesirlerini ve bu tesir neticesinde beliren yeni cereyanları tebarüz ettirecek mahiyettedir. Bu hususta Birleşik Amerika Devletlerinde tatbik edilen ıslahat hususî hukuk sahasında yeni yeni imkânlara yol açmıştır. Filvaki umumî buhranın Amerika iktisadî vaziyeti üzerinde icra eylediği büyük akisler yeni bir kalkınma programı ile idareyi ele almış olan «Roosevelt»i cezrî tedbirlere müracaat etmek mecburiyetinde bırakmış ve iktisadî vaziyeti tanzim ıslahat programının ilk safında yer almıştır. Roosevelt idaresinin kredi vesaitini tezyit ve takviye eden enfilasyonist tedabiri sureti umumiyede eşya kıymetlerinin yüksek ve binaenaleyh paranın iştira kudreti az olduğu zamanlarda akdedilmiş borçların tesirini bu bakımdan hafifletmiş olmaktadır. Bundan başka amele ücretini çoğaltmak, iş saatlarını kısaltmak ve bazı mühim ziraî istihsalâtı tahdit ederek mahsulât mikdarını azaltmak şekillerinde ittihaz edilen tedbir müstahsillerin ellerindeki malları kıymetlendirmek suretile vaziyetlerini ıslah ve borç ödemek kabiliyetlerini tezyit etmiştir.

Buna ilâveten Devlet tarafından borçlulara yapılmış olan yardımlar bilhassa hâli müzayekada bulunan sanayi ve ziraat erbabına ehven şeraitle ikrazat yapılmasını teshil ve temin edecek vasıtaları vücude getirmek şeklinde tecelli etmiştir.

«Reconstruction Finance Corporation» un salâhiyeti ve istikraz haddinin evvelâ 3750 milyona ve bilâhara 4,5 milyon dolara çıkarılmış olması ve 16-Haziran-1934 tarihli bir kanun ile bazı şeraiti haiz olan sınaî ve ticarî müesseselere 5 sene vâde ile 300 milyon dolara kadar para ikraz etmesine salâhiyet verilmiş bulunması ve kezalik Federal Reserve bankalarına da erbabı teşebbüse çalışma sermayesi temin hususunda aynı kanun ile takribî 280 milyon dolara varabilecek mikdarda ikraz salâhiyeti bahşedilmesi bu kabildendir. Tar-

ları ve evleri merhun olup borçlarını ödeyemedikl rinden dolayı malları satılmağa mâruz olan çiftlik ve ev sahipl ri bu kredi imkânlarından faydalanmışlardır. Bundan başka borcun külf tlerini azaltabilmek için eski borcun yeni bir borca kalbedilmesi ve eski dayin yerine yeni bir müessesenin dayin mevkiini alması gibi tedbirlere de müracaat edilmiştir. Bu suretle federal hükûmet âtiyen kendisi için kat'î bir zimmet ve masraf mahiyetini alabilmek istidadını haiz 5 milyar dolarlık bir taahhüt altına girmiştir. «Emergency Farm Mortgage Act» kanunu ile federal toprak bankalarına 2 milyar dolarlık obligasyon çıkarmağa salâhiyet verilmiş ve bu obligasyonların faizi yüzde dörde hasredilerek hükûmet tarafından garanti edilmiştir. Aynı kanun toprak bankalarınca bazı evsafı haiz olmadıklarından dolayı müracaatları şayanı kabul görülmeyen erbabı ihtiyaca ikraz edilebilmek üzere bu bankalara 200 milyon dolar verilmesine mezuniyet vermiştir. Toprak bankalarının 12-Mayıs-1933 tarihine kadar yapmış bulundukları ikrazatın 11-Temmuz-1938 tarihine kadar daha az bir faize tâbi tutulmaları ve mezkûr bankalara birleşik devletler hazinesince bu tecil ve tenzilâttan dolayı tavizat verilmesi aynı kanunun hükümleri icabındandır. Bundan başka, evlerini rehin ederek borca girmiş olanlara yardım etmek üzere 13-Haziran-1933 tarihli kanun mucibince 200 milyon dolar sermaye ile teşkil edilmiş olan «Home Owners Loan Corporation» müessesesine 2 milyar dolarlık % 4 faizli ve hükûmet garantisini haiz tahvilât ihracı salâhiyeti verilmiş ve bu tahvilât ile ev rehin senetleri mübadele edilerek alacaklıların bu mübadeleye razı olmaması gibi bazı ahvalde bu senetlerin istirdadı için medyun ev sahiplerine doğrudan doğruya para ikraz olunmuştur. Adı geçen Corporation'ın çıkardığı tahvilâta piyasada rağbet verdirilmek için bunların da gerek resülmalı gerekse faizi hükûmet tarafından tekeffül edilmiştir. Bu suretle satılmağa mâruz olan evler kurtarılmış olduğu gibi faiz de yüzde dörde tenzil edilmiş bulunmaktadır.

Reisicumhur B. Roosevelt devletin ve diğer idare müesseselerine ait borçların gittikçe şayanı ehemmiyet bir surette artmasına pek endişe göstermemiş iktisadî salâh için. Devlet ve belediyelerin mevcut borçlarının faizlerinin tenzili suretile resülmallarının itfasına yol açmağı daha esaslı görmüştür.

Esasen 72 inci kongre daha evvelce bunlara mümasil bir kanun ile M. Hoover zamanında aynı yolda bazı ahkâm vaz etmiştir. Çiftçiler hakkındaki kanun müstesna olmak üzere bu kanunların istihdaf etmek istedikleri gaye dayinlerden bir akalliyetin borcunu veremez hâle gelmiş medyunlarla diğer dayinlerin uzlaşmalarına en-

gel olmalarına mani olmak ve binaenaleyh borçları tenzil ve tasfiye ederek hastalıklı olan malî bünyeleri tathir etmekdi. 24 - Mayıs - 1934 tarihinde kabul edilen Belediye iflâs kanunu iki senelik istisnaî bir devreye münhasır olmak üzere şehirlerin federal mahkemelere müracaat ederek borcun % 51 ine malik olan dayinlerin muvafakatına iktiran eden uzlaşmaları tescil ve tasvip ettirebilmelerine imkân vermiştir. Bazı küçük yerlerde bu muamele için borcun % 30 u kâfi addedilmiştir. Mahkeme tarafından uzlaşmanın kabul edildiği ve borç mikdarının % 75 ine malik olan dayinlerin de muvafakatı lâhik olduğu takdirde uzlaşma plânı bütün dayinler için mecburî bir şekle girmektedir. Bu uzlaşma plânları resülmalın veya faizin tenzilini tazammun edebildiği gibi sadece borç senedinin vadesini uzatmak mahiyetinde de olabilir. Bu kanun tahminen bir buçuk milyara baliğ olan borçlarından dolayı aciz halinde kalan 1200 idarî müesseseyi kurtarmağı istihdaf etmiştir.

7 - Haziran - 1934 tarihli şirketler iflâs kanununa göre müşkilât içinde bulunan şirketlerin, alacaklılardan deynin % 25 ini temsil eden kısmı ve bütün iddia eshabının % 10 un muvafakatı halinde iflâs hakkındaki ahkâmı umumiye tatbik edilmeksizin borçların yeni bir şekle ifrağ edilmesine imkân bırakılmıştır. Maahaza her sınıf dayinlerden üçte ikisinin ve her sınıf hissedarandan bir ekseriyetin muvafakatının iltihak etmiş olması mahkemelerce bu uzlaşmaların kat'î surette tasvibi için meşrut bulunmaktadır. 3 - Mart - 1933 tarihli kanun müzayekada bulunan borçluya mahkemeye müracaat imkânını vermişti. Bunun üzerine borçlu ile alacaklılar bir içtimaa davet edilir. Borç mikdarı ve adet itibarile alacaklıların bir ekseriyeti uzlaşma veya tecil plânını kabul ettiği ve mahkeme de bunun kabiliyeti icraiyesine ve doğruluğuna kail olduğu takdirde teklif edilen sureti tesviyeyi tasdik eder. Ancak bu uzlaşma plânlarından hiç biri rehinli alacakların matlubu mikdarını tenzil edemez. Yalnız müddet ve sureti tesviyeye inhisar edebilir.

Zikri geçen 1933 kanununun, borcunu ödeyemez hâle gelen demir yolu şirketlerinin bir istida ile müracaatları halinde borcun yeni bir şekle ifrağına müsait bulunmakta ve ödeme plânlarının tatbikını alacaklıların üçte ikisinin muvafakatına bağlı tutmaktadır.

Tetkik mevzuumuza giren husular komşu devletlerden bilhassa Romanyada mühim bir mes'ele halinde tecelli etmiş ve son yıllar zarfında bir çok kanunların mevzuunu teşkil eylemiştir. Bu kanunların

başlıcaları 18-Kânunuevvel-1931, 19-Nisan-1932 ve 7-Nisan-1927 tarihinde meriyet mevkiine girmiş olanlardır. 1931 kanunu hakkında Annuaire de Législation étrangère de mevcut hülâsada ziraî mahsulât fiatlarının 1925 senesine nazaran yüzde seksen derecesine kadar inmiş ve alelûmum menkul ve gayri menkul servetlerin kıymetlerini kaybetmiş olması borçlular lehine mühim tedbirler ittihazını zarurî kıldığı yazılıdır. Ekonomik şartların değişik olduğu bir devrede akdedilen borçlardan rehinle temin edilmiş olanların dahi bu sebeplere binaen tahsil edilememesi matluplarını kısmen elde etmek endişesine düşen alacaklıların hep birden cebrî icra yoluna müracaatlarına sebep olmuş ve bu tehacüm zaten ödemek kabiliyetinden mahrum çiftcilerin vaziyetini büsbütün vahim bir hâle koyduğundan ilk tedbir olarak cebrî icraların durdurulması zarureti belirmiştir.

18-Kânunuevvel-1931 tarihli kanun icra muamelelerini 15-Şubat-1932 tarihine kadar durdurmuş ve 1932 senesinde tanzim kılınan kanunlar gerek faiz mikdarını ve gerek borcun aslını tenzile tâbi tutmuşlardır. Bu suretle borçlar meselesi Romanyada iki safha geçirmiş oluyor: Romen vazıı kanunu meselenin ehemmiyetini ve noksan veya aksak hükümlerin tanzimi hususunun doğuracağı mahzuru göz önünde tutarak borçların tenzil veya tecili hususunda herhangi bir tedbir ittihazından önce cebrî icraları durdurmuş ve böylece meseleyi etraflı bir surette tetkik imkânını elde etmiştir. Borçlar meselesine verilmiş olan bu dikkat ve itinaya rağmen 1931 senesinden 1934 senesine kadar ihzar ve tatbik edilmiş olan kanunların noksan şekilleri sebebile meseleyi daha vahim bir hâle koyduğu 7-Nisan-1934 kanununun esbabı mucibe mazbatasında yazılı bulunmaktadır. Esbabı mucibenin bu hususa taallûk eden kısmında: (Borçlularla alacaklılar arasındaki münasebetlerin tanzimi meselesi son yıllarda bir çok kanunların hazırlanmasını mucip olmuş fakat meselenin kat'î şekilde halli mümkün olamamıştır. Buna mukabil bu kanunların noksan şekilleri bir çok ihtilâtları mucip olmuş ve bu günde borçlar meselesi vahim denilecek bir safhaya gelmiştir. Biz, burada borçluların neden dolayı taahhütlerini ifa edememek vaziyetine düştüklerini ve umumiyetle memleketin ekonomik ve finansal muvazenesinin bozulmasındaki âmilleri sayacak değiliz. Çünkü bu âmiller aşağı yukarı herkesce malûmdur. Ancak şurasını ehemmiyetle kaydetmek isteriz ki borçlularla alacaklılar arasındaki münasebetin tanzimi için Devletin müdahalesi her zamankinden mübrem bir mahiyet almış ve bu hususun âcil olarak intacı zarureti belirmiştir.

Bahusus ki çiftçi ve şehirli borçlular himaye edilmelerini ve alacaklılar karşısındaki vaziyetlerinin tehvinini Devletten beklediklerini

fırsat düştükce izhar etmektedirler. Bu suretle günden güne daha sıkı bir şekil alan borçlar meselesi ehemmiyetli bir içtimaî ve millî mesele şekline giriyor.

Bu böyle olmakla beraber normal bir iktisad cihazı ve faaliyeti için normal kredi şartlarının ehemmiyeti de hiç bir veçhile inkâr edilemez. Bu ehemmiyet meselenin ciddi bir surette ve yeniden tensikini âmirdir. İşte gün geçtikce daha endişe verici bir şekle giren bu ekonomik tezat Antagonisme économique bir taraftan şehirli veya çiftçi borçluların vaziyetini hafifletmek diğer taraftan ekonomik faaliyeti idame için alacaklılara paralarını elde etmek imkânını temin edecek müessir çarelerin tatbikını icap ettirmektedir.) diye yazılıdır. 7-Nisan-1934 tarihli kanunun en bâriz vasfı Rumen teşkilâtı esasiye kanununun hususiyetlerini nazara alarak tanzim edilmiş olmasıdır. Çünkü bundan önce borçların tenzili hususunda neşredilmiş olan kanunlar Temyiz mahkemesince teşkilâtı esasiye kanununa muhalif görülerek bunların tatbik kabiliyeti olmadığına karar verilmiştir. Filvaki Temyiz ve Adâlet divanı hakkındaki kanunun 29 uncu maddesi Temyiz mahkemesinin tatbik edilmekte olan bir kanunun teşkilâtı esasiye kanununa uygun olup olmadığının tetkiki salâhiyetini tanımıştır. Birleşik Amerika Cumhuriyetleri esas teşkilâtı kanunundan iktibas edilmiş olan bu hüküm Rumen mahkemelerine teşkilâtı esasiye kanununa aykırı olan kanunları tatbik etmemek bir başka tâbirle kanunların «Constitutionnalité» teşkilâtı esasiye kanunlarına uygun olup olmadığını mürakabe imkânını tanımıştır. İşte bu salâhiyete istinadendir ki Rumen Temyiz mahkemesi borçların tenzili hakkındaki kanunun teşkilâtı esasiye kanununa muhalif olduğuna ve bu itibarla tatbik edilemiyeceğine karar vermiştir.

Temyiz mahkemesi kendisine arzedilen hâdisede mülkiyet hakkının ancak Devlet tarafından peşin ve muhik bir tazminat verilmek suretile ihlâl edilebileceği esasına ve teşkilâtı esasiye kanununun alacak milkiyetini koruyan 17 inci maddesine istinad eylemiş Devletin kendisine ait olmıyan bir alacağı bağışlayamıyacağı neticesine varmıştır. Bununla beraber Temyiz mahkemesi kanunun tecil hususundaki hükümlerine ilişmemiştir. Çünkü bu mahkeme borç ve faiz ödenmesinin tecilini, milkiyeti ihlâl değil sadece bundan istifadeyi tahdit mahiyetinde addetmiştir. Fevkalâde şartların zaruret hakkı denilen (Le droit dit de «Nicessité») ahvalde vazıı kanunun milkiyet hakkından istifadeyi tecil suretiyle tahdidi bu mülâhaza ile teşkilâtı esasiye kanununun 17 inci maddesine muhalif görülmemiştir. İşte 1934 kanunu Temyiz mahkemesinin bu yoldaki içtihadından mülhem olarak teşkilâtı esasiyeyi ihlâl etmiş olmamakla beraber borçların da

tenzilini temin etmeği hedef tutmuştur. Bu kanun borçlularla alacaklıları uyuşmağa davet etmekte ve borcun mikdar ve nev'ine göre yüzde elliden yüzde yetmişe kadar indirildiği hallerde bu uyuşmanın husul bulduğunu tesbit etmektedir. Şehir borçluları yüzde yirmi nisbetinde tenzile tâbidir. Aralarında bu suretle anlaşma hasıl olanlar yüzde üç ve yüzde altı faiz vermek suretile borçlarını ödemeğe mecburburlar. Borçlu ile alacaklı arasında kanun hükümlerine göre anlaşma hasıl olmadığı takdirde on senelik bir tecil müddeti kabul edilmiş ve ayrıca önceden tediye edilmiş olan faizlerden fâhiş görülenler resülmala mahsup edilmesi iltizam ve yüzde bir üzerinden faiz mikdarı tesbit edilmiştir. Borçlarını indirmeğe muvafakat eden alacaklılar muvafakat etmeyenlere nazaran bahşedilmiş olan kolaylıklar o derece farklı bulunmaktadır ki [1] kanunun tayin ettiği uyuşmaya muvafakat etmeyenlerin nisbeti bütün alacaklılar yekûnunun binde altısını geçmemiştir. Bütün Romanyada mevcut 827,294 alacaklıdan alacağını kendi rızasiyle indiremeyenlerin adedi 11,780 den ibarettir. Bu rakamlar kanunun hedefine çok yaklaştığını göstermektedir.

Kanun, ağır bir yük haline gelmiş olan taahhütlerin normal şartlar tahtında ifa edilmeyen vecibelere kıyas edilemiyeceği iktisadî bünyenin doğurduğu fevkalâde vaziyetin fevkalâde bir kanunla ıslahı icap edeceği prensibine dayanmakta ve aşağıda yazılı esasları ihtiva etmektedir:

1 — Borçluları taahhütlerini rızalarile ifa edebilecek bir vaziyete koymak suretiyle cebrî icraya meydan vermemek;

2 — Kanunun tatbikinde takdire yer bırakmamak ve alacaklı ile borçlu arasında her türlü münakaşa ve ihtilâf zeminini bertaraf etmek için kanun esaslarının otomatik şekle ifrağı;

3 — Ödeme müddeti içinde tarafların hile ihtimalini kaldırmak ve aynı zamanda iktisadî hayatı felce uğratmamak için önce yapılan tasfiyelere mani olmamak;

4 — Kanundan mütevellit zararı alacaklılar arasında imkân nisbetinde munsifane bir surette taksim etmek;

5 — Kredinin muhafazası için malî vasıtalar bulmak;

6 — Yukarıda arzedildiği veçhile kanunun teşkilâtı esasiyeye uygunluğu temin etmek.

Bu esaslar dairesinde çiftçi borçları yüzde elli nisbetinde indirilmiş ve kalan paranın 15 senede altı aylık taksitlerle ve yüzde üç faizle ödenmesi kabul edilmiştir. Aynı zamanda kanun, borçların bu onbeş senelik müddetten önce ödenmesini mümkün ve faydalı kılmak

[1] Adliye Bakanlığı tarafından neşredilen istatistiklere müstenitdir.

ve bu çeşit tasfiyeleri teşci etmek maksadile borçlarını onbeş seneden daha kısa bir zaman zarfında tediye edecekleri yüzde yetmişe kadar yükselebilen ve mütemmin tenziller bahşetmiş olmaktadır.

Rumen vazı kanununun çiftçilerden başka bir kısım şehirli borçluların da vaziyetini düzeltmek ihtiyacını duymuş ancak şehir ekonomisinin hususiyetlerini nazara alarak bu çeşit borçların yüzde yirmiden fazla indirilmemesini ve senelik faizin de yüzde altıdan aşağı düşmemesini iltizam eylemiştir. İndirilen borç on senede ödenir. Şehirli emlâk sahiplerile tüccarlara gösterilen kolaylıklar münhasıran muamelâtı medeniyeden mütevellit yani ticaretle alâkadar olmayan borçlara inhisar ettirilmiştir. Bu gibilerin de bu muamelelerinden dolayı diğer borçlular derecesinde buhrandan müteessir olduklarını hakkile iddia edebilecekleri ve medenî borçları ticarî borçlardan ayırd etmek için mer'î hukuk kaidelerinin tatbik edileceği kanunun esbabı mucibesinde yazılı bulunmaktadır. Bundan başka kanun, tüccarların borç tenziline ait kanunların tatbiki dolayısile uğradıkları zararlardan hiç olmazsa bir mikdarının kendi alacaklıları arasında dağıtılmasına müsait hükümler vaz etmiştir.

Eski tecrübelerin tesiri altında kanunun otomatik olmasına ve süratle tatbik edilebilmesine büyük bir itina gösterilmiş olduğu yukarıda arzedilmişti. Bu hedefe vusûl için:

a) Tenzilden istifadeye haklı olan borçlu sıfatını tayin için takdire hiç bir yer bırakmayan basit ve otomatik bir kıstas kabul etmiştir:

Kanuna göre 2 - Teşrinisani - 1931 tarihinden önce arazi sahibi olan ve toprağın işletildiği sahada devamlı olarak ikamet etmekte bulunanlar veya tarımsal geliri umumî gelirinin en az yüzde otuzu raddesinde olanlar çiftçi sayılırlar. Bundan başka yalnız oturacak evi olan toprak işçisi de kanundan istifade eder.

Şehirli borçlular için de aynı derecede basit kıstaslar kabul edilmiştir. Şehirli borçlulardan aranan şartlar şunlardır:

1) Bilâvasıta vergiler kanununun 13 üncü maddesinde sayılı gayri menkullerin sahibi olmak.

2) Gayri menkullerin vergi cetvellerinde mukayyet gayrı safi iradı Bükreş şehrinde 60000 leyi, vilâyetlerde 48000, diğer şehirlerde 24000 leyi geçmiş olmamak.

3) Gayrı menkullerinden olan geliri 1933 yılı vergisine esas teşkil eden umumî geliri yekûnunun yüzde otuzunu geçmemiş bulunmak.

4) Kanun hükmünce çiftci borçlu sayılmış olmamak. Şu kadarki irat yekûnunun hesabında borçlunun oturduğu evin iradile her nevi maaş, ücret ve tazminatla serbest mesleklerden gelen kazançları ye-

255

kûnundan 80000 ley indirilir. Kanunun sür'atle ve otomatik bir tarzda tatbikını temin eden vasıtalarden ikincisi kanun hükümlerine giren borçların tayininde basit bir kıstasın kabulü hususu olmuştur. Şöyleki menşei, sebebi ve mikdarı ne olursa olsun 2-Teşrinisani-1931 tarihinden önce akdedilmiş olan borçların kâffesi, borçlunun ve borcun vasıfları hakkındaki şartların mevcudiyeti halinde, kanunun derpiş eylediği tasfiye usulüne tâbidir.

Bu kıstasların tesbitine sahip olan mülâhazalar esbabı mucibe mazbatasında şu suretle izah olunmuştur. «Bu kriteryomlarda» biraz keyfî hareket payı bulunabileceğinde şüphe yoktur. Ancak daha ince teferruata girişen bir tefrikin nazarî olarak daha haklı olacağı kabul edilse bile tatbik sahasına intikalde sosyal ve ekonomik bakımdan tehlikeli neticeler verebileceğini derpiş ettik. Yine, aynı sebeplerdir ki; bizi bundan önceki kanunlarda yazılı istisnalara bu kanunda yer vermemeğe sevk etti. Diğer taraftan, kanunu esasî, borçlulardan büyük bir kısmının ödeme kabiliyetinden maddeten mahrum bulunmuş olmasına dayandığına göre alacak mahiyetinin veya alacaklı vasıf ve şahsiyetinin bu işte âmil olmaması lâzım geldiğini düşündük. Bununla beraber kanunun tatbikatında güçlüklere yol açmamak için borçlu tarafından 19-Nisan 1932 tarihli kanuna göre yapılmış olan beyanlara istinad edilmesi ve o tarihte beyanda bulunmamış olanların haklarını korumak maksadiyle de bu gibilerin kanunun neşrinden bir ay zarfında beyan yapmalarına müsaade edilmiştir.

Yeni kanun, eski kanundan farklı olarak borçlu ve alacaklıların kanun hükümlerine tâbi olup olmadıkları hususundaki ihtilâfları önceden halletmek için mahkeme teşkili iltizam edilmemiştir. Filvaki alacağın tenzili otomatik olduğuna ve kanun hükümlerinin mahdut ve bilinmesi kolay ve istisnalar haricinde umumî ve şâmil bulunmasına göre alacaklıların tenzili bizzat yaptıktan sonra takipte bulunmalarında bir mahzur görülememiş ve borcun tenzile tâbi olup olmadığı hususundaki ihtilâfın takip sırasında ve itiraz yoliyle halli daha pratik bulunmuştur.

Bundan başka, borçlulara bahsedilen bu geniş himaye tedbirleri müvacehesinde alacaklının da geri kalan parasını kolaylıkla ve filî olarak elde edebilmesine imkân verilmekle beraber borçlunun hüsnüniyet sahibi olmayan bir alacaklı elinde baziçe olmamasına itina edilmiştir.

Bunu temin maksadile belediye dairelerinde borçların indirilmesi kanunundan istifade eden borçluların kaydına mahsus bir defter tutulmaktadır. Her alacaklı mezkûr kanundan istifade etmekte olan borç-

756

lusunun adını bu deftere kaydettirmek veya mahkeme nezdinde bulunan (Registre de charges) kütüğe işaret verdirmek hakkını haizdir. Bu kayıt ve işareti müteakip borçluya ait emlâkin satışı veya ipotek edilmesi ancak alacaklının haklarını temin eden bazı şartlara riayet halinde muteberdir. Bu şartlar kayıt tarihinden itibaren üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilebilir.

1934 kanunundan önceki kanunlar borcu indirilmiş olan borçlunun emval ve emlâkinin ancak bütün alacaklıların muvafakati halinde satabileceği veya bazı şartlar altında açık artırma suretile elinden çıkarabileceğini kabul etmişti. Yeni kanunda borçlu mülkünün nakline muvafakat etmiyen tek bir alacaklının keyfine tâbi tutulmadığı gibi çok müşkül olan açık artırma ile satış yollarına müracaata mecbur değildir. Buna mukabil satın alanların tek bir mecburiyeti vardır o da satış bedelinin alacaklılar emrine depo edilmesidir. Şu kadar ki kıymeti yüksek olan gayrı menkullerin de hileli değer tesbitine mani olmak için, satışın mahkeme tarafından kontrolu esası mevcuttur. Bundan başka gayrı menkul üzerine icra veya takip dolayısile konulan bütün tedbirler kaldırılmış, borçluya, bu suretle malın idare ve işletme imkânı verilmiştir.

7-Nisan-1934 tarihli kanuna göre tarımsal ve şehirli borçlarının (dettesurbaines) tasfiye şekilleri.

Romanyada borçların indirilmesi ve muayyen şartlar dahilinde ödenmesi hakkında kabul ve tatbik edilmiş olan son kanun 7-Nisan-1934 tarihli kanundur. Dört kısma ayrılan bu kanunun birinci kısmı tarımsal borçların, ikinci kısmı şehirli borçlarının sureti tasviyesine, üçüncü kısmı kanunun ihtiyarî olan tayin etmiş olduğu tediye tarzını kabul etmeyen alacaklılara tatbik olunacak hükümleri, son kısmı müteferrik ve intikalî hükümlere tahsis edilmiştir.

Tarımsal borçların tarif ve tasfiyesi kanunun birinci maddesi kanundan istifade edecek borçlu çiftçiyi tarif etmektedir. Bunlar, yukarıda izah edilmiş olduğu veçhile iki kısımdır. Her iki kısma müşterek olan vasıf:

Vasıtasız vergiler kanununun 4 üncü maddesinde yazılı ve tarımsal vergiye tâbi arazi sahibi bulunmaktır. Bunlardan:

a) Geliri ne olursa olsun, kendisi karı kocadan, ana babadan veya çocuklarından biri en geç 18-Teşrinisani-1931 tarihinden beri arazinin bulunduğu köy Kommün'de filen ve devamlı olarak ikamet etmekte olanlar;

Çiftçi borçluların birinci kısmını;

b) İkametgâhı nerede olursa olsun ziraattan olan şahsî gelirleri 1933 yılında hesap edilmiş olan şahsî gelir yekûnunun yüzde otuzu-

nu teşkil edenler.

Çiftçi borçluların ikinci kısmını teşkil ederler ancak bu ikinci kısım borçlular için umumî gelir mikdarından borçlunun şahsî ikametgâhının iradı ve ücret, tekaüt maaşı tazminat olarak aldığı veya serbest meslekten kazandığı mikdardan 80000 ley indirilir.

Kanun yalnız 18-Kânunuevvel-1931 tarihine kadar akdedilmiş olan borçlara şâmildir. Vadeleri henüz gelmemiş olan borçların vade tarihi kanunun neşri tarihi sayılır. Her alacağın mikdarı 18-Kânunuevvel-1931 gününe kadar olan müddet için mürabahaya dair olan kanunlar göz önünde tutularak mukaveleye veya kanuna göre ve bu tarihten sonrası için her yıl % 2 (yüzde iki) üzerinden basit yürütmek suretiyle hesap edebilir.

Bu veçhile teayyün eden çiftçi borçlusundan % 50 (yüzde ellisi) indirilir. Geri kalan borç altışar aylık 34 taksitte % 3 (yüzde üç) faiziyle birlikte ödenir. İlk iki taksit, indirilen borcun % 2,5 (yüzde iki buçuk)unu, üçüncü ve dördüncü taksitler % 3 (yüzde üç)ünü bundan sonraki taksitler ilk dört taksitle ödenmemiş olan kısmın bu taksite müsavi surette taksimine isabet eden mikdarını ihtiva eder.

Borçlular vaktinden evvel ödedikleri taksitlerde tediye gününden taksit vadesine kadar olan müddet için senede % 4 (yüzde dört) itibariyle bir tenzilden istifade ederler.

Bundan başka kanun, vakit ve hâli yerinde olan borçluları taahhütlerini bir an evvel ifaya teşvik için kanunun neşri tarihinden itibaren iki yıl içinde vaktinden önce, hatta yalnız bir alacağın da olsa birinci yıl en az yüzde on beşini faiziyle birlikte ödeyecek olan borçlulara bahşedilecek indirme mikdarını yüzde yetmişe çıkarmıştır. Her yıl, yalnız bir borcun dahi olsa, % 8 (yüzde sekiz)ini faiziyle beraber ödemiş olanların borcu yüzde altmış nisbetinde indirilir.

Kanun, borçlulara temin ettiği geniş himayeye mukabil taksitlerin muntazam ödenmesine büyük bir ehemmiyet atfetmiş bir taksitin tek bir alacaklıya, ödenmesi halinde dahi borçlunun her dürlü geliri üzerinde cebrî icra takibi yapılmasını kabul etmiştir. Birbiri ardı sıra bir tek alacaklıya da olsa, iki taksit ödemeyen borçlu diğer vadelerden istifade hakkını kaybeder. Bu vaziyette alacağın kanunla indirilmiş mikdarı için borçlunun bütün malları üzerinde icraî takip yapılabilir. Ancak, borçlu vadesi gelen meblâğ ile birlikte bu hususta ihtiyar edilen masrafları takibin her hangi bir safhasında ve satış gününe kadar ödemek hakkını haizdir ve bu takdirde kanun hükümlerinden istifadeye devam eder.

Bundan başka vade menfaatının bir tek alacaklıya karşı zayi edilmesi halinde borçluya ait mallardan biri açık artırma ile satılmış

258

olursa, borçlu alacaklıların hepsine karşı vade menfaatını zayi etmiş sayılır. Vadesi gelen taksit yalnız bir halde tecil edilebilir. Yarı mahsulünün kaza neticesinde telef olduğunu isbat ederse Hâkim, kendisine bir atıfet mühleti verebilir.

Bu müeyyedeler karşısında borçluyu alacaklının kötü niyetine mâruz kılmamak için taksitin Maliye tahsil şubesine yatırılması alacaklıya tediye makamında sayılmıştır. Bu halde Maliyeye yapılacak tediye üzerine alınacak makbuzun alacaklının ikametgâhı Sulh mahkemesine gönderilmesi ve alacaklının keyfiyetten bir kartpostalla haberdar edimesi lâzımdır.

Borçlulara ait emlâk ve emvalin tasfiye sırasındaki vaziyeti kanunun 7 inciden 30 uncuya kadar olan maddeleri mevzuunu teşkil etmektedir. Esas itibariyle borçlu tarafından kanunun neşri tarihine kadar tesis edilmiş olan ipotek, ve rüchan hakları ve her dürlü teminat kanunla tenzil ve tayin edilmiş olan borç mikdarı nisbetinde muteber kalırlar.

Borçları tenzil edilenlerin (Çiftçi veya şehirli) alacaklı yedinde rehin olarak bulunan, Aksiyon ve obligasyonlarla, istikraz tahvilleri, emlâk rehni senetleri ve her nevi emtia kanunun neşrinden altı ay sonra umumî hükümler dairesinde satışa çıkarılır. Satış bedeli, rehni elinde bulunduran alacaklıya tenzil edilen alacağı mikdarında verilir.

Bu meblâğ vadesi gelmiş taksitler tutarından fazla olduğu takdirde alacağa mahsuben önceden verilmiş olacağından borç da ödenen mikdara göre yüzde yetmişe kadar indirilmiş olabilir. Diğer taraftan borçlu, borcun tamamını veya kısmını ödemek üzere rehinlerin satılmasını alacaklıdan talep edebilir. Alacaklı bu talebi red edecek olursa, merhunun o tarihteki borsa veya piyasa kıymeti borç mikdarından indirilir.

Borçlular, alacaklılardan her hangi birisiyle her dürlü uzlaşma yapabilirler. Ancak kanunla tenzil edilmiş olan mikdardan fazla tediyeye yeni teminat vermeğe veya kanunda yazılı faizden daha yüksek bir faiz mikdarının tesbitine dair olan akitler hükümsüzdür. Bu kabil mukavelelerin butlanını ancak alacağın tenzilini kabul etmiş olan üçüncü şahıslar dermeyan edebilir. Bundan başka kanun mübadele muameleleriyle her dürlü ivassız intikal muamelelerini me'netmiştir.

Kanunun ikinci kısmı şehirli borçlarının sureti tesviyesine ait hükümleri ihtiva etmektedir. Romanya tebeasından olan şahıslarla kazanç maksadile teşekkül etmemiş hükmî şahıslar ve her dürlü tesisler aşağıdaki şartları haiz oldukları takdirde şehirli borçlu sayılırlar.

a) 18-Kânunuevvel-1931 tarihinde ve kanunun mer'iyetine kadar

vasıtasız vergiler kanununun 13 üncü maddesinde zikredilen vergilere tâbi milk sahibi olmak;

b) Bu gayrı menkullerin vergi cetvellerine göre gayrı kâfi iradı Bükreş şehrinde 60000, vilâyetlerde 48000 ve diğer şehirlerde 24000 leyi geçmiş olmamak;

c) Gayrı menkullerden alınan irat mikdarı 933 yılı vergisine esas teşkil eden şahsî irat yekûnunun yüzde otuzunu geçmemiş olmak;

Bu irat yekûnundan borçlunun ikamet etmekte olduğu evin iradiyle, her nevi maaş, ücret ve tazminat olarak aldığı veya serbest mesleklerden kazandığı para yekûnundan 80000 ley indirilir. Yukarıda yazılı gayrı menkuller mer'î kanunlardan birine göre vergiden muaf tutulmuş olsalar dahi irat hesabında nazara alınır.

Çiftçi borçlarında olduğu gibi şehirlilerin de 18- Kânunuevvel-931 tarihine kadar yapılan borçları tenzile tâbi tutulmuştur. Borcun mikdarı kanunun neşri tarihine kadar ödenmesi lâzımgelen ve murabahacılık hakkındaki hükümler nazara alınmak suretile mukavele ile kararlaştırılmış veya nizamî faiz mikdarile ödenmesi lâzımgelen resülmal yekûnudur. Mikdarı bu şekilde tesbit edilen borçlar yüzde yirmi nisbetinde indirilir ve senet de yüzde altı faizle birlikte on yılda altı aylık müsavi taksitlerle ödenir. İlk taksit 15-Teşrinisani -934 de diğerlerinin her yıl Mayıs ve Teşrinisani aylarının on beşinde tesviye edilmiş olması lâzımdır.

Şehir borçlularını da borçlarını kanunla tayin edilen müddetden önce tediyeye teşvik için önceden ödenecek her taksit ödeme gününden vade tarihine kadar geçen zamanda yüzde sekiz itibarile bir indirmeden istifade ettirilmiştir. Aynı zamanda kanunun neşrinden itibaren iki yıl içinde yalnız bir alacaklıya olan borcu dahi tamamen ödemiş olanlar tenzilden, yüzde yirmi yerine yüzde otuz üç nisbetinde istifade ederler şu kadar ki ilk birinci yılda borcun yüzde otuz ikisinin ödenmiş olması şarttır. Kezalik kanunun neşri tarihinden itibaren beş yıl içinde yalnız bir borcunu da olsa tamamile ödemiş olan borçlulara behşedilen tenzilât mikdarı yüzde otuzdur.

Şehirli borçlulara ait gayrı menkullere de çiftçi borçlulara ait gayrı menkullerin tâbi olduğu takyit ve tahditler tatbik olunur.

Kanunun gerek resülmalin ve gerek faizin indirilmesine taallûk eden hükümlerinin alacaklılar tarafından kabulü mecburî olmayıp bir uzlaşma plânı mahiyetindedir. Bu uzlaşma plânını kabul etmeyen alacaklılara tatbik edilecek hükümler kanunun üçüncü faslında gösterilmiştir. Vazı kanunun bu dolambaçlı yolu ihtiyar etmesindeki sebep yukarıda arzedilmiş idi. Kanun tarafından tesbit edilmiş olan

760

tediye şart ve plânını kabulden istinkâf eden alacaklılar kanunun neşri tarihinden itibaren iki ay içinde borçlunun ikametgâhı mahkemesine beyanda bulunmağa mecburdurlar. Bu beyana :

a) Alacaklının adı ve ikametgâhı;

b) Borçlunun adı ve ikametgâhı;

c) Alacağın mikdarı, resülmal ile şimdiye kadar alınmış ve alınmamış faizler;

d) Alacağın nev'i hangi hususlan doğduğu ve temin edilmiş olup olmadığı; derç edilir.

Bu hususlaki beyan kat'î mahiyette olup hiç bir ihtirazî veya tahdidî kaydı ihtiva edemez. Beyanın her ne sebeple olursa olsun bilâhara değiştirilmesi kanunla men edilmiştir. Kanunun neşri tarihinden itibaren iki ay içinde beyanda bulunulmamış olması kanunun tenzile müteallik hükümlerinin alacaklı tarafından kat'î ve değiştirilmez şekilde kabulü mahiyetinde sayılır.

Tenzili kabul etmediğine dair beyan yapmış olan alacaklı haklarını aşağıda yazılı şekilde kullanır. Borç, kanunun neşri tarihinden itibaren yüzde bir faizle birlikte ödenmek üzere on yıl tecil edilir. Bakanlar meclisine bu müddetin hitamında moratoryomu aynı şartlar dahilinde uzatmak hususunda salâhiyet verilmiştir. Bu veçhile tecil edilmiş alacakların ödenmemesi halindeki takip şekli de tenzil edilmiş olan borçlar için kabul edilenden çok farklıdır. Faizlerin ödenmemesi halinde alacaklı borçlunun ancak mahsulü veya geliri üzerinde takip hakkını haizdir. Bundan başka borçlu gerek dava ikamesi ve gerek takibe itiraz yolile, bu husuta evvelce bir hüküm lâhik bulunmuş olsa bile ödenmiş yahut ödenmemiş faizlerin yeniden hesabını isteyebilir. Borçlunun, faiz, her dürlü komisyon ve sair teferruat olarak basit faiz usulile hesap edilmiş mikdardan fazla ve nizamî faiz mikdarının ve azamî haddine tekabul eden bir meblâğ ödediği sabit olduğu takdirde aradaki fark bir mürabaha akdi sayılarak borca mahsup edilir.

Tediye edilmemiş olan kısım (faiz, komisyon ve diğer teferruat) bu esaslara göre yeni baştan hesap edilerek lüzumlu görülen tenzilât yapılır. Faizlerin yeniden hesabı hakkında açılan davalarda borçlu umumî hükümler hilâfına olarak her dürlü sübut vasıtalarını kullanmak salâhiyetini haizdir. Bu kolaylığın alacak mikdarı üzerinde mühim tesirler icra edecek mahiyette olduğu aşikârdır.

Devlet, tenzile muvafakat etmemiş olan eşhasa ait alacakların tamamını veya bir kısmının istimlâkini âmme menfaatı icabından sayarak bu yola da müracaat edebilir. İstimlâkin icrasına Maliye bakanının talebi ve Devlet Şûrasının müsaadesi üzerine âmme menfa-

atı için istimlâk hakkındaki kanunda yazılı usule tevfikan mahkeme tarafından karar verilir.

İstimlâk bedeli alacağın hakikî kıymeti üzerinden ve alacağın mikdarile borçlunun aktifi arasındaki nisbete göre ve her alacağın sırası nazara alınmak suretiyle hesap edilir. Bu bedel nakden veya ihraç fiyatı üzerinden hesap edilen yüzde dört faizle devlet tahvillerile ödenir. Bu tahvillerin itfa müddeti elli sene olarak tayin edilmiştir.

Devlet tarafından istimlâkine karar verilen alacaktan dolayı açılmış bulunan icra takipleri bedelin teslimine kadar tehir edilir. Rü'yeti derdest olan alacak davalarında alacaklarının icra kabiliyeti haiz vesikayı istihsalden önce devletin de dahili dava olmasını ihbar etmek mecburiyetindedir. Bu çeşit alacakların Devlet tarafından tediye şeklinin muahhar bir kanunla tesbit edileceği 47 inci maddede yazılıdır.

Kanunun tatbikinden mütevellit zarar ve ziyanın taksimi şekilleri dördüncü kısmın birinci faslında tesbit edilmiştir.

Kanun hükümlerine tâbi olan alacakların cirantaları, kefilleri ve umumiyetle borcu fer'î olarak taahhüt edenlerin kâffesi borçların tenzili kanunile borçlulara bahşedilmiş olan hükümlerden aynen borçlu gibi istifade ederler.

Asıl borçlu kanunun çiftçi veya şehirli borçlu vasıflarını haiz olmasa dahi ciranta ve kefillerden bu şartları cemedenler kanun hükümlerinden istifade hakkını haizdirler. Borcu indirilen borçluya nazaran müteselsil borçlu vaziyetinde bulunanlar müşterek alacaklıya ödemeye mecbur oldukları para mikdarı nisbetinde asıl borçluya rücü hakkını haizdirler. Kanun, alacakları bu suretle tenzile tâbi tutulan tüccar ve sanayi erbabile şirketlerin mâruz kalabileceği müşkilâtı derpiş ederek borç indirmesinden mütevellit zararların munsifane bir tarzda tevziine yarayan hükümler vazetmiştir. Alacakları yekûnunun en az yüzde onbeşi tenzil kanununa tâbi ve bütün borçluları hakkında kanunun gösterdiği tesviye tarzını kabul etmiş olan tüccar, sanayi müesseseleri sahipleri, şirketler, tarımsal ve bağcılık kooperatifleri mahkemeye müracaatla bu vaziyetlerine göre yapacağı tekliflerin kabul edilip edilmeyeceğini tesbit için kendi alacaklılarının davet edilmesini talep edebilirler. Bu alacakların tesviye teklifi davet varakasına yazılır. Bu teklif kabul edildiği takdirde tarafların hepsi hakkında mecburî olur. Alacaklarının yüzde onbeşi tenzile uğramış olan tüccar ve şirketler tarafından kendi alacaklarına karşı gösterilen tesviye tarzı kabul edilmediği takdirde mesele mahkeme hâkiminin reisliği altında alacaklılar umumî hey'etince seçilen bir delege

752

ile borçluların bir delegesinden müteşekkil hakem komisyonuna havale edilir.

İhtiyatî konkorda

Kanunun alacaklıların çağrılmasına, alacakların tahkikine, ekseriyet nisabına dair olan hükümleri bu muamele hakkında da tatbik olunur.

Alacaklıların toplanması hakkındaki talep her türlü takibi durdurduğu gibi anlaşma husulüne veya hakem kararının tanzimine kadar hiç bir muhafaza tedbiri de tatbik olunamaz.

Bu suretle teşkil edilen hakem komisyonu müstedinin hakikî ödeme kudretini nazara alarak esbabı mucibeli bir karar verir. Karar reylerin ekseriyetile ittihaz edilir. İkiden fazla mahiyette rey izhar edildiği takdirde reisin reyi tercih olunur. Bu hususta ittihaz edilen karar kat'î olup ne istinaf ve ne de temyize tâbidir. Komisyon müstedinin kanunda tayin edilmiş tenzilât sebebile mâruz kaldığı ziyanın aktifine (servetin mecmuuna) olan nisbetinden fazla bir tenzilât yapmaya ve ödeme müddetini beş yıldan fazla uzatmaya salâhiyettar değildir. Kanun bu suretle borçların tenzilinden zarar gören alacaklılara gördükleri zarar nisbetinde bir tâvizde bulunmaktadır.

Bundan başka komisyon müstedinin bu asgarî şartları dahi ifa edemiyecek bir halde olduğunu görür veya müstedi alacaklılarile yaptığı ihtilâftan doğan vecibeleri veya hakem komisyonunun kararını ifa etmezse parası ödenmemiş olan her alacaklı mahkemeden müstediye ait malların iflâs hakkındaki usullere göre tasfiyesini isteyebilir. Bununla beraber borçlunun iflâsı taleb edilemeyeceği gibi malları hakkında münferiden icraî takipte de bulunulamaz.

Borçların tenzili kanununda yazılı hükümlerin tatbikinden dolayı zarar gören kredi müesseselerile anonim şirketler lehine konulmuş olan hükümler ve bu zararların müessesenin kendi alacaklıları arasında taksim edilmesi esası 52 inci ve 62 inci maddelerde tesbit edilmiştir.

Mevzuatının en az yüzde onu teşkil eden alacakları tenzile tâbi tutulmuş ve borçlularının kâffesi hakkında kanunun tayin ettiği tesviye tarzını kabul etmiş bulunan her nevi kredi müesseselerile anonim şirketler kendi borçlarının tesviyesi için alacaklılarile bir uzlaşma yapabilirler. Müesseseden alacaklı olanların ekseriyeti (alacak mikdarı itibarile) böyle bir uzlaşmaya tahrirî olarak muvafakat eyledikleri takdirde kabule iktiran eden tesviye tarzı bütün alacaklılar hakkında muteber ve mecburî sayılır.

763

Aynı zamanda bu vaziyette bulunan kredi müesseseleri ve anonim şirketleri Bidayet mahkemesi reisinden müessesenin ödeme kudretini tayin zımnında bir komisyonun teşkilini talep edebilirler. Bu komisyon Romanya Millî bankası mümessilinin reisliği altında talebi yapan müessese idare hey'eti tarafından seçilmiş bir delege ve mahkeme birinci reisi tarafından alacaklılar listesinden kur'a çekmek suretile tayin edilen bir delegeden teşekkül eder.

Bu komisyon talebi yapan müessesenin hakikî ödeme kudretini gözönünde bulundurarak müessese borçlarının ne nisbette hangi tarihte ve ne mikdar faizle ödeneceğini gösteren esbabı mucibeli bir karar verir. Karar ekseriyeti ârâ ile verilir ve reylerin dağılması halinde reisin reyi tercih edilir. Her alacaklı talebi yapmış olan müessese komisyona lâyiha verebilirler. Komisyon tarafları davete ve dinlemeye mecbur değildir. Komisyon kararı aleyhine istinaf yoluna müracaat edilemez, derhal kabili icra olan bu karar, tebliğ tarihinden onbeş gün içinde temyiz teşkilât kanununda yazılı sebeplere istinaden istinaf mahkemesine temyiz edilebilir. Kararın nakzı halinde istinaf mahkemesi işin esasını da rü'yet eder. Bu komisyon alacakları ancak müessesenin kanunun tatbiki dolayısile gördüğü zararın aktifine olan nisbetinden daha yüksek bir mikdarda tenzile tâbi tutamayacağı gibi ödeme için beş yıldan uzun bir vâde tayin edemez. Bu şartları tatbik edemiyecek vaziyette bulunan kredi müesseselerile anonim şirketleri hakkında tüccarlar, sanayi erbabı ve ticaret şirketleri için konulmuş olan hükümlere müşabih kolaylıklar derpiş edilmiştir. Komisyon mevzuubahs müesseselerden birinin bu asgarî şartları dahi ifa edemiyecek bir halde bulunduğu kanaatına vardığı takdirde o müessesenin tasfiyesine karar ita ve bu hususun icrasına bir memur tayin eder. Tasfiye memuru vazifesini Ticaret kanunu hükümlerine göre yapar. Şu kadar ki bu tasfiye hiç bir zaman iflâs mahiyetinde sayılamaz ve müessese mensupları hakkında şahsî takibatta da bulunulamaz.

Her türlü kredi müesseselerile anonim şirketler kanununun neşri tarihinden itibaren altı ay zarfında vâdesi hulûl edecek borçları için Romanya Millî Bankası tarafından tayin edilecek ödeme kudretiyle mütenasib mikdarda ödemek hakkını haizdir. Romanya Millî Bankası bir karar vermekten istinkâf eylediği takdirde alâkalı müessese ödemek kudretinin tayinini mahkemeden isteyebilir. Bu hususta Romanya Millî Bankasına yapılacak müracaat her türlü icra takibi, ihtiyatî tebdir veya iflâs ilânı talebini durdurur. Romanya Millî Bankası ve istinkâfı halinde mahkeme tarafından kanunun neşri tarihinden en çok altı ay içinde ve o müddet zarfında muteber olmak üzere karar ve-

764

rilmiş olması lâzımdır.

Kredi müesseselerile anonim şirketleri lehine olarak tesbit edilen tesviye plânının veya yukarıda yazılı komisyon kararından doğan herhangi bir vecibenin ifa edilmemesi her alacaklıya uzlaşmanın veya komisyon kararı neticelerinin ref edilmesini istemek hakkını verir. Refi kararının kabulü halinde mahkeme aynı zamanda müessesenin tasfiyesine karar vererek tasfiyeyi idare edecek memurun tayini zımnında müessese umumî heyetinin muayyen bir tarihte toplanmaya çağırılmasına karar verir. Tasfiye Ticaret kanununun hükümlerine göre yapılır ancak tasfiyeye tâbi tutulan, iflâs etmiş sayılmıyacağı gibi şahsî takiplere de mevzu olamaz.

Alacaklılar listesine gayrı hakikî ve musanna isim ve meblâğ derceden veya her ne suretle olursa olsun komisyona müessesenin vaziyeti hakkıda yanlış malûmat vermiş olan suiniyet sahibi müdür ve idare hey'eti murahhasları dolandırıcılık cümrü için tayin edilen ceza ile tecziye edilirler.

Borçların tenzili hakkındaki kanunun neşri tarihinde tasdik edilmiş bir konkordatosu olup tenzil kanunu hükümlerine tâbi alacaklarını mikdarı bütün alacaklarının en az yüzde onbeşine varan ve tenzil kanunu bütün borçları için kabul etmiş bulunan itibar müesseseleri henüz tediye edilmemiş bulunan konkordato taksitlerinin ödenmesi için kanunun neşri tarihinden itibaren beş yıllık bir vadeden istifade ederler. Bu müddet zarfında konkordato fesh edilemiyeceği gibi bu müesseselerin iflâsı istenemez ve münferid icra ve takip yoluna müracaat olunamaz. Bu müesseseler kanunun neşri tarihinden itibaren beş yıl içinde konkordatodan vaz geçtikleri takdirde yukarıda bahsetmiş olduğumuz tediye şeklinden istifade hakkını kazanırlar.

Kanunun 62 inci maddesi Romanya Millî Bankasının bir taraftan borçların tenzili hakkındaki kanunun tatbiki dolayısiyle uğradığı zararı karşılamak diğer taraftan umumî kredinin ve kooperatif kredisinin idamesi maksadiyle Devletin Romanya Millî Bankasiyle bir mukavele akdedeceğini ve bankaya kanunun devamı müddetince senede 450000000 ley vermeyi taahhüt edeceğini tesbit etmektedir. Ödenecek paralar mukavele mucibince her sene bu maddeye istinaden bütçeye konulur. Esasen aynı madde Romanya Bankasına mukavele mucibince tayin edilen meblâğ Devlet hesabına Romanya Millî Bankasına tevdi edilmiş olan meblâğ arasından almak hakkını da tanımıştır. Ancak normal tediyenin hazine bonosile yapılması şart konulmuştur. Devlet mukavelenin akdinde Romanya Millî Bankasına onbeş yılda ödenmesi lâzım gelen paraların yıllık taksitlerine müsavi mikdarda hazine bonosu

765

teslim etmekle mükelleftir. Bu bonolar Devlet altın madenlerinin istihsali ve hususî altın madenlerinden devletin aldığı gelirler temin edilmiştir. Bu bonolar tediyat yapıldıkça devlete iade edilir. Devlet tarafından verilmiş olan paraların tevzi ve istimali şeklinin yukarıda bu hususta yapılacak mukavelede tayin ve tesbit edileceği kanunun 62 inci maddesinde yazılıdır.

Crédit Foncier Rural bankasına tatbik edilecek hükümler kanunun 63 üncü maddesinin mevzuunu teşkil eylemiştir. Bu maddenin tercümesi aşağıya aynen dercedilmiştir:

Madde: 63 — La première Société Civile de Crédit Foncier Rural'a [1] karşı mevcut olan borçlara bu maddede tayin edilmiş olan hükümler tatbik olunur. Şöyleki:

1 — Yüzde beş faizli emlâk rehni mukabili yapılan ikrazlar için Le Crédit Rural Crédit Foncier şirketleri hakkındaki 27-Haziran-1923 tarihli kanun ve buna istinaden yapılmış olan istatülere muhalif olarak aşağıda yazılı hususlara mezundur:

a — Müstakrizlerin 1-Kânunusani-1932 tarihindeki borçlarına karşılık olarak çıkarılmış olan ve nominal kıymetin yarısına tekabül edecek ihraç kıymetinde yüzde beş faizli emlâk senetlerini tedavülden kaldırıp ilga etmeye;

İşbu senetlerin hâmilleri, şirketten mübadele için ibraz edecekleri rehin senetleri ihraç kıymetlerinin yarısı nisbetinde aynı ihraç tarihli ve aynı faizli tahviller alırlar. Bu muamelenin icrası için yüzde beş faizli rehin senetleri hâmillerine kanunun resmî gazete ile neşri tarihinden itibaren altı aylık bir mühlet vererek hâmiller yedlerinde bulunan senetlerin mübadelesini kabul edip etmediklerini şirketin merkezine bildirirler. Bu müddet zarfında beyanda bulunmamış olan hâmiller kanunda yazılı şartlarla mübadeleyi kabul etmiş sayılırlar.

Tebdilen verilmiş olan yüzde beş faizli yeni rehin senetleri halde ve istikbalde gerek kuponlarda yazılı faiz ve gerek resülmal için her türlü vergi ve resimden muafdır. Aynı suretle bu senetlerin şirket veznesine ibraz edilen resülmal ve faiz kuponu bordrolarından da hiç bir resim alınmaz.

Tedavülde bulunan yüzde beş faizli emlâk rehin senetlerinden mübadele edilmek üzere şirket veznesine ibraz edilmiş olmayanlar bu tarihte mevcut resimlerden başka faiz üzerinden yüzde altmış ve resülmal üzerinden yüzde elli nisbetinde munzam bir resme tâbi olacaktır. Bu resimler tediye sırasında tahsil edilip devlete verilir.

Devlet mübadele edilmeyen rehin senetleri yüzünden Crédit Ru-

[1] Metinde Crédit Rural olarak kullanılmıştır.

766

ral müessesesinin uğrayacağı ziyanı öder.

b — Bu tenzilden hasıl olan parayı yüzde beş faizli emlâk rehin senetleri şeklinde yapılmış olan istikrazların borçluları arasında, senetlerin paraya tahvilinden dolayı her birinin uğradığı zarar nisbetinde ve 1-Kânunusani-1919 tarihinden sonra yapılan istikrazlar için bunlara ait rehin senetlerinin, istikrazların paraya tahvilleri tarihindeki piyasa kıymetleri nazarı itibara alarak taksime Crédit Rural mezundur; 1-Kânunusani-1919 tarihinden önce yapılan istikrazları da kıymet bedeli başabaş hesap edilir.

2 — Yüzde on faizli rehin senetleri olarak yapılan istikrazlar için Crédit Rural 1-Kânunusani-1932 tarihinden itibaren onbeş yıl müddetle her yıl yüzde on yerine yüzde beş faiz alacak ve hâmillere aynı müddet içinde kupon karşılığı olarak her yüz ley ihraç kıymeti için yılda yüzde beş faiz verecektir.

Crédit Rural müessesesi 1-Temmuz-1932 tarihinden başlayarak 15 gün içinde, 1-Kânunusani-1919 tarihinden sonra yüzde beş faizli emlâk rehin senetleri şeklinde yapılan istikrazlarda verilmesi lâzımgelen resülmal ile yüzde on faizli emlâk rehin senetleri şeklindeki istikrazların resülmali üzerinden yüzde beş yerine yüzde üç faiz alacak ve Devlet her yıl 1-Mayıs ve 1-Teşrinisani tarihlerinde Crédit Rural müessesesile yapacağı mukavele mucibince müesseseye ödeyeceği yüzde iki farkı yeni bir salâhiyet kanunu neşrine ihtiyaç olmaksızın kendi üzerine alacaktır.

3 — Rehin senetlerinin gecikmiş taksitleri şirketin muvafakat ettiği tenziller nazarı itibare alınarak 30-Haziran-1934 tarihinde kapitalize edilmek suretile yarı yarıya indirilecektir.

Bu suretle indirilmiş olan gecikmiş kısımlar altı aylık taksitlerle ve yüzde üç faizle ödenecek faizin yüzde biri Millî Bankaca tahsil edilecektir. Tediye vadesi en çok 15 yıl olup borçluların talepleri üzerine idare meclisince tesbit edilir.

4 — Tunanın su baskınına uğrayan mıntakalarını kıymetlendirme kanununa tevfikan emlâk islâhı sendikalarının kanunî mümessili sıfatiyle Ziraat ve Emlâk Bakanlığında yaptığı istikrazları ödemek hususunda iltizam edilen taahhütlerin icabatından olarak Devlet 30-Haziran-1934 tarihine kadar vadesi gelmiş yıllık taksitleri yüzde yetmişile 1-Temmuz-1934 tarihinde ödenmemiş bulunan resülmalin yüzde yetmişini üzerine alır.

Bunu takib eden taksitler de Devlet tarafından ödenir. Devletin Crédit Rural müessesesile yapacağı hususî mukavele üzerinden

30 - Haziran-1934 tarihine kadar vadesi gelmiş yıllık taksitler yeni bir kanunla salâhiyet almağa lüzum olmaksızın Devlet tarafından tediye edilir.

Borcun re'sülmal ve taksitlerin yüzde otuz farkı istikrazın yapıldığı şartlar ve teminatla ıslah edilmiş arazi üzerinde baki kalır.

Crédit Rual obligasyonları Millî Bankada iskonto edilen ikrazat için 1-Temmuz-1934 tarihinden itibaren yüz leyde 2,60 ve obligasyonları piyasada satılmış olan ikrazlar için de 3,50 ley ödeyecektir.

Bu istikrazlara ait idare masrafları 1-Temmuz-1934 den itibaren yüz ley başına 0,80 ley indirilmiştir.

5 — Virmanlı istikrazlarda hasıl olan ve 7-Şubat-1929 tarihli istikraz kanunile Devlete intikal eden borçlarla Devlete geçmemiş olan borçlar şirket tarafından muvafakat edilen tenzilât nazarı itibare alınarak yüzde elli indirilir. Bu suretle indirilen borçların ödeme müddeti 1-Temmuz-1959 tarihine kadar uzatılmıştır.

6 — Rehinle temin edilmiş ikrazlardan hasıl olan hesabı cari ve iskonto şeklindeki borçların yüzde ellisi indirilmiştir.

Bu suretle indirilmiş olan borç yüzde üç faizle ve borçluların talebi üzerine on beş yılı geçmemek üzere idare meclisi tarafından tayin edilen müddet zarfında ödenmiş bulunacaktır. Faizin yüzde biri Millî Bankaye aitdir.

7 — İkraz mukavelelerinde kanunlarla sitatülerde, borçların resülmal, faiz, gecikmiş taksit ve masraf olarak Crédit Rural'a karşı ödenmesi için derpiş edilen bütün haklar, teminat ve sair şartlar tamamiyle mahfuzdur.

8 — Borçluların Crédit Rural müessesesine alacağı mobilize etmek için verecekleri senetler pul resminden muaftır.

9 — Her ne mahiyetle ve her hangi bir sıfatla akdedilmiş olursa olsun Crédit Rural şirketinin borçları da kezalik ayni nisbet dahilinde yüzde elli indirilmiştir.

Crédit Rural bütün alacaklılarına karşı kanunda yazılı faiz mikdarından ve ödeme şekillerinden istifade eder.

10 — Para borçluları hakkında Crédit Rural pour les dettes en numéraire şirketinin bütün borçluları kanunun çiftçi borçlularına bahşettiği indirmeden istifade ederler. Kezalik bu borçlar için aynı hükümler şirketten alacağı olanlara da tatbik edilir.

11 — Bu kanunun tatbikından dolayı Crédit Rural şirketinin uğrayacağı zararların kâffesi Devlet tarafından ödenir. Zarar ve ziyan mikdarı Crédit Rural ile Devlet arasında akdedilen bir mukavele ile tesbit olunur. Bu husus için kanunla ayrıca salâhiyet almağa lüzum yoktur.

768

«Crédit Foncier Urbain» e ait alacak ve borçluların tediye şekilleri aşağıda yazılı olduğu veçhile kanunun 64 üncü maddesinde gösterilmiştir.

Madde: 64 .—Crédit Urbain şirketi tarafından 31-Kânunuevvel-1918 tarihinden sonra akdedilen istikrazlar 1-Kânunusani-1933 tarihinde henüz itfa edilmemiş re'sülmal üzerinden borç kalan kısma yüzde yirmi beş tenzile tâbi tutulmuştur. Bu suretle yetmiş beş leye indirilmiş olan re'sülmale yılda üçbuçuk ley faiz verilir. Bu faizde idare masrafları da dahildir.

20-Mart-1926 tarihli Crédit Foncier Urbain kanununa muhalif olarak C.F.U. şirketleri tarafından yıllık yüzde beş kuponlu rehin senedlerinin ihraç kıymetleri işbu kanun hükümleri mucibince ve 1-Kânunusani-1933 tarihinden itibaren aynı nisbette yüz leye indirilir ve bu yetmiş beş ley mikdarına 2,50 leylik bir faiz kuponu verilir.

Rehin senetleri hâmilleri mezkûr senetlerin 1-Temmuz-1933 ve 1-Kânunusani 1934 tarihlerinde vadesi gelen kuponların şirketler kanunu mucibince ibra edilmiş oldukları için iddia ve talep edemezler.

Tedavülde bulunan C. F. U. rehin senetlerinin tâbi tutulduğu tenzilât senet ve kuponlar üzerine damga basmak suretiyle işaret edilir. Bu muamelenin bir yıl içinde yapılmış olması şarttır.

Bu kanun neşri tarihinden itibaren bir yıl içinde resülmal ve kuponların yukarıda yazılı mikdara indirilmesini kabul etmeyen hâmiller kuponların faizlerini alırken şirket veznesine tediyeye mecbur oldukları resimden maada tahvil ve kuponun nominal kıymeti üzerinden yüzde elli nisbetinde vergi vermeğe mecburdurlar.

Devlet bu suretle ödenmiş olan yüzde elli mikdarındaki vergiyi şirkete terkedebilir.

Nominal kıymetlerine göre yüzde yirmi beş indirilmiş olan C. F. U. Emlâk rehni senetleri 1-Temmuz-1934 den itibaren resülmal ve faiz için gerek halen mevcut ve gerek ileride ihdas edilecek her türlü resimden muaftır. Şirket veznesine tediye edilmek üzere ibraz edilen faiz kuponu ve tahvil bordroları da pul resminden muaftır.

C.F.U. şirketlerinin yüzde on faizli rehin senetleri faiz kuponu karşılığı olarak 1-Kânunusani-1933 tarihinden itibaren hâmillerine nominal kıymet üzerinden yüzde on yerine yüzde beş ödenir. Bu rehin senetleriyle faiz kuponları da yukarıda yazılı olanlar gibi pul resminden ve her türlü vergiden muaftır.

C.F.U. şirketlerinden istikraz yapmış olanların 31-Kânunuevvel-1933 tarihine kadar borçlu oldukları gecikmiş taksitlerin ödenme müddeti borçlunun vaziyetine göre on seneden onbeş seneye kadar temdit ve senede yüzde altı faize de tâbi tutulur.

Devlet gecikmiş taksitlerin kapitalize edilmesinden hasıl olacak malî güçlükleri tehvin için C.F.U. şirketlerine Caisse de Dépôt et Consignations sandığı tarafından yüzde altı faizle on beş yıla ayrılmış eski taksitler mecmuunun yüzde yetmiş beşi nisbetinde bir hususî hesap açtırmağa mezundur.

Crédit Hypothécaire Transitoire ve Caisse Rurale alacak ve borçları hakkında C.F.U. ve C.F.R. şirketlerine gösterilen kolaylıklara müvazi olarak tesbit edilen hükümler kanunun 65 ve 66 ıncı maddelerinin mevzuunu teşkil eylemiştir.

Umumî ve intikali hükümlerden bâhis olan üçüncü kısım tenzile tâbi tutulan borçları bazı vergi muafiyetlerinden istifade ettirmiştir. Çiftçi ve şehirlilere ait borçlardan tenzile tâbi tutulmıyanlar kanunun bu kısmında sayılmıştır.

A — Alacaklı olan hakikî veya hükmî şahıs, borcun akdi ve kanunun tatbiki sırasında ecnebi tabiiyetini haiz olup ve Romanyada ikametgâhı, esas veya tâli merkezi bulunmazsa kanundan istisna edilir. Miras tarikile iktisab edilmiş arazi satışından doğan alacaklar bu hükümden istifade etmez.

B — Borcun akdi sırasında bu vasıfları haiz olan tüccar ve sanayi erbabından borçları medenî mahiyette olmayanlar veya bu mahiyeti ikraz mukavelesinden neş'et etmemiş olanların borçları tenzile tâbi tutulmaz. Bu hüküm bir köy komününde ticaret yapanlarla küçük sanatkâr olan ve onda bir mukabilinde buğday öğüden köy değirmen sahiplerine tatbik edilmez.

C -- Cinaî fillerden dolayı haklarında kat'î bir mahkûmiyet kararı lâhik olan suçluların bu sebeple ödemeye mecbur olduğu meblâğlar.

D — Devletce vilâyet ve belediyeye vergi, resim veya para cezalarından dolayı olan borçlar.

E — Borçları yekûnu, 1933 senesi vergisine esas teşkil eden gayrı safi gelirin yarısını geçmeyen borçlular;

F — Nafaka borçları;

G — Zabit karılarının nizamî drahoma alacakları;

H — Devlet memurları kredi ve yardım müesseselerile âmme müesseselerinin alacakları;

İ — İşçilerin ve hizmet adamlarının alacakları; kanunun tahdidî olarak tesbit eylediği istisnalar arasındadır.

Mahkemelerle İcra daireleri dava veya takibin her hangi bir safhasında borçlunun kanundan istifade edip etmiyeceğini veya alacağın kanunun tayin ettiği istisnalara dahil olup olmadığı hakkında karar vermeğe salâhiyetlidir.

770

Romanya Adliye Bakanlığı istatistik dairesi tarafından 7-Nisan-1934 tarihli kanunun tatbiki hakkında yapılan anket neticesinde bu kanunun dördüncü maddesine tevfikan tenzile tâbi tutulan çiftci borçlarının yekûnu 5.985.920.992 ley olup takriben seksen dokuz milyon türk lirası. Kanunun tatbikinde 2.992.962,469 leye inmiş olmaktadır. Kanuna tevfikan borçlular tarafından tediye edilen ilk taksitin tutarı 118.580.198 leydir.

2-Ağustos-1932 tarihli ankete göre 2.474.781 ziraat borçlusu beyanda bulunmuşlardır.

Buna göre ilk taksiti yatırmış olan 81.280 çiftci borçlular tasfiye beyanı yapan borçlunun yüzde 3,28 idir.

Anket neticesinde bu rakamlardan yalnız bu borçluların ilk taksitlerini ödediklerinin istidlâl edilemeyeceği bir kısım borçluların da alacaklıları, ve kredi müesseselerile uyuşmuş olduklarını kaydetmektedir.

Bu mülahâzayı teyid sadedinde beyanda bulunan borçluların kâffesinin ilk taksiti 419.044.530 ley olduğuna göre bunlardan yüzde üçünün taksit yekûnu 28.969.680 ley olması icap ederken 118.580.198 leye baliğ olduğu izah edilmekte ve bu halin taksitlerini veren borçlulardan bir çoğunun aynı zamanda resülmali de ödediklerine delâlet eylediği kaydedilmektedir. Anket neticesinde:

1 — 1932 de borçlarının tenzilini istemiş olan borçlu adedine göre (Arazisi on hektardan aşağı olanlar) çiftçi borçlulardan pek azı 7-Nisan-1934 tarihli kanunun tesbit eylediği tesviye şeklinden istifade eyledikleri;

2 — Borcu yüzde altmış veya yetmiş nisbetinde indirilmiş olanlardan bir kısmının ilk taksit olarak yalnız 4,8,12 ve hattâ 2 ley vermekle iktifa ettikleri;

3 — Bir kısım borçluların da gerek alacaklılar ve gerek kredi müesseseleriyle uzaklaştıkları Adliye Bakanına verilen 8-Şubat-935 tarihli raporda bildirilmekte ise de alacaklılarla borçluların uyuşmuş oldukları hakkındaki mülâhazayı teyid eden sebepler izah ve irae edilmiş değildir.

Adliye istatistik dairesi tarafından Romanya Adliye Bakanına verilen ikinci bir raporda: 28-Ağustos-1934 tarihli anketle tesbit olunan alacaklılar yekûnu 827.294 olduğuna ve kanunun tayin ve tesbit etmiş olduğu tesviye tarziyle borcun tenzilini kabule muvafakat etmeyen alacaklı sayısı 11.780 den ibaret bulunduğuna göre kanunun ihtiyarî surette koymuş olduğu hükümlerin alacaklıların % 99,4 tarafından kabul edilmiş olduğu tezahür eder denilmiştir.

Borçlarının indirilmesine muvafakat etmeyenlerin 92.950 adedi

yani % 85,60 ı çiftçi ve 16.349 u yani % 14,40 ı şehirlidir.

Alacaklılar tarafından borçlarının tenziline muvafakat edilmeyen borçluların sayısı 111.441 Romanyadaki bütün borçlu adedine (3.510.286) nisbeti % 3,15 dir.

Borcu tenzil edilmeyen 111.441 borçlunun 11.780 alacaklıya borçlu oldukları mikdar 2.697.136.825 leydir.

Fakat bütün borç yekûnu olan yetmiş dokuz milyar (Bir milyar Türk lirasından fazla) leye nisbeti % 3,40 dır.

No: 79

İcra ve iflâs kanunu etrafında düşünceler

Yazan: *S. Şakir ANSAY*

Daima tekrar edildiği ve umumiyetle bilindiği üzere eyi bir İcra ve İflâs kanunu alacaklıların alacağını en çabuk, en sade, ve en az masraflı yolda alan ve borçluya karşı lüzumsuz sertliklere meydan vermiyen kanundur. Bir alacaklının vaktinde alacağını alamaması onu ye'se, ıstıraba düşürür ve ihtiyaçlarını kapamak için borç aramağa mecbur eder. Bu bilhassa Adliye ve İcra sahasında yeniden yeniye işler de doğurur. Borçluya karşı fazla şiddet onun içtimaî, iktisadî varlığını ezer, onu cemiyet için faydalı bir unsur olmaktan çıkararak muzır bir hale sokabilir.

Bununla beraber İcra ve İflâs alanındaki bir kanun bilhassa istihkak müddeileri gibi üçüncü şahısların araya giren menfaatlerini ve aynı zamanda bu menfaatleri himaye gayretlerinin alacaklı ve borçluyu zarara sokacak bir şekil almamasını da göz önünde tutmak mecburiyetindedir; ve yine borçluyu tâkib eden alacaklıdan başka henüz tâkip edemiyen veya tâkip etmek istemiyen alacaklıların da bulunabileceğini unutmamak icabeder.

Alacaklının hakkını çabuk ve temamen istifa hususuna matuf en esaslı hedefi gözden ırak tutmamakla berabar bu noktada karşılaşan ve çarpışan bütün arz olunan menfaatleri hesaba katmak ve ihmal edilemiyecek olan bu muhtelif kıymetleri birbirile ahenkli bir hale sokmak, itiraf etmek lâzımgelir ki kolay değildir. Bunun içindirki Lyon Caen'in dediği gibi kanun vazıı bu sahada nasıl bir kanun yaparsa yapsın daima şikâyet edenler bulunabilecektir.

Filhakika İcra ve İflâs işlerinden her memlekette şikâyetler işidilmişdir. İsviçre İcra ve İflâs kanunu etrafındaki şikâyet ve tenkitler İsviçrenin hiç bir kanununa karşı yapılmamıştır.

Bütün bu müşkilâta rağmen İcra ve İflâs sahasında muhtemel engelleri asgarî haddine indirmek, vukubulacak fenalıkları ve zararları elden geldiği kadar azaltmak ve tahammül edilebilir hale sokmak bir İcra ve İflâs kanununun yegâne vazifesi olarak daima kalacaktır.

Bu noktalarda bizim 1932 tarihli İcra ve İflas kanunumuz tam bir muvaffakiyet elde edememiştir. Selefi olan 1929 tarihli kanun kadar açık ve gürültülü sikâyetler doğurmamış ise de adalet tevzi-inde en son ve fiilî safhayı teşkil eden İcra ve İflâs işlerinde en eyi kuralları isteyen ve arayan cumhuriyetimizi memnun ve tatmin etmiştir denemez.

Bunun şübhesiz muhtelif sebebleri vardır; kısaca şunlar söylenebilir:

1932 Tarihli kanun hazırlanırken gerçi pratisiyenlerden mütalâalar toplanmış ise de fikrimce bunlar etraflı olmamış ve münferit, perakende kalmıştır. Kısa bir zamanda hazırlanmış ve İsviçre İcra ve İflâs kanununun ana yolları üzerinde yürümek mecburiyetinde kaldığı halde bazan o ana yoliardan ayrılmış ve başka istikametlere doğru gitmiş olduğundan hükümleri zarurî surette karışmıştır. Esasen kanunumuza nümune teşkil eden ve 1892 tarihinde mer'iyete giren İsviçre İcra ve İflâs kanunu umumiyetle kabul edildiği üzere siyasî endişeler ve zaruretler altında hukukî ve hakikî manasile tam bir kanun olamamıştır. Yapısında bir ferahlık yoktur; dolambaçlı ve eksiktir. Fakat muhtevasında henüz bir değişiklik görmemiş olan bu kanun, kırk yıl içinde bilhassa federal-mahkemenin bir tarafdan çıkardığı — kanunun iki misline yakın— bir çok nizamname ve emirnamelerle ve diğer tarafdan kudretli içtihatlarile doldurulmuş, bütünlenmiş, kapalı noktalarında açılmış ve böylece bir tatbik kabiliyeti almıştır.

Her kanun tedvininde hukuk mukayeselerinden kıymetli yardımlar elde edileceğinden 1932 tarihli kanunumuz da hiç olmazsa ve bilhassa bu uzun tatbikat ve tecrübe mahsullerinden istifade edebilirdi.

İsviçredeki vaziyet de aşikâr surette gösteriyor ki kanunumuz mühim kısımlarında eksik kalmıştır. Gerçi maddelerin çokluğu bir kanunu zengin yapmaz ve kanunun kısalığı haddi zatında bir kusur diye ileri sürülemez. Fakat zan ediyorum ki bilhassa İcra ve İflas kanunu gibi şekle ait ve tatbikata mütedair bulunan bir kanunda bütün bütün büyük boşluklar bırakılması onun işlemesine bir kolaylık vereceği de iddia edilemez.

Kanunumuzun mühim boşluklarını göstermek için bir kaçına işaret edeceğim:

Bir gemideki veya iştirak halinde veya müşterek halde bulunan bir menkul veya gayrı menkuldeki hissenin ve bir intifa hakkının haciz ve satışı hakkında kanunumuzun 94 ve 121 inci maddelerinden başka bir hükme tesadüf edilmez. Halbuki bu gibi hakların ve malların haczi ve satışı daima vâki olabildiği gibi hususiyet ve ehemmi-

yeti de haizdir. Netekim bunlar hakkında İsviçrede müteaddit nizamnameler çıkarılmıştır.

Gemilerin haczi ve satışı hakkında da kanunumuzda kâfi hükümler yoktur. Ticaret kanunumuzda mevcut bir madde ile bu haciz ve satış işleri tanzim edilmiş sayılamaz. İcra ve İflâs kanununda gemilerin gayrimenkul gibi sayılması ile de bu haciz ve satış muamelelerinin nasıl olacağı hal edilmiş değildir. Başka memleketlerde olduğu gibi buhların haczindeki ve satışındaki ehemmiyet ve hususiyete göre kanuna hükümler konmalıdır.

Bir defalık edaya dair olmayan ve bilâkis tevali eden alacaklarda ve bilhassa nafaka alacaklarında diğer alacalarla iştirâk halinde ne suretle muamele yapılacağı kanunumuzda gösterilmemiştir. Ekseriya vâki olan bu iştirâklerde ihtilâflar çıkması tabiîdir ve her ihtilâfın, muameleyi uzatacağı da şüphesizdir.

İsviçre İcra ve İflâs kanunu âmme hukukuna müstenit alacaklara da şâmil olduğu halde (İsviçre kanunu M.43) bizde âmme alacaklarında tahsili emval kanunu caridir. Devlet alacaklarından dolayı yapılan bir hacze bir ferdin iştiraki ve o hacze karşı vaziyeti ve diğer taraftan hususî bir şahsın haczettirdiği bir mala devletin iştirâki ve vaziyeti nasıl olacağı ne tahsili emval kanununda ve ne de İcra ve İflâs kanununda tanzim edilmemiştir.

İcra ve İflâs kanunumuz doğrudan doğruya kendisine ait olan ve fakat daha önce ticaret kanununa girmiş bulunan İflâs hakkındaki bir takım hükümlerle irtibat temin edememiş ve bilhassa o kanunda yazılı rüchanlı ve imtiyazlı alacakların haciz veya iflâsta hangi sıraya gireceği müphem kalmıştır.

İcra ve İflâs kanunumuz büyük boşlukları ile beraber sade de değildir. İsviçre İcra ve İflâs kanununun kabul ettiği karışık ve muhtelif tâkip yollarına, bunlar yetmiyormuş gibi. daha başkalarını da ilâve etmiştir. Poliçe, emre muharrer senet ve çekler hakkındaki haciz yolu buna başlıca bir misaldir.

İcra ve İflâs dairelerinin Cumhuriyet Müddeiumumilerinin daimî bir mürakabesi altında olup bunlar tarafından yılda en az bir defa teftiş olunacağına dair olan 13 üncü madde lüzumsuz ve belki de zararlı bir hükümdür. İcra ve İflâs daireleri tedkik mercilerinin mürakabesi altında olduğu gibi Adliye müfettişlerinin de teftişi altında olduğuna göre bu dairelerin bir de Cumhuriyet Müddeiumumileri tarafından teftişe tâbi tutulması İcra ve İflâs işlerinde bir selâmet ve sür'at temin edecek yerde karışıklığa ve sürüncemeye sebep olur. İcra daireleri ikide bir Müddeiumumilerin lüzumlu, lüzumsuz istizahlarına cevap vermekten, günlük mesailerini görmeğe güç vakit

bulacaklardır. İcra ve İflâs işleri gibi hususiyeti olan bir sahada Müddeiumumilerin böyle bir faaliyetinden müsmir bir netice alınabileceği çok şüphelidir. Diğer taraftan bu teftişler Müddeiumumilerin esas vazifelerine de halel verecektir.

Mal beyanı hakkındaki hükümler (M. 60 No: 3 ve 70 ve sonrakiler ve 337) hukukî bir kıymeti haiz görünmemekle beraber amelî bir faydası da olmayan hükümlerden sayılabilir. Bu hükümlerden dolayı lüzumsuz muamelelere ve hatta temyiz mahkemesinin hiçten meşguliyetlerine sebebiyet verildiği görülmektedir. Borçlu alacağına yetecek mikdarda bir mal gösterecek ise bunun kıymetini de kendi tahmin edecektir. Bu tahmin bilerek veya bilmiyerek yanlış olursa ne olacakdır. Bundan başka alacaklının henüz haciz istemediği veya isteyemediği bir zamanda borçlu neden mal beyanına mecbur olsun. Henüz haciz safhası girmeden borçluya böyle bir mükellefiyet tahmili ve buna ağır neticeler izafesi mevsimsiz değil midir? İtirazı ref olunan borçlunun temyize müracaat hakkı olduğundan, ref'i müteakip mal beyanında bulunmamış olmasından dolayı, tecziyesini temyiz mahkemesi haklı olarak kabul etmemiştir. Diğer taraftan bir borçlunun her hangi bir alacak için bütün mallarını beyana mecbur olması da fazla bir şey olur. Bu itibarla bütün bu hükümler yerine muayyen bir şeyin teslimi hakkındaki ilâmların icrasına da şâmil olmak üzere Alman usulünde olduğu gibi (M. 807, 883, 899, 903) bir beyan, daha faydalı olmak üzere düşünülebilir.

Kanunumuz İsviçre İcra ve İflâs kanununda olduğu gibi şikâyet ve itiraz adiyle biri idarî ve öbürü kazaî denebilen iki kanunî yol açmıştır. Bunların mercileri birleştirilmemiş veya birleştirilememiştir. İflâs işlerinde ödeme emrine itiraz, ticaret mahkemesinde görülmektedir. Haciz yolunda ödeme emrine itiraz ve şikâyet her ikisi de tedkik merciine giderse de İflâs yolunda şikâyetleri Ticaret mahkemesi tedkik edemiyecekdir (M. 225). Diğer taraftan İcra ve İflâs kanunu bazı hallerde hangi mahkemenin vazifeli olduğunu da göstermemiştir.

İcra ve İflâs işleri için münhasıran vazifedar olmak üzere bir merci tayini bir besatet temin edebilir. İcra ve İflâs mercii veya İcra ve İflâs mahkemesi diyebileceğimiz bu merci, İcra ve İflâs zımnında çıkacak bütün ihtilâfları ve şikâyetleri ve konkurdato işlerini tedkik ve halle salâhiyetli kılınabilir. Bu merci aynı zamanda İcra ve iflâs işlerini yüksekten mürakabe hakkını da haiz olacaktır. Böyle bir merciin kabulü temyiz mahkemesinin vazifesi ve tedkikatı noktasından da bir vahdete vesile verir. Filhakika bu gün İcra ve İflâsa müteallik bir çok ihtilâfların temyiz İcra ve İflâs dairesinden başka

dairelere gittiği görülmekte ve bu suretle kanunun tatbikatında aykırılıklar, ihtilâflar ve işlerde karışıklıklar ve gecikmeler olmaktadır.

Yukarıda işaret ettiğim üzere ticarî senetlere mahsus olarak kabul olunan ikinci bir haciz yoluna lüzum yoktur. Haciz için ancak bir yol olmalıdır. Yalnız burada zarurî ve mümkün görülürse bir az daha sür'at elde etmeğe çalışılabilir. Borçlu ödeme emrine itirazında dermeyan ettiği sebeplerle bağlı kalmadığına göre (M. 63) itiraz müddeti şikâyet müddetile birleştirilerek 7 veya 5 güne indirilebilir. Bu müddet ayni zamanda tediye müddeti de olacaktır. Fakat borçluya 111 inci madde mucibince bir ödeme mühleti verilebilecektir. Ve yine borçlu gecikmiş itiraz yoluna gideceği gibi istirdat davası ile de hakkını muhafaza edebilecektir.

İcra işlerinde matlup olan besatete medar olmak üzere burada daha bazı mülâhazalar nakletmek isterim:

Ezcümle, rehnin paraya çevrilmesi yolu zait bir yol olmak üzere kaldırılabilir ve haciz yoluna irca olunabilir. Rehnin paraya çevrilmesi yolunun kaldırılması yalnız bir sadelik temin etmiyecek, bundan daha başka bir faydası da olacaktır:

Malûm olduğu üzere kanunumuza göre rehinli alacaklarda esas itibarile ancak rehnin paraya çevrilmesi yoluna gidilebilir. Alacaklı bu yolda rehni paraya çevirtmeden önce resülmal alacağından dolayı borçlunun mallarında ne icraî ve ne de ihtiyatî bir haciz yapamaz ve iflâs isteyemez (M. 45, 167, 257).

Borçlunun başka bir alacaklısı borçlunun mallarını haciz ettirse ve onları sattırsa rehin alacaklısı ona seyirci kalmak mecburiyetindedir. Rehin bedelinin alacağını ödemeğe kâfî gelmediği rehnin satışı neticesinde anlaşılan alacaklı bu suretle alacağı mukabilinde rehin almamış olan bir alacaklıdan daha fena bir vaziyete düşebilecektir.

Menkul ve gayrımenkul malların satışında bir az daha çabukluk ve sadelik mümkün görülebilir. Bu hususlarda bilhassa istatistikler yardım edebilir:

İki defa müzayededen faydalı neticeler alınmadığı Avrupa tatbikatı neticelerinden olmak üzere söylenmiştir. Birinci arttırmaya iştirâk olunmayarak ikinci arttırma beklenmekte veya ikinci arttırmada birinci arttırmada elde edilen teklifden daha üstün bir bedel verilmemektedir. Bununla beraber Fransız usulünde olduğu gibi birinci arttırmada arttıran bağlı kalmak üzere bu son teklif gösterilerek yapılacak ikinci bir ilân ve arttırmadan sonra satışın yapılması yeni müşteriler celp ve tahrikine vesile verebilir. Bizim 330 tarihli İcra kanununun 106 ıncı maddesi ve bu günkü kanunumuzun 126, 127

inci maddeleri bu şekli terviç etmiştir. Fikrimce menkul mallarda yalnız bir defalık arttırma caiz görülmediği takdirde gayrımenkullerde olduğu tarzda bir arttırma kabul olunabilir.

İcra ve iflâs kanunumuz pazarlık suretile satışı yalnız menkul mallarda kabul etmiş gayrımenkullerde böyle bir satışı iflâsta caiz görmüştür. Zan ediyorum ki haciz yolunda da gayrımenkuller için bazı hallerde pazarlık suretile satışa müsaade olunabilir.

Kanunumuz haczolunan alacakların müzayedesi yerine alacaklılara devir yolunu — fakat onların talebi halinde — kabul etmiştir. Bilhassa menkul mallar satışında da muhammen kıymet üzerinden veya muayyen bir mikdardan mahcuz malı alacaklıya devr ve temlik etmek suretile bir tasfiye düşünülebilir.

İcra satışlarına rağbeti arttırmak için müşteriye verilen yedi günlük ödeme müddeti bilhassa gayrımenkullerde bir az daha uzatılabilir. 1929 tarihli kanunda bu müddet dört ay idi. Buna nisbetle yedi gün pek azdır.

Hacze iştirâk kanunumuzda karışmıştır. İsviçre kanunu ilk hacızdan itibaren muayyen bir müddet içinde gelen alacaklıları bir grup sayarak aralarında müsavat kabul eder.

Bu sistemi, Alman hukukçuları methettikleri ve hatta 1931 projelerine koydukları halde bizzat İsviçrelilerden mühim şahsiyetler beğenmezler ve kaldırılmasına tarafdardırlar.

Zannediyorum ki grup sistemi kanunumuzun temayül ettiği Fransız sistemine daha racihtir. Fransız sisteminde zahiren daha geniş mikyasta bir müsavat görünmekte ise de bu müsavat icra memurunun sür'at veya ataletine kalmış bir hal alabilir. Bilhassa kanunumuza göre haczi müteakip mal derhal satılabileceğinden müsavat kâğıt üzerinde kalabilecektir ve binnetice ilk haczeden lehine olarak Alman sisteminde olduğu gibi fakat şübhesiz kanunumuza göre paralar paylaşılmadan önce borçlu aleyhine iflâs açılmadığı takdirde tam bir rüchan ortaya çıkmaktadır. Grup sisteminde müsavat mahdut olsa da muayyendir, kat'idir; bir takvim hesabile bu iştirakin tesbiti mümkündür; bu itibarla sadedir.

İştirâk hakkında kanunumuzun koyduğu şartlar ve kayıtlar bir tetkike tâbi tutulmalıdır. Bunlar ihtilâflar doğuracak ve fena niyetlere meydan verecek tedbirlerden sayılsa haksız değildir.

Bütün bunlarla beraber hacze iştirâk sistemi, iflâs sistemi ile de mürtebit görülebilir ve orada kabul olunacak sisteme göre mütalâa olunabilir.

İsviçre İcra ve İflâs kanunu esas itibarile iflâsı tacir olanlara ve daha doğrusu ticaret sicillinde kayıtlı olanlara tatbik ederse de bu

778

vaziyette olmayan alelâde borçlulara da istisnaî hallerde iflâsın tatbikine müsaade eder. 1932 tarihli kanunumuz Fransız sisteminde olduğu gibi tacir olanlarla olmayanlar arasında pek sıkı bir tefrik yapmış ve iflâsı ancak Ticaret kanunu mucibince iflâsa tâbi olanlara, yani tacirlere hasretmiştir.

İsviçrede bu gün bir çok mütehassıslar iflâsın umumiyetle tacir olmayanlara da teşmiline taraftardır. İngilterede ve Almanyada kabul olunan bu sistem en yeni kanunlarda, sabık Avusturyanın 1914, Japonyanın 1922, Yugoslavyanın 1929 ve Çekoslavakyanın 1931 tarihli kanunlarında yer almıştır. Fransa ve İtalyada dahi bu sistemi terviç eden âlimler vardır.

İflâsın tacir olmayanlara da teşmili halinde bütün alacaklılar arasında tam bir müsavat temin olunacak ve tasfiyede de bir sadelik olacaktır.

İflâs sebebi, maddî yani ödemeden aciz gibi bir sebep olarak kabul edildiği takdirde muhtelif iflâs yollarına esas itibarile bir lüzum kalmıyabilir. Bu takdirde alelâde iflâs yolu (M. 155 ve sonrakiler) ve doğrudan doğruya iflâs yolu ile (M. 177 ve sonrakiler) tâkip için ayrı ayrı hükümlere lüzum kalmıyacak, alacaklı doğrudan doğruya İcra ve İflâs merciine veya mahkemesine müracaatla borçlunun ödemeden aczini ispat ederek iflâsa karar verilmesini isteyebilecektir. Bu suretle muhtelif yollar ortadan kalkacaktır. Yalnız poliçe, emre muharrer senet ve çekler hakkında daha hususî bir yol bırakılabilir.

Tasfiye noktasından da bir sadelik olabilir. İcra ve İflâs kanunumuz basit tasfiye adı altında kısa ve çabuk bir tasfiye usulü kabul etmiştir. Fakat bu istisnaî bir usuldür. Alel'âde tasfiye daha merasimli bir usuldür ki normal usûl budur.

Tasfiyede çabukluk ve ucuzluk temini için basit tasfiye usulüne benzer sade bir usulün normal usûl olarak (M. 256 ya bakınız) ve bu takdirde bu günkü alelâde usûl dediğimiz usulün veya o yolda esaslı bir usulün mühim ve karışık masaların tasfiyesinde istisnaî bir usûl olarak kabulü düşünülebilir.

İflâs masalarının tasfiyesinde bu günkü İcra ve İflâs kanunumuzda olduğu gibi alacaklıların büyük mikyasta nüfuzu devam etmeli midir (Madde 222, 224, 226, 228, 241 e bakınız), yoksa onun yerine devlet otoritesi, yani İcra ve İflâs dairelerinin salâhiyet ve idaresi mi kaim olmalıdır? meselesi üzerinde de durulabilir. Bu gün alacaklılara tasfiye üzerinde büyük bir tasarruf hakkı vermemek istikametinde temayüller vardır. Tasfiyede İflâs dairesi salâhiyetli sayılınca ve hususile basit tasfiye gibi sade bir yol, normal yol olarak kabul edi-

lince iflâs idaresine lüzum kalmıyacak ve alacaklılara da daha ziyade istişarî ve mürakib bir vaziyet verilmiş olacaktır.

Münferit bahisler hakkında kısmen kaydolunan şu mülâhazaların şüphesiz kanunun alacağı şekle göre esaslı suretde tedkiki ve tamiki zaruridir. Hususile İcra ve İflâs dairelerinin tatbikatta tesadüf ettikleri müşkilâtla temas edilince daha bir takım düşüncelere yol açılacaktır. Her halde kanunun şurasında burasında tesadüf edilen ve tatbikatçıları ve hukukcuları şaşırtan ve işlerin çoğalmasında ve uzamasında büyük ve mühim âmil olan karanlıklar ve karışıklıklar tavzih ve tashihe muhtaçtır. «Kanunun kıymeti ve eyiliği onu tatbik edenlerin kabiliyet ve liyakati ile ölçülür» sözü ne kadar doğruda olsa şüphesiz bu, onun haddi zatında haiz olması lâzımgelen kıymeti ve temamiyeti ve tanzimindeki ehemmiyeti hiç bir zaman istihfaf ve ihmâl ettiremez.

No: 80

Hususî haklara aid tedkikler:

Hukukî muamelelerde illet, illetden tecrid ve illetsizlik

B. Alman medenî haklar ilminde hukukî muamele nazariyesine yapılan kritik

Yazan: *Dr. Ferid AYİTER*

Alman medenî haklar ilminde umumiyetle kabul edilen ve ana hatları yukarıda gözden geçirilen hukukî muamele nazariyesi, ayni ilme mensub zevat tarafından ince bir suretde tahlil ve neticede kısmen veya tamamen red edilmişdir. Hususî haklar ilmimizin tekemmülü bakımından büyük bir ehemmiyeti olan bu kritiklerin esaslılarını kısaca tedkik edeceğiz.

I. Hukuk filozofisinde ve hususî haklar ilminde zamanımızın mâruf bir siması olan Binder hukukî muamelenin esaslarını şu suretle tayin ediyor: Mücerred ve münzevî bir mahiyetde ferdî iradeye sahib olan şahıs, varlığının gösterdiği lüzum derecesinde emrine tâbi kıldığı şeyler âlemine teveccüh eder. Kendini serbest bilen bu irade, diğer iradelerin de ayni suretle hür olduğunu kabul eyler. Bu iradenin hürriyeti sahasına giren şeyler, diğer hür iradelerin de emrine tâbi bulunabilir. Bu serbest iradeler, yekdiğerinin sahasına bir nevi tecavüzde bulunmadan, bahsedilen şeyler üzerinde diledikleri gibi tasarru edemezler. Böyle bir tecavüze mahal kalmamak için bir iradenin taallûk ettiği mevzu üzerine de diğer iradelerin geri çekilmeleri ve muvafakat göstermeleri lâzımdır. Bu suretle şahsiyetler birbirlerini karşılıklı kabul ve tasdik etmiş olurlar. Her iki tarafın iradesi kendi mevcudiyetini muhafaza eder. Yalnız mevzuları değişir. Trampa mukavelesi bunun en iyi misalidir. Her ik tarafın karşılıklı iradesi bu maksadla itilâf halinde bulunur. Dilimizde a n l a ş m a bunu ifade eder. Almanca «Vertrag» (mukavele) tâbiri de «sich vetragen» (geçinmek, anlaşmak) masdarından gelir. Burada gördüğümüz irade, sübjektif mahiyetdedir. Binder hukuku, ferdî (yani sübjektif) iradenin umumî (yani objektif) iradeyle vahdeti suretinde telâkki etdiğinden, «mukavele» ferdî iradelerin haricî ve tesadüfî bir irtibatı olmayıp, iki hukuk süjet'sinin cemiyet varlığından doğan hakikî müşterek iradeleridir. Bu suretle sübjektif ve objektif irade birleşir ve hukuk husule gelir. Binder sübjektif ve ob-

jektif iradelerin birliğini hukuk ve mukavele mefhumları için esas telâkki etdiğinden «positivist» (isbatiyeci) diye tavsif etdiği Windscheid (Windşayd), Regelsberger ve von Tuhr (fon Tur) gibi huhukcuların meseleyi yanlış vaz etdiklerini ve «huhukî tesir»'in ferdî fiil ve harekete «yahud» hukukî nizamın iradesine irca edilmesi doğru olmadığını kayd eyliyor. Hukuken mesele şu suretle tasavvur ediliyor: Bir irade beyanında bulunan veya bir mukavele akdeden taraf, bu hareketiyle muayyen bir hukukî neticenin husule gelmesini istiyor ve hukukî nizam da bunun üzerine o hukukî neticeyi husule getiriyor. Bu suretle hukukî netice maddî bir şey gibi tamamiyle şe'nî mahiyetde telâkki ediliyor. Fakat meselenin bu suretle düşünülmesi, Binder'e göre, tamamiyle yanlışdır. Bir irade beyanının husule getireceği tesir, psikologik ve fizik olmakdan ibaretdir. Bu beyanın h u k u k î ehemmiyeti ise, hukukî nizamın iradesiyle muayyen bir hukukî neticenin ferdî irade beyanına atf ve rabt edilmesi suretinde ifade edilebilir. Ferdî irade bu veçhile hukukî ehemmiyetini iktisab etmiş olur. Ferdî irade hiç bir vakıt bu hukukî ehemmiyeti haiz olmak iddiasında bulunamaz. Zira hukukî netice, ferdî sübjektif iradenin, hukukî nizama aid objektif iradeyle vahdetinden ibaretdir. İrade beyanını hukukî bir mahiyetde tezahür ettiren bu «iradeler vahdeti», hukukî muamelenin yegâne işidir. İrade beyanının ve hukukî muamelenin hukuken makbul olması için, hukukî neticenin mi veyahud irade tezahürünün mü istenilmesi lâzım geldiği şeklinde, «irade» ve «beyan» nazariyeleri namiyle, yürütülen münakaşa da Binder'e göre yersizdir. Hakikatda hukukî netice istenilmez, istenilen yalnız muayyen bir fiil ve hareketdir.Bu irade, hukukî nizamın mevzuatına tevafuk etdiğinden, hukukî netice husule gelir. Taraflar bu neticeyi önceden bilebilirlerse de, bu bilgileri tesadüfî olub meselenin özünü teşkil etmez [37].

Binder'in «sübjektif ve objektif iradelerin vahdetinden vücud bulan hukuk» telâkkisi, Hegel'in filozofik görüşüne tevfikan dialektik düşüncenin neticesidir. Tamamiyle Hegel'in filozofisine tarafdar olmadığı vakıtda da Binder hukukî muamele ve iradenin beyanı ve izharına müteallik umumî nazariyeye muhalif kalmış ve iradenin beyaniyle hukukî netice arasında bir illiyetin mevcudiyetini red etmişdir. Bu irtibat «gaye» ve «vasıta» suretinde de izah edilemaz. Bu sebeble «hukukî tesir» tâbiri tamamiyle manasız bir şeydir. «Hukukî tesir» (Rechtswirkung) tâbirinin 19 uncu asırda hususî haklar ilminin hususiyle Windscheid (Vindşayd) tarafından positivism'e meyletdirilmesiyle meydana geldiğini Binder kaydediyor. Daha önce umumiyetle «hukukî netice» (Rechtsfolge) tâbiri kullanılıyordu. Her ne kadar Windscheid (Vindşayd) hukukun şe'nî bir varlığı olmadığından

[37] Binder, System der Rechtsphilosophie (Hukuk filozofisi sistemi), 1937, sahife 82 ve müteakib.

hukukun doğması, nihayet bulması ve değişmesi tâbirlerinin timsalî mahiyetde bulunduğunu kabul ediyorsa da, «hukukî tesir»'in nereden ileri geldiğini pervasız tedkik ediyor ve hâdisenin mi, yahud hukukî nizamın ihtiva etdiği hükmün mü müessir olduğu meselesini vaz eyliyor [38]. Windscheid (Vindşayd)'dan sonra Regelsberger [39], Zitelmann (Tzitelman) [40], Schlossmann (Şlosman) [41], Ihering (Yering) [42], Bekker [42a], Schuppe (Şuppe) [43], Walter Jellinek (Valter Yelinek) [44], Kipp (Kip) [45], Heinrich Maire (Haynrih Mayer) [46], Radbruch (Radbruh) [47] ve sair müellifler hukukî tesir fikrini ciddiyetle ele almışlar ve hattâ Zitelmann (Tzitelman) bir hukukî illiyet nazariyesi vaz etmeye kalkışmışdır. Binder'e göre hukukî netice, bir vaziyetin değişmesi şeklinde düşünülmelidir. Bunun hilâfına kullanılan tâbirler münhasıran tasvir mahiyetdedir ve bu meselenin başka türlü telâkki edilmesi, ilmî bakımdan mahzurludur. Ortada «müessir» ve «onun eseri» mevcud değildir. Hukukî netice, hâdise ile hukukî hüküm arasında mevcud logik (mantıkî) irtibatdan, hâdisenin hukukî normlara tâbi olmasından ibaretdir. Taraflar yalnız hâdiseyi ve kanun vazıı yalnız hukukî düstur ve kaideyi ister. Hukukî netice ise her ikisinin iradesiyle bir gûna alâkayı haiz değildir. Hukukî neticenin hiç bir veçhile istenemiyeceği esasını kabul eden Binder, bir tarafdan hukukî muameleleri iradenin beyan ve izhariyle bir tutan ve diğer tarafdan bir iradenin taal-

[38] Pandekten (Pandektler), cild 1, § 63.

[39] Pandekten (Pandekler), cild I (başka cild çıkmamışdır), § 118.

[40] Irrtum und Rechtsgeschäft (Hata ve hukukî muamele), sahife 200 ve müteakib.

[41] Vertrag (mukavele), sahife 270 ve müteakib.

[42] Geist des römischen Rechts (Roma hukukunun ruhu), cild III, 1852, § 56; Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Bugünkü roma hukukunun ve alman hususî haklarının dogmatik bakımdan tedkiki için Ihering tarafından tesis edilmiş mecmua), cild I, 1857, sahife 1 ve müteakib.

[42a] System des heutigen Pandektenrechts (Bugünkü Pandekt hukuku sistemi), cild II, 1889, § 70.

[43] Zeitschrift für Privat-und öffentliches Recht von Grünhut (Grünhut tarafından hususî haklar ve âmme hakları için tesis olunmuş mecmua), cild X, sahife 350 ve müteakib.

[44] Gesetz, Gesetzgebung und Zweckmässigkeitserwägung (Kanun, kanun vaz'ı ve maslahata muvafık olmak mülâhazası), 1913, sahife 16 ve müteakib.

[45] Festgabe für Marwitz (Marvitz şerefine neşr edilen külliyat), sahife 211 ve müteakib.

[46] Psychologie des emotionalen Denkens (Emotionel düşüncenin psikologisi), sahife 245, 260 ve müteakib, 681, haşiye 3.

[47] Handlungsbegriff (Fiil mefhumu), sahife 34 ve müteakib.

lûk etmemesine rağmen hukukî netice husule getirmesi dolayısiyle hukukî muameleye müşabih ad edilen fiil ve hareketleri hukukî muamelelerden ayıran nazariyeye de muhalif kalmışdır [48].

İradenin beyan ve izharı, irade sahibinin (irade süjet'sinin) bir fiilidir. Bu suretle irade, varlığını iktisab eder ve irade olur. İrade, beyanda mündericdir ve beyanın muhteviyatıdır. Bundan önce gelen saikler, arzular, temayüller ve niyetler henüz irade mahiyetini haiz değildir. Beyan fiiliyle irade bir vahdet teşkil eder. Bu fiil iradenin izharıdır ve haricî âleme mensub şeylere (objet'lere) bir müdahale mahiyetinde değildir. İradenin beyan ve izharı, evvelâ iradenin kendi saikleri, niyetleri ve gayelerine müteallik bir kararıdır. İrade sahibi, iradesini beyan ve izhar etmekle bu kararını idrak eder. İrade, beyan ve izhar edilmekle taayyün eyler. Düşünce nasıl kelimelerle vuzuh ve sarahat bulursa, irade de hukuk sahasında beyan ve izhar edilmekle tekemmül etmiş olur. Bu suretle irade, onu beyan eden kimseye karşı objektif bir varlık iktisab eder ve üçüncü şahıslar tarafından idrak olunur. İradenin bu müstakil mevcudiyeti, verilen söze bağlılığın kaynağıdır. Bu sebeble irade yalnız bir psikologik vâkıa olmakdan çıkar. Psikologik görüş meselenin hukuk bakımından ifadesine kâfi değildir. İrade, yalnız hukuk sahasında tesir yapmakla kalmaz, o hukukun kendisidir. İradenin bu ehemmiyeti iktisab etmesi için hür olması lâzımdır. Bundan dolayi hata, cebir ve hile iradenin tekemmülü üzerinde menfî tesir yapmaktadır.

İradenin mâkul olması lüzumu, onu beyan ve izhar eden süjet'nin (irade sahibinin) hukukî fiil ve muamelelere ehliyetli bulunmasını icab etdirir[49].

Bu mülâhazaların neticesinde irade ve beyanın bir vahdet teşkil etdiği ve iradenin beyan ile varlığını elde eylediği anlaşılır. Bu sebeble irade ve beyanın yekdiğerinden ayrı olması varid değildir. Hukuk bakımından yalnız irade beyanının bir değeri vardır. İrade beyan ve tezahürlerinin tefsiri için evvelâ beyanın ehemmiyeti tayin edilmek, bundan sonra beyanı yapan kimsenin iradesi tavzih olunmak ve müteakiben bu iki unsur mukayese edilerek yekdiğerine tetabuk edib etmediği tedkik kılınmak usulü doğru değildir. Bu tefsirin vazifesi, beyanın mana ve müfadını tayin etmek, veyahud beyanla tezahür eden fikri ifade eylemekdir. Hukukî objektif iradeyle birleşen bu (sübjektif) fikir, h u k u k e n b i r e h e m m i y e t i k t i s a b e d e r veyahud h u k u k e n m e r'î o l u r.

Hukuk süjet'sinin iradesi bazen yalnız başına hukukî neticenin husule gelmesine kâfidir. Bu da başka bir şahsa aid hukuk sahasına müdahale vâki olmayan hallerde olur. Meselâ roma hukukunda bir esirin sahibi tarafından

[48] Philosophie des Rechts (Hukuk filozofisi), sahife 903 ve müteakib, 906, haşiye 29.

[49] System der Rechtsphilosophie (Hukuk filozofisi sistemi), sahife 91.

serbest bırakılması gibi. Zira burada esir bir hukuk objet'sidir ve kendine mahsus bir hukuk sahası mevcud değildir. «Dereliktion» (mülkiyetden feragat) ve ölüme bağlı tasarruf da böyledir. Bu hukukî muamelelerde başka hukuk süjet'lerinin hukuk sahalarına bir müdahale vuku bulmamakdadır. Bu sebeble Binder alacakdan ibranın borçlunun muvafakatı olmaksızın yapılamıyacağını, zira borcun serbest süjet'lerin karşılıklı hukukî münasebetlerine dayandığını, borçlunun şahsî hürriyetine müdahale etmeksizin alacaklının alacağından feragat etmesi doğru olmayacağını ve bundan dolayı ibranın bir taraflı hukukî muamelelerden sayılamıyacağını kaydediyor. Binder bu suretle Reinach (Raynah) 'ın «fenomenologi» yoliyle, yani bir şeyin mahiyeti (Wesen) ne, bünyesine, özüne «bakarak» (schauen), ibrayı her bir hukuk sistemi için bir taraflı hukukî muamelelerden ad etmesini kritik etmekdedir. Filhakika ibra (Erlass) Alman Medenî kanununun §§ 397 ve 423 üne ve İsviçre Borçlar hukukunun 115 inci maddesine göre alacaklı ile borçlunun mütekabil muvafakatlarının husule gelmesine bağlıdır. İsviçre Borçlar Hukukunun bu maddesi Borçlar kanunumuza alınmamışdır. Macar ve japon hukuku müstesna olmak üzere bu esas diğer milletlerin hukuk sistemleri tarafından kabul edilmişdir [50]. Macar ve japon hukukuna göre alacaklının bir tarafı ibrasiyle borç sakıt olur. Ancak macar hukukunda burçlu, alacaklının ibrasını red edebilir [51]. Reinach (Raynah)'ın telâkkisini Gerhard Husserl başka bir esasa dayanarak «mahiyet itibariyle» müdafaa etmekdedir. Müsbet hukuk sistemlerinde ibranın tekemmül etmesi için borçlunun muvafakatına lüzum görülmesi, ibra ve feragatın haiz olduğu kuvveti hafifletmekle beraber mahiyetini değişdirmediğni Husserl beyan ediyor [52]. İrade beyanını daha ziyade bir taraflı hukukî muamele mahiyetinde izah ve tahlil etdikden sonra Binder «mukavele» mefhumunu tedkik eyliyor.

İrade beyanını daha ziyade bir taraflı hukukî muamele mahiyetinde izah ve tahlil etdikden sonra Binder «mukavele» mefhumunu ele alıyor.

Binder'e göre «mukavele» iki ferdî iradenin hususî bir maksadle tesadüfî birleşmesinden ibaret değildir. Hususî ve umumî iradenin birleşmesi ile umumî irade «mukavele» şeklinde varlığını bulur ve tezahür eder. Bu bakımdan cermen hukukunun kanundan sonra mukaveleyi hukuk kaynağı ad etmesini Binder doğru buluyor. Âkidlerin karşılıklı iradeleri mukavelede ifade edilen umumî iradenin unsurlarıdır. Mukavele ahlâkî vazifelerden gayri mevcud olan hukukî vazifelerin esasıdır. Binder bu suretle Hegel'in mukavele mefhumunu asrî medenî haklara tevafuk eder bir şekilde imâl edi-

[50] Haudeck (Havdek), Erlass (ibra), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil - und Handelsrecht des In - und Auslands (Yerli ve yabancı medenî haklar ve ticaret hukukuna aid mukayeseli hukuk kamusu), cild 3, 1931, sahife 160.

[51] Ayni yer.

[52] Rechtskraft und Rechtsgeltung (Kaziyei muhkeme ve hukukun meriyeti), 1925, sahife 54 ve müteakib.

yor. Mukavelenin doğurduğu mükellefiyet yalnız âkidleri bağlamakla kalmıyor, âkidleri ayni zamanda hukuk birliği olan cemiyete karşı da mükellef kılıyor. Bu görüş yeni alman hukuk telâkkisine tevafuk etmekdedir [53]. Binder 1912 yılında Erlangen Üniversitesinde Prorektörlük nutkunda «hukuk, hukuken hiç bir vazife tevcih etmez», yani vazife mefhumu ahlâka taallûk etdiğinden hukuk sahasında vazife mefhumunun mevcudiyeti kabul edilmek doğru değildir, demişdi [53a]. Umumiyetle red edilen bu telâkkiyi Binder, 1925 yılında intişar eden «Hukuk filozofisi» (Philosophie des Rechts) adlı eserinde de müdafaa etmişdir [53b]. 1937 yılında çıkan «Hukuk filozofisi sistemi» (System der Rechtsphilosophie) adlı eserinde yukarıda gördüğümüz veçhile Binder bu fikrini yeni hukuk telâkkisine göre değişdirmişdir. Vazife ve mükellefiyet, irade beyaniyle kuvveden fiile çıkar ve bu suretle irade de şe'nî varlığını elde eder. Bu şe'niyet, umumî iradenin borçluya aid hususî iradeyle birleşmesidir. Hususî irade bu suretle umumî iradeyi kuvveden fiile çıkarır. Bunun husule gelmesi için objektif nizamın mukavelelere müteallik şartları tamamiyle yerine getirilmek lâzımdır. Bazı mukavele tipleri ve şekiller bu gaye için vaz edilmişdir. Asrî medenî hakların kabul etdiği mukavele serbestisi esası, kendi keyfine bırakılmış sübjektif serbestinin hukuka ve hiç olmazsa hususî haklara bir temel teşkil etmesine mâtuf değildir. Uumumî iradenin kuvveden fiile çıkmasına yarıyacak mahiyetde olmayan ferdî ve keyfî iradenin hukuku doğurması, meselenin mahiyetiyle telif kabul etmez bir tezad teşkil eyler. Mukavele serbestisi esasından maksad, hukuk telâkkisi ve ihtiyacının ilerileyişine tevafuk etmek üzere, mahdud mukavele tipleri sistemini ve tarafların iradelerine evvelâ verilen sahayi genişletmekdir. Fakat umumî irade ve onun vaz etdiği tahdidat, hususî iradenin ne dereceye kadar serbestiyi haiz olabileceğini göstermektedir. Hukuk filozofisi bakımından bu tahdidat hukukun ihtiva etdiği «mâkuliyet»'in tezahürüdür [54]. Pandekt hukuk ilmi irade beyanını, hukukî muamelenin «tabiî» kısmı olarak telâkki ederdi (naturalia negotii). Çünki buna fiiliyat kabilinden bir mahiyet atfederdi. İrade beyanının muhteviyatına taallûk eden bu «naturalia negotii», Binder'e göre, tarafların kendi irade beyanları gibi kabul ve telâkki edilmesi lâzım gelen kanunî mevzuatdan ibaretdir [54 a]. Boçlara ait mukavele tiplerinden hizmet ve iş akdini tedkik eden Binder iş veren ve işçi arasında mevcud hukukî münasebetin Cemiyet mefhumu bakımından mütalâa edilmesi lâzım geldiğini, işçinin

[53] System der Rechtsphilosophie (Hukuk filozofisi sistemi), sahife 94 ve müteakib.

[53a] Rechtsnorm und Rechtspflicht (Hukuk normu ve hukukî vazife), sahife 37 ve müteakib.

[53b] Philosophie des Rechts (Hukuk filozofisi), sahife 820 ve müteakib.

[54] System der Rechtsphilosophie (Hukuk filozofisi sistemi) sahife 96.

[54a] Ayni eser, sahife 96 ve müteakib.

yopdığı iş ve çalışması bir «mal» olmadığını ve bu sebeble işçi sayinin bir satışa mevzu teşkil edemiyeceğini beyan ediyor. Devlet ve milletin hakikî menfaatlarını Cemiyet bakımından düşünmeyen indivîdüalism ve kapitalism, bütün ferdiyetciliğiyle, işçinin bir insan ve hür bir şahsiyet olduğunu unutmuş, iktisaden azamî istifadeden başka bir şey düşünmeyerek işçiyi fabrikanın müştemilâtı haline getirmekle Binder'e göre hukukî muamelelerin esasını teşkil eden tarafların şahsiyeti mefhumu sarsmıştır. Borçlar kanunumuzun umumî mukavele mefhumiyle tavsif eddiği «tarife mukaveleleri» (Tarifverträge) nin hukukî mahiyet bir nevi objektif hukuk kaynağı suretinde ifade edilmesine muhalif olan Binder iş akdini, bir mukaveleden ziyade, «cemiyet» ve «kooperatif» gibi bir birlik tipi ad ediyor [55]. Yeni alman hukuk telâkkisine tevafuk eden bu görüşü Binder 1925 yılında intişar eden yukarıda zikretdiğimiz «Hukuk filozofisi» (Philosophie des Rechts) adlı eserinde ilk defa ileri sürmüştür [56].

II. Alman Borçlar Hukukuna müteallik çok kıymetli bir eser neşretmiş ve muhtelif bahisleri müstakillen tedkik eylemiş olan Franz Leonhard (Frantz Leonhard) da umumiyetle kabul edilen hukukî muamele nazariyesine iştirak etmemektedir. «Hukukî muamele, hukukî neticelere mâtuf bir beyandır. Alman Medenî Kanununun §§ 104 ve müteakibi yalnız hukukî muamelelere tatbik edildiğinden, hukukî muamele mefhumunun ve hukuken değeri olan diğer fiil ve hareketlerin tefriki icab eder. Haksız fiillerin hukukî neticeleri o fiili yapanın iradesi hilâfına husule gelir. Bu fiillerin tefriki güçlük arzetmez. Hukukî muamelelere benzeyen bir de «şe'nî fiiller» vardır. Bunların tefriki müşkilâtı mucib olmakdadır. Umumiyetle kabul edilen nazariyeye göre hukukî muamelenin hukukî neticesi, istenildiğinden husule gelir. Fakat bu nazariye bana tamamiyle doğru görünmüyor. Zira irade beyanı ihtiva etmeyen hukukî muameleler vardır. Alman Medenî Kanununun §§ 170 ve müteakibinde zikredilen ihbar ve iş'arlar bu kabildendir. Umumî nazariye bunları hukukî muamelelerden ad etmiyorsa da, neticede yine ayni hükümlere tâbi tutuyor. Diğer cihetden münhasıran bir irade esiri olan hukukî fiiller vardır. İkametgâh tesisi gibi. Şu halde farkın iradeye atf edilmesi doğru değildir.» [57] Leonhard'a göre asıl fark izhar edilen iradenin muayyen bir hukukî neticeyi hukukî nizamın yardımiyle elde etmeye mâtuf olmasındadır. Bu gibi muameleler, müsaid bir hukukî nizamla kaimdir. Bu vesile ile Leonhard «Vertrag» (mukavele) ve «Vereinbarung» (itilâf) mefhumlarını tedkik ediyor. «Cemiyetler»'in teşekkülü bir itilâf esasına bina edilmek ve nizamnamelerinde objektif hukuk mahiyetinde bir kuvvetin mevcudiyeti kabul olunmak isteniliyor. Mukavele mefhumundan

[55] Ayni eser, sahife 98 ve müteakib.

[56] Sahife 480, haşiye 4.

[57] Allgemeines Schuldrecht des BGB. (Alman Medenî haklarının umumî borçlar hukuku), cild 1, 1929, sahife 260.

taraflar arasında bir muhalif durum manası çıkarılıyor, itilâfda ise tarafların ayni gayeyle anlaşmaları farz olunuyor. Fakat bu telâkkiler mukavelenin mahiyetini ifade etmemekdedir. Zira bir mukavelede her iki taraf ayni gayenin elde edilmesi için mutabık kalabilecekleri gibi, bir tarafın münhasıran diğer tarafa müfid olmak maksadiyle bir mukavele akd etmesi de varidir. Leonhard medenî kanunun tanzim etdiği «cemiyet»'in mahiyetini hukukî muameleden gayri bir şekilde ifade etmek için «hukukî» ve «social» vâkıalar arasında bir tefrik yapıyor ve bir cemiyetin «fiilen» toplanması, karar vermesi v. s. ile cemiyet nizamnamesinin bir hukukî muamele olarak akd edilmesini ayırmak istiyor [58]. Hükmî şahısların rey vermesiyle hukukî muamele arasında şu farkı görüyor: Hukukî muamelede hukukî netice doğrudan doğruya iradenin beyaniyle husule geliyor. Rey vermekde ise, ilk önce «rey» meydana geliyor ve bunun üzerine netice tehassul ediyor. Bu meyanda Leonhard bir Devletin kurulmasını da «tarihî» bir vâkıa olarak tavsif eyliyor.

Leonhard hukukî muamelenin tekemmül şartlarını şu suretle hulâsa ediyor: 1. Hukukî muameleye ehliyet, 2. İrade beyanı, yani hukukî neticeye mâtuf tezahürat, 3. Beyan isteği, 4. Müsaade edilen muhteva. Muamelenin makbul olması için hangi irade ve isteğin esas teşkil etmesi, ihtilâfı mucib olduğunu kaydeden Leonhard, beyan iradesinin mevcudiyeti, hukukî muamelenin hukuken bir değeri olması için lâzım geldiğini söyliyor. Bu beyanda bulunmak iradesi, muhatabda mukabil intibaın husule gelmesi iradesini (iş'arda bulunmak isteğini) ihtiva eder. Böyle bir niyetin mefkudiyeti halinde beyan batıldır. Bunu muhatabın bilib bilmemesi bir tesir icra etmez. Muamele veya hukukî neticeye mâtuf irade ise buna tam zıd bir vaziyetdedir. Hukukî muamelenin tekemmülü için bu iradeye lüzum olmadığını Leonhard beyan ediyor. İrade ve beyan nazariyeleri arasında mevcud görüş ihtilâfı, hukukî muamele için bu muamele iradesine lüzum olub olmadığı meselesinden ileri gelmekdedir. Hukukî muamelenin esaslı unsurlarından olan ve muamele iradesiyle karıştırılmaması lâzım gelen ihbar ve iş'ar iradesi (karşı tarafa bildirmek isteği) zikredilen fikir ihtilâfının mevzuu haricindedir. Bir kimse bir ikametgâh kiraladığı vakıt iki meselenin birbiriyle karışdırılmaması lâzımdır: 1. Bu kira mukavelesi akd edilmek istenildiğine ev sahibinin kanaat getirmesi arzu edildi mi? 2. Kiranın hukukî neticeleri meydana gelmesi istenildi mi? Şaka mahiyetinde olan beyanda da muhatab üzerinde beyanın ciddi olduğu intibaı bırakılmak istenilib istenilmediği tedkik edilmelidir. Beyanın şaka, muvazaa veya tedris maksadiyle olub olmadığı, meselenin psikologik izahını alâkadar eder. Fakat hukukî bakımdan bir kıymet takdirine yaramaz. Bu sebeble, irade nazariyesi tarafdarları, muvazaanın batıl olduğunu, hukukî ne-

[58] Ayni eser, sahife 261 ve müteakib.

788

ticenin istenilmemesine istinad etdiremezler. Muvazaanın batıl olması, muhataba ihbar ve iş'ar iradesinin de bulunmamasından ileri gelir [59]. Mesele, yalnız muamele iradesine tevcih edilince alman medenî kanunundan toplu bir vaziyet elde etmek kabil olmaz. Bilerek, istenmeyen bir şey beyan edilirse, muamele muteberdir (gizli ihtiraz kaydı, § 116 BGB.). Beyan, hata veya ikrahla yapılırsa, ibtal edilebilir (§§ 119, 123 BGB.). Şu halde gerek irade ve gerek beyan nazariyesi doğru değildir. Leonhard'a göre alman Medenî Hukuku, mutedil beyan nazariyesini tercih etmekdedir. Bunun en büyük delili, hata dolayısiyle muamelenin batıl olmayıb ibtal edilebilmesi ve muhatabın zararının tazmin olunması esasının mevcudiyetidir. Muteber olan muamele mâdelet bakımından ibtal edilmektedir. Bunun neticesi olarak hukukî muamelenin muteber ad edilmesi için muamele iradesinin lâzım gelmediği anlaşılır. Hukukî muamelenin tefsir ve izahında da beyan nazariyesine iştirak etmek Leonhard'a göre zarurîdir. Alman Medenî Kanununun § 133 üncüde zikredilen «hakikî irade» harfiyyen alınmamalıdır. Akda takaddüm eden her türlü unsurlar gözetilmelidir. Eski Pandekt ilminde tarafların derunî ittihadından bahsedilirdi. İrade nazariyesi bu derunî ittihadın olmaması ibtal sebebi teşkil edeceğini beyan etmekdedir. Leonhard bu görüşün batıl olduğunu, hukukî muamelenin muhteviyatı bu derunî iradeye tâbi bulunmadığını ve hukukî neticenin muamele iradesiyle değil, yapılan beyanla taayyün eylediğini söyliyor [60].

«Tarife mukavelesi»'ne gelince Leonhard bunun «normlar (düsturlar) vaz'eden mukavele» olduğunu beyan ile bu «mukaveleler»'de tarafların bir akid yapmağa mecbur olmadıklarını ve bu hususda bir akid yapıldığı takdirde muhteviyatının ne olacağını önceden tayin etdiklerini ileri sürüyor. «Tarife mukavelesi» iş münasebetlerine taallûk eder ve bu sebeble hususî haklara idhal olunması lâzım gelir. Muhteviyatının «düstur halinde olan» kısımlarından bu «mukavele»'nin müstakil hukukî düsturlar ve hükümler vaz'etdiğini istihrac etmek, Leonhard'a göre, doğru değildir [60a].

Leonhard mukavele serbestisi meselesini iki cihetden tedkik ediyor. Muhteviyat ve şekle taallûk eden serbesti. Alman Medenî Hukukunun esas olarak umumî bir suretde mukavele serbestisine dayandığını kabul etmiyor. Hakikatda, muhteviyat itibarile serbesti, yalnız borçlar hukukuna aid mukavelelerde vardır. Fakat bu sahada da ihtikârın men'i, ahlâka mugayir hukukî muamelelere müsaade edilmemesi gibi kayıdlarla mukavele serbestisi tahdid edilmişdir [61].

[59] Ayni eser, sahife 269 ve müteakib.

[60] Ayni eser, sahife 270 ve müteakib.

[60a] Ayni eser, cild 1, sahife 291 ve müteakib; cild 2, Alman Medenî Kanunu Borçlar Hukukunun hususî kısmı (Besonderes Schuldrecht des BGB.), 1931, sahife 209 ve müteakib.

[61] Ayni eser, cild 1, sahife 292 ve müteakib.

III. Yukarıda Gerhard Husserl'in «hukukî muhit» nazariyesini kısaca gördük. Husserl de umumî irade nazariyesine muhalif kalmışdır. «Hukukî meriyet»'in mukabil tarafı olan «hukukî muhit» şahıslara taallûk eder. Hukuk, bu «mahal» ve «mekân»'da «tesir»'ini gösterir. Tesir (Wirkung) mefhumu Husserl'e göre hukukî muhite dahil olanlar üzerinde hukukun ayrıca yapdığı meriyet tesirini ve hukuk süjet'lerine aid ferdî iradelerin «normatif» mahiyetde ilzam edilmesini ifade eder. Bundan başka Husserl bir de hukukun bu muhit dışında «haricî» tesiri olması imkânını zikreyliyor. Bu suretle meydana gelen şahıslara müteallik hukukî muhitin ve hukukî normlardan doğan kuvvetin tesiri sahaları biribirine tetabuk etmiyor [62]. Hukukun varlık şekli irade fiilleri ve onların yapdığı tesirdir. Bu irade fiilleri hukukî muhitin bünyesini teşkil eder. Bunlar hukukî birliğin unsurlarıdır [63]. «Hukukun teessüs etmesi - meriyetinin vücud bulması - müşahhas irade fiilleriyle (Willensakte) husule gelir.» [64]. Bu irade «Akt»'ları, hukuk süjet'leri tarafından yapılır. Hukuk süjet'leri de kendi şahsî muhitlerinin normu olan hukuka tâbi olmuşlar ve bu suretle hukukî birliği meydana getirmişlerdir. Ayni hukukî muhite mensub hukuk süjet'lerinin kendi istekleriyle mütavaat etmeleri neticesi olarak hukukî meriyet meydana gelir. Bu mütavaat fiili, süjet'nin içinde hukukî meriyetin kabulüne müteallik, bir iradenin hudududur. Burada süjet, müsbet karar vermekle psikologik safha tamam olur. Fakat bu iradenin husule gelmesiyle mütavaat beyanı biribiriyle karıştırılmamalıdır. Her ikisi kendi başına ikinci bir ruhî fiildir ve ayrı bir iradeye racidir. Karar ve beyan bir anda yapılmış gibi görünse de, biri diğerine bağlıdır. Karara istinad etmeyen irade beyanı olmayan bir iradenin tezahürü demek olduğundan yanlıştır. Süjet'ler arasında vâki olan böyle bir beyanın hakikî irade beyanı gibi muamele görmesi kabil ise de, meselenin mahiyetini değişdirmez. Karara aid irade yeni bir ruhî fiile ibtal edilmedikce, bir kerre verilen karar, irade sahibinin bunu unutmasına rağmen, devam eder. Bütün bunlar ferd sıfatiyle hukuk süjet'sinin ruhunda cereyan eyler. Bu «münzevî fiiller» hukukî meriyeti doğurmaz. Bir insanın cigara içmemek için verdiği karar da onun şahsına mahsus bir düstur mahiyetindedir. Buna rağmen cigara içince o kimse düstura muhalif hareket etmiş olur, fakat hukuka muhalefetde bulunmuş olmaz. Verilen karar, diğer hukuk süjet'leriyle olan münasebete taallûk etmedikce hukuk mevcud değildir. Bir icabın kabul edilmesi için verilen derunî karar, henüz hukuk birliğini alâkadar etmez. Beyan, bu noksanı tamamlayan unsurdur. Bu suretle hukukî fiil teessüs etmiş olur. Süjet'ler ara-

[62] Rechtskraft und Rechtsgeltung (Kaziyyei muhkeme ve hukukî meriyet), 1925, sahife 47.

[63] Ayni eser, sahife 47.

[64] Ayni eser, sahife 35, 47.

790

sı anlaşma yoliyle tezahür etmeyen bir irade hâdisesi, onu kimse bilmeyeceğinden, mevcud değil demekdir. Bu sebeble irade beyanlarını «tebellüğ edilmeye» ihtiyacı olan ve olmayan diye ikiye ayırmak doğru değildir. Bu tefriki Zitelmann (Tzitelman) yapmışdı. Husserl von Tuhr (fon Tur)'un kullandığı «richtungsbedürftig» (yani istikamete muhtac, muayyen istikametde tezahürü lâzım gelen) tâbirini tercih ediyor [64a]. İrade fiili izhar edilmekle social fiil halini alır. Husserl esas itibarile «fiil» (Akt) ve «fiilin izharı» (Aktàusserung) arasında tefrik yapıyor. Husserl bu tezini izah etmek için «bağışlamak» mefhumunu tahlil ediyor. von Tuhr (fon Tur) un «bağışlamak» mefhumunu tarif etmek için kullandığı şu ifade Husserl'e göre yanlışdır: «hukuken ehemmiyet atfedilen hissiyat tezahürü» [65]. Bu tarifde ruhî «Akt» ile onun izharı bir tutulmuştur [66]. Her bir ruhî hareket gibi «bağışlama» da social bir mahiyet iktisab etmek için süjet'ler arasında anlaşılır bir suretde tezahür etmiş bulunmalıdır. Netice olarak Husserl şunu kaydediyor: Bağışlama hiç bir vakıt bir hukukî muamele değildir. Hukuka tekaddüm eden bir şe'niyet burada mevcud olub hukukî nizam bazı hallerde bu şe'niyete hukukî netice atfetmekdedir. Bu suretle bağışlama bir hukukî fiil olur. Husserl hukukî muamele ile hukukî fiili şu suretle tefrik ediyor: Hukukî muamele, hukukî nizamın tatbik edildiği vâkıa, hâdisedir. Hukukî fiil ise bu «vâkıa», «hâdise» den fazla şeyler ihtiva eder ve bunlara hukukî şekil verir [67]. Bağışlamanın taallûk etdiği social se'niyet hukukî mahiyetde değildir. Bağışlama bir «Akt» olarak düstura değil, Ben-Sen münasebetine aid ahlâkî bir kıymete taallûk eder. Bağışlamanın af edici tesiri ahlâkî sahadadır. Hukukî sahaya intikal etmesi, sarih hukukî mevzuata istinad etmekle oluyor. Fakat ahlâkî bir şe'niyet olan bağışlama, bağışlayan tarafından tezahür etdirildikden sonra hukukî bir şe'niyet halini alır ve hukuk sahasında tesirini gösterir. Bu esası Husserl alelitlak feragat ve ibraya da tatbik ediyor. Ahlâkî mahiyetde olan bağışlama borçlar sahasında hukukî nizam tarafıdan bir hukukî muamele derecesine getirilmiştir. İbranın iki taraflı olmasını da Husserl müsbet mevzuata atfetmek suretiyle izah eyliyor [68]

Bu tahlil neticesinde Husserl ruhî «Akt»'ların social şe'niyetde müesses bir mevki alması için tezahür etdirilmesi lâzım geldiğini söylüyor. Bu hâl, irade âleminin mahiyeti icabıdır. «Akt»'a istinaden social âlemin

[64a] Titze de aynı tâbiri kullanıyor (Hukukî muamele yerli ve yabancı medenî haklara ve ticaret hukukuna aid mukayeseli hukuk kanunu, cild 5, sahife 802 ve müteakib).

[65] von Tuhr (fon Tur), Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, cild 2, kısım 1, 1914, sahife 120, 126; Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, cild 1 1924, 155.

[66] Husserl, ayni eser, sahife 51.

[67] Ayni eser, sahife 54, 26 ve müteakib.

[68] Ayni eser, sahife 55 ve müteakib.

teessüs etmesi, hukukî şe'niyete de şâmildir ve ondan daha genişdir. Hukukun doğması için de mütavaat kararının süjet'ler arasında tezahür etmesi lâzımdır [69].

Hukukî muamele, Husserl'e göre, hukukun müşahhas bir hale getirilmesi kabiliyetidir. Mukavele ferdî iradelerin üstünde bir birlik iradesi vücuda getirir. Bu birlik iradesi hukukî muhteviyatını âkidlerin mensup olduğu hukuk birliğinden, normatif esaslar dahilinde alır. Von Tuhr (fon Tur)'un akidlere aid iradeyi «tarafların fevkinde duran ve hiç bir yerle irtibatı bulunmayan bir ruhî vâkia» olmakdan ziyade «kanunun hükmüne göre iki tarafın istediği ve bu sebeble onlar için müştereken mer'î bir hukukî vaziyet» [70] şeklinde tavsif etmesine Husserl itiraz ediyor. Akitlerin iradelerinde husule gelen hukukî ittifak ruhî bir hâdise değil, süjet'ler arasında husule gelen bir varlıkdır. Mukavele iradesi, bünyesi normatif olan bir şe'niyetdir ve bu şe'niyet, bir melodinin güzelliği gibi, muayyen bir yere inhisar etdirilemez. Von Tuhr (fon Tur)'un «her iki tarafın istediği ve bu sebeble onlar için müştereken mer'î bir hukukî vaziyet» kaydını ise Husserl tasvib ediyor. Zira her mukavelenin meriyet kuvveti irade «Akt»'larından gelir ve bu irade «Akt»'ları mukavelenin birlik iradesini husule getirir [71].

C. Yeni alman hukuk telâkkisine göre hukukî muamele ve mukavele mefhumları

Yeni alman hukuk tahsili programında «hukukî işler» (Rechtsverkehr) namı altında medenî haklara ve ticaret hukukuna aid derslerin en başında «mukavele ve haksız fiil» (Vertrag und Unrecht) kısmı geliyor. Bu tertib eskiden medenî hakların umumî kısmı ve borçlar hukuku namı verilen derslere tekabül ediyor. «Mücerred düşünce»'nin düşmanı olan ve hukukî mevzuatı müşahhas (konkret) bir hale getirmeyi en birinci vazife bilen yeni alman hukuk telâkkisi, medenî hakların «umumî kısmı»'nı cermen hukuk görüşü ile kabili telif görmüyor ve şimdiden onun muhteviyatını müşahhas hükümler haline getirmeye çalışıyor. Bu vaziyet karşısında yeni alman hukuk telâkkisinin hukukî muamele ve mukavele gibi, mahiyetleri itibariyle mücerred olan mefhumları, nasıl düşündüğü alâka ile tedkik edilecek bir ilim meselesidir. İlmî meseleler ne kadar işlenirse o kadar aydınlanır. Muhalif fikirlerin bu hususda büyük bir faidesi vardır.

I. «Rechtsverkehr» (hukukî işler) namı altında millî hayatın bir cüzü olan iş ve malların mübadelesi ifade edilmek isteniliyor. Bu mübadele

[69] Ayni eser, sahife 57 ve müteakib.

[70] von Tuhr (fon Tur), Allgemeiner Teil des deutschen Bürgelichen Rechts, cild 2, kısım 1, sahife 225.

[71] Husserl, ayni eser, sahife 26 ve müteakib.

792

gerek cemiyetin uzuvları ve gerek alman ülkesinde yaşayan yabancılar arasında vukubulur. Bundan alâkadarlar istifade etmekle beraber asıl gaye cemiyetin muhafazası ve ilerlemesidir. Bu hukukî işleri yapabilmek için alman cemiyetinin uzvu olmak lâzımdır. Yabancılar misafirlik hukukuna istinaden bu işleri yapabilirler. Liberal devrin telâkkisi hilâfına olarak yeni alman hukuk telâkkisi, hukukî işlerin yapılabilmesini alman cemiyeti için kabul edilen sıkı şartlara bağlamakda ve «hususî haklar» sahasından ayrılmakdadır. Zaten hususî haklar ve âmme hukuku tasnifini kaldırmak, bir gaye teşkil ediyor. Cemiyetin uzuvları sıfatiyle ferdlerin arasında hukukî münasebetlerin olması kabul ediliyor. Bu suretle cemiyet uzuvları arasında karşılıklı vazifeler ve haklar doğuyor. Fakat alâkadarlar müstakil ferdler vaziyetinde olmayıb, cemiyetin uzvu sıfatiyle cemiyet nizamının sıkı tahdidatına tâbi bulunuyorlar. Bu hususda en birinci esas, sadakat ve itimadın muhafazasıdır. Buna muhalefet, cemiyet nizamından haric kalmayi intac eder. Cemiyetin menfaatlarına muhallif olmamak şartiyle uzuvlar hukukî işleri serbest bir suretde yaparlar. Mukavele, bu hususda kullanılan en mühim vasıtadır. Fakat mukavele mefhumu umumî ve mücerred manada alınmayor. Nişanlanma, evlenme, iş akdine dahil olma bir şahsiyetin bir birliğe girmesi demek olduğundan mukavele olarak telâkki edilmiyor. Bunlara «birleşme» tâbiri kullanılıyor. Mukavele, şahsiyeti ve uzvun ictimaî vaziyetini değişdirmez. Sadakat ve ittiba etmek ile iyi geçinmek, ayni şey değildir. Alman Medenî Kanununun tanzim ettiği «hukukî muamle» ve «mukavele» ile yeni alman hukuk telâkkisine göre «mukavele» mefhumu arasında olan fark, birinin şekil itibariyle iki kişinin münasebetini ve anlaşmasını ve diğerinin muhteviyat bakımından mahdud münasebet ve anlaşmaları ele almasındadır. Mücerred olmak, muhteviyatın büyük bir şey ifade etmemesi demekdir. Yeni alman hukuk tahsili programında «şahıs» mefhumu yerine cemiyet uzvunu muayyen bir hayat birliğinde, a i l e d e haiz olduğu mevkı kaim olmuşdur. Buna nazaren hukukî ehliyet, cemiyet uzvunun millet ve aile içinde vaziyeti, isim hakkı, ikametgâh hakkı, muameleye ehliyet ve kanunî temsil hakkı, hukukî işler faslına tekaddüm eder. Bu fasıl mukavele mefhumiyle başliyor. Hukukî muamelenin özü olan irade beyanı, mukavelenin akdi unsuru olarak tedkik ediliyor [72].

Mukavele hayatda en küçük bir nizam teşkil eder. Âkidlerin arasında hukukî münasebet, bu nizamle tayin olunur [72a]. Millî nizam için kullanılan «Ordnung» kelimesi yerine burada «Regelung» (bir kaideye bağlama) tabiri kullanılıyor. Büyük millî nizam, mukavelelerden doğan küçük nizam-

[72] Larenz, Vertrag und Unrecht (Mukavele ve haksız fiil), cild 1, 1936, sahife 15 ve müteakib. Larenz "Die Wandlung des Vertragsbegriffs„ (Mukavele mefhumunun değişmesi), Deutsches Recht (Alman hukuku mecmuası), 1935, sahife 488 ve müteakib, yazısiyle bu nazariyeyi ilk defa işlemişdir.

[72a] Ayni eser, sahife 23.

larla tamamlanır. Mukavelelerde âkidlerin irade ve serbestisinden önce millî nizam, yani hukuk gelir. Millî nizam mefhumu cemiyetde yaşayan ahlâk ve hukuk telâkkisine bağlı olduğundan mücerred manada anlaşılmamalıdır. Kanunlar ve mahkemelerin tatbikatı bu millî görüşün ifadesidir. Ayni esaslar cemiyet uzuvlarının ferdî muamelelerinde ve yapdıkları mukavelelerde de hüküm sürer. Şu halde mukavelenin meriyeti doğrudan doğruya âkidlerin sözlerinde durmaya ve dolayısiyle millî nizama dayanır. Millî nizam, millî hayatın esaslarına muvafık olmak şartiyle verilen sözün tutulmasını emreder. Vaadin ilzam edici kuvveti hukukî işlerin ahlâkî istinadgâhıdır. Mukavelenin ahlâkî ikinci istinadgâhı da cemiyet nizamının şahsî menfaatdan önce gelmesidir. Bu nisbet dahilinde ferdin iradesi muhafaza edilmişdir. Bu sebeble mukavele âkidlere taallûk eden bir iş olmakla kalmaz. Mukavele millî nizamın bir cüzü olarak telâkki edildiğinden mukavele serbestisi kalmamışdır. Millî nizamın esaslarına riayet edilmek şartiyle mukavele akd edilebilir. Ticarî müesseselerin mevcud umumî muamele şartları, bu esasla kabilî te'lif görülmediğinden müttehid kira mukavelesi şeklinde olduğu gibi bu hususda da resmî makamların mürakabası lüzumu ileri sürülüyor. Bu mürakaba vücuda getirilinciye kadar millî birlik ve sadakat esaslarına muhalif olan hükümlerin reddi mahkemelere teveccüh etdiği beyan olunuyor [72b]. Muayyen hallere aid mukavelelerde, mukavelenin muhteviyatı cemiyet tarafından tayin olunuyor (normlanmış mukavele) [72c]. Taraflar bu muhteviyata göre mukaveleyi akde mecburdurlar. Furuncunun istediği mikdarda herhangi bir kimseye ekmek satmakda serbestisi varsa da ekmeğin fiatını kendi tayin edememesi gibi. Diğer mallar için de bu suretle en yüksek, en alçak veya muayyen fiatlar tayin edilmişdir. Buna muhalif olarak fiat kararlaşdırıldığı takdirde mukavele mer'î kalır ve kanunî fiatlar kararlaşdırılan fiatlar yerine kaim olur. Muayyen şahıslar veya müesseselerin muayyen muhteviyatla ve arzu eden her cemiyet uzviyle mukavele akd etmeğe mecbur bulunması da millî nizamın menfaatı icabıdır (mukave akdi mecburiyeti) [72d]. Demiryolu, posta, tramvay gibi. Cemiyet uzvundan muayyen birinin cemiyet uzvundan diğer birine muayyen bir şeyi vermesi ve alanın da bunun bedelini ödemesi, cemiyetin menfaatı iktizasından olabilir (objektif hukuka müstenid ve mukaveleye benzeyen hukukî münasebet). Ziraî mahsullerin alış verişi gibi. Bu gibi mukavelelerde tarafların kendi iradeleri için hiç bir yer yokdur. Mukavele akdi esas itibariyle tahdid edilmiş olub bu zikrolunan haller, tahdidatın derecesini göstermektedir [72e].

[72b] Ayni eser, sahife 33.
[72c] Ayni eser, sahife 33.
[72d] Ayni eser, sahife 34.
[72e] Ayni eser, sahife 35.

796

İrade beyanı bakımından yeni hukuk telâkkisi kuvvetli bir nazariye vücuda getirememişdir. Ferdî iradenin cemiyet iradesine tâbi olması esasına tevafuk etmesi için irade beyanında irade kısmını zaiflatmak teşebbüsü göze çarpıyor [73].

II. Vertrag mefhumunun umumî takâmülü üzerine La Hay (Lahey) milletler arası mukayeseli hukuk akademisinin 1937 yılında toplanan ikinci kongresine bir rapor vermiş olan Siebert (Zibert) şimdiye kadar kullanılan umumî manada mukavelenin muhtelif nevileri ihtiva etdiğini kaydediyor [73a]. Broçlar hukukunun mukaveleleri bir taahhüd doğurmaya mâtufdur. Ayni haklara aid mukaveleler bu hakların devri veya ilzamı gayesini takib eder. Bu mukavelelerden başka aile hukuku mukaveleleri (nişanlanma, evlenme gibi), miras hukukuna aid mukaveleler (miras mukavelesi gibi), bir cemiyet veya şirketin kurulması mukaveleleri ve mevcud bir hükmî şahsiyete âza olarak girme mukaveleleri, idare hukukuna aid mukaveleler, ve umumî Devletler hukuku mukaveleleri vardır.

Bütün mukavelelerde âkidlerin iradelerinde ittihad, umumî bir kıstas olarak kabul ediliyor ve akdî münasebet, mukavele serbestisi esasına dayanıyor. Bu muhtelif mukavele tiplerinin muhtelif memleketlerde ilmî itirazlara mâruz kaldığını, evlenmenin fransız hukukunda bir «institution» ad edildiğini, şirket ve cemiyetlerin kurulması alman hukukunda daha ziyade ibdaî bir mahiyetde telâkki edildiğini ve yeni alman mukavele nazariyesinin iş akidlerini umumî mukavele mefhumundan tefrik eylediğini söyledikden sonra Siebert (Zibert) yeni alman mukavele nazariyesini izah ediyor [73b].

Mukavele, cemiyet uzvunun kendi mesuliyeti altında ve umumî nizamın tahdidat ve menfaatları dairesinde şahsına aid hayat münasebetlerini tanzim etmesi için hukukî nizam tarafından kabul edilmiş bir vasıtadır [74]. Bu suretle ferdî istiklâl cemiyet nizamının inkişafı için o nizama idhal edilmişdir. Millî umum nizam içinde bir hukukî münasebet sıfatını alan mukavelenin manası ve muhteviyatı, umumî nizama tâbidir. Bu nizamın kabul etdiği serbesti derecesinde âkitlerin vaz edecekleri hükümler ikinci derecede gelir. Mukavele mefhumu bu suretle daha kuvvetlenmiş ve daha esaslaşmışdır. Siebert (Zibert) mukavele ile şahsî hukuka taallûk eden birleşmeyi yekdiğerinden tefrik ediyor [75]. Cemiyet uzuvlarının iradelerinde husule gelen anlaşma ile muayyen işlerin yapılması veya malların verilmesi yahud bu hususda taahhüde girilmesi matlubdur. Bundan

[73] Ayni eser, sahife 37 ve müteakib.

[73a] Sonderheft des elften Jahrgangs des Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Yabancı ve milletler arası hususî haklar mecmuasının onbirinci yılına mahsus ayrı nusha), 1937, sahife 199.

[73b] Ayni eser, sahife 200.

[74] Ayni eser, sahife 203.

[75] Ayni eser, sahife 208 ve müteakib.

795

başka zikredilen anlaşma şahsî haklara taallûk eden bir birliğe ve onun nizamına âza olmaya mâtufdur. Âzasının şahsiyetini doğrudan doğruya ihata eden böyle bir birliğe girmek, o birliğin bir uzvu olmak demekdir ve münferid işlerin veya malların mübadelesine benzemez. Bu sebeble yeni alman mukavele nazariyesi, mukaveleyi borçlar hukukunun bir taahhüd doğurtan mukavelelerine hasretmekdedir. Diğer «mukavele»'ler buna benzemediğinden kendi mahiyetlerine göre tasnif edilmeleri icab eder. Yeni bir organik vahdet husule getiren iş birliği, işletme ve teşebbüs birliği, evlilik birliği de iradelerin birleşmesinden husule geliyorsa da, burada asıl ehemmiyet, tarafların şahsiyetini kendi varlığına sıkı bir suretde inzimam etdiren ve değişdiren, birlik ibdâ edici hareketdir. Bu birliğe serbest olarak girmek bütün hukukî münnsebetin mukavele mahiyetinde telâkki edilmesini icab etdirmez. Birliğin muhteviyatı, tarafların iradesinden daha yüksek bir kademeye mensubdur.

Mukavele ile şahsî hukuka aid hukukî münasebet arasında olan farkı izah etmek için Siebert (Zibert) iş münasebeti, şirket ve cemiyet hukuku ve ailenin yeni alman hukuku sisteminde vaziyetlerini tedkik ediyor.

İş yeri bir işletme birliği olarak telâkki ediliyor. Burada çalışanların her biri arzularına istinaden işe girmişlerdir [75a]. İki tarafın rızasına bağlı olmakla kalmayıb cemiyet hukukuna aid muayyen bir vâkıa olan bu çalışma, iş münasebetini vucuda getirir. İş münasebetinin muhteviyatı kanun, tarife nizamı, iş verenle işçi arasında yapılan münferid anlaşma ve işletmenin şefi tarafından verilen kararlarla taayyün eder. Şu halde iş akdi, iş münasebetinin kanun, tarife nizamı v.s. den sonra tanzimine yarayan bir vasıtadır. İş akdi iş münasebetinin esası değil, iş münasebeti iş akdinin de bir esasıdır. İş yerine işçi kendi arzusiyle girmekle iş münasebeti teessüs eder. İşe girmek için bir irade anlaşması şartdır ve işe başlamakla işe girme tamamlanır. Yalnız iradelerin anlaşması hukukî hâdise için kâfi değildir. İş münasebetinin mahiyeti, muhteviyatına göre taayyün etmesi yeni rejimin iş mefhumuna dayanmakdadır. İş, şahsiyetin tezahür ve inkişafı, kuvvetlerinin faaliyete geçmesi ve bütün bunların cemiyet için olması suretinde ifade ediliyor. İş münasebetinin teessüs etmesiyle işçi bizzat kendisini işverenin işine bağlar. İş burada bir mukavele mevzuu değildir. İşçi ve işveren millet tarafından iş yapmağa memur edilen kimselerdir. Bunlar bir çalışma birliği vücuda getirirler. Bu birlik şahsî hukuka aid bir hukukî münasebetdir. Bu vaziyet karşısında çalışma ve sağlık koruma ve iş emniyetine aid vazife ve taahhüdlerin şimdiye kadar olduğu gibi zımnen kararlaşdırılmış olub olmadığını aramaya mahal kalmaz. Hâkim bu vazife ve taahhüdlerin ne olacağını yapılan işe göre tayin eder. Bunun neticesi olarak ivazsız mal iktisabı vasıtasına müracaat etmeye hacet kalmaz. Bundan baş-

[75a] Ayni eser, sahife 210 ve müteakib.

796

ka muvazaalar ve müsbet hükümleri değişdirici anlaşmalar, yapılan iş karşısında bir kıymet ifade etmez ve butlan mefhumu yerine iş münasebetinin hatalı oluşu mefhumu kaim olur [76]. Siebert (Zibert) bu meyanda fransız ve italyan hukukunda da iş hukukunun hususiyeti tebarüz etdirilmekde olduğunu ve medenî haklardan meydana gelmiş olan iş hukukunun âmme hukukuna yaklaşdığını kayd ediyor. Her ne kadar Fransa ve İtalyada iş veren ve işçi birlikleri, sendikalar, yeni alman hukukunun hilâfına olarak, mühim bir mevki işgal etmekde iseler de, böyle bir iş hukuku sisteminde de iş akdi diğer mukavelelerden tefrik edilmekdedir. İtalyan Borçlar kanunu lâyihasının 507 inci maddesinde iş akdi şöyle tarif ediliyor:

«İş akdi, âkidlerden birinin kendi iş faaliyetini bir taahhüd suretinde diğer tarafın emri ve idaresi altına koymayı deruhde etmesi ve diğer tarafın

[76] Ayni eser, sahife 211; Nipperdey (Nipperday), Hedemann (Hedeman) şerefine neşredilen külliyatda, 1938, çıkan "Die Regelung des Anlernverhältnisses der Jugendlichen„ (Genc yaşdaki işçilerin çıraklık münasebetlerinin tanzimi) adlı yazısında, iş münasebetinin yeni kukuk telâkkisine göre aldığı vaziyeti şu suretle telhis ediyor: " . . . . iş münasebeti artık Borçlar hukukuna dahil bir mukavele değildir. Borçlar hukukuna göre işin ücret mukabilinde mübadelesi mevzuubahsdir. (Yeni hukuk telâkkisine göre ise) iş münasebeti şahsî hukuka aid iş birliğidir. Sadakat, ihtimam ve koruma esaslarına dayanan bu birlik münasebeti iş hukukuna taallûk eden vazifeleri ve hakları doğurur. İş akdi doğrudan doğruya bu birlik münasebetinin meydana gelmesi gayesini takib eder. Her iki taraf işletmenin gayelerini inkişaf etdirmek ve millet ve Devletin umumî nefine yaramak için birlik halinde beraber çalışmayı vaad ederler. Burada Borçlar hukukuna aid bir mukavele değil, birlik tesis eden ve şahsî hukuka taallûk eyliyen bir müttehid mukavele mevcuddur. . . . . (Mütehassıs işçiler, hususî işçiler ve yardımcı işçiler suretinde yapılan taksimde) üç sınıf işçiler ayrı ayrı social ve hukukî kıymetlere tâbi tutulmaz ve birinin yapdığı iş daha düşük kıymetli bir derecede telâkki edilmez. Bütün bu işçiler için ayni birlik esası, ayni suretle sada kat, ihtimam ve koruma taahhüdü, mükellefiyeti ve ayni şeref mevcuddur„ sahife 298. Ayni külliyatda "Die Pflicht des Unternehmers zur Fürsorge für den Gefolgsmann nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit„ (Milli iş nizamı kanununa göre iş verenin, kendine tâbi olanlara bakmak mükellefiyeti) adlı bir yazı neşr etmiş olan Hueck (Hük), sahife 315, işletme birliği (Betriebsgemeinschaft) ve münferid iş münasebeti arasında vâki olan fikir ihtilaflarına işaret ediyor ve bu hususda Siebert (Zibert)'in mutalâalarını zikr eyliyor. Siebert (Zibert) iş münasebetinin uzuv olmak münasebeti (Gliedschafstverhältniss) ve işletme birliğine iştirak diye tavsif etmiştir. İş münasebeti ve uzuv olmak münasebetinin işletme birliğinde yekdiğerine karşılıklı nüfuz ettikleri, işletme birliğinin iş münasebetine bir nevi yatak ve mahfaza teşkil eylediği, işletme nizamının iş veren ve işçilerin hususî haklar bakımından olan münasebetlerini yeni bir hukukî vaziyete ifrağ eylediği iş münasebetinin işletme birliğinde ifa edilmesi lâzım geldiği yollu mutalâalar da bu meyanda Siebert (Zibert) tarafından ileri sürülmüşdür (Ayni eserde, sahife 315, haşiye 4, zikr edilen eserlere bak). Fakat bütün bu ifadeler, düşünülen bir şeyi anlatmak için kullanılmış tasvirlerdir. Bununla ortada objektif bir tehalüfün mevcudiyeti lâzım gelmez. Hueck (Hük)'e göre münferid iş münasebetinin tamamiyle işletme birliğinde tahallül etmesi doğru değildir ve her ikisinin yekdiğerinden tefriki lâzımdır.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

da tediyeyi taahhüd eylemesidir» [76a].

«Milltlerin hukukî hayatı» külliyatının Fransa kısmında (La vie juridique des Peuples: France) [77] Rouast (Ruast) iş akdini şu suretle anlatmakdadır: «İş akdi, işçiyi, işinde çalışdığı kimse ile birleşdiren emre bağlılık rabıtasiyle, diğer mukavelelerden ve bilhassa teşebbüs mukavelesinden ayrılır. Bu mukavele ile iş akdi bazen karışdırılmışdır».

Birlik ile âzası arasında olan münasebete gelince bunun mahiyeti bir takım mukavele münasebetlerine parçalanmakla izah edilemez. Bu hukukî münasebet social hukuk sahasına dahildir. İki taraflı mukavele yerine teşkilât mukavelesi mefhumu da bir şirketin kurulmasını ifade edemez. Social ibdaî hareket, teşkilât hukukuna aid mukavele münasebetinden daha yüksekdir. Bir birliğe âza olmak da bir organism'e bir uzuv ilâvesi demek olduğundan bir mukaveleden farklıdır [78].

Yeni alman hukuk sisteminde aile, millî birliğin uzuvları sırasında şahsî hukuka aid en sıkı birliği vücuda getirmekdedir. Mukavele ile şahsî hukuka aid birlik arasında olan fark aile hukukunda ve bilhassa evlenmede görülmekdedir. Bu sahada hukukî münasebetin mevzuu ve illeti hiç bir iş ve mübadele değildir. Mevcud toplu irtibatlar münferid haklar ve mütalebelerle ifade edilemez [79]. Mukavele mefhumunun bu suretle tahdidi cermen hukuk görüşünün mahsulü olduğunu göstermek için Siebert (Zibert) ingiliz hukukunda «partenship»'de hukukî muameleye müteallik tarafların iradesinden ziyade sadakat vazifesinden tahassul eden haklar ve vazifelerin birinci derecede geldiğini kaydediyor [80].

III. Yeni alman hukuk telâkkisine göre ilmî esasları hazırlıyan şahsiyetler arasında kuvvetli zekâsı, selis ifadesi ve bilgisiyle temeyyüz etmiş ve alman Esas teşkilâtına aid muhtelif tedkikler ve kıymetli bir sistematik eser neşretmiş olan Huber, «Millî hukukun vahdeti ve taazzuvu» (Einheit und Gliederung des völkischen Rechts) adlı mühim yazısında âmme hukuku ve hususî haklar ikiliğinin izalesi meselesini tedkik etmekdedir [81]. Huber bu ikiliğin klasik roma hukukuna raci olmakdan ziyade fransız «cemiyet» mefhumunun Almanyada kabul edilmesi üzerine meydana geldiğini kayd ediyor [82]. Ferdî irade serbestisinin, daha 19 uncu asırda, Devlet ve cemiyet arasında yapılan tefrik üzerine, gitdikçe artan müdahalelerin tesiriyle, vücud bulan bir «kollektivist» hususî haklar nizamında nazarî bir mahiyete

[76a] Siebert (Zibert), ayni eser, sahife 212, haşiye 1.

[77] 1933, sahife 251 (Siebert, ayni eser, sahife 212, haşiye 1).

[78] Siebert (Zibert), ayni eser, sahife 212.

[79] Ayni eser, sahife 213 ve müteakib.

[80] Ayni eser, sahife 214 ve müteakib.

[81] Zeitschrift für die gesamte Staaswissenschft (Bütün Devlet ilimleri mecmuası), cild 98, 1938, sahife 310 ve müteakib.

[82] Ayni eser, sahife 313 ve müteakib.

798

inkılâb etdiğini Huber izah eyliyor [83]. Yeni alman hukuk sisteminde «bağlı, mukayyed millî birlik» esası kabul edildiğinden bunun neticesi olarak bağlı, yani mukayyed iş münasebeti, bağlı mülkiyet ve bağlı mukavele mefhumları hususle gelmişdir [84]. Bu esasa göre Huber, «umumî hukuk» (Gemeinrecht) namını verdiği tek bir hukukun Devlet «autorité» si altında alacağı şekilleri gözden geçiriyor. Hukuka verilecek şekil ve vaziyet (Rechtsgestaltung), ya münhasıran Devlet «autorité»'si ile tayin olunur ve cemiyet uzuvlarının bu sahada beraber çalışmalarına mahal kalmaz veyahud Devletin «autoritaire» müdahalesiyle cemiyet uzuvlarının çalışması mezc edilir. Bu ikinci şekilde tanzimi Huber üç grupa ayırıyor: a) Birliğin tanzimi, b) Müşahhas hukukî vaziyetlerin tanzimi ve c) Hukukî muamelelerin tanzimi [85].

a) Birliğin tanzimi. Umumî hukukun dairesi içinde mevki ve faaliyeti tekemmül eden bir birliğin hukukî münasebetlerinin tanzimine aid bütün «autroitaire» şekiller burada esası teşkil eder. Her türlü âmme müesseselerinde (kommünlerde, meslek sınıflarında, işletme birliklerinde) birliğin tanzimi bunun haricinde kalır [86]. Dahil olanlar şunlardır:

1. Birliğin teşekkülü tescil veya imtiyaz itası yahud hukukî ehliyetin istirdadı suretiyle olur. Burada hâkimiyet fiili ve cemiyet uzuvlarının beraber olarak çalışması mezc edilmişdir. Cemiyet uzuvları bir kül halinde hareket ederler ve birliği yaparlar. Tescil veya imtiyaz buna inzimam eyler ve birliğin muamelâtda bulunmak kabiliyetini meydana getirir. «Autoritaire» tanzim cebrî tesis, cebrî iltihak, cebrî temdid, cebrî fesh ve ibtal suretlerinde de olabilir, bilhassa kartel hukukunda olduğu gibi. Alâkadarların kanunî mükellefiyete ittiba etmemeleri halinde hâkimiyet fiili doğrudan doğruya tatbik olunur.

2. Organların teşekkülü. Birlik tarafından tayin edilen müdür, müşavir ve emsali resmî makamların tasdikına iktiran etmekle «autoritaire» müdahale vukubulur. Yahud organların teşekkülü bir hâkimiyet fiilinin neticesine tâbidir. Bu suretle şimdiye kadar birliklerin organlarını tayin etmek hususunda mevcud istiklâl kaldırılmışdır.

3. Statü (nizamname) tanzimi. Hâkimiyet fiili burada tasdik, tâdil, fesh ve ibtal suretlerinde vukubulur. Yalnız «autoritaire» bir suretde, mezc edilmiş bir halde «autoritaire» ve cemiyet uzuvları tarafından ve kanunî mükellefiyetlerin yapılmaması dolayısiyle, resen Devlet tarafından tanzim şekillerinin hepsi burada görülür:

[83] Ayni eser, sahife 326 ve müteakib.
[84] Ayni eser, sahife 347 ve müteakib.
[85] Ayni eser, sahife 347.
[86] Ayni eser, sahife 347.

4. İradelerin teşekkülü. Burada bilhassa birliklerin kararları tasdik veya bunlara itiraz edilmek suretiyle birliklerin iradesinin teşekkülüne «autoritaire» müdahale edilir. Kartel hukukunda bunun bir çok misalleri vardır.

5. Âzanın hak ve vazifelerinin tanzimi. Birliklerin kendi teşekküllerine aid kararların Devlet tarafından tasdik edilmesi ve sermaye mikdarının ayni vechile tayini bu sahaya aiddir.

b) Müşahhas hukukî vaziyetlerin tanzimi. Mahiyetleri itibariyle tamamiyle Esas teşkilât, idare ve sınıflar hukuku sahasına dahil olan hukukî vaziyetler buradan hariçdir. Burada umumî hukuk sahasına aid bulunan ve «autoritaire» müdahale ile tanzim olunan hukukî vaziyetler mevzuu teşkil eder. İş münasebeti ve mülkiyet bu hukukî vaziyetlerin esasını vücuda getirir [87].

1. İş münasebetinin tesisi ve nihayet bulması. Burada işe alınma Devlet tarafından tasdike tâbi tutulur, tiyatro «intendant»'ları v.s. için tiyatro kanuniyle emrolunduğu gibi. Tayin tasdik ile tekemmül eder. Bunun hilâfına hareket olunursa faaliyetde bulunmakdan men edilir. Tiyatro müdürü bu memnuiyete istinaden iş münasebetini ihbarsız fesh eder. Bu suretle memnuiyet ve iş münasebetin feshi mezc edilmiş bir vaziyetdedir.

2. Mülkiyetin tesisi ve istirdadı. Bunun misali istimlâkdir. Devletin kararıyle birinin mülkiyeti alınır ve başka birine verilir ve mülkiyeti iktisab eden kimse bu mülkiyetin bedelini evvelki mülkiyet sahibine ödemeğe mecburdur.

3. Mülkiyetin tahdidi. Devlet tarafından umumun menfaatına olmak üzere cemiyet uzuvlarından birine aid mülkiyetin tahdidi buraya dahildir. Bu tahdidat devam etdiği müddetde mülkiyet sahibi tasarrufunda tahdidata mâruz bulunur.

4. Mülkiyetin genişletilmesi. Bazı inşaat memnuiyetlerinin kaldırılması, haddi zatında satılması veya haklarla ilzam edilmesi caiz olmayan ziraî arazinin satılmasına veya ilzam edilmesine müsaade edilmesi gibi.

c) Hukukî muamelelerin tanzimi. Yeni alman hukuk telâkkisinde hâkimiyet fiiliyle cemiyet uzvunun ittihadı bu sahada taleb edilmekdedir. Bu ittihad fikren tahlil edilebilirse de, cüzülerine inkisam etmesi kabil değildir. Bunlara «mukavele akdi mecburiyeti», «muhteviyatı aynen emredilen mukavele» ve «mukavele yerine kaim olan muamele» namları verilmişse de, âkidlerin anlaşma serbestine Devletin müdahalesini göstermesi hasebiyle bu hususda yürütülen nazariye sakatlıklar arzetmekdedir. Fakat serbest mukavele yerine cemiyet bakımından bağlı ve vazife doğuran mukavele esas olarak alınırsa Devletin hukukî muamelelere müdahalesi istisnaî mahiyetden kurtarılacağını ve hukukun kuvveden fiile çıkarılmasının bir unsuru haline getirileceğini Huber beyan ediyor [88].

[87] Ayni eser, sahife 349.

[88] Ayni eser, sahife 350.

1. Hukukî muamelelerin tasdikı. Cemiyet uzuvları arasında akdedilen hukukî muamelenin Devlet tarafından tasdikı «autoritaire» müdahalenin en basit şeklidir. Mukavelenin vesayet mahkemesi tarafından tasdikı, banka, esnaf cemiyetleri, sigorta, demiryolu işlerinde mukavelelerin resmî makamlar tarafından tasdikı gibi. Hâmiline aid obligasyonların veyahud emre muharrer depo makbuzlarının ihracına resmî makamlarca müsaade edilmesi de bu kabildendir. Bu sahalarda Devletin müdahalesi ve cemiyet uzvunun fiili ve hareketi mezc edilmiş bir haldedir.

2. Hukukî muamelelerin yapılması mecburiyeti. Huber burada demiryolu muamelelerinde ve tramvayda olduğu gibi mukavele akdi mecburiyetini hariç tutuyor. Yukarıda zikretdiğimiz ziraî mahsullerin satılmasına aid hükümleri Huber bu sahaya idhal ediyor ve bunlara bir taraflı veya iki taraflı mükellefiyet mukavelesi ismini veriyor.

3. Hukukî muamelelerin resen tanzimi. Bu hallere «resen muamele» namı verilmesini Huber doğru bulmıyor. Hukukî muamelenin cemiyet uzuvları tarafından tanzimi asıl olarak kabul edilmişdir. İki tarafın serbest itilâfiyle hukukî muamelenin akdedilmemesi halinde Devlet tarafından resen tanzim için müdahale vuku bulur. Alacaklı ile borçlu mahallî yardım nizamnamesine göre borcun ödenmesi plânında anlaşamazlarsa, hukukî muamele tarafların iradeleri yerine kaim olmak üzere resen tanzim olunur.

4. Hukukî muamelelerin muhteviyatına müdahale. Hukukî muamelelerin akdinde olduğu gibi, muhteviyatı bakımından da müdahale edilmesi esası kabul edilmişdir. Fiatların tayini, faizlerin indirilmesi v. s. gibi. Bu suretle müdahale tamamlanmış oluyor.

5. Hukukî muamelelerin fesh ve ibtali. Hukukî muameleden rücu veya hukukî muamelenin fesh ve ibtali için müsaade verilmekle «autoritaire» müdahale vukubulur. Kartel hukukunda akdedilen bir mukavelenin feshine müsaade edilmektedir.

Yukarıda kısaca gösterildiği vechile yeni alman hukuk sisteminde kabul ve tatbik edilen bağlı hukuk esası hakikaten âmme hukuku ve hususî haklar arasında yapılan tefriki izale ediyor. Fakat bununla beraber Roma hukukundanberi bildiğimiz hususî haklar umdesi de tamamiyle kaldırılmış oluyor.

D. İsviçre medenî haklarına göre hukukî muamele ve irade meselesi

Asıl mevzuumuzun istinad etdiği hukukî muamele mefhumu hakkında, İsviçre medenî hukuk ilmi için esas mahiyetinde olan, alman medenî haklar ilminin arzetdiği vaziyeti izah etdikden sonra İsviçre medenî hukuk ilminde hukukî muamele ve irade meselelerine kısa bir göz gezdirmek istiyoruz.

İsviçre borçlar hukukunda «hukukî muamale» mefhumu ayrıca tanzim edilmemiş olub, von Tuhr (fon Tur)'un yukarıda nakletdiğimiz ifadesinde doğru olarak işaret edildiği üzere [89], kanunun zikretdiği «mukavele» mefhumu ana mefhum sıfatiyle «hukukî muamele»'yi mâlum addediyor ve bununla meşgul olmayı ilme bırakıyor. von Tuhr (fon Tur)'un İsviçre borçlar hukukunda hukukî muamele için kısaca beyan etdiği mütalâa alman medenî hukukuna müteallik izahatın aynıdır. Bizzat alman medenî haklar ilminde görülen muhalif düşüncelere rağmen von Tuhr (fon Tur) 1925 yılında İsviçre borçlar hukuku için yazdığı eserde eski fikirlerini muhafaza etmekdedir. «Hukukî muamelenin tesiri tarafların tezahür eden iradelerine göre taayyün eder. Kanun tarafların istemiş olduğu anlaşılan şeyi meriyete koymakla hukukî muameleyi tasdik etmiş oluyor. . . . . Her hukukî muamele, hukukî neticenin husul bulmasına mâtuf bir iradenin, bir hukukî niyetin mevcudiyetini lüzumlu kılmakdadır. Hukukî bir sahada olmayan bir irade tezahürü bir hukukî bağlılığı icab etdirmez» [90]. Hukukî muamelenin özü tarafların iradelerinin tezahürüdür. Hukukî muamelenin ihtiva etdiği bu hukuk tanzim edici kuvveti, kanun insanın derunî iradesine değil, iradenin tezahürüne vermekdedir. Zira irade psikologik bir vâkıa olarak doğrudan doğruya bilinemez ve yalnız insanın haricî hareketinden fazla veya noksan bir kat'iyetle istihrac edilebilir. [91]. Burada von Tuhr (fon Tur) eski Pandekt hukuk ilminde kullanılan sarih ve zımnî irade tezahürleri taksimi yerine «irade beyanı» ve «irade fiiliyatı» şeklinde yapılan tasnifi terviç ediyor.Beyanda iki unsurun mevcudiyetini kabul eyliyor: 1. Muamele iradesi veyahud neticenin istenmesi (beyanın muteviyatı), 2. Beyan iradesi, yani muamale iradesinin bir fiil ile tezahürüne karar verilmesi. Buna misal olarak yaziyle yapılan beyanları zikrediyor [92]. Bir fiilin irade beyanı mahiyetinde olub olmadığı meselesinde von Tuhr (fon Tur) fiili yapanın diğer tarafa bir iş'arda bulunmak isteyib istemediğine göre meseleyi müsbet veya menfi halletmek lâzım geldiğini kaydetmekdedir [93].

Bu suretle von Tuhr (fon Tur) umumen kabuledilen nazariyeyi hukuken ve ilmen en doğru bir nazariye imiş gibi nakletmiş ve meselenin etraflı bir tadiline girişmemişdir.

İsviçre borçlar hukukunun 323 üncü maddesinde tanzim edilen «umumî iş mukavelesi» (Gesamtarbeitsvertrag) mefhumunun hususiyetini von

[89] Ferid Ayiter, Hukukî muamelelerde illet, illetden tecrid ve illetsizlik, Adliye Ceridesi, yirmi dokuzuncu sene, 1938, sahife 1305.

[90] von Tuhr (fon Tur), Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht (İsviçre Borçlar hukukunun umumî kısmı), cild 1, sahife 131 ve müteakib.

[91] von Tuhr (fon Tur), ayni eser, cild 1, sahife 135.

[92] von Tuhr (fon Tur), ayni eser, cild 1, sahife 135 ve müteakib.

[93] von Tuhr (fon Tur), ayni eser, cild 1, sahife 137.

Tuhr (fon Tur), borçlar hukukuna has olan takyidden fazla bir tesirin mevcudiyetinde ve hukukî fiillere ehliyeti tahdid etmesinde görüyor. Bu vesile ile alman medenî hukukunda «Tarife mukavelesi» denilen bu hukuk müessesesinin ilmî mahiyetini izaha çalışan muhtelif nazariyeler hakkında bir fikir vermeyi faideli gördük.

«Tarife mukavelesi» Almanyada ilk defa 1848 yılında matbaacıların hareketiyle kendini gösteriyor. 1869 yılında işçi birliklerinin bazıları tarife mukavelesini programlarına idhal etmişlerdir. 1873 ve 1876 yıllarında tam manasiyle vucudbulan bu mukavele 1891 de reddedilmiştir. 1918 yılına kadar bu mukavele kabul ve red safhalarını geçirdikten sonra 1918—1923 yıllarında kanunen tanzim edilmesine teşebbüs edilmiş ve nizamnameler çıkarılmışdır.

Tarife mukavelesi kollektif mukavelelerin bir kısmıdır. Ücret tarifeleri dolayısiyle bu mukavelelere tarife mukavelesi namı verilmişdir. İş veren ve işçi grupları arasında ücret ve esas itibariyle iş şartları bu mukavelelerde kararlaşdırılır. Şu halde tarife mukavelesi bir iş akdi değildir. Bu gibi akidlerin yapılması için mütekaddim mukavele mahiyetinde de değildir. Zira mütekaddim mukavele muayyen muhteviyatlı bir mukavelenin akdi hususunda taraflara salâhiyet verir, fakat muayyen bir muhteviyatı olmayan mukavelenin akdedilmesini menetmez. Üçüncü şahıslar lehine bir mukavele olarak da tarife mukavelesi izah edilemez. Tarife mukavelesi işçiye sübjektif hak vermez. Kendi positif kuvvetiyle işçi aleyhine iş şartlarının kararlaşdırılmasını meneyler. Eğer işçinin bir sübjektif hakkı olsaydı, bundan feragat etmesi de kabil olurdu. Tarife mukavelelerinin hukukî mahiyeti en muvafık olarak «iş normu mukavelesi» suretinde ifade edilmişdir [94]. Bu mukaveleler, münferid iş münasebetlerini tanzim eden umumî esasları ihtiva eder. Fakat bu mukaveleler yalnız normlardan terekküb etmez, büyük bir kısmı tarafları alâkadar eden borçlara aid mükellefiyetleri havidir. Tarife mukavelesi, normlar vazeden bir mukaveledir. Bu normların mahiyeti de ihtilâfı mucib olmuşdur. Bu normların sırf âkidlere taallûk etmesi veyahud kanun gibi objektif hukuk mahiyetinde olması variddir. Eğer burada bir nevi teşriî, mahiyetde salâhiyet bir (Délégation) mevcudsa tarafların, bir «cemiyet» de olduğu gibi, normlar vazetmek hususunda istiklâli olması iddia edilebilir. Fakat bu gibi istiklâllerin kanun vazıı tarafından tasrih edilen muayyen hallere inhisar etmesi hasebiyle tarife mukavelelerinin bu meyana idhali doğru olmaz. Şu halde bu mukaveleler yalnız akidlere aid normlar ihtiva eder. Akidlerin hukukî mahiyeti için de muhtelif nazariyeler ileri sürülmüşdür. Temsil nazariyesine göre akdi yapan işçilerden bir kısmı diğer işçiler namına ha-

[94] Huek (Hük), Normenverträge (Norm mukaveleleri), Jahrbücher für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (Medenî hukukun dogmatik tedkikine aid yıllık), cild 73, sahife 33 ve müteakib.

reket ederler. Böyle bir temsil hakkı ise mevcud değildir. Akdi yapan işçinin kendi namına ve işçi birliği namına ayni zamanda hareket etmesi de mümkün değildir. Üçüncü şahıs lehine mukavele nazariyesi ise ayni noksanları ihtiva ediyor. Birlik nazariyesine göre mukaveleyi akdeden süjet, iş veren tarafından ekseriya ve işçi tarafından esas itibariyle meslekî birlikdir. Bir diğer nazariyeye göre meslekî birlik akiddir ve ayni zamanda mukaveleden birlik âzası lehine hak sahibi olur. Bu «kombinezon» nazariyesi, birlik âzasını temsil salâhiyeti mevcud olduğu hallerde kabule şayandır [95].

---

[95] Oertmann (Örtman), Deutsches Arbeitsvertragsrecht (Alman iş akdi hukuku), 1923, sahife 58 ve müteakib; Kaskel, Arbeitsrecht (İş hukuku), 3 üncü tabı, 1928, sahife 15 ve müteakib; Stier - Somlo (Ştir - Zomlo), Tarifvertrag (Tarife mukavelesi), Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Hukuk ilmi kamusu), cild 5, 1928, sahife 340 ve müteakibe bak.

No: 81

Kazaî Tefsir

(Fuzulî işgalden mütevellit tazminat davalarındaki mürurı zaman müddetlerinin tayinine dair tevhidi içtihat yoliyle verilen bir temyiz kararı hakkında kritik bir deneme.)

Yazan: *Rasih YEĞENGİL*
Ankara Sulh Hâkimi

Hukuka mevzu olabilen bütün hâdiselere, hukuk (norme) larına göre kaideler tayin etmek vazıı kanunun işi, bu mücerret kaideleri muayyen hâdiselere tatbik etmek, yahut hâdiselere tatbik edilecek mevzu kaideleri (teşriî organın vazettiği veya örfün vücut verdiği) bulmak hâkimin işidir. Fakat tenevvüleri sonsuz olan hâdiseleri muayyen mebdelere irca etmek ve bunlar için müşterek kaideler koymak haddizatinde imkânsızdır. İçinde vücut buldukları veya bulacakları zuruf ve şeraitin mahiyeti eşyadan mütevellit tahavvülleri, bunların kaide altına alınmalarında nisbî bir imkânsızlık vücuda getirir. İşte, hâdiselerin tekevvün ve temadilerindeki bu tehalüf ve ittiratsızlık, bunlara mücerret kaidelerin tatbikındaki zorluğa tekabül eder. Ve hâkimin muayyen bir hâdiseye mevzu bir kaideyi tatbik etmek vazifesine, bir de, o hâdise için bir kaide vaz etmek gibi mukayyet vazıı kanunluk rolü inzimam eder. Romalı hukukşinas, hâkimin kanun karşısındaki vazifesini su meşhur adajla ifade ediyor: «Da mihi factum dabi tipi jus. Bana bir hâdise ver sana hakkını vereyim.»

Hâkimin hukukun boşluğunu doldurmaktaki, yani muayyen bir hâdise için bir kaide ihdas etmesindeki yükü, mücerret ve umumî kaide vazeden yani (objektif) bir vaziyeti tesbit eden vazıı kanunun yükünden daha ağırdır. Vazıı kanun, bu sıfatla, vazifesinde daima içtimaî (initiative) lerin bir mâkesinden ibaret kalır.

İçtimaî şe'niyetlerin ona ilca ettikleri zaruretlerden mülhem olur. Halbuki hâkim, mevcut hukuk (norme) larını ihlâl etmemek ve adâlet prensiblerine sadık kalmak şartile tek bir hâdiseden hâdiseler kategorisi yaratarak filhal bir hâdiseyi çerçevelemek mecburiyetindedir. Vazıı kanun (abstrait) bir kaide koymuştur ve belki de (collectif) şuurun tercümanı olamamıştır; fakat kaide umumî

ve mücerret olduğu için vicdanı âmmede tevlit edeceği aksülameller ihtibas halinde bulunurlar, muğlâkdırlar. Hâkim ise (concret) bir vaziyet karşısındadır. Vazettiği kaide mevzu ve hususî bir hale münhasırdır, vicdanı âmme buna karşı diğergâm bir kisve altında hotgâm bir endişe izhar eder.

«Kanunun metni ne kadar kat'î olursa olsun, usulü muhakeme ne kadar vazıh ve sarih bulunursa bulunsun netice itibarile adâletin tetviri, hâkimin şahsında birleşen ve mevzuatın başlıca endişesini teşkil eden iki şarta dayanır. Tamamen «intellectuel» olan birinci şart, hukuku tatbik edebilmek için lüzumlu olan bilgi ve temyiz kabiliyetine vâbestedir. Hâkim hukuk nazariyat ve tatbikatını tam manasile bilmek mecburiyetendedir. Bu şartın tahakkuku için bu gün mevcut olan müesseseler malûm: Hukuk tahsili, Devlet imtihanları ve staj . . . tamamen manevî olan ikinci şart ise karekterle alâkadardı. Karakter kelimesinden, dostluk, gayz, nezaket ve merhamet gibi her hangi bir mülâhaza ile dalâlete sapmadan, hukukun itibarını temin etmek için lüzumlu olan irade metaneti ve manevî cesaret anlaşılmalıdır, (subjectif) manada adâlet işte budur. Hakikî hâkim, şahsî mülâhazalara kat'iyen kıymet vermez. Huzuruna gelen taraflar onun için muayyen olan kimseler değillerdir, bunlar müddeî ve müddeialeyh maskesi altında yapılmış olan tecritlerden ibarettir. «Hâkim ancak maskeyi görür, onun altında gizlenen şahsı göremez» (Ihering, L'évolution du Droit)

Kanunun hâdiselere tatbikı vazifesi ve bilhassa hakkında kanunî bir hüküm ve örfüadet bulunmayan hallerde vazıı kanun gibi hüküm vazetmek rolü, hâkimde aranılacak «intellectuel» vasıflara ne kadar ehemmiyet verilmek lâzım geldiğini gösterir. Asırların tecrübe mihenginden geçtikten sonra medenî âlemin münasebetlerinde halâ üs vazifesini gören hukuk umdelerini vazeden, bu günün aklı seliminde adâlet mantaliteleri halâ hüküm süren Roma hâkimini bakınız nasıl anlatıyorlar:

«İnsanlar, verdikleri hükümler itibarile yekdiğerinden tebaüd» «etmeye tabiaten mütemayil bulunduklarından şübhesiz hukukşinas-» «lar da birçok hukuk meselelerinde birbirine benzemiyen kana-» «atları izhar ederler.»

«Hakikî hikmet ve hakikî hukukşinaslık ilmi münhasıran, âdil» «ve faydalı olanı gayrı âdil ve muzır olandan, mübah olanı memnu» «olandan temyiz ve tefrik etmesini bilmeğe vâbeste bulunduğu» «cihetle, Roma hukukşinaslarının içtihat ilmi kadar hikmet ilmi ile» «de meşgul olmaları pek tabiî idi. Gravina'nın dediği gibi, onlar» «hukuk ilmi ile hikmet ilmini o kadar mezcetmişlerdir ki âdil ve gayrı»

«âdil mefhumları, iyilik ve fenalığın sebebleri, milletlerin örflerini»
«tanzim usulleri, kanun ve cumhuriyet mefhumları hakkında Yunan»
«filozoflarının eserlerinde mevcut olan şeyler bunların eserlerin-»
«de de yer alırdı. Bu hakîmane felsefe Roma hukukşinasları naza-»
«rında sade bir ilim olmakla kalmadı, bu, aynı zamanda onların»
«yazılarının müeyyide ve esbabı mucibesini teşkil ederdi: İşte bunun»
«içindir ki eserlerinde eski filozofların ve bilhassa en meşhur ve»
«en ziyade şayanı hürmet olan stoïcien mektebinin vecizelerine, kai-»
«delerine, tariflerine ve esbabı mucibelerine daima raslanır. Hukuk-»
«şinas sıfatiyle meselâ, bir kölenin çocuğunun semere addedilmesini»
«kabul etmezler ve Chrysippe'in «insan müstesna olmak üzere her»
«şey allahlar ve insanlar tarafından yapılmıştır» şeklindeki hikme-»
«tine işaret ederek, tabiat bütün semereleri insanlar için hasıl»
«etmiştir, o halde bizzat insan semere olamaz derler. «Yenişekiller»
«misali var ki karar ittihazı hususunda nasıl bir tarz takip ettikle-»
«rini gösterir: Başkasına aid olan üzüm veya madenden yapılmış»
«olan şarap veya vazonun kime aid olduğunu tayin etmek. Nerva»
«ve Poroculus, bu vazo ve şarabın bunları imal edene aid olacağını»
«kabul ediyorlar, çünkü onun imal edilmiş olduğu şey evvelce»
«kimseye aid değildi diyorlar, onlar bu hususta stoïcien mektebinin»
«şekli değişen şey ziyaa uğramıştır, prensibine istinat ediyorlar.»
«İşte üzüm ve madenin şekli değişmiş olmakla onlardan teşekkül»
«eden şarap ve vazo yepyeni şeylerdir ye bunları yapmış olana»
«aiddirler, çünkü mevcut olan şey şekli ile kaimdir. Felsefe oyunla-»
«rını bir tarafa bırakarak akıl ve nasafet yolunu takip eden bir»
«kısım hukukşinaslar da daha tabiî bir muhakeme ile madenin»
«maliki olan kimse o madenden yapılmış olan şeyin de malikidir,»
«çünkü ona aid olan bu şey olmasaydı başkası tarafından verilen»
«yeni şekil mevcut olmazdı diyorlardı. Roma hukukşinaslarının»
«tahrir ve tahkiye tarzları da bihakkın sitayişe lâyıktır, üslûpların-»
«daki zarafet ve sadelik, ifadelerindeki basiret ve muhkemlik, bil-»
«gilerindeki derinlik ve isabet, beyanlarındaki selâset ve icaz bütün»
«kudretile kendisini gösteriyor. Hakikaten vecizelerinde ne büyük»
«hikmet var. Nısfet ve adâlet hukukla ne güzel telif edilmiş, ilim-»
«leri ne kadar derin, kudret ve azemeti ne kadar samimi, zarafetinde»
«hiç bir gurur yok, bütün bunlar en yüksek dereceleri bulmuşlar ve»
«hiç birisi diğerlerine tercih edilemez. Pandectes vasıtasile bize»
«kadar intikal eden yazılarına bakılınca, birbinden asırlarla ayrıl-»
«mış olan bu insanların bütün eserlerinin tek bir dimağın mahsulü»
«olduğu zannedilir. Onlar her şeyi kısa anlatırlar, en mücerret»
«meselelerin hallinde bile kudretli bir «laconisme»'in vuzuhunu»

«muhafaza ederler. Müşkilât arzeden noktalar, lüzumlu olan tabir-» «lerle izah edilir, kararın esbabı mucibesi aynı suretle telhis edile-» «rek zait bir şeye asla raslanamaz. Bir tek mesele hakkında muazzam» «ciltler yazdıkları halde mevzua bile temas etmeyen modern» «hukukcularımızla onlar arasında ne büyük fark var . . . (Pothier,» «Les pandectes de Justinien tom.I)

Bizden asırlarca uzak olan bir sitenin adâlet zihniyetini bu günkü cemiyet şe'niyetlerile elbette telif edemeyiz. Romalı Pretör yalnız bir hâkim değil, aynı zamanda vazıı kanundu. Pretör (édit) leri Romanın dinini ve örfüâdetlerini adâletle telif eden hukuku mevzua külliyatı demekti. Halbuki cemiyetleri idare eden sosyal mebdeler değişince, hâkimlik ve vazıı kanunluk vazifeleri birbirinden esaslı suretle ayrıldı. Kuvvetlerin tevzini zarureti, salâhiyetleri parçaladı, geniş manada içtimaî iş bölümünü vücuda getirdi. Teşriî organa mevdû olan umumî hukuk kaidesi vaz'ı salâhiyeti, bu kaidenin tatbikatından ibaret olan kazaî salâhiyetten ayrı yürütülmeye başlandı. Artık mevzû hukuk kaidesini tatbik eden hâkim vazıı kanunun içtimaî şe'niyetleri hukuk kriteryumuna göre kıymetlendirmesine yani onları hukukça sistematize etmesine müdahele edemez oldu. Ancak gene teşriî organın tanıdığı bir salâhiyete müsteniden muayyen hâdiseye tatbik edilmek üzere umumî kaide vazetmesi mümkündür.

Fakat hâkim bu kaideyi vazederken vazıı kanunu adâlet mebdelerinden asla ayrılamaz, yani objektif adâlete sübjektif adâleti tercih edemez; vazedeceği kaideyi mevzû normlara istinad ettirmek zaruretindedir. Kanunun ruh ve delâletinden uzaklaşmayacaktır. Bu sayede tevhidi içtihat müessesleri doğarak mevzuatın noksanı tamamlanmış olacak. Kazaî tefsirin isabetini gösteren şey, onun devam ve istikrarıdır. Gerçi Roma hâkimleri hakkında Pothier'nin işaret ettiği (identité) yi yaşadığımız çağda arayamayız, çünkü Romalı hâkim, bütün siteyi asırlarla aynı şekilde idare eden ve inkılâplara imkân vermeyen (rigide) bir din ve örfe istinad ettiği cihetle istikrar hali zaten formalistliğin tabiî bir neticesi idi. Halbuki yaşadığımız çağ, içtimaî dinamizmin tesiri altında, müesseselerini daima değiştiren ve binnetice hukuk kaidelerinin ayar edildiği içtimaî ahlâk normlarını, siyasî — iktisadî zaruretler dolayısile tadile uğratan daimî bir teşekkül devridir, bu itibarla müstekar bir jurisprudence tesis edilemez; değişen hukuk ve ahlâk normlarına onun da uyması zarurîdir. Fakat bu geniş mana darlaştırılınca, içtihat müessesesinin, istinat edtiği (causalité) le dahilinde, devam ve sebatı, Hukuk ve adâlet ma vakıalarına isabet ve yakınlığını gösterir.

«Fakat, sosyete hayatının inkişafı; muamelâtı nasın tevessüü ve»

«bizzarur Hukuk fikri muhtevasının da artması neticesi olarak, ev-»
«velce, içtihat emrinde ve bunun tatbikat sahasından kurtulup ilim»
«seviyesine yükselmesine kâfi görülen bilgilerin kifayetsizlikleri an-»
«laşılmağa başlamış; binaenaleyh, müçtehidin mesaisi, ilmî bir»
«mahiyet alabilmesi için kanun hakkında da bir hüküm verecek ve»
«anı tenkit eyleyecek ve şu tenkitlerini ilim icaplarına ve mucip se-»
«beblere dayayabilecek kabiliyette bulunmalıdır, yani, kanunun mer'î»
«bulunduğu sosyal çerçeveyle olan zarurî münasebetlerini bilerek,»
«şaşmaz ve emin bir parmakla, sözü geçen bakımdan, işbu kanu-»
«nun muhtaç olduğu ıslahatı, işaret ve irae eyleyebilir. Durumda»
«olmalıdır kanaatına varılmıştır.»

«Filhakika, ol yüksek vasıfları haiz olan müçtehit, bu nazik a-»
«meliyeyi, sert ve katı duruma gelerek, veya, hatalı prensiplere da-»
«yanarak, hayat evrimine uyamıyan ve onun müterakki seyrini»
«zorlaştıran kanunî tesirlere, elâstikiyet ve inhina kabiliyeti vere-»
«rek; bu seyre uydurma vazife ve hizmetini yerine getirebilmek için,»
«ahlâk ve iktisat ilimlerinden istianeyle rasyonel ve konvansiyonel»
«prensipleri seçer. Bunlar içinde devamlı olanlar olmıyanları birbi-»
«rinden ayırt eder. Kezalik tarihin ibretbahş yapraklarından da»
«ders alarak, mantık icaplarına aykırı olmakla berarer, hatalı pren»
«siplere dayanan ve devam edebilen kanunların da vücut bulduk-»
«larını tesbit eder ve bunların, esas itibarile, hatalı prensiplere mütteki»
«bulunmalarile beraber; geçici ve fakat, hakikî bir zaruret ve ihti-»
«yaç neticesi olarak vücut bulduklarını görür. Değil böyle arızî ih-»
«tiyaçlar ve zaruretler dolayısile, hatta dayandıkları prensipleri itiba-»
«rile makul ve mantıkî olmaktan naşi, mastarları bakımından, nev'i»
«beşer için birlik zarurî olan hallerde bile, şekil değişikleri olduğu-»
«nu öğreniriz.»

«İşte, matlup evsafı haiz bir fakihin, bir müçtehidin, yukarıda»
«görüldüğü üzere ıttıla hasıl eyliyeceği ve tesbit edeceği haller, bi-»
«ze vücuda getirilecek terakkiyi, değişiklikleri gösterirler; kanunla-»
«rımızda yapılacak tadilât ve ıslahatı tebarüz ettirirler. Bu terakki,»
«ister derhal vücuda getirilmesi gereken terakki olsun, ister kökleş-»
«miş örf ve teamüller ve ananelerle telif etmek zaruretine mebni,»
«tedrici surette vücuda getirilmesi vücudunu arzeden değişiklik»
«bulunsun; bu babda, vazıh ve ayan bir görüş ve duyuş birliği»
«hasıl olur: Bu öyle kuvvetli ve kabiliyeti namiyesi çok bir to-»
«humdur ki filizlenmekte ve semeresini belirtmekte gecikmez; bahu-»
«sus, hayat icabı gibi, tükenmez bir kaynaktan gıdasını almakla,»
«büyümesi de tez olur; aykırı durumdaki tesisin yıkılması, yerini,»
«hayata uygun olmasına terk etmesi sonucunu doğurur."

«Binaberin, yukarıki sözler, tatbikat bakımından, müçtehidin,»
«felsefî ve tarihî noktayı nazarları telif etmesi mecburiyetinde ol-»
«duğu kanaatını verir.»

«Elde mevcut kanun nedir? Bunun selefi ne idi? Müstakbelde»
«ne olmalıdır? İşte müçtehidin, bu günkü telâkkiye göre, araştırma-»
«larının yüksek amacı... Yukarıda dediğimiz gibi, bu kabil araştır-»
malarda, incelemelerde ilmî olan cihet, tenkidî olan kısımdır ki, bu,»
«hukukun rasyonel, yani, aklî ve mantıkî ve beşer tab'ının mevlû-»
«du olmak itibarile, devamlı bulunan elamanlarını bulup çıkartmak»
«ve beşerin keyf ve kaprisi, üstat (Turhan Tan)ın dediği gibi, bül-»
«hevesliği fevkinde olan kanunlar ianesile ve bunların saçtıkları»
«kuvvetli nur ve ışık yardımile, bazı tesislerin keyfî ve düşük du-»
«rumlarını tebarüz ettirmek ve böylece de bir şeriatın gerektirdiği»
«ıslahat ve tadilâtı işaret ve irae eylemek ... İşte, hukukun felsefesi»
«de buradadır. Bunun dışında kalan müçtehid, baştan başa tefsir ve»
«tavzih alanında bocalar ve çalışması da kısır kalır, yolundaki»
«kıymetli sözleri söyliyen bilgine hak veririz.»

«Yukarıda söylenen tenkidi ve binaberin, felsefî olan tarzı,»
«şöyle bir tarafa bırkalım, bir kanunu doğru ve dürüst tatbik edebil-»
«mek için onu tefsir etmeği bilmek, yani iltibas, mahsurundan gay-»
«rı salim ve muzlim ve müphem ifade ve ibarelerin, ipham perde-»
«lerini yırtarak, şariin maksadını arayıp bulmak lâzımdır. Bu bir»
«sanattır; Almanlar bu san'ata müteallik kaidelere (hermeneutique)»
«derler ki, Helen dilinden alınan bu kelimenin anlamı: Tefsirî, teşhirî»
«ve tavzihî demektir.»

Bir hâdise münasebetile giriştiğimiz bu izahat, içtimaî müesseselerin kuruluş ve yıkılışında hâkimin ne büyük vazifeler deruhte ettiğini ve bu vazifeyi başarırken ne kadar çok kayıtlarla bağlı bulunduğunu gösteriyor. Hele içtihatları takyit eden ve onlara istikrar vermek maksadile kurulmuş olan tevhidi içtihat müessesesi bambaşka bir hususiyet arzeder. Hâkimlerin içtihat sahasındaki takdir serbestisini refederek muayyen hâdiseye tatbik edilen bir hükme hukuk kaidesi vasfını izafe eden bu müessesenin teşrîî ve kazaî alandaki rolü çok mühimdir. Hukuk ve felsefenin (subtilité) leri onun ince eleğinden geçirerek hukukla adâlet yekdiğerile telif edilmiş olmalı ve en kuvvetli tenkitlere dahi mütehammil bulunmalıdır ki bu sayede devam ve istikrarı mümkün olabilsin.

Şimdi asıl mevzuumuza giriyoruz: Türk temyiz mahkemesi tevhidi içtihat heyetinin iki senelik ilmî bir faaliyet sonunda ittihaz etmiş olduğu bir karardan bahsetmek istiyoruz. Hâdise, gayri menkulleri, bir akde müstenit olmaksızın işgal edilmelerinden mütevel-

lit tazminat davalarında tatbik edilmesi lâzımgelen müruru zaman müddetinin tayinine taallûk ediyor. İki senelik ilmî tetkiklerden ve enerjik mübahaselerden sonra şu karar ittihaz ediliyor:

«Haksız surette zabıt ve işgal sebebile hukukî menfaatleri halel-» «dar olan gayri menkul maliklerinin talep edebilecekleri (ecri misil)» «tazminat davaları, ötedenberi on senelik müruru zamana tâbi oldu-» «ğu içtihat olunmuş iken ahiren bunun hilâfında bir ekseriyet ta-» «hassül ederek evvelki içtihadın değiştirilmesine mecburiyet hâsıl» «olduğundan bahsile keyfiyetin tevhidi içtihat yolile halli lüzumu» «temyiz dördüncü hukuk dairesi başkanlığından bildirilmesi üzeri-» «ne heyeti umumiyece bu işe ait dosyalar tetkik olunduktan ve» «komisyon tarafından verilen mazbata okunduktan ve söz alan ze-» «vatın mütalâaları dinlendikten sonra icabı tezekkür olunarak ilk» «içtimaada sülüsan ekseriyet hasıl olmadığından son içtimaada mev-» «cudun mutlak ekseriyetile aşağıdaki karar ittihaz olunmuştur:»

«Zabıtnamelerin tetkikinden anlaşılacağı üzere bu mesele etra-» «fında uzun uzadıya beyan olunan mütalâalar üç noktada hülâsa» «edilebilir.»

«1. Borçlar kanununun 60 ıncı maddesindeki müruru zaman» «müddetinin tatbikı.»

«2.Medenî kanunun 897 inci maddesindeki müruru zaman müd-» detinin tatbikı.»

«3. Borçlar kanununun 126 ıncı maddesindeki müruru zaman» müddetinin tatbikı.»

«Esbabı mucibe:»

«Fuzulî işgal neticesi talep olunan (ecri misil) tazminat davaları» «borçlar kanununun 60 ıncı maddesinde gösterilen borçlar mahiye-» «tinde olmadığı cihetle bu kabil tazminata ait davalarda mezkûr» «maddede yazılı müruru zaman müddeti kabili tatbik olmadığı» «9-12-931 tarihinde tevhidi içtihat suretile tekarrür etmiş olduğundan» «bu husus hakkında daha fazla izahat itası lüzumlu görülmemiştir.»

«İkinci ve üçüncü numaralardaki müruru zaman müddetine ge-» «lince: Filhakika medenî kanunun 897 inci maddesinde zilyet gasp» «ve tecavüz fiillerini ve hakkına tecavüz eden kimse olduğuna vakıf» «olur olmaz istirdatı veya tecavüzün men'ini iddia etmediği halde» «dava hakkından mahrum olacağı ve zilyet tecavüzü ve tecavüz» «edeni daha geç öğrenmiş olsa bile gasp ve tecavüzün vukuu gü-» «nünden itibaren bir sene geçmekle davanın müruru zamana uğra-» «yacağı gösterilmekte ise de zilyetliğin ihlâlinden ve yedin iadesin-» «den tevellüt eden davalar hakkında tatbik edilmesi lâzımgelen mü» «ruru zamandan bâhis olan bu maddenin tevhidi içtihat suretile»

«hal i istenilen hâdiseye şümulü bulunmamıştır. Kaldı ki medenî ka-» «nunun 896 ıncı maddesi mucibince zilyetliğin ihlâlinden mütevellit» «davanın tecavüzün ref'ine ve müsebbibinin men'ine ve zararın taz-» «minine dair olabileceği halde 897 inci maddede münhasıran teca-» «vüzün men'ine ait dava müruru zamanından bahsedilerek tazminat» «davasının tâbi olacağı müruru zaman hakkında bir şey denmemiştir.»

«Haksız surette zabt ve işgal sebebile hukukî menfaatleri ha» «leldar olan gayri menkul maliklerinin taleb edebilecekleri tazminat» «davaları hakkında hususî dairece tekarrür etmiş olan on senelik» «müruru zaman müddetinin tatbik edilmesinde de isabet mülâhaza» «olunmamıştır. Çünkü sarih ve zımnî akitten doğan alelûmum kira» «davaları hakkında borçlar kanununun 126 ıncı maddesi mucibince» «beş senelik müruru zaman cari bulunmuş olduğundan akde müste-» «nit olmıyan ve Fakat hukukî neticesi itibarile aynı mahiyette bulu-» «nan bu misillü tazminat ve münasip ücret davalarında da beş se-» «nelik müruru zaman cereyan etmesi tabiî ve zarurîdir. Binaenaleyh» «zikrolunan davalar hakkında mezkûr 126 ıncı madde hükmüne tev-» «fikan beş senelik müruru zaman cereyan edeceğine ekseriyetle ka-» «rar verildi.»

Burada işaret edilen 9-12-931 tarihli tevhidi içtihat kararında şöyle deniyor:

«Fuzulî işgalden mütevellit (ecri misil) tazminat davalarının» «müruru zamanın müddetlerinde temyiz mahkemesi dördüncü hukuk» «dairesinin 24-11-930 tarih ve 95015/3871,19-1-931 tarih ve 161/139» «numaralı kararları arasında hasıl olan mübayenetin tevhidi içtihat» «tarikile halli müşarünilehy dairenin 22-1-931 tarihli müzekkeresile» «talep edilmesi üzerine 10-6-931 tarihinde içtima eden umumî heyet-» «de nisabı ekseriyet hasıl olamadığından 9-12-931 tarihinde tekrar» «içtima eden umumî heyetde cereyan eden müzakere neticesinde:»

«Fuzulî işgal neticesi talep olunan (ecri misil) tazminat borçlar» «kanununun birinci babının 1 inci faslında gösterilen borçlar mahi-» «yetinde olmadığı cihetle bu kabil tazminata ait davalarda mezkûr» «kanunun 60 ıncı maddesinde gösterilen müruru zaman müddeti ka-» «bili tatbik olmadığı ekseriyetle tekarrür etmiştir.»

Bu karara ait not:

Cereyan eden müzakerede muhalif kalan zevattan bir kısmı bu gibi ecri misil «tâbiri aharle zamanı menfaat» davalarının borçlar kanununda haksız fiiller için mevzu bir senelik ve bir kısmı da kanunu medenînin 897 inci maddesi mucibince kezalik bir senelik müruru zamana tâbi olması reyinde bulunmuşlarsa da ekseriyet on senelik müruru zamana tâbi olduğunu içtihat etmiştir.

Son tevhidi içtihat kararına ait müzakeratta ilk mesele olarak, bir tevhidi içtihat kararının yine bir tevhidi içtihat kararile tadil olunup olunmayacağı meselesi münakaşa mevzuunu teşkil etmektedir.

Bu hususta tevhidi içtihat müessesesini takyit edecek bir sarahati kanuniye olmadığı için, mesele müsbet olarak halledildikten sonra asıl hâdiseye ait müzakereye girişildi. Ve nihayet ilmî tetkikata müstenit bir muhtıra hazırlamağa tavzif edilen komisyon raporu tetkik edildi, mübahase ve münkaşalara tekrar başlanıldı ve neticede kaçar ittihaz edildi. Gerek karara tekaddüm eden ve gerek karardan sonra devam eden münakaşa ve kritiklere bakılırsa, reylerin ekseriyetile ittihaz edilmiş olan bu karara hukukî kanaatları barıştırabilecek bir ihata ve elâstikiyet arzetmemektedir.

Hukuk ilmi vadisinde en yüksek salâhiyeti haiz ve başlı başına birer ilim otoritesi olan ve hakkın meş'alesini ellerinde tutan içtihat mümessillerinin, bu bir tek hâdise hakkındaki enerjik çalışmaları muazzam bir hukuk eseri teşkil eder. Giriştikleri ciddî ve yorucu ilmî mesai sonunda verdikleri kararı, yine kendi fikri hukukîlerine mülâyim bulmuyorlar. Sebebini psikolojik sahada aramak isteyenler de vardır. Evvelce verilmiş olan tevhidi içtihat kararından ricat etmek, belki bu müessesenin sebebi vücut ve gayesine uygun düşmeyebilir, fakat mademki her hukuk müessesesinin gayesi, hukukî nizamın tesisine, adâletin tahakkukuna yardım etmektir, o halde tevhidi içtihat müessesesinin istihdaf etmiş olduğu gaye de netice itibarile bir vasıta mevkiinde kalır. Vasıtayı gayeye en iyi hizmet edecek şekilde kullanmalıdır.

Şimdi karara tekaddüm eden müzakerelere bir göz gezdirelim. İlmî komisyonun raporunda ezcümle şöyle deniyor:

1. Hiç bir akde müstenit olmaksızın vaki işgalden dolayı tazminat davaları bir senelik müruru zamana tâbi olmak lâzımgelir. Yalnız bunun hangi maddeye uyduğunda ittifak edilememiştir, bazıları kanunu medenînin 897 inci maddesinin tatbik edileceği, bir kısmı da borçlar kanununun 60 ıncı maddesinin tatbik edileceği reyinde bulunmuşlardır.

2. Hitamı müddette tecdit edilmek şartile vukubulan akit üzerine ve hitamı müddetten sonra işgalden ve müddet esnasında veya sonra tahripten doğan tazminat davalarında dahi müruru zamanın on sene olacağı çoklukla kabul edilmiştir. Yalnız bir akte iltisak ve ittisali olan muamelelerden doğan tazminat davalarının müruru zamanı o akdin tâbi olduğu müruru zamandan ibaret olacağı bir âza tarafından mütalâaten dermeyan edilmiştir.

3. Ücret tesmiye edilmemiş olan sarih veya zımnî akitlerden

doğan müruru zamanın kira müruru zamanı gibi beş sene olacağı da kabul edimiştir.

4 .577 ve 2490 No.lı kanunlarda gösterilen ecri misiller hakkında o kanunda sarahat olmadığı takdirde beş senelik müruru zamanın cari olacağı dahi kabul olunmuştur.

Dermeyan edilen fikirlere gelince : Fuzulî işgal denilen şeyin hukukî bakımdan mahiyeti bir hakka, sarih veya zımnî bir akde müstenit olmaksızın gayrın malını izinsiz ve rızasız işgal veya istimâl etmekten veyahut başkasının zilyetliğini gasp ve ona tecavüz eylemekten ibarettir. O gayr veya zilyedin bundan mutazarrır olup olmaması müsavidir. Bu kabil akit ve rızaya mukarrin olmayan işgal ve intifa fiillerine terettüp edecek hükümlerin ve borçlar kanununun 41 ve müteakip maddelerile kanunu medenînin 18 , 19 , 24 üncü baplarındaki maddeler olduğundan şüphe yoktur. Şarihler bunda müttefiktir. Fuzulî işgalden dolayı mal sahibi ve zilyet için aranılacak tazminat o maldan intifa etmemekten ve şagilin haksız alıkoymuş olmasından ve istimalinden veya tahribinden ve saireden doğan bütün zararlar mukabilidir. Ecri misil dediğimiz şey ise yine mer'i kanunlarda yeri olan ve gayri menkulün bu suretle istimali veya zilyedin andan intifaından mahrumiyeti mukabilinde uğradığı zarara mukabil bir bedeldir. İşte asıl aradığımız nokta bunun tâbi olduğu müruru zamandır. Medenî kanun hak sahibine biri tetbir mahiyetinde olmak ve basit usule tâbi tutulmak ve diğeri de esasa ait bulunmak üzere iki türlü dava hakkı vermiştir. Medenî kanunun 895,897 inci maddeleri yani gayri menkulün haksız ve akidsiz işgalinden doğan bütün zarar ecri misil davasının tâbi tutulacağı müruru zaman müddetidir. Bu müruru zaman hangi maddedeki müruru zamandır ?... Vehbi ûlâda kanunu medenînin 897 inci maddesindeki sarahat bu kabil zararların da bu maddede yazlı ve borçlar kanununun 60 ıncı maddesindeki müruru zamandan başka ve pek kısa müruru zamana tâbi olacağı fikrini tebarüz ettirmektedir. Halbuki bir kerre bu maddedeki müruru zaman sırf gasp ve tecavüz olunan şeyin istirdadı ve tecavüzün meni davasıdır. Bu maddede zararın da bu suretle müruru zamana tâbi olduğu hakkında bir sarahat değil, işaret bile yokdur. Binaenaleyh tazmini istenilecek zararın bu maddeye tevfikan müruru zamana uğratılmasına bir kerre bu maddenin metni müsait değildir. İş böyle olmakla beraber 895, 896 ıncı maddelerdeki zararın borçlar kanununun 41 ve müteakip maddelerinde yazılı zararlar kabilinden olduğunda yine şarihler ittifak etmektedirler. Bu maddelerdeki zararın da 897 inci maddeye dahil olduğu farzedildiği takdirde ve hatta bu maddede yazılı olduğu üzere

zilyetliğin tecavüze uğraması hasebile istirdadı için bu veçhile müstacel ve tedbir kabilinden olmak üzere dava hakkını kullanmazsa bu tarika müracaat hakkı münhasıran bu türlü dava sakıt olur yoksa kanunu medenînin 618 inci maddesi mucibince istihkak ve müdahalenin men'i davasını ikame eylemek hakkı zail olmıyacağı gibi 41 ve müteakip maddeleri mucibince mâruz kaldığı zararı tazmin için dava açabileceğini de şarihler söylemektedirler. 618 inci madde şerhine göre (sahife 302 de) yukarıda işaret olunan davalarla beraber malik olan şahsî mülkiyeti tanıttırmağa matuf bir dava hakkını haizdir. Borçlar kanununun 41 ve sonraki maddelerine tevfikan da dava açılabileceği gibi ceza mahkemelerine veya zabıtaya müracaat edilebilir. Ve zilyetliğin ihlâlinden mütevellit davaları da ikame edebilir demektir.

Hülâsa: Zilyetliği tecavüze uğrayan ve bu yüzden zarar gören kimseye kanunu medenî iki türlü hakkın istimalini yani, biri alelâcele tecavüzün vukuu akabinde tevessül edilebilecek ve esasa girişilmeksizin iadei yedi istihdaf eyleyecek bir usûl, diğeri de alelâde usulü muhakemeye tabaiyetile istirdat cihetini bahşetmiş ve sahibi hakkı bunlardan her ikisine ayrı ayrı veya birden müracaat etmekte salâhiyetdar bırakmıştır.

Birinci usule vaktinde müracaat edemeyen ancak o usule müracaat hakkını zayi eder.

Esas hakkını ise umumî kaidelere tevfikan istimal etmekten mahrum kalmaz.

Tedbir tarikine müracaat etmeyen kimsenin esas dava hakkının da sakıt kalacağını kanunî mantık da kabul etmez. Rossel'in asıl fransızca metninde (hâli sabıkın iadesine matuf olan bu davaların faidesi tarafeyn arasındaki münazaaya nihayet vermek için değil, fakat esasa ait davanın rüyeti esnasında tarafların rollerini tayin eylemek içindir demekle buna işaret eylemektedir.) Hülâsa beş senelik müruru zamana kanunun metni müsait değildir.

Diğer bir mütalâa: Akde müstenit olmayarak bir gayri menkule elini koyan kimse hakkında kanunu medenînin yedi himaye eden hükümleri tatbik olunmak lâzımgelir.

1. Yedine karşı gasp ve haksız tecavüz vukubulan kimse bunu derhal menedebilir. Ve gasbı kovabilir (madde 894).

2. Gayri menkulün iadesi ve zararın tazmini için gâsıp lehine dava açabilir (madde 895).

3. Tecavüzün men'ini, sebebinin ref'ini ve zararının tazminini mütecaviz aleyhine bir dava açmak suretile isteyebilir (madde 896).

392 Numaralarda işaret edilen himaye yolları dava yollarından ibaret olup bu davalar ancak gayri menkul üzerinde tapu sicilline müstenit aynı hak sabibi tarafından açılabilir.

Bu hakkı gasba ve tecavüze ıttılaı müteakip gasptan veya tecavüz edenden bu fiillerine nihayet vermesini istemekle mukayyettir.

Ancak bunun bir mahkeme huzurunda dava şeklinde olmasına lüzum yoktur.

Bu mütalebenin icrası mümkün olan müddet sukutile geçerse dava hakkı düşer.

Bu sukut hak olup mahkemece resen nazara alınır (Madde 897 fıkra 1). Bunun sebebi mütecavizin vaziyetini ağırlaştırmamak endişesidir. Men ve mütalebe mümkün iken sukutla mütecavizin ağır mes'uliyetlere girmesine sebep olmak kanunu vaz edenlerce doğru görülmemiştir.

Gayri menkulün maliki de bu sukutu hak hükmünden müstesna değildir.

2 ve 3 numaralı davaların müruru zamanı gasp veya tecavüzün vukuu gününden itibaren bir sene geçmekle düşer (Madde 897 fıkra 2).

Gasp ve tecavüz fiillerinin tekerrürü halinde müruru zamanın başlangıcı için son fiil esastır.

2 ve 3 numaralı davaların tazminat kısmı ancak gasp ve tecavüzün sebep olduğu zararın tazminine taalûlk edince asıl dava için (madde 897 fıkra 2) de beyan olunan müruru zamana tâbi olur. Çünkü fer'î asla tâbidir. Ve çünkü zararın illeti yede karşı yapılan haksız fiilden ibarettir. Fakat tam olarak iadeye mani olan noksanların tazminini istemek gayri menkulün maliki için daha sonra da mümkün olduğu gibi hak sahipleri de uğradıkları haksız fiillere müteallik olarak borçlar kanununun 60 ıncı maddesinde kabul edilen müruru zamana tâbi olurlar.

Evvelce tevhidi içtihat müzakeresinde bahsa mevzu olan şey, suiniyetle vuku bulmuş olan haksız işgalden dolayı kanunu medenînin 908 inci maddesine temas eden tazminat davasıdır. Çünkü fuzulî şekilde ecri misil istemek ancak bu 908 inci maddeye istinat ile mümkündür. Bu ise mücerret fuzulî işgalin yani gasbın eseri ve fer'idir. Bunun için bu dava (Madde 897 fıkra 2) beyan olunan hususîmüruru zamana tâbidir.

Diğer bir mütalâa: Kira ile haksız işgal başka başka şeylerdir. Binaenaleyh kiralara aid olan bir müruru zaman müddeti haksız iş-

gal neticesi istenilen tazminat davalarına tatbik edilemez. 897 inci maddede zilyede gasp ve tecavüz fiillerine ve hakkına tecavüz eden kimse olduğuna vâkıf olur olmaz istirdadını veya tecavüzün men'ini iddia etmediği halde dava hakkından mahrum olur, denilmiştir. Yani bu maddede tazminata aid müruru zamandan bahsolunmamıştır. Binaenaleyh her bakımdan bu madde tatbik olunamaz. Bu itibarla borçlar kanununun 60 ıncı maddesi tatbik olunur. Fakat evvelki tevhidi içtihat böyle bir fikir dermeyanına hakkile mani teşkil ettiğinden bu sebeple bu gibi davalarda on senelik müruru zaman müddeti cari olmak lâzımdır. Şimdi şu mütalâalar karşısında kararı tetkik edelim: Bu yüksek ilmî mütalâaların mihrak noktasını borçlar kanununun 60 ve kanunu medenînin 897 inci maddeleri teşkil etmekte olmasına rağmen kararda başka bir esas kabul edilmişdir. 60 ve 897 inci maddelerin kabili tatbik olmadığı hususunda esbabı mucibe olarak da (Filhakika medenî kanunun 897 inci maddesinde, zilyed, gasp ve tecavüz fiillerine ve hakkına tecavüz eden kimse olduğuna vâkıf olur olmaz istirdadı veya tecavüzün men'ini iddia etmediği halde dava hakkından mahrum olacağı ve zilyed tecavüzü ve tecavüz edeni daha geç öğrenmiş olsa bile gasp veya tecavüzün vukuu gününden itibaren bir sene geçmekle davanın müruru zamana uğrayacağı gösterilmekte ise de zilyetliğin ihlalinden ve yedin iadesinden tevellüt eden davalar hakkında tatbik edilmesi lâzımgelen müruru zamandan bâhis olan bu maddenin tevhidi içtihat suretile halli istenilen hâdiseye şümulü bulunmamışdır. Kaldı ki medenî kanunun 896 ıncı maddesi mucibince zilyetliğin ihlâlinden mütevellit davanın tecavüzün ref'ine, sebebinin men'ine ve zararın tazminine dair olabileceği halde 897 inci maddede münhasıran tecavüzün men'ine ait müruru zamandan bahsedilerek tazminat davasının tâbi olacağı müruru zaman hakkında bir şey denmemiş) olduğu ileri sürülmekte, hâdiseye 897 inci maddenin tatbik edilmemesindeki mucip sebep olarak, bu madde de müruru zamandan bahseder.

897 inci maddenin hâdiseye tatbik edilmemesinde mucip sebep olarak, bu maddede müruru zamandan bahsedilmemiş olması gösteriliyor. Bu maddede müruru zamandan bahsedilmemesi acaba, istirdat ve tecavüzün men'i davalarının, zararın tazmini davasından ayrı bir müruru zamana tâbi tutulmak istenildiğinden mi ileri gelmektedir?...

Bize göre hayır... Kanunun kabul ettiği muayyen istisnalardan sarfı nazar edilirse, her dava muhakkak bir müruru zamana tâbidir. Bilhassa zilliyetlik karinelerine müsteniden tanınmış olan ve bu itibarla en kısa zamanda dava ikamesi lüzumu derpiş edilmiş olan

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

gasp ve tecavüz fiillerine müteallik tazminat davalarının tâbi tutulması lâzım gelen şerait, herhalde asıl fiillerin tâbi oldukları müruru zaman şeraitine nazaran daha geniş ve daha müsait olamaz.

İstirdat ve tecavüzün men'i davalarına ait müruru zaman, sukutu hak müddeti ve müruru zaman mebdei itibarile bir hususiyet arzeder. Şu halde asıl fiile müteallik müruru zaman hükmünün o fiile fer olan tazminata da tatbik edilmesi hukuk mantığının icabıdır. Bunların ayrı hükümlere tâbi tutulmasında hiç bir zaruret yoktur.

Şimdi kanun ibaresinin bu iddiamızı teyit eder mahiyette bulunup bulunmadığını tetkik edelim:

895 inci maddede (. . . zilyedin davası gerek o şeyin istirdadına, gerek zararın tazminine dair olur).

Ve 896 ıncı maddede de (. . . dava tecavüzün ref'ine, sebebinin men'ine ve zararın tazminine dair olur) deniyor.

897 inci maddede ise (Zilliyet gasp ve tecavüz fiillerine ve hakkına tecavüz eden kimse olduğuna vâkıf olur olmaz istirdadı veya tecavüzün men'ini iddia etmediği halde dava hakkından mahrum olur . . .) denmektedir.

Kanunumuzun mehazı olan İsviçre medenî kanunu projesinin mütekabil maddelerinde ise şöyle deniyor:

Madde — 965 (Türk K. M. 895) « . . . bilâteahhür ikame edilmesi lâzım gelen dava, şey'in istirdadına ve zararın tazminine mütedair olur. »

Madde — 966 (Türk K. M. 896) « . . . bilâteahhür ikame edilmesi lâzım gelen dava, tecavüze nihayet verilmesine, sebebinin men edilmesine, zararın tazmin olunmasına mütedair olur. »

Madde 967: — (Türk K. M. 897) «Altı ay geçmekle dava müruru zamana uğrar. Bu müddet, zilliyed fiili ve failini daha sonra öğrenmiş olsa bile gasb ve tecavüzün vukuu gününden itibaren cereyan eder. »

Müruru zaman müddetine ait farktan sarfı nazar edildiği taktirde proje ile kanun arasında bir mutabakatın mevcut olduğu görülür. Filhakika, projede sukutu hakka müteallik hüküm her iki maddede de tekrar edilmiş ve 967 incide de yalnız müruru zamandan bahsedilmiş iken kanunun tanziminde bu tekrarlara yer vermemek ve müruru zaman ve sukutu hak hükümlerini aynı bir madde altında birleştirmek maksadile bu tarzı tahkiye ihtiyar edilmiştir. Projenin 967 inci maddesinde yalnız «dava» tabiri kullanılıyor, yukarıki maddelerinde davanın şumulü tayin edilmiş olduğu cihetle, istirtad ve tecavüzün men'i davalarile tazminat davasına ait müşterek bir müruru zaman hükmü vazedilmiştir. Proje ve kanunun maddeleri mukayese edildikten sonra Medenî kanunumuzun 897 inci maddesinde «zarar» tabirinin

kullanılmaması, başka bir ifade ile, yalnız gasb ve tecavüz fiillerinden bahsedilmiş olması sebebi anlaşılmış oluyor.

Müruru zamanın şekil ve şartını tayinde gasb ve tecavüz fiilleri esas olduğundan bu vaziyete nisbeti bulunmayan «zarar» tabirinin kullanılmasına lüzum görülmemiştir. Gerçi borçlar kanununun 60 ıncı maddesi bu iddiaya muhalif gibi görünüyorsa da mezkûr maddedeki müruru zaman sırf ve müstakilen «zarara» müteallik olup bunun sebeb ve illeti olan haksız fiile fer'olarak dermeyanı meşrut bulunmadığından o maddede «zarar ve faiiline ıttılaı» keyfiyeti esas tutulmuştur. Şu halde 897 'inci maddede tazminat davasının tâbi olacağı müruru zaman hakkında bir şey denmemiş olması, tazminat davasının, istirdad ve tecavüzün men'i davalarından ayrı bir müruru zamana tâbi tutulmak istenildiğinden ileri gelmiş değildir. Tevhidi içtihat kararının bu hususa ait esbabı mucibesinde yalnız lafza itibar edilerek kanunun ruh ve maksadına yer verilmemiştir. Buradaki istirdad; tecavüzün men'i ve tazminat davaları zilliyetlik karinesine istinad eden, yani, ihlâl edilen nizamın hali sabıkına iadesinin temin için tanınmış umumî manada birer tedbirdir. İsviçre medenî kanunu projesinin esbabı mucibesinde:

(964-967 «Türk K.M. 894-897» maddeler, kanton kanunlarına uygun olarak zilliyetliğin himayesine mütedair hükümleri ihtiva etmektedirler. Bu maddeler her türlü tecavüz ve gasb fiillerine karşı zilyede şahsî bir dava hakkı tanıyor. Gasb halinde müddealeyhin o şey üzerinde tercihe şayan bir hakkı olduğunu derhal isbat etmesine müsaade etmek suretile onun vaziyetini de nazarı itibara almak lâzımdır ve eğer müddeaaleyh o şeyi müddeiden hemen geri almakta haklı olduğunu bu şerait altında isbat edebilirse iadeye mecbur tutulamaz; fakat kendi gasb fiilinin diğer tarafa verdiği zarardan mes'uldür. Zilliyedliğin himaye edilmiş olması, meşrû şekilde bir şeye vazuulyed bulunan kimsenin bu vaziyetinin himaye edilmesi zaruretine dair olan karineye istinad etmektedir. Bu karineden malik istifade ettiği gibi; şahsî ve aynı hak sahibleri de aynı suretle istifade eder. Maahaza o şeyi kendisine vermiş olan kimseye karşı dermeyan edemez. Bunun neticesi olarak bir ihtilâf vukuu halinde zilyed daima müddeaaleyh vaziyetinde bulunur. Filhakika zilyed kendisini dava eden kimseye karşı her zaman hakkını dermeyan edebilir. Ve ancak mukabil beyyine ile karine çürütüldüğü takdirdedir ki davacı üstün vaziyete geçer. Zilliyedliğin gasbedilmesi halinden başka, bu kaidenin hiç bir istisnası yoktur. Muâsır mevzuatın kabul ettiği himaye esası, mevdu şeylerde bilhassa çok geniştir. Bu şeyleri aynı bir hakkın mevcudiyeti dolayısile hüsnüniyetle almış olan

kimseler, basit bir karineye müstenid olarak değil, mutlak surette himaye edilmişlerdir.) Deniyor. Russel'in şerhinde de «Bir tariki maddîden ibaret olan hotbehot istifayı hakkın semeresiz kalması, yani haddizatında sahibi hak olan gâsıbın iadei yede mahkûm olması, tariki hukuk ile usulüne tevfikan dermeyan olunan hukukî bir ihtilâfın neticesini asla ihsas etmez. Borçlar kanununun 41 ve müteakip maddelerine dahi kıyas tarikile istinat olunabilir. Şu kadar ki müddeialeyhin kusurunu isbat etmek icap etmez. Zilliyedliğin ihlâlinden mütevellit dava bir kimsenin başkasına ait araziyi kendi malzemesile işgal etmesi dahi farz olunabilir. Kadimi vechile intifaında bu suretle birdenbire muhalefete uğrayan kimse âharın müdahelesine karşı 896 ıncı madde ile müsellâhtır. Hakkın sukutu ve müruru zaman — bu dava iki taraf beynindeki hukukî ihtilâfın kat'î surette halline değil, esas davanın tetkikine girişilmeksizin yedii sabıkın iadesini istihdaf eder—894 üncü maddede beyan edilen men'i müdahale hakkının icmalî bir mukaddemesini teşkil eden bu iadeyi yed davası ancak gayet kısa bir mehil zarfında mesmuğdur. Hatta 897 inci maddede de zilyed, gasp ve tecavüz fiillerine hakkına tecavüz eden kimse olduğuna vakıf olur olmaz istirdadı veya tecavüzün men'ini iddia etmediği halde dava hakkından mahrum olur, denilmektedir. Zilyed,ne kadar az olursa olsun, şikâyetinde gecikirse (bu da hâkimin takdirine bırakılmış bir mes'eledir) zilyedlik davasından sakıt ve hakkın esasına dair alelâde bir dava ikamesine mecbur olunur. Fakat birinci fıkra dairesinde mevzuubahs olan husus,mutlaka huzuru hâkimde dava ikamesi degildir. Tecavüze mâruz olan kimsenin huzuru hâkim haricinde dahi bir surette muhalefette bulunması kâfidir. İadeyi yed davasının sukutu; metni kanun mucibince vâki olmamış olursa o halde kanunun ilâve ettiği üzere «zilyed tecavüzü ve tecavüz edeni daha geç öğrenmiş olsa bile gasp veya tecavüzün vukuu gününden (yahut zilyedliği ihlâl eden fiiller tekerrür etmiş ise her birinin vukuu gününden) itibaren bir sene geçmekle müruru zamana uğrar. Bu fiillerin henüz vâki ve muhtasar usulü muhakeme ile kabili telif olmayan uzun tahkikata muhtaç olmayarak kabili sübut olması lazımdır; " deniyor.

Zilyedlik davaları bir vaziyeti hukukiyede, bir vaziyeti fiiliyeye itibar edilmekten ibarettir. Buradaki istirdat, tecavüzün men'i ve tazminat davaları meşrû olan nizamı aslînin iade ve devamını temin maksadına mâtufdurlar. Hak münasebetlerinin tabiî mecralarda seyredebilmesi için konulmuş olan inzibatî kaidelerdir. Bu itibarla ihlâl edilen vaziyeti fiiliyenin hemen hâli sabıka iadesi veya ihlâlden sonra hasıl olan hâlin bir hâli aslî olarak kabulü zarurîdir. Müruru za-

man müddetinin ıttılaından değil, vukuundan başlaması ve sukutu hak müddetinin çok kısa olarak tayini vazıı kanunun ne gibi bir endişe ile hareket ettiğini gösteriyor. Burada hâkimin rolü bir Juge—police, hâkim—zabıt vazifesinden ibarettir.

Hâli aslînin iadesinde, tercihe şayan olan hakkın himaye edilmesi lüzumu, bu davaların tedbir mahiyetine müessir değildir, o halde vücuduna itibar edilmiş olan hâlin, aslî olmayıp hâdis olduğu, yani ricî bir vaziyeti tebarüz eder. Şu halde 895 ve müteakib maddelerinde mevzuubahs edilen davaların zilyedlik davalarından ibaret «Les actiones posessoires» ve esasa gayrı müessir bir hukuk disiplini oldukları neticesi kendiliğinden tezahür eder. Nitekim, bu davalara terettüb eden müruru zamanın baliğ olduğu müddet zarfında dava ikame edilmemiş olursa hâdis olan hâli fiilî bir hâli aslî kuvvet ve derecesini iktisab eder. Ve bu defa müruru zaman vâki olmadan evvel kanunun himaye tedbirini bahşetmiş olduğu sabık zilyed, gâsıp ve mütecaviz vaziyetine geçebilir. Hülâsa burada hâkim olan endişe, mevcut vaziyeti fiiliyenin hâli aslî üzere devam ve bakasını teminden ibarettir. Tazminata gelince: Yüksek ilimlerile bizi daima irşad ve tenvir eden, hukuk ilminin sayılı otoritesi, üstad Ali Himmet Berkinin teşvikkâr müsamaha ve müsaadelerine güvenerek, buradaki tazminatın «eski vaziyetin iadesi uğrunda mesbuk mesai ve masrafa» mahmûl olmadığı kanaatındayım. Adliye ceridesindeki yazılarında: İbarenin ıtlakından vehlei ûlâda her nevi zarara şâmil olması hatıra gelir. Fakat zararı mutlak ve şâmil bir manada almak davanın esas mevzuuna muvafık düşmez. Çünkü zarar öyle geniş manada alınınca hasar, ziyaı menfaat gibi zararlar da dava ve hükmolunabilecektir.

Bunlara hüküm ise esasa intikali icab ettirir. Halbuki biraz evvel söylediğim gibi bu davalarda esasa girişilmez. Zararı geniş bir manada almak usûl meselelerile de kabili telif değildir. Farzedelimki: İadei yedle beraber hasar ve ziyaı menfaattan mütevellit zarar da hüküm verilmiş olsun, bundan sonra gâsıb, hükmolunan mâlikin mülkiyetini de dava eder ve neticede hak kazanırsa zarara mütedair hüküm ne olacaktır? İptal edilemez, çünkü hâkim verdiği nihaî bir kararı kendiliğinden bozamaz, tenfiz ve ibka edilemez, zira mülkiyet hükmile tezad teşkil eder. Bence maddedeki zararı eski vaziyetin iadesi uğrunda mesbuk mesaî ve masrafa hamletmek her türlü itiraz ve işgalden sâlim bir tefsir olur diyorlar. Hasar ve ziyaı menfaate hükmetmek, yani, zararı geniş manada almak davanın esasına intikali icab ettirmez. Zilyedliğin ihlâlinden mütevellid her türlü zarar istirdat ve tecavüzün men'i davalarile birlikte dermeyan olunabilir. Çünkü, yukarıda izah ettiğimiz vechile mademki bu davaların hedef ve maksadı

ihlâl edilmiş olan fiilî vaziyetin hâli aslîsine iadesinden ibarettir, yani zilyedliğin ihlâlinden doğan ve zilyede müteveccih olan neticeleri ref ve izale etmektir. O halde yedin iadesi keyfiyetinden tazmini zarar keyfiyetini ayırdetmekte ne gibi bir zaruret olabilir? ... Usulü muhakeme itibarile bunlar arasında hiç bir fark yoktur (dommages intérêts). Zarar ve menfaatın tazminine yani hasar ve ziyaı menfaattan mütevellid her türlü tazminata hükmolunabilir. Buradaki menlehülhak «sujet de droit», zilyeddir; onun sahibi hak oluşu zilyetliğine istinad eder. Usulü muhakeme külfeti mahiyet itibarile değişmez, zarar tıpkı zilyedliğin isbatı gibi isbat olunur. Buradaki esasa girişilmek meselesi usulü muhakeme külfeti noktasından ölçülmemelidir, yani zararın tesbit ve takdirinin uzun merasime lüzum göstermesi, bunun esasa taallûk etmeyen, yani hukukî ihtilâfı, bir kaziyei muhkeme (chose jugée) teşkil edecek surette, halletmeyen bir tariki kanunîden ibaret olarak kalmasına mani değildir.

Hâkim, zilyedliğin mebde ve esasları dahilinde kalmak şartile, ihtilâfı halleder. İkinci noktaya gelince: Hâkim; iadeyi yedle beraber hasara ve ziyaı menfaattan mütevellid zarara da hükmeder ve bundan sonra gâsıb, hükmolunan malın mülkiyetini dava eder de neticede hak kazanırsa zarara mütedair hüküm ne olacak, buyuruyorlar.

Burada zarara mütedair olan hükmün mesnedi zilyedliktir, binaenaleyh hüküm zilyedliğe aid bir ihtilâfa taallûk ediyor, halbuki istirdat olunan mağsub malın mülkiyeti iddia olununca zilyedliğe aid hüküm bu dava için bir kaziyei muhkeme teşkil etmez, çünkü sebeb müttehid değildir. Bir misâl ile tavzih edelim:

B. nin A. ya âriyet olarak verdiği yük arabasını B, A. nın haberi olmadan geri alıyor, bir müddet geçtikten sonra buna muttali olarak hâkime müracaat ediyor. B. arabaya zilyed iken A. nın bunu kendi avlusundan alıp götürdüğünü isbat ediyor, fakat A. bu arabayı B. ye âriyet olarak verdiğini ve müddetin hitamında geri aldığını iddia ediyor. İddiasını hemen isbat etmekten âciz kaldığı için hâkim arabanın B. ye iadesine ve B. nin arabadan mahrum kaldığı günler için takdir olunan (X) mikdarda zarar ve ziyanın tazminine karar veriyor. Bilâhare A. mülkiyet ve âriyet keyfiyetlerini isbat edecek mevkie gelince B. aleyhine iade ve tazminat davası ikame ediyor. Arabanın maliki olduğunu ve bu arabayı B. ye âriyet olarak verdiğini isbat ediyor. Hâkim arabanın asıl maliki olan A. ya iadesine ve A. nın arabadan mahrum kaldığı günler için (X+S) mikdarda zarar ve ziyanın tazminine hükmediyor. Şimdi birinci karar, ihlâl edilmiş olan vaziyeti fiiliyeyi hâlisabıkına iade ve bundan doğan neticeleri tamir ve ıslah etmiştir. Bu karar sırf bir vaziyetin eski haline getirilmesine

taallûk ediyor, ikinci karar, bir şeye suiniyetle zilyed olan kimsenin o şeyi hak sahibine iade etmesine ve haksız alıkoymasından mütevellit zararları ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semereleri tazmin eylemesine taallûk ediyor. Zilyedliğe taallûk eden davalar (Actions passessoires) birer tedbir mahiyetinde oldukları için bunlarla birlikde, veya bunların müruru zamanla sukutu halinde, esasa ait dava açılmasına mani değillerdir.

Haksız işgalden mütevellit tazminata Borçlar kanununun 41 ve müteakib maddelerinin tatbik edilemiyeceği yolundaki ictihada mucip sebeb bulmak bir az güç gibi geliyor. Tevhidi içtihat kararında bu kabil tazminat davalarına aid müruru zamanın Borçlar kanununun 60 ıncı maddesine tâbi olmadığı tasrih edilerek, buna aid esbabı mucibe 9-12-931 tarihli tevhidi içtihat kararına atfediliyor. O tarihli tevhidi içtihat kararında da: «fuzulî işgal neticesi taleb olunan (ecrimisil) tazminat Borçlar kanununun birinci babının birinci faslında gösterilen borçlar mahiyetinde olmadığı cihetle bu kabil tazminata aid davalara mezkûr kanunun 60 ıncı maddesinde gösterilen müruru zaman müddeti kabili tatbik olmadığı» denmekle iktifa edilmiştir.

Bu hususta salâhiyet sahibi hukukcularımızın Adliye ceridelerinde intişar eden makalelerinde irad buyurdukları edilleye bir şey ilâve etmekle iktifa edeceğim.

«60 ıncı maddenin şumulü 41 ve müteakib maddelere müstenit olan davalara münhasır değildir. Bu madde hükmü bir akitden tevellüt etmeyip hukukun umumî düsturlarından (norme) doğan veyahut mes'uliyet için bir kusurun (şahsî kusur veya üçüncü bir şahsın kusuru) vücudunu şart kılmayan hususî hükümlere râci olan haklara ve hukukan himaye edilen menfaatlara ve hukukî emvale vâki tecavüzler hakkındaki davalara da şâmildir» (Osca Dappen: Le code fédéral des obligations interprété par la jurisprudence du tribunal fédéral)

Demekki 60 ıncı maddenin şumulü, haksız fiillerin o kadar geniş olan sahasını da aşıyor. Kaldı ki, haksız fiilleri tayin eden vasıflar zilyetliğe vâki tecavüzlerde tamamile mevcutdur.

A. von Tuhr, Borçlar kanununun 41 inci maddesini şerh ederken buna işaret ediyor: « Tercihe şayan bir hakkın istimali sadedinde mülkiyete vâki tecavüzler meşrûdurlar (intifa ve irtifak hakları gibi). Bilâkis zilyed aleyhine kuvvete müracaat eden kimse, tercihe şayan bir hakkı dahi olsa (meselâ mülkiyet hakkı gibi) tazminle mükelleftir, kanunu medenî madde 895/3, 896/2.»

895 ve 896 ıncı maddelerde kusur (culpa, faute) unsurunun tasrih edilmemiş olması bunların haksız fiiller ağdadına dahil olmala-

rını selb etmez. Aynı müellif mezkûr maddeye aid şerhinde bir kusurdan müstakil olarak sebebi mes'uliyetten (responsabilité causale) bahsederken (bazı müellifler, zilyetliğe tecavüzü, her türlü kusurdan müstakil olarak, bir hakkın ihlâli dolayısile tayin mecburiyetini doğuran bir hâl olarak kabul ediyorlar. Filkakika kanunu medenînin 895 ve 896 ıncı maddeleri, kusurdan bahsetmeksizin zararın tazminini emretmekdeler, fakat kanunu medenînin ifadesi biraz vuzuhsuz olması itibarile bu hâl bir katiyet ifade etmez gibi görünüyor. Zilyetliğe tecavüz hâlinde, tazmin keyfiyetini bir kusura tâbi kılmamak için esaslı bir sebebin (motif) mevcudiyeti lâzım gelecekti, bu sebebin mevcut olmadığını kabul ediyorum. Mâzur görülebilen bir hata neticesi olarak bir kimse diğer bir kimsenin mülkiyetini ihlâl edince tazmine mecbur olmadığı halde niçin aynı şekilde bir hata ile başkasının zilyetliğine tecavüz ettiği zaman meselâ kendi şemsiyesi ile aynı yerde bulunup başkasına aid olan bir şemsiyeyi bir karışıklık dolayısile aldığı zaman tazminine mecbur olsun? . . . Adâlet yalnız şunu icabettirir ki bir kimse bir hata dolayısile kuvvete müracaat hakkı olduğunu zannederek başkasının zilyetliğine tecavüz ederse bu hata, tecavüzden mütevellit zararı tazmin mecburiyetinden kendisini kurtaramaz. « Yine aynı maddenin şerhinde » Bir tevakki maksadını istihdaf eden diğer davalar gibi tecavüzün men'i davası, zarar ve ziyan davasından haklı olarak, Müddeialeyh kabili isnat her hangi bir kusurun mevcudiyetini istilzam etmez.) Diyor. Hülâsa, kanunu medenînin 897 inci maddesi zararın tazminine dair olan müruru zaman hükmünü de ihtiva etmektedir. Fakat bu hüküm, tedbire müteallik bir davanın müruru zamanını tayin ettiği cihetle alelâde müruru zaman hükmünü ihtiva eden 60 ıncı madde ile hiç bir zaman tearuz etmez. Gayri menkullerin fuzulî veya haksız surette işgali biribirinden farklı haller arzedeceği cihetle hukukî neticeleri de başkadır:

1 — Eğer gayri menkulun, yapılan akit müddeti sonunda kiracı tarafından tahliyet ve teslim edilmemek suretiyle işgaline devam olunmuşsa bu hâl, borcun ifasında borçlunun temerrüt etmesinden ibarettir. Binaenaleyh borçlar kanununun 102 inci madddesiyle tanınmış olan zarar ve ziyan davası aynı kanunun 125 inci maddesinde yazılı on senelik müruru zamana tâbidir (Komisyonun raporu, Madde: 2).

.2 — Eğer işgal keyfiyeti akitten müstakil olarak gasp kükmünde vâki olmuş ise yukarıdanberi izah ettiğimiz veçhile burada müracaat edilecek iki yol vardır. Birisi ististnaî yani, tedbir mahiyetinde olan yolun müruru zamanı ki kanunu medenînin 897 inci madde-

siyle tayin edilmiştir, diğeri de alelâde yolun müruru zamandır ki borçlar kanununun 60 ıncı maddesine tâbidir. Temyiz mahkemesi tevhidi içtihat heyetinin ittihaz ettiği kararda münakaşası yapılmış olan 60 ve 897 inci maddeler hakkındaki sözümüzü bitirdik. Şimdi birazda, bu kararda derpiş edilen 126 ıncı maddeye temas etmek istiyorum: Kararda, (... Sarih veya zımnî akitten doğan alelûmum kira davaları hakkında borçlar kanununun 126 ıncı maddesi mucibince 5 senelik müruru zaman cari bulunmuş olduğundan akde müstenit olmayan ve fakat hukukî neticesi itibariyle ayni mahiyette bulunan bu misillü tazminat ve münasip ücret davalarında 5 senelik müruru zaman cereyan etmesi tabiî ve zarurîdir.) Deniyor. Borçlar kanununun 126 ıncı maddesinde alelûmum kiralar denmiş ve kiraların ne demek olduğu yine kanunla tayin edilmiş bulunduğuna nazaran hukukî neticelerin ayrılıklarının sebep ve illetini, hukukî mahiyetlerinin ayrılığı teşkil eden iki hukuk hâdisesinden bir kategori yapmak ancak vazıı kanunun işidir. Hatta vazıı kanunun bu salâhiyeti de mutlak değildir. Burada hâkim olan Hukuk (Norme) larıdır. Borçların iki mühim membaı olan akitle haksız fiil borçlar kanununun ayrı iki kutbunu teşkil ederler. Bunların hukukî vasıf ve mahiyetleri ayrı olduğu içindir ki hukukî neticeleri de ayrıdır.

Akde müstenit olmayan işgalin, yani tevhidi içtihat kararında kullanılan tâbir veçhile, haksız suretteki zabıt ve işgalin, akde müstenit olan kira hükümlerine tâbi tutulmasında kanunî her hangi bir delâletin mevcudiyeti şöyle dursun, hilâfına her yerde sarahat vardır. Akit ve haksız fiil tefriki hukukun bir mütaarife ve mevzuasını teşkil ettiği için bu hususta sözümü uzatmayacağım. Eğer fuzulî işgalden mütevellit davaların müruru zamanında borçlar kanununun 126 ıncı maddesi yerine 125 inci maddesi kabul edilmiş olsaydı, hiç olmazsa üzerinde münakaşa etmek imkânı bulunurdu.

Mecellenin kabul ettiği menafii mağsup mazmun değildir, prensibi ile kanunumuzun zarar ve ziyan sistemi hakkındaki düşünce ve tetkiklerimi ikinci bir yazımda arzederken bu meseleye tekrar temas edeceğim.

825

No: 82

Belçikada Hapisaneler Rejimi

Yazan: *Esad Âdil MÜSTECEBLİOĞLU*
C. B. M. Muavinlerinden.

Adlî inkilâbımızın en mühim safhası «Hapisanele reform»unu kendilerine bir ideal tanıyan muhterem Adliye vekilimizin yüksek himmetiyle başarılmış hamleler ve kurulmuş müesseseler karşısında bir vatandaş ve bir adliyeci sıfatiyle duyduğum vatanî bir hazzı izhara vesile olan bu makale Liége üniversitesi profesörlerinden M. Berdas'ın notları esas tutularak ve aşağıdaki eserlerden de istifade edilerek yazılmışdır:

Vidal et Magnol: Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire .

C. Mypeles: Législation Criminelle de la Belgique.

Maxvelle: Le Crime et la Société,

L. Andri: La Récidive.

1 — Mahbusluk ile mevkufluk arasındaki fark.

A — Malûmdurki cezalandırıcı mahiyette olan hapis yahud «ceza» ile önleyici mahiyette olan tevkif yahud göz önünde bulundurma tedbiri ve hükme tekaddüm eden ihzarî emniyet yekdiğerinden ayrıdır[1].

Bir cinayet veya ağır bir cürüm [2] ile ittiham edilen şahıs Belçikanın 1874 kanunu ve Ceza mahkemeleri usulüne göre sorgu hâkiminin «mandası» üzerine tevkif olunabilir. Bununla beraber bu şahıs henüz bir maznun «müttehem» dur ve sadece işlemiş olduğu fiilin hususiyeti sebebile ve tahkikatın icabettirdiği zaruretlerle el altında bulundurulmaktadır. O henüz bir mahkûm değildir. Belki bir «ademi mes'uliyet» veya beraetten istifade edecekdir. Fakat eğer mahkemeye sevkedilir ve mahkûm olursa hükmün kaziyei muh-

[1] Incarcération "ad poenom„ ve incarcération "ad custodiom„

[2] Malûmdur ki, Belçikada suçlar: Crime "Cinayet„, Délit, "cünha„ ve contrvention "kabahat„ diye üçe ayrılır.

826

keme teşkil ettiği andan itibaren mevkufluk, hükmedilmiş ise bir cezanın infazı mahiyetinde olan mahbusluğa inkılâb eder. Birinci hale «mevkufiyet hâli» denir, ikinci hale «cezaya çarpılmak» denir.

B— Mahbusluk ile mevkufluk arasında esaslı bir fark mevcud olmakla beraber vazıı kanun (insanî bir sebeble) mevkufluk müddetinin mahkûmiyetinden tenzil edilmesini kabul etmişdir.

Meselâ üç sene hapse mahkûm edilmiş olan bir şahıs iki ay mevkuf tutulmuş ise ceza müddeti iki sene on ay devam eder. Diğer bir ifade ile, mevkufiyetin mahsubu, mahkûmun tahliye zamanını mikdarı kadar tacil eder. Mevkufluk maznunun yakalandığı andan başlar; yerin uzaklığı dolayiysile tevkifhaneye konmadan evvel her hangi bir yerde mahfuz bulundurulması da müddete dahildir.

C — Evvelce mevcud olan cismanî cezalar bu günkü hürriyeti tahdid edici tedbirler kadar faydalı olamamışdır. Eski hapishanelerde umumiyetle «ad custodiom» vardı «ad poenom» mevcud değildi [3].

2 — **Eski Hapishaneler.**

A — Mısır, Yunan ve Roma hapishaneleri hakkında pek az malûmata rastlanmakdadır. Yedinci ve sonuncu Roma kralı olan Tarquin zamanında Romada bir hapishane ihdas olunmuşdu. Fakat bu hapishane rejimi meçhûl kalmışdır [4]. Tarihin orta çağlarında kral hapishaneleri, Senyor hapishaneleri, komhon hapishaneleri vardı. Aiguesmortes hapishanesinin 1390 tarihli bir talimatnamesi keşfedilmişdir.

Bir çok müelliflerin teyid edegeldikleri gibi, eski hapishanelerin hâli sıhhî ve ahlâkî bakımlardan son derece aşağı ve bozukdu. 1547 de veba bir hapishanede altmış kişiyi birden öldürmüşdü. 1548 de aynı hastalık başka bir hapisanede baş göstermiş ve mahbusların derhal Parisin diğer hapisanelerine dağıtılmasına mecburiyet hasıl olmuşdu.

19 uncu asrın başlangıcında Reims hâkimleri hapisanelerin pisliği yüzünden hapis cezası vermekden çekinirlerdi.

[3] Eskiden hapis ceza ünvanı altında dinî mahkemeler tarafından hükmolunurdu. Bu hapis cezası bu günkü layık adâletin cezası gibi değildi. Garson (Hukuku ceza) adlı eserinde bu hususda şöyle diyor: "Hürriyeti tahdid etmenin kanunî bir ceza sayılmadığını daha evvelce hatırlatmışdık. Bir çok hapishanelerde karmakarışık kapatılmış bir çok insanlar bulunurdu. Maznunlar, deliler, borçlular, müflisler, haklarında verilmiş olan idam cezasının infazını bekleyen mahkûmlar ve saire. Kazaî yahud idarî olan bu mevkufluk keyfiyeti hududsuz devam edebilirdi. Bazan da müebbeden fakat hukukan bu, ceza mahiyetinde görülmezdi. Hâkimler hapis cezasını asla cinayetleri bastırmış olmak için vermezlerdi. Kürek cezası bile hürriyeti tahdid eden bir ceza değil, daha ziyade cismanî bir ceza telâkki olunurdu.

[4] Yalınız denebilir ki, Roma hapisaneleri dehşet verici idi. Ancak İmparator Kostantin ve halefleri tarafından bu hapisaneler ıslah ve tadil edilebilirdi.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

3 — **Hapisanelerle dilenci depoları ve darülacezeler arasındaki fark.** Belçikadaki dilenci depoları ve darülacezeleri hapishanelerle karıştırmamak lâzımdır. Bu iki müessese suç işliyenlere değil dilenci ve serserilere mahsusdur. Depo ve darülacezelere koymak bir ceza mahiyetinde olmayıp hem umumun emniyetine hem hayra mâtuf idarî birer tedbirden ibaretdir.

Belçikada biri kadınlara, diğeri erkeklere mahsus olmak üzere iki dilenci deposu, keza yine biri kadın diğeri erkekler için iki darülaceze vardı [5] [6] .

4 — **Mahbusluk ve uğradığı tadilât. Hapishanelerin dahilî rejimi. Hücre rejiminin tatbiki.**

A — Direktuvar idaresi zamanında Liyej hapishanesi tehlikeli bir ihtilât içinde idi. Her cins mahkûmlar toplu yaşıyorlar, mevkuflar cânilerle bir arada bulunuyordu.

Umumî olan bu suiistimal dolayısiyle şerirler çoğalıyor ve tehlikeli cinayetler hapishanelerde kuruluyordu. Cinayetlerin artmasına

[5] Serseri ve dilencilerle, randevu yeri işletenler yakalanarak yirmi dört saat içinde polis mahkemesine sevk olunurlar. Sulh hâkimi bu gibilerin yaşlarını, bedenî ve zihnî vaziyetlerini ve yaşayış tarzlarını tahkik ettikden sonra asgarî iki, azamî yedi sene; cünha mahkemeleri ise bir sene hapse mahkûm olmuş ve cezasını çekmiş olan serseri dilencileri 1-7 seneye kadar bir dilenci deposuna kapatılmaları için hükûmete teslim eder.

Adliye nezareti, orada daha fazla kalmalarında bir fayda görmediği bu gibi adamları her zaman serbest bırakma hakkını haizdir; dilenci deposuna kapatılmış ve bedenen sağlam olanlar çalışdırılır. Aldıkları gündeliklerden mühim bir kısmı serbest bırakıldıkları zaman kendilerine verilmek üzere mahfuz tutulur. Bu para, tutacakları işe göre kısmen nakit, kısmen alât ve edevat olarak verilir. Bu depolardakilerin dahilen tâbi tutulacakları rejim hükümetce hazırlanmış olan bir nizamname ile tesbit edilmişdir. Bunlar icab ederse, birbirinden ayrı bulundurulabilirler. Yirmi bir yaşından aşağı olanlar ise bu yaşı doldurunca kadar tamamen tecrid olunurlar. Kanunun 13 üncü maddesi dilenci deposuna kapatılacak olanları şu şekilde tayin etmişdir:

A) Bir iş arayacağı yerde yaşamak için dilenciler gibi başkalarının merhametini istismar eden sağlam adamlar. B) Sarhoşluk, miskinlik, ahlâki muvazenesizlik gibi sebeblerle serseri vaziyetinde yaşayanlar. C) Randevucular. Bunlardan on sekiz yaşını doldurmamış olanlar çocuk hâkimine teslim edilerek haklarında çocuklara mahsus kanunî tedbirler alınır (Bu hususda Adliye Ceridesinin 937 yılının 9 uncu sayısındaki "Belçikada çocuk mevzuatı„ adlı yazımızda mufassal izahat verilmişdir.)

[6] Belçikadaki darülacezeler daha ziyade birer şefkat müessesesidir. Hâli hazırdaki iki darülacezenin mevcudu 800 kadardır. 13 üncü maddenin tarifatından hariç olarak serseri ve dilenci vaziyetinde yakalananları sulh hâkimi bir darülacezeye koymak üzere hükûmete teslim eder. Bu gibiler asgarî bir sene kaldıktan sonra isterlerse serbest bırakılabilirler. Bunlar da aşağı yukarı dilenci deposundakilerin tâbi oldukları rejime tâbidirler. Görebilecekleri işe göre sınıflara ayrılırlar ve darülacezeyi terkettikleri zaman kendilerine gündeliklerinde mahfuz tutulan para sermaye olarak verilir.

ve tekâsüfüne başlıca sebep teşkil ediyordu.

1595 de Amsterdam burjuvaları tarafından erkekler ve kadınlar için ayrı hapishane ihdas edilmiş, mahbusları çalışdırmak suretile vaziyetlerinin ıslahı düşünülmüşdür. Tecrit usulü de tatbik olunmuşdur. 1703 ve 1735 de «Maisons identique» kuruldu. İmparatoriçe Mariterez 1759 da Milânoda hücreli bir hapishane inşa ettirdi. 1775 de böyle bir hapishane Büyük Bailli Vilain'in teşebbüsile Gand şehrinde yapıldı.

XIX ıncı asırda bu ıslahat devam etti. İngilizler, Amerikalılar [7], İtalyanlar hücreli hapishaneler kurdular ve nihayet bu sistem medenî memleketlerce de kabul ve tatbik olundu.

Vilain müstakil bir hapisane mahallesinin kurulmasını ve mahkûmların cinsiyetlerine ve işlemiş oldukları suçlara göre tasnif edilmesini temine uğraşıyordu. Aynı fikirden mülhem olarak, Belçika hükûmeti 1844 de hapisanelerin hücrelendirilmesi yolunda ilk adımı attı. 1853 de Brüj ve Dinan, Liyej, Marş hapisanelerine hücreler yapıldı. Brüksel hapishanesinin kadınlar kısmında da aynı suretle hücreler inşa edildi.

5-Hazian-1875 kanunu Fransada kat'î olarak tecrid perensibini tesis etti. Filhakika mahpusluk yalnız ceza bakımından değil, aynı zamanda mahbuslara ıslah bakımından da organize edilmeli idi. Hapishaneden çıkan bir insanın artık oraya tekrar dönmemesi ve tesadüfî mücrimin, itiyadî mücrim haline gelmemesi lâzımdı [8].

Hapishanelerde mekteplerle beraber birde sıhhî servis ihdas olundu [9].

B — Büyük Bailli Vilain çalışmayı suç işlemeğe karşı bir ilaç telâkki ediyordu; ona göre bütün suçlular tenbel veya miskindirler. Bu sebeble Gan ve Villort hapishanelerine mecburî çalışma rejimi sokdu. 1776 da Havard bu ıslahata karşı nazarı dikkati çekdi. Hem imalâthane ve hem hapishane olan bu müesseselerde çalışma gündüz sükûnet içinde başarılır gece oldumu tecrit kaide hükümünü icra ederdi.

---

[7] Pensilvanya vazıı kanunu 1886 da işkence, uzvu tatil ve hattâ bir çok hallerde idam yerine hapis cezasını ikame etti.

Filâdelfiyada tek hücreli ve işsiz hapisane usulu tecrübe olundu. Bu yalnızlık geceli gündüzlü devam ederdi. Obürn hapisanesi ise 1819 da geceleri hücrede, gündüzleri ise kommün atelyelerinde çalışma uslunü tatbik etti. Aynı rejim bir hücreyi ihtiva eden meşhur Sing-Sing hapishanesinde de tatbik görüyordu.

[8] — M. Rossi bu hususda diyorki: "Hapis usulü medenî sosyetelerde pek mükemmel bir cezadır. Bilhassa çalışma mecburiyeti de ilave edilince ahlâki bir karetkter iktisap eder.„

[9] — Belçikada hapishaneler dahilî nizamnamesine muhtelif senelerde vicdan hürriyeti, dinî serbesti, hapishane ve mektep kütüphanesi, sıhhî servis, mahkûmların ahlâki vaziyetlerine müteallik hükümler ilâve olundu.

Maalesef hükûmet ancak kâr endişesile hareket ederek ıslahatı ilerletmedi. Mahpusların çalışması istismar olundu. Fazla kâr elde etmek için mahpuslar teksif edildi. Disiplin kalmadı. Tecrid usulü unutuldu. Ve hapishaneleri fuhuş istilâ etti. Gan hapishanesi «Konsüllük» zamanında bir fabrika halini almışdı. Bereket versinki, Nerlandez hükûmeti 1821 de disiplini tekrar tesis etti.

Bu gün mahpuslara tahmil edilen iş rejimi artık ticarî bir maksad takip etmekden kurtulmuş, onları ahlâklaşdırma ve ıslah etme yolunda bir vasıta haline getirilmişdir

Ceza kanununun 15 ve 26 ıncı maddeleri cinayet ve cünha mahkûmlarının çalışmalarını mecburî kılmışdır. Yalnız kabahat mahkûmları mecburî çalışmadan muafdırlar.

Mahpusların çalışması — teşvik zımnında — mükâfatlandırılır. «Hidematı şakka» veya «kalebendlik» cezasına mahkûm olanların çalışmalarından elde edilen hasılâtın bir kısmı tahliye edildikleri zaman yahud tahliyelerinden muayyen bir müddet sonra kendilerine ihtiyat sermaye olarak verilmek üzere mahfuz tutulur. Hasılâtın bir kısmı «kalebend» ler için onda dördü ve «hidematı şakka» makûmları için onda üçü geçemez. Geri kalanı Devlete aiddir. Hükûmet dilerse bu ihtiyat sermayenin yarısını ceza müddetince mahkûma veya ihtiyaç içinde bulunan ailesine verebilir. Cünha mahkûmlarına gelince; bunların çalışmalarının temin ettiği kârın bir kısmı tahliye edildikleri zaman veya bu tarihden muayyen bir müddet sonra kendilerine ihtiyat sermaye olarak verilir ki bu kısımda onda beşi geçemez. Keza geri kalanı Devlete aiddir. Adliye nezareti dilerse bu ihtiyat sermayenin yarısını eğer muhtaç vaziyete düşmüşse mahkûmun ailesine tahsis edebilir.

Görülüyor ki mahkûmun çalışması kendisi için faydalı neticeler vermekdedir. Bu suretle tahliyeden sonra tekrar suç işlemesinin önüne geçilmiş oluyor. Bu çalışma aynı zamanda hapishane hayatı ile cemiyete dönüş arasında bir geçid vazifesini görüyor. Faydalı bir hale sokulan mahkûm artık yeniden başlayan hayatında kendisine bir istikbal temin edebiliyor.

C — Mahkûmun çalışdırılması; mahpusların radikal tecrid rejimine muhalif temayüllerin ortaya çıkmasına yol açmışdır. Fakat bu temayüller bir çok itirazla karşılaşmakdadır.

M. Giron bu hususda şöyle diyor: «Mahbusların bir arada yaşamaya başladıkları, yahud müşterek atelyelerde toplu bulundukları zamandanberi hapishaneler birer dalâlethane oldu. aynı zamanda işden ve yorgunlukdan kaçan bir çok kimseler bir melce bulmak ümidiyle mahkûmiyetten korkmaz oldular. «Bazı müellifler ise şu itirazı ileri

sürüyorlar: «Cemiyet için olduğu gibi ferd içinde mahbusların toplu yaşayışı kötü neticeler vermekdedir. . Hapishane bir mefse det ocağı halini alıyor. Ceza suç doğruyor; mükerrirliği hazırlayan işte asıl bu toplu mahbusluk hayatıdır.»

1836 da Fransız Adliye nezareti inşa edilmiş ve edilecek olan hapishanelerin daimî tecrid rejiminin tatbikına müsaid bir halde vücuda getirilmesini emretmişdi. Fakat 1853 de yapılan bir tamim ile tek hücreler büyük koğuşlar halinde birleşdirildi. Bu rejim mahbusların yekdiğerile temasına binnetice mükerrirlerin çoğalmasına yol açdı. 1875 de ise yine tek hücre rejimine dönüldü.

Hapishane memurlarının nezaret ve dikkat derecesi ne olursa olsun — iş zamanında bile — mahbusların yekdiğerile teması daima tehlikelidir. İstikbal için münasebet ve alâkalar ihdas edebilirler. Suç işlemek için toplu teşkilât vücuda getirme kolaylıklarını elde edebilirler. Ve ahlâkî bakımdan bir çok tehlikeli ihtilâtlara meydan verebilirler.

Bilhassa bu bakımdan eski «kürek» rejiminin bir çok müessif hâdiselere meydan vermiş olduğu malûmdur.

D — 1870 Kanunu hücre cezasını çekmiş olan mahbusların ceza müddetlerinden tenzilât yapılmasına müsaade ediyordu. Bu tenzilât sonraları mecburî bir kaide şeklini almışdı. 1913 kanunu bunu haklı olarak ilga etti.

Bu son kanuna göre hürriyeti tahdid eden ceza hapishanenin müsait bulunduğu nisbette daima tecrid rejimine tâbi tutulur. Bununla beraber hücre hayatı onuncu seneden sonra mecburî olarak devam edemez [10]. hattâ eğer mahkûmun sıhhatı kanunun tarifatı dahilinde hücre hayatı yaşamaya müsaid değilse mahkûm hücreden çıkartılır [11].

E — Hastalık halinde mahkûm hapishanenin koğuşlarında tedavi olunur. Eğer lüzum görülürse haricî bir hastahaneye kaldırılır. Eğer mahkûm aklî bir zafa uğrarsa müddeiumumiliğin talebi üzerine ait olduğu hususî müesseseye kapatılır.

[10] Onuncu sene sonunda mahkûmlar isterlerse hücre hayatını terkedebililer. 1926 da neşredilen istatistiğe göre hücre mahkûmlarından sekiz erkek ve iki kadın tekrar hücre rejimi altında yaşamayı tercih etmişlerdir.

[11] Hücreden muaf olanlarla, hücrede yaşamaya sıhhî vaziyeti müsaid olmayanlar Gan şehri hapishanesinin müşterek kartiyesine naklolunurlar. Kadınlara ait müşterek kartiye cünha mahkûmları için Turne şehrinde, cinayet mahkûmları için Mons kasabasındadır.

F — Mahbuslara hapishanelerin dahilî disiplin cezaları tatbik olunur [12].

5 — **Belçika hapishanelerinin organizasyonu ve tasnifi** [13]:

A — Belçika hapishaneleri yalnız mahkûmları kabul eden «Merkezî hapishane» ler ve diğer mahkûmlarla beraber mevkuflara mahsus «Tâlî hapishane» ler olmak üzere ikiye ayrılır.

B — Mevcud iki merkez hapishanesinden biri Luven, diğeri Gan şehirlerindedir. Luven hapishanesi tamamen hücrelidir. Gan'daki ise sekiz «kartiye» li olup yalnız bir kartiyesi hücreli, diğerleri gece hücreleri ile birlikde müşterek bir haldedir.

Luven hapishanesi «hidematı şakka» ve «kalebendlik» mahkûmlarile beş seneden (içtima ve tekerrür sebebile) yukarı cünha mahkûmlarına mahsusdur.

Gan hapishanesinin müşterek kartiyeleri ise: 1) Gerek fizik, gerek akıl za'fı dolayısile hücre rejimine mütehammil olmayan cinayet mahkûmları ile hücre hayatı yaşayarak toplu hapis rejimini tercih etmiş mahkûmlar, 2) Tecrit usulüne mütehammil olmayan cünha mahkûmları, 3) En az altı aya mahkûm olmuş ve talî hapishanelerde yer bulamamış olan cünha mahkûmları içindir.

Merkez hapishaneleri ancak erkeklere tahsis edilmişdir. Esasen sayısı az olan cinayet mahkûmu kadınlar tâlî hapishanelere kapatılırlar.

C — Tâlî hapishaneler 27 tanedir. Her kazaî mıntaka merkezinde bir talî hapishane mevcuddur. Yalınız Brükselde iki tanedir. Bunların hepsi hücrelidir. Ana perensip bu hapishaneler kadın ve erkek cünha mahkûmları ile cinayet mahkûmu kadınlar içindir [14].

[12] Belçika hapishaneleri umumî nizamnamesinin 263 üncü maddesi bu cezaları şöyle tesbit etmişdir: A) Çalışmakdan, okumakdan, kantinden, ziyaretlerden ve nizamnamenin mahbuslara bahşetmiş olduğu diğer haklarından mahrumiyet, B) Katıksız hapis cezası (yalnız ekmek ve su), C) Bir hücre içinde yalnız ekmek ve su veya tamamen ekmeksiz ve susuz kapalı tutmak.

1922 Senesinde böyle günlük cezaların sayısı 2383 ü bulmuşdu. Bu disiplin cezalarının mevcudiyeti öldürmeğe teşebbüs gibi, dövmek ve hakaret etmek gibi suçların faillerini hapishane memurlarının ayrıca cezalandırmalarına mani değildir.

[13] Tevkif bakımından ceza müesseseleri üçe ayrılır: 1) Cünha maznunlarına mahsus tevkifhaneler. 2) Cinayet ile ittiham edilenlere mahsus adâlet evleri, 3) Askerî mevkuflara mahsus Maison Prévôtale bunların hepsine birden sivil ve askerî emniyet evleri denir.

[14] Belçika hapisanelerinin vasatî günlük mevcudu 1922 istatistiğine göre:

	1918	1919	1920	1921	1922
Merkez hapishaneleri	726	695	910	933	761
Mektep hapishaneleri	—	—	—	144	142
Tâli hapishaneler:					
Erkek	4485	4943	4190	3726	3361
Kadın	1067	490	586	526	508
Yekûn	6287	6230	5686	5329	4772

832

6 — 1920 Islahatı:

A — 13-Haziran-1920 de bir kararname ile Adliye nezaretine bağlı olmak üzere bir «Hapishaneler yüksek konseyi» ihdas olundu. Bu konseyin vazifesi Adliye nazırı tarafından tetkik için verilmiş olan meseleler hakkında mütalâa beyan etmekdedir. Bundan başka mühim hapishane merkezlerinde hususî antropoloji laboratuvarları kuruldu. Brüksel, Luven, Gan, Anvers, Namour. Hons, Brüj aytrıca bu laboratuvarların faaliyetlerinin tanzimi için «Hapisaneler antropoloji servisleri idarî komitesi» teşkil olundu. Bu servisler mükerrirler ve ilk defa olarak en az üç aya mahkûm edilmiş olanlar için birer antropolojik dosya tanzim ederler. Bu dosyalar merkez laboratuvarında muhafaza olunur. Yeni bir mahkûmiyeti halinde mahkûmun dosyası, bulunduğu hapisaneye gönderilir. Bu dosya mahkûmun terbiye ve ıslahı için yapılması elzem olan muamelenin tesbitine yarar.

Bu teşkilât ile cezayı şahsîleşdirmek, mahbusu tedaviye muhtaç bir hasta telâkki etmek, onu bir mücrim olduğu kadar dalâlete düşmüş bir zavallı gibi görmek ve haliyle mütenasib bir tadaviye tâbi tutmak gayesi güdülmekdedir. Antropolojik bir laboratuvar merkezi mahpusları kendi şuaı içine alarak tetkik eden bir müşahede evidir. Bu suretle hapisaneler yavaş yavaş birer hastahane haline sokulmakdadır.

Merxplas (Anvers cıvarında) da épileptique mahkûmları için, aklı zafa uğramış olanlar için bir hapishane, veremliler için bir sanatoryom - hapishane, ve nihayet bir ziraî hapishane — burada gündüz toplu çalışılır; gece tecrid usulü tatbik olunur — tesis edildi. Gan hapishanesinin müşterek kartiyeler kısmında bir mektep - hapishane (demir, odun, deri, kumaş ve diğer muhtelif sanayii havidir.) vazife görmektedirler [15].

Diğer hapishanelerde de marangozluk ve saire vücuda getirilmeğe başlanmışdır. Şahsiyeti zayıf olanların tâlim ve terbiyesi için lüzumlu tedbirler ise esasen alınagelmektedir.

Mücrimler aynı zamanda «tedavi edilmekle beraber» on dokuzuncu asrın başlangıcındaki «hapishaneleri sanayileşdirme hareketi» adım adım geri gelmektedir.

Belçikada bu enteresan ıslahat hiç şüphesiz medhe ve takdire değer insanî bir telkinin mahsulüdür. Fakat acaba bu gidişin

[15] Mekteb - hapishaneye yirmi bir yaşından aşağı mahkûmlar kabul edilirler.

Yine 1922 istatistiğine göre; Belçika hapisanelerinin haddi istiabisi erkekler için geceli gündüzlü hücre mevcudu 4559, kadınlar için 685 dir. Buna hasta koğuşları ve disiplin cezalarına mahsus yerler dahil değildir. Müşterek kartiyelerde erkekler için 1124 kadınlar için 20 yer vardır. Bu kartiyeler ya hücreli yahud gece yatmaya mahsus odacıkları hâvidir.

merhamet ve gevşekliğe müncer olacağından korkulmuyormu? M. Maxvel bu hususda «Cürüm ve cinayet» adlı eserinde diyor ki: «Eğer hapsin bütün mücrimleri korkutmasını istiyorsak onda bazı korkutucu nahoşlukların bulunması lâzımdır. İnsanî fikirler çok defa güzel oldukları kadar da zararlıdırlar». Bundan başka mahpuslar arasında sıkı münasebetler tesis edilmiş ve hattta hücre rejimi perensibi de ihlâl edilmiş oluyor; halbuki bu rejim, gerek doktrin, gerek tecrübe bakımından bütün medenî memleketlerde lâyık olduğu üstün mevkii kazanmış bulunuyor. Ancak bu suretle mücrimlerin en korkunçlarını bile mahpuslukları esnasında fenalık yapmayacak vaziyete koymak suretiyle disiplin kolayca korunmuş oluyor. Mahpuslar arasındaki temasların önüne geçilmiş ve bunların yekdiğeri üzerindeki idlâl ve iğfal teşebbüslerine meydan verilmemiş oluyor; profesör Braas hücre rejiminin suikasdcılara ve mükerrirliğe karşı en mükemmel bir önleyici tedbir ve diğer bütün rejimlere örf ve ahlâk bakımından üstün olduğunu, çünkü bu sayede mücrimin cemiyete, hapishaneye girdiğinden daha tehlikeli olarak iade edilmemiş olacağını ileri sürüyor.

No: 83

Müsbet Hukuku Düvel bu günkü ihtiyacatı karşılayabilir mi ?

Çeviren: *Tarık E. YENİSEY* Yazan: *Olof HOİJER*

Avrupanın, siyasî ve iktisadî ağır müşkülât içinde tereddütle teşkiline çalıştığı müşterek emniyet meselesi, muhtelif engellerle karşılaşmaktadır.

Bugünkü Devletler, dünyayı sevk ve idare eden kuvvetleri nizam altına sokacak fikrî adâletten mahrum bulunmaktadırlar. İki Lahey konferansında olduğu gibi, Cemiyeti Akvam Misakında da, mecburî hakemlik kaidesini kabul ettirmenin mümkün olmadığı tebeyyün etmiştir. Bazı Devletler, pek büyük siyasî ehemmiyeti haiz bulunan bir çok ihtirazî kayıtlarla, Beynelmilel Daimî Divanı Adâlet statüsünün 36 ıncı maddesine ittibaen, mecburî hakemlik hükmünü kabul etmişlerdir. Lâkin bu ihtirazî kayıtlar dolayısile, mecburî hakemlik kaidesi tabiatiyle kuvvetini kaybetmektedir.

Lokarno Anlaşmaları mucibince, âkit taraflardan biri ihtilâfı, *siyasî* bir organ olan ve kararlarını müttefikan vermesi lâzım gelen Cemiyeti Akvam Konseyine havale etmek istediği takdirde, ihtilâfın mevzuu *hukukî* olsa dahi, diğer taraf buna ittiba etmek mecburiyetindedir. Siyasî ihtilâflar, meselenin ehemmiyetine binaen efkârı umumiyede uyandırdığı kuvvetli heyecan dolayısiyle harbi mucib olabilecek ihtilâflardır.

Şimdiye kadar Devletler — bilhassa, kuvvetinden emin bulunan büyük Devletler — bu kabil ihtilâflarda bizzat karar vermek hakkından feragat etmek istememişlerdir. Bu hâl, Devletler beynindeki beynelmilel münasebette hak mefhumunun tutunabilmesinin, millî bir cemiyete nazaran, ne kadar müşkül olduğunu göstermektedir; zira Devlet dahilinde ferd, camiaya karşı âciz bulunmaktadır; beynelmilel camiada ise, Devletler kuvvete sahib ve müstakildirler.

Dahilî hukukdan Hukuku Dûveli ayıran esaslı diğer bir fark da, mevcud hukuku tâdil edebilen kuvai teşriiye ile, muhafaza, himaye ve müdafaa eden kuvai kazaiyenin ademi mevcudiyetidir. Hukuku Düvel kaidesi, o günkü ihtiyacata tetabuk etmeyecek derecede eski bulunsa dahi, hâkim, hâli ihtilâfta olan tarafların rızası ol-

235

maksızın, bu kaideden sarfı nazar edemez: ayni hal Fransa ile İsviçre arasında zuhur eden serbest mıntakalar ihtilâfında görülmüştür.

İçtimaî hayat daima hareket halindedir. Onun hayatiyeti, her gün, yaratıcı veya yakıcı yeni kuvvetler, yeni ihtiyaçlar doğurur. Bunun içindir ki kanunların bir cemiyeti yeniden kurduğu nadiren vâki olmakta, halbuki cemiyetin, kanunlarını hazırlayıp tanzim eylediği her vakıt görülmektedir. Eski kanunları muhafaza, himaye ve müdafaa eden kuvai kazaiye yanında, mevcud «norme» ları tâdil eyleyen kuvai teşriiye vardır. Ve bilfarz, kuvai teşriiye, kanunları hayatın mübrem ihtiyacatına uydurmak vazifesinde kusur ederse, o vakıt ihtilâlci kuvvetler zuhur ederek eski kaideleri yıkıp, ezer ve yeni manevî, fikrî ve maddî ihtiyacata yol açarlar.

Esaslı kaide ve prensiblere tâbi bulunan cemiyetlerden mürekkeb beynelmilel hayatta da, vaziyet aynıdır. Beynelmilel camiada, bazı milletler zuhur, inkişaf ve tekâmül etmekte, bazıları ise çöküp, hayatiyetlerini kaybeylemektedirler. Burada, hukuk ahkâmını hayatın ihtiyacatına uydurmak daha müşküldür, zira beynelmilel camiada müşterek bir kuvai teşriiye olmadığı gibi, mevzuubahs ahkâmın hukukî çerçevesi daha sağlam ve daha az elâstikidir. Her Devletin hudutları sarahaten tayin edilmiştir. Hudutlarda, askerî tahşidat ve gümrük sedleri mevcuddur, ve çok defa bunların arkasında mütecaviz ve hırslı bir milliyetcilik fikri gizlenmektedir. Bu milliyetçilik fikri, milletler arasında asırlardan beri mevcud anlaşamamazlık hissinden, günün tahavvülâtından ve istikbalde zuhuru melhuz güçlüklerden husule gelen derin ve kuvvetli bir husumetin mahsulüdür.

Devletler tarihinde bazen öyle saatlar olur ki, bir millet silâhla mücadelenin lüzumuna artık kanaat getirerek, o vakte kadar mevcud kaidelerin imhası için kıyam ve yeni bir nizamın tesisini taleb eder. Mevcud nizama karşı isyan eden Devlet, beynelmilel adâletin yokluğundan şikâyetci değildir, zira o bilirki, bu hususta karar verecek olan hâkim, mazinin ve köhneleşmiş kaidelerin musib olduğuna hükmedecektir; halbuki Devlet, işte bu kaidelere ve bu maziye karşı bütün kuvvetile kıyam etmiş ve yeni esaslar üzerine kurulu yeni bir nizam istemiştir. Eski huhukun yıkılmasiyle bambaşka vaziyetler zuhur etmekte ve bu vaziyetlere göre yeni hukukun tanzimi icab eylemektedir. Beşeriyeti mazide kana bulamış olan harblerin sebeblerini realist bir surette tahlil edersek görürüz ki, bu sebebler, ekseri ahvalde, bahsettiğimiz ihtilâflardan husule gelmişlerdir.

Geçmişde harb, bazı defalar, beşeriyetin inkişafı neticesinde hayat şeraitinin değişmesi üzerine, icrası zarurî olan toprak paylaşması ve istilâlar için bir vasıta olmuştur.

836

M. Pradier — Fodéré bir yazısında diyorki: «Her şeyde olduğu gibi, muahede de zamanla kuvvetini kaybetmekte, çürüyüp, çökmektedir. Muahedeyi husule getiren sebebler, onun inhidamını mucib olmaktadırlar, ve zaten bunun başka türlü olmasına da imkân yoktur. Muahedeler, müzakere edildikleri esnada âkit Devletler beynindeki manevî ve maddî münasebetleri ifade etmektedirler. Milletler ise, daimî tahavvül halindedirler. İşbu münasebetler değişdiği takdirde, bunları ifade etmekte olan muahedelerin de değişmesi tabiîdir. Bu suretledirki, akdedildikleri sırada zarurî ve âdilâne addedilen bir çok muahedat, zamanla lüzumsuz ve hattâ tehlikeli olurlar».

Hayat, Devletlerin vaziyetini daimî surette tebdil etmektedir. Bazıları, çalışma ve enerjileri sayesinde, yükselip birinci mevkii işgal etmekte, bazıları ise yerlerini daha genç ve kuvvetli veyahut daha disiplinli milletlere terk eylemek mecburiyetinde kalmaktadırlar. Muahedeleri doğuran kuvvetler arasındaki muvazenenin bozulmasiyle, muahedeler hakikatı hale tevafuk etmemekte ve tabiatiyle âkitlerin mütekabil menafiine uymamaktadırlar. Muahedelerin olduğu gibi ebediyyen muhafazası, hali ve istikbali maziye bağlamak, her türlü tekâmülü durdurmak ve binnetice milletlerin normal inkişafına sed çekmek olur. Bir Devletin herhangi bir muahede ile gayri muayyen bir müddet için bağlı kalabilmesi, ancak bu Devletin ve aynı zamanda diğer komşu Devletlerin tamamen hareketsiz kalmaları ile mümkün olabilir; zira bir Devlet hiç bir suretle inkişaf etmese dahi, diğer Devletlerin inkişafı, aradaki münasebatın tâdilini muhakkak intaç eder. Bu şerait dahilinde, devletler arası münasebatını tayin ve tesbit etmekte olan muahedenin hikmeti vücudu kalmaz. Diğer taraftan, beynelmilel muahedatda her hangi bir anlaşmada olduğu gibi, âkit tarafların tahmin sahası tabiatile mahduttur.O takdirde, gayri muayyen bir müddet için akdedilmiş olan bir muahedenin, evvelce teminine çalışılan menfaatlar muvazenesinin değişmesi üzerine, tâdili lâzım gelmez mi?

Bir muahedenin akdini intaç eden siyasî ve iktisadî esbab zamanla tamamen değişebilir. Böyle bir halde, Devletlerin bilmüzakere muahede ahkâmını tâdil etmeleri ve yeni hayat şeraitine uydurmaları icab eder. Lâkin tarih gösteriyor ki, Devletler çok defa aklı selimle hareket etmeyip, istikbalden ziyade o zamanki menfaatlarını korumaya çalışmaktadırlar. Vaziyetin değişmesi neticesinde, âkid taraflardan birisi, muahedenin kendi lehinde artık tecelli etmediğini görerek, hikmeti vücudu kalmadığından bahsile, feshini taleb etmekte, diğerleri ise, bilâkis müstefit olduklarından, ibkasında ısrar eylemektedirler. Böyle bir halde bir Devletin talebi, zamanla esas ve

837

mahiyeti değişmiş olan bir muahedenin tâdili veya feshi için kâfimidir?

Mevzuatı dahiliyede mukaveleler, akid esnasında mevcut şeraitin değişmesi üzerine feshedilemezler. Kanun, mukavelenin icrasını âkitlerin keyfine bırakmış değildir. Ancak, muahedenin gayri âdilâne bir şekle girmesini mucib olacak istisnaî bir vaziyyet tahaddüs ettiği takdirde, *Vazıı kanun* müdahele ve muahedenin fesh veya tâdiline müsaade edebilir. Bazı ahvalde de, *hâkim*, esbabı mücbire tahtında, muahedeyi icra ile mükellef olan tarafı bu vazifesinden affedebilir.

Beynelmilel vâdide ise, ne müşterek vazıı kanun ve ne de muahedelerin icra, tâdil veya feshini icbar edecek bir hâkim mevcuddur. Lâkin Devletler, bazı hâdisatın vukuu dolayısile, icra etmelerine imkân görmedikleri muahedeleri feshetmek isterler.

Böyle nahoş vaziyetlere meydan bırakmamak için, doktrin, hukukî prensiplerin kat'iyeti ile muahedeleri icra edemeyecek olan Devletlerin temayüllerini telif etmek üzere iyi bir formül bulmuştur. Bu doktrine nazaran, her muahede «rebus sic stantibus» kaidesile zımnen bağlıdır. Muahedenin akdi esnasında mevcut şerait değiştiği veyahut muahedenin mâtuf bulunduğu gaye tebeddül ettiği taktirde, Muahede feshedilebilir. Muahedeyi fesheden Devlet, mükellefiyetlerinden âzade olmuş değildir. Vaziyetin değişmesi üzerine, bu suretle hareket etmek mecburiyetinde kalmıştır. Tâbiri diğerle, «rebus sic stantibus» kaidesi, zımnen muahedede mevcut olan ve muahedenin, akdi esnasındaki şeraitin tamamen değişmesi üzerine, icrası imkânsız bir hale gelmesine binaen, Devleti, tekabbül ettiği mükellefiyetlerden berî kılan bir kaidedir.

Lâkin, diğer mühim bir mesele de, muahedenin feshini musib gösterecek değişikliğin mahiyet ve hududunu sarahaten tayin etmek meselesidir. Bluntschli diyor ki: «muayyen mevzu veya hususat bir muahedenin esasını teşkil ettiği taktirde, bu esasın değişmesile muahedenin de münfesih olması icab eder".

Heffter'e nazaran, bir Devletin taahhüdatından âzâde olabilmesi için, muahedenin milletin hukuk ve refahını tehlikeye sokması ve Devletin diğer Devletlere nazaran siyasî mevkiini muhafaza edemez olması lâzımdır. Martens de, Devletin muayyen siyasî bir gaye için taahhüt altına girdiğini, ve bir mükellefiyetin ancak bu gayeye vusûl için mevzuubahs olabileceğini, işbu gayeye erişmenin imkânsız olduğu tebeyyün ettiği veya muahede Devlet için bir tehlike teşkil eylediği takdirde, feshi cihetine gidebileceğini beyan ediyor.

Merignac ise, âkit taraflardan birinin dahilî veya haricî vaziyetinde, menafiini esaslı bir şekilde muhataraya sokabilecek mahi-

yette bir değişiklik husule geldiği takdirde, muahedenin fesh edilebileceğini iddia eylemektedir.

Zikrettiğimiz bir kaç meşhur hukukşinasların noktai nazarları beyninde oldukça mühim ayrılıklar ve bazı cihetten benzerlikler olduğu görülmektedir.

Bizi alâkadar eden mesele hakkında en fazla sarahat ve derinlikle fikrini ifade etmiş olan, hiç şüphe yok ki M. Charles Dupuis dir. Beynelmilel münasebetlere dair yazmış olduğu kitabında mumaileyh diyorki: « Rebus sic stantibus » kaidesinin hem lüzumlu, hem de tehlikeli olduğu söylenebilir.: Lüzumludur, zira taahhüdatın, onları yaratan sebeblerin yok olmasiyle birlikte infisahı icab eder — Cessanta causa, cessat effectus —; tehlikelidir, çünki bu suretle âkit Devletlere muahedeleri keyiflerine göre feshetmek imkânı verilmiş olur. « Rebus sic stantibus» kaidesinin ihtiyatla telâkki olunması, hüsnüniyetle ve pek istisnaî hallerde tatbik edilmesi lâzımdir; muahedenin feshi cihetine gidebilmek için, muahedenin akdi sırasında izhar olunan arzuların tamamen değişmiş bulunması zarurîdir. İşbu kaide, meselâ zahire ihrac eden bir Devletin, bir âfet neticesinde fazla hasad yapamaması yüzünden, taahhüt eylediği mikdarı teslim edemediği cihetle, tatbik olunabilir. Lâkin, evvelden tahmini kabil hâdisat dolayısile, muahedenin icrası âkit Devletlerden birine ümit eylediği faideleri temin eylemeyorsa, «Rebus sic stantibus» kaidesinden istifade ederek muahedenin feshine gidilemez. Muahedelerden maksad, Devletler beynindeki münasebetlerde bir nizam tesis etmektir; âkit taraflardan birinin keyfile muahedenin feshedilmesi, işbu nizamın bozulması demektir. Muahedenin esasatını temamen yıkan radikal bir değişiklik olmalıdır ki, «Rebus sic stantibus» kaidesi dermeyan edilebilsin. Gayri muayyen bir zaman için akdedilen muahedelerde pek nadiren kabili dermeyan olan mevzuubahs kaide, mahdut bir zaman için yapılan muahedelerde hiç bir suretle ileri sürülmez. Kısa bir müddet için akdedilen muahedelerde, melhuz ve gayri melhuz muhataralar bilâkaydüşart kabul edilmiş addedilmektedir, zira bu muhataraların âkit Devletlerden birinin menafii asliyesini büyük bir tehlikeye sokması mümkün değildir.

Beynelmilel bir vazıı kanun veya hâkim bulunmadığı cihetle, Devlet, mükellefiyetlerinden berî olmak için, «Rebus sic stantibus» kaidesini ileri sürmektedir. Demek ki, hususî mukavelelerde vazıı kanun veya hâkimin müdahalesini mucib olacak ahvale müşabih hallerdedir ki, Devlet bu kaideyi dermeyan edebilecektir. »

«Hiç şüphe yok ki, beynelmilel münasebat zamanla tahavvül etmektedir. Lâkin, muahededen en ziyade müstefit olan tarafın, mu-

839

ahedenin feshine kolay kolay rıza göstereceği de şüphelidir.»

Merignac da meseleyi, Dupuis gibi mütalâa etmektedir. «Gayri muayyen bir zaman için akdedilmiş olan herhangi bir muahedede, âkitleri, ancak muahedenin akdını mucib olan esbab ve avamilin devamı müddetince bağlı addeden zımnî bir hüküm mevcuddur». Pradier Fodéré de ayni fikirdedir.

Demek oluyorki, «Rebus sic stantibus» kaidesi, Devletlerin kabul etmeleri lâzım gelen bir *hukuku tabiiye prensibidir*. Ve hattâ, bir *müsbet hukuk prensibi* değil midir?

Bu hususta tarihin verdiği cevab sarihtir. Mevzuubahs kaideyi Devletler, müsbet hukuk prensibi olarak hiç bir vakıt sarahaten tanımak istememişlerdir. Bilâkis, Devletler, buna dair fikirlerini bildirmek fırsatını buldukca; mukabil sistemi, *(pacta sunt servanda)* sistemini tercih etmişlerdir. 17- Kânunusani- 1871 protokol'ünü imza eden Devletler, «Muahede taahhüdatının âkid Devletlerden herhangi biri tarafından, ancak dostane uzlaşma usulü ile ve diğer âkidlerin rızası üzerine, feshedilebileceğini» sureti kat'iyede beyan etmişlerdi.

1871 muahedesini imza etmekle, devletler, «rebus sic stantibus" kaidesini beynelmilel muahedelerin feshi için bir Hukuku Düvel kaidesi olarak kabul etmek istemediklerini en sarih bir surette göstermişlerdir.

Mevzuubahs kaide bir kaç vesile ile tatbik edilmiştir. Misâl olarak şunları zikredebiliriz: 1864 senesinde, Avusturya ile Prusya, Danimarka ile yaptıkları harbi musib göstermek, ve Avusturya-Macaristan İmparatorluğu, 1878 Berlin muahedesindenberi işgal etmekte olduğu Bosna-Hersek'i ilhak etmek için bu kaideyi ileri sürmüşlerdir. Lâkin, Bosna-Hersek'in ilhakından sonra, bütün Avrupada derin bir aksülâmel uyanmıştır. Hiç şüphe yok ki, hâdisat muahedelerden daha kuvvetlidir. Devletler pek nadiren zeval bulduklarından, muahedelerin müebbed olacağı tahmin edilemez; zira, muahedeler muayyen şerait altında ve muayyen ihtiyaçlar için aktedilirler. İşbu şerait ve ihtiyaçların değişmesi üzerine, muahedelerin de tadil ve feshi tabiatile icab eder. Aksi takdirde, âkit taraflar menfaatlarının şiddetle çarpışması neticesinde, büyük ihtilâflar husule gelebilir. Muahedelerin iktisadî, siyasî ve diğer ihtiyacata zamanla tetabuk edemez olmaları, Hukuku Düvelin hiç şüpesiz büyük bir noksanıdır.

1919 senesinde, Fransa, serbest mıntakalara müteallik 1815 Muahedelerini, « rebus sic stantibus » kaidesini dermeyanla, feshetmek istemiş ve fakat mesele İsviçre ile Fransa beyninde şiddetle münakaşalara sebebiyet vermiştir.

840

28-Haziran-1919 tarihli Versay Muahedesinin 31 inci maddesi de, ayni kaideden istifade ederek, 19-Nisan-1839 Muahedesini tâdil ve Belçikanın daimî bitaraflığını kabul eylemiştir. Lâkin burada, bir taraflı bir fesihden ziyade, tarafeynin rızasile yapılan bir tâdil mevzuubahistir. Ve filvaki, Belçikanın bitaraflığını zâmin bulunan bütün Devletler, bu hususta mutabık bulundukları cihetle, mesele kolaylıkla halledilmiştir.

Beynelmilel siyasette, vaziyeti olduğu gibi mütalâa etmek lâzım geldiğine göre, bazı mühim Muahedeleri icabında tetkikle, vâki tahavvülâta uygun olarak tadil eylemek muvafıkı hal olur. Cemiyeti Akvam Misakının bu meseleye dair bulunan 19 *uncu* maddesinde şöyle denilmektedir: «Asamble, gayri kabili tatbik bir hale gelen Muahedeler ile cihan sulhunu tehlikeye sokabilecek olan beynelmilel vaziyetleri *tetkik* etmek üzere, Cemiyet âzalarını, arasıra, *davet edebilir*». Gayri kabili tatbik bir hale gelmiş olan Muahedelerin tetkike tâbi tutulması, şüphesiz büyük ehemmiyeti haiz bir keyfiyettir. Cemiyeti Akvam, harbleri önlemek istiyorsa, siyasî ve iktisadî münasebetleri müşterek hayatın mütehavvil şeraitine uydurmak iztirarındadır; bunu yapmadıkca, beynelmilel ihtilâfatın muslihane halli için sarfedegeldiği bütün gayretler semeresiz kalacaktır. Pratik imkânlar dahilinde, Cemiyeti Akvam, uzun boylu bir siyaset takib ve pek dikkatli hareket etmek mecburiyetindedir; bu suretle, tehlikeli ihtilâfata meydan verebilecek vaziyetleri mümkün mertebe bertaraf etmiş olur. Bir çok kimseler, Cemiyeti Akvam Misakının 19 *uncu* maddesinden bilistifade, Asamblenin Muahedeleri tâdil salâhiyeti olduğunu iddia etmişlerdir. Hakikatı halde, işbu maddede böyle bir kayıd mevcud değildir. Maddeyi dikkatlı tetkik edersek, bunun böyle olmadığı tezahür eder. Cemiyetin her hangi bir âzası, kendince gayri kabili tatbik bir hale gelmiş olan bir Muahede hakkında, Asamblenin nazarı dikkatini *celbedebilir*. Konsey de ayni hakdan istifade *edebilirse* de, alâkadar Devletlere doğrudan doğruya müracaat etmek hakkını haiz değildir. Böyle bir müracaat halinde, Asamble, meseleyi siyasî ve iktisadî cepheden tetkik *edebilir*. Kararın ittifakı âza ile verilmesi lâzımgeldiğine nazaran, Cemiyetin bir âzasının muhalefet etmesi, kararın ancak bir temenni mahiyetinde kalması için kâfidir. Ve malûm olduğu üzere, bir temenni alâkadar taraflar hakkında hiç bir mecburiyeti istilzam edemez. Asamble, gayri kabili tatbik bir hale gelmiş olan Muahedeleri tetkike alâkadar Devletleri mecbur kılamaz.

Bolivya Hükûmeti, Cemiyeti Akvam Asamblesine 1-Teşrinisani-1920 tarihinde gönderdiği bir mektubda, Misakın 19 uncu Maddesini

ileri sürerek, Bolivyanın Şili ile, 20-Teşrinievvel-1904 de, Sandiago'da akteylemiş olduğu sulh Muahedesinin tâdilini istediği zaman, Asamble, Misakın yanlış bir surette tefsirine müstenid bulunan işbu talebi reddetmiş idi. Cemiyeti Akvam Misakı, mukaddeme kısmında olduğu gibi, 19 *uncu* maddesinde de, Muahedelerin akdi sırasında mevcud şeraitin bilâhare tahavvülü keyfiyetini derpiş eden ahkâm vazetmiş, lâkin Beynelmilel vecibe ve mükellefiyetlere riayeti daima göz önünde bulundurmuştur. Ve 10 *uncu* maddesile de, mevzuubahs şeraitin değişmiş olmasını ileri sürerek her hangi bir âza Devletin taarruza geçmesini sureti kat'iyede meneylemiştir.

Müspet Hukukun işbu kaidesini sarahatla tayin etmek muvafık ise de, bunun ne dereceye kadar kabili tatbik olduğu hakkında hayale kapılmamak icap eder. İnsanları ve Devletleri ayıran ihtilâflar, her vakit hukuk çerçevesi dahilinde halledilmekte değildirler. Hakikatte, kuvvetle tatbik edilen kanunlar olduğu gibi, icbar olunan Muahedeler de mevcuddur. İşbu Muahedelerin tesirleri muvakkattır, zira, bunların gayrı âdilâne olduğu kanaatında bulunan Devletlerin, kuvvetlerine güvendikleri gün, silâhla kıyam etmeleri tabiîdir. Müsbet hukuk, Muahedeleri, tarafeynce kabul ve tatbik edildiği nisbetde, himaye eder. Arzusu hilâfına bir Devletin bir Muahedeyi imza etmiş olması, o Devleti hukukan bağlar. Ancak, Muahedenin bu şekilde imza edilmiş olması, Muahedenin derhal ve hüsnü suretle tatbiki hakkında bir teminat teşkil etmez. İmza olunan bir Muahede, Devlet ve milletin rızasını kazanmamış ise, Muahedenin tatbikını temin için kuvvete müracaattan başka hiç bir çare yoktur. Asla unutmamalıdır ki, esas ve hayatî menafiinde kendini mutazarrır addeden bir millet, omuzlarındaki yük durdukça hasma karşı kinügayz besler.

Tarihde az çok bütün Muahedeler tadil edilmişlerdir. En mükemmel addedilen Vesfalya Muahedeleri altmış yıl sürmüşlerdir. Fransız ihtilâline kadar Avrupa, Ütrek Muahedesile idare olunmuştur. Viyana Muahedesi, Belçikalıların ilânı istiklâl ettikleri tarihe kadar, yani takriben 15 sene, devam etmiştir.

