

# İZMİR BAROSU DERGİSİ

Fiati : 60 Kuruş

## Abone Şartı :

Türkiye için : senelik ( 4 sayı itibarı ) 200 kuruş

Her türlü müracaatlar

İzmir Barosu Dergisi adına gönderilmelidir.

Telefon 3041

Senesi : 3

Sayı : 2-10

Birinciteşrin 1937

Sahibi : İZMİR BAROSU

üç ayda bir çıkar

BİLGİ BASIMEVİ - İZMİR

12-4-1939



## İçindekiler

### Makaleler

SİDDİK S. ONAR, Istanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Hukuk Bölümü Profesörü İdarî Kazaya İhtisam Var mı? II

İMRAN Ö. TEM, Ankara Adliye Tıbbi Şifalı Evi Hekimi Üçüncü Evi olarak kullanılmak üzere ayrı menkul kıtaların

VİSALETTİN VERİM, Avukat Vahidat-dateleri ve mükellefler

### Tercümeleler

The National Probation Assosiation, Avukat Ceza ve Mahkeme

Dr. MARCEL COSMAO DUMANOIRE, Avukat Sigorta poliçeleri üzerine avanslar

M. N. Meyoend Assak, Avukat Pabulum

### Konferanslar

HİFZİ VELDET, Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Türk Medeni Kanununa göre şahsiyetin imzaya

### Bibliyografya

### Kayıb Ettiklerimiz

Yazı işleri Direktörü : Emin Degermen

# İZMİR BAROSU

## DERGİSİ

SAHİBİ : İZMİR BAROSU

Sene : 3

Birinciteşrin 1937

Sayı : 2-10

## İdarî kazaya ihtisam var mı ?

Yazan : *Siddik S. Onar*

Istanbul Üniversitesi İdare Hukuku  
Fakültesi Ordinariyüs profesörü

## II

İdarî rejim ve idarî kaza bakımından *Fransa* tam bir tip teşkil ettiği gibi, adli idare sisteminin tam bir tipini de *İngiltere* teşkil eder. *İngiltere*'de idarî mahkemeler yoktur. İdare ile adliye arasında salâhiyet ihtilâfları olamayacağı için *Fransa*'daki ibtilâf mahkemesine benzer bir mahkeme de mevcut değildir. İdareye, üçüncü şahıslara müessir olabilecek icraî kararlar almak ve bu kararları re'sen hareket suretile, yâni adliyenin tevassutuna müracaat etmeksizin tatbik etmek salâhiyeti de tanınmamıştır. Yâni *İngiliz* sisteminde idarî faaliyetlerin tâbi olduğu hususî bir usul, ve bu usul neticesi olarak bu faaliyetleri icra edenlere tanınmış bir takım imtiyazlar görmüyoruz; idarî faaliyetler de ferdî faaliyetlerin tâbi olduğu kaidelere göre ve bu kaideleri tatbik eden hâkimlerin murakabesi altında icra edilir. Memurun idarî faaliyetinden müteessir olan her fert, bir ferdin faaliyetinden müteessir olmuş gibi, adliye mahkemeleri huzurunda bu faaliyetlerin hukuk kaidelerine muğayiretinden ve kendisini izrar ettiğinden bahse-



derek, memur aleyhine bir dâva açabilir; böyle bir dâva karşısında memur da, fert gibi hareketinden bir hukuk kaidesine istinat ettiğini ve uygun bulunduğunu ispat etmek mecburiyetindedir. Memurun sadece bu faaliyeti vazifesi dolayısıyla yapmış olduğunu beyan etmesi, kendisini adliye mahkemeleri huzurunda hesap vermek mecburiyetinden kurtaramaz. Memur fiilinin kanunun verdiği bir salâhiyete dayandığını veyahut âmirinin kendisine böyle bir emir verdiğini ve âmirin bu emri vermeğe salâhiyeti bulunduğunu ispat etmek mecburiyetindedir. Mahkeme de dâvayı ferdi faaliyet ve hareketlere tabik edilen ölçüler dairesinde tetkik ederek memurun hareketinin yolunda olup olmadığına karar verir.

*İngiltere*'de mahkemelerin bu salâhiyeti netice itibarıyla memurların adliyenin direktiflerine göre hareket etmeleri mecburiyetini doğurur. Bu vaziyet, memurların bir çok defalar kanunların tatbiki için mahkemelerden müsaade istemelerine ve mahkemelerin idareye faaliyetlerinden evvel de direktif vermelerine, emir ve tenbihler ısdar etmelerine kadar varır. Fert, üçüncü şabsa müessir bir hareket icra edeceği zaman hâkimden müsaade istihsal etmek mecburiyetinde olduğu gibi, bir çok hallerde idare de ancak hâkimin mütekaddem müsaadesiyle hareket edebilir.

*Fransa* ve *İngiltere* ile *Amerika*'nın birer kutbunu teşkil ettikleri bu iki sistemin ortasında bir çok küçük sistemler görüyoruz. Bunlardan *İtalya*, *Almanya*, *Yunanistan* ve hatta *İsviçre*, *Fransa*'ya yaklaştıkları gibi; bilhassa *Belçika* ve *Romanya* da *İngiltere*'ye yaklaşır. Bu iki memlekette de idari kaza teşkilâtı yoktur. Prensip olarak, bütün ibtilâfların adliye mahkemelerinde görülmesi kabul edilmiştir. Ancak bu memlekelerde idari faaliyetler ferdi faaliyetlerden ayrılmış ve idarenin hâkimin tavassutuna ve mütekaddem müsaadesine muhtaç olmaksızın üçüncü şahıslara müessir kararlar verebilmesi, yani icraî kararlar alması ve bunları kendi kudretile re'sen tatbik edebilmesi esası kabul olunmuştur. Bu bakımdan bu memleketter *Fransız* sistemine yaklaşırlar.

İdari kaza mevcut olan ve inkişaf eden memlekelerde bu müessesenin nasıl doğduğunu ve nasıl bir inkişaf seyri tâkip ettiğini, bu günkü temayülleri tetkik ettiğimiz gibi, idari kaza müessesesine karşı menfi bir vaziyet almış olan bu memlekelerde de idarenin

kazai murakabesinin ne tarzda inkişaf eylediğini ve bu murakabenin bu gün hangi cihete doğru temayül gösterdiğini tetkik etmek ve idari kazayı kabul eden memleketteki idarenin kazai murakabesinin genişliği ve müessirliği ile bu memleketteki vaziyeti mukayese etmek icap eder.

\*  
\* \*

Adli idare sisteminin tam bir tipini teşkil eden *İngiltere*'de memurların bir takım imtiyazlara sahip olmamaları, idari faaliyetlerin de, ferdi faaliyetlerin tâbi olduğu kaideler altında cereyan etmesi ve adliye mahkemelerinin bu faaliyetlerin kanuniliğini ve bunlardan dolayı memurların mesuliyetini tek usul ve tek hukuk kaidelerine göre tetkik ve hal etmeleri, ilk bakışta fert bakımından daha emniyetli görünür. Bununla beraber bu memlekette idarenin kazai murakabesinin tâkip ettiği seyri, memlekette siyasi, idari ve hattâ iktisadi bünyesini tetkik ve tahlil ettiğimiz zaman bu emniyetimiz, hiç olmazsa nazari bakımdan, sarsılır ve bilhassa iktisadi ve siyasi bünyedeki değişikliklerin bu kazai murakabe sistemi üzerindeki tesirlerini ve bu günkü temayülleri tetkik ederken bu şüphelerimizin daha kuvvetlendiğini ve ilk bakışta verilebilecek hüküm üzerinde tekrar düşünmek icap ettiğini görürüz.

*İngiltere*'de de idarenin kazai murakabesi meselesi ancak *hukuka bağlı devlet* fikrinin inkişafıyla beraber ortaya çıkmıştır. Bu memlekette de *hukuka bağlı devlet* devrine tekaddüm eden bir devir vardır. Bu devirde hükümdar mutlak ve takdirî bir salâhiyete maliktir. Hareketinden ve memurlarının fiillerinden dolayı hiçbir kazai murakabeye tâbi değildir. XVI ve XVII nci asırlarda da hükümdarın esaslı vazifelerinden sayılan devletin hayatî menfaatlarını korumak maksadile, gerek kendisinin ve gerek kendine bağlı icra uzuv ve memurlarının yaptığı tasarruflar devletin işi sayılır ve böyle tasarruflardan dolayı mahkemelere müracaat edilemezdi; yani hükümdarın ve ona mensup memurların, devletin yüksek menfaatlarını korumak mülâhazalarıyla vaki tasarrufları, her türlü kazai murakabenin dışında kalır ve icra uzvu bu noktalarda adliyenin karşısında tamamen müstakil bir vaziyette bulunurdu. Bu vaziyet *İngiltere*'de «Kral fenalık yapamaz» düş-



turile ifade edilmiştir. Bu düsturdan maksat nedir? Acaba bununla kralın fensahk yapmağa salâhiyet ve imtiyazı olmadığını söylemek istenilmiştir? Yoksa kraldan fensahk sadır olmaz, o ne yaparsa doğrudur mu deullmek istenilmiştir? Fiihiyatta bu düstur ikinci şekilde tefsir edilmiş ve umumî bir feodalite kaidesi olan, *senyörün kendi mahkemeleri huzuruna çağırılmaması prensibi İngiltere'de yerleşmiş ve devam etmiştir. 1846 da bile bir İngiliz mahkemesi bu düsturu şu suretle ifade ediyor: « Hükümdarın şahsan yapıklarının fena olamayacağını kanun farzeder. Hükümdarın emrile yapılan hareketlere gelince, bunlar gayri kanunî ise hukukan yok farz edilir ve hükümdara izafe edilemez ».* Devletin yüksek menfaatlarile alakalı görülen tasarruflar dolayisile memur aleyhine bir dâva açılırsa, mahkemeye bu tasarrufun bir hükümet tasarrufu, bir siyasi tasarruf olduğunu ifade eden, *Matter of State* def'i dermeyeran edilir. Bu def'in dermeyeranile hâkimin artık dâvayı görmek salâhiyeti kalkar. Bu def'i « *siyasi sebep - hikmeti hükümet* » nazariyesine dayanır. Bu gün de idarenin kazai murakabesi ve idari kaza kabul edilen diğer memleketlerde de bu mahkemelerin murakabesinden hariç kalan ve *hükümet tasarrufu* adını taşıyan bir katagorinin mevcudiyeti iddia ve münakaşa edilmektedir. İngiltere'de bu nevi tasarruflardan maada tasarruflarda memur esas itibarile adliyenin murakabesine tâbidir. Bu gibi hallerde memur tasarrufunun hükümdarlık imtiyazlarına dayandığını, yâni bu salâhiyetini makam ve memuriyetinden aldığı iddia eder. Böyle bir iddia karşısında hâkim memurun hareketinin bir salâhiyete, krallık imtiyazlarından birine müstenit olup olmadığını araştırır; eğer tasarruf böyle bir salâhiyete müstenitse meşrudur, aksi takdirde memur şahsen mes'ul olur. Mahkeme memurun salâhiyetini takdir ederken, tamamille bir ferdin kanunî salâhiyetini tetkik eder gibi hareket eder. Görülüyor ki, prensip hükümet işlerini kazai murakabeden hariç kalması, memurun bu mahiyette sayılmayan tasarruflarının ise umumî ve âdi hukuk kaideleri tahtında böyle bir murakabeye tâbi bulunmasıdır. Bu itibarla memurun *Matter of State* def'i dermeyeran etmesiyle bir salâhiyete müsteniden hareket ettiğini iddia eylemesi, aynı mahiyette değildir; Birinci halde hâkim derhal ve re'sen salâhiyetsizlik kararı verir. Bu hallerde tasarruf kanunsuz olabilir, fakat tasarrufu icap ettiren sebepler haddi

zatında kanunsuz olan bu tasarrufu meşru kılar. Böyle bir iddia karşısında hâkim, artık tasarrufun kanuniliğini tetkike kendisini salâhiyettar görmez. Halbuki memurun imtiyaz ve salâhiyetinin tetkiki hukukî bir mes'eledir; memur kanunî salâhiyetini kullandığını iddia ettiği zaman hâkim hâdisede bu imtiyaz ve salâhiyetin hukukî usullarının bulunup bulunmadığını feli ve takdiri bir mes'ele olarak değil, hukukî bir mes'ele olarak tetkik eder. Memur tarafından dermeyeran edilebilen bu iki nevi def'i arasında diğer mühim bir fark vardır. Siyasi icapların, hikmeti hükümetin mevcudiyetini ancak hükümdar takdir edebilir. Binaenaleyh böyle bir def'i, ancak kralın ve krala bağlı sayılan devlet adamlarının emirlerine müstenit veyahut bunlar tarafından icazet verilmiş tasarruflarda dermeyeran edilebilir. *Hikmeti hükümet* nazariyesi gibi siyasi ve istisnai bir nazariyeye istisna mahal olup olmadığını, herkesten evvel hükümdar takdir eder; halbuki imtiyaz ve salâhiyet meselesi, fertlerin sâbjektif bir hak iddia etmeleri gibi, tamamen hukukî bir mesele olduğunda devlete bağlı her memur ve müstahdem bu ikinci def'i dermeyeran salâhiyettardır. Birinci nevi def'ilerin dermeyeran edilebileceği en geniş saha milletler arası münasebetler sahasıdır.

*Polis devlet* şekliinden hukuka bağlı devlete geçirirken takdire müstenit *Matter of State* şahsının daralacağı ve ikinci şahsın genişleyeceği tabiidir. İngiltere'de bu istibaleyi görüyoruz: *Matter of State* def'inin dermeyeranı hükümdarlığın fevkalâde imtiyazını teşkil etmektedir. Hükümet faaliyetlerini kazai murakabeden kurtaran ve hükümete hukuk kaidelerine bağlı olmaksızın takdiri olarak hareket etmek salâhiyetini veren bu imtiyazın ferdi haklar bakımından arzettiği tehlike, hâkimlerin gözünden kaçmadı. Hâkimler 1689 da ikinci ihtilâli müteakip hükümdarlık kudretinin zayıflamasından istifade ederek, bu nazariyeyi yıkmaya çalıştılar. 1765 te *Endick V. Carrington* kararında, böyle bir imtiyaz iddiası nazarı itibara alınmıyordu. Bu dâvanın esası şu idi: *Endick* adlı bir matbaacı *Carrington*'le diğer üç memurun kendi meskeni masoniyetini ihlâl ettiklerini iddia etti. Müddealeyhler yüksek bir makam tarafından verilen bir araştırma tezkeresine müsteniden hareket ettiklerini iddia ediyorlardı. Bu tezkere esas itibarile kanunsuzdu, çünkü böyle bir tezkere ancak adli makamlar tarafından verilebilirdi. Nazır, siyasi sebeplerle, *hikmeti hükümet* icaplarıyla



hareket ettiğini beyan etti ve kendisine verilen haberlere göre matbaacının kral ve iki meclis aleyhine muzır ve tahrik edici yazıları ihtiva eden bir broşür hazırladığını, hükümet icapları bu broşürlerin basılmasına ve satılmasına derhal mâni olmağı istilzam ettiğini, bunu temin için araştırma mecburiyetinde kaldığını ve bu itibarla tasarrufun *Act of State* nevinden olduğundan mahkemenin dâvayı tetkike salâhiyeti bulunmadığını iddia eyledi. Fakat hâkim bu hâdisede nazırı bu tasarrufu icraya sevkeden siyasi âmillerin kanunsuz bir araştırma müzekkeresine mâncer olmayacağına ve nazırın emrinin memuru mesuliyetten kurtaramayacağına hükmetti. Şu suretle hâkim salâhiyetli bir makamın *Matter of State* define rağmen memurun hareketini tetkik etmek salâhiyetini kendinde görüyordu. Bununla beraber bu karar tasarrufun *Act of State* nevinden olduğunu dermeyer etmeğe mâni teşkil etmiyordu, ancak hâkime siyasi âmiller, hikmeti hükümet iddiasını dermayan ettirecek sebepler mevcut olup olmadığını aramak kudretini veriyordu, bu sebepler bulunduğu takdirde hâkim yine tasarrufun kanuniliğini aramak salâhiyetini haiz oluyordu. Bir hâkim de kararda hükümet tasarrufunun *Act of State* mahiyetini ve bu tasarrufların her türlü kazai murakabenin dışında kalışının sebebini şu suretle izah ediyor: Bir *Act of State*, esas itibarile hâkimiyet kudretinin istimalini tazammun eder; bu itibarla böyle bir tasarruf dahili mahkemeler tarafından rüyet, murakabe ve men edilemez; bu tasarruf müeyyidesini kanunda değil hâkimiyet kudretinde bulur. Görülüyor ki, İngiltere'de de hâkimiyetle kazai murakabenin bir araya gelebileceği, ancak memurların hâkimiyetle alâkadar olmıyan ve şahıslarına izafe edilebilecek mahiyette olan tasarruf ve fiillerinin böyle bir murakabeye tâbi tutulabileceği fikri hâkim olmuştur.

İşte İngiltere'de hukuka bağlı devlet telekkesinin inkişafı XVI ve XVII nci asırlar zarfında hikmeti hükümet icaplarına dayanılarak genişletilen takdir hareket sahasını daraltmış oluyor. Hükümdarın bu salâhiyetine karşı konulan kaide, *Rule of Law* düsturudur. Bu düstur, hiç kimsenin hukukun üstünde olmadığı, sözüne dayanır: Yalnız hükümdar müstesna olmak üzere her kes, memur veya alelade yurttaş münasebetlerinde *Common Law*'ya tâbidir, ancak *Rule of Law* dışında kalan siyasi ve diplomatik meselelerde hükümet takdir hak-

kına istinat eder ve kazai bir takip ve murakabeden kurtulur.

Bugün *Rule of Law* sahası çok genişlemiş ve *Matter of State* sahası heman İngiliz tebaasını doğrudan doğruya alâkadar etmeye dış işlere ve milletler arası münasebetlere inhisar etmiş olmakla beraber mahkemelerin murakabesi dışında kalan ve adli müeyyidelerle temin edilmeyen bir takım tasarruflar mevcuttur. Gerek örf ve âdet hukuku *Common Law*, ve gerekse yazılı kanunlar hükümleri neticesi olarak bir çok memurlar adli takiplerde fertlerin malik olmadıkları bir masuniyete sahiptirler. Bir kerre İngiltere'de devletin hükmi şahsiyeti nazariyesi henüz inkişaf etmemiştir. Devlet hukuki bir şahsiyete mâlik değildir. Ancak hükümdarın şahsında teşahhus eder; diğer memleketlerde devletin hükmi şahsiyetine ve bu şahsiyete ait patrimovana izafe edilebilen bir mali mesuliyet İngiltere'de mevcut değildir. Binaenaleyh devlet aleyhine bir dâva açılmaz. Diğer cibetten devleti teşahhus ettiren hükümdarda «*The King can do no wrong*» düsturu mucibince mes'ul olmadığı gibi, hükümdara bağlı olan ve onun icra vasıtası olup namına tasarruflar yapan nazırlar da aynı masuniyete maliktirler. Hükümdar ve dolayısıyla devlet aleyhine bir dâva açabilmek için *Petition right* usulüne tevfikan bizzat krala bir arzual vererek hükümdarlık aleyhine dâva ikame etmek üzere izin istemek lâzımdır. Bu arzual *Attorney General* tarafından tetkik edilerek leh ve aleyhte bir raporla netice hükümdara bildirilir ve ancak sadır olacak müsaade üzerine bir dâva açılabilir. Böyle bir talep de ancak devletin akdettiği bir mukavelenin ifa edilmemesi veya ihlâl ve yahut bir mülkün haksız olarak alınması halinde dermeyer edilebilir; diğer hallerde hükümdar ve nazırlar aleyhine dâva açılmaz. İngiltere'de hükümdarın mutlak ve takdir salâhiyetleri haiz olduğu, şahsen hâkim bulunduğu ve adâlet tevzi ettiği devirlerden kalan bu ademi mesuliyet kaidesi bu gün bir hükümet uzvu haline gelmesine rağmen devam etmekte olduğu gibi, aynı ademi mesuliyet esası teşahhus ettirdiği devlete de taınmıştır. Bir İngiliz hâkiminin yukarıda söylediğim kararında olduğu gibi, kanunsuz bir emir hukukan yok sayılır ve hükümdara izafe edilemeyeceği için bu emrin neticesi olarak yapılan harekette memura muzaf olur ve onun şahsen mesuliyetini intaç eder.

Görülüyor ki, İngiltere'de kaide olarak memurların idari tasarru-



ruf ve fiillerinden dolayı aleyhlerine umumî hükümlere tevfikân dâva açılabilmesi mümkün olmakla beraber bir kısım memurlar ve tasarruflar bu prensibin dışında kalmakta ve aynı zamanda devlet şahsiyet ve patrimonuna hiç bir mes'uliyet terettüp etmemektedir. Bu vaziyet belki İngiltere'de mahzurlu görülmez, fakat bir nazariye ve bir prensip olarak atıldığı zaman idarenin kazaî murakabesini tamamen temin edemeyeceği ve ancak muayyen hallerde sadece tediye kabiliyeti şüpheli memur aleyhine dâva açılabilmenin fert için de kâfi bir teminat teşkil etmediği kolayca görülebilir.

İngiltere'deki bu vaziyeti iki sebeple izah edebiliriz. Bir kerre burada liberal mekteplerin devlet ve devletin faaliyet sabaşı ve tarzı hakkındaki fikirleri daha kuvvetle yerleşmiş ve bir an'ane haline gelmiştir. Bu itibarla diğer yerlerde olduğu tarzda bir idare teşkilâtı da ortaya çıkmamıştır. Filhakika İngiltere'de de Türkiye ve Fransa'dakine benzeyen isimler taşıyan bir takım vekâletler mevcuttur. Meselâ burada da bir *Nafia vekâleti*, *Ticaret vekâleti*, *Maarif vekâleti* vardır. Fakat bunların faaliyetleri idarî rejimi kabul eden memleketlerdeki vekâletlerin faaliyetlerinden tamamen ayrıdır; bunlar doğrudan doğruya idarî faaliyetlerde bulunmazlar, ancak bâzı hususî müesseselerle mahallî idarelerin faaliyetlerine nezaret ederler, bu faaliyetlere dair kaideler koyar ve bu sahalardaki kanunların tatbik ve icrasını temin ederler. Kendileri fertlere karşı doğrudan doğruya idarî faaliyetlerde bulunmazlar ve icraî karar almazlar, Nafia Vekâleti, devlet arazisiyle resmî binalara bakar; varidatını toplar. Ticaret Vekâleti, ticarî faaliyetlere ait malûmatı toplar, büyük ticarî teşebbüsleri tescil eder, istatistikler yapar ve alâmeti farika işleriyle meşgul olur, deniz ve liman işlerini murakabe eder, iflâs işleri de bu vekâlete aittir. Maarif vekâletinin vazifesi de ancak maarife ait kanun, nizamname ve talimatları hazırlamak ve tahsil müesseselerini teftiş etmekten ibarettir. Asıl idarî faaliyetler mahallî idareler veya birer hususî hukuk müessesesi mahiyetinde bulunan ve hükmi şahsiyeti haiz *corporations*'lar tarafından ifa edilir. Meselâ, Ticaret Vekâletinin idare işlerine en çok yaklaşan vazifelerinden sayılan fenerler ve şamandıralar filen *Trinity House* denilen bir *corporation* tarafından idare edilir ve Vekâlet yalnız bu faaliyetin malî cihetleriyle meşgul olur.

Görülüyor ki, İngiltere'de de hükümet, kendine mal edindiği işleri

kazaî murakabe altına koymamıştır. Adli kazanın murakabesine tâbi tutulan işler, esasen fiil ve tasarrufları devlete izafe edilmiyen memurların fiil ve tasarruflarıdır. Buradaki vaziyet, âdeta Osmanlı imparatorluğunda vakıflarla görülen, bugünkü mânaada âmme hizmetlerinin tâbi olduğu vaziyete benzer.

İngiltere'deki vaziyetin ikinci bir sebebi de, hukukun yazılı kanunlardan ziyade daha âleştiki olan ve hâlin icaplarına daha kolay intibak edebilen, örf ve âdet kaidelerine dayanmasıdır. Bu sayede bâkim görünüşte aynı hukuk menbâna istinat etmekle beraber, kararlarında âmme hizmetlerini, idarî faaliyetleri icaplarını göz önünde tutabilmektedir. Halbuki yazılı medenî kanunları tatbik eden diğer memleketlerde adliye mahkemelerinin bu âleştikiyeti göstermelerine imkân yoktur.

İngiltere'ain bünyesindeki bu hususiyet yavaş yavaş değişmektedir. Bu gün İngiltere, madenler gibi millî iktisadî, işçi hayatı gibi içtimai iktisadî atâkadar eden sahalara hattâ buğday ekimi gibi işlere müdahale etmişçe, üzerine yeni yeni işler alınmaya başlamıştır. Son 50 senenin sosyal kanunları, İngiliz teşkilâtında mevcut bâzı müesseselere yeni bir şekil vermiş, bâzı devlet dairelerine de idarî faaliyetleri kazaî bir surette murakabe etmek vazifesini tevdi etmiştir. Londra « *Siyasî ve İktisadî bilgiler mektebi* » hukuk profesörü *William A. Robson* İngiltere'de henüz tam mânasile Fransa'daki gibi bir idarî rejimden bahsedilemezse de muayyen ve genişleyen bir icraî adâletin, diğer tâbirle idarî kazanın gözden kaçmadığını ve bunun son zamanlarda genişleyen hükümet faaliyetlerinin ve bu faaliyetleri bağaran icraî kuvvetin fazla inkişafının bir neticesi olduğunu ve idarî mahkemelerin içtimai ve iktisadî sahada ehemmiyetlerinin artacağını söylüyor. Müellife göre bu ceryan devletin büyük dairelerine kazaî vazifeler vermek, yahut ta bu işi doğrudan doğruya veya dolayisile hükümetin tâyin ve murakabe ettiği mahkemelere bırakmak şeklinde inkişaf etmektedir. Bu mahkemeler bünye ve teşkilât, mahiyet itibarile birbirinden çok farklıdır. Bu fark da, slâkadar olduğu fonksiyonun tabiat ve mahiyetinden ileri gelir.

İngiltere'deki bu temayül 1910 tarihlerine irca edilmektedir. Bu tarihtenberi vazı kanun bir takım kazaî fonksiyonların ifasını hükû-



metin merkezi idarelerinden başlarına veya onlara doğrudan doğruya yahut dolayısıyla bağlı olan idari mahkemelere tevdi etmiştir.

*Robson* bu inkişafın sebebini, hülâsaten, şu suretle izah ediyor:

İdareye kazâî bir kudret tevdi eden kanunların mevzuuna bir göz atmak, bu meseleyi kâfi derecede tenvir edebilir. Bu kanunlar âmme sıhhatına, ercülük ve gahirecilğe, millî sıhhat sigortalarına, işsizlik sigortalarına, maarif işlerine tekdürlüğe, dul ve yetim maaşlarına taallük eden kanunlardır. Bütün bu âmme işlerini kraliçe *Viktorya* devrinin ferdiyetçileri devlete tahmil etmeği tahayyül bile etmemişlerdi. Yeni sosyal murakabenin meydana çıkması için hukuk sistemimizde bir değişikliğin yapılması elzemdi. İhtimalî menfaat ve ihtimalî siyasetin, fertlere tatbik edilen mücerret adâlet prensipleriyle ve an'anasile temin'ne imkân yoktur. Hülâsa; *İngiltere*'de de hükûmet faaliyetlerinin genişlemesi, sosyal temayüllerin inkişafı, hükûmetin muhtelif faaliyet sahalarında bu faaliyetlerden çıkacak ihtilâfları halledecek kazâî teşekküllerin doğmasını veya mevcut hükûmet uzuvlarının bir de kazâî fonksiyonları ifaya başlamasını intaç etmekteyiz. Demiryolları mahkemesi, millî sıhhat sigortası mahkemesi, işsizlik sigortası mahkemesi, sıhhat vekâletinin, münakale vekâletinin, terbiye meclisinin, ticaret meclisinin kazâî fonksiyonları bu kabildendir.

\*  
\*\*

İdarenin kazâî murakabesi bakımından iki zıt sistem teşkil eden *Fransız ve İngiliz — Amerikan* sistemleri arasında *Belçika* sistemi orta bir sistem teşkil eder. Bu sistem, idareye icrai kararlar almak ve re'sen hareket etmek selâhiyetini tanıması, idari tasarrufları, bususî hukuk tasarruflarından farklı görmesi, hülâsa idari rejimin bir kısmı esaslarını alması bakımından *Fransız* sistemine; ve idari rejimin kazâî murakabe selâhiyetini esas itibarile adliyeye tanımış olması bakımından da *İngiliz — Amerikan* sistemine yaklaşıyor.

*Belçika* eskiden beri idari kazaya karşı muhteriz davranmıştır: 1831 tarihli *Belçika* kanunu esasisi, idari mahkemeler ihdasından bahsetmemiş ve idari ihtilâflarda da adliye mahkemelerine geniş selâhiyetler vermişti. Bu kanuna idari kazayı kaldırmak ve idarenin kazâî murakabesini adliye mahkemelerine bırakmak ruhu hâkim

oluyordu. Bunda, 1814 tarihine kadar *Belçika*'da hâkim olan *Fransız* İmparatorluk rejiminin hükûmet otoritesi talekliğine karşı efkârı umumiyede duyulan aksül'amelin de tesiri mevcuttu. 1814 te *Belçika* ve *Hollanda*'nın birleşmesinden sonra *Hollanda* hükûmeti, efkârı umumiyenin bu aksül'amelini nazara alarak 24 Ağustos 1815 kanununun 165 inci maddesiyle adliye mahkemelerinin ferdi haklardan çıkan ihtilâflara ve bu arada idare ile fert arasındaki bu mahiyetteki ihtilâflara bakacağını tasrih etti. Ferdi haklar tâbiri de yalnız dar manâda sübjektif haklar görüyor ve binaensleyh sadece bir menfaati ihlâl eden gayri kanunilik ihtilâfları -bugün bizdeki iptal davaları - bundan hariç kalıyordu.

