

**TÜRK HUKUK TARİHİ  
ARAŞTIRMALARI**

**Journal of Turkish Legal History**

**ISSN: 1306-6889**

# Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Journal of Turkish Legal History

Sayı 31-32, 2021 (Bahar-Güz)

<b>Sahibi ve Yazı İşleri Müdürü</b>	Fethi Gedikli (İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü)
<b>Kurucular</b>	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mustafa Şentop, Mürteza Bedir
<b>Yayın Kurulu</b>	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mürteza Bedir, Sami Erdem, Ayhan Ceylan, Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu
<b>Danışma Kurulu</b>	İdris Bostan (İstanbul Ü.), Feridun Emecen (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Mehmet İpşirli (İstanbul Medipol Üni.), İsmail E. Erünsal (İstanbul 29 Mayıs Üni.), M. Emin Artuk (İstanbul Medipol Üni.), İbrahim Kâfi Dönmez (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Kemal Beydilli (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Engin Deniz Akarlı (İstanbul Şehir Üni.), Sevgi Gül Akyılmaz (Ankara Hacı Bayram Veli Üni.), Mustafa Avcı (Ankara Sosyal Bilimler Üni.), Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üni.), Nevin Ünal Özkorkut (Ankara Üni.)
<b>Editör</b>	Fethi Gedikli
<b>Yardımcı Editör</b>	Ali Adem Yörük - Abdullah İslamoğlu
<b>Sekreterlik</b>	Furkan Şahan - Rıdvan Abdurrahman Demirtaş
<b>Baskı</b>	Özlem Matbaacılık ve Reklamcılık Ltd. Şti. Litros Yolu 2. Matbaacılar Sit. A Blok No: 1BA11 Topkapı/İstanbul www.ozlemmatbaa.com.tr (Sertifika No: 45257)
<b>Baskı Tarihi</b>	Aralık 2021

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları yılda iki sayı yayımlanan hakemli bir dergidir.  
Dergide yer alan yazıların ilmî ve fikrî sorumluluğu yazarlarına aittir.

## Yönetim

İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal  
Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi  
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Merkez Bina  
Oda 58 Beyazıt/İstanbul/Türkiye  
e-posta: hukuktarihimerkezi@istanbul.edu.tr

Bu sayı Bahçelievler Belediyesi'nin katkılarıyla basılmıştır.  
Belediye Başkanı Dr. Hakan Bahadır'a teşekkür ederiz.

# Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Sayı 31-32 • 2021 (Bahar-Güz)

## İçindekiler

Sebülürreşâd Dergisi'nin Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluş Sürecinde Batılılaşma ve Laiklik Düşüncesine Yaklaşımı <i>Nevin Ünal Özkorkut</i>	5
On Sekizinci Yüzyılda Kuzey Ege Adalarında Mala Tasarruf Hakkına İlişkin Bazı İhtilaflar <i>Osman Safa Bursalı</i>	41
<i>Belgeler/Notlar</i>	
Mekteb-i Kuzât İmtihanları Üzerine Bir Değerlendirme <i>Mustafa Çakıcı-Haluk Perk</i>	65
Reform Sürecinde Kadı Âdâbına Dair Bir Risale: İskilipli Müftî ve Müderris Hacı Emin Efendi'nin <i>Tenvîrül-Ahkâm'ı</i> <i>Mustafa İnce-Rukiye Yiğit</i>	91
Bilinen İlk <i>Contrat Social</i> Tercümesi: Ahmed Midhat'ın <i>Mukavele-i İctimâiye'si</i> (1876) <i>Rıdvan Abdurrahman Demirtaş</i>	123
Ahmed Cevdet Paşa'nın <i>Muhtıra-ı Hususiye</i> Adlı Tezkire Defteri <i>İlhami Yurdakul</i>	163
Son Osmanlı Ceza Kanunnamesi'nde Iskat-ı Cenin <i>Mine Doğan</i>	177
Ahmed Esad Arsebük'ün <i>Hâkimlerin Hakk-ı Takdiri ve Hüsn-i Niyet</i> Adlı Risalesi <i>Serhan Yıldırım</i>	185
Charles Crozat'nın Vichy Fransasına Dair Öngörülleri: <i>Yeni Fransız Kanun-ı Esasîsi</i> Başlıklı Gazete Yazısı <i>Emre Partalçı</i>	223
Hukuk Reformu Metinleri 21: Ahmed Midhat'ın Tahkiyesiyle Şeriattan Muktebes Modern Avrupa Hukukunun Gelişimi ve Esasları (1876) <i>Ali Adem Yörük - Furkan Şahan</i>	245

Hukuk Reformu Metinleri 22: Abdurrahman Talat'ın Kaleminden 1274/1858 Tarihli Ceza Kanunu'nun Meşruiyeti Meselesi (Tazir-i Şer'î Mecmuası Olarak Ceza Kanunu, 1911) <i>Ali Adem Yörük-İbrahim Enes Onat</i>	257
Hukuk Reformu Metinleri 23: Hoca Emin Efendi'nin Gözünden Mekteb-i Fünûn-ı Mülkiye'nin İlk Yılları (1860) <i>Haz. Abdurrahman Nur</i>	285
Kanun-ı Esasîmize Göre Muahedât Akdi <i>Cemil Bilsel-haz. Rumeysa Ş. Demir</i>	291
Şahitlerin Tezkiyesiyle İlgili İki Eleştirel Metin (1917, 1922) <i>Haz. Melikşah Aydın-Yasin Yılmaz</i>	309
Hukuk-ı Ticaretin Tekevvünü (1923) <i>Mehmed Vehbi Sarıdal, haz. Yasin Yılmaz</i>	321
Şahsiyet-i Hukukiye Nazariyesi <i>Şevket Memedali Bilgişin, haz. Rıdvan Abdurrahman Demirtaş</i>	331
Yarım Kalmış Bir Sigorta Risalesi: Sigortalının Memâlik-i Osmaniyedeki Hal-i Sâbık ve Hâzır <i>Nazaret Haçaryan, haz. Kübra Kara</i>	347
Ankara Hukuk Mektebi'nin İlk Talebe Rehberi (1926) <i>Haz. Tugay Aydın</i>	355
<i>Kitabiyat</i>	
Tuba Yıldız, <i>Geleneğin Hukuku Osmanlı'nın Adaleti Dürzîler ve Mârûnîler</i> <i>Mehmet Çetinkaya</i>	409

## AHMED ESAD ARSEBÜK'ÜN HÂKİMLERİN HAKK-I TAKDİRİ VE HÜSN-İ NİYET ADLI RİSALESİ

Serhan Yıldırım\*

Medenî Hukuk Ordinaryüs Profesörü Ahmed Esad Arsebük'ün<sup>1</sup> (1884-1954), İstanbul Birinci Ticaret Mahkemesi reisi iken kaleme aldığı bu risale yazılış tarihi itibariyle önem taşımaktadır<sup>2</sup>. Eser, Batı menşeli kanunların iktibasından sonra neşredilmiştir. Cumhuriyet'in ilk yıllarında, İsviçre Medeni Kanunu (*Zivilgesetzbuch (ZGB)*) ile İsviçre Borçlar Kanunu'nun (*Obligationenrecht (OR)*)<sup>3</sup> iktibasından (1926) hemen sonra, 1927'de neşredilen bu eser, dönemin önemli hukukçularından Arsebük'ün, hukukî devrimlere ve şer'î hukuka bakış açısını yansıtmaktadır. Ayrıca eserin, iktibas edilen ZGB'nin elastik hükümlerine ilişkin olması önem teşkil etmektedir.

Eser iki bölümden müteşekkildir. Birinci kısımda hâkimlere verilen geniş takdir hakkı teorik ve pratik hukuk açısından ele alınmaktadır. Arsebük'e göre

---

Geliş/Received: 20.10.2020 \* Kabul/Accepted: 29.03.2021.

\* Araş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Bölümü doktora öğrencisi; e-posta: serhanyildirim@cu.edu.tr. Eserin mukabelesinde yardımlarını esirgemeyen değerli eşim Seda'ya ve tashihlerini paylaşan kıymetli hocam Dr. Öğr. Üyesi Ali Adem Yörük'e teşekkürlerimi sunarım.

<sup>1</sup> Hayatı ve eserleri için bkz. Necip Bilge, "Ord. Profesör A. Esat Arsebük'ün Hayatı ve Eserleri", (*Kaybettüğümüz Değerli Üstad Medenî Hukuk Ordinaryüs Profesörü) Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan*, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1958, s. 3-11.

<sup>2</sup> Ahmed Esad Arsebük, *Hâkimlerin Hakk-ı Takdiri ve Hüsn-i Niyet*, İstanbul, Akşam Matbaası, 1927. Eserin kapağındaki küçük bir dikkörtgen içerisinde "Yeni Kanunlarımızın Türk Hâkimlerine Bahşettiği Selâhiyet-i Vâsia Hudutları" notu yer almaktadır.

<sup>3</sup> Revize edilmiş haliyle ZGB ile birlikte 01.01.1912 tarihinde yürürlüğe giren OR ayrı bir kitap olarak değil ZGB'nin 5. kısmı içerisinde, kanun maddeleri 1'den başlamak suretiyle düzenlenmiştir. ZGB ve OR hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serhan Yıldırım, 19. Yy. *Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 97-110.

hâkimlere bahşedilen takdir hakkının kullanımı, keyfi ve temelsiz karar verme anlamına gelemmez. Arsebük bu hususu teorik bilgi ve somut örnekler vererek açıklamaktadır. Hâkimlerin takdir hakkı ve hüsn-i niyet konularının dönemin hukuk anlayışınca nasıl yorumlandığı hakkında önemli bilgilere yer vermektedir. Ayrıca müellif, 1926 tarihli Türk Kanun-ı Medenîsi ile sair muktebes kanunların ruhuna nüfuz edebilmek için, Mecelle mantığından kurtulmak gerektiğini telkin etmektedir. Bu tavsiye de söz konusu kanun metinlerinin zihniyet, usul, esas ve menba bakımından farklılık taşımalarına dayandırılmaktadır. Müellife göre, her ne kadar Mecelle ilga edilmiş olsa da bu durum hukuk kaidelerinin de ilga edildiği anlamına gelmemelidir. Örneğin Mecelle m. 2'deki "Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir." kaidesi mülga olamaz. Bununla birlikte müellif, hâkimlere verilen geniş takdir yetkisinin illetini muktebes Türk Kanun-ı Medenîsi'nin elastikî yapısına bağlamaktadır.

Eserde hâkimlerin takdir hakkı; ilgili kanun maddeleri, hakkın suistimali ve hüsn-i niyet esasları ile anlatılmaktadır. Hâkimlerin takdir hakkını kullanabileceği durumlar farazi olaylar üzerinden işlenmektedir. Pek tabii hâkim, huzuruna gelen hukukî bir ihtilafta hadiseye tatbik edilecek bir hüküm bulamadığı takdirde 1926 tarihli Türk Kanun-ı Medenîsi m.1/1 "Kanun lafzıyla veya ruhuyla temas ettiği bi'l-umûm meselelerde mer'îdir." hükmü gereğince hareket etmelidir. Yani hadiseye olduğu gibi tatbik edilebilecek bir hüküm mevcut ise, hâkim ilgili hükmü uygular. Ancak medeni hukuk alanında ortaya çıkabilecek hukukî olayların tamamı kanunun lafzıyla doğrudan örtüşmeyebilir. Bu durumda hâkim Türk Kanun-ı Medenîsi'nde kendisine bahşedilen yetkiyi kullanır. Şöyle ki hâkim kanunun lafzı ve ruhunu yorumlayarak hükmeder. Buradaki içtihat faaliyetinin sıhhatli olması hâkimlerin ilmî seviyesine bağlanmaktadır. Hâkimin doğrudan hüküm bulunmayan bir mesele hakkında kanunu yorumlarken hangi ölçütlere bağlı olacağı eserde açık bir dille işlenmektedir. Arsebük'e göre *Kanun* düzenlendiği dönemin zihniyetine bağlı olarak değerlendirilmemelidir. Şayet böyle yapılırsa *Kanun*'un esnek yapısı zedelenir ve dinamik veçhesi ortadan kalkar. Bu nedenle hâkim *Kanun*'un ruhuna nüfuz etmek istiyorsa sadece kanun koyucunun iradesini dikkate alarak hükmetmemelidir. Dolayısıyla bireyin toplumsal menfaati Türk Kanun-ı Medenîsi yorumlanırken daima göz önünde bulundurulmalıdır. Müellife göre Türk Kanun-ı Medenîsi milletin iradesinin tecellisinden başka bir şey değildir. Bu nedenle kanun koyucunun arzusundan başka, *Kanun*'un kendi müstakil bir şahsiyeti vardır ki bu da toplumun menfaatidir.

Arsebük'e göre, Türk Kanun-ı Medenîsi madde 1 fıkra 2 gereğince hâkimler, hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan olaylar karşısında iki kaynağa müracaat etmelidir. Bunlar örf ve âdet ile serbestî-i taharridir. Hâkimin hareket serbestisi, somut olaya tatbik edilecek örf ve âdette bir hüküm bulunmadığı durumda gündeme gelecektir. Şayet hâkim böyle bir durumla karşı karşıya kalırsa, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl hareket ederdi ise o şekilde karar vermelidir. Hâkim bu halde kanun koyucu gibidir. Elbette hâkimin içtihadı hiçbir surette şahsi ve temelsiz olmamalıdır. Arsebük Türk Kanun-ı Medenîsi'nin birinci maddesinin son fıkrasına atıfta bulunarak ("Hâkim hükümlerinde ilmî içtihatlardan ve kazâî kararlardan istifade eder.") bu hükmün hâkimleri subjektif değerlendirmeden uzak tutmayı amaçladığını ifade etmektedir.

Türk Kanun-ı Medenîsi m. 4 uyarınca "Kanunun takdir hakkı verdiği ve îcâb-ı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hâkim hak ve nısfetle hükmeder.". Eserde bu maddenin uygulanma biçimi hakkında teorik ve pratik bilgiler verilmektedir. Hak ve nısfet bir hukuk kaidesi telakki edilmektedir. Hak kaidesinin objektif nısfet kaidesinin ise subjektif mahiyeti haiz olduğu ifade edilmektedir. Hâkim somut olaya her iki kaideyi de birlikte tatbik eder. Ancak hâkim hiçbir surette hak kaidesine muhalif subjektif bir kaide ortaya koymamalıdır. Müellif bu görüşlerini hakkın suistimali teorisiyle ikmal etmektedir. Türk hukuku için yeni olan bu teori ile ilgili kaidelere Mecelle'de tesadüf etmek mümkündür. Nitekim Mecelle'de geçen "Zarar izale olunur." ve "Zarar ve mukabele-i bi'z-zarar yoktur." hükmü uygulamadaki bazı meselelerde hakkın suistimali teorisiyle ilişkili olan bir hukuk kaidesiydi. Ancak müellif, fıkıh hükümlerinden zikredilen teorinin esaslarını çıkarmayı oldukça zor bir faaliyet olarak görmektedir. Bu nedenle muasır akımlardan istifade etmeyi gerekli görmüştür. Arsebük bu konu hakkında ferdi ve içtimâî akıma değinmektedir. İçtimâî akımın hem hâkim görüş olması nedeniyle hem de hukuk düzeni açısından daha işlevsel olduğunu kabul ederek bu görüşü benimsemektedir. Müellif, hakkın suistimali konusunu irdelerken, suistimal teşkil eden tasarrufun hangi ölçüte göre belirlenmesi gerektiğini etraflıca ele almaktadır. Neticede suistimalin ölçütü, failin hareketinin zarar verme kastına münhasır bir saik taşıması şeklinde açıkça belirtilmektedir. Niteliği itibarıyla subjektif görünümde olan bu ölçütün uygulaması nasıl olacaktır? Yani hâkimler failin zarar verme kastını nasıl ortaya çıkaracaktır? Arsebük konu hakkında hâkimlere subjektif ve objektif unsurdan müteşekkil iki kaideyi rehber olarak sunmaktadır. Birinci

kaideye göre, sırf zarar vermeyi hedefleyen bir hakkın kullanımını meşru değildir. Bu kaide subjektif unsuru oluşturur. İkinci kaideye göre ise, bir hak ancak meşru bir menfaatin korunması için kullanılabilir. Bu kaide objektif unsuru oluşturur. Bu tavsiyelerinden sonra Arsebük, hakkın suistimali teorisinin genel bir tanımını vermektedir. Müellifin alıntılıdığı haliyle hakkın suistimali “Hakkın istimalinde şahsî âmiller arayan ve fertlerin efalini hayat-ı içtimâiye süzgecinden geçiren bir nazariyedir.”. Anlaşıldığı üzere hakkın suistimali, bir hakkın kullanımında zarar kastına hasredilmiş kişisel etkeni arayan ve bireyin bu türden fiillerini toplumsal hayatın süzgecinden geçiren bir teoridir. Bu bahiste müellif son olarak bir hakkın suistimal keyfiyetini beş şarta bağlamaktadır. Bu şartlar sırasıyla şu şekildedir: Mevcut bir hak bulunmalı; hakkın kullanımından bir zarar ortaya çıkmalı; bu zarar kasdî olmalı; hakkın kullanımı örf ve âdet kurallarına aykırı olmalı; hakkın kullanımında sırf zarar kastından başka bir saik bulunmamalıdır. Bütün bu şartlar gerçekleşmişse hâkim hakkın suistimal edildiği yönünde karar vermelidir. Müellif bu bahisle eserin birinci kısmını (hâkimlerin takdir hakkı) tamamlamaktadır.

Arsebük hâkimlerin takdir hakkıyla doğrudan ilgili olan hüsn-i niyet teorisini, eserin ikinci kısmında irdelemektedir. İlk söz konusu teorinin teşekkül ve tekamül evrelerini tetkik etmektedir. Bu doğrultuda hüsn-i niyet kurumunun Roma hukuku ile Alman hukukundaki tarihsel seyri ve uygulanma şekli hakkında bilgiler vermektedir. Tarihsel, teorik ve pratik bilgilerden sonra Türk Kanun-ı Medenîsi ile Borçlar Kanunu’nda hüsn-i niyet kurumuna değinmektedir. Öncelikle Türk Kanun-ı Medenîsi’ndeki ilgili hükümlere yer verilerek hüsn-i niyet kurumunun borçlar ve ticaret hukukundaki uygulaması örnekler ve kanun maddeleri ile açıklanmaktadır. Türk Kanun-ı Medenîsi’ndeki ilgili maddeler şu şekildedir:

“Madde 2: Herkes, haklarını istimalde ve vecîbelerini ifada hüsn-i niyet kaidelerine riayetle mükelleftir. Bir hakkın sırf gayrı ızzar eden suistimalini kanun himaye etmez. Madde 3: Bir hakkın doğumu için kanunen hüsn-i niyet şart kılınan hallerde asıl olan, onun vücûdudur. Ancak, îcâb-ı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarf etmeyen kimse hüsn-i niyet iddiasında bulunamaz.”.

Zikredilen hükümler gereğince herkes hakların kullanımı ve borcun ifasında hüsn-i niyet kaidelerine uymak mecburiyetindedir. Müellife göre kanun koyucu hüsn-i niyet kavramını iki anlamda kullanmaktadır. Buna göre hüsn-i niyet kavramının ilk anlamı toplumsal kurallara ve insanlık şiarına uygun hareket etmek demektir. Bu anlam, kavramın objektif yönüne işaret eder (Türk Kanun-ı

Medenîsi m. 2/1). Mezkur kavramın ikinci anlamı ise, kamusal vicdanın bireyin hareket ve tasarrufunu doğru sayması demektir. Kavramın bu anlamı subjektif yönüne işaret eder (Türk Kanun-ı Medenîsi m. 3).

Hüsn-i niyeti tespit etmesi bakımından hâkimlere bu denli geniş ve genel bir takdir yetkisi niçin verilmiştir? Müellife göre, kanunlar ne kadar ayrıntılı düzenlenirse düzenlensin suiniyetle harekete tek başına engel olamaz. Bu bağlamda Mecelle'deki esas (zum'-ı şer'î) ile Türk Kanun-ı Medenîsi'ndeki hüsn-i niyet esası mukayese edilmektedir. Müellif Mecelle'deki esası subjektif bir hüsn-i niyet kaidesi olarak nitelendirerek, "hiyel-i şer'îye"nin mevcut olduğuna işaret etmektedir. Özetle burada Mecelle'nin, hüsn-i niyet esasının dolanılmasını engelleyemediği bunun da teferruatlı ve esnek olmayan yapısından ileri geldiği söylenmektedir.

Eserde hâkimlerin, hüsn-i niyete konu bir uyuşmazlık karşısında nasıl bir yol izlemeleri gerektiği üç şart ile açıklanmaktadır: Failin, zarar verme kastı bulunmamalı; fail, bazı hususlara muttali olmamalı; hususlar hakkındaki bilgisizlik ve haberdar olmama durumu failin kendisinden kaynaklanan bir nedene bağlı olmamalıdır. Hâkim bütün bu şartları örf ve âdet kuralları ile değerlendirmelidir.

Hüsn-i niyet kavramı son olarak "dürüstî (*correction*)" ve "ahlakî" kavramlarıyla ilişkilendirilmektedir. Dürüstlük ve ahlakilik kaidelerini kanun ile tespit ve tarif etmenin mümkün olmadığı, bunların toplumsal örf ve âdetlere göre değişebileceği ifade edilmektedir. Özetle hâkim, hukukun sonuç bağladığı bir hareket veya tasarrufun hüsn-i niyet mi yoksa suiniyet mi teşkil ettiğini, Türk Kanun-ı Medenîsi'nin kendisine bahşettiği geniş takdir yetkisini yukarıda zikredilen ölçütler doğrultusunda kullanarak tespit edecektir. Şu halde hüsn-i niyet *Kanun*'un dolanılmasına engel olacak bir kurum işlevini ifa etmelidir.

\*

## HÂKİMLERİN HAKK-I TAKDİRİ VE HÜSN-İ NİYET (Yeni Kanunlarımızın Türk Hâkimlerine Bahşettiği Selâhiyet-i Vâsia Hudutları)

Ahmed Esad Arsebük

### Başlamadan Evvel Birkaç Söz

Borçlar Kanunu ile Türk Kanun-ı Medenîsi ve yeni Ticaret Kanunu bizdeki hukukun şekl-i telakkisini değiştirdi. Tamamen Garba teveccüh ettik. Vâkiâ eski Ticaret Kanunu da Garb esâsâtına müstenitti. Fakat tercümesindeki yanlışlıklar,

ifadedeki vuzuhsuzluk ve bilhassa kanun-ı umûmînin Mecelle olması hukukî telakkilerimizin serbestçe inkişafına mâni oldu. Memleketteki fıkıh cereyânı Garb esâsâtını memlekete sokmak isteyenleri ezdi.

Meşrutiyetten sonra bu iki cereyânın mücadelesine şahit oluyoruz. Bu tarihten itibaren Garb taraftarları gayelerinde muvaffakiyetle ilerlediler. Tevhîd-i kazâ bu muvaffakiyetlerden biridir. Usul-ı Hukukiye'nin 64'üncü madde-i muaddelesi Mecelle'nin birçok maddesini tadil ediyordu. İcra Kanun-ı Muvakkati 123'üncü maddesi ile müdevvenât-ı mer'iyemiz arasına vüsuk-ı tarih (*date certaine*) nazariyesini sokmuştu. Fakat bunlar fer'î muvaffakiyetlerdi. Mecelle'nin vücûdu, serbestî-i tahlile, Garb menâbiinden istiâneye kuvvetli bir mâni idi. Ticaret-i Berriye ve Bahriye kanunlarının pek çok maddelerini Mecelle îânesiyle anlamak istiyorduk.

Cumhuriyet devri bu mâniaları kırdı attı. Bugün fıkıhla alakadar olan hiçbir kanunumuz yok gibidir. Yeni kanunların ruhuna nüfûz etmek isterseniz Mecelle mantığını, Mecelle tarz-ı tefekkürünü bertaraf etmelisiniz. Yeni kanunumuzun bir maddesini tetkik ettikten sonra zihninize tebâdür edebilen kavâid-i külliyyeden herhangi birini, okuduğunuz maddenin sebab-i mûci[b]i olarak kabul etmeyiniz. Çünkü biraz ötedeki diğer bir madde size münâkız gelir. Bu tenâkuz kanunda değil, belki tarz-ı telakkinizdedir. Evvel be-evvel şu ciheti teslim etmeliyiz ki Mecelle ile yeni Borçlar Kanunumuz arasında her noktada tam bir mukayese yapmak için bugünkü malumatımız kâfi gelmez. Ve fikrimce şimdi böyle bir teşebbüste bulunmak yeni hukuk nâmına bir tehlike teşkil eder. Filhakîka yeni kanunlarımız hayatın tahavvülâtını takip edebilecek elastikî bir kâbiliyeti haizdir. Hükkâma verilen vâsi hakk-ı takdirin illeti budur. "Hakk-ı takdir", indî mütâlaat-ı hissiyata tâbi olmak mânalarına gelmez. Bu eserde bu noktalar izah edilmiştir.

Kanun-ı Medenî'nin mükemmel bir şerhini yazmak uzun tetkikata, uzun zamana mütevakkıftır. Halbuki yeni kanunlarımıza hâkim olan bazı esaslar vardır ki derece-i şümûl ü vüs'ati bilinmezse kanundan maksud olunan mâna çıkmaz. Daha doğrusu çıkan mâna tamamen yanlış olur. Bu eserde bu esaslardan en mühimmi olan ikisini mevzubahis ediyorum:

1. Hakkın suistimali.
2. Hüsn-i niyet.

Birinci esasın teşrihinde tahlilî, ikinci esasta ise terkibî bir sistem takip ettim. Ecnebi lisanlarına vakıf olmayan meslektaşlarım için bittabi ikinci sistem mürecihtir. Birinci sistem tehlikelidir.

Biraz fikrimi izah edeyim:

Tahlilî sistem zâbitalardan, hukukî mütearifelerden hüküm istihracı demektir. Bu sistemin yeni müdevvenâtımızda muvaffakiyetle tatbiki için hukuk-ı Garbiye harsına mâlikiyet şarttır. Aksi takdirde Mecelle'deki zâbitalarla Borçlar Kanunu'na mâna verirsiniz o tarz-ı tefekkürünüz sizi Borçlar Kanunu'nun ruhundan gayr-ı ihtiyarî uzaklaştırır.

Terkibî sistem ise aynı mahiyette olan ahkâm-ı kanuniyeyi mezc ve tevhid ederek bunların hey'et-i umûmiyesinden bir esas istihracıdır. Şark hukukunun harsına mâlik olan bir zât an'anât-ı fikriyesinden tecerrüd ederse, muvaffak olmaması için bir sebep yoktur. Buna bir misal irâesi için hüsn-i niyet bahsinin bu esas dairesinde tetkikine çalışılmıştır<sup>4</sup>.

### 1. Kısım: Hükâmın Hakk-ı Takdiri

4 Teşrinievvel 1926 tarihinde mevki-i mer'iyete giren Türk Kanun-ı Medenîsi'nin birinci maddesinin fıkra-i ûlâsı şu hükmü ihtivâ eder: "Kanun lafzıyla veya ruhuyla temas ettiği bi'l-umûm meselelerde mer'îdir." Hukukî lehçemiz Garb hukukunun bütün mefhumlarını ifade edebilecek derece-i kemâle vâsıl olmadığı cihetle tetkikatımı hep misaller üzerine ibtinâ ettirmek mecburiyetindeyim.

Bir dava tasavvur ediniz. Hâdisenin halline memur olan hâkim meselede tatbiki icâb eden esas-ı hukukî ve kanunîyi taharri edecektir. Hâdiseye aynen kâbil-i tatbik olan bir hüküm kanunda bulunduğu takdirde mesele kolaydır. Madde-i kanuniyenin lafzını hâkim hâdiseye tatbik ederek hükmünü verir.

Mesela bir evde müste'ciren oturuyorsunuz. Mûcir ile aranızda bir sene müddetle teâtî edilmiş bir de mukavelenâme vardır. Müddet-i icar zarfında hanenin vergisini hükümet sizden istiyor. Siz tesviye ve aynı zamanda mûcirinize bu parayı bedel-i icara mahsup edeceğinizi ihbar ettiniz. Mûciriniz bunu tanımak istemedi;

<sup>4</sup> Bu eserin tahriri için müracaat ettiğim kitapları ber-vech-i âtî yazıyorum: 1. Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4e édition, Paris, 1906. 2. Gaston May, *Éléments de droit romain*, 10e édition, Paris, 1909. 3. *Code Civil allemand traduit et annoté par le Comité de la législation étrangère institué près le Ministère de la Justice avec le concours de la Société de législation comparée*, 4 volumes, Paris, 1904. 4. Louis Josserand, *De l'abus des droits*, Paris, 1905. 5. Raymond Saleilles, *De la cession des dettes*, Paris, 1890. 6. Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civile pour l'Empire allemand*, 3e édition, Paris, 1914. 7. Alfred Martin, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, Geneva, 1909. 8. Wieland Carl, Henry Bovary, *Les droits réels dans le code civil Suisse. Traduit et mis au courant par Henry Bovary*, Paris, 1914. 9. Eugène Curti-Forrer, *Commentaire du Code civil suisse*, Neuchatel, 1912.

hâkime müracaatla sizden bedel-i icar talep ediyor. Hâkim bittabi kanunu açar: Borçlar Kanunu'nun 283'üncü maddesi şu yolda bir hükmü muhtevîdir: "Mecûrun mükellefiyet ve vergileri mûcire aittir.". Kezâlik 122'nci maddede: "Takas, ancak borçlunun takası dermeyân etmek kastını alacaklıya bildirmesiyle vâki olur." deniliyor. Hâkim bu maddelerin lafzını hâdiseye tatbik ederek mûcirinizin talebini reddeder.

Fakat hayat-ı beşer, o kadar ani ve seri tahavvülâta tâbidir ki pek çok ahvâlde hâdiseler kanunun elfâzına tevâfuk etmez ve vâzı'-ı kanun, bütün muamelât-ı beşeri muhit olacak derecede tafsilat itâsından sarf-ı nazar etmiştir. Çünkü bu, muhali temenniden başka bir şey değildir. İşte bu sebebe mebnidir ki asrî kanunlarda tarife tesadüf edemezsiniz. Filhakîka tarif, bir telakki-i ilmînin zübdesinden başka bir şey değildir. Halbuki telakkiyât-ı ilmiyenin tesbit-i vazifesi vazı'-ı kanuna teveccüh etmez. Binaenaleyh bir kanun ancak muayyen hükümleri ihtivâ etmelidir<sup>5</sup>. Bu nokta-i nazardan Mecelle mütekâmil bir kanun sayılamazdı. "Mal"ı, "vakt-i hacet için iddihar olunan şeydir" sûretinde ve "bey"i, "malı mala değişmektir" şeklinde tespit eden Mecelle hâdisât-ı ruz-merreden birçoklarını saha-i şümûlü haricine bırakmıştır. Binaenaleyh mesela deynin temlikî caiz görülüyordu. Çünkü deyn maldan mâdud değildi.

Yeni Ticaret Kanunumuz dahi bu esas-ı hukukîye tamamen sadık kalmamıştır. Filhakîka Ticaret Kanunu'nun on üçüncü faslının ilk maddesini teşkil eden 932'nci maddede "Sigorta bir akittir ki bununla sigorta eden şahıs ücret mukâbilinde bir kimsenin tayin edilen ahvâl-i fevkalade yahut esbab-ı mücbireden dolayı gerek duçar olacağı zayıat ve hasaratın tazminini gerek bir yahut birkaç kimsenin müddet-i hayatına veya hayatının vekayi ve hâdisâtına müsteniden bir para itâsını deruhte eder." denilmiştir. Bu tarif ne efrâdını câmi, ne de ağyârını mâni değildir; çünkü 935'inci maddenin hükmü tarifteki "duçar olacağı" kaydıyla hariç kalmıştır. Ağyârını mâni değildir; çünkü kıymet-i mukaddereli mektup tarife tevâfuk ettiği halde sigorta muamelesinden addedilemez.

Şu izahat müellif [Raymond] Saleilles [1855-1912] mütalaasındaki isabeti ispata kâfidir.

Türk Kanun-ı Medenîsi'nde de bu esas hâkim olmuştur. Bî'l-farz her gün "hâdis" olan bir meseleyi mevzubahis edelim: Akd-i sulh. Yeni Borçlar Kanunu'nda bu hususa dair ahkâm mevcut değildir. Böyle bir dava hâdis olursa hâkim ne yapacaktır?

<sup>5</sup> Raymoud Saleilles, *De la cession des dettes*, s. 40.

Mesela benden bâ-senet yüz lira matlubunuz var. Müracaat ettiniz, parayı veremedim. Yalnız size şu teklifte bulundum: Fi'l-hâl borcumu tamamen tediye edemem. İsterseniz ayda beşer lira vermek sûretiyle edâ-yı deyn edeyim veya arzu ederseniz size derhal yetmiş lira vereyim, matlubunuzdan sarf-ı nazar ediniz. Siz ikinci teklifi kabul ve benden yetmiş lirayı kabz ettiniz. Demek ki aramızda mesele sulhen tesviye ediliyor. Bi'l-âhire mahkemeye müracaatla benden matlubunuzun tamamını dava ediyorsunuz, ben vaziyeti mahkemeye anlatıyorum. Şu hâdisede hâkimin hatt-ı hareketi ne olacaktır?

Hâkim burada kanunun ruhundan istihraç ettiği esâsât-ı hukukiyeyi tatbik eder ve hükmün esbâb-ı mûcibesi hâkimin derece-i ilmîne ve tettebbuuna göre değişir. İşte ruh-ı kanundan münfehim olmak lazım gelen mâna budur. Şu halde hâkim kanunu tefsir edecek demektir.

Kavânînin şekl-i tefsirini izah, fikrimce bir külfet-i zâidedir. Bu hususa dair lisanımızda mufassal eserlerimiz vardır. Yalnız burada mevzubahis edeceğim cihet, Kanun-ı Medenî'nin Türk kuvve-i kazâiyesi üzerindeki tesirâtıdır. Bu nokta-i nazardan fikra-i kanuniyedeki "lafz-ı kanun" ve "ruh-ı kanun" yekdiğerinden ayrı addolunmamalıdır. Yani "lafz-ı kanun" mevcut oldukça "ruh-ı kanun"a gidilemez demek değildir. Çünkü mânası anlaşılmayan ve binaenaleyh ruhuna nüfûz edilemeyen bir madde-i kanuniye esasen tatbik olunamaz. Mesele ne kadar basit olursa olsun hâkim, kanun mefhumunu anladıktan sonra hâdise-i hususiyeye tatbik edecektir. Bunun için her davada hâdise-i maddiye ile hâdise-i kanuniye yekdiğerinden ayrılmak îcâb eder. Hâdise-i maddiye tespit olunmadıktan sonra hâdise-i kanuniyeye geçilemez.

Şimdi hâdise-i kanuniyenin tamamen tespit olunduğunu farz edelim. Hâkime teveccüh eden vazife, kanunun gerek bir maddesinde ve gerek mevadd-ı müteferrikasının hey'et-i umûmiyesinden istidlâlen ruhuna nüfûz etmektir.

İsviçre Kanun-ı Medenîsi'nin müellifi olan müderris Eugen Huber'in bu baktaki mütalaasını aynen yazıyorum: "Kanun, metnine nazaran olduğu gibi metnin tefsirine nazaran da olduğu gibi tatbik edilmelidir. Tefsirden maksadımız bir taraftan kanunun mevadd-ı muhtelifesinin, diğer taraftan kanunun hey'et-i umûmiyesinin tefsiridir. Bu tefsir-i umûmî, mümâsil hâdiselerde tatbiki muktezi olan esâsât-ı kanuniyeye vücut verir."

Şu izahattan sonra pek mühim bir meseleye temas edebiliriz: Kanunun ruhuna nüfûz etmek isteyen hâkim vâzî'-ı kanunun nokta-i nazarından mı, yoksa hal-i hazır ihtiyacını nazar-ı dikkate alarak mı hareket etmelidir?

Bir nazariyeye göre meselenin sırf vâzı'-ı kanun nokta-i nazarına tevfikan tetkiki îcâb eder. Binaenaleyh hâkimin vazifesi kanunun nevâkısını ikmâl değildir; belki hâkim, kanunun muhtevî olduğu esâsât-ı hukukiyeyi istihraç ve netâyicini tatbik vazifesiyle mükelleftir. Şu itibarla kanunun müzakerâtına müteallik zabıtnâmeler, esbâb-ı mûcibe lâyhaları gibi vesâik-i resmiyenin büyük bir kıymet-i tatbikiyesi mevcuttur.

Diğer bir nazariyeye göre kanunlar vâzı'-ı kanunun arzusu dairesinde tefsir edilemezler. Çünkü kanun milletin tecelli-i iradesinden başka bir şey değildir. Filhakîka tanzim olundukları zamanın zihniyetiyle tefsir edilmek lazım gelse, birçok kanunların kıymet-i tatbikiyeden mahrumiyeti îcâb eder. Halbuki kanun, ferdin menâfi-i içtimâyesini sıyânet için tedvîn edilmiştir. Demek ki kanunların başlı başına ve vâzı'-ı kanunlardan ayrı olarak şahsiyetleri vardır. Fransa Mahkeme-i Temyizi reis-i evveli, Code Civil'in yüzüncü sene-i devriyesi mülâbesesiyle 1904 tarihinde îrat ettiği bir nutukta bu ciheti büyük bir nüfûz-ı nazarla izah ediyor:

“Metinde vuzuhsuzluk mevcut ve metnin mefhumu ve daire-i şümûlü hakkında tereddütler hâsıl olursa veya hâdisede tatbiki muktezi metinler arasında mübâyenet görülürse ve nihâyet mütûn-ı kanuniye beyninde ihtiyâc-ı hazırı tatmin etmeyen takyîdât bulunursa, o zaman hâkim vâsi bir surette hakk-ı tefsirini istimal etmelidir. Bundan yüz sene evvel vâzı'-ı kanunun kaleme aldığı metinle istihdaf ettiği gayeleri aramak beyhude bir külfettir. Hâkimin arayacağı nokta o zamanın ihtiyacına nazaran bu yolda bir madde tanzim eden vâzı'-ı kanun, bugünkü ihtiyaca göre nasıl bir madde-i kanuniye tanzim eylerdi cihetidir.”<sup>6</sup>

Fikrimce bizde bu ikinci nazariye kabul edilmelidir. Çünkü Teşkilât-ı Esâsiye Kanunumuz hâkimiyeti bilâ-kayd ü şart millete vermiştir (madde 3). Büyük Millet Meclisi millet nâmına hakk-ı hâkimiyeti istimal eder (madde 4). Mehâkim hakk-ı kazâyı millet nâmına istimal ederler (madde 8). Binaenaleyh herhangi bir meclisin ısdar ettiği kanun millettir. Demek ki Türkiye'de vâzı'-ı kanun millettir. Şu halde ilmen ve hukuken bir de kavânînin milletin iradesi dairesinde tefsir edilmeleri muktezidir. Vâkıâ Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu'muzun on beşinci maddesi, kanun teklifi hakkını millete bahşetmemiş olmasına nazaran irade-i millînin şekl-i tecellisini tayin, imkânsız gibi telakki olunabilir. Fakat bu tatbikata ait bir meseledir. Ve Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu'nun bu noktadan ikmâlî ve esas itibarıyla kabul olunan prensiplere tevfiği îcâb eder. Maahaza şekl-i hâzırıyla dahi on beşinci maddenin sarâhati nokta-i nazarımın hilâfını ispata kâfi gelmez.

<sup>6</sup> *Le cenfénaire du Code civil*, Paris, 1904, s. 27.

Çünkü millet her dört senede bir mebuslarını intihap ederken arzusuna muvâfık gelmeyen kanunların iradesine tevâfuk edecek bir şekilde tebdîlini isteyebilir.

Ancak kanunlarımız yeni tedvîn edildikleri cihetle fi'l-hâl hangi nokta-i nazardan tefsir olunmak icâb edeceği hakkında tereddütlere mahal yoktur. Yeni kanunlar milletin en son arzularını ihtivâ etmektedirler.

Buraya kadar kanunda lafzen veya ruhen mevcut ahkâmı nazar-ı dikkate almıştık. Şimdi hakkında bir hükm-i kanunî bulunmayan hâdisâtı tetkik edeceğiz. Kanun-ı Medenî'nin birinci maddesinin fıkra-i saniyesi bu hususta hâkime iki menba-ı müracaat irâe etmektedir:

1. Örf ve âdet.

2. Serbestî-i taharri.

Örf ve âdet hakkında verilecek bir izahat yoktur.

İkinci menbaya gelince burada biraz tevakkuf etmek mecburiyetindeyiz. Fakat mevzûyu tamamıyla ihâta edebilmek için bir ciheti tasrih etmeliyiz: Serbestî-i taharriden kast ettiğimiz mâna ikidir:

Birincisi, hâkim kanunda ve örf ve âdette mâ-bihi't-tatbik hükmü bulamazsa. İkincisi, Kanun-ı Medenî'nin dördüncü maddesi mûcibince kanun, hâkime hakk-ı takdir bahşetmiş olursa.

Serbestî-i taharri esasını bu iki noktadan tetkik edelim:

Birinci Nokta: Kanunun ve örf ve âdetin halletmediği bir hâdise-i hukukiye muvâcehesinde kalan hâkim kendisini vâzı'-ı kanun mevkiine koyar. Demek ki bu sahada hâkim bir vâzı'-ı kanun gibi düşünür ve hâdise-i münâza'un-fihâya tatbiki icâb eden esâs-ı hukukîyi vaz' eder.

Kanunumuzun bu hükmü pek derin bir mânayı ifade etmektedir. Çünkü vâzı'-ı kanun gibi düşünmek, indî mülahazatta bulunmak mânasına gelmez ve hâkim vâzı'-ı kanun sıfatıyla sırf zâtî ve şahsî düşünceler tahtında hareket edemez. Belki hukukun muayyen desâtîrinden istiâne ve o desâtîre istinat mecburiyetindedir. Binaenaleyh kanunun kabul etmiş olduğu bu esası, hissiyata müstenit bir içtihada meydan vermek suretiyle mütereddî bir hale ifrağ etmemeliyiz. Filhakîka halli muktezi hâdise ile karşı karşıya kalan bir hâkim merhamet, temâyül, infial gibi bazı avâmil taht-ı tesirinde bulunabilir. Fakat hiçbir zaman bu avâmil vâzı'-ı kanun sıfatıyla hareket etmek mecburiyetinde bulunan hâkimin mukarrerâtında haiz-i tesir olmamalıdır. Görülüyor ki madde-i kanuniyenin hâkime tahmil ettiği vazife cidden ağırdır. Binaenaleyh fikrimce bu esasa müsteniden sâdır olan bir hükmün inde't-temyiz tetkiki ve Mahkeme-i Temyiz'in buralara kadar imâl-i

fıkr etmesi, adalet nâmına son derece şâyân-ı temennidir. Çünkü zahiren bir tavsiyeden ibaret olan birinci maddenin son fıkrasındaki “Hâkim hükümlerinde ilmî içtihatlardan ve kazâî kararlardan istifade eder.” mealinde bulunan hüküm, bu gayenin husulünü temin için yazılmıştır.

Şu mütalaayı tespit ettikten sonra pek muhik bir sualinize maruz kaldığımı hissediyorum. Mademki vâzî'-ı kanun son fıkrayı böyle bir gayenin husulü için tedvîn etmiştir, o halde bunun müstakil bir fıkra olmasına neden lüzum gördü? Madde-i kanuniyenin fıkra-i saniyesini “Hakkında, kanunî bir hüküm bulunmayan meselede hâkim örf ve âdete ve örf ve âdet dahi yoksa ilmî içtihatlarla, kazâî kararlara göre hükmeder.” şeklinde yazamaz mıydı?

Sualinizin cevabı pek sarihtir. Madde-i kanuniyenin şu son şekilde tahriri, hâkimin kâbiliyet-i tefekkürîyesini pek çok tahdit eder. Bu şekil bi'n-netice mesela İbn-i Abidin[’in *Reddü'l-Muhtâr*’ı], Bahr[ü'r-]Râ'ik, Kuhistânî[’nin *Câmi'u'r-Rumûz'u*] ilh... gibi âsârdan istiâne demektir. Bu ise bilhassa bizler gibi şekilperest bir hukukun asırlarca taht-ı tesirinde kalmış ve bütün kâbiliyet-i tefekkürîyesini yakın veya uzak bir mazinin mevlûdât-ı fikriyesine bağlamış olan neslimiz için bir irtica kapısından başka bir mânayı ifade edemezdi. Terakkiyât-ı hukukiyeyi adım adım takip gayesini istihdaf eden vâzî'-ı kanunumuz böyle bir hale meydan bırakamazdı. İşte bu sebepten dolayı kanun, hâkimlerimize bir emirden ziyade tavsiyeyi muvâfık görmüştür. Bundan mâadâ işbu son fıkra, madde-i kanuniyenin hey'et-i umûmiyesine sârî bir tavsiyedir. Yani yalnız vâzî'-ı kanun sıfatıyla değil, belki kanunun lafzını, ruhunu veya örf ve âdeti tatbik ederken dahi hâkim ilmî içtihatlardan ve kazâî kararlardan istifade etmelidir<sup>7</sup>.

İkinci Nokta: “Kanunun takdir hakkı verdiği ve îcâb-ı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hâkim hak ve nısfetle hükmeder.” (Kanun-ı Medenî, madde 4). Görülüyor ki burada da kanunumuz hâkimlere büyük bir hakk-ı takdir vermiştir. Bu hakk-ı takdirin derece-i şümûlünü anlamak için “hak” ve “nısfet” kelimeleri üzerinde biraz tevakkuf edeceğiz.

Hak kaidesinin lisanımızdaki şekl-i müstameli hukuk kaidesidir. Mesela Mecelle ilga edildi. Fî-mâ-ba'd Mecelle'nin herhangi bir maddesine istinaden hüküm verilemez, fakat “bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir.” kaidesi mülga olamaz. Çünkü bir hukuk kaidesidir. Kezâlik Roma Kanunu'nu bugün hiçbir memleket tatbik etmez, fakat Roma hukukunun “*Res Judicata pro veritate habetur* (Hükmolunan şey doğru addolunur).” kaidesi hukukî bir esastır.

<sup>7</sup> Bu hususa dair bazı meseleler *Hukuk Muvacehesinde Kambiyo* [İstanbul, 1927] nâm eserimizde vardır.

Nısfet kaidesine gelince bu mücerret bir mefhum ifade eder. En muteber müellifler bu mefhumu tahlil etmişler ve bunun “subjektif” bir adalet mefhumundan başka bir şey olmadığını tespit etmişlerdir<sup>8</sup>.

Madde-i kanuniyeden hak kaidesi olmazsa nısfet kaidesi tatbik olunur mânası çıkarılmamalıdır.

Hâkim burada objektif bir mahiyeti haiz olan hak kaideleriyle tetebbuât-ı ilmiyesinin, hiss-i selîminin, hâdisedeki tetkîkâtının, muhassalası bulunan subjektif kaideleri birlikte tatbik eder. Fakat hak kaidelerine muhalif subjektif bir kaide vaz' edemez.

Bu sahadaki tetkîkâtın ikmâli için iki hükm-i kanuniyi daha tahlil mecburiyetindeyim:

<sup>8</sup> Subjektif kelimesini “enfûsî” ve objektif kelimesini de “âfâkî” diye tercüme etmektense aynen istimali daha muvâfık buldum. Çünkü bence lisanımızdaki mukabillerin izahı herhalde Fransızcaların izahından daha müşküldür. “Subjektif” şahsa, zâta, nefse nispet edilen demektir. “Objektif” zâtın, şahsın haricindeki “şey”e matuf olan mânasına gelir. Bu kelimeler hukukî lehçemizde daima istimal edileceği cihetle bunların hakiki mefhumlarına nüfûz edebilmek için biraz tafsilat itâsını faydalı buluyorum. Subjektif hukuk, sırf şahsî haklara istinat eden hukuk demektir. Mesela servet-i umûmiyesi ancak milyarlarla kâbil-i ifade bir adam farz ediniz. Bu adamın diğer birinden yüz lira alacağı var. Medyûn etmek parasına muhtaç... Fakr u zaruret içinde kıvranıyor. Kesîr olan ailesini geçindirmek için elindeki sermayesinin mevcudu ancak borcunu edâya kâfi gelebilecek. Şimdi dâyin bu yüz lirayı dava ediyor. Hâkim, şu yolda bir mütalaada bulunabilir: Dâyin bu yüz liraya hiçbir ihtiyacı yoktur. Çünkü en küçük bir zevkinin tatmini için binlerce lira sarf eder. Vâkîâ hâkim kanun dairesinde herkesin hakkını vermekle mükelleftir. Fakat zulüm ikâma da mecburiyeti yoktur. Ben bu yüz liranın tahsiline hüküm versem medyûnu faaliyet-i iktisadiyesinden büsbütün mahrum edeceğim. Kendisi ve efrâd-ı ailesi beşeriyet-i içtimâie için bir bâr teşkil edecek. Bu sebepten şu şerait dairesinde ikâme olunan bir davada dâyin bu kuvve-i kazâiyeyi hissiyâtına yani zulme alet ittihaz etmek istediğini anlıyorum. Tarafeynin hâl ve mevki de bu hissiyatımı teyit ediyor. Binaenaleyh müddeî hüsn-i niyetle mütehassis değildir; davasını reddetmeliyim. Bu mütalaa-yı hukukiye sırf hissiyata müstenit ve binaenaleyh subjektiftir. Hâkim sıfatıyla bu yolda bir mütalaada bulunamazsınız. Fakat bir hukukçu sıfatıyla bu yolda bir nazariye müdâfaa etmenize kimse mâni olmaz. Bu, hakk-ı tefekkürünüzün bir netice-i tabiiyesidir. Bu “tez”iniz hukuk ilminde bir mevki tutar ve günün birinde bir müteârifeye hukukiye şeklini alırsa, o zaman mütalaanız objektif bir muhit iktisap eder. Mesela iki kimse arasında bir malın bey'ine dair bir mukavelenâme yapılmış. Siz hâdiseye vaz'-ı yed eden hâkim sıfatıyla meseleyi tetkik ediyorsunuz. Ve anlıyorsunuz ki mukavelenâmede bey' kelimesi istimal olunmasına rağmen hâdiseye bir rehindir. Şu kanaatinize mebni davayı rehin ahkâmına tevfiğe hall eyliyorsunuz.

