

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI No: 1015
HUKUK FAKÜLTESİ No: 211

MUSTAFA REŞİT BELGESAY

İstanbul Hukuk Fakültesi Emekli Ord. Profesörü

KUR'AN HÜKÜMLERİ VE MODERN HUKUK

MEVZUAT İÇTİHATLAR TATBİKAT

FAKÜLTELER MATBAASI
İSTANBUL
1963

BİRİNCİ BAP

PRENSİPLER

BİRİNCİ FASIL

DOĞRU YOL

1. İnsan münasebetlerinde birbirinin husumetini çekmeden dünya nimetlerinden faydalanmalarını sağlayan, onları menfaatlerine zıt hareketlerden, dalaletten koruyan bir Doğru yol (Sıratı müstakim-Asıl hukuk) vardır. Bu yolu kâinatın sahibi olan (Rabb'l âlemin), nizamı âlemin yürümesinde, insanları fiillerine göre cezalandırmada mutlak hâkim olan (Maliki yövmiddin), kullarına acıyan Allah kendine bağlanarak yardım istiyen insan kalbine ilham eder. İnsan Allaha bu ilhamı sebebiyle şükür etmelidir (Elhamdülillah).

FATIHA, Rabbilâlemin. Errahmanir rahim. Mâlikî Yevmiddin... İhdines sıratel müstakime sıratellezine enamte aleyhim. Gayrilmagdubi aleyhim. Veladdalin.

Paygamberin ağzı ile ifade edilen bu ilâhî mecmua (Kitap-Kur'ân) şüphesiz imânı olanlara (müttekiler) doğru yolu gösterir.

BAKARE 2 Zalikel kitabü lâ raybe Fih. Hüden Lilmüttekîn..

2 — MK. kanunda sarahat olmayan hallerde ve umumiyetle kanunun tefsirinde ilmi içt'hatlardan (doktrin) istifade edileceğini yazarak, mevzû hukuka âlimlerin ilham ile sezdikleri, tecrübelerle isâbeti kontrol edilmiş prensiplerin üstünlüğünü kabul etmiştir.

Halk oyu ile kabul olunan 27/5/1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, "Başlangıç Fası" nda, "İnsan hak ve hürriyeti.. sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün harkukî ve sosyal temelleriyle kurma amacını istihdaf" ettiğini kayıt ile mevzuata prensiplerin üstünlüğünü tebârüz ettirmiştir.

3 — Doğru yol Allahın insan kalbine ilham ettiği aklın düşünerek mâkûl bulduğu, tecrübelerin doğruluğunu teyid ettiği hükümler olup ezelîdir.

İSRA 39 Zalike mimma evha ileyke rabbuke minel hikmeti ve latecal maallâni ilahen ehara fetülka fi cehenne me melumen medhura.

İnsanların bazı hareketleri uyandırdıkları reaksiyonlarla birbiriyle geçinememelerine sebep olarak kendilerini rahatsız ettiğini, bazı hareketleri ise iç huzuru ve ferahlık sağladığını müşahade eden filozoflar âdetlere tâbi olmayan, iyi yaşama şartları sağlayan şaşmaz ezeli hareket düsturları bulunduğunu kabul etmişlerdir.

4 — TABİİ NİZAM. Tabii âlem gibi, insan iradesini de hükmüne tâbi tutan Ezeli bir nizam vardır. Bu ilâhî nizam olmasaydı insan nesli kalmazdı.

Erkek kadın arası cinsî câzibe neslin bekasını, doğan çocuklara ana ve babalarının tabii sevgisi bakımlarını sağlıyor.

Bir suç işleyen haklı cezasına râzı oluyor, hâkimlerine kin tutmuyor, bu cezadan ferahlık bile duyuyor, halbuki haksız verilen cezaya isyân ediyor, hâkimine intikam hissi besliyor. Bir kimse kendinde diğerinden bir şey isteme hakkını hissederse, o diğeri de kendini o şeyi vermekle mükellef biliyor, başkasına zararlı kötü bir iş yapan iç azabı duyuyor....

Böylece, hukukî nizam, umumiyetle devlet otoritesinin müdahalesi dışında teessüs ediyor. Sosyal hayatta huzursuzluklar, bazan kişilerin anormal, hasta tabiatlarından, bazı kötü huyları geleneklerle inkişaf etmesinden, bazen de otoritenin keyfî müdahalelerinden, mânasız ideallere sadakatten ileri geliyor.

Hukuk vicdanların birleşmediği nadir haller için hükümler koyar.

İnsanların fizik kanunları hesaplamadan hareketleri felâketlerine sebep olduğu gibi, mânevî tabii nizama aykırı hareketleri de felâketlerine sebep olabilir.

İntizamsız akışı ile bir vâdiden istifâde imkânı bırakmıyan sulardan tabiat kanununa uyarak barajlar yapıp faydalanma kabil olduğu gibi, insan iradesine hâkim tabii kanunlardan da faydalanıp alınacak tedbirlerle umumî huzuru kaçırarak hareketler önlenemez. Her şey ezeli kanunları bularak ona uygun harekete kalır.

Bir memleket âlimlerinin şahsî menfaatlerini önde tutarak, veya bir tazyik karşısında ezeli prensipleri tahrif etmeleri sosyal felâketlerin başta gelen bir sebebidir..

Misâl:

Dinde ikrâh yoktur (Bakare 256), Senin dinin senin, Benimki benimdir (Kâfirun)). İlâhî emrin dinlenmemesi Orta Zamanlarda ve hattâ yakın tarihte din, mezhep, politik kanaat yüzünden insanların birbirleriyle boğazlaşmalarına sebep oldu. Hüküm sürenlerin âlimleri işlerine gelen fetvâları vermeğe zorlamaları (İmamı Azâm gibi yüksek fâzilet

sahibi, fikirleri bugün dahi itibarda bir âlim, kanaati yüzünden hapishanede kırbaç altında can verdiği menkuldür)¹ islâm Devletlerini zayıf düşürdü. Garb Rönesans ile Kur'an hükümlerine uygun olarak fikir hürriyetini kabul ettikten sonradır ki sür'atle terakki adımları atmağa başladı. Kur'an Ezelî prensipleri şahsî menfaatleri için tahrif edenlere büyük azap vâad eder. (b' No. 37).

Vakıa, insan irade sahibi olduğu için bir ahlâkî tabîî kanunun zarurî tesirinde değildir, fakat, fiilinin tabîî olan neticesinden de kaçınamaz. Meseleye ahlâkın müeyyideleri bahsinde döneceğiz.

İ K İ N C İ F A S I L

PRENSİPLERİN LÜZUMU VE NERDEN ÇIKARILDIĞI

5 — Şerhçi denen bilginlere göre bütün prensipler yalnız ilâhî olan, veya devlet otoritesi tarafından mevzu metinlerden çıkarılabilir. Şerhçilerden bazıları hattâ bu metinlerden lojik ameliyelerle çıkardıkları hükümleri, netice ne kadar korkunç olursa olsun, şartlara bakmadan her hâdisede tatbikten ürkmeyiz. Onlara göre, adalet metinlerin herkese her halde müsavî tatbikidir. Adaleti gözü bağlı günahsız bir kızın tam muvazene halinde tuttuğu terazi ile temsil ederler.

Bu görüşte isabet yoktur. Bir âlim metinlerden, ilâhî naslardan bir mâna çıkardıktan sonra, başka biri, hattâ kendisi daha cıkkatli bir inceleme ile daha başka bir mâna çıkarabilir. Metinlerin işlenmesinde hisler, politik sebepler de rol oynar. Mevzu metinlere tapma hukukun gerilemesinde âmil olur.

6 — Doğru yol insan kalbinde ilgilendiği münferit ve müşahhas bir hâdisede bazı şartlarla kendiliğinden doğar. Bütün ilmî keşifler ilham ile olmuştur. Uzun etüdlerle bulunamayan nice hakikatler bazı saf kimselere doğmaktadır. Hakikatlar, daima basit ve açık değildir. İnsanı anladığını, onun menfaatlerine uygun esaslar bulduğunu sanan, nice âlimler hakikatlardan pek azını öğrenebilmişler, kanaatleri çok ke-re zamanın modasından başka bir şey olmamıştır.

Cedlerden intikal eden itiyatlar, yanlış muhakemeler, haklarında hüküm verilecek kimselere karşı sempatik ve antipatik hisler insanın sevki tabîîsine göre hareketine, içine ilham doğmasına mâni oluyor. Sevki

1) Keskiöglü (s. 27 ve t.) İmamı azâmın hapishanede ölümünde politik sebeplerin rolünü izaha çalışıyor.

tabîye uygun büyük prensipler ve fikirler, mütehassıslardan ziyade, kafası müktesep bilgilerle dolmamış ümmilere doğmaktadır.

İlham ancak Allahın seçip, kendine gönlünü çevirdiği kimselere doğar. O istediğini dalalette bırakır.

RAD 27 Ve yekulullezine ... Kul innallahe yüdillü men yeşau ve yehdi ileyhi men enab.

Fakat ilham bazan hayal, çok kere de suistimal ile karıştığından hâkim hükmünü içinden gelen ilhama değil, isâbeti akıl ve tecrübelerle kontrol edilerek ezeli vafına kanaat edilecek prensiplere dayamak zorundadır.

Hâkimler zamanla iştigal mevzuu meselelerde ihtisas kesbederek nizalı hâdisede içlerinden gelen adalet ilhamı ile değil, insiyâkî olarak, sabit bazı kanaatlere esir olarak da karar verirler.

İhtisas ilmin terakkisine yarar, fakat bir noktada ihtisası ileri götüren âlim insanı anlayamaz, sahası dışında hakikatleri göremez, daha tehlikelisi de bildiğini doğru sanarak neticeler çıkarır. Yalnız müstesnâ kabiliyetde adamlar doğru hükümler koyabilir¹.

İnsan münasebetlerini tanzimde selim hisleri olan dahilere doğan fikirler işlenerek bulunan prensiplerle hakimin vicdanen verdiği hüküm kontrol edilmelidir. Bir memleket hukuk sistemi nâdir vafı olan dahi hâkimler üzerine de hesap edemez.

Prensip kaideden şu noktada ayrılır: Prensip şümûlüne giren her meselede doğru yolu gösterir, prensip mahiyetinde olmayan kaide ise mevzuundan başka bir hâdisede kıymetsizdir, hâkimi nizalı hâdisede uygun hüküm aramadan müstağni bırakamaz.

Bir fayda gözetilerek konmuş bir kaide kıyas yolu ile bu fayda bulunmayan diğer hâdisede tatbik olunamaz. Kıyas câzip bir bilgi kaynağı olsa da ihtiyatsız tatbiki tehlikeli olur.

“Alâ hilâf-ıl kıyas sâbit olan şey salre mâkistün aleyh olamaz.” (Mec. 15).

Prensipleri herkes kolay bulamaz, fakat bulunup ifade edilen bir prensipin isbatını selim muhakeme yapan, vicdanı kararmamış, hüküm vereceği işte şahsen hususî menfaat beklemiyen herkes takdir eder.

İlerde tefsir bahsinde, Kur’anda müphem hükümler (müteşâbihat), mânaları açık Ayetlerden (Muhkemat) çıkarılan prensiplerin ışığı altında anlaşılmak gerektiği izah olunacaktır.

Bir prensibin isabeti bazan zamanla düşünmekle de anlaşılır.

1) Carrel s. 53. Carrel s. 143-145.

Sen faydası olsa da olmasa da vaaz et, doğru yolu göster. Allahtan korkan ondan hisse kapar yalnız şâkî olanlar (anlamak işine gelmiyenler) seni dinlemezler, savuşurlar.

Ala 9 Fezekkir in nefeatiz zikra.

Bu Ayeti Osman Râşit (s. 564), Çantay'ın nakline göre (s. 117 Not) Celâleyn yazdığımız gibi, Baltacıoğlu yararsa (s. 515), Ömer Rıza "O halde öğüt fayda vereceği için" (s. 872), Elmalî "Öğüt fayda verirse", diye tercüme etmişlerdir. Elmalî tefsirinde (s. 5763), "vaaz muhatapları hakkında fayda olmayıp zarar melhuz olan hususatta tezkir vacip olmayıp terkine ruhsat" bulunduğu işaret ederek faide yerine zarar getireceği tecrübe ile tebeyyün eden hallerde bu mecburiyetin kalkacağını mülâhaza etmiştir.

Sâbit bir fikire esir olanlara vaaz birden tesir etmese de şuurları altında iz bırakarak zamanla tesir edebilir. Alimler kendileri ile alay edileceğinden korksalar bile ilmi yaymada kusur etmemeli, herkese mü-lâyim gelecek ifade tarzı araştırmalıdır.

Hak anlatılırsa haksız müdafaa için ileri sürülen delillerin kıymetsizliği tezahür eder.

İSRA 81 Ve kul caelhakku ve zehekal batilu innel batile kâne zehuka.

Resullerin vazifesi iyi ve kötüyü, insan fiillerinin âkibetini göstermektir, kalbleri fesat olanlar tahlile dayanmayan delillerle doğruyu örtmeğe çalışırlar.

KEHF 56. Ve ma nürsilul mürseline illa mübeşşirine ve münzirine ve yücadillüllezine keferu bilbatılı liyudhidu bihil hakka vettehazu ayati ve ma ünziru hüzüva.

Normal yaradılıştaki hususî bir kasdı olmayan adam hakikatlere inanır. Sadece kalbleri fesat, maraz olanlar inanmazlar.

NUR 50. Efi kulubihim meradun emirtabu em yehafune en yahitallahu aleyhim ve rasuluhu bel ülaike hümuazzalimun.

AHZAB 12 Ve iz yekulul münafikune vellezine fikulubihim meradun ma veadenallahü ve rasuluhu illa gurura.

Vaızların doğru yol telkinleri tesirli olmak için karşılıklı bir menfaat beklememeleri gerekir.

ŞUARA 145 Ve ma eselüküm aleyhi min ecrin in ecriye illa ala Rabbil Alemin.

Allahın koyduğu prensiplere yapışın (şu veya bu liderin işine gelen sözlerine, hissine tâbi anlayışına değil) onlardan ayrılmayın.

ÂLİ İMRAN 103. Vatesimu bihablilahi cemian ve lateterreku vezkuru nimettallahi aleyküm izküntüm adaen feellefe beyne kulubikum...

7 — Doğru yol prensipleri insan kalbine kendiliğinden doğduğu için ezelidir, her yerde ve her zaman aynıdır.

Şu var ki, insanlar çok kere çeşitli hırslarla, kıskançlıkla tabii kanunu ilham eden vicdanlarına tâbi olmayarak, bir liderin emrine tâbi olup, fırkalara partilere ayrılmışlardır.

İnsanlar tek ümit idiler. Sonradan (hırs, haset, hatalı anlayışla) ihtilâflara düştüler.

YUNUS 19. Ve ma kânennasü illa ümmeten vahideten fahtelevu Velevla kelimetün sebekat min Rabbike lekudiye beynehum fima fihi yahrtelifün.

Kitap gönderenler ihtirasla kıskançlıkla hiziplere ayrıldılar.

ÂLİ İMRAN 19. İnneddinç ... ve mahtelevellezine utül kitabe illa min badı ma caehümül ilmü bağyen beynehüm ve men yekfur biayatillahi feinallahe seriul hisab.

Halk şu veya bu liderin esiri oldukça onun sözlerini münakaşaya cesaret edenlere kötü nazarla baktıkça dünyada bir hukuk birliği tasavvur olunamaz. b. yukarıda Le Fur'un mütalâası (Önsöz III).

Onlardan bazıları sözlerine ilâhî hissini vererek bile bile de hakikati tahrif ederler.

ÂLİ İMRAN 78. Ve inne minhüm leferikan yelvune elsinetehüm bilkitabi litahsebhü minel kitabı ve ma hüve minelkitabi ve yekulune hüve min idillahi ve ma hüve min indillahi ve yekulune allahil kezibe vehüm yalemun.

Ü Ç Ü N C Ü F A S I L

PRENSİPLERİN MAHZURU

8 — Hukukun gelişmesinde rolü olan prensiplere tapacak derecede sadakat tehlikesiz değildir:

a) Bir prensip hakikati görmemiş bir bilginin saplandığı bir kanaat veya yalnız bir hâdiseye intibak edebilen bir kaide, veya sadece

kaideleri anlatmağa yarayan öğretim formülü olabilir. Binaenaleyh prensip haline konmuş bir fikrin sadıkane tatbiki haksız hükme sebep olabilir.

Küçük dımağların büyük prensip fikirleri işliyerek çıkardıkları bazı neticeler karşısında ürpermek kabil olmaz. Mütemadiyen genişletilmek istenen sabit prensipler ihtilâllere kadar gider. Uzun zaman yaşamak istiyen milletler bazı ideal prensipleri mübalağadan kaçınmalıdırlar¹.

Bentham milli şeref, servetin himayesi gibi bazı prensipleri sadakatle tatbik eden Devlet insan ızdırabı ile ilgilenmez, sosyeteyi bir atelye, insanları da istihşâle yarayan âlet görür, önlemesi kolay, bahtiyarlığa mâni olan şeyleri görmez diyor².

b) Hayat hâdiseleri karışık olduğu için bir prensip çoğu halde insan münasebetlerinin ancak bir cephesine intibak edebilir, hâdiselerin insan iradesine tâbi olmayan müterafık hususiyetleri ayrı prensiplerin tatbikini iktiza edebilir. Hâkim zıddı olanı düşünmeden bir prensibi tatbik etmesi haksız bir hükme sebep olabilir.

c) Prensiplerle su sızmaz kenarlı kompantimanlara bölünen hukuk insan hislerini esas tutmaz, ahlâkî kıymetini kaybederek, halkın dilek ve ihtiyaçlarına cevap vermez. (İlerde hukukun esası No. 25).

d) Riyazî ilimler sırf akla dayandığı için kaideleri şaşmaz formüllerle ifade olunabilir. Hayat ilimlerinde ise, münasebetler ya iyi bilinmediği, veya insan iradesi büyük rol oynadığı için, vazolunacak prensip nice halde hakikate intibak etmez. İnsanların anlayış kabiliyeti, maddî veya mânevî tesirlere mukavemetleri, bir hâdiseden duydukları ızdırap, veya zevkleri çok farklı olduğundan, aynı prensibin tatbiki herkes hakkında aynı neticeyi vermez. Kanun ile tesbit olunan bir ceza bazan hâd aşırı, bazan tesirsizdir, bazan da bir mâsumu veya bizzat mağduru müstarip eder³.

1) Demogue 75.

2) Bentham CH. IV. s. 52.

3) Pariste staj yaptığımız zamanlarda idi (1913), büyük heyecan uyardırılmış bir cinayet dâvası ile ilgilenmiştik. Bir Tunuslu müslüman Paris'in işlek bir caddesinde babasını öldürmüştü. Vaktin tanınmış avukatı Labory şahsî dâvacı olan anayı müdafaa ediyordu. Reis şahsımızda Türklere bir cemile olarak Heyet arkasında ekâbire mahsus mevkiden dâvayı takip etmemize müsaade etmişti. Müddeiumumî baba katilinin cezası Fransa'da olduğu gibi Tunus'da da idam olduğunu kaydederek suçlunun idamını istedi. Fakat, şahsî dâvacı vekili Labory'nin derin keder içinde mağdur ananın, katil de olsa, oğlunun idamı ile kederi katmerleşeceğini belâgatla izah etmesi hisleri ile karar

Temyiz mahkemesi son tevhide içtihat kararlarında ifade olunan prensipler çok münakaşa götürür⁴.

D Ö R D Ü N C Ü F A S I L

TALİ PRENSİPLER

9 — Ezeli prensipler mahduttur. Bütün hukuk bu mahdut prensiplere inhisar edemez. Ezeli prensipler mantık oyunları ile işlenerek tâli prensipler, onlardan da tatbik sahaları dar kaideler çıkarılmak lâzımdır. Ezeli prensiplerden çıkarılan, fakat, aklın kabulünde muhtar kalmadığı tâli prensiplerde hatâ ihtimali nisbeten daha fazladır. Bu prensipler ezeli prensiplere uygunluklarına göre kıymet kazanırlar.

Misâl:

Dinlenmiyen veya müdafaaya dâvet edilmeyen kimse aleyhine hüküm verilemez ezeli prensibi (HUK. 73), işlenerek dâvalıya dâva arzuhali tebliğ olup cevap vermesi için 10 gün mühlet verilir (HUK. 195), ona müddetinde cevap vermesine mâni mâzeretini ileri sürerse ilâveten 3 gün daha mühlet verilir (HUK. 198), dâvalı elinde olmayan sebeple bir müddete riayet edememiş ise eski hale getirme (hali sabıka ırcâ) yolu ile müddetin geçmesi sebebiyle düşen hakkının iadesini isteyebilir (HUK. 166) kaideleri konur.

İhtiyaç içinde olanlara yardım sosyal bir vazife olduğu Ezeli prensibi işlenerek mahkemede hakkını müdafa için maişet muzayakasına maruz kalmadan lüzumlu masrafları ödeyemeyen tarafa devletçe yardım edilir (*adli müzaharet*) tâli prensibi çıkarılır, sonra bu yardımın nasıl temin edileceğini tâyin eden kategori kaideler konur (HUK. 465 ve t.).

Ferdin şahsiyetine önemli tesiri olabilen bir karar kendisi dinlemeden itihaz olunamaz prensibi konduktan sonra her hangi bir sebeple kişi dinlenmeden itihaz edilmiş bu kabil karar iptâl olunur, kaidesi konur.

Anayasa “memurlar ve kamu kurumu niteliğindeki meslekî teşekküller mensupları hakkında yapılacak disiplin kovuşturmalarında isnat

verecek olan jüri âzaları gibi, profesyonel mahkeme âzalarına da tesir etti. Hafifletici sebepler beyan olunarak kaatil 8 yıl hapisle kurtuldu.

4) Tev. İct. 4/5/1960 Büyük Heyet R. 8 Haz. 1960. Makalemiz. Mahkeme içtihatlarının otoritesi ve tevhide içtihat kararlarının derdest dâvalara tesiri, Adalet 1960, s. 815.

olunan hususun ilgiliye açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi, yazılı savunmasının istenmesi ve savunma için belli bir süre (müdafaaya yeter) tanınması şart" olduğunu (118) tasrih etmiştir.

FM. bu prensibi tatbik ile ana ve babası dinlenmeden mektep disiplinine aykırı hareketleri sebebiyle, tâlimata uygun olarak ittihaz edilmiş üç çocuğun mektepten tard kararını iptâl etmiştir.

Bu kararda kanun kademeli disiplin cezaları kabul ettiği hallerde selâhiyetli merci daha hafif olanın kifâyetsizliği tebeyyün etmedikçe ağır olanı ittihaz edemiyeceği, ancak kabahatli çocuğun disipline aykırı hareketi mektepte kalmasına müsamaha edilemeyecek derece ağır ve mektebin fonksiyonlarını lâıykı ile ifa etmesine mâni ise tard edilebileceği belirtilmiştir¹.

Anayasa herkes yargı mercilerinde bütün haklarını müdafaa selâhiyetini haiz olduğu (31) umumî prensibini tatbik ile, hiç bir mahkemenin vazife ve selâhiyeti içinde bir dâvayı neticeye bağlamadan imtina edemiyeceğini tasrih etmiştir.

BEŞİNCİ FASIL

NETİCE

10 — Prensipier hâkimlerin işini kolaylaştırır, hükümlerine güveni arttırır, onları hatâdan korur. Bir hâdisede verilecek karar bir prensibe dayama lüzumu hisselunmazsa karara iştirak edecekler arasında çekişmelerin sonu gelmez, onların her biri şahsî temayül ve menfaatine uygun gördüğü noktada ısrar eder. Hükümün objektif olarak evvelden tesbit edilmiş bir prensibe dayanmasında ittifak edilmesi halinde ise çekişmeler sadece hangi prensibin tatbik edileceğine inhisar eder, akıl hâkim olarak münakaşalar hararetlenmez. Bir kararın ekseriyetle verilmesi âdil veya gözönünde olan vaziyetin icabına uygun olmasını iktiza etmez.

Prensipsiz kanunlar birbirine zıt hükümlerle içinden çıkılmaz hale gelir. Hâkimler sübjektif tesirlerden kurtulabilmek için hükümlerine esas tutacakları kaidele Kitap ile objektif olarak tesbit edilmek gerekir.

Mahkeme içtihatları ile mütemadiyen işlenerek örf haline getirilen prensiplerin bazıları sabit fikir olup nizalı hâdisenin hususiyetine intibak etmemektedir. Akıl ile bulunmuş prensiplerin hayata intibak etme-

1) FM. 8 Kasım 1961 JdT 1962 102.

mesi ihtimali az değildir. Hukukun ihtiyaca göre değişmesi zaruri olan maddeî asliyesi lojik yapıya feda edilmemek, hukuk ilmi matematiğe çevrilmemek gerekir. Hayat fikirler, doğuşlar için değil, doğuşlar ve fikirler hayat içindir¹.

Hukukta esas olan Adalet bir değil, birbirini tamamlayan prensipler kümesidir. Bu prensipler kademeli olup biri ötekinin üstündedir.

A L T I N C I F A S I L

MECELLEDE PRENSİPLER

11 — Mecelle 1 inci maddede Fıkıh ilmini tarif ettikten sonra, takip eden 99 maddede prensip kaideler formüle etti. Bu kaideler büyük İslâm filozofu İbninüceym'in Kur'andan, hadislerden, münferit hükümlerden çıkararak ifade ettiği, selim aklın kabulünde tereddüt edemiyeceği musellemât prensiplerin tercümesidir.

Mecelleyi yazarlar prensiplerin tatbikatı kolay olmadığını, onlara sıkı bağlılığın mahzurlarını hesaplıyarak, hâkimleri "*bir nakli sarih bulmadıkça*" bu kaidelerle hükme mezun etmediler. "*Mahkemelerde mamülünbih olacak mesaili fer'iyi*" takip eden bablarda gösterdiler.

Mecelleye göre (1) külli kaidelerin faydası "*her biri nice mesaili muhit ve müştemil olarak*" mevzu hükümlere mucip sebep olmasında "*mesaille istinas hasıl etmesinde ... mesailin zihinlerde takarrürüne bir vesile*" olmasındadır. "*Gerçi, bunların bazısı münferiden ahz olunsa istisna kabul ederse de yekdiğerini takyid ve tahsis ettiklerinden minhaysülmecmu umumiyetlerinde halel gelmez*" Bu kaideler birbirini tamamlayan küldür. Fakat, hakikatte birbirine zıt külli kaideler vardır. Meselâ, "*asıl sakıt oldukça fer'i dahi sakıt olur*" (50) kaidesi "*asıl sabit olmadığı halde fer'in sabit olduğu vardır*" (81) kaidesi ile zıt görülür.

Bazı külli kaidelerde külli vasıf yoktur. Meselâ, "*bizzat tecviz olunmayan şey bittebâ tecviz olunabilir*"² (54) kaidesi küllî değildir; "*Zararı eşed zararı ehaf ile izale olunur*" (27) kaidesinin tatbikatı olabilir.

Bazı küllî kaideler bir hukuk prensibi olmayıp tabii bir münasebeti ifade eder. "*Kim ki bir şeyi vaktinden evvel istical ederse mahrumiyetle muatep olur*" (99) kaidesi bazı hukukî hükümlere esas olsa da nihayet tabii bir kanundur. Hazırlıkları tamamlanmadan işletilmeğe başlanan bir teşebbüsü bu âkibet bekler. Betonlar iyice kurumadan kalıpların alın-

1) İhering Dabin de zikrolunmuş s. 244 Not. 2.

2) Ali Haydar s. 214.

ması inşaatın çökmesine sebep olabilir. Fakat, vaktinden evvel yapılan her iş mutlaka bir kayba sebep olmayacağı gibi, sırasız yapılan her muamele neticesiz kalması zarureti de kabul edilemez. Vaktinden evvel açılmış, mürafaa gününde vakti gelmiş bir dâvanın reddedilmesi dâvalıya faydalı olmadığı halde dâvacının masraf ve vakti heder olmasını gerektirerek zararlı, israfı yasak eden Kur'ân ve hâkimi lüzumsuz masrafa, vakit kaybına mahal bırakmadan dâvayı intaç ile mükellef tutan HUK hükmüne (77) aykırı olur. Yalnız, dâvacının acelesi yüzünden hasmı müdafaada güçlüğe maruz kalmış ise, dâvası reddolunur². Meselâ, kanunî müddetten evvel aleyhine hüküm istenen dâvalı, vakiti gelince hakkı ifa edeceğini söylerse dâva reddolunur. Fakat, mürafaa gününde ödenmesi gereken hak hâlâ yerine getirilmemiş ise dâva mücerret müddetinden evvel açılmış olması sebebiyle reddolunmaz.

“*Bir iş ziyk oldukta müttesi olur*” (18) kaidesi de tabii bir kanunu ifade eder. Fazla tazyikle gazlar kaplarını patlattıkları gibi mübrem ihtiyaçlar için açık kapı bırakmayan bir kanun dinlenmeme tehlikesine maruzdur. Hayat fazla dar tanzimlere dayanmaz. Haddini aşan her şey maksada zıt netice verir. Çalışmak için lüzumlu âletleri haczolunan borçlu hayat mücadelesi ile selâmeti firarda bularak alacaklı daha fazla zarar görür. Daralân iş genişletilir kaidesi “*Hacet umumî olsun hususî olsun zaruret menzelesine tenzil olunur*” (32) kaidesine mucip sebep olabilir.

“*Sakit olan şey avdet etmez yani giden gelmez*” (51) kaidesi de umumî olamaz. Giden üstün bir menfaati iktiza ederse geri dönmek lâzım olduğu gibi düşen bir hakkı kimseye zarar vermeden ihya etmek faydalı olan haller bulunabilir. 51 inci madde ancak muteber surette düşen bir hakkın ihyası arada iktisap edilmiş haklara tesir edemez, mânasında doğru olur.

YEDİNCİ FASIL

İNSAN TABİATI

12 — Ahlâkî kaideler verimli olmak için insan temayül ve hislerini gözetmek gerekir.

Kur'ânda insanın islahı gereken bazı tabiatları tebarüz ettirilmiştir. Bu tabiatları islah edilmeyen insan tabii müeyyidelere maruz kalarak zarar görür.

2) Halen içtihatlar münakaşa etmeden vaktinden bir gün evvel açılmış dâvayı mürafaa gününde vakti gelmiş de olsa reddi itiyat etmişlerdir.

13 — Nankörlük.

İnsan tab'an nefsine zülmeder, nankördür, nimetlere, iyiliklere şükretmez, hattâ kötülükle karşı koymaya bile temayül eder.

İBRAHİM 34. Ve ataküm min küllü maseeltumuhü ve inteuddu ni-metalâhi latuhsuha innel insâne lezalumün keffar.

14 — Acele.

İnsan acelecidir. Acelesinden hayra da şerre de dua eder.

İSRA 11 Ve yedul isanü bişşerri duaehü bilhayri ve kânel insanü acula.

Acele temenni edilen şey hakikatte zarar, bertaraf edilmesi istenen şey faydalı olabilir. Bir teklif etrafiyle mülahaza edilmeden reddedilmelidir. Diyanet anlayışında: "İyilik istiyeceği yerde kötülük ister." s. 371.

Kötü sandığınız bir şey hakkınızda iyi olabilir, hoşunuza giden bir şey de kötü olabilir. Sizin bilmediğinizi Allah bilir.

BAKARA. 216. Kütibe aleyküml kitalü ve huve kürhün leküm ve asa en tekrehü şeyen ve hüve hayrün leküm ve asa en tuhibbu şeyen ve hüve şerrün leküm Vallahu yalemü ve entum latalemun.

Allah kimine az, kimine çok (bir ölçüye göre Diyanet s. 570) verir. Çok kimseler bunun ne için olduğunu bilmez.

SEBE 36. Kul inne rabbi yebsüdur rizka limen yeşaiü ve yakdirü ve lakinne ekseran nasi la yalemun.

İnsan acelesinden menfaatlarını çoğu zaman takdir edemiyor. Bir mürşide bir nasihatçiye muhtaç olduğu haller vardır. Düşünmeden hareket etmesi felâketlerine sebep olabilir. İnsan hususiyle, kendinin veya başkalarının fiili hakkında hüküm verirken bütün zamanını alarak düşünmelidir.

Acele karar zihin muhakemesi yapmağa vakit bulunmaması halinde ve mühim bir zararı defî zaruretile kabul olunabilir.

HUK. hakime, taraflara hislerine kapılmadan, acele etmeden iddia ve müdafaalarını münakaşa edebilmeleri için, icabına göre, ihtarda bulunmak, bazı inzibatî cezalar vermek, bu tedbirler tesirli olmazsa onları dışarı çıkararak muhakemeyi talik, veyahut gıyaplarına intaç etmek selâhiyeti vermiştir (150).

15 — Hırs.

İnsan mala düşkün, haris ve hasıstır.

MAARİC 19. *Innel insane hulika helua.*

İnsan hayalinde tasarladığı, umduğu menfaat peşinde gözleri kararır da kendini rahatsız edecek menfaatlerine aykırı bir karar verir, bulduğuna kanmaz, malını, otoritesini, başkalarının zararına olsa bile çoğaltmak ister. Bu hissi frenlenmiyen insan fakirdir, daimi huzursuzluk içinde bulunur.

Hiç insanın her istediği olur mu?

NECM 24. *Em lil insani ma temenna.*

Allah bulduğuna şükredenlere mükâfatını verir.

ÂLİ İMRAN 145. *Ve makâne linefsin entemute illa biiznillahi kitaben müeccelen ve men yürid sevabed dünya nûtihi minha ve men yürid sevabel ahireti nûtihi minha ve senecziş şakirin.*

Nefislerini hasislikten koruyanlar, başkalarının mallarına göz dikmiyerek bulduklarına kanaat edenler felah bulurlar, muratlarına ererler. (b. No. 93).

HÂŞR 9. *Vellezine tebevveuddare velimane minkablihîm yuhîb-bune... ve men yuka nefsîhi feûlâikehümül muflihun.*

16 — Gurur.

İnsan mağrurdur. Varlığı, yüksek mensubiyeti ile iftihar eder.

İftihar sizi o kadar şaşırttı ki, (Çoğunluk olmak iddianız sizi o kadar meşgul etti ki... Diyanet s. 808) mezar taşlarını bile saydınız. Neticeyi yakında anlarsınız.

TEKASUR 1. *Elhekümuttekasuru hatta zürtümül maka bir. Kella seufe talemun.*

Cesaret ve cür'atini servet ve mensubiyetinden, kuvvetinden alan mağrur, gözü havada insanlar sosyal hayatı alt üst ederler.

Karılarınız ve evlâtlarınız arasında size düşman olanlar vardır, onlardan sakının, kusurlarını bağışlarsanız Allah affeder.

TEGABUN 14. *Ya eyyuhellezine amenu inne min ezvaciküm ve evlâdiküm adurven leküm fahzeruhüm ve in tafu ve tasfehu ve tagfiru...*

Kişinin kibar bir aleye mensubiyeti, iyi terbiye almış olmasına sadece bir karinedir. İyi bir ailenin kötü ahlâklı, kötü, bir ailenin de yüksek ahlâklı çocukları olabilir. Kişinin tanınmış bir aleye mensubiyet iddiası ile hususî bir muamele istemesi muhatabına fena tesir eder.

17 — Kıskançlık.

İnsan tab'an kıskançtır. Bu tabiatını da islah etmesi lâzımdır.

Allahın bazılarımıza tercihan verdiği şeyleri kıskanmayın.

NİSA 32. Ve latetemennev mafaddallahü bihi badaküm ala badın lirricali nesibün mimmektesebu ve linnisai nesibün mimmektesebne ve selullahı min fedlihi innallahe kâne bikulli şeyin âlima.

18 — Riya.

Yeryüzünde kibir ve gurur hissi veren tavırla yürüme.

Mallarını riya gösteriş için dağıtanlar şeytanın yakınlarıdır.

NİSA 38. Vellezine yunfıkune emvalahüm ria ennasi ve la yüminune billahi ve la bilyevmil ahiri vemen yekünışşeytanü lehu garinen fesae karına.

Kur'ân gerçek ihtiyacı olanlara ikram edenleri değil, kendine şöhret ve iktidar temini için muhtaç olmıyanlara ikramda bulunanları kasdediyor, hakikî ihtiyaç sahibine ikram riya da olsa bir derece sevap olur.

Memleketlerinde azametle, calı tavırlarla (riya için) halk önüne çıkıp halkı doğru yoldan saptıranları taklit etmeyiniz.

ENFAL 47. Vela tekünü kellezine haracı min diyarihim bataran ve riâennasi veyesuddune ansebilillahi vallahü bima yamelune muhit.

19 — Mücadele tabiatı.

İnsan tab'an çok hususta (bilir bilmez) mücadele mübahase eder.

Kullarıma söyle birbirleriyle güzel konuşsunlar. Şeytan, onlara (acı ve kötü sözler söyleterek) aralarını açmak ister. Şeytan insanın açık düşmanıdır.

İSRA 53. Ve kul liibadi yekululleti hiye ehzenü inneşşeytane yenzeğu beynehüm inneşşeytane kâne lil insani adüvven mübina.

b. No. 76.

İnsan mücadele tabiatını islah etmelidir. Umumî münakaşa ve müzakerelerin mücadele zevki ile beyhude uzatılması isabetli karara varılamamasına, sosyal muhite zararlı ayrılıklar, hizipler teşekkülüne sebep olmaktadır. İnsanlar birbirinin his ve kanaatlarına hürmet etmek, makul sözlerle fikirlerini müdafaaya çalışmak, ileri gitmeden kaçınmak gerekir. (İlerde müzakere adabı).

20 — İnsan tabiatında birbirine ait iki kuvvet mücadele halindedir.

A. Şeytan denen, insanı fiilin neticelerini aklı ile muhakeme etmesine mani olarak, ani menfaatlarına, zevklerine göre harekete sürükliyen, umumiyetle hisse hitabeden mahiyeti bilinmiyen kuvvet.

Şeytan size fena şeyleri süsleyerek iyi gösterip telkin ile (Fakirlikle korkutarak Diyanet s. 10). emreder.

BAKARA 268. *Eşşeytanu yaidikümul fekra ve yemürüküm bilfahşai Vallahu yaidüküm mağfireten minhü ve tadlen Vallahü vasiunı alim.*

Onun vaadleri aldatıcıdır.

Şeytanın hiyleleri zayıftır (tesiri muvakkattır, biraz düşünmekle, akıl işletmekle kolay önlenebilir).

NİSA 76. *Ellezine amenu... İnne keydeşşetanı kâne daifa.*

NİSA 120. *Yaiduhüm ve yümennihim Ve ma yaiduhumuşşeytanü illa ğurura.*

B. İnsan içinde şeytan kuvvetine zıt Rahmanı bir kuvvet (Vicdan) da vardır. Bu kuvvet insanı diğerlerine iyilik etmeye adaletle harekete zorlar.

Allah insanın kalıbını yaptıktan sonra ona ruhunu üfledi.

HİCİR 29. *Fe iza sevvu'tuhu ve nefahhü fihi min ruhi...*

SECDE 9.

İnsan bu halî ile bazı ilâhî vasıfları inikâs ettirir. Nefis bildirilen ilâhî vasıflara uygun olarak terbiye edilmek gerekir. (Merhamet adalet). Bu terbiyeyi aldıktan sonra insan nefesine itimad etmelidir.

SEKİZİNCİ FASIL

HUKUK VE AHLÂKTA ESAS

21 — Pozitivistlere göre ahlâk ve hukuk camiada yaşayanların münasebetlerinde çokluğun fiilen riayet ettiği kaidelerdir. Bu kaidelere bir esas prensip aramak beyhudedir. Bir milletin ahlâkı da, hukuku da, lisanı gibi, kendiliğinden doğar, tekâmül eder. Pratik bakımdan değiştirilemeyen, fiilen riyeti sağlanan bir vaziyet prensipe uymadığı için hak olmadığı iddiası boştur. Zorla temin edilmeyen hukuk ise paslanmış, işe yaramaz demire benzer¹.

Auguste Comte, ferdi camianın üstünde tutan bir esas prensipe bağlayan hukuk sistemi ile mücadele etmiş, manâsız bulduğu hukuk teriminin politik dilden çıkarılmasını temenniye kadar gitmiştir².

1) Demogue s. 10.

2) Roubier de zikredilmiş s. 155.

İnsan bir camianın saadeti için yaratılmış değildir. Sosyal hakların da bir hududu vardır: Şahsî münasebetler nizamlanırken sosyal tesanüdün mütemadiyen ileri sürülmesi tehlikelidir. Çok kerre sosyal menfaatlardan idare edenlerin menfaati ile karşı. Ekseriyetin menfaati hâkim olduğu bir camiada ise mücadelelerin sonu gelmez, hisler, ihtiraslar hâkim olur. Hukuk insanların bazıları diğerlerini emir ve menfaatlara tâbi tutmaları için icat edilmiş değildir. Hukuku da, ahlâkı da fantaziye tâbi olmayan sabit prensiplere bağlama zarureti vardır.

22 — Ahlâk ve hukukun esas prensipi ne olmak gerektiğinde filozoflar anlaşıyorlar.

Hopss hukuku kuvvete istinat ettiriyordu. Ona göre kuvvet kimde ise hak onun iradesidir. İnsanı paralayan kurt da, onu öldüren insan da haklıdır.

Kuvvet hâkim olduğu yerde haktan bahsedilemez, insan zamanla kuvvetlenir, kuvvetini kaybeder, mütemadi değişmelere maruz hukuk sistemi sosyal huzuru sağlamaz.

Kuvvetle iş başına gelen kuvvetini nihayet hakka çevirmezse zamanla daha kuvvetlisi tabii olarak onu ezerek yerini kapar.

Modern filozofların Hukuk ve Ahlâk için kabul ettikleri esaslar üç grupta toplanabilir. Gelen No. lara bakınız.

23. — A. *Tabii Hukuk*. Mevzuu hukuka üstün insan tabiatına uygun, ezeli, ilhamlarla anlaşılan tabii bir hukuk vardır. Mevzuu hukuk bu tabii hukuku ifade etmek gerekir. Fakat, tatbikat sahasında filozoflar insanların birbirleriyle münasebetlerinde tabii ne olduğunda anlaşıyorlar. Menfaatlara mı? hislere mi? akıllarına mu uygun olan tabiidir?

Tabii hukuku kimin ve nasıl ifade edeceği de meseledir. Pratikte, iktidarı elde tutanlar, tabii hukuk hükümlerini ya anlayamadıkları, ve yahut işlerine gelmediği için çok kere vazedilen hükümlerle tabii olan arasında hattâ uçurumlar bulunmaktadır. Maamafih, hukuk ilmi ve felsefesi ilerledikçe tabii hukuk ile mevzuu hukuk arası farklar azalmakta, bütün dünya hukuku birliğe doğru yürümektedir.

24 — B. *Menfaat*. İnsana iç ferahlığı veren, insanı bir ıstıraptan koruyan her şey, her faaliyet onun menfaatidir, himaye edilmelidir.

Bir insanın şahsî menfaati ve zevki diğerlerinin menfaatlarına uymayarak onun reaksiyonlarına sebep olabilir, hal menfaatları için, daha büyük olan atı menfaatlarını feda etmesi de pişmanlığına sebep olabilir. Binaenaleyh, sırf menfaat hukuk ve ahlâk için sağlam esas olamaz. Mesele ilerde münakaşa edilecektir.

25 — C. *Hisler*. İnsanın başkalarına iyilik etme tabii hissi bir derece hukuka esas olabileceği iddia edilmiştir. Menfaat sası hodbînliğe dayandığı halde, his esası diğerkâmlığa dayanır.

Adam Smith'e göre halkın sempatisini çelbeden her şey Hayır, nefretini, antipatisini celbeden şey Şerdir. İnsan bitaraf bir müşahidin hürmetini kazanacak gibi hareket etmelidir.

Hisler de hasren hukuka esas olamaz. Kötü hisleri olan, kötülük eden insanlar çoktur. Kimseye faydası olmayan bir başarı göstereni, çehresi güzel olanı sempatik, talihin sevki ile tam başarı gösteremiyeni, karşılaştığı manilere, fedakârlıklarına bakmadan antipatik bulanlar çoktur. Cesaretle işlenmiş bir cinayet failini takdis edenler bile vardır. Bir hakikatı söyleyeni muhiti bu hakikat işine gelmiyorsa kovar.

Adam Smith'in hisleri takdir için aradığı tarafsız müşahit bulunmaz.

Şeref telâkkisinin zamana, muhite göre değişmesi de his esasının kabulüne manidir. Meselâ, kumar borcu, bazı muhitlerde, aileleri mahvettiği düşünülmeden şeref borcu sayılıyor.

His esası gizli işlenen suçlarla alâkalı da olmaz. Diğerkâmlık hot-kâmlıktan daha iyi olduğunu da herkes kabul etmez.

Muhite, zamana, şahsa göre değişen hisler ezeli alemşümül düsturlar olamaz.

Yalnız umumiyetle her zaman ve her yerde insan tabiatında ve ilâhî vash olan ruhunda diğerlerinin menfaati için kendi menfaatini hiçe sayarak harekete sevkeden temayüller de vardır ki, bu hisler ahlâka ve hukuka esas olabilir.

26 — D. *Mâkulât*. Geçen asırda yaşamış tanınmış filosof Kant hukuku ve ahlâkı, menfaata ve hislere tâbi olmadan akla istinat ettirdi. Ona göre, insan akli ile bahtiyarlığını sağlayan ideal kaideler bulabilir. Akıl insana menfaat hesaplarına ve hisselerine bakmadan vazifeler yükler.

Kant ahlâk prensiplerini üç formülle ifade eder:

1) Herkes müsavî olarak dünya nimetlerinden faydalanır, bir insan diğerinin bahtiyarlığına vasıta ve âlet değildir. Nihai gaye bütün insan şahsiyetinin yükselmesidir.

2) Kendi iraden bütün dünya insanları için müşterek düstur imiş gibi hareket et, faaliyetine ona göre hüküm ver.

3) İnsan başkalarının işine yarar vasıta olmadığına göre kendi iradesi umumî nizama esas olur, kimse üstün bir iradeye tabi olamaz.

27 — E. *Kur'ân*. Kur'ân hisleri de menfaