

HUKUKİ BİLGİLER MECMUASI

Sahip ve Başmuharriri :
Paris Hukuk Fakültesi Doktoru
AVUKAT
Mîlâslî GAD FRANKO

Tahrir Heyeti

Fuat Hulûsi B. Temyiz Mahkemesi
azasından

Sabri Şakir B. Ad V. Hukuk İşleri
Müdürü

Mustafa Reşit B. İstanbul Hukuk Fa.
Müdrislerinden

Ahmet Refik B. İstanbul İcra Reisi

Ahmet Samim B. İstanbul Hukuk Fa.
Müdrislerinden

M. Şarl Kroza. İstanbul Hukuk Fa.
Müdrislerinden

M. Aşıl Mester. Paris Hukuk Fa.
Müdrislerinden

M. Şavgran. Paris Hukuk Fa. fahri
Müdrislerinden

M. A. Salem. Hukuku Düvel Mecmu-
ası tahrir heyetinden.

Bahir B. Kavanin ihzârı komisyonu
azasından.

Mehmet Talât B. Avukat

M. A. Bilyoti. Paris Hukuk Fakül-
tesi Doktoru.

Adres: Galata, Bahtiyar han Avukat Gat Franko Beyin yazıhanesi
Telefon: Beyoğlu 3009

Bir nüshanın bedeli 35 kuruştur
Bir senelik abonemanı Posta ücretile beraber
400 kuruştur
Türkiye harici için 500 kuruştur

İSTANBUL

KÂATÇILIK ve MATBAACILIK ANONİM ŞİRKETİ

1929

Bittabi temlik veya ciro da kâtibiadil tastiki aranmayacaktır. Şu halde mes'ele dönüp dolaşıp hüsnü niyete geliyor. Eğer senedin mürtehini hüsnü niyetle hâmil ise (bedeli teminattır) ibaresi belegan ma belag kâfidir. Yoksa sui niyeti varsa, tabiri diğerle mahza diğer alacaklılardan mal kaçırmak için böyle bir muamele uydurulduğuna kanaat hasıl olursa hükmü yoktur; bu taktirde kâtibiadlin tastiki bile ona imtiyaz bahşetmez.

Ticaret kanunları, dinî kanunlar gibi köklerini ilâhi menbalardan almaz, hukuku ticaretin menabii, mukaveleler, ticarî örfler ve ihtiyaçtır. Ticarî muamelelerin inkişafına mani olacak kaideleri koymayı, âdi rehinlerde kâtibi adlin tasdikine lüzûm olmadığını ve meselâ borçlunun rızasıyla menkul eşyasına vâziülyet bulunmanın hakkı hapis ve mümtazen istifayi deyin için kâfi bulunduğunu tasrih etmiştir. (Madde: 864;866;877). Bir çok memleketlerde, rehin ile temin edilen alacağın miktarı her neye balığ olursa olsun, kâtibi adlin tastikine lüzûm gösterilmemiştir, Tahriri bir mukavele kâfidir. Hatta, bizim borçlar kanununda olduğu gibi, hiç bir tahriri mukavele olmadan, hüsnüniyetle bir gayrı menkule vâziülyet bulunan alacaklı, ondan diğerlerine nisbetle mümtazen istifayi matlup hakkını haiz dir (hakkı hapis: droit de retention).

Binaenaleyh, senedatı ticariyenin terhininde kâtibi adillerin tastikine lüzûm olmadığında Gadfrango beyle tamamen hem fikrim.

Avukat: Ali Haydar

KUSUR VE HATA (I)

(Kanunu medenî tetkikleri)

Yazan: Ahmet Esat

Hukukî telakkilerimiz arasında medeniyet tarihi noktai nazarından en mühimmi hiç şüphesiz *ceza* mefhumudur. Müdevvenatı cezaiye muayyen bir devirde yaşayan insanların yalnız hissiyatını ifade etmekle kalmaz; belki o milletin ahlakî seviyesini en küçük izlerine kadar gösterir.

(I) (Yering) in «De la faute en droit privé» nam eserinden muktebes.

Hukukun sair telakkileri üzerinden asırlar geçtiği halde meselâ milkiyet, tasarruf, irtifak hakları - teferruatından sarfınazar - el'an iptidai şekillerini tamamen muhafaza ederler; bunlar hukukun meydana getirdiği bina iskeletinin ana direkleridir. Bu sahadaki fikri hukukî Romanın ilk devirlerinde olgun bir hale geldiği cihetle hukukun tarihinde bunların esaslı tahavvüllerine şahit olmak imkânsızdır. Fakat *ceza* hukukunda böyle binlerce senedenberi takarrür etmiş bariz ana hatlarına tesadüf edemeyiz. Milletlerin yaşadıkları devirlerdeki ruhî haletlerini gösteren *ceza* hukuku edvarın teselsül ve teakubunu bir gramofon plaki hassasiyetiyle zabıt ve muhafaza eder; daha açık bir ifade ile söyleyeyim: *hukuku cezaiye* bütün bir milletin şahsiyetini efkâr ve hissiyetiyle, secayasiyle, tehassüsatiyle, derecei medeniyetiyle gösterir. Eğer teşpihe cevaz varsa denilebilirki her hangi bir *ceza* kanunu mer'i olduğu devrin sait bir aynasıdır. Bu itibarla *hukuku cezaiye* beşeriyetin psikolojisinden bir parça addolunur.

Ceza mefhumunun edvarı mütevaliyede geçirdiği muazzam inkilâbatı izah edecek değilim. Maksadım hukuku medeniyedeki *ceza* ve *tazminat* meselelerini tetkik etmektir. Mevzuumuz mütevazı' olmakla beraber *hukuku cezaiye* sicillâtında mühim bir mevki işgal edebilir. *Hukuku cezaiye* tabirini bugünkü manada değil, belki *ceza* mefhumunun tarihi beşeriyetteki tekâmülü manasına alıyorum. Hali hazırda hukuk ilminin hukuku medeniye ve hukuku cezaiyeye tefrikı ilmi sistem noktai nazarından pek doğru bir şey olmakla beraber bu tefrikin hukuku medeniyedeki *ceza* mefhumuna lâzımgelen ehemmiyeti verdirmek gibi bir mahzur tevhit ettiği de aşikârdır. Vakıa (*şartı cezai*) istisna olunursa hukuku medeniyede *ceza* mefhumunun pek te yeri kalmaz, *ceza* mefhumu hukukucezaiye sahasına toplanmak suretiyle medenî sahayı günden güne terk ediyor; ve bu noktai nazardan hukukun edvarı maziyesine doğru gidersek şu hakikatı tarihiyeye muttali' oluruz: Tarihi *ceza* bir neshi daimî tarihidir.

Filhakika bidayetlerdeki *ceza* mefhumu hukukî müasebetlerin bütün safahatına hâkim ve müessir bir vaziyette bulunuyordu. Sonraları

faaliyet sahası daraldı, kendi kendini tasfiye ettiki bu hukukun tekâmülû demektir. Menabiini vahşi intikam feveranlarından alan *ceza* nın terakkiyatı medeniye müvacehesinde hissi adalete müntehi olması, evet bu tehzihi nefsi, beşerin tekâmülünü en parlak delillerle ispat eden bir tarih sahifesidir ki hukuk bu sayede ensali atiyeye böyle terbiyetkâr bir ders ihzar ediyor.

Tetkikatı atiyeye bu tekâmülün kanunu medenî sahasındaki izlerini tahlil edecektir.

Atideki izahatın tamamen alaşılabilmesi için Roma hukukunun vazihen tefrik ettiği ve fakat hadiselerde ne Roma müctehitlerinin ve nede halihazır hükkâmının lüzumu derecede nazarı dikkatlerini celbetmediği bir noktayı izah etmek isterim:

Her kes tasarrufu hüsnü niyyete müstenit olan bir kimse aleyhine ikame edilen istihkak davasıyla sarik aleyhine ikame olunan mesruk malın istirdadı davası arasındaki farkı taktir eder. İstihkak davasında yalnız münazaunfih bir hak mevcuttur; burada müddei kendi hakkının kasten taarruza uğradığını iddia etmiyor. Tabiriaherle sübjektif kusur davanın unsuru esasisi değildir.

