

Hukukî Bilgiler Mecmuası

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 abonmanı posta ücretile beraber 250 kuruştur.

Türkiye harici için 300 kuruştur.

İSTANBUL

HANRI ZELLİÇ VE MAHDUMU BASIMEVİ

1939

HUKUKÎ BİLGİLER MECMUASI

Her ayın onbeşinde neşrolunur

TETEBBÜLER

Doctrine

Hukukî fikirler: REFLEXIONS JURIDIQUES

Bir münakaşa

Meccuamızın tahrir ailesinden münevver arkadaşımız Doktor Münip Hayri Ürgüplü nazik bir mevzuu münakaşa meydanına atmış idi. Arkadaşımızın tetkikini lüzumlu gördüğü mes'ele şu idi: Bir hâkim Medenî Kanunun 1 inci maddesi mucibince vazı kanun sıfatile hareket ederek bir hüküm verirse bu hükme temyizce müdahale edilirmiş edilmezmi? Arkadaşımıza göre edilmez. Filvaki böyle bir karar, her nihaî karar gibi kabili temyizdir; fakat yüksek mahkeme ancak lafzan veya ruhan tatbik edilecek bir maddei kanuniye olduğuna ve yahut kanunî mevzuat olmadığı takdirde nizaî halle medar olacak örfü adetin vücuduna kani ise hükmü nakzedebilip yoksa nizaî halle medar olacak maddei kanuniye veya adeti mutebere olmadığına kanaat getirdikten sonra artık ilk hakimın vazı kanun sıfatile verdiği kararı nakzedemez ve «bu koyduğun hüküm yanlışdır» diyemez (meccuamız No. 7-103-15 mayıs 1938).

Muharrir bu yazısını sayın hukukşinas Bay A. H. Berki'ye ithaf ettiğinden yazıların meccuamızı şenlendiren miri müşarünileyh bu yazıya cevap vermişti. Cevabında (meccuamız No. 11-107; 5 Eylûl

1938) ichtihadın icthihatla cerhedilemeyeceğini söyliyerek ilk hakimın kanaatine, ferti hürmet göstermek icap edeceğini ve maahaza bir vaznı kanun gibi hareket etmek esası dairesinde verilen hükmün aklın, hak ve nasafetin red edeceği bir şey olmamak iktiza edeceğini ve biraz farkla bay Münibin fikrine iştirak ettiğini ifade etmişlerdir.

«Ya hep, ya hiç» nazariyesini güden Dok. Ürgüblü meseleye rücu ile bu küçük farkı da kaldırmağa ve sayın bay Berkiyi yüzde yüz fikir ve kaanatine yanaştırmağa çalışıyor: fikrinin isabetini isbat için iki delile dayanıyor: 1) Temyizin müdahalesi ancak ilk hâkim kanunu yanlış tatbik ederse varit olur (usul 428 § 1); ortada tatbik edilmiş bir kanun maddesi yokki bu müdahaleye imkân görülsün; zaten kanun bulunmadığı içindirki hakim kanun-koyan yerine geçmeğe muhtar kalmıştır. 2) Eğer Temyiz Mahkemesi bu cihete de müdahale ederek «kanun-koyan sıfatile verdiği hüküm yanlıştır» diyecek olursa ilk hakime Medenî Kanunun verdiği bu büyük sâlahiyet hiçe düşer (mecmuamız 3-111; 15 İkincikânun 1939)

Sevgili arkadaşımın fikirlerine iştirâk etmiyorum ve bay Berkinin mütehalhı olduğu nezaket ve nezahet hasebile küçük diye tavsif ettiği farkın epeyce büyük olduğunu kayde lüzum görüyorum.

