

HUKUKÎ BİLGİLER MECMUASI

SAHİP VE BAŞMUHARRİRİ :

Paris Hukuk Fakültesi Doktörü

AVUKAT

GAD FRANKO MİLÂSLI

Adres : Galata, Bahtiyar han Bay Gad Franko yazıhanesi

Telefon : 43009

Bir nüshanın bedeli 25 kuruştur.

Bir senelik abonemanı posta ücretile beraber 250 kuruştur.

Türkiye harici için 300 kuruştur.

İSTANBUL

HANRİ ZELLİÇ VE MAHDUMU Basımevi

1936

mallarda çocukları, diğer akrabası ve tevkif edildiği monastır arasında bir nisbet dairesinde taksim olunurdu; koca cehazı — çocukların hakları mahfuz olmak şartile — saklardı. Talak bila sebep veya haksız olarak kocadan gelse cezalar okadar şedit değil idi; evvela cehazı heman iade etmeye mecbur tutulurdu saniyen verilen hediyeyle de diğer mallarının sülüsü kendisinden alınırdı.

Görüldüğü üzere hristiyanlığın hülulüne kadar Roma kanunu rizai tarafeyn ile talakı kabul ettiği gibi ayrılık müessesesini tanımamıştır.

Gad Franko Milasli

Hukukun felsefeleri bahislerinden

Her günlük hayatımızda hukuk ⁽¹⁾

Hukukun felsefe ve nazariyelerinden bahs eden müellifler hukuk için dört hal kabul ediyorlar. Nazariyeden tatbikata doğru gidilmek suretile sayılacak olursa birinci hal hukukun (transcendental= müteali) vaziyetidir. Burada hukuk görülmez, çünkü: hukukun esası yani onu doğuran kuvvet mevzu bahisdir. Bu kuvvetin mevcut olduğunda şubhe edilemez. Fakat hiç bir kimseden tarafından görülmuş değildir. İnsanların örfü adet ve ya kanun halinde tecessüm ettirdikleri ve içtimai hayatlarında kullandıkları ve her günlük yaşayışlarında kendisinden istifade ettikleri hukukun kendilerinden hariç ve (evvelden mevcut= apriorique) ve hilkatin nizamı içinde bir mevcudiyet teşkil eden bir kuvvet, tabii bir kudret olduğu kabul edilmezmi?

Bu bahis hukukun en karanlık bir kısmı, (sebepler bahsi = Etologie) dır; ve bu hususta muhtelif nazariyeler dermeyeran olunmuş ve bundan da ayrı ayrı mektepler çıkmıştır. İşte hukukun bu görünmez ve metafizik mahiyetinde olan vaziyeti birinci halini teşkil eder.

(1) Edmon Picard, Belçika Ayan azâsından ve Bürükselde yeni Üniversitede Profösör. Le droit pur 1919. Bu kitap bendimizin mehzazidir.

Nazariye halinde hukuk :

Hukuk, kanun ve ya örfü adet yani hayatta ameli ve müsbet bir şekilde kendini gösterüp içtimai hayatta kullanılması haline girmezden evvel (nazariye = Théorie) halindedir. Bu halde bulunduğu müddetce kanun ve ya örfü adeti ilham eder ve bunlara rehber olur. Buuların malzemelerini hazırlar.

Bu halinde hukuk henüz kaide ve usul haline gelmemiş, müsbet ve maddi bir şekil almamıştır. Fakat bu şekillerin tohumu ve menşei demektir. Hukuku tabiatın içinde gizli bir kuvvet olarak kabul edersek (2) bunun evvel emirde tabiatın insana geçmesi yani idrak ve tefehhüm edilmesi lâzımgelir. Bundan sonrada cemiyete intikal eder ki bu kanun ve örfü adet safahasıdır. İşte hukukun insandan Cemiyete intikal ederken geçirdiği devre hukukun nazariye halindeki devresidir.

Bu devirde, bir taraftan bizzat halkın hukuki iradesi ve hukukî faaliyeti örfü adetin muayyen şekillerini almağa doğru inkişaf ve tezahüre çalışır. Bu mesai olgun bir hale geldiği zaman şuursuz surette ve halkın umumî mevcudiyetinden, içtimai vicdanından fışkıрма suretile örfü adet meydana gelir ki bu hukukun başka bir halidir. Diğer tarafında hukukçular, Feylosoflar, Tariheiler, İktisatçılar derece derece yani doğrudan doğruya ve ya bilvasıta hukukun nazariyesile uğraşırlar. İlmî ve şuurlu bir surette halkın, zamanın, mekânın icaplarını nazarı dikkata alarak tabiatteki hukuku bulup göstermeğe çalışırlar ve kanunu yapanların istifadeleri önüne korlar. Bu suretle hukukun nazariye hali ilmî bir hali demektir. Onun için bu hale (İlmî = scientifique) hali denildiği zamanda doğru bir ifadede bulunulmuş olur.