Halbuki mesruk malın istirdadı davasında kasten taarruz edilmiş bir hakkın vücudu mevzuubahis olmaktadır; binaenaleyh sübjektif kusuru vücudu davanın mebnayı lazımnı teşkil eder: kasıtsız sirket olmaz.

Bu her iki davada müddei hakkının istihsali için mücadele etmektedir. İşbu hakkı teslim ve teyit eden mahkeme kararı müddeialeyhin haksızlığına da nihayet veriyor. Bu haksızlık istihkak davasında (birinci dava) objektif; istirdat davasında (ikinci dava) ise sübjektiftir. (2)

Vakia müelliflerin hemen kâffesi (*kusur*) un haksızlığı tayinde yegâne kıstas olabileceğini iddia etmektedirler. Zahren pek doğru görünen bu mütaleayı her gün tesadüf ettiğimiz hadisat tekzip ediyor. Filhakika gayrın malında hüsnüniyyetle tasarruf eden bir kimsenin

(2) Borçlar kanununun (53) üncü maddesine bakınız.

hareketi haklı bir fiil sayılamaz; mutasarrıfın ise bir (*kusuru*) yoktur.

Kezalik haksız bir fiilde (*kusur*) aramamak lazımgelse zelzele, fırtına, dolu gibi semavî afetlerin de birer haksız fiil olması icabeder.

İşte yekdiğerine zıt olan bu iki telakkinin te'lifini mücerret mantığın istidlâlinden beklemek hiçte doğru bir şey olmuyor; çünkü hüsnü niyetle başkasının malında tasarruf eden kimsenin (irade) sinide nazarıdikkate almak zarureti vardır; fikrimi biraz ızah edeyim:

Mezruatımı harabeden dolu, camlarımı kıran fırtına, emlâkimi yikan zelzele doğrudan doğruya mamilkimin muhtelif cüzü'leri üzerinde tesiratını gösteriyor. Hukuk bu hadise ile alakadar olmaz. Buradaki tahaffuz vasıtalarının mahiyeti fiziktir.

Malını hüsnüniyetle tasarruf eden bir kimsenin de hareketi mamilkimden bir cüzü üzerine müessirdir. Fakat iadesini istediğim zaman bana geri vermiyor, demek ki yalnız mamelekim üzerinde değil, (*hakkım*) üzerinde de tecavüzü var. Buradaki vesaiti tahaffuziyenin mahiyeti ise hukukîdir.

Daha açık bir tabirle ifade edeyim. Evelkisiinden tabiatın kuvvetiyle, ikincisinde (*hak*) ile (*haksızlık*) arasında bir mücadele mevcuttur.

Hukukan bu farkın ne derece ehemmiyetli olduğu mevzuumuz inkişaf ettikçe daha ziyade aulaşılacaktır.

İzahati salifeden tebeyün ediyorki (*kusur*) yaptığımız bu taksimin hukukan farık unsurunu teşkil etmektedir. Sübjektif haksızlık ile yapılan ızrarda hukukan hassai cürmiyet mevcut olduğu halde objektif haksızlığın meydana getirdiği ızrarda bu cürmiyet yoktur.

Zatı fiilde mündemiç bulunan bu fark tabiatıyla hükümlerde de tesirini gösterir: mahiyetinde cürmiyet hassası bulunan ızrarda müteaddî olan kimse vakıa (fait) nın tevhit ettiği bilûmum zararları izaleye mecburdur; tabiri aherle kabahatlinin derecesi intifasını tetkika lüzum yoktur. Halbuki mahiyetinde hassai cürmiyet bulunmayan e'falde objektif haksızlığa nihayet vermekten başka bir şey yapılamaması hissi adaletin mevlûdu olan bir zarurettir.