Bu 1815 kanunu adliyeye idareyi murakabe hususunda oldukça geniş bir selâhiyet vermekle beraber, kanunun bu prensibi *Hollanda* hükûmetinin mutlakiyet temayülleriyle telif edilemiyordu. Binaensleyh kanunun prensibi, hayata, tatbikata, hülâsa, realiteye uymuyordu. Bunun aksi tesiri çabuk görüldü. 5 Teşrinievvel 1822 kararnamesi krala idare ile adliye arasındaki ihtilâfları balletmek selâhiyetini tanıdı. Bu suretle idareler adliye mahkemelerine intikal eden işlerde bir selâhiyet ihtilâfı çıkarabiliyor ve bu ihtilâfı kral idare lehine hal ediyordu. Netice itibarile kral ve dolayısıyla hükûmet bir ihtilâf mucii rolünü oynayarak, adliye mahkemelerinin selâhiyetlerini tahdit etti, ve adliyenin idare üzerindeki kazâî murakabesi fiilen ortadan kalkmış oldu. Krala tanıyan bu selâhiyetin esbabı mucibesî olarakta kanunun esasını mahkemelere bir idari tasarrufun kanuniliğini takdir selâhiyetini vermediğini, buna ancak kralın selâhiyetler bulunduğunu ve bu selâhiyetin mahkeme tarafından fiilen ihlâl edilmemesi için kralın müdahalesi lâzımgeldiği beyan ediliyordu. 1931 de *Hollanda* rejimiae bir aksül'amel olarak yine bu sisteme karşı cephe alındı. Kanunu esasıye idarenin bizzat kendisini murakabe etmesinden ibaret olan sistemi kaldırmak ve tekrar ruca mâni olmak için hükümler kondu. Evveleminde 92 ve 93 üncü maddelerle adliye mahkemelerinin ferdi haklara taallük eden bütün ihtilâfları halle selâhiyetler olduğu ve bunlara yalnız medenî hakların değil siyasi hakların da dahil bulunduğu tasrih edildi. Bununla beraber siyasi haklar için bu hususta kanuni istisnalar konulabileceği de ilâve edildi. Diğer taraftan *Hollanda* hükûmetinin idari tasarrufların kanuniliğinin mahkemeler



tarafından takdir edilemeyeceği yolundaki iddiasına karşı da 107 inci madde de adliye mahkemelerinin ferdi idari tasarrufların kanuniliğini takdire salâhiyeti bulunduğu tasrih olundu. İdare ile adliye arasında çıkacak ihtilâflar hususunda da 106 inci madde ile bu ihtilâfların temyiz mahkemesinde halli kabul edildi. Bununla beraber 94 üncü madde vazii kanuna adliye mahkemeleri yanında başka mahkemeler de ihdas etmek salâhiyetini tanıdı.

Kanunu esasının bütün hükümlerinden ilk çıkarılabilecek netice adliyenin idare üzerinde tam bir kazaî murakabe icra edebilmesi, diğer tâbirle tekmil tasarrufların adliye mahkemeleri tarafından kazaî murakabeye tâbi tutulmasıdır. Fakat fiiliyat bu şekilde tecelli etmedi. Adliyenin idareyi murakabesi hiç bir zaman *Fransa*'da idari mahkemelerin murakabesi kadar geniş, esassı ve müessir olmadı. Fiiliyatta bu murakabe çok noksan ve zayıf kaldı.

Adliye mahkemeleri idari sahalarında kendi salâhiyetlerini bizzat kendileri tahdit ettiler. Himayesile mükellef oldukları ferdi hakkın mevcudiyetini bâzı şartların mevcudiyetine bağladılar ve bu suretle kazaî murakabe ile himaye edilecek ferdi hakları tahdit etmiş oldular. Temyiz mahkemesi, 25 Haziran 1840 tarihli bir kararında koyduğu ve 1843 deki kararla teyit eylediği bir prensibe göre, ferdin idareye karşı bir hakkın mevcudiyeti için kanunî veya nizamî bir hükmün idareye hususî bir menfaata tatmîni zımında bir vecibe tahmil etmiş olması lâzım geliyordu. Adliye mahkemeleri ancak idarenin böyle bir vecibesinin mevcut olduğunu kabul ettikleri vaziyetlerden çıkan ihtilâflarda kendilerini salâhiyetli görüyor ve umumî menfaatların temin ve tatmini maksadile mevzu hükümlerden çıkan ihtilâflarda ise ferdi bir hakkın ademî mevcudiyetinden bahsederek salâhiyetsizlik kararı veriyorlardı. İdarenin hemen bütün faaliyetleri hususî menfaatları karşılansalar bile umumî bir menfaat gayesiyle icra edildiklerinden bu sahalarında kazaî bir murakabe çok tabdide uğramış oluyordu.

*Belçika* içtihatları, mahkemelerin, idari tasarrufların kanuniliği murakabesini de çok dar bir sahaya sınırladı. Mahkemeler bu meseleyi sadece usulî ve şekli bakımdan tetkik ettiler, idari bir kararın esas ve maksat bakımından kanuna muhalefeti meselesinin tetkikini de salâhiyetleri hariciade gördüler. Mahkemeler bu noktâi nezarlardan

esbabı mucibesini şu suretle izah ediyorlardı: Bir idari tasarrufun mevzuunu tâyin ve tahdit takdiri bir meseledir; hattâ mevzuun kanun ile tâyin edilmiş olsa bile, muhtevası yine ekseriyetle idarenin takdirine göre tâyin olunabilir. Halbuki idarenin takdir salâhiyeti mahkemelerce tetkik ve murakabe edilemez. Einsenaleyh mahkemeler idari bir kararın kanunî olup olmadığını ancak salâhiyet ve şekil bakımından tetkik edebilirler.

Mahkemeler bu noktadaki salâhiyetlerini diğer bir bakımdan da tahdit ettiler. İdari tasarrufların kanuniliğinin tetkikini mahkemelere bırakan kanunu esasî bunların iptalinden bahsetmemiştir. Fihakkıka bir tasarrufun kanuniliğini tetkik salâhiyetinin tabii neticesi kanuna uygun görülmeyen tasarrufların iptaline hüküm etmektir. Fakat *Belçika* mahkemeleri kendilerinde bu kadret de görmediler ve binaenaleyh bir tasarrufun kanunsuzluğuna karar vermiş olsalar bile bunların iptaline gümediler.

Mahkemeler idarenin mesuliyeti meselesinde de ilk zamanlarda çok mütevellit hareket ettiler. *Fransa*'da idarenin tasarruflarının hâkimiyet ve temyiz tasarrufları olmak üzere ikiye ayrılmasına istinat eden ve bugüne terk edilmiş bulunan *critérium*'a istinat ederek ancak idarenin fertler gibi temyiz tasarruflarından mütevellit mali mesuliyetini kabul ettiler ve hâkimiyetin kullanılmasından doğan mesuliyet iddialarının tetkikine kendilerini salâhiyetli görmediler. Son zamanlarda bu içtihat terk edildi. Medenî bir hakkın ihlâlinden mütevellit mesuliyet iddiaları da görülmeye başlandı. Fakat burada medenî bir hakkın ihlâlî aradığı cihetle bir menfaatin ihlâlinden dolayı da bir dâva açılması mümkün görünmüyordu.

Mahkemeler böylece salâhiyetlerini dar bir sahaya sınırladılar. Maada bir kısım hususları da ancak idari makamlar yardımıyla hallederler. İntihap işlerinde, askerî mükellefiyet meselelerinde, vergi işlerinde ve bunlara benzer bir çok meselelerde idari makamlar kazaî bir rol oynar bu suretle ortaya bâzı yerlerde nazır — hâkim sisteminde benzer bir vaziyet ve bâzı hâllerde çok noksan bir idari kaza çıkmış olur.

Bu vaziyet karşısında *Belçika*'da idarenin kazaî murakabesi hususunda *Fransız* sisteminin kabulü ve bir devlet şûrası ihdası için kuvvetli bir temayül ortaya çıkmıştır. Bu temayül bilhassa adliye mahke-



melerinin idari sâhadaki selâhiyetlerini son derece tahdit etmelerinden ve bu suretle idarenin kazâi murakabesinin (tâilen ortadan kalkmış bulunmasından) doğmuştur. Idarenin malî mesuliyeti meselesinden temyiz mahkemesinin bir az geniş hareket etmesi âdeta bu temayülü bir cevap teşkil etmiş ve cerayarı bir az hafifletmiştir. Bu temayülü doğuran ikinci mühim bir sebep de bir çok idari işlerin adliye mahkemelerine bırakılmaması ve bu suretle ortaya nazır — *hâkim* sisteminin çıkmasıdır.

*Belçika*'da idari mahkeme selâhiyetini haiz bir devlet şûrası kurmak isteyenler teşkilâtı esasîye sahasında bâzi güçlüklerle tesadüf ediyorlardı. Böyle bir mahkeme ihdası kanunu esasî hükümlerile gayri kabili telif sayılıyordu. 1920 - 21 senelerinde kanunu esasînin tetkikinden istifade edilerek devlet şûrası taraftarlarını memnun edecek hükümler konulmak istenildi. Fakat bir takım muhalefetler karşısında kalındı. Nihayet Millet Meclisinin 7 Haziran 1921 tarihli celsesinde bir devlet şûrası ihdasının kanunu esasî ile gayri kabili telif olmadığı ve binaenaleyh âdi bir kanunla şûranın ihdas ve teşkili mümkün bulunduğu karar altına alındı. Fakat bu kanun bir türlü ortaya çıkamadı. Bir devlet şûrası teşkili *Van Zeland* hükümetinin programında mevzu bahis oluyordu. Bu hususta ekseriyet mütefrik olmakla beraber teşkilâtın esasları ve devlet şûrasının selâhiyeti bakımından bir ittifak temin edilemedi. *Comte garton de Wiart* tarafından hazırlanan proje kazâi selâhiyeti haiz bir devlet şûrası ihdasını istihdaf ettiği halde 1937 de hükümet tarafından verilen projede sadece istişari mahiyette bir heyet teşkili teklif ediliyordu. Hükümet projesi bir takım komisyonlarda tetkik edildi ve bu projenin de kuvvetli bir takım taraftarları çıktı.

Kaza selâhiyetini haiz devlet şûrasının ihdası aleyhinde bulunanların noktaî nazarları, çok dikkate değer. Bunlar iki hukukî, bir de siyasi sebep dermeyan ediyorlar. Hukukî sebepler, böyle bir teşekkülün iki bakımdan kanunu esasîye muhalif olacağına toplanıyor. Medenî bir hakkın ihlâli halinde adliye mahkemelerinde bir dâva açılabilir ve devlet mesuliyetine karar verilecektir. Şu halde devlet şûrasının bu haller haricinde devleti malî mes'uliyete mahkûm etmesi hakikatta kanunî bir sebep olmaksızın bir para ödemeğe icbar etmesi, bir masraf ihtiyar ettirmesi demektir. Kanunu esasî devlet masrafla-

rının nelerden ibaret olduğunu, nasıl ve kimin tarafından tesbit ve icra edileceğini tâyin ettiğine göre devlet şûrası kararları ile masraf yapmak bu kanuna ayımaz.

Mahallî idarelerin kararları ancak kral tarafından tasdik veya iptal edilir. Devlet şûrasının bunları ve diğer idari kararları iptal etmesi icra kuvvetinin selâhiyetine tecavuz mahiyetindedir. Kralın, mes'ul nazırın ve başvekilin iştirakile isdar ettiği bir kararname devlet şûrasınca nasıl iptal edilebilir? Siyasi esbaba gelince; idari kararlar üzerinde böyle yüksek bir murakabe icra ve onları iptal etmek ve bunları yapacak bir uzvu teşkilât içine almak, çok mühim bir iştir. Bu uzuv eyice tecrübe edilmeden kendisine böyle bir selâhiyet verilemez.

Görülüyor ki, *Belçika*'da idari kazanın inkıfâta aleyhdar olanlar, husun ferd için bir teminat teşkil etmediğini, adliye mahkemelerinin bu vazifeyi daha iyi görebileceğini söylemiyorlar. Adliyenin selâhiyetlerini dar bir sahaya hasretmesini zımnen doğru bulmakla beraber, kazâi bir murakabe ifa edecek bir uzvun ihdasını hükümetin istiklâli bakımından doğru buluyorlar. Bu deliller idari kazanın aleyhine değil, lehine kaydedilmek icabeder.

\*  
\*  
\*

*Romanya*, idarenin kazâi murakabesi bakımından, kısa bir zaman *Fransız* sistemine meyil ettikten sonra *Belçika* sistemini kabul etmiş ve bu sistemi *Belçika*'dan daha ileriye götürmeğe çalışmıştır.

*Romanya*'da 1864 tarihine kadar tam keyfi ve takdirî bir idare hüküm sürmüştür. Bu tarihten sonra *Fransa*'daki gibi bir devlet şûrası ihdas olunmuştu. Şûranın asıl vazifesi *Fransa*'da olduğu gibi istişari olmakla beraber bir idare mahkemesi mahiyetini de haiz bulunuyordu. Bu mahkeme gerek *Fransa*'da ve gerek 1284 de *Türkiye*'deki esasa, *Justice retenue* sistemine müstenitti. Yâni kararları doğrudan doğruya kaziyî mahkeme teşkil etmiyor ve ancak icra makamının tasdik ve tasvibile icraî kabiliyet iktisap ediyordu. Bu devlet şûrası, kazâi rolünü hiç te iyi idare edemedi ve *Romanya*'da fena bir hatıra bıraktı. Bununun tesiri altında 1856 da idari kaza sisteminin kaldırıldığını görüyoruz. 1866 kanunu esasîsi devlet şûrasını ilga



etmiş ve tek kaza sistemini kabul etmiştir. 12 Temmuz 1866 tarihli bir kanun adliye mahkemelerinin idari ihtilâflarda vazife ve selâhiyetlerini tanzim etti. Bu kanunun 7 inci maddesi devlet şârsının idari dâvalarda haiz olduğu kazâ selâhiyeti adliye mahkemelerine naktediyordu.

*Belçika*'da olduğu gibi *Romanya*'da da adliye mahkemeleri selâhiyet sahalarının tayininde çok mütevazî davrandılar: kendilerini ancak idarenin teşaiyet farklarından, yani fordlar gibi, yasneş olduğu tasarruflardan çıkan ihtilâflarda selâhiyetli gördüler. Hâkimiyet dolayısıyla yapılan tasarrufların kanunluluğu tetkik kudretini kendilerinde bulamadılar. Ancak ceza kanunu gibi kanunların tatbiki esnasında bir idari tasarrufun gayri kanunluluğu defî şeklide dermseyan ediliace, gayri kanunluluk meselesi tetkik olacabiliyordu.

1905 de temyiz mahkemesinin teşkilâtında yapılan tâfilât esnasında temyiz mahkemesinde bir III üncü daire ihdas olundu ve bu dairenin vazifeleri arasına idari ihtilâflar da konuldu. Bu esnada *Romanya*'da iptal dâvaları da kabul edildi. Fakat bu dâvalar ancak bir hakkın ihlâli halinde kabul ediliyordu. Binsealeyb bu dâvalar *Türkiye* ve *Fransa*'dakiinden farklı bir vaziyet arzeder.

1910 da pürleauto iptal dâvalarını teşkilâtı esasıyeye mugayir görerek azalttı; 1912 de bu dâvalar gizli bir tarzda tekrar ortaya atıldı. Temyiz III üncü dairesi, idari kararları iptal edememekle beraber bunları gayri kanunluluğine karar verebilecek ve alâkadar idareyi vaziyeti tetkike davet edecekti.

Nihayet 1925 de yeni rejim konuldu. Bu rejim 1912 rejimine benzememekle beraber bu sistemi ikmal etti. *Romanya*'nın bu yeni sistemi 1923 kanunu esasına istinat etmektedir. Bu kanun idari kazaya karşı tam bir aksül'amel teşkil etmekte ve idari mahkemeler ihdasını kat,î surette men eylemektedir. Bununla beraber bu kanunu esasi dairesinde tanzim edilmiş olan idari dâvalara müteallik 1925 kanunu, idari dâvalara ayrı bir mahiyet tanımakta ve bunları ayrı bir usul dairesinde ve muayyen mahkemelerde görülmesini kabul eylemektedir. Bu kanuna göre idari dâvaları adli davalardan ayıracak *criterium*, yukarıda da söylediğim gibi, menşei olan *Fransa*'da tatbik kabiliyeti görülmeyerek terk edilmiş olan, hâkimiyet ve teşaiyet tasarrufları *criterium*'udur. Hâkimiyet tasarruflarından çıkan dâvalar idari

dâvalardır. Bunlar istinaf mahkemeleri tarafından bidayeten ve temyiz mahkemesi tarafından istinafen müyet olunur. Kanun bu mahkemelere idari kararların iptali selâhiyetini de tanımıştır. Fakat bu iptal dâvası ancak kararın bir hakkı ihlâl etmesi halinde açılabilir. Binsealeyb *Türkiye* ve *Fransa*'daki iptal dâvalarına nazaran çok dar bir sahada tatbik edilir.

Bu sistem bugün şu mahzurları arzotmektedir: Hâkimiyet ve teşaiyet *criterium*'u müphem ve kifaysiz olduğundan bir dâvanın idari mahiyette olup olmadığına tayin etmek güçtür. İptal dâvaları ancak bir hakkın ihlâli halinde açılabilirdiği için sahası darıdır. İdari vesayet meselelerinde kazâ yollara müteccat imkânı yoktur.

Bütün bunlara rağmen *Romanya*'da kaza işlerine yine idari müesseseler müdahale etmektedir: askeri mükellefiyet işlerinde, vergi işlerinde, tekküt meselelerinde, ziraat işlerinde ya doğrudan doğruya veya mahkemelerle iş birliği yapmak suretille idari merciler kazâ birer rol oynarlar. Ancak bunların kararları temyiz mahkemesinin murakabesine tâbi olduğu için müstakil birer kazâ merci sayılamazlar. Fakat aoktaî nazarlarına nihai karar üzerinde büyük bir tesiri olduğu ve hakiki kaza rolünü bunların oynadığı şüphesizdir.

*Romanya* sistemi henüz tecrübe devresinde sayılabilir. Bu sistem de idari dâvaların hususi mahiyetini kabul etmiş, fakat idari mahkemeler ihdasından çekinmiştir. Buna rağmen bir çok işlerde muhtelif idari mercilerin kaza işlerine katışmasına mâni olamadığı gibi idarenin kazâ murakabesini, idari kaza mevcut olan *Fransa*'daki kadar da temin edememiştir.

\*  
\*  
\*

İdari kaza sistemini tamamen kabul etmemiş olan üç memleket üzerinde yaptığımız bu tetkiklerden şu neticeleri çıkarabiliriz:

1 — Adli idare sisteminin tam bir tipi olan *İngiltere*'de bu sistemin doğuşu ve işleyişi nazari bir surette izah edilemez, bu sistem *İngiltere*'nin hususiyetlerinden doğmuştur. *İngiltere*'nin iktisadi, siyasi ve hukuki bünyesindeki değişiklikler, yani *İngiltere*'nin de bâzı noktalarda diğer memleketlere benzemeye başlaması, orada da idari kazaya doğru kuvvetli bir temayül doğurmuş ve idarenin içinde bir



takım kaza müesseselerinin teşekkül etmesini veyahut bâzı teşekküllerin kazai selâhiyetlerinin alınmasını intaç etmiştir.

2 — İdarî kaza müessesesi bulunmayan veya inkişaf edemeyen memleketlerde idarenin kazai murakabesi dar bir sahaya maksur kalmakta ve adliye mahkemeleri kendi selâhiyetlerini yine kendileri tahdit etmek mecburiyetini duymaktadırlar. Bu vaziyette de idari merciler yine kaza işlerine karışmakta ve daha karışık ve nâkıs bir usul dairesinde idarî ihtilâflar halledilmektedir. Buralarda tam ve müstakil idarî kazanın en birinci aleyhdarı idarenin bizzat yine kendisidir.

3 — İdarî kaza inkişaf eden yerlerde fert, idarî tasarruflar karşısında adli sistemden daha müessir bir surette himaye edilmektedir. Adli sistem idarî tasarrufların kanuniliğini idarî sistem kadar kuvvetli ve müessir bir surette murakabe edememektedir.

Şimdi tesbit ettiğimiz bu vaziyetin, nazari sebeplerini araştırabiliriz.

*Sıddık S. Onar*  
İstanbul Üniversitesi İdare  
Hukuku Ord. Profesörü

## Umumî ev olarak kullanılmak üzere Gayri menkul kiralınması

- 1 — Ticari muamele. Ticaret mahkemesinin vazifesi.
- 2 — Ahlak ve âdaba mugayir akit. Butlan.

Yazan : *İmran Öktem*  
Ankara Asliye Ticaret  
mahkemesi âzasından

— 1 —

Ankara asliye ticaret mahkemesince tetkik edilip karara bağlanan bir davayı okuyucularıma takdim ediyorum.

Hâdise şudur: (M.) 1 / Kânunuevvel / 935 den itibaren aylığı 60 liradan bir binayı umumî ev olarak kullanmak üzere (F.) den kiralamıştır. 14/11/1935 tarihli Noterden tasdikli kira mukavelenamesinde, kiralanan şeyin (umumî ev olarak) kullanılacağı sarfata yazılıdır. (F.) Gayri menkulü teslim etmemiştir. (M.) aynı mahalde diğer bir şahsa ait diğer bir gayri menkulü daha yüksek bir bedel ile kiralandığını ileri sürmekte ve kira bedeli farkile, kira bedeline nazaran maliyece kendilerine tahmil edilen kazanç vergisi farkını zarar ve ziyan mukabili olmak üzere (F.) den talep ve dâva etmektedir. (M) dâvasını ticaret mahkemesinin vszifesinden hariç olan dâvayı tetkike selâhiyetli Ankara asliye ikinci hukuk mahkemesine ikame etmiştir. Ankara İkinci hukuk mahkemesi 4/6/936 tarihli kararile; (mezkûr hane umumhane olarak kullanılmak üzere kasdı ticaretle icar ve isticar edilmiş ve kasdı ticaretle vâki akitten rücu edilmiş olmak dolayısıyla doğan zarar ve ziyarı dâvalarını akdi ticariden mütevellit ve



ana murtabı bulunması eihetile tetkik ve rüyeti ticaret kanununun 20 — 25 inci maddeleri sarahatlarına nazaran ticaret mahkemesine ait) olduğundan bahsile vazife noktasından reddetmiştir. Dâva Ankara asliye ticaret mahkemesinde tâkip edilmiş ve bu mahkeme 26/6/936 tarihli kararla, (umumbane itibaz edilmek üzere hane isticarı muamele ticariyeden olmamasına ve ticaret mahkemesi kanunen muteber olan ticarî mukavelattan mütebaddis dâvaları rüyetle mükellef bulunmasına ve mevcut umumbane olarak istimali hakkındaki kayıt âdaba mugayir olmak itibarile hükümsüz olmasına göre bu hususdaki akdi icarın mahiyeti ticariyeden mütecerret olarak kabulü zarurî olmasına nazaran davanın rüyeti ticaret mahkemesinin vazifesi haricinde) olduğundan bilbahis vazife noktasından reddedilmiştir.

İki mahkeme arasında tahaddüs eden selbi vazife ihtilâfı dolayısıyla iş merci tâyini için temyiz mahkemesinin dördüncü hukuk dairesine arz edilmiş ve mezkûr mahkemeye 22/1/938 tarihinde : (Tazminat dâvasına sebep olan gayri menkul umumbane olarak kullanılmak üzere kiralanmış ve bu maksatla gayri menkul isticarı ticaret kanununun 20 inci maddesi mucibince ticarî muamelelerden mâdüt bulunmuş olmasına binaen davanın rüyeti ticaret mahkemesine ait olmakla mezkûr mahkemenin merci tâyinine) karar verilmiştir. Kat'i mahiyeti haiz olan bu karar üzerine Ankara asliye ticaret mahkemesi işe elkoymuş ve esas hakkında tetkikat yapmış ve müddeialehy mevkiinde bulunan (F) nin vekili; akdin ahlak ve âdaba mugayir ve bu itibarla batıl olduğunu ve binaenaleyh tazminat talebinin reddi icap ettiğini borçlar kanununun 20 inci maddesine istinatla ileri sürmüştür. Davacı (M) vekili ise, müekkilinin hükümetin izin ve müsaadesile umumî ev işlettiğini ve kira akdinin binaefis ahlak ve âdap ile bir alakası bulunmadığını dârmeyan etmiş ve ticaret mahkemesi 10/6/938 tarihinde, (zarar ve ziyan talabine esas olmak üzere ileri sürülen kira akdinin ahlak ve âdaba mugayereti hesabı ile batıl olduğu ve batıl bir akdin tazminat dâvasına esas teşkil edemeyeceği) mütelaasile dâvayı reddetmiştir.

**Hâdisi iki bakımdan dikkate şayandır:**

A - Umumî ev olarak kullanılmak üzere gayri menkul kiralanması ticarî muamele midir?

B - Böyle bir kira akdi âdaba ve ahlâka mugayereti hesabı ile batıldır?

Ben burada bu iki mesele etrafında noktaî nazarımı izah edeceğim.

\* \* \*

Ticaret kanunumuz; 15,16,17,18 inci maddelerinde bir muamele- nin ticarî mahiyette telekkinine bâkım esasları vazettikten sonra ilk bakışta bu maddelere uymayacak bir mahiyet arzeden bir kısım muameleleri ticarî mahiyette olmak üzere (20) inci maddesinde tâdat ve tasrih etmiş ve 21 inci maddesinde âkidlerin niyet ve sıfatı nazarı itibara alınmayarak ticarî addedilmesi lâzımgelen muameleleri göstermiş, 22 inci maddesinde bir tacirin muamelâtı âdiyeye taalluku sabit olmayan akit ve borçlarının muamelâtı ticariyeden mâdüt olduğunu ve 24 üncü maddesinde yukarıda yazılı maddelerde muarrar muamelâta mahiyeten maks olan muamelâtın da ticarî sayılacağını ve 25 inci maddesinde de bâtûn bu muamelâta murtabat olan veya onların icrasını teşhîl eden bilcümle muamelâtın ticarî mahiyette kabulü lâzımgeldiğini bildirmiştir.

**Ticaret kanununun bu maddelerini hâdisemize tatbika çalışalım:**

Umumî ev işletmek ne demektir? Bu keyfiyet, sermaye namı verilen bir kağıt fabrikeyi bir araya toplayıp, bunları cinsi ve bayvanî bir hissin teskini için para mukabilinde erkeklere arz etmekten ibarettir.

Evi işletenin gayesi bir kadının cinsi mevcudiyetini bir erkeğin cinsi ihtiyacına arz ederek temini menfaat eylemektir.

Evin kiralanması bu gayeyi teşhile mâtuftur. Şüphesiz umumî ev işletmek ticarî bir muamele sayılabilirse, bunu teşhile mâtuf kira akdinin de ticaret kanununun 25 inci maddesine göre muamelâtı ticariyeden mâdüt olması lâzım gelecektir. Mahkemenin vazifesini tetkik ve mutalea ederken, muamelelerin batıl olup olmadığını nazarı itibara almağa mahal yoktur. Fakat Umumî ev işletmenin yukarıda gösterdiğimiz mahiyetine nazaran, bu muameleyi ticaret kanunumuzcu mevzu bahis maddelerinden hiç birine temas ettirmeğe imkân göremiyorum. Umumî



ev işletme ne menkul bir mal alın satımı veya ticari ve ne de ecirin amelinin aharı icar etmek değildir. Bu itibarla hâdisemizi ticaret kanunumuzun 15,16,17 ve 18 inci maddelerinde mevzu prensiplerle halletmeğe ve bu prensiplere temas ettirmeğe imkân yoktur. Acaba bu hâdisiye 20 ve 21 inci maddede misal kabilinden olmak üzere tâdat ve tasrih edilmiş olan muamelâta ( mahiyeten maksis ) midir? Bu muameleler içinde ( tiyatro, sinema ve sair temaşagâh ve otel ve han ve lokanta gibi umumî mahaller küşadı, dellâlık ) hâdisemize en yakın bir mahiyet arz etmektedir. Bu itibarla bu nevi ticarî muameleleri hâdisemizle mukayese edelim:

Tiyatro ve sinema gibi temaşagâh ve han ve lokanta gibi umumî mahaller küşadı mübim bir sermaye tahsisini ve bir çok ecir istihdamını, ticarî usullerle idareyi icap ettiren, serbestii rekâbete imkân veren, büyük müesseseler, muazzam şirket halinde inkişafa müsait, sermaye ve sâ-y tamarküline bâdim bir faaliyetdir. Bu faaliyet bütün bu evsafına nazaran tam ticarî bir teşebbüs, ticarî bir işletme mahiyetini arz eder. İhtimalî hayatta ekonomik bir mevcudiyet gösterir. Bu sebeptendir ki bu müesseseler, inkişafı temin için ticaret hukukunun hususî ahkâmına tâbi kılınmıştır.

Her hangi bir faaliyetin bu gibi ticarî faaliyetlerle maksis olabilmesi için şeklen müşâbehet kâfi değildir. Ancak o faaliyetin de sermaye ve ecir istihdamı hususunda ve idaresinde tâkip edilen usullerle ekonomik bir müessese haline inkişâp edebilmek noktai nazarından bu gibi ticarî işletme ve teşebbüslere benzemesi ve ticaret hukukuna ait hususî prensiplerin himayesi altına girecek mahiyette ekonomik bir varlık teşkil etmesi lâzımgelir. Halbuki umumî ev işletmek ticarî işletme ve teşebbüs mahiyetinde bir sermaye tahsisini icap ettirmedigi gibi ticarî usullerle idareyi istihdam ettirmez. Bu gibi müesseselerin inkişafında ekonomik bir fayda tasavvur edilemez. Bu itibarla umumî ev işletmek ne tiyatro ve sinema gibi temaşagâh ve ne de otel ve han gibi umumî mahallere mahiyeten maksis olamaz.

Umumî ev müdavimlerinin tâkip ettikleri gaye han ve otel müşterilerinin tâkip ettikleri gayeye, gayri menkulün musyyen bir mahallini muvakkat bir zaman için işgal etmek gayesine, uygun olsa idi belki bu bakımdan bu iki faaliyet arasında bir müşâbehet tesis etmek kabil olurdu. Halbuki ne umumî ev sahibinin ve ne de umumî ev

müşterisinin böyle bir gaye tâkip etmedikleri izahdan müstazağdır.

Dellâliğe gelince; ticaret kanunumuzun 101 inci maddesine göre ancak ticarî muamelâta tavassut, ticaret kanunu bakımından dellâlık ad edilir. Adî bir muameleye tavassut, kanunî mânâda dellâlık sayılmaz. Bu itibarla adî mahiyeti bazı cîsî bir müessesele tavassuttan ibaret olan umumî ev sahibinin faaliyetini dellâliğe teşbih etmek de imkân haricindedir.

Ticaret kanununun 20 ve 21 inci maddesinde sâdat edilen diğer muamelelerle umumî ev işletmek arasında uzaklık veya yakınlık bir müessesele görmediğimden bunları birer birer tenkidten vazgeçiyorum. Gerçi umumî ev işletmek, kazanç teminî gayesini istihdaf etmektedir. Fakat kazanç teminî gayesini taşıyan her faaliyet ticarî ad edilemez. Bir faaliyetin ticarî mahiyette olduğuna karar vermek için ticaret kanunumuz mevzu bahis maddelerle alâka ve istihdamı tesbit etmek lâzımgelir. Netekim aşağıda yazılı muameleler kazanç teminine râtufl oldukları halde temyiz mahkemesince ticarî muamelelerden sayılmamışlardır: Abara lez maksadile gayri menkul isticarı ve odabaşılık muamelesi (ticaret dairesi 1931) herbestlik yapmak üzere dükkân kiralamak veya şirket teşkilî (ticaret dairesi 933 — 1936) bir ormanın ağaç kat'ı için kiralanması (ticaret dairesi 936) diğ tabiîliği (ticaret dairesi 930) adî yağhana işletmek (ticaret dairesi 931) bağ işletmek için şirket teşkilî (ticaret dairesi 932) hususî mektep küşadı ve bu maksadla gayri menkul kiralanması (ticaret dairesi 932) piyanko küşadı ve piyango biletlerinin satışı (ticaret dairesi 933, 4 üncü Hukuk 935) orak makinesi ile şarın mahsulünü para mukabilinde biçmek için şirket teşkilî (ticaret dairesi 1930) çiftlik olarak kullanmak için gayri menkul kiralanması (ticaret dairesi 932)

İşte ticaret kanununun muamele ticariyeyi tâyin ve tasrih eden maddelerine mahiyeti bakımında irtibat, alâka ve müşâbehet tesis edemediğimiz için umumî ev işletmeyi ve bu maksatla gayri menkul kiralamayı muamele ticariye addine imkân görmeyorum. Temyiz mahkemesi 4 üncü Hukuk dairesinin 22/1/938 T. li kararını bu itibarla ticaret kanununa uygun bulmuyorum.

\* \*

Borçlar kanununun 19 uncu maddesinin ikinci ve 20 inci mad-



şesinin 1 nci fıkrası mevzuu ahlak (âdab) a mugayir akdi batıl saymaktadır. Kanun ahlak ve âdab kelimelerini müteradif olarak kullanmış ve fakat izah etmemiştir. Borçlar kanununun tercümesi sırasında ( *contraire aux moeurs* ) mefhumuna mukabil ( umumî ahlâka mugayir ) ( âdaba mugayir ) tâbirlerinden birinin intihabı hususunda ittifak hâsıl olmamış bu tâbirlerden birinin seçilmesi teşrii meclise bırakılmış ve proje her iki tâbir yanyana yazılmak suretile tanzim edilmiştir. Teşrii meclis projeyi aynen kabul etmiş ve aynı mefhum için iki tâbir bu şekilde kanoniyet kesbetmiştir.

Kanunun kasdettiği ahlak ve âdaba nüfuz edebilmek için şarihleri gözden geçirmek faydalı olacaktır:

*Hacı Âdil:* (Borçlar kanununun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki kaideyi tefsiriyyeyi istimal ederken devletin teşkilâtı esasîye kanunlarından ve halk ekseriyetinin hissiyat ve telekkiyatından mülahem olmak lâzım gelir. Yoksa yalnız bir kaç kimsenin içtimâi veya dinî ve felsefî efkâr ve telekkiyatını tesiro miyar ittihaz etmek doğru olmaz) (ancak yüksek miqyasda mühim olan içtimâi menfaatlar icap ettirdiği takdirde dir ki tarafeynin ihtiyar ve rizalarını serbestçe istimal etmeleri tahdit edilmek icap eder.) (Fuhşiyata müteallik olan teahhüdât gayri ahlâktır. Meselâ şahsen böyle bir teahhütte bulunmak veyahut içinde ahlâka mugayir bir san'at icrası için bir meskeni kiraya vermek hatta böyle bir idarehaneyi elde etmek gayesile ödünç para vermek bu kabilendir. Bu gibi ukudda mukavelelerin icra edilmemesi diğer taraf için ikamei dâvaya hak bahşetmez) (mevzuubahsınız olacak hâdiseyi müferiden tetkik ve âlakadarların şahsî ahlâk ve hissiyatını tahlil kâfi gelmez. Kanundaki ahlak ile yekdiğerine müsavi bir ahali tabakasının nazarı dikkate alınmasını talep ettiği doğru ve muasif düşününler arasında müesses ahlâk düsturlarını ve duygularını anlarız. İşte bu duyguları rencide ettirmemek isteyen ve onların nazarı dikkate alınmasını onlara mugayir bir harekette bulunulmamasını talep ve iddia etmesi mefruz bulunan ahâlinin maderzat hissiyat ve telekkiyatına muracaat etmek lâzımgelir.) (her zaman bir memleket ahâlisince haizi itibar ve muhafazası matlup bir takım ahlâkî duyguları vardır ki, hâdisede hakem olacak işte bunların düsturlarıdır. Yoksa yalnız bir kısım halkın ve ya âlakadârin

mensup olduğu sınıfı içtimâinin telekkiyatı nazarı itibarı almaz.) (Hâkim hâdiseyi tetkik ve mümkün olduğu kadar umumî mahiyetteki hissiyat ve telekkiyata tevfiq ve tatbik etmek mecburiyetindedir.)

*Esat Arsebülk:* ( Bir mukavelelerin âdaba muhalif olup olmadığını anlamanak için tarafların sübjektif telekkiyatına veya hâkimin ahlâk kaideleri etrafındaki düşüncelerine değil belki mâkul düşünen doğru adamların fikriyatına bakılmak, onların vasatî kanaatlerini nazarı itibare almak icap eder. Bâzı hallerde doktorlar, avukatlar gibi muhabassat zümrelerinin fikirleri daha sert bir takdire müncer olur. Bir muamele âlakadârinin nazarı dikkatini celbetmemiş olsa dahi âdaba muhalif olabilir. ) ( Âdaba muhalefet maddî değdi hukukî bir meseledir. ) ( Âdaba muhalif hareketleri üç grup etrafında toplamak mümkündür:

1 — Âdaba muhalif olan bir neticesi istihdaf eden veya böyle bir neticenin elde edilmesini kolaylaştıran mukaveleler.

2 — Ahlâkî telekkiyatımıza nazaran ferdin serbestçe takdirine bırakılması lâzım gelen hareketlerin takyidini tazammun eden teahhütler.

3 — Ferdin şahsî veya iktisadî hürriyetini kabul edilemeyecek derecede ağır bir takyide tâbi tutan mukaveleler.)

*Rossel:* (Bir şeyin ahlaka ve âdaba mugayir olup olmadığı meselesi maddî ve binaenaleyh takdiri meseledendir. Bir apartman tarafeynin muvafakatile ahlaka mugayir bir tarzda istimal edilmek üzere kiralanmışsa, bu kira mukavelesi muteber değildir. Macir mukavelelerin ademî icrasından dolayı bir zarar ve ziyân talebinde bulunamaz.)

*Marten:* (Ahdin butlanı yalnız ifası lâzım iş veya şeyin ahlaka müasifi olması haline maksur olmayup binnefis keyfiyeti ahdin veya akitten maksut gayenin de ahlaka mugayir olması haline dahi şemildir. Meselâ kumarhane tesisi emrinde bir binanın isticarı bu kabilendir.)

*A. Shewarz:* (Ahlak ve âdaba mugayir olan akitler dahi batıldır. Bu hükümün mânası şudur: Mecburî hukuk kaidesi olmayan ve kanunî memnuiyet bulunmayan ya binaenaleyh esas itibarile mukaveleler serbesti cari olan yerlerde dahi, bu serbestinin hudutları olmalıdır. Bu hudutlar düsturlar ve müstakim insanların câiz görebilecekleri muameleler sâhasıdır. Bu sâhanın sınırını geçen ve umum ve hâkim telekkiye göre âdi, bayağı, çirkin görülen uzlaşmaları kanunî himaye etmez.



Gayri ahlaki bir maksat tâkip eden bir akit ahlaka mugayirdir. Meselâ; bir umumbane işletmek için yapılan şirket akdi, kumar evlerinin işletilmesine müteallik akitler gibi.)

*A. Samim :* (Bir muamelenin mevzuu gayri muhik veya ahlaka mugayir olmasa bile bizzat muamele veya muameleinin esbab ve makasadı ahlaka mugayir olduğu takdirde de yine muamelenin bütünü kabul edilmek lâzımgelir. Meselâ bir ev umumî evlerden olarak kullanılmak şartile isticar edilecek olursa akdi icar batıldır. Hâkimin bu husustaki geniş takdir selâhiyetiue bir haddi mâkul tayin edecek yegâne nizam milletin efkârı umumiyesidir. Zaman ve mekân ve bilcürle içtimâî ahval ve şerait ile beraber milletin efkârı umumiyesini, vicdan ve hissiyatı umumiyeyi nazarı itibara almak lâzımdır.) (Alman hukukçularına göre; evvelâ : ahlak ve adabı umumiyeye mugayir bir şeyin icrasını tabrik veya teshil eden yahut ahlak kaidelerinin emrettiği bir şeyin icra edilmemesini temin için yapılan muameleler ahlaka mugayirdir. Meselâ umumî ev olarak kullanılmak şartile bir ev icarı bu esasa göre batıldır. Saniiyen : ahlak noktai nazarından yapıp yapılmamasında serbest olmak lâzımgelen hususlarda şahsın hurriyetini takyit eden muameleler keza ahlaka mugayirdir. Salisen : bir ivaz mukabilinde olmaksızın yapılması lâzımgelen bir işin para mukabilinde icrasını yahut haddi zatında yapılmaması lâzımgelen bir işin yapılmamasını temin için yapılan tesbhütler ahlaka mugayirdir.)

*Fritz Funk Jun :* (Ahlak ve âdâp mefhumu mâkul düşünen insanların akdin tefsiri zamanındaki fikir ve telekkilerinden çıkar. Ahlak ve âdaba aykırılık akdin mevzuunda veya gayesinde yahutta bu akitle vâdolunan fiil ve harekette olmalıdır. Buna mukabil saikin veya vasıtanın ahlaka aykırı olması kifayet etmez. Âkitlerden birinin veya her ikisinin mesleklerine göre bu husustaki mikyasa daha şiddetli tutulabilir. Mukavelenin ahlak ve âdaba aykırı olduğunu tarafların müdrük bulunması şart değildir. Bir akdin ahlaka aykırı olup olmadığını tesbit etmek için her şeyden evvel tarafların niyyetini ve akdin in'ikadı esasında tâkip ettikleri gayeyi araştırmak lâzımdır. Taraflardan birinin ekonomik, moral, fizik varlığına bir tecavüz teşkil eden bütün borçlar ahlaka ve âdaba aykırıdır.)

*Fuat Halûsi ve Sabri Şakir :* (Hâkim ahlak ve âdabı tefsir ederken kuliyon din, sosyalizm gibi akidelere meydan vermemelidir. Akdi yapan kimsenin serbestii iradesine ancak yüksek bir gayeyi içtimâînin emir ve lüzum gösterdiği takdirde müdahale olunabilir. Her halde göz önünde tutulması lâzımgelen şey bugünkü devlet telekkesidir. Meselâ fuhuşhanelere müteallik muameleler gayri ahlakidir.) (Hürriyeti caiz olan hadden ziyade takyit eden ve hürriyete dair para ve yahut malî menfaatle merbut olan tesbhütler batıldır.)

*Oser :* (Ahlak ve âdabı tayinde alâkadar muhitin vasatı itiyadı ve orta bir telekkesi esasdır.) (Hâkim bu bapta tamamile şahsî kanaatine, kendi zati duygularına, hakkı takdirine terkedilmiştir. Bununla beraber hâkim noktai nazarını mevzu hâdiseye yalnız enfüsi arzusuna göre tevcih etmez, belki evvel emirde umumî bir kaide kursarak maddi vakıayı onun zabıtası altına alır. Burada hâkim güya kanundan bir hüküm istinbat edememiş de bir hâdisede hüküm veriyormuş gibi hareket eder. Hâkimin husulü kanaatine noktai istinat ve daima münazeünfih hukuki muamelenin netayıç ve tesirâtı görülecek olan cemiyette bilhassa mahalli muhitte câri ahlaki telekkiler olmalıdır.)

*Sauser Hall :* (Ahlak kaidelerinin neden ibaret olduklarının tayini hususunda kanun vazii tarafların veya hâkimin kendi zati ve enfüsi fikir ve kanaatlerine göre hareketlerini kabul etmiyor, onun kıstası ahakidir. Bu kıstasa göre, münevver ve irfanlı kimselerin vasatı ve hakkaniyeti fikirlerine uygun kaideler ahlaka, âdaba muvafık telekkesi olur. Fiiliyatta mesleki mülahazalar kâle alınmakla ahlak ve âdâp mefhumu bâzi kısım eşhas için daha şiddetli bir hale sokulmaktadır. Tarafların kast ve niyetleri hâdisenin rengini değiştirmez. Hattâ bunlar ahlak ve âdaba karşı hareket ettiklerinin farkında olmazlar veya bunu istemeden yapmış olsalar bile yine yaptıkları akdin ahlaka ve âdaba mugayir olduğu kabul edilmelidir. En umumî suretle bir akit aşafındaki üç seri hallerde şu üç zümrede ahlaka mugayirdir:

1 — Şayet akit âmme ahlak ve âdabınca mezmum bir gaye tâkip veya böyle bir gayeyi teşvik ediyorsa. Misaller:

Bir umumbane kiralamak, bir kumarhane açmak... Bir akdin ahlaka mugayereti gayesinden de neş'et edebilir. Eger taraflar ahlaka mugayir bir gaye peşinde iseler akit hükümsüzdür. Taraflardan sadece bir tanesi tarafından tâkip olunan gaye, akdin muteberliğine zarar



ve baleb iras etmez. Fakat bu şahıs tarafından tâkip olunan gayeden karşı taraf da istifade ediyorsa vaziyet değişir. Federasyon mülkemesi bir umumbane için mefruşat satımını hükümsüz addediyor. Şu halde akdin gayesi umumî bir surette ahlâksızlığı terviğ eder mahiyette olunca bir tarafın bu vaziyetten herhangi bir istifade temin etmemekle beraber diğer tarafın ahlâka mugayir bir gaye tâkip ettiğine vakıf olduğu yerlerde bâzan akdin butlanı kabul edilmektedir. İsviçre mahkemeleri, borçlar kanunu 513 - 2 kıyasen ahlâka mugayir bir tasarrufa raci ve mâtuf olan bir teahhüdün de keza kanunen himaye edilmemesi lâzım geldiği neticesini çıkarmışlardır.

2 — Mevzuu haddi zatında ahlâkî olmakla beraber mutlak efkârı göre herkesin kendi hürriyetine bırakılmak iktiza eden aktiler dahi ahlâka mugayirdir.

3 — Akidin iktisadi veya şahsî hürriyeti fazlasile veya haksız olarak takyit eden mukavele dahi batıldır.

**RIPERT:** ( Hâkimi alâkadar eden gayri ahlâkî gayenin tabarrisidir. Namuskârane mukavele şekli hukukisinin gayri ahlâkî hidemsi ve müteallikaların mübadelesinde istihdam edildiğini ysbüt gayri ahlâkî bir arzunun tatminine nakdî bir kazancın vasıtai ifa olarak kulandığını anladığı zaman mukavele yoktur. ) ( Cinsî tamamîyet veya ferdî hürriyeti matmahı nazar eden mukavelâ mevzuabhsolunca müphem ve kullanışlı intizamı âmme mefhumundan istifade edilir veya ahlâktan bahsedilmemek için insanların hukukundan istimdat olur. Fakat izdivaç baricindeki cinsî münasebat, ahlâkın hukukî münasebetlere müdahale etmemesi lâzım ise, ne sebeple itham edilebilir. Efkarı umumiye hatta zina şeklindeki münasebat için bile büyük bir müsamaha göstermektedir. ) ( İdarî makam umumbanelere müsaade ediyor. Nezahat, fazilet karşısında riyakârane yaltaklanmak zahmetine bile katlanmıyor. ) ( Umumbanelere müteallik içtihatlara gelince: mevzuu halen ticaret baricinde değilse de meshakim bu garip esnâtin icrası için bir gayri menkul satış ve icarını, menkulât satışını böyle bir yer işletmek veya mübayaa etmek maksadile yapılan karzı, böyle bir yere müşkirat tedariki teahhüdünü, bir hizmetçi kiralamayı, ahlâkî umumiyeye mugayir bir illet veya müteallıkî olmak dolayısıyla butlanı uğratıyorlar. Hatta muamelenin mahiyetini nazarı itibara almaksızın meselâ evin yangına karşı sigorta edilmesini veya haddi zatında

binaya müfit olacak tâmirat mukavelelerini o binaya aidiyeti basebile tanımamağa taraftar bulunuyorlar. ) ( Bu mukavelâtı hukuk baricinde koymak onları gayri mümkün değilse bile müşkil kılmaktır. Butlan bir tedbiri tahaffuziyi ihtiva etmektedir. Mahiyeti meşhûk olan mukavelelerde âkîllerin insanîyetin fazibaları üzerine kazanç temin ettikleri muameleden mütevellit ihtilâfları hukukun dununda bırakmak lâzımdır. ) İntizamı âmme cemiyetin menfaatına göre kumara müsait ve müsamahakâr olur veya onu men eder. İdarî müsamaha bizatibi gayri ahlâkî olan bir mukaveleyi meşru kılamaz. ) ( İçtihadı mabakim kumarhane işletmeğe, kumar alâtı satmağa, kumar maksadile şirket teşkiline, oyuncuya oyunda devam için ikraza müteallik mukavelâtı batıl addeder. ) ( Mahkeme içtihatlarına nazaran emirler şeklinde topladığımız hattı hareket kaideleri şunlardır: Gayri müfit gayelerle hemcinsinin hayatına, cismine, hürriyetine tasarruf etmeyeceksin. Bizzat kendi hayat ve hürriyetine hürmet edeceksin. Gerek kendinin ve gerekse başkalarının sefahatinden menafi teminine çalışmayacaksın. Kumar veya taliğle hile veya kuvvetle ve hatta mucibi ceza olmasa bile iffal ile bigayri hak iktisabı servet etmeyeceksin. Vazifeten yapmağa mecbur olduğun şeyi menfaat mukabilinde yapmayacaksın. Mukabilinde ücret tediye edilmemesi lâzım gelen muamele için ücret teahhüdünde bulunmayacaksın. ) ( Âdabı umumiyenin târifi yapılmamıştır. Bütün târifler hukuku tabiiye mesleğile meşbu olarak kaidenin mevcudiyetinin delili ve sabai tatbikinin tahdidini akli umumiden istirobat ederler. Sosyolojinin nüfuzu diğer bir âdabı umumiye telâkkisine vücud vermektedir. *Dumoğ*; âdabı umumiye felsefi veya dinî bir mefkûreye nazaran değil vakıalara ve efkarı umumiyeye nazaran tasayyün eder diyor ki, doğru değildir. Gayri ahlâkîlik teamül haline girerse, mübab sayılmaz. Mabakim ihtirasatı beşeriyenin hizmetkârı değil, mürakipleridir. Modanın adâlet vücuda getiremeyeceğine emindirler. Sefahatin, kumarın efkarı umumiye tarafından nazarı müsamaha ile görüldüğü bir cemiyette mahkemelerin bu gibi avamül ile makbul mukavelât vücuda getirilmesine müsaade etmediğini görmek insanın hissi takdir ve hayretini celbediyor. Ahlâkî mefkûrede kat'iyyetsizlik, bâzı mukaveleler muvacehesinde bir sebebi zaif ve tereddüt vardır. Bu aşikâr bir keyfiyettir. Bu takdirde muzlim veya gayri kat'î bir kaideyi meydana çıkarmağa çalışmak lâzımdır. Eğer



hâkim mutat tabikatin tetkikile iktisabı ilim edebiliyorsa efkârı umumiyenin fevkinde kalır. Hâkim efkârı umumiyeyi sevk etmelidir, yoksa efkârı umumiyeye tâbi olmamalıdır. Ahlâkî mefkûre muzlimiyet keşbedince kanundan aldığı mürakabe salâhiyetini istimal ederek vazifesini yükseltir. İşte mahkemeler vazifelerini böyle anlamışlardır. Onları tenkit edenler de ahlâkî mefkûreye kâfi derecede izharı hürmet etmişlerdir. Kötü saikler ile hareket eden insanların meydana getirdiği hârikalar muvacehesinde mahkim hristiyan ahlâkının uzun seneler cemiyete ilzam ve müdafaasına memur ettiği kaideyi muhafaza vazifesile mükelleftir. )

## IV

Ahlak ve âdabı umumiye bakımından, Türkiyede mahkeme içti-hatları zengin değildir. On seneden beri neşredilmekte olan temyiz mahkemesi kararları içinde bu mevzu ile alakalı yalnız hukuk heyeti umumiyesinin bir kararına tesdüf edebildim: Nikâhsız birlikle yaşamak üzere verdiği 150 liralık resmi senedin şartı riayet etmemesinden dolayı iptali talebile bir erkek tarafından bir kadın aleyhine açılan davada hukuk heyeti umumiyesi 7/2/934 tarihli kararile (ak-din mevzuu ahlak ve âdaba muhalif olduğu tebeyyün etmesine göre mezkûr akdi mutazammın senedi resmi kanunen gayri muteber ve binaenaleyh iptaline karar verilme lâzım geldiği) reyinde bulunmuştur.

## V

Sosyal münasebatın doğurduğu ve icap ettirdiği bir kısım prensipler ve nizamlar vardır ki, hukukun haricinde kaldıkları halde bunlara aykırı hareketler sosyal muhitte nefret, istikrah gibi menfi şekilde aksül'amel uyandırır. Bu sebeple, bu prensiplere mutavaat hukuki bir zahir mevcut olmaksızın kendiliğinden temin edilir. İşte bu prensiplere (ahlak veya âdap kaidesi) diyoruz.

Ahlak kaideleri zamana ve mekâna, muhite ve şahsî telâkkilere göre değişebilir. Acaba borçlar kanununun 19 ve 20 inci maddesinin tabikiinde hâkim hangi ahlak kaidesini nazarı itibara alacaktır.

Buna cevap verebilmek için hukuk kaidelerinin gayesini göz önüne getirmek lâzımdır. Gerek amme hukukunun ve gerek hususi hukukun mevzu prensipleri ferdin maddî, mânevî, cinsî mevcudiyetini muhafaza ve inkişaf ve sosyal hayatın intizam ve inkişafını temine

hâdim olmak üzere her keşce muta bir mahiyet almışlardır. Hukukun gayesini bu noktalar etrafında hulasa etmek kabildir. Hukuk bunu temin için başta devlet ve aile olmak üzere bir takım hukuki müesseseler ihdas etmiş veya kendiliğinden teşekkül eden bu müesseseleri muhafaza için tetbirler almış ve bu müesseseleri yukarıda hulasa ettiğimiz gayeye vasul için zarurî olarak tanımıştır.

İşte hukuk haricinde kalan her hangi bir sosyal kaide veya telâkî hukukun tâkip ettiği gayeyi temine, muhafazaya matuf görürse bu kaide ve telekki umumî âdap ve ahlak mefhumuna dahil olur ve hukuk bakımından mutalaa edilebilir. Bu sosyal kaide veya telâkîye ademî riayet hukukun istihdaf ettiği gayeyi ve bu gayeye erişmek için kurduğu müesseseleri ihlâl ve tahrip edecek gibi görürse, hayatın tecrübesi, akiselim bu neticeye varırsa bu kaide veya telekki, akdin butlanı bakımından, nazarı itibara alınmalıdır. İşte bu takdirdedir ki, sosyal nizamın muhafazası hususunda muhitin ve âmnenin gösterdiği hassasiyet ve bu nizama aykırı hareketlere karşı gösterilen nefret ve istikrah muhit ve isabetli sayılır.

Bizatibi mevcudiyeti hukukun gayesini veya hukukun muhafazası zarurî görülen müesseseleri ihlâl eden veya ihlâl edecek bir mahiyet arzeden bir telekki, bir çok kimseler tarafından kabule mazhar olsa bile hâkim bu telâkîyi bir ahlak kaidesi olarak nazarı itibara almaz. Diğer taraftan, şöyle veya böyle bir hareket karşısında sosyal muhit, müsbet veya menfi bir aksül'amel göstermemiş olsa bile, eğer bu hareket hukukun gayesini ihlâl edecek mahiyette görülür, sosyal tecrübe ve müşahâde, akli selim bu neticeye varırsa, hâkim burada bir ahlâkî kaideyi ihdasa mecburdur. Çünkü, hâkim de efkârı umumiyenin bir parçasıdır. Efkârı umumiyeyi sevk ve idareye memurdur.

Bütün bu neticelere varmak için hâkim:

- 1 — Şahsî telekkilerine tâbi olmayacaktır.
- 2 — Hâdise ile alakalı eşhasın veya bunların mensup oldukları zümrenin ahlak telakkisi ile bağlı kalmıyacaktır.
- 3 — Muhtelif zümrelerin bir hâdise etrafındaki muhtelif telekkillerinden hukukun gayesine en uygun olanını göz önünde tutacaktır.
- 4 — Sosyal tecrübeleri ve müşahedeleri ve hissi selimi miyar ittihaz edecektir.
- 5 — Beşerî ihtisasın fevkinde ve onun mürakibi olduğunu ve



efkârı umumîyeye tâbi olamayıp, onu sevk ve idare etmekle mükellef olduğuna düşünecektir.

6 — Kanunun boşluğunu doldururken, nasıl kanun vazı gibi hareket ediyorsa, burada da aynı şekilde hareket ederek objektif bir kaide arayacaktır.

7 — Ahlâk kaidesi olarak kabul ettiği prensip hukukun bütün esasları ile ahenkdar olacaktır.

8 — İstikametini göstermiş bir telekki, bir kaide ekseriyetin kabulüne mazhar olsa bile nazarı itibara alınamayacaktır.

İşte ancak bu takdirdedir ki, elde edilen ahlak prensibi sosyal bir nizâmı olarak hukuk prensipleri yanında mevki alarak âkitlerin mu-teberiyeti üzerine tesir edebilir.

#### VI

*Umumî ev işletmesine gelince* : Ferdin cinsî mevcudiyet ve temsilîyeti aleyhine vaki bu hareket sosyal mubetin her seviyesinde istikrah ve nefret uyandıracak bir mahiyet arzettiği gibi; hukukun gayesine erişmek için korunmakta olduğu aile müessesesini ihlâlât mâtuf bir harekettir. Bu itibarla umumî ahlaka mugayirdir. Buna mâtuf bir kira akdi, gayesi ahlaka mugayir olmak dolayısıyla, batıldır.

Burada düşünülecek bir nokta kalıyor: Umumî ev işletmesi zabitanın nezareti altında ve onun müsamahasile cereyan etmesine göre bu vaziyet bu hareketi gayri ahlakilik vasfından tecrit edebilir mi?

Hemen ilâve edelim ki ; zabitanın müsaade ve müsamahası bu gibi hareketleri teşvike mâtuf olmayıp mazarratlarını tahdit ve zabitanın vazifesini teşhil esasına dayanır. Bu hareketi, hukukun himayesi hâricine atmakla mahkemeler idarî gayeye yardım etmiş olurlar. Kaldı ki; böyle bir teşhüdü muteber addedip umumun mayub gördüğü bu hareketten, ıslahî hal dolayısıyla vaz geçmek isteyen âkitten, umumî ev işletenden, tazminat vesair hukukî müeyyideler tehdidi ile, bu çirkin hareketin de devamını istemek vicdanî âmmeyi incitir.

Umumî ahlâka mugayir bir hareketin idarî makama müsamaha veya müsaade etse bile, bu gibi hareketlere mâtuf âkitleri muteber saymak hususunda hukukun ve sosyal bünyenin ne gibi bir menfaati olacağı da düşünülmelidir. Mahkemeler hukuku ve fazileti himaye için kurulmuştur. Ahlâksızlığı, fevzâhî himaye her halde mahkemele-rin vazifelelerinden hariçtir.

Ankara Asliye Ticaret  
mahkemesinde âza

## Varidat Daireleri ve Mükellefler

Yazan : *Visalettin Verim*, Avukat.

2395 No. lu kanun esaslı ve güzel kaideler vazetmiştir. Bu kanunun birinci babında kimlerin vergiye tâbi bulunduğu izah olunduktan sonra vergiden muaf tutulanlar da birer birer tadat edilmiş ve hatalı işlere ve lüzumsuz muamelâta meydan kalmamak için de mükellefiyetin ne suretle tayin olunacağı ve kimlere hangi nisbetlerin tatbik edileceği hakkında etraflıca tafsilat verilip adeta kâffei ahval tesbit olunmuştur. Bu itibarla 2395 No. lu kanun diğer hususî kanunların en mükemmeli denmeğe lâyık mertebededir.

Mükellefiyetin kimlere râci olduğu ve bunun ne suretle tayin edileceği tebarüz ettikten sonra neticeyi bulmak elbette o derece müşkil olmayacağı aşikâr ise de, yalnız kanunun mükemmeliyeti maksadı temine kifayet etmeyeceğinden tatbikat ciheti bilhassa haizi ehemmiyettir. Meselâ bir şirketin Türkiyede yerleşmiş olup olmadığını ve tesisatının alâtı sabiteden madut bulunup bulunmadığını kestirmek ve bir müessesenin şube veyahutta acenteden hangisi olduğunu anlayabilmek, depoyu satış yerinden, imalâthaneyi fabrika ve tamirhaneden, şapkacıyı kasketciden, komisyoncuyu kabızmalden, pişirici furunu furundan, hancıyı otelciden, lokantayı ahçı dükkânından ve sair bu kabil işleri; vergi nisbetleri itibarile aralarında fark bulunan müsamillerinden ayırmak ve kollektif şirketini komandit'den tefrik etmek ve konsinyasyon suretile iş yapan komisyoncuyu alelâde komisyoncudan ayırıp birimin diğerinden başka olan mümeyyie evsafını civardakilerin ifadelerine münhasır zabıt varakalarile



iküfa etmişsek kâdime mahsus vesâiki ile bulup ortaya koymak velhâsıl her kesi kendi tesmiyesine bırakmayıp işinin hakiki vaziyeti ve defterlerin mütekerrecatı veçhile mükellefiyetin şeklini çıkarıp bulmak ve bilhassa ikmalen tarhiyatta noksana matuf mükellefin verdiği cevabın hâdiseye tesiri olup olmadığını ve noksanın yanlışlığına ileri gelip gelmediğini ve mütehakkak vergiye bir veya iki kat zam idesini mücip sünnet bulunup bulunmadığını kestirmek ve vaziyet lâzime mukayese ve adilâne muhakeme edip bir netice elde etmek tahakkuk idareleri için haizi ehemmiyet işlerden ve muamelelerden olmakla alakadârların bu hususlarda pek basiretkârâne hareketleri icap ettiği gibi, bu kanun tatbikatında tahakkuk idareleri kadar mükelleflere de bir çok vecibeler tahmil etmiş olduğundan mükelleflerin de bu vecibeleri tamamı tamamına yerine getirmesi lâzım ve hatta elzemdir.

Tahakkuk idareleri her hangi bir mükellefin nerede dükkân ve mağaza açtığını ve ne mahiyette bir işin peşinde koştuğunu ve kimleri tanıdığını sığına bittabi bilemeyeceği cihetle ilk küşatta veya ticaret ve meslek nev'ini tebdilde mükellefin bu vaziyetten tahakkuk idaresini haberdâr etmesi veya terki meslek ve faaliyet ettiğini bildirmesi veya beyannamele mükellefiyetlerde yalnız beyanname ve plâço' envarı pek kesir olan muamelâtı ticariyenin her hangi şeklini tesbite medar olamayacağından defterlerini irae ile ticareti şeklienden bu idareleri ikna etmesi tatbikat ve ileride hadis olacak envarı müşkûlât itibarıyla faydeli olacağı gibi bu kabil mükelleflerin muamelâtı ticariyesine ait defterleri matlup şekillerde tutması ve evrak ve vesâiki tarifâtı kanuniye dairesinde ve itimada şayan bir vaziyette hüsnü muhafaza ve istenildiği zamanlarda mezkûr idareye karşı ibraz etmesi ve yapılacak istizahata bir ehemmiyeti mahsusa atfederek etrafından cevap vermesi ve müruru zaman müddeti içinde işbu evrak ve vesâiki ve mevcut defterlerini saklaması ve bilhassa mükellefiyet etrafında güphe ve tereddüt uyandıran iltibaslar karşısında yalnız kendi tenâül ve kanaatle hareket etmiyerek işin vaziyetini zamanından önce tahakkuk idaresine arz ile netice alınmaya veya cevap gelinceye kadar bu idarelerin vaki olacak vesayaları dairesinde tedabir tutulması ve ona göre tedbirli davranması ve her itibarla vasi

salâhiyeti haiz bulunan itiraz komisyonlarının ve tarhiyatta mertebe mertebe tasarrufu mevcut bulunan varidat müdüriyetinin dairelerine icabetten itina olunmaması ve bu makamât mahrem hususunun ademi ifşası için kanunen bir cezai tehdit altında bulunduklarından kendilerine katığı açık ve serbest bir vaziyette hakikatı halde arz ve ifadesinden hiçbir veçhile çekinilmemesi de mükellefler için ehemmiyetli vecibelerdendir. Bu itibarla tatbikat diğer kâselerde olduğu gibi idare edenlerle idare olunanlar arasındaki vasıtalarla mübahaz kalmayıp idare olunanların da tatbikat bakımından bir hayli vazifeleri mevcuttur. Bu suretle vazifesini hiç yapmayan mükelleflerin varidat dairelerinden hassasiyetle hak aramaları ve bu kanundan kendileri için faydeli ve dâba ehven neticeler beklemeleri isabetli bir hareket olmayacağı derkârdır.

Netekim işe bağlama, bırakma ve vefat tarihlerini ve devri hallerini haber vermeyenlere ve kanuni hükümlere ademi riayetten dolayî kazanç vesair mükellefiyetleri resen tarh olunanlara ve muafiyetten mükellefiyete geçtiğini bildirmeyenlere yapılan yüzde on, yirmi, altı ve bir misli ve dâba ziyade zamlar hep tatbikatı ıgâl ve mevâni indas edenlere ve tatbikatında uhdelere düşen vazifeleri yapmayanlara müessir bulunmak maksadına mâtuftur. Bu kısa izahat 2395 No. lu kanunun tatbikatında müşterek bir vicdanın hâkim olduğunu ortaya koyduğu ve aksi hal mükellefin kaçması ve devlet teşkilâtının kâdime kovalayıp bulması gibi tessenüt esasına ve içtimai kaidelere ve cemiyet menâfiğine muhalif ve ahlâkan da çirkin ve mezmum bir hareket teşkil ettiği cihetle tevakkî olunması muktedirdir.

Envarı muamelâta rağmen İzmirde yine bir çok müesseselerin tahakkuk idareleri ile hali ihtilâfta olmamaları ve ahiren İstanbula yaptığım kısa bir seyahat sırasında mühim ve mütelevvi işler üzerinde çalıştığı manzûrumuz olan beş büyük müessesenin kazanç, buhran, muvazene, ve bilhassa muamele vergileri noktasından merbut buldukları müessesatı maliye ile hali ihtilâfta hiç bir işleri mevcut olmadığını hayret ve şükran ile görülmüş olması tatbikat vâdisinde bu müessesatın kendilerine düşen vezaifi hakkı ile ifa edilmiş olmasından başka bir şey değildir. Kanunun tatbiki bakımından mükellef-



lerin daima müsbet yoldan yürümleri ve kanun hükümlerine tevfiği hareket ve muamele etmeleri halinde tahakkuk idareleri mücadeleli işlerden olsun kurtularak kadrosundaki kuvveti daha faydeli şekillerde istimal edebilmek fırsatını bulabileceği cihetle bilâ istisna bütün mükelleflerin bu dairelere karşı yabancı değil yardımcı bir vaziyet iktişap etmeleri fîli temenniler cümlesinden olsa gerektir. Temettüatı safiye nasıl mükellefin bir senelik kazancı ve evile ailesinin o kadar müddete ait varidatı ise bilûmum vergilerde devlet ve devlet teşkilâtının bir senelik varidatını teşkil ettiği ve devlet âmme hidematını ancak bununla ifa ve memleketin her türlü ihtiyacatını temin ve tatmin edeceği ve âmme hidematının ifa edilebilmesi dahi efradın devlete yardımı ile vücut bulabileceği aşikâr olmakla bu yardımın gayet samimi ve can ve gönülden olması da muktezidir. Meşhurat ve tarassübata göre 2395 No. lu kanunun şikâyetçilerinden bazıları esnaf ile beyannameli olmayan bir kısım erbabi ticaret olup bunların sı-zılıları vergi nisbetlerinden ziyade buldukları binanın iradına mâ-tuftur. Fihakika bazı dükkân ve hanların iradı bu günkü icarları ile hiç te mütenasip değildir. 2395 No. lu kanun her takvim senesini takip eden İkincikânun iptidasındaki irad vaziyetini geçmiş takvim senesi vergilerine esas ittihaz etmiş olmakla iradını icarı ile müte-nasip bulmayan bina sahiplerinin ait olduğu mercilere müracaatla bu iradı haddi lâyika tenzil ettirmeleri mümkün olduğu ve bu tarihten evvel kesbi-katıyet eden iradlarla istinaf komisyonlarının karar tarihleri temyiz komisyonunun içtihatları dairesinde geçmiş takvim yılı vergilerine esas alınmakta bulunduğu cihetle bu şekillerden istifade eden mükelleflerin şikâyetleri yavaş yavaş azalmakta ve kanun hükümleri günbegün daha istifadeli neticelere doğru yol almaktadır.

Sebepsiz ve isabetsiz itirazlara gelince :

2395 numaralı kanun hesap sahiplerini ve maddi hataları tashihe matuf olanlar hariç olmak üzere mükellefe verdiği beyannameye karşı itiraz hakkı vermemiş ve ahiren neşrolunan 3258 No. lu kanunun 15 inci maddesi dahi tetkiki itiraz komisyonlarınca mükellefin hak-sızlığına karar verilen hallerde itirazın mübhasıran verginin tahsilini tehir maksadile yapıldığı delillerle sabit olduğu takdirde verginin

aslına % ona kadar zam yapılmasına itiraz komisyonlarına selâhiyet vermiş olmakla varidat dairelerini işinden ahkoyacak sebepsiz itirazlar dermeyanından tevakkî edilmek te lâzuudır. Velhasıl 2395 No. lu kanunun iyi bir netice verebilmesi yalnız varidat dairelerinin değil mükelleflerin de iyi hareketlerine bağlı olduğundan geçmiş takvim senesi mahsulünün iki tarafın elbirliğite toplanabileceği şüphe edil-meyecek bir hakikattir.

Visalettin Verim  
Avukat



## Tercümelere :

### Çocuk ve Mahkeme (1)

Türkçeye çeviren: *Tayyar Ş. Çullu*, Avukat

( Mahkeme usullerimizi, suçun cezalandırılmasına mâtufl olmaktan çıkarıp suçun sebeplerini araştırma yoluna sokmağa ihtiyacımız vardır. Suçlu mevkiinde, çocuğun değil, cemiyetin bulunduğunu kabul etmek lâzımdır. Hadise ve hükümlerden ziyade, bu hadiseleri daha iyi bir görüş ve anlayış ile takbir edip ona göre hareket etmek mecburiyetindeyiz.)

*Herbert Hoover* (2)

«Hâkim bey, Peter fena bir çocuktur. Onu alın ve hapsedin. Onunla bir türlü başa çıkamadım» diyerek Peter'in annesi, meyus ve müteessir bir halde, yastandığı hâkim masasından ağır vücudunu kaldırdı. Yeknesak bir hayat yüzünden derbederleşmiş ve tenbelleşmiş olan küçük Peter hâkime müteessir nazarlarla baktı. Annesinin kondisini anlayamayacağını biliyordu, acaba, masa arkasında oturan adam onu anlayabilecek mi idi? Filhakika, Peter, annesinin söylediği son cümlelerin, annesinin vaziyetini daha ilk nezdarda izab ettiğini anlamamıştı. Peter « fena bir çocuk » idi. « Çünkü annesi onuyla bir türlü başa çıkamamıştı. » Belki, annesi, « fena » bir anne idi, eğer

(1) «The National Probation Association» tarafından neşrolunan bir broşürden

(2) 1930 senesinde Vasingtonda Reiscumbur sarayında çocuğun sibat ve himayesi için yapılan içtimada Amerika Reiscumburu Herbert Hoover tarafından verilen nutuktan.

böyle idi ise, onun çocukluğunun nasıl geçtiğini ve hayattaki tecrübesinin ne kadar boş ve fidesiz olduğunu bileydik ona tayip edebilir miydiniz? Bu kabir hayatlar közup bir daire bahide döner dururlar. Çocuk mahkemeleri bu döndüşü önünebilirler ve bir annenin çocuğunun terbiye etmesine yardım edebilirler mi?

Çocuk mahkemesine gelen bir çocuğun evinde daima bir kusur vardır. Evin terbiyesi semere vermez ise, suçlu çocukların devletin nezaret, alâka ve terbiyesi ihtiyacı vardır. Eğer mahkemenin görüş tarzı ve usulleri hâgünkü ihtiyaca tekabül edecek mahiyette ise suçlu çocuğa ve ailesine yapacağı hizmetler çoktur. Asırlarca muhtaç çocuklara bakmak külfetini üzerine alan devlet, nizam ve intizami bulunmayan evlerden gelen çocukların velâyeti mesuliyetini de üzerine almaktadır.

### Bir Çocuk Mahkemesi İçin Ne Lâzımdır?

*Hâkim* : — Vazifemizi lâytikile yapılabilmesi için mahkemeye getirilen çocuklarla alâkadar olabilecek ve şahsi vasıfları dolayısıyla ittibap edilmiş bir bakime ihtiyacı vardır. Bu bakimin, hukuki bilgisine ilâveten ve bundan daha mübim olan bilhassa çocukları alâkadar eden içtimai meseleleri, anlayış kabiliyeti olması ve çocuk rubiyatını bilmesi lâzımdır. Bu bakimin, derbeder Peter'in ve öüne getirilen her çocuğun, hayata en kritik devresi olan, bu çocukluk devresini düğüşülebilmek için hasredecek vakit ve zamanı da olmalıdır.

*Nezaretçi memurları* : — Bir çocuk mahkemesinin muvaffak olabilmesi için, çocuk hakkında davadan evvel malûmat toplamak ve davadan sonra da çocuğun terbiyesi ile alâkadar olmak suretile bakime yardım eden nezaretçi memurlara da, aynı derecede, ihtiyacı vardır. Nezaretçi memurların, çocukları idare kabiliyet ve vasıflarını haiz bulunan ve içtimai meselelerde tecrübe sahibi olan kimseler arasından ittibap edilmesi lâzımdır. Çocukların terbiyesi noktai nazardan, bunların bir muallim mektebinden mezun olmaları şayanı tercihtir.

Bunların emrazı rubiye sahasında da tecrübe görmüş olmaları fideden hari değildir. Bu için başarılabilmesi hususi bir terbiye ile



inkışaf ettirilmiş yüksek şahsî kabiliyetlere vabestedir. Nezaretçi memurun anlayış tarzı ve terbiye usulü, ekseriya hüsnü niyetle hareket eden ve buna rağmen çocuğu bozan ana ve babanınbine faik olmaz ise, çocuğun terbiyesi bahsında, nezaretçi memurlardan ne beklenebilir?

Eğer nezaretçi memurda büyük vasıflar aranmaz ise, yapacağı iş faidesiz ve bazan da tehlikeli olabilir. Baştan savma yapılacak nezaretten, çocuğa eyilikten ziyade fenalık gelir. Nasıl maarif mekteplerinde muallim mekteplerinden mezun olmamış muallimleri istihdam etmeği düşünmüyor isek çocuk mahkemelerinde de hususî bir terbiye görmemiş olan nezaretçi memurları kullanmağı artık düşünmemeliyiz. Hususî bir surette yetiştirilmiş nezaretçi memur çocuk hastalıklarında ihtisas sahibi olan bir doktora benzer, yalnız onun meşgul olduğu iş çocuğun e'fal ve harekâtıdır.

Müsmir bir netice alabilmek için kâfi derecede kadın ve erkek nezaretçi memurun mevcut olması lâzımdır. Erkekler büyük çocuklarla, kadınlar da ale'l'tlak kız çocuklarile ve küçük erkek çocuklarile meşgul olmalıdırlar. Bir nezaretçi memurun aynı zamanda elliden fazla çocuk ile meşgul edilmemesi lâzımdır.

*Nezaret dairesi* : — Nezaret daireleri, ekseriya olduğu gibi, karanlık ve sıkıntılı bir bodrum katından ziyade, çocukla başbaşa kalmak imkânı olan ve intizamla tefriş edilmiş bir yer olmalıdır. Eğer çocukların sevk olunacakları nezaret daireleri mahkeme ve hapishane neden tamamen ayrı bir yerde olur ise daha iyi olur.

*Sicil ve istatistik* : — Modern bir nezaret dairesinin kâfi derecede nezaretçi memurları olduğu gibi, muntazam bir sicil ve istatistik sistemi ilede mücehhez olması lâzımdır. Çocuğun tekâmülünü bir tarihçesi olan çocuk mahkemesi sicilli, biç bir zaman çocuğun aleyhine telâkki olunmamalıdır. Bu sicil daima çocuk için ve onun lehine tutulmak lâzımdır. Bu sicillerin mahremiyeti daima muhafaza edilmelidir. Eyi tutulan ve tefsir edilen bir çocuk mahkemesi sicilli, bir camiadaki suç meselesini ve mahkemenin ihtiyaca tekabül edecek surette tecziz edilip edilmediğini gösterir.

*Muayenehane* : — Her mahkeme, çocukların bedenî ve ruhi muayenelerini yaptırmaya imkân bulabilmelidir. Çocuğun e'fal ve hare-

kâtı bahsında bedenî, ruhi ve hissi intizamsızlıkların ne kadar büyük tesiri bulunduğunu günden güne öğrenmekteyiz. Her çocukta bunların hepsinin ilmî bir surette tetkik olunması zarureti vardır. Mahkemeye yardım eden, emrazı rubiye muayenehanesi bir çok şehirlerde « esas cihaz » olarak kabul edilmiştir. Filhakika, bu cihazın her mahkemede teminine imkân olmamakla beraber, en nibayet, bik çok yerlerde ruhi muayenelerin yapılması için bazı tedbirler alınabilir.

*Çocuk tevkifhaneleri* : — Mahkemenin kararına veya ittibaz edeceği her hangi bir tedbire intizar eden çocukların bulundurulması için bir tevkifhane veya işe evi, iyi tecziz edilmiş çocuk mahkemelerinin haiz oldukları kolaylıklardan birisidir. Tevkifhanenin havası mümkün olduğu kadar hapishane havasından uzak ve çocuğa mektebine devam etmek ve eğlenmek imkânını verecek bir aile evine daha yakın olmalıdır. Eğer çocukların azlığı dolayısıyla bir tevkifhane tesisine imkân mevcut değil ise, ihtiyaçların bir kısmını karşılayan hususî evlerin mahkeme emründe bulundurulması icabeder. Nihai karar bekleyen çocukların kendi evlerine gönderilmesi eğer doğru görülmezse, bu çocukların itiba ile intibap edilmiş hususî aileler nezdine gönderilmeleri lâzımdır. Ekseri abvalde, davasının duruşmasını bekleyen veya karara intizar eden çocukların kendi aileleri nezdinde bırakılması dahi mümkün olabilir.

### Çocuk mahkemesinin çalışma tarzı

*Tahkikat* : — Bir çocuğun duruşması iki safhaya ayrılır: Birincisi, çocuğun işlemiş olduğu suçun sebeplerini araştırma safhasıdır. Buna tahkikat denilmekte ise de, bu hakikatı halde, çocuğun mazisinin, ruhi ve bedenî kuruluşunun, aile ve muhit vaziyetinin ve çocuğun muhitine karşı olan aksülamellerinin tetkikinden başka bir şey değildir. Çocuğun muhitine intibak etmesinin, basit değil ve fakat çok karışık bir mesele olduğunu günden güne daha fazla takdir ediyoruz. Çocuğu alâkadar eden meseleleri tetkik ederken, ailenin ve hattâ büyük baba ve analarının şahsiyetlerini, mazilerini ve muhitlerini nazara almak mecburiyetinde kalırız. Peter gibi muhite intibak edemeyen bir çocuğun hareketi, kendisi üzerinde müessir olan bir çok âmillerin neticesinden başka bir şey değildir. Bu vaziyette, maziyi



nazarı itibara almak ve hali göz önünde tutmak ve evinde, mektebinde ve muhitinde müşkilâta maruz kalan çocuğa yol göstermek mevkiindeyiz.

Peter hâdisesi hakkında yapılacak tahkikat bu çocuğun zekâsının normalin fevkinde olduğunu ve fakirlik dolayısıyla mahrumiyet içerisinde bulunan evinde ciddi bir kontrole tâbi tutulmadığı için enerjisine yeni bir faaliyet sahası bulmak maksadile kaçtığı gösterilebilir. Kötu bir aile ocağı, fena bir muhit, fena tıgaddi, çocuğun seviyesinden aşağı bir sınıfta bulunması üzüntüsü gibi haller Peter'in (Fenalık) ma sebep olabilir. Çocuğun vaziyetinde müessir olan şahsî ve içtimai âmillerin meydana çıkarılması için yapılacak ruhi ve içtimai bir tetkik için yüksek bilgi, görüş ve tecrübeye ihtiyaç vardır.

**Muhakeme :** — Çocuk mahkemesi hâkimi, kendisini tenvir edecek olan nezaretçi memurun raporunu göz önünde tutarak, Peter'i ve onun müşkillerini hususî ve gayri resmî bir duruşmada tetkik eder. Bu bir muhakeme değil bilâkis bir ceza mahkemesinde tâkip edilen usullerden de mümkün olduğu kadar uzaktır. Bu iş için ceza mahkemesi salonu kullanılmamalı ve duruşma hâkimin odasında veya hususî bir mahkeme suretinde kullanılan bir odada yapılmalıdır. Buraya gazete muhabirleri kabul edilmemeli ve gazete birlikleriyle anlaşarak, çocuk dâvalarının negredilmemesi için elden geleni yapmalıdır. Bu duruşmada, çocuk ve çocuğun ailesi ve nezaretçi memur bulunabilir. Şahitler, ifadelerine müracaat için çağırılabilirler. Hâkim çocuk veya ailesi ile yalnız başına da konuşabilir. Peter gibi bir çocuğun ihtiyaçlarını anlayan bir hâkim, ümidini kaybeden annesinin istediği gibi « onu hapsedemez »; eğer mümkün ise onu ailesi yanında veya başka bir aile yanında ıslah etmeğe çalışır. İlk defa suç işleyen ve normal olan bir çocuk ekseriya kendi evinde veya başka bir evde nezaret altında bırakılmak şartile tecrübe edilebilir.

**Nezaret;** — Çocuk mahkemesindeki duruşmanın ikinci safhası da çocuğun şahsile alâkadar olma safhasıdır. Bir çocuk nezaret altına alınır alınmaz nezaretçi memur, çocuğun vaziyeti hakkında yapılan tetkike istinat ederek, çocuğun ıslahı hakkında plânını hazırlar. Nezaret, çocuğu sadece azarlayıp bırakmak ve cezasını tecil etmek demek olmadığı gibi muayyen zamanlarda mahkemeye müracaatını temin

etmek demek de değildir. Daha ziyade, çocuğu fena mevkie düşürmüş olan müşkilleri çözüp halletmek ve çocuğu normal bir hayat için hazırlamak demektir. Bu hâkimin nüfuzu da inzımam eden, içtimai yardım usullerinden başka bir şey değildir.

Bu tarzda yapılacak nezaret, ekseriya aileyi toplu olarak tetkik etmek mecburiyetini verir. Bazan, çocuktan ziyade aile üzerinde çalışmak lâzım gelir. Peter'in annesi oğlunun ihtiyaçlarını anlamak ve bu ihtiyaçlara cevap verebilmek için içtimai müesseselerin yardımına mühtac olabilir. Çocuktan evvel annenin bu ihtiyaçlarını tatmin etmek lâzımdır. Çocuğu muhitine aydurmak veya muhitini değiştirmek için, mektepten, eğlence müesseselerinden, sibat teşekküllerinden, meslekî kuruluşlardan, çocuk kliniklerinden, yardım cemiyetlerinden, kiliseden ve dini mekteplerden, istifade etmek mecburiyeti basıl olur. Suçlu çocuğa nezaret, çocuğa karşı müşfik olmak ve ona arkadaşça muamele etmek suretile, çocuğa devamlı bir şekilde yardım etmek demektir. Çocuk ıslahı hal edip de artık nezaretçi memurun alâkasına ihtiyacı kalmayacak surette şahsiyet sahibi olduğu zaman bu memur, ilk duruşmada nezaret için muayyen bir müddet tesbit etmekten kaçınmış olan hâkim, çocuğun serbest bırakılmasını tavsiye eder.



## Sigorta poliçeleri üzerine avanslar (\*)

( Mabaat )

II

Yazan : *Marcel Cosmao Dumanoire*  
Hukuk doktoru

Türkçeye çeviren : *Bahri Savcı*  
Siyasal bilgiler okulu mezunlarından

Binaenaleyh sigorta poliçesi üzerine karz, rehin mukabilinde bir karz mahiyetini aldı.

Bu rehin müessesesi etrafında bir hayli müşkilât kendini gösterdi. Eğer kanunu medeniyi tetkik edersek alacaklının ref'i yed'ini borçluya bildiren tahriri bir akdin lüzumuna kani oluruz. Bütün bunlar haddizatında tamamen basit olan şeylerdir. Basit olmıyan şey, rahin olacak olan alacaklının kendisine rehin olarak verilecek alacağın borçlusu olmasıdır. Bunu poliçeler üzerinde avansla meşgul olan bütün hukukçulara bildiriyorum. İlk defa bu vaka karşısında kaldıkları zaman tereddüt ve müşkilâta düşer olmadılar mı? «Titre Creance» in bizzat borçluya verilmesini tazammun eden bu tabii ref'i yedde, rehinin muteberiyetine aykırı bir şey görmemişler midir? Her şeyden fazla, rehini teşkil eden akit alacağın borçlusuna tebliğ edilmek lâzımdır. ( Medenî kanun madde 2078 )

Üçüncü borçlu şahıslar hakikatta tebliğ edilecek akitte taraflarından olduğu cihetle, tebliğatın hiç bir mâna taşımadığına ve bu esaslî formalitenin ancak kaybolabileceğine büyük tereddüde maruz kalmadan karar verildi.

Bu tam hayalî olan kaydı ihtiraziye, hüsnü niyete müstenit bir

(\*) Bundan evvelki kısmı sayılı nüshamızda Avukat Holüsi Selek tarafından tercüme edilmiştir.

delile cevap teşkil etmek vaziyetini hasıl eder. Fakat bu hayal midir? Zannedildiği kadar muhakkak değildir, bununla beraber bir alacak üzerine rehinin, bu alacağın borçlusu menfaatına teşkilî kabul edilmesine göre, niçin bir akti imza edenlerden birisine tebliğ mükellefiyetinden çekinilsin?

İşte şimdi oldukça göze çarpan bir hukukî telâkki kargaşahğı içindeyiz. İşte daha iyisi; menşecindenberi malûm olan bir teknik lüzum, faizlerin ademi tediyesi halinde poliçe üzerine yapılan avansların—ödenmesinin derhal ve otomatik olmasını âmir bulunuyordu. Bu zaman—meseleyi idare eden kanunu medenin sarih metinlerine açıkça muhalif şartlar içerisinde rehinin icrasına şart koymakta tereddüt edilmedi. Aradaki rabıtaı muayyen bir şekle göre ortadan kaldıran, tasfiye eden *Rachat D'office* denen şey budur. Bu geri alma kıymetile avansın ve faizlerinin tutarına tekabül eden ivazın tasfiyesinden ibarettir. İşin içerisinde rehin mefhumunun girmesine veya girmemesine müsaade edilmesine göre rehlin icrasına müteallik kaideleri aşıkâr bir surette tatbik etmek veya bunları açıkça iptal eylemekten başka bir şey yapılamaz; İşte bu son kısımda bir az titreyerek ve dâima tevellüt edebilecek her nevi dâvadan sakınılmayarak duruldu. Bu, en nihayet tahakkuk etti.

Bu, muhtemel olan yegâne şekil değildi. Zira münakaşa edeceğimiz bir delil, *Rachat D'office* denen tasfiye içinde mevzuu bahsedilen ivazın, kumpanyanın borçlarının ademi tasfiyesinden dolayı buna lâzım olan şartların tahakkuk etmemesi yüzünden gayri ameli olduğunu göstermiştir. Bir faizin, vadesinde ademi tediyesinden dolayı bir borcun vacibültekiye olması kaydı bilhassa rehin üzerine yapılan karzlarda çok görülür. Fakat bu Aubry et Rau nun eski bir eserinde T, 4, P, 22 - gördüğümüz gibi mutlak olarak avans halinde tatbik olunmaz.

« ( Bağkaca muhakkak bir borç, eğer, hisse itibarile bir hesabın »  
« tanzimine veyahut bir takdire vabeste ise müsbet değildir. Bununla »  
« beraber; huzurumuza borçlunun tediyeye davet edildiği hakim, »  
« borçlunun mukavelevî talebi üzerine, henüz miktarı tesbit edilmiş »  
« olan hissesi bir tasfiye yapmağa elverişli olan bir tediyeyi, esaslî »  
« talep üzerine tanzim etmek için tehir edebilir; taki, mukavelevî »  
« talep kendi halinde ceryan etsin. »



Bu şekildeki tasfiye imkânsızlığı hususunda ne iddia edilebilir. ?  
 Şu.. Bu, sigorta edilene verilecek para yani bir ihtiyattır. Fakat bu cevap varit değildir. Onun için bir hesabî ihtiyat hiç acele etmeden sabahdan akşama kadar hesaplanabilir. Kendisine kanunî adını muhafaza ettirmek için hemen göstermeğe uğraşacağız; poliçe üzerine yapılan avans bir karz değildir. Ve binnetice tarif ettiğimiz vaziyet tabirleri değiştirecek ve yerine avans kelimesini idame ettirmek için karz kelimesini lağvederek tahfif etmeğe uğraştığımız, 17 mart 1905, 13 temmuz 1930 kanunlarında beyan edilen, bir lügat hatasından başka bir şey değildir.

\* \* \*

Bir az sonra kumpanya âdetlerini değiştirdi, avans muamelesi, şeklini ve adını kaybetti. Ve; iki nusha mukavelenameye müstenit muamele kumpanya tarafından, poliçe dolayısıyla istikbale tahsis edebileceği bütün tediyelere mahsuben bir meblağın teminatı olarak yapılan tediye bir deyn senedi nushası haline girdi. Poliçeler üzerine avans tabirini, değiştirmeye doğru sevk edilen az kullanışlı (Mahsuben tediye) tabirine yapılmış tecritte bir, poliçe üzerine avansın hakikî mefhumu önünde bulunduğumuzu, 100 seneden fazla zamandan beri aramakta olan şeyin bulunduğunu ümit ediyoruz.

Ve eğer, nihayet esasta ve şekilde, hoşnut edilmiş tarafların iradesinde medenî ve malî kanunlara muhalif bir nokta olmadığını gösterirsek bize belki hak vermek isteyeceklerdir ki; iki kanunda da mevcut bulunan avans tâbiri, hakikî Fransızca (mahsuben tediye) mânasına ve aynı zamanda karz neticesi tediye; bir gün ödemeğe mecbur olduğu avansı tediye edeni ifade eder ve halkın bonsansı bu ifadede aldanmaz. Zira, aybığından bir avans isteyen ecir, asla bir borç yaptığını zannetmez. Bir dakika için karz ile avans alma arasında oldukça derin bir fark bulunduğunu kabul edelim. Üzerinde bu farkın bilhassa tebarüz edeceği nokta başka bir yerde değil midir? İçinde hayale kapınılan hallerde, karzda bir menfaat koşulduğu görülmüyor, karzda bilâkis menfaatler esas değildir, menfaatsız karzlarda görülebilir. Fakat bu normal olan ve tekerrür eden vaziyet değildir; karz ile menfaat arasındaki bağ doğrudan doğruya bir bağdır ki, menfaatler mevcut olduğu yerde bir karz mevcuttur demek müm-

kündür. Öyle ki; poliçe üzerindeki avansla menfaatler bulunması zaruridir. Bu menfaatlerin bulunuşu teknik bir şekilde, kanunun arzusu mucibince zaruridir. Çünkü; bu zaruret poliçe üzerine avansı esaslı usuller arasına koyuyor ve sigortacılara sermayelerini müsmir kılmak imkânını veriyor. ( 1906 Haziran kararname 1 inci madde ).

Bu suretle bizim mütaleamız yıkılmış olacaktır. Ve dermeyeran ettiğimiz fark, poliçeler üzerine avans karzlar kategorisi içine daha net bir şekilde atmaktan başka bir neticeye müncer olmayacak. Çok kuvvetle dedik ki, bizim gayemiz bugün bu meseleyi bu kadar ileri götürmek değildi. Bu güç münakaşada mudiliyeti dolayısıyla kelime kavgalarının içine gömülüp kalmak tehlikesi mevcut olan çok uzak sahalara gitmeyelim. Ve burada birinci derecede ehemmiyeti baiz bir işarette bulunalım. O, şudur:

Karz veya poliçe üzerine avans, hayat sigortası çerçevesi dahilinde olduğundan başka suretle inkişaf edemeyen hukukî müessesedir. Bu avans hayat sigortasına iltihak etmeğe veya onu tamamlamak için ondan kurtulmaya veyahut onu sigortalamak için faydalı neticelelerini tavzih etmeğe teşebbüs eden muhtelif ihtiyat şeflerinin, her hangi bir derecede, mestegîn en yaşlısındaki gibi yaklaşılabilen sigorta fizyonomisindeki çizgidir. Hayat sigortası, en sakin hayatın tehlikelerini garanti ettikten sonra yavaş yavaş seyahatlerin, sporların en maceralı tehlikeleri de ona ilâve edildi. O, sahasını havacılığa kadar teşmil edecektir. Bazı memleketlerde kendisine sigorta olanların sıhatlerine ihtimama başlamıştır. O, çok eskiden beri değildir ki müşterilerini poliçe üzerine avans vasıtası ile para kıtlığına karşı korumağa başlamıştır.

Sigortanın, karz veya gayrisi yani avans hususunda kabul ettiği usul orijinal bir şekilde kendini gösterir. Karz, alınan iade için yapılır. Takas suretile karzın tanziminin usul ittihaz edilmesi ancak nisbî bir şekilde görülen bir haldir; O hal de, eğer poliçeler üzerine avans amelîyesinin tertibi tetkik edilecek olursa görülür ki her şey mahsup muamelesinin karzın tanziminin normal bir şekli olması tarzında düşünülmüştür. Ve paranın iadesi şekli müstesna bir vaziyettir. Kumpanyanın endişelerinin ilk hattında bulunan şey mahsup muamelesidir. Mahsup burada rebinden fazla yer tutar.



Bu fikir «seine» mihkemesinin 8 Temmuz 1911 tarihli bir hükmüne karşı Paris mahkemesine verilen istinaf mürafaası talep eden bir muhtıra lâyihada gayet iyi bir şekilde ifade edilmiştir. Bu muhtırada poliçe üzerine avansların 9 Haziran 1906 kararnamesi ile, Dünyada en iyi kıymetlerden farksız ve temditsiz bir merhaleye çıkarıldığı işaret edildikten sonra ilâve ediliyor :

« Bu avansın — bu kelime kanun tarafından musirrane kullanılıyor — mutlak bir garanti, diğer kumpanyalarda poliçe üzerine yapılan karzda bulunmayacak olan bir garanti ihtiva etmesi için bu avansın kumpanya tarafından kendisine sigorta edilene karşı temin edilen müsavi bir meblağ ile bir mahsup teşkil etmesi lâzımdır ve zaturidir; Sigorta edilen onu; evvelce kaydedildiği ihtiyat meblağdan çıkartarak passif kısma kaydedecektir. Ve karşısındaki mahsubun aktif kısmına da onu kumpanya tarafından tetkiye edilmiş meblağdan çıkartarak kaydedecektir. Burada bir rehin mukavelesi yoktur. Fakat kanun tarafından mükemmel bir surette isim verilmiş olan bir hususî mukavele vardır. Bu mukavele kuvveti o derecededir ki onun icra ettiği ve kanunun tervihi eylediği mahsubun verdiği garanti ona, kanunun bizzat ilk hatta koyduğu ve mutlak gibi telâkki ettiği müsavi bir emniyet verir. Burada kullanılan kelimelerin ehemmiyeti azdır. Burada garanti kelimesi muarızların ona vermek istedikleri terhin mukavelesi manasını ifade etmez. »

( Bu son satır poliçe üzerine avansların salâhiyetler makamlar arasında katıyetle beyan edildiğini ifade ediyor. 9 Haziran 1906 kararnamesi. 1 inci madde. )

Bu suretle taraflar mahsubun mânasını; onu ilk vaziyetin tesisi hususunda teyit olunmuş salâhiyeti idame ettirmeye basrederek, ilk hatta koymakta anlaşmışlar. Bunu istediler, fakat yaptılar mı?

Kumpanyalara gelince: *M. Dupnich* tarafından ( Dalloz, 1913, 2; 289 ) aynı zamanda çok kuvvetli ve ince bir şekilde ortaya konan kumpanyalar nezdinde zaman ve mesafe dabilinde âlemgümlü bir zekâ halinin çok parlak tatbikatını buluyoruz. Bu husustaki yazının büyük bir parçasını nakletmekten daha iyi bir şey yapamayız. Bu, bizim delilimize iştirâk hususunda çok iyi intihap edilmiş bir silâhtır.

« Bu kumpanyalar — sigorta kumpanyaları — ( şartı içinde »

« kendi tatbikini bulamadığı takdirde garip olan bir hususiyetle) görül. »  
 « düğü gibi kendilerine sigorta olan mukrizler arasında değil, fakat »  
 « borçlular arasında bir itilâfa varırlar. Filhakika bu sigorta olan »  
 « larla kumpanyanın borçlarının mukrizi olanlar kumpanyanın hiç »  
 « bir endişesine sebep olmazlar. Çünkü onların kumpanyadan olan »  
 « matlupları hesabî bir ihtiyat neticesi kasada bulunan avanstır. »  
 « Bilâkis kumpanya eğer müşterilerine karşı alacağını tahsil etmeğe »  
 « kalkarsa bir tehlikeye, ifayı dünyundan acizle karşılamak tehlikesine »  
 « koşmuş olur. Alacaklıların, borçluları geçebilecekleri zamana gelin. »  
 « ce; kumpanya onların hesaplarını, bu hesap ne olursa olsun rica »  
 « ile değil, onlara borçlarını ödeyerek tanzim etmekte acele eder. »  
 « Bu vaziyette avansın tasfiyesi hususunda mukavelevî bir şekil gibi »  
 « gözükken, sigorta olan tarafından razı olunmuş bir (*rachat d'office*) »  
 « yani aradaki rabıtayı muayyen bir şekle göre ortadan kaldırma, »  
 « tasfiye vardır. »

« Bu tasfiye; rabıtayı ortadan kaldırma, hiç bir zaman kullanılan »  
 « istihlamların anlattığı kötülüğe inandırabilecek mahiyette bir şey de »  
 « ğildir. Yani, bir ecnebi kimseyi takdim ettikleri gibi, poliçenin »  
 « satın alıcısının kumpanya tarafından takdim vakıası, sadece sigorta »  
 « tarafından kendisine terettüp eden borcun tekrar satın alınması, »  
 « yani ( tetkiye deyn etmek keyfiyeti ) vakıası mahiyetinde değildir. »

Sigorta olana gelince: tatbikat gayet sarıh bir şekilde göstermiştir ki, kim olursa olsun, ancak bir borç yapmak isteyen bir fransız, poliçe üzerine avans kaydettirmek temayülüdedir. Sıkıntıda olan bir karı koca kumpanyanın bürolarına geldiği - böyle hallerde ekseriya o muntakanın hayatına daha fazla karışmış olan kumpanyanın umumî ajanına müracaat etmeyi tercih ederler - ve oradan bir avans almak için lâzım gelen şerait kendilerine izah edildiği zaman, bilhassa kadın tarafında vaki olan ilk intiba o poliçenin müstakbel istifade edicisinin temettüünden bir ezalma mevzu bahis olduğu için değil, fakat ( borçlar içinde bulunmak ) haline başlamamak lâzım geldiğini düşünmekten gelen bir memnuniyetsizliktir.

O zaman sigorta edilen ile sigortacı arasında bu vaziyet hakkında tam bir anlaşma yaratmak ve hiç bir halde, ödenmemiş borçlarının



müeyyidesi altına girmemenin, onun dairesi salâhiyetine sokulduğu hususunda mutabık kalırlar.

Poliseler üzerine avansın hususî karakteri, enfüsî bir şekilde ciddi bir borçlu için sükûnet unsuru ve afakî bir şekilde de borca müstağ-rak olmamak hususunda bir kat'iyet teşkil eder. Eğer bu keyfiyet tah-dit edilirse sigorta ortadan yok olur, sigortacının mahsup suretile biz-zat alacağını tahsil edemediği şhvalde, o borcunu asla tediye etmeye-cektir. O halde de vaziyeti tasfiye etmek için sigortadan çıkmağa mahal yoktur.

Bir avans mukavelesi imzalayan sigortalının gözleri önünde şimdi bizim yaptığımız gibi, bu tablillerin tafsilâtı bulunsun, hemen hemen kat'iyetle söyleyebilirizki; böyle olmaz. Fakat onun bu meseleyi vu-zuhla görmesi kat'iyetle lâzımdır. Sigorta muamelesinin istiklâlîni ve bu muamelede aslî bir unsur olduğu söylenebilecek olan avans mu-a-melesinin onunla olan irtibatını işaret edelim.

İradelerin bu anlaşmasında, onu hazırlayan ve ona müncer olan bu noktai nazar teatisinde rehin meselesi pek az mevzubahstir.

« Sizin emrinize bir meblâğ koyuyorum. Çünkü onu az ödemiş »  
« olarak bulacağımın eminim, ve bunun için bunu size 100 frank- »  
« tan fazla vermediği reddederek yapıyorum. Çünkü bu miktar benim »  
« verebileceğim haddi azamîdir. ( Bütün kelimeler hülâsaten mah- »  
« sup demek istiyor. ) Eğer siz vaziyeti yeniden tesis etmek istiyor- »  
« sanız, parayı iade edebilirsiniz. Fakat ben onu asla istemeyeceğim. »

\* \* \*

Poliseler üzerine avans hakkında umumî vaziyetin mevsuk vakıalarını gereftle ilân etmek için bir menkıbeler koleksiyonu yapmak mümkin-dir, ve bu koleksiyonu meydana getirmek için misaller çoktur. Amma, kendimizi tahdit etmek ve elimize verilebilmiş olan misaller arasında pek azı ile iktifa etmek lâzımdır.

Bir gün kumpanyanın merkezine, Teşkilâtın en yüksek umumî müfettişlerinden biri tarafından ithal edilen ve kumpanyada epey bir parası olan bir adam, tatbik edilecek bir teklifin bir az yüksek teferruatı ile gelir. Bu zengin müşteri mukabil sigortasını muhavvel bir sermaye kaydettirmek ister. (Bu para senelik bir primdir. Tespit edilen tarihte eğer onu kaydettiren hâlâ yaşıyorsa para kendisine

ödenilir. Eğer bu tarihten daha evvel ölürse para tediye edilmez.)

Bu kumpanyanın memuru mesleğinde ilk defa gördüğü bu muka-bil sigortasız mütehavvil sermayenin ilk namzedi olan müstakbel müşteriye sempati ile bakar ve onun şöyle söylediğini öğrenir. (Benim kendimden başka, gerek hayatımda, gerek ölümden sonra istifade ettireceğim kimsen yok.) Memur ona şöyle der: (Olsun, siz dünyada yalnızsınız, sadece kendiniz için çalışıyorsunuz. Fakat bu hal değişe-bilir. Size fakırt olan bir hizmetçiniz sonradan çok sadık olabilir; bir dostluk takviye edilebilir, eğer bir mukabil sigortanız olsaydı ( o çok pahalı değildir. ) onu teberru edebilirdiniz, sonra, bu mukabil sigorta poliçesi bir avans yapmak iktidarını verir. Çok kısa olduğu takdirde, içindeki hesapların küçük bir yardımının dahi faydalı olduğu bir sıralanışa girdiği mehillerin çabuk geçişini görmediniz mi?) Bu kibar ve zengin adam bu suretle mukabil sigorta yazılır, çünkü bu hal ona kevfina sigorta hususunda geçtiği anda ve ihtiyacı olduğu gün sigortasını tediye ettiği zaman tazminatını vererek teahhüdünü bozma imkânını verir.

Bu sabit büro şefinin bu küçük zaferi mesleğin müstahsilini biraz hayrete düşürdü, fakat, bu son tablilde, herkese bir zevk verdi. Aynı şef, kocasının poliçe üzerindeki avans imkânının çok az olması dolayısıyla işleri fena giden bir ailenin yükünü üzerine almış olan bir küçük eyalet tüccarı olan kadınının kendi önünde ağladığı gün daha az neş'eli oldu. Bu avansı, bugün, tazminat vererek teahhüdünü bozan kıymetinin ve müteakiben avans kıymetini tediye edilmiş primlerin mecmuuna nisbetle çok aşağıda olduğu karışık sigorta tip-lerinin kötülüğünden muhafaza etti.

Tarihi bir kafile içinde Vercingétorix'i temsil etmek için yaratılmış gibi olan, fakat seferber edilmek için bir az yaşlı olan «Aisne» li bir çiftçi, harp esnasında kendisini «Holzminden» de sivil bir harp esiri gibi zafere karşı müdafaa ediyor. Oradaki Alman selâhiyettar makamları onun desas gururundan kızarak onu vatana iade etmekten başka çare bulamıyorlar. O harpten önce çarşamba, pazar günü şöyle bir dolaşmak için Villette e gelirdi. Sonra kendi sigorta kumpanyasına giderdi, orada kendisini avans yapacak mı diye beklerlerdi.

Bir beyazı inza atar, parayı cebine doldurur ve Villette e döner tecrübe ettiği gibi hayvanlar hususunda bir teahhüdü bozan kararı ve-



rirdi. Poliçe üzerine avans cari hesabda çok ayandır.

Vasıtasile poliçe üzerine avansın akte edildiği sür'at ancak sigorta edilen tarafından bir mümanaat göre bilir. Poliçe üzerine avansı aktetiren bu sür'atın hukukî vaziyeti sarıh ise Kumpanya için teahhüdü bozma keyfiyetinin basit hesabını yapmaktan başka yapacak iş kalmaz.

Heman mübaleğa etmeden diye bilirizki; bir yarım saat içinde bir avans muamelesi eğer sigorta edilen orada ise imzasına arz edilmek üzere eğer sigortanın mahalli olan şehirden dışarı ise postaya vermek üzere tertip edilmiş ve hazırlanmıştır. Bedibidir ki poliçe üzerine avans-taki bu sür'at esas değildir. Böyle bir vaziyetteki hakikî usul teem-mülsüz bir sür'attan ziyade müdebbir bir ağırlıktır.

Fakat çok istiyenin az elde edeceğini hatırlıyarak biz de fazla ister-isek bu sigorta kumpanyalarının bu meselede mahallî bankaların en samimilerini kendi ananeleri içinde en çok kalanları sarf ve istiblak temettüü ile yaklaştıran tatbikatını yerleştirmek içindir. Usulden ve icra yollarından mümkün olduğu kadar uzak bir hali karakterize etmek istedik.

\* \*

İyi bir sureti halle doğru değişmez bir şekilde tevcih edilmiş bir vaziyetten onları alâkadar etmek için yapılan taharriyatın; neticesi boş formaliteye müfret riayeti ile geri olan içtihadın kararları vasıtasile ademi muvaffakiyete uğramasını lâzımdır? Hakimleri takbih etmeden önce onların bu mesele hakkında karar verdikleri hususların toplu bir hülâsasını yapmağa uğraşalım.

Hiç olmazsa bir def'a teahhüdü bozma keyfiyeti onların gözleri önünden hiç itiraza uğramadan geçmiştir. Hükkâmın bu hususta Porte - Parole'u olan Bordo (Bordeau) mahkemesidir. ( 15 Şubat 1912 kararı ) ( neşredilmemiştir. ) Sigorta edilen bu davayı açarak, kendi samimi duygusu neticesi, ihtimalki kendine isnat ettiği ehemmi-yetle uygun telâkki ettiği bu üçüncü şahısların uğradığı muameleye maruz kalarak bir şahsî garaz, garaz hissine itaat etti. Bir çok aylardan beri bir netice vermediği ihmal ettiği bir teahhüdü bozma keyfiyetine me-yil eden zarurî ve tanzim edici tenbihleri alarak o, borcundan müte-baki kalan kısmı yatırma davasına davet edilmiştir. Bu tenbihle fena bir şekilde mükâfatlandırılmış olan kumpanya kendini daha ilk mürâ

faada empoze edilen fakat istinafta kurtulduğu bir zarar ziyan talebi ile karşılaşmış görüyordu. Teahhüdü bozma keyfiyeti itiraza uğramamıştı. Bidayet ve istinaf mahkemesi de onu incelememişti. Fakat tet-kik etse dahi onun hakkında bir bile bulmak güç olmayacaktı. Bida-yet mahkemesi buna hissetti ve 12 Teşrin-evvel 1911 tarihli kararında nazariyesini bir kaç satırla kurdu: teahhüdü bozma met-ni (*Droit Commun*) ün müfret bir kısmıdır. Fakat bu hususi mukavele, kumpanyaya iki hukukî şahsiyet tevcih eder: evvelâ karz mukavelesine nisbetle elinde rehin bulunan alacaklı, sonra rehinin realizasyonuna nispetle sigorta edilenin hamisi şahsiyeti... işte ince fakat şüpheli bir telâkki, onu tahlil edelim.

Kanun çok kat'î bir ifade ile ve hiç bir hükme muhalif olmadan taraflardan birinin muayyen bir teahhüdü mutazammın bir mukavelede yalnız başına diğer tarafın muaveneti yahut bir husus adalet kararı olmadan kendi hareketi ile bir teşebbüste bulunma selâhiyetini mene-der. Bu mahiyette bir mukavele bu menedilen kanuna ademi muha-lefette bulunma keyfiyetini şart koşar. O zaman bu hiç hükmündemi olacaktır? Hayır, bu şart, icap ettiği gibi bir ameliye yapma selâhiyeti gibi tefsir edilecektir. Dayının emri Romada bir çoklarını böyle yaptı. Fakat hakikatte böyle olabilir mi? Poliçe üzerine avansın bir karz olduğunu kabul eden daha doğrusu avansı, bir karz olsun olmasın fark'sız addeden profesör M. Maurice Picard'a verilen garantinin bir rehin olmadığına hükümeden mahkemedan daha mutedildir. İşaret edelim ki bu hal, tarafların teşebbüsünü adım adım takip etmeğe müsaittir. İlk merhale, kumpanya sigorta edilenin emrine bir para koyuyor. Bu bir karz mıdır? Ne ehemmiyeti var, eğer böyle istiyorsanız değil sadece kelimenin cari manasile fakat dosdoğru hukukî ma-nasile de bunun bir karz olduğunu kabul edelim.

İkinci merhale kumpanya sermaye için olduğu kadar temettü için de bir mutlak emniyet ve medyunun borcunu ifade zayıflık gös-terdiği anda, otomatik, kolay bir tasfiye yapmak ister. Ona lâzım olan bir rehin midir? Rehin mefhumunun gerek kaidelere tatbiki halinde ve gerek onları ihlâl ettiği hallerde bizi sevkettiği karışıklığı gördük. Vazifesini icra etmesi lâzımgeldiği gibi nazarı itibara alınan poliçe üzerine avans ile rehin arasında bir ademi tevafuk vardır. Yukarıda



yaptığımız izahat bütün ehemmiyetini buradan alıyor. Poliçe üzerine avans kıymetini ancak sigorta çarçivesi dahilinde olmasından ve onu tamamlamasından alır. Bu demektir ki, fena işliyen ve sigortanın cereyanını bozan avans aynı neticeleri getiren bir arıza gibi mevzu-bahsedilmeğe mecburdur. Mâni nerededir? Bu mâni asla yakalanamamıştır. Böylece teahhüdü bozma keyfiyeti bir rehin muamelesi gibi değil fakat sigorta edilenin avansının faizlerini ödemiyerek yarattığı vaziyetin teknik neticelerinin tatbikatı olarak nazarı itibara alındı. Bu, Sigortanın hukuki kaidelerini, teknik kaideleri üzerine, mümkün olduğu her zaman, tesbit etmekten ibaret olan prensibin şayanı dikkat, faydalı ve pratik bir tatbikatı olacaktır.

*Marcel Cosmao Dumanoire*  
Hukuk doktoru

## Patrimuan (1)

Yazan : *M. N. Mevorach*  
Cenevre Üniversitesi Hukuk  
Doktoru, Sofya Barosu idare  
meclisi üyesinden

Türkçeye çeviren : *Selim Hakmen, Avukat*

Küllü hukukî ve küllü fiilî kelimeleri istimali kolay birer tabirden başka bir şey olmadıkları halde bunlara lüzumsuz yere fazla ehemmiyet verilmiştir.

*R. Demogue*  
Hukuku hususiye esası

Patrimuan, (MAMELEK) küllü hukukînin tam bir nümunesi olduğundan ve miras (etüdümüzün başlıca mevzuu) (2) bir şahsa ait patrimuanın ölüm sebebiyle, küll olarak başka bir şahsa intikalinden ibaret olduğuna göre, patrimuan mefhumunu tetkik etmek zaruridir. Bizi ilâkadar eden noktai nazardan bir şahsın patrimuanı, ölümünden sonra, evvelce haiz olduğu patrimuanın tamamen aynı kalır, ancak, patrimuanın esasına müteallik olmıyan ve aşağıda tetkik edeceğimiz bazı hususat (3) bu kaideye istisna teşkil eder.

- (1) Revue Trimestrielle de Droit Civil, Tegrinievvel — Kânunuevvel 1936  
Sahife : 811 — 825
- (2) Bu makale aynı müellifin yakında Bulgarca intişar edecek olan «Terekenin satışı, esas ve şekil» hakkındaki etüdünden istihraç edilmiştir.
- (3) Patrimuanın küll olarak intikali, mirası ancak tamamen kabul veya reddetmek imkânı, tutulan defter mucibince kabul, terekenin küll olarak ahare devri, miras sebebiyle istihkak davası, ilâhîri.



Patrimuan nedir?

Bu epeyi muğlak bir mevzudur. Başta Aubry ve Rau olmak üzere eski müellifler patrimuanı «şahsiyetin bir nevi tecellisi» olarak ve bir ve gayri kabili taksim, gayri kabili fersâğ ve müteşekkil bulunduğu unsurlardan tamamen ayrı bir küllü hukukî olarak telâkki ederlerdi. Meselâ Planiol patrimuanı «nakden kabili takdir hukuk ve vعاibin heyeti mecmuası» olarak tarif eder ve ilâveten der ki: «bir küllü hukukîdir. Her şahsın zarurî olarak bir patrimuanı vardır. patrimuan gayrikabili taksim ve gayrikabili fersâğdır.»

Ea bariz ve aynı zamanda en tuhaf olanı «her şahsın zarurî olarak bir patrimuanı malik olmasıdır. Planiol fikrini şöyle izah ediyor: «Bir şahsın pek az bir şeyi bulunabilir, kendisinin ancak borçları olabilir, mamafih yine bir patrimuanı vardır. Patrimuan muhakkak surette müsbet bir kıymet ihtiva etmez, boş bir kese gibi hiç bir şey ihtiva etmiyebilir.»

Baudry - Lacantinerie ve Chauveau patrimuanı Planiol gibi tarif ettikten sonra «velev hiçbir şeye malik olmasın her şahsın muhakkak surette bir patrimuanı bulunduğunu, patrimuanın mazrufundan müstakil bir zarf bulunduğunu, mazrufun keyfiyet ve kemiyet itibarile müta-havvil bulunduğunu, patrimuanın hiçbir zaman değişmediğini» ilâve etmektedirler.

«Her şahsın zarurî olarak bir patrimuanı bulunduğu» beyanının, ne kadar fakir olursa olsun her şahsın her halde bir şeye malik olduğunu ve binaenaleyh velev çok ehemmiyetsiz dahi olsa bir patrimuanı bulunduğu fikrini ifade ettiğini anlamağa meyyaliz, aradaki yegâne fark bazı patrimuanların ehemmiyetli bazılarının da çok ehemmiyetsiz olmasından ibarettir. Mamafih bu tarzı izah yanlış olur, bu da iki noktai nazardan: 1 — Her şahsın bilkuvve bir şeye malik bulunması hiç doğru değildir. 2 — Yukarıda isimleri geçen müelliflerin fikri bu değildir. Bilâkis onlar patrimuanın daima mevcut olduğunu ve mutlak olarak aynı şekli muhafaza ettiğini iddia ediyorlar. Yukarıya nakledilen müelliflerin ifadeleri kâfi gelmiyorsa işte Baylar Colin ve Capitant dan bir iktibas daha: » Bu isim ile aktif veya pasif sūje olarak bir şahsın haiz olduğu nakden kabili takdir hukukî münasebetler yadedilir... Müteşekkil bulunduğu unsurlardan

müstakil bir küllü hukukîdir. Hatta ne hukuk ne vعاip bulunmadığı takdirde dahi patrimuan bakidir: henüz doğan çocuğun bir patrimuanı vardır; her şahsın zarurî olarak bir patrimuanı vardır.»

Yukarıya nakledilen bazı müelliflerin ifadelerinde hiçbir fark yoktur, fakat reylerdeki bu ittifak bugünkü hukukçu için hiç kâfi değildir. Her ferdin bir patrimuanı bulunduğunu iddia etmek bugünkü medeniyette bu kadar taammüm etmiş ve bu kadar çok şekil arzeden fakr-ı-efaletten haberdar olmamak demektir. Katiyen hiçbir şeye malik olmayan kimselerin adedi pek fahiştir: henüz doğan çocuğun ekser ahvalde sıfıra müncer olan bir patrimuanı vardır. Yahut dahi doğrusu hiç patrimuanı yoktur. Sarılı bulunduğu kundak bezleri dahi ebeveyninin olup kendisinin değildir; bir kadının (evli olma olmasın) serveti ekseriya lâşey mesabesinde; erkek ailede yegâne iktisadî kuvvet olduğundan, kadın mukabilinde hiçbir ücret almaksızın çalışıyor; ev, eşya, elbiseler para bütün bunlar yalnız kocaya aittir. Bundan maada büyük şebirlerin hepsinde katiyen hiçbir şeye malik olmayan, köprüler altında yatan, iki günde bir yemek yiyen ve nakden hiçbir kıymeti bulunmayan şeyler giyen kimseler pek çoktur.

Patrimuanın hiç tebeddül etmediği ve daima mevcut olduğu fikri doğru değildir.; koca ile karının, baba ile yeni doğan çocuğun, milyarder ile dilencinin patrimuanları daima aynı olduğunu ancak bir skolastik iddis edebilir.

Fakat Planiol, Baudry - Lacantinerie, Tobis ve Capitant büyük hukuku medeniyeye mutahassısdırlar. Milyarderin ve dilencinin patrimuanları aynı olduğunu iddia edemezler, iddia ediyorlarsa da patrimuanı sırf maddî ve gayri maddî şeylerin bir mecmuu olarak değil de büsbütün başka bir şey olarak telâkki ettiklerindendir.

Su halde patrimuan nedir? Taşevvüş işte burada artıyor.

Bazıları patrimuanın nakde tahvilini değil de mefhumunu nazari itibara alırlar. «Nakit» mefhumu mücerret olarak mevcuttur. Maddî paraları ihtiva etmez; X in pek çok Y nin az Z nin hiç parası bulunmaması keyfiyetine bağlı olmaksızın «Para» mefhumu mevcuttur. Bunun gibi «renk» mefhumu kırmızı veya yeşil olmayıp eşyanın bir vasfıdır. Tabii bu reye tamamen iştirak ediyoruz. Fakat isimleri geçen müellifler her şahsın bir patrimuanı var dedikleri vakit patrimuan mefhumu «mefhumu mu» kastediyorlar? Pir mefhumu malik



olmak manasız bir şeydir. Elbise «renk» mefhumuna malik olamadığı gibi X de «para» mefhumuna malik olamaz. X şu paraya maliktir elbise de falan renktedir. Binaenaleyh bir patrimuana malik olmak demek bir takım objektif unsurlara malik olmak demektir; şu halde hiçbir şeye malik olmadığı farzedilen kimse nasıl objektif şeylere malik olabilir?

Objektif mevcudiyetinden ve mefhumundan maada patrimuan ne olabilir? Bazıları servet iktisap edebilmek objektif kabiliyettir. Cevabını verirler. Patrimuan bir kimsenin malik olduğu ve olabileceği şeylerdir derler. Bu türlü anlayış hakkında delil olarak borçlunun, taahhüdünü hâlen mevcut ve bilâhare iktisap edeceği mallar ile ifa etmek mecburiyetinde bulunduğu hükmünü ihtiva eden kodsivilin 2092 inci maddesi (rüşhan hakları ve ipotekler hakkındaki Bulgar kanununun 7 inci maddesi) ileri sürülebilir: İktisap tarihi ne olursa olsun patrimuanın her unsuru doğduğu tarih mevzuabaks olmaksızın her vecibeye karşı rehin makamındadır. Cevabımız şudur; her şahıs bir şey iktisap etmek kabiliyetinde ise de fiilen bir şey iktisap etmesi pekâlâ mümkündür. Meselâ, yeni doğan çocuk ertesi gün ölüyor, kısa ömründe bir patrimuanı olmuş mudur? Filhakika, her hangi bir şeye malik olmak imkânını haiz olmuştur, fakat mücerret olarak ve tahakkukundan sırfınazar etmek suretile bu objektif imkân patrimuan unsuru olamaz zira 2092 inci maddenin mevzuunu teşkil etmez, alacaklıların umumi rehni olamaz, ve haczedilip satıla bilen bu objektif imkân olmayıp tahakkuk etmiş şeklidir; ve mademki bu objektif ihtimalin tahakkuk etmemesinin mümkün olduğunu kabul ettik. Bundan şu netice çıkar, ki her şahsın zarurî olarak bir patrimuanı yoktur. Şu da varki bilâhare iktisab edilecek mallar patrimuana dahil değildir. 2092 nci maddenin formülü tarafların mefruz olan iradelerine müstenit eski « Qui S'oblige, oblige le sien » ( vecibe deruhte eden kendi mallarile mesuldür ) kaidesinin tekrarından ibarettir.

Vecibe vücut bulduğu esnada alacaklı, borçlunun hâlibazır mallarından ziyade vecibenin hini ifasında malik olacağını ümit ettiği malların hey'eti mecmuasını pazarı itibara alır. Borçlunun vecibenin hini ifasındaki mallarının vecibeye karşılık olmasının sebebi ancak tarafların bu babdaki iradeleri olup yoksa ne patrimuanın daimî mevcudiyeti ne de aynı halefiyet nazariyesi mucibince bir aktarmadır. Bu itibar-

la zaman haricinde patrimuan mevcut değildir ve borçlu vecibenin hini ifasında mevcut olan patrimuanı ile taahhüdünü ifa etmekle mükelleftir. Kod sivil'in 2092 inci maddesinin formülünü, borçlunun, vecibe deruhte ettiği zaman malik olduğu mallar vecibenin hini ifasında mevcut olduğu nisbette taahhüdünü bütün bu mallarile ifa etmeğe mecbur olduğu manasında anlamak lâzımdır. Tabii, bu günkü patrimuanım ile on sene sonraki patrimuanım daima benim « patrimuan » ımdır, ve benim olarak kalacaktır. Fakat bu, şu demekti ki bu iki grup arasında temellükte bir vahdet vardır, yoksa birinci grubun tamamen ikincisinin aynı olduğunu kabule mahal yoktur. Binaenaleyh, patrimuan daimî surette mevcut değildir.

Mefhumdan sonra, mal iktisabının objektif imkânından sonra şahıslar için mal iktisabının sübjektif ( enfüsi ) imkânı mevzuabastır. Diğer taraftan « imkân » tabiri muvafık değildir: iktisab için kabiliyetten bahsetmek daha doğru olur. Fakat evvelâ hukuk ve vekaibinin bir mecmuası diye tarif edilen patrimuan süjenin ancak bir istidadı şekline kalbedilmek suretile bir hata yapılmış olmaz mı? Klâsik müelliflerin de yaptıkları budur. Meselâ Aubry ve Rau patrimuan, bir şahsın, bu sıfatla, haiz olduğu hukukî salâbiyetin ifadesidir derler. Planiol şu suali irat eder: Malların hey'eti mecmuası olan patrimuanla tasarrufa ehliyetten ibaret olan şahsiyet karıştırılmış olmuyormu » ve derhal klâsik nazariyeyi su'î ve mücerret diye tavsif ediyor. Yeni Traité fatigue eserinde klâsik nazariyenin patrimuanla şahsiyet arasındaki rabıtayı ifrata vardırıldığını ve patrimuanla tasarrufa ehliyeti karıştırdığını ve bunları karıştırmamak icabettiğini söylüyor. Baudry—Tacantin erîé yukarıya nakledilen « velev hiç bir şeye malik olmasa her şahsın zarurî olarak bir patrimuanı vardır. » ibaresinden sonra hemen şunu ilâve eder: « patrimuan daha doğrusu tasarrufa ehliyetidir. » M yosserand da: « patrimuan akli ve metafizik bir âleme ait mücerret bir fikirdir. Hukukî rabıtalının merkezi olmak istidadıdır, müsbet ve menfi kıymetler ihtiva etmeğe hazır fikrî bir zarfdır » der.

Vazihan anlaşılırki, klasikler patrimuanı bir zarf veya keseye benzetirlerse de - çünkü dolu veya boş olsun bir zarf yine bir zarf ve bir kese yine bir kesedir.- patrimuanda bizzat süjeyi ve ehliyetini mevcut görüyorlar. Hiç şüphe yok ki, şahısların ehliyeti daimî surette mevcut; gayrikabili taksim ve gayrikabili ferag'dır, fakat şu muhakkak ki



patrimuan malların heyeti mecmuası diye tarif edildiği ve patrimuan alacaklarının umumî rehnidir dendiği zaman şahısların ehliyeti mevzuubahs değildir. Ehliyet rehin edilemez, bir mecmua olamaz (mal olmadığından) ve mirasçılara intikal etmez, mirasçılar kanun mucibince ehildirler yoksa murislerinden kendilerine müntakil her hangi bir vasıf dolayısıyla değil.

Binaenaleyh her şahsın bir patrimuanı olabilir fakat bu demek değildir ki fiilen bir patrimuanı vardır. Ferrara «yemek yiyebilen her şahsın, bir şey yememiş olsa bile midesinin dolu olduğunu iddia ederek aynı şekilde bir hata yapmış oluruz» diyor.

Klasik mektebin «her şahsın ancak bir tek patrimuanı olabilir» yolundaki ikinci iddiası da birincisi gibi yanlıştır, ve denilebilir ki çoktan beri itibardan düşmüştür. Hattâ Planiol bile yeni *Traité Pratique* eserinde «bir şahsın iki muhtelif patrimuanın başında bulunabileceği bir çok haller vardır» diyor. Misal olarak da: tutulan defter mucibince kabul edilen müteveffanın mirasını, patrimuanların ayrılığını (kotsivilin 878 inci maddesi) vaz'iyed edilen gâibin patrimuanını (kotsivilin 120 inci ve müteakip maddeleri) fevkalâde ikâmede namzede intikal eden malları (kotsivilin 1048 inci ve müteakip maddeleri), cihaz usulünde cihazı teşkil eden malları, 13/temmuz/1907 tarihli kanun ahkâmına göre evli kadının mahfuz mallarını, nihayet hususî bir ciheti tahsis gösterilmek suretile hibe veya vasiyet edilen malları; meselâ bir tesisi göstermektedir.

«Planiol şu neticeye varıyor:» bu grupların mevcudiyeti, klasik nazariye tarafından katıyetle ileri sürülen patrimuanın vahdeti esasile tenakus halindedir.» Fakat bu ayrı patrimuanlar kanun mucibince vucut bulur ve her biri yalnız bazı ahvalde malların gerek hususî menşinin gerek iktisadî ciheti tahsislerinin istilzam ettirdiği hususî bir rejime tâbidirler. (bütün ayrı patrimuanlara mahsus müşterek bir rejim yoktur.) «Ayrı patrimuanlar ile müşterek patrimuan veya iki ayrı patrimuan arasındaki bağ süjenin vahdetinden ibarettir ve ayrılıklarının en doğru kıssası şudur ki her patrimuanın borçları ayrıdır. Mamafî ayrılık nisbîdir ve yalnız bazı muayyen şartlar dairesinde mevcuttur; bu şartlar mevcut olmayınca ayrı patrimuan mevcut değildir, unsurları müşterek patrimuanın unsurlarıdır. Diğer taraftan ayrı patrimuanın ayrı bir mevcudiyet kesbetmesi ancak müşterek patrimuan

ana veya diğer ayrı patrimuanı nazarandır, fakat dahilen, kendi unsurlarında, müşterek patrimuan gibi hiçbir vahdet vasfını haiz olmaksızın sırf bir topluluktan ibaret kalır.

Klasik nazariyenin «patrimuan kabîî devir değildir» yolundaki üçüncü iddiası da diğer ikisi gibi itibardan düşmüştür. Meselâ Ferrara'ya göre «her şahıs muayyen bir zamanda malik bulunduğu iktisadî hakların tamamını ferâğ edebilir.» Fadda ve Beusa ve N. Boviello aynı reyde dirler. Almanyada muayyen bir zamanda teşahhus etmiş bir patrimuanın ahire devri B. G. B. nin 311 inci maddesi ile resmen kabul ve teyit edilmiştir.

Yukarda söylediklerimizden sonra patrimuanı, müteşekkil bulunduğu unsurlardan ayrı ve müstakil bir vahdet olarak (ve ne şerait tabii) tasavvur etmeğe ve onu bir küllü hukukî diye tavsif etmeğe imkân olup olmadığını araştırmak lâzımdır. Mamafî evvel beevvel şunu nazarı itibara almak lâzımdır ki mutlak bir vahdet mevzuubahs olamaz zira, o halde patrimuan tek bir mal, bütün unsurları da hiçbir teşahhus olmaksızın ancak terkip aksamından ibaret olmuş olur. Bu ise sarfınazar edilmesine imkân olmayan iktisadî realiteye muhalif düşer: her günkü hayatta bir kül sıfatile heyeti mecmuadan ziyade bilhassa muhtelif anasıra (ev, emtea, hayvanat, nakit) ehemmiyet verilir; patrimuan mutlak olarak bir mal telâkki edilseydi bir kimsenin maddî ve gayri maddî hakları, menkul ve gayri menkul malları olamayacaktı; malların tedavülü olmayacaktı. Bütün bunlar manasız olurdu ve binaenaleyh patrimuanın vahdeti yalnız mahdut bir manada mevzuubahs olabilir ve ancak bu manada anlaşılacak suretiledir ki bu vahdetin tecelli şartlarını aramak lâzımdır. Saniyen şunu kaydetmek lâzımdır ki patrimuanın klasiklerin yani mal iktisap etmenin objektif ve sübjektif imkân anlamında değil de bir şeniyet olarak telâkkisinde patrimuanın vahdeti mevzuubahs olabilir. Bir şahsiyet vasfı, bir sübjektivite nasıl (bu sıfatla bir şeniyet olan) malların bir heyeti mecmuası olabilir, ve nasıl tek bir mal teşkil edebilir?

Bütün klasik müellifler (Ambry ve Rau'ya imtisalen) patrimuanın bir küllü hukukî olduğu kanaatindedirler. Meselâ Planiol der ki «Patrimuanın ihtiva ettiği mallar ve vecibeler küllü hukukîyi teşkil eder. Yani Patrimuan müteşekkil bulunduğu mal ve vecibelerden ayrı olarak mücerret bir vahdet arzeder.» Baudry - Lacantinerie ve



Chauveau:» Patrimuan tabiri marufile bir küllu hukukî teşkil eder. «Dolis ve Gapitant: «Patrimuan müteşekkil bulunduğu unsurlardan müstakil olarak bir küllu hukukîdir»; ilâabiri... Bütün bunlar, gördüğümüz veçhile, Patrimuanın şahsiyetin tecellisi olduğu yolundaki ve kanaatımıza göre büsbütün yanlış olan iddiaya mantıkan merbuttur. Patrimuan bizi bir şeniyet olarak alâkadar ediyor ve bu noktai nazardan tetkik ettiğimizde vahdet vasıflarını haiz olmadığını göreceğiz; patrimuan anasırı haizdir\* ve haiz olduğu da ancak anasırdır. Bu fikri tetkik edelim.

Evvelâ süjenin bir oluşuna nazarı dikkati celbediyorlar. Doğrudur, zira, müteaddit patrimuanların bir tek şahsa aidiyetini düşünmek pekâlâ mümkündür de, müteaddit şahıslara ait bir patrimuan tasavvur etmeğe imkân yoktur. Şaşe olmayınca mefhum zail olur. Patrimuanın tarifinde süje şartı esastır. Mamafi, süjenin bir oluşu patrimuanın unsurlarında ancak bir aidiyet vasfı ihdas eder: aynı şahsa ait olmakla her malın diğer mallarla olan müşterek vasfı aynı patrimuana dahil olmasından ibarettir.; fakat bütün bunlar bir çiftçinin saati ile çifliği arasında seneye kadar bir küll olabilirse o nispette bir külliyyet ihdas eder. «Süjenin bir oluşu ile patrimuan teşahhus eder fakat teşahhus etmek vahdet iktisab etmek değildir».

Saniyen, gayenin müşterek bulunması keyfiyetinin patrimuanın unsurlarını tevhit ettiği iddia edilmektedir.: ferdin iktisadî mücadelesi sübjektif ve objektif olarak daima bir gayeye müteveccihdir ve patrimuanının unsurlarının her biri bu mücadelede bir mevki işgal eder. Mamafi bu iştirak sırf iktisadî bir hadisedir ve hiç bir suretle hukukî vahdeti ihdas etmez.

Salisen, patrimuanın alacaklılara karşı umumî rehin makamında olduğu cihetine ehemmiyet veriliyor. Filbakika, kodsivilin 2093 üncü maddesi: « Borçlunun emvali alacaklıların müşterek rehindir » diyor ve aynı kod'un 2092 inci maddesi de: « şahsen bir vecibe deruhte etmiş olan kimse taahhüdünü, menkul ve gayrimenkul, hâlen mevcut ve atiyen iktisap edeceği bütün malları ile ifa etmekle mükelleftir diyor. « Patrimuanın tamamına şamil olan bu mesuliyetin » Qui S'oblige le sien » kaidesine müstenit olduğunu ve patrimuanın bir küllü hukukî olmadığı münakaşasından alâkadar olmaksızın mevcut bulun-

duğunu yukarıda söyledik. Diyorlarki: patrimuan kâh küçük ırmaklar teşkil eden kâh kendisine başka ırmaklar dökülen uzun bir ırmak gibidir: seviyesi yükselir veya alçalır fakat ırmak yine ırmak kalır. Teşbih zariftir fakat tamamen mukni değildir: ancak, alacaklının borçluya ait bütün mallara müracaat edebileceğini gösteriyor fakat bu, çünkü patrimuanla bu günkü ve yarınki patrimuanların sabit ve daimi surette mevcut bir kemiyet olduğu manasını ifade etmez.

Saniyen patrimuanın, bir taraftan, aktif ve pasifin heyeti mecmuası olduğunu, diğer taraftan da patrimuanın tamamı pasife karşılık teşkil ettiğini iddia etmekte tezat vardır. Pasifin kendi kendine karşılık teşkil ettiği neticesi çıkar ki manasızdır; vazıhan anlaşılır ki pasife karşılık olan patrimuan aktiflerinin heyeti mecmuasıdır, fakat aktiflerin heyeti mecmuası bir küll olduğunu kimse iddia etmiyor. Salisen, Patrimuan bir küll olsaydı aynı rejime tâbi olması ve alacaklıların müsavi hakları haiz bulunmaları lâzımgelirdi, halbuki hukukî rejim aksini yapıyor: rüchhan haklarını ve ipotekleri ihdas ediyor, bazı malları gayri kabili haciz addederek alacaklıların umumî rehni olmaktan çıkarıyor. Bütün bunlara şunu ilâve etmek lâzımdır ki kanunumuz *Judicium singulare* olarak daima haczi kabul ediyor: malların heyeti mecmuası değil de münferit mallar takip ediliyor.

Sırf patrimuanın aktif ile beraber pasifi de ihtiva etmesi keyfiyeti külliyyet nazariyesini hiçbir suretle teyid etmez. Evvelâ, bu hâdis daima zuhur etmez: borçlara ait patrimuanın mes'uliyetinde bu patrimuan pasifi ihtiva etmeyip yalnız aktifi şamildir; saniyen «aktif - pasif» patrimuan bir bakiye veya küllü hukukî olmamak şartile ancak ölüm sebebiyle intikalde mevcuttur; ölüm sıına kadar, pasif, patrimuanın bir mütemcim cüzü değil onun mükellefiyetidir (Belastung). Ancak iktisadî noktai nazardandır ki bir kimsenin malî kuvveti aktif ve pasif arasındaki bakiyeye müncer olur. Hukukî noktai nazardan bilâkis bu doğru değildir; «100000 frank kıymetinde bir evi ve 100000 frank borçları olan bir kimsenin patrimuanı yok demek değildir. Aktif bir patrimuanı vardır, aynı zamanda borçları da vardır; ikinci 100000 frank birincileri yoketmez; ikinciler birincilere ancak bir mükellefiyet teşkil eder: ev satılabilir, vasiyet edilebilir; ipotek edilebilir, borç, sulh; ıbra, müruru zaman sebebiyle yahut alacaklının dava esnasında sırf bir ihmalden dolayı sakit olabilir. Yalnız şu denilebilir ki alacaklılar



eve müracaat edebilirler. Aktif 100,000 pasif de 200,000 franklık olduğu zaman yine vaziyet aynıdır. Süjenin hiçbir aktifi olmayıp sırf borçları bulunduğu zaman vaziyet berakistir. Bu halde süjenin «menfi bir patrimuanı» var denir. Tabir manidardır fakat kaydı ihtiyatla kabul edilmek lâzımdır: borçlar patrimuanı teşkil etmez, bilâkis, onlara tekabül eden alacaklar, bu alacaklara malik olan süjelerin patrimuanını teşkil eder. Patrimuanın bir kül olmaması, bir topluluk telâkki edilmek suretile, patrimuan üzerinde tek bir mülkiyet hakkının veya başka aynı hakların taalluk ettiğini tasavvura imkân bulunmadığı keyfiyetini ispat eder. Patrimuanın ancak ayrı ayrı unsurları üzerine aynı haklar taalluk edebilir.

Bu gibi hakların bir şahıstan diğer bir şahsa intikali bir tek muamele ile değil her biri şekli mahsusuna tâbi birbirinden ayrı ve muhtelif muamelât ile olur.

«Patrimuanın daimî surette mevcut bir küllü hukukî olduğu yolundaki nazariye yalnız muğlak ve yanlış değil aynı zamanda faide-sizdir. Baylar Colin ve Espitant bu nazariyeyi ancak ölüm sebebiyle terekenin kül olarak intikalini ve alacaklıların haiz oldukları umumî rehin hakkını izah etmek için kabul ediyorlar. Evvelâ şunu görüyoruz ki patrimuan birinci şıkta aktif - pasifi ikinci şıkta ise ancak aktifi muhtevirdir. Saniyen şu mesele mevzuubahstır: alacaklılar hiçbir şeye malik olmıyan bir kimsenin (yeni doğan çocuk) nesini takip edebilirler, ve hiçbir şey bırakmaksızın ölen kimsenin (doğduğunun ertesi günü ölen çocuk) mirasçısına intikal eden nedir? Bundan mada ölüm sebebiyle intikal ve alacaklıların borçlunun emvali üzerinde haiz oldukları umumî rehin hakkı küllü hukukî fikri ile alakadar olmaksızın kendi hikmeti vücutları bulunan müesseselerdir.

Bütün söylediklerimizin neticesi şudur ki patrimuan bir mal, bir kül olmayıp ancak pasif unsurlar tahmil edilen aktif unsurlardan tereküp eder; heyeti mecmuasının müşterek bir vasfı var ki (bu vasfın esasen bizi alakadar eden mesele ile münasebeti yoktur) o da aynı süjeye aidiyettir. Mal olan ancak unsurlardır, ve yalnız unsurlardır ki hukukî muamelâta mevzu teşkil edebilirler.

*N. Mevorael*

## Konferanslar:

### Türk Medenî Kanununa göre Şahsiyetin himayesi

*(Izmir Barosunun daveti üzerine  
İstanbul Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi Doçentlerinden Bay  
Hıfzı Veldet tarafından İzmir  
Barosunda verilen konferans  
Notları)*

Muhterem dinleyiciler!

Anadolumuzun ortasını ve şimalini tamamen denecek derecede ve cenup ve garbını kısmen gezmiş olduğum halde, yurdumuzun incisi Güzel İzmir'e bu ilk gelişimdir. Daha istiklâl savagında çok genç yaşında, kendisine uzaktan bir sevgili hasreti duyduğum bu güzel şehre kavuşmuş ve çok uzun süren bu hasreti söndürmüş olmanın sevinç ve heyecanını size kelimelerle ifade edemeyeceğim.

Beni çok sevindiren diğer bir cihet de, buraya gelişimin, münevver İzmirin münevver hukukçuları ve hakseverleri huzurunda söz sünmek gibi çok şerefli bir vazife ile ilgili oluşudur. Bu şerefli vazifeyi yerine getirirken bana bu fırsatı verdiklerinden dolayı İzmir barosuna ve onun değerli Başkanı Bay Mücir Birsel'e huzurunda teşekkür etmeği kendim için bir borç sayarım.

Sayın dinleyiciler! Konferansımızın mevzuu «şahsiyet hakları ve onun himayesi» dir. Şahsiyet haklarının himayesini Ceza Hukuku, bir kelime ile Anma Hukuu bakımından değil, münhasıran medenî hukuk bakımından gözden geçireceğiz. Şahsiyet hakları tabiriyle ifade ettiğim bu mefhumu bazan «şahsa bağlı haklar», bazan «ferdi haklar», bazan da «şahsî menfaatlar» denilmektedir. Fakat (şahsiyet hakkı) tabiri doğrudan doğruya insanın şahsiyetini, şahsî bütünlüğünü ve



sırf bu şahsiyet icabı olarak doğan haklarını daha iyi tebarüz ettirdiğinden biz bu tabiri tercih ediyoruz. Esasen Medenî kanunumuzun 23 ücücü maddesinin kenar serlevhası da «şahsiyetin himayesi» dir.

Müsbet Hukuka, yani Medenî kanunumuzun şahsiyet haklarını tanıyan ve şahsiyeti himaye eden maddelerine geçmezden önce şahsiyetin ve şahsiyet haklarının neden ibaret olduğuna veya olabileceğine umumî surette bir göz atmak faydalı olur.

Halk dilinde şahıs, insanı, ferdi ifade eder. Fakat biz hukukçular şahıs tabirile Medenî haklardan istifade ehliyetini haiz olan mevcudiyetleri murad ederiz. Bugünkü hukukumuzda ve bütün medenî memleketler hukukiyatında bilâ istisna her kes medenî haklardan istifade ehliyetini haiz olduğundan, her insan hukukî manada bir şahısdır ve bu da bize bugün pek tabii görünmektedir. Bugün bize pek tabii görünen bu keyfiyet dün pek tabii değildi. Bu telâkki ancak köleliğin ilgasından sonra yerleşmiş ve kat'î bir hukuk kaidesi haline inkılâp etmiştir. Eski devirlerin asırlarca süren esaret müessesesini düşününüz. O zamanlarda köle, bir insan addedilmez, bir hayvan gibi, her hangi bir eşya gibi mülkiyete mevzu teşkil eden bir nesne addolunurdu. Köleler yalnız basit amele, işçi ve hizmetçi zümresine mensup insanlardan müteşekkil değildi. Şair, Edip, Doktor, Heykeltıraş, Muallim köleler mevcuttu ve bunlar da diğerleri gibi alınıp satılırdı. Kölelerin hiçbir hakkı yoktu. Kısa tabirile köle (hak sahibi) değil, hak mevzu idi.

Çok eski devirlere gitmeğe ne hacet, medenî Avrupa Devletlerinin kolonilerinde zenci köleliği ve bu kölelerin hukukî vaziyeti de eski devirlerdeki kölelerinkinden hemen hemen farksızdı. Esaretin insan alım satımının hukukan ilgası muhtelif fikir adamlarını tesiratile ve bin müşkülâtla ancak geçen asrın ortalarında mümkün olabilmıştır.

Bundan başka bir de eskiden (Mevti Medenî) dedikleri, medenî ölüm müessesesi mevcuttu. Medenî ölüm, berhayat olan bir kimsenin bazı sebepler dolayısıyla hukukan ölmüş addedilmesi halidir.

Eski devirlerde bir kimse esir olunca artık şahıs olmaktan çıkar ve ölmüş addedilirdi. Sonraları eski Fransız hukukuna göre rühsan sınıfına intisap edenler de artık âlem için ölmüş addedilirlerdi.

Kezalik bazı cezalara mahkûmiyet, kanunen medenî ölümü intaç

ederdi. Bu cezalar şunlardı: İdam, müebbed kürek, müebbed nefi.

Bu cezalara mahkûm olanlar hukukan ölmüş addedildikleri için:

1 — Evlilik rabtası nihayete ererdi. Eş serbest kalır, dul telekki edilir ve diğer birisi ile eylenebilirdi. Şayet medenî ölüme rağmen eşler eski karı kocalık hayatına devam ederlerse bu birlik artık meşru değil gayri meşru addolunur ve doğan çocuklar gayri meşru olurdu.

2 — Bu gibi kimselerin mirası açılır ve malları mirasçılara intikal ederdi.

3 — Bunlar bütün siyasi hakları kaybederlerdi. Medenî bakımdan ölmüş olan kimse mecliste seçme ve seçilme haklarından mahrum olduğu gibi, memur, şahit, ehli hibre de olamazdı.

4 — Bu gibi kimseler medenî haklarını zayıdelerdi. Ancak, bu noktada medenî ölüme duçar olupta fiilen yaşmakta bulunan kimselerin vaziyetini nazarı itibara almak mecburiyeti hâsıl olmuştur.

Çünkü bir insanın yaşaması bir takım ihtiyaçlarının tatminine bağlıdır ve bu ihtiyaçların tatmini ise bir takım hukukî muamelelerin yapılmasına mütevakkiştir. İnsan hayatını idame edebilmek için çalışıp kazanmak, satmak, satın almak mecburiyetindedir. Bu itibarla medenî ölüme duçar olan kimse, evlenmek, dava açma, veli veya vasi olma, hibe veya ölüme bağlı teberru tarikile iktisapta bulunma veya mal tevcih etme haklarından mahrum olduğu halde, ivazlı akidler inşası hakkından mahrum değildi. Ancak bu gibi akidlerden mütevellid ihtilâflarda bizzat dava açmak hakkından mahrum olduğu için mahkeme, medenî ölüme duçar olan kimseye hususî bir kayyım tayin ederdi. Ve o kimse kayyım vasıtasile dava açar veya müdafaada bulunurdu. Medenî ölüme duçar olan kimse fiilen öldüğü zaman onun Medenî ölüm zamanı zarfında iktisap etmiş olduğu mallar devlete intikal ederdi.

Medenî ölümün kaldırılması da ancak geçen asrın ikinci yarısında mümkün olabilmıştır.

Kısaca dokunduğumuz şu bir kaç tarihî ve hukukî vakıa, yani eski devirlerdeki esaret, yeni devirlerdeki zenci esareti ve medenî ölüm bize gösteriyor ki tarihin uzun asırlarına nazaran, daha dün denecek derecede yakın bir zamana kadar her insan hukukî manada bir şahıs değildi, insan olupta şahıs olmıyan kimseler çoktu.



Bu gün esas itibarıyla her insan, yerli - yabancı, kadın - erkek, siyah - beyaz, genç - ihtiyar, fakir - zengin, islâm - hristiyan farkı olmaksızın hukukun bir şahıstır ve medenî haklardan aynı suretle istifade eder. Bu vaziyet, insanlığın bir ilerleyişi, hakiki insanlık fikrinin bir zaferidir. Bu gün müfrit siyasi ve içtimai cereyanlara kapılmış olan bazı memleketlerde bir ırka mensup veya bir sınıfa dahil olmayan insanlar ile olanlar arasında medenî haklar bakımından farklar gözetilmesi temayülüne şahid olmakta isek de, kanaatimce bunlar zamanın gayri tabii hadiselerinin, gayri tabii gerginliklerinin, gayri tabii ve arızî neticeleridir, hakiki insanlık ve hukuki müsavat umdeleri karşısında sönüp gitmeğe mahkûmdurlar.

Şahıs mefhumunun hukukun ifade ettiği manayı söyledikten ve bugün bilâ istisna her insanın hukukun bir şahıs olduğunu tebarüz ettirdikten sonra şimdi şahsiyete gelelim. Halk dilinde bir insanın siyasi şahsiyetinden, askeri şahsiyetinden, edebî şahsiyetinden, iktisadî şahsiyetinden, ahlâkî şahsiyetinden ilâh... bahsederiz. Bunlarla kasdettiğimiz mana o kimsenin siyasi, askeri, iktisadî veya ahlâkî sahadaki vasıflarının heyeti mecmuasıdır. Böylece muhtelif bakımlardan ele almayı şahıs kendi bütünlüğünde ele alarak şahsiyet dediğimiz zaman, bundan şahsın mevcudiyeti ve yaşayışının hikmeti vücudu eseri olarak haiz olduğu cismanî ve manevî varlıklarının heyeti mecmuasını anlarız. Bir kimsenin hayatı, sıhhati, hürriyeti, fikri faaliyeti bedenî ve fikri tamamiyeti, şeref ve şöhreti, ismi, resmi, esarı... ilâh. o kimsenin şahsiyetine dahildir. Bu varlıkların heyeti umumiyesine manevî mamelek ismi verilebilir. Bazıları daha ileri giderek insanın şahsına ait bütün faaliyetleriyle bunların neticelerini de şahsiyete ithal ediyorlar. Meselâ telif hakkı, ihtira berati hakkı ilâh. da bir şahsiyet hakkıdır diyorlar. Fakat hukuk bakımından şahsiyeti bu kadar geniş tutarsak o zaman bütün hususî hukuku bir kaç ana prensibe, bir kaç maddeye irca ederek, şahsiyetin himayesi namı altında koyacağımız hükümlerle nizamı hukukîyi temin etmek cihetine gitmek lâzımdır ki, buna bittabi imkân yoktur. Ferdin muhtelif fikri faaliyetlerinin semere ve neticelerini, telif hakkını, ihtira berati ve alâmeti farikayı, bunlara mütedair hususî kanunlar bir çok kaidelerle ayrıca tanzim etmişlerdir.

Hukukun şahıs medenî haklardan istifade ehliyetini haiz olan insan

demektir. Bu itibarla geçen asrın ve bu asrın bazı hukukçuları (şahsiyet) mefhumu ile, (medenî haklardan istifade ehliyeti) mefhumunu bir tutmaktadırlar. Onlara göre şahsiyet demek, medenî haklardan istifadeye ehliyet demektir. Bu telekki tarzı şahsiyetin hududunu çok daraltmaktadır. Diğer taraftan 19 nucu asrın son dönemindeki ve 20 inci asrındaki bazı kıymetli hukukçular, bilhassa Gierke, şahsiyeti bu dar çerçeveden çıkararak yalnız medenî haklardan istifade ehliyetini değil insanın bütün kıymet ve vasıflarını da şahsiyete ithal etmek, insana bütün şahsiyeti üzerinde ayrıca bir hak tanımak, şahsiyeti kanunen çok şümullü bir himayeye tâbi tutmak fikir ve mütealeminde bulundular. Hukuk ilim ve hukuk nazariyatındaki bu temayül Alman medenî kanununca gayet az ve gayet ihtiyatlı bir şekilde nazarı itibara alındığı halde İsviçre medenî ve Borçlar Kanunu bu ciheti çok kuvvetli bir şekilde göz önünde tutmuştur.

Medenî kanunumuz şahsiyetin himayesine mütedair iki büyük ana prensip koymuştur:

**Birinci ana prensip şudur:** Hiç kimse bizzat kendi şahsiyetine karşı tecavuzda bulunamaz. Medenî kanunumuzun 23 cü maddesi aynen şöyle der: «Kimse medenî haklardan ve onları istimalden kısmen olsun feragat edemez. Kimse hürriyetini feragat edemediği gibi kanuna veya adâbı umumiyeye mugayir surette takyid dahi edemez.» Bu madde, şahıs bizzat kendisine karşı üç cihetten himaye etmektedir:

- 1 — Medenî haklardan istifade ehliyeti bakımından
- 2 — Medenî hakları kullanma selâhiyeti bakımından
- 3 — Hürriyet bakımından

1 — Medenî haklardan istifade ehliyeti, haklara sahip olabilmek, hak iktisap edebilme ehliyetidir. Bu ehliyeti yeni doğmuş bir çocuk batta cenin dahi haizdir. Medenî kanunumuzun 27 inci maddesi «çocuk sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren medenî haklardan istifade eder» demektir. Yeni doğmuş bir çocuk meselâ miras tarikiyle bir mal iktisap edebilir. Hattâ mirasta ceninin vaziyeti de nazarı itibara alınmış ve 584 üncü madde, (mirasçılar arasında cenin varsa, mirasın taksimi onun doğmasına bırakılır) demıştır. Bu gün medenî haklardan istifade bakımından insanlar arasında hiçbir fark olmadığını yukarıda tebarüz ettirmiştik. Teşkilâtı



esasiye kanunumuzun 69 uncu maddesi «Türkler kanun nazarında.... müsavidir. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnudur» demekte, Medenî kanunumuzun sekizinci maddesi de «her şahıs medenî haklardan istifade ehliyetini haizdir. Binaenaleyh kanun dairesinde haklara ve vecibelere ehil olmakta her kes müsavidir» kaidesini koymaktadır. Şu halde kanunen tanınmış olan haklardan her kes istifade edebilir. Meselâ mülkiyet hakkını ele alalım. Ecnabilerin Türkiyede gayri menkul iktisabına mütaallik bazı tabdidatı bir tarafa bırakırsak Türkiyede her kes mal sahibi, bir mamelek sahibi olabilmek ehliyetini haizdir. Kimse bu ehliyetten feragat edemez. Binaenaleyh bir kimse yaptığı bir akidle, ileride hiçbir vehile mal sahibi olmamağı taahhüt ederse bu akid batıldır. Alman medenî kanununun 310 cu maddesi iktisaptan feragatin memnuiyetini ayrıca taahhüt etmiştir. Bizde buna lüzum yoktur. Bu keyfiyet 23 üncü maddenin şumölüne girmektedir.