Bu hâdisede subjektif hareket etmediniz, çünkü “Ukûdda itibar makâsîd ve meâniyedir elfâz ve mebâniye değildir.” kaidesi objektif bir esas-ı hukukîdir ve siz hükmünüzde bu esasa istinat ettiniz. Kezâlik müddeaya-aleyh defini ispat edemiyor. Ve farz ediniz ki kanunda buna dair de bir sarâhat yoktur. Müddeaya-aleyhi mahkum ediyorsunuz. Bu hükmünüz objektiftir. Çünkü Roma hukukunun “verecek cevabın yoksa keseni aç” mealinde olan “*Argumentum ad crumenam*” kaidesine tevfiğe hareket ettiniz. Tetkîkâtımız sırasında bu hususa müteallik bir çok misallere tesadüf edeceksiniz. Burada yalnız mefhumların izahı maksuddur.

Birinci hüküm: Bir hakkın sırf gayrı ızzar eden suistimalini kanun himaye etmez (ikinci maddenin ikinci fıkrası).

İkinci hüküm: Resmî sicil ve senetler münderacâtının doğru olmadığını ispat, bir şekl-i mahsusa bağlı değildir (yedinci maddenin fıkra-i saniyesi).

Binaenaleyh birinci derecede hakkın suistimali meselesine temas ediyorum: Hakkın suistimali bizim için pek yeni bir nazariyedir. Vâkıâ Mecelle'de bu hususa müteferri bazı ahkâm mevcuttur. "Zarar izâle olunur." zâbitasıyla "Zarar ve mukabele-i bi'z-zarar yoktur." kaidelerinin bazı tatbikatı hakkın suistimali nazariyesine temas eden bir esas-ı hukukî idi. Fakat fikhın ahkâmından bu yolda bir nazariye istihracı, eldeki mevcut eserlere nazaran biraz müşküldür. Bu sebepten hukukun bu sahadaki terakkiyatını izah edebilmek için fi'l-hal mevcut olan ve hukuk ilmini baştan istila eden iki cereyan-ı fikrînin mevzubahis edilmesine lüzum vardır:

Birincisi: Ferdî Cereyan (*Courant individualiste*)

İkincisi: İçtimâî Cereyan (*Courant social*)

Ferdî Cereyan, Anglo-Sakson kavminin zihniyetini temsil eder. Onların nazarında şâyân-ı ehemmiyet ancak faaliyette olan insanlardır. Şu halde vâzı'-ı kanunun vazifesi adaletin tevziini temin değildir. Belki her ferdin kudret-i sa'yını himaye, kâbiliyet-i îlâdiyesinin serbestçe inkişafını temindir. Demek ki her ferd hakkını son dereceye kadar takip ile mükelleftir. Bir hakkın takibi en kudsî bir gaye olmasına göre artık bu takipten diğerlerin, faal olmayanların zarar görmesi ihtimalini vâzı'-ı kanun nazar-ı dikkate alamaz. Muazzam bir duvar inşa ettiriyorum, komşum şimdiye kadar istifade ettiği manzaradan mahrum kalıyor. Büyük bir müessese-i ticariye vücûda getiriyorum, birçok rakiplerim iflas ediyor. Bütün bunlar benim tabii haklarımdır. Ve bana bir hak verdikten sonra onu takyîd etmek kimsenin yed-i iktidarında olmayan bir şeydir. Vâkıâ yaptırdığım duvar komşuma zarar îras etti; fakat komşum o zarara müstahaktır. Manzaradan istifade etmek isteyen adam benim arsama da mâlik olmalıydı. Mademki olmadı, benim faaliyetime mâni olamaz. Çünkü kanunlar aczi, atâleti değil, belki faaliyeti himaye ve teşvik ederler<sup>9</sup>. Binaenaleyh hakkın suistimali bir tenâkuzdur. Filhakîka istimal edilemeyen bir hakkın hiçbir kıymeti olamaz. Kanun bana bir hak bahşediyor. O hakkı istimal etmek salâhiyet-i tabiiyem dairesinde bir şeydir.

<sup>9</sup> Hayat mücadelesinde yalnız faaliyette bulunanların bir kıymeti vardır. Tehlikeye iştirak etmeyen, mücadelenin cereyanını takip eden adamların bu mücadele safında bir mevkileri olamaz. Theodore Roosevelt, *L'idéal américain par Roosevelt*, çev. E. De Rousiers, Paris, 1904, s. 50.

Bunun suistimali tasavvur olunamaz. Herhangi bir sebepten dolayı hakkımın istimalini hâkim suistimal telakki ederse hakkımı imha eder. Çünkü nâkâbil-i istimal bir hakkın vücûdu ile ademi müsâvîdir. İşte ferdî cereyan dediğimiz fikrin hulâsası bundan ibarettir.

İçtimâî cereyana gelince bunun esasî Roma hukukundan başlar. Filhakîka Roma hukuku bazı hususlarda şahsî hakları takyîde mecbur kalmıştı. Mesela bidayette bir aile reisinin hakk-ı tasarrufu mutlak idi. Malını dilediği kimseye verebilirdi. Binaenaleyh varisini de hakk-ı mirastan ıskat etmek hakkını haiz bulunuyordu. Fakat içtimâî hayat daha mütekâmil bir şekil aldıktan sonra bu mirastan ıskat meselesinde bazı takyîdât kabul edildi ve murisin ıskat hakkındaki tasarrufunun muteber olması için bu tasarrufu muhik gösteren bir sebebin lüzum-ı vücûduna ihtiyaç hâsıl oldu. İşte burada içtimâî cereyanın ilk nüvesine tesadüf ediyoruz. Bu cereyan Cermen akvamında kendisine müsait bir zemin-i inkişaf bulmuş ve asr-ı hâzır bidâyetinde mevki-i mer'iyete giren Alman Kanun-ı Medenîsi ilk defa olarak 226'ncı maddesi ile bu fikri tedvîn eylemiştir. Madde-i kanuniye şudur: "Bir hakkın istimalinde âmil ve müessir olan kasıt, diğerini ızzardan ibaret ise o hakkın istimaline cevaz yoktur."

Alman Kanun-ı Medenîsi'nin 138 ve 826'ncı maddeleri hep bu esasa teferru etmektedir. Kezâlik Türk Kanun-ı Medenîsi'nin bâlâda yazdığımız ikinci maddesinin ikinci fıkrası dahi bu esasî ihtivâ eder. Kanun-ı Medenîmizin 24'üncü maddesinin birinci fıkrası ile 656, 661, 662 ilh... maddeleri ve Kanun-ı Medenî'nin tatbikine mütedair kanunun ikinci maddesi bu esasın netâyic-i tabiiyesindedir. Fransa'da bu esas-ı hukukî, içtihadât-ı mehâkimle vaz' ve tevsi edilmiştir. İçtimâî cereyanın günden güne hâkim olması bugün bir emr-i vâki gibidir.

İngiltere ve Amerika'da dahi bazı yeni kanunlar içtimâî cereyanın taht-ı tesirinde kalmıştır. Binaenaleyh istikbal her halde içtimâî cereyanındır<sup>10</sup>.

Şu izahattan sonra madde-i kanuniyenin izahına geçebiliriz. Türk, Alman ve İsviçre kanunlarındaki bu esas-ı müşterek, hukukî cereyanların yeni veçhelerini irâe etmektedir. Meselenin mahiyetine nüfûz edebilmek için bazı misaller zikredelim:

Birinci misal: Bahçemdeki büyük bir ağacı kesiyorum. Ağaç sizin duvarınızın üstüne devriliyor ve duvarınız yıkılıyor.

İkinci misal: Büyük bir fabrika inşa ediyorum. Fabrikamın bacalarından çıkan gazlı dumanlar civardaki tarlalarınızın mezruâtını mahvediyor; mutazarrır oluyorsunuz.

<sup>10</sup> Lois Josserand, *De l'abus des droits*, Paris, 1905, s. 14 vd.

Üçüncü misal: Küçük bir servetle iş yapıyorsunuz. Ben muazzam bir sermaye ile büyük bir ticarethane vücûda getiriyor ve küçük sermayenizi mahv kastıyla size karşı bir rekabet yapıyorum. Bu hal bittabi iflasınızı müeddi oluyor.

Dördüncü misal: Evlerimiz yekdiğerine mülâsıktır. Sizin ve benim bahçelerimizde birer kuyumuz var. Ben kendi kuyumdaki suyu boşaltıyor ve sokağa döküyorum. Bu hareketim aynı damardan istifade eden sizin kuyunuzu susuz bırakıyor, bi'n-netice sudan mahrum kalıyorsunuz.

Şimdi bütün bu misallerde hakkın suistimali mevzubahis olur mu? Suali haldebilmek için bir hakkın istimalini suistimal addettiren kıstası tespit edelim.

Evvelâ: Herhangi bir hakkın istimali fiilinde az veya çok bir kast-ı ızrar bulunabilir. İstimalin hudud-ı maddîsi ne kadar meşru olursa olsun bir diğeri bundan mutazarrır olur ve hak sahibi hîn-i istimalde buna vakıftır. Fakat bu vukuf hakkın suistimali telakkisi için kâfi gelmez.

Saniyen: Kezâlik sizi ızrar kastıyla bir hakkımın istimalini de hakkın suistimali addedemezsiniz.

Salisen: Bilâ-mûcip ve bilâ-menfaat saik-i hareketim sırf sizi ızrardan ve yalnız fenalık etmek kastından ibaret olursa o zaman hakkın suistimali mevzubahis olabilir.

Binaenaleyh birinci, ikinci ve üçüncü misallerde hakkın suistimali yoktur. Dördüncü misalde ise hak suistimal edilmiştir. Birinci misaldeki zarar bir tedbirsizliğimden tevellüt etmiştir. Bunun için size îcâb eden tazminatı vermekle mükellefim. Fakat bahçemdeki diğeri ağacı kesmekten beni mâni edemezsiniz.

İkinci misaldeki zararınız arazinizin noksan-ı kıymetini tazmin ile neticelenir yoksa 661'inci maddeye istinaden fabrikamın faaliyetini tadil edemezsiniz. Çünkü 661'inci maddenin ikinci fıkrası mutlak değil belki "gayrimenkulün mevki ve mahiyetine ve mahallî örfe göre" kaydıyla mukayyettir. Mesela Bakırcılar'da bir evim var. Alt kattaki bir odayı dükkan haline ifrağ ediyorum. Orada bir bakırcı çalışıyor. Yanımdaki evde oturmanız hasebiyle dükkancının gürültüsünden müteessir olduğunuzu iddia edemezsiniz; çünkü sokak baştan başa aynı sanat erbabının dükkanlarıyla işgal edilmiştir<sup>11</sup>.

Üçüncü misalde hatt-ı hareketim serbestî-i ticaret, serbestî-i rekabet esasına istinat ettiği cihetle suistimal addolunamaz. Ancak dördüncü misal tetkik etmekte olduğumuz fıkra-i kanuniyenin daire-i şümûlüne girer.

<sup>11</sup> Kanun-ı Medenî şerhi yazmadığım cihetle bu hususa dair daha fazla izahat itâsını zâid görüyorum. Yalnız Wieland'ın eserinden hukuk-ı ayniyeye müteallik aksamı Fransızca'ya mütercemdir. Bu eserin birinci cildinin 318 ile 323'üncü sayfelerinde izahat-ı müfide vardır.

İntihab ettiğim misaller hakkın suistimaline dair bir fikir verebilir. Fakat nazariyenin henüz ruhuna nüfûz etmedik. Bunun için Fransız mehâkiminin içtihadâta ibtinaen kurdukları muazzam hukuk abidesini teşrih îcâb eder. Ancak eserin saha-i şümûlü bu kadar tafsilata müsait değildir. Bu sebepten tetkîkâtımın muhassalasını buraya yazacağım.

Evvelâ: Hakkın suistimali mahiyeti itibariyle subjektif bir telakkidir. Binaenaleyh suistimal fiilinin sübût ve tahakkukunda, istimal-i hakkın tevliid ettiği zararın ne kemmiyeti ve ne de keyfiyeti burada âmil olmaz. Yani daha mûnis bir tabir ile eserden müessir istidlâl olunamaz. Belki suistimal, hakkı istimal eden kimsenin hâlet-i ruhiyesinde mündemiçtir. Demek ki burada kastı taharri edeceğiz. Bu nokta-i nazardan Kanun-ı Medenîmizdeki hakkın suistimali mefhumu, hukuk-ı ammedeki nüfûz-ı memuriyeti suistimale müşâbihtir.

Mesela mülkümde keyfe-mâyeşâ tasarruf, hakkımdır. Bu hakka istinaden evimi pekala hedim edebilirim. Paramı denize atarım. Bana kimse karışamaz. Ancak bu babtaki ahkâm-ı cezaiyeden bir dakika için tamamen tecerrüd etsek bile hanemi ihrak edemem, çünkü bütün bir mahalleyi aynı zamanda yakmış olurum. Bu, hayat-ı içtimâiyeye karşı bir sû-i kasttır. Binaenaleyh böyle bir harekette bulunursam kuvve-i kazâiye buna mâni olur. Demek ki hakk-ı ihrakta telakkîyât-ı içtimâiyemiz bir butlan görüyor. Buradaki hatt-ı hareketimin derece-i vehameti neticenin fecaatiyle ölçülemez. İka ettiğim harikten haberdar olan itfaiye, tevsiine meydan vermeden yangını söndürebilir. Fakat benim hareketim hakkın suistimali olmaktan kurtulamaz. Halbuki bâlâda yazdığımız dört misalden ikincisinde hareketime butlan izafe edemezsiniz. Belki tesâdüm eden menfaatlerin tevâzününü ihlal ettiğimi iddia edebilirsiniz ve dikkat olunursa bu ikinci misaldeki unsur-ı hâkim objektif bir telakkidir.

Tafsilât-ı sâlifeden şu netice-i hukukiye hâsıl olur: Hakkın suistimal adde-dilebilmesindeki kıstas failin hareketine saik olan şeyin hasren ızzar kastından ibaret bulunmasıdır. Acaba hâkimler suistimal telakkisini tespit edebilmek için bu tahlil-i ruhîyi yapabilirler mi?

Bazılarına göre hükkâma tevdi olunan bu salâhiyet yalnız faydasız olmakla kalmaz, vahim tehlikeler de arz eder. Tehlikelidir; çünkü hâkim benim kasd-ı mahsusumu taharri etmek bahanesiyle indî ve hissiyata müstenit hükümler verir. Faydasızdır; çünkü her ferd hatt-ı hareketine bir menfaat kastı âmil olduğunu iddia edebilir ve her harekette de böyle bir kast sühûletle icat olunur.

Fikrimce bu yolda bir telaşa mahal yoktur. Filhakîka tehlike tasavvur edemezsiniz; çünkü cihet-i cezaiyedeki tayin-i mesuliyet, cihet-i hukukiyedeki hakkın

suistimalinden başka bir şey değildi. Hâkimlerimiz senelerden beri tayin-i mesuliyet esasını muvaffakiyetle tatbik ettiler.

Faydasız da değildir; çünkü hâkim tarafeynin iddia ve müdâfaalarını bir hakikat-ı mahzâ olarak kabule mecbur değildir. Mecelle'nin zu'm-ı şer'îsi kısmen subjektif bir tahlilden başka bir şey miydi? Biraz sonra eserin ikinci kısmında tetkik edeceğimiz hüsn-i niyet telakkisi kısmen subjektif değil midir? Demek ki hâkim ta'mik-i keyfiyet edecektir.

Yukarıdaki misallerin dördüncüsünü tetkik ediniz, hareketimin nef' kaskına istinadını ispat benim için imkansız bir şeydir.

Saniyen: İstimal fiilinin saikleri de anlaşılacak icâb eder. İstimalin müstenedün-ileyhi olan hak, bir hakk-ı meşru mudur? Bu cihetle tebeyyün etmelidir. İşte buradaki tetkikin mevzûu objektiftir.

Demek ki subjektif ve objektif anâsırın tahlilinden sonra hâkim halline memur olduğu hâdiseyi şu iki kaideye tevfiğ mecburiyetindedir:

Birinci kaide: Sırf gayrın ızrarını istihdaf eden bir hakkın keyfiyet-i istimali meşru değildir (subjektif unsur).

İkinci kaide: Bir hak ancak meşru bir menfaatin sıyânet ve muhafazası için istimal olunur (objektif unsur).