Balâdaki misallerimize rücu edeyim: gayrın malın hüsnüniyetle tasarruf eden bir adam aleyhine istihkak davası ne zaman ikame olunabilir? bittabi tasarrufu devam ettiği müddetçe ... çünkü ikamei davadan evel malı zayı etmiş veya her hangi bir suretle tasarrufu terk eylemiş ise istihkak davası ikamesine imkân kalmaz. Kezalik istihkak davasının hedefi malın bulunduğu hal üzere sahibine iadesidir; müddeialeyhin malın kıymetini tenkis etmesi veya malı kısmen istihlâk eylemesi neticeye müessir olmaz, ve bu yüzden hiç bir tazminatla mahkûm edilemez; zira tasarrufu hüsnüniyete müstenit olduğu cihetle kendisi malik vaziyetindedir, malikin ise dilediği gibi tasarrufa hakkı vardır; binaenaleyh (*kusur*) olmayan efalden dolayı mualeze caiz değildir. Objektif haksızlık ile sübjektif arasındaki farklar üzerinde daha fazla tevakkufa lüzum görmüyorum. Roma hukukunun tetkikâtına geçtiğimiz zaman bu bahsa tekrar rücu edeceğim. Ancak bu farkın ezeli ve ebedî bir bedaheti hukukiye olan şu kaideden inbias ettiğini söyleyeyim: (*kusur*) olmayan ahvalde (*ceza*) olmaz.

Hukukun müekkel olduğu en yüksek vazife (*ceza*) ile (*kusur*) arassındaki muvazeneyi ihlâl etmemektir.

Bir bedaheti hukukiye diyoruz; fakat hakikatlar ne derece ezeli ve ebedî olurlarsa olsunlar beşeriyet onları keşfetmek mecburiyetinde kalmıştır, bidayetlerde bu hakikat hiç malûm değildi. Hukukun bil-hassa edvarı evveliyesi bu hakikatı tekzip eden ahkâm ile doludur. Şimdi bunu nasıl izah edeceğiz? Doğrudan doğruya tabiatın mevlûdu olan insanlar, masum ile mücrimi tefrikten âciz midirler? Fıtratı beşer bu farkı bulamaz mıydı?

Hergünkü meşhudatımız bu sūalin cevabını verecektir.

Çocuk kendini çarptığı ağacı ve ya düştüğü yeri döver, çünkü ıztırabının sebebi onlardır. Kezalik duyduğu ânî tesir ile o elemi tevlit eden sebebe karşı insanda bir hissi intıkam uyanır. Terbiyeden tamamen mahrum olan adamlarda bu intıkam hissinin tezahürüne pek kolaylıkla şahit olabilirsiniz. Demek ki insanın hukukî hislerine mutlak surette hâkim olan maruz kaldığı elemdir. Vakıta beşeriyetin

ilk devirlerini hakikat, istikamet, saffet, dindarlık gibi güzel vasıflarla süslemek hukukçular arasında bir moda hükümünü almıştır; çünkü hukuku tabiiye nazariyesi bunu istilzam ediyordu; beşerin fitratında meknuz olan hissi hukukînin tabiatıyla o zamanlarda saf bir surette tecelli etmesi lâzımdı. Bu telakki yanlış bir nazariyenin maziye atfettiği yanlış vasıflarıdır; zira insan haksızlığı sebebi itibariyle değil tesiri itibariyle hisseder. Binaenaleyh haksızlıkta tesiri itibariyle taktir olunur. Eserden müessire intikal kabiliyeti terbiyenin vücuda getirdiği bir terakki ve tekâmül eseridir. Şu halde saiki ne olursa olsun husule gelen elem insanda bir hissi intikam uyandırır, bir kerre bu his vücuda geldikten sonra bu hissi cezasız tatmin imkâusızdır.

Tahsil ve terbiyeden mahrum insanlar arasında en ehemmiyetsiz bir noktai nazar farkı bile münazaaya ve hatta mücadeleye sebebiyet veriyor. Niçin? çünkü her hangi bir telakkinin doğruluğunu ve ya yanlışlığını muhakeme edebilmek, kendisinin aldanmak ihtimalini kabul etmek demektir; bu ise tahsil ve terbiye ile vücuda gelen bir haslettir. Terbiyeden mahrum olan bir adam muhalif bir noktai nazarı müdafaa eden kimseyi doğruluktan inhiraf etmekle yani haksızlıkla ittiham eder; bu ittihamında da samimidir.

Bu müşahedemiz efrat hakkında olduğu gibi milletler hakkında da varittir. Bir millet her hangi bir telakkiye samimî surette merbut olursa onun hılâfını iddia edenleri tecziye eder. Daha açık bir tabirle ekseriyetin telakkisine muhalif olan fikirler ateşle, giyotinle, imha olunur. İşte bu tafsılâtta sonra hukukun ilk telakkiyatını bütün farik hatlarıyla görebiliriz: Zulûm, insaniyetsizlik, huşunet, merhametin fıktanı..