Bu bir kaç büyük misâl, müebbed siyasî Muahede olmadığını sarahaten göstermektedir. Sulh Muahedeleri her vakit kuvvetler beynindeki nisbeti ifade etmektedirler. 1815 Muahedeleri, Fransanın hezimeti ve meşrûiyet fikrine müstenit idiler. 1919 Muahedeleri de, Almanyanın hezimeti ve milletlerin kendi kendilerini idare etmek hakkına dayanmaktadırlar. Kuvvetlerin birbirlerile olan münasebeti ise, esas itibarile mütehavvildir. Bu gün Versay Muahedesinin tâdilinden bahsedildiği zaman, yeni bir mevzu ortaya atılmış değildir.

842

İşbu Muahedenin bir çok maddeleri, hukukan değilse de fiilen, tadil edilmiştir. 1922 senesinde, tamirat komisyonu Muahedesinin bir şemasını yapmış ve bir çok ahkâmın tatbik edilmemekde olduğunu tesbit eylemiştir. Dawes plânı ile tamirat faslı tamamen değişmiştir. Versay Muahedesinde olduğu gibi, diğer Muahedelerin de zamanla tâdil edilmeleri zarurîdir. Versay Muahedesi üç adamın eseridir ve bu üç adam, bilhassa iktisadî kısımda, büyük hatalar işlemişler, kendi prensiblerini bile bazı defalar yanlış tatbik etmişlerdir. Muahedeyi yapanlardan biri olan M. Loyd George, bu gün Muahedenin gayrı kabili tatbik olduğunu söylemektedir.

*
* *

Yaşadığımız devir, müşkülleri olduğu gibi kabul etmekden kaçınmaktan, ikinci derece elemanlarla meşgul olmaktadır. Ve bu sebeblerdir ki bu gün en mukaddes addedilen doktrinlerin, hakikatla çarpışınca, yıkıldıklarını görmekteyiz. Beynelmilel yardım, hududların ilgası, milletlerin kardeşliği.... bütün bu boş kelimelerden ancak şiddetli milliyetçilik, kontenjantöman, gümrük tahdidatı husule gelmiştir.

Milletlerin hastalığı, insanların hastalığına benzer; rahatsızlığın menşeini bulup, tedaviye oradan başlamak icab eder. Beşeriyetin muztarib bulunduğu bir hastalık da, bazı menatıkda insanların pek fazla birikmiş olmalarıdır. Bunun neticesinde, ahâlisi kesif olan Devletler, muahedelerin tadili için tehlikeli oyunlara atılmaktadırlar.

Harbi umumiden evvel, her sene takriben bir milyon Avrupalı Amerikaya hicret ediyordu. Bu gün, bu hicret hareketi durmuş ve sanayinin inkişafı neticesinde cihan buhranı fazlalaşmıştır.

XIX *uncu* Asır iptidasında, her sene takriben 300.000 İngiliz denizleri aşarak Dominyonlara gidiyorlardı. 1914 den 1918 senesine kadar, harbi umumî dolayısile, hicret hareketi tabiatile hafiflemiş ve Mütarekeden sonra tamamen durmuştur. 1919 senesinden 1930 senesine kadar, senevî ancak 10.000 kişi hicret etmiş, yani 2.400.000 kişi fazla olarak İngilterede kalmışlar ve bu suretle işsizler mikdarı o nisbette yükselmiştir.

Merkezî ve cenubî Avrupada vaziyet daha fena olmuştur. Bilhassa Almanyada işsizlerin fevkalâde çoğalması, büyük endişeler uyandırmıştır. Fazla nufüsu olan memleketler, kendi başlarına yaşamaya mecbur kaldıkları cihetle, sanayilerini kuvvetleştirmişler, ihracatı çoğaltmak üzere de «damping» usulünü tatbike başlamışlardır. Kendilerini «damping» den muhafaza edebilmek için, diğer Devletler, kontenjan, yüksek gümrük tarifeleri gibi bir sürü takyidat vazetmiş-

ler, lâkin mütearrızlar da, iktisadî barajları aşmak için ellerinden geleni yapmaktan hâli kalmamışlardır. Bu suretle insanlarda kin ve kıskançlık hisleri ayaklanmış ve refah içinde bulunan Devletler karşısında, nüfusu kesif memleketler ilk fırsatta patlayacak kazanlar gibi kaynamaya başlamışlardır. Japonya ile İtalya bu hale birer misal teşkil etmektedirler; denizle dağ arasında kalmış, milyonlarca insana sahib bu iki Devlet, ancak zengin mıntakalar taksim edildikten sonra büyük Devletler sırasına geçebilmişlerdir.

Resmî ve gayrı resmî gazeteler, İtalya'da hep bir ağızdan «toprak isteriz» diye durmadan bağırmaya başlamışlar ve doymuş bir vaziyette bulunan egoist Devletlere karşı kinü gayzlerini izhardan hali kalmamışlardır.

M. Grandi sert bir lisanla şu sözleri söylemişdi: «Hâlen 42 milyon kişiden ibaret bulunan, lâkin 15 sene sonra 50 milyona baliğ olacak olan bir millet için bir sulh ve iş davası mevzuubahistir . . . Almanya, Fransa, İspanyanın ancak nısfı kadar toprağa sahib bulunan böyle bir kütle, nasıl yaşar, inkişaf eder . . bilhassa ki bütün Devletler hududlarını mübadeleye kapamış bulunuyorlar . . . »

İtalyanın bu endişesi sözden ibaret kalmamış, hâdiseler tevali etmeye başlamıştır. Bir kaç misal verelim: «1923 senesinde korfu'nun bombardımanı. Arnavudluğu İtalyanın himayesine sokan 1926 muahedesi. Macaristan ve Bulgaristanla yapılan hafî misaklar. Bir İtalyan Prensesinin kral Boris'le izdivacı. Fransa tarafından teklif edilmiş olan Tuna konfederasyonu projesine muhalefet. Belgrad'a karşı, Ankara, Atina ve sofya ile yapılan anlaşma. Muahedelerin tadili ve Almanya'ya ödetilen borçların tahfifi hakkında propaganda ve saire... »

İtalyanın tâkib ettiği bu siyaset, Avrupa haricinde, Habeşistanın ilhakı ile neticelenen bir çok hâdiseler şeklinde tecellî etmiştir. o zamanlar, M. Grandi, Âyan Meclisinde şöyle demişti: «Sulh, beynelmilel hayat şeraitini, muhtelif Devletlerden fışkıran kuvvetlere daimî surette uydurmakla temin olunabilir.» İşbu formül, büyük Devletler beyninde müstemlekelerin taksimi hakkında matbuat tarafından yüz bin kere tekrar edilmiş olan arzuyu ifade etmekte idi.

Hududları dahilinde kendisini darda hisseden İtalya, kalabalık bir aile ile küçük bir evde oturup, komşunun geniş kâşanesinde ikamet etmeyi tahayyül eden bir kimseye benzer. O kimse nazarında, kâşaneyi kuran adamın yaptığı masraflar ehemmiyetsizdir.

Fransızların Akdenizde ihtiyar ettikleri fedakârlıkları Roma ehemmiyetsiz addetmekte, Paris de İtalyanın hoşnutsuzluğunu mucib olan avamile icab eden kıymeti atfeylememektedir.

Dünyanın öbür tarafında, Aksayi Şarkda, Küçük feodal bir Dev-

let iken, iktisadiyatı sayesinde en kuvvetli Devletler sırasına geçen bir memleket mevcuddur ki, ahâlisi günden güne çoğalmakta ve taşacak bir hale gelmektedir. Amerika ile Avrupa, ilk zamanlar Japonyayı linanlarını açmaya, makine, top, zırhlı almaya ve memleketi sanayileştirmeye mecbur etmişlerdi. Bu suretle, milyonlarca Asyalının sefaleti, Lancashire, Roubaix ve New—England amelesininde, beynelmilel iktisadî bağlılık dolayısile, sefaletini mucib olmuştur. Tabiî zenginliklerden mahrum adalar üzerine yığılmış yaşayan bu fakir millet, elli sene zarfında, açlığın tazyikı altında, dünyanın en korkulan bir milleti vaziyetine girmiştir.

«Mikado» nun memleketi, «millî hududlar dahilinde ahâlisinin yaşamasına imkân bulunmadığına» her gün şahit değil midir? Bu halin neticesi olarak, milletin malî inkirazını mucip olan Başvekil İmukai'nin katli, japon mallarına konan ambargonun kaldırtılması için Mancuko ve Şangay'a yapılan sefer gibi, dahilde ve hariçte mühim hâdiseler vuku bulmaktadır. Lâkin bu enerjik hareketler, asıl davayı halletmekten uzaktır. Çin ve Şarkî Rusya hududunda çarpışmalar devam etmekte, Mançuko ise, Japonyanın beklediği menbaları temin eyleyememektedir. Hiç şüphe yok ki, Japonya, Mançuko'dan pek çok şeyler edinmiş, orayı Asyanın bir nevi kanadası haline koymuştur. Topraklar ekilmiş, toprak altı servetlerinden istifade olunmuş, Yentaï, Fou-Choun, Anchan maden ocakları işletilmiştir. Bir tarafdan da, yollar, tüneller açılmış, demir yolları, köprüler, limanlar, barajlar kurulmuştur. Memlekete sükûnet, âsayiş, adâlet getirilmiş, Avrupanın bütün medeniyet elemanları temin olunmuştur. Lâkin, davanın yalnız maddî kısmiyle meşgul olunmuş, asıl mühim «colonisation» meselesi ihmal edilmiştir.

Mançukoya, Japonların yerine milyonlarca Selest'ler Çinin her tarafından akın etmeye başlamışlar, Japonyalı ticaret ve sanayi erbabı ve iş adamları da ucuza mal olan bu işcilerin gelmesini kolaylaştırmaktan hâli kalmamışlardır.

Bu suretle, ancak 200.000 Japonyalı, 25 sene zarfında, Simonosaki boğazını geçerek, Mançukoya gelip, müfettiş, amele başı gibi işleri deruhte etmişlerdir. Lâkin bu 200.000 Japonyalı milyolarca Çinlinin içinde kaybolmuştur. Bu hal, Tokyo askerî mahafilinin reaksiyonunu mucip olmuş, Askerî birliklerle münasebatta bulunan «Siyah Dragon», «Kan kardeşliği», «Fikri millî» gibi, teşekküller zuhur etmiştir. İşbu teşekküller, Mançuko ademi muvaffakiyetinin mes'uliyetini banka, sanayi, ticaret erbabına yüklemişlerdir.

Japonlar, Mançukoya, mümkün mertebe, asker muhacir yerleştirmek istemektedirler. Binbaşı Hanay, Büyük Erkânı Harbiyenin tas-

vibi ile, askerî tahşidatı muhtevi bir plân hazırlamıştır. Muhacir askerler, işbu plân mucibince, muntazaman talim görmektedirler. Devlet onlara uzun vâdeli ve hafif faizle krediler açmaktadır.

İtalya ile Japonya, ayni endişe altında ve ayni vasıtalarla, dar topraklarda sıkışmış insan sürülerine bir az hava temin etmeye çalışmaktadırlar. Belki siyasî bir tufan'ın cihanı silip süpürmesini ve bu suretle ahâlilerine hava ve ekmek temin olunmasını bekleyerek, yakınlarında bulunan topraklardan şimdilik mümkün mertebe istifade etmeğe bakıyorlar.

Fizik dünyada olduğu gibi, iktisadî dünyada da muayyen kanunlar hüküm sürmektedirler. Bu hakikat inkâr edildiği takdirde, böyle bir felâketin ergeç husule geleceğine ve bu suretle *cihan servetlerinin daha âdilane bir şekilde taksimi mümkün olacağına*, bu iki Devlet kanî bulunmaktadırlar.

***

Mevzuubahs ettiğimiz mesele, bir an evvel objektif bir şekilde halledilmesi lâzım gelen bir meseledir. İktisat dünyası kansızlıktan müşteki, kredi ve altın bazı yerde pek az, bazı yerde ise pek çok mevcut oldukça, günün birinde felâket mukadderdir.

Nüfusu ziyade bazı memleketler aç ve sefil kaldıkça, aralarında birleşerek, (statu puo) ya karşı kıyam etmeleri pek muhtemeldir.

1918 demokrasisi için kurulmuş olan dünyanın büyük bir kısmı bu gün diktatörlükle idare edilmektedir. Amerika müstesna, geri kalan beş büyük Devletten dördü, yani Rusya, Almanya, İtalya ve Japonya, diktatörler veya bir oligarşi tarafından idare olunmaktadırlar. Demek oluyor ki, demokrasinin ömrü uzun olacağını beyan eden Wilson, hükmünde yanılmıştır. Ve milletlerin artık hârb etmeyeceklerini söyleyen de yine o değil midir? 1931 senesinde, Japonya Mançukoda harba atılmış, 1934 de, Almanya Avusturya'da ihtilâl çıkartmak istemiş, 1935 Teşrinievvelinde, İtalyan orduları Habeşistanı istilâya başlamışlardır. Bu üç memleketin başında bululanlar, harbi, millî siyasetlerinin bir vasıtası olarak kabul etmişler ve her birinde, yeni nesiller mânen ve maddeten, müstakbel bir çarpışma için teçhiz edimişlerdir. Sulhun korunması için lâzım gelen beynelmilel elbirliği, bu suretle bir çok memleketlerde tecavüze uğramıştır.

Üç büyük Devlet ve bir çok küçük Devletler, sulhun nasıl temin edileceğini tetkikten sarfı nazarla, harb hazırlığı yapmayı tercih etmişlerdir. Faşizm, nasyonal — sosyalizm ve Japon ekspansiyonizm'i ayni doktrinden mülhem olmaktadırlar: Nüfusu fazla olan Devletler,

yaşamak ve inkişaf etmek için muhtaç bulundukları toprak ve maddî kaynaklara sahip olmalıdırlar. İşbu Doktrin, dahilî kuvvetler ile haricî vaziyet arasında müvazene teminini dermeyan eden pek eski bir nazariyenin yeni bir tecellisidir. Japonya, Almanya ve İtalya, toprak ve kaynakları ancak istilâ suretile temin edebildiler, zira bu toprak ve kaynakların eski sahipleri, taksime yanaşmak istemediler. Mançuko, Avusturya ve Habeşistan'ın feci âkibetleri bu suretle izah olunabilir.

Demokratik ve sulhsever bir dünya organizmi olmak üzere kurulan Cemiyeti Akvam, hâlen tamamen aksi bir hava içinde yaşamaktadır. Cemiyeti Akvam mekanizması, şüphesiz sulhu isteyen Devletlerin elinde bulunmaktadır; lâkin bu mekanizmayı iyi işletebilmek için, mezkûr Devletler, icabında harba atılmak üzere, mânen ve maddeden mücehhez bir halde bulunmalıdırlar.

Almanya, Japonya ve İtalya, kömür, demir, petrol, bakır, pamuk, kauçuk ve zarurî bir çok mevadı iptidaiyeden kısmen veya tamamen mahrumdurlar. İtalya ve Japonya'da nüfus kesafeti vardır. Bu memleketler, kendilerinde bulunmayan mevadı haricten temin etmek için, para ve kredileri olmadığından, mahsullerini satmak mecburiyetindedirler.

İstilâ harbleri sayesinde, İngiltere bu gün dünyanın dörtte birine hâkim bulunmaktadır. Geniş İmparatorluğu dahilinde, sanayiine lâzım olan menabi ve milletinin refahını temin eden mevadı gidaiye mevcuddur. Çarların vârisleri olan Sovyetler, Asyanın takriben nısfını Rus toprağı yapan istilâ harblerinin temin eylediği servetlere sahiptirler. Bu sebeple, Rusyada bir mustakil ikitsadî hayat imkânı mevcuddur. Fransada, aynı vasıtalarla, Afrikanın nısfını ve Asyanın zengin bir köşesini elde etmiştir.

Demek oluyor ki, İngiltere, Fransa ve Sovyet Rusya, «doymuş» memleketlerdir. İmperyalizm devrinden, sulh ve refah devrine geçmişlerdir. Bu Devletler, XIX uncu asırda, müstemlekeleri toplamışlar, Almanya ise harbi umumîde, pek fakir olan bir iki müstemlekesini de kaybetmiştir. İtalya, zaten sahradan ibaret olan toprak parçalarına sahip bulunmakta, Japonya ise, 1931 den evvel, Kore ile Formoz'la geçinmekte idi. Harbi umumî galipleri, Cemiyeti Akvam vasıtasile, servete asırlardanberi yapılan hücumu durduracaklarını zannetmişlerdi. Harbi takib eden ilk senelerde, İngiltere ve Fransa, harabe bulunan Almanya, Japonya ve İtalyayı harbi önlemek için Cenevre elbirliğine

iştirake ikna etmişlerdi. Lâkin pek muztarip bir vaziyette olan bu üç millet, sulhun da kendileri için ezici olduğunu anlamakta gecikmediler. Onlar için sulh, bir nevi ebedî bir fakirlik demekdi. (Statu quo) yu müdafaa eden Cemiyeti Akvam kaldıkça mezkûr Devletler, ancak harb vasıtasiyle refaha erebilecekleri ve her gün çoğalan nüfuslarını bu suretle besleyebilecekleri kanaatında idiler. Bu Devletler, İngiliz, Fransız ve Rusların, ayni vaziyetten kurtulabilmek için, tarihde baş vurdukları çareleri hatırlıyorlardı. Sefalet içinde bulunan milletlerin, sulhu ihlâl etmemek için, hallerine şükredip, oturdukları nadiren görülen bir keyfiyettir.

M. Woodrow Wilson müstesna, Cemiyeti Akvam bânilerinden hiç biri bu vaziyeti derpiş etmek istememişdi. Onlar, menfaatlarına uygun geldiği için, harbi önlemekte bütün milletlerin menfaatdar bulunduğunu, zira bu suretle insanları ıztırabdan ve maddî zaralardan korumak mümkün olacağını ifade ediyorlardı. Lâkin unutuyorlardı ki, harb, bazıları için refah ise, bazıları için de sefalet demekdi.

Beynelmilel iktisadî vaziyet o şekilde inkişaf etti ki, Almanya, İtalya ve Japonya için, iktisadî hareket imkânlarını selbeden engelleri yıkmak, bir nevi hayat veya ölüm meslesi haline geldi.

Cemiyeti Akvamın ilk zamanlar tasavvur ettiği iktisadî yardım sayesinde bu tazyikin tahfifi cihetine gidilmediği takdirde, mezkûr Devletler için istikbal, dahilî harpler ve içtimaî kargaşalıklarla birlikte maddî bir sefalet şeklinde görünmeye başladı.

Cemiyeti akvam müessesesi, insanların çoğalmasını durdurabileceğini zannetmiş ve milletlerin zevalini nazarı itibare almak istememiştir; harplerin çizmiş olduğu haksızlıklarla dolu haritayı, ebedî sulh plânının temeli yapmak hatasına düşmüşdür. Sulh ideali hamlesiyle, tarihin tecrübelerine ve beşeriyetin ezelî hakikatlarına göz yummuştur. Wilson, Hindliler ve Meksikalılar'la yaptığı harpler neticesinde dünyanın en zengin topraklarına sahip olan bir memleket namına söz söylüyor, Loyd George, topraklarında güneş batmayan bir İmparatorluğun mümessili olarak, Almanyanın müstemlekelerinin en büyük kısmını taleb ediyor, Clemenceau ise, Berberî'den Kongoya kadar uzanan bir İmparatorluğa sahip bir Devlet namına hareket ediyordu. Toprak bakımından «doymuş» bir vaziyette bulunan milletlerin mümessili olan bu Devlet adamları: «Artık yeter, duralım» diyorlardı. Lâkin bu hâl, harp mağlûbları için, Versay muahadesinin tatbikine başlandığı sırada bulundukları vaziyette ebediyyen kalmak demekti. Onlar için, Cemiyeti Akvam harp sayesinde bütün ihtiyaclarını tatmin etmiş olan Devletlerin emrinde bir silâh teşkil ediyordu.

Hitler ile Musolini, Versay muahedesini tertip eden kimselerin vazettikleri takyidata karşı, tarihde Bismark ile Cavsur'un, Metternich takyidatına karşı yapmış oldukları muameleyi tekrar ettiler. Mari— Terez'in babasına verdiği söze rağmen, Silezya'ya Büyük Frederik'in girdiği gibi, General Araki de Brian — Kellog misakı ahkâmı hilâfına Mançukoyu işgal etti. Waterlo'dan sonra Habsburglar Hanedanı gibi, cihan harbinden sonra da Cenevre müessesesi istikbalin muhafızı oldu. Beynelmilel sahneye geç gelen milletlere, Cemiyeti Akvam bânileri, servet ve refah yolunu kapamak istiyorlardı.

*
* *

Cihanın geçirmekte olduğu rahatsızlığın, kısmen iktisadî buhrandan neşet ettiği şüphesizdir. Siyasetle iktisadiyattan hangisinin daha mühim olduğu hakkında uzun boylu münakaşalara girişecek değiliz. Lâkin muhakkak olan bir şey varsa o da, iktisadî ihtilâfatın muhtelif kütleler beyninde vahim husumetler uyandırdığı ve siyasî ihtilâflara yol açabilecek mahiyette olan bir nevi adâletsizlik ve cebrütazyik hissi tevlid ettiğidir. Bazı Hükûmetlerin sureti hareketi diğer bazı hükûmetlerin menafiini haleldar ettiği takdirde, beynelmilel münasebatın muhataraya düşmesi tabiîdir.

Siyasî milliyetçilik yanında, günden güne daha yüksek gümrük sedleri çeken bir de iktisadî milliyetçilik doğmuştur. Mübadeleyi durduran sınaî himayecilik yanında, insanların serbestçe seyyahat etmesine manî olan bir de ırkî himayetcilik zuhur etmişti.

Harbi Umumîden evvel, ticarî münasebat inkişafının sulhu temin eden âmillerden biri olduğu zannediliyordu. İktisadî müvazenesizliğin her zaman harba yol açtığını anlamak için, tarihe kısa bir nazar atma kâfi gelir. Misal olarak hatırlatalım ki, Augsburg harbi, her şeyden evvel, İngiltere ve Felemenk tarafından Fransız ticaretine karşı yapılan bir harb idi. İspanya harbindan maksad da, denizlerde hâkimiyeti ve Cenubî Amerika mahreçlerini temin eylemekdi.

Bu günkü günde, iktisadî avâmil daha korkunç bir şekilde tecellî etmektedir; zira bir yandan mahsuller denize dökülürken, diğer tarafdan milyonlarca insan açlıktan sürünmektedirler. İnsan dehası, mesafeleri aşmak için akıllara hayret veren vasıtalar keşfederken, siyaset, seyyahları ve malları hududlarda durduran sayısız gümrük takyidatı vazeylemektedir. Eskiden «pamuk kıtlığı» tabiri her hangi bir iktisadiyatçının kullandığı alelâde bir tâbir idi; bu gün ise, milyonlarca işçi, karıları ve çocukları için, öldürücü bir açlık ifade etmek-

tedir. Sanayinin tekâmülü neticesinde, iktisadî buhran, sayısız insan kütleleri için bir nevi iztirap şeklinde tecellî etmeye başladı; ve aç kalan bu kütlelerin kalbinde, kinü gayz yavaş yavaş yer etti. Nakliye vasıtaları tekâmül etmiş olduğundan, meselâ iyi bir hasad veya yeni bir petrol kuyusunun keşfi, başka memleket işçilerinin hayat şartlarına da tesir ettiği cihetle, bir çok insanlara ya sefalet veyahut refah getirdi. Bu suretle, bir yandan miyonlarca insan açlıkdan kıvrandıkları halde, diğer tarafdan mahsulâtın denize dökülmesi gibi, tarihde emsali görülmeyen facialara beşeriyet şahit oldu. Bir gün Meksika'da, diğer bir gün Irak'da gördüğümüz ihtilâller, çok defa, (Standard), (Royal Dutch), (Shell) veya (Anglo — Persian Oil Company) gibi şirketler arasındaki gizli mücadelelerin kanlı bir tecellisidir. Mevaddı iptidaiyeye sahip Devletler, gümrük takyidatı vazetmek suretile, bir nevi iktisadî tahakküm ihdas eylemek yoluna gitmekle fevkalâde tehlikeli bir usûl ihtizar etmiş oluyorlar; zira diğer Devletler tarafından vaki olacak aksülamelin pek şiddetli olması muhtemeldir.

Woodrow Wilson, meşhur on dört maddesinin üçüncüsünde, şunu teklif etmişti: «Bilûmum iktisadî sedlerin, mümkün mertebe, ilgası ve sulhun muhafazasını isteyen bütün milletlere ayni şeraiti ticariyenin tatbiki» .Dünyanın en muhafazakâr memleketinden gelen bu teklif, gümrük takyidatının ilgası hakkında bir vait şeklinde mülâhaza edilmişti. Lâkin, böyle bir sistemin tatbiki, bütün Devletlerin iktisaden ayni seviyede bulunmasını icab ettirmekte idi.

Sulh konferansında bulunan Fransız Delegasyonu, 6-Mart-1919 tarihinde, şu teklifi yaptı: «Mevaddı iptidaiye temini hususunda milletler beynindeki rekabeti, mümkün mertebe, azaltmak ve sulh için tehlikeli olan iktisadî ihtilâf sebeblerini izale etmek maksadile, Düveli Müttefika, sanayie yarayan mevaddı ibtidaiyenin, gerek ithal ve gerek ihracında, her nevi rüsumdan muaf olacağına karar verirler.» Bu makul teklif, mevaddı iptidaiyeye sahip bulunan ve dünyada kâfi mikdar petrol, pamuk ve kömür tedarik edilemeyeciğini zanneden Devletlerin egoizmi ile karşılaştı. Ve bunun üzerine, Misakın 23 üncü maddesine, «bilumûm Cemiyeti Akvâm âzası hakkında ticaret bakımından hakkaniyet dahilinde hareket olunması» şeklinde bir temenniyi muhtevi bir hüküm derçolundu.

Mesele, 1920 senesinde, Brüksel'de İtalyan Âyan âzasından Tittoni'nin müdahalesi üzerine tekrar mevzuubahs oldu. Bir kerre de, Cenevre'de, M. Corrado Gini' nin raporunda yer buldu.

1926 senesinde, Cemiyeti Akvam Birlikleri, cihan sulhunun kısmen işbu davanın halline vabeste bulunduğunu tesbit ettiler. 1931 de, Fransa Başvekili Alber Saro, müstemleke meslelerinde edindiği

850

tecrübeye binaen, Almanya ve İtalyayı Avrupa birliğine alâkadar edebilmek için, bu Devletlerin iktisadî ihtiyacatının nazarı itibare alınmasının lâzım geldiğini ifade eyledi. Lâkin M. Saro'yu dinlemek isteyen olmadı.

İtalyan — Habeş ihtilâfı dolayısile, bir Samuel Hoare, 11-Eylûl 1935 tarihinde, Cemiyeti Akvam Asamblesi huzurunda, İngiltere Hükûmetinin, benelmilel bir konferans aktederek, mevaddı iptidaiyenin sureti taksimi hakkında vaki talebleri tetkike âmade olduğunu söyledi. Bunun üzerine, «Labour party» mevaddı iptidaiyenin beynelmilel kontrolü fikrini ortaya attı. Lord Luggard da, 14-kânunusani-1936 tarihli (Times) gazetesinde yazdığı bir mekalede, Cemiyeti Akvam mürakabesi altında müşterek bir (Manda) sistemini reddederek, «açık kapu» sisteminin teşmilini ileri sürdü.

Amerika diplômasinin evvelce tatbik etmiş olduğu «açık kapu» sistemi, maalesef ümit olunan neticeleri vermiş değildir, zira «açık kapu»ya daha yakın bulunan Devletler, diğerlerini mümkün mertebe uzaklaştırmak için ellerinden geleni yapmışlar ve bu suretle beklenilen beynelmilel elbirliği tabiatile husule gelememiştir. Bunu bilen İngiltere Meclisi Mebusanı, Hükûmete, «beynelmilel refahı ve milletlerarası anlaşmasını teşvik etmek için icabeden tedbirleri ittihaz eylemek» tavsiyesinde bulunmakla iktifa etmiştir. İngiltere, meseleye lâyık olduğu ehemmiyeti vermekle beraber, bu kadar girift bir mevzû üzerinde ihtiyatla hareket etmeyi muvafık bulmuştur.

15-Kânunevvel-1936 tarihinde, Almanyanın o vakit Londra sefiri olan M. von Ribbentrop, İngiliz-Alman cemiyetinde söylediği bir nutukda, Almanyanın, «sırf mevaddı iptidaiye temini için» müstemleke talep ettiğini beyan etmişti. «Foreing Affairs» adlı Amerikan mecmuasının Kânunevvel nüshasında, Dr. Saht'da, müstemlekesiz kalan yegâne büyük Devletin Almanya olduğunu kayd ederek, «mevaddı iptidaiyeye malik olmak bu gün siyasî bir faktör olmuştur; mevaddı iptidaiye vermek veya vermemekle, siyasî bir dost veya hasmın vaziyeti üzerine icrai tesir ediliyor. Böyle bir tehlikeye mâruz bulunan büyük bir memleketin, buna mâni olmak için elinden geleni yapması tabiîdir» dedikten sonra, sözünü şu cümle ile bitiriyordu: «Alman müstemleke meselesi, bir emperyalizm veya prestij meselesi değil, sırf bir iaşe meselesidir. Bu sebeple, sulhun âtisi bu meselenin halline bağlıdır».

Almanya siyasî hayatında pek mühim roller oynayan bu iki şahsın ayni mealdaki sözleri, meselenin açıkca münakaşasına imkân vermektedir.

Almanya, evvelemirde, gayri müsavi muameleye tâbi tutuldu-

ğundan şikâyet etmektedir. İtalyanın Afrika'da vâsi toprakları, Japonya'nın ise zengin müstemlekeleri olmakla beraber, Almanya, İtalya ve Japonya kendilerini «proleter» telâkki etmektedirler. Demek oluyor ki, bu üç Devletten en fena vaziyette bulunanı Almanyadır. Lâkin, kültür seviyeleri ayni derecede yüksek olan, İskandinavya memleketleri, İsviçre ve Avusturya gibi bir çok küçük Devletler mevcuddur ki, iktisadî emniyet ve mevaddı iptidaye temini bakımından daha az «proleter» değildirler. Almanyanın hukuk müsavatı talebi, bütün milletleri değil, kültür, sanayi ve askerlik bakımlarından «dünya hâkimleri» mevkiini işgal eden Devletleri alâkadar etmektedir. Tâbiri diğerle, Almanya, kendisi gibi büyük bir milletin daha büyümeye hakkı olduğu küçük bir milletin ise böyle bir hak iddia edemiyeceği mütalâasındadır. Bu takdirde, Alman müstemleke meselesinin «yalnız mevaddı iptidaiye temini meselesi olduğu» (Von Ribbentrop), ve «bir emperyalizm ve prestij meselesi olmadığı» (Dr. Şaht) nasıl iddia olunabilir?

Bir çok Almanlar'da, Almanya hududlarının kendilerine dar geldiğini ve bu sebeple fazla nüfusu yerleştirmek için başka topraklara ihtiyaçları olduğunu beyan etmektedirler. Almanya'ya eski müstemleklerinin iadesini derpiş etsek dahi, Versay Muahedesile Almanyanın elinden alınan Afrika ve Polinezya'daki müstemlekeler, topdan muhacerete müsait değildirler. Zira bu yerlerde temin edilen işçi fevkalâde ucuz olduğundan, gelecek Almanlar için pek mahdut işler kalacaktır.

Harbi Umumiden evvel, Almanya idaresi 25 sene çalışarak bu müstemlekelere refah getirmiş olduğu halde, Alman kolonisi, memurlar, kadınlar, çocuklar ve ecnebiler dahil olmak üzere 24.000 kişiyi tecavüz edememişti; yerli ahâli ise 12 milyona baliğ oluyordu. Bunun sebebi ise pek basit idi: Geniş mikyasta mühaceret için müstemlekelerde bundan sonrası için artık yer kalmamıştır. Zira, yukarıda da izah olunduğu gibi, yerli ahâli bütün işleri fevkalâde ucuza yapmaktadır.

Bu günkü yapılması mümkün olan yegâne şey, yerli ahâlinin başına bir avuç Avrupalı getirmek ve bu suretle idare etmektir. Müstemlekelerde, işgal kuvvetleri ve ecnebî idare, her vakit yabancı birer eleman telâkki olunmaktadırlar. Kolonizasyon devri artık kapanmıştır; ve hattâ diyebiliriz ki, aksi bir devir başlamıştır. Halen müstemlekeler, Devlet için mühimce bir yük teşkil etmektedirler. Binaenaleyh, bu şerait dahilinde, nüfusu fazla olan Devletlere müstemleke vermekle dava halledilmiş olacak değildir.

Almanyanın bu günkü şefleri de, hükûmet erkânı ve Nasyonal-

852

sosyalist partisi ileri gelenleri tarafından irad olunan nutuklara rağmen, buna kanaat getirmişlerdir. Versay muahedesi takyidatı altında bulundukça, Almanya için müstemleke hülyası, ümidleri besleyen parlak bir hülya gibi yaşıyordu. Lâkin, Alman müstemleke müddeiyatı hariçte kesbi vüs'at ettikçe, dahilde müstemlekecilik cereyanı o nisbette zayıflıyordu. Bu hususta yapılan propagandalar semere vermiyor ve halk lâkayd kalıyordu. Almanya, Avrupadaki eski mevkiini yeniden ihraz ettiğindenberi, «yersiz millet» formülü halk muhayyelesi üzerinde tesirini kaybetmiştir. Sar havzasının istirdadı, askerlik hizmetinin yeniden ihdası, Ren havzasının işgali, İtalya ve Japonya ile yapılan ittifak, Almanlara evvelce mevcud olmayan emniyet hissini iade etmiştir. Aklı selim sahibi olan Alman milleti, Almanyanın Avrupadaki menafiinin beynelmilel siyasette diğer menafie tekaddüm ettiğini anlıyordu. Evvelce kurulmuş olan Müstemleke Birliği kendiliğinden dağılmıştır. Polonyanın Müstemleke Birliğinin yarım milyon âzası olduğu halde, Alman Birliği âzami 75.000 âza toplayabilmiştir.

Unutmayalım ki Hitler, «Mein Kampf» adlı eserinde müstemleke fikrine daha ziyade muhalif görünmüştür. Bu hususta tebdili fikir ettiğini gösteren bir emare şimdilik mevcud değildir. Müstemlekelerden her bahsedişinde, Alman Devlet Reisi, daima müphem bir lisan kullanmaktadır. Müstemleke meselesini, büyük siyaset oyununda bir koz olarak elde bulundurmak istediği anlaşılmaktadır. Bu suretle, İngiltere, Fransa ve icabında Portekiz üzerinde, *başka sahalarda* imtiyazlar koparmak için, icrai tesir etmektedir.

Memleket dahilinde, yeni bir vergi ihdası mevzuubahs olduğunda, Dr. Goebbels müstemlekelerin zenginliğinden dem vurmaktan halî kalmamaktadır. Bu suretle, bazı kimselerin mukavemeti kırılmış ve bazılarına da sabır ikaz edilmiş oluyor.

Mevaddı iptidaiye meselesi tamamen başka bir meseledir. İngiltere ve Fransa gibi büyük Devletler, zengin müstemlekelere sahip oldukları cihetle, diğer memleketlerden ithalât yapmak ihtiyacını hissetmekte ve yabancı pazarlara tâbi bulunmamaktadırlar. Bu sebeble, iktisadî tam bir istiklâl ve emniyet içinde bulunmaktadırlar.

Büyük Devletler müstemlekelerinde, iki ayrı iktisadî sistem tatbik edilmektedir. Birinci sistem, iktisadî kârların metropol'da toplanmasını, ikincisi ise, «açık kapu» usulünü iltizam etmektedir. Afrika topraklarında, tâbiiyeti ne olursa olsun, her tüccara ayni şartlar altında mallarını getirip satmak hakkı tanıyan 1888 Berlin konferansı, «açık kapu» sistemine bir misal teşkil eder. Ayni sistem Amerika tarafından Çin'de tatbik olunmuştur. Cemiyeti Akvam misakının man-

da'lar kısmında da, (A) ve (B) manda'ları için ayni sistem kabul edimişti. İthalât ve ihracat işlerinde, bu sistem şimdiye kadar fevkalâde iyi neticeler vermiştir.

Devletler, müstemlekelerinden mikdarı kâfi mevaddı gıdaiye veya mevaddı iptidaiye getirmektedirler. Diğer taraftan, müstemlekelerde bulunan mevaddı iptidaiye, sulh esnasında, yalnız metropol'e hasredilmekte değildir. Müstemlekeler de, müstakil memleketlerden veya başka müstemlekelerden eşya ithal etmektedirler. Bilhassa, başlıca mevaddı gıdaiye veya ham maddeleri, büyük Devletler, müstemlekelerinden değil, müstakil memleketlerden getirmektedirler. Müstemlekesiz bir Devlet, bu nevi mevaddı iptidaiye veya mevaddı gıdaiyeyi, müstemleke sahibi Devletlerin aldıkları fiata temin edebilirler. Muhtaç bulunduğu eşyaları hariçten satın almak için lâzımgelen mâlî vasıtalara mâlik bulunan bir Devlet, ahvali tabiiyede, her hangi bir ihtiyacını tatmin edebilir. Almanya bu hale bir misaldir.

Almanyanın ilk 4 senelik plânı, memleketin iktisadî ve mâlî kabiliyetine tetabuk ettiği cihetle, muvaffakiyetle neticelendi. İlk zamanlar, memlekette bulunan mevaddı iptidaiyeye ihtiyaç vardı: Beton, çimento gibi. Ancak askerî plânın tatbikı içindir ki, Almanya kendinde mevcut olmayan mevaddı iptidaiyeye ihtiyac hissetti.

1933 Almanyasının mâlî vaziyeti de fena değildi. Haricî borçlar için, bir moratoryum temin etti, dahilî borçlara gelince, enflasyon siyaseti neticesinde bunlar, pek cüz'î bir yekûna inmiş oldu. Altmış altı milyonluk bir nüfus için, bu borçlar ancak 25 milyon mark'a baliğ oluyordu; halbuki üçte bir nisbetinde az bir nüfus için, Fransa'da borçlar iki mislinden fazla idi. Bu sebeble, Dr. Şaht'ın, müstahsil ve hususî bankalara dayanarak,20 milyarlık bir kredi açmasına bir mâni mevzuubahs olamazdı.

İkinci dört senelik plânın tatbikına geçilirken, Hitler, vatandaşlarına daha iyi gıda vadetmişti. Lâkin Almayada mâlî vaziyet eskisi gibi değildi.

O vakıta kadar, Almanya, mevaddı gıdaiyenin ithalini azaltmak için büyük gayretler sarfetmişti. 1925 senesinde, Almanya 6.000.000.000 kilo hububat ithal etmiş, 1935 senesinde ise bu miktar 1.500.000.000 kiloya düşmüşdü. Lâkin, halkın ihtiyacatını karşılayabilmek için hariçten yine bir mikdar sebze, meyva, domuz eti getirtmek ve binnetice döviz sarfeylemek icabediyordu. Halbuki Alman otarşisi, «fiatlarda, ücretlerde,millî parada istikrar» prensibine dayanıyordu. Milletin refahını temine hâdim olacak parayı, binaenaleyh başka bir yerden tedarik etmek lâzımgeliyordu. Bunun için, Alman otarşisi, daha çok mevaddı gıdaiye getirebilmek için, mevaddı iptidaiye ithalini

azaltmak yolunu ihtiyar etti. Almanya, bu suretle, demir, benzin, petrol, kauçuk gibi ecnebî memleketlerden gelen bir çok mevaddı iptidaiyeden mümkün mertebe sarfı nazar etmiş oldu.

1925 senesinde takriben 320 milyon marka baliğ olan demir ithalâtı, 1933 senesindenberi vasatî 63 milyona düşmüştür. Ayni devrede, pamuk ithalâtı, 800 milyondan 140 milyon marka inmiştir.

Benzin meselesinde daha fazla müşkülât görülmüştür; lâkin Almanya, bu hususta sarf edegeldiği gayretler sayesinde, pek yakında, ihtiyacatının yüzde 75 ini kapatabileceğini zannetmektedir. Kauçuk işinde tesadüf olunan güçlükler halledilememiş ve sun'î kauçuk randömanı pek ileri gidememiştir.

Tatbik edilegelen bütün bu «Ersatz» sisteminin büyük bir mahzuru vardır, o da eşyanın pek pahalıya mal olmasıdır. Sun'î kauçuğun maliyet fiatı, ithal olunan kauçuk fiatının *dört mislidir.* İdrojenle yapılan benzin, ithal olunan benzinden iki defa daha pahalıya mal olmaktadır. Yüzde 50 sun'î yünle îmal olunan ve «astrara» namı verilen kumaş, halis yün kumaştan yüzde 80 pahalıya gelmektedir.

Mevzuubahs ettiğimiz mevad, memlekette fazla istihlâk olunan ve umumî hayat seviyesi üzerinde tabiatile icrai tesir eden ve binnetice Alman otarşinin esas prensibi olan «fiatlarda, ücretlerde, millî parada istikrar» prensibini tehlikeye sokan maddelerdir. Hayat pahalılığı bizzarure, ücretleri yükseltmekte ve neticede millî para kıymetinden düşmektedir; bu hâl ise, bütün otarşik sistemin yıkılması tehlikesine yol açmaktadır. Bu tehlike bertaraf edilse dahi, Almanyanın, muhtaç olduğu bütün mevaddı iptidaiyeyi memleketten temin etmesine imkân yoktur. Zaten az mikdar bulunan dövizleri de harice kaçırmamak için Dr. Şaht, müstemlekeli bir İmparatorluk kurup, ayni parayı Almanyada ve müstemlekelerde tedavüle vazetmek tasavvurundadır. Sabık Alman İktisad Nazırı, müstemleke sahibi Devletlerin, «mevaddı iptidaiye musluğu» nu açıp kapayarak, diğer dost veya düşman Devletlerin siyasî vaziyetleri üzerinde icrai tesir etmek istedikleri beyan ettikten sonra, şöyle devam ediyor:

« . . . . Almanya müstemlekelerinden mahrum edilmese idi, mevaddı iptidaiye işini ele alarak, Alman kapital ve kredisini kullanmak suretile, şimdiki manda idarelerinin temin ettikleri mikdardan daha pek fazlasını temin edebilirdi».

Bu sözler, acaba hakikatı hâle ne dereceye kadar tetabuk etmektedir? (Deutsche Kolonial Gesellschaft) ın 1935 senelik raporunu açarsak, İngiliz Kamerun'una dair 11 inci sahifede şu satırları buluruz:

« . . . . Kamerun'un İngiliz mandası altında bulunan kısmında, bilhassa Almanların gayretleri sayesinde, bu gün refah ve bolluk hü-

küm sürmektedir. Malûm olduğu üzere, «plantation» ların ekserisi vatandaşlarımızın elinde bulunmaktadır. Manda topraklarına gelen bir kimse, kendisini bir Alman müstemlekesinde zannetmektedir; zira âdetler, lisan ve işçilik hep Almandır.

« . . . . Kamerun mahsulâtı Almanyaya ithal edilebilmektedir, ve *bunun için ecnebî dövizine ihtiyaç yoktur. İthalâtın çoğaltılması için de hiç bir mâni mevcud değildir. Almanya arzu ettiği takdirde, bunu yapmak mümkündür.*

« . . . . Kamerun mahsulâtından edinilen mebaliğ, Kamerun'a Alman malı olarak dönmektedir. Ve bu mallar, Avrupalı veya yerlilere Alman ticaret evleri tarafından satılmaktadır . . . »

Demek oluyor ki, Kamerun ihracatının arttırılması Almanyanın arzusuna bağlı bir işdir . . . Alman tüccarlarının tâbi bulundukları şerait o derece müsaittir ki, bu tüccarlar kendilerini bir Alman müstemlekesinde zannetmektedirler. Eşya mübadelesi sayesinde, Almanların döviz ihrac etmesine de lüzum yoktur.

Vaziyeti böyle olduğuna nazaran, yukarıda bahsı geçen «mevaddı iptidaiye musluğu»nun tamamen açılmasına ve Alman sermayesinin Togo ve Kamerun'da işletilmesine mani olan kimdir?

Sualin cevabı basittir. Alman halkının istihlâk ettiği mevaddı gıdaiye mikdarını çoğaltmak, Alman Hükûmetinin arzusuna kalmış bir işdir. Müstemlekelerden mevadı ibtidaiye temini de yine Almanyanın isteğine bağlıdır. Zira yukarıda sözü geçen «Deutsche Kolonial Gesellschaft»ın da yazdığı gibi manda sisteminin Almanlara bahşettiği imkânlar mevaddı gıdaiye ve ibtidaiye teminine müsaitdir.

Resmî istatistikleri tetkik edersek, görürüz ki, Almanya, dünyade en ziyade ihracat yapan memleketler arasında üçüncü mevkii işgal etmektedir.

1936 senesinde, takriben 111 milyon altın dolârlık ihracat yapan Amerika ile, ayni senede, 105 milyon altın dolârlık mal satan İngiltereden sonra, 91 milyonla Almanya gelmektedir. Fransa ise, 1936 senesinde, ancak 45 milyon altın dolârlık ihracat yapabilmiştir.

Demek oluyor ki, Fransadan iki misli fazla mal satan Almanya dünyanın en zengin memleketi bulunan 120 milyon nüfuslu Amerika ile cihan iktisat ve ticaretinde rolü malûm olan İngiltereden, ancak yüzde 10 noksanına ihracat yapmaktadır.

Alman ticaret müvazenesinin, 1934 senesi müstesna, her vakıt kârla kapandığı malûmdur.

Bu fazlalık:

1931 senesinde, 2 milyar 478 milyon,

1932 senesinde, 1 milyar 77 milyon,

1933 senesinde, 667 milyon,
1935 senesinde, 110 milyon,
1936 senesinde, 400 milyon marka baliğ olmuştur.

Bu rakkamlardan anlaşıldığı üzere, Alman malları dünyanın her tarafında satın alınmakta ve muhtelif memleketlerle yapılan mübadelede yer bulmaktadır.

Alman ihracatını madde madde tetkik edersek, enteresan neticelerle karşılaşırız.

Almanya, 1935 senesinde, 294 milyon marklık demir ve makine ithal etmiş, fakat, buna mukabil, ayni sene zarfında, 729 milyon marklık demir eşya ihraç eylemiştir. Memlekete seksen milyon marklık bakır sokmuş, fakat, 123 milyon marklık bakır eşya satmıştır. Hariçten 104 milyon marklık çinko, kurşun getirtmiş, lâkin 89 milyon marklık çinko ve kurşundan mamûl eşya harice sevketmiştir.

Yine 1925 senesinde, Almanya 120 milyonluk kimyevî mevad ithal etmiş, lâkin 347 milyonluk ihracat yapmıştır. 151 milyonluk odun almış, fakat 208 milyonluk odundan mamûl eşya ve kâğıt satmıştır.

Demek oluyor ki, Devletler beynindeki gerginliği günden güne tezyid ettiği iddia olunan mevaddı iptidaiye meselesi, eşya ve mal mübadelesi suretile kısmen halledilmiştir. Almanya neden şikâyetçidir.? Almanya, müstemleke işile hiç bir alâkası olmayan döviz fıkdanından müştekidir. Filhakika, bazı memleketlerin döviz temini hususunda çekdikleri güçlükler, ***müstemleke*** ticaretinin tâbi tutulduğu takyidattan değil, ***umumî*** ticaretin maruz kaldığı engellerden neşet etmektedir. Mevaddı iptidaiyenin veya hububatın fazla mikdarda istihsali, bilâkis, cihan iktisadî buhran sebeblerinden birini teşkil etmektedir. Ve zaten, Almanyaya verilebilecek olan, mevaddı iptidaiye ve gıdaiye yetişdiren her hangi bir müstemleke, vaziyeti düzeltmez, zira kesif Alman halkının ihtiyacatını karşılayabilecek böyle bir müstemleke mevcud değildir.

Alman iktisadiyatının günden güne artan sıkıntıları, müstemleke noksanlığından değil, en son haddine varan otarşi siyasetinden ve ecnebi kredisini kesmiş olan silâhlanma masraflarından mütevelliddir.

Almanya ile birlikte bütün dünya için mühim olan cihet, ***cihan ticaret serbestisinin genişletilmesidir.*** Afrikanın her hangi bir köşesinde verilecek bir müstemleke ile, Almanya halihazır müşküllerini bertaraf edemez.

Beynelmilel ticarette mütekabil kolaylıklar temini ve beynelmi-

lel asfiksi ile millî otarşiye nihayet verilmesi suretiledir ki, esaslı faideler istihsal edilebilir.

İktisadî sıkıntılarına rağmen, Almanya, demir yolları yapması için, Çin'e 40 milyon dolarlık bir kredi açmış, Hindistan Denizi ile Bahrimuhit'deki nufus mıntıkalarına dair de Japonya ile bir misak aktetmiştir. Diğer tarafdan, Yunanistan'a mühimce paralar ikraz eylemiş, Yakın-Şark'daki faaliyetini çoğaltmış, Habeşistan'a hulûl etmiş, Nil üzerinde yeni bir köprü inşaası için Mısır'la müzakereye girişmiş, evvelce Mannesmann, Thyssen ve Stinnes Biraderlere ait olan Fas maden kuyularına kendi mühendislerini yerleştirmiştir.

Bu günkü günde, mevaddı iptidaiyeye sahib bulunmanın siyasî bir faktör teşkil ettiğini beyan eyleyen Dr. Şaht, hakikatı ifade etmiştir. Filhakika, yaşadığımız devirde, ticarî rekabetler sırf tarife usulü ile değil, fakat millî paranın düşürülmesi, beynelmilel mübadeleyi boğan döviz takyidatı ve kontenjan sistemi gibi gayri tabiî usullerle idare olunmaktadırlar. Ticareti umumiye, yüksek sedlerle çevrilmiş bulunmasa idi, müstemlekesiz büyük Devletler ithal ettikleri malların bedellerini, bilmukabele mal satmak suretile ödeyebilirlerdi. Maalesef, beynelmilel iktisadî münasebat, beynelmilel siyasete tâbi bulunmaktadır. Müstemlekesi olan bir Devlet, şüphesiz ki, müşterek iktisadî ablukaya veya mevaddı iptidaiye üzerine konacak ambargo'ya daha iyi mukavemet edebilir. Maamafih, hâli harbde, müstemlekeler müşterek müeyyidelere karşı tam bir teminat teşkil edemez, zira denizlere hâkim bir Devletin, nakliyatı durdurması her zaman mümkündür. Müstemleke ahalisi «Metropol» e karşı hüsnüniyet beslemiyorsa, müstemlekenin idaresi de Devlet için ayrıca bir yük teşkli eder. Denizaltı gemileri ve tayyareler icad olunduğundanberi, müstemleke sahibi her hangi bir Devlet, müstemlekeleri ile münakalâtı sureti kat'iyede temin edeceğini iddia edemez. Harbi umumî, denizlerin serbestisi doktrininin iktisadî emniyeti temin etmediğini ve müstemleke meselesinin, beynelmilel iktisadî emniyet meselesinin ancak bir cüzünü teşkil ettiğini sarahaten göstermiştir. Tâbiri diğerle, beynelmilel iktisadî müsavat davası, ufak tefek müstemleke hal çareleri ile tasfiye olunamaz. Kendilerine «proleter» namı veren büyük Devletler için asıl mühim olan cihet, müstemlekelerin iktisadî kıymetleri, veya mevaddı iptidaiye ve gıdaiye temini meselesi değil, prestij ve müsavat meselesidir. Medeniyet seviyeleri pek yüksek olan İskandinav memleketleri ve İsviçre, iktisadî vaziyetlerinin emniyetsizliği hakkında hiç bir vakit şikâyette bulunmamışlardır. Çünkü onlar bilirlerki, müstemleke meselesi, iktisadî bir mesele değil, bir prestij meselesidir. Beynelmilel iktisadî hayatı

boğan gümrük sedlerini tedricen hafifleterek ticaret serbestisini arttırmak ve bundan sonra bütün milletlere, elbirliği yaparak, müşterek sefaletle mücadele imkânı bahşetmek icabeder.

Mevaddı iptidaiye, hiç şüphe yok ki, bulundukları memleket için bir servet kaynağı teşkil eder. Lâkin, mevaddı iptidaiyeye sahip olmak, milletlerin zenginliğini tayin için, yegâne miyar değildir. Bir çok Devletlerin zenginliği, ziraat mahsullerinin satışından gelmektedir. Yine bazı memleketler, mevaddı iptidaiyeye sahip olmadıkları halde, sanayi sahasında fevkalâde ilerlemişlerdi. Dünyanın en fazla çelik ve demirine sahip bulunan Fransa ve İngiltere bile, hariçten bir çok madenler getirtmek mecburiyetindedirler.

Asıl garip olan cihet, mevaddı iptidaiyenin taksimini taleb eyleyen Devletlerin başında sıkı bir himayecelik siyaseti tâkip eden diktatörlük memleketlerin bulunmasıdır. Bu memleketler, bir yandan, millî otarşi fikrini ileri sürmekte, diğer taraftan da, mevaddı iptidaiyeden müştereken bütün Devletlerin istifade etmelerini dermeyan eylemektedirler. Yani, mevaddı iptidaiyeyi taksim etmek, lâkin diğer Devletlerin mallarına, hududlarına kapamak isteyorlar.

Son senelerde, azamî haddine varan bir otarşi temayülü başgöstermiştir. Bütün milletlerin iktisadî teşrikini derpiş eden Cemiyeti Akvam ideali hilâfına olarak, Devletler iktisadî bir infirada doğru gitmektedirler, Bu şekilde devam olunduğu taktirde, milletlerarası ticaretinin bir gün tamamen durması ihtimali kuvvetlidir. Halk, iş ve ekmek bulamaz, hayatını kazanmak için başka bir yere gidemez ve Devletler. mübadeleyi durduran tel örgülerle hududlarını kapatırlar ise, cihan sulhunun tehlikeye düşmesi tabiî ve mantıkîdır.

Devletlerin, millî bir ekonomi yaratmayı tahayyül ettikleri bu devir, emperyalizm fikirlerinin inkişafına da maalesef müsaitdir. Millî sanayinin inkişafı nisbetinde, mevaddı iptidaye ihtiyacı da arttığı cihetle, Devletler, başkalarından almamak için, kendi topraklarında mevaddı iptidaiye temini cihetine gitmektedirler.

Vaziyetin böyle olması, Cemiyeti Akvam misakının 23 üncü maddesiyle yapılan vaitleri yerine getirmeyen alâkadar Devletlerin gösterdikleri ihmalden geldiği kadar, tam bir iktisadî istiklâl temini hülyasile otarşi siyasetini güden bazı Devletlerin hatasından da neşet etmektedir. Mevaddı iptidaiye yetişdiren Devletlerin ekserisinin, hâli sulhda, bu mevadı satmak veya muhtaç oldukları diğer bazı mevad ile mübadele etmek istemeleri tabiîdir. Hâli harbde ise, bilâkis başlıca sanayie lâzım olan mevaddı iptidaiyenin kontrolü, şüphesiz ki, pek büyük askerî ve siyasî faideler bahşeder.

Kamerun'un Fransaya ait olan kısmının iadesi için Almanya'nın

takip ettiği siyaset, daha ziyade askerî ve sevkülceyşî bakımlardan kabili izahdır. Güine körfezinin askerî ehemmiyetini kavrayabilmek için, Afrika haritasına bir nazar atmak kâfidir. Berlin - Roma mihveri ile birlikte bu körfez, İtalyan Afrikasını Kamerun limanlarına bağlayan şimalden garbe doğru bir zincir teşkil etmektedir. Bu suretle, Cenubî Afrika, Belçika Kongosu, Fransız Kongosu, Nijeria, Gold Coast ve Dahomey ile Fransa ve İngiltere arasında yapılan münakalâtı sekteye uğrayacak denizaltı gemilerine melce temin edilmiş olacaktır.

Berlin - Roma mihveri, diğer bir cihetten de, Fransız Afrikasını ikiye ayırmak istidadını haizdir. Almanlar Kamerun'u geri aldıkları takdirde, Afrikanın göbeğinde pek kuvvetli askerî bir mevkie sahip olacaklardır; zira Kamerun, şarkdan garba, şimalden cenuba giden bütün yolların iltisak noktasını teşkil eder. Bu suretle, Cezair Kongo'dan ayrılmış olacaktır.

Amerikadan geçerek, Bahrimuhiti Atlantik denizine yedi buçuk saatta birleştiren tayyarenin, İtalyan Trablus'undan Çat gölüne sahra üzerinden daha da kısa bir zamanda gidebileceği tabiîdir.

*
* *

Akli selim sahibi insalar anlamışlardır ki, bu günkü zahirî sulhun en büyük noksanı, ticarî takyidatın tedricen tahfifi, mevaddı iptidaiyenin taksimi, beynelmilel bir para anlaşması akti ve Devletler arasında mümkün olduğu kadar istikraz icrası suretile iktisadî elbirliği teminden aciz bulunmasıdır.

Beynelmilel ticarî mübadele, iktisadî müvazeneyi tamamen bozmuş olan gümrük takyidatından kurtulduğu gün, hâd bir devre girmiş olan mevaddı iptidaiye temini davasının halline doğru ilk adım atılmış olacaktır. Bu temin edildikten sonra, nakliye vasıtalarının inkişafı neticesinde daralan geniş dünyada, beynelmilel iktisadiyatın idaresi için beynelmilel enstitüler teşkil olunması ve zuhur edebilecek ihtilâfatın bu enstitüler tarafından halli icab etmektedir. Aksi takdirde, kuvvetli Devletin daha zayıfını ezdiğine şahit olunması ihtimali pek büyüktür.

Diğer tarafdan, memleket dahilinde ihtilâl ve darbei hükümetlere mani olamamış olan «hakka müstenid sulh» formülü, beynelmilel münasebatta hiç bir suretle kabili tatbik değildir. Zira, Devletler, beynelmilel tesanüd mefhumu ancak bir mefhum olarak kaldıkça, beynelmilel camia muvacehesinde her vakıt kuvvetli kalacaklardır. Siyasî muahedeleri hayatın inkişafına uyduracak bir kuvai teşriiye

bulunmadığı cihetle «beynelmilel isyan» bir çok Devletler için mukaddes bir hak olarak telâkki edilecektir; bilhassa ki Devletler arası münasebatında haklı ve haksız olanı tayin etmek fevkalâde nazik bir işdir. Bazıları için, adâlet, kendilerine faideli olan bir vaziyetin bekasıdır. Bazıları için ise, bunun tamamen aksidir. Her iki taraf da, menfaatları neyi icabettiriyorsa, ona göre ya (statu quo) nun devamını veya muahedelerin tadilini talebeder. Hukuku Düvel, muahedeler ahkâmını daima tahavvül etmekte olan beynelmilel vaziyete intibak ettirmek çaresini bulmadıkca, beynelmilel ihtilâfatın muslihane halli bir hayalden ibaret kalacaktır.

Bunu temin etmek için de, Hukuku Düvel'in ve bilhassa Cemiyeti Akvam misakının tâdili lazım gelmektedir. Şimdiye kadar, meselenin (prosedür) kısmına ehemmiyet verilmiş, esasa girişilmemiştir. Bir memleket tasavvur ediniz ki Usulü Muhakemat Kanunu vardır, lâkin Ceza Kanunu henüz tesbit edilmemiştir. Vaziyet aynen böyledir. Evet, Cemiyeti Akvam, bir ihtilâf zuhurunda, en âdilane görünen sureti halleri tavsiye edebilir; lâkin muahedelerin tâdili mevzuubahs olduğunda salâhiyeti pek mahduttur, zira Cemiyet âzaları Cenevre müessesesini mafevk bir merci olarak hiç bir vakıt kabul etmek istememişlerdir. Halbuki, millî hâkimiyet fevkinde teşkil olunacak böyle bir merci, Devletin, millî hududlar dahilinde ferdlere karşı ifa ettiği rolü yapacaktır. Cemiyeti Akvam'ın bu hedefe doğru ihtiyatla ve tedricen gitmesine rıza gösterilmediği taktirde, işbu kurum, ancak ikna etmek ve tavsiyelerde bnlunmak iktidarını haiz, zaman zaman toplanan bir nevi kongre halinde devam edip gidecektir.

86

No: 84

Haysiyet Jürisi ve Hakaret Suçu

(Nancy Hukuk Fakültesi Profesörlerinden M . André Henry'nin raporu)

Çeviren: *Nafi Z. BAŞAK*
Sulh Hâkimi

Fransız ceza mevzuatında, hakaret ve sövme suçları 29-Temmuz-1881 tarihli matbuat kanunu ile cezalandırılmıştır.

Bu kanuna nazaran, memurlar ve bir âmme hizmeti ifa ed. n eşhas (1881 tarihli kanun, madde: 47) aleyhine işlenen hakaret ve sövme suçlarının rüyeti Cinayet Mahkemelerinin ve sair eşhas aleyhine işlenen ayni suçların rüyeti de Correctionnel Mahkemelerinin vazifesi cümlesindendir.

Mamafih, bu nevi suçların cezalandırma hususu şüphesiz ki iyi temin edilmiş değildir. Jüri, hemen her zaman hakaret maznunlarını beraat ettirmekte ve Correctionnel Mahkemesi de suçun doğurduğu manevî zarar ve ziyanı, sözde, telâfi etmeğe matuf klasik bir franklık zarar ve ziyan cezası gibi gülünç cezalar hükmetmektedir. Diğer taraftan, hukuku âdiye müeyyideleri olan hapis ve para cezalarının, hakaret gibi bir suçtan doğan ve her şeyden evvel manevî ve şahsî olan bir zararın telâfisi için elverişli müeyyideler olmadığı muhakkaktır.

Bu şerait dahilinde, bu nevi suçları rüyet etmek vazifesini umumî mahkemelerin salâhiyeti dairesinden hariç tutarak, haysiyet Jürilerinden mürekkep hususî mahkemelere tevdi etmek muvafık olabilirmi ? Bu kadar ileri gitmeksizin, hakaret suçlarını rüyet etmekle mükellef umumî mahkemelerde hakaretin derecesini takdir etmek üzere, haysiyet erbabı kimselerden müteşekkil hususî bir Jürinin vücudu kabul edilebilirmi ?

Bu hususta salâhiyetle söz söyliyebilmek üzere, haysiyet mahkemelerinin bu güne kadar, Fransada tatbikat sahasında işgal etmiş olduğu mevkii görelim; bundan sonra, şahısların şeref ve itibarı aleyhine işlenen suçların cezalandırılmasını teminen bu mahkemelerin umumîleştirilmesinin doğru olup olmıyacağını görürüz.

I. — Eski mevzuatımızda, haysiyete müteallik ihtilâfları hallüfasl etmeğe memur bir mahkemeye tesadüf edilmekte idi, Bu da, hasiye-

te müteallik işleri rüyet etmekle mükellef Fransa mareşallarından müteşekkil mahkeme idi. Bu mahkemenin başlıca gayesi eski rejimde pek sık vukua gelen ve çok defa ölümle neticelenen düelloların önüne geçmek maksadile, tarafları mecburî bir uzlaşmaya râm etmekti.

Bu mahkemenin ihdası düello hakkındaki ilk emirnamelerle düşünülmüş (1566 tarihli Marchois emirnamesi, 1579 tarihli Blois emirnamesi) ve bilâhare, asâlet sınıfına mensup kimseler arasında vukua gelen hakaret hâdiselerinin hallüfaslına memur Fransa mareşalları mahkemesinin vazifelerinin tesbitine dair olmak üzere, 22-Ağustos-1679 tarihinde XIV üncü Louis tarafından ısdar edilen mufassal bir emirname ile bu mahkeme kat'î olarak teşkil edilmiştir.

Bu tarihte, bu mahkemelerde davaları görülen kimseler aralarında bir haysiyet meselesi hâdis olmuş yalnız asâlet sınıfına mensup kimselerdi. Taraflardan biri bu sınıfa mensup olmadığı taktirde, hâdisenin rüyeti umumî mahkemelerin vazifei kazaiyesine dahildi.Heyeti hâkime, Fransa mareşallarından terekküp etmekte, ve bunların en kıdemlileri de heyete riyaset emekte idi. Reis, vakit kaybetmeden tarafeyni evine davet eder ve mesele hakkında derhal karar ittihaz olunurdu. Eyaletlerde, mareşalların yerine Valiler ve bunların bulunmadığı hallerde «lieutenants generaux»'lar kaim olurdu.

Mareşallar, ya mutazarrır olan tarafın şikâyeti, veya sair eşhasın veya Adliye memurlarının ihbarı üzerine işe vaziyed ederlerdi. Davet edilen taraflar ispatı vücut emek mecburiyetinde idiler. Bunları icbar etmek üzere, mareşallar, kendilerini muhafızları vastasile getirtebilecekleri gibi, ispatıvücut etmeyenlerin, hastahaneler menfaatine mallarının müsaderesine karar verebilirlerdi.

Bu mahkemelerde câri olan usûl çok seri olmakla beraber tamamile hâkimlerin takdirine terkedilmişti. Mahkemenin başlıca rolü uzlaştırıcı mahiyette olup, her şeyden evvel karşılıklı tarziye ve mütekabil tazminat yolu ile düelloların önüne geçmekti. Fakat, uzlaştırmanın mümkün olmadığı hallerde, haysiyet hâkimleri, bizzat ihtilâfı dahi halletmeğe salâhiyettar bulunuyorlardı. Bu maksatla, meselâ mütecavizi, hakarete mâruz kalan şahsa alenen veya hususî şekilde tarziye vermeğe mecbur etmek gibi lüzumlu gördükleri her türlü tatminkâr tedbirleri karar altına alabilirlerdi. Daha ağır vak'alarda para, hapis ve sürgün cezaları gibi hakikî cezalar dahi hükmedebilirlerdi.

Velhasıl, Fransa mareşallarından mürekkep bu mahkeme asâlet

sınıfına mensup kimselerin itibar ve haysiyeti aleyhine işlenen fiillerden doğan ihtilâfları halletmek ve icabında önlemek ve cezalandırmak vazifesile mükellef hakikî bir haysiyet jürisi idi. Âzalarının haiz oldukları otorite dolayısile, mahkeme, bu rolü bihakkın ifa edebilecek bir vaziyette idi ve hakikaten de nazik bir takım işlerin bu mahkemeler tarafından uzlaşma yolu ile hallüfasl edildiği nakledilmektedir. Bununla beraber, kararlarını tatbik sahasına vazedebilmek için bu mahkeme, çok defa hiç bir otoriteye sahip değildi.

Düellocular, düellolara mani olacağı yerde, umumiyetle işe vukuundan sonra müdahele eden bu «Büyük Senyörler» mahkemesine aldırış etmezlerdi. Şerefli addedilen cezalar hükmeden bu imtiyazlı mahkemeler, düellolara mani olmağa ve daha doğrusu şeref ve haysiyete vâki olan tecavüzleri tarafların memnuniyetini mucip olacak bir surette cezalandırmağa hiç bir zaman muvaffak olamamıştı. Bu itibarla, hakem usulüne çok taraftar bulunan, Fransız Büyük İhtilâlinin bu nevi mahkemeleri ne sebeble muhafaza etmemiş olduğu anlaşılır. Düello hakkında bir kayıt ihtiva etmeyen ve hakaret suçunu ancak dolayısile cezalandıran 1810 tarihli ceza kanununda haysiyet mahkemeleri hakkında bir kayıt yoktur. 1819 tarihinden beri birbirini takip etmiş olan matbuat kanunlarının dahi, hakaret suçlarını hallüfasletmek üzere bir haysiyet jürisi tesis etmeği düşünmemiş oldukları görülmektedir. Umumî harbe tekaddüm eden senelerde, haysiyet jürilerinin tesisi bazı kerre teklif edilmiş ise de, bundan gaye, düelloların önüne geçmek üzere uzlaştırıcı teşekküllerin vücuda getirilmesi idi.

Hakem yoluna müracaat suretile, düelloların önüne geçmeğe matuf olan 16-Temmuz-1888 tarihli Freppel projesi (Journal Officiel, Şubat 1889, annexe) bu düşünce ile kaleme alınmıştır. Bu projenin 9 uncu maddesi, düelloyu icap ettiren veya bunun için bir sebep teşkil eden hakaret, sövme veya şeref ve haysiyete vâki olan tecavüz fiillerinin taraflarca hakeme havale edilebileceğini derpiş etmişti.

Hakemlerin adedi beş olacaktı, taraflarca ikişer hakem tayin olunacak ve bunlar da, taraflarından intihap edilen bir beşincinin riyaseti altında bulunacaklardı. Kat'î olan hakem kararı aleyhine hiç bir müracaat yolu olmıyacak ve bu karar ihtilâfı evvelce yazmış olan gazetelerde neşredilecekti.

Lâkin proje hiç bir vakit kabul edilmemiştir. Çünkü düelloya mâni olmağı ve ihtilâfı halletmeği arzu eden kimselerin, kendisine her türlü salâhiyeti bahşedecekleri bir haysiyet jürisini kendiliklerinden teşkil etmelerine hiç bir şeyin engel olamıyacağı ileri sürülmüştür.

Haysiyet mahkemeleri, bir vakitler orduda pek sık vuku bulan düelloların önünü almak maksadile de, tavsiye olunmuştu. Alman ve Avusturya ordularında mükemmel bir surette teşkil edilmiş bulunan askerî haysiyet mahkemlerinin Fransız ordusunda da tesisi teklif edilmişti.

Tatbikatta, bu haysiyet jürileri Fransız âdetlerinde hiç bir vakit ciddî surette yer almamıştır. Bu jürilerin vaziyed etmiş bulundukları vakıaların kat'î sayısı elde edilmek istenildiği takdirde, gülünç rakamlara tesadüf edilmesi muhtemeldir. Esasen, bu haysiyet mahkemelerinin yalnız düelloların önüne geçmek iddiasında bulundukları ve hakaret neticesinde verilmesi icab eden tarziye veya tazminatı tayin etmeği hiç bir vakit uğraşmadıkları anlaşılmaktadır.

Umumî harp, düelloyu âdetlerimizden aşağı yukarı tamamile kaldırınca, haysiyet mahkemelerine son darbeyi indirerek bunları büsbütün kaldırmıştır. Vazifeleri, düelloların önüne geçmekten ibaret kalmaksızın, hakaret ve sövme suçlarından mütevellit zararların hakikî bir tarzda telâfisi ile tavzif edilmek üzere, bu mahkemelerin yeni bir şekilde ve mutad adlî merciler yerine kaim olmak üzere ihyası doğru olur mu?

II. - İncelemek istediğimiz nokta budur. Evvelâ, hakaret suçunu rüyet etmek üzere, umumî mahkemelerin yerine haysiyet jürisini ikame edecek olan formülü hiç şüphesiz bertaraf etmek lâzımdır. Meslekî vasıflardan ve tecrübeden mahrum olan bu amatörler mahkemesinin hakaret suçlarının cezalandırılması hususunda ehil addedilmiyeceği muhakkaktır. Vaktile, mareşallar mahkemesinin hedef olduğu istihzalara bu mahkemeler de mâruz kalacaklar ve profesyonel şantaj ve hakaret failleri de marifetlerine devam edebilmek için pek müsait bir vaziyette bulunacaklardır. Halen profesyonel jürilerin bile hudutsuz müsamahakârlığından şikâyet edilmektedir. Hal böyle iken, tecrübesiz bir takım hâkimlerin alışkın olmadıkları ceza silâhlarını kullanmakta tereddüt göstererek, tevbih kabilinden bazı cezalar hükmetmek suretile işin içinden çıkmağa çalışacakları melhuz olacağına nazaran netice neye varacaktır?

Hakaret mesailini rüyet etmek üzere, haysiyet jürisi ile meslek hâkimlerinin teşriki mesaisini tazammun eden formülün fikirlere daha mülâyim geleceği ve bu hususta reylerin birleşmesini daha kolaylıkla temin edeceği şüphesizdir.

Bununla beraber, bu teşkilâta karşı yapılması mümkün olan müteaddit itirazları sezmemeğe imkân var mıdır?

Bu gün jüri müessesesine şiddetle hücüm edilmektedir. Haklı olarak da, jürinin gevşekliğinden ve cezalandırma hususunda kifayet-

sizliğinden şikâyet edilmektedir. Jüri, bilhassa hakaret suçlarını cezalandırmamaktadır. Cinayet mahkemesinin kazasını terkederek Correctionnel mahkemesinin hukuku âdiyesine avdet etmek bu hususta terakkiye doğru atılmış bir adım teşkil edebilir. Her ne kadar bir nevi süper-jüri vaziyetinde ise de, haysiyet jürisinin de, alelâde jürinin kusurları ile melûf olmıyacağı zannedilebilir mi? Bu müessesenin haysiyete tecavüz noktasının tahlil ve münakaşasında daha ziyade salâhiyettar olacağı farzedilse bile, cezalandırma hususunda da kâfi derecede şiddet ve enerji ile hareket edeceği tasavvur edilebilir mi?

Esasen, bu jüri ne suretle seçilecektir? Daha evvel tanzim edilmiş listeler üzerinden mecburî bir şekilde mi? Lâkin bu listeler ne suretle tanzim edilecektir? Bu listelere ruhiyatçıları, ahlâkçıları, muharrirleri, hekimleri mi dercedeceklerdir? Bu gibi maruf şahsiyetlerin kendilerini bu vazifeden kolaylıkla sıyırmaları neticesi olarak «şeref hâkimi» unvanına hevesli ve alelâde jürelerden pek farklı olmıyan haysiyet ve hüsnüniyet sahibi bir kaç vatandaşın intihabı ile iktifa olunması muhtemeldir.

Kendilerine hâkim sıfatı verilen bu zevatı kabul etmek mecburiyetinde bulunan taraflar bunları ne suretle karşılayacaklardır? İhtimal ki, kâfi derecede gayri müsait bir tarzda. . . Çünkü unutulmamalıdır ki, bir haysiyet mahkemesinin başlıca vasfı alâkadarlarca, serbestçe seçilmiş olması keyfiyetdir.

Bu itibarla haysiyet mahkemelerinin serbestçe seçimi taraflara bırakılmalıdır. Fakat, bu takdirde de, yeni müşkiller zuhur edecektir. Bu serbest intihap keyfiyetini adlî teşkilât nizamları ile ne suretle telif etmeli?

Hususile, bu tarzda vaki olan intihap, hakarete uğrayan tarafın tazminata mütedair haklarına çok defa halel getirmiyecek midir. Yarısı, hakareti işleyen tarafca seçilen bir haysiyet jürisinden ne beklenebilir ?

Esasen bu mahkemelerin teşkil edilmiş olduğu farzedilse dahi, hakaret suçlarının cezalandırılmasında bir yenilik vücuda getirmelerine imkân var mıdır? Bu günkü mahkemeler gibi bunlar da, tarziye ve zarar ve ziyandan gayri bir ceza vasıtasına sahip bulunmıyacaklardır. Bundan gayri, haysiyet jürisinin rolünün, yalnız hakaretin ehemmiyet ve vahamet derecesinin takdirine münhasır kalacağı kuvvetle muhtemeldir. Bundan sonra, tazminat hususunda karar ittihaz edecek olan yine meslek hâkimleridir. Bu ıslahat tatbik edimekte olan usulleri, aşağı yukarı hiç değiştirmemiş olacaktır.

Hakikat halde, bizim telâkki ettiğimiz şekilde, haysiyet mahkemesi müessesesi tamamile hür bulunmalı ve adlî çerçevenin büsbü-

866

tün haricinde kalmalıdır. Bu mahkeme, her şeyden evvel tarafların arzuları dairesinde teşkil edilmesi icab eden bir hakem müessesesidir. Bu itibarla, bu mahkemeye emredici bir mahiyet atfetmek mevzuubahs olamaz. Haysiyet mahkemelerine yalnız arzu edenler müracaat edecektir. Diğerleri ise, eskisi gibi umumî mahkemelere tâbi olmakta devam edeceklerdir.

Bu şerait altında, haysiyet mahkemesinin kaide ve nizamlarının evvelden derpiş edilmesinde büyük faide mülâhaza edilemez. Bunun teşkili hususunun, her hâdisede tarafların yeddi ihtiyarına bırakmak muvafık olur.

Ancak, tarafların arzu ettikleri takdirde müracaat edebilecekleri bir nevi «Haysiyet mahkemesi tipini» vazı kanunun kendilerine teklif etmesi ciheti kabili tasavvurdur.

Hukuk muhakemeleri usulü kanunumuzun, paraya müteallik ihtilâfların halline mütedair olan hakem müessesesinin karışık şekilleri dolayısile manevî ihtilâfların halline elverişli olmadığı muhakkaktır.

Bu itibarla, vazı kanunun daha sade, daha seri ve hakaretten doğan ihtilâfların halline daha elverişli olacak bir hakem usulünü tanzim ve taraflara teklif edebilir. Bu usule müracaat edecek olan taraflar evvelden ihzar edilmiş bir mahkeme örneği ile karşılaşacaklar ve bundan kolaylıkla istifade etmek imkânını bulacaklardır. Bu hakemler tarafından verilen kararların diğer hakem kararları gibi, ayni şerait altında kaziyei muhkeme hükmü kuvvetinde olacağı da kabul edilebilir. Hukuk mahkemesi reisi tarafından usule uygun görülerek tatbik kabiliyeti bahşedilen haysiyet mahkemesinin hakem kararı, artık bir ihtilâfa mevzu teşkil etmiyecek ve kabiliyeti tatbikiyeyi haiz bir vesika teşkil edecektir.

Binaenaleyh, taraflar bu karara istinaden, kararda yazılı tazminat cihetinin infazını adlî mercilerden talep edebileceklerdir.

Tarafları hakemlerin ya hakikî bir hâkim ve yahutta bir uzlaştırıcı gibi karar ittihaz edeceklerini kararlaştırabilirler. Hiç şüphesiz daha sık vuku bulan bu son halde, hakemler hakaretin derecesini ölçmek ve ceza kanunu çerçevesi haricinde bunu cezalandırmak hususunda tamamile salâhiyet sahibi olabilirler. Matbuat kanununun neşir unsuru tekemmül etmemiş olan suçların da diğer bilcümle hakaret suçları gibi halli hususu bu mahkemelerin salâhiyeti cümlesine ithal edilebilir.

Netice olarak, bu günkü Fransız âdetleri ve mevzuatı karşısında, en ziyade şayanı kabul olduklarını zannettiğimiz teklifleri şu şekilde hülâsa edebileceğimizi sanıyoruz:

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANK[illegible]A

1 . —Hakaret suçlarını rüyetle mükellef hukuku âdiye mahkemeleri yerine hususî haysiyet mahkemelerinin ikamesi (hiç değilse Fransız noktai nazarı bakımından) bu günkü vaziyette arzuya şayan görünmemektedir.

2 . — Hakaretlerin hallüfaslı hususunda meslek hâkimleri ile haysiyet hâkimlerinin birleştirilmesini istihdaf eden usulün de tatbik kabiliyeti az görünmektedir.

3 . — Haysiyet mahkemesi, kanunun taraflara emretmeyip, teklif ettiği bir hakem müessesesi olarak kalmalıdır. Vazıı kanun, manevî ihtilâfların hallini kolaylaştırmak maksadile, tarafların müracaatta menfaatlerinin bulunabileceği hususî bir tahkim usulü tanzim edebilir.

*
* *

Haysiyet jürisi ve hakaret suçu

Son Ex. S. Longhi'nin raporu:

İçtimaî adâlet, bir takım suçlar hakkında diğerlerine nazaran daha az elverişli görünmektedir. Bu cihet, şahısların şeref ve haysiyeti aleyhine vaki olan tecavüzler için bilhassa varittir. Bu hallerde, bu suçları umumî mahkemelerin kazasından hariç tutup bir haysiyet jürisinin takdirine arzetmek doğru olur mu ? Umumî mahkemelerin salâhiyeti baki kalmakla beraber, hiç değilse hakaretin derecesini ölçmek üzere, erbabı haysiyet kimselerden müteşekkil hususî bir jürinin de müdahalesini kabul etmek muvafık olur mu? Ayni cemiyetin âzaları arasındaki ahengin garntisi olan içtimaî adâletin daha iyi bir şekilde tevziinin temini bakımından bu müşküllerin halli zarurî görünmektedir.

1. — İka edilen suçlardan dolayı, mesûl olanlar hakkında asrî Devlet medenî ve cezaî olmak üzere muhtelif neviden müeyyideler vaz etmiştir, ve bu mes'uliyeti de adlî kuvvet vasıtasile tesbite muvaffak olmaktadır. İhtilâf mevzuunun nev'i ve ehemmiyetine göre, bu salâhiyetin icra tarzının şekil ve kaideleri çok farklı olabilir; lâkin bu şekil ve kaideler, her zaman, hukukî nizamın muhafazasile bilhassa mükellef olan adlî kuvvetin; hâkimiyetin exclusif ve elzem bir vasfı bulunduğu prensibine istinat etmektedir.

Bununla beraber, mevcut imkânları istihdaf edilen gayeye göre tanzim etmek mecburiyeti, bazı vakayide çok sıkı olan prensibten inhiraf ile hakem kararları gibi, bazı defa tamamlayıcı şekillerin kabulüne imkân olup olmıyacağını düşündürmektedir. Tecrübe ise, böyle bir imkânın bihakkın mevcut bulunduğunu göstermiştir.

Hususî hukuk kaidelerine tevfikan takip edilen suçların bu su-

868

retle halledilebileceğine şüphe yoktur. Tahkimname her zaman serbestî prensibine müstenit olduğu cihetle, ihtilâftan doğan hakların istimali hususunda taraflar serbest bulundukları gibi, Devletin adlî teşkilâtına müracaat etmeksizin ve üçüncü bir şahsa hallettirmek suretile ihtilâfın kendisini de ortadan kaldırmakta serbest bulunduklarını kabul etmek icabeder.

Cezaî mahiyette suçların mevzuubahs olduğu sahada bu serbestinin kabul edilmemesi hususu dahi, yine bu prensibe istinat etmektedir. Ceza müeyyidesi öyle bir mahiyettedir ki, buna taallûk eden hususatta kaza kaidelerinin ihlâli kat'iyen mümkün değildir.

2. — Bununla beraber, Ceza hukuku sahasına giren öyle suçlar vardır ki, bunların rüyeti hususunda bir takım hususî mahkeme teşkilâtı, hatta extra judiciaire teşkilâta müracaat bu suçları en isabetli kararlara bağlamak bakımından zaruridir.

Bu hal suretlerinden birincisinin şayanı hayret hiç bir tarafı yoktur. Malî hususatta cezaî suçları rüyet eden merciler gibi hususî kazalar, faaliyet tarzları ne olursa olsun, uzuvları, muhakeme usulleri, garantileri bakımından bir Devlet kazası olarak kalırlar. Bunlar, muhtelit bir mahiyet arzetmek dolayısile elverişli olmıyan kazalardır.

Cezaî mahiyette olan suçlara gelince, burada, ancak mutazarrırın müracaatı üzerine takibata yol açan suçlar hakkında umumî mahkemeler yerine tahkim müessesesini ikame etmek mevzuubahs olduğu düşünüldüğü taktirde, bu hususta dahi tereddüdü mucip bir cihet kalmaz.

Bu halde dahi; suç doğrudan doğruya cezaî takibata mevzu teşkil etmediği takdirde, tahkim usulüne müracaat edilebileceğini sadede girmeden evvel verdiğimiz bu izahat ifadeye kâfidir: Şikâyet olmadığına göre, ceza olmadığı gibi suç dahi yoktur. Hakem kararına müracaat eden şahıs; ancak mutazarrırın müracaatı üzerine takibata yol açan bir suç mevzuubahs olup ta, hukuk mahkemesinde zarar ve ziyan davası ikame eden müşteki vaziyetindedir. Hukuk davası, suçun cezaî bakımdan cezalandırılmasına mütedair şikâyet hakkını ortadan kaldırır.

3.— Takibi şikâyete bağlı bulunan; ve cümlesi münazaa mevzuunu teşkil eden muhtel hukukun mevcudiyeti faraziyesine istinad eden suçlar hakkında kabili tatbik olan hükümler, ceza davasının şikâyete mütevakkıf bulunduğu hakaret suçlarına da evleviyetle kabili tatbiktir. Anlaşılmasında güçlük bulunmayan sebebler dolayısile; bilhassa bu halde, cezaî veya sadece medenî bir mahkûmiyet yerine manevî kıymet arzedecek bir hüküm istihsal etmek hakarete uğrayan şahsın takibettiği gayeye daha uygun olacağı kabul edilebilir.

869

Filhakika tahkim usulü daha seri ve daha sade bir usûl takip edilmesine imkân kılar, hukukî şekilperestliğe daha az bağlı, yani daha insanî kararlarla neticelenir. Müzakere odasında gizli bir şekilde ve yersiz neşriyata meydan vermiyecek surette cereyan etmektedir. Bu cihetler, şahısların şeref ve haysiyeti aleyhine işlenen suçların bir tahkim müessesesinin takdirine arzetmek arzusunun umumî bir surette hissedildiğini başlı başına izah eden bu müessesenin mühim faidelerindendir.

4. — Esasen, ceza mahkemesi yerine bir haysiyet jürisinin ikamesi lüzumu ilim sahasında yer almadan evvel tatbikatta kabul edilmiştir; esasen ilmin çok defa hakikatta mevcut olanı muayyen kaidelerle tanzim etmekten ibarettir. Meselâ geçen asırda, İtalyada başta Napoli ve Floransa olmak üzere bazı şehirlerde, istikamet ve salâhiyetleri ile tanınmış kimselerden mürekkeb olup, bilhassa düelloların mevzuubahs olduğu zamanlarda, tarafların müracaatı üzerine haysiyet meseleleri hakkında karar ittihaz etmek vazifesi ile mükellef haysiyet jüri ve akademileri mevcut idi.

Bu müessesenin ehemmiyetinin daha derin bir surette anlaşılması üzerine, bizzat orduda dahi haysiyet jürileri teşkil edilmiştir. Bu jüriler o derecede takdir edilmiştir ki, bu gün Deniz, Hava, Gönüllü Ordu ve bir kelime ile Devletin bütün müsellah kuvvetleri bu müesseselere sahip oldukları gibi; hususî haysiyet jürileri ve daimî bir merkez jürisi her hangi bir sınıfa mensup kimselere taallûk eyleyen haysiyete mütedair her türlü meseleler hakkında kararlar ittihaz edebilir. Kabili inkâr değildir ki, bu müesseselerin başlıca gayesi düellolara mani olmaktır; lâkin bunlara daha başka sebeblerle müracaat edilmesi için bir mani yoktur. Her halde bu müesseselerin tesis ve faaliyet tarzları, istinad ettikleri prensibin doğruluğunu hâdisat ile isbat etmektedirler.

İtalyan olmak hasebile, İtalyan müesseselerinden bahsettim; medenî memleketlerin hemen hepsinde, çok defa şayanı kayıd bir maziye sahip bulunan ayni mahiyette müesseselere tesadüf edildiğini ilâve edebiliriz; bu müesseselerin mevcudiyeti de, bu gün hukukî bir mahiyet iktisab eden fikrin, umumî ve her zaman hissedilmiş ihtiyaçları karşılamakta olduğunu göstermektedir.

5 — Hakem müesseseleri meselesine vakıf olanlar, bunların extra judiciaire kalmakla beraber hakikî bir surette müessir olabilmek için kanunen tasdik edilmiş bulunmaları icab ettiğini bilirler. Hakem kararının, mevcut bulunan ihtilafları halletmeğe yardım edeceği yerdeyeni nizaların tahaddüsüne sebebiyet vermemesini teminen, muayyen şerait dahilinde bu kararların hukuken müessir olacağını kanu-

870

nun tanımış olması lâzımdır. Bundan gayrı, tahkikata girişebilmek üzere hakemlerin kâfi derecede otoriteye sahip ve icra vasıtalarına malik bulunmaları ve nihayet bazı noktaların tesbiti için bir takım nizamların mevcudiyeti lâzımdır; bunların lüzum ve zarureti ise kolaylıkla anlaşılabilir.

Hakem kim olabilecektir? Hakemlerin seçilmesi hususunu ne suretle tanzim etmeli ve bunları ne suretle tesis etmeli? Bunların vazifeleri ve mesuliyetleri neden ibaret olacaktır? Salâhiyetleri neden ibaret bulunacak ve ne şekilde ve hangi hudut dahilinde istimal edilecektir? Hakemler hangi müeyyideleri tatbik edebileceklerdir? Ve nihayet hakem müessesesi ile hukukî ve cezaî davalar arasındaki münasebetler nelerden ibaret olacaktır?

Bu cihetler, haysiyet jürisine mütedair bir kanunla derinleştirilmesi ve hukukî hükümler ile halledilmesi zarurî bulunan sayısız ve muğlâk meselelerden ancak bir kaçıdır.

6 — Haysiyet jürilerinin bir kanun marifetile teşkil ve tanzimi hakkındaki teşebbüsler, efkarı umumîyenin her zaman teveccühüne mazhar olmuş bulunmak itibarile, meşgul olduğumuz meselenin ehemmiyeti, İtalyada yeni Ceza kanununun tedvini münasebetiyle, vazıı kanunun nazarlarından kaçamazdı. En seri, en akılâne ve aynı zamanda erişilecek gayeye en ziyade uygun olacak hâl yollarını temin edeceği cihetle, yeni kanun taraflara haysiyet meselelerini bir hakem kararına arzedebilmek serbestisini tanımaktadır.

Bu sistemin veçhi tatbikini tanzim eden hükümler; jürinin faaliyet tarzını tespit etmekle, ve âzalarının tayinlerini tahriren kabul ettiklerinde bu müessesenin faaliyete geçebileceğini kararlaştırmak suretiyle, bu sistemi muvafık bir şekilde inkişaf ettirmektedir. Jürinin âzaları tecavüze uğrayan ile mütecavizin talepleri üzerine tayin olunur. Âzaların adedi tekdir; karar tayin edilen müddet zarfında ittihaz edilmek mecburiyetindedir; celseler gizli olarak aktedilir ve zabıtlardan yalnız karara taallûk eden kısmın neşrine müsaade edilir.

Mevzuubahs hükümler hakemlerin salâhiyet ve mükellefiyetlerini tayin etmekte iktiva etmemekte ve ayni zamanda bunların mesuliyetlerini de tespit etmektedir.

7 — Tecrübe yeni müessesenin daha ne gibi inkişaflara müstait olduğunu gösterecektir; mutazarrırın mücerret müracaatı üzerine de, tahkim müessesesinin faaliyete geçebileceğini kararlaştırmanın muvafık olup olmıyacağını da gösterecektir.

Umumî mahkemenin arzetmekte olduğu garantilerden ancak bir anlaşma neticesinde vazgeçilebileceği itirazen ileri sürülebilir; bu da, ehemmiyetten arî olmayan bir itirazdır. Bununla beraber, bida

yette yaptığımız gibi burada da, cezaî mahiyeti haiz suçlar gibi telâkki olunan hâdiselere müteallik olmak üzere bir ceza mahkemesi yerine bir diğer mahkemenin ikamesi mevzuubahs olmadığını hatırlatacağız. Unutulmamalıdır ki bir haysiyet jürisi teşkili talebinin mâkul karşılığı şikâyetten ve binaenaleyh tecziye talebinden feragattir. Şikâyette bulunmaktan feragat eden, şahsa, ika edilen zararın tesbiti için hukuk davası ikame etmek ve manevî mahiyette bir netice doğuracak muhakeme için de, hakem müessesesine müracaat etmek yolları kalmıştır. Aleyhinde bir zarar ve ziyan davası ikame edebilmek için hakareti yapan şahsın muvafakatına ihtiyaç var mıdır? Aynı mülahâzalara istinaden, manevî mahiyette bir kararın istihsali zımnında diğer tarafın muvafakatına hacet olmaksızın hakem yoluna müracaatta serbest bulunacağı kabul edilebilir.

Bu imkân, mevzuubahs olan müesseseye hiç şüphesiz daha büyük bir elâstikiyet verecek ve mağdurun istihdaf eylediği gayelere daha kolaylıkla erişilmesini temin edecektir. Kendisinden bir ceza tertip edilmesi talep edilmeyip de manevî bakımdan bir kıymet ifade edecek bir karar ittihazı talep edildiği takdirde Ceza hâkiminin sadece bir hakem vaziyetinde bulunacağı; veya mağdurun, ihtilâfın halli zımnında hakem yoluna müracaat etmesi hâlinde, Ceza hâkiminin reisi olabileceği haysiyet jürisinin teşkil edilebileceği izahtan varestedir.

Bu izahata nazaran, vazedilen sule aşağıdaki şekilde cevap vermek kabil olduğunu zannediyoruz:

a) Şahısların şeref ve haysiyeti aleyhine işlenen suçlar için, umumî mahkemeler yerine, bir haysiyet jürisinin teşkiline müsaade edilmesi muvafık olabilir.

b) Umumî mahkemelerden istihsal edilecek bir karar yerine, bir haysiyet jürisinin takdirine müracaat etmek hakarete mâruz kalan şahsın hakkıdır, bu cihet de, ayni suç hakkında mütecavizin mahkûmiyetini intaç edecek bir ceza davası yerine zarar ve ziyan davası ikame etmek hakkının kendisine tanınmış olmasından ileri gelmektedir.

c) Haysiyet jürisi extra juduciaire bir mahiyete sahiptir, lâkin kanun bunun teşkilâtını kontrol eder.

*
* *

Haysiyet jürisi ve hakaret suçu

Madam Marjan Niedzielski'nin raporu:

(Varşovada avukat.)

Mahkemelerin, şeref ve haysiyete müteallik davaların rüyetinde tamamile salâhiyettar bulunmadıklarına müteadir olan ve bu günkü

münakaşaların ön safında yer alan tezin doğruluğuna şüphe yoktur. Filhakika, mahkeme, bu nev'i davaları hayatın icablarına ve hakkaniyet hislerine uygun bir surette neticelendirmeğe müsait olmıyan bir takım hususî vasıflara sahiptir.

Bizi alâkadar eden mesele itibarile, mahkemenin başlıca kusuru bataetidir. Burada görülen bataet, dava mikdarının çokluğundan veya memur adedinin gayri kâfi oluşundan ileri gelen bataet değildir; çünkü bunlar, ancak bazı memleketlerde görülen kusurlardır, esaslı mahiyette olmadıkları gibi, zamanla asgarî hadde indirilmelerine veya tamamile ortadan kaldırılmalarına imkân bulunduğu şüphesizdir.

Bununla beraber, daha çok vahim ıslahı gayri kabil olan bir mesele de, duruşmaların tabiî seyrine ve usulü muhakemenin vazetmiş olduğu mehillere riayet zaruretinden ileri gelen uzun fasılalardır. Bunu ne suretle halletmeli? Mahkemenin, bizzat kendi mahiyetine halel getirmeksizin, muhakeme usulünün esas prensiplerini terketmesine imkân yoktur. Bilhassa, maznunu kanunun bahşetmekte olduğu en basit garantilerden mahrum edemez; haysiyete vâki olan tecavüzlerden doğan davaları rü'yet ederken, umumî kaidelerden ayrılmak suretile, tarafların delil irae etmeleri, şahit ikame eylemeleri veya zarar ve ziyan davası açmaları için sahip bulundukları mehilleri kaldıramadığı gibi bunları azaltamaz. Fakat, haysiyete vaki olan tezavüzün mahiyeti itibarile, burada gayeyi temin edecek olan ancak ihtilâfın seri bir surette hallidir. Mütecavizin tarziye vermekte gecikmesi, hakarete uğrayan için, sonradan verilecek hükmün telâfi edemiyeceği bir takım izzetinefis acıları tevlit eder. Derhal ittihaz olunan bir kararla bertaraf edilmeyen hakaret fiili, şayi olmak suretile mutazarrır şahsın haysiyetini gayrı kabili tamir bir tecavüze maruz kılacağından, tarziye vermekte vukua gelen bir gecikme de kendisi için o derecede elîm olacaktır.

Haysiyet işleri bakımından, ceza mahkemesinin bir diğer kusuru da, bu mahkemenin, hapis, para cezalarına, hattâ maddî tazminata mütedair ancak mahdud bir takım ceza müeyyidelerine malik bulunması itibarile, cezalandırma tedbirlerinin gayrı kâfi derecede oluşudur. Haysiyete taallûk eden nazik bir mesele mevzuubahs olduğu zaman, bu tedbirlerin cümlesi çok defa iptidaî ve gayri müsait bulunmaktadır. Mahkeme huzuruna sevkedilen bu nevi ihtilâflarda, maznunun hakaret suçunun anlaşıldığının beyanına, hareketin namus ve ahlâk kaidelerine mugayir olmak itibarile ayıplandığına, maznunun tarziyede bulunmasına, iftira teşkil eden sözlerin tarafından red ve cerhedilmesine veyahut alenî şu veya bu beyanda bulunmasına mütedair olan ceza tedbirlerinin noksanlığı esaslı şekilde göze çarp-

maktadır. Haysiyet işinin mahiyetine en iyi tetabuk eden ve yüksek kültür sahibi kimselere kâfi gelen bu müeyyideler ceza kanununa ithal edilemediği gibi, ceza muhakeme usulleri çerçevesine de sokulamaz.

Nihayet, haysiyete vâki tecavüzlere uygun ve müessir olan muhakeme usulüne engel teşkil eden esaslı üçüncü bir mahzuru kaydedmek lâzımdır. Bu da, ceza mahkemesinde cereyan eden hava olduğu kadar, bu nevi ihtilâfların hallini mahkemeden talep münazaa halindeki tarafların içinde bulundukları muhit, mütecessis bir kitle huzurunda bazen çok hususî veya çok nazik meselelere temas etmek mecburiyeti, maznunun, oturacağı sandalyaya profesyonel suçluların bir az evvel oturduklarını veya bir az sonra oturacaklarını düşünmesi, nihayet mahkeme koridorlarında dolaşan şüpheli kimselerle gayri gabili içtinap olan temastır. Bunlar, medenî ve izzetinefis sahibi bir insanın, haysiyet işinin mahkemeye tevdiinin son çare olarak telâkki etmesine ve ihtilâfın hallini başka her hangi bir yol ile temin etmeği tercih etmesine sebeb olmaktadır.