Bir kerre meseleyi layıkı ile ihata etmemiz için onu bir prensipe irca edelim; ilk hakimın hakkı takdirine Temyiz müdahale edebilir mi? Deniliyorki Yüksek Mahkeme ancak maddî mes'elede hata görürse nakzeder (Usul 428 M. § 4); fakat biliyoruzki mes'elelerin maddiyetini çizen hudutlar pek kati değildirler, bazen geniş tutulabiliyor. Ben esasen — bizde İstinaf Mahkemeleri bulunmamasına nazaran — Yüksek mahkemenin mürakebe ve irşat haklarını geniş tutmasına taraftarım; ve görüyoruzki hadiseye göre Temyiz Mahkemesi takdiri mes'eleleri de tetkik ediyor. Faraza ilk hakim filan ve falan şahidin ifadesine binai hüküm ederse ve Temyiz Mahkemesi bir şahidin ifadeleri katiyen söylenen manayı ihtiva etmediğini görürse bu noktadan ilâmı tenkit ve nakzetmekten çekinecek mi? bence hiç çekinmeyecektir.

Şimdi bahsimize dönelim; fiivaki nizaat tatbik edilecek kanun bulunamadı, badeltahhik örfü adetini mevcudiyetine de tesaduf edilemedi, bihakkın ilk hakim vazı kanun gibi harekete haklıdır. Fakat koyduğu hüküm tamamiye yanlıştır. Temyiz mahkemesi bunu görüyor: susacakmı, yanlışı kararı bırakacakmı? katiiyen.

Arkadaşımın delil olarak yürüttüğü mütalea da doğru değildir; çünkü Kanunu Medeni vazı kanun sıfatile kanun yapmak salâhiyetini ilk hakime vermiş değildir. Birinci maddede kullanılan «Hakim» kelimesi mutlaka ve hasren ilk hakime raci değildir. Hakim demek nizaları hallüfası için mevzuat dairesinde muamele gören ve bu mevzuat dairesinde iş gören manzumei teşkilata dahil olan hakim demektir. İlk hakimın esas itibarile kararı ancak Temyizden geçtikten sonra tamam olacağından 1 inci maddenin bahşettiği bu salâhiyet hem ilk hakime hem de hakkı mürakebe tariki ile Temyiz mahkemesine verilmiştir. Maslahatı amme de bunu müstelzimdir. Tecrübesiz bir hakim böyle bir vesilede hiç esbabı mucibesiz bir hüküm tedvin ediverdi ve yahut ileri sürdüğü esbabı mucibe tamamen yersizdir. Temyiz mahkemesi onu irşat etmelidir. Bu mürakebe ve irşatla hakimın ne istiklâline ne şerefine halel gelir. Kaldıki mevzuatımızda ilk hakime ısrar hakkı ve imkânı bahşedilmişti ki bu yoldan kendisinin kanaatini müdafaa yolu açık bırakılmıştır.

Benim kadar Hakimın mevkiini yüksek tutan azdır. Nazarım da milletin en yüksek ve şerefli mevkiini evvela muallimler sonra hakimler işgal eder. Hatta Teşkilatı Esasiyeye mugayir gördükleri bir kanunu tatbikten istinkâf edebileceklerini müdafaa etmişimdir. Fakat bunda dahi Temyizin mürakabesini elzem gördüm. Binaenaleyh ilk hakim vazı kanun sıfatile bir hüküm vermiş ise ve bu hüküm temyiz edilmiş ise Yüksek mahkemenin bir kerre bu sıfatla hareket ıztırarı mevcut olup olmadığını ve varsa verilen hükmün esasat kanuniyeye, hak ve adalet mefhumlarına, ihtiyacata, aklüselime uygun olup olmadığını elbette tetkike ve vardiği neticeye göre tasdik veya nakza salâhiyettardır.

Bizde bu maddeye göre verilmiş kararlar olup olmadığını bilmiyorum. Ben bir hadisede bir Ticaret Mahkemesinin bu salâhiyetten istifade ettiğini bilirim. İsrar neticesinde Dairei Hususiyenin nakzını teyit eden Hey'eti Umumiye kararı mahkemeyi bir çıkmaza sokmuştu. Mahkeme ancak vazii kanun sıfatile hareket ederek bu müşkülден kurtulabildi. Hadisede müddealeyh vekili bulunduğum ve alâkadar olduğum hadiseler hakkında mecmuada yazı yazmamağı şiar edindiğim için o karar hakkında bir tetkikte bulunmadım. Doktor Ürgüblü'nün ortaya attığı bu mes'elenin layığı ile tenevvürü için bu esasa mütedair Temyiz mukarreratı olup olmadığını bulmak çok faideli olur. Bunun için arkadaşlardan rica ederim böyle kararlardan haberleri varsa bize malûmat versinler, neşredelim.