Yalnız terbiyedir ki fertler gibi milletlerinde hissi hukukîlerini tadil ve tasfiye eder. Esasen (*haksızlık*) ile (*muhalefeti fikir*) mefhumlarının ayrı ayrı birer hüküm ifade etmeleri terbiye sayesinde istihsâl olunan bir neticedir. Hukukta (*anasırı cürmiye*) dediğimiz esaslar bundan sonra meydana çıkar. Bütün bu esasların medenî ve cezaî kanunlardaki vechi tatbiki bize bir milletin medenî seviyesi hakkında en şayanı itimat fikir verebilecek bir kıstastır,

Eski Roma hukukunda bu müşahedemizin bütün tatbikatına şahit olabiliriz. Bu noktadan Roma hukukunu tetkik ettiğimiz zaman istihşâl edeceğimiz netice şu prensiple hülâsa edilebilir:

Maruz kalıman her hangi bir eleme karşı şedid bir aksülâmel.

Bu aksülâmelin iki noktaî nazardan hududu yoktur:

I — Nefsin ısyaniyle bağlanan gözler hadiselerde (*kusur*) teharri-sini lûzumsuz bir külfet addeder.

II — Bundan maada haksızlığa nihayet vermek, mütazarrır olana kâfi gelmez; rencide edilen hissiyatını tatmin için ayrıca hasmına (*ceza*) verilmesini de ister.

Birinci prensipi teyit eden pek çok ahkâma tesadüf edebiliriz; Filhakika:

a) XII lavha kanunları sinlerinin derecesine bakmaksızın çocukları da sirkat fi'linden dolayı tecziye ediyordu.

b) Hayvanatın ve hatta cemadatın ika ettikleri zararlardan mutazarrır olanın onlara temellük etmesiyle kabili tazmin idi

c) Hiç bir sunu ve taksiri olmaksızın hali iflâsa düşen medyun alacaklının esiri olurdu. V. s.

İkinci prensipe - ki hissiyatın tatminidir - teferrü eden ahkâmı tadada imkân yoktur, zira hukukî hadiseler daima birer (*ceza*) tehtidi altında bulunuyordu: Sefahet, kadının zinası hep tazminatla kabili-telâfi şeylerdi. tazminat veremeyenler esarete düşmekle yani vücud-larıyla borçlarını öderlerdi.

Bu hal ilk hukuk telakkilerine göre gayetle tabiidir. Çünkü her hadisede aynı hükmün tatbiki adaletin zevahirine hizmet eden bir şeydi. Hadiselerin saiklerini tahlil ederek hüküm vermek bu zahirî müsavâtı ihlâl ederdi: binaenaleyh vak'aların mahiyetlerine göre hükümlerin değişmesine imkân yoktu: Demekki ilk hukuka hâkim olan prensip zahirî müsavattır.

Roma hukukunun inkişaf devresine gidersek manzaranın temamen değiştiğini görürüz. Vakıa hukukla teveggul eden müellifler Roma hukukuna ait olan en büyük şerefın yalnız metoda münhasır ve

muhtevalarından sarfınazar bütün Roma hukukçularının ıstılahlar üzerinde şayanı hürmet mesai sarfettiklerini söylerler. Tetkikai hazıra bu mütaleanın doğru olmadığını ispat edecektir.

Filhakika ahlakî telekkilerin hukukta bir mevki kazanmasını romalılara borçluyuz. Tekâmül devresinde Roma hukuku medeniyesine (*hata, kusur*) fikri hâkim oluyor Bu hal hukukta ahlak telakkisinin eseridir. Şimdi biz bu fikri iki noktai nazardan tahlil edeceğiz:

Birincisi — Hukuku medeniyedeki sahai şumulü itibariyle,

İkincisi — Esas prensiplerin inkişafı itibariyle.