Şu izahattan sonra bir hakkın suistimalinden münfehim olmak lazım gelen mânayı artık tespit edebiliriz. "Hakkın istimalinde şahsî âmiller arayan ve fertlerin efalini hayat-ı içtimâiye süzgecinden geçiren bir nazariyedir."<sup>12</sup>

Hulâsa hakkın suistimali keyfiyeti tahakkuk edebilmek için:

Evvelâ: Bir hakkın vücûdu şarttır. Binaenaleyh esasen haklı olmayan, bir hakka istinat etmeyen istimalde hakkın suistimali olamaz.

Saniyen: İstimalden bir zarar tevellüt etmelidir.

Salisen: Bu zarar kasdî olmalıdır.

Rabian: İstimale örf cevaz vermemelidir.

Hamisen: İstimalde sırf kasd-ı ızrardan başka bir saik bulunmamalıdır.

Şimdi bu izahatımızı birkaç misalde daha tatbik edelim:

Birinci misal: Aleyhinize senede müsteniden bir dava ikâme ediyorum. Huzûr-ı mahkemede imzayı inkâr ettiniz. İstiktâb icrasına karar verildi. Erbab-ı vukûf tetkikat icra eyledikten sonra imzanın size ait olmadığını bir raporla bildirdi. Ben buna muttali oldum ve yevm-i muhâkemede ispat-ı vücud etmedim. Mahkeme hakk-ı muhâkememin muvakkaten sukûtuna karar verdi. Şimdi siz Kanun-ı

<sup>12</sup> Josserand, *De l'abus des droits*, s. 50.

Medenî'nin ikinci maddesinin ikinci fıkrası mucebince aleyhime hakkın suistimali davası ikâme edebilir misiniz? Hayır! Çünkü sahte senetle dava ikâme etmek bir hak değildir ki hakkın suistimali mevzubahis olabilsin. Demek ki burada bâlâdaki beş şarttan birincisi yoktur. Belki burada hile vardır.

İkinci misal: Sizin kuyunuzu susuz bırakmak için kendi kuyumu tamamen boşaltıyorum. Fakat bu hareketim sizin suyunuzun eksilmesine mâni olmadı. İşte burada da hakkın suistimali yoktur. Çünkü istimalden bir zarar tevellüt etmemiştir. Bu ikinci şartın fıkhdânına bir misal teşkil eder.

Üçüncü misal: Bahçemdeki ağacı keserken sizin duvarınızı yıktım. Burada maddî bir zararınız var. Fakat hareketimin saiki sizi ızrar değildir. Kezâlik yaptırmakta olduğum inşaaata sarf edilmek üzere kuyudaki suyu istimal ediyorum. Susuz kaldınız, zararınız tahakkuk etti. Bu hâdiselerde hakkın suistimali olduğunu iddia edemezsiniz, çünkü üçüncü şart tahakkuk etmemiştir.

Dördüncü misal: Yanımdaki arsaya bir ev inşa ettiriyorsunuz. Benim bahçemin duvarı alçaktı. Sizin eviniz yükseldikçe ben de bahçemin duvarını yükseltiyorum. İsviçre Kanunu'nun şârihleri bu hâdiseyi hakkın suistimaline bir misal olmak üzere zikrederler. Fakat biz bu yolda telakki edemeyiz. Çünkü evimin harîmine bakamazsınız. Makarr-ı nîsvân olan mahalle, hakk-ı nezâretinizi örf men eder. Demek ki burada dördüncü şart yoktur.

Beşinci misal: Biri komşusunu tazip etmek istiyor ve köpeğine komşusunun ismini koyuyor. Her gün, her dakika köpeğini ismiyle çağırarak küfrediyor. İşte burada hakkın suistimali vardır. Köpeğinize istediğiniz ismi vermek hakkınızdır. Fakat bu hakkı, hâdisede olduğu gibi suistimal edemezsiniz. Kezâlik komşumun makarr-ı nîsvân mahalline bakmak için evime bir pencere açıyorum. Pencere açmak benim hakkımdır. Fakat burada örf-i mahallîye göre hakkımı suistimal etmiş oluyorum.

Şu izahat bize ikinci maddenin fıkra-i saniyesini kâfi derecede tenvir etmiştir. Şimdi yedinci maddenin ikinci fıkrasına geçebiliriz.

Mecelle, beyyinât meselesinde bütün teferruatı tamamen tespit etmiş bulunuyordu. Yeni Kanun-ı Medenîmiz bu hususta yalnız bir madde zikri ile iktifa etmiştir: "Kanun hilafını emretmedikçe tarafeynden her biri müddeasını ispata mecburdur (madde 6)". Resmî sicil ve senetler hakkındaki yedinci maddenin mevzubahis ettiğimiz fıkra-i saniyesi de bittabi bu esas dairesinde anlaşılmalıdır. Şu halde beyyinenin kime teveccüh etmesi îcâb edeceği hususunun tayini hâkime değil, belki kanuna aittir. Kanunumuzun bu sarâhati Roma hukukunun "*Actori incumbit onus probandi*

(Kâffe-i beyyine hak iddia eden kimseye teveccüh eder).” ve fikhın “el-beyyinetü li’l[-müddeî ve’l-yemînü alâ men enkerâ” (Beyyine müddeî için ve yemin münkir üzerinedir)] kaidelerine muvâfıktır. Her ne kadar madde-i kanuniyede “Borçtan teberrî ettiğini iddia eden kimse keyfiyet-i edâyı ispat etmelidir.” yolunda bir sarâhat mevcut değilse de kanunun ıtlâkı bu mânâyı da tazammun eder. Binaenaleyh gerek iddia sûretiyle olsun ve gerek def’en dermeyân edilsin müddeaların ispatı külfeti iddia edenlere müveccedir. Vâkıâ burada ikrarın tecezzisi meselesi vârid-i hatır olabilir. Fakat eserin mevzuu, Kanun-ı Medenî’nin hükkâmımıza bahşettiği hakk-ı takdirin derece-i vüs’atı olduğundan ikrarın keyfiyet-i tecezzisine müteallik nazariyat şimdilik bizi alakadar edemez. Bu, sûret-i umûmiyede beyyinât meselesinin bir fer’idir. Bunu âtiyen diğer bir risalede teşrih ederiz. Şimdi burada yalnız yedinci maddenin ikinci fıkrası, hâkime, resmî sicil ve senetlerin hükümden ıskâtı salâhiyetini vermiş midir, sualini tetkik edeceğiz.

Evvel-emirde maddeyi aynen yazalım:

“Resmî sicil ve senetlerin doğru olmadığı sabit oluncaya kadar münderecâtı ile amel olunur. Bu münderecâtın doğru olmadığını ispat bir şekl-i mahsusa bağlı değildir.”.

Bir kere madde-i kanuniyenin her iki fıkrasındaki “doğru olmadığı” kaydını sahih olmadığı (burada sahih kelimesini ıstılah mânasında değil, lügat mânasında istimal ediyorum) yani yanlış olduğu şeklinde anlamalıyız. Mesela bin lira bedel mukâbilinde size on bin lira kıymetindeki bir mücevherimi satıyorum. Senet kâtib-i adl huzurunda yapıldı. Semenın miktarına ve mebîn kıymetine nazaran bu doğru bir şey değildir. Fakat ben öyle arzu ettim. Kanunumuzun mukavelâtın feshine sebep gösterdiği şartlardan (cebir, hile, âdâba muhalefet, gabin, sebep-i mücbir, hata) hiçbirini de hâdisemize tatbik edilemiyor. Şimdi bu resmî olan bey’ mukavelenâmesinin fesadını iddia edebilmek için yedinci maddenin ikinci fıkrasına istinat edebilir miyim? Hayır! Çünkü benim size sattığım bir emr-i muhakkaktır. Binaenaleyh mâ-vaka’a, hale mutabıktır. Şu halde madde-i kanuniye ne lafzen, ne de ruhen hâdiseye tevâfuk etmiyor demektir.

Deminki misali biraz tadil edersek mesele değişir. Senet-i resmîde bâyi sıfatıyla ben gösterilmişim ve zîrinde de benim ismim yazılı. Fakat ben bu senedin yapıldığı tarihte mahall-i akd olan İstanbul’da bulunmuyordum. Bir diğeri benim nâmımı takınarak bu yolda bir akit yapmış. İşte madde-i kanuniye bu hâdisede kâbil-i tatbiktir. Çünkü vaka doğru değil. Binaenaleyh doğru olmamak keyfiyetini beyyine-i şahsiye ile de ispat edebilirim. Artık senede karşı senetle ispat-ı müddeâ îcâb eder diyemezsiniz; zira kanun bu bapta beni tamamıyla serbest bırakmıştır.

Buraya kadar olan tetkikatımızı hulâsa edecek olur isek izahat-ı sâlifeden şu mühim ve esaslı neticeyi istihsâl ederiz: “Hükkâm, takdirâtında subjektif hareket edemezler.”

Mevzûun itmamı için bir meselenin tahliline daha lüzum vardır: Hüsn-i niyet. Eserin ikinci kısmında bunu tetkik edeceğiz.

## 2. Kısım: Hüsn-i Niyet Nazariyesi

Yeni kanunların müdevvenât-ı mer'iyemiz arasına ithal ettiği bu nazariyenin anlaşılabilmesi için hukukun hayat-ı maziyesini tetkik mecburiyetindeyiz. Malumdur ki hukuk zî-hayat bir ilimdir. O da taazzuv ve tekâmül kaide-i ezeliyesine tâbi olur. Bu nokta-i nazardan Roma hukuku bir müntesib-i hukuk için daima elzemdir. Çünkü telakkiyât-ı hukukiyenin taazzuvunu, tekâmülünü, inhilâlini orada adım adım takip edebilirsiniz.

Hüsn-i niyet nazariyesi ne gibi avâmilin taht-ı tesirinde vücut bulmuş ve ne gibi tekâmül devreleri geçirmiştir. İşte evvel-emirde bu cihetleri tetkik edeceğiz. Hüsn-i niyet nazariyesinin esaslarına Roma hukukunda tesadüf ediyoruz. Binaenaleyh evvelâ Roma hukukundaki hüsn-i niyet telakkisinden bahsedelim.

### 1. Roma Hukukunda Hüsn-i Niyet

Bu bahiste hüsn-i niyet nokta-i nazarından Roma hukukunu baştan başa tetkik edecek değiliz. Roma hukukunda hüsn-i niyet nazariyesinin tenemmüv ettiği bazı müessesât-ı hukukiyeyi izah, mevzûmuz için kâfi gelir.

#### A) Mürur-ı Zaman

Roma hukuku mürur-ı zaman meselesinde hüsn-i niyet telakkisine temas etmiştir. Roma'nın On İki Levha Kanunlarına nazaran bir malda mütemâdî tasarruf mürur-ı zamana bir sebep teşkil eder. Bidayette bu müddet, menkulatta bir ve gayrimenkullerde iki seneydi. Fakat bu, bizim şimdiki telakkiyâtımız dairesinde bir mürur-ı zaman mânasını ifade etmezdi. Belki kanunun tayin ettiği eşkâl ve merasime riayet olunmamasından dolayı zahiren veya bâyiin malını bey'e salâhiyeti bulunmamasından dolayı esasen tamam olmayan akitlerin ikmâl-i sıhhatine yardım eden bir mürur-ı zamandı. Buna *usucapion* nâmı verilmişti. İşte tarih-i hukukta mürur-ı zamanın ilk nüvesine burada tesadüf ediyoruz. Bundan maksat da mülkiyetin muallakta kalmamasını temindi. Mademki kanunen mal sahibi olan kimse bu müddet zarfında bir maldaki mülkiyetini istirdata teşebbüs

etmemiştir; artık müddeînin o maldaki hakk-ı mülkiyetini kanun nez' etmiş olur. Demek ki bu şerâit dairesindeki mürur-ı zaman, Roma hukukuna nazaran bir mülkiyet ifade ediyor.

Bundan sonra yeni bir mürur-ı zaman esası vaz' olundu: *La prescriptio longis temporis*. Bu mürur-ı zaman, ilk defa malın zilyedine bahşolunan ve herhangi bir müstahikke karşı makam-ı def'ide dermeyân edilebilen bir vâsıta-i müdâfaa idi. Roma'nın tevessüü artık On İki Levha Kanunlarındaki mürur-ı zaman müddetinin burada tatbikine müsaade edemezdi. Binaenaleyh bazı nizâmât ile bu müddet gaipler arasında yirmi ve hâzırlar arasında on seneye iblâğ edildi. Fakat ilk mahiyetini de tamamen zâyî etti. Çünkü On İki Levha Kanunlarının tayin ettiği bir ve iki senelik mürur-ı zamanlar mülkiyet bahşediyorlardı. Halbuki on ve yirmi senelikler mülkiyeti nâkil addedilmiyordu; belki hakk-ı mütâlaanın mesmû olmamasını intaç ediyordu. Aradaki fark şuydu: Zilyedin her ne sûretle olursa olsun tasarrufu nez' edilirse iddia-yı mülkiyette bulunamaz. Halbuki *usucapion* mucebince mülkiyeti sabit olduğundan tasarrufun nez'i zilyede iddia-yı mülkiyet hakkını bahşederdi.

Daha sonraları 531 sene-i milâdisinde bu iki nev' mürur-ı zaman tevhid edildi ve *usucapion* menkûlâta müteallik ve üç seneye, diğer *prescription longis temporis* ise gayrimenkullere ait ve on ve yirmi seneye tâbi mürur-ı zamana alem ittihaz olundu. Bunların yanında bir de otuz senelik diğer bir mürur-ı zaman vardı ki her iki nev'e de şâmildi:

1. Mülkiyeti nâkil mürur-ı zaman; muhik bir sebep olmaksızın hüsn-i niyetle tesâhüb edilen bir gayrimenkul otuz sene müddetle zilyedi tarafından istimal olunursa mülkiyet zilyede intikal eder.

2. Makâm-ı def'ide istimal olunan mürur-ı zaman; sû-i niyetle tesâhüb edilen bir gayrimenkul otuz sene müddetle zilyedi tarafından istimal olunursa hakiki mal sahibinin hakk-ı mutâlebesine mâni teşkil eder; yani davası istimâ olunmaz.

İşte görülüyor ki mürur-ı zaman hüsn-i niyetin vücûduna müftekindir. Hakk-ı davayı itfâ eden bu ikinci nev' otuz senelik mürur-ı zaman bertaraf edilirse, Roma hukukuna nazaran meselenin üç nokta-i nazardan tetkiki îcâb eder:

1. Zilyedin şahsı.
2. Tasarruf olunan mal.
3. Müddet-i tasarruf.

İkinci ve üçüncü nokta-i nazarların tetkikine lüzum görmüyorum; mevzûmuza pek temas etmez. Birinci nokta-i nazardan nâkil-i mülkiyet olan mürur-ı zama-

nın cereyan edebilmesi için evvelâ mala vaz'-ı yed edilmesi, saniyen vaz'-ı yedin hüsn-i niyete makrûn olması şarttır.

Mala vaz'-ı yedi bir tarafa bırakalım. Hüsn-i niyete gelince Roma hukuku burada vâzı'u'l-yed olan kimsenin hüsn-i niyet sahibi olmasını kasteder ve burada "hüsn-i niyet", "muhik sebep"ten büsbütün ayrıdır. Muhik bir sebeple mal iktisap ettiğini iddia eden kimse sebebin muhik olduğunu ispata mecbur olur. Halbuki hüsn-i niyet, hilâfı yani sû-i niyeti sabit oluncaya kadar mevcut farz edilir. Diğer taraftan "hüsn-i niyet", makamına kaim olanlara da intikal eder; çünkü mefruzdur. Mesela varis, murisinin hüsn-i niyetle ziyet olduğu bir mala vaz'-ı yed edebilir. Varisin sû-i niyet sahibi olmasının tesiri yoktur. Zira varis, murisi makamına kaimdir. Fakat mûsâ-leh, müteveffâ makamına kaim olamayacağından bu kaideden istifade edemez. İşte burada hüsn-i niyet esasına tesadüf ettik.

#### B) Bir Malın Tebdîl ve Tağyiri (*Specification*)

Bu esas-ı hukukînin istinat ettiği faraziye şudur: Bir kimse diğerine ait olan bir malı almış ve kendi sa'y u ameli ile o mala yeni bir şekil vermiştir. Üzümün şaraba ifrâğı, bir maden parçasının vazoya kalbi, tahtalarla bir kayık îmalı gibi. Şimdi şu sûretle tebdîl ve tağyir olunan malın sahibi kimdir?

Bidayette Roma erbâb-ı hukuku malın esas mülkiyeti mademki başkasına aitti, ba'de't-tebdîl de yine eski sahibine ait olması lazım gelir mütalaasında bulunmuşlardır. Fakat sonraları tebdîl olunan malın başka bir hüviyet arz etmesine binaen, mülkiyetin ameli mesbuk olan kimseye aidiyeti kabul edilmiş ve nihâyet bu iki muhalif re'yin bir şekli-i mutavassıtı bulunmuştur. Bu son şekle nazaran malın hâl-i sâbıkına ifrâğı mümkün ise (vazonun ba'de'l-isâğa maden parçası haline gelmesi gibi) eski sahibine, değil ise (şarabın üzüm haline iadesi gibi) ameli sebk eden kimseye ait olacaktır. Fakat bu sûret-i hall mutlak değildi. Belki âmilin hüsn-i niyet sahibi olması ile mukayyet idi. Âmil hüsn-i niyet sahibi ise üzümün bedelini vermek şartıyla şaraba mâlik olurdu. Kezâlik vazoyu imal eden kimse hüsn-i niyet sahibi olduğu takdirde maden parçasına sanatıyla izâfe ettiği fazla kıymeti sahibinden isteyebilirdi. Görülüyor ki "hüsn-i niyet" nazariyesinin bu hâdisede dahi mühim bir mevkiî vardır.

#### C) Takas ve Mahsup (*Compensation*)

Bu, iki kimsenin yekdiğerine karşı aynı zamanda alacaklı ve borçlu olması ihtimalinde nazar-ı dikkate alınan bir esas-ı hukukîdir. Mesela benim sizden yüz lira matlûbum var. Sizin benden aynı miktarda bir alacağınız olduğunu

farz edelim. Şu halde her ikimizin zimmeti yekdiğerimize karşı aynı meblağla meşguldür. Şimdi ben sizden matlubumu dava edebilir miyim? Tafsilattan sarf-ı nazar Roma hukuku buna cevaz vermiyordu. Çünkü benim davamın esası hüsn-i niyete müstenit değildir. Vâkıâ dâyinin alacağını talep etmesi bir haktır. Fakat bu hakkın istimalinde bir fayda mutasavver değildir. İşte bu sebebe mebni Roma hâkimi müddeînin def'ini dinledikten sonra müddeînin davasını reddetmeye mecburdu. Muâmelâtın tevsi ile bu esas daha ileriye götürüldü. Filhakîka Romalılar, tediâtı bankerler vesâtatıyla yaparlardı. Şu sûretle bankerler hem dâyin, hem de medyûn mevkiine geçerlerdi. Nâmına tediye ettikleri mebâliğden dolayı dâyin, kabz ettikleri mebâliğden dolayı da medyûn idiler. Bunu nazar-ı dikkate alan Roma erbâb-ı hukuku, ikâme-i dava takdirinde bankeri bilanço i'tâsına mecbur tutmuşlardı. Şu sûretle bir banker borcunun tenzilinden sonra mütebâkî kalan mebâliği talep edebiliyordu. Ancak Roma hukukuna nazaran deyn ile matlûbun kâbil-i takas olması şarttı. Müeccel bir deyn, muaccel bir alacakla takas edilemez.

İşte lâ-alettâyin intihap ettiğimiz bu üç meselede “hüsn-i niyet” nazariyesine tesadüf ediyoruz. Görülüyor ki Roma hukukunda hüsn-i niyet (*bona fidei*) bir kimşenin kanaat-ı şahsiyesi mefhumundadır. Yani buradaki telakki, sırf subjektiftir<sup>13</sup>.

## 2. Alman Hukukunda Hüsn-i Niyet

Alman Kanun-ı Medenîsi asr-ı hâzırın en muazzam bir abide-i hukukîsidir. Alman hukuk-şinaslarının senelerce devam eden çetin mesailerini neticesinde husûle gelmiştir. Böyle derece-i tekâmüle varan bir eser-i hukukînin bütün hukuk âlemi üzerinde tesirâtı inkâr olunamaz. Nitekim İsviçreliler de bu eserden pek çok istiâne ettiler. Binaenaleyh kanunumuzun derece-i şümûlünü anlamak için Alman Kanun-ı Medenîsi'nden bahsi, faydasız telakki etmemeliyiz.

Alman Kanun-ı Medenîsi hüsn-i niyeti menkulâta müteallik hakk-ı mülkiyet bahsinin üçüncü maddesini teşkil eden 932'nci maddesinin son fıkrasında izah etmiştir. Fakat maddenin mâtûfun-aleyhi olan 929'uncu madde görülmedikçe 932'nci maddeden çok bir şey anlaşılabilir. Binaenaleyh bu iki maddeyi aynen tercüme ediyorum:

“929'uncu madde: Bir mal-i menkulün mülkiyetini nakledebilmek için mâlikin o menkulü müşteriye teslim etmesi ve her iki tarafın mütekâbil rızalarının tevâfuku şarttır. Müşteri mala evvelce zilyet ise rıza-yı tarafeynin husulü kâfi gelir.

<sup>13</sup> 4 numaradaki [subjektif ve objektif kavramlarıyla ilgili] hâmişe müracaat.

932'nci madde: Mal-i menkul bâyiye ait olmasa dahi 929'uncu maddeye tevfikân yapılan bey', müşterinin hüsn-i niyeti bulunmak şartıyla, müşteriye mebîye mâlik kılar. Müşteri, bâyi nâmına mala vâzı'u'l-yed ise 929'uncu maddenin fıkra-i saniyesi bu hükme tâbi değildir.

Malın bâyiye ait olmadığına muttali olan veya adem-i ıttılâ kendi ağır kusurundan tevellüt eden müşteri hüsn-i niyet sahibi addolunamaz.”.

Bu son fıkra-i kanuniyeden anlaşılıyor ki bazı ahvâlde müşteri hüsn-i niyet iddiasında bulunamaz ve hüsn-i niyetin fıkdanı, mülkiyetin nakline bir mâni teşkil eder. İşbu fıkradaki hüsn-i niyet sübjektif olduğu cihetle Alman Usul-ı Muhâkeme-i Hukukiye Kanunu'nun 445'inci maddesi mücebince müşteriye yemin teveccüh eder<sup>14</sup>.

Fıkra-i kanuniyedeki bu sarâhatin tahdidî bir mahiyeti haiz olduğu iddia olunamaz. Yani “hüsn-i niyet” şu iki şartın fıkdanına mütevakıftır denilemez, çünkü hüsn-i niyet esasından mülhem olan pek çok mevadd-ı kanuniye mevcuttur.

Mukavelâtın tarz-ı tefsirinde 157'nci madde, şarta muallak vecâibde 164'üncü madde, keyfiyet-i edâda 242, 320, 815'inci maddeler, mürur-ı zamanda 937 ve 945'inci maddeler, tasarruf mesâilinde 990, 991, 1007'nci maddeler, menkulün rehinde 1208'inci madde ilh... hep hüsn-i niyet esasına nazar-ı dikkate alınmıştır<sup>15</sup>.

Burada bütün bunlardan bahse eserin müsaadesi yoktur. Binaenaleyh yalnız misal olarak 157'nci maddeyi tetkik edelim.

“157'nci madde: Mukavelâtın, taalluk ettikleri hâdiselerdeki örfte muvâfik olarak, itimat ve hulûs-i mütekâbil dairesinde tefsir edilmeleri icâb eder.”.

Alman Kanun-ı Medenîsi bu maddesi ile mukavelâtın tarz-ı tefsirine dair mühim bir esas vaz' etmiş oluyor. Burada tarafeyne ait iki vasıf kullanılmıştır: İtimat ve hulûs. İtimada hulûs ile mukabele lazım gelir. Binaenaleyh hulûsundan istifade etmek suretiyle, bir tarafın taraf-ı diğere hudud-ı rızası hilâfına tahmil-i vecîbeye salâhiyeti yoktur. Hâkim burada tarafeyn-i âkideynin ayrı ayrı rızasının tahlilinden ziyade rıza-yı müştereki tahlile mecbur kalıyor. Yani tahlil olunacak cihet rızaların telâhuk ettiği noktadır. Bunun için de hâkimin elindeki kıstas “hüsn-i niyet”tir. Demek ki bir taraf, diğerini iğfal edemez. İşte bu maddenin sübjektif cihetidir.

Fakat madde-i kanuniyede diğer bir nokta daha var. Filhakîka ne kadar tafsilat verilirse verilsin tarafeynin bütün ihtimâlât-ı müstakbeleyi nazar-ı dikkate alma-

<sup>14</sup> Tome Troisième, *Code Civil allemand traduit et annoté par le Comité de la législation étrangère*, Paris, 1904, C. II, s. 547.

<sup>15</sup> 10 numaralı hâmişteki eserin dördüncü cildinin 396'ncı sahifesine müracaat.

ları hemen imkansız gibidir. Hatta alelekser tarafeyn imzaladıkları mukavelenin mâna-yı hakikisini bile anlamazlar. Binaenaleyh mukavelâtın bu nevâkısını ikmâl edebilecek bir makamın vücûduna ihtiyaç vardır. Bu makam kuvve-i kazâiyedir. Şu halde hâkim işbu nevâkısı hayat-ı içtimâiyemize tevfikân ikmâl ve itmâm eder. İşte bu nokta tamamen objektiftir.

Ancak tarafeyn, mukaveleye teamülün tatbik edilmemesine dair bir kayıt koyabilirler; bu muteberdir. Fakat bertaraf etmek istedikleri teamül âdâb-ı umûmiyeye müteferri ise, yani tarafeynin vaz' ettikleri kayıt bi'n-netice mukavelenâmeyi âdâb-ı umûmiyeye muhalif bir hale vaz' ediyor ise o zaman şart muteber olmaz. Şayet "hüsn-i niyet" esasını bertaraf eden bir kayıt mukavelede münderiç ise yalnız kayıt bâtıl olmaz; belki bütün mukavele bâtıl olur. Demek ki 157'nci madde ne tamamen subjektif ve ne de münhasıran objektif bir gaye istihdaf eder. Belki kaide-i nısfetin örfe muvâfık bir sûrette tespitini emreyler<sup>16</sup>.

İşte şu sûretle "hüsn-i niyet" mefhumu hakkında gayr-ı vazıh olsa dahi bir fikir edinmiş oluyoruz. Şimdi artık yeni kanunlarımızın tetkikine geçebiliriz.

### 3. Kanun-ı Medenî ile Borçlar Kanunu'nda Hüsn-i Niyet

"Hüsn-i niyet" kelimesine Kanun-ı Medenîmizin ikinci ve üçüncü maddelerinde tesadüf ediyoruz. Tetkîkât-ı âtiyemize esas teşkil edeceği cihetle bu maddeleri aynen yazalım:

"Madde 2: Herkes, haklarını istimalde ve vecibelerini ifada hüsn-i niyet kaidelerine riayetle mükelleftir. Bir hakkın sırf gayrı ızzar eden suistimalini kanun himaye etmez. Madde 3: Bir hakkın doğumu için kanunen hüsn-i niyet şart kılınan hallerde asıl olan, onun vücûdudur. Ancak, îcâb-ı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarf etmeyen kimse hüsn-i niyet iddiasında bulunamaz."

İkinci maddenin fıkra-i saniyesi, eserin birinci kısmında tetkik edildiği cihetle burada tekrar bahse lüzum yoktur. Şu halde maddenin birinci fıkrası ile üçüncü maddeyi mevzubahis edeceğiz.

İkinci maddede vâzı'-ı kanun birtakım kavâidin vücûdunu farz ettikten ve bunun ismine de "hüsn-i niyet kaideleri" dedikten sonra her ferde şu yolda bir vecibe tahmil ediyor: Hakkınızı istimal ederken ve borcunuzu edâ eylerken bu kaidelere riayetle mükellefsiniz! Demek ki yalnız herhangi bir hakkımı istimalde değil, belki borcumu ifada dahi hüsn-i niyetle hareket etmeliyim. Kanun bu iki

<sup>16</sup> 10 numaralı hâmiştteki eserin birinci cildi. Sahife 188 ile 190.

maddede “hüsn-i niyet” kelimesini üç defa kullanmıştır. Şimdi ikinci maddedeki hüsn-i niyet kelimesinin mânasını ve bi'n-netice “hüsn-i niyet kaideleri”nin nelerden ibaret bulunduğunu anlamak için kanunumuzu baştan başa tetkik etmeliyiz. Ancak bu tetkikat neticesindedir ki en sağlam esas-ı hukukîye destres olabiliriz.

Bu nokta-i nazardan tetkîkata başladığımız zaman Kanun-ı Medenîmizin mesela 618 ve 710'uncu maddelerinin ikinci fıkraları ile 661, 662, 669, 671, 714'üncü maddelerine ve Borçlar Kanunumuzun dahi ikinci maddesinin fıkra-i saniyesi ile 16, 80, 91, 17, 174 ve 180'inci maddelerine tesadüf ediyoruz.

Şu ciheti evvel-be-evvel tasrih edeyim ki tetkîkât-ı âtiyemizde bu maddeler hükmünü yalnız ikinci maddenin “hüsn-i niyet”i nokta-i nazarından tahlil edeceğiz. Yoksa maddelerin bütün izahına girişecek değiliz. Şimdi maddeleri sırayla ve kemâl-i dikkatle okuyalım. Bilhassa maddelerdeki “işareti arasına alınan kelimelerde fazla düşünmeye mecburuz.

“Madde 618: Bir şeye mâlik olan kimse o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir. ‘Haksız olarak’ o şeye vaz’-ı yed eden herhangi bir kimseye karşı istihkak davası ikâme ve her nev’ müdahaleyi men edebilir.

Madde 661: Bir kimse mülkünü kullanırken hele sınaî işler yaparken komşusuna ‘zarar verecek her türlü taşkınlıklardan’ çekinmeye mecburdur.

Hususiyle mazarrat veren ve gayrimenkulün ‘mekki ve mahiyetine ve mahallî örfü’ göre komşu arasında ‘hoş görülebilecek derece’yi geçen gürültüler ve sarsıntılar yapmak ve duman ve kurum ve ‘rahatsızlık veren’ sair toz, buğu, koku çıkartmak memnudur.

Madde 662: Bir mülk sahibi, hafriyat ve inşaatta bulunurken komşusunu arsasına zarar vererek veya zarara maruz bırakarak veya üzerlerindeki mebâniyi tehlikeye koyarak, ‘ızrar’ edemez.

‘Komşuluk kaideleri’ne muhalif olarak yapılan inşaatta başkasının arazisine tecavüz halindeki hükümler tatbik olunur.

Madde 669: Bu tesisat (su yolu, gaz ve elektrik boruları gibi) mülkünden geçen kimse, menfaatinin ‘munsifâne’ nazara alınmasını talep edebilir; Fevkalâde ahvâlde ve tesisat gayrimenkulün üstünde ise üzerine tesisat yapılacak münasip bir kısmının kendi zararını tamamıyla telafi edecek bir ivaz mukâbilinde alınmasını isteyebilir.

Madde 671: Tarîk-i amme çıkmak için kâfi bir yolu bulunmayan gayrimenkul sahibi tam bir ivaz mukâbilinde komşularından kendisine geçmek için ‘münasip’ bir yerin terkinini talep edebilir. Bu hak mülklerin ve onlara giden yolların evvelki hallerine göre bu yolun ‘nereden geçmesi lazım geliyorsa’ oranın mâlikine ve îcâbında bu yolun açılmasından ‘en az’ mutazarrır olan kimseye karşı istimal olunur. Bu yolun tayininde tarafeynin menfaatleri gözetilir.

Madde 710: İrtifak hakkının sahibi hakkını muhafaza ve ondan istifade için iktizâ eden bütün tedbirleri ittihaz edebilir ve hakkını ancak tahmil edilen gayrimenkulün sahibine ‘en az zarar verecek tarzda’ istimal eder.

Tahmil edilen gayrimenkulün sahibi irtifak hakkının istimalini hiçbir sûretle men edemeyeceği gibi *'işkâl'* dahi edemez.

Madde 714: İrtifak hakkı, tesis olunduğu gayrimenkulün bir kısmı üzerinde ise; tahmil edilen gayrimenkul sahibi, menfaati olduğu ve masrafını da deruhte ettiği takdirde; gayrimenkulün *'o hakkın istimalini işkâl etmeyecek'* bir yerine, naklini isteyebilir. Bu salâhiyet, irtifak hakkının tesis olunduğu mahal tapu sicilinde kaydolunmuş olsa bile yine istimal olunabilir.

*'Komşuluğa müteallik hükümler'*, mecraların bir yerden diğer yere naklinde dahi cârîdir.”.

Şimdi Borçlar Kanunu'na geçiyorum:

Madde 2: İki taraf akdin esaslı noktalarında uyuşurlar ise ikinci derecedeki noktalar sukûtle geçilmiş olsa bile akde münakid olmuş nazarıyla bakılır.

İkinci derecedeki noktalar hakkında uyuşulamadığı takdirde hâkim, *'işin mahiyetine'* bakarak onları tayin eyler.

Akitlerin şekillerine müteallik hükümler mahfuzdur.

Madde 80: Akdin hükmünden veya *'mahiyetinden'* veya *'hâl-i îcâbı'*ndan iki tarafın hilâfını kast ettikleri anlaşılmadığı takdirde, borçlu borcunu vadesinden evvel ifa edebilir. Şu kadar ki borçlunun, vadeden evvel tediye bulunmasından dolayı mukavele ile veya *'âdeten'* mezun olmadıkça bir miktar tenzilat icrasına hakkı yoktur.