Bu vaziyeti düzeltmek için, lâzım gelen çareleri dikkatle tetkik etmek mecburiyetindeyiz. Hakarete uğrayan tarafı tatmin edici kanunî yolların ademi mevcudiyeti dolayısile, mutazzarır şahıs, kendisini gayri kanunî yollarda tatmin etmeğe çalışacağı cihetle bu mahzurları bertaraf etmek üzere, hukukçuların sarfedecekleri mesainin daha ziyade kesif olması icab etmektedir. Bu günkü tevzii adâlet şekillerinin haysiyete tecavüz teşkil eden hâdiselerin muhakeme usullerinin icabettirdiği hususiyetlere uydurulmamış olmasının, düellolaın el'an cari bulunmasına ve daha kötüsü şiddet ve gayrı kanunî fiillere müracaat edilmesine büyük mikyasta âmil olduğu kanaatındayım.

Bu günkü vaziyetin tatminkâr mahiyette olmadığını müşahede ettikten sonra, başta, kongrenin müzakere programında beyan olunan iki telâkkiyi göz önünde bulundurarak, bu hali ıslah edebilecek mahiyette olan çarelerin tetkikine geçelim. Yani, haysiyetlerine tecavüz edilen kimselerin, bu sebeble ikame ettikleri davalardan dolayı hususî bir adâlet mercii huzuruna (haysiyet jürisi) sevklerinin arzuya şayan olup olmadığı meselesinin halli mevzuubahistir. Burada, varid olan birinci sual, «haysiyet jürisi» namı altında ne anlaşılabileceğidir.

Bu ıslahata tarafdar olanlar, haysiyet jürisine bir mahkeme vasfı atfetmek niyetinde bulunmuşa benziyorlar. Filhakika bu tarzı telâkki, şahsî davacıya, umumî mahkeme tarafından haysiyet jürisine tevdi edilen davasının usulü dairesinde tetkik edileceği ve verilecek kararın da infaz edileceği garantisini başlı başına temin

874

edecek mahiyettedir. Maznun, haysiyet Jürisi huzuruna çıkmaktan imtina edebileceği gibi, bu mahkemeden verilecek kararın infazından da kaçabileceğinden, başka her hangi bir tarzı telâkki bu teminatı arzedemez. Binaenaleyh, matbuata, cezaî mahiyette malî işlere ve bazı memleketlerde yeniden ihdas olunduğu veçhile otomobil ticaretine ve saireye müteallik davalarda olduğu gibi, ancak hususî bazı davalar kategorisini rü'yet edecek bir mahkeme mevzuubahs olabilir.

Yukarıda kasdedilen ıslahatın kabulünü icabettiren sebebler ne olabilir?

Buna tarafdar olanlar, umumî mahkemelerde mevcut bulunandan farklı bir memur kitlesinin hâkim vazifesini ifaya davet edilmek mecburiyetinin, hususî adâlet mercilerinin tesisini haklı kılacağını iddia etmektedirler. Bu yeni sahada, meslekten olan unsur ile halktan olan unsurun teşriki mesaisinin muvafık olacağı kaydedilmektedir. Müsbet tekliflere nazaran, bu mahkemeler, meslekten olan bir hâkimin riyaseti altında cemiyet mümesillerinden müteşekkil bulunacaktır.

Fuzulî ve gayeye ulaştırıcı mahiyette olmadığı kanaatında bulunduğum bu telâkkinin tamamile aleyhindeyim. Bu itibarle, tezimi mucib sebeblere istinad ettirmek suretile izah etmeğe çalışacağım. Bu gün, münferit hâkim olsun veya heyet halinde bulunsun hâkimlerin cümlesi, ciddî tecrübe stajı geçirmiş, üniversite ve hattâ lise sıralarında başlamak üzere içtimaî korporativ hayata az veya çok faal bir surette iştirak etmiş yüksek tahsil sahibi kimselerdir. Memuriyeti dolayısile, hâkim oldukça mühim bir mevki işgal etmekte ve vatandaşlarının hürmetine mazhar bulunmaktadır. Bu esaslar nazara alınınca, hâkimin, medenî bir cemiyetin mümtaz sınıfının vasıflarına sahip bulunduğunu müşahede etmek güç olmaz.

Haysiyete taallûk eden ciddî bir ihtilâfı halletmeğe davet edilen şeref ve itibar sahibi bir kimsede bulunması lâzımgelen vasıfların cümlesinin bir hâkimde de mevcut olduğunu mantıkan kabul etmek lâzımgelir.

Böyle olduğuna göre, mahkemeye alelâde vatandaşların iştirakini icab ettiren sebebler ne olacaktır ? Ve daha da mühimmi, haysiyet jürisine iştirak edecek olan âzaların seçilmesindeki kıstas ne olacaktır ? Bunlar, jüri âzaları hakkında cari olduğu veçhile, bir liste üzerinde mi seçilecektir ? Bu takdirde, bunların salâhiyeti ve haysiyete müteallik işlerin rü'yeti hususundaki ehliyetleri, meslek hâkimlerinkinden, kıyas olmıyacak derecede aşağı olacaktır. Binaenaley, böyle bir seçimin maslahata uygun olmıyacağını teslim ediyoruz. O halde, cemiyetin en geniş tabakaları tarafından haysiyete

müteallik işlerde salâhiyetleri ile tanınmış kimselere, tabiri caizse vatandaşlar tarafından haysiyet aleyhine ika edilen suçları halletmek üzere seçilen mütahassıslara mı müracaat etmeli ? Şu veya bu şeref ve haysiyet kaideleri ile yetişmiş olan bu zevat, ihtilâfın kan dökülmek veya dökülmemek suretile hal edilmesi gibi bayağı ve modası geçmiş yollara riayet etmekte olduklarından kıymeti şüpheli bir eleman teşkil edeceklerdir. Nihayet, içtimaî teşekkül mümessillerine mi baş vuracağız ? Bu halde de gaye kaybolmuş olacaktır; çünkü cemiyet âzası ve bir az evvel dediğimiz gibi içtimaî teşekküllere mensup olan hâkim, vazifesinde, böyle bir mürahhastan daha iyi muvaffak olur.

Bir delil daha: Mahkemeye yardımcı âzaların terfiki, ticaret veya iş mahkemelerinde olduğu gibi ancak, bu âzaların şu veya bu meslekî veya içtimaî muhite bilhassa bağlı ve ayni zamanda bu sahada mütahassıs olup, hükmün ittihazında mühim hizmetler ifaya muktedir bulundukları vakit muvafık olur. İtiraf etmek lâzımdır ki, jüride meslek hâkimi ile meslekten olmıyan unsurun teşriki mesaisi tamamile başka bir mahiyet arzetmektedir; fakat bu teşriki mesaiyi icabettiren bir çok sebebler vardır. Bunların başında, mücrimiyeti tesbit etmek vazifesi ile cezayı tayin etmek vazifelerinin yekdiğerinden ayrılmış olmasıdır. Vazifelerin bu suretle taksimi, şu veya bu şekle bağlanmaksızın, kendisine atfedilen fiilden, maznunun suçlu olup olmadığının kararlaştırılması ve mümtaz hukukşinaslar tarafından nizamî ceza müeyyidesinin tatbiki imkânını temin etmektedir.

Muhtelit mahiyette haysiyet jürileri teşkil edildiği takdirde, bu müsbet hassalardan hiç biri tezahür etmez. Filhakika, cemiyet mümessili şeref ve haysiyet hislerinin meslek hâkimine nazaran daha üstün, hayat ve insan psikolojisi hakkındaki bilgilerinin daha mükemmel olduğu düşüncesine yanlış bir surette sahip bulunarak adâlet kürsüsünde yer alacaktır. Bu şerait dahilinde doğan rekabet semere veremiyeceği gibi, vücuda getireceği ahenksizlik de hususile hissedilecektir.

Kanaatımca, serdedilen bu deliller, haysiyet jürisi teşkilinin heyeti hâkimeye meslekten olmıyan kimselerin ilâvesi suretile yeniden teşkili arzusundan ileri geldiği neticesini çıkarmağa müsait ise de bu düşüncenin tahakkuk kabiliyeti yoktur.

Bir az evvel zikredilen mülâhazalar, resmî Adliye cihazına hususî haysiyet jürilerinin ithali aleyhinde olan deliller serisini hiç bir suretle tüketemez. Mesele, sırf tatbikat bakımından tetkik edildiği takdirde, haysiyete vâki tecavüzlerden doğan davaların diğerlerinden

tefriki ve bunların hususî bir haysiyet jürisine tevdii keyfiyeti, bence aşılması gayri kabil olan müşkillere mâruzdur. Filhakika ne bu günkü demokratik rejim ve ne de asrî Devletler cemiyetin hususî sınıf veya kategorilere taksimini kabul etmezler: Kanun nazarında vatandaşlar müsavidir.

Bizi alâkadar eden meselede, bu prensip, mahkemenin, en geri muhitlerde, hattâ cemiyetin en aşağı sınıflarında vukubulan haysiyete müteallik şikâyetleri, en münevver tabaka beyninde vâki olan ayni mahiyetteki hâdiser veya karışık sebebler ve münasebetler dolayısile tahaddüs eden hakaret fiillerine müteallik şikâyetler gibi, ayni veçhile kabul etmek ve bunları ayni suretle rü'yet etmek mecburiyeti bulunduğu neticesine müncer olur. Saydığımız bu hallerin üçü de hakaret suçunu teşkil ederler ve bir az evvel çizilen muhakeme yolu takip edildiği takdirde, bunların cümlesi bilâistisna hususî haysiyet jürisine sevkedilmek icab eder. Böyle bir usulün neticeleri tezahür etmekte gecikmiyecektir. Haysiyet jürisini sokağın gürültüsü ve günlük hayatın patırdısı istilâ edecektir. Jüri, yüksek şeref ve haysiyet mefhumunun, kendileri için henüz muayyen bir mana ifade etmeyen bir insan kitlesi ile karşılaşacaktır. Satıcı kadınlar, hammallar, arabacılar, sığırtmaçlar sıra ile söz alıp, tekrar edilemiyecek hakaretlerden dolayı hasımlarının ibretiâmiz bir surette cezalandırılmalarını talep edeceklerdir. Bu şerait altında, haysiyet jürisinin teşkiline âmil olan gayenin kaybolacağını tekrar etmeğe mahal var mı? Bu jürinin, salonu kadar buradan sadır olacak hükmün mahiyeti de her hangi bir sulh mahkemesini andıracağını mevzuubahsetmiyorum. Bu mahkemelerin haysiyete vâki olan tecavüzlerden doğan davaların rü'yetine elverişli olmadıklarını gördük. Lâkin daha vahimi de, haysiyet jürisinin, şeref ve haysiyetin esas mefhumu ile aşağı yukarı hiç münasebeti olmıyan davaların tehaccümü karşısında kalacağıdır. Hasmı aleyhinde hapis veya para cezası hükmedilmesini talep eden ve netice itibarile yalnız paraya müteallik bir tazminat arzu eden kimsenin, kırılan şeref ve haysiyeti dolayısile duçar olduğu zararın tamir edilmesini talep ettiğini iddia etmek mubalâğalı olur. Buna karşı serdedilecek itirazı şimdiden seziyorum: Hakaret ve haysiyete tecavüz davalarının sıkı bir surette tasnif edilmesi ve vâki olan tecavüzden, haysiyetin muhafazasını istihdaf eden şikâyetlerin mümeyyiz vasıflarına sahip olanların yalnız, haysiyet jürisine sevkedilmesi lâzım geldiği ileri sürülecektir.

Bu itiraz tamamile doğru gibi görünmektedir; tatbikatta böyle bir tefrikin yapılmasına imkân bulunsaydı hakikaten de doğru olurdu.

Şüphesiz ki, mahiyetleri sarahaten anlaşılan vak'alar müteaddit

olacaktır, ve bu itibarla bunların şu veya bu mahkemeye tevdii meselesi bir güçlük arzetmiyecektir; hâdisenin mahiyeti açıktır ve bizzat şikâyetten anlaşılmaktadır.

Lâkin hayatın tezahürlerinin namütenahî değişik olduğunu unutmıyalım. Bu itibarla, sayısız öyle vakıalar vardır ki münazaa halinde bulunan tarafların manevî cephelerinin, kastlarının ve mahkemeye müracaat etmekteki maksatlarının anlaşılması ancak mahkeme ile doğrudan doğruya temasa gelmeleri neticesinde mufassal izahat verdiklerinde, hattâ şahitlerin istimaından ve delillerin tetkikinden sonra kabil olabilir.

Başlıca güçlük buradadır; mevzuubahs hâdisenin, haysiyet jürisine tevdii icabedip etmediği hususunda karar verebilmek için hâkim, ekseri vak'alarda hâdisenin esası hakkında tetkikata girişecektir.

Haysiyete tecavüz sahasındaki adâletin mükemmeliyetinin temini gayesile, ifrat derecede masrafı mucip olacak ve ayni zamanda usûl muamelelerinde gözetilmesi lâzım gelen tasarruf fikrine aykırı olacak bir ıslahatın kabulü tecviz edilemez.

Programa dahil meselelerden birincisi hakkında burada durmaklığıma ve adâlet tevzi mekanizmasında hususî bir haysiyet jürisi tesisi tasavvurunun hakikî esaslara müstenit bulunmadığı neticesini çıkarmakla sözlerime nihayet vermekliğime müsaade edilsin.

II

Yukarıda serdedilen delillerden büyük bir kısmının ikinci nokta hakkında da menfi bir cevap teşkil ettiklerini zannediyorum.

Bundan gayri «hakaret derecesini» tesbit etmek üzere, mahkemenin, haysiyet davalarını şeref ve haysiyet esbabı kimselerden müteşekkil hususî bir heyete tevdi etmesi lâzımgelip gelmiyeceği meselesine temas ederken, nazarı dikkati celbetmek istediğim müteaddit hususî meseleler vardır. Bu hususta varidi hatır olan ilk düşünce, hakaretin derecesi mefhumunun tesbitinin çok güç bulunduğudur. Mevcut şeref ve haysiyet kaidelerini tesbit eden kanunlardan her hangi biri tetkik edildiğinde, müteaddit sayılarda gösterilen gruplarda kayıtlı, muhtelif neviden hakaretlerin müteaddit tariflerine tesadüf edileceği şüphesizdir. Bu tâdadın, mevzuubahs kanunlarda, kendilerince mantıkî olan mucib sebeblerinin bulunması muhtemeldir. Hakaretlerin haricî şekillerine müteallik bazı vasıflarına nazaran tesbit edilmiş derecelerinin de düşüncelere aykırı gelmemesi keza muhtemeldir. Bu derecede skolastik olan bir taksimin, bu günkü düşüncelere müstenit bulunan bir mahkemeyi tesir altında bırakabileceği şüphe-

878

den varestedir. Hukuku âdiye mahkemesi olsun, veya haysiyet jürisi olsun, bu mahkeme, taşıyacağı isimle mukayyet olmaksızın davanın hey'eti umumiyesini tetkik etmek, fiilin ika sebeplerini tahlil etmek, şiddet veya hafifletici sebepleri nazara almak, ve nihayet hakkaniyete uygun bir hüküm vermek mecburiyetindedir. Bu mütahassıslar komisyonunun «hakaretin derecesi» hususundaki reyleri çaresiz en sonra nazara alınacak ve hükmün muhteviyatına hiç bir suretle tesir icra etmiyecektir. Lâkin böyle olduğu takdirde, hakem reyinin istihasali tamamile fuzulî ve netice vermiyecek mâhiyette gözükmektedir. Adlî tatbikattan aldığım ve yukarıda izah ettiğim tezi tavzih eden müsbet bir vak'ayı zikretmek arzusundan kendimi men edemiyeceğim. Polonya mahkemelerinden biri bir haysiyet meselesinden doğan çok orijinal bir katil hâdisesine vaz'iyed etmişdi. Hâdise iki kelime ile hulâsa edilebilir: mutazarrır olan tarafca ikame edilen ve şahitlerile isbat edilecek olan bir haysiyet davasından ibaretti. Usule müteallik bazı muamelelerden dolayı dava uzayup gidiyordu. Hâdise rü'yet edilmekte olduğu bir sırada, taraflardan biri, diğerinin işi uzattığından ve muhakemeyi kasden teşviş ettiğinden şüpheye düşmesi üzerine, hasmını alenen tahkir etmek suretile, kendiliğinden ihkakı hakta bulunmak fikrini beslemeğe başlar. Bu fikir tatbik edileceği sırada, hâdisat ansızın yekdiğerini takip eder, ve hâdiseye tamamile yabancı bir şahsın hedef olduğu bir kurşun teatisine müncer olur. Duruşma sırasında, Müddeiumumi haysiyet işlerinde mütehassıs olan bir şahsın mahkemeye davet edilmesini talep eder, ve evvelce görüşmelerin inkitaa uğramasına ve böylece şeref ve haysiyet kaidelerinin ihlâl edilmesine taraflardan hangisinin sebebiyet vermiş olduğunun mütehassıslar vasıtasile tesbitini de talebinin esbabı mucibesi olarak ileriye sürer. Mahkeme bu talebi kabul eder. Haysiyete müteallik davaların muhakemesine mütedair kaide ve şartlarının tesbitinde mütehassıs diye tanınan hukukçu bir üniversite pröfesörü intihap edilir. Mütehassısın mahkemeye tevdi etmiş olduğu muhtıra, tarafların tarzı hareketlerinin dürüstlüğü, kendilerini şu veya bu teşebbüste bulunmağa sevkeden ruhî sebepler hakkında etraflı düşüncelerini ihtiva ediyor, ve hâdisatın nihayette tarzı inkişafından ve trajik neticesinden hangi tarafın mes'ûl olduğunu bildirmekle nihayet buluyordu. Bu davaya iştirâk etmiş olmak itibarile, bütün bu maddelerin adlî münakaşa sahasına idhal edilmesinin müşkil ve aykırı bir vaziyet vücuda getirmiş oldu-

ğunu söleyebilirim: Muhakemenin hitamında, müzakere odasının sessizliğinde, tamamile bitarafane ve objektif bir tarzda hâkimler tarafından karar altına alınacak mesaili, mütehassısın istihrac etmiş olduğu bu neticeler ihsas edici mâhiyette idi.

Mütehassısın reyinin dava dosyalarında mevcut bulunması, hâkimin esasen çok muğlâk olan vazifesine engel teşkil eden yabancı bir unsur teşkil ettiği hissediliyordu.

Bunu meskût geçmek,mütehassısı duruşmaya davet etmek suretile, salâhiyetini tanıyan mahkeme için manasız bir hareket teşkil etmiş olurdu. Mahkemenin, mütehassısın istihrac etmiş olduğu neticelerle mukayyed olduğunu kabul etmek ise, hâkimin vicdanî, ve mevzuubahs olna ihtilâfın ruhu hakkındaki şahsî kanaatı ile hükmetmek serbestisinden feragat ettiğini kabul etmeğe müncer olur. Bu şekilde vücuda getirilen vaziyet, mütehassısın reyini bir delil mâhiyetinde addetmemek suretile istinaf sırasında ıslah edilebilmiştir.

Yukarıda serdedilen prensiplere istinad ederek, haysiyet davalarının rü'yetinde, meslekten olmıyan unsurun iştirakinin, istişarî mâhiyette bir hey'et halinde olsun veya bir mütehassıslar hey'eti şeklinde olsun, mantıkî ve maslahata muvafı kolmadığı kanaatında bulunduğumu bilâ tereddüt söyleyebilirim.

III

Programda münderiç iki suale verilen menfi cavaplar, beni neticeten, haysiyete tecavüz davaları hususunda, mahkemelerin icraatında her hangi zecrî ıslahat yapılmasının ne kabil ve ne de yerinde olduğunu ifadeye mecbur etmektedir. Hususile, bu sahada meslekten olan unsur ile lâyık unsurun tanzimine veya teşriki mesaisine mâtuf teşebbüsler, bence şimdiden gayrı kabili içtinap bir muvaffakiyetsizliğe mahkûmdur.

Her hangi bir suitefehhümü önlemek üzere de, tevzii adalet sahasında bu günkü vaziyeti ıslah sadedinde yapılacak hiç bir şey olmadığı iddiasında da bulunmadığımı işaret etmeliyim. Bilâkis, mahkemelerce hakaret mesailine hususî celseler tahsis edilmek ve bunlara seri bir cereyan verilmek suretile, hususî bir ehemmiyet atf edildiği takdirde, bu gün görülen mahzurların kısmen dahi olsa, mu hakkak surette bertaraf edilebileceğini zannetmekteyim.

*
* *

Bununla beraber, münakaşa programında münderiç ilk iki sualin icap ettirdiği menfi tarzı hareket ile iktifa etmeği arzu etmiyorum.

880

Bil'akis, bazı müsbet tezler ifade etmek; şeref ve haysiyetin korunması sahasında ciddî ve hattâ kat'î bir tesir icra etmeğe müstait bulunduklarına kani olduğum yolları çizmek ihtiyacını hissediyorum. Bu meselenin halline mâtuf olacak iki yola kat'î surette taraftar bulunduğumu itiraf ediyorum. Hukuku âdiye mahkemeleri yanı başında, şeref ve haysiyete vâki tecavüzlerden doğan ihtilâfları halletmekle mükellef hususî hakem müesseselerinin en geniş mikyasta tatbikinin kabulüne temayül etmek icab etmektedir. Hükmün ittihazında meslekten olan unsur ile lâyık unsurun teşriki mesaisi nazariyesine muarız bulunmakla beraber, kabil olduğu kadar geniş salâhiyetlere malik ve kararlarının bazı şerait altında zor kullanmak suretile kabiliyeti tatbikiyeyi haiz olacak haysiyet hakem müesseselerine tamamile taraftarım.

Resmî program hududunu aşmak suretile, bu hususî hakem müesseselerinin teşekkülü ve faaliyet tarzı üzerinde daha ziyade tevakkuf etmenin yerinde olacağını zannetmiyorum. Kendi hususî düşüncelerimi tavzih sadedinde haysiyete müteallik hakem müesseselerine ancak bir kaç satır tahsis edeceğim. Başta şerefi koruma birlikleri ile Düellolar aleyhindeki birlikler tarafından teşkil edilen daimî hakem müesseselerini sayalım. Bunlar prensip itibarile, birliği teşkil eden âzaların heyeti umumiyesi tarafından intihap yolu ile seçilmiş ve şeref ve haysiyet hakkında yüksek düşüncelere malik ve şeref gibi bir kıymetin lüzumu veçhile muhafazası zaruretini takdir eden heyetler olacaktır. Bu şekilde teşekkül eden bir hakem müessesesinin, bu nevi mahkemelerin ideali olacağı ve şeref ve haysiyetin muhafazası için müessir bir hükmün yüksek garantilerini arzedeceği bilâ tereddüt iddia edilebilir.

Bununla beraber, bu telâkki mevzuubahs meselenin aslına halel getirmez; çünki bu hakem müesseseleri ancak Birliğe mensup âzalar hakkında harekete geçeceklerdir; ve tecrübe bir çok memleketlerde göstermiş olduğu veçhile, bu birliklerin büyük bir vatandaş kitlesini toplayacakları ümit edilemez.

Bundan gayri, hususî cemiyetler ve korporasyonlarda mevcut bulunan bu nevi hakem müesseselerinin haysiyete müteallik hâdiseleri tasfiye etmek üzere, mükemmel birer merci oldukları kanaatındayım. Bu hakemler, faaliyetlerinin icra edileceği sahaya ve ayni zamanda cemiyetlerinin an'ane ve umdelerine tamamile vâkıf olmak itibarile, hükümlerinin yüksek bir seviyede bulunmasını temin edecek bütün meziyetlere sahipdirler.

Bu kabil hakemler ile hükümlerinin otoritesinin her zaman lâyık olduğu veçhile takdir edilmediği esefle müşahede edilmektedir.

Varşovanın mahkemelerinin birinde cereyan etmiş olan çok karakteristik bir davayı nakletmekliğime müsaade buyrulsun: En mühim birliklerimizden birinin hakem müessesesi, âzalarından birinin hattı hareketini ahlâka mugayir olmak itibarile tenkit etmişti. Bu yolda verilen karar üzerine mahkûm edilen şahıs, ceza mahkemesinde, hakemler aleyhinde hakaret davası ikame etmişti.

Davanın esasına vâkıf bulunan tecrübeli hâkimin, bütün maznunları beraet ettirmiş olduğunu tahmin etmek güç değildir. Bununla beraber, naklettiğimiz bu hâdise, vazıı kanunun bu hususta söyleyecek sözü bulunduğunu ve bu kabil hakem kararlarına kanunun kaziyei muhkeme hükmü kuvveti bahşetmesinin yerinde olduğunu isbat edici mâhiyettedir.

Buna rağmen istikbalin, farklı mâhiyette hakem müesseselerinin olduğunu iddiaya cür'et ediyorum. Bu maksatla, taraflarca müracaat olunacak hususî hakem müessesesi tipini kararlaştırmak icap etmektedir.

Üç vatandaştan mürekkep olan bu hakem heyetinin, mevzuubahs olan davaları esasında ve kat'î surette rü'yet etmek salâhiyetini haiz olması icabetmektedir.

Binaenaleyh, hükmün mâhiyeti mecburî infaz yolunu istilzam eylediği hallerde, hakem müessesesine resmî mercilerin müzahereti temin edilmek icab eder. Kanun ve salâhiyettar resmî makamlar bunlara kâfi derecede müzahir oldukları takdirde, büyük mikyasta inkişaf etmekte gecikmiyeceklerine kaniim.

Kongre programında yer alan bu meselenin çok büyük bir ehemmiyet arzettiği gayrı kabili münakaşadır, ve bununla ciddî surette meşgul olunmasına değer. Sarf edilecek emekler boşa gitmiş olmıyacaktır. En büyük servet olan namusa gösterilen riayetin artması, düellolaın tamamile ortadan kalkması, şeref ve haysiyetin müdafaası zımnında ihtiyar edilen şiddet ve keyfî hareketlerin azalması, ve nihayet XX inci asır medeniyetinin ısrarla aradığı vatandaşlar arasındaki huzur ve sükûn sarfedilen emekleri fazlasile telâfi edecektir.

*
* *

Haysiyet Jürisi ve hakaret suçu

M. Jean Moruzi'nin raporu:

Roma ve Paris Üniversitelerinden Hukuk Doktoru (hukukî ilimler) ve diplomalı (cezaî ilimler).

Bükreş Üniversitesi Hukuk Fakültesi asistanı Avukat.

882

Haysiyet jürisi meselesinin 1931 tarihli A. Rocco'nun Ceza kanununda münderiç olup, İtalyan hukuku mevzuasından istihraç edilen yeni temayüller ile olan münasebatı bakımından tetkik edilmek icab ettiği kanaatındayım.

Halledilecek mesele iki kısmı ihtiva etmektedir: Birincisi, şahısların haysiyet ve şerefleri aleyhine vâki olan taarruzlarda, bu suçları umumî mahkemelerin kazasından hariç tutarak bir haysiyet jürisinin takdirine tâbi tutmanın doğru olup olmıyacağıdır.

İkinci kısım da, umumî mahkemelerin salâhiyetini muhafaza etmekle beraber, hiç değilse, hakaretin derecesini takdir etmek üzere şeref ve haysiyet erbabı kimselerden müteşekkil hususî bir jürinin müdahalesinin tecviz edilip edilmiyeceğidir.

I

Şeref ve haysiyet aleyhine işlenen suçların rü'yeti sırasında umumî mahkemeler nezdinde haysiyet jürilerinin tesisi meselesi yeni değildir.

Parlâmentoya arzedilen 1-Birincikânun-1908 tarihli kanun Projesi ile Yüksek Haysiyet Divanı tesisi meselesinin müdafaasına âmil olan hukukî ve yüksek ahlâk ve içtimaî siyaset sebeplerini ilk defa teşrih etmek şerefi müteveffa İtalyan nazırı Orlandoya aittir.

Lâkin o zamanın gayri müsait şeraiti ve siyasî mülâhazaları Orlando projesinin lâyık olduğu veçhile nazara alınmasına ve kanun şekline inkılâp etmesine mâni olmuştur.

Bununla beraber ortaya atılan fikir akisler uyandırmaktan hâlî kalmamıştır; fikri önce askerî merciler ve daha sonra, uzun münakaşalar neticesinde Roma matbuat Birliği (Association de la presse de Roma) tatbik sahasına koymuşlardır.

Yeni ceza kanununun (Rocco) tedvini münasebetile, İtalyan hukuk ve ceza âlimleri, haysiyet aleyhine işlenen suçlara mütedair olan faslı dahi tahlil etmişlerdir. Son zamanlarda neşredilen [1] bir diğer etütte arz ve tahlil eylediğim diğer yenilikleri meyanında Rocco Ceza Kanunu «exceptio veritatis» prensibini tamamile red ve ayni zamanda haysiyet jürilerini (giuri d'onore) tavsiye etmektedir.

Filhakika yeni kanunun 596 ıncı maddesi şu mealdedir: «ha karet ve sövme suçlarından maznun olan şahıs, kendisini tebriye etmek üzere, hakarete mâruz kalan şahsa isnat etmiş olduğu vak'-

[1] Jean Moruzi, İnfractions contre l'honeur dans la nouvelle legislation penale italienne padoue Üniversitesi profesörlerinden M. Vincenzo Manzini'nin ön sözünü hâvi, Bucarest 1931.

anın gerçek veya vâki olduğunu iddia etmek salâhiyetini haiz değildir.»

Bununla beraber, hakaret muayyen bir fiili isnattan ibaret olduğu takdirde, iki taraf anlaşarak, kat'î hükmün südurundan evvel, asıl hâdisenin vâki olup olmadığı noktasının halli için işi bir haysiyet mahkemesine tevdi edebilirler.

Hakaretin doğduğu asıl hâdisenin vâki olup olmadığının isbatına cevaz verilmemesi hususunu, haysiyet jürisinin tashih ve ıslah edebilecek mâhiyette olduğu iddia edilmektedir.

«Exceptio veritatis»'in tamamile ortadan kaldırılmasının cezaî bakımdan lüzumlu olduğuna kani değilim. Âmme menfaatinin, iddia olunan haysiyet kırıcı hâdisenin vâki olup olmadığının isbatını emrettiği vak'alarda bunun muhafaza edilmesi fikrindeyim.

Âmme menfaatinin şümûl sahasını tesbit etmek icabetmektedir.

Haysiyet jürilerine taraftarım.

Haysiyet jürilerinin müdafaa edilmesine âmil olan sebepler şunlardır:

1.— Haysiyet jürisi, müştekinin hayatına mütedair, gürültü doğurucu mâhiyette olan adlî neşriyatın mahzurlarını ortadan kaldırır; bu neşriyat bir âmme hizmeti ifa eden kimseler hakkında faydalıdır, ve bu takdirde bunun önüne geçilmesine de imkân yoktur. Lâkin matbuatın içtimaî faidesinin ön safta gelmediği hususî hayata taallûk eden isnatlarda bu neşriyatın önüne geçilmelidir.

Bu itibarla, haysiyet jürisi, bu gün hakaret sahasındaki ceza adaletinin bariz mahzurlarını teşkil eden haşin münakaşaların, haysiyet kırıcı neşriyatın bertaraf edilebilmesi için basit bir yol arzetmektedir.

2.— Hukuku âdiye mahkeme teşkilâtının kat'î ölçüleri dışında iyi tarafları tebarüz ettirilen bu müessese, kanunun metninden ziyade, içtimaî şeraitin realitesinden mülhen olan hüküm ölçülerini istilzam eden davalarda yerinde ve lüzumlu görülmektedir.

3.— İçtimaî terbiyeye hizmet eder ve efkârı umumiye ile hayatı umumiyenin müessir bir surette birleşmesini takviye eder.

4.— Haysiyet jürileri, daha müessir bir surette düelloların yerini tutmaktadır.

5.— Daha ziyade tarafları alâkadar eden muazzam ve usandırıcı bir mesaîden mahkemeleri kurtarır.

Haysiyet jürilerinin hakkaniyete uygun kararlarının jürilerin hükümlerine müreccah olduğu fikrindeyim.

Haysiyet jürisine müracaat mecburî kılınamaz, şikâyetçinin ihtiyarına bırakılması ve maznun tarafından kabul edilmiş olması şarttır.

Tamamile ahlâkî bakımdan mülâhaza edildiği takdirde; mevzuubahs olan itibar ve haysitlerine bağlı kimseler olduğuna göre, haysiyet jürisi tarafından verilen kararın kabul edilmesi ahlâkî bir vecibedir; aksi ise ahlâki ağır neticeler doğurabilir ve şeref ve haysiyet dışında tanınmağı icap ettirir.

Halbuki, haysiyet jürisine müracaat etmek suretile taraflar bu neticeleri bertaraf edecek imkânlara maliktirler.

Böylece, yukarıda zikredilen mülâhazalara istinat ederek, haysiyet aleyhine işlenen suçları bir haysiyet jürisinin takdirine arzedebileceğini iddia ediyorum.

II

Hakaret ve sövme suçlarını hukuku âdiye mahkemelerinin salâhiyetinden hariç tutmanın ve hakaretin derecesini ölçmek üzere şeref ve haysiyet erbabı kimselerden mürekkep bir haysiyet jürisinin müdahalesini kabul etmenin doğru olup olmıyacağı hakkında raporumun ikinci kısmında, aşağıdaki tarzda cevap veriyorum:

Başlıca mesele, şeref ve haysiyet aleyhine işlenen suçlar hakkında haysiyet jürisinin mutad adlî mercilerin yerine kaim olacağı veya sadece bunları tamamlayup tamamlamıyacağıdır.

Aşağıdaki sebeplerden dolayı, bu müessesenin, hukuku âdiye adalet mercilerinin yerine kaim olmasına taraftar değilim:

1. — Haysiyete tecavüz fiili, hukuken ceza kanununun sıkı rejimine tâbi olması ve salâhiyettar adlî merciler tarafından rü'yet edilmesi icap eden bir suçtur. Kanun haricinde müeyyidelerin tatbikine mani olmak üzere, hâdisenin ancak fevkalâde hallerde, tarafların anlaşması neticesinde, bir haysiyet jürisinin hükmüne tâbi tutulmasına muvafakat edilebilir.

Bu suretle hakarete uğrayan şahıs, cezaî adaletin müeyyidelerinden ve tazminat yollarından farklı müeyyide ve yollara ve bu vaziyette, haysiyet jürisine müracaat etmek suretile menfaatını daha iyi bir surette muhafaza etmeği muvafık görmekle ceza kanununun tatbik edilmemesini talep edebileceği gibi, mütecaviz dahi bu hakka sahiptir.

2. — Mütecavizin haysiyet jürisinin hakemliğini kabul etmemesi varit olabilir; bu takdirde, mutazarrırın hukuku âdiye mahkemeleri nezdinde dava hakkını istimale salâhiyettar bulunması mantıkî ve hukukidir.

Hukuku âdiye mahkemelerinin sahip bulundukları salâhiyel bâki kalmakla beraber, haysiyet jürilerinin icabı halde müdahale edebilecekleri ve mutad adlî mercileri tamamlıyacakları mütalâasındayım.

Hakaret fiillerinin derecesini ölçmek maksadile, şeref ve haysiyet erbabı kimselerden müteşekkil hususî bir haysiyet jürisinin müdahalesinin tecviz edilmesini, hâkim tarafından isticvap edilen failin, müştekiye isnat ettiği hareketin doğruluğunu ispata muvafakat etmemesi halinde anlıyorum.

Muvafakat etmediği takdirde, umumî ceza mahkemesine tâbi olmakta devam eder, hakaret ve sövme suçu hakkındaki ceza davası da mutad kaidelere tevfikan rü'yet edilir; ve menfaatı umumiye icab ettirmedikçe davanın rü'yeti sırasında hakareti teşkil eden hareketin doğru olduğunu isbat etmek salâhiyetl faile bahşedilmez.

Lâkin, mütecaviz hakarete uğrayan şahsa isnat edilen hareketin doğruluğunun isbat edilmesine muvafakat ettiği takdirde, dava kendiliğinden düşer; taraflara gelince, ittifak ettikleri takdirde haysiyet jürisinin kararına müracaat edebilirler, - bu ise mecburî olamaz.

Salâhiyettar mahkeme reisi, tarafların talepleri üzerine namus ve kabiliyetleri ile tanınmış kimselerden mürekkep bir jüri tayin edebilir. Bu zevat bir şahsı manevînin tavsiyesi üzerine de seçilebilir.

Salâhiyetli adlî merci nezdinde ikame edilen dava, haysiyet jürisine müracaat yolunu nez edebilir. Resen takibatı müstelzim suçlar asıl hâdiseye inziman ettiği taktirde de vaziyet aynidir.

Hakaret maznunu, haysiyet jürisinin kararını kabul etmediği takdirde, mutazarrır olan şahsa, salâhiyettar adlî merciler nezdinde takibat talebinde bulunmak salâhiyetini tanımak icap etmektedir.

Haysiyet jürisi, hükmünü esbabı mucibeli bir karar şeklinde verecektir, bu karar da, kendisine tevdi olunan hâdisenin varit olup olmadığı tarzında neşredilebilecektir.

İsnat edilen fiil sübut bulmadığı ve hakarete mâruz kalan şahsın suçluluğu teeyyüt etmediği takdirde, hakaret faili manevî tazminatla mahkûm edilmelidir.

Fiil sabit olduğu takdide, jüri, şikâyetciyi diğer taraf aleyhine muhtemel zararın tazminine mahkûm etmek suretile cezalandırabilmelidir. Davayı kaybeden taraf, muhakeme masrafı ile birlikte haysiyet jürisi âzalarına verilmesi icabeden tazminatı tediye ile mahkûm edilmelidir.

Jüri, kararını tayin edilen müddet zarfında ittihaz etmelidir. Karardan gayri, jürinin mesaisi gizli bulunmalıdır. Kanun dairesinde teşekkül eden jüri, kararını hâdisenin sübutu keyfiyetini, şahitlerin beyanlarına, vesikalara, tetkikata istinat ettirmelidir.

Jüri kararına karşı, salâhiyeti sui istimalden dolayı Temyiz mahkemesi Ceza Dairesi nezdinde bir temyiz yolu kabul edilmelidir.

Taraflar, davet üzerine haysiyet jürisi huzurunda isbatı vücut

etmekle mükellefdirler. Avukatları vasıtasile kendilerini temsil ve müdafaa etmek hakkını haiz bulunmaları lâzımdır.

Jüri tarafları barıştırabilir.

Maznunun ölümü davayı iskat eder, mutazarrırın ölümü ise haysiyet jürilerinin salâhiyetine nihayet verir.

İşte bir kaç kelime ile, hakkaniyetin menbalarından doğan bir hükmün tacil edilmesi, düellolara mâni olunması ve şeref ve haysiyet aleyhinde ika edilen suçlardan addedilen hakaret ve sövme fiillerinin tevlit ettikleri manevî zarar ve ziyanın telâfisinin kolaylaştırılması gayesile tesis edilen haysiyet jürilerinin faaliyetini anlayış tarzım.

No: 85

Borsa muamelelerinin hukukî bakımdan tahlili

Yazan: *M. Nevzat TAPLAMACIOĞLU*

İktisadın tedavülü servet bahsi son asırda anglo-sakson iktisad edebiyatının büyük bir ilham kaynağı oldu. Bu vadide nakid, kambiyo, itibar ve bunlara ait müesseseler bir tarafa bırakılırsa en ağır basan mevzu hiç şüphesiz borsadır.

Borsa, müstahsilin elinden çıkıp müstehlike gelinceye kadar malın geçirdiği devir safhalarını kolaylaştıran bir müessesedir. En büyük faydası arz ve talebi bir yerde toplıyarak emtia ve senedata bir mahreç teşkil etmesidir. Borsadaki arz ve taleb büyük rakkamlar üzerine yapılmakta ve bu keyfiyet de millî iktisad hareketlerini ilgilendir mekte olduğundan Borsa muamelâtı bir çok memleketlerin mevzuatını işgal etmektedir.

Borsanın diğer bir faydası da muntazam ve en doğru bir şekilde emtia ve senedat fiyatını tesbit ve tanzim etmesidir.

Borsalarda bazı alış veriş kaideleri teessüs etmiştir. Bu kaidelerin hedefi borsa muamelelerinin icabettirdiği emniyeti temindir. Borsada muamele yapan eşhasın daima aynı kimseler olması da kendiysile muameleye girişilen mukabil tarafın namuskârlığı, mâlî istitaatı hakkında kolayca bir fikir edinmek imkânını verir.

Borsa mübadele müesseselerinin son bir tekâmülünü ifade etmektedir. Mübadele vadisinde pazar ve panayırlar borsaya takaddüm etmişlerdir.

Pazar âlemşumul mahiyeti haizdir. Bazılarının iddia ettiği gibi asla tarihî bir tesadüf eseri değildir. Çünkü eski milletlerin, hattâ birbirlerile temas etmiyenlerinde bile, pazar müessesesinin mevcudiyetini görüyoruz. Bu hâl pazarın bir tesadüften değil, bir zaruretten doğduğunu isbata kâfidir. Milletler arasında taklidin yeri olduğu G. Tarde'a mülâyim gelen bir fikirdir. Fakat, tarihî şe'niyetlere dayanılarak pazarın bir taklid eseri olmadığı ısrarla iddia edilebilir.

Mübadele müesseselerinin seyri panayırı (Foire) meydana getirdi. Panayır kelimesinin rusçası olan (Jamarka), almancanın Jahrmarkt kelimesinden gelir ki bu da senelik pazar manasınadır. Bu tahlilin de gösterdiği üzere panayır, müteaddit zamanlarda toplanan ve muayyen müddetle devam eden bir pazardır. Panayır

pazara nazaran daha yeni ve daha az alemşumuldür. Çünkü icabettirdiği içtimaî ve iktisadî tekâmül merhalesine bütün milletler henüz yetişememişlerdir. Panayır zamanla millî, hattâ beynelmilel bir hale geldi. Ortaçağda transit yolları üzerinde bir çok panayırlar yer buldu. Fransada Kral Dagober'in kurduğu Lendit ve bilâhare kurulan «Beaucaire» ve «Lyon» panayırları bidayette millî bir mahiyette olmakla beraber, İspanyadaki Medina del Campo'dan Rusyadaki Nijni-Novgorod yolunun güzergâhında bulunmak dolayısile zamanla beynelmilel bir mahiyet arzetmişlerdir. Bu parlak devirden sonra panayırlar dahi inhitata yüz tutmuş ve yerlerini piyasalar arasındaki mübadelenin ehemmiyet ve intizamiyle mütenasib teşkilâtı olan Borsalara terketmişlerdi.

Borsa kelimesi fransızca aslında (Bourse) olup kese manasına gelir. Kelimeyi bulan Belçikalılar olmuştur. Bir zamanlar (ve hattâ şimdi bile) Belçikanın şimalindeki Flandre sahilleri yüksek bir kabiliyeti ticariyeyi ifade ediyordu. Bu şehirler denizlerin , yolların ve hattâ ırkların mültekasında bulunmak itibariyle o zamanın cihan ticaretinde mühim roller oynuyorlardı .

«Bruges» şehri de bu şehirler meyanında idi. Bruges ' de tüccardan *Van der Burse* nezdinde alış veriş yapılan binanın cephesinde üç kese resmi mahkûktu. bilahare bu gibi teşkilâtı olan pazarlara kese manasına gelmek üzere Borsa denildi.

Panayırlarda muamele gören, mahsulün bizzat kendisi idi.Halbuki Borsada *tiplere irca edilmiş emtia*(Types- marchands) üzerine muamele yapılır.

Fransız mevzuatı borsanın «Devletin idaresi altında simsar, acenta, gemi kaptanlarının toplantısından başka bir şey olmadığını» kaydetmektedir. Dikkat edilirse bu tarif kifayetsizdir. Esas olan borsanın vasıflarıdır. Borsa: Emtia ve senedatın hususî bir takım şartlar dahilinde alış verişini tanzim eden bir organizmdir. Borsayı adî bir piyasadan ayıran vasıflar şunlardır:

1) Borsada emtia tipleri (types-marchands) üzerinde muamele yapılır. Meselâ «Santos good average» denilince evsafı muayyen bir kahve tipi kasdedilir [1].

2) Borsa muamelesi bazı mutavassıtlar vasıtasiyle icra olunur. (Acenta, cober, jobber, banker v. s.).

3) Borsa vadeli muamelelere sahne olur.

4) Borsaya alınan senedat bir takım kuyuda tâbidir.

Borsaların bir çok nevileri vardır. En mühimmi Ticaret borsalarıdır.

[1] Emtia borsalarındaki tiplere icra edilmek Menkul Kıymet borsalarında mevzuubahs olamaz. Esasen burada her sened ayrı bir tipi ifade eder.

Ticaret borsaları (bourses de commerces) iki kısımdır: 1) Menkul kıymetler borsası (bourses de valeurs), 2) Emtia borsaları (bourses de marchandises) [1].

Şimdilik yalnız Menkul Kıymetler borsasiyle meşgul olacağız. Bu borsalarda kâr temini gayesiyle esham ve tahvilâtın alım ve satımı mevzuubahsidir. Ve bu alım satım muamelesi mağazadan alelâde bir mal satın almaktan farklıdır. Senedat satın alan bir kimse eğer kabiliyetsiz veya dolandırıcı bir acentanın tuzağına düşerse sadece bu muamele yüzünden bütün servetini kaybetmek tehlikesine maruzdur. İşte bu sebeblerdir ki borsaların teşkilâtlandırılması meselesi ortaya çıkar [1].

Cihan borsalarında iki türlü teşkilândırılma tarzı vardı. Ya borsada çalışan eşhas, hiç bir kanunun müdahalesine lüzum kalmaksızın teşkilâtı kendileri yapar veyahut kanun bu işlere müdahale eder. Birinci rejimin en iyi misali Londra Borsası (Stock exchange) dır: İkincis Paris Borsasıdır.

Borsa muameleleri sureti umumiyede iki kısma ayrılırlar: Peşin (au comptant), vadeli (à terme). Bu iki muamele arasında marjlı muamele (Opération avec marge) denilen mutavassıt bir muamele daha vardır:

Peşin muamelede senedatın teslimi ve bedelinin ödenmesi derhal yapılır. Peşin muamele tabirinden her ne kadar senedatın teslimi ve bedelinin ödenmesi derhal yapılan muamele kasdedilse de teknik imkânsızlık karşısında, peşin muamelenin icrası ekseriya ferdası güne bırakılır. Fakat bazı borsaların nizamnamesi aktin icrası için daha uzun müddetle kabul etmişdir. Böyle esasda peşin olan muamele hakikatta vadeli bir muameleye inkılâb eder. Nevyork borsasında vaziyet bu merkezdedir. Burada peşin muameleler dört neviye ayrılır:

I — Tam manasiyle peşin muamele (Cash trade) ki muamelenin akdini müteakib derhal kontrat hükmü icra edilir. Bu muameleler o kadar ehemmiyetli değildir.

II — Nizamî *yolla tasfiye edilen muameleler* (at regulary Way): Bu muameleler akdin in'ikadını takib eden borsa gününde icra edilir. Borsa muamelelerinin ekserisi bu cinsdendir. kontrat akdedilirken bir kayıt dermeyan edilmemişse, muamelenin bu nizamî yolla icra edileceği anlaşılır.

III — Üç günlük vade ile icrası meşrut muameleler (At three days): Bu muameleler akdi takib eden 3 üncü gün zarfında icra edilir.

IV — Muhtelif vadelerle teslimi meşrut muameleler (delayed deli-

Fransada kanunî mevzuat böyle olmakla beraber carî lisanda Ticaret Borsaları denilince Emtia Borsaları kasdolunur, (Truchy Econ polit. tome II

890

very). Burada akdin, hükümleri in'ikad gününü takib eden azamî yedi gün içinde icra edilir.

Vadeli muamelelerde akdedilen muamele hükümlerin ifası vade günü denilen müstakbel bir zamana talik edilir. Borsada her alıcı fiatın yükseleceğine ve her satıcı düşeceğine inanarak alış veriş yapar. Zaten böyle olmazsa muamele yapılmasına imkân yoktur. Bunlardan birincisine yükseltici manasına (Haussier), ikincisine alçaltıcı manasına (Baissier) denir. Borsadaki vadeli muamele (opération à terme de bourse) ile itibara müstenid muameleleri (opération à crédit) birbirine karıştırmamak lâzımdır. Çünkü itibara müstenid muamelelerde mal veya senedin teslimiyle bedelinin ödenmesi ayrı ayrı zamanlarda ve biribirinden müstakil olarak icra olunur. Halbuki vadeli muamelede mal veya senedin teslimiyle ödenmesi aynı zamanda yapılıp sadece bu tasfiye muamelesi müstakbel bir zamana, vade gününe, talik edilmiştir. Keza borsadaki vadeli muamele, alivre(à livrer) satıştan da farklıdır. Zira alivre satışta bir malın müstakbelen ve bizzat teslimi mevzuubahstır. Halbuki borsadaki vadeli muameleler ekseriya iki zaman arasındaki fiat farkından istifade maksadiyle yapılır. Binaenaleyh borsadaki vadeli muamelelerin tetkiki iyi manada anlaşılan spekülasyonun tetkiki demektir. Hakikatta senedat üzerine yapılan bu muameleler iki manzara arzederler: Bunlar ya spekülasyon veya plasman muamelesi olur. Spekülativ muamele iki zaman veya iki mekân arasında fiat farkından istifade etmek üzere yapılan muamelelerdir. Bu muamelede bilfiil teslim ve tesellüm nadiren vaki olur. Ekseriya muamele fiat farkı ödenmek suretile kapatılır. Halbuki plasman muamelesinde sermayedarın kasdı kendisine muayyen bir kâr teminidir; yani mevzuubahs sened bir tahvilse bu tahvilin faizinden istifade etmektir.

Vadeli muameleler kat'î vadeli (opération ferme) veya primli muamele (opération à prime) olabilir.

A — Kat'î vadeli muameleler vadenin inkızasında hiç bir kayda tâbi olmaksızın icra edilen muamelelerdir. Bu muamelelerin vadesi hulûl ettikte hatıra üç ihtimal gelebilir.

1) Teslim ve tesellüm muamelesi.

2) Fiat farkının ödenerek muamelenin tasfiyesi.

3) Röpor veya depor muameleleri.

Birinci şık izaha mühtaç değildir. İkinci şıkka gelince bu biraz incelemeye değer. Fiat farkları müşterilerin hesabına geçirilmeden önce acentalar arasında bir tasfiye yapılır. Vade gününde bir komita vasatî fiatı bulur. Bu fiatın ismi takas fiatı (cours de compensation) dur. Bu fiat üzerine acentalar arasında takas ve mahsub yapıldıktan sonra acenta bunu müşterisinin hesabına geçirir.

Son şık vadesi gelmiş bir muamelede alıcı veya satıcı sıfatlarının temadisi maksadile yapılır.

Röpor muamelesi peşin satıp vade ile almak, depor muamelesi de peşin alıp vade ile satmaktır [1].

Hukuk bakımından röpor ve depor muamelesi senedat üzerine ikrazat (avances sur titres) muamelesinden farklıdır, zira senedat üzerine ikrazda mukrizin vecibesi aynen iadeyi tazammun ettiği halde röpor muamelesinde vade ile satanın vecibesi nevile muayyen bir vecibedir (obligation générique) yani borç mislî fongible) bir borçtur. Bu tefrik vadesi hulûl eden kuponların ve çıkan ikramiyelerin kime aid olduğunu tayin bakımından çok ehemmiyetlidir.

B — Kat'î vadeli muamele karşısında primli muameleler vardır.

Primli muamelede taraflardan birisi prim tesmiye edilen götürü bir bedel mukabilinde alış verişi feshetmek yahut tesbit edilen mikdarın ez'afını istemek veya tesbit edilen mikdarın alıcı veya satıcısı olmak salâhiyetini haiz bulunduğu bir muameledir. Primli muameleleri dört kısımda mütalâa edilebilir.

a) Doğrudan doğruya primli muameleler (opérations à prime directe).

b) Dolayısiyle primli muameleler (opérations à prime indirecte).

c) Stellaj veya çift primli muameleler (stellages ou opérations à double prime).

d) Muhayyerlik kaydını ihtiva eden muameleler (opérations avec faculté).

Şimdi bu muameleleri ayrı ayrı hukukî cepheden tahlil edelim:

a) Doğrudan doğruya primli muameleler:

Bu muamelelere borsa tâbirince prim don (prime dont) denir. İngilizler bunlara (Call option) derler.

Doğrudan doğruya primli muamelelerde primi, senedatı satın alan verir. Bu muamele «alıcının menfaatına göre vadesi geldikte senedi tesellüm etmek veya primi ödeyerek alış verişten vazgeçmek salâhiyetini haiz bulunduğu bir muameledir». Bu tarife göre prim bir nevi zamanı rücudur. Yani akdin icrasından vazgeçildiği zaman verilmesi gereken bir zaman (dédit) dir. Bazı muharrirler bunu biraz farklı bir şekilde tarif ederler:

Bunlara göre: «Doğrudan doğruya primli muamele öyle bir akiddir ki taraflardan biri bir prim ödeyerek muayyen bir mehil zarfında bidayeten fiatı tesbit edilen bir mikdar emtia veya senedin alıcısı olduğunu beyan edebilir». Görülüyor ki buradaki prim zamanı

[1] Borsa lisanında röpor denilince iki zaman arasındaki fiat farkı da anlaşılır, depor menfi bir farktır.

892

rücu değil, satın alma muhayyerliğinin bedelidir. Birinci tarifte vadeli muamele infisahî bir şartı (condition résolutoire) ihtiva eder; yani akid cevab gününe kadar bir hüküm ifade eder. İkinci tarifte talikî bir şart (condition suspensive) mevzuubahistir; yani cevab gününe kadar akid bir hüküm ifade etmez.

Bu iki telâkkiden birine veya diğerine temayül edildiğine göre pratik hayatta başka başka neticelere varılır.

Belçika, Fransız ve Alman menkul kıymet borsaları birinci telâkkiyi kabul etmişlerdir. Primli muamelenin mekanizması her memlekette aynı değildir. Bazı memleketlerde ve ezcümle Londra ve Amsterdam borsalarile bilûmum emtia borsalarından alıcının ittihaz edeceği karar ne olursa olsun primi ödemek mecburiyeti vardır. Mukavele ânında derhal prim ödenir. Primin mikdarı piyasanın vaziyetine, vadenin uzunluk ve yakınlığına göre tahavvül eder. Burada primli muamelenin fiatı aynı vadeyi haiz kat'î muamelenin fiatının Müsavidir. Prim sadece satın alma muhayyerliğinin bedelidir.

Fransa ve Belçikadaki tatbikat bundan biraz farklıdır. Prim ancak cevab gününde (jour de réponsede prime) alıcının mukaveleyi feshettiği zaman ödenir. Mikdarı da tarafların iradesile değil, borsa nizamnamesile tahdid edilmiştir. Bu kabil borsalarda muamelenin fiatı aynı vadeli kat'î bir muamelenin fiatından yüksektir. İncelenecek olursa bu tarzın kabulü hakkaniyet iktizasındandır. Çünkü kat'î muamelede fiyatların düşmesile satıcı hudud tanımayan bir kâr temin eder. Halbuki primli muamelede satıcının kârı sadece prime inhisar eder. Bundan başka alıcının iskonto etmek salâhiyeti de vardır.

Primli muamele fiatının kat'î muamele fiatından farkına ekar (écart) derler. Ekar piyasanın vaziyetine göre tahavvül eder.

Alman borsalarındaki vaziyet Paris ve Londra borsaları arasında mutavassıt bir mahiyettedir. Pariste olduğu gibi alıcı primi ancak muameleyi feshettiği zaman öder. Muamelenin fiatı kat'î vadeli muamelenin fiatından üstündür. Fakat ekarla prim birbirine müsavidir.

Primli muamele kat'î vadeli muamelelerden daha uzun vadelerle akdedilir. Kat'î muamelelerin vadesi Paris resmî piyasasında (parquet) onbeş günü geçmediği halde primli muamele üç aya kadar vade ile akdedilebilirler.

Acaba kat'î vadeli muamele ile primli muamele arasındaki fark (écart) a tesir eden âmiller nelerdir?

Bu farka tesir eden âmilleri şöylece sıralayabiliriz:

1) Primin mikdarı.

2) Cevab gününün uzaklığı veya yakınlığı.

3) Piyasanın vaziyeti.

1) Fark, muamele feshedildikte satıcının uğrayabileceği muhtemel bir zararı tahdid etmek üzere alıcının ödediği bir karşılıktır. Binaenaleyh, prim mikdarı ne kadar fazla olursa alıcının muameleyi feshetmesi de o kadar baîd olur, bunun neticesi olarak büyük bir prim üzerinden yapılan muamelenin fiatı kat'î vadeli muamele fiatının hemen hemen aynıdır.

2) Fark, cevab gününün uzaklığiyle mebsuten mütenasibdir. Cevab günü uzaklaştıkça fark da o nisbette fazla olur. Satıcı uzak bir vade hulûlünde piyasanın ne vaziyete gireceğini kestiremediğinden yüksek bir fiat ister. Maamafih uzun vadelerde röpor elemanlarının da muameleye tesir ettiği umumiyetle kabul edilmektedir. senedin uzun bir müddet zarfında getirecegi nema dolayısiyle vade fiatı hâlen carî fiattan daha yüksek olur.

3) Piyasa hareketli olur, büyük tahavvüller husule gelirse tabiatiyle fark da büyük olur. Buna mukabil piyasa sâkin olduğu zamanlarda alıcı büyük bir fiat farkına rıza göstermediği gibi büyük bir zarar tehlikesi karşısında olmadığını tahmin eden satıcı da müşkülpesend davranmaz.

b) Dolayısile primli muameleler (Opérations à prime indirecte):

İngiliz borsasında bu muameleye (put option) derler.

Dolayısiyle primli muamele öyle bir akitdir ki bu akitde satıcı primi terkederek mukaveleyi feshetmek hakkını kazanır. Diğer bir telâkkiye göre dolayısiyle primli muamele öyle bir akitdir ki taraflardan birisi muayyen bir zamanda tesbit edilen fiat üzerinden bir mikdar senedin satıcısı olmak hakkını kazanır. Bu ikinci tarifte prim bir muhayyerliğin (option) bedelidir. Dolayısiyle primli muameleler çok istisnaîdir. Bazı borsalar bu muameleyi bilmezler. Meselâ: Paris borsasında dolayısiyle primli muamele adetâ mechûldür. Bunun sebebi kolayca anlaşılabir. Zira dolayısiyle primli muamele daima satıcı tarafından fiatların tenezzülü tahmin edilerek yapılır (Spéculation à la baisse), halbuki doğrudan doğruya primli muamelede fiatların terefüü (Spéculation à la hausse) istihdaf edilir. Fiatların tereffüü iktisadî hayatta bir umran devrinin açılmasını, halbuki fiatların tenezzülü buhranı ve fenaya giden iktisadî bir vaziyeti ifade eder.

Dolayısiyle primli muamele tediye tarzı ve primin tesbiti cihetlerinden doğrudan doğruya primli muamelede olduğu gibi bir borsadan diğer borsaya farkeder. Bazen Londra borsasında olduğu gibi prim, muamele akdedilir edilmez lazimüttediye ve fiatta aynı vadeli kat'î muameledeki fiata müsavi olur. Dolayısiyle primli muamelede prim, ahval ve şeraite göre tahavvül etmekle beraber aynı vade-

yi haiz doğrudan doğruya primli muameledeki prime müsavi olur.

Bazen primin ancak muamele feshedildiği zaman tediyesi icabeder. Prim cevab gününde ve ancak muameleden vazgeçildiği zaman tediye edilir. Burada alıcı primin verilmediği halde fiatları asıl fiattan daha aşağı kabul ettirmekle bir karşılık bulur. Dolayısiyle primli muamelenin fiatı ayni vadeli kat'î muamelenin fiatından daha aşağıdır. Bu iki fiat arasındaki fark (écart) doğrudan doğruya primli muamelede müsbet olduğu halde burada menfidir. Bu son telâkkiye en fazla temayül eden borsa alman borsasıdır. Bu cins muamelelerdeki ekarlar doğrudan doğruya primli muameledeki ekarın tâbi olduğu âmiller tahtında tahavvüle uğrar.

c) Stellaj veya çift primli muamele (Stellage ou op. à double prime.)

Bu iki muameleyi bir çok eserler muadil olarak gösterirler. Hakikatte stellajla çift primli muamele arasında fark vardır. Çift primli muamelelerde taraflardan birisi, bir prim ödeyerek cevap gününde (Jour de réponse) bir mikdar senedi, akid zamanında mutabık kalınan fiat üzerinden, almak veya satmak veyahut her türlü muamele yapmaktan vazgeçmek salâhiyetini haizdir. Bu muameleye ekseriya Londra piyasasında tesadüf edilir. İngilizler buna (put and call) derler. Çift primli muamelede fiatlar kat'î vadeli muamelenin aynıdır. Prim akdin in'ikadında alelâde primin iki misli olarak ödenir.

Stellaj ise bir tarafın vadenin hulûlünde bidayeten tesbit edilen fiat üzerinden diğer tarafa bir mikdar senedi teslim veya tesellüm etmek hakkı hiyarını ifade eder. Görülüyor ki stellaj çift primli muameleden farklıdır. Şöyleki:

1o — Çift primli muamelede almak, satmak veya hiç bir şey yapmamak gibi yollar mevcut olduğu halde stellajda yalınız almak veya satmak şıkkı vardır.

2o — Çift primli muamelelerde asıl fiattan ayrı olarak prim memevcut olduğu halde stellajda prim fiatlara dahildir. Münferid olarak prim verilmez

3o — Çift primli muamelede bir tek fiat, stellajda ise biri satış diğeri alış olmak üzere iki fiat vardır. Stellaja en ziyade Alman borsalarında tesadüf edilir: Esasen stellaj kelimesi almancası olan Die Stellage veya Das Stellage kelimesinden alınmuştur.

Paris ve Brüksel borsalarında bu muameleye daha az tesadüf edilir.

K — İhtiyara bırakılmış muamele (opération à faculté)

895

Bu öyle bir muameledir ki bu nuamelede taraflardan birisi akdin in'ikadında tesbit edilen mikdarın bir kaç mislini talebetmek hakkını mahfuz tutar. İhtiyara bırakılmış muamele alelâde şarta bağlı bir muamele değildir. Bu tarafları kat'î surette bağlayan bir muamele ile, diğer tarafın arzusuna göre icabında icra edilen, şarta bağlı diğer bir muamelenin kombinezonudur. Bu çeşit muamelelere ekseriya Alman menkul kıymet borsalarında, Londra borsasında (Stock Exchange) de rastlanır. Almanlar bu muamelelere Nochgeschaft derler. İngiliz borsasında bunun adı (Call or put of more) dır.

Borsadaki muameleler yukarıda saydığımız şekilde münferid bir manzara arzetmez. Muhtelif muameleler kombinezon halinde bulunur. Ve bunları tahlil için ekseriya grafiklere müracaat etmek icabeder.

Kat'î vadeli muamelelerle primli muamelelerden başka marjlı muameleleri (opération avec marge) Borsa muameleleri meyanında saymak gerektir. Bu muameleye Fransızlar (opération au comptant différée), derler. Sermayedar emir verdiği acentaya muamelenin icap ettirdigi bedelin bir kısmını peşinen öder diğer kısmını ödeyen acenta da senetleri vadenin hitamına kadar yedinde mahfuz tutar. Acenta bu senedatı bir bankaya yatırarak yaptığı istikrazla bu muameleyi kapatır. Bu peşin muamele değildir. Çünkü sermayedar senedatı tesellüm etmemiştir.

Biraz da halk arasında yanlış bazı telâkkilere yol açan spekülâsyon ve hava oyunlarından bahsedelim.

Hava oyunları ile spekülâsyon kelimeleri lisanımızda birbirinin müradifi gibi kullanılmaktadır. İlmî manada spekülâsyon basiret kaidesinin tatbikinden başka bir şey değildir. Fakat bu rasyonel düşünce spekülâtiv muamelelere hâkim bir prensip olmaktan uzaktır. Halk arasında hava oyunları namı verilen ve hakikî adı ajiyotaj (agiotage) olan eğri büyrü manavralar şanxsölye Daguesseau'nun tarifi üzere sun'î bir şekilde tereffü ve tenezzül tevlid etmek kasdiyle yapılan manavralardan ibarettir ve iyi tatbik edilen spekülâsyon mefhumuna dahil değildir.

1910 tarihinde Mincing Lane'de oyuncuların, iflâsından evvel ekim eshamını (action de plantation) halk arasında satabilmek için sun'î bir şekilde kauçuk fiatlarını yükselttiği görülmüştür.

Tatbikatta borsa oyunu tesadüflere istinaden muamelede bulunmaktır. Oyunu oynayanın kabiliyetsizliği de bunun fenalığı hususunda kuvvetli bir karinedir. 1892, 1893 tarihlerinde Almanyada yapılan araştırmalar bunu bütün yuzuhiyle meydana çıkarmıştır.

Spekülâsyon yarı düşünce yarı da tesadüf mahsulüdür. Bu sebeple

spekülâsyonun muvaffakiyeti yüzde yüz müemmen değildir.

Binaenaley spekülâsyan karşısında vazı kanunun alacağı vaziyet pek naziktir. ittihaz edilecek tedbirler bunun faidelerinden istifade ve zararlarından tevakki yollu olmalıdır. Spekülâsyonun çok büyük olan iktisadî rolünü yok edecek bir tahdid kaş yaparken göz çıkarmak kabilinden bir şeydir. Garbın büyük Borsalarında ilk defa tahdidat sistemine giden Almanyadır. 1896 tarihindeki *Böersengesetz* denilen kanunla zürra ve büyük fabrikatörlar lehine bir hayli tahdidat vazedilmiştir.

Bizim mezuatımız yalnız kambiyo ve para işlerinde spekülâsyonu meneder.

Borsadaki mutavassıtlar:

Borsaların pazardan bir diğer farkı borsardaki muamelelerin mutavassıtlar vasıtasiyle icra edilmesinden ileri gelir. Mutavassıtlar bazı borsalarda kanunî bir inhisarı haizdirler. Fransadaki acentalar (Agent de change)'ın vaziyeti bu mahiyettedir. Adedi yetmişi bulan acentalar tıpkı noterler gibi nim resmî bir sıfatı haizdir. Bunlarda tamamile memur sıfatı yoktur; çünkü kimseye tâbi degildirler; tamamile serbest değildirler; çünkü bir takım kanunî kayıtlarla bağlanmışlardır.

Belçikada 30 Kânunusani 1935 tarihli kararname acentayı şöyle tarif eder: Bir eshamı umumiye borsasında vekil veya komisyoncu sıfatiyle esham umumiye üzerine alış veriş yapan kimsedir.

Belçika mevzuatı acentalık mesleğini sıkı bir surette tahdid etmektedir. Mevzuubahs kararnamenin 71 inci maddesi, acenta veya acenta muhabiri olmak için şu şartları koyar:

1 — Belçikalı olmak, hukuku medenîyeden sakıt olmamak.

2 — 25 yaşında olmak.

3 — Bir veya müteaddit acenta yanında bilfiil altı senelik staj yapmak.

4 — Biri ilmî diğerî meslekî olmak üzere iki imtihanda muvaffak olmak (Üç senelik yüksek tahsili ihtiva eden mektepten mezun olanlar ilmî imtihandan muaftır).

5—Acenta tablosunda beş senedenberi kayıtlı iki âza tarafından tavsiye edilmek.

6 — Borsa komisyonunca kabul edilmek.

7 — Kabulü takib eden 30 gün içinde, borsa nizamnamesince tesbit edilen hisse bedelini ödemek.

8 — Bir kefalet akçesi yatırmak.

Belçika mevzuatı bundan başka acentalık mesleğini himaye eder yollu hükümler de koymuştur.

Aynı kararnamenin 69 uncu maddesi (Bir menkul kıymet borsasının acenta tablosuna kayıt edelmedikçe bir kimse, ne nam altında olursa olsun, ne acenta ünvanını taşıyabilir, ne de acentalık mesleğini icra edebilir.) kaydını koymuştur.

Belçika mevzuatı bu meyanda diğer bir hukukî meseleyi de halletmiştir. O da oyundan mütevellit defi (exception de jeu) dir. Bir hakkın en esaslı vasfı müeyyideye malik olmasıdır.

Borçlar hukukunda bazı alacak hakları müeyyideden mahrumdur. Bunlara hukuk lisanında tabiî borçlar (obligations naturelles) derler. Kumar ve bahisden doğan borçlar bu meyandadır.

Bizim kanunda (Kumar ve bahis bir alacak hakkı tevlit etmez) kaydı vardı. Kumar insanı bazen zengin bazan de mahveden bir tesadüfe istinad eder. Bu itiyada karşı kanun vazıları şiddetli tedbirler almışlardır.

Belçika kanunu medenîsinin 1965 inci maddesi aynen bizim kanun gibi, kumar ve bahisden mütevellit borçların edası için hiç bir hakkı dava vermez. Yukarıda şemasını çizdiğimiz vadeli muamelelerle kumar ve bahisden mütevellit vecibeler arasında bir müşabehet vardır. Binaenaleyh mevzuubahs kanunun kumar ve bahse tatbik edilen hükümleri borsa muamelerine tatbik edilirse bu muamelelerin aksaması, hattâ durması tehlikesi vardır.

Halbuki iktisadî bakımdan memleketin can damarı olan bir müesseseyi atalete mahkûm etmek doğru bir hareket değildir.

Bu suretle kanunun kapattığı kapıyı, halin icaplarını daha iyi derpiş eden mahakim içtihadı açmıştır.

Bir emtia veya senedin müstakbel kıymetini tahminden ibaret olan spekülâsyonu mutlak surette kumar ve bahisden ayırmak gerektir.

Bu hususdaki kıstaslar çok dağınıktır. Bir misâl bize bu müşkülatı pek bariz bir şekilde gösterecektir.

Alıcı senedin bir ay sonra üç yüz lira edeceğini tahmin ediyor.
Satıcı » iki » ». » » » » » »

Teslim ve tesellüm anında senedin kıymeti üç yüz lira olur. Ve muamele de iki yüz elli üzerinden yapılırsa elli liradan ibaret olan farkı satıcı ödemek mecburiyetindedir.

Bu misali pek âlâ bahisle mukayese edebiliriz; şöyleki;

Taraflardan biri senedin bir ay sonra üç yüz liradan fazla değeceği hakkında bahse giriyor. Diğeri aynı senedin iki yüz liradan noksan düşeceğini bahsediyor. Oyunu kaybeden farkı ödeyecektir. Bu iki misâl arasında hakikatta hiç bir fark görülmediği halde birincisi borsa muamelesi, ikincisi bahisdir.

Belçikada 1867 tarihli kanun farka müstenid piyasayı (Marché différentiel) tesis etmiştir.

O zaman içtihadı mahakim ikiye ayrılıyordu.

1 — Farka müstenid piyasa bir oyuna alâmettir.

Çünkü, muamele yapan şahsın bu azîm muamelede teslim ve tesellüme istitaâtı maliyesi müsait olmadığı gibi senedatın fiatları da oldukça mütehavvildir.

2 — Farka müstenid piyasa caizdir. Mahakim içtihadı burada da bir tefrik yapmaktadır. Muameleyi yapan spekülâtörün profesyonel veya acemi olması hali vardır. Eğer spekülâtör bir profesyonelse spekülâsyon vardır, oyun mevzuubahs olamaz. Binaenaleyh muamele lüzum ifade eder. Binnetice kumar veya bahisten mütevellid defi dermeyan edilemez.

Muameleyi yapan bir acemise kumar veya bahis mevzuubahs olur. Binaenaleyh kumar ve bahisten mütevellid dava defi dermeyan olunabilir.

Hâkim bunu nasıl takdir edecektir?

Cevab verenler derler ki muamelenin lüzum ifade edip etmediği mutazarrırın şahsında aranmalıdır. Yani defi dermeyan eden bir acemise müracaatı nazarı itibare alınır. Aksi halde reddedilir. Belçikada 10-10-1934 tarihli Kral kararnamesi bu son içtihadı kabul etmiştir. Mütavassıtın meslekten olmayan sermayedarların vade ile verdiği emirde bir defi davaya mâruz kalmaması için, kararname, kanunî karşılık (couverture légale) kaydını ihtiva eder. Yani emri veren muamelenin icabettirdiği meblâğın dörtte birini mütavassıta peşinen tesviye etmeğe mecburdur. Bu karşılığı almadan muameleye girişen mutavassıtın bir hakkı davası kalmaz.

Borsa emirlerinin tâbi olduğu şartlar.

Bir çok kayıtlarla bağlanan acenta bazı borsalarda aşağı yukarı mutlak sayılan bir inhisardan da müstefit olurlar. Mevzuubahs kararnamenin 75 inci maddesinin 1 inci bendi «eshamı umumiye, döviz alım ve satımı emrinin ancak acenta, acenta muhabiri ve bankerlik vazifesini gören eşhas veya şirketce kabul olunabilir demekle» borsa emirlerinin alınmasına ve bu emrin icrasının ancak bir mutevassıtın müdahale edebileceğini sarih bir şekilde bildirmişdir. 75 (bis) inci maddenin son fıkrası ne acenta, ne acenta muhabiri ve ne de bankerin borsada icra edilecek bir emirde mukabil taraf (contre-partie) teşkil edemiyeceği hükmü vardır. bu hale nazaran bizim borsadaki tabirlerle mübayaacı, simsar gibi namlar taşıyan eşhas tam manasile bir mutavassıt vaziyetindedirler ve vazifeleri sadece hariçten

aldıkları emirleri icra etmektir. Kendileri muamelede taraf teşkil edemezler. Londra Nevyork, ve Bizim borsalardaki (jober cobber) ler bir istima teşkil eder. Bunlar kendi nam ve hesabına muamele yaparlar.

O halde borsada icra edilen her muamele bir borsa emri (ordre de bourse) ni mutavassıta verilmesini tazammun eder. Borsa emirlerinin birçok tarzları vardır. Bunları şöyle sıralıyabiliriz:

1) En müsaid fiyatla (les ordres au mieux).

2) Muayyen bir fiatla (les ordres à cours fixé ou limité).

3) Vasatî fiatla (les ordres au cours moyen)

4) Birinci veya en son fiatla (les ordres au premier ou dernier cours)

5) Takdire bırakılmış bir fiatla (les ordres à appréciation).

1) En müsaid fiatla (les ordres au mieux). — Bu gibi emirlerde fiata müteallik hiç bir kayıd yoktur. sermayedar muamele fiatı cihetinden mütevassıta tam bir serbestî vermiştir. En müsaid fiat en iyi fiatın müradifi değildir. bir esham veya tahvilin bir istikamette gösterdiği bariz bir temayül hali müstesnadır. Fakat umumiyetle kabul edilmiştir ki mutavassıtın bir emri icrada en müsait zamanı kat'iyetle kestirmesi imkânsızdır. Bunun için mutavassıt bu kabil emirleri mümkün olduğu kadar istical ile icra eder. Meselâ borsa saatından evvel alınan emri ilk olarak takarrür eden fiat üzerinden, borsa muamelesi cereyan ettiği sırada aldığı emri de alır almaz icra eder. Bu suretle hareket eden mutavassıt muhtemel şikâyetlerden kurtulmuş olur. En müsaid fiatla verilen emir en fazla icra edilmek imkânlarını taşıyan bir emirdir; meğer ki mukabil taraf (contre-partie) bulunamasın veya nakâfi olsun . . . En müsaid fiatla emir verilirken ekseriya en müsaid kaydı unutulur. Bunun için borsalarda yer bulan bir taamüle göre hiç bir kaydı ihtiva etmeyen bir borsa emri en müsaid fiatla icrası gereken bir emir telâkki olunur.

2) Muayyen veya mahdud bir fiatla (les ordres à cours fixé ou limité) .— Bu şekilde ita edilen emirlerin icrası borsa fiatı tayin edilen fiat haddine geldikte, alış mevzuubahs ise bu hadden aşağı düştükde, satış mevzuubahs ise bu hadden yukarı çıktığında tahakkuk eder.

Satın alma emrinde tayin edilen fiat bir azamî haddı gösterir. Müşteri bunun fevkinde bir fiatla satın alamaz. satma emrinde ayin edilen had bir asgarîyi gösterir. Mutavassıt ancak tayin edilen fiatı tecavüz eden bir hadde muameleye giriştiği zaman mes'ul olur.

Emir veren ekseriya kat'î bir had tayin etmek istemez. O zaman verdiği emre aşağı yukarı fiatla (environ) kaydını ilâve

eder. Bu takdirde mutavassıt nisbî bir serbestîyi haizdir.

Aslen Amerika pratiğinden olup Avrupaya da sokulan borsa emirlerinin hususî bir şekli vardır ki buna durdurma veya stop emri (Stop order or loss order) derler. Fransızlar buna tutma, tevkif emri manasına (ordre d'arrét) derler. Tayin edilen hadde varıldıkta, satın alma bu had aşıldıkta, satmada borsa fiatı bu hadden aşağı düştükte icra edilen bir emirdir. Meselâ emir veren beş yüz liraya stop emrile satışı işaret etmişse acenta bu senedi ancak borsa fiatı beş yüz dikte liraya veya beş yüz liranın dununa düştükte satabilir. Satın alma emrinde bu had bir asgarîyi ifade eder. Emir borsa fiatı beş yüz lirayı bulmadıkça veya bu mikdarı aşmadıkça icra edilemez. Görülüyor ki burada tayin edilen had muayyen veya mahdud fiatla verilen emirdekinin aksinedir. Bu kabil emirler daha ziyade spekülâtiv bir muamelenin zarar ve tehlikelerini tahfif zımnında yapılırlar.

3) Vasatî fiatla (les ordres au cours moyen) .— Vasatî fiatla verilen emirler muayyen günde tesbit edilen en yüksek ve en aşağı fiatların vasatii adedîsi üzerinden icra edilir. Eğer o günkü borsada bir tek fiat tesbit edilmişse bu fiat vasati fiata tekabül eder. Eğer hiç bir fiat tesbit edilmemişse emir ibtal edilir. Vasatî fiatla verilen emirler bir çok borsalarla metrûkdur. Eski İstanbul borsasında bu kabil emirlere tesadüf edilmediği gibi Brüksel borsasında da yeni mevzuat bundan bahsetmez. Paris borsasında rantlar üzerine verilen emirler müstesna olmak üzere 1920 tarihinden itibaren bu tarzda verilen emirlere tesadüf edilmez.

4) Birinci veya en son fiatla (les ordres au premier ou dernier cours).— Kelimenin de gösterdiği üzere bu emirler birinci ve sonuncu olarak tesbit edilen borsa fiatı üzerinden icra edilmek üzere ita edilen emirlerdir. Tabiatiyle bu emirlerin de icrası mukabil taraf bulunduğu nisbette mümkündür.

5) Takdire bırakılmış fiatla (les ordres à appéciation). — Bu emirlerin icrası veya ademi icrası mutavassıtın takdirine bırakılmış bir keyfiyettir. Büyük mikyasta esham ve tahvilât almak istiyenler ekseriya bu yolu ihtiyar ederler. Bu suretle mutavassıt yavaş yavaş ve en müsait fırsatlarda mübayaatta bulunarak büyük mikyasta bir emrin derhal icra edilmesi ile husule gelecek gayri tabiî fiat iniş ve çıkışlarının önüne geçilmiş olur. Almanlar bu emirlere borsa emri veren şahsın menfaatlarını koruyan emir manasına gelmek üzere (Interesse wahrend) derler.

*
* *

Verilen emir müteakib celselerde icra edilmezse ilânihaye muteber kalmaz. Bazı ahvalde bu emri veren, emrin ne kadar müddet için muteber kalacağını da zikreder. Bazen emir rücu edilinceye kadar muteber olmak üzere verilir. Bu taktirde emir verenin sarih bir surette rücuuna kadar emir bir hüküm ifade eder. Fakat bu kaydı ihtiva etse bile emrin muteber olmasının bir zamanla mukayyed olacağı bir çok borsa nizamnamelerinde tasrih edilmektedir. Ezcümle Paris ve Brüksel borsalarında vaziyet bu şekildedir. Meselenin halline tatbik edilecek kaideyi tayin eden mahallî taamüldür.

*
* *

Bibliyoğrafya

Bu makaleyi yazmak için Brüksel Üniversitesinde Profesör Olbrecht'in Opérations de Bourse adlı notları, yine aynı üniversitede Profesör Amy'nin Droit Commercial adlı notları ve Belçika Millî Bankasında Heyeti idare âzası M Ansiaux'nun Economie Politique tome II adlı eserleri esas tutulmak üzere aşağıdaki eserlere müracaat edilmiştir:

H. Truchy, Economie Politique Tome II.
M. Chlepner, Marché Financier
1928 tarihli Borsa Rehperi.
İbrahim Fazıl, İktisad, Cilt II.
1937 tarihli, Recueil des arrétés royaux.
H. Laufenburger, Le Commerce et l'Organisation des marchés.

902

No : 86

Cürümde Tekerrür — Recidive
(Recadere)

I

Yazan: *Hakkı HAKER*
Çorlu C.M.Umumisi

İlim sahasında cezacıları ilgilendiren problemlerden biri de cezanın şahsîleştirilmesi tezidir, arsıulusal toplantılarda çetin münakaşa ve müzakerelere yol açan bu teorinin modern ceza kanunlarında kuvvetli tesirler icra ettiği görülmektedir.

Pozitivist ekolün kuruluşundanberi önemle müdafaa etdiği bu tez geniş tatbik sahasını yeni İtalyan ceza kanununda bulabilmiş ve bu kanunun göze çarpan yeniliklerinden birini teşkil etmiştir [1].

İşlenen bir suçun içtimaî bünyede tevlid ettiği reaksiyon ve içtimaî mazarrat — nocuité sociale — ı kadar suç failini suç işlemeğe sevkeden sosyal ve psikolijik âmilleri ve bu meyanda suçlunun sübjektif hallerini tedkik ve analize etmek ceza hâkiminin mühim ödevleri arasında bulunmaktadır.

Bu münasebetle bir şahsın müteaddit suçlar işlemesi diğer bir deyişle suçların teaddüdü, ceza siyasetinden ne kadar önemli ise ilmî bakımından da o kadar incelemeğe değer bir mevzu bulunmasına nazaran ceza kanunlarında suç ve cezaların içtimaî ve cürümde tekerrür adlarile tedvin olunan bu iki müessese arasında bulunan farkları tebarüz ettirmek suretile yazımıza başlamak lâzımdır.

Bir şahsın işlediği suçlardan dolayı hakkında hüküm verilmeksizin veya hüküm tamamile infaz edilmezden evvel yeniden bir veya bir kaç suç işlemek suretile tekevvün eden suç ve cezaların içtimaî halini, işlediği suçtan ötürü hükmolunan ceza tamamile infaz dnilen veya kanunda yazılı sukut sebeplerinden birile düştükten sonra yeniden suç işlemek diğer bir deyişle tekerrürden ayırmak icabetmektedir.

Bu suretle yeniden bir suç işlemek suretile, suç faili ahlâkî redaetini, verilen cezadan beklenen neticelerin hasıl olmadığını ve içtimaî hayatta

[1] İtalya Adliye nazırı profesör Alfred Rocco'ya izafeten bu adla anılan yeni İtalyan ceza kanunu 19-6-930 da neşr ve 1-7-931 tarihinde meriyet mevkiine girmiştir.

tevlid ettiği aksülamel yüzünden tehlikeli bir şahsiyet olduğunu meydana çıkarmıştır.

Cemiyet; bunun için dirki bu gibi suç faillerine daha şedit aksülamelde bulunmağa ve mücadeleye girişmek zaruretinde kalması bu müessesenin kabulüne saik olan hallerdendir.

II

Suç ve cezaların içtimaı ile tekerrür arasındaki farklar

1 — İçtimada, işlenen suçtan ötürü hükmolunan ceza henüz infaz edilmemiş veya infazı ikmâl edilmezden önce suç işleme hali mevzuubahs olduğu halde tekerrürde; hükmolunan ceza infaz veya sukut sebeplerinden birile düştükten sonra kanunun tâyin ettiği müddet zarfında yeniden suç işlenmesi hali mevcuttur.

2 — Her iki müessese kanunumuz hükümlerine göre objektif arttırma sebebi mahiyetinde bulunmasına nazaran her birine tatbik olunan hükümler itibarile aralarında mevcut bulunan fark.

3 — İçtima, cezanın arttırma sebeplerinden bulunmakla beraber bir yandan da eksiltme sebebi olarak kabul edilebilir ki bu vasfı tekerrür hükümlerinde bulmak mümkün değildir [1].

4 — Tetkik olunacak tekerrüre ait talî hükümlerin tâtbikı bakımından mevcut olan farkları göstermek lâzımdır.

Tekerrürü, mütemîad ve müteselsil suçlardan da ayırmak lâzımdır. Tekerrür halinde her biri suç olan fiillere ayrı ayrı ceza verildiği halde, kasıddaki vahdet itibarile mütemadi ve müteselsil suçların bir suç addolunması ve binnetice arttırma suretile tek ceza verilmesi lâzım gelmektedir.

III

Klâsik ve Pozitivistlere göre Tekerrür

İki ekolün görüşleri birbirinden tamamen ayrıdır. Klâsiklere göre tekerrür, cezanın nevini değiştirmeyen kanunî teşdid sebebi olarak kabul edilmektedir.

Pozitivistler ise suçluların sınıflandırılmasına ve binnetice mücazatın tayininde rol oynayan hukukî bir hâl olarak kabul etmektedirler.

[1] A. nın işlediği ve T. C. Kanununun 456/4 maddesinin tatbikını icabettiren iki müessir fiil suçundan iki ay hapis cezası verilerek bu cezalar hakkında içtima kaidesinin tatbikı halinde bir ay yirmi güne indirilmesi icabeder.

Tekerrür hükümlerinin tatbikı halinde evelki mahkûmiyet infaz edildiğine nazaran ikinci suça verilen bir ay hapis cezasının altıda birinin ilâvesile bir ay beş gün ve neticeten iki ay beş gün ceza görmüş bulunması icabeder.

Yeni İtalyann ceza kanun bu fikre açık olarak temayül etmiştir [1].

Pozitivist ekole göre tekerrür, daimî surette cezayı teşdid edici bir sebep değildir ve görüşlerine nazaran tekerrür suçluda daima ahlakî redaetin mevcudiyetine kat'î surette delâlet etmez diyorlar.

Netekim Garofalo diyorki: «Pozitivist meslek için tekerrürün mutlak bir kıymeti yoktur, tekerrür cemiyete iras edilebilecek zararın bir nişanesi olup, evelki suçların mahiyeti ve ehemmiyeti tetkik edilmek suretile tekemmül eder. Bazı hallerde tekerrür, mücrimin salâh kabul etmediğini yani ceza tehdidleri karşısında hissizliğini yahut hemcinslerini düşünmek hassasından tamamen mahrum olduğunu gösterir. Diğer hallerde tekerrür hiç bir şeyi isbat etmez.

Bilhassa muayyen bir şahıs hakkında tesirsiz kalmış cezayı değiştirerek o şahıs üzerinde tecrübe edilmemiş bir cezanın tatbiki noktasından nazarı itibare alınmak icabeder demektedir [2].

IV

Muhtelif mevzuata göre Cürümde Tekerrür

A — Fransız Ceza Kanununa göre tekerrür:

Kodpenalde mevcut tekerrür hükümlerini telhis etmek müşküldür. Bununla beraber o kanunun 56, 57, 58, 474, 478, 482 ve 483 ncü maddelerile 27-Mayıs-1885 tarihli kanun hükümlerini tetkik etmek lâzımdır.

Bu kanuna göre bir suçlu kat'î surette mahkûm olduktan sonra ikinci bir suç işlemekle mükerrir olur ve bu kanunda terhibi mücazatı müstelzim cinayetlar, tedibi mücazatı müstelzim cünhalar ve nihayet tekdiri mücazat tatbik edilen kabahatlar; birbirlerine karşı tekerrüre esas olabilmektedir.

Klâsik bir tasnife göre:

1 — Cinayetlerde tekerrür (Madde: 56),

2 — Cinayetlerle bir seneden fazla hapsi müstelzim cünhalarda tekerrür, (Madde: 57),

3 — Bir seneden fazla hapsi müstelzim cünhalarda tekerrür (Madde: 58/1 (Grande récidive correcionnelle),

4 — Bir seneden az hapsi müstelzim cünhalarda tekerrür (Madde: 58/2 (Petite récidive correctionnelle),

5 — Kabahatlarda Tekerrür.

27-Mayıs-1885 tarihli kanunda yazılı suçlarda bu mükerrer olanların müstemlekelere nefy « Relégation» — cezası tatbik olunmaktadır.

[1] Bu kanun suçluları normal, anormal suçlular ve çocuklar olmak üzere üç sınıfa ayırmış ve bunlardan normal suçluları da: mükerrirler, profesyonel, itiyadî ve temayülî suçlular namı altında ayrıca tasnife tâbi tutmuştur.

[2] Majno Adliye vekâleti tercümesi cilt I. s. 433

B — İsviçre kanununa göre tekerrür:

Bir suçtan dolayı hükmolunan ceza infaz veya itiyadî suçlularla uyuşturucu madde kullananların cezalarını çekmeğe mahsus hususî ceza evinden [1] serbest bırakıldıktan itibaren cürümlerde beş, kabahatlarda bir sene içinde tekrar bir suç işlediği takdirde ceza arttırılır.

Bu arttırmada hâkim, o cins ceza için kanunun tayin ettiği azamî müddetle bağlı olup o suç için kanunda gösterilen ceza mikdarile mukayyet değildir (Madde: 67, 108).

C — İtalyan Ceza Kanununa göre tekerrür:

Bu kanunun hükümleri kanunumuz hükümlerinin hemen hemen aynıdır. Daimî tekerrürde, mükerrire işlediği ikinci suçdan dolayı verilecek ceza 1/6 nisbetinde arttırılır. Ancak,

1 — İşlenen suç birinci mahkûmiyete esas olan suç cinsinden ise,

2 — İkinci suç birinci mahkûmiyetden itibaren beş sene içinde işlenmiş ise ,

3 — İkinci suç birinci mahkûmiyetin infazı veya gizlenme esnasında işlenirse,

Bu takdirde arttırma nisbetide 1/2 dir (M.99,100, 101).

Ç — Alman kanununa göre tekerrür:

Umumiyetle tekerrür arttırma sebebi değildir. Ancak bazı suçlarda hırsızlık, dolandırıcılık, eşyayı cürmiyeyi satın almak gibi bazı suçlarda tekerrür cezanın teşdidini müstelzimdir.

D — 1274 tarihli eski ceza kanunumuza göre tekerrür. Bu kanunda tekerrüre aid sarih hükümler bulunmamaktadır.

V

Tekerrürün Tarifi

«Kat'iyet kesbetmiş bir hükümle mahkûm olan bir şahsın cezası infaz veya sukut sebeplerinden birile ceza düştükden sonra kanunun tayin ettiği müddet zarfında yeniden bir veya bir kaç cürüm işlenmesi» şeklinde tarif olunabilir.

VI

Tekerrürün Şartları

1 — Tekerrüre esas olan birinci mahkûmiyeti infaz veya cezayı düşüren sebeplerden birile düşmüş olması veyahut müebbed ceza hükmü bulun-

[1] Aynı kanunun 44 ve 45 inci maddeleri.

906

malıdır [1].

Bu suretle tekerrür ahkâmının tatbiki için mahkûmiyeti sabıkanın kesbi kat'iyet edip etmediğinin ve infaz edilip edilmediğinin lâyıkile tetkiki icabetmetedir [2].

Tekerrüre esas olan mahkûmiyeti sabıka, şahsî hürriyeti bağlayıcı ceza ile beraber para cezası da birlikte hükmedilmiş ise bu cezaların tamamen infaz edilmiş bulunması lazımdır [3].

Diğer bir noktada, hapis ile beraber emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezası da birlikte hükmedilen hallerde tekerrür hükümlerinin tatbiki için fer'î ceza olan bu cezanın infaz edilmemiş olması tekerrür hükümlerinin tatbikına mâni değildir [4].

Tecil olunan bir mahkûmiyeti müteakip tekrar suç işleyen bir suç failinin ikinci suçundan dolayı tekerrür hükümlerinin tatbiki icabedip etmiyeceği hususunun da düşünülmesi lâzımdır.

T.Ceza kanununun 94 üncü maddesinde :« . . . . Yeniden veya daha ağır cezayı müstelzim bir cürüm işlerse tecil olunan ceza çektirilmekle beraber sonraki cürüm cezasının dahi şartlarına muvafık olduğu takdirde tekerrürden dolayı arttırılacağını» mahkûma ihtar edilmesi icabedeciğine nazaran tekerrür hükümlerinin tatbik edilmesi zarurî bulunmakta ise de kanunumuzun kabul ettiği esasa göre cezanın infaz veya sukut sebeplerinden

---

[1] Bu şarta ait Temyiz kararları:

1 — Kesbi kat'iyet edip infaz edilmiyen mahkûmiyetler, tekerrüre esas ittihaz edilemez.

(4 üncü Ceza dairesinin 18-5-935 gün ve 2691 sayılı kararı)

2 — Mahkûm olduğu cezayı tamamen çekmeden diğer bir suç işleyen kimse hakkında Ceza kanununun 77 nci maddesinin ikinci fıkrasındaki nisbetler dahilinde içtima hükümleri tatbik olunur

(1 inci Ceza dairesinin 13-7-935 gün ve 2042 sayılı kararı)

3 — Madde tayini suretile işlenen hakaretin tekerrüre esas olabilmesi için mahkûmun evvelce tayin edilen cezasını tamamen çekmiş ve para cezasının infaz edilmiş bulunması kanunen muktazidir.

(4 üncü Ceza dairesinin 13-9-935 gün ve 4175 sayılı kararı)

4 — Mahkûmiyeti sabıka ve infaz keyfiyetinin mahkeme kaydına istinad etmesi lâzımdır.

(2 inci Ceza dairesinin 31-1-933 gün ve 495 sayılı kararı)

[2] 11-5-934 gün ve 2090 sayılı tamim.

[3] Temyiz Mahkemesinin kararları:

1 — Tekerrür esasının tatbiki için kanunen Mahkûmun evvelce tayin edilen cezasını tamamen çekmiş ve para cezasının infaz edilmiş bulunması lazımdır.

(4 üncü Ceza dairesinin 13-9-935 gün ve 5220 sayılı kararı)

2 — Fer'î olan para cezaları infaz edilmedikçe tekerrür tatbik olunmaz.

(4 üncü Ceza dairesinin 13-9-934 gün ve 4175 sayılı kararı).

[4] Emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezasının infaz edilmemiş olması tekerrür hükümlerinin tatbikına mâni değildir.

(C.U.H.nin 17-5-937 gün ve 207 sayılı kararı).

BİLLİ KÜTÜPHANE ANKARA

birile düşmüş bulunması iktiza ettiğine göre tecil vaziyetini bu şekilde kabule imkân bulunmaması ve maddede yazılı olduğu üzere «şartların tahakkuk etmemesi» fıkrasından istifade edilerek tekerrür hükümlerinin tatbiki cihetine gidilmemesi lâzımdır.

Bu suretle tatbik kabiliyeti bulunmayan bu maddenin ilgası arzuya şayandır. [1]

Askerî Ceza kanununun 42/1 inci maddesinde :« bu hüküm evvelce verilen ceza kısmen tenfiz veya hususî af yolu ile düşmüş olsa bile tatbik olunacağı» kabul edilmiş bulunmasına göre tatbik ettiğimiz şartın istisnasını teşkil etmektedir.

2 — İkinci suç, tekerrür kaidelerinin tatbikını icabettiren birinci mahkûmiyetin infaz veya sukutundan itibaren kanunen muayyen olan müddet « beş seneden fazla muhkûmiyetlerde on ve diğer cezalarda beş sene» içinde işlenmiş bulunmalıdır [2].

3 — Mahkûmiyeti sabıkanın affe (Amnistie) uğramamış bulunması lâzımdır. Kanunumuzun 97 nci maddesine göre umumî af hukuku âmme davasını ve hükmolunan cezaları bütün neticelerile birlikte ortadan kaldıracağına nazaran tekerrür hükümlerinin tatbikında bu cihetin düşünülmesi ve tetkik edilmesi lâzımdır [3].

---

[1] 94 üncü maddede cezası tecil edilen mahhûm hakkında vâki olacak ihtar sırasında yeniden hapis veya daha ağır cezayı müstelzim bir cürüm işlerse tecil olunan ceza çektirilmekle beraber şartları muvafık olduğu takdirde tekerrürden dolayı cezanın arttırılacağı hakkındaki kayıt 81 inci maddede kabul edilen tekerrür esasına muhalif ve çünkü müeccel bir cezanın infazı cihetine gidilemeyeceği cihetle tekerrüre esas olamayacağı bedihî bulunmuş ve bu fiilin hükmü kat'iyi tekerrüre esas ittihaz eden İstanbul ceza kanunu komisyonunun noktai nazarını ihtiva etmek itibarile T.C. Kanununun esasatı hazırasile mukayese edilmeksizin kanuna ilâve edilmiş olmasına göre mezkûr 94 üncü maddenin kabiliyeti tatbikiyesi bulunmadığı ve çünkü mezkûr madde hükmünce şartların tahakkukuna imkânı kanunî bulunmamaktadır.

(C.U.H. in 31-5-934 gün ve 2090 sayılı kararı).

[2]Tekerrüre esas tutulan fiillerin hangi tarihlerde işlenmiş olduğunun ve yaş gibi tekerrürün tatbikına mâni hallerin bulunup bulunmadığının tahhiki lâzımdır.

(1. inci Ceza dairesinin 21-9-936 gün ve 8308 sayılı kararı).

[3] Bu şartla alâkalı Temyiz kararları:

1 — Umumî af dolayısile bütün neticelerile beraber ortadan kalkmış olan mahkûmiyetler tekerrüre esas tutulamaz.

(1.inci Ceza dairesinin 17-9-936 gün ve 4930 sayılı kararı)

2 — Tamamı affe tâbi tutulmuş olan bir ceza tekerrüre esas olamaz.

(1. inci Ceza dairesinin 10-8-936 gün ve 813 sayılı kararı)

3 — Af kanununun neşrinden evvel infaz edilmiş mahkûmiyetler dahi affın şumulüne dahil olduğundan tekerrüre esas teşkil etmez.

(2. inci ceza dairesinin 6-7-936 gün ve 8529 sayılı kararı).

4 — Suçlunun infaz olunduğu anlaşılan mahkûmiyeti sabıkasının affa tâbi olması itibarile tekerrüre esas ittihaz olunmayacağı düşünülmeden tekerrür hükümlerinin tatbikı yolsuzdur.

908

Hususî affa uğrayan mahkûmiyetlerden sonra işlenen suçlardan dolayı ceza tayin edilirken tekerrür hükümlerinin tatbik edilmesi lâzımdır (T.C.-Kanununun 98 ve Askerî Ceza kanununun 42/1 inci maddesi).

4 - Tekerrür hükümlerinin tatbikını icabettiren suç cürüm olmalıdır. Bu münasebetle tekerrüre esas olmayan suçları tetkik etmek lâzımdır.

A — Türk ceza kanununun 87 inci maddesinde yazılı olduğu üzere;

1) Kabahat fiilinden dolayı sadır olan hükümler bir cürüm vukuunda ve cürme müteallik hükümler kabahat vukuunda;

2) Tedbirsizlik ve dikkatsizlik ve meslek ve san'atın icrası hususunda tecrübesizlik ve emirlerle nizamlara riayetsizlik neticesi olarak işlenilen cürümler diğer cürümler mukabilinde ve sair cürümler bunlar mukabilinde [1].

3) Sırf askerî cürümler hakkında sadır olan hükümler;

Askerî Ceza kanununun 42/1 inci maddesine göre askerî mahkemeler tarafından askerî cürümlerden dolayı verilen hükümler infaz olunduktan sonra muayyen olan müddet içinde aynı askerî cürüm işlendigi takdirde tekerrür hükmünün tatbik olunacağı yazılı bulunmasına nazaran, sırf askerî cürümlerin, Türk Ceza kanununda yazılı cürümlerle karşılaştığı takdirde tekerrür ahkâmının tatbik edilemeyeceğini anlamak icabeder.

4) Yabancı memleketler mahkemelerinden verilen hükümler;

İsviçre ceza kanununa göre ecnebi memleket mahkemeleri tarafından hükmedilerek infaz edilen mahkûmiyet hükümlerinin tekerrüre esas olacağı kabul edilmiştir. Ancak bu mahkûmiyet, suçluların iadesine cevaz verilen suçlardan olması şartına mütevakkıf bulunmaktadır (aynı kanunun 67/2-inci maddesi).

Kanunumuza göre bu kaydın istinaları: Paralarda, itibarı âmme kâğıtlarında veya kıymetli damgalarda sahtekârlık suçlarından bahis altıncı faslın birinci faslındaki 316, 317, 318, 319 320, 324, ve 331 inci maddelerile ikinci fasıldaki 332 ve 333 üncü maddelerde yazılı suçlarden dolayı verilen hükümler tekerrüre esas olabilir.

Bu suretle bir türk mahkemesinden — İstiklal mahkemelerile Divanı âliden sadır olan hükümler de aynı mahiyetttedir — verilen hükümler tekerrüre esas olur

B — Islahı nefs ve ihtiyatî tedbir mahiyetinde hâkim tarafından tatbik olunan tedbirler [2];

[1] T.C. kanununun 455 ve 459 uncu maddeleri.

[2] Islahı nefs için verilen hapis cezaları tekerrüre esas olamaz.
(1. inci Ceza dairesinin 3-9-927 gün ve 4631 sayılı kararı)

(4 üncü Ceza dairesinin 1-6-936 gün ve 5104 sayılı kararı).

5 — Suçlunun aftan istifade ettirilmesi için yeniden mahkûmiyeti intaç etmiş olan suçların mükerrirlik müddeti içinde vukuu şarttır.

(4 üncü Ceza dairesinin 20-2-936 gün ve 1547 sayılı kararı).

6 — 2330 sayılı kanunun neşrinden evvel infaz edilmiş olmakla beraber bu kanunun şumulüne giren ceza mahkûmiyetleri tekerrüre esas tutulmaz.
(7-2-936 tarihli tevhidi ictihad kararı).

89

(T. C. Kanununun 46, 53 ve 54/4 üncü maddeleri)

5 — Son işlenen cürüm evvelki mahkûmiyete sebep olan cürüm cinsinden olmalıdır.

Bu şart ancak mukayyet tekerrür için mevzuubahistir.

İki suçun aynı cinsten olup olmadığını tâyin edebilmek için (T. C. Kanununun 86 ıncı maddesi);

1) Aynı maddei kanuniyeye tetabuk eden veya kanunun bir faslında münderiç bulunan cürümlerden olması;

2) Devletin emniyeti aleyhine işlenen cürümler;

3) Resmî memurlar tarafından memuriyetlerine ait vazifelerin ihlâli veya memuriyetin suiistimali suretile işlenen cürümler;

4) Siyasî veya dinî hürriyetlere müteallik cürümlerle dinî memurların vazifeleri esnasında yaptıkları suiistimalât;

5) İcra ettikleri vazifeden dolayı hükkâm ile memurlar ve Devlet idaresi ve âmmenin nizamı aleyhine irtikâb olunan cürümler;

6) Cürüm tasnii ve yalan şahadet ve yalan yere yemin ve avukatlarla dava vekillerinin vazifelerini suiistimal cürümleri;

7) Âmmenin selâmeti aleyhine işlenen cürümler;

8) Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhine işlenen cürümler;

9) Adam öldürmek ve eşhasa karşı müessir fiil cürümleri (Şahıslar aleyhindeki cürümlere mahsus babın birinci ve ikinci fasıllarında münderiç cürümler);

10) Hırsızlık, yağma ve garat, ifşai sır tehdidile temini menfaat ve dolandırıcılık ve emniyeti suiistimal ve eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak ve hileli iflâs maddelerinde ve Devlet memurlarına intisab iddiasile menfaat temin eylemek — üçüncü babın dokuzuncu faslının son maddesile — onuncu faslının 276 ıncı maddesinde ve paralarda, itibarı âmme kâğıtlarda veya kıymetli damgalarda sahtekârlık — altıncı babın birinci faslının ilk beş maddesinde ve ticaret ve sanayie ve müzayedede hile, fesad karıştırmak ve beşinci faslında — umumun sıhhatına, yenilecek ve içilecek şeylere müteallik cürümler — ve beşinci faslında ve yedinci babın üçüncü faslının ilk beş maddesile son maddesinde muharrer bilcümle cürümler — bir cinsten addolunur. [1]

[1] Temyiz kararları:

1 — Tekerrürü cürümde cins esası kabul edilmiş ve kanunu Cezanın 86 ıncı maddesinde aynı cinsten mâdut olan suçlar gösterilmiştir. Cürümde cins ile nev'in tefriki lâzımdır. 86 ıncı maddenin her bendinde münderiç suçlar aynı cinsten addolunup bir fıkrasında gösterilen suç ile diğer fıkrada muharrer suçun bir cinsten addine mesağı kanunî yoktur.

(C. U. Heyetinin 29-9-930 gün ve 109 sayılı kararı).

2 — Tekerrürde fiili şenî ve cerh ef'alinin bir cinsten addile tekerrüre esas ittihazı yolsuz ve tekerrür ahkâmının sine takdimi mugayiri kanundur.

(1. inci Ceza dairesinin 17-10-928 gün ve 6201 sayılı kararı).

910

VII

Tekerrürün Enva

1 — Mutlak tekerrür (Umumî tekerrür)

2 — Mukayyed tekerrür (Hususî tekerrür)

olmak üzre iki kısımdır.

1 — Mutlak tekerrür, Ceza kanununda yazılı hükümlerden her hangi birinin def'atle ihlâli diğer bir deyişle son işlenen suç, mahkûmiyeti sabıkada irtikâb olunmuş suç cinsinden bulunmamasına bağlıdır (T. C. Kanunu Madde: 81/1) [1].

2 — Mukayyet tekerrür, son işlenen suç evvelki mahkûmiyete sebep olan suç cinsinden bulunduğu takdirde mukayyet tekerrür hükümleri tatbik olunur (T. C. K. Madde: 81/2) [2].

VIII

Tekerrür hükümlerinin tatbikında nazara alınacak noktalar

1 — Tekerrür hükümlerinin tatbikında mutlak veya mukayyed tekerrür hallerinin tefrik ve tasrihi lâzımdır [3].

2 — Aynı zamanda hem mukayyed ve hem de mutlak tekerrür hükümleri tatbik olunamaz ve her iki nevi tekerrür içtima ettiği zaman daha ağır olan mukayyed tekerrür hükümlerinin tatbiki ile iktifa olunmalıdır [4].

3 — Başka bir cezadan çevrilen ceza, asıl ceza mahiyetinde addolunarak tekerrür hükümleri tatbik ve nazara alınmalıdır (T. C. K. Madde: 88).

4 — Ceza tertibinde arttırma ve eksiltmeyi müstelzim sebepler içtima ettiği zaman arttırma ile işe başlanması ve bu meyanda tekerrür ahkâmının

---

[1] Bu cihetle alâkalı kararlar:

1 — Aynı cinsten olmayan mahkûmiyeti sabıkadan dolayı yalnız tekerrürü mutlak cereyan eder.

(1 inci ceza dairesinin 7-8-927 gün ve 4169 sayılı kararı).

[2] Tekerrürü mutlakla mukayyedin içtimaı halinde daha ağır olan mukayyed tekerrür ahkâmının tatbikile iktifa olunması icabeder.

(2. inci Ceza dairesinin 28-6-935 gün ve 6587 sayılı kararı).

[3] Cezanın arttırılmasını mucib olan tekerrürü mutlak veya mukayyed olduğunun tasrih edilmesi lâzımdır.

(4. üncü Ceza dairesinin 25-2-932 gün ve 750 sayılı kararı).

[4] Evvelki mahkûmiyetten dolayı hem tekerrürü mukayyed ve hem de mutlak tekerrür tatbik edilemez.

(1 inci Ceza dairesinin 2- 11- 932 gün ve 3155 sayılı kararı).

en sonra tatbik edilmesi lâzımdır (T.C.K.Madde: 29) [1].

IX

Tekerrürün hükümleri

I — Tekerrüre ait umumî hüküm.

II — Tekrrüre ait talî hükümler olmak üzere iki cepheden tetkiki lâzımdır.

I — Tekerrüre ait umumî hüküm:

Kanunumuza göre tekerrür cezanın teşdidini mucib objektif arttırma sebebidir (T.C.K. Madde 81, 82 ve 85).

Bu maddelerde yazılı hükümleri tetkik edebilmek için cezanın müebbed veya muvakkat olduklarına göre tasnif etmek lâzımdır.

1) Ceza müebbed olduğuna göre,

A — Tekerrüre esas olan cürümle, eski mahkûmiyet müebbed ağır hapsi müstelzim ise hükmolunacak ceza; ölüm cezasıdır (T.C.K. 82 inci maddesinin son fıkrası).

B — Müebbed ağır hapse mahkûm olan şahıs bir veya bir kaç cürüm işleyipte bu cürümlerin cezası muvakkat ağır hapsi müstelzim ise bu ceza —cezalar mecmuu—nun sekizde biri, hapis onda biri kadar hücrevî tecrid müddeti uzatılır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre tecrid ağır hapislerde üç, hapislerde iki seneyi tecavüz edemez.

Kanunumuzun 13 üncü maddesinin (A) fıkrasında hücrevî tecridin altı ayı tecavüz etmiyeceği yazılı ise de tekerrür icabı yukarıda yazılı hadde kadar uzatılması bu kaidenin istisnasını teşkil etmektedir.

2) Ceza muvakkat olduğuna göre, tekerrürün mutlak veya mukayyed olduğuna göre hükümleri değişir.

a — Mutlak tekerrürde son işlenen suç için hükmolunacak ceza altıda bire kadar arttırılır (Madde: 81/1).

---

[1] Temyiz kararları:

1 — Tekerrürün en son tatbik edilmesi 29 uncu maddede gösterilen tertip iktizasındandır.

(. inci Ceza dairesinin 28-6-932 gün ve 3432 sayılı kararı).

2 — Tekerrür hükümlerinin içtimadan evvel tatbik edilmesi lâzımdır.

(Ceza Umumî Heyetinin 16-12-935 gün ve 286 sayılı kararı).

3— Teaddüd eden suçların cezaları tekerrür hükümleri dairesinde teşdid edildikten sonra içtima kaidelerine tevfikan tevhid edilmeleri lâzımdır.

(Ceza Umumî Heyetinin 4-3-935 gün ve 156 sayılı kararı).

4 — 3038 sayılı kanunun meriyetinden evvel hükme iktiran etmiş suçlardan mütevellid tekerrürlerde eski ve yeni suçlar para cezasından gayri aynı veya muhtelif neviden cezayı müstelzim olduğu takdirde 81 inci, her iki suç için tertip olunan para cezası ise 84 üncü maddenin tatbiki lâzımdır (16 sayılı tevhidi içtihat kararı).

5 — Tekerrür hükümlerinin teşebbüsden evvel tatbiki yolsuzdur.

(2. inci Ceza dairesinin 3-8-935 gün ve 7441 sayılı kararı).

912

b — Mukayyet tekerrürde arttırma nisbeti altıda birden üçte bire kadardır (Madde: 81/2).

Ancak işlediği suçlardan dolayı her birinden üç aydan fazla olmak üzere iki defa veya daha fazla şahsî hürriyeti bağlayıcı cezalarla mahkûm olan şahıslar tarafından mükerrirlik için kanunun tayin etmiş olduğu müddet zarfında yeniden işlenen cürmün cezası iki buçuk seneden aşağı olursa mezkûr ceza müddeti yarı ve sair hallerde üçte biri nisbetinde arttırılır.

Tekerrür dolayısile artırılan ceza mikdarı ağır hapis ve hapiste otuz seneyi geçemez. (Madde: 85).

Kanun vazıı kabul etmiş olduğu bu hükümle ikiden fazla suç işleyen mükerrirlerde mevcud ahlâkî redaeti ve cezalarının mikdarı itibarile bunlara karşı daha şedit bulunmak meburiyetinde kalmıştır.

Tekerrür hükümlerinin tatbikatında nazara alınacak noktalardan biri de tekerrürden dolayı zammolunacak mıktar, evvelki suç için hükmedilmiş olan cezaların en ağırından ziyade olması lâzımdır. (Madde: 81/3) [1].

84 üncü maddeye göre tekerrür halinde hümedilecek ağır para cezaları, 19 uncu maddeye göre hapse çevrilmesi icabettiği takdirde hapis müddetinin beş seneyi tecavüz edemeyeceği yazılıdır.

Diğer bir noktada, mahkûmiyet veya sonraki suçlardan biri para cezası veyahut sürgün olupta ikinci suç bir ceza olduğu takdirde tekerrürden dolayı yapılacak zam mikdarının tayininde 19 ve 40 ıncı maddelerde yazılı nisbetlerin gözetilmesi icap etmektedir. (Madde:81 son Fıkra.)

Tekerrürün, teşdidi cezaya taallûk eden bu hükümden başka muhtelif kanunlarda ve T. C. Kanununun diğer maddelerinde ayrı hükümler mevcuttur. [2]

Bu hükümleri iki kısımda tetkik etmek lâzımdır.

a) Türk Ceza kanununda tesadüf olunan Hükümler:

1 — Aralarında evlenme akdi yok iken evlenmenin dinî merasimini yaptıklarına muttali oldukları kimseleri salâhiyetli makama bildirmekte ihmâl gösteren muhtarlar bu suçtan mükerrir oldukları takdirde, (Madde: 237 son fıkrası).

2 — Başkasının hendek veya sabit çit veya daima parmaklık ile çevrilmiş olan yerine duhule hakkı olmadığı halde keyfî olarak girer veya bu yerden geçmek suçundan mükerrir olanlar (Madde: 520/2).

3 — Bir kimse salâhiyetdar merciden halkın huzur ve rahatını muhafaza zımmında vukubulan tenbihata riayet etmiyerek umuma mahsus temaşa ve

[1] Tekerrürden dolayı zammı lâzımgelen mikdarın, eski mahkûmiyetteki cezaların en ağırından fazla olmaması lâzımdır.

(1. inci Ceza dairesinin 11-7-985 gün ve 1891 sayılı kararı).

[2] Hususî kanunlarda hilâfına sarahat olmadıkça T. C. Kanununda yazılı tekerrüre ait umumî ahkâmın tatbiki zaruridir.

913

müsabaka yerleri açar yahut bunları açık tutmaktan mükerrir olanlar (Madde:539/2).

4 — Açılması salâhiyettar merciin müsaadesine mütevakkıf olan iş idarehanesi veya her hangi bir taahhüt müessesesini ruhsatsız açmaktan mükerrir olanlar (Madde: 541/2)

5 — Yukarıda yazılı iş idarehanesi veya her hangi bir taahhüt müessesesi müdürü kanunen tayin edilen veya salâhiyettar merci tarafından verilen tenbihata mugayir hareketten mükerrir olanlar (Madde: 542/2)

6 — Tutulacak defftere kaydetmek veya beyanname veya ihbarname vermek mecburiyeti hakkında nizamın tayin ettiği kaidelere tevfiki hareket etmeksizin ücretle bir kimseye yatacak yer vermek veya pansiyoner olarak kabul etmekten mükerrir olanlar (543/2).

7 — İş işlemeğe salih olduğu halde dilencilik ederken tutulmaktan mükerrir olanlar (Madde: 544/2).

8 — Gürültü veya velvele ile mutad hilâfı olarak çan ve alâtı saire çalarak yahut kanun ve nizam ahkâmına muhalif surette gürültülü bir meslek ve sanat icra eyleyerek halkın veya meclis ve mahfellerin meşguliyet veya huzur ve rahatını ihlâl etmekten mükerrir olanlar (Madde: 546/3).

9 — Umuma mahsus veya umuma açık yerlerde kumar oynamak ve oynatmaktan mükerrir olanlar (Madde:567/1).

10 — Umumî veya umumun girebileceği yerlerde sarhoş olarak başkasına tecavüz ve umumun istirahatını selbetmekten mükerrir olanlar (Madde: 572).

11 — Kıymetli eşya veya eşyayı müstamele ticaretile veya rehin almakla meşgul olupta bu gibi ticaret ve mesleğe dair olan nizamat ve kavanin ahkâmına riayet etmemekten mükerrir olanlar (Madde: 581/2).

12 — Dükkân ve mağaza sahipleri, kanunun tayin ettiği kile ve tartı ve ölçünün gayrı bir kile ve tartı ve ölçü kullanmaktan mükerrir olanlar (Madde: 584/2).

b) Diğer kanunlarda mevcud hükümler [1]:

1 — 21-Haziran-927 gün ve 1117 sayılı küçükleri muzır neşriyattan koruma kanunu (madde:7).

2 — 24-Mayıs-928 gün ve 1262 sayılı ispenciyarî ve tıbbî müstahzerler kanunu (Madde: 18)

3 — 17-Nisan-929 gün ve 1423 sayılı ağıllar hakkında kanun (Madde: 7)

4 — 10-Haziran-930 gün ve 1700 sayılı ticarette tağşişin men'i ve ihracatın mürakabe ve korunması hakkında kanun (Madde: 6)

5 — 20-Mart-931 gün ve 1782 sayılı ölçüler kanunu (Madde: 24)

6 — 11-Haziran-936 gün ve 3039 sayılı çeltik kanunu (Madde: 27 ve 28)

7 — 8-Haziran-936 gün ve 3008 sayılı iş kanunu (Madde: 109, 111, 120, 121/3 ve 126)

[1] Yazılı hükümler istikraî değildir.

914

8 — 25-Temmuz-931 gün ve 1881 sayılı matbuat kanunu (Madde: 7, 8, 37, 42 ve 48

9 — 31-Mayıs-935 gün ve 2253 sayılı uyuşturucu maddeler inhisarı hakkında kanun (Madde: 15)

10 — 7-Mart-938 gün ve 2/8119 sayılı mülkî memurların sicilleri üzerine tekaüdlüklerini icrası ve teskiye varakaları hakkında nizamname (Madde: 10)

II — Tekerrüre ait tâli hükümler

1 — Kasden ve hataen katil [1] ve 493 üncü maddede yazılı hırsızlık cürümlerinden birile mükerrir olanların meşruten tahliyeleri için muktazi müddetin hesabında 13 üncü maddede yazılı istifadenin yarısı nisbetinde hak kazandıkları nazara alınarak meşruten tahliye müddetinin hesaplanması (T.C.K. Madde: 16/2)

2 — Adlî tevbihten mükerrirlerin istifade edememesi (T.C.K.Madde: 26)

3 — Cezanın infaz veya müruru zaman ile sukutundan itibaren memnu hakların iadesi için kanunun tayin etmiş olduğu müddet, mükerrirler için iki kat olması (T.C.K. Madde: 123)

4 — Bir cürümden mahkûm olan kimse müruru zaman cereyan ettiği sırada mahkûm olduğu cürüm cinsinden diger bir cürüm işlemekle müruru zamanın katolunması. (T.C.K. Madde: 114)

5 — 522 inci maddede yazılı tenzilâttan mükerrirlerin istifade edememesi.

6 — Mükerrirlerin cezasının tecil olunamaması.

7 — Mahkûmiyetleri bir aydan fazla ve kendileri mükerrir olmıyan kadın ve çocukların cezalarının oturdukları yerlerde çekebilmeleri (T.C.K. Madde: 21)

8 — Mükerrirlerin, tevkiften kefaletle vazgeçilme talebinde bulunamamaları (C.M.U.K. Madde: 117)

9 — a) 7-1-932 gün ve 1918 sayılı kaçakçılığın men ve takibine dair kanunun 58/2 inci maddesine göre kaçakçılıktan sabıkası olanların muhakemelerinin mevkufen cereyan etmesi.

b) kaçakçılık mükerrirlerine muvakkat sürgün cezası verilmesi (Aynı kanunun 42/2 inci maddesi)

X

Mükerrirliğin tesbiti

Ceza siyaseti noktasından çok önemli olan suçla mücadele, tekerrür hükümlerinin lâyıkile tatbikını icabettirmektedir. Bunun içindir ki bu gibi suçların cemiyet hayatındaki tehlikeli durumlarını bertaraf için tekerrür

[1] T.C.K. Madde: 448-452

915

hükümlerinin taibikında hassas davranılması zarurî bulunmaktadır, bu da,

1 — Mukaddem mahkûmiyetin tesbiti

2 — Suçlunun hakikî hüviyetinin tesbiti ile kabildir.

1 — Mukaddem mahkûmiyetin tesbiti, Adlî sicil (Casier judicaire) teşkilâtının tekemmül ve ihyasına bağlı bulunmaktadır. Her ne kadar mevzuatımız arasında 25-Nisan-1332 tarihli sicilli Adlî nizamnamesi ve tatbikı hakkında 12-Mayıs-1332 tarihli talimatname mevcud ise de bu nizamname hükümleri şimdiye kadar tatbik edilmediği gibi bu günkü ihtiyaçlara cevap vermekten uzak bulunmaktadır.

Maznunların geçmişteki mahkûmiyetini bildiren Adlî sicil varakalarının tanzimi Cumhuriyet Adliyesinin zarurî ihtiyaçları meyanında bulunmaktadır. Her ne kadar mahkemelerimiz eski mahkûmiyetleri, mahkeme başkâtipliklerinden sormakta iseler de muntazam kayıtların bulunmaması ve mahkûmiyet fişlerinin teati edilmemesi yüzünden ekseriya «mahkûmiyeti kaydına tesadüf edilemediği» şeklindeki kaçamaklı cevaplar verilmesi yüzünden bu hükümlerin lâyıkile tatbik edilemediği anlaşılmaktadır.

Adâlet işlerinin tanzim ve Cumhuriyet Adliyesinin tekemmülü bakımından çok önemli olan bu ihtiyacın karşılanması için Adlî sicil teşkilâtının vücuda getirilmesi zarurî bir mahiyet arzetmektedir.

26—30-Temmuz-937 tarihinde Pariste toplanan beynelmilel ceza kongrasında suç faillerinin Adlî sabıkalarına ait fişlerin devletler arasında teatisinin temenni edilmesi de [1] bu ihtiyacın ehemmiyetini göstermektedir.

2 - Suç failinin hakikî hüviyetinin tesbiti de çok önemlidir. Son suçu işleyen suç failinin, evvelki suçu irtikâp eden mahkûm olan şahıs olup olmadığının hakikî bir şekilde tesbiti zarurî ve suçluların hüviyetlerinin etraflıca tesbit edilmesi ve icabında fotoğraflarının çekilmesi bu ihtiyacı karşılayabilirse de teşhisi çok kolaylaştıran Dr. Bertillon tarafından tatbik olunan usulün nazara alınması ilmî bakımdan icabetmektedir.

Bu suretle Anthropometrie ve Dactyloscopie usullerinden istifade edilmesi lâzım geldiğini de hatırlamak gerektir.

---

[1] Prf. Tahir Tanerin dördüncü ceza kongresine ait makalesi. İstanbul Hukuk fakültesi mecmuası, sayı: 12 sahife: 401.

916

No: 87

Beyyineye Müteallik Mukaveleler

Yazan: *Sadık TÜZEL*
Paris Hukukundan Lisanslye

«İsbat bir hâdisenin doğruluğunu tesis demekdir; yahut, bir hakkın mevcudiyet veya sukutunun bağlı bulunduğu bir hâdisenin doğruluğunu tesise yarayacak mukni unsurların salâhiyettar hâkime arzedilmesidir». Burada bahis mevzuu olan, tarafların haklarının isbatı meselesini önceden halletmek gayesile vücuda getirdikleri akitlerdir. Beyyineye dair bu nevi mukaveleler uzun zaman bizatihi hakka taallûk eden mukavelelerle karışdırılmışdı. Delile dair mukavelelerin hususî tip ve mahiyette mukaveleler sifatile incelenmesi çok kısa bir tarihe dayanır.

Delile dair mukaveleler, tarafların gerek isbat külfeti, gerek isbat edilecek hâdiselerin tayini ve gerek isbat tarzlarının istimali hususunda kazaî beyyinenin normal kaidelerini tâdile yarayan sarih veya zımnî anlaşmalardan ibaretdir.

Bu mukavelelerin sıhhat ve meriyeti meselesi mevzuubahis oldukda, kanunun beyyine sistemlerini hususî menfaatlara taallûk eden ihtilâfların en iyi şekilde hal suretini bulmak gayesiyle tanzim ettiği ve kanunî sistemin binnetice adliye teşkilâtına temas etdiği mealindeki intizamı âmme kaidesile karşılaştığı göze çarpar. Fakat, iki düşünce tereddüt uyandırmakdadır: Bir yandan, delile dair mukavele ekseriya bir hakdan kayıtsız şartsız veya şarta bağlı feragat şeklinde tahlil edilebilir; diğer yandan, hâkimin bîtaraflığı kaidesi taraflara hâkim huzurunda duruşmanın ne suretle cereyan edeceği meselesi üzerine anlaşma imkânını verir.

Asıl müşkilât bu suretle tefsir edilen delile dair mukavelelerin ne dereceye kadar rol oynayabileceklerini tayin meselesinde başgösterir. Bazı müellifler, isbat edilecek hâdise ile isbat tarzları arasında bir tefrik yapmaktadır. Bu müellifler kazaî beyyinenin ihtiyarî mahiyetini nazarı itibara almak suretiyle müsbit hâdise ile isbat külfetine dair mukavelelere ta fdar olup, bilâkis, isbat tarzlarının tayinini, beyyinelerin muteber olması şartlarını, bunlardan

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

herbirisinin isbat bakımından kıymet ve formalitelerini hâkimler ve hususî şahıslar için kat'î hükümler gibi telâkki etmekde ve bunlara dair tarafların mukavelesini tesirsiz sayarak red etmekdedirler.

Bazı müellifler ise, prensip itibariyle, bilâtefrik bütün delile dair mukavelelere muhalif bir vaziyet almışlardır. Bunlar, Devletin adâlet tevzi etmek vazifesine temas etmeleri dolayısile, beyyine kaidelerinin daima intizamı âmmeye temas eden kat'î kaidelerden ibaret olduğunu ileri sürmektedir.

Bu meselede nâzım kaidelere müracaat etmeyen Fransız mahakim içtihadı umumiyetle doğrudan doğruya mütalâa beyan etmekden içtinap etmektedir. Bununla beraber bu kararların çoğu delile dair mukavelelerin sıhhat ve meriyetine müsaid olarak tefsir edilmektedir.

Bizde bu meseleye Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 287 inci maddesi ile Borçla r kanununun 16 ıncı maddesi temas etmekdedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 287 inci maddesinin ikinci fıkrası mucibince ***bir kakkın delillerini tayin için yapılacak mukaveleler muteberdir.*** Bu takdirde, tarafların mukavelelerinde kabul olunmayan bir delil ile hak isbat olunamaz. Ancak, delilleri tahdid eden mukavele şahitle, kat'î karinelerle isbat olunamayıp yazılı delil ile veyahut tarafların ikrarları ile isbat olunmak iktiza eder.

Delil, muayyen bir meselede hâkimin kanaatını celb için kullanıldığı cihetle bu baptaki mukavelenin umumî intizamı muhil ve binaenaleyh batıl addolunması daha doğru gibi düşünülebilirse de Profesör *Planiol*'un söylediği gibi, delile dair yapılan mukavele, hakikatta esas meseleye dair bir mukavele demek olduğundan; bir meselede tasarruf salâhiyetini haiz olan tarafların bunun delili hakkında da mukavelede serbest olması lâzımgelir. Muayyen deliller dışında taraflar borçlanmamağı ve ancak kabul ettikleri delillerin mevcudiyeti halinde borçlanmağı taahhüt etmişler gibidir.

Borçlar kanunu da 16 ıncı maddesinde, «***İki taraf kanunen hususî bir şekle tâbi olmayan bir akdin hususî bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlar ise, akit takarrür eden şekilde yapılmadıkça iki taraf bununla ilzam olunamıyacaklarını***» kabul etmişdir. Demek, taraflar akit gibi, bunun isbat tarzını da şarta bağlayabilirler. Ezcümle, aradaki ihtilâfın, âkitlerden biri veya üçüncü şahıs tarafından tutulacak defter gibi muayyen bir delil ile isbat edileceğine dair yapılan mukaveleler muteberdir. Meselâ sigorta edilmiş olan kimsenin muayyen bir müddet içinde kazayı yazı ile beyan etmesi mukavelede şart edilebilir. Bu halde, muayyen müddet içinde bir mektup ile kaza, sigortacıya haber verilmemiş ise kazanın vukuu başka suretle isbat olunamaz.

9/8

Kanunun tayin ettiği bir delil ile isbatı lâzım olan meselelerin başka bir delil ile isbat olunabileceğine dair tarafların muvafakatlarını muteber saymamak lâzımdır. Meselâ, senetle isbatı lâzım olan bir mukavelenin şahitle isbat edileceğine dair olan mukavelenin hükümsüz addolunması icabeder.

*
* *

Yukarıda verdiğimiz umumî malûmattan sonra şimdi asıl mevzuumuza girebiliriz. Biz evvelemirde BEYYİNE KAİDELERİNİN MAHİYETİNİ izah edeceğiz. Kanun tarafından tesbit edildikleri şekilde isbat kaidelerinin, taraflarca muayyen unsurların iraesi suretiyle, hâkimin hakikata ittla kesbetmesine imkân vermeleri iktiza eder. Madamki kaziyei muhkemenin kuvveti bir hakikat karinesine dayanır, hâkimin hukukî münasebetlerin mevcudiyet ve eşkâlinin doğruluğunu öğrenebilmesi icabeder. Bunun için bizzat kanun, hakların ve vecibelerin kazaî beyyinelerin nelerden ibaret olduğunu, yani hâkimi tenvir ve ikna etmek için ortaya konulması iktiza eden unsurların nelerden ibaret olduğunu tayin etmişdir.

Bu ilk karakter ile beyyine kaideleri muhakkak âmme nizamına taallûk eder bir mahiyet arzederler, zira bu kaideler hâkimin hataya düşmemesi ve hakikatın meydana çıkmasına yardım etmek için kanunen tesbit edilmişdir.

Fakat, diğer taraftan da beyyineyi tesis etmek külfeti taraflara düşer ve akitlere taallûk eden hususatta beyyineler önceden vücuda getirilir, yani aldin yapıldığı sırada berveçhi peşin tesbit edilirler. Hâkim, kabul edilen bir prensibe göre, taraflar arasında bir mevki işgal eder. Duruşma davacı ile davalı arasında cereyan eden bir safhadan ibarettir ve hâkim bu müzakerata şahsen müdahele hakkını haiz olmadığı gibi kararını da tarafların ileri sürdükleri beyyine unsurlarına istinad ettirir.

Bu ikinci mütalâa kabul edildiği takdirde, tarafların akdedecekleri mukavelelerle, bu suretle serd ve beyan edilen beyyine unsurlarını değiştirmekde serbest olduklarını ve dolayısile beyyine üzerine mukavelelerin pek alâ muteber olduklarını söylemekde hiçbir mahzur görülmeyecekdir.

Binaenaleyh kendimize beyyineye müteallik mukavelelerin muteber olduğunu kabul etmemizmi icab eder sualini tevcih edebiliriz.

Böyle bir mukavelenin muteberliği veya bâtıllığı hakkında deliller ileri süren müellifler çıkmışdır. Bunların çoğu, bilûmum beyyine kaidelerin âmme nizamına taallûk eder bir mahiyeti haiz bulun-

dukları tezini müdafaa ederler; filhakika, beyyine kaideleri adaletin tedvirine temas ederler: Kanun beyyinelerin ne suretle vücuda getirilebileceklerini tayin eder: Bu beyyinenin muteberliği meselesini (question d'admissibilité) teşkil eder. Bundan başka, kanun beyyinelerin ne tarzda ikame edileceğini tesbit eder: Bu ise beyyinelerin irae meselesini (question de l'administration des preuves) teşkil eder.

Mukavelelerde beyyinelerin iraesi meselesine dokunmak mümkün olamaz. Mahkemeler önünde usule taallûk eden hususat kanun tarafından tanzim edilmişdir. Taraflar, akdedecekleri mukavelelerle yeminin şeklini veya hâkim tarafından verilecek yemin şartlarını değiştiremezler; hâkim tarafların hususî mukaveleleri hükmüne tâbi değildir.

Beyyinenin muteberliği hakkındaki kaidelerin de bizzarure âmme nizamına taallûk eder kaidelerden mâdud oldukları söylenir. Hâkimler lehine ve hâkimlerin daha kolayca hakikata vâkıf olabilmeleri için kanun kabule değer beyyinelerin nelerden ibaret olduğunu kararlaşdırır. Bu suretle, tarafların, kanun tarafından hal ve tanzim edilen beyyineleri değiştirmelerin caiz değildir. İşte isbat hakkındaki kaidelerin âmme nizamına taallûk eder mahiyette olmaları lehine ileri sürülen birinci delil.

Bir ikinci delil mukavele ve hususî haklara riayet zaruretinden istihraç olunur. Çok defa beyyine kaideleri şekil kaidelerine karşılık gösterilir. Mecburî eşkâle tâbi mukaveleler sayısı pek azdır. Diğer mukaveleler için eşkâl, önceden tesis edilmiş beyyineler teşkil etmez; eşkâl hakkın mevcudiyetini teyide değil ve fakat hakkı tesis etmeye mâtuf bulunur.

Fakat eşkâl ve beyyinelerin bu nevi tarifi bir dereceye kadar nazarî bir tarifedir; çünki bir hak isbat edilemediği takdirde hak yok demektir. Bir mukavele akdedildiği zaman, alacak hakkını muhafaza etmek için mukavelenin ileride beyyine teşkiletmek üzere saklanacağı bedihidir. Kanunu medenî mukavelelerde, tahrirî bir vesika tanzim etmek suretiyle ne şekilde beyyine tesis edileceğini derpiş etmişdir. Eğer kanun tahrirî bir beyyineye lüzum gösteriyorsa bu müstakbel ihtilâfları önlemek içindir. Eğer bir mukavele «bütün vasıtalarla isbat mümkündür» demek kifayet ederse, bütün kanunî kaidelere ve aynı zamanda kanunun takip eylediği istikrar temini gayesine riayet edilmemiş olur.

Pr. Bartin tarafından daha mahirane ve müdekkikane bir üçüncü delil serdedilmişdir. Beyyine kaidelerine riayet etmekle ayn zamanda rızaya taallûk eden kaidelere de riayet edilmiş olur. Halbuki, tarafların rızasını himaye etmeğe mâtuf bütün kanunlar âm-

920

me nizamına taallûk eder mahiyette kaidelerdir. Binaenaleyh, bunların hilâfına hareket edilemez.

Beyyine kaideleri ile rızayı himayeye mâtuf kaideler birbirine nasıl yaklaştırılıyorlar? İşte *Bartin*'in bu hususdaki düşünceleri: «Bir alacak hakkı münazaaya yol açdığı vakit, hakkını isteyen alacaklı borcun doğumunu isbat ve binnetice mukaveleyi irae eder ve mukavele bizzarure borçlunun iradesinin izharını tazammun eder. Binaenaleyh, alacaklı borçlunun rızasını izhar ettiğini isbat etmek mecburiyetindedir. Kanunu medenî bu isbatın ancak tahrirî bir şekilde yapılmasına cevaz verir. Bir yazı mevcut olmadığı taktirde borçlunun rızasını beyan ve izhar edüp etmediği noktası üzerinde hakikî bir tereddüt hasıl olur. Eğer alacaklıya borçlunun rızasını şahitlerle isbat etmesine müsaade edilirse artık bu rıza himayesiz kalır, zira kanunu medenî bu rızayı en eyi şekilde himaye etmek için, rızanın ancak yazı ile isbat edilebileceğini beyan etmişdi. Yazı mecburiyetini kaldırmakla borçlunun rızasını himaye eden kaide ihlâl edilmiş olur.»

Bu sebeplerden dolayı birçok müelliflerr isbat kaidelerini âmme nizamına taallûk eder kaideler olduklarını ve binaenaleyh tarafların mukavelelerle buna muhalif hareket edemiyeceklerini beyan ederler.

İşte şimdi de bu mukavelelerin serbestisi hakkında ileri sürülen iki müdellil münakaşa.

Birinci delil (argument)'e göre, taraflar kendi haklarını istedikleri gibi tasarruf edebilirler; mademki bu haklar kabili ferağdırlar bunlardan sarfınazar olunabilir. Halbuki, bir hakkın beyyinesi üzerine bir mukavele akdedildiği zaman hakikatte bizatihî bu hakka istinad eden bir mukavele akdedilmiş demekdir, öyle bir mukavele ki bunda bir hakdan vazgeçme malûm bir vakıa ile meşruttur. Meselâ siz bir mukavelede hakkınızı ancak muayyen bir şekilde isbat etmeyi taahhüd ediyorsunuz. Bu hemen hemen «filân veya filân şekilde hakkımı isbat edemezsem, berveçhipeşin hakkımdan vazgeçiyorum» demenize müsavi gibi bir şeydir. Mademki kayıtsız ve şartsız bu hakdan sarfınazar olunabilir; şarta bağlı olarak bitarikilevlâ vazgeçilebilir. Mukavele ile derpiş olunan şartlar dahilinde isbat edilemediği takdirde, hakkın tasarrufu imkânı zarurî ve tabiî netice olarak hakkın isbatı hakkında anlaşmak imkânını sürükler; çünkü hakların isbatını tanzim etmek onların tasarrufunu tanzim etmekle birdir. Binaenaleyh, hakların kabili ferağ oldukları ve istenildiği gibi kullanıldıkları bütün hallerde beyyine hakları üzerine uyuşulabilir.

İkinci argüman biraz daha muğlâk ve belki de daha iyi bir delil teşkil eder. Hâkim vicdanî kanaatına göre hareket etmek salâhi-

yetini hai zdeğildir; çünkü hukukî mesailde hâkimlere vicdanî kanaatlarına göre karar ittihaz etmeleri men edilmiştir; ve her ne vakit hâkim bir ilâmda taraflardan birinin hakkına şahsen kanaat getirdiğini gösteren bir esbabı mucibe dermeyan etmek cesaretini gösterirse bu hüküm muhakkak Temyiz mahkemesi tarafından bozulur. Hâkimin iki taraf arasında bitaraf kalması icab eder. Hâkimin bitaraflığı hakkındaki bu prensip, mahkemenin davaya dair şahsî kanaat ve malûmat ile duruşmaya müdahale etmek salâhiyetini haiz olmadığını ve sadece taraflarca dermeyan edildikleri şekilde davanın unsurlarını ele aldığını ifade eder. Hâkim hakikata ulaşmak için tarafların yerine kaim olamaz; o sadece davalı ile davacının iddialarını nazarı itibara almak suretile bir karar ittihaz etmek mecburiyetindedir. Bundan başka, hâkim hiç bir zaman hakikati söylemekle tefahür etmez ve an'anevi darbımesel sadece *Res Judicata, pro veritata habetur*, yani kaziyei muhkeme karine teşkil eder diyor.

Binanealeyh, hâkim taraflarca serd ve dermeyan edilecek unsurlara göre bir hüküm ve karar ittikaz edecektir. Eski darbımesel (*«Da mihi factum dabo tibi jus»*— Bana vak'ayı ver, sana hakkı vereceğim) bundan başka bir şey ifade etmez.

Beyyineyi değiştirmek hâkime verilen unsurları değiştirmek demekdir. Mademki bu unsurları ibraz ve dermeyan edenler taraflardır, bunlar pek âlâ önceden aralarında bu unsurları ne tarzda değiştireceklerini hal ve fasletmekde muhtardılar. Bu takdirde artık hâkimin tam hakikate göre hüküm vermemesi muhtemeldir; fakat hâkim esasen hiçbir zaman mutlak hakikate göre hüküm ittihaz etmez. Hakikatın ne olduğunu araştırmağa ihtiyacı yokdur, kararını ibraz olunan unsurlara istinad ettirir. Eğer taraflar önceden hâkime arzedilecek isbatın unsurlarının nelerden ibaret olacağı noktasında uyuşurlarsa, adâletin tedvirine tecavüzde bulunmuş olmazlar. Binanealeyh, taraflarc abir mukavele ile hukuk kaidesini tâdil etmek mümkündür.

İşte karşılıklı birer cephe işgal eden iki tez. Biz şimdi tatbikatta kabul edilen hal suretlerinin nelerden ibaret olduğunu göreceğiz. Bunu yapmak için iki muhtelif nevi mukaveleleri birbirinden ayırd etmek lâzımdır. Evvelemirde *isbat külfeti üzerine ve isbat edilecek hâdise üzerine mukaveleler* mevcuttur: Bunlar isbatı kimin yapacağı ve hangi vak'anın isbat edileceğini tayin eden mukavelelerdir. *Bundan sonra isbat usûl ve tarzlarına taallûk eden mukaveleler vardır.* Bunlar biribirinden pek farklı iki çeşit mukaveleleri teşkil eder.

***

922

1. İSBAT KÜLFETİ VE İSBAT EDİLECEK HÂDİSE HAKINDAKİ MUKAVELELER.

Kanun isbat külfetinin kime düşdüğünü tayin eder. İyice malûm: «*Actori incumbit probatio. Reus in excipiendo fit aetor. Negatio naturali Ratione nulla est probatio*» yani «Taleb ettiği hakkın istinad ettiği hâdiseleri isbat etmek davacıya düşer. Müsbet veya menfi mahiyeti ne olursa olsun bütün hallerde isbatla mükellefdir» darbımeseleleri de bunu pek vecîz bir surette ifade etmektedir. Bu suretle, kanun isbat külfetini iki taraftan hangisine yükletileceğini tesbit eder ve davanın mahiyetine göre kanun isbat edilecek hâdisenin — akit olsun, maddî vâkıa olsun — ne olduğunu tayin eder.

Halbuki tatbikatta bu beyyine külfetine veya isbat edilecek hâdise üzerine birçok mukavelelerle karşılaşıyoruz. Başlangıçta bu mukaveleler derhal göze çarpmamışdır, çünkü bunlar diğer tip mukavelelerle karışdırılmışlardır. Fakat bu gün mevzuubahs mukaveleler oldukça iyi bir tarzda tecrid edilmişlerdir. İşte birkaç misal:

1. EVLENMENİN CİHAZIN TEDİYESİ HUSUSUNDA SENED TEŞKİL ETMESİ.

Evlenme merasiminin icrasının cihazın ibra ve kabzını mutazammın sened kıymetini haiz bulunacağı kaydını taşıyan evlenme akdi. Bu, Fransada, evlenme akidlerinde pek fazla kullanılan bir kayıttır. Akidde sadece evlenme merasiminin icrası cihaz hususunda ibra ve kabzı mutazammın sened kıymetini haiz olacağı söylenir. Karının babası nakdî bir cihaz vâdinde bulunur; bu cihazın tediyesi icabeder ve kocanın da bunun için bir makbuz vermesi lâzım gelirdi.Fakat pek âlâ malûmdur ki evlenme arifesinde, evlenme gününde veya evlenme akabinde bu kayınbaba için damadından usule muvafık bir cihaz ibranamesi istemek müşkül olacakdır. Binaenaleyh, sadece evlenme merasimi icrasının ibra ve kabzı mutazammın sened yerine geçeceği kaydile iktifa olunur.

Mahkeme kararları uzun zamanlar bu kayda bizatihi ibra ve kabzı mutazammın sened değerinde mutlak bir kayıt nazariyle bakdı; başka tâbirle, mahkeme içtihadı böyle bir fıkrayı koca tarafından cihazın alındığına dair bir ikrar gibi tefsir ediyordu. Koca peşinen ibra ve kabzı mutazammın bir sened vermekde serbesttir; bu fıkra koca tarafından borçlusuna peşinen verilen bir makbuz senedi gibi tefsir ediliyordu.

Bundan şu neticeye varılıyordu. Bu kaydın aksini isbat etmek imkânsızdı. Kainpeder cihazı vermemiş olsa bile damad onu almış addedilmekten kurtulamıyordu.

Bilâhare bu hususdaki mahakim içtihadı değişdi ve Fransız tem-

yiz mahkemesi istida dairesinin 22-Ağustos-1882 tarihli bir kararı hilâfını isbatın mümkün olduğunu ve kocanın cihazı almadığını isbat edebileceğini kararlaştırdı. Hattâ mahkeme içtihadı daha ileri giderek ve cihazın alınmasının ancak edânın maddî bir unsurunu teşkil ettiği mülâhazasını ileri sürerek isbatın bütün vasıtalara müracaat yoliyle yapılabileceğini ve binnetice damadın hattâ karine ile cihazın alındığı beyyinesini çürütebileceğini kabul etti.

Bu vaziyet karşısında mukaveleye konan bu kaydın mahiyetini izah etmek bahis mevzuu oldu. Ortada peşin verilmiş ibra ve kabzı mutazammın bir sened bulunduğu kabul edildiği takdirde, borçlu iddiasını tahrirî beyyine ile isbat etse bile bu ibranamenin hilâfı ne suretle isbat olunabilirdi? Lâkin, müellifler bu fıkrayı tahlil ettikten sonra, bunun sadece isbat külfetine taallûk eder bir fıkra olduğu neticesine vardılar. Filhakika, normal olarak aile ve varislerin cihazın koca tarafından alındığını isbat etmeleri lâzım gelecekdi. Davacı duruşmada istirdad iddiasında bulunduğu takdirde beyyine külfeti kendisine teveccüh edecekdi. Fakat sadece evlenmenin vukuu ile kocanın cihazı almış addedileceğini gösteren evlenme mukavelesi mevcuttur. Bu takdirde taraflarca vücuda getirilmiş bir karine ile karşı karşıya bulunuyornz: Karine ise isbat külfetini bir tarafdan diğer tarafa nakleder. Ancak bu kanunî karineleri yalnız kanun vazıı tesis edebilir. Eğer bu mukavelenin gayesi davacıyı davalı vaziyetine getirmekden ve beyyine külfetini tersine çevirmekden ibaretse mevzuubahs fıkra bu külfete taallûk eden bir mukaveleden başka bir şey değildir.

2. TAŞIMA MUKAVELESİNE KONULAN ADEMİ MES'ULİYET KAYDI.

Nakliyeci akdin bir fıkrası ile taşınan malın ziya veya avaryasından mes'ul olmayacağını kararlaştırır. Evvelemirde bu kaydın neticede taşıyıcının mes'uliyetini tamamiyle kaldırıp kaldırmadığı, onu hatalarının neticesinden kurtarıp kurtarmadığı ve binnetice malları göndereni mallarının ziyaı veya avaryeye uğraması halinde bütün haklarından mahrum edip etmediği suali varid olmuştur.

Fıkra müsbet şekilde tefsir edildiği takdirde hakkın esasına taallûk etmiş olacak ve taşıyıcının vecibesini azaltacak ve malları gönderenin hakkını ortadan kaldıracakdı.

Fakat, Fransız temyiz içtihadı taşıma makavelelerindeki ademi mes'uliyet kaydını bu suretle tefsir etmedi. Böyle bir ademi mes'uliyet fıkrası karşısında, içtihadı mahakim taşıyıcının hatasını isbatın malı gönderene veya alana ait olduğunu kararlaştırmaktadır. Normal olarak mukaveleye taallûk eder bir mes'uliyet mevzuubahs oldu-

924

ğu için, taşıyıcı mücbir sebepler veya mağdurun hatasını isbat etmek suretiyle borçdan kurtulmağa muvaffak olmazsa mes'ul olur. Tabir biraz şayanı tenkit olmakla beraber, hukuku medeniye kitaplarında, akitden doğan mes'uliyetin borçlu üzerine hakiki bir hata karinesi yüklettiği ileri sürülmektedir.

Hakikatde, hata karinesi isbatın mutad kaidelerinden neşet eder. Borçlu (taşıyıcı) malları gönderildiği mahalle teslim etmekle mükellefdir. Teslim edemediği takdirde, zimmetten beri olduğunu mücbir sebebler veya mağdurun hatası ile isbat etmek mecburiyetindedir. Bu suretle taşıyıcı davacı mevkiine geçer, itiraz dermeyan eder ve isbat külfeti kendisine düşer.

Fakat ortada bir ademi mes'uliyet kaydı var, bu takdirde vaziyet değişir. Artık taşıyıcı mücbir sebebleri veya mağdurun hatasını isbat etmeğe mecbur değildir; bilâkis, taşıyıcının bir hata işlediğini tesis etmek suretile, mes'uliyetini isbat etmek malı gönderene veya alana teveccüh eder. Ademi mes'uliyet kaydının derci isbat külfetinin tersine çevrilmesini intaç eder.

Ademi mes'uliyet kaydı Fransız ticaret kanununun 103 üncü maddesini tadil eden taşımalar hakkındaki 17-Mart-1905 kanunu ile reddedilmişdi. Fakat, kayıt denizde taşımalarla *Bren Mukavelesi* hükmüne tâbi beynelmilel taşımalarda tatbik edilmekte devam etti.

Ademi mes'uliyet kaydının dercedilmesinin bu neticeye varması nasıl izah edilebilir? Birçok müellifler mukaveleye konan bu kayıtda isbat üzerine bir mukavele görmektedirler. Müteamil hukuka göre, taşıyıcının mücbir sebebleri isbat etmek suretiyle tebriyeyi zimmet etmesi icabedecekdi. Taşıyıcı bu isbatı yapmanın pek müşkil olduğunu tahmin ettiği için, mukavele ile beyyine külfetini malları gönderene yükletiyor ve onu kendi işlediği hatanın isbatına mecbur ediyor. Başka sözle taşıyıcı akitten doğan mes'uliyet kaidesini yıkıp, haksız fiilden doğan mes'uliyete avdet ediyor. Haksız fiilden doğan mes'uliyette hatanın isbatı mağdura düşer. Bu noktada müellifler, taraflar arasında aktedilen mukaveleyi göz önüne almıyor ve malı gönderen veya alanı taşıyıcı tarafından yapılan hatayı isbata mecbur ediyorlar. İşte bu mukavelenin beyyine üzerine bir mukavele gibi incelemnesinin sebebi bundan ileri gelmektedir.

3. SİGORTALIYI DENİZ RİZİKOSUNA MARUZ BIRAKMAYI İSBATTAN MUAF TUTAN KAYIT.

İsbat külfeti ve isbat edilecek hâdise hakkındaki mukavelelerin bir üçüncü misaline sigortalıyı deniz rizikosuna maruz bırakma (la mise en risque) veya sigortalanabilecek bir menfaatı (l'intérêt assurable) isbattan muaf tutan sigorta mukavelesinde münderiç fıkrada

925

tesadüf etmekteyiz. Bu kayda bilhassa deniz sigortalarında sık sık tesadüf olunur. Sigorta tazminatı taleb eden kimse alelusûl gemi veya mallarının sigorta ile derpiş olunan deniz rizikosuna mâruz kaldığını ve sigortalanabilecek bir menfaatı olduğunu, ziyaın kendisini izrar ettiğini isbat etmek mecburiyetindedir; zira sigortacı tekabbül ettiği riziko tahassül ettiği takdirde mukarrer tazminatı öder ve sigortalı ancak kendine ait şeyin hakikaten temin edilen riziko neticesi kazaya uğradığını isbat ettiği takdirde tazminat alabilir.

Fakat çok defa bunu isbat etmek pek müşkildir. Mallar deniz yolculuğu sırasında ziyaa uğradıkları takdirde, yüklenen malların hakikî cinsi ve evsafını ve ziyaın hakikî sebebini tesbit etmek imkânsızlığiyle karşılaşılabilir. Bu takdirde sigorta poliçesinde sigortalının, sadece sigorta poliçesini ibraz etmekle, deniz rizikosuna mâruz bırakmayı veya sigortalanabilecek bir menfaatı isbat etmekten muaf tutulduğu söylenir. Burada, sigorta mukavelesi ile tazminat akdinin hakikî bir kumar ve bahsa tahvil ettiklerine göre, muteber sayılmıyacak kayıtlarla karşılaşıyoruz.

Bu kayıtlar ancak şu suretle tefsir olunabilir: Kayıt, sigortalıyı normal şartlar dahilinde kendine terettüp eden isbat külfetinden muaf tutacak ve bu takdirde beyyine külfeti sigortacıya düşecektir.

4. İNTİHARIN ŞUURÎ OLDUĞUNU İSBATA MÜTEALLİK HAYAT SİGORTASI MUKAVELELERİNDEKİ KAYIT.

İsbat külfeti ve isbat edilecek hâdise hakkındaki mukavelelere dördüncü misali de sigorta bahsinden alacağız. Bu daha ziyade isbat edilecek hâdiseye taallûk eden bir akittir; fakat neticede isbat külfetine taallûk eden mukaveleye müncer olur. Hayat sigortası poliçelerine göre, sigortalının ölümü şuurî intihardan (suicide conscient) ileri gelirse, sigortacı mukarrer tazminatı ödemez. Sigortalı bilihtiyar kendini öldürürse sigorta kumpanyası tazminat vermekle mükellef değildir.

Sigortacı hiç bir tazminat ödememek isterse iki noktayı isbat etmeye mecbur olacakdı: Sigortalının intihar ettiğini ve bundan başka şuurî olarak vukua gelen bir ölüm olması dolayısiyle bu intiharın sigortalanan rizikoya girmediğini isbat etmesi icap edecekdi. Sigortacı ölüm rizikosundan mesuldür; eğer sigortalının ölümünün sigorta poliçesi tarafından temin edilen rizikoya girmediğini iddia ederse, ortadaki hâdiseyi rizikodan hariç bırakmak için lâzım gelen bütün şartları irae etmesi yani intiharın vukuunu ve bu intiharın şuurî olduğunu isbat etmesi icap eder.

Fakat birçok sigorta poliçelerinde, sigortacıyı sigortalının inti-

926

har ettiği sırada temamiyle şuuruna sahip bulunduğunu isbat etmekden muaf tutan bir kayıt bulunur. Sigortacı tarafından isbat edilmesi iktiza eden iki hâdise biribirinden tefrik edilir: Sigortacı intiharı isbat edecek, intihar şuurî olarak yapılmış sayılacak; meğerki sigortalının varisleri intiharın gayri şuurî olarak vuku bulduğunu isbat etmiş olmasınlar.

Artık filân hâdisenin sigortalanan rizikoya girip girmediğini kararlaştırma hakkı davaya bakan mahkemeye ait değildir. Sigorta poliçesi kaydı, önceden isbat unsurları tesbit etmişdir. Birinci beyyine unsuru intihar hâdisesidir: İsbat sigortacıya terettüp eder; isbat edilecek ikinci hâdise intihar ânında sigortalının şuuruna sahip olup olmadığı meselesidir: Burada isbat öteki tarafa teveccüh eder.

Bu suretle taraflar aktetdikleri mukavele ile aynı hâdisede isbat edilecek hâdiseyi ikiye ayırmaya muvaffak olmuşlardır ve bununla beraber bu mukavelenin muteberliği mahkemelerce pek âlâ kabul edilmişdir ve tatbikat sahasında da bu kabil mukavelelere tesadüf olunmaktadır.

Hakikatte, kanunun kabul etmediği ve fakat taraflar arasındaki akdin icad ettiği bir karine yaratılmış oluyor. Bu karine şundan ibarettir: Prensip itibariyle intihar şuurî bir intihardır; meğerki gayri şuurîliğin isbatına muvaffak olunmuş olmasın. Aralarındaki akitle taraflar kanunun yanlız kanunî karine tesis ettiği vakit derpiş ettiği beyyine külfetinin tersine dönmesini temin edebilirler.

İşte bir tarafın ne tarzda iddiasını isbat etmek mecburiyetinde olduğuna ve isbat edilmesi icab eden hâdiselere müteallik bir seri mukaveleler.

*
* *

II. KANUNUN TAYİN ETTİĞİ BEYYİNEDEN BAŞKA BİR BEYYİNENİN MUTEBER OLMASINA MÜTEALLİK MUKAVELELER.

Yazımıza mevzu teşkil eden mukavelelerin ikinci kategorisi isbat usûl ve tarzına (Procédé de preuve) taallûk eden kategoridir, Burada bahis mevzuu olan iki kişinin bir mukavelede önceden beyyinelerin muteberliğini hal ve fasledüp edemiyecekleri meselesidir. Beyyinelerin ikame ve iraesi mevzuubahs değildir: Hâkim önünde isbatın yapılma tarzı kazaî kuvvetin yardımını tazammun eder ve tabiatiyle hususî bir mukavele ile bunu tanzim etmek imkânsızdır.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA
927

Fakat, beyyinenin muteberliği hususunda, bilâkis, kanun tarafından tesis olunan tarz ve usuller yerine tarafların mukavelesiyle derpiş olunan diğer tarz ve usullerin ikame olunup olunamıyacağı suali varidi hatır olabilir.

Tatbikatta hukukî muamelenin in'ikadına muasır olarak yapılan beyyineye müteallik mukavelelere kat'iyen tesadüf edilmez. Filhakika, tarafların hukukî bir muamele akdettikleri sırada müstakbel müşkiller üzerine teemmülde bulundukları takdirde, kanunun istediği davadan önce tesbit edilen delili (preuve préconstituée) tesis etmemelerinin sebebi gayri kabili izah birşey olacakdı. Zorluk daha sonra tahaddüs edecekdir. İsbat hakkındaki mukavele davanın cereyanı sırasında yapılır. Esasen Fransız hukukunda bir mukavelenin muteber olması için akdin muayyen bir şekilde cereyanı icab etmediğinden, isbata müteallik mukavele, tarafların davada takip edecekleri hareket tarzından istihraç olunabilecekdi. Mesele mahkemeler huzurunda daima şu şekilde tahaddüs etmişdir: Bir taraf muhakemenin cereyanı sırasında hasım tarafın isbatı muayyen bir şekle göre yapmasına muvafakat eder. Davaya tekaddüm eden bir mukavele bahis mevzuu olduğu takdirde, bu hemen hemen isbatı daha müşkil bir hâle sokmağa mâtuf bir mukaveleden başka bir şey değildir.

Bu suretle, bu nevi mukaveleler ikinci derecede kısımlara ayrılır:

1 — Kanunî isbatı kolaylaştıran mukaveleler;

2 — Kanunî isbatı güçleştiren mukaveleler;

Kanunî isbatı sadeleştiren mukaveleler hemen hemen daima davanın cereyanı sırasında vukua gelir; kanunî isbatı güçleştiren mukaveleler ise davadan evvel ortaya çıkarlar.

*
* *

Evvelemirde *kanunî isbatı kolaylaştıran mukaveleleri* ele alalım. Duruşma sırasında iki taraf 500 frankdan fazla bir mikdar ve kıymete taallûk eden bir mukavele için muhakkak aranılan tahrirî beyyineye müracaat edecek yerde, keyfiyetin şahitlerle isbat edilebileceği hususunda mutabık kalırlar. Taraflardan biri şahitlerle isbatı teklif eder,diğer taraf da, gerek iddia sırasında ve gerek bir tahkikatın açılmasını kabul etmek suretile, buna muvafakat eder.

Bu mesele birçok defalar mahkeme önüne gelmiş olup başlangıçta hüsnükabul görmemişdi. İhtilâli kebir sıralarında (24 Ventôse sene IX) *Caen İstinaf Mahkemesi*, taraflar intizamı âmme kaidelerinden mâdud olan isbat kaidelerine muhalefet edemiyecekleri için, bu mukavelenin hiçbir kıymet ifade etmediğini beyan etti.

928

Fakat, mesele kıymet itibariyle fazla ehemmiyeti haiz olmayan bir satış için — 400 frank bedelle bir at satışı — tekrar 16-Birincikânun-1826 da *Bourges Mahkemesi* önüne geldi. Satış senetle tevsik edilmemişdi ve şahitlerle isbat edilip edilemiyeceği meselesi bahis mevzuunu teşkil ediyordu. İki taraf şahitlerle isbata muvafakat gösterdiler. Bourges İstinaf Mahkemesi tahrirî beyyine hakkındaki kaidelerin kanunca tarafların menfaatları icabı tesis olunduğunu ve taraflarca bundan sarfınazar etmek tariki kabul edildiği takdirde muteber olduğunu beyan etti (Sirey 1826. 2. 300).

Mesele 25-Şubat-1841 de yeniden *Rennes İstinaf Mahkemesi* huzurunda bahis mevzuu oldu (Sirey 41. 2. 427). Varılan netice ve hal sureti evvelkinin aynı idi. O vakittenberi mahkeme kararları bu yoldan inhiraf göstermemiştir. Temyiz mahkemesi bir kararında hakikaten taraflar arasında bir akit vukua gelip gelmediğini araştırmakla iktifa etmiştir. Sebebi de ekseriya mukavelenin mevcudiyetinin inkâr olunmasıdır. Fakat, mukavele mevcut bulunduğu takdirde bu mukavelenin muteberliği ve hususiyle, isbatın yazı ile yapılması icab eden hallerde, şahitlerle isbatın sıhhat ve meriyeti kabul edilmektedir.

Bundan başka, diğer taraf zatî defter ve evrakın teşkil ettiği karinelere emniyet ve itimad gösterdiği takdirde, mukavelelerin zatî defter ve evrakla isbatını kabul eden aynı mealde temyiz kararları mevcuttur (20-Mart-1876. Sirey 77. 1. 338).

Nihayet taraflar önceden mukarrer bir isbat tarzına emniyeti tamme göstermek hususunda mutabık kalırlarsa, borçlunun borcunu ödediği noktasının tahrirî delilden başka vasıtalarla isbat edileceğini kabul eden temyiz kararları da mevcuttur. Meselâ taraflar arasında, senedin sadece çizilmesi borçlunun borcunu eda ettiği hakkında delil kıymetini haiz olabileceği kararlaşdırıldığı takdirde, ortaya riayet edilmesi mecburî bir mukavele mevcuttur.

Bu kabil bir mukavelenin sıhhat ve tamamiyeti nasıl izah olunabilir? Kanun isbat usûl ve tarzlarını tesbit etmek suretiyle, taraflar lehine ve hukukî münasebetlerin emniyeti için, kıymeti 500 frangı geçen bilûmum mukaveleler için bir sened tanzim ve tahrir edilmesini emretmiştir. Nasıl oluyorda hâkim bu rakamdan fazla bir kıymet taşıyan mukavele hakkında şahit ve isbatı kabul edebiliyor?

Eğer kazaî duruşma hâkim huzurunda hâdisenin tam hakikat ve sıhhatini isbat etmeye ve hâkimi kanaatı vicdaniyesini izhara mecbur etmeye mâtuf gibi telâkki edilmiş olsaydı, şüphesiz bu gayri kabili idrâk ve izah birşey olacakdı. Fakat, bu mukaveleleri anlamak için, hâkimin bitaraflığı hakkında evvelce söylediğimiz şeyi

929

hatırlamak icab eder. Hâkim taraflarca ibraz olunan vâkıalar muvacehesinde hakkın sıhhat imkân ve ihtimali üzerine karar ittihaz eder, halbuki, taraflar şehadete emniyeti tamme göstermek hususunda mutabık kaldıkları takdirde, hâkim iki tarafca bu suretle ikame edilen beyyineyi kabul eder. Yazının sıhhat imkân ve ihtimali hakkında nasıl karar ittihaz ederse, şahadetlerin sıhhat imkân ve ihtimali hakkında da o suretle hükmünü verir.

Binaenaleyh. beyyine kaidelerini ihlâle mâtuf bütün mukavelelerin muteber bir mukavele olması muhakkak olan birşey değildir. Mesele mevkii müzakere ve mübaaseye konulabilir ve netekim mektuplar vasıtasile mukavelelerin isbatı meselesi münakaşa ve mübahase mevzuu olmuşdur. Birçok mukaveleler ve hususiyle ticarî mukaveleler iki taraf arasında teati edilen mektuplarla isbat edilirler. Ticarî mukaveleler mevzuubahs olduğu zaman beyyinelerin serbestisi prensibi meselenin bütün ehemmiyetini izale eder. Mukavelelerin mektuplar vasıtasile isbatı imkânı hukukî mukaveleler akdinde mevzuubahs olur. İki taraf mektuplar ibraz eder. Şüphesiz bu mektuplar tahrirî mukaddimei beyyine vazifesini görebilir. Bu şekil her vakit kabul edilmişdir. Fakat tahrirî mukaddimei beyyine ile tahrirî beyyine arasında pek büyük bir fark mevcuttur. Ancak bir tek mukaddimei beyyine bulunduğu takdirde bunun muhtevasına karşı beyyine ikame olunabilir. Halbuki, tahrirî bir beyyine mevcut olduğu takdirde kanunu medeninin 1341 inci maddesi iki mühim kaideyi tazammun eder: Tahriren isbat mümkündür, fakat yazıya karşı beyyine ikame olunamaz. Binaenaleyh mektuplar tahrirî bir mukavele teşkil ettikleri takdirde bu yazıya karşı beyyine ikame olunamıyacakdır.

Acaba ne sebeble mektuplar davadan önce tesbit edilen bir delil teşkil edemiyeceklerdi ? Buna bir mâni vardır: O da mektupların Fransız kanunu medenisinin 1325 ve 1326 ıncı maddelerindeki şekil kaidelerine tetabuk etmemeleridir. Eğer bu iki tarafın taahhüdünü mutazammın bir akit ise (contrat synallagmatique), vesikanın hiçbir zaman iki aslı bulunmaz; halbuki iki nüsha aslın tasrihi kanunca istenmektedir. Bu bir taraflı bir akit olduğu takdirde (contrat unilatéral) mektup makina ile yazılup sadece imzalandığı halde artık kanunun istediği «Bon pour...» [1] formalitesine lüzum kalmaz.

[1]. "Bon pour . . . „ Borçlu tarafından imzasından evvel derçedilen ve yazı ile borçlu bulunulan şey veya mikdarı taşıyan bir kayıttır. Fransız kanunu medenisi bir taraflı mukavelelerde 1326 ıncı maddede tadad olunan eşhas müstesna, bu mukaveleler borçlunun el yazısiyle yazılmadığı takdirde" Bon pour . . . „ kaydına lüzum gösterir. Tatbikatta, bu formalitenin faydasız olmasına rağmen imza edene imza ettiği akdin mevzuunu tasrih ettirmek teamül halini almışdır. Meselâ:" Şukadar Frank içindir.„ , "Aval içindir„ gibi.

930

Bununla beraber, Temyiz mahkemesi 11 İkinci Kânun 1892 tarihli bir kararında (Sirey 94. 1. 32) mektubu hakikî bir senet kıymetini haiz gibi telâkki etmeye temayül göstermiş ve taraflar arasında teati olunan mektupların karşılaştırılması suretiyle teessüs eden vesikaya karşı delil ikamesine mümanaat göstermişdir.

Profesör Bartin bunu taraflar arasında delil hakkında akdedilen bir mukavele şeklinde izah etmişdir. Taraflar aralarında geçen muameleyi hukukiyenin alelâde bir vesika ile değil ve fakat kanunu Medenînin 1325 ve 1326 ıncı maddelerindeki formalitelere tâbi olmayan mektuplarla isbat edileceği noktasında önceden mutabık kalmışlardır (Burada taraflar dava sırasında değil fakat davadan önce anlaşmışlardır).

Profesör Ripert bu izah ve ifadenin doğruluğundan biraz şüphe eimektedir; çünkü bu sadece tarafların iradesinin biraz tahminî bir tefsirine istinad etmeye ihtiyaç göstermekle kalmaz, bundan başka, eğer bu fikir kabul edilirse, daha çok ilerlere gitmek ve tarafların sarih mukavelesinin her halde kendilerini 1325 ve 1326 ıncı maddelerde mevzu hususî kaidelere riayetten (iki nühsa, «Bon pour» formalitesi) muaf tutabileceğini söylemek icab eder; halbuki bilhassa taraflardan yalnız birisinin himayesi maksadiyle kabul edilen isbat kaideleri mevcuttur. Bu takdirde bir mukavele ile bu isbat kaidelerini hükümsüz bırakmağa mesağ olup olmadığı varidi hatır olabiiir.

*
* *

İsbat usûl ve tarzları hakkındaki ikinci grup mukaveleler, *kanunî isbatı güçleşdiren mukavelelerdir.* Kanuna göre, tahrirî mukaddemei beyyine herhangi bir vesikadan tahassül eder ve kıymeti 500 frangı aşmayan mukaveleler hususunda her nevi isbat usûl ve tarzı kabul edilir. Fakat taraflar önceden delilin muayyen bir vesikadan husule gelebileceği hususunda anlaşabilirler. Meselâ maddî bir hâdiseyi tesbit etmek veya kıymeti 500 frankdan aşağı bir mukavele tesis etmek mevzuubahisdir. Taraflar bu isbatın ancak şu veya bu şarta göre tesis edilecek bir vesika ibrazı suretiyle yapılabileceğini önceden kararlaşdırırlar. Bu kabil bir mukavele kanunî icab ve zaruretleri teşdit eder: Acaba böyle bir mukavele muteber midir?

Fransız Temyiz Mahkemesi böyle bir mukavelenin tam manasiyle muteber bir mukavele olduğunu beyan etti (Temyiz Mahkemesi İstida Dairesi 30 Temmuz 1884. Sirey 84. 1. 377). Bir sanayi müessesesinde mesai seneleri mikdarını tesbit etmek için muayyen bir isbat usûlü ve tarzını mecburî kılan bir mütekaidin sandığının nizamnamesi

93/

bahis mevzuunu teşkil ediyordu. Müstahdim nizamnamenin istediği isbatı ikame etmiyor. Temyiz Mahkemesi müstahdimin iddiasının mesmu' olmadığı yolunda karar ittihaz ediyor.

Sigorta poliçesi hakkında da Temyiz Mahkemesi aynı şekilde karar vermişdir. Sigorta mukavelesi muayyen bazı hâdiseler hakkında sigortalının beyanda bulunmasını mecburî kıldığı takdirde, hemen hemen daima mukavelede bu hâdiselerin ancak sigortalının beyanlarına göre isbat edilebileceğine dair bir kayıt bulunur. Mukaveleyi akdettiği sırada, beyan etmediği hâdiselerden sigorta kumpanyasının malûmatı olduğu isbat edilmeye çalışıldıkda, Temyiz Mahkemesi sigorta mukavelesinin taraflarca vacibürriaye olduğunu ve poliçe, önceden tarafların yapacakları muayyen beyanlara tevfikan beyyine ikame olunabileceği kaydını taşıdığı takdirde, ortada riayet edilmesi mecburî bir mukavele bulunduğu mütalâasında bulunmuşdur. (Temyiz Mahkemesi Hukuk Dairesi 16-İkinci Kânun-1895 Sirey 95. 1. 135).

Bütün bu temyiz kararlarından şu netice istihrac olunabilir: Taraflar bir mukavele akdettikleri sırada, bu mukavelenin ancak kendilerinin önceden tesis edecekleri tarzda isbat edilebileceğini veya bazı hâdise ve unsurların isbatı keyfiyetinin bir vesika ibrazına tâbi bulunacağını kararlaştırmakda temamiyle serbestdirler. Burada da hâkim etraflı ve tam manasiyle hakikata ıttıla kesbetmeye muvaffak olamıyacakdır; fakat hâkimin kendi vicdanî kanaatına veya hakikate vukuf peyda etmek için kendisine arzedilmeyen unsurlara emniyet ve itimad göstermek hakkını haiz bulunmamasına göre tarafların duruşmanın cereyanı sırasında bazı isbat unsurlarını bertaraf edebilmelerine şahit olmak hiçde hayret edilecek bir şey değildir.

Fakat acaba beyyine hakkındaki bu mukavelelerin muayyen bir hudud ve sınırı mevcut mudur? Kanun bazı hallerde tarafları mukavelelerinin tahrirî beyyinesini ibraz etmekden muâf tutar. Meselâ tahrirî delilin ziyaa uğraması halinde, Fransız Kanunu Medenîsi zayi olan bir vesikanın tanzim edildiğini isbat etmeye müsaade etmektedir. Burada hakikî intizamı âmme kaideleriyle karşı karşıya bulunduğumuza şüphe yok; zira bunlar hakkını isbat edecek delilleri bulamayan tarafı himaye etmek gayesini istihdaf eden kaidelerden başka birşey değildir. Binaenaleyh, taraflar kendilerini himaye maksadiyle vazolunan kaidelerden önceden sarfınazar edemezler.

Fakat, serdettiğimiz birkaç nokta müstesna, mahakim içtihadı isbat ile isbat tarzlarına müteallik mukaveleler hakkında son derecede liberal hareket etmişdir. Adâletin tedvirine taallûk etmeleri itibarıyle, bu kabil mukavelelerin intizamı âmmeye temas ettikleri zehabına kapılmak pek âlâ mümkün iken, bilâkis, mahkemelerin bu

932

mukavelelerin sıhhat ve meriyetini kabul hususunda tereddüt etmediği görüldü; sebebi de, mahkemeler daima şu noktayı göz önünde tuttular: Nasıl taraflar, diledikleri gibi, haklarını tanzim etmekde serbest bulunuyorlarsa, bunlar aynı zamanda haklarının isbatı meselesini de tanzim etmek hususunda serbestdirler.

Me'hazler :

G. Ripert'in Gours de Droit Civil Approfondit et Comparé (Mufassal ve mukayeseli Hukuku Medenî kursları) esas tutularak şu eserlerden istifade edilmişdir.

Aubry et Rau, Traité de Droit Civil isimli eserinin *Pr. Bartin* tarafından neşredilen beşinci tabı (1920), Cilt. XII.

Planiol et Ripert, Traité pratique de Droit Civil Français (1931) Cilt. 7

Mazhar Nedim Göknil, Deniz Ticareti Hukuku, Ankara Hukuk Fakültesi neşriyatı (1935).

Mustafa Reşit Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu şerhi (1935) Cilt.2

Sercoriano, Convention tendant âlâ libération du débiteur (Borçlunun ibrasına mâtuf mukaveleler), Doktora Tezi, Paris 1920.

Le Balle, Convention sur les procédés de preuves (Beyyine tarzlarına dair mukaveleler), Doktora Tezi, Paris 1923.

Rasih Yeğengil, Beyyine, İstanbul 1936.

933

No: 88

Sosyal Medenî Hukuk veya Bugünkü Medenî Hukukda Cemiyet ve Fert

Türkçeye çeviren:
Dr. Hıfzı VELDET
İstanbul Üniversitesi
Medenî Hukuk doçenti.

Konferansı veren:
Prof. August EGGER
İsviçre Zürich Üniversitesi
Medenî Hukuk profesörü

Sayın Başkan, Bayanlar, Baylar!

İstanbulda vermekle şerefyab olduğum iki konferansda en son hususî hukuk tekâmülünün istikamet ve temayüllerini izaha çalıştım. Bu istikametlerin hususiyet ve ehemmiyetlerini en iyi bir şekilde ölçmek için bilhassa 1789 Fransız inkılâbile kendini gösteren 19 uncu asır hususî hukukunu mukayese unsuru olarak almak lâzımdır. O sırada eski kurunuvustaî polis devletinin, devlet iktisat ve hukuk hakkındaki nizamı devrilmiş, yırtılmış, parçalanmış ve onun yerine *ferdiyetçi* diyebileceğimiz yeni bir nizam kaim olmuşdur. Bu nizam eski camia ve düsturların zincirlerinden kurtarılmış bir fert ve bir hukuk devleti telâkkisinden doğmuştur; hukuk devleti hukuku meydana getiren, hukukî itinayı temin eden, hukukî kal'iyet ve şahsî hürriyeti koruyan bir devlettir. Bu hürriyet bir taraftan fikrî — siyasî ve ruhî — diğer tarafdan iktisadî idi. Zira iktisat dahi hür olmalı, bütün devlet vesayetinden ve müdahalesinden kurtarılmış ve hür ekonomik unsurlara bırakılmış bulunmalıydı. İşbu ekonomi nizamının hukukî teçhizatı serbest gayrı menkul mülkiyetinden, serbest rekabetten, ve serbest mukaveleden, yani akidlerin yapılması ve onların muhtevasının taraflarca tayini hususlarındaki geniş serbestiden ibaretdi. Bu yeni nizam yeni bir tip insan yarattı; zira ferdin entellektüel ve iradî kudretlerini kuvvetli suretde inkişaf ettirdi. Ve modern ilim ve tekniği yarattı, millî ekonominin ve bunun ötesinde cihan ticaretinin ve cihan ekonomisinin çok kuvvetli inkişafının temelini kurdu; beşerî çalışma gücünün verimi ölçüsüz serette yükseldi, bu nizam artık azamet kesbetmiş olan milletlerdeki çok fazla nüfus tezayüdü karşısında, ihtiyaçları karşılamak işini tahakkuk ettirebildi ve millî bir refah yarattı.

934

Fakat bütün bunlarla baraber ekonomide esaslı bir tebeddül, ve aynı zamanda bizzat halkda derin bir sterüktür değişikliği vukua geldi. Ekonomi süjeleri gittikçe çoğalan bir şekilde korporatif teşekküller, ticaret şirketleri ve bilhassa gittikçe daha geniş bir mikyasta anonim şirketler haline geldiler. Ferdî teşebbüs önemli bir genişlikte yerini kollektif teşebbüse bırakmak zorunda kaldı. Bundan başka teşebbüs sahipleri birlikler ve karteller halinde toplandılar ki bunlar tecrid edilmiş fert, hür hareket eden ekonomik ferdî şahsiyet telâkkisine yeniden en büyük sekteyi vurdular. Ekonomi ferdîlikten çıkarılmış, grup ekonomisi olmuştu. Ve bunun üzerinde de iktisadî tabaka ve sınıflar teşekkül etti. Millet artık bir camia teşkil etmemektedir, parçalanmıştır, büyük teşekküller tarafından sevk ve idare edilen ve bu sebeple daha merhametsizce cereyan eden mücadelelere dalmıştır. Daha genel savaşın patlamasından çok zaman evvel, Devletler, büyük fikrî cereyanların tazyiki altında, vaktile kendi kendilerine vermiş oldukları sıfatı bıraktılar, yani hukuk devleti sıfatile sadece hukukun emniyetle iş görmesi hususuna itina eylemekle kalmadılar. Bilhassa gümrük, ziraat, sanayi ve işçi himayesi sahalarında yeni bir ekonomi politikası gütmeğe ve yeni bir kültür politikası takibine başladılar.

Genel savaş ve savaş sonu devrindeki münasebetleri bu tekâmülü şiddetle hızlandırdı ve yeni bir duruma götürdü. Eski imparatorluklar çöktü, yeni Devletler doğdu ve bunların içinde büyük inkılâplar meydana geldi. Bunların kserisi harp esnasında şiddetlenen milliyetçilik neticesinde oldu. Milletliyetçilik mecburî olarak yeni bir millî ekonomi politikası neticesini doğurdu. Hâdiselerin tazyik ve cebri altında *Devlet müdahalesi* şeklindeki ekonomi sistemi meydana geldi. Devlet millî ekonomiyi, diğer millî ekonomilerle olan mücadelesinde himaye etmeli, tutmalı ve teşvik etmelidir. Fakat bu gayeye hizmet etmek üzere ekonomik dış politikada alınan tedbirler, meselâ himaye gümrükleri, ithalât kontenjanı ve yasağı, derhal içerde de istihsalâta ve pazara ve bilhassa fiatlara bir çok müdahaleleri icap ettirdi. Gerçi millî ekonomi hususî ekonomiye dayanmakta, eskisi gibi hususî teşebbüslere istinad etmektedir. Fakat bu ekonomi Devlet tarafından muhafaza, himaye ve teşvik edilmekte, tutulmakta ve böylece mecburî olarak tanzim ve kontrol edilmektedir. Serbest ekonomi yerinden atılmakta, onun yerine dirije kontrollu ve sosyalize edilmiş bir ekonomi kaim olmaktadır.

Ekonomideki bu değişiklik aynı zamanda hukukta dahi bir tahavvül ifade eder. Radikal dokrinlerin aksine olarak, hususî ekonomi bâki kaldığı gibi, hususî hukuk dahi bâki kalıyor. Eskisi gibi hususî mülkiyet, ferdî teşebbüs, rekabet, mukavele tarikile malların mübadelesi eskisi gibi yerinde duruyor. Fakat hususî hukuk nizamı tamamen başkalaşmış, sayısız teferruatında ve ana telâkkilerinde başka olmuştu. İstanbuldaki ilk konferansı-

935

mızda ferdin hukukî vaziyetinin nasıl değiştiğini izaha çalıştık. Ferdin hürriyeti tahdid edilmiş ve ona daha çetin mükellefiyetler yükletilmiştir. Artık fert, eski hukuk telâkkisinde olduğu gibi, sübjektif haklardan mutlak şekilde istifade edememektedir: Daha ziyade onun hakları nisbîleştirilmiştir. Türk Medenî kanununun 2 inci maddesindeki hakkın suiistimali memnuiyeti bu fikri çok esaslı olarak ifade etmektedir. Sübjektif haklar ferde sadece bu hudut dahilinde verilmiştir. Bu hakların sosyal bir vazifesi vardır ve onların şumulünü bu vazife tayin eder. Kezalik bu hakların istimali umumî menfaate dahi aykırı olmamalıdır. İstanbuldaki 2 inci konferansımızda bu yeni ve bağlı hukukun hukukî muamele sahasında nasıl tesir icra ettiğini izah ettik. Mukavele serbestisi ağır sektelere uğramıştır. Bu keyfiyet bilhassa buhran devrinde olmuş, muhtelif ölçülerde olmakla beraber esasları itibarile aynı tarzı arzemekte bulunmuş ve gerek Almanyada gerek İtalyada ve gerek Fransa ve İsviçrede kendini göstermiştir. Aynı zamanda mukavelenin şiddeti dahi, muztar halde bulunan borçlu lehinde icra hukukunun kabul ettiği istisnaî tedbirlerle yalnız bu sahada değil maddî hukuk sahasında da, bundan müteessir olmuştur.

Vukua gelmiş olan tekâmüle attığımız bu nazar bizi *hususî hukuk nizamının ana meseleler* ile karşı karşıya koyuyor. Meydana gelmiş olan köklü değişiklikler o kadar büyüktür ki aynı zamanda bu nizamın dayandığı ana direkler çıplak kalmıştır. Bu günkü müşahedelerimiz bu noktaya hasredilecektir. Bu müşahedelerde filozofik bir teemmül mahiyetinde değil bir tavsif, müsbet hukuka ait bir izah olacak daha fazla bir iddiada bulunmaksızın olmuşu gösterecek ve bu günkü hususî vukuf, onu teşkil den iki temel unsura dayanılarak tahlil olunacaktır.

Bu değişiklik ferdin camiaya olan yeni bir münasebetini tebarüz ettiriyor. Bu günkü konferansın mevzuunu bu münasebet teşkil edecektir. 1800 tarihleri etrafında mevzuubahs olan şey ferdin, ananevî camialar zincirinden kurtarılması idi; şimdi bunun aksine olarak ferdin bu gün temel olan camiaya, millet camiasına yeniden ilhakı mevzuubahistir. Bu itibarla bir taraftan hususî hukukun bu günaldığı şekle göre devlet ve milletin ehemmiyetinden diğer taraftan da ferdin bu günkü hususî hukuk nizamında haiz olduğu mevkiden bahsedecegiz.

1. Cemiyet: Millet camiasile hususî hukuk arasındaki münasebet. Hususî hukuk fertle meşgul olur; bu hukuk, millet camiasından uzak ve devletten (nisbî bir şekilde) mustakil olarak ferdî münasebetleri tanzim eder. Fakat hukukta biz millet ve devlete en ön safı vermek mecburiyetindeyiz. Zira her hukuk ondan çıkmaktadır; bu, mahiyetine nazaran, camia için ve camia tarafından yaratılmış bir sosyal hukuk, bir sosyal düzendir. Cemiyet, hukukta kendi tablosunu yapar, kendi kıymetlerini ilân eder. Bunlar, bu camia kıymetleri bundan sonra hukuk düzenini tayin ederler. Hukukun

meydana gelmesi için ve bilhassa bunun için her şeyden önce şu kaide cari olmalıdır: (Âmme menfaatı hususî menfaate tekaddüm eder). Bu yeni bir görüş değildir ve keyfiyet hemen hemen daima böyle olmuştur. Daha ilk çağlarda bile: (Âmme menfaatı en ulvî kanundur) denilmekte idi. Cicero diyor ki bütün kanunlar âmme selâmetine mâtuf olmalıdır. Orta çağ dünyası dahi bu fikirlerle doludur. Thomas di' Aquin'in hukuk felsefesinde âmme selâmeti merkez mefhumu teşkil etmektedir: Mumaileyh (şayet bir kaide nihaî gayesi olan âmme selâmetine hizmet etmezse onun pratik akıl karşısında yeri yoktur) demiştir. Ulvî saadet telâkkisine uyarak Fransız inkılâbı dahi, insan ve vatandaş hakları beyannamesinde şu umdeyi ilân etmektedir: Cemiyetin gayesi *umumî saadettir*. Bu umumî saadetin içine politik ve sosyal menfaatler, devlet ve milletin selâmeti girmektedir. Binaenaleyh ekonomi nizamı ve bununla birlikte hususî hukuk nizamı da bu zaviyeden taayyün eder. Her millî ekonomiye, halkın ekonomik malları olan ihtiyacını en iyi bir şekilde karşılamak vazifesi teveccüh etmektedir. Her millî ekonomi kollektif, sosyal bir vazifeyi ifa etmek mecburiyetindedir, hattâ bu ekonomi tamamen endividüalist karakteri haiz olsa bile keyfiyet yine böyledir. Liberal ekonomi çarşı için istihsale ve ferdin kazanç arzusuna dayanmaktadır. Fakat bu ekonomiden istihsal kuvvetlerinin yüksek inkişafı ve sosyal ihtiyaçların en iyi bir şekilde tatmini umulduğu içindirki, ona taç giydirilmişti. Bu ferdî ekonomi nizamı dahi sosyal bir nizamdı ve âmme menfaatları icabatına göre dikte edilmiştir. Tarihen âdil olmak için şu noktayı kaydetmek lâzım gelir ki ekonominin bu suretle tanzimi kendi zamanına göre gayet doğru düşünülmüşdü. Bu, o zaman için, lüzumlu ve doğru bir ekonomi politikası ve bu suretle meydana getirilen ferdî hukuk nizamı da o zaman için en doğru hukuktu. Zira daha önce ekonomi düşkün bir halde idi; orta çağ ve zabıta devleti hukuku onu kötürüm bırakıyordu. Lonca işleri bozuktu, ziraat verimsizdi. Hürriyet nizamı, kuvvetleri zincirden kurtardı, ekonomik bir yükselme getirdi.

Şu halde ekonomi bizatihi gaye değildir. Onun görülecek daha yüksek bir vazifesi vardır. Bu sebeple vazifesini mucibi memnuniyet bir şekilde yerine getirip getirmediği, yeni münasebetlerin yeni bir ekonomi nizamına ihtiyacı olup olmadığı hususlarında, ekonomi daima tetkike tâbidir. Harp sonu devrinin büyük köklü değişikliklerinde ve inıklâblarında her milletin gözü önünde şu sual tebellür etmişti: Acaba milletin ekonomisi de baştanbaşa yeni bir tarzı tanzime ihtiyaç gösteriyor mu?. Devletlerin kısmı âzamında cevap şu şekilde oldu: Âmme menfaatı, hususî ekonominin, fert ekonomisinin muhafazasını istilzam etmektedir. Camia menfaatı, hususî menfaatın eskisi gibi mahfuz kalmasına müsaade eder' hattâ bunu ister. İktisadî faaliyetde bulunanlar, zâtî menfaatlerini korumakla, umumî menfaata dahi hizmet etmiş olurlar. Ihering'in dediği gibi, fert ve camia men-

837

faatları arasında, biribirine giriş, intibak vardır. Bu sebeple ve yalnız bu sebeple bu günkü inkılâp sonu devleti dahi hususî ekonomiyi tasvip etmektedir. Fakat bu hususî ekonomi evvelce de zikrettiğimiz gibi başka bir vaziyet almak mecburiyetindedir. O eskisi gibi serbest değildir. artık bağlanmıştır, Devlet tarafından tanzim, kontrol ve dirije edilmektedir.

Böylece hususî hukukun tam vaziyeti aydınlanmıştır. Devlet hususî ekonomiyi kabul etmektedir. Binaenaleyh hususî hukuku ve bilhassa mallara ait hususî hukuku da kabul etmek mecburiyetindedir. Fakat Devlet nasıl ki hususî ekonomiye el koymuşsa hususî hukuka da el koyabilir. Devlet için bunlardan gerek birinde gerek diğerinde esas olan cihet âmme menfaatıdır.

Hususî hukukun bütün karakteri bu umumî menfaatlere göre taayyün etmiş oluyor. Kanun vazıının ferdiyetçi hususî hukuk nizamını tayin ettiği sırada dahi keyfiyet böyle idi. O zamanki kanaat umumî menfaatın en iyi bir şekilde ferdiyetçi nizamla muhafaza edilebileceği merkezinde idi. Devlet her türlü müdahaleden istinkâf ediyordu, zira umumî menfaat bunu âmirdi.

Şayet bu günkü medenî hukuk nizamı başka bir yol tutmuşsa bunun sebebi de bu yolda yürümeyi âmme menfaatının icap ettirmesindedir. Bu yüksek menfaat, dış görünüşü itibarile tamamen hususî menfaat mevzuubahsolan yerlerde dahi esastır. Bu hususta sadece gayrı menkul mülkiyet ve gayrı menkul rehin hakkını hatırlatmak kâfidir. İsviçre medenî kanununda gayrı menkulleri tanzim eden hukukun gayesi, gayrı menkul tedavülüne en büyük kat'iyet ve emniyeti vermek ve böylece gayrı menkule dayanan krediyi inkişaf ettirmektir. Bu gayeye varmak için büyük ve masraflı olan tapu sicilli cihazı kurulmuş ve bu cihaza kat'î bir müessiriyet verilmek için de o, umumî itimada mazhariyet kudretile teçhiz edilmiştir. Bütün bunlar devletin, gayrı menkul maliki fert menfaatine olarak yapabileceği ve yapmak istediği seylerin hududunu aşmaktadır. İşbu gayrı menkul hukuku tamamen büyük âmme menfaatları tarafından dikte edilmiştir: Bu hukuk, arazinin kıymetini yükseltmeli, gayrı menkule dayanan kredeyi teşvik ve himaye etmeli, imar faaliyetine hayat vermeli, ziraî faaliyetleri teksif, şehirdeki mesken inşaatını canlandırmalı, sınaî ve ticarî faaliyeti hareketlendirmelidir. Bu sebepledir ki bu gayelerin önüne geçici veya âmme menfaatlarını diğer surette ihlâl edici yeni mahzurlu vaziyetler kendini gösterdiği taktirde devlet — hususî mahiyeti haiz olması itibarile kendi mukadderatına terk edebileceği — gayrı menkul hususî mülkiyete yardımı derhal üzerine almaktadır. Devlet mülklerin fenalaşmasına, çiftçi arazisi üzerinde, fiatları gayrı tabiî surette ve âmmeyi izrar edecek tarzda yükseltici bir spekülasyon yapılmasına mani olmaktadır. Bilhassa çiftçiye aid arazinin gayrı iktisadî olarak parçalanmasına ve borca boğulmasına karşı, bir taraftan ayrı

938

bir çifçi miras hukuku (Türk medenî kanunu madde 597), diğer taraftan — alacaklıların haklarına derin yaralar açabilen — geniş mikyasta borçtan kurtarma tedbirleri vasıtasile, karşı koymaktadır. Bütün bunlar devletin takip ettiği ekonomi, ziraat ve sanayi politikasile olur: Âmme icapları, hususî hukukun umumî kılıklanmasını emretmektedir.

Borçlar hukukundan da bir misal ilâve etmiş olmak için zikredelim ki âmme menfaatları kusur prensibinin, «mes'uliyet mükellefiyetini» kabul eden mevzuat vasıtasile geriye itilmesinde dahi umumî menfaat mülâhazası esas olunmuştu:

Demiryolu ve posta, hava, otomobil iştetmeleri inşaat müsseseleri, sınaî işletmeler, bilhassa elektirik tesisatı gibi yeni işletmeler kusur mes'uliyeti değil, daima kaza mes'uliyeti esasına tâbî tutulmuşlardır. Böylece kazaya uğrayan kimse ve onun ailesi kuvvetle himaye edilmiştir. Bu keyfiyet bizzat bu suretle zarar görenler için ve fakat aynı zamanda umumî menfaat icabı olarak kabul edilmiştir. Bu gibi işletmelerden doğan kazalar kömeli bir tezahürdür ve bunların kurbanları her sene bir ordu teşkil etmektedir. Bu gibi tehlikelerden doğan netice ve zararlara, o tehlikenin kurbanı olanlar veya resmî mahiyeti haiz içtimaî muavenet değil, bizzat bu tehlikeyi meydana getirenlerin tahammül etmesinde âmmenin menfaatı vardır. Kezalik âmme, işbu işletmelerin bu gibi kazaları en az bir hadde indirecek surette tanzim edilmesinde menfaattardır. Burada âmme menfaatının ne kuvvetli bir rehber olduğunu, daha sonraki inkişaflarda mes'uliyet mükellefiyeti yerine, âmme hukukuna giren sosyal sigortanın kaim olması gösterir, yeterki hal ve vaziyete nazaran mes'uliyet mükellefiyeti yerine böyle bir sigorta ikame etmek mümkün olsun.

Fakat âmme menfaatları hususî hukuk nizamının sadece bütün kılığını tayin etmekle kalmaz, bu hukukun mer'iyet şümulünü de tayin eder. Hususî hukuk ve hudutlar koyar. Nitekim hak sahibliği, hak sujeliği keyfiyeti için vaziyet böyledir. Hangi birliklerin âmme hukuku cemiyeti olduğunu bittabi âmme hukuku tayin ve bunların iç kuruluşunu o hukuk tanzim eder. (Türk medenî kanununun 52) inci maddesi «âmme hukuku müesseseleri hukuku âmme kanunlarına tâbidir» demektedir. Hakkın mevzuu için dahi keyfiyet böyledir (madde 641). Sahibsiz ve umuma ait eşya hususî bir âmme hukuku rejimine tâbidir. Gözlerimizin önüne âmme hukukuna tâbi olan geniş saha açılmaktadır: Göller ve nehirler, yollar ve kanallar su kuvvetleri ve ve madenler, avcılık ve balıkcılık ve kezalik âmmeye mahsus binalar, işletmeler, inşaat, müzesseseler. Borçlar hukuku için de keyfiyet böyledir. İşçi patron münasebeti sade hizmet akdile bitmiş olmaz. Bu münasebet geniş mikyasta sosyal âmme hukukile tanzim edilmiştir. Nihayet âmme hukukuna ait memur ve müstahdem münasebeti mevcut olan yerlerde Borçlar hukuku geri çekilmek mecburiyetindedir.

939

Âmme menfaatları yalnız hususî hukuk nizamının genel karakterini tayin etmek ve bu nizama hutudlar koymakla kalmamıştır; âmme hukuku umumî selâmet mülâhazalarile dahi hususî kukuka müdahale etmekte, hususî haklardan her birinin şümulünü tahdit etmekte, hattâ bu hakların varlığını veya yokluğunu tayin eylemektedir. Gerçi bu keyfiyet, esas teşkilâta istinaden ve hukukî eşkâli dairesinde cereyan eder. Fakat bunun böyle olması, hususî hakların umumî selâmet mülâhazalarile tahdit veya tamamen ilga edilebilmesi prensibini darlaştırmaz. İsviçre medenî kanunu bu esası umumî bir şekilde ifade etmiştir (madde 702, bu madde Türk medenî kanununa alınmamıştır): Bu maddeye göre fedarasyon, kantonlar ve kommünler gayri menkul mülkiyetine, umumun selâmeti namına tahditler koyabilirler. Bu esas yeni değildir. Her hukuk nizamında ifadeye raptedilmiş veya edilmemiş bir şekilde kendisini gösterir. Fakat en yeni hukukta karakteristik olan cihet, bu müdahalelerin gittikce çoğalmasında gittikce mütenevvi, geniş ve kat'î olmasındadır.