I

Roma hukukunun devrei tekâmülünde (haksız) fiillerin objektif veya sübjektif olmalarına göre tefrik olunduğunu her hadisede görebiliriz Roma kanunu (*haksız*) fiillerden doğan mes'uliyetin derecesini işte bu kıstasla ölçer. Fikrimi isbat için mevzuumuza yakından temas edeyim:

Cezaî mes'uliyeti müstelzim fiillerde, (*haksızlık*) davanın mebnasını teşkileder. Muamelâtı sairede iddialar vakıa (*fait*) lere muzaftır. Herne kadar bu sahada (*kusur*) mevzuubahis olabılırsede bu hal davanın mahiyetini tepdil etmez; belki mes'uliyetin derecesini tayine yarar.

İzahatısalifeden çıkan neticeyi tesbit edelim: Ceraimde (*kusur*) esas, diğerlerinde feridir.

İşte (*kusur*) un ferî olduğu hallerde hukukî münasebetlerin ahlakî bir noktainazardan tahlilini Roma hukukuna medyunuz.

Roma hukukunun bu hususa ait olarak vazeylediği ıstılahlar şunlardır: Mala fides, dolus, culpa, mora.

Bu ıstılahlar üzerinde uzun uzadıya tevakkuf edecek değilim. İlk devreler de bütün bu mefhumların vazih bir surette hadiselere tatbik edildiğine şahit olmuyoruz. Menabiin pek sathî bir surette tetkiki bile bize bu neticeyi ispat eder. Esasen hukukun ilk devirlerinin farik hattı şundan ibaret değildir?

Adalet mefhumu, zahirî bir müsavatın tecellisinden başka bir şey addedilmez; saiki ne olursa olsun her fiil aynı hükme tâbidir.

Fakat zekâi beşerin asırlarca temadi eden mesaisi neticesinde bu iptidâi telakki yavaş yavaş zeval buluyor, ve tarihi hukukun tetkikinden anlıyoruz ki muamelatı medeniyede vecaibin lüzum ifade etmesine mütedair olan esası hukukî gittikçe cürmiyet kisvesinden kurtulmaktadır. (1).

(*kusur*) ve (*hata*) prensiplerinin inkişafına dair olup yeni kanunlarımızın bir çok noktalarını büyük bir vüzuhla tenvireden tafsilatı ikinci mekaleye bırakıyorum.

AHMET ESAT

Büyük Millet Meclisince kabul olunup henüz neşredilmemiş olan yeni İcra ve İflâs kanununun esas ve prensiplerine ve getirdiği yeniliklere bir nazar (2)

1330 tarihinde muvakkat bir kanun olarak tatpik edilmeğe başlanan ve bir kaç defa tadil edilen bugünkü İcra kanunu yakında ortadan kalkacak ve mevkii mer'iyete girecek olan yeni İcra kanunu bunun yerine geçecektir. Bugünkü İcra kanunu başka bir hukuka, artık hemen, hemen tarihe karışmış ve karışmakta bulunmuş bir hukuka göre yapılmıştı. Yalnız yeni hukukun

(1) Bu meseleye dair eserin aslında pek çok tafsilât verilmiştir, fakat Roma hukukunun alıkâmı müteferriası bilinmedikçe bu tafsilâttan bir faide çıkmaz, bu sebebdan neticeyi yazmakla iktifa ettim. A. E.

(2) İsviçrede İcra ve İflâs işleri hakkında pek çok eser neşredilmiştir. En meşhur eser İsviçre Federal mahkemesi İcra ve İflâs kamarası reisi Mösyö Yegerin almanca büyük iki cilt ile 1915, 1921, 1927 tarihlerine kadar olan tadil ve ikmalleri ve içtihadatı muhtevi üç ufak ilâve ciltlerden ibaret şerhtir. Hem en mufassal ve hem en muteber olan bu eser son 1927 ilâvesi hariç olmak üzere Fransızcaya da terceme edilmiştir. Bundan başka biraz eski ve fakat bugün de kıymetli bir me haz olabilen 1911 tarihli « Blümens-tein » in almanca, ve 1908 tarihinde Lozanda basılmış, biraz daha muhtasar İsviçre Borçlar kanunu şarihi Jeneve darülfünunu sabık profesörü mösyö Martenin fransızca eserleri vardır. En yeni eser İsviçrenin Friburg darülfünunu profesörlerinden mösyö Fan Overbekin 1926 tarihinde Zürihte basılmış Almanca muhtasar ve fakat sinematik bir suretle yazılmış müfit kitabıdır.