Madde 91: Alacaklı mütemerrit olduğu takdirde borçlu hasar ve masrafları alacaklıya ait olmak üzere vereceği şeyi tevdi ederek borcundan berâet edebilir. Tevdi edilecek yeri, tediye yerindeki hâkim *'tayin'* eder. Fakat ticarî eşya, hâkimin kararı olmaksızın dahi bir ardiyeye tevdi edilebilir.

Madde 170: Tediye makamına kaim olmak üzere bir alacak temlik edilip de ne miktar tenzîl edileceği *'tayin edilmemiş'* ise temellük eden kimse ancak borçludan bilfiil tahsil ettiği yahut *'lazım olan'* ikdamı sarf eylediği halde tahsil etmiş olduğu miktarı kendi alacağına mahsup etmekle mükelleftir.

Madde 174: Evvelki borçlunun yerine yenisinin kaim olması ve borçtan berâeti borcun nakli müteahhidi ile alacaklı arasında yapılacak akit ile vuku bulur.

Bu akdin îcâb edildiği borcun nakli, müteahhidi veya onun müsaadesiyle evvelki borçlu tarafından borcun nakli mukavelesinin alacaklıya bildirilmesinden *'istidlal'* olunabilir.

Alacaklının rızası ya sarîh olur veya *'halin îcâbından'* anlaşılır. Alacaklı ihtirâzî kayıt dermeyân etmeksizin borcun nakli müteahhidinin tediyesini kabul eder veya bunun borçlu sıfatı ile yaptığı diğer her hangi bir muameleye râzı olursa borcun naklini kabul etmiş addolunur.

Madde 180: İki müteahhit karşılıklı alacak ve vereceklerini birbirine nakletmek sûretiyle birleştirdikleri halde her birinin alacaklıları mâmelekin '*temlikinden doğan*' hakları haiz ve yeni taahhüt bütün borçlardan mesul olur.

Tesis olunan kolektif ve komandit şirketleri hakkında bu şirketlerin iktisap ettikleri şahsî taahhütlerin borçlarından dolayı, aynı hükümler tatbik olunur.”.

Kanun-ı Medenî ile Borçlar Kanunu'ndan cem' olunan işbu maddelerdeki işaret edilen kelimeler tahlil olunursa hüsn-i niyet kaidelerinin ne demek olduğu tezâhür eder. Mesela 710'uncu maddedeki 'haksız olarak' kaydı, eserin mukaddemâtında hak ve nısfet kaidelerine mütedair verilen izahattan da anlaşılacağı üzere hak kaidesine muhalif olarak demektir. 661'inci maddedeki 'komşusuna zarar verecek her türlü taşkınlıklardan' kaydı, örf-i mahallînin taşkınlık addettiği hareketler mânasına gelir. 671'inci maddedeki 'en az' tabiri şerreynden ehaffin ihtiyarı zaruri olduğunu âmirdir. Borçlar Kanunu'nun ikinci maddesindeki 'işin mahiyetine göre' kaydıyla, mümâsil hâdiselerde cârî olan örf, tahkim edilmiş oluyor.

El-hâsıl mevadd-ı muharreredeki kayıtlar hep objektif mahiyeti haizdirler. Şu halde Kanun-ı Medenîmizin ikinci maddesinin fıkra-i ûlâsındaki 'hüsn-i niyet', hak, örf, îcâb-ı hal gibi objektif kaidelere teferru eder. Demek ki burada 'hüsn-i niyet' kaideleri tabirinden münfehim olmak lazım gelen mâna hakkın, örfün, îcâb-ı halin ilh... taknin ettiği kaidelerdir. Madde-i kanuniye efrâda hakkı istimalde ve vecîbeleri ifade işte bu kaidelere tevfiğ-i hareket lüzumunu emrediyor.

Şu halde Kanun-ı Medenîmizin ikinci maddesindeki esas, Alman Kanun-ı Medenîsi'nin 157'nci maddesindeki esastan başka bir şey değildir. Ancak Alman kanunu bu esası bizim Borçlar Kanunu'ndaki ikinci maddenin hükmünü tespit vesilesiyle vaz' etmiştir. Türk kanunu ise bunu daha umûmi bir kaide şeklinde vaz' ediyor. Fakat arada şâyân-ı ehemmiyet bir fark vardır: Alman Kanunu'nun 157'nci maddesindeki subjektif unsuru yeni kanunumuz ikinci maddeden çıkarmıştır.

Üçüncü madde nokta-i nazarında kanunumuzu tetkik ettiğimiz zaman yine bazı hükümlere tesadüf ederiz. Ancak bu hususa müteferri maddelerin kesreti hasebiyle cümlesinin burada zikrine lüzum görmüyorum. Yalnız maddeleri işaret edeceğim. Ve terkiâtî tetkikâtımıza devam edebilmek için birkaç tanesinin metnini yazacağım.

Kanun-ı Medenîmizle Borçlar Kanunu'nun ve Kanun-ı Medenî'nin Sûret-i Mer'iyet ve Şekl-i Tatbiki Hakkındaki Kanun'un üçüncü maddeye müteferri mevaddı şunlardır:

Kanun-ı Medenîde: 84, 114 fıkra 3, 125 fıkra 1, 126 fıkra 1, 156 fıkra 2, 159 fıkra 3, 198 fıkra 2, 213 fıkra 2, 288 fıkra 2, 328 fıkra 3, 360 fıkra 3, 508 fıkra 1, 527 fıkra 2,

558 fıkra 3, 579 fıkra 1, 638, 649, 650, 687 fıkra 2, 701, 711 fıkra 2, 834, 835, 836 fıkra 2, 843 fıkra 3, 853 fıkra 2, 864 fıkra 3, 893 fıkra 2, 899 fıkra 1, 901, 902 fıkra 2, 903, 904, 906, 907 fıkra 1, 908 fıkra 1, 931, 932 fıkra 1, 933 fıkra 2.

Kanun-ı Medenî'nin tatbikine mütedair kanunda: 22, 38.

Borçlar Kanunu'nda: 34, 36, 39, 62, 64, 154, 165, 268, 412, 450, 452.

Şimdi bu maddelerden birkaç tanesini tetkik edelim:

“[Türk Kanun-ı Medenîsi] Madde 84: Nişanlılardan biri, muhik bir sebep yok iken nişanı bozduğu veya tarafeynden birine atfedilecek bir kusur yüzünden nişan bozulduğu takdirde taksiri olan taraf; diğer tarafa, ana ve babasına veya bu hususta onlar gibi hareket eden sair kimselere hüsn-i niyet ile ve nikahın icra olunacağı kanaati ile ihtiyar ettikleri mesârife mukâbil münasip bir tazminat vermeye mecburdur.

[Borçlar Kanunu] Madde 62: Borçlu olmadığı şeyi ihtiyarıyla veren kimse, hataen kendisini borçlu zannederek verdiğini ispat etmedikçe, onu istirdat edemez. Mürur-ı zamana uğramış olan bir borcu edâ yahut ahlâkî bir vazifeyi ifa için verilen şey, geri alınamaz.”.

Üçüncü maddeye teferru eden mevadd-ı kanuniyenin kesreti, nazar-ı dikkati celbeden mühim bir noktadır. Bundan başka Kanun-ı Medenî, Borçlar Kanunu'ndan fazla ‘hüsn-i niyet’ ile alâkadar olmuştur. Borçlar Kanunu'nda üçüncü maddeye müteferri olan bir hüküm bulduğumuz halde Kanun-ı Medenîde otuz dokuz maddeye tesadüf ettik. Çünkü Kanun-ı Medenî'nin ahkâmı bütün cemiyeti alâkadar eder. Halbuki Borçlar Kanunu birkaç kimse arasındaki münasebete mütedairdir.

İşte nazar-ı dikkatimizi celbeden bu noktalardan şu mütalaayı istihraç edebiliriz: Vâzı'-ı kanun, herkesin ahlâk prensiplerine ittibâ etmelerini istiyor. Cemiyetin teâlî ve tekâmülü nâmına bu şâyân-ı şükrandır. Fakat ahlâk prensipleri subjektif bir telakkiden başka bir şey değildir.

Binaenaleyh birçok maddeleri ile ferdin “hüsn-i niyet”ine büyük bir itimat gösteren vâzı'-ı kanun, ‘hüsn-i niyet’i iki mânada kullanmıştır. Birinci mânaya göre “hüsn-i niyet” cemiyet kaidelerine, insanlık şiarına muvâfık hareket demektir. Bu objektiftir ([Türk Kanun-ı Medenîsi] ikinci maddenin birinci fıkrası). İkinci mânaya göre ise, vicdan-ı beşerin doğru addetmesi demektir. Bu subjektiftir ([Türk Kanun-ı Medenîsi] üçüncü madde).

Bu kadar vâsi ve umûmi bir nazariye ihdasına neden lüzum görüldü? Çünkü kanunlar, teferruatı ne kadar müdekkikane tespit ederlerse etsinler, sû-i niyetle harekete mâni olamazlar. En girift kanunların kayıtlarından istifade zeka-i beşer için daima mümkündür. İşte Mecelle'nin menbaini teşkil eden ‘fıkıh’ta bunun bariz bir misaline tesadüf ederiz.

Vâkıâ yeni kanunlarımızdaki şümûlü haiz olmamakla beraber Mecelle'de subjektif hüsn-i niyet addedilebilecek bir "zu'm-ı şer'î" esası vardır. Fakat ona mukâbil yalnız muamelât kısmında değil hatta itikadât mesâilinde bile o kadar çok "hiyel-i şer'îye" mevcuttu ki bunların belâgat-ı bâhiresi karşısında fikhın ahlâkî esaslara ibtinâ ettiği iddiası, imkan-ı ispatı olmayan kavî-i mücerreden ibaret kalırdı. Yalan yere yemin, kebâirdendi. Fakat "lehv"den müştak bir kelime kullanılırsa hâkimin bunu yemin addetmesine ve binaenaleyh iğfal ile hükm-i hâkim istihsâl olunmasına rağmen insan yemininde hânis olmuyordu. Kezâlik "vehebtü (hibe ettim)", "kabultü (kabul ettim)" kelimeleri ile elden ele dolaşan ve nihâyet tamamıyla yine sahibinin cebine giren paradan mahzâ şu tedavül-i muvakkat hasebiyle pek büyük menâfi-i uhreviye tevehhüm edilmişti. Vekâlet-i devriye ile tevkil lüzum ifade etmesine rağmen bunun da hile-i şer'îyesi vardı. Bütün bunlar hüsn-i niyetle mütehassis olan efrâda karşı insafsızca istimal olunabilirdi. İşte 'hüsn-i niyet'i unsur-ı hâkim addetmeyen Mecelle, teferruata mütedair kılı kırk yaran kesret-i menâbiine rağmen sû-i niyet sahiplerini pek çok ahvâlde mesuliyetten kurtarırdı.

Halbuki bâlâyâ yazdığımız Borçlar Kanunu'nun 62'nci maddesini tahlil edecek olursak subjektif hüsn-i niyet nazariyesinin şümûl-i ulviyetini kolaylıkla anlarız. 62'nci madde Borçlar Kanunu'nun üçüncü faslına ve üçüncü fasıl ise haksız bir fiil ile mal iktisâbından doğan borçlara aittir. Faslın hey'et-i umûmiyesinden müstefâd olan hüküm şudur: Bizatihi meşru bir fiil neticesinde olsa bile kâide-i nısfete münâfi olarak mal iktisâb edilemez. Demek ki meşru olmayan efal, bu faslın daire-i şümûlüne giremez; hile, gasp gibi.

Sûret-i umûmiyede kanunumuz bu esas, bazı ihtimalleri nazar-ı dikkate alarak izah ediyor:

- 1- Tahakkuk etmeyen bir sebebe müsteniden yapılan edâ.
- 2- Vücûdu nihâyet bulmuş bir sebebe istinâd eden istifa.
- 3- Hataya müstenid bir sebeple vâki olan tediye.

İşte buna binaendir ki muteber olmayan veya tahakkuk etmemiş bulunan veyahut vücûdu nihâyet bulmuş olan bir sebebe müsteniden ahz olunan şeyin iadesi lazım geliyor ([Borçlar Kanunu] madde 61, fıkra 2).

Metn-i kanundan aynen istinsâh olunan misaldeki "sebeb" kelimesinin sâha-i şümûlünü tetkik edelim. Mesela işitiyorsunuz ki hükümet filan yerde büyük bir liman inşa edecek. Oraya bir antrepo yaptırtmak istiyorsunuz. Benim de orada bir yerim var. Bana müracaatla fikrinizi söylediniz. Ben de size yerimi sattım.

Bi'l-âhire liman inşasından sarf-ı nazar olundu. Hîn-i mukâvelede limanın adem-i inşası halinde aramızda akdin münfesih olacağına dair mukâvelenâmeye bir kayıt koydurmadınız. Şimdi, sattığım yerin bedelini size iadeye mecbur olur muyum? Hayır! Çünkü mukâvelâtın sarâhatinden hârice çıkarak tarafeynin şahsî düşüncelerini tahlile cevaz yoktur. Aksi takdirde mukâvelât kâbiliyet-i tatbikiyelerini tamamen zâyî ederler. Bittabi vâzı'-ı kanun böyle bir tehlikeye meydan veremezdi.

Fakat mürur-ı zamana uğrayan bir borcu edâ için veya ahlâkî bir vazifeyi ifa için bir şey verilirse geri alınamaz. Çünkü burada tediye eden kimse ahlâkî bir amelin taht-ı tesirinde hareket etmiştir. Bir baba evlâdına hibe kastıyla para veriyor, muhtâc-ı muâvenet bir hastaya az veya çok bir teberruda bulunuyorsunuz. Bu ifalarda kanunî bir sebep yoktur. Fakat ahlâkî sebepler var. Bittabi vâzı'-ı kanun, ahkâm-ı müdevvene ile vecâib-i ahlâkiyenin kâffesini daire-i şümûlüne alamazdı. Ancak hüsn-i ahlâkın vücûda getirdiği emr-i vâkileri ihlâl için de vâsıtalar ihzâr edemez. Aksi takdirde ahlâkî vecîbeleri inkâr etmiş olur.

Diğer taraftan kanunumuzun bu maddesine hâkim olan fikr-i hukukî ile klasik bir ehemmiyeti haiz bulunan vecâib-i tabiiye telakkisi arasında şâyân-ı ehemmiyet bir fark da mevcuttur. Bu farkı bilhassa burada kayda lüzum görüyorum, çünkü Fransız hukukundan bu noktada dahi ayrılıyoruz.

Klasik nazariyede bir vecîbe-i tabiiyenin keyfiyet-i edâsında, edâ eden kimsenin kasdına bakılmaz. Tediye her ne sebebe mübteni bulunursa bulunsun mademki cemiyet-i beşeriye bu edâ ile ahlâkî bir vecîbenin ifa edildiğine zâhibdir; artık keyfiyet-i edâdaki âmil-i şahsînin tahliline lüzum yoktur. Demek ki vecâib-i tabiiye klasik nazariyeye göre objektiftir<sup>17</sup>. Halbuki kanunumuz edânın sıhhatinde tediye eden kimsenin telakkiyât-ı şahsiyesinin hâkimiyetini kabul etmesine göre "subjektif" bir esas tervic eylemiştir.

Bu sahadaki tetkikâta nihâyet vermeden evvel bir madde-i kanuniyenin daha tetkikini müfid addediyorum:

"[Borçlar Kanunu] Madde 65: Haksız yahut ahlâka 'âdâba' mugayir bir maksad istihsâli için verilen bir şeyi istirdâda mahal yoktur."

Burada vâzı'-ı kanun hakk-ı davayı nez' ediyor. Mesela iki kimse arasında tütün kaçakçılığına dair husûsî bir mukavelenâme yapılıyor. Biri sermaye tedârik edecek, diğeri de bi'l-fiil çalışacaktır. Bu gayenin husûlü için sermayeyi taahhüd

<sup>17</sup> 10 numaralı hâmişteki eserin ikinci cildi sahife 374.

eden adam diğeri bil'l-farz bin lira veriyor. Diğeri taahhüdünü ifa etmedi. Şimdi sermaye sahibi[nin] haksız bir fiil ile mal iktisâbından doğan borçlar nazariyesine istinâden dava ikâmesine salâhiyeti var mıdır? Hayır. Çünkü kanunun ihlalini kasd ve bu hususta ittifak eden adamların nimet-i adaletten istifadeye salâhiyetleri olamaz.

Alman Kanun-ı Medenîsi (madde 816) ile İsviçre Kanun-ı Medenîsi'nde (madde 77) bu esas kabul olunmuştur. Fransa'daki esas ise başkadır. Fransa Kanunu'na nazaran sebebin gayr-i meşruiyeti hasebiyle bâtil olan bir mukavelenâme hiçbir hüküm ifade etmez (*Code Civil*, madde 1131).

En başta müellif Saleilles olduğu halde Fransız esâtize-i hukuku, Alman nokta-i nazarına iştirâk etmemektedirler. Filhakîka nimet-i adaletten istifade ettirmemek nazariyesi bi'n-netice bâtil olan mukaveleye bir hüküm izâfe etmektir. Adaletin nimetlerinden istifadeye lâıyk görülmeven ve şu sûretle mahkeme kapıları kendisine kapanan, yukarıki misalimizdeki sermaye sahibi, belki ağır bir cezaya müstahaktır. Fakat öbür tarafta parayı cebine indiren bir kaçakçı var ki, kanun dairesinde hareket etmesine rağmen bir çok muhâkemâttan sonra hakkına vâsıl olan hüsn-i niyet sahibi adamdan her halde daha müsait bir mevkide bulunuyor.

Meseleyi daha yakından tetkik edecek olur isek Türk Kanun-ı Medenîsi'nin kabul etmiş olduğu esas, tahlili cidden müşkül bir mesele-i ahlâkiyeyi ihtivâ eder. Filhakîka memnû olan mukavelât karşısında vâzı'-ı kanunun ihtiyar edeceği hatt-ı hareket ne olabilir? Ya bu kabîl mukavelelerden te'âmi ile onları mevcut değilmiş gibi farz etmek veyahut mevcudiyetini teslim edip hakk-ı davayı kabul eylemek. Her iki takdirde dahi netice değişmez. Çünkü daima kanuna sû-i kastta bulunan ve binaenaleyh aynı derecede haksız olan iki ferd muvâcehesinde kalıyorsanız, kanunumuzun İsviçre ve Alman kanunlarıyla birlikte takip ettiği esasta parayı alan adam himaye görüyor. Fransız esasında ise himaye olunan parayı veren şahıstır. Halbuki ahlâken düşünülecek olursa her ikisi de kanunun himayesine lâıyk değildirler.

Prusya Kanunu'nun mukaddemâ kabul ettiği esas belki daha doğruydu. Prusya Kanunu mücebince müddeîye hakk-ı dava verilmiş ve fakat mahkûmun-bih meblağ, vâridât-ı devlet meyanına ithal olunmuştu. Portekiz Kanunu ahvâl-i mümasilede tahsil olunan parayı himaye-i etfâle tahsis etmiştir ki en doğru tarz-ı hall de budur<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> 10 numaralı hâmişteki eser. Cilt 2 sahife 378.

İzâhât-ı sâlîfe, kanunumuzdaki “hüsn-i niyet” telakkisinin vüs‘at ve derece-i şümûlünü irâeye kâfi gelir zannederim.

Tatbikata mütedair olmasına mebni İstanbul Birinci Ticaret Mahkemesinin hüsn-i niyet hakkında ittihaz ettiği bir kararın bazı fıkârâtını buraya aynen derç ediyorum.

Dava şudur: Bir adam sirkat dahi dahil olduğu halde her türlü mehâlike karşı sigorta ettirdiği markaları ve adet ve vasıfları muayyen iki balya emtiayı memâlik-i ecnebiyeden İstanbul’a, falan vapurla gelmiş ve gümrüğe ihraç olunmuştur. Mal sahibi balyalar muhteviyâtının kısmen sirkat olduğuna muttali olması üzerine kumpanyaya müracaat etmiş ve hasarât komiseri dahi miktar-ı hasarı mübeyyin bir rapor tanzim eylemiştir. Bundan mâadâ mal sahibi mahkemeye müracaatla re’sen keşif talebinde bulunmuştur. Mahkemenin tayin ettiği erbâb-ı vukûf, hasarât miktarını beş bin kûsur İngiliz lirası olmak üzere tespit ediyor. Mal sahibi mahkemeye müracaatla miktar-ı hasarın tahsilini istiyor.

İnde’l-muhakeme müdde-a-leyh şirket, davaya karşı bir takım müdâfaatta bulunuyor. Mahkeme bu müdâfaattan üçünü red ve mütebâkî üç müdâfaa hakkında mülâhazât-ı âtiye serd ediyor:

“Müdde-a-leyh vekilinin râbian fıkrası ile hallini talep eylediği mesele sigorta mukavelenâmesinin sirkat tehlikesine mütedair lâhikasının “B” fıkrasıdır. İşbu fıkranın muhteviyâtı aynen şundan ibarettir: ‘Hîn-i ihraçta koliler şikest alâimi veya el ile zorlandığını gösteren âsar-ı bâhireyi ihtivâ etmelidirler’. Mahkeme evvel-emirde bu şartın tahlil-i mahiyetine lüzum gördü. Filhakîka sirkata karşı sigorta edilen bir malın keyfiyet-i ziyasında kumpanyanın, sârikin derece-i maharetine göre mesul olup olmasa meselesi tahavvül edebilir. Binaenaleyh böyle bir şartın vücûdu bi’n-netice Borçlar Kanunu’nun 99’uncu maddesinin fıkrâ-i ûlâsı ile yeni Ticaret Kanunu’nun 903’üncü maddesinin üçüncü fıkrasına<sup>19</sup> temas ederek mesuliyetten berâet şartı mahiyetinde olup olmadığını tetkike lüzum vardır. Vâkîâ müellefât-ı hukukiyede bu mesele uzun uzadıya tetkik edilmiş ve sigorta kumpanyaları alekser müracaat üzerine eşyanın muayenesine lüzum görmeden sırf müracaat edenin ifadesine ve irâe ettiği vesaike atfen malları sigorta etmekte olduklarına ve balyalar muhteviyâtına sigorta edilen

<sup>19</sup> Borçlar Kanunu madde 99: Hile veya ağır kusur halinde duçar olacağı mesuliyetten borçlunun iptidaen berâetini tazammun edecek her şart, bâtıldır. Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mesuliyetten berâeti tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hâkim, bu şartı bâtıl addedebilir.

Ticaret Kanunu’nun 903’üncü maddesi üçüncü fıkrası: Nakliyecî teahhurun mürsil ve mürselün-ileyhin efalinden veya bir sebep-i mücbir ve fevkalâdeden neşet ettiğini ispat edecek olursa eşyanın vusulünün teahhurundan mesul olmaz.

emvâl vaz' olunmayarak kumpanyaların bu husustaki teamülü, hüsn-i niyetinden imkan-ı istifade ihtimali hasebiyle kumpanyaların bu yolda bir kayd ü şart tasrihine mecburiyetleri kabul edilmiştir. Görülüyor ki mesele bu nokta-i nazardan sırf örf-i ticarîye taalluk ediyor. Diğer taraftan ihraç olunan koliler üzerindeki âsâr-ı şikestin bulunup bulunmaması hususunun tayini kime aittir. Bu mesele de tetkik edilmek îcâb eder. Filhakîka mallar tarafeynin ol babdaki iddia ve müdâfaalarına nazaran ... vapurundan ihraç edildikten sonra Rüsûmatın ... numaralı anbarına nakledilmiş ve oradan ... tarihinde İstanbul rıhtım antreposuna ve nihâyet oradan da ... tarihinde ... şirketinin anbarına vaz' olunmuştur. Vesâik-i mevcudeye nazaran mârrü'z-zikr markaları hâvi iki sandığın sıklığı 428 kilodur. Halbuki hîn-i keşifte her iki sandığın mecmu'-ı sıklığı 283 kilo olmak üzere gösteriliyor. Demek ki arada 145 kiloluk bir fark mevcuttur. Binaenaleyh üç elden devrolunan bir malda gerek sıklık itibariyle ve gerek zâhir u bâhir âsâr-ı şikestin vücûdu hasebiyle kolilerin nazar-ı dikkati celp etmemesine imkan mutasavver midir? Bu cihetin de halli lazım gelir.

Hâmisen fıkrası hakkında...

Sâdisen fıkrasında mevzubahis edilen mesele müddeînin beyânât-ı kâzibede bulunması keyfiyettir. Filhakîka sigorta mukavelenâmesinin altıncı maddesine nazaran bu cihetin tahakkuk ve sübûtu mezkûr mukavelenin butlanını ve bi'n-netice tazminat davasının adem-i mesmûiyetini istilzam eder. Mukavelenin bu hükmü Ticaret Kanunu'nun ikinci maddesi mucebince kanunen muteber mukavelâtta olmak hasebiyle muteberdir. Çünkü Ticaret Kanunu'nun 950'nci maddesi<sup>20</sup> sigorta mukavelenâmesinin bu yolda bir şartı ihtivâ edebileceğine bir delil teşkil eder. Vâkıâ müddeî vekilleri esnâ-yı müzâkerede nazar-ı dikkate alınmak üzere tevdi etmiş oldukları 8 Teşrinisani 926 tarihli ifade-i şifahiyenin dördüncü sahifesinde müvekkillerinin hüsn-i niyeti hakkında bazı delâil serd etmektedirler. İşbu delâilin istinat ettiği esas-ı hukukî şudur: Mukaddemâ müddeî tarafından ... mahalle sevk olunan malların cins ü nevî ve tûl ü arzı yazılmış ve hîn-i iadede dahi aynı sûretle hareket edilmiştir. Hüsn-i niyet sahibi olmayan bir adamın muamelâtında bittabi bu derece vuzuh olamazdı. Filhakîka müddeînin bu hareketi Türk Kanun-ı Medenî'sinin ikinci maddesine nazaran hüsn-i niyetle kâbil-i tefsirdir. Müddeî, muamelâtında dürüst hareket etmiş ve binaenaleyh bir hileye tevessül etmemiştir. Ancak ikinci madde mucebince hüsn-i niyet sahibi olmak üçüncü madde mucebince de hüsn-i niyet sahibi olmayı istilzam etmez. Bunlar yekdiğerinin lâzım ve melzumu değildir. Çünkü ol babdaki müellefât-ı hukukiyede dahi ale't-tafsil izah edildiği ve aynı esasât-ı hukukiyeyi tatbik eden mehâkim-i Garbiye içtihadâtı ile de teyyüd eylediği vechile ikinci maddenin daire-i şümûlü örf-i mer'îye nazaran taayyün eder. Örfün taknin ettiği kaidelere tevfiq-i hareket eden bir kimse bittabi hüsn-i niyet sahibidir. Fakat ikinci maddeye tevfiq-i hareket eden kimsenin üçüncü madde

<sup>20</sup> 950'nci madde: Sigorta ettiren kimse, sigortacının akdi mukavele zamanında hakiki vaziyetlerine muttali olduğu takdirde mukaveleden feragat veya sigorta acentelerini tezyit etmesini mucip olacak bi'l-cümle hususâtı sigortacıya bildirmeye mecburdur ilh...

mucebince mutlaka hüsn-i niyet sahibi olması lazım gelmez. Mahkeme bu husustaki içtihadını ilk defa tespiti vesile bulduğu cihetle hâdisedeki mâhiyet-i hukukiyenin tamamî-i tenevvürü için bazı misaller irâesini kendisince lüzumlu görmüştür. Malumdur ki Kanun-ı Medenî'nin 687'nci maddesi mucebince hüsn-i niyetle bir menkulü teslim eden kimse ona mâlik olur. Fakat iştirâ ettiği malın sahibi çıkarsa o zaman hüsn-i niyetle mal iktisap eden şahıs semenin iadesi sûretiyle malı müstahikke iadeye mecburdur. Şimdi hîn-i iadede malı ketm için ziyedin gayr-i kanunî bir takım vasıtalara tevessül etmesi üçüncü madde mucebince hüsn-i niyetine mâni teşkil etmez; çünkü bidayeten malı hüsn-i niyetle almıştır. Fakat ikinci maddeye tevfik-i hareket etmediği için hüsn-i niyet sahibi addolunamaz. Çünkü örfün taknin ettiği kaidelere muhalefet etmiştir. Kezâlik hüsn-i niyete müstenit olmayarak bir mal iktisap eden kimsenin inde'l-istihkak 902'nci madde dairesinde hareket etmesi ikinci maddenin hüsn-i niyetine tevâfuk eder. Yoksa üçüncü madde mucebince hüsn-i niyet sahibi sayılmaz. Ahkâmındaki fer'î bazı farklara rağmen Ticaret Kanunu'nun 686 ve 687'nci maddeleri dahi<sup>21</sup> bu esasa istinat eder. Şu halde müddeînin yalnız ikinci madde değil, belki üçüncü madde mucebince de hüsn-i niyet sahibi olduğunun sübûtu lazımdır. Binaenaleyh mukaddemâ müddeî tarafından ... harice sevk olunan malların ... hariçten iade olunan mallar olmadığı hususunun ispatı muktezîdir<sup>22</sup>. Bu cihet, esas-ı davaya taalluk etmek itibariyle mahkeme, cereyan-ı muhâkemenin takip edeceği vecheyi tayin sadedinde bu mülâhazâtı zikr ve ityân eylemiştir. Ancak gerek buradan harice sevki esnasında tespit olunan kıymet ile ... hariçten hîn-i iadede sigorta edilen miktar-ı kıymet arasındaki farkı tarafeyn ayrı ayrı sebeplere istinat ettirmektedirler. Müddeîye nazaran her iki kısım mallar arasında tûl ve arz farkları olduğu halde müddeâ-aleyhe nazaran böyle bir fark yoktur. Kezâlik müddeîye nazaran vasıflarda da muhalefet mevcuttur. Binaenaleyh sigorta edilen emvalden dört parçasına müteferri kısım hakkında ebatta tefâvüt bulunup bulunmadığı meselesi de müddeînin ikinci madde mucebince hüsn-i niyetle hareket ettiğini ispat için halledilmeye muhtaçtır. Binaenaleyh mahkeme örf-i ticarîye müsteniden hususât-ı âtiyenin erbâb-ı vukûf marifetiyle halline lüzum görmüştür. Evvelâ... ilh...".

<sup>21</sup> Madde 686: Bayi gayrin malını satmış ise müşteri beye mâlik olmaz. Fakat bayi mebiî temellük ederek müşteriye teslimi mecburdur. Bayi bu malı temellük etmediği veya buna muktedir olmadığı takdirde müşteriye zarar ve ziyan itasına mecburdur.

Madde 687: Bir tacir ticaretinin mevzûuna müteallik ve gayre ait emval-i menkuleyi şahs-ı âhara bey' ve teslim etmiş ise müşteri hüsn-i niyet sahibi olduğu yani bayiin malı olmadığını bilmediği takdirde mebie mâlik olur. Şu kadar ki mebi sahibinin yedinde iken zayı olmuş veya çalınmış ise müşteri ona mâlik olmaz.

<sup>22</sup> Üçüncü maddenin hüsn-i niyeti subjektif olmasına ve binaenaleyh mefruz bulunmasına göre buradaki külfet-i beyyine müddeîye değil belki müddeâ-aleyhe aittir. Binaenaleyh müddeâ-aleyh her iki kısım emvalin yekdiğerinin aynı olduğunu ispat edemezse, müddeînin hüsn-i niyeti sabit olmuş olur. Karardaki "ispat"tan maksûd olan budur.

Hülâsa kanunumuz hüsn-i niyet terkiibini iki mânada kullanıyor.

Birincisi: “*Correction*” mukâbili olarak “dürüstî” mânasındadır. Kanun-ı Medenî'nin ikinci maddesi hüsn-i niyet kaidelerinden bu mânayı anlar. Şu halde bu kaideler de Kanun-ı Medenîmizin hükümleri arasına ithal edilmiştir. Bu kaideleri kanun tespit etmez; çünkü kavâid-i mezkûre terakkiyât-ı içtimâiyeye tâbi ve örf ile mütebeddeldir.

İkincisi: Ahlâkî mânada kullanılmıştır. Bu mânadaki “hüsn-i niyet” ise zaten mefruz olup hilafının ispatı lazım gelir.

Teferruatından sarf-ı nazar ikinci maddenin fevâid-i amelîyesi mesâil-i âtiyede tecelli eyler.

1. Mukavelâtın tefsiri. Hâkim mukavelâtı, hüsn-i niyet kaidelerine tevfikân tefsir etmelidir.

2. Ahkâm-ı kanuniyenin hud'a ile tağyirine mâni olur.

3. Vecâibin hüsn-i ifasını temin eder.

Ferdin bazı hâdiselere muttali olması veya olmaması ihtimalini nazar-ı dikkate alan üçüncü maddenin hüsn-i niyette ise sûret-i umûmiyede üç esas nazar-ı dikkate alınabilir:

1. Izrar kastının bulunmaması.

2. Ferdin bazı hususâta muttali olmaması.

3. Adem-i ittıla, ferde atfı mümkün olmayan bir sebepten tevellüt eylemesi.

Kanunumuz birinci esası “bir hakkın suistimali” meselesinde mevzubahis eder. İkinci esası kabul etmez. Şu halde yalnız üçüncü esası terviç ediyor demektir.

Şu itibarla “hakkın suistimali” ile objektif ve subjektif hüsn-i niyet nazariyeleri bir esastan inşî'âb ediyor. Meselenin bu umûmi şekilde tetkiki için “vecâibde illiyet” nazariyesinin teşrihine lüzum vardır. Buna diğer bir eserde temas edeceğiz.