2 — 13 üncü madde yalnız medenî haklardan istifade ehliyetinden değil, medenî hakları kullanma selâhiyetinden feragati de menetmiştir. Medenî hakları kullanma selâhiyeti hukukan makbul ve muteber tasarruflarda bulunabilme selâhiyetidir. Küçük bir çocuk medenî haklardan istifade ehliyetini haizdir. Zira, hak sahibi olabilir, hak iktisap edebilir. Fakat medenî hakları kullanma selâhiyetini haiz değildir. Çünkü bizzat kendisi için hukukan muteber bir tasarrufta bulunamaz, bu tasarrufu ancak kanunî mümessili vasıtasile ve kanunun koyduğu hududlar dairesinde yapabilir. Şarih Rossel der ki: «medenî haklardan istifade ehliyeti ferdin pasif bir ehliyeti, medenî hakları istimal selâhiyeti ise aktif ehliyetidir.» İşte ferd Rossel'in bu şekilde vasıflandırdığı ehliyetlerin birincisinden feragat edemediği gibi ikincisinden de feragat edemez. Meselâ hiç kimse diğerle bir mukavele yaparak: ileride hiç bir vecibe deruhde etmemegi, mâmelekinde hiç bir tasarrufta bulunmamayı veya mâmelekini daimî surette başkasının idaresine terketmeği taahhüd edemez. Kezalik hiç kimse evlenme ehliyetinden veya vasiyetname tanzimi ehliyetinden vazgeçemez.

3 — 23 üncü madde bu ehliyetlerden başka bir de hürriyetten feragata karşı şahsiyeti himaye etmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrasında da bu yolda iki hüküm mevcuttur. Eyvelâ: hiç kimse hürriyetini ta-

mamen ferag edemez. Bu hüküm mutlakdır. Teşkilâtı Esasiyemizin 68 inci maddesinin birinci fıkrasının koymuş olduğu ana prensibe göre: « her ferd hür doğar, hür yaşar ». Asıl mes'ele, 23 üncü maddenin koymuş olduğu « kimse hürriyetini kanuna veya adabı umumiyeye mugayir surette takyid dahi edemez ». Kaidesindedir. Bu kaide çok elâstikidir. Esasen burada kat'î bir kaide koymağa da imkân yoktur. Zira bir hürriyetin takyidinin adabı umumiyeye mugayir olup olmadığı ve hürriyetin ne dereceye kadar takyid edilebileceği memlekete, millete, zaman ve devre, medeniyet ve kültür seviyesine hattâ aynı cemiyet içindeki muhtelif tabakalara göre değişen bir keyfiyettir. Hepimiz her gün yaptığımız mukaveleler, giriştiğimiz taahhütlerle hürriyetimizden fedakârlıklarda bulunmakta ve onu takyid etmekteyiz. Hele bir işçinin, bir hizmetçinin veya diğer bir müstahdemin yapmış olduğu hizmet akdi onun hürriyetinin büyük bir kısmını elinden alır. Bununla beraber bütün bunlardaki hürriyet takyidi kanuna veya ahlâkî telekkilerimize aykırı olmazsa mes'ele yoktur. Ahlâkî telekkilere aykırılığın mevcut olup olmadığını takdir edecek olan hâkimdir. Hâkim bunu takdir ederken tarafların vaziyetlerini, işin mahiyetini ve memleketin bu husustaki yerleşmiş telekkilerini gözönünde bulunduracak ve o işte, o taahhütte hürriyetin gayri caiz takyidi mevcut olup olmadığını ona göre takdir edecek ve şayet hürriyetin gayri caiz takyidi varsa ozaman mukaveleyi batıl addeyleyecektir. Böylece kanun şahsiyetinden fedakârlık ve feragatte bulunan bir kimseye bu taahhüdüne riayet etmemek hakkını veriyor ve bu taahhüdü batıl addediyor. Görülüyor ki 23 üncü madde şahsı bizzat kendi yapacağı feragatlere karşı himaye etmektedir.

İlk nazarda böyle bir himaye manasız ve lüzumsuz görünebilir. Denebilir ki : böyle bir himayeye lüzum yoktur. İnsan hodperest bir mahlûktur, feragatlerde bulunmağa onun egoist tabiatı zaten manidir. Fakat bir az derin düşünülürse böyle bir himayenin çok lüzumlu ve çok yerinde olduğu anlaşılır. Zira insan hayatı baştan başa bir mücadeleden ibarettir. Bu mücadelede ferdlerden bazıları galip bazıları mağlup vaziyete düşer ve bu da pek tabiidir. Sözümüzün başlangıcında hukukan müsavi olduklarını tebarüz ettirdiğimiz ferdler, vasıfları değerleri, servetleri, hulâsa manevî ve iktisadî kudretleri itibarile birbirlerine müsavi değildiler. Hayat mücadelesinde bunlardan bazıları zaif



bazıları mücehhezdir. Zayıf olanlar kaviler karşısında feragatte bulunmak zaruretinde katabilirler. 18 inci asır felsefesi ve 19 uncu asrın özünü bu felsefeden alan hukukî ve iktisadî doktrinleri endividüalizme ve liberalizme dayanır. Liberalizmin esası ise serbestliktir ve bilhassa mukavelât serbestisidir. Bugün bir çok memleketlerde ve memleketimizde bazan çok şiddetli, bazan hafif olarak kendisine karşı cepbe almış olan liberalizme göre ferdler kanuna ve ahlakâ aykırı olmamak şartıyla aralarında her türlü mukavele yapabilirler ve bu mukavelelerin infazını hukuk temin eder. Mukavelelerde tarafların kabul ettiği kaide-lerin müeyyidesi kanundur. Binaenaleyh bir mukavele taraflardan birinin tamamen aleyhine, diğerinin tamamen lehine olsa bile, şayet serib kanunî kaidelere ve ahlaka aykırı değilse, bu mukavele yerine getirilmelidir. Borçlar kanunumuzun 19 uncu maddesinin birinci fıkrası mukavelât serbestisi prensibini şöyle ifade ediyor : « bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudud dairesinde serbestçe tayin olmaktadır. »

Gerek hukukî ve gerek iktisadî sahadaki liberal prensibi tabii kalkışmağa bu konferansın gerçevesi müsait değildir. Bu cihet başlı başına büyük ve mübim bir mevzu teşkil eder. Liberalizmin bizim bu günkü mevzuumuza taalluk eden ciheti şudur: madam ki ferdler akidyapmakta tamamen serbestler. Yine madam ki ferdler hukukan müsavi oldukları halde maddî ve manevî diğer bütün hususatta gayri müsavidirler.

Şu halde bu mukavelât serbestisinden kavi olanlar istifade edecek, zayıf olanlar ise yaşayabilmek için şahsiyetlerinden ve hürriyetlerinden bir çok fedakârlıklarda ve feragatlerde bulunmak mecburiyetinde kalacak ve binnetice zarar göreceklere. Böylece ferdlere en yüksek bir hak olarak ve her kese müsavi bir şekilde tanınmış olan mukavelât serbestisi, fiilî müsavatsızlık karşısında kuvvetlinin ekmeğine yağ sürecektir, müsavatsızlığın derecesini artıracak ve yeni yeni müsavatsızlıklar meydana gelmesini intaç edecektir. Esasen bugün liberalizme karşı her tarafta görünen reaksiyonlarda pek haklı olarak bu mülâhazaya istinad etmektedir. Şöyle bir misal alalım: bir fabrika mütabassası amelesinden birine usulüne tevfiқан yol veriyor. O amele yıllardan beri bir makina başında her hangi bir vıda imal etmeği öğrenmiştir. Memlekette başka bir vıda fabrikası mevcut değildir. ve amele başka bir iş bilmediği için aç ve perişan kalmamak üzere

tekrar o fabrikaya müracaat etmek mecburiyetinde kalmıştır. Fabrika diyor ki : « Seni yeniden angeje ederiz. Fakat fabrikada yatıp kalkacaksın, Beş sene kapı dışarı çıkmıyacak ve evlenmemegi taahhüt edeceksin. » Amele o andaki dar vaziyet içinde ve aksi hareket ettiği takdirde istikbalde kendisini bekleyen sefalet ve zaruret korkusu karşısında bu teklifi kabul ediyor ve taraflar bir mukavele yapıyorlar. Ve yahut da bir çiflik sahibi bir uşağa « ben seni çiftliğime uşak olarak ahırım amma sen ölüncüye kadar bende kalacağını taahhüt et » diyor ve uşak zaruret saikasile bunu kabul ediyor, akid bu suretle yapılmış oluyor. Ve yahut da çok para sıkıntısına duçar olan bir kimseye bir zengin « ben sana şu kadar para ikraz ederim amma bundan sonra da ölüncüye kadar benden başka hiçbir kimseden ödünç para almamayı taahhüt etmeni isterim » diyor. O da bizzarur kabul ediyor. Bu misaller istenildiği kadar çoğaltılabilir. Bütün bu misallerde zayıf ve kuvvetli karşı karşıyadır. Mukavele cebren değil, tarafların arzusu ile ve ihtinak eden rizalarile in'ikad etmiştir. Binaenaleyh liberal telek-kilere göre bu akidlerin muteber olması ve ifası lâzımdır.

Halbuki görüyorsunuz ki bu misallerde kuvvetli tarafın zayıf tarafı boyunduruk altına olması onu istismar etmesi ve zayıfın de kendi şahsiyetini son derecede baltalayan şartları kabul etmesi vaziyeti mevcuttur. Ve liberal telekki bütün genişliği ile kabul edilince bu tehlike her zaman vardır. Bu sebepten dolayı her serbestinin, her hürriyetin bir hududu olmalıdır. Serbesti, birinin istifadesini ve diğerinin mahvını doğurmamalıdır. Bu itibarla, Medenî kanunumuzun 23 üncü maddesi « hiç kimse hürriyetini ferag edemediği gibi, kanuna veya adabı umumiyeye mugayir surette takyid dahi edemez » kaidelerini koymuştur. Hürriyet nedir ? bunu Teşkilâtı Esasiye kanunumuz, Türklerin Hukuku ammesi başlığını taşıyan beşinci fashındaki 68 inci maddesinde şöyle ifade etmiştir: « Hürriyet, başkasına muzir olmayacak her türlü tasarrufatta bulunmaktır. Hukuku tabiiyeden olan hürriyetin her kes için hududu, başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudud ancak kanun marifetile tesbit ve tayin edilir » şu halde, her hürriyet gibi mukavelât hürriyeti dahi hududlanmağa muhtaçtır; aksi halde yukarıda bir nebze dokunduğumuz fena ueticeler meydana gelir. Bu huddları Borçlar kanunumuzun 19 uncu maddesinin 11 inci fıkrası ve 20 inci maddesi çizmiştir; bunlar: ahkâmı âmire, ahlâk ve adab, intizamı



âmme ve şahsî hükümlere müteallik haklardır. Binaenaleyh şayet bir mukavele bunlara aykırı olursa batıdır, hükümsüzdür. Buradaki şahsî hükümlere müteallik haklar, bizim bu günkü konuşmamızın mevzuunu teşkil eden şahsiyet haklarıdır. Şu halde şahsiyet hakları, Borçlar kanununda mukavelât serbestisine konulmuş olan büyük hududlardan biridir. Bu sebeple Medenî kanunumuzun 23 üncü maddesi ile, Borçlar kanununun 19 ucu maddesi birbirine çok yakından bağlıdır. Ve medenî kanunumuzun şahsî bizzat kendisine karşı himaye eden ve yeknazarda lüzumsuz gibi görünen 23 üncü maddesi, arzettiğim mülâhazalar dolayısıyla çok lüzumlu ve yerindedir .

**Şahsiyetin himayesi hakkındaki ikinci ana prensip şudur :**

Hiç kimse başkasının şahsiyetine karşı tecavüzde bulunamaz. Medenî kanunumuzun 24 üncü maddesinin 1 inci fıkrası şöyle diyor: « Şahsî menfaatlerinde haksız tecavüze uğrayan kimse, hâkimden tecavüzün men'ini talep edebilir » . Buradaki şahsî menfaatler, bizim şahsiyet hakkı dediğimiz mefhumdur. Bizim medenî kanunumuza göre şahsiyet hakkının bir sübjektif hak olduğunu aşağıda söyleyeceğiz. Umumi mahiyette bir şahsiyet hakkı fikri ilk defa olarak İsviçre Medenî kanununda ifadeye bağlanmış ve tabakkuk ettirilmiştir.

24 üncü maddenin « şahsî menfaatlerinde haksız tecavüze uğrayan kimse » ifadesi, çok geniş, elâstiki ve şumullü bir ifadedir. Bundan son dercede geniş bir hukukî himaye çıkarılabilir. Şahsî menfaatler, şahsın lâzımı gayri müfariki olan vasıf ve kıymetleridir. Şahıstan ayrılmıyacak surette ona bağlıdır. Bu mefhum içine giren hususlardan bazılarını kısaca gözden geçirelim :

**a ) Hayat:** Bütün mevcudiyetimizin esasını teşkil eden hayattır. Bu, bizim ruhlı, canlı varlığımızdır. Mabenî ve manevî bütün faaliyetlerimiz hayat üzerine müessesdir. Binaenaleyh insanın bu varlığı, her şeyden önce korunması lâzımgelm bir varlıktır.

Burada hukuk bakımından mübim bir mes'ele mevzu bahis olabilir: Acaba bir kimse, kendi hayatına vaki bir tecavüze razı olursa, bu rızanın hukukan bir kıymet ve ehemmiyeti olabilir mi? Bu mes'ele bilhassa ceza hukuku bakımından haizi ehemmiyettir ve bu itibarla ceza hukuku nazariyatında uzun münakaşalara sebep olmuş ve müsbet hukuklar, yeni muhtelif memleketlerin kanunları bu mes'eleyle muhtelif surette halletmiş-

lerdir. Ekseriyyet itibarile kabul olunan tarzı hal, talep üzerine öldürme halinde cezanın daha hafif olacağı merkezindedir. Hukuk bakımından böyle bir rizaya terettüp edecek neticeyi takdir etmek hakime aittir. Mamafih umumiyet itibarile hukukta rızanın nazarı itibara alınmaması cihetine gitmek daha uygun olur, çünkü hayat, başkasına devir ve feragatı kabil olmayan bir hukukî varlıktır.

**b) Bedenî tamamîyet:** Zihayat varlığımızla sıkı sıkıya bağlı olan cismanî varlığımızdır. Beden olmadan bir hayat tasavvur olunamaz. Burada ruh ve cisim üzerinde ve bunların birbirine bağlı veya birbirinden müstakil olduğu hakkında maddiyun veya rubiyyunun muhtelif felsefî telekkilerini izah etmeğe imkân yoktur. Fakat şurası umumiyetle kabul edilmiş bir hakikattir, ki yaşayışımızda hayat ile beden birbirinden ayrılmaz iki varlıktır. Nasilki beden olmadan bir hayat tasavvur edilemezse, hayat olmadan da bir beden tasavvur olunamaz. Hayatsız bir beden artık ( beden ) olmaktan çıkar ( cesed ) olur. Şu halde hayatımız üzerinde olduğu kadar bedenimiz üzerinde de mutlak bir hakkımız vardır. Ve bu hakkımız hukukan himaye edilmiştir. Bedenin tamamîyetini ihlâl hususunda şahsın rızasının, hukukan bir ehemmiyeti olmaması lâzımgelir. Bunun yalnız vücudda yapılan tıbbî ameliyatta önemi vardır. Bu itibarla operatörler ameliyattan evvel hastanın rızasını istihssal ederler.

Yalnız beden üzerinde değil, bazan cesed üzerinde de bir hak tasavvur edilebilir. Bir cesedin mezardan çıkarılarak hakarete maruz bırakılması veya müsadesez resminin veya alçı ile yüzünün kalıbının alınması da şahsiyet haklarına tecavüz teşkil eder. Ancak buradaki tecavüz artık ölünün şahsiyetine değil, onun yakınlarının, akraba ve taallûkatının şahsiyetine bir tecavüz mahiyetinde telekki olunmak lâzımdır. Zira bir kimsenin ecdadına hürmet de o kimsenin şahsî menfaatlerinden birini teşkil eder. Binaenaleyh onun bu menfaati ihlâl edilir ve ecdadına hürmetsizlik yapılırsa o kimse hâkimden himaye talep edebilir.

**c) Medenî haklardan istifade ehliyeti, medenî hakları kullanma selâhiyeti:** Şahsın bu ehliyetlerinden bizzat fedakârlık ve feragatte bulunamayacağından yukarıda bahsettik. Bu itibarla tekrar etmiyeceğim. Burada yalnız bir noktaya temas edeceğim. Medenî Kanunumuzun 358 inci maddesi «İhtiyarlığı, malûhiyeti veya tecrübe-



sizliği sebeble işlerini gereği gibi görmekten âciz olduğunu isbat eden bir reşid vesayet altına alınmasını talep edebilir» demektedir. Halbuki 23 üncü madde «kimse medenî hakları kısmen olsun istimalden feragat edemez» diyor. Şu halde bu iki madde arasında tenakuz yok mudur? Yeknazarda böyle bir tenakuz mevcut gibi geliyor. Halbuki esaslı tetkik edilecek olursa böyle bir şey mevcut değildir. Zira: şahıs vesayet altına alınmasını talep etmekle medenî hakları kullanma ehliyetinden bir feragatte bulunmuş olmuyor. Bu ehliyetin tahdidi şahsa bırakılmış değildir. Şahıs yalnız bir müracaatta bulunur. Hacra karar verecek olan hâkimdir. Demek ki selâhiyettar olan makam hâkimdir, yani resmî bir mercidir. Yoksa şahsın kendisi değil. Bundan başka hâkim her müracaat edenin hacrına karar veremez, 358 inci maddedeki sebep ve şartların mevcut olup olmadığını inceledikten sonra kararını verir. Kezalik diğer bir nokta da şudur: ihtiyarî hacırda şahsın ehliyetlerinin ihlâli kasdî değildir; bunda şahsın himayesi gayesi mevcuttur. Bu itibarla 358 inci madde ile 23 üncü madde hükümleri tenakuz teşkil etmemektedir.

d) **Şeref ve haysiyet:** Şeref ve haysiyet, 24 üncü maddeye tevfikân bütün tecavüzlere karşı himaye olunur. Şeref ve haysiyete tecavüzün cezai unsurları mevcut olmasa bile, yani bu tecavüz bir kimseye sırf rubî bir ıztırap irası şeklinde dahi olsa, buna karşı Medenî Kanunun 24 üncü maddesi bir himaye temin edebilir.

e) **Şahsî menfaatlar** mefhumu içine insanın esrarı da dahil olur. Binaenaleyh mektuplar ve mahiyetleri icabı olarak gizli kalması lâzım gelen emanet vesikalar başkalarına gösterilirse, bir telefon mükâlemesi gizli bir hat vasıtasile çalınıp dinlenirse, Doktorlerin ve avukatların meslekleri icabı olarak vakıf oldukları sırlar ve kendilerine gizli olarak verilen malûmat başka kimselere ifaa edilirse, yahut da bir kimsenin hususî hayatının, onun haysiyetini düşürecek teferruatı umuma ilân olunursa, bütün bu hallerde şahsiyete vaki bir tecavüz mevcuttur.

f) **Resim:** Bir kimsenin rızası olmadan resminin - hele münasebetsiz yerlerde - teşhirinde; bir kimsenin, meselâ bir kadının resmi tedarik edilerek diğer bir kimseye verilmesinde, bir şahsa ait resmin reklâm kasdile el ilânlarında, sigara kutularında basılıp kullanılmasında da şahsiyete vaki bir tecavüz vardır. Binaenaleyh tecavüze uğrayana dava hakkı tanınmak suretile kanunî himaye temin olunmuştur.

Ferdin, bir kısmını saydığım bütün bu manevî ve cismanî varlıklarını Teşkilâtı Esasiye Kanunumuz beşinci faslında tahtı temine almıştır. Kezalik Ceza kanunumuz karıştırılacak olursa, ferdin bu varlıklarına tecavüz edene ceza tayin edildiği ve bu varlıkların ceza tehdidi ile himaye olunduğu görülür. Fakat ferdin şahsiyetinin böyle cezai bakımdan himayesi kâfi değildir. Onun hukukî bakımdan da himayesi lâzımdır ki işte bunu 24 üncü madde yapmıştır. Fakat bu madde benim yukarıda saydığım vasıf ve varlıkları birer birer saymamıştır, Kanunumuzun, şahsî menfaatleri ayrı ayrı tayin etmiyerek bunu nazariyat ve muâkım içtihadatına terketmesi çok musip bir harekettir, çünkü şahsiyet, hakkı yukarıda da arzettiğim gibi, elâstiki bir mefhumdur ve hukuk ile ahlâkın bir birine karıştığı bir noktadır. Kanunumuz şahsiyetin himayesi ile bir hukukî ahlâk prensibi vazetmiştir.

Burada bilmünasebe arz edeyim ki, medenî kanunumuz yalnız bu noktada değil diğer bir çok noktalarda da hukukî ahlâk esasları koymuştur. Bu keyfiyet kanunumuzun kendine has olan güzelliklerinden birini teşkil eder. Meselâ 151 inci maddenin «karı-koca yekdiğerine karşı evlenme birliğinin saadetini müttahiden temin ve çocukların iase ve terbiyesine beraberce ibtimâm etmek hususlarını iltizam etmiş olurlar. Karı-koca birbirine sadakat müzaheretle mükellefler» tarzındaki ifadesi bir hukukî ahlâk kaidesinden başka bir şey değildir.

Hukukî olduğu kadar ahlâkî de olan şahsiyet mefhumunu her hadiseye ve herhal ve vaziyete göre tebarüz ettirecek olan mahkeme içtihadlarıdır. İsviçre federal mahkemesinin bu yolda çok güzel içtihadları vardır. İsviçre Medenî kanunu mer'iyet mevkiine gireli 30 sene olduğuna ve bizim kanunumuz mer'iyete gireli ise henüz 12 sene bile olmadığına göre, bizim kanunumuzun 30 uncu yılı gelinceye kadar, sade şahsiyet hakları sahasında değil, her sahada böyle güzel ve mufassal esbabı mucibeli içtihadlar serisinin meydana geleceğini ve bilâ istisna her kararın muntazam bir halde neşredileceğini umar ve bunu candan temenni ederiz.

İsviçre kanunlarının - ve bittabi bizim Medenî Borçlar kanunumuzun - şahsiyete mütedair olarak ihtiva ettiği hukukî esaslar dünyanın hususî hukuk telekkilerine tesir etmiş ve yeni neşredilmiş olan kanunların bazıları tarafından kabul olunmuştur.



Şahsiyet, bir şahsın hukukan ehemmiyeti haiz kıymet ve vasıflarının heyeti mecmuasıdır. Buraya giren mefhumlardan bazılarını yukarıda saydık. Acaba insanın bu menfaatleri ile olan münasebetinin hukukî mahiyeti nedir? Acaba bu münasebet bir sübjektif hak mıdır?

Sübjektif haklar hususî hukukun merkezi sıkketi, ana tezabürü ve cevheridir. Eski devrin en muazzam ve en sistematik hukukunu meydana getirmiş olan Roma Hukukçuları nazariyatçı olmaktan ziyade tatbikatçı olduklarından bu gibi hukuk problemleri ile iştigal etmemişler, sübjektif hak mefhumunu bulup ortaya koymamışlardı. Halbuki sübjektif haklar, meselâ mülkiyet hakkı, alacak hakkı, tevarüs hakkı, fesih hakkı o zaman da mevcuttu. Ancak bunlar birleştirilerek bir sistem içine konulmamıştı. Bu gün bu yapılmıştır. Sübjektif hak mefhumunun esas ve mahiyetinin ne olduğu mes'alesi üzerine hukukçular arasında pek çok müsaakalar yapılmış pek çok yazılar yazılmıştır.

19 uncu asır hukukiyatına mütaaddit cihetlerden müessir olan tabii hukuk nazariyesine göre hukukun gayesi hürriyetlerin himayesidir; sübjektif haklar da, hukuk tarafından mazharı himaye olmuş bu gibi hürriyetlerden bir parçadır. Bir çok kaideler insanların ma'şerî hayatını tanzim etmekte ve bunu yabarken ferdin iradesine bağlı bir takım hürriyet ve hâkimiyet sabaşı tanımaktadırlar. Meselâ mülkiyet hakkı ferde kendi mülkü üzerindeki tasarruflarında bir hürriyet bahşeder. Alacak hakkı alacağını talep hususunda alacaklıya bir selâhiyet verir. İşte bu itibarla, sübjektif haklar şöyle tarif edilmiştir: « Sübjektif hak, hukuk nizamı tarafından şahsa tanınmış irade kudreti veya irade hâkimiyetidir ».

19 uncu asrın en büyük hukukî simalarından olan Jhering'e göre bu tarif, sübjektif hakların muhtevasını ve özünü ifade edememektedir. Burada haizi ehemmiyet olan cihet hukukî menfaattir. İnsanların menfaatleri sayısızdır.

Bunların bir kısmı hukukan himaye edilmiş, diğer bir kısmı edilmemiştir. Meselâ bir gayri menkule başkaları tarafından müdahale edilmemesinde malikin menfaati, kendisine satılan malın bozuk olmasında müşterinin menfaati vardır ve bunlar hukukan himayeye mazhar menfaatlardır. Halbuki meselâ mevsimi geldiğinde yağmur yağmasında çiftçinin menfaati olduğu halde buradaki menfaat için hukukî bir himaye mevzuubahs olamaz. Bu itibarla Jhering sübjektif

haklara « hukukan himayeye mazhar menfaatler » demıştır. Ancak, hukukan himayeye mazhar her menfaat acaba bir sübjektif hak teşkil eder mi? Vapurların haddinden fazla yolcu almamasında, yiyecek, içecek satan dükkânların temiz tutulmasında, her kesin menfaati vardır. Bu menfaat de müteaddit polis ve belediye nizamatı ile himaye edilmiştir. Şayet bunları da sübjektif hak mefhumu içine alırsak o zaman bu mefhumu içinden çıkılmaz bir genişlik vermiş oluruz. Bu itibarla hakikî mefhumu bulmak için son nazariyatta Jhering'in tarifine irade mefhumu ilâve edilerek, sübjektif haklar: « hukukan himaye edilmiş ve bu himayeden istifade hak sahibinin iradesine bırakılmış olan menfaatlerdir » şeklinde tarif olunmuştur. Malikin kendi mülkü üzerinde hukukan himayeye mazhar bir menfaati vardır ve bu himayeden istifade edip etmemek onun kendi iradesine bırakılmıştır. Meselâ istihkak davasını, müdahalenin men'i davasını ister ikame eder, ister etmez. Halbuki erzak satan dükkânların temiz tutulmasında ferdin hukukan himayeye mazhar bir menfaati olmakla beraber bu menfaatten istifade onun kendi iradesine terk edilmiş değildir. Doğrudan doğruya dükkâncı aleyhine temizlik davası açmağa ferdin bir hakkı yoktur, olsa olsa makamatı aidesine şikâyetle bulunabilir.

Sübjektif hakların bu tarzda telekkisi bize gösteriyor ki bu haklar insanlara objektif hukuk tarafından, yani memlekette câri olan hukuk kaideleri tarafından bahşolunmaktadır.

Büyük Alman hukukşinası V. Tuhr, Alman Medenî Hukukunun umumî hükümleri uovanlı üç ciltlik muhallet eserinin birinci cildinde umumî şahsiyet haklarından bahsederken diyor ki: « Kanunumuzun bu mesledeki noktai nazarını bulmak için, şahsiyet hakkı ile, sübjektif hak mefhumuna muhakkak surette dahil olan diğer hakları mukayese edersek, bir sübjektif hakkın mevcudiyetini bize tanıtan farikalarından bir çoğunun şahsiyet hakkında mevcut olmadığını görürüz: sübjektif haklar - meselâ mülkiyette olduğu gibi - hak sahibine bir hâkimiyet, bir selâhiyet ve mezuniyet bahşettiği ve yabut da - telif hakkında olduğu gibi - haddi zatında, umumiyetle caiz olan bir fiili hak sahibinin lehine olarak inhisar altına aldırıldığı halde, şahsiyet haklarında bunların ikisi de mevcut değildir. Beden ve hayat tabiatın vergisidir, hareket hürriyeti de tabii bir vaziyettir ve kanunla belki tahdit olunabilir, fakat bunlar kanunla yaratılamazlar. Bundan başka



şahsiyet haklarının en mühimleri kabili devrû ferağ değildirler. Ve bunlardan feragât de edilemez. Kezalik bu şahsiyet haklarının mevzu ve muhtevasının ne olduğu hakkında sarahat ve kat'iyet de yoktur..... ilâ». V. Tubr'un bütün bunlarla vardığı netice, sübjektif bir şahsiyet hakkı namı altında umumî bir hak mevcut olmadığıdır. Şu noktayı göz önünden uzak tutmamak lâzımdır ki büyük hukukşinas bütün bunları söylerken Alman hukukunu, Alman Medenî kanununu nazarı itibara almıştır. Ancak daha Alman Medenî kanunu kabul edilmezden evvel dahi Gierke, Kohler gibi büyük Alman hukukçuları bir şahsiyet hakkının mevcut olduğunu ve bunun bir sübjektif hak olduğunu ileri sürmüşlerdi.

Şahsiyet hakkı mes'alesi 19 uncu asrın sonlarına doğru meydana çıkan mühim bir hadise üzerine Almanyada hararetli münakaşalara mevzu teşkil etmişti. Hadise şudur: Alman İmperatorluğunun Banisi meşhur Bismark öldüğü zaman bir kaç fotoğrafçı gizlice onun odasına girerek magnezyom şua ile cesedin resmini almışlar ve bunu neşretmişlerdi. O zaman bu hareket Bismark'ın ve ailesinin şahsiyet hakkına bir tecavüz mahiyetinde telekki edildi.

Son yıllarda yine Almanyada geçen diğer bir hadise orada şahsiyet hakları mes'alesi üzerindeki münakaşaları yeniden alevlendirdi. Hadise şu idi: 1926 senesinde bir mahkeme âza mülâzimi öldürülmüş, şüpheler karısı ile onun aşığı Bahçivan üzerinde toplanmış ve bunlar Dresden ağır ceza mahkemesince idama mahkûm edilmişler ve bilâhara bu idam cezasından affolunmuşlardı. Bir tiyatro muharriri bir kaç sene sonra bu hadiseyi tiyatro mevzuu yapmış, yazdığı piyeste eşhası isimlerle zikretmiş katil hâdisesine kadar ailede geçen vakayii ve bilâhara katli ve nihayet mahkeme safahatını canlandırmıştır. Tiyatro için yapılan ilâalarda mesele hakkında az çok malûmat verilmiş ve bu ilâna maktulün, katillerin ve muharririn resimleri dercolunmuşta. Maktul âzâ mülâziminin karısı ve çocukları Kiel asliye mahkemesine müracaat ederek bu piyesin temsiliinin men'ini talep etmişler ve mahkmeden 1930 yılında buna mütedair karar almışlardır. İşte bu hâdis ve bu karar münasebetile Alman hukukçuları arasında canlı münakaşalar yapılmış, hepsi şahsiyetin himayesinde mütetefik olmakla beraber, bazıları bunun ayrıca bir sübjektif hak teşkil etmediğini ve haksız fiillere mütedair umumî abkâmla himaye edileceğini, diğer bazıları da Alman Medenî Kanununun haksız fiillere mütaallik abkâmı

içinde ayrıca şahsiyet hakkı namı altında bir sübjektif hak mevcut olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bugün Almanyada umumiyetle hâkim olan fikir; Alman Medenî kanununda ayrıca bir sübjektif şahsiyet hakkı mevcut olmadığı merkezindedir. Filhakika Alman Medenî kanununda, bizim 24 ücû maddeye müşabih umumî bir kaide yoktur. Şahsiyetin umumî surette himayesi sahasında hâkime verilen selâhiyet çok kiyaset ve basiretle ve çok pratik bir zekâ ile kullanılmalıdır ki hâkim bir kimsenin şahsiyetini himaye edeyim derken diğerinin şahsiyetini baltalamasın. Çünkü yukarıda da arzettiğim gibi şahsiyet haklarının hududu çok geniş olabilir. Alman Medenî kanunu bu noktada hâkime bu kadar geniş bir selâhiyet tanımadığı halde İsviçre Medenî kanunu ve ona imtisalen Türk Medenî kanunu hâkimlere itimat göstermişlerdir. En modern kanun ve projelerden bazıları da bu hususta İsviçre Medenî kanununun işrini takip etmişlerdir.

Bu izabata nazaran bizim Medenî kanunumuz umumî bir sübjektif şahsiyet hakkı tanımış ve verdiği dava haklarıyla bunu himaye etmiştir.

Böylece şahsiyet fikirlerini, şahsiyet haklarına mütedair umumî mütalâa ve nazariyeleri şahsî menfaatleri ve bunların bazı memleketlerdeki tecelli tarzlarını gördükten sonra, şimdi şahsiyetin himayesine mütedair davalara geçiyorum.

Şahsiyet hakkının himayesine müteallik davalar şunlardır:

1 — İzale davası: Bu dava 24 ücû maddede sarahaten zikredilmiştir. Şahsî menfaatlerinde haksız bir tecavüze uğrayan kimse bu tecavüzün bertaraf edilmesi için mütecevize karşı bir dava açmak hakkını haizdir. Meselâ bir gazetede neşredilmeye başlanan bir tefrika başka bir kimsenin şahsiyetine tecavüz teşkil ediyorsa o kimse bu neşriyatın durdurulması hakkında bir dava açabilir. Kezalik bir kimsenin rızası olmaksızın resmi teşhir edilmiş ise o kimse bunun men'ini dava edebilir. İsviçre Federal Mahkemesi içtihadlarına göre, izale davası ancak şahsiyete tecavüzün halen mevcut olması veya devam etmesi halinde ikame edilebilir. Olmuş bitmiş bir tecavüz karşısında bu davadan istifade etmek mümkün değildir. Tecavüzün tekerrüründen endişe ediliyorsa o zaman İctinap davası ikame edilir. İctinap davası 24 ücû maddede sarahaten zikredilmemiş olmakla beraber mahkeme içtihadları burada bu dava hakkının mevcudiyetini kabul etmektedirler. Bu dava ancak istikbaldeki bir ictinaba matuf olabilir.



2 — **Tesbit davası** : Umumiyet itibarile tesbit davası, bir hâdisenin mahkemece tesbiti için açılan davadır. Burada tesbit davasının mevzuu, her hangi bir fiil ve hareketin şahsiyete tecavüz teşkil edeceğinin tesbitidir. Meselâ mevdu bazı mektupların açılmasının şahsiyete tecavüz teşkil edeceğinin tesbiti zımında açılan dava bir tesbit davasıdır. Bu dava dahi 24 üncü maddede sarahaten zikredilmemiş fakat 25 inci maddede isim için sarahaten zikrolunmuştur. Bununla beraber tesbit davasının umumî şahsiyet hakkı için dahi mevcut olduğu nazariyat ve mahkeme içtihadları tarafından kabul olunmaktadır.

Bu arzettiğim izale davasının ve ondan inşikâk eden içtinap ve tesbit davalarının ikame olunabilmesi için iki şartın mevcudiyeti lâzımdır:

a ) Şahsî bir menfaatin haleldar edilmesi. Şahsî menfaatlerin yani şahsiyet hakkına mevzu teşkil eden menfaatlerin bayat, bedenî ve fikrî tamamiyet, hürriyet, şeref ve şöhret... ilâ olduğunu söylemiş ve kanunun çok yerinde bir kıyasat eseri olarak bunları birer birer saymadığını ve şahsî menfaatlerin ne olduğunun tesbitini mahkeme içtihadlarına ve hukuk nazariyatına bıraktığını arzetmişim. Binaenaleyh her hangi bir hareketin şahsiyet hakkını haleldar edip etmediği hususunda hâkimin çok geniş bir takdir hakkı vardır. Şahsiyet hakkına tecavüz bazan gayet aşikârdır. Meselâ bir kimsenin kendi köpeğine muayyen bir şahsın ismini vermesi ve köpeği o isimle çağırması o şahsın şahsiyet hakkına bir tecavüzdür. Buna mukabil bir berberin tertip ettiği tıraş kremi reçetesinin icra tarikile ve müzayede ile sattırılmasının, o berberin şahsiyetine tecavüz teşkil ettiği ve bilhassa bu reçetenin henüz ruhsatıyesi alınmadığı için, onu tertip edenin esrarından madut olduğu iddia edilmiş ve fakat İsviçre federal mahkemesi burada hukukan himayeye şayan bir şahsiyet hakkının mevcudiyetini varid görmemiş, talebi reddetmiş ve bu suretle reçetenin icra marifetile satılabileceğine cevaz vermiştir.

b ) Bu davaların açılabilmesi için ikinci şart da tecavüzün haksız olmasıdır. Meşru müdafaa ve ıztırar halinde yapılan ve resmî bir vazife icabı olarak yapılması lâzımgelen fiillerde haksızlık mahiyeti yoktur.

Bu iki şart mevcut olunca dava ikame olunabilir. Burada kusur şart değildir. Binaenaleyh şahsiyete tecavüz eden kimseye kusur isnad

edilemeyecek bir vaziyet mevcut olsa, meselâ tecavüzü yapan veya yapacak olan şahıs temyiz kudretinden tamamen mahrum bir kimse, meselâ bir çocuk veya bir mecnun dahi olsa, bu davalar yine ikame olunabilir.

3 — Şahsiyete tecavüzden doğan diğer mühim dava da tazminat davasıdır. Bu tazminat maddî ve manevî olabilir. Tazminat davası Medenî Kanunumuzun 24 üncü maddesinin ikinci fıkrası mucibince, ancak kanunun zikrettiği hallerde ikame olunabilir. Medenî kanunumuzda şahsiyet haklarına tecavüzden dolayı tazminat davası, isim üzerindeki hakka yapılan tecavüzde, nişanı bozma ve boşanma halinde tanınmıştır. Fakat şahsî menfaatlere tecavüzün kusurlu olması halinde bunlardan maada borçlar kanununun 49 uncu maddesi, umumî şekilde, bir maddî tazminat davası tanımıştır. Şahsî menfaatlere kusurlu bir şekilde yapılan her tecavüz bir haksız fiil teşkil eder.

Tazminat davasının açılabilmesi için, yukarıda arzettiğim izale, içtinap ve tesbit davalarında olduğu gibi, yalnız şahsî bir menfaatin ihlâli ve tecavüzün haksız olması kifayet etmez. Bunlardan başka birde *mütecevazın kusuru* bulunması lâzımdır.

Manevî tazminat davası: Şahsî menfaatlere yapılan tecavüzden husule gelen zarar ekseriya maddî değil, manevîdir. Bu itibarla bu gibi hallerde manevî zararın tazmin ettirilmesinin büyük bir ehemmiyeti vardır. Medenî kanunumuzun 24 üncü maddesinin birinci fıkrası mucibince manevî tazminat davası da ancak kanunun tayin ettiği hallerde ikame olunabilir. Medenî kanunun tayin ettiği haller, nişanın bozulması, boşanma, babalık davası ve isim hakkına tecavüzdür. Bütün bunlardan maada borçlar kanunumuzun 49 uncu maddesi umumî bir şekilde şu kaideyi koymaktadır: « Kusurun hususî ağırlığı icap ettiği surette manevî tazminat namile nakdî bir meblâğ itasına hükmolunabilir. » Bu kaide manevî zararların tazminine geniş surette imkân bahşeden çok ehemmiyetli ve çok doğru bir hükümdür. Hâkim, borçlar kanununun 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasına tevfikân, « nakdî bir meblâğ itası yerine diğer bir tazmin sureti ikame yabut ilâve edebilir. » Diğer bir tazmin sureti: Meselâ bir hakaretin umum muvacehesinde geri alınması, tarziye verilmesi, mahkeme kararının ilânı gibi şeylerdir.

\*\*

Muhterem dinleyicilerim; Umumî şahsiyet hakkını, böylece nazari



ve tatbiki bakımlardan gözden geçirmiş bulunuyoruz. Umumi şahsiyet hakkı dedim, medeni kanunumuzun 25 inci ve metekip maddelerinde sureti hususiyede himaye olunan isim hakkına temas etmedim ve konuşmamızı yalnız umumi mahiyetteki şahsiyet haklarına inhisar ettirdim.

\* \* \*

Şahsiyet hakkı insanın mevcudiyetinden doğmuştur. Bu hak insanın doğumu ile iktisap olunur ve hayatın çok muhtelif ve değişik vaziyetlerine intibak eder. Umumi şahsiyet hakkı tamamen şahsa bağlı bir haktır. Bu sebeple bunun devir ve ferağı, miras yolu ile intikali mümkün değildir. Gerçi insan öldükten sonra da şahsiyetinin himayesine ihtiyaç vardır. Meselâ bazı esrar ölümünden sonra da gizli kalmalıdır. Bununla beraber işbu himaye ölünün ahfad ve akrabasına hürmet bakımından bahşedilmiştir ve bu sebeple onların şahsiyetlerine ait hürmet ve riayet içine girer ve o kimseler böyle bir hakkı bizzat kendilerinin hakkı olarak dermeyan ederler.

Şahsiyetin umumi bir şekilde himayesinin, hukuk tarafından uzun zaman nazarı itibara alınmamış olan bu manevi varlık ve menfaatlere de geniş miyasta teşinili ve şahsiyetin böylece kendi varlık ve bütünlüğünde müstekillen himayesi, muhakkaktır ki hukuki hayatta en mühim bir terakkinin ifadesidir.

Sayın dinleyicilerim ; Hak ve Adalet hâkim olmayan yerde hakiki manasında insanlıkda olamaz. Hakiki manasında insanlık ise, şahsiyetle kaimdir. Bir memleketin ferdleri başkasının şahsiyetine hürmet ettiği kadar, kendi şahsiyet haklarına diğer fertlerin tecavüzüne müsaade etmez, ve kendi şahsiyetini korumağı bilirse, bu keyfiyet, o memlekette hak ve adaletin kâkim olmasını temin eder. Şu halde ferdin kendi şahsiyet haklarını koruması onun için yalnız bir hak değil, kanaatımca, aynı zamanda bir vazife teşkil eder.

Yurdun düşman istilâsı altında bile bağımlı dik tutmuş ve kendi şahsiyetini korumasını bilmiş olan bu güzel köşesinde şahsiyet haklarından bahsetmek, naçiz şahsım için çok yüksek ve büyük bir manevi haz kaynağı olmuştur.

Sözlerimi bitirirken, beni dinlemek için kıymetli vakitlerinden bir kısmını feda etmek lütüf ve nezaketini gösteren dinleyicilerime samimi teşekkürlerimi sunarım.

## Bibliyografya :

### İrs ve intikal

[A. Himmet Berki, Temyiz Mahkemesi 2 inci Hukuk dairesi Reisi. Ankara, Hapısane matbaası, 1938. Sa : 198, Fiat: 150 K.]

Memleketimizde tetkiki icabeden mühim hukuk mevzu'arı ekseriya uzak ve yakın tarihte geçirdikleri tekâmül veya istihale devrelerinin malûm olmaması yüzünden eksik kalıyor. Miras hukukunun adı baystdaki ehemmiyet derecesi düşünülürse kanunu medenimizin tatbikinden evvelki zamana aid miras hukuku hükümlerinin bilişmesindeki fayda kendiliğinden meydana çıkar. Bu günün hukuk telâkkilerini vuzuh ile anlatıcaak olan mazideki telekkilerin tetkikidir. Mevcut şikâmin fuide ve iyilikleri lâykile idrak olunabilmek için mukaddem kaidelerin ne gibi esaslara istinad etmekte olduklarının bilinmesi lüzumludur. Sayın bay Himmet Berki son defa neğrettiği ve irs ve intikal adını verdiği eserinde eski irs ve intikal telekkilerini umumi şekilde ve bariz hususiyetleri ile ayrı ayrı tetkik ediyor.

Müellif, kitabını muhtelif fasıllara taksim etmiştir. Bu ayırmayı şöylece toplayabiliriz. Mukaddeme, irse mâni haller, irs esasları, mirasın intikal ve taksimi. Bu son kısım ikinci babın mevzularını teşkil etmektedir. Sayın müellif, eserin başlangıcında maksat matlabı altında maksadı ve eserin neğri ile güdülen gayeyi pek vazih ve kati bir şekilde izah etmektedir.

Kitabın neğrile göz önünde tutulan başlıca gaye, bugünün miras meselelerinde rastlanabilecek güçlüklerin izalesini temin edecek bilgiyi ve hal çarelerini vermektir. Söylemeğe hacet yoktur ki, bay Berki bu gayesine bizleri de beraber götürmektedir. Eser okunması kolay, yazılış tarzı itibarile selis ve muntazam, velhasıl bir üstad eserinde rastlanması lâzımgelen tekmil hususiyet ve meziyetleri nefsinde toplanmış bulunmaktadır.

Dikkat ve ehemmiyetle tetkiki icabeden bu eseri tekmil hukukçularımıza hararetle tavsiye eder, üstadı onu neğretmekle hukuk ilmimize yaptığı hizmetten dolayı alkışlarız.

Dr. B. N. Esen



## Vasiyeti tenfiz memurunun hukukî mahiyeti

[Ferit H. Saymen, İstanbul Üniversitesi Medenî Hukuk Asistanı, İstanbul, Arkadaş Basımevi 1938. Sa. 24]

İstanbul Üniversitesi medenî hukuk asistanlarından Bay Ferit Saymen vasiyeti tenfiz memurluğu mevzuu üzerinde güzel bir tetkik neşretmiş bulunuyor. Biz, kendi payımıza bu çeşit monografilerin hararetli taraftarıyız. Ancak bunların çoğalmasını müteakip memleketimizde muhtelif hukuk branşlarına ait büyük *traité* lerin vücade getirilebilmesine imkân basıl olabileceğine kaniiz. Binaenaleyh, müellif bu küçük fakat kıymetli eseri ile medeniye hukuku ilminin yurdumuzda göreceği istikbalin ve bu istikbalde yükselecek olan binasının esaslı malzemesinden birini yuğurmuş demektir.

Eser, yukarıda da temas ettiğimiz gibi hacım itibarile küçük bir tetkiktir. Ancak, mevzu muvaffakiyetle çerçivelenmiş ve özlü bir şekilde incelenmiştir. Müellif, tetkiki üç kısımda topluyor:

- 1 — Tarihçe
- 2 — Vasiyeti tenfiz memurluğuna dair serdedilmiş olan nazariyelerin izahı
- 3 — Vasiyeti tenfiz memurluğunun tarifi.

Bunlara girişmeden önce de kısa bir umumî mülâhazat sahifesi ile karşılaşılıyor. Görülüyorki metot orijinal ve hatta bir bakımda ri-yazidir. Tetkik olunan mevzua dair bir tarif ile işe girişmek mutad iken müellif bu usulü vasiyeti tenfiz memurluğunun karışık mahiyeti dolayisile terk etmeği muvafık bulmuş ve bizce çok iyi hareket etmiştir. Mevzuu bir mesele şeklinde tetkik etmek ve hallini bulduktan sonra dava düsturunu vâzetmek kendisine daha muvafık gelmiştir. Tetkikin meydana getirilmesi için geniş bir bibliyografiden istifade edilmiş-

tir. Bunu bir liste halinde babsin evveline veya mevzuun gerisine koymak şüphesiz daha uygun olurdu.

Tetkik, Türk hukukunun dinamik hayatı bakımından biraz eksik sayılabilir. Filhakika eserin müellifi Türk mahkemeleri içtihadlarını uzun uzadıya tetkik etmemiş görünüyor. Mahaza, bu noksanı kısmen bizdeki içtihad yokluğuna atfetmek icap eder.

Bay Saymen tetkikinin sonunda şu neticeye varıyor; Vasiyeti tenfiz memurluğu nev'i şahsına münhasır bir makamdır. İtiraf edelimki, kanunun tanzim ettiği şu veya bu muessesenin *sui generis* diye tavsif olunmasına taraftar değiliz. İdare hukuku gibi sık sık yeni münasebetlerin doğumuna şahit olan bir saba için bu tavsif zarurî görülebilirse de medenî hukukun faaliyet sahasına dahil mevzularda fazla teveccühe nail olmamalıdır.

Muhakkak olan cihet vasiyeti tenfiz memurluğunun bir takım haklar ve borçlar doğuran bir tasarruf neticesi, bir irade beyanı mahsülü olduğudur.

Murisin ölümü ile mürskabasız kalan mamelek haklarına kanunun hususî bir ehemmiyet atfetmesi müessesemizin ayrı kaidelere tabi tutulmasını icap ettirmiştir. Burada zaman zaman şu veya bu akdî müesseselere yakınlık gözüktüğü de aşıkârdır. Ancak, bu yakınlık ve bu benzeyiş vasiyeti tenfiz memurluğunun mutlaka borçlar kanununda tetkik mevzuu olan münasebetler huzmesi meyanına sokulmasını bittabii icap ettirmez. Bizce, tek taraflı irade beyanı nazariyesi esas tutularak mevzuun tetkiki cihetine gidilmesi faideli olabilir.

Bay Ferit Saymenin monografisi yazımızın baş tarafında da söylediğimiz gibi çok faideli ve emsalinin meydana gelmezini şiddetle arzu ettiğimiz kitaplardandır. Kendisini derin araştırmalar sonunda kaleme aldığı eserini neşrettiği için tebrik etmeyi bir hak telekki ederiz.

Dr. B. N. Esen



## İsviçre Federal Mahkeme İctihadları Nazarî Analizi

[Emil Thilo, avukat. Federal Mahkeme Crefyeri. Türkçeye Çeviren ve not eden : Ferit H. Saymen, İstanbul Üniversitesi Medeni hukuk asistanı. İstanbul, Arkadaş Basımevi, 193, Sa. 69]

*Journal des Tribunaux* adlı İsviçre Hukuk mecmuasının uzun zamandır başmuharrirliğini yapmakta olan federal mahkeme greffier-lerinden E. Thilo her sene federal mahkeme kararlarının tahlili bir broşörünü neşretmek itiyadındadır. Genç arkadaşımız bay Ferit Saymen bu broşörlerden bir haylisini lisanımıza tercüme etmiş bulunmaktadır. Bu defada bize bunlardan sonuncusunu veriyor. Arkadaşımız müellifin broşöründe tahlil ettiği tekmiil kararları almış değildir. Bunlardan pek az bir kısmını mevzu hukukumuzla doğrudan doğruya alâkaları olmadığı için tercüme etmemegi daha muvafik bulmuştur. Buna rağmen boykotaja ait bazı kararları ise dilimize çevirmiştir. Bizce bunlara dahi ka'î lüzum yoktu.

Bay Saymenin tercümesinin hususiyeti, ayrıca mevzu bahis olan kararları lüzum ve ihtiyaç hasıl oldukça notlar ile zenginleştirmesidir.

Büroşörün borçlar kanununun skitten doğan borçlar faslına ait ahkâm ihtiva etmemesi şayânı teessüftür. Buna mukabil *Clausula rebous sie stantibus* hakkında vaktile tercüme ve fakülte mecmuasında (yıl 1 sayı 3, S. 344) neşrettiğimiz makale daha umumî ve şumullü şekilde mevcuttur. Bu mevzua dair sahifeler denebilir ki, ayrı bir tedkik mahiyetini haizdir.

Bay Saymen, Thilo'yi dilimize salâhiyet ve liyakatle çevirmektedir. Kendisini bunun için tebrik etmeği vazife ediniriz. Ancak bu kararları basdırmak suretile vaki hizmetlerinin bu kadarla kalmamasını temenni ederiz. Filhakika, aynı şekilde analizlere Türk Mahkeme icthadları da ne kadar mühtaçtır! Bunu da Bay Saymeden beklemele acaba ilerimi gitmiş oluruz? Zannetmiyoruz. Genç arkadaşımızdan bunu bekleriz. Ve eminiz ki çok geçmeden ve hattâ belki manevî tazminat mevzuu üzerinde hazırladığı tezinin neşriden önce bize Türk icthadlarının analizini vereceklerdir.

Dr. B. N. Esen

## Kaybettiklerimiz :

İzmir Barosu birbirini takip eden üç acı ölümden müteellimdir. Kısa zaman farkları ile gözlerini ebediyyen hayata yuman bu üç arkadaş Baronun çok kıymetli ve çalışkan uzuvlarından idi.



Adem Sâfi Kora

24/10/ 938 de âlemi fâniye vedâ eden Âdem Süfi Kora 1296 tarihinde Pizren'de doğmuştur. Babası Pizren eşrafından Hacı Murad efendi Koro idi. Âdem Sâfi Koro iptidai ve Rüşdi tahsilini ikmalden sonra beş sene de medrese tahsili görmüş, müteaddid zabıt kâtipliği, âza mülâzımlığı, bidayet hukuk ve İstinaf hukuk başkâtipliği ile hâkim muavinliğinde bulunduktan sonra Dâva vekili ruhsatnamesini alarak vekâlet mesleğine girmiştir.

İzmirde Hazineci maliye avukatı olarak senelerce çalışmış olan merhum, her avukatın gıpta ettiği bir intizam ve enerji ile çalışmış ve sayü gayretine inzıman eden dürüstüsü ile Hazinesinin menfaatını korumuş ve hâkimlerle avukat arkadaşlarının bihakken hürmetini kazanmıştı.

Aman vermez bir hastalığın zebunu olan bu çok sevilmiş arkadaş 24/10/938 tarihinde hakkın rahmetine kavuşmuştur.





Mehmet Şefkati Işıköz

Selânikte tevellüt etmiş, İptidai ve İdadi tahsilini Selânikte bitirdikten sonra bil'ımıtihan İstanbul Hukuk mektebine girmiş ve mektebi bitirdikten sonra bazı memuriyetlerde bulunmuştur.

Memuriyetten çekilerek Vekâlet mesleğine İstanbulda başlayan merhum aynı zamanda İstanbul Polis Mektebi kavanin muallimliğinde de bulunmuş ve istirdadı mesudu müteakip İzmirde gelerek Baroya kayıt edilmiştir.

Hükümet tarafından satın alınan Aydın Demiryolu ve Kasaba Demiryolu şirketlerinin vekili olan bu arkadaşımız çok uzun ve yıpradıcı bir hastalığın kurbanı olarak 11/1/939 tarihinde vefat etmiştir. Merhum bir iki lisana vakıf ve fikir takip sahibi ve çok nazik bir insan idi.



Refael Amado Sevilen

Bu iki ölüm hadisesi ile müteessir olan İzmir Barosu Refael Amado Sevilen'in vefatı haberini de almakta gecikmemiştir. Refael Amado 1299 senesinde Milâda doğmuş, tahsilini Rodosda yapmış ve Maarif mesleğine girerek Rodos, Milâs, Gelibolu ve Sakız Musevi mekteplerinde Muallimlik ve Müdürlüklerde bulunduktan sonra çok sevdiği mesleğimize girmek için İstanbula giderek Hukuk mektebinde imtihan vermiş ve dava vekili ruhsatnamesini almıştır. Bilâhara Parise giderek Hukuk Fakültesine devam ile Büyük harpten bir sene evvel lisansiye şahadetnamesi almağa muvaffak olmuştur. Paristen avdetinde evvelâ İstanbulda, sonra İzmirde yazıhane açarak avukatlığa başlamıştır. Bir müddet İzmir lisesinde fransızca muallimi olarak vazife görmüştür.

Rubu Asırdan fazla meslekimizde çalışmış olan Refail Amado bir kaç lisana vakıf, çalışkan bir avukat idi. Tedavi için gittiği İstanbulda gözlerini hayata ebediyyen yumdu.

Az bir zaman içinde üç uzvunu kaybetmek bedbahtlığında bulunan Baromuz her üç arkadaşın kederli ailelerine beyanı taziyet eder.





Mustafa Şeref Özkan

Onun ölümü karşısında duyulan içli ve özlü ızdırabı anlatmak için ne yazık ki kelimeler zavallı bir ifade, lisan aciz bir vasıta.

Her zaman büyük saygı ve sevgiye değer Mustafa Şeref Özkan'ın şahsiyeti derin incelemelere ve ayrı tevkire hakikaten layıktır.

Rejimler muayyen prensiplere dayanırlar. Fakat o esaslara feragatle, faziletle ve bilgiyle inanan ve onları aynı suretle tatbik eden şahsiyetlerden kuvvet alır, kökleşirler. Sayın Mustafa Şeref Özkan Türk inkilâp rejimlerinin bu kratta bir elemanıydı. Yine, o bu yüksek vasıflarından ötürüdüğü yalnız kendisini tanıyanları değil tanımayanları dahi ölümle eleme gark etmiştir. Fani insan için bu ne büyük bir mutluluktur.

Babadan intikal eden ve fakat onun için yaşayan bir mazi, tesadüfler ve hadiseler beni kendisine tanıttı ve dolayısıyla de o ölmez şahsiyeti yakından tanımak fırsatını bana verdi. Kendisile sık sık konuşmalarım esnasında eşi ender bulunur vasıfların huzurunu duyardım. Onunla her görüşüşümden sonra maddi-

yetimin taze kuvvetini, maneviyetimin yükseldiğini hem de benliğimin her zeresinde ve ta derinliklerinde hissedirdim.

Bence bir insanın iki türlü terbiye müktesibatı vardır: Baba ocağında ve mektepte alınan terbiyeyle hayatta alınan terbiye.

Bu sonuncu terbiyenin mektebi yoktur. Onun sıraları hayat ve yüksek şahsiyetlerin fazilet merhalesidir. Bir genç için ne yüksek bir bahtiyarlıktır ki hayatı yakından tatmağa bağladığı bir zamanda Mustafa Şeref gibi bir şeref menbaından nur ve ilham alabilmek fırsatına nail olmuştur.

Gelecek nesiller Mustafa Şerefden okuyanları birbirlerine gıbeyle, hürmetle gösterecekler ve diyeceklerdirki : O Mustafa Şeref'in talebesidir.

\*\*

O fazilet ve feragatle en üstün derecesinde inananlardandı. Ekser defalar birbirile bağdaşmayan zekâ ve çalışkanlık onda müddehitdiler. Bu itibadla, temiz ve masum bir safiyette ittifak etmişti.

O, idare hukukunun sahasında mahsur kalmış bir ilim adamı değildi. Hukukun diğer kısımlarında ve bilhassa iktisadî ve içtimai mevzularda derin bilgi sahibi idi. Harp sonrasında vücut verdiği türlü rejimlerin hususiyetlerini ve ideolojisini de yakından tetkik ederdi. Bazı mühim hukukî muamelelerimiz dolayısıyla kendisini Banka adına konsülte ederdik. Branşı olmayan mevzularda bile görüş isabetleri ve mantık kuvveti hayrete şayandı. Mantığı o kadar kuvvetli idi ki o isterse insanı batıla bile inandırabilirdi. Fakat yine o, daima hakikati kollamış, sadece onu müdafaa eylemiştir. Muhterem arkadaşım İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi Dekanı Profesör Dr. A. Fuat Bağgil'in çok yerinde olarak ifade ettiği gibi onun muhakemelerini kabul etmemek için insanın kötü niyetli olması lâzımdır.

Sayın Mustafa Şeref Özkan Umumi kültürü şâmil ve derin olan bir varlıktı. Onun kafasında millet, devlet ve amme hizmetleri mefhumlarının birleşmiş, tekemmül etmiş olduklarını Fakülte'deki tedrisat notalarından kolaylıkla anlamak kabildir.

«Milliyet» mefkûresinin hakikî ve öz manasını ise Mustafa Şeref Özkan'dan dinleyiniz :

Aralarında asıl, dil, ırk ve duygu birliği olan ve aynı mukaddere doğru teveccüh etmiş bulunan camiadır.

Bilhassa bu bakımlardan onun şahsiyetinin üzerinde durmak hem ilim müntesipleri ve hem de Türk Vatandaşı için bir nûş kaynağıdır, mukaddes bir vazifedir.

Fakat yine o bütün bunların üstünde insanlığı hem de kemâl halinde temsil edenlerdendi.



Muhakkak ki İzmir idadisinin son sınıfında talebe Mustafa Şeref'in muamele, tavır ve tebessümü arasında fark bulmak kabil değildir.

Yine muhakkak ki talebe, müderris muavini, Meb'us, Müsteşar, Vekil, Profesör, Başkan ve nihayet insan olarak Mustafa Şeref Özkan imtisal nümunesidir. Bu itibarla Türk milleti Mustafa Şeref Özkan'ın şahsiyetinde değerli yüce evlâdlarından birini kaybetmiştir.

Büyük teessürümüzü gençliğin kendisi gibi çalışmakta olduğunu ve yine tıpkı onun gibi yetişmek ve yetiştirmek ülküsünü güttüğünü görmekle bir az olsun azaltabilir, giderebiliriz. Türk milletinin ise gençliğinden bunu beklemek hakkıdır. Zira o, gençliği yalnız sevmekle kalmıyor, gençliğe inanıyor, gençliğe vazife veriyor ve gençlikten alacağı neticelere de itimed ediyordu.

Rahmet Allahın ondan esirgemeyeceği bir şey olmayacaktır.

Sümerbank Hukuk Müşaviri  
*Dr. Münib Hayri Ürgüblü*