Kanun halinde hukuk

Bizim şimdiki cemiyetimizde hukuk, teşrii kuvvetler marifetile kanun haline getirilerek, şekileşdirelerek insanların istifadesine arz olunmaktadır.

(2) Müellifin fikridir.

Fakat eski cemiyetlerdeki teşrii vaziyet baska bir şekilde idi. Halı hazırdaki kununların, bunu yapanların dımaglarından çıktığı zan edilir. Halbuki eskiden böyle değildi. O vakıt (örfü adet = coutume) vardı ve bunu şimdiki kanunlar gibi muayyen şahıslar tedvin etmezlerdi. Bu halkın hukukî faaliyetinin bir eseri idi. Halk kütlesinin yaşamak zaruretinden doğan bir çok faaliyetleri içinde birde hukukî faaliyeti vardır. Hiç bir cemiyet kendi mukadderatını halk ve idare eden bu hukuk faaliyeti olmadıkça yaşayamaz. Her cemiyetin Dinî Lisanı, Ticareti, Siyaseti, Ahlakı olduğu gibi bir de kukuku vardır. İşte örfü adet halkın tabiatında mevcut olan hukukî faaliyetin kendi kendisine, şuursuz bir surette tezahüründen, şekilleşmesinden ibarettir. Örfü adet kanuna takaddüm eder ve ondan müstakildir. Çünkü: örfü adet (sevki tabii ile = instinctif) vücüd bulduğu halde kanun bir faaliyet akliye ve zihniye mahsuludur.

Bu izahata göre hukukun kanun halindeki vaziyetini ikiye bölmek lâzım geliyor: Biri yani kanunî (Teşrii = Législatif) bir mahsul olduğu halde diğeri yani örfü adet (sevki tabii = instinctif) mahsuludur. Ve fakat her iki surette hukuk müsbet ve şekillenmiş bir hal arzeder.

Tatbikatta hukuk :

İşte bizim asıl mevzu bahis etmek istediğimiz cihet hukukun bu dördüncü halıdır; her günkü hayatımıza karışan hukuk budur. Hukukî bir mahiyet arzeden hadiseleri, münasebetleri arayıp bulmak mülâhazasile dünyaya nazarımızı attettiğimiz zaman her şeyden evvel ve büyük bir müşkilâta rastlamadan hukukun bu halını görürüz. Burada hukuk tamamen görünmekte ve hissedilmektedir; ve her günkü hayatın icabları neticesi olarak tarihin her devrinde ve her yerde aynı müşahede vakı olmaktadır.

Hukukî hadiselerin mebzul ve daimî bir çoğalış içinde uzanıp gittiğini daima görmekteyiz, halbuki bazı kimseler, müsbet hukuk hadisasını açıkca görmek için hukukî bir ihtilâf çıkararak bunun dava şeklinde mahkemeye gelmesini beklerler. Maddî bir cisim halinde görünmeyen hakikatları henüz o kadar az almışlardır ki hukuku ancak

bu davaların cereyan ettiği Adliye saraylarının ve usul muhakemelerin yani maddî şekillerin içinde görebiliyorlar. Bu, âdeta hastalık ve hastane şekli altında olmadıkça sıhhat ve hıfzısıhhatın fehm ve idrak edilememesi demektir.

Hakikatı hale gelince : hukuk bizim etrafımızı almış canlı, müşahhas ve meydana çıkmış bir şekilde görünmektedir. Cemiyet hayatının bin bir nev'i münasebetlerinde hep hukukî hadiseye tesadüf etmekteyiz. Hukuk adeta hayatın bir eseri ; bir aksi olarak görünmektedir. Hukuk bilhassa ; kendi haklarını kullanıp başkalarınıninkine müdahale etmemek lâzım geldiğini ve buna muhalif harakette bulunanlara karşı resmî kuvvetin müdahaleye hazır olduğunu bilmekten doğan itiyat neticesi olarak beşeri cemiyetlerin arzettiği muntazam münasebetlerde kendini göstermektedir.

Hukukun her yerde hazır ve nazır bulunduğu hakkında bir fikir edinmek için şöylece kendimize ve etrafımıza bakmak kifayet eder. İşte ben, bir şehrin, bir binanın bir odasında bir masa başına geçmiş serbest bir surette yazı yazmaktayım. Eğer ben bunu yapabiliyorsam bunun sebebi benim bir hakkı vücudüm ve hürriyet hakkım olduğundan dolayıdır. Üzerimdeki elbiselere, elimdeki kaleme ve kâğıtlara karşı mülkiyet hakkım vardır. Şu otelin odasında otelci ile yaptığım kira akdinden doğan hakkımdan dolayı otura biliyorum. Aynı zamanda otelcinin benden kirayı istemek hakkı vardır. Odadaki menkul eşya ile binanın aynına karşıda kezahtık otelcinin mülkiyet hakkı vardır. Pencereden aşağıdaki meydana bakacak olursam bir çok insanların muhtelif işleri yaptıklarını göreceğim. Bana benzeyen bu insanların her birinin bir takım hakları vardır ve bunları kullanmaktadırlar. Şu Tramvaylara, bindiğini gördüklerimizin bu basit hareketleri marifetile Tramvay Şirketi ile kendi aralarında haklar vücuda getiriyorlar. Çünkü bu hareket bir nakliye mukavelesinden ibarettir; yolcu sıfatile ücreti vermek ve Şirket de onları istedikleri yere taşımak vecibelerini deruhte etmişlerdir.

Şu gazete satıcıları, gazete satmak için bağıyorlar ve bu bağırırları ile sattıkları gazeteden dolayı kendisi ile alıcı arasında haklar doğuyor. Alan gazeteye, satanda bunun bedeline derhal malik oluyor.

Elindeki gazeteler satıcındır. Hiç bir kimse parasını vermeden bunlardan birini alamaz. Fakat parasını verir vermez derhal gazetenin mulkiyeti müşteriye geçer. Demek oluyor ki bu bağırs bu alış veriş hepsi bir hukuk hadisesinden başka bir şey değildir.

Meydanda bütün gördüklerimiz: Binalar, Ağaçlar, Kaldırımlar, Arabalar ve her nev'i nakliye vasıtaları, Köpekler, Hayvanlar, Vitrinleri dolduran eşyalar... hulâsa küçük büyük gördüğümüz her şey hukukun şebekesi içindedir. Ayrı ayrı birer hukuk hadisesinin ifadeleri, şekilleridir.

Bununla beraber henüz bu hadiseleri tamamen saymış değiliz... Binlerce insan istedikleri gibi tasarrufu mümkün kılan şahsî haklara sahip olduklarından ve maddî servetler hukukî rabitalarla işgal edilmiş bulunduklarından bu eşyalara tasarruftan ve insanlar arasındaki muamelelerden dolayı da bir çok alacaklar ve borclar; ve zekâ ve san'at eserleri vücüd bulmaktadır ki bunlardan her biri ayrı ayrı birer hukukî hadiseden başka bir şey değildir.

İşte hukuk hadiseleri bu suretle, Din, Ahlâk, Sanâat, Ticaret hadiseleri gibi etrafımızı almışlardır, ve bunlar gibi ve bunlarla beraber cemiyet hayatının içinde mütemadî bir faaliyet halinde tezahür etmektedir. Şu halde bazılarının zan ettikleri gibi hukuk hadiselerini yalnız muhakemelerde, ve dava şeklinde tasavvur etmek yanlışdır. Bunlar her günkü hayatımızda her an tezahür eden birer hadise halinde aramızda cereyan edüp gritmektedirler. Bu günkü beşerî Cemiyetlerimiz niamıda buna dayanır. Eger yukarıda izah ettiğimiz bütün bu hadiseler hukukî bi mahiyeti haiz bulunmasaydılar o vakit içtimâî nizamın bu mertube teminine imkâm olmazdı. Müspet hukukun her kesi ilzam eden, itaata cebreden ve resmî Devlet otoritesine dayanan kudret ve kuvveti olmasaydı bu hadiselerini böylece bir saat işlemedeki ıntızâm seklinde ceréyanına şahit olmazdık.

İşte bunun içindir ki her günkü hayatımızı mebzul bir şekilde dolduran hukukî hadiseler bu hayatın güzelliğini, nizamını ve kuvvetini teşkil etmektedir. Bir Cemiyetin anarşî halını tassavvur edecek olursak bu nizamdaki kuvvet ve güzellik daha iyi anlaşılır.

Avukat

Hamdi Halim