Fransız inkılâbında ve ondan sonra dahi Devlet kudretle müdahale ederdi. Bu müdahale o zamanda âmme menfaatı mülâhazasile yapılırdı. Fakat bu eski feudal mükellefiyetleri — kısmen tazminatsız olarak — ortadan kaldırmak veya ekonomiyi bağlayan zincirleri kırmak için yapılırdı. Bu müdahale serbest mülkiyet sistemini kurmak için yapılırdı. Artık malik mülkini, işletmek ve tedavül ettirmekte hürdü — her toprak üzerinde hür bir insan olmuşdu; insan bu vaziyeti âmme hukuku sayesinde, ve devlet umumî menfaat dolayısile bu hürriyet nizamını kurmuş olduğu için iktisap etmişti. On dokuzuncu asır doktrini mutlak ve hudutsuz mülkiyet nazariyesini meydana çıkardı; bu mülkiyet mekân itibarile hudutsuzdur: — Kürrenin merkezine kadar — derinliğini ve havanın bütün yüksekliğini şâmildir; bu mülkiyet muhteva itibarile dahi hudutsuzdur: Malikin onu dilediği veçhile kullanmasına ve tasarrufuna tâbidir. Filhakika 1804 tarihli Fransız medenî kanununun 544 üncü maddesine göre «malik mülkinden en mutlak bir şekilde istifade ve onun üzerinde aynı suretle tasarruf etmek hakkını haizdir»; kezalik Alman medenî kanununun 903 üncü maddesine göre de: Bir şeyin maliki o şeyde dilediğini yapabilir (Avusturya medenî kanunu keyfine göre tâbirini kullanmıştır) .Fakat bu kanunlar ayni zamanda bir kayıt da koymaktadırlar: «Meğerki o şey kanun ve nizamnamelerle menedilmiş bir tarzda kullanılmamış ola»; «Meğerki kanuna ve üçüncü şahıslara ait haklara aykırı olmaya». İsviçre medenî kanunu da böyle başlamaktadır. (Madde 641, Türk medenî kanunu 618): «Bir şeye malik olan kimse, o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir». Fakat İsviçre medenî kanununun Almanca metni daha umumî ve geniş olarak: «Hukuk nizamı dairesinde» demektedir. Bu hukuk nizamı bilhassa bütün âmme hukukudur. Mülkiyet dahi mekân itibarile

940

derinliğe ve yüksekliğe doğru mütenasip bir şekilde tahdit edilmiştir (Türk medenî kanunu 644) ve nihayet İsviçre medenî kanunu 702 inci maddesile âmme hukukunun lehine olarak demin zikrettiğimiz umumî kaydı koymaktadır.

Böylece malikin haiz olduğu hâkimiyetin şümulü âmme hukukunun esas durumuna tâbidir. Medenî hukuktaki bu mülkiyet tariflerinin aynen bâki kalmış olmasına rağmen mülkiyetin son 100 sene zarfındaki muhtevası da tamamen başka bir hal almıştır. Nasılki o zaman tamamen serbest olan ekonomi bu gün mütenevvi bakımlardan kontrol ve dirije edilmekte ise gayrı menkul mülkiyetinde de keyfiye böyle olmaktadır. O sırada ferdiyetci hava içinde medenî hukuk sahasına müdahalede tamamen çekingen davranılmakta her müdahale fena karşılanmakta idi. Halbuki bu gün vaziyet tamamen başkadır. Âmmeye tâbiiyet göze batacak derecede barizdir. Halk telâkkisi kuvvetli surette âmme menfaatına tâbi tutulmuştur; devlet hususî ekonomi karşısında başka bir vaziyet almıştır. Bu suretle bir gayrı menkul malikinin kendi mülkü üzerindeki her faaliyeti âmme menfaatları üzerine tesiri zaviyesinden tetkik olunmakta, ve âmme menfaatına dokunan vaziyetler mevcut ise buna âmme hukuku mülkiyet hakkına tahditler koymak suretile mukabele etmektedir. İnşaat, yangın, sıhhat zabıtası ve umumî şehir inşaatı nevinden köklü müdahaleler şehirlerdeki gayrı menkul mülkiyetine yapılan, kezalik bu günkü buhran hukukunun çifci arazisinin işletilmesine, sütcülüğe, hayvan ıslahına, bağcılığa vesaireye yaptığı müdahaleler hep bundan neş'et etmektedir. Nihayet umumi salâmet mülâhazaları dolayısile mülkiyet tamamen dahi müsadere edilebilir. 19 uncu asır hukukuna göre, bu müsadere, bir çok devletlerin teşkilâtı esasiyelerinde sureti mahsusada tanınan hususî mülkiyetin bu inkârı, ancak kanunî usullere tevfikan ve münasip bir tazminat mukabilinde olabilir; Bu prensip bâkidir. (Fransız medenî kanununun 545 inci maddesine göre): «Âmme menfaatı müvacehesinde», (Avusturya medenî kanununun 365 inci maddesine göre): «umumî selâmet icabettiği takdirde», (Alman Vaymar teşkilâtı esasiye kanununun 153 üncü maddesine göre): «Âmmenin selâmeti için», (1930 tarihli İsviçre istimlâk kanununa göre): «Âmme menfaatı mülâhazası ile»hususî mülkiyet geri çekilmek ve yerini terk etmek mecburiyetindedir. Fakat bu umumî menfaatlar gittikce genişlemektedir. Orman işletmesinin ihtiyaçları, ziraat arazisinin ıslahı, (Türk medenî kanunu madde 678), şehir arazi ve arsalarının rasyonel inşası, elektrik tesisatı ve tel şebekesi ile cereyan tevzii, menba sularına ihtimam tabiî âbidelerin ve tabiî güzelliklerin muhafazasına itina, bütün bunlar işbu genişlemenin birer misalidir.

Bu âmme menfaatlarının süjeleri hususî teşebbüs dahi olabilir. İstimlâk gayrı menkulün müsaderesi yolu ile değil irtifak hakları tahmili yolu ile de yapılabilir. Gayrı menkul maliki istimlâk neticesinde bir kâr temin

94

etmemelidir. Mülken kendine kalan kısım bu istimlâk neticesinde bir kıymet fazlası iktisap etmişse bu, mahsup olunmalıdır. Mülkleri istimlâke tâbi olmayan fakat istimlâk neticesinde kıymet kazananlar, diğer fazlasını tediyeye mecbur tutulmaktadırlar. Bu istimlâk fikri, *iskân kanunlarına* istinaden, büyük arazi sahiplerine ait emlâkin parçalanup küçük çiftci arazisi haline konulması suretile, bütün harp sonu devletlerine çok geniş bir mikyasta nufuz etmektedir.

Bütün bu kaideler birlikte ele alınır ve gayrı menkul malikinin, kendine kalan hakları sui istimâl edemeyeceği (medenî kanun madde 2) düşünülürse, bunların hepsinden doğrudan doğruya yeni bir mülkiyet mefhumu meydana çıkar. Bu günkü mülkiyet, artık dünkü endividüalist mülkiyet değildir; bu, sosyalist değildir. Bu mülkiyet sosyal bir mülkiyet, sosyal bakımdan bağlanmış bir mülkiyetdir. Malik artık kendi malikânesi üzerinde mücerret bir fert olmayup, millet camiasına tâbidir, o camiaya karşı mükelleftir.

2. — *Fert*, 16 — 19 uncu asır garp Avrupasının fikrî tekâmülünde, şahsiyet fikirleri en büyük ehemmiyeti haiz oluyor. Bir asır süren mücadele, devlet hayatında ve hususî hayatta şahsî hürriyet uğrunda yapılıyor. fikir tarihinin geniş yolu 19 uncu asır ferdiyetciliğine isâl ediyor. Ne büyük değişiklik! 20 inci asır bilhassa bundan yüz çeviriyor. Bu asır gayri ferdiyetci, antiendividüalist yani ferdiyetciliğe düşmandır. Bu keyfiyet, bilhassa zamanımızın farikası, fikir tarihinin dönüm noktası, moral ana durum ve aynı zamanda en yeni hukuk tekâmülünün karakteristiğidir. Beşer ve beşerî şahsiyet fikri, kaybolmayacak surette durmaktadır, bu fikir gerek bizzat kendi durumu itibarile ve gerek cemiyet bakımından gayip olmıyacaktır. Fakat sosyal hukuku işbu izahında yalnız cemiyetten bahsolunacaktır. *Fert cemiyete muhtaçtır.* O, bir (zoon politikon) içtimaî bir mahlûktur. cemiyet içinde yaşar, cismanî ve fikrî bütün varlığında ona muhtaçtır. Cemiyet onu himaye ve muhafaza eder; o kendi iş görme kudretini cemiyet içinde faaliyete geçirir; Cemiyet ona şahsiyetini tam inkişafını mümkün kılar *Fakat cemiyet dahi ferde muhtaçtır.* Cemiyet,ferdî uzuvlara dayanır, yaşayışını kendi içine giren fertlerin tamayül ve sempatilerinden, moral ve entellektüel kudretlerinden alır. Cemiyetin zatî kudreti ona kendi âzasından aşılanır. Burada çok dar olan karşlıklı bir münasebet mevcuttur: Cemiyetin iyilik ve selâmeti fertler üzerinde fertlerin iyilik ve selâmeti ise cemiyet üzerinde müessir olur.

Bu karşılıklı münasebet hukuk nizamında ifade ve teyidini bulmalıdır. Ihering şu güzel ifadeyi yaratmıştır: "Hukuk, fert ve Cemiyet tahakkuk ettirilmiş ne şeklidir„. Buna göre fert camiaya eklenmiş ve camia tarafından ona vazife yüklenmiştir. Bu onun elinden istiklâlini, zatî hâkimiyetini almaktadır. Onun endividüel hayatı yeni bir gaye, yeni bir mana almaktadır. (İhering, Zvveck im Recht II 123). Buna mukabil camia kendi uzuvları karşısında

442

kayıtsız ve âtıl kalamz; bu uzuvlar onun için mühimdir; camia onlara yardım etmeği üzerine almaktadır.

Bu, 19 uncu asır endividüalismınden bir yüz çeviriş ifade eder. 18 inci asır zabita devletine karşı o zamana göre lüzumlu bir mücadeleden doğmuş bulunan bir endividüalism, ferdi tecrit etmiş ve onu camia hayatının rabıta ve münasebetlerinden ayırmış, hukukî muamele nazariyesinde ferdin iradesine henüz kıymet takdir etmeksizin bu iradeyi ve ferdin, malik, rakip, alacaklı, koca, baba sıfatı ile haiz olduğu sübjektif hakları mutlaklaştırmıştı. İşin nasıl bu telâkkiye müncer olduğu kolayca takip ve izah olunabilir. Fakat bu telâkki, iç ve dış, ekonomik ve moral donneleri parçalamakta, vaz geçilmesi mümkün olmayan rabıta ve münasebetleri inkâr ve cemiyeti rahatsız etmekte çünkü bozucu bir tesir icra eylemektedir. Bizzat bu nizam manasız addedilerek ortadn kaldırılıncaya kadar, hayat kanunun hudutlarını daha uzaklara sevketti- Ferdiyetci nizam, kaviyi daha kuvvetli, zayıfı daha âciz yapan ve « egoizmin doymak bilmezliğini, ve yırtıcı iştihasına» muzaffer kılan bir sistem haline geldi. Endividüalismin tesiri bir sübjektivizm, sübjektif bir keyfîlik ve zatî arzuya kayıtsızca bir teb'iyet neticesine isâl etti.

Bu sistem ortadan kalkmak mecburiyetinde idi ve buna mecburdur. Endividüalisme yüz çevirmek, kollektivizm demek değildir. Şahsî sahanın ve böylece hususî hukuk sahasının muhafazası bizzat cemiyetin menfaatları icabındandır. «Hususî hukuk, tarihte yer tutmuş olan şu hakikata kök salmaktadır: Milet, kudretini sadece madunundan değil, bilhassa yüksek mikyasta kendi uzuvlarının müstakil icraat kudretini haiz şahsiyet iktisap etmesinden alır, binaenaleyh hukuk nizamının işi, yalnız cebir koymak değil, aynı zamanda hürriyet yaratmaktadır» (Sohm) endividüalismden ayrılış daha ziyade, sosyal bir *personalizmin* şahsiyetciliğin teşekkül etmesile vukua gelmektedir. Bu, bir taraftan ferdin tanınması ve himaye edilmesi, diğer taraftan da onun camiaya rapt edilmesi demektir.

Medenî hukuk evvelâ ferdi hukukî hayata iştirâk için lüzumlu olan ehliyetlerle ve esas itibarile herkese müsavatan tanınmış olan, medenî haklardan istifade ehliyetile techiz etmektedir. Medenî hukuk daha 19 uncu asırda gittikçe artan bir şekilde, hususî hukuk musavatını koymuştur. Fert medenî haklardan istifade ehliyetini, dine ve emele bakılmaksızın, tam şümuliyle haiz olmalıdır. Ağır bir tekâmül neticesinde haklara tam ve müsavi surette ehliyet evlilik harici doğan çocuklar için dahi kabul olundu. Fakat buna rağmen İsviçre medenî kanununun koyduğu kaide, İsviçre hukuku ve bittabi Türk hukuku için, ferdin medenî hukuk bakımından hürriyet kazanmasını daha ileriye götürdü. Zira haklardan müsavi surette

943

istifade ve onları böylece kullanma ehliyetlerini esas itibarile kadın, evli kadın dahi haiz oldu. Bu keyfiyet 19 uncu asır fikrî seyrinin bir ilerleyişi, endividüalismin daha sonra elde edilmiş bir kazancıdır. Fakat buna esas olan mana hemen değişiyor: Yeni hukukî vaziyet kadına yalnız onun hatırı için tanınmış değil, aynı derecede, âmme selâmeti sebeblerinden dolayı tanınınmıştır. Bu, sosyal esasa dayanan bir endividüalismdir: Kadına hukukî müsavat, onun kendi yerinde kudretlerini inkişaf ve kendine düşen vazifelerini ifa edebilmesi için tanınmıştır. Böylece meselâ anaya dahi velâyet hakkı verilmiştir. Bu vergi, yüksek bir haktır. Fakat aynı zamanda ağır bir mükellefiyettir ki bunun ifası çocuğa ve bin netice cemiyete hizmettir. Binaenaleyh bizatihi bu hak ona, hem kadının kendisi için, hem de, aynı derecede bu mükellefiyetin yerine getirilmiş olması için tanınmıştır.

Sosyal hukuk ferdi içine almakta ve fakat onun himayesini dahi gözetmektedir: Bu hukuk, evvelâ insanın kendi cismanî varlığında himaye ediyor. Bu keyfiyet bu gün hususî bir vuzuh ve kuvvetle âmme hukuku vasıtası ile ve umumî ve şahsın fevkinde bir menfaat mülâhazası ile meselâ sosyal sağlık, erzak hakkında konulan geniş mevzuat, sosyal mevzuat, işçinin himayesi ve sosyal sigorta sahalarında yapılıyor. Medenî hukukta cismanî iyiliğe itina keyfiyetini evlenme dahili ve evlenme harici doğan çocuklara ait hukukta, madde 273,311,312 vesayet hukukunda (madde 356), kezalik hizmet akdi hukukunda görmekteyiz; bu sonuncuya göre iş sahibi, lüzumlu olan himaye tedbirlerini almak mecburiyetindedir (Borçlar kanunu madde 332); bunlardan maada aynı keyfiyeti icar hukukunda da görüyoruz: Mecur müstecirin sıhhatını ihlâl edici kusurlar arzediyorsa, müstecir, her zaman dermeyan edilebilen ve feragat caiz olmayan bir fesh hakkını haizdir.

Sağlam nesil yetiştirme noktayı nazarı karı koca hukukuna da nüfuzediyor. İsviçre medenî kanunu, akıl hastalarının evlenme memnuiyetinde (89) daha sıkı davranıyor. Bu hususdaki son Alman mevzuatı daha radikaldir.

Fakat bütün bunlar haricinde medenî hukuk ferdi bütün endividüalitesinde, bütün şahsiyetinde (madde 24) böylece talâkki ve tahassus hayatında, faaliyet hürriyetinde, şeref ve şöhretinde, isimde, firmada, arma ve diğer rumuzî varlıklarında hususî, meslekî, sınaî hayatının sırlarında himaye eder. Mahkeme içtihadları bu himayeyi bilhassa ekonomik şahsiyeti lehine olarak dahi meydana getirmiştir, zira ferdin varlıkları ihlâl edilmekle, ekonomik faaliyete de set konmuş ve bu da ihlâl edilmiş olur. Bu sebeple modern hukuk maddî olmayan malların eser, güzel san'at ve ilmin, ihtara ve alâmeti farikanın himayesini bilhassa kabul etmiştir: Bu keyfiyette âmmeye ve şahsa ait hakların biribirine girişi, intibakî olup, bu intibak yaradıcı şahsiyetin ve onun eserlerinin böylece himayesini istilzam etmektedir.

Fakat sosyal hukuk ferdi, her şeyden önce hürriyetinde himaye ediyor-

O bu hürriyetî âlî menfaatlar mülâhazasile tahdit eder. Fakat bilhassa ve her şeyden önce bu hürriyeti — yukarıda söylediğimiz gibi umumî selâmet namına — tanımak ve himaye etmek mecburiyetindedir. Sosyal hukuk bu hürriyeti bizzat mukavele serbestisine karşı korumalıdır. Sübjektivizm, hürriyeti suiistimal ediyor, kavi, zayıfı istismar etmek ve onu haraca bağlamak için bu hürriyetten istifade etmektedir. Şeklî hürriyet maddî hürriyetsizliği, istiklâlsizliği ve tabiiliği doğuruyor. Bu keyfiyet mukavele serbestisinin ruh ve manasına aykırıdır; bu keyfiyet bilhassa ferdin serbest faaliyetini isteyen âmme menfaatlarına aykırıdır. Buna mani olmak fikri evvelâ mahkeme içtihadları hukukunda yer tuttu. En önce işçinin, hizmet akdinin hitamından sonraki zaman için kabul ettiği rakabetten içtinap, yani rekabet memnuiyetleri, hukuk nizamına uygun olup olmadığı hususunda hâkim tarafından tetkik ve ifrata kaçanlar ibtal olundu. O zamandan beri kanunlar bu rakabet memnuiyetini hususî bir tanzim tarzına rabt ve rakabetten içtinap mükellefiyetini ancak mahiyet, zaman ve mekân itibarile mütanasip bir hadde inhisar ettiren kayıtları sarahaten kabul eylemiştir (Borçlar kanunu madde 384 ve müteakip). Kezalik diğer bazı münferit hükümlerde aşırı mükellefiyetlere karşı himaye gayesini gütmektedirler; bu keyfiyet, hizmet, icar, şirket akitleri vesaire gibi devamlı münasebetlerin vaktinden evvel feshi için haklı ve mühim sebebler mefhumunun kabul edilmesinde mündemiçtir. Bundan maada medenî kanun, şahsa bağlı hakları haleldar edeceği mukaveleler hakkında da esaslı bir memnuiyet koymaktadır (madde23).

Böylece bu günkü sosyal hukuk, mülkiyeti ve mukavele serbestisini tanıdığı gibi şahsiyeti de tanıyor ve himayesini ona da teşmil ediyor. Fakat aynı zamanda bu şahsiyeti camiaya rabtediyor.

Fert iki sosyal ve mütekabil münasebet karşısındadır: Bir taraftan bizatihi cemiyet ile ve diğer taraftan sair fertlerle olan münasebet.

Evvelen bizatihi cemiyeti ele alalım. Fert ona bağlıdır; milletdaş ve halkdaş sıfatı ile onun uzvu, onun malıdır. Bu manada fert hukukan da cemiyete ilhak edilmiş, eklenmiştir. Mülkiyet gibi, şahsı da sosyal olarak bağlıdır. Bu bağlılık âmme hukukuna göre, vatandaşların umumî mükellefiyetlerinde, sübjektif âmme haklarının bahşedildiği çerçeve dairesinde ifadesini buluyor. Fakat bu bağlılık hususî hukuktan dahi neş'et ediyor. Vesayet hukuku, ferde, kendi malları ile kayıtsızca oynayamıyacağını öğretiyor. Fert israf ve suiidare, ayyaşlık, fena hayat sürme gibi — muhtelif sebeblerle kendisini ve ailesini izrar ve fakirliğe mâruz kılabilir. Ve hattâ — medenî kanunun âmme mülâhazasile ilâve ettiği gibi — yakınlarının emniyetini tehlikeye koyabilir. Bu vaziyette vesayet makamları müdahale ve fertten hususî hukuktaki hürriyetini nezeder. Fert kendi yerinde, koca, eş, baba, akraba, aile uzvu (nafaka mükellefiyeti hakkında medenî kanun madde 315) sıfatile kendine düşen mükellefiyetleri ifa etmek mecburiyetin-

945

dedir; şurası karekteristikdirki Medenî kanun, bu mükellefiyetlerin ihlâli halinde, bir çok hususatta resmî makamların (vesayet makamlarının, içtimaî muavenet makamlarının) müdahalesini derpiş etmekte ve böylece ferdin bu gibi hususatta âmmeye karşı mükellefiyeti mevzuubahs olduğunu doğrudan doğruya ifade eylemektedir.

Bilhassa mukavele serbestisi dahi, âmme menfaatları ile kabili telif olduğu nisbette tanıtıyor. Borçlar kanununun 19 uncu maddesi bu serbestinin ancak umumî intizam dairesinde mevcut olduğunu sarih surette ifade ediyor. Zengin içtihatlarile mahkemeler, umumî intizama aykırı olan mukaveleleri iptal etmektedirler, bu mukaveleler içine yalnız (meselâ vergi kaçakçılığına mâtuf olmak suretile) Devleti zararlandırıcı, yahut Devletin icraî kazasının ve hukukî itinasının önüne geçici yahut da (meselâ haksız fiilleri teşvik veya ortadan kaldırmak gibi) bizatihi hukuk nizamını ihlâl edici uzaklaşmalar değil, halkı aldatdıkları ve ticaretteki itimadı öldürdükleri için cemiyet, aile ve ekonomi nizamımızı tahrip edici uzlaşmalar da girer, meselâ bir mukavelenin içinde verilecek rüşvetin tesbiti gibi, kezalik bu sebeble kartel mukaveleleri bilhassa inhisarî bir vaziyet alarak umumun istismarı gayesine mâtuf oldukları takdirde, umumî intizama aykırıdır. 1923 ve 1930 Alman kartel kanunu muvakkatlarında tekrar tekrar umumî ekonomi ve umumî selâmet göz önünde tutulmuştur. Bu hudutlar Borçlar kanununun 19 uncu maddesinin koyduğu umumî kaidede mündemiçtir, ve hukukun daha sosyal tarzı telâkkisi tamamen endividüalist olan telâkkiye üstün olan yerlerde, gayrı mektup hukuktan da neş'et eder. Bunlar sosyal bir hukukun mahiyetinde mündemiçtir.

Fakat sosyal hukuk diğer bir rabıta daha yaratıyor. Fert cemiyet esası münasebetine bir ikincisini ilâve ediyor: Bu, fert ile diğer fertler arasındaki münasebet, yani hakdaşın hakdaşa, insanın insana olan münasebetidir. Bu münasebet, hukuk ahlâkı bakımından, hususî hukukun ana problemini teşkil etmektedir. Hususî hukuk, hususî mülkiyeti, faaliyelerin tabiî hürriyetini, mukavele serbestisini kabul eder. Fakat bu hakları kabul ederken yalnız umumî intizam dairesinde ve bundan ayrı olarak, başkalarını gözetmek hudutları dairesinde hareket eyler. Bu, karşılıklı bağlılık prensibi, solidarizm prensibidir. Fert başkalarının himayeye lâyık menfaatlarına hürmet etmelidir. Bunda onun hakkının hududu ve fakat aynı zamanda bu hakkın kudreti mündemiçtir, zira bu esas aynı suretle onu dahi himaye etmektedir. Şurası muhakkakdırki bütün devirler ve bütün milletler bu prensibi her hangi bir şekilde kabul etmişlerdir. Bu prensip olmaksızın hiç bir hususî hak, hiç bir mülkiyet hakkı, hiç bir borçlar hukuku yoktur.

Böyle daima müfrit endividüalizm vaziyeti arzeden ve endividüalist olmak mecburiyetinde bulunmuş olan Roma hukuku bile bu noktayı geniş mikyasta nazarı itibara almıştır; bu hukuk dahi bir komşuluk hakkı bir

meşru müdafaa hakkı meydana koymuştur. Bilhassa Roma borçlar hukukunun azameti, fertlerin fertle olan münasebetinde hüsnüniyet lüzum ve icaplarına tam bir yer vermiş olmasındadır. Actio injuriarum ve exeptio doli generalis Pretör hukukunun, dürüstlük ve adâlete müstenid bir borçlar hukuku meydana gelmesinde âmil olan emir ve hükümlerdendir. Bu günkü borçlar hukukunun, bizim tamamen teknik mahiyette müşahede etmeye mütemayil olduğumuz bir çok kaideleri, Roma hukukunun işbu *hukuk ahlâkı* esasından çıkmıştır ve meselâ takas, hapis hakkı (exptio non admisleti contractus) yani ödememezlik defi davanın tazminata da teşmili, alacaklının temerrüdü keyfiyetinin tanzimi vesair bir çok hususlar, bu gün dahi ona istinat etmektedirler.

Bu günkü sosyal hususî hukuk işbu hukukî ahlâk umdesine yeniden kucağını açmıştır. Hâli hazırdaki mütekabil bağlılık daha büyük bir hale gelmiştir. İnsanlar, ruhî bakımdan, biribirine daha sıkı surette yakın oturmaktadırlar. Birbirine daha ziyada muhtaç birbirini daha ziyade gözetmek mecburiyetindedirler. Bunu modern demokrasi dahi böyle istemektedir. Şahsî hürriyet tanınmış ve bu hürriyet, akden tayin edilmiş aşırı mükellefiyetlere karşı, bizzat o hürriyeti bahşeden tarafından himaye olunmuştur. Fakat âmme menfaatı veya başkalarının gözetilmesi istilzam ettiği taktirde bu hürriyet, tahdit edilmektedir. «Başkası» mafhumu ahlâkta olduğu gibi, hukukta da daha yakın bir rü'yet sahası dahiline giriyor. Bu keyfiyet sosyollığa tevcihtir. Endividülism daha sosyal, daha altrüvist yani başkalarını düşünücü oluyor. Bu keyfiyet bir ferağat manasında değildir ve bunu talep etmekde esasen kanunun vazifesinden hariçtir; bu, icraatının sosyal rabıta ve münasebetlerini müdrik olmağa ve bu icraatın dokunduğu şeyleri lâyıkî surette gözetmeye ferdin mecbur olması manasındadır. Böylece fert sosyal münasebetlere daha geniş surette raptedilmiş, daha geniş ölçüde bağlanmıştır. Caddelerden gelüp geçme işi ve bunun fertlere tahmil ettiği lüzum ve icaplar gözlerimizin önünde sembolik bir misal olarak tebarüz ediyor. Bir polis raporundan iktibas ederek söyleyorum ki otomobil kazaları ancak gayet nadir hallerde teknik, yani makinanın veya caddenin bozukluğu sebeblerinden ileri gelmektedir; sebebleri kısmı âzamı alâkadarlarda, yani otomobili kullananda, diğerlerinde, diğer bir otomobili kullananda, giden de, yaya gidendedir. Rapor diyorki: «Kazalara, gidiş gelişte kayıtzız, hafif meşreb veya dikkatsiz hareket edenler sebeb olmaktadırlar. Bu sebeble mürur ve ubur emniyetinin yükseltilmesi insanın bu hususta terbiye edilmesile kabildir. Gelüp geçme emniyeti, karekterin teşekkülüne, herkesin diğerlerini gözetmesine isnad eder.

Bir polis müdürünün bu hakikaten kiyasetli sözleri sadece ahlâkî sözlerden ibaret değildir. Bunların içinde bilhassa hukukî bir esas ve umde mevcutturki bu esas, otomobil kazaları hakkında hüküm verilirken mahke-

melerimiz tarafından her gün ve kuvvetle tatbik olunuyor. Fakat bu, sadece yol üzerinde gelüp geçmenin tanzimine müteallik bir kaide değildir; bunun tamamen umumî bir ehemmiyeti vardır. Aşağıdaki hususlar işbu birbirini gözetme prensibine istinat etmektedirler: Medenî kanunda geniş şekilde konulmuş olan komşuluk hukuku; bu hukuk, malike, kendi mülkini kullanırken (bilhassa duman ve kurum, gürültü patırtı, sarsıntı yapma, aydınlığa mani olma, suyu kesme suretile) etrafındakileri aşırı surette müteessir etmemek bundan maada komşusuna geçit ve su vermek, elektrik ve su tesisatının kendi toprağından geçirilmesine müsaade etmek mecburiyetini yükletmektedir. Kezalik rekabet hürriyetinin tahdidi de bu prensibe dayanmaktadır: Rekabeti yapan sadece hasım değil iş arkadaşıdır. Ve bu sıfatla diğerinin hakkına dürüst bir şekilde hürmetkâr olmalıdır. Borçlar kanunu madde (48).

Bilhassa modern mukavele hukuku gittikce mütezayit bir şekilde bu ruhla doluyor. Bu keyfiyet kanununun hususî kısmında münferit akitlerin, yani hizmet akitlerinin ve bütün iş akitlerinin, icar akdinin, kefaletin, hususî sigorta mukavelesinin tarzı tanziminde ve kezalik aynı surette, umumî hükümlerdeki tarzı tanzimde görülmektedir ki, bundan İstanbuldaki konferansımda bahsolunmuştur. Bu gün irade beyanlarının tefsiri bile bu hava dairesinde, yani beyana muhatap olanın beyandan çıkarmakta haklı olduğu manada cereyan etmektedir. Bir hilenin hangi takdirde sükûtla meydana geleceği hakkındaki nazik sualin cevabı, tazminat hukukundaki farkların ince ince gözetilmesi (Borçlar kanunu madde 43 ve müteakip madde 44 fıkra 2) (yani tazminatın ağır kusurdan doğmaması halinde tazminatla mükellef olan kimsenin ödeme kudretinin gözetilmesi), Clausula rebus sic stantibus yani ahval ve zamanın değişmiş olmasının nazarı itibara alınması gibi bir kaç misâl, işbu esaslı ruh, rabıta ve münasebeti izah eder. Böylece konferansımızın sonuna geldik.

Sayın Bayanlar, Baylar! 19 uncu asrın hukuku ferdiyetci idi. 20 inci asrın hukuku sosyal temayüllüdür. Bu bilhassa harp sonu devrinin icabıdır. Fakat 1907 tarihli İsviçre medenî kanunu zaten bu sosyal ruhla dolu idi. Bunun böyle olması tarihî ve siyasî sebeblerden İsviçre halkının tarihinden ve hususiyetinden neş'et ediyor. Fakat Türkiyede kısa ikametim esnasında şu büyük keşfi yaptım: İsviçre ve Türkiye milletleri karakterlerinde birbirine benzeyen esaslara maliktirler. Bu sebeble İsviçre medenî kanununun Türk milleti karşısında dahi vazifesini göreceğine yani memleketin iktisadî hayatının ilerlemesinde ve Türk milletinin haiz olduğu zengin kudretlerin inkişafında âmil olacağına imanım vardır.

948

No : 89

Hukukun muhtelif cepheleri ve Hukuk İlmi [*]

Konferansı veren: *Mehmet Emin ERİŞİRGİL*
Siyasal Bilgiler Okulu Direktörü. Profesör

Söze başlamadan evvel huzurunuzda konuşmak fırsat ve zevkini bana veren Hukuk İlmini Yayma kurumuna borçlu olduğum teşekkürü ifaya müsaadenizi rica ederim. Kurumun Türk kültürüne yapmakta olduğu hizmeti bütün hukuk müntesiplerinin takdir ile görmekte oldukları na şüphe yoktur. Fakta bu hizmeti en çok benim gibi içinde hukuk tedrisatı yapılan müessesede müdürlük ve muallimlik yapanlar daha yakından takdir eyleyecek vaziyettedirler. Çünkü kurumun faaliyeti talebemiz karşısında mükellef olduğumuz vazifeyi yaparken bize yardımcı oluyor.

Hukuk ilmini yayma faaliyetinin yaşadığımız bu devir için ayrı ve hususî bir ehemmiyeti vardır. Bir kerre Türk İnkılâbı hukuk sisteminde büyük bir değişiklik yapmıştır. Bu değişiklik bir kanun serisinin meriyetten kaldırılarak diğer bir kanun serisinin konulmasından ibaret değildir. Bir hukuk sistemini kaldırarak diğer bir hukuk sistemi kabul ettik. Bir hukuk sisteminin en mühim desteği o sistemin tatbik olunduğu insan grupunun inancıdır. Türk Milleti bir nevi inançtan diğer nevi inanca, bir dünya görüşünden diğer bir dünya görüşüne geçtiği içindir ki hukuk sisteminde değişiklik olmuştur. Fakat hiç bir tarihî istihale, bir kitap sahifesinin yırtılıp yakılarak diğer bir sahifenin konması şeklinde olamaz. Eskiden kalan düşünüş ve inanışlar, âdetler yeniler yanında yaşayıp durur. Yeni hukukun dayandığı sistemi yaymağa uğraşmak, o sisteme uygun olmayan fikir ve âdetlerin nasıl arta kalmış, müstahase şekline girmiş olduğunu göstermek millî muhitimizin en büyük ihtiyacıdır. Hukuk ilmini yayma faaliyeti bu bakımdan değerli bir hizmettir. Fakat Avrupa medeniyetine dahil memleketlerin hukuk sistemi de harp sonunda mühim değişiklik gösteriyor. Hususî hukuk prensibi bakımından vücuda gelen değişikliği ecnebî bir profesör bu kürsüde anlattı. Âmme hukuku sahasında bariz bir buhran var dersem mübâleğa etmiş olmam.

[*] Bu konferans 25 — 12 — 933 de Ankara Halkevinde verilmiştir.

949

Hukuk ilmini yayma bu istihaleleri göstermekle cüzü bulunduğumuz medeniyet zümresi hukukunu bize daha iyi tanıttırır ki bu da en değerli bir hizmettir.

Hukukun tarifi ve diğer sosyal kaidelerle farkı meselesi

Hukuk kaidelerinde ve hukuk telâkkisindeki bu istihaleler hukuk âlimlerini yeniden yeniye hukukun sosyal diğer kaidelerle münasebetini hukukî realitenin mahiyetini ve ona göre tarifini araştırmağa sevketmiştir. Kant bundan bir buçuk asır kadar evvel hukukcuların daha henüz hukukun mevzuunu aramakla, tarifini yapmakla meşgul olduklarını söyleyerek onlarla inceden inceye istihza ediyordu. Ben şimdi hukuk felsefesinin en mühim işi hâlâ bu olduğunu söylersem bir hakikatı ifade etmiş olurum âmma bu sözüm bilmem ki hukuka yeni başlayan arkadaşların tuhafına gidermi? Onlar ki hukuka ait ilk derslerine başlarken hukukun ve hukuk ilminin tarifini ve diğer sosyal vakıalarla münasebetini işitmişlerdir. Şurayı bilmeleri lâzım gelir ki hukukî realiteyi lâyıkile kavramak için kâfi bilgi sahibi oldukları zaman da bu mesele karşısında kalacaklardır. Netekim «*İnstitut İnternationale de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*» 1935-1936 yılı mesaisi için hukukun diğer sosyal kaidelerle bilhassa örf ve ahlâkla münasebetini araştırmağı ve böylece hukukî realitenin hududunu göstermeği mevzu olarak kabul etmişti. Ben de huzurunuzda bu meseleyi, hukukun ifade ettiği realiteyi ve bunun diğer sosyal kaidelerle münasebetini konuşma mevzuu olarak aldım.

Huhukî realiteyi, onun sosyal vakıalarla münasebetini göstermek hususundaki güçlük nereden ileri geliyor? Bence bunun sebebi hukuk kelimesinin ifade ettiği realitenin başka başka görüşü mümkün olmasından, daha doğrusu hukuk mefhumundan kasdedeceğiniz hedefe göre bu ilmin mevzuunun değişmesinden ileri geliyor.

Hukuk kelimesinin ifade ettiği realite

Hukuk kelimesinin ifade ettiği realite üç bakımdan görülebilir, daha doğrusu hukukta ayrı ayrı üç unsur vardır.

Biri hukukun haricî şeklidir. Bu itibarla hukuk bir norm, bir kaidedir. Bunda herkes birleşir. Fakat insanlar arasındaki münasebeti tanzim enen kaideler yalnız hukukî değildirler. ahlâk vardır, hususî âdetler vardır, iktisadî kaideler, hattâ hıfzıssıhha kaideleri vardır. Fakat bana derhal diyeceksiniz ki hukuk müeyyideli kaidelerdir. Ondan inhiraf ettiğimiz zaman bir tazyik karşısında kalırız. Ahlâkın da, örf ve âdetin, nezaket kaidelerinin de müeyyideleri vardır. Yaşadığımız grup içinde şeref ve haysiyetimizin kırılması, umumî efkârın bizi ayıplaması, hattâ bizimle alay etmeleri bi-

950

rer müeyyide değilmi dir? Yine derhal bana cevap verebilir, diyebilirsiniz ki hukukî müeyyidenin öyle hususiyeti vardır ki diğer sosyal kaidelerin müeyyidelerine asla benzemez. Hukukî müeyyideler daha önceden tanzim olunmuştur. Gerek mahiyeti, gerek tatkik şekli önceden bilinir, insanın maddeten sosyal kıymetini azaltır. Bunlar öyle farklardır ki diğer sosyal kaidelerin müeyyidelerinde bulunmaz. Ahlâkî müeyyideler münteşirdir, önceden sarih olarak malûm değildir. Hukukî müeyyideler gibi muayyen organ tarafından tatbik olunmaz. Fakat hukukî müeyyidenin bu evsafı kanun vazı tarafından ortaya konulan hukuk kaidelerinde mevcuttur. Bütün hukuk kaideleri böyle kanun vazı tarafından mı konulur? Devletin müeyyideleştirmediği hukuk kaideleri yok mudur? Bir insan zümresinin organize olması dolayısile kendiliğinden doğan ve sosyal hukuk denilen bir takım organize yahut yarı organize hukuk kaideleri vardır ki onlarda bu evsaf bulunmaz. Görüyorsunuz ki hukuku sırf şekil bakımından gördüğümüz zaman örfle, ahlâkla hukuk kaidesi arasında herkesi tatmin edecek fark bulmak hayli güçtür. Fakat farzediniz ki bu mesele her hukuk âlimini tatmin edecek gibi halledilmiş olsun, hukuka böyle müeyyideli kaide olarak bakan, yani hukuku sırf şeklî noktadan nazara alan bir hukuk ilminin vazifesi ne olacaktır?

Hukuk ilminin mevzuu

Böyle bir hukuk ilmi Positif hukuk kaidelerini alacak, onun şeklî unsurlarını tahlil ederek şerhedecek, tatbikatta bu kaidelerin genişleyip genişlemediğini, daralıp daralmadığını araştıracaktır. Böyle bir hukuk ilmi Positif hukuk kaidelerinin sebeplerini göstermeğe kalkınca da onu ya daha önceki bir hukuk kaidesinin neticesi, yahut siyasî vakıaların icabı addedecektir. Biliyorum ki hukuk ilmi bununla da kalmaz. Muayyen zaman ve yerdeki hukuk kaidelerini mukayese ederek bunların bir sistem teşkil edip etmediğini araştırır. Bu sistemin prensiplerini arar o suretle ki bu prensiblerden diğer hukuk kaideleri netice olarak çıkabilsin. Bu prensipler hukuk kaidelerinin dayandığı müşterek inanlarıdır. Vakıa muayyen zaman ve yerdeki hukuk kaidelerini prensiblere irca etmek az çok sun'idir. Çünkü hukuk âlimi hayatın kompleks icabından doğan kaideleri mikdarı az prensiblere ircaa çalışırken o prensiblerin içine girmeyenler olur ve hukuk âlimi bunları az çok zorlayarak bu prensiblere ircaa çalışır. Fakat bu hal bizzat hukuk kaidesinde de vardır. Hukuk kaidesi koymak hayatı önceden nizam içine sokmaktır. Bir şeyi nizam altına koyma var demek, düşünme var demektir, düşünme var demek, mantık var demektir. Fakat bazen hayat mantığın çerçevesini tazyik ederek onu aşmağa çalışır. Netekim insanlar arasında öyle münasebetler olur ki mevcut hukuk kaideleri içine ancak zorlanarak girebilir.

Hukuk ilminin ortaya koyduğu meseleler

Fakat hukuk ilmi bunları yapmakla hukuk mefhumunun ifade ettiği realiteyi bize her cepheden anlatmış oluyor mu? Buna kimse evet deyemez. Bilâkis hukuk ilmi bir takım meseleler ortaya koyar ki sırf şekilci, sırf formalist olmadıkça gözünüzü bu meselelere karşı yumamazsınız. Bir kere hukuk ilmi kanun vazıı elinden çıkan hukuk kaidesini mevzu yapıyor dedim. Hukuk kaidesinin tek menşei kanun vazıının, siyasî kudretin iradesinden mi ibarettir? Ve bu kaide daima kanun vazıının iradesi ne şekilde ise o yolda kalır ve o yolda tatbik olunur durur mu? Şekli bırakınız, doğrudan doğruya hayata ve realiteye bakınız, kanun, kanun vazıının elinden çıktıktan sonra adetâ hususî bir hayat yaşar. Bazan kanun vazıının asla düşünmediği neticeler doğurur. Hattâ bazan öyle olur ki kanun vazıının istemediği, reddettiği vaziyetleri ihdas eder, diğer taraftan kanun kendiliğinden vücuda gelivermiş de değildir. Kanun sosyal hayatın diğer kaidelerindeki değişikliklerle münasebattar olmaksızın, onun derinliklerinden kuvvet almaksızın ortaya çıkamaz. Hiç olmazsa bir zümrenin itiyadı, alışkınlığı, o zümre için âdet olmasıdır ki kanuna zemin hazırlar. Yahut bir zümre bir itiyada, bir hareket tarzına kıymet verir, bunun umumîleşmesini, kaide haline gelmesini ister, bu suretle kanunda değişiklik olur. Onun için her kanun bir inanışın, bir düşünüşün âdet üzerine müessir olması, yani onu değiştirmesi, yahut âdeti umumileştirerek takviye eylemesi eseridir denebilir. Hulâsa kanunun kanun olmazdan evvel bir tarihi, oldukdan sonra da oldukça müstakil bir hayatı vardır. Kanunun bu tarihinin kavranabilmesi için kanun metninin ifade ettiği hükümlerin anlaşılması kâfi değildir. Kanunun kabulü esnasındaki müzakerelere, kanunun hazırlanması esnasındaki mesaiye, tatbiki için verilen emir ve talimata göre şerhinin yapılması kâfi değildir. Hatta o kanunun dahil olduğu hukukî sistem arasında mevkiini onunla beraber ve ondan önce mevcut kanunlar arasındaki yerini göstermek, dahil olduğu hukukî sistemin prensiblerinin bu kanunu kuvvetlendirecek veya sarsacak mahiyette olup olmadığını araştırmak da yetmez. Bütün bunlardan başka kanunun gerek doğuşu, gerek tesiri itibarile kollektif hayatın heyeti umumiyesile münasebetini göstermek, yani bu kanunun halkın değişen kanaatlarından neye tekabül ettiğini, yahut halkın kanaatından neyi değiştirmek istediğini, halkın hususî âdetlerinden neyi kuvvetlendirdiğini veya bu âdetlerden neyi sarsmak istediğini, kanunun tatbik edileceği zümrenin bunu nasıl bir alâka ile karşıladığını, yahut alâkasızlıkını gösterdiğini tetkik eylemek icabeder. İşte bir mesele ki hukuk ilmi kendi metoduna ve yukarıda söylediğimiz mevzuuna sadık kaldıkça bunları anlayamaz, anlamadıkça kanun ve hukuk kaidesi lâyıkile anlaşılamaz.

952

Sosyal Hukuk [1]

Hukuk ilminin ortaya koyduğu mesele bundan ibaret de değildir. Yukarıda söylediğim tarzda kabul edilecek bir hukuk ilmi hukuk kaidesini kanun vazının iradesi eseri addeder. Halbuki bütün hukuk kaidesi kanun vazının iradesinden çıkmaz. Hiç şüphe yok ki devletin en esaslı rolü hukuk kaidesi koymak ve ona riayet ettirmektir. Hukuk olmaksızın devlet yoktur, devlet olmayınca bir bakımdan hukuk da olmaz. Şu kadar ki her medenî cemiyette, yani iş bölümü ilerlemiş olan cemiyetlerde bir hususî halk zümresi organize olunca kendine mahsus kaideler vücut bulur ve bunlar hukukî bir kıymet alır. Bu kaidelerin hacmi ve onların otoritesi devlet kudretinin bu teşekküllere müsaadesi nisbetindedir. Ticaret grupmanları, mütekabil yardım cemiyetleri, meslekî sendikalar, cemiyetler âzalarına müeyyideli mükelliflikler tahmil ederler. Hattâ iki kişi arasında mukaveleler bile icabında böyle hükümleri muhtevi olur. Bu kaideler umumî nizam çerçevesi içinde kaldıkça devlet bunları bilmemezliğe gelir, eğer âmme kuvveti bunların mer'i olduğunu tanımağa sevkolunursa kendi müeyyidelerile onları takviye eder. Böylece kanun vazının koyduğu hukuk işinde sosyal hukuk denilen mütenevvi ve değişken bir takım müeyyideli kaideler mevcuttur ki kanunlar bunlardan istinbatlarda bulunarak zenginleşir. Kanun vazının iradesinden çıkmaya bu sosyal kaideler hukukî değil midirler? Buna hayır denemez. Eğer bunlar hukukî iseler hukuk ilmi bunları yok farzedemez. Edemeyince tetkik zaruretinde kalır. Fakat bunların mahiyeti bir parça önce söylediğim hukuk ilmi metodile aydınlanmaz. Yalnız söylediğim şu iki mesele hukuk ilminin aydınlatamayacağı meselerden bir kısmını gösterir.

Yaşanan Hukuk:

Ne için bu meseleler çıkıyor? Çünkü hukukun şekli görünüşünden, bir kaide, bir norm olmasından başka bir hakikatı vardır. Başka değişle Hukuk ilmi kendi metodile hukuk dediğimiz realitenin ancak şekli cephesini görüyorda onun için bunun haricinde mesele kalıyor ve bu meseleler onun usulile aydınlanamıyor. Hukukun norm olması dışında yaşanan yani tahakkuk eden, veya etmek isteyen bir hayatı vardır. Bu hayat onun konkre bir sosyal vakıa olmasından başka bir şey değildir. Fizik veya biyolojik vakıa nasıl positif bir yolda yani hâdiseler arasında münasebet aranması suretile izahı lâzımgelirse hukuk hayatı dediğimiz sosyal vakıanın böyle izahı icap eder. Hukuku bu bakımdan gördüğünüz zaman mevzuu ve tetkik metodu yukarıda söylediğimiz hukuk ilminden ayrılır.

[1] Bütün hukuk kaideleri sosyal olduğuna göre bu tâbir yerinde değildir. Fakat bir çok hukukcular bunu kullanmaktadırlar.

Bu cepheden hukuka bakılınca:

1) Hukuk kaidesinin müstakil bir hayatı yoktur. Onun örf, ahlâk, iktisad ile münasebetidir ki ona hayat ve yaşama kabiliyeti verir. Vakıa insanlığın tekâmülünün bir devrinde hukuk diğer sosyal vakıalardan müstakil bir varlık halinde gözükür. Fakat hiç bir zaman bu görüş mutlak değildir. Onun için hukuku bu cepheden tetkik eden bir âlim onun iktisat, örf ve ahlâkla münasebetini mevzu yapması icap eder. Çünkü asıl hukuka şeklini veren, onun meriyetini ve yaşamasını temin eden bu münasebettir. Bu münasebettir ki yaşanılan hukukun hayatî nusgunu vücuda getirir. Bu itibarladır ki bir kanunun ehemmiyeti kanun vazının elinden çıkmasında değil, Onun tatbik halinde olması, yani örf ve âdetle bir vücut teşkil etmesi, yahut örf ve âdetin mukavemetine uğrayarak kanun vazının iradesi dışında bir şekil almasındadır. Yaşanan hukuku bize kanun kitaplarından ziyade jurisprudens ve adlî istatistikler gösterir. Eğer bir kanun yaşamıyorsa, yani diğer sosyal vakıalarla bir kül teşkil etmemişse, örfü değiştirmemiş veya örfün mukavemetine uğrayarak bir istikamet almamışsa, hulâsa tatbik edilmemiş ve tatbik edilmeğe lüzum görülmemişse o kanun vazının muhayyilesi eseridir. Yahut bir müstahase olarak kanun kitaplarında kalmıştır. Nasıl ölü doğan çocuk bir organizma değilse, o da sosyal bir realite değildir; halbuki, her milletin kanunları içinde bu nevü hükümler doludur.

2) Yaşanan hukuku mevzu yapan bir ilim sadece kanunları müşahede ve tetkikle iktifa edemez. Bu nevi ilim için asıl mevzu kanunun tarihidir. Yani bu kanun evvelce nasıl bir zümrenin âdeti şekline girmiştir? Nasıl bir zümre tarafından istenmiştir? Kanun olduktan sonra tatbikatta ve anlayışta nasıl değişiklik göstermiştir? İşte bunlardır ki, yaşanan hukuku bize aydınlatır.

Hukuk sosyolojisinin metodu

Yaşanan hukuku tetkik etmek isteyen bir ilmin mevzuu dar manasında hukuk ilminin mevzundan farklı olacağı gibi metodu da farklıdır. Bu farklar şöyle hulâsa olunabilir:

a) Hukuk ilmi, metinleri müşahade mevzuu yapar. Yaşanan hukuk nazara alınınca onun bir sosyal vakıa, binaenaleyh bir tarihî vakıa olarak müşahadesi lâzımdır.

b) Hukuk ilminin metodu daha ziyade tavsifî ve tahlilîdir. Halbuki yaşanan hukuku aydınlatmak için tarihî mukayese lâzımgelir. Geçen yıl bu kürsüde Professör Lambert'in mukayeseli hukuk üzerinde israr etmesi kısmen bunun içindi. Hukukî vâkıayı bir sosyal müessese gibi alınca ve onu vücuda getiren esaslı sebebi araştırmağa kalkınca bir kere bu hukukî şeklin doğuş ve tekâmül edişi bakımından diğer hukukî şekiller-

954

le mukayese etmeniz ve farkını bulmanız, sonra bu iki sistemin ait olduğu cemiyet tiplerini morfoloji, örf ve âdet iktisadî müesseseleri bakımından karşılaştırmanız lâzımdır. Sosyal tipin bünyesinde ve diğer müesseselerinde göreceğimiz farktır ki, hukuk müesseseleri arasındaki farkı izah edecektir. İki sosyal tipin istihaleleri ayni istikamette oluyorsa hukukî değişiklikleri de aynı istikamette olur. İki sosyal tipin hukuk sistemlerinin değişiş istikametinde fark gözüküyorsa, o sosyal tiplerin tekâmüllerinde takib ettikleri yollarda da fark var demektir. Bir sosyal tipte esaslı bir hukukî değişiklik olmuşsa muhakkak onun bünyesinde ve hukuktan ayrı müesseselerinde de bir değişiklik ya olmuş veya baş göstermiştir. Fizikte ve biolojide vâkıaları birbirine bağlayan, illet netice münasebetini bize gösteren prensip bir zümre vâkıanın diğer zümre vâkıa ile daima beraber değişmesi, birinde değişiklik olmayınca diğerinin de daima aynı kalmasıdır. Yalnız tavsif ve tahlil ile iktifa etmeyen ve vâkıaları izah eylemeyi hedef bilen her pozitif ilmin dayandığı en sağlam mantıkî yol bu prensibe istinat eder.

İşte yaşanan hukuku bu yolda tetkik eylemeğe hukuk sosyolojisi denir.

Hukuk sosyolojisinin yapacağı zihniyef genişliği.

Sayın Baylar:

Hukukçu olmayanların dar hukukçu zihniyetine karşı yaptıkları itiraz şeklini bilirsiniz; hattâ dar hukukî zihniyeti cemiyetin istihale devirlerinde mâzur görenler ve umumiyetle hukukçuları muhafazakâr insanlar telâkkî edenler çoktur. Hukukî vâkıayı yalnız sosyal değil, sosyolojik bir mevzu telâkki edip te hukuk kaidelerini bu yoldan tetkike alışmamış olanların milletlerin inkılâp ve istihale devirlerinde apışıp kaldıkları, hattâ mukadder değişikliğin önüne geçmeye bile çalıştıkları çok görülür. Hukukçuya atfedilen bu zihniyet hakikatta, hukuku yalnız bir şekil, bir kaide şekli gibi alanlar da ve onu muttasıl mantıkî tahlile uğratmakla iktifa edenlerde hasıl olan bir dimağ itiyadıdır. Eğer hukukçu hukukî vâkıaları cemiyet içinde müşahade etmeğe ve mukayeseye alışır, onların istihaleleri sebebleri üzerinde düşünme melekesini kazanırsa inkılâp ve istihalelerle ülfet kesbetmiş olur. Hattâ bu değişmeleri vaktından önce sezebilir, hiç olmazsa büyük siyasî adamların sezişlerinin önüne milletin bünyesindeki istihale dolayısile artık müstehase şekline girmiş prensipleri bayrak yaparak çıkmaz. Devletin vazifelerinin alabildiğine genişlediği, hususî mülkiyet anlayışının değiştiği, hulâsa âmme hukuku ve hususî hukuk sahasında yeni istikametler belirdiği bu devirde böyle bir zihniyete olan ihtiyaç aşikârdır. Bunun da yolu hukukçuların sosyolojik tetkiklere karşı gözlerini kapamamaları ve kulaklarını tıkamamalarıdır.

959

Hukuk Felsefesi

Acaba hukuk kelimesinin ifade ettiği realiteyi yukarıda söylediğimiz tarzda sosyolojik tetkike tâbi tutmakla bu realitenin her cephesi görülmüş olur mu? Hayır. Hak kelimesinde pozitif kaide sosyal bir vâkıa olmakdan başka bir mana vardır. Hak bir kıymettir, bir istikamettir, mütemadi kemale doğru bir oluştur, filozofi tabirile bir «İde»dir. Kıymet olması itibarile hukuki vâkıaların bir miyarıdır. Positif hukukun değişmesine mukabil onda bir ebedilik görülür. Bu manada hak yalnız «insanlar arasındaki münasebeti tanzim eden» bir kaide olmaktan çıkar. Bizzat insan aksiyonuna hayata kıymet veren şey olur. Böyle anlaşılan hukuk yaşanılan hukuk değil, ebedî olarak yaşanması istenen hukuktur. Hukuk kelimesinde, hele türkçe hak kelimesinde bu mana aşikârdır.

Hukuka bu noktadan bakma hukuk filozofisinin işidir. Bu tetkik yolu ne dar manada hukuk ilminde olduğu gibi kanun metinlerinin ve jurisprüdansın müşahedesile, ne de hukuk sosyolojisi gibi vâkıa olarak hukuku tarih içinde görmekle yapılamaz. Onun bir kıymet olması itibarile dayandığı aklî esası bulmak lâzımdır. Bu ise filozofik bir görüşle kabildir.

Sayın Baylar:

«Tabiî hukuk» fikri kadar on dokuzuncu asrın hele son nısfında her cepheden şiddetle tenkide uğradığı halde halâ ayakta duran hangi teori vardır? Oyle ki, bu tenkitlere rağmen hukuk profesörlerinin çoğu arada sırada bundan bahsetmek, muhtevası her halde vazıh olmayan bu hukuk mefhumunun yardımına sığınmak ihtiyacını duymaktadırlar. Tabii hukuk fikrini böyle ayakta tutan sebeb nedir? Çünkü mevzu hukuku tenkide yarayacak, bir miyar olacak onların ahlâkca meşru olduğunu ortaya koyacak, yeni hukukî kaidelere doğru bizi yürütecek, bir istikamet verecek mefhuma ihtiyaç vardır. Bazıları bu ihtiyacı muhtelif tarzda tefsir ettikleri «tabiî hukuk» mefhumile tatmin etmek istiyorlar. Bazıları aklî hukuk, ideal hukuk, hadsî hukuk diyerek bir mesned arıyorlar. Bütün bunlar hukuk dediğimiz realiteyi kıymet bakımından gördüğümüz zaman duyulan ihtiyacı gösterir.

Hulâsa hukuk üç cephelidir ve bu üç cepheye göre hukukun mevzuu değişir. Bu mevzuları üç nevi ilim, dar manasında hukuk ilmi, yahut hukuk tekniği, hukuk sosyolojisi, hukuk filozofisi tetkik eyler. Hukuk dediğimiz realiteyi tam manasile kavramak ancak bu üç ilim branşını kabul etmekle birinin tetkikleri neticesinden diğerinin istifade etmesile mümkündür.

Hukuk tedrisatımız ve hukukun üç cephesi

Şu halde memleketimizde hukuk tedrisatını tekâmül ettirme, huku-

ku bu üç cepheden tetkiki genişlettirmekle mümkündür. Nasıl sağ duygumuzla (selim hissimizle) bildiğimiz mekân, yani Oklidis hendesesinin mevzuu olan mekân üç buutlu ise, nasıl meselâ yalnız Duzey Geomeri (müstevi hendese) mekânın bütün kanunlarını bize bildiremezse yalnız dar hukuk ilmi de hukuk realitesini bize kavratmaz. Bana karşı ilimdeki iş bölümünün öne sürüleceğini biliyorum. Varsın sosyologlar hukukî sosyolojiyi tetkik etsinler, filozoflar da hukuk filozofisile meşgul olsunlar, hukuk fakültelerinin işi, yahut hukukçunun işi başkadır deyebilirsiniz. Ben bu iş bölümünü kabul ederim. Şu var ki hukukun diğer iki cephesini kavrayamayan hukukçu geniş manada hukukçu değildir. Sadece kanunları bilen, kanunları tahlil ile ülfet etmiş insanlardır. Bunların basit pratik adlî işlerde yerleri olabilir; fakat hukuku kavramağı icap eden işlerde, profesörlüklerde, içtihadile amel olunması icap eden yüksek mahkemelerde, vazife görmeleri güç olur, hatta tehlikeli olur.

Şimdi bana yapılacak diğer bir itirazı da hatırlıyorum. Bir hukuk lisansına bu mevzuların hepsi giremez. Bu itiraz da doğrudur. Fakat hukuk işinin mütefekkiri haline girecekler için hukuk doktora sınıflarına daha çok rağbeti celbetmeğe mecburuz ve ancak bunlara daha geniş ilerleme imkânını vermeliyiz.

Bana son bir sual de sorulabilir. Sosyolojik tetkikler, filozofi bahisleri geniş surette bir çok memleketlerde hukuk fakültelerinde değil, edebiyat ve folizofi fakülteleri tedrisatı meyanındadır. Sosyolojinin garp memleketlerinin bir çoğunda filozofi fakültesi içinde bulunması sosyolojinin büyük mübeşşirlerinin ve müessislerinin ekserisinin filozof olmalarından ileri gelmiştir. Bence bunların şu veya bu fakültede okutulmasının ehemmiyeti yoktur. Eğer sosyoloji edebiyat fakültelerinde geniş surette okunuyorsa, yahut kıymet filozofisi üzerine tamamen edebiyat fakültesi meşgul ise o halde hukukun bir cephesi orada inceleniyor demektir. Hukuk fakültesine devam eden gençler için bu nevi tedrisatı takip zaruretindedirler. Ve nihayet hukuk profesörleri oradaki kolleklerin tedrisatından haberdar olmaları ve talebelerini oradaki tetkiklerden mes'ul tutmaları lâzımdır. Üniversite camiası içinde umumî kültür bahislerinin yapılmasına fakülte duvarları mani olmamalıdır. Bu fakülte talebesi diğer fakültede kendine taallûk eden derslerden kendini müstağni addedemez. Cumhuriyet «Darülfununun» tâbirini «Üniversiteye» çevirmekle kültürün «üniversel» olduğunu kastetmiş değilmidir? Eğer bu mana anlaşılmazsa bu ad değişikliğinin hikmeti kavranmış olmaz.

952

No: 90

I

Kanunî ve takdirî deliller ve Temyiz mahkemesinin delilleri tetkiki [*]

Konferansı veren: *Mustafa Reşit BELGESAY*
İstanbul Hukuk Fakültesinde Ord. Profesör

Bayanlar, Baylar,

Huzurunuzda vermekle onurlandığım konferansın mevzuu, kanunî ve takdirî deliller ve Temyiz mahkemesi tarafından delillerin yeniden tetkik edilip edilmeyeceği meselesidir.

Kanunî delil, şartları ve hükümleri doğrudan doğruya kanun ile tayin edilmiş olan delillerdir. Kanunun bir hâdise veya münasebetin delili olarak kabul ettiği şartlar tahakkuk edince, hâkim o hâdise ve münasebetin varlığına hükmetmek mecburiyetindedir. Kanunî delillerin şumulü, neticeleri, taksim kabul edip etmeyeceği, tersinin ne suretle isbat edilebileceği tamamen kanun hükmüne tâbi olup, kaide olarak, bu hususlarda hâkimin takdir hakkı yoktur.

Takdirî deliller ise hâkimi münazaalı olan hâdise veya münasebete inandıran ve ancak inandırmak şartile delil olan her hangi bir vasıta, vâkıa, münasebettir.

Hâkimin münazaalı olan sebeblerin varlığına kendini inandıran her hangi bir vasıta ile hükmetmeğe mezun kılınması halinde takdirî delil; bilâkis yalnız muayyen şartların tahakkuku halinde bir meseleyi sabit farzetmeğe mecbur edilmesi halinde de kanunî delil sistemi kabul edilmiş olur.

Konferansımızda, kanunî ve takdirî delil sistemlerinden hangisinin tercihe şayan olduğunu, bu sistemlerin tabiî neticelerini, kanunumuzun hangi sistemi kabul ettiğini takdiri delil sistemi kabul edildiğine göre, Temyiz mahkemesi ilk hâkimlerin takdir salâhiyetine karışıp karışamıyacağını, ve Temyiz mahkemesinin bu hususa dair içtihatlarını, bu içtihatların istikametini izaha çalışacağız.

Kanunî delil sistemi bir hukukî muamele yapmış olan hâkimlere güven verir. Kanunun tayin ettiği şekil ve şartlara uygun delil te-

[*] Bu konferans 12-3-938 de Ankara Halkevinde verilmiştir.

958

darik etmiş olan kimse hâkimin takdirine bağlı olmadan hakkını isbat edebileceğine emindir. Binaenaleyh, bu rejimde taraflar hukukî münasebetlere itimadla girişirler. Cari hayatda eskiden beri hukukî münasebetlere emniyetle girişmek ihtiyacı hissolunmuştur. Muamelelerde itimadı arttırmak için senetlelere kanun nazarında hiç bir kıymeti olmıyan tamamen haşiv olan kâffei daaviden ibrayi âm ile ibra ettim gibi mantıksız sözler yazılması hukukî münasebetlerde kat'iyeti temin mülâhazasına istinat eder. Hemen dünyanın her tarafında az çok bu türlü formüller itiyad edilmiştir. Binaenaleyh, hiç bir kanun büsbütün kanunî delil sisteminden vazgeçemez.

Kanunî delil sisteminin bu inkâr götürmez faydası yanında iki mühim mahzuru vardır.

a) Kanunî delil sisteminin birinci mahzuru hakikat olmıyan vâkıaların kanunî formüllere tamamen uygun kat'î delilini tedarike müsait olmasıdır. Hemen diyebiliriz ki hakikatı şaşmaz bir surette ifade eden kanunî bir delil yoktur. Hâkim mürettep olduğunu, hakikatı ifade etmediğini gördüğü bir delille bu delilin kanunî şartları haiz olduğu için hükme mecbur olması verilen bir hayli hükümlerin yanlış olmasına sebep olur. Halbuki suiniyetle, hile ile harekete sevkeder, umumî ahlâkı bozar.

Bir kaç yüz sene evvel Türk hukukunda içtihat kapıları kapatılmış ve netice olarak ta hâkimin delilleri takdir salâhiyeti kaldırılmıştı. Bu zihniyetin tesiri altında yapılmış olan Mecellei Ahkâmı Adliye şahadeti ve hattâ diyebiliriz ki karinei katıayı da kanunî bir delil addetmişti. Mecelle şahadetin ne gibi şartlar altında kabul edileceğini kat'î olarak tayin etmiş, ancak haddi yakına baliğ olan emmareyi bir karine, katıa addetmiş, hâl ve vaziyete göre hâkime bu delilleri takdir salâhiyetini vermemişti. Bu sistem yalan şahadeti sanat haline getirdi. Mecellenin istediği gibi söz söyliyecek iki değil yirmi, otuz şahit bulmak işten değildi.

Senetleri aksi isbat kabul etmez kanunî bir delil addeden rejimde, kanunen memnu olan mukaveleleri, meselâ fahiş faizi gizlemek için doğru olmıyan senet tanzim edildiği, ve fahiş faizin nakden ödünç verilmiş bir para imiş gibi yazıldığı her günkü işlerdendir.

Bü gün çok yerlerde yemin kanunî bir delil sayılmaktadır. Fakat çok kimselerin nisbeten ehemmiyetsiz işlerde bir onor yaparak veyahut çok zaman evvel yaptıkları bir işin teferruatını iyi hatırlamadıkları için yeminden kaçındıkları, bilâkis bir çok kimselerin yalan

959

yere yemin ettikleri görülmektedir. Demek, yemin delili ahvalin büyük bir ekseriyetinde hakikati ifade etmemektedir.

İkrar hakikatı ifade eden bir delil görünürse de, davacıların bazan hakikatı gizlemekte menfaatları itibarile onun da yalan olması ihtimali vardır.

b) Kanunî delil sisteminin ikinci ve mühim bir mahzuru hukukî neticeler husule getiren maddi vâkıaları tesbit için çok kere kanunun aradığı şartları haiz delil tedarikine imkân bulunamamasıdır.

Sosyal ve maddî hayatın icapları, vâkıaların müterafık oldukları ahval ve şerait o kadar değişiktir ki bunları daima zabıt varakaları, bazı şartları haiz şahadet gibi muayyen delillerle tesbit kabil olmaz. Dün gibi bu gün de belki yarın da davacı hakkına esas olan bütün vakıa ve münasebetleri tamamı tamamına isbat edemiyerek hakkının varlığını ihtimal içinde, akla yakın gösterecek diğer maddî vâkıa ve münasebetleri isbat edebilecektir. Bir hâdisenin isbatını mümkün kılacak ahval ve şeraitin, vâkıaların neden ibaret olabileceğini kanunun tayin etmesi ise imkânsızdır. Binaenaleyh hiç olmazsa, tarafların arzu ve iradeleri dışında vâki olup hukukî neticeler husule getiren vâkıa ve münasebetlerin hâkimin kanaatile sabit farzedilmesi zarureti vardır. Bu gün dünya mevzu hukukunda, cereyanlar kanunî delil sistemi yerine takdirî delil sistemini ikame etmektir. Kaide olarak, hemen her yerde bir hukukî netice doğurmak maksadı olmaksızın yapılan işlerin veya kendiliğinden var olan hâdise ve münasebetlerin her vasıta ile isbatına müsaade olunmaktadır. Fakat bir hukukî münasebet tesis etmek için beyan olunan arzuların, hukukî muamelelerin kanunî delillerle isbatı lâzım addedilip edilmemesi bir meseledir. Fransa kanunu medenîsine ve bu kanunu esas tutan diğer kanunlara göre, muayyan bir mikdar veya kıymeti aşan hukukî münasebetler, vâkıalar ancak kanunî delillerle isbat edilebilir. Bu gün Alman ve İsviçre kanunları bütün hâdise ve münasebetlerin takdirî delillerle isbatını kabul ediyorlar. İsviçre kanunu medenîsinin 10 uncu maddesine göre, kantonlar bazı muamelelerin kanunî delillerle isbatını mecburî addedemezler.

Umumiyetle kanunî bir delil sayılan kat'î yeminin bu vasfı muhafaza edilmesi lâzım gelip gelmeyeceği de bir meseledir. Hemen her yerde yeminin suiistimal edildiği ve çok kere hakikatı ifade etmediği görülüyor. İsviçrenin Zürih kantonu kat'î yemini artık kanunî bir delil saymıyarak bunun yerine tarafların şahsen isticvabı usulünü kabul etmiştir (La vie juridique du peuple Suisse P. 863).

Takdirî delil sisteminin mahzuru hâkimi fazla dikkate ve çalışmıya mecbur bırakması ve vakit almasıdır. Tarafların karşılıklı o-

960

larak ikame edecekleri bir çok şahitleri dinlemek, bunların ifadelerini tartmak, üzerinde düşünmek yorucu ve üzücü bir işdir. Takdirî delil sistemi iyi düşünemiyen veyahut iyi düşünse bile iyi kombine edilmiş yalan karşısında kalan hâkimi aldatabilir. Suiistimali mümkün kılar.

Hukukî muamelerin senede bağlanması lüzumu tarafların menfaatı icabından olduğu kadar mahkemelerin işlerini kolaylaştırması itibarile umumî menfaatlarında icabındandır.

Kanularımız kanunî ve takdirî delillerden her birinin leh ve aleyhindeki mütalâaları göz önünde tutatak, esas itibarile takdirî delil sistemini kabul etmiş ve fakat tarafların emniyetle bir hukukî muamele yapabilmelerini mümkün kılmak için kanunî deliller de kabul etmiştir; kanun bu delillerin aksini isbata müsaade ediyor. Nihayet, kıymet veya mikdarı itibarile ehemmiyetli hukukî muamelelerin takdirî delillerle isbatı lâzım addedilmiştir. Bu hususa dair kanun hükümlerini ve Temyiz mahkemesinin içtihatlarını gözden geçirmek faydalıdır.

1) Kanunu medenî, Borçlar kanunu tanzim ettiği münasebetlerde esas olarak takdirî delil sistemini kabul etmiştir. Kanunu medenî boşanma sebeplerinin sübutu bir tarafın yemin etmesine tâlik edilememesi, boşanma işlerinde ikrarın kanunî bir delil teşkil etmemesi esasını kabul ediyor.

Borçlar kanunu da hukukî muamelelerin kanunî delillerle isbatını zarurî addetmemiştir. Yalnız, bu kanun mikdar veya kıymeti ne olursa olsun, bazı muamelelerin yazılı şekilde yapılmasını lâzım addetmişdir, bu hallerde, yazı bir delil vasıtası değil, akdin bir unsurudur.

2) Kanunu medenîye göre resmî senet ve siciller kat'î delil teşkil eder. Hâkim bu vesikaların münderecatını, aksi sabit oluncaya kadar doğru olarak kabul etmeğe mecburdur.

3) Kanunlarımız bazı münasebetlere delâlet etmek üzere karineler kabul etmiştir. Kanunî karineler var olunca, hâkim bunların kanunda gösterilen delâletlerini kabul etmeğe mecburdur. Taraflardan her biri bu kanunî karinelerin delâletleri doğru olmadığını her vasıta ile isbat edebilirler, meğer ki, kanun hususî bir mülâhaza ile, kabul ettiği kanunî karinenin isbat vasıtasını tahdid etmiş olsun. Meselâ, koca, karısının doğurduğu çocuk kendisinden olmadığını isbat etmedikçe babalık karinesi hükmünü muhafaza eder.

4) 50 Lira mikdar veya kıymeti aşan ve senet alınmasını maddeten veya manen imkânsız bırakan ahval ve şeraitle karışık olmayan hukukî muameleler yalnız kanunî delillerle isbat edilebilir (H.

U. M. 288). Bu muameleler hâkimi inandıran takdirî delillerle isbat olunamaz.

5) Kanunu medenînin kabul ettiği kanunî delillerin aksini hâkime kanaat verici olan her hangi bir vasıta ile isbat etmek kabildir. Bu vesikalar münderecatının aksini isbat için bir şekli mahsus yoktur. Bilâkis Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 290 ıncı maddesine göre mikdar veya kıymeti daha az olan bir muameleye müteda-ir olsa bile, kanunî bir delil olan senetlerin doğru olmadıkları gene senetle isbat edilmek lâzımdır. Başka vasıta ile isbat edilemez. Ancak, senede bağlanmış bir hukukî muamelenin hata veya hile yapıldığı her vasıta ile isbat edilebilir (H. U. M. 293). Bilâkis Temyiz mahkemesi heyeti umumiyesi 16-1-1935 tarihli kararında ad. 137. 1936 hukuk usulü mukakemeleri kanununun mezkûr maddesi senede merbut bulunmıyan iddialar hakkında tatbik edilecegini kabul etmiştir. Temyiz mahkemesi bu kararını ittifakla vermiş ise de esbabı mucibesi ekseriyetledir. Temyiz mahkemesi bazı kararlarında ise üçüncü şahısları, iki tarafın arasındaki bir tasarrufun kendilerini izrar maksadile yapıldığını, aslı olmadığını şahitle isbata mezun etmiştir. Ezcümle birinci hukuk 10-9-1932 kararı T. K. 73. 1932. Kezalik, IV üncü hukuk dairesi 7-10-1936 tarihli kararı (Adliye ceridesi 296. 1937) Temyiz mahkemesi bu son kararında, muris tarafından verilen senedin aslı olmadığı, varisleri izrar için verildiği iddiasını şahitle isbatına müsade etmiştir. Kezâlik, Temyiz IV üncü ceza dairesi senet tanzim edildikten sonra borcun sebebini teşkil eden bedelin ödenmediği iddiasının şahitle isbatına müsaade etmiştir. (5-4-1936 Bilgiler S. 7559 Pratik Hukuk mec. S. 86 yıl 1936.)

Kanun vazıı akitlerde hata ve hilenin kaideden müstesna olarak her vasıta ile isbatını kabul ederken senedsiz akitleri istihdaf edemezdi. Esasen birbirine veya kanuna harşı hile yapmasını düşünen âkitlerin sened tanzim etmiyeceklerine, hileyi sezdirecek bütün delilleri imha edeceklerine şüphe yoktur. Bir senedin kabul edilen müsveddesine uygun olduğu kanaatı verilerek hile ile imza ettirildiği yahut hatalı yazısının farkında olmıyarak imza edildiği her vasıta ile, ezcümle müsveddelerle isbat edilebilmek icabeder.

Âmme intizamında olan kanunların tatbikını mümkün kılmak için kanuna veya üçüncü şahıslara karşı hile yapılarak sened tanzim edildiği, veyahut bir tarafın hile ile diğerini aldattığı iddialarında, hâkimin senet münderecatile kat'iyen bağlı olmaksızın hileye, hataya delâlet eden vâkıaları, delilleri serbestçe takdir etmesi lâzımdır. Ezcümle, bir kimse kabul ettiği müsveddeye uygun olmayan bir senedin kendisine imza ettirilmiş olduğunu iddia eder, ve

962

bu iddiasını meselâ müsveddeleri göstererek veya hile ve hataya açıkca delâlet eden vasıtalarla isbat edebilirse senet münderecatının aksini sabit farzetmek icap eder.

Hukuk usulü muhakemeleri kanunu 295 inci maddesinde, mahkeme ilânları ile noterlerce resen tanzim edilen senetlerin doğru olmadıkları ancak sahteliklerini iddia suretile isbat edilebileceğini kabul etmektedir. Bu hükümle, kanunu medenînin 7 inci maddesi tâdil edilmiş olup olmadığını vaktın müsaadesizliğine binaen münakaşa etmiyorum. Hukuk usulü muhakemeleri kanunu şerhinin 2 inci tabında ve kanunu medenî şerhinin 3 üncü tabında Hukuk usulü muhakeme kanunu ile kanunu medenînin tadil edilmediği mütalâasını yürüttüğümü arz ile iktifa ediyorum. Zaten, sahtelik iddialarını isbat için kanunî deliller de yoktur.

Resmî senet ve sicillerin aksinin her vasıta ile isbat olunabileceğini kabul eden medenî kanun hükümlerinin senede karşı bütün müdafaaların senetle isbatını lâzım addeden hukuk usulü muhakeme kanunu ile tâdil edilmiş olup olmadığını tayin hem daha zor ve hem de pratik faydası itibarile ehemmiyetlidir. Temyiz mahkemesi bir heyeti umumiye kararında 27-6-1934 (Temyiz kararları Hukuk heyeti umumiyesi 220), resmî senet ve sicillerin aksinin hâkimi ikna eden her vasıta ile isbatını caiz addetmemekte, bu suretle hukuk usulü muhakemeleri kanununun kanunu medenîye tercihan tatbik edileceğini kabul etmektedir.

Bizce Hukuk usulü muhakemeleri, kanunu medenîyi açıkça tâdil etmediğinden ve her iki kanun için mantık ile izahı kabil ayrı tatbik sahası bulmak mümkün olduğundan kanunu medenî hükümlerini mahfuz tutmak daha isabetli görünür.

Filhakika, bir resmî senet tanzim etmesi için kendisine müracaat olunan memur senedi taraflardan alacağı izahata göre bizzat kendisi yazar senedi alâkadar yazmaz. Taraflar nihayet resmî memura arzularını ifade eder bir not verirler. Resmî memur bu notu, veya tarafların şifahî ifadelerini yanlış anlamış olması ihtimali daima vardır. Memurun şifahen veya tarafların müsvedde halinde kendisine verdikleri yazılarda, beyan ettikleri arzulara uymıyan bir senet tanzim etdiği bu yazıların tetkikinden, tarafların, noterin isticvabından anlaşılırsa bir resmî senedi düzeltmemek için sebep yoktur. Taraflar resmî memurun mutâd formüllerle yazdığı senedi onun şahsına gösterdikleri fazla itimad sebebile iyice düşünmeden imza etmiş olabilirler. Bilâkis hususî senetleri taraflar bizzat yazıp itimadlarını haiz başka birine yazdırmadıklarından bu senetlerin arzularını olduğu gibi ve tamamen ifade ettiğini kabul etmek lâzımdır.

963

Senet muhteviyatı şahitlerin beyanına uymadığı takdirde daha ziyade şahitlerin işi iyi kavramadığına ihtimal verilir.

6) Hukuk usulü muhakemeleri kanunu kaziyei muhkemeyi kanunî bir delil olarak kabul etmektedir. Kanunu medenî 7 inci maddesi kaziyei muhkemeler hakkında tatbik edilemez. Kaziyei muhkeme umumun menfaatı namına münazaalara kat'î bir son vermek için kabul olunduğundan tersi her hangi bir delil ve hattâ hususî veya resmî senetle isbat edilemez. Şüphe yoktur ki taraflar kaziyei muhkemenin neticesini kaldırmak maksadile bir hukukî muamele yapabilirler. Bu muamelenin isbatı ayrı bir meseledir.

Yalnız kaziyei muhkemenin hakikata uymaması mümkün olduğundan, pek çok ecnebî kanunları gibi, kanunumuzda kaziyei muhkemenin netice ve şumulünü daraltmaktadır. Kaziyei muhkeme, ancak hükmün verildiği iki taraf arasında ve iddianın mevzuunu teşkil eden mesele hakkında kat'î ve kanunî bir delil teşkil eder; bir davada verilmiş olan hüküm diğer davada kanunî bir delil teşkil etmez. Fakat, kaziyei muhkeme her hangi bir davada hâkimin takdirine tâbi âdî bir delil olabilir. Kaziyei muhkeme âdî delil teşkil ettiği davalarda yanlış olduğu hükmü vermiş hâkimlerin hata ettikleri her vasıta ile, hattâ, bir tarafın hâkimi ikna eden beyanı ile isbat edilebilir. Daha doğrusu, hâkim, tarafların beyan ve ifadelerini ve teklif olunan delilleri nazarı dikkate alarak, başka bir davada verilmiş olan mahkeme kararının tetkik ettiği davada da delil olup olmıyacağını tayin eder.

7) Yemin kanunî bir delildir. Kendisine yemin teklif edilen taraf yemin etmez, veya bu yemini hasmına reddetmezse hasmının yemin teklif ettiği hususları ikrar etmiş sayılır. Ancak kanun yeni kat'î delil olması mahzurunu azaltmak için iki esas kabul ediyor. Yemin teklif edilen kimse yeminin mevzuunu teşkil eden hususu hâkime kanaat veren delillerle isbat edebilmiş ise yeminden imtina artık kanunî bir delil sayılamaz. Bu husus kanunda açıkca yazılı değilse de bize muhakkak görünüyor.

Çünkü, hukuk usulü muhakemeleri kanunu 354 üncü maddesinde, yemin teklif eden taraf yeminden başka delilleri olduğunu beyan etmiş ise, bu deliller kabule şayan görüldüğü ve bu delillerin kullanılması mümkün olduğu takdirde yemin teklif edilemiyeceğini yazıyor. Demek, yemin teklif edenin leh ve aleyhinde bir delil bulundukça, hâkim kanaatile hükmedebilecektir. Binaenaleyh, yemin, bir iddianın leh ve aleyhinde hâkime kanaat telkin edecek derece ve ehemmiyette delil bulunmadığı veya bulupta gösterilmesi imkânsız bulunduğu hallerde kanunî bir delil teşkil

964

eder (H.U.M.344.). Nöşatel kanunu (M.299) kanunumuzdan farklı olarak delili olan tarafın yemin teklif etmesi halinde, yemin teklifinin delillerin kabule şayan görülmemesi şartına muallâk olmasını kabul etmektedir. Binaenaleyh, Nöşatel kanununa göre delil mevcut olan hallerde de yemin teklif olunabilecektir.

Alman kanunu ise, daha mâkul olarak 446 ıncı maddesinde, açıkca mahkemenin sabit addettiği vakalar hakkında yemin teklif edilememesi esasını kabul ediyor. Hukuk usulü muhakemeleri kanunumuz Nöşatel kanunundan alınmakla beraber, bir haylı noktalarda Alman kanunundan hükümler alındığından maddemizin 354 ve 344 üncü maddelerinin Nöşatel kanununa göre farklı ifadesini, bir zühûl eseri addetmiyerek tercihan Alman kanunu hükümlerini kabul etmek istemiş olması ile izah etmelidir.

Bundan başka kanunumuza göre kat'î yemin nihayet bir delil olduğundan ve bu delilin aksini isbat da memnu olmadığından yemin teklif olunan kimseye yemin teklif olunan hususu isbat hakkını tanımak zarureti vardır.

b) Kanuna göre, yemin yalan olması iadei muhakeme sebebini teşkil eder. Demek, kat'î yemin aksi daima isbat olunabilir. Yalan yemin sebebile iadei muhakemeye karar verilmek için ceza mahkemesi tarafından yalan yemin sebebile mahkûmiyet kararı verilmek lâzım gelmezse de yeminin yalan olduğu ya ikrar veya yazılı bir delil ile isbat olunmak icabeder. İkrarın bir mahkeme önünde ve sarih olması zarurî değildir, mahkeme dışında zımnî bir karar kâfi görülmelidir. Kezalik beyyineyi tahririye yazıdan hâsıl olan her delile şâmildir; senet teşkil etmiyen bir mektupla, kayıtla, yeminin yalan olduğu anlaşılırsa iadei muhakeme talebi kabul olunur .

Usulü muhakeme kanunu , 349 uncu maddesinde, teklif olunan yemin eda edildikden sonra diğer tarafın yeminin yalan yere olduğu hakkındaki iddiası esas davanın tehirini istilzam etmez diyor. Bu madde de karşılığı olan Nöşatel kanununun 291 inci maddesine uygun değildir. Nöşatel kanununun mezkûr maddesinde yemin eda edildikten sonra, cari mahkemede bunun yalan olduğu isbat edilemiyeceği yazılıdır. Kanunumuz ise yeminin yalan olduğunun isbat edilmemesini değil, bu iddianın esas davanın görülmesini tehir edememesi esasını kabul etmektedir. Kanunun mefhumu muhalifinden, yeminin yalan olduğu mahkemeden mühlet istememek şartile yemin edildiği celsede isbat edilebilir. Meselâ, yemin ile beyan olunan hâdiselerin aksini isbat eden bazı vesikalar derhal ibraz olunabilir, yemin altında beyan olunan ifadeler arasındaki tenakuzlar da yeminin yalan olduğunu isbata imkân verebilir.

Kanunun 350 inci maddesinde yemin teklif olunan kimse yeni edaya hazır olduğunu beyandan sonra yenim teklifinden sarfınazarla başka delil ikame edemiyeceğini yazması onun derhal yeminin yalan olduğunu isbat etmesine mani addolunmamalıdır.

Hâkimin tarafından birine resen teklif ettiği yemin ise tamamen takdirî bir delildir. Hâkim resen yemin teklif ettiği tarafın yemin altında beyan ettiği ifadelerini, yemin esnasındaki tereddütlerini mevcut delillerini ve hasmın beyanını nazarı dikkate alarak kanaatı ile hükmeder. Hâkim resen yemin verdiği tarafın yemin etmesi halinde lehine ve yeminden imtinaı halinde aleyhine karar vermeğe mecbur değildir.

*
* *

Takdirî delil sisteminin başlıca üç neticesi vardır:

A) Hâkim münazaalı olan vâkıayı isbat için teklif olunan her hangi bir delili nazarı dikkate almakta, tetkik edip etmemekte tamamen serbesttir. Hâkim takdirî delillerle isbat edilmek istenen bir iddiaya karar verebilmek için şahitleri dinlemeğe, ehli vukuftan mütalâa sormağa mecbur değildir. Filhakika, hukuk usulü muhakeme kanununun 218 inci maddesinde tahkikat hâkimini ikame edilmek istenilen delillerden hangisinin kabule şayan olduğunu tayin ve 242 inci maddesinde de ibraz olunan vesikaları dosyaya koymakta takdir hakkını vermiştir. 238 inci maddeye göre, delil davanın halline tesir edebilecek münazaalı hususları isbat için ikame edilir. Binaenaleyh hâkim evvelâ şahadet ile, ehli vukufun mütalâasile isbat edilmek istenen husus sabit farzedildiği takdirde kanaatına göre davanın sebebini isbat edebilecek ise bu hususu gören, işiten şahitleri dinleyebilir. Fakat hâkimin kanaatına göre bir vâkıa sabit olsa bile münazaalı hususu isbat etmiyorsa o vâkıanın isbatı için delil dinlemeğe lüzum yoktur. Meselâ, davaya mevzu olan hâdisede ihmali iddia olunan taraf kendi işlerinde son derece dikkatli bulunduğu, veyahut hasmı onun zaten çok dikkatsiz bir adam olduğunu isbat için delil teklif ederse bu delilleri dinlemeğe mahal yoktnr. Fakat, meselâ müddeialeyh davacının elindeki senedin sahteliğini iddia ederek onun ödünç verdiğini iddia ettiği günlerde son derecede sıkıntıda olduğunu, kendi hesabına yüksek faizle para istikraz ettiğini, diğer bir çok sahteliklerin faili olduğunu isbat edebilir. Bundan başka hâdisede dinletilmek istenilen şahitlere, beyan olunan sıfatları, şahsiyetleri, davada mevzuubahs olan menfaatlar, iddia olunan maddî vâkıanın müterafık olduğu ahval ve şerait itibarile zaten itimad edilemiyecek ise

lüzumsuz yere olanları rahatsız etmekte, dinlemek için beyhude vakit kayıbetmekte mana yoktur. Meselâ, biri diğerine senetsiz 10000 lira ödünç verdiğini iddia ederek iddiasını şahitle isbat etmek isterse, hâdise, meselâ iki kardeş arasında olup şahitle isbatı kabil olsa bile, hâkim tarafları dinledikten sonra bu kadar mühim bir hukukî muamelenin senede raptı işin icabına uygun olduğunu ve böyle bir meselede şahitlere itimad edilemeyeceğini göz önünde tutarak şahit dinlemekten vazgeçebilir. Kezalik, ikametgâhları, hüviyetleri lâyıkile teşhis edilemeyen, tesire kolaylıkla kapılmaları melhuz olan kimselerin de dinlenmesinden vazgeçilebilir. Kışlalarda, yatı mekteplerinde cari vak'alara şahit olarak dinletilen asker ve talebenin tesir altında aynı asılsız sözleri tekrarladıkları çok vâkidir.

Hâkim sâbit olan, ikrar edilen vakıaların isbat edilecek hususa delâletini umumî bilgisile biliyorsa, veyahut isbat edilecek vâkıa ile delil olarak beyan edilen vâkıa arasında hiç bir münasebet bulunmadığına kat'î bir kanaatı varsa ehli vukuftan malûmat almak da lâzımgelmez. Hâkim, ancak bir vakıanın münazaalı hâdiseye delâletinde tereddüd ederse ehli vukuftan rey alır.

Fakat Türkiye Temyiz mahkemesi gerek ceza ve gerek hukuk işlerinde ihtisas işi addedttiği hususlarda ehli vukuftan rey alınmasını mecburî addetmekte ve hâkimin şahsî kanaat ve bilgisile verdiği hükümleri bozmaktadır. Temyiz mahkemesi, hattâ kusurun takdiri, nafakanın tayini, borçlunun içtimaî vaziyetlerinin icaplarını takdir gibi tamamen hukuk prensiplerile halledilmek lâzımgelen hususlarda bile ehli vukuftan rey alınmamasını nakz sebebi saymıştır.

Temyiz mahkemesi hey'eti umumiyesi 13-5-936 kararile (Adliye ceridesi S.63 1937) hasarın vukuunda müdealeyhin ihmal veya tedbirsizliği mevcut olup olmadığı ehli vukuf marifetile tayin ve tespit edilmek iktiza edeceğine; temyiz ikinci hukuk dairesi 4 temmuz 1936 tarihli kararında (ad.s.186.1937) davacının zarurette bulunup bulunmadığının ihtiyacı artması sebebile evvelce takdir olunmuş nafakanın kefisine kâfi gelip gelmediğinin ve 10-Temmuz-1936 tarihli kararında da (ad.S.176.1937), davacının içtimaî vaziyeti hariçte çalışmıya müsait olup olmadığı meselesinin ehli vukuf mutalâasile hallolunması lâzımgelceğini kabul etmiştir. Halbuki hukuk usulü kanununa göre yalnız maddî meselelerde ehli vukuftan rey alabilir. Bu suretle, hukukî mefhumlar mesûl ve kontrole tâbi olmıyan ehli vukufun şahsî mutalâalarına tâbi tutulamaz.

* * *

Takdirî delil sisteminin ikinci neticesi, bir iddianın isbatı için müracaat olunabilecek vasıtaların tehdid edilememesidir. Hâkim, kendine kanaat telkin eden her vasıta ile davanın isbatına müsaade edebilir. Hâkim bir tarafın kendi lehine söylediği bir sözün doğruluğuna söyliyenin şahsiyeti ahvâl ve şerait, diğer tarafın bu hususa dair kaçamaklı beyanı itibarile vicdanen kani olmuşsa bu sözü delil olarak kabul ve iddiayı sabit farzedebilir. Davanın şahitle, hâkime kanaat veren vasıtalarla isbatı kabul olunduktan sonra, davacının beyanından ve buna karşı hasmın birbirini tutmıyan normal görünmiyen benanından mutahassıl delil ile isbatını kabul etmemek için sebep yoktur. Hukuk usulû muhakemeleri kanununun 308 inci maddesinde, bu kaideyi hususî bir vaziyette tatbik ile, bir senedin doğru veya sahte, asılsız olduğu iddiaları karşısında taraflardan her birinin sözlerini, hal vaziveti nazara alarak senedi doğru veya sahte addetmek için hâkime geniş bir takdir salâhiyetini vermiştir. Hâkim şahidin taraflardan birinin hısımı, dostu olmak davada bir çıkarı bulunmak gibi bir sebeple hakikatı söylediğinden şüpheyi mucip bir hal görürse ve tarafların bu şahidin ifadesine karşı vâki olan beyanını mâkul ve tabiî bulursa şahadetle değil doğrudan doğruya tarafın beyan ve ifadesile hükmedebilmesi mâkul görünür. Çok kere, var olan maddî vâkıaları inkâr edenlerin, veyahut olmıyan vâkıaları iddia edenlerin sözleri, iyi kombine edilmemesi sebebile teselsül etmez, yalanı göze çarpar. Tecrübeli bir hâkim kolayca davacının sözünden hakikatı anlıyabildiği çok vâkidir. Ceza işlerinde suç teşkil eden vâkıaların varlığı çok kere suçlunun birbirini tutmıyan, tabiî görünmiyen ifadelerinden, mağdurun da tabiî görünen beyanatından anlaşılıyor. Mücerret delil olsun diye dinlenen şahidlerin beyanı hâkimin kanaatı üzerine bazen tarafların iddialarından daha çok az tesir etmektedir. Doğru görünen bir söze hasım tarafın yalan olduğu açık görünen ifadesi, karşısında delil olarak kabul olunmazsa bir çok maddî vakıaların isbatı imkânsız bir hale getirilmiş olacaktır.

Kanunu medenînin 150 inci maddesinde (ilk fıkralar) boşanma işlerinde hâkimin vicdanî kanaatile ve delilleri serbestçe takdir ederek boşanma sebeplerinin varlığını sabit addedebileceğini ve tarafların ikrarlarile bağlı olmadığını (son fıkra) yazıyor. Kanunun bu hükmü hâkimlerin taraflardan birinin ikrarile ve hattâ lehine vâki olan beyanile hükmedemiyeceği manasını tazammun etmekten uzaktır. Hâkim bir hâdisede vicdanen hükme mezun olunca, vicdanî kanaatını celbedebilecek her hangi bir sebebi nazarı dikkate alabileceği şüphesizdir (Kanunu medenî şerhimiz. m. 150 no. 1 Curti Forrer m. 158 no.4.). Boşanma sebeplerini isbat için şahitlerin gene taraflardan işit-

968

me suretile ve onlara karşı alâkalarının derecesine ve şahsî tabiatlarına göre vâkıaları büyüterek, mahiyetlerini değiştirerek söyledikleri sözleri tarafların kendi leh ve aleyhlerinde mahkeme önünde söyledikleri ve çok açık, doğru görünen sözlerine tercih için hiç bir mantıkî sebep yoktur. Hâkim çok kere karı koca arasında gizli kalan ve boşanmanın hakikî şebebini teşkil eden vâkıaları şahitlerin şahadetinden değil; tarafların hâl ve vaziyete nazaran normal ve doğru görünen beyanlarından anlayabilir. Bu sistem kabul edilmediği takdirde, ya karı koca arasındaki boşanma sebebleri isbat edilemiyerek, onlar tahammül edilmez bir hayat yaşamağa mahkûm edilecekler, yahut hâkimler sahte delilleri bile bile kabul edeceklerdir. Her iki neticeye de mani olmak umumî menfaatler icabıdır. Türkiyede boşanma sebeplerini genişletmek için mücadele edenlerin en büyük silâhı boşanma sebeplerinin isbatı için kakikî delil tedarikine imkân bulunmadığıdır. Hâkimin, kanunu medenînin açık görünen maddesini tatbik ederek tarafların veya bir tarafın kanaatbahş görünen ifadesile boşanma sebebini sabit farzetmesi halinde bunların en büyük ve en kat'î görünen delilleri ortadan kalkacaktır.

Temyiz Reislerinden Fuat Hulûsi Demirelli Adliye ceridesi kânunuevvel 1937 nüshasında çıkan ve Hukukî Bilgiler mecmuasının şubat 1938 nüshasında hulâsa edilen makalelerinde bu noktai nazarı tafsil etmektedir. Beyana hacet yoktur ki hâkim iki taraf boşanma sebebinde müttefik olsa bile kanaatı gelmemiş ise bu sebebi sabit farzetmez.

İkrarın taksim edilip edilmiyeceği meselesinde bir az durmak faydalıdır. Tatbikatta, mesele daima kat'î ve mutlak bir şekilde mevzuubahs edildiği için tatmin edici bir hal yolu bulunamıyor.

Ticaret kanununun 683 üncü maddesinde, ikrarın taksim edilememesi esasını koymuştur. Bu kaide bir tüccarın defterlerindeki yazıların taksimi hakkında da tatbik olunur. Bir taraf tüccar olan hısmının defteri münderecatına itimad edeceğini beyan ettikten sonra o tüccarın defterinde kendi lehine olarak yazdığı kayıtları da kabul etmek mecburiyetindedir (Ticaret K. m. 82).

Temyiz mahkemesi 9-Kânunuevvel - 1931 tarihli tevhidi içtihat kararında bu kaidenin ticarî hâdisat ve muamelâtın istilzam ettiğ hususiyetler nazara alınarak tecezzisi mümkün olmıyacak ikrarlara hasrını kanunun ruh ve maksadına muvafık bulmuştur. Bu suretle, Temyiz mahkemesi ikrar taksim kabul etmez kaidesinin hukuk işlerinde yürümediğini kabul etmiş oluyor. İkrarın taksim edilmesi, ikrar edenin sözlerinden işe gelmiyenlerinin isbata muhtaç addedilmesinden ibarettir.

Meseleyi teori bakımından etüd edelim:

Adlî, yani muhakeme içinde olan ikrar kanunî bir delildir. Hâkim takdir hakkını haiz olmaksızın, bu ikrarla hükmetmek mecburiyetindedir. Ancak ikrarın heyeti umumiyesi kanunî bir delil teşkil ettiğinden, ve hâkim kanunî delilleri takdirden memnu olduğundan, ikrarın bir kısmını kat'î delil sayması tabiatile mümkün olmaz. Binaenaleyh, kanunî delil teşkil eden ikrar ne hukukta ve ne de ticarette, hattâ ne de cezada taksim kabul etmemek lâzımdır.

Ancak, davacı hakkını daima kanunî delillerle isbata mecbur değildir. Hukuk işlerinde, kaide olarak, 50 lirayı aşan iddiaların kanunî delillerle isbatı mecburî olduğu halde ticarî işlerin, mikdar veya kıymeti ne olursa olsun, takdirî delillerle isbatı kabildir. Bir tarafın gerek hasmını isbat külfetinden kurtarmak maksadile vâki olan ikrarı ve gerek isticvap sırasında kendini müdafaa maksadile söylediği ve ikrar teşkil etmiyen sözleri hâkimde husule getirdiği kanaat itibarile aynı zamanda takdirî bir delil olabilir. Takdirî delil olan taraflardan birinin söylediği sözlerin taksim kabul edip edemiyeceği tamamen hâkimin takdirine bağlı olmak lâzımdır. Bu hâkimin delilleri takdir salâhiyetinin tabiî bir neticesidir. Hâkim bir tarafın hiç bir noktası kendine hakikat görünmeyen beyanını, iddiasını delil saymıyacağı gibi yarı doğru görünen beyanatından da yalnız doğru olan kısmı delil sayabilir. Nasılki bir şahidin doğru görünen sözlerini kabul etmek, yalan görünenlerini kabul etmemek hâkimin elindedir. İkrar, Ali Heminin Adliye ceridesinde çıkan makalesinde (S. 1470 yıl. 1936) yazdığı gibi kendisinde doğruluk ihtimali racih olan bir beyandır. Şu halde, hâkim doğruluk ihtimalini racih gördüğü derecede ikrarla hükmetmek lâzımdır. Bir kimse hâl ve vaziyet itibarile muztar kalarak ettiği ikrara yalan olduğu âşikâr olan bir şey ilâve etmekle ikrarının hüküm ve kuvvetini azaltabilmesi mantıksızdır. Kezalik, lehine ikrar vâki olan taraf ikrara ilâve olunan hususun aksini isbat ederse ikrar taksim kabul etmez, kaidesi yürümez. Meselâ, telefonla vâki sipariş üzerine kendine mal gönderilmiş olan kimse mecburî vaziyette malları aldığını ikrar fakat bedelini de ikrarına ilâve ederse, hâkim parayı ne suretle, ne vasıta ile gönderdiğini sorar, cevaben meselâ davacının kendi mağazasına gelerek parayı aldığını söylemiş olup davacı da beyan olunan gün ve saatta başka yerde olduğunu ispat edebilmiş, yahut müddeaaleyh hâkimin sorularına verdiği cevablar müphem veya şüpheli görünmüş ise, meselâ, bedelini posta ile gönderdiğini söyleyip makbuzu çıkaramamış, parayı adresini iyi bimediği bir kimse ile gönderdiğini söylemiş olup yalanı meydanda ise hâkim tabiatile ikrar taksim kabul etmez diye açıkça

hakikata uymaz bir karar vermiyecektir. Fakat, kanunî delil olması, yani hâkimi bağlaması itibarile ikrarın taksim kabul etmemesi kaidedir. Hâkim mevsuf bir ikrar karşısında ikrarın, yalnız ikrar edenin aleyhine olan kısmı ile kendini hükme ***mecbur tutamaz.*** İkrar edenin ikrarına ilâve ettiği hususlar tabiî veya ikrar edilen hususun zarurî bir neticesi görülür, aksini de lehine ikrar vâki olan isbat edemezse, hâkim tabiatile ikrarı taksim etmemek lâzım gelir. Meselâ, bir kimse diğerinden mağazasında bir mal satın aldığını ve bedelini de derhal ödediğini iddia ederse parayı ödediğini isbat ile mükellef tutulamaz. Davacı bedelin ödenmediğini isbata mecbur kalır (Baudry — La cantinerie, Précis de droit civil t. II. No: 620.)

Alman Kanunu 289 uncu maddesinde bazı mevsuf ikrarların takdirî bir delil teşkil etmesini kabul etmektedir. İkrarın adî bir delil addile taksim kabul etmesi ancak takdirî delillerle isbatı mümkün işlerde olabilir. Kanunen senetle isbatı mecburî olan işlerde ikrar hiç bir surette takim edilemez. Çünkü hâkim bu hususların takdirini delille sabit addedemez.

Tatbikatta, ikrarın taksim kabul etmemesi esasından gidilerek ikrara ilâve olunan açık yalanlar da sabit farzedilmesi mecburî olduğu kanaatı vardı. Temyiz mahkemesinin tevhidi içtihad kararındaki kayıtlar göz önüne getirilirse, hâkimlerin tamamının doğruluğundan şüphe etmedikleri bir ikrarı taksim etmiyerek verdikleri hükümlerin bozulmıyacağını, bilâkis, hâkimin ticarî bir işte bile ikrara ilâve olunan açık yalanlarla kendini bağlı farzederek verdiği hükümlerin bozulacağını umarız. Bu izahat ticarî defterler hakkında da caridir.

***

Takdirî delil sisteminin üçüncü bir neticesi teori bakımından kuvveti ne kadar büyük olursa olsun, hâkimin hiç bir delil ile hükme mecbur tutulmamasıdır. Meselâ, hâkim tamamen fennî olan meselelerde bile büyük ihtisasları ile tanınmış kimselerin reyine aykırı bir karar verebilir. İngilterede ve Amerikada hâkimler jürinin nazarı dikkatini celbederken riyazî kat'iyetle ilmen tesbit edilemiyen, meselâ akıl hastalığı işlerinde ehli vukufa çok tesir yapabileceğini kayıt ederler (Arthur Kuhn, Principe de droit anglo-americain S. 109). Hâkimler takdirlerinde bu cihetleri daima göz önünde tutmalıdır.

Hâkimin delillerle bağlı olmaması. keyfine göre, veya vesveseye kapılarak mantıksız, iltizamkârane karar verebileceği manasına değildir. Şüphe yok ki bîtaraflığı ve bilgisile tanınmış bir ehli vukufun

97

fennin kat'î kaidesine dayanan beyanı, husule getireceği kanaat itibarile fiilen hâkimi takyid edecektir. Fakat, bu derece bilgisine inanılmayan, arkadaşcasına veya düşmanına beyanatta bulunduğundan şüphe edilen ehli vukufun, neticei mütalâasını ihtiyatla nazara almak lâzım olduğu gibi, ne derece yüksek olursa olsun, ehli vukuf tarafından beyan olunan esbabı mucibelere göre hâdisede fennin son sözünü söylemediği anlaşılırsa veya ehli vukuf kendilerine sorulan suallere hayat tercübelerine aykırı bir mütalâa dermeyan etmiş, kaçamaklı cevap vermişse hâkim ehli vukufun mütalâasından ziyade hayat tercübelerinin müsbet neticelerinin delâletile hüküm etmelidir.

Kezalik, çok dürüst ve davada mevzuubahs menfaatlere tamamen alâkasız bir adamın şahadeti ile hüküm olunur. Fakat şahidin ifadesindeki tereddütler veya hataya düşmüş olduğunu gösteren haller karşısında şahadeti muteber addedilmiyebilir.

İsviçre Federal mahkemesi 6-Mayıs-1931 tarihli kararında (Hukuk Ansiklopedisi eserimiz S.4) bir doktora karşı, difteri seromu yapmamakla tedavi ettiği çocukların ölümüne sebebiyet vermesi cihetile açılmış davada ehli vukufun raporlarından ziyade istatistiklerin delâletini esas tutmuştur. Mahkeme 78028 vaka üzerinde yapılan istatistikleri tetkikten sonra, hastaya ilk gün yapılan seromun yüzde 96.5,hafta sonunda yapılan seromun yüzde 68,5 muafiyet temin ettiğini anladıktan, bu suretle meselede hayat tecrübelerinin delâletini araştırdıktan sonra ilk hafta zarfında serom yapılmasile ölüm arasında münasebet bulunabileceğine, bir haftadan sonra bu münasebetin bulunmadığına hükmetmiştir.

Türkiye Temyiz mahkemesi bazı kararlarında, ehli vukuf raporlarını bilhassa tıbbı adlî raporlarını kat'î bir delil addetmekte ve bunları kabul etmiyen asliye mahkemesi kararlarını bozmaktadır. Ezcümle, 20-5-1936 tarihli kararında (Adliye ceridesi S.65.1937) heyeti sıhhiyenin davacının yaşı hakkında kat'î mahiyette mütalâa beyan edebileceklerini kabul etmektedir.

Temyiz heyeti umumiyesi 'davacının heyeti sıhhiyeye muayene ettirip alınacak ka'tî rapora göre hüküm verilmesi lâzımgeleceğine karar vermiştir. Bir insanın yaşını tayin eden doktor raporu hâkimi ikna edemezdi. Bu gün fen insan yaşını gösteren kat'î alâmetleri bulamamıştır.

*
* *

Takdirî delil sistemi, izah ettiğimiz üç netice itibarile suiistimale müsaitdir, hatalara yol verir. Meselâ, hâkim fennin en kat'î bir kai-

972

desine, mâkul düşünen bir adamı inandırıcı esbabı mucibe göstererek istinad eden büyük bir âlimin sözünü kabul etmiyebilir. Yahut bir davacının biribirini tutmıyan, hasmının beyanına tamamen zıt olan iddiasile bu sözler kendisine doğru görüldüğü için hüküm verebilir. Asliye hâkimlerinin, hata ile suiistimal ile delilleri yanlış takdir ettikleri iddiası karşısında bu hataları düzeltmek için temyize müracaat imkânı kabul edilmeli mi? edilmemeli mi?

Tatbikatta, Temyiz mahkemesinin delilleri yeniden takdir edip edemiyeceği, Asliye hâkimlerinin takdir haklarına karışıp karışamıyacağı bir mesele teşkil etmektedir. Temyiz mahkemesinin bu hususa dair olan içtihatlarını sisteme bağlamadan önce, meseleyi teori bakımından tetkik edelim:

Münazaalı olan vâkıa ile bunların delili olmak üzere isbat edilmek istenen vâkıalar arasındaki maddî veya manevî münasebet daima ilk tetkikatta anlaşılamaz. Delillerin ilk tetkikinin hasıl ettiği heyecan azaldıktan sonra daha soğuk kanla, daha tecrübeli, daha âlim, daha yaşlı kimseler tarafından yapılacak ikinci bir tetkik maddî vâkıalar arasındaki münasebeti daha ziyade aydınlatır.

Ehli vukufun hatasını, şahitlerin yalanını zamanın bile meydana çıkardığı vâkidir.

Temyiz edilen hükümlerin bir hayliısında şikâyetler ilk hâkimlerin yanlış takdirlerindendir.

Modern kanunlar ilk hâkimlerin tabiatile henüz tenevvür etmemiş bir meselede karar vermeğe davet olundukları cihetle, ister istemez hataya düşebileceklerini göz önünde tutarak istinaf namı altında ikinci bir derecede muhakeme yolunu açmışlardır. Ancak istinaf usulü işleri geciktirir, masraflıdır. Bundan başka, istinaf mahkemelerinin memleketin muhtelif yerlerinde tesis edilmesi halinde mesaili maddiyenin anlayış tarzında, takdirinde zarurî olarak aralarında içtihat ihtilâfları olur. Maddî meselelerde nihaî ve kat'î karar vermeğe salâhiyetli muhtelif istinaf mahkemeleri tesisi halinde memlekette hukuk sisteminde birlik esası kâfi derecede korunmamış olur. Bu fayda ve mahzurlar karşılaştırılınca, istinaf mahkemelerinin kabul edilip edilmeyeceği bir meseledir.

Türkiyede 1295 tarihli mahkemeler teşkilât kanunile hdas edilmiş olan istinaf mahkemeleri 1340 yılında ilga olundu.

Usulü muhakeme kanunu, memleketin bir çok mıntakalarında yeniden istinaf mahkemelerinin teşkilindeki imkânsızlığı ve bu teşkilâtın mahzurlarını göz önünde tutarak, istinaf mahkemelerini ihya etmemiş, fakat taraflar için, vazgeçilmez bir garanti olan istinaf usulünü de kabul etmiş olmak, bu suretle ilk hâkimlerin suiistimal

veya hata neticesi hâdiseleri yanlış takdir ederek verdikleri hükmün düzeltilmesine imkân vermek için, *mesaili maddiyenin takdirinde hatayı* nakz sebebi olarak kabul etmiştir (428 No: 5). Kanun bu maddenin 6 numaralı bendinde de tereddütlerin önüne geçmek için taraflardan birinin serdettiği delillerin sebebi kanunîye müstenit olmayarak kabul edilmemesini ayrı bir nakz sebebi olarak gösteriyor. Tabiatile, bir delilin sebebi kanunîye müstenit olmayarak kabulü de nakz sebebidir.

Kanun takdirî delillerin kabul şartlarını tayin etmediğinden ve maksadı da hâkimin delil diye ileri sürülen her vasıta ile hükme mecbur olduğunu beyan olmadığından sebebi kanunî sözünü *sebebi mâkul* diye tefsir etmek lâzımdır.

Kanun Temyiz mahkemesinin delilleri mürakabe salâhiyetini kullanabilmesini temin için şahitlerin Asliye mahkemesindeki ifadelerinin aynen zapta geçmesini (m.151), ehli vukufun raporlarının yazı ile olmasını (m.281) emir ediyor. İlk hâkimlerin delilleri takdir salâhiyeti kat'î olsaydı şahitlerin ve ehli vukufun sözlerinin aynile zaptedilmesinde fayda bulunmazdı. Binaenaleyh, şahitlerin ifadesi hiç bir tashih görmeden olduğu gibi zapta geçirilmek lâzımdır. Şahitin mazbut ifadesi anlaşılmaz bir halde ise Temyiz mahkemesi şahidin meramını ifade edemeyecek halde olduğunu, isteyerek veya istemiyerek ifadesini karıştırdığını görmeli ve takdiratında bu cihetı nazara almalıdır. Mesaili maddiyenin takdirinde hata ifadesi hâkimin ahval ve şerait itibarile adâlete uymaz bir hüküm verdiği takdirde hukûm bozulmasını istilzam ettiği gibi, delillerin yalnış takdir edilmesi halinde de hükmünün bozulmasını istilzam eder. Çünkü, mevcut delillere göre sabit addedilmek lâzımgelen bir vâkıanın sabit addedilmemesi bu meselenin takdirinde hatadır.

Kanunun 240 ıncı maddesinde, delillerin mahkeme tarafından takdir edileceği beyan edilmesi, Temyiz mahkemesinin delilleri yeniden takdir etmesine mani değildir.

Bizce, 240 ıncı madde sadece hâkimin davada dinlenen şahit, ehli vukuf gibi her hangi bir delil ile bağlı olmadığını ifade eder. Temyiz mahkemesinin delilleri yeniden takdir edemiyeceği manasını istilzam etmez. Yoksa, kanunun pek açık ve adâleti temin eden 428 inci maddesinin 5 inci fıkrası ölü harf halinde kalacaktır.

Ceza usulü muhakemeleri kanunu bu esastan ayrılmış ve Temyiz mahkemesine ancak bir hükmün kanuna muhalif olması sebebine müsteniden müracaat edilebilmesini kabul etmiştir (M.307).

Hukuk usulü muhakemeleri kanunumuzun 428 inci maddesinin 5 numaralı fıkrasına esas olan İsviçre federal usulü muhakeme ka-

974

nunu, maddî vâkıaların hukukî şumullerinin tayininde hata sebebile kanton mahkemeleri tarafından verilen kararların bozulması esasını kabul etmektedir.

İsviçre Federal mahkemesi, son kararlarının birinde (30-Mart-1936 Hukukî şumulün ne olduğunu tayin oldukça zordur. J. D. T. 530/1936), mahkemenin dosya içinde bulunan vesikaları hiç veya hakikî mahiyetleri ile nazara alınmıyarak verdiği hükmün nakzedilebilmesini kabul ediyor. Kezalik, bu kararına göre dosyada şahitlerin zaptedilmiş ifadelerine yanlış mana verilmesi nakzı muciptir. Bir kelimede, hâkimin hakikatı araştırmağa mâtuf olan faaliyeti dosya münderecatına uygun olmayınça verdiği hüküm kanuna muhalif sayılır.

Federal mahkeme hâkimin dosya münderecatına göre varlığı anlaşılandan başka bir hali sabit farzederek verdiği hüküm bozulmasını kabul etmektedir.

Yalnız hâkim dosya münderecatını tamamile ve hakikî mahiyetile nazarı dikkate alarak takdir hakkını kullanmışsa bu sebeble hükmü bozulamaz. Federal mahkemesi 23-Eylûl-1936 tarihli diğer bir kararında da (J. D. T. 113/1937) kanton mahkemelerinin davayı isbata yarıyan delilleri nazara almamalarını Federal kanunlarına aykırı bir hareket sayarak bu yüzden hükmün bozulabileceğini kabul etmiştir. Çünkü, hakkın isbat için teklif ettiği delilleri kabul edilmiyen kimse davasını isbat edebilmek hakkını kaybeder. İsbat hakkı ise Federal kanunlarile temin edilmiş dava hakkının bir fer'idir. Alman kanununa göre de ancak kanuna muhalefetten dolayı hüküm temyizen bozulabilir. Fakat Alman yüksek mahkemesi bir çok kararlarında delillerin suiistimal ile yanlış takdir edilmesini kanuna muhalefet sayıyor.

İsviçre Federal mahkemesinin ve Alman yüksek mahkemesinin bu içtihadı, kabul edilince, hâkimin bir meseleyi sabit addeden veya etmiyen kararlarını hakikate uymadığı, delillerin yanlış takdiri sebebile bozmak daha mâkul olacaktır. Kanunumuz daha açık olmak için, ve hâkimin maddî meseleleri takdir faaliyetini her bakımdan yüksek mahkemenin mürakabesine tâbi tutmakta teorik ve pratik bakımdan da bir fayda gördüğünden ve temyiz mahkemesine dosya münderecatına göre delillerin kanuna uygun bir şekilde tetkik edilip edilmediği salâhiyeti verilince bu mahkemeye delilleri her noktadan takdir salâhiyetini tanımamak için sebep kalmıyacağından ve hemen medenî milletlerin hepsinde davanın iki derecede görülmesi usulü de kabul edildiğinden daha basit ve daha mâkul olarak, mut-

975

lak bir surette mesaili maddiyenin takdirindeki her türlü hatayı nakz sebebi addetmiştir. Şu halde, temyiz mahkemesi hakikate uymaz, adâlete aykırı gördüğü bir hükmü bozmak için mutlaka bir usul hatası aramak lâzımgelmez. Temyiz mahkemesi şahitlerin şahadeti, ehli vukufun mütalâası, diğer deliller ilk hâkimler tarafından yanlış takdir edilerek hüküm verildiğini görürse hükmü bozmak lâzımdır.

* * *

Temyiz mahkemesinin mesaili maddiyei takdir etmesinde bir mahzur var mıdır? Yüksek bilgilerile tanınmış bazı hukukçular bu hususta başlıca iki mahzur görürler.

Bu mahzurlardan biri temyiz mahkemesi ilk hâkimler gibi şahitleri, ehli vukufu dinlemediğinden, tarafları isticvap etmediğinden, delilleri lâyıkile takdir edemez. Davayı dosya üzerinden tetkik eden yüksek mahkeme şahitlerin asliye mahkemesinde şahadet ederken tereddütlerini, meseleyi izah şekillerini, gösterdikleri heyecan veya soğuk kanlılığı taraflar arasında söylenip zapta geçmemiş sözleri tamamı tamamına, olduğu gibi tayin edemiyeceğinden delilleri iyi takdir etmesi mümkün olmaz.

Delillerin temyiz mahkemesi tarafından takdir edilmesinin ikinci bir mahzuru da, bu yüzden temyiz mahkemesinin işlerinin lüzumundan fazla çoğalması, temyiz mahkemesi dairelerinin mikdarını arttırmak lâzımgelmesidir. Bu halde Temyiz daireleri arasında zarurî olarak içtihat ihtilâfları çıkararak bir ideal olan hukukta birlik tesisi zorlaşır.

Bu mahzurların ciddî olduğu şüphesizdir. Fakat, mübalâğa edilmemelidir, bu mahzurlar, temyizin maddî meseleleri yeniden tetkik etmesindeki faydalar yanında nazarı dikkate alınmamalıdır.

Tatbikatta, çok kere Temyiz mahkemesi ihtilâflı olan maddî vakıanın var olup olmadığını şahitlerin, ehli vukufun muhakeme sırasında zaptolunan ifadelerinden, tarafların bu ifadelere karşı gerek kendi önünde, gerek asliye mahkemesinde serdettiği mütalâalardan iyice anlıyabilir. Temyiz mahkemesi tetkikatında, şahidin veya ehli vukufun hataya düşdüğünü anlamış ise, delilleri tetkik bana ait değil diye hatalı bir hükmü tasdik etmesi tabiatile mâkul olmaz.

Kezalik, şahidin yalan söylediği temyiz mahkemesine gösterilen vesikalardan anlaşılırsa hatalı hükümde ısrar etmek doğru olmaz. Türkiyede olduğu gibi Temyizin on daireye ayrıldığı memleketlerde maddî meselelerin takdiri temyizin işlerini çoğaltacağı mahzuru önünde de durmağa mahal yoktur.

476

1937 Senesinde neşredilmiş olan 1925- 1935 istatistiklerine göre on beş sene zarfında her sene temyiz III üncü hukuk dairesine vasatî 18, 000 kadar iş arzedilmiş ve temyiz mahkemesi bunların hepsini neticelendirmiştir. Diğer dairelere gelen işler vasatî senevî 6000 kadardır. 1935 senesinde temyiz ticaret dairesi 7016 diğer, yıllarda ise vasatî 4000 iş neticelendirmiştir. Ceza dairelerinin neticelendirdiği işler bir az daha fazladır. Demek Temyiz mahkemesi dairei hususiyeleri günde vasatî 20 kadar iş görüyor. Bundan başka, ayrıca heyeti umumiye halinde toplanan temyiz mahkemesi asliye mahkemelerinin temyizin dairei hususiyesi kararına karşı evvelce vermiş olduğu kararda ısrar ile verdikleri kararları yeniden tetkik etmekte ve tevhidi içtihad yolile de mühim bir yekûna baliğ olduğu tahmin edilen kararlar vermektedir. Temyiz mahkemesi kararları tetkik olununca, yüksek mahkemenin temyiz edilmiş dava dosyasındaki bütün kâğıtları okuduktan, davanın maddî sebeplerini iyice tetkik ettikten sonra karar verdiği görünmektedir. Binaenaleyh, vaktin darlığı mahzuru bugün için Türkiyede büyültülmeğe değmez.

Temyiz mahkemesinin on dairesi arasındaki içtihad itilâfları bütün dairelerin birleştirilmesile teşekkül eden heyeti umumiyeler tarafından yeniden halledilmekte olduğundan, içtihadda birlik esasının bozulduğu mahzuru da ehemmiyetini kaybediyor.

Temyiz mahkemesinin işlerini ve daireler arasında içtihad itilâflarını azaltmak, bilhassa tamyiz içtihadlarında birliği temin için, sulh mahkemesi kararlarının asliye mahkemelerinde istinafen tetkik edilmesi ve bu işlere dair verilen kararların temyiz edilememesi, Temyiz mahkemesinin delilleri yeniden tetkike ihtiyaç olmıyan hallerde hukuk usulü muhakemeleri kanununun 438 inci maddesini tatbik edilerek doğrudan doğruya kararı tashih etmesi ve temyiz mahkemesi dairei hususiye kararına karşı, mikdar ve ehemmiyeti fazla olan işlerde temyiz heyeti umumiyesinde tashihi karar yolunun kabulü, asliye mahkemelerinin ısrar haklarının ve temyizin gerek dairei hususiye ve gerek heyeti umumiye kararlarına karşı tashihi karar yolunun kaldırılması lâzımdır. Bu gün temyiz dairei hususiyesinin tasdik kararları heyeti umumiye de yeniden tetkik olunmadığından, içtihatlar da birlik esası matlup veçhile muhafaza edilemiyor. Teklif ettiğimiz usûl aynı zamanda işlerin daha çok, çabuk neticelenmesini de mümkün kılacaktır.

*
* *

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA

Türkiye temyiz mahkemesinin asliye hâkimlerinin takdirlerine müdahale edip edemiyeceğine dair içtihadları mustakar değildir. Yüksek mahkememiz bazı kararlarında, hukuk usulü muhakemeleri kanununun 240 ıncı maddesi icabı delillerin takdiri asliye mahkemesine ait olduğunu kabul ediyor. Diğer bir çok kararlarında ise ilk hâkimlerin takdiratına müdahele ederek hükümlerini takdir hatası sebebile bozmaktadır.

Temyiz mahkemesinin bu meseleye dair bütün kararlarını saymak mümkün olmadığından, bunlardan en karakteristik olanlarını gözden geçiriyorm.

Delillerin takdiri asliye mahkemesine ait olduğuna dair temyiz mahkemesinin kararları:

Heyeti umumiye (9-3-932 temyiz kararları S. 103.) asliye mahkemesinin beyyinatın takdirinde kıstas göstermek suretile serbest olduğu esbabı mucibesile, temyiz mahkemesinin nakz kararına karşı israr ile, verdiği hükmü tasdik etmiştir.

II inci hukuk 7-Teşrinisani-1935 (Adliye ceridesi S. 90 yıl 1936), Ticaret Dairesi 21-12-1935 (adliye ceridesi S. 110 yıl 1936) Heyeti umumiye 18-12-1935 (Adliye ceridesi S. 156. yıl 1936) IV üncü hukuk 26-10-1936 (Adliye ceridesi S. 298. yıl 1937) kararlarında, delillerin, şahadetin takdiri asliye hâkimine ait olduğunu kabul etmiştir.

Temyiz mahkemesinin bilâkis delillerin son takdiri salâhiyeti kendisine ait olduğuna dair kararları:

Heyeti umumiye 23-10-1935 (Adliye ceridesi S. 99. yıl 1936) tarihli kararında asliye mahkemesinin ehli vukufun birbirine zıt olan mütalâasından birini tercih ile verdiği kararı bozmuştur. Temyiz dairei hususiyesi asliye mahkemesi tarafından mütalâaları hükme esas ittihaz olunan ehli vukufun bîtaraflıkları şaibedar olmakla usulü dairesinde intihap olunacak diğer ehli vukuf marifetile yeniden tetkikat yapılmak üzere hükmü bozmuştur. Hükmün havale olunduğu asliye mahkemesi de «yeniden intihap olunacak ehli vukufun beyanı evvelki ehli vukufun ifadelerine mübayin olduğu takdirde caiz olmıyan devir ve teselsülü mucip olacağı tabiî olmasına mebni eski kararında ısrar etmiş idi.» Heyeti umumiye «ikinci defa yapılan keşifte tayin edilen ehli vukuf evvelkilerden başka bulunmuş» olduğu esbabı mucibeşile binnetice usûl ve kanuna muvafık gördüğü hükmü tasdik etmistir. Bu kararile, temyiz mahkemesi bir ehli vukufun şaibeli olup olmadığını, beyanının bir vakıayı sabit addine kâfi olup olmadığının son takdiri kendine aid olduğunu kabul ediyor.

Kezalik, Heyeti umumiye 29-6-1932 kararında (Temyiz Heyeti umumiye kararları No. 106 S. 154)

978

«Şahitler malın nevi ve cinsi ve mikdarını ve semeni beyan etmek suretile akde şahadet etmemiş oldukları cihetle» bu şahadeti esas tutan asliye mahkemesi kararını bozmuş, bu suretle, şahadetin takdiri asliye mahkemesine ait olmayıp kendine ait olduğunu kabul etmiştir.

Kezalik, Heyeti umumiye 25-9-1935 tarihli kararında (Adliye ceridesi 8. 1936)

«Mevcut şahadet talil ve esbabı reddiyesi gösterilmiyerek kabul olunmaması sebebile kararı bozmuştur.

Temyiz ticaret dairesi 24-2-1936 kararında (Adliye ceridesi 327. 1937), ehli vukf raporları arasında mübayenet mevcut olmasına nazaran mübrez makbuzlara atılmış olan imzayı teşkil eden kelime ve harflerin keşide tarzları ve sair hususlar nazarı dikkate alınarak esaslı tetkikat icra etmek üzere keyfiyetin yazı işlerinden anlayan erbabı vukufa havalesi iktiza edeceğine» karar vermiştir. Halbuki birbirine zıt olan ehli vukuf raporlarından birini tercih bunları takdir salâhiyetinin zarurî bir neticesidir.

Kezalik, Heyeti umumiye 16-1-1935 kararında (Adliye ceridesi 140. 1936) ehli vukuf raporunda davacının yaşı büyük olduğu gösterildiği ve şahadette böyle iken nasiyei hâlin delâletile karar verilmesini yolsuz bulmuştur.

Kezalik, heyeti umumiye bir ay evvel zikrettiğimiz 20-5-1936 tarihli kararında (Adliye ceridesi 65. 1937) şahitlerin ifadatı ve talip raporu tahmine müstenit olduğu cihetle «müddeiye heyeti sıhhiyeye muayene ettirilerek verilecek katî rapora göre muamele ifası lâzımgeleceğine karar vermiştir.

Kezalik, heyeti umumiye bir kararında, daha açık olarak temyiz dairesi hususiyece kâfi görülmeyerek bir şahadetin, delillerin takdiri mahkemeye ait bulunduğundan bahsile kabulde ısrar eden asliye mahkemesi kararını usûl ve kanuna aykırı» olduğunu tasrih ederek bozmuştur.

Temyiz heyeti umumiyesi hudut münaazalarından ehli vukuftan rey alınmamasını nakz sebebi addediyor (Adliye ceridesi S.148.1936).

Temyiz mahkemesinin bu kararları sistematize edilirse şu neticelere varılır:

Delillerin takdiri asliye mahkemesine aittir. Ancak, dosya münderecatına göre, hâkim hakikatın inkişafını mümkün kılacak bazı usullere riayet etmeden veya hukukî hatalar yaparak delilleri takdir etmiş ise hüküm bozulur. Bu suretle, temyiz mahkemesi, hakikatı daha ziyade inkişaf ettireceğine kani olduğu bir usûl ile delillerin yeniden tetkik edimesi, hâkime bu hususta bir direktif verilmesi için de bir hükmü bozmaktadır.

979

Temyiz mahkemesi bu esası kabul ettikten sonra, tabiatile delillerin tetkik ve takdirinde esas olmak üzere bazı kaideler bulmak lâzımgeliyordu.

Temyiz mahkemesi zikrettiğim bir çok kararlarile bu hususta esaslar, kaideler koymaktadır. Ezcümle, hâkimlerin delilleri takdir ederken kıstas göstermeleri lüzumu, mevcut delillerin, tahlil ve esbabı mucibei reddiyeleri göstermeksizin kabulünden imtina olunamıyacağı, şahitlerin akdin bedelini göstermek suretile nefsi muameleye şahadet etmeleri gibi doğrudan doğruya esas münasebeti görmüş olmaları lüzumu ve binaenaleyh işitme üzerine yapılan bir şahadetin makbul olunmaması, ehli vukufun beyanlarında kat'iyet olması lâzım olup tahmine müstenit beyanlarının hükümsüz addolunması kaidelerini kabul ediyor.

Halbuki yukarıda tafsil ettiğim veçhile takdirî delil sisteminin zarurî neticesi bu türlü delillerin kaideye sokulamamasıdır. Şahitlerin, ehli vukufun yazılı delillerin istima veya tetkik edileceği şekli kanun tayin edebilir, fakat takdirî delillerin ne şerait dahilinde, hâkimin kanaatını temin edebileceği kanun ile tayin olunamaz, tayin olunursa artık takdirî değil, bütün mahzurlarile kanunî delil sistemi kabul edilmiş olur. Bu sistem yalan şahitleri çoğaltabilir. Nafaka işlerinde, sıhhî sebeplerle icar akdinin feshinde, yaş tashihinde temyiz kudretinin tayininde doktor raporuna zarurî itimat edilmesi ve bu türlü iddia bir doktor raporile isbat edilmesi lüzumu hatır için alınan raporların sayısını yükseltir.

Temyiz mahkemesi kararları dikkatle tetkik olunursa, yüksek mahkemenin daha ziyade, haksız bir hüküm verilmesinin önüne geçmek için asliye mahkemelerinin takdirlerine müdahale etmekte olduğu ve âdilâne bulduğu hükümlerde de takdir hatalarından yapılan şikâyetleri nazarı dikkate almadığı görülüyor. Ceza işlerinde ceza usulü mahkemeleri daha sarih görülmekte iken Temyiz mahkemesi sırf adâletin icaplarını göz önünde tutarak, hakikat halde takdirî olan bazı sebeplerle hükmü bozmaktadır.

Temyiz mahkemesinin delilleri takdir etmesi adâleti kaldırmıyor, bilâkis onu açıyor ve temin ediyor.

Bütün usulü muhakemelerin başlıca gayesi iyi bir adâleti temin-den başka bir şey değildir.

Temyiz mahkemesi vaktini kaybederek hükümleri ince bir tetkike tâbi tuttuktan sonra, bunları adâlete uymaması, hakikatı ifade etmemesi sebebile ve son takdirin kendisine ait olduğunu tasrih ederek açıkca bozması ve kararlarının bu istikamette inkişafını temenni etmek lâzımdır.

980

No: 91

Sosyal Hukuk ve Temamiyet Nazariyesi [*]

Konferansı veren:
Etem MENEMENCİOĞLU
Siyasal Bilgiler okulu Profesörlerinden

«Hukuk ilmini yayma kurumu» lütfen bana da bir vazife verdiği zaman, uzun tatbikat yıllarına katılan on iki senelik nazarî tedrisatın hiziyle, hemen doğrudan doğruya devletler umumî hukukunu ilgileyen bir meseleyi mevzu olarak almayı düşündüm. Lâkin hukuk diye andığımız mefhum hakkında doğru bir görüşe varmadan devletler umumî hukukunun varlığından bile bahsetmenin bir iddiadan ibaret kalacağını düşündüğümden, konferansımı, hukukun esasının, ilmî bir görüşle, ne olabileceğini araştırmaya hasretmeyi daha muvafık buldum.

Filhakika, eğer hukuk devletin koyduğu, yahut, daha geniş bir ifade ile müeyyedesi devlet tarafından tanzim edilmiş bir kaide ise, bu görüşün mantıkî bir neticesi olarak, devletler umumî hukukunun mevcut olmıyacağı iddiasını kabul etmek lâzımdır. Çünki devletler arasında durmadan genişlediğini gördüğümüz münasebetlerin doğurduğu düsturları vaz edecek yahut teamülleri müeyyedelendirecek üstün bir devlet yoktur.

(Bu boşluğa rağmen devletler umumî hukuku varsa, her hukuk gibi, bunun dayandığı esası da devlet iradesinden, devlet müeyyedesinden başka bir vâkıa da aramak hukuk ilmi için bir zaruret teşkil eder.

Şu son yıllarda geniş bir tetkike tâbi tutulmuş olan bu meseleyi bu gün benim de tekrarlamak istememi fuzulî bir iddiaya hamletmemenizi rica ederim.)

Bence meseleyi felsefî tâbirlerin çapraşık manalarından sıyırarak bütün basitliği ile ortaya koymakda faide vardır. Bu gibi araştırmalarda felsefî düşüncelerin faidesini inkâr etmemekle beraber, fazla felsefeye kaçmanın, maalesef adedi pek de az olmıyan felsefî telâkkilerden birinin, içtimaî hayatın gittikçe muattallaşması karşısında bizzarure daralan çerçevesi içine kapatmak neticesini verdiği zannındayım. Filozof mütefekkirin başka bir felsefî yolun bir noktada doğru olabilecek görüşünü cerh etmekte ısrar etmesi vakıası, ancak kendi mantıkî tevsiatı yolunda tezada düşmek tehli-

[*] Bu konferans 26-2-38 de Ankara Halkevinde verilmiştir.

kesinden korkusuna atfedilebilir. Her hangi bir içtimaî müessesenin realitesini bu yolla araştırmanın zaiflıklara saptırmaması mümkün olmazdı. Birbirini takip eden, biri diğerini cerh eden ve sabit, bunaltıcı bir karışıklık içinde mütefekkiri şaşırtan muhtelit nazariyeler hep bu zihniyetin birer eseridir.

Eğer aradığımız hukukî realite ise, her realite gibi bunun da basit olması lâzım gelir. Eski Yunanlıların kuyudan çıkan çıplak bir kadını realitenin timsali olarak göstermeleri bu fikrin belirik bir ifadesidir. Her ilmi araştırmanın gayesinin de tek ve basit olan hakikatı usûl dairesinde araştırmağa mâtuf bulunduğunu tekrara bile hacet yoktur.

Bu yolla işe koyulunca ister istemez kendimizi, her şeyden evvel, cemiyetin ne olduğunu sonra da hukukun ve bu gün Devlet dediğimiz müessesenin bu cemiyet içinde içtimaî fonksiyonlarının neden ibaret bulunduğunu bilmek zaruretinde görürüz.

Düzenli bir topluluğu olan cemiyeti her hangi bir hususiyetten, topluluktan ayıran şey, cemiyeti teşkil eden unsurların şuura malik olmaları vakıasıdır. Filhakika, diğer hayvan topluluklarını teşkil eden unsuların şuura malik olup olmadıklarını bilmiyoruz. Bu işleri inceleyen mütefekkirlerin vardıkları neticelere göre, arıların, karıncaların düzenli birer topluluğu olarak görünen yuvalar, kovanlar tabiî kanunların tesirine boyun eğerek, tekevvünlerinden bu âna değin, hiç bir değişiklik göstermeden seyirlerini takip etmektedirler. Halbuki insan, şuurile tabiî kanunların tatbikine şart teşkil eden ahval ve alayıkın içtimaını tâcil veya tecil etmek kabiliyetini gösteriyor. Bir aralık ürktüklerini yıldırımın şerrinden mâsun kalmak için ona ibadet eden, yalvaran insanlar, bu gün siperi saikayı dikiyorlar ve yıldırımla adetâ istihza ediyorlar. Cazibe kanunu ancak Avrupadan Amerikaya kadar uçtuktan sonra hükmünü yerine getirebiliyor. İnsan cemiyet içinde refah ve saadetini temin için inkılâplar yaratıyor.

Lâkin sair hayvanlarla insanlar arasında mevcut bu çok ehemmiyetli farka rağmen, özü itibarile içtimaî bir mahlûk olan insan da, diğer hayvanlar gibi, içinde yaşamak mecburiyetinde bulunduğu cemiyetin zarurî kıldığı hattü haraket kaidelerine riayete mecbur oluyor. Şuuru delâletile içtimailik duygusuna varan insan ferdî isteklerinin içtimaî hayat şartlarına uyması lüzumunu idrâk ediyor.

Unutulmamalıdır ki insanı cemiyet hayatına bağlayan illetler ona bu düsturlara riayeti zarurî kılanların aynıdır. Yeme, içme korunma gibi diğer insanlarla müşterek olan ve tatmini hayatın idamesi için zarurî bulunan ihtiyaçların ancak müşterek bir cehtle tehvin edilebileceğini idrâk eden insan cemiyete bağlanıyor. Cemiyet hayatı insanı içtimailiğinde kavrayan manevî ihtiyaçları doğurmakta gecikmiyor. Maddî ihtiyaçların tatmini vasıtaları içtimaen tanzim edildikçe artan bu manevî ihtiyaçların tehvini zaru-

982

reti, insanı cemiyete daha sıkı düğümlerle bağlıyor. O derecedeki yüksek fikir adamlarının derin müşahedeleri neticesi olarak, ilk dinlerin insanın içtimailik duygusunda kök saldıklarını biliyoruz. İnsan cemiyet hayatında ferdîlik ve içtimaîlikten mürekkep katmerli varlığını kaybetmek şöyle dursun, ancak bu hayat içinde içtimaî bir kıymet olarak tayin edebildiği şuuruna varıyor.

Şüphesiz, uzvî teşekkülü insanı tabiata bağlıyor. Lâkin insan benliğinin bir kısmı vardırki uzvî unsurun doğrudan doğruya tesiri altında bulunmamaktadır. Din ve ilmin zihinlerimize verdiği düşünceelr bu düşüncelerin neticesi olarak meydana gelen ameliyeler, ahlakî varlığımızın özünü teşkil eden inanışlar ve duygular gibi cemiyetin benliğimizde uyandırıp genişlettiği yüksek kıymetlerin ruhî faaliyeti, sadece vücudun tesirine tâbi değildir. İçtimaî hayat içinde damgalanan bu kıymetler âliminin kaynağını fizik varlığımız teşkil edemez. Bilâkis bu kıymetler vücudun maddî bünyesine katılırlar. İnsan, cemiyete iştiraki derecesinde, gerek düşündüğü, gerek hareket ettiği zamanlar tabiî benliğini aşan bir mahlûktur.

İşte ancak vakıaların bu sarahatını müşahade yoliledirki insanın içtimai bir mahlûk olduğu ilmî bir görüşle ifade edilebilir.

Cemiyeti ilk safa koyup ferdi ihmal eden üniversalist nazariyelerle bunun aksi bir telâkkiye dayanarak ferde ehemmiyet ve cemiyete talî bir kıymet veren ferdiyetçi nazariyeler — kendi mantıklarının sâf seyri içinde kaldıkça - cemiyet hayatı vâkıasından ve onun kendine hâs dinamizminin realitesinden ister istemez uzaklaşmak mecburiyetindedirler. Çünki birinci nazariyeler bir tahakküm rejimine varmamazlık edemezler. Böyle bir rejimde bir sürü, bir kovan, bir yuva faaliyeti mevcut olabilir, bir cemiyet dinamizmi görülemez. Tahakküm rejimi, kendi mantıkı dairesinde kaldıkça, cemiyetin müteşekkil unsuru olan ferdin şuura malik olması vakıasına da reel bir kıymet izafe edemez.

ikinci yani ferdiyetci nazariyelerde ister istemez, bir tenazur bir coordination rejimine varmak zaruretindedirler. Bunlar içtimaî hayat vakıasını izah için en büyük ehemmiyeti ferde yani unsura verirler. Lâkin bu nazariyeler, ferdin düzenli bir topluluk içinde yaşamak zarureti vakıası karşısında cemiyete de, ferdlerin dışında kendine mahsus bir şahsiyet atf ederek şuura ve iradeye sahip büyümüş bir ferd vasfı izafe ederler. «Ben» «sen», «o» şeklinde tezahür eden ferdleri birbiri karşısına ve bunların her birinin karşısına da devleti dikerler. İşte bu suretle, bir taraftan, iradesine has bir kudret olan tabiî haklarile her ferdi öteki fertlere, diğer taraftan, iradesine has bir kudret sayılan hâkimiyeti ile cemiyetin müteazzı bir şekli olan devleti her ferde karşı dikmek ferdiyetçi nazariyeler için mantıkî bir zaruret olur.

Ferd olsun, devlet olsun, irade sahibi şahısları karşı karşıya koyan

ferdiyetçiler, hâkimiyetin, ferdin tabiî haklarına taarruz edemiyeceğini, fakat bu yolda hareket ettikçe devletin hâkimiyetine de ferdin tâbi olacağını beyan ederler ve bu yolun mantıkî bir seyri ile, biribirine zıt ayrı birer varlık olan fertlerin ve onların karşısına büyümüş genişlemiş bir ferd olarak dikilen cemiyetin içtimaî faaliyetlerini telife mâtuf bir «tenazür» (coordination) rejimine vasıl olurlar.

Ferdî varlıklardan kurulmuş ahenkli bir «Kül» olan muayyen bir cemiyet temamının müteşekkil unsurların cemiyet hayatına bağlandıkları nisbette teeyyüt ettiği esasına dayandığı için, dilimizde «temamiyet nazariyesi» tâbirile ifade edilmesini teklif ettiğim (İntégration) nazariyesinin temeli modern devletler umumî hukukunun babası diye bileceğimiz Hugo Grotus tarafından atılmış ve bir az sonra da (Leibnitz) bu nazariyeyi daha ilmî esaslara dayandırmıştır.

Doğru görüşlerin garip bir mikdarı olduğu üzere, temamiyet nazariyesi de gerek üniversalist gerek ferdiyetçi görüşlere bağlı an'anavî telâkkileri sarsmaması dolayısile bu müsahabemizin başında işaret etmek istediğimiz felsefeci mütefekkirlerin ve onlarla beraber teknikçilerin dehşetli hücumlarına mâruz kalmıştır.

Her şeyi tabiî kanunlara bağlamak yolile geçmişe karşı bir reaksiyon devri teşkil eden 18 inci asırda temamiyet nazariyesinin başlı başına bir tarafdarına tesadüf edemiyoruz. Lâkin 19 uncu asırda bu nazariyenin üç büyük mümessilini görüyoruz, Prüdon, Fihte, Kravze.

Bu asırda Alman hukukcuları, mukaveleciler ve tabiî mektep mümessilleri, üniversalistler ve ferdiyetçiler kendi nazariyeleri için bol malzeme istiane ederek sistemlerini bir kat daha eglektizm yoluna sokmakla beraber, bu nazariyeyi esnasında cerh etmeğe koyulmuşlardır.

Yirminci asırda temamiyet nazariyesinin içtimaî realitelere uygun mütalâaaları üç büyük ilim adamına ilham sunmuştur. Prüdonun, Fihtenin, Krausenin tuttukları yollardan başka düşünüş ve buluş tarzlarile Léon Dugit, Maurice Hauuriou, Gény gibi hukuk âlimleri işe koyulmuşlardır. Léon Duguit, cemiyet hayatından binnefse doğan «içtimaî düsturları, Maurice Ha uriou «Meüssise» nazariyesini bu görüşlerin hizmetine koymuşlar ve Gény de «Denné» ve«Contruit» nazariyesile bunlara katılarak bu üç âlim cemiyet hayatını ve cemiyet vakıasının aslî unsuru olan hukuku izaha çalışmışlardır.

Asrî hukuk ilminin bu üç yüksek mümessilinden temamiyet nazariyesinin tayinine en ziyade «Léon Duguit»'nin himmeti masruf olmuştur. Bu üstad, şüphe götürmeyen dehasının keskin görüşlerile, üniversalist ve ferdiyetçi nazariyelerile birlikte, hukuk Hakkındaki ananevî telâkkileri de yıkmıştır. Her hakikî daha sahibi ilim adamı gibi, Duguit de, bozuk ve temeli çürük telâkkileri yıkmakla kalmamış, onların yerine içtimaî hayat vakıalarına dayanan yep yeni bir hukuk binası kurmuştur.

* * *

984

Cemiyet hayatının insan için zarurî bulunduğunu, insanın tabiî hüriyetten içtimaî hüriyete geçtiği nisbette içtimaî kıymet teşkil eden benliği şuuruna malik olduğunu kabul edeceksek ve yuvalardan, kümelerden, sürülerden farklı olarak cemiyetin tekâmül ettiğine inanacaksak, ferdin varlığının cemiyet içinde erimediğini de kabul etmekliğimiz lâzımdır. Bu gün bu fikri ifade için umumiyetle kullanılan tâbire göre, cemiyeti teşkil eden cüzüler, cemiyet yekûnuna ircaı mümkün olmıyan kıymetlerdir. Leibnitzin dediği gibi «cemiyette tekâmül, mümkün olduğu kadar tenevvü elde etmekten, yani en tam vahdeti en geniş kesretle «birleştirmekten ibarettir» bir az evvel de başka tâbirlerle demiş olduğumuz gibi, her hangi bir ruhî kavrayış, vahdet içinde kesretin kavrayışı olduğuna göre, vahdetin tekâmülü ancak müteşekkil unsurlar arasında gittikçe belirik bir şekil alan müvazeneden ibaret olabilir.

Temamiyet nazariyesine göre cemiyet, müteşekkil unsurlarla bunların teşkil ettikleri külliyetin ahenkli bir imtizacından ibaret oluyor. Diğer taraftan, mademki her hangi bir müvazene müteşekkil unsurların bir sentezinden ibarettir. O halde cemiyet de ancak ahenktar bir müvazeneden ibaret olabilir.

Temeli bu suretle atılan temamiyet nazariyesinin Aristonun «Polisantarchos» ı revafiyecilerin geniş cihan cemiyeti sentezi, Roma hukukunun Societas telâkkisi Skolâstiklerin «Corpus Mysticum» metafizik sentezi gibi ferdi cemiyete irca eden yeni ferdin büyümüş bir fert olarak teşkil ettiği cemiyette hamur olup gayb olduğu neticesine varan üniversalizmlerle alâkası yoktur.

Hatta, temamiyet nazariyesi, bu nazariyeye yaklaşır gibi görünen Hegel'in diyalektik metodundan da çok farklıdır.

Temamiyet nazariyesinin «kül» içinde birbirine zıt varlıkların müvazenesiyle meydana gelen üniversalizmde cüzüler kendi varlıklarını muhafaza etmektedirler. Halbuki Hegel'in diyalektik metodu birbirine muhalif olan bu varlıkları bütün kıymetlerin kaynağı olan daha yüksek bir varlığa irca etmektedir. Tezo antitezik sentezminci olması tek taraflı bir üniversalizm görüşüne götürmektedir. Sentezik tekrar tez haline gelmesi ve karşısına yine dikilen bir antitezle birlikte yeni bir senteze varması ve bu devri daimî durmadan işlemesi, tamamiyet nazariyesinin ahenktar müvazene fikrini diğer üniversalist nazariyelerden fazla izah edememektedir. Tamamiyet nazariyesine göre, cemiyet içinde sıkı kavranmış olan ferdlerin her biri kendi varlığını muhafaza etmekte ve bu yüzden, müvazeneli bir kül meydana gelmektedir. Fertler külün yekûnuna ircaı mümkün olmıyan birer unsurdurlar. Zira ferdî kıymetleri ortadan kaldırırsak kalan şey bir cemiyet olmaz, ancak bir sürü olabilir. Müteşekkil unsurların bu kül içinde benliklerini muhafaza etmeleri külün meydan getirdiği müvazenenin şartını teşkil etmektedir. Cüzülerin benliğine irâs edilecek her hangi bir

985

halel - halelin derecesine göre - küle irâs edilmiş bir halel olur. Gök yüzü âleminin müvazenesi nasıl her cüzün benliğini muhafaza ederek vazifesini ifa etmesile mümkün oluyorsa, sosyal külün müvazenesi de bu külü teşkil eden âzanın benliklerini muhafaza ederek uhdelerine terettüp eden vecibeyi ifa etmelerile mümkün olabilmektedir.

Cemiyet, tamamiyet nazariyesi görüşile, müteşekkil unsurların birbirine zıt ferdî menfaalerının müvazenesine dayanan ahenktar bir «külliyet» olarak tayin edince, bu cemiyet içinde hukukun ne olabileceği kolaylıkla kavranabilecek bir şekil alır.

Cemiyetin müvazenesi ve ahenktar gidişi ancak onu teşkil eden unsurların müvazeneyi bozacak fiilleri yapmamaları ve ahengi kuvvetlendirecek filleri yapmakta kaçınmamaları ile kurtarılabilir. Cemiyet içinde ahara zarar verecek ve, bu yolla müvazeneyi bozacak bir fiilden içtinap etmek ferd için nasıl içtimaî bir vecibe ise, ahara faydalı olacak, bu yolla, cemiyet hayatının ahenkli müvazenesini kuvvetlendirmek her fiili ifa etmek de aynı derecede içtimaî bir vecibe teşkil eder. Özleri itibariyle cemiyet içinde yaşamak mecburiyetinde olan ferdlerin her biri, üzerine düşen vaziyeti yapmalıdır. Bu vazife ihmal edilince, vazifenin derecesine göre, müvazenede bir teşevvüş husul bulur. Tabiî olarak bu teşevvüş diğer ferdlerin içtimaî sıyanetlerinde mâkes bulur ve aykırı fiile karşı içtimaî bir aksülâmel husule gelir. İçtinabı veya ifası zarurî olan bu fiiller, mahaza cemiyet hayatının kendi bünyesinden çıkan ve fertler için riayeti zarurî bulunan «hattı hareket kaidelari» ile yani, bu gün umumen makbul tâbire göre, içtimaî düsturlarla taayyün eder.

Şurası da beyan edilmelidirki, içtimaî düstürların hepsi mutlaka hukukî düstur vasfını haiz değildir. Şüphesiz, içtimaî düsturların her hangi birine mugayir hareket, ister istemez içtimaî muhitte bir aksülâmel uyandırır. Lâkin fiil, cemiyet hayatında fazla bir teşevvüş husule getirmiyorsa bu fiil aleyhine husule gelecek aksülâmel hafif olur. Yapmamayı veya yapmayı emreden düsturun müeyyedesinin içtimaen tanzimi cemiyet hayatı için büyük bir ehemmiyeti haiz olmaz. Fakat bu düstürlardan her hangi birine aykırı hareket cemiyet hayatında fazla bir teşevvüş husule getirise, böyle bir fiile karşı içtimaî aksülâmel kuvvetli ve bu yapılan veya yapılmıyan fiilin tekerrürüne mânî olmak veya fiilin husule getirdiği zararı izale etmek için düsturun müeyyedesinin içtimaen tanzimi zarurî olur.

İşte, her hangi bir düsturun müeyyedesinin tanzimi içtimaî hayat için zarurî olunca içtimaî düstur hukuku vasfını ihraz eder. Bu düsturun müeyyedesi tanzim edilmemiş ise kabahat, mahiyeti itibariyle hukukî vasfını ihraz etmiş olan ve müeyyedelenmesi cemiyet hayatı için bir zaruret teşkil eden düstur da değildir. Kabahat müeyyedeyi tanzim etmek vazifesile mükellef olan müessisedêdir.

986

Müşahade ve tetkik kabiliyetimizin bize kolaylıkla kavrattığı vakıalar karşısında hukukun kaynağını, içtimaî hayatın üzerinden doğan içtimaî düsturlardan ve müeyyede lüzumunun da düstura mugayir fiile karşı husule gelen içtimaî aksülâmelden başka bir yerde aramak doğru olamaz.

Eğer insanlar içtmaî kaidelere kendiliklerinden riayet etselerdi, ne hukuk, ne müeyyede, ne de devlet mefhumları hatıra bile gelmezdi. Suhunet her yerde her zaman aynı olsa idi, soguk ve sıcak nasıl manası olmıyan birer sözden ibaret olur idiseler, insanlarda içtimaî kaidelere kendiliklerinden riayet etseelerdi hukuk müeyyede ve devlet kelimeleri manasız birer söz olarak kalırlardı.

Maatteesssüf cemiyet, «Jan Jak Rusu»'nun hakikî bir demokrasi için acınarak temenni ettiği ilâhlardan mürekkep değildir. İnsan mahiyeti itibarile, tabiî ve içtimaî katmerli bir vasıfla mıhlıdır. İnsan cemiyet içinde yaşamak zaruretinde bulunduğu şuuruna malik bulunmakla beraber, bilerek bilmeyerek tabiî hürriyete kaçan bir mahlûktur. İçtimaî düsturlara mugayir hareketler hâdisenin birer neticesidir. İşte bunun içindirki her zaman, içtimaî düsturlara uygun hareket eden insanlara «fazilet sahibi» vasfı verilmiştir.

Diğer taraftan, içtimaî düsturlara aykırı hareketlere karşı muhitte husule gelen aksülâmelin tatbikini başı boş bırakmak da, ahenkli bir müvazene teşkil eden cemiyet hayatında sarsıntı husule getirir. Bu içtimaî aksülâmelin tanzim edilmiş şekli olan ve bu gün müeyyede dediğimiz müessise, cemiyetin müvazenesini korumak bakımından zarurî olur.

***

Vakıları, bu yolla, oldukları gibi tetkik, karşımıza içtimaî bir vazife ile mükellef olan devlet müessisesini çıkarır. Tedkiklerimizin bu noktasında, ferdiyetçi ve üniversalist nazariyelere uyarak, cemiyet ile devleti ayni şey olarak telâkki etmenin yanlış bir görüş olduğu belirir. Cemiyet mevcut olunca, devlet cemiyet hayatının özünden doğan hukukî kaidelere riayeti temin vazifesile müekellef bir müessise olarak meydana geliyor. Unutmamalıdırki, cemiyet içinde mahiyeti itibarile devlete benzeyen ve tıpkı devlet gibi içtimaî bir vazife ifasile mükellef olan başka müessiseler de vardır. Misal olarak aile müessesisesini, bu gün daha ziyade sendika şeklinde görünen korporasyonları mezhep müşareketlerini göstermek kafidir.

Hukukun esasını her hangi bir şeklinin de devletin iradesine bağlamak, cemiyet hayatının realitesine yakından bakmaktan kaçınmaktan başka bir şey değildir. Hukuk o derece devletin iradesinin mahsulü olmaktan başka bir şeydirki, devletin vaz ettiği ve müeyydelendirdiği hukuk yanında fertlerin her günlük münasebetlerini tanzim ve idare eden geniş

982

bir hukuk sahası vardır. Bu hukukun büyük bir kısmı, devletten sadır olmak şöyle dursun devlet bunları bilmez bile. Hatta hiç çekinmeden iddia edilebilirki, bu hukuk ekseriya devletin muhalefetine rağmen, ferdlerin münasebetlerine hâkim olmakta devam eder. Nihayet devlet, cemiyet hayatının eyi işlemesini temin yolunda bunları devlet müeyyedesi altında tanzim etmek zaruretinde kalır. Fakat cemiyet hayatının durmak bilmiyen dinamizmi bunların yenilerini doğurur. Ticaret kanunlarının yanında, ferler arasında alış verişe ait bir çok kaideler, hiç şüphesizki devlet iradesi dışında taayyün etmiş olan hukuka misal olarak gösterilebilir.

Devletin ve hikmeti vücudu hukukî vasfını ihraz etmiş olan içtimaî düsturların cemiyet hayatına en uygun bir şekilde tatbikini temin etmektir. Devletin yapabildiği ve yapmak vazifesile mükkellef olduğu şey, hukukî düsturların tatbikini temin eden teknik kaideleri vaz etmekten ibarettir. Lâkin devlet bu teknik kaideleri de indî bir surette vaz edemez. Bunlar da hukukî düsturlara uygun olmalıdırlarki onların tatbikini temin edebilsinler. Devletin vaz ettiği kanunların, nizamnamelerin hepsi bu teknik kaidelerinden ibarettir. Filhakika, medenî kanunumuzu, borçlar kanununu ele alacak olursak bunlarınihtiva ettikleri maddelerde muayyen bir iki düsturun tatbikini temin eden bir çok teknik kaidelerden başka bir şey göremeyiz. Ceza kanunumuzda, mesalâ sirkati men eden düsturdan hiç bahs edilmez. Fakat pek çok maddeler sirkat fiilinin nasıl tecziye edileceğine aittir. Zaten sirkat, katil, dolandırcılık gibi fiilleri men eden hukukî düsturları birer formül halinde derç edecek bir ceza kanunu gülünc bir vaziyete düşer.

Şurası da hemen ilâve edilmelidirki devletin kanununun vaz ettiği teknik kaideler doğrudan doğruya fertlere hitap etmezler, memurlara, hâkimlere hitap ederler.

Daha geniş tâbirlerle, devlet bu kanunlarla âmme hizmetlerini tanzim ve bunların durmadan işlemelerini temin eder.

Diğer faraftan, devlet bu teknik kaideleri vaz ederken politikin ilhamlarına uymak mecburiyetindedir. Ayağa düşen her kelime gibi politik kelimesi de aslî manasından inhiraf etmiştir. Lâkin ilmi manasında politik hukukî düsturların en salim tatbiki yolunu gösteren bir metoddur. O halde, doğru manasında politik'in hukukî teknik olduğunu beyan edebiliriz.

***

Burada hukukun devletin bir ihdası olmayup müvazeneli bir külliyet temamiyeti olan cemiyet hayatının kendi bünyesinden doğan bir hattu hareket kaidesi olduğunu en eyi belirtecek olan hukukun mevzuunun esasını da kısaca tayin etmek lâzımgelmektedir.

Bir zamanda muayyen bir cemiyette meri olan hukukî kaidelerin heyeti mecmuasına pozitif hukuk denilmektedir. O halde pozitif hukuk, cemiyetin hayatına ve tekâmülüne hâdim olan düsturların tatbikat sahasında ifadesine müncer olmaktadır.

Hukuk, ifadesini teamülde, kanunda veya içtihadda buluyor. Teamülün ve içtihadın devlet dışında ve hatta devletin isteğine rağmen yol aldığı realitesini bertaraf edecek olursak devletin hukuk ile alâkasının üç şekilde tezahür ettiğini görürüz. Evvelâ, devlet hukukî düsturlardan bazı ehemmiyetlilerinin formüllerine vaz eder. Bu takdirde, hukukî düstura uyması zarurî olan bu formüllerin, devletin indî bir fiili olmayup, ifadesi bulundukları hukukî düsturlar gibi, objektif olmaları lüzumunda tereddüt edilmez.

Saniyen, devlet hukukî düsturların müeyyedelerini tanzim ve bunların tatbikini temine matuf kaideleri vaz eder. Devletin vaz ettiği bu kaideler hukukî düstura uydukları takdirde bu düsturun ifadesi olabileceklerinden, nazariye itibarile hukukî düstura aykırı kanun olamaz.

Salisen, devlet elinde bulundurduğu cemiyet kuvvetini hukukun emrine tâbi tutmakla mükelleftir.

Devletin bu üç şekilde hukuk ile rabıtası inkâr edilemez. Lâkin acaba, pozitif hukuka merbut nazariyecilerin iddia ettikleri gibi, daha ileri gidip ancak devletin vaz ettiği kaidelerin hukuk olduğunu yahut devlet kuvvetile müeyyedesi tanzim edilmemiş olan kaidenin hukuk olmayacağını beyan etmek doğru olabilirmi? Netice itibarile «devlet fetişizmi» ne gösteren böyle bir telâkkinin ne gibi bir zılâletin eseri olduğunu tayin etmek mümkünmüdür?

Eğer hukuk, sadece kör bir ananenin doğurduğu bir teknik vaziyetinde kalmayıpta ilim olarak tetkik edilmeli ise, bu meselenin halli zarurî görülmektedir. Şüphesiz hukuk, muayyen bir zamanda, muayyen bir muhitte merî, hukukî düsturların ve tatbikat kaidelerinin heyeti mecmuasıdır. Halli lâzım gelen şey, bu hukukun mevzuiyetinin esasını yani muhitte metaiyeti kuvvetini ve müessiriyeti kabiliyetini nereden aldığını bulmak meselesidir.

Pek ziyade münakaşayı mucip olan bu mesele hukuk ilminin merkezinde ve bu ilmin nazarî esaslarının tayininde büyük bir yer tutmaktadır.

Bazı müelliflerin iddialarına rağmen hukukun müteaddit kaynakları olamıyacağı katiyetle isbat edilebilir. Hukukun kaynağı tektir. Ve bu tek kaynak ancak içtimaî vakıa yani içtimaî tesanüt olabilir.

Hukukun muhtelif kaynakları olduğu fikrine ulaştıran zelâleti kaynak kelimesine verilen yanlış manalarda aramalıdır.

Evvelâ bu tâbirden «Hukukun mevzuiyeti» ile doğrudan doğruya alâkadar olmıyan manaları sıyırmalıdır. Maddî mahiyeti itibarile hukukun kaynakları tâbiri meriyette bulunan hukukun metaiyeti kuvvetinin esas ve

989

hakikî müessiriyetin teminatı olan «otorite» yi aramak yolile hukukî bir mâna ifade edebilir. Bunun haricinde hukukun kaynakları adı altında ileri sürülen vetireler, hukukî düsturun aklen veya maddeten ilâmına yarayan yahut hukukun inkişafına illet teşkil eden şeklî vasıtalardan ibaret kalır.

Hukukun mevzuiyeti biribirinden ayrı iki alâmetle tebarüz eder: Kaidenin bizzat kendi otoritesi olmıyan mevsuf bir otorite tarafından tesis edilmiş bulunması vasfı ve muayyen bir içtimaî muhitte bu kaidenin hakikî müessiriyeti teminatı. Binaenaleyh, mevzuu hukukun her kaynağı, aynı zamanda otoriteyi temsil ve mevzuu hukukun müessiriyetini temin ve bu iki şeyi nefsinde birleştirmek suretile, bu katmerli lüzuma tekabül ettiğini irae etmek mecburiyetindedir. İşte bu suretle mevzuu hukuk şu manayı ifade eder: Hukukî bir kaidenin metaiyeti kuvvetinin dayandığı ve, mahaz mevcudiyeti ile bu kaideye hakikî bir müessiriyet bahşeden otorite.

Hukukun kaynakları olarak ileri sürülen teamül, kanun ve hukukî içtihat kendi başlarına bu iki vasfı haiz değildirler. Bunlar haiz olabildikleri otoriteyi ve müessiriyeti ancak içtimaî vakıaya dayanan hukukî düstura uygunluklarından alabilirler. Bu takdirde içtimaî vakıanın hukukun biricik kaynağı olduğu tebarüz eder.

*
* *

Mümkün olduğu kadar basit şekillerine irca etmeğe çalışmaya rağman şüphesiz, aczim dolayısile bazı mecburiyetlere kaçamamazlık edemediğimden dolayı afvınızı dilerim.

Mevzuumuzun son meselesini ehemmiyetli bir suale cevap vermek teşkil edecektir. Bu sual bundan bir kaç yıl evvel, İstanbul Hukuk fakültesindeki tedrisatım esnasında zeki ve zihni işleyen hir Türk genci tarafından varit oldu ve beni çok düşündürdü. Sual şudur:

Mademki, her hukukî kaide mutlaka cemiyet hayatından binnefse meydana gelen hattu hareket kaidesine uygun olmalıdır, o halde, meselâ bu gün her hangi bir muhitte ve bilhassa içinde bulunduğumuz inkılâp devrinde Türkiye Cumhuriyetinde yapılan değişiklikler müdafaa ettiğiniz hukukî mütalâalarla nasıl izah edilebileceklerdir.

İlk bakışta bu sual kuvvetli bir itirazı gizleyen şaşırtıcı bir ehemmiyeti haiz görünmektedir. Lâkin bu gün içinde bulunduğumuz muattal bünyeli cemiyetler yakından tetkike tâbi tutulacak olursa bu endişeyi de temamiyet nazariyesi içinde, bertaraf etmek güç değildir.

Bazan bir muhit içinde mütemeyyizlerin tesiri altında, idare edenler istikbale müteveccih bazı müessiseler meydan getirirler. Bu müessiseler muhitin bu günkü hukuki bünyesine yani efkârı umumiyenin temayüllerine aykırı gibi görünebilirler. Bu gibi müesseselere bilhassa Millî muhitlerimizde

daha sık tesadüf edilmektedir. Hafif bir teşevvüşten sonra bu müessiselerin işlemesine alışılır ve aradan çok geçmeden bunlar muhitin malı olurlar. Geniş bir medeniyet kadrosu içinde yaşamağa mecbur olan millî muhitler bu medeniyete uymak mecburiyetindedirler. Zira ancak bu takdirde kendi inkişaflarını temin edebilirler. Millî muhitin idealinin tahakkukuna hâdim tedbirlerden ibaret olan bu gibi müessiseler hukukun tekniği olan siyasetin istikbali tetkik ederek temin etmek vazifesile mükellef olduğu terakkinin birer unsurudur.

İdare edenlerin bu vazifesi hukuku tahkiki yolunda nazariyecilerin içtihadı derecesinde nazik ve ehemmiyetlidir. Zaten bu gibi müessiseler tekâmül kanununun tatbikine bağlanmaktadır.

İçtimaî tekâmül kanunu üç unsurdan mürekkeptir. Mazî, Halihazır, İstikbale teveccüh.

Bu kanun ölüm ve doğum tabii hadiselerile «Georges sorelin» «şiddete müteallik düşünceler» adlı eserine izah ettiği «şiddet» kanununa bağlıdır.

Uzvî teşekkülü itibarile hayatı mahdut olan insan ister istemez ölecektir. Eğer buna mukabil doğum olmasaydı insanlardan ve cemiyet hayatından bahsetmek mümkün olamazdı. Bir çok mütefekkirler tarafından tekrar edildiği gibi, cemiyette münakale zincirinin bir halkasını kıran ölüm ile, halkayı tekrar zincire geçiren doğum hadisesi durmadan tekrarlanmaktadır. Yer yüzünde insanların sayısının gittikçe artmakta olması müşahedesi, ölümden ziyade doğumun mevcudiyetini göstermektedir.

Her cemiyette müşahede ettiğimiz bu hadise yanında insanların biri birlerile münasebetleerinin artması ve yayılması dolayısile, cemiyetlerin saha itibarile genişlediğini de görüyoruz. İçtimaî hayatın doğurduğu düsturlara göre kurulmuş olan nizam, çoğalma ve genişleme yolunda seyrini takip eden cemiyetlerde artık yeni münasebetlerin meydana getirdiği vaziyetlere uyamamaktadır. Bu vaziyetler kendilerine uygun düsturlara dayanan bir nizam istemektedir. İçtimaî hayatın zarurî kıldığı bu nizam kuruluncaya kadar cemiyet içinde bizzarure husule gelecek huzursuzluk, bir kısım insanları bu nizamı kurmağa sevk eder. Her hangi bir tahavvül ancak mazî üzerine işlenmiş bir değişiklik olabileceğinden, bir tarafta mevcut nizamı koruyanlarla diğer tarafta bu zamanı geçmiş nizam yerine zamana uygun nizamı kuranlar arasında bir mücadele belirir. Eski nizamı koruyanlar ihtiyarlayup öldükce doğum hadisesinin tesirile yeni nizamı koruyanların sayısı artar. Lâkin, olüm doğum hadiselerinin arası kesilmeksizin işlemesi dolayısile, içtimaî münasebetlerin durmayan seyri eski nizam yerine kurulmuş olan nizamı da zamana uymaz bir hale getirir. İçtimaı hayat,

99

yeni gelen nesilleri de bu nizam üzerinde değişiklikler yapmak zaruretinde bırakır. Bu suretle, içtimaî hayatın her hangi bir ânında mazîye çeken, mazî üzerinde işlenerek husule getirilmiş tahavvüllerle halihazırı muhafazaya çalışan ve hali değiştirmeğe cehdeden üç unsurdan mürekkep içtimaî tekâmül kanununun durmadan işlediğini müşahede edebiliriz.

Bu üç unsur içinde muhafazakârların uhdesine terettüp eden vazife en ağır, fakat ağır olduğu kadar da ehemmiyetli olanıdır. Muhafazakârlar içtimaî nizamı, bir taraftan, maziye çekenlere, diğer taraftan da yeni nesillerin her şeyi değiştirmek temayüllerine karşı korumak iztirarındadırlar. İşte bunun içindirki, muhafazakârlar içtimaî vazifelerini iyi ifa etmek isterlerse, yeni nesillerin temayüllerine mütemerridane bir set çekmekten ziyade o temayüllere salim bir mecra açmağa çalışmalıdırlar. Şayet bu yolda hareket etmiyecek olurlarsa, cemiyet hayatının seyriyle meydana gelmesi tabiî olan bu vaziyetlerde karışıklık olur ve doğum hadisesile gittikçe artan yeni nesillerin kuvveti cemiyet hayatının istediği yeni nizamın teessüsüne karşı muhafazakârların dikecekleri manialarının kuvveti derecesinde bir şiddetle o maniaları yıkar.

Diğer taraftan, eğer muhafazakârlar yeni nesillerin her şeyi değiştirmek hulyalarına makul bir surette mani olmıyacak olurlarsa, hesabsız bir tahavvülün meydana getirebileceği karışıklık cemiyet için vahim olur. Tekâmül kanununun bu seyrine göre, ananeciler yerine muhafazakârların geçmesi ve yeni nesillerin meydana getirdikleri nizamın muhafızı olmaları, onların yerine de yeni bir nizam isteğile daha genç nesillerin kaim olmaları ve sanki kurumaz kaynaktan fışkıran ırmak, sınırı dolanarak ebediyete karışıyormuş gibi, bu teselsülün durmadan devamı, cemiyet hayatının tekâmülünü meydana getiren en ehemmiyeli içtimaî bir hadisedir.

Tabiî ilimler hadiselerinde olduğu gibi içtimaî vakıalarda gördüğümüz şey şudur: Tekâmül tam olunca az çok bir şiddet neticesinde bir tahavvül husul bulur. Meselâ, Georges Sorelin dediği gibi, yirmi iki gün tavuğun harareti altında kalan yumurtanın içinde husule gelen tekâmül tam olunca civciv yumurta kabuğu üzerinde bir şiddet yaparak meydana çıkar. Çocuk 9 ay anasının karnında bir tekâmül devresi geçirdikten sonra bir şiddet neticesinde dünyaya gelir. İçtimaî hayatta da tahavvüllerin az veya çok bir şiddetle husul bulduğunu görüyoruz. Münasebetlerin genişlemesi ve incelmesi dolayısile zarurî olan değişiklik yolunda tekâmül tam olunca bu değişiklik, mazinin ve hali hazırın dikecekleri engeller nisbetinde az veya çok bir şiddetle husul bulur. İhtilâlsiz değişiklikler hafif, ihtilâlli olanlar da serbest bir şiddetle husul bulmaktadır. İçtimaî hayatın bizzarure istilzam ettiği tahavvüllere uygun temayülleri ehemmiyetle hesaba katarak istikbale doğru salim bir yol açmak, her hangi bir zamanda, mevcut nizamı korumak vazifesile mükellef olanların uhdelerine terettüp

eden bir vazife olduğu bu suretle ayân olur.

Başlıca unsurlarile işleyişini kısaca gösterdiğimiz tekâmül kanununun, içtimaî her tedkikte hesaba katılması zarurî görünmektedir. Zaten bu kanun içtimaî terakkiye şart teşkil etmektedir.

Cemiyeti, hukuku, devleti, içtimaî vakıalara dayanan bu yeni görüşlerle tetkik edecek olursak tabiî hukuk nazariyelerine kaçmıyarak ve sırf temamiyet nazariyesine bağlı içtimaî hukuk kadrosu içinde kalarak, hukukun idealden mahrum olmadığını görürüz.

Biraz evvel hukukun istikbale müteveccih içtimaî temayyüllerile yakından alâkadar olduğundan ve idare edenlerin ilk bakışta hukuka aykırı gibi görünen fakat bu idealin tahakkukuna mâtuf olan bazı müessiseleri meydana getirmek vecibesinden bahsetmiştik. Lâkin her hangi bir cemiyetin ideali, hakiki bir ideal olmak için, o cemiyetin üzerinde mündemiç kâin bir kuvvet olarak mevcut olmalıdır.

Türk Camiasının içtimaî tesanüt rabıtalarile sıkı bağlı bulunduğu beynelmilel medeniyet muhitinin temamiyetini temin eden kıymetli bir sulh ve nizam unsuru olarak tayin etmek yolunda kendi millî muhitinde başardığı ve başaracağı inkilâpları hukuk ilmi yolile de izah etmemeğe imkân yoktur.

993

No: 92

İdare Tekniği [*]

Konferans veren: *Suheyp Nizami DERBİL*
Ankara Hukuk Fakültesi Profesörü

Sayın Dinleyicilerim,

Bu günkü toplantımızı tertip eden «Hukuk İlmini Yayma Kurumuna» teşekkürle söze başlamak isterim. Kurum üç yıldır gerek türk, gerek yabancı bir çok tanınmış hukukçuları bu çatı altında konferanslar vermeğe davet ve bu toplantıları tertib ve temin etmekle türk hukukiyatına ve türk gençliğine çok değerli ve sürekli hizmetlerde buludmuşdur. Tam bir intizam ve feragatle çalışan arkadaşları ve bilhassa Kurumun yorulmak bilmez başkanını saygı ile kutlularım.

Verilen konferansların küçük, küçük; küçük olduğu kadar güzel ve değerli broşürler halinde basılması ayrıca hukuk edebiyatımızın zenginlemesine de hizmet etmektedir.

Kurumun bu yararlıklarını ve başarılarını saygı ile andıktan sonra mevzuuma giriyorum.

İdare tekniği!

İlk bakışda mevzuum, hukuka yabancı gibi görünüyor. Hukuku kanun ve nizamname metinlerile müradif addedenler için «İdare tekniği» mevzuu şüphesizki «Hukuk» mevzuunun dışında kalır ve «Hukuk İlmini Yayma Kurumu» nun tertib ettiği konferanslar arasında yer bulamaz.

Ancak, hukuku metin tetkik ve tahlilinden, metin şerhinden, metinler arasında ahenk araştırmaktan, ve nihayet metinleri tasnif ve terkibden ibaret sanmak çok yanlış olur. Hukuk, idare edenler ve adalet tevzi edenler tarafından *tatbik edilen* kaidelerdir.

Millî hayata, içtimaî hayata, umumî hayata müessir olan âmil, hukuk tatbikatıdır, yoksa resmî gazetelerin yapraklarına basılı kanun ve nizamname metinleri doğrudan doğruya hayata tesir edemez.

Hayata tesir eden metnin kendisi değil metinde yazılı hükümlerin tatbik şekil ve tarzı olduğuna göre «teknik» unsurunun bir memleketin hukukiyatında ne mühim bir rol oynadığı kolayca meydana çıkar.

[*] Bu konferans 29-1-938 de Ankara Halkevinde verilmiştir.

944

Kanun vardırki bazı vilâyetlerde iyi neticeler verir, bazı vilayetlerde ise kötü neticeler tevlit eder. Çok kerre bu şöyle bir sebebe dayanır. Bazı vilâyetlerde iyi tatbik edilebilmiştir, bazı vilâyetlerde iyi tatbik edilememiştir.

Halk tarafından duyulan, görülen, halka zarar veya faide veren, halkı tatmin veya şikâyete sevkeden şey kanunların metinleri değil tatbik tarzları olunca hukukî tekniğin ne büyük bir millî ve hayatî ehemmiyeti haiz olduğu tebarüz eder.

İstediğimiz kadar iyi kanunlar yapalım, iyi hükümler koyalım, iyi tatbik etmedikçe, iyi tatbik edemedikçe iyi netice almak imkânı yoktur.

Bir çok ufak, tefek kusurları, hatta çok eskimiş olması dolayısile gülünç tarafları bile olan bir metin, teknik tatbik kabiliyeti yüksek olan anlayışlı bir idareci tarafından iyi neticeler verecek şekilde tatbik edilebilir.

Sosyal hayat-böylece-kanun metninin kusurlarından zarar görmez.

Yalnız bu haller, hukuk bakımından «İdare tekniği» üzerinde duraklamanın ne kadar gerekli olduğunu göstermeğe kâfidir:

Hukuk Tarihine bir göz gezdirecek olursak görürüzki:

İdare hukukunun teessüs ve inkişafına iki kaygı hâkim olmuşdur: biri Hüriyet kaygısı, öbürü de adâlet kaygısı.

İstibdat olmasın, haksızlık olmasın diye bir çok şekiller, merasimler ihdas edilmiştir.

Eskiler mutlak bir hüriyet ve mutlak bir adalet kuruntusuna kapılmışlar; bunları mevcut farz ve kabul etmişlerdi.

Sosyal hayatta hüriyetin ancak mahdut ve mukayyet olabileceğini, adaletin ancak nisbî ve sübjektif bulunabileceğini kavrayamamışlardı. Bu anlaşılınca sıkıntı ve aksülâmeller başladı.

Hukuku idarede eski vahi kayıgar yerine «faide» kaygısının ikame edilmesi hukukî inkilâbın en mühim âmili oldu. Ele alındı.

Halledilmiş sayılan mes'eleler tekrar ele alındı, mütearife addedilen kaziyelerin doğruluklarından şüphe edilmeğe başlandı. Görüldü ve anlaşıldı ki nasıl askere alınan Mehmetcik, iyi bir kolordu komandanı, iyi bir fıkra kumandanına düşmekten ziyade iyi bir onbaşıya, iyi bir Asteğmene düşmek isteyorsa, halk da iyi bir Parlâmento, iyi bir Meclis umumiden ziyade iyi bir mal memuru, iyi bir tapu kâtibi istiyor.

Halkı bu arzu ve temayülünü tatmin ile halkı memnun edebilmek için çareler arandı.

Umumî harb milletleri yoksul düşürmüşdü; insanca çok telefat

995

verilmişdi. İhtiyaçlar çoğalmış, ihtiyaçları karşılayacak vasıtalar azalmışdı. Az insanla, az para ile çok iş başarmak gerekiyordu. İdare işleri baş döndürücü bir sür'atle genişliyor, çoğalıyor, artıyor, bu işleri başaracak vasıtalar mahdut ve kifayetsiz kalıyordu.

*
* *

Hususî teşebbüs sahasında, bilhassa endüstride böyle bir sıkıntı baş göstermişdi.

Herbert Hoover isminde bir Amerikalı Mühendis 17 Mühendis arkadaşile birlikte Amerikan endüstrisinin 6 şubesinde, madencilik, dokumacılık, inşaatcılık, ayakkabıcılık, matbaacılık ve hazır Elbisecilik şubelerinde iki ay kadar tetkikler yapmış ve bu altı endüstri şubesinde *yılda 15 milyar* dolarlık israf yapıldığını isbat eden bir eser neşretmişdi.

1921 de «Vaste'in industry» «endüstride israf» başlığı altında çıkan bu eser yalnız yapılan israfları göstermekle kalmıyor, israfı önlemek yollarını da gösteriyordu. Eser pek büyük bir alâka ve heyecan uyandırdı. İleri sürdüğü fikirleri tatbik ettirmek üzere Hooveri heman ticaret nazırı yapdılar.

Hoover ticaret nezaretinde Standardlaştırma bürosu ile bu büroya bağlı «sadeleşdirme» şubesi açdı.

Büro Dr. Börgesin idaresi ve Hoover'in nezareti altında dört sene çalışdı. Yalnız sadeleştirme şubesi dört sene içinde 43 kalem eşyadan 36 sını sadeleştirmek yolunu bulmuşdu. Meselâ bu şube açılmazdan önce Amerikada 40 çeşit tuğla varmış, bunun 39 çeşidi kaldırılmış, yalnız bir çeşidi bırakılmıştır. Buna benzer sadeleştirmelerle senevî 300 milyon dolarlık bir tasarruf elde edildiği hesab olunmuşdur.

Ticaret nezaretindeki bu başarıları sayesinde mühendis Hoover'in Amerika Reisi Cumhurluğuna kadar yükseldiğini biliyoruz.

Hoover'in kitabını çıkardığı 1921 tarihi rationalisation'un doğum tarihi sayılabilir.

Hoover'in açdığı bu rationalisation hareketi ilk önce en müsait bir zemin teşkil ettiği için Almanyaya sıçramış ve bütün medeniyet âlemine yayılmış bulunmaktadır.

Bir çok âlimler ve mütefekkirler endüstrideki bu inkilâbı, buharın keşfinden, elektiriğin icadından daha mühim bir inkilâb olduğunu ileri sürüyorlar.

Bu büyük endüstri inkilâbı, rationalisation [1] hareketi İdare Hukuku sahasına da tesir etmişdir.

Herkes şöyle düşünmeğe başlamıştır: müterakki ve mütekâmil

[1] Türkçemizde buna "uslaştırma„ deyebiliriz. Bu kelimenin kökü lâtince ratiodır, akıl, us manasınadır. Uslaştırma rationalisation'un tam karşılığı sayılabilir.

996

sandığımız fabrikalarda bile dünya kadar israf varmış, akıntıya kürek çekiliyormuş, iğne ile kuyu kazılıyormuş, bunlar düzeltilince rationel bir hale getirilince maliyet indi, ucuzluk, ferahlık, rahatlık devresi açıldı. Acaba idari teşebbüslerdeki namütenahi israfları önlemek, idare mekanizmasını da rationel hale getirerek ferahlık, ucuzluk, kolaylık temin etmek lâzım değilmi?

Bu suale, göreneklere bağlı bir takım idareciler: «hayır, endüstri ile resmî idare bir birine benzemez, benzeyemez. Hedefler ayrıdır: birinde hedef hususî menfaat, öbüründe âmme menfaatıdır; birinde hedef kârdır, öbüründe hizmetdir. Resmî memurla, hususî teşebbüslerde çalışanların zihniyetleri ayrıdır. Resmî memur hiç bir muamelesinde doğruluğundan, dürüstlüğünden şüphe edilmesine tahammül edemez; açık hesabdan hoşlanır, manevre bilmez. Hususî teşebbüsleri idare edenlerin kaygısı safî kâr temin etmek, safî kârı artırmaktan ibarettir. Bilirki sermayedarlara iyi bir kâr temin ederse kendisinden yapdığı muameleler hakkında kimse uzun boylu hesab soramaz ve ilâh... bu ayrılıklar, bu benzeyişsizlikler dolayısile idari teşkilât, hususî endüstri teşkilâtı gibi çalışamaz; aynı prensiplere tâbi tutualmaz. Dediler.

Bu menfi cevab üzerine ilk aksülâmel bir takım idarî teşebbüslerin hususî teşebbüs haline ifrağı şeklinde tecelli etti. Memleketimizde Sümerbankı, bu aksülâmelin ifadesi olarak telâkki edebiliriz. Sümerbank, Etibank, Ziraat Bankası, Emlâk ve Eytam Bankası, Denizbank vesaire hep aynı fikir ifadeleridir.

Böylece hususileştirilen resmî işler daha iyi yürümeğe, eskiden randıman vermezken kâr temin etmeğe, Devlete gelir getirmeğe başlayınca idareciler ve hukukcular telâş ve endişe etmeğe başladılar.

Bir çok hukuk İdare Hooverleri, Börgesleri türedi. Bu gibi Hoverlerin Börgeslerin hepisini tanımıyorum. Bir kısmı esasen kendisini tanıtmıyorlar, resmî hey'etler halinde çalışıyorlar. Amsterdamda memurlardan ve mühendislerden mürekkeb olmak üzere çalışan böyle bir resmî hey'et amsterdam Belediye İdaresinde bir çok tasarruflar temin etmiş, ezcümle Su işletme idaresinde memur adedini % 10 a indirmek şartiyle dağıtılan su miktarını % 10 nisbetinde çoğaltmanın yolunu bulmuş.

Polonya Üniversitesi Hukuk idare Profesörü Bay Tadeuz Hilarovicz den Portekiz Dahiliye Vekâleti Siyasî ve Mülkî idare Umum Müdürü Dr. Martino Simoese gelinceye kadar yalnız Avrupa kıt'asında beliren idarî uslaştırma bainlerini kısaca gözden geçirmeğe bile vaktimiz müsait değil.

Yalnız bir kaç tanesine işaret etmekle geçmek zaruretindeyim.

İlk önce yakında Türkce tercümesi neşredilecek olan, Organisation Techni uedel' Etat Devletin Teknik Organizasyonu başlıklı eseri zikretmek isterim. Bu Poitier Hukuk Fakültesi Profesörlerinden Dubois-Richarda' ın 1930 da bastırdığı 330 sahifelik çok kıymetli bir eserdir. Siyasî Devletin Teknik. Devlet haline inkilâb etmesi lüzumunu ileri sürüyor. İnkilâbcı bir müellif... Meselâ: İdarî alış verişlerde artırma veya eksiltme ilânlarını ve ihale merasimlerini, satın alma komisyonlarını kaldırmak, idare âmirlerine hiç bir merasime tabi olmadan satın almak ve satmak salâhiyetinin verilmesine tarafdardır. Busalâhiyete karşılık mes'uliyet de yükleyor. Âmir pahalı almışsa veya ucuz satmışsa bu işden çekilecek kendisine:

«Bu işi kötü yapmışsın. Bu kötülüğü ya bilgisizlik, beceriksizlik, yüzünden veya süiniyetle yapmışsın. Bu ciheti şimdi araştırmağa vaktımız yok. Ancak bu işin başına bir ehliyetlisini getirmek zaruretindeyiz.» Denilecek. İdarî alış verişte aldandığı takdirde satın alma merasimini en ufak teferruatına kadar aynen ve harfiyen gözetmiş olması, muamelede şekil itibariyle tam ve mükemmel bir düzgünlük bulunması memuru kurtaramıyacak.

Eserde yerleşmiş, kökleşmiş, doğruluğu su götürmez fikirleri baltalayan, mütearife sayılan bir çok hukukî esasların çürüklüğünü, yanlışlıklarını gösteren canlı parçaları buraya nakletmek imkânsızlığı ile müteellim, yakında türkçesinin çıkaçağını düşünmekle müteselli olarak geçiyorum.

Bu çığırda yazılmış eserlerden sonuncu olarak elime geçeni La Reformede l'Elat «Devlet Reformü» başlıklı büyük bir kitab oldu.[1]

Belçikalılar Devlet Reformu mes'elesini tetkik için 1936 da bir cemiyet kurmuşlar, bu cemiyete bir çok profesörler, eski vekiller girmiş. Bunlar:

1. — İcraî teşkilât;
2. — Teşrii teşkilât;
3. — Şûrayı Devlet gibi istişari teşekküller;
4. — Matbuat;
5. — Devlet structuru;
6. — Hususî ve mahallî idareler;
7. — Adilî teşkilât;
8. — İntihabat işlerini tetkik ve ıslah yollarını araştırmak için ayrı, ayrı sekiz komisyon halinde işe koyulmuşlar, her hafta toplanmışlar, bir seneye yakın bir müddet metodik bir surette çalışdıktan sonra vardıkları neticeleri gösteren bu büyük eseri neşretmişlerdir.

Eser Belçika. Baş Vekilinin 18-Eylûl-1937 tarihli takdirkâr bir

[1] 1937 Librairie da Recueil Sirey.

998

mektubunu da ihtiva ettiğine göre iki üç ay evvel basılmışa benziyor. Eseri hazırlıyanlar Belçika teşkilâtı esasiyesinde bir değişiklik yapmak taraflısı olmamışlardır.

Fakat hükûmet işlerinin vekâletler arasında taksimi tarzından başlayarak en küçük belediye teşkilâtına kadar yapılması kabil ve Belçika için faideli olacak ıslahatı açıkca ortaya koymuşlardır.

Meselâ: Belçikada - bizde olduğu gibi - bir İktisat Vekâleti, bir de ayrıca Ziraat Vekâleti varmış. Eserde bu iki vekâletin birleştirilmesi teklif ediliyor. Endüstri ve dahili ticaret işlerini ziraat işlerinden ayırmak doğru değildir; mantıksızdır deniliyor.

Belçikada bir Nafia Vekâleti, ayrıca bir Nakliyat Vekâleti ve nihayet bir de Posta ve Telgraf Vekâleti varmış. Bu üç Vekâleti bir araya toplamak ve vekâletlerin adedini böylece 12 ye indirmek teklif ediliyor.

649 sahifelik bu muazzam eserin burada hülâsasını yapacak değilim. Yalnız kaillerinin sözlerini sakınmadıklarını, fikirlerini açık, açık bildirdiklerini göstermek isterim.

Bu iki eser arasında bir ortancasını da zikretmek istiyorum. Bunun da başlığı „Refoume de l'Etat" dır; 1934 de neşrolunmuşdur. Bordo Ünüversitesi Hukuk İdare Profesörü Roger Bonnard'ın güzel bir mukaddemesile başlıyor. Rousseau, yine Hukuk İdare Profesörü Waline. Ekonomi Profesörü Gaston Leduc, Paul de La Pradelle, Haury Delpech gibi tanınmış imzaları taşıyor. Bir çok değerli kimselerin el birliği ile çalışarak vücude getirdikleri kıymetli bir eser... bilhassa de la Pradelle'nin sentetik biblografisi uzun ve ince bir tetkik mahsulü görülüyor.

Müsaade ederseniz eski Fransız Baş Vekili Leon Blomün «La reforme gouvernenantale» başlıklı eserini de zikretmek isterim. Çok istifade ve hatta ibretle okunacak parçaları var. Kabine değişikliklerinde halef, selef olan Vekiller arasında Vekâlet işlerinin nasıl devredildiğini anlatan satırlar cidden ibret vericidir. Çekilen vekilin kaygısı halefine cari işler hakkında malûmat vermek değilmiş, sadece gözleri, kartoniyerleri boşaltmak, dosyaları toplamak ve halefine hiç bir ip ucu bırakmamak imiş. Servislerin devri Müdürleri takdim etmekten ve bir çeyrek saat kadar baş başa kalmaktan ibaretmiş. Bu bir çeyrek saat zarfında havaiyattan bahsedilir, carî işlerin hiç lakırdısı edilmez, ancak Vekâlette kayırılması istenen biri bırakılıyorsa onun himayesi rica edilirmiş.

İdare tekniğini düzeltmek, rationel bir hale getirmek için yazılmış eserlerin çoğunda müşterek bir vasıf göze çarpıyor. Bu eserler bir tek şahıs tarafından değil bir çok kimselerin el birliği ile çalışa-

rak vücude getirilmişdir. Bu da gösteriyorki idarî uslaştırma işi münferit şahıslar tarafından başarılacak işlerden değildir.

Muhtelif Memleketlerde bu maksatla bir takım teşekküller vücude getirilmiştir. Meselâ: Berlinde «Deutches İnstitut für Wirtchaftliches Arbeitin der öffentlichen vervaltung» «idarede mesainin Ekonomik teşkilâtlandırma Enstitüsü» kurulmuşdur. 1930 dan beri çalışan bu Enstitünün eksper müşavirleri, idarî yenilikleri takib eden istihbarat bürosu, örnek sergileri (modern idare büroları, makineler, büro levazımı vesairenin en mükemmel şekillerini teşhir etmek üzere), idare tekniği hakkında kursları, projeksiyonları ve mevkuf mecmuası var. Bu enstitünün neşriyatı bugün zengin bir kütüphane teşkil etmektedir. Enstitü idare tekniğini de bir çok ihtisas şubelerine ayırmış bulunmaktadır.

İsviçrede rationalisation Cemiyeti resmî memurlar için kurslar açmıştır. Çekoslovakyada ilmî teşkilâtlanma komitesi idarî uslaştırma komisyonu teşkil etmişdir ve ilâh . . .

Bizim de idare tekniğimizi durmadan ileriletmek, yalnız ilerletmek değil eski devirlerde duraklamalarımızı telâfi etmek, bu işde de medeniyet dünyasile atbaşı bir gitmek zaruretinde olduğumuzu bilmem söylemeğe lüzum varmı?

Bu muazzam işi kimler deruhde etmeli? Bana kalırsa bu vazife münevver gençliğimize tereddüp etmektedir. Yalnız hukukcular, idareciler değil icabında mühendisler, hatta tabibler el birliği ile çalışarak memleketin ihtiyaçlarına ve imkânlarına göre idare tekniğimizi mütemadi bir tekâmüle eriştirmeği vazife bilmelidir.

Tasarruf ve rationalisation, idarî uslaştırma yalnız bütçe varidat ve masrafları bakımından değil gerek memurların gerekse resmî dairelerde işi olanların sarf ettikleri emek ve zaman bakımından da incelenmelidir.

Babasından miras kalan gayri menkulün tapu kaydını yürütmek için bir vatandaş iki ay uğraşırsa yalnız hazineye giren veraset vergisi vermiş değildir, iki aylık emek ve üzüntü vergisi de vermiş demekdir. Ancak iki aylık emek ve üzüntü vergileri millî ekonomi bakımından tamamen zayi olmuştur. İşi günü gününe yapılmak şartile, veraset vergisini — belki de — iki misli olarak vermeği tercih ederdi.

Tapu ve nüfus kaydı işlerini rationel hale getirirsek veraset vergisini yarı yarıya indirmiş kadar mükellefleri hafifletmiş, memnun etmiş olacağız.

Bizde asıl üzerinde durulacak, işlenecek mevzu mükelleflerin emek, vakit, küffet şeklinde sarf ettikleri halde topluluk ve memle-

1000

ket için hiç bir faidesi olmadan heba olan büyük servetlerdir.

Eski devirde resmî mektublarda türkce kelime kullanmaktan kabil olduğu kadar sakınılırdı. Resmî dosyaların uzun, çetrefil ibareleri arasında iki türkçe kelime göze çarpardı: biri «kesdirilmediği» kelimesi, ikincisi de «sızıltı» kelimesi.

Memur bir iş sahibinin müracaatı karşısında yapacağı muameleyi kestiremediği için bir müzekkere ile âmirine danışır, âmiri kestiremediği için arize ile Kaymakamlık makamına danışır. Kaymakam kestiremez mutasarrıfa yazar, mutasarrıf kestiremez valiye yazar, vali kestiremez hükûmete arz eder. Cevab gelmez, tekitler başlar, tekit üzerine iş hakkında mütemmim tafsilât istenir, günler, haftalar, aylar geçer, iş sahibi sızlanır durur. Nihayet sızıltıya meydan verilmemesini bildirerek mübhem bir cevap alınırdı.

En büyük kötülük memurun yapacağı işi iyi bilmemesinden, iş sahibine müsbet menfi bir cevap vermemesinden, işi kat'î bir neticeye bağlayamamasından ileri gelir.

Baş Vekil Bay Celâl Bayarın geçen ayın 8 inde irat ettiği program nutkundaki şu sözleri mes'elenin en canlı noktasına temas etmektedir. Baş Vekil diyorki:

«İleri İdare tekniği, salâhiyet ve mes'uliyeti elele vermektir; işleri» «kısa bir zamanda kat'î neticeye bağlamaktır. Kırtasiyecilik asla esas ve gaye» değildir.

«Türkiye Cumhuriyeti memurlarının istisnasız, hepsinin bu vasıflarla» «ve bu zihniyetle vazifelerine sarılmalarını isteyeceğiz.»

Hiç şüphe etmiyorumki münevver memurlarımız İdare tekniğini ileriletmeği kendilerine iş edinirlerse ve el birliiğile çalışırlarsa çok yüksek neticeler alacaktır.

Bütün medeniyet dünyasının takdir ve hayranlığını kazanan büyük inkılâbımızın İdare tekniği cephesinden de cihanşumûl bir örnek olmasına hiç bir engel göremiyorum.

100/

1002

Adliye Ceridesine abone kaydı ve sair kitapların sipariş şartları

I — Kitap almak isteyenler kitabın bedelini bulundukları yer mal sandığına yatıracaklar ve para karşılığına alacakları hasılatı müteferrika makbuzunu oturdukları yerin C. Müddeiumumiliğine teslim ile istedikleri kitabın adını ve açık adreslerini kayıt etdireceklerdir.

II — C. Müddeiumumiliği teslim aldığı makbuzu ve istenilen kitabın adı ile alıcının açık adresini Adliye Bakanlığına gönderecektir.

III — Kitaplar yine C. Müddeiumumiliği vasıtasile ayrıca posta ücreti talep edilmeksizin Bakanlık Neşriyat Müdürlüğünden alıcının göstermiş olduğu adrese gönderilecektir.

IV — 938 yılından evvelki yıllara ait Adliye Ceridesinin hiç mevcudu kalmamıştır. Bu münasebetle geçmiş yıllar için Adliye Ceridesine abone kaydı dileği kabul edilemez.

V — 938 ve müteakip yıllar içerisinde çıkacak olan Adliye Ceridesine abone kaydı için de birinci ve ikinci maddede yazılı şekil tatbik olunur.

VI — Yeni neşriyat Adliye Ceridesi kapağında muntazaman gösterilecektir.

1007

Adliye Ceridesi

Perakende satışı 30, yıllık abonesi 300 kuruşdur.

Adliye Bakanlığı tarafından bastırılıp mevcudu bulunan kitapların isimlerile bedelleri aşağıda, tedariki yolu da kapağın içinde gösterilmiştir.

	Kuruş
Ceza Muhakemeleri U. kanunu	125
„ „ „ „ kalem talimatı	50
Ceza Muhakemeleri „ „ alfabetik fihristi	75
Tadillerinden sonra Ceza M. U. Kanunu üzerinde bazı izahlar	50
Ceza Muhakemeleri usulü kanunu esbabı mucibesi	50
İngiliz ceza usulü	75
Meşhut suçlar kanunu	15
Şahitlik ve şahidin psikolojisi	30
Deniz ticareti kanunu	50
Kanunu medenî (eski harflerle)	100
„ „ tatbikatı kanunu	35
Yeni hâkimler kanunu	100
Hukuku esasiyede yeni temayüller	75

	Kuruş
Ceza K. üzerinde bir inceleme	75
1 - 149 Adliye ceridesi fihristi	100
Bağlamlar kanunu şerhi (H.Oser)	150
Maliye ilmi	100
Velâyet Vesayet talimatı	50
930-934 temyiz ticaret H. umumiyesi kararları	150
935 yılı temyiz hukuk kararları	125
935 yılı temyiz ceza kararları	125
Orman işleri (Hususî kanunlar ve cezaları)	75
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden mercîler üzerinde mülâhazalar	40
Devletler umumî Hukuku cilt 1	230
„ „ „ „ 2	150
Hukuk Mahkemesinde Hak Nasıl Müdafaa edilir.	60

1004