Aziz arkadaşımız Doktor Münip'ten de ricamız vardır: İsviçrede bu salâhiyete istinaden verilmiş bazı kararları bulsunlar ve bunlar hakkında Federal Mahkemenin tuttuğu yolu bize bildirsinler, yani o-rada dahi Federal Mahkeme ilk hakimin bu gibi kararlara müdahaleden çekindimi bildirsinler. Bu emsal, kendi fikirlerini teyit veya tekzib hususunda bir miyar olabilecektir. Bu tetkiklerinin neticesini beklerken faaliyetinden ve faideli yazılarından naşi arkadaşımıza şükranlarımızı arzederiz.

Hukuk Tedrisatı

Muhteviyatının zenginliği ile temayüz eden SİYASÎ İLİMLER mecmuasının son nüshasında, **Cümhuriyette Ekonomi ve Hukuk Tedrisatı** ünvanı altında yazı yazan profes. M. Emin Erişirgil şu mu-taleayı yapıyor:

«Onbeş yıl önceki hukuk tedrisatı ile fakültelerimizin bu günkü tedrisatı arasındaki farkı da genişlik ve keyfiyet bakımından mütealea etmelidir. Eski Dârülfünun hukuk tedrisatının birbirini zarurî olarak icap eden iki esaslı kusuru vardı. Biri hukuk telâkkisi, ikincisi tedrisat metodu idi. Cümhuriyetin lâıyıklık prensibi sayesinde hukuk, kendi sahasına müstakil olarak sahip olmasaydı, hukuk tedrisatında belli

başlı bir ilerleme olamazdı. Cümhuriyetin medenî kanunda yaptığı de ğışıklık ve lâıyıklığın hukuk anlayışını dar sahadan kurtardı. Talebe zihninde kargaşalık vücade gelmeksizin hukuk filozofisi ve sosyoloji okutabilmesi ancak bu sayede mümkün olmuştur.

Eski hukuk tedrisatımızda çok defa kullanılan tedris metodu, Kanunların maddelerini şerh usulü idi. Bu tedris metodu hukuk fakültesini ilim bakımından kıymetsiz bir hale sokuyor. Memleket kanunlarını öğreten tatbikat mektepleri haline getiriyordu. Bu metod artık ortadan kalkmıştır. Şimdi tedris metodu bizzat hukuk ilminin esaslı prosedelerine intibak ediyor. Bu prosedeler pozitif hukuk tahlil etme, unsurlarını bulma, prensiplerine çıkmadır. Böylece tedrisat genç dimağları bizzat hukuk ilmi metoduna alıştırıyor. Hukukta doktrinler de iğreti bir mal gibi talebe önüne konulmamakta, ya Türk Hukukunun prensiplerile yoğurulacak, yahut o prensiplerle münasebeti gösterilerek ilmi zihniyet vücade getirecek bir vasita gibi kullanılmaktadır.»

Hukuk tedrisatının zamanımızda genişlediği ve tenevvü ettiği bir hakikattir; şimdiki Hukuk talebesine arzedilen bilgi, nev'i ve mikdarı eskisinden fazla ve eskisine faiktir. Ancak iki nokta hakkında fazla gayret göstermemiz lâzımdır. Lise tedrisatında çok dikkatli davranmak lâzımdır, çünkü Lisesinden layiki ile istifade etmemiş olan bir genç iyi bir Hukuk talebesi olamaz. Birde bu gençlere okunacak kitap hazırlamak lâzımdır. Yalnız muallimin dersini öğrenmekle iktifa eden talebe tam manasile hukukçu olamaz. Kütüphanemiz zaten fakirdir, mevcut kitapların kısmı azamı eski harfler ile matbudur; ekser gençler okuyamazlar, okusalar dahi anlayamazlar. O vakit kullanılan dil ile şimdiki lisan arasında o kadar büyük fark vardır.

Hukuk tedrisatının tekemmülü bu şartların ifasına menuttur.

Gad Fanko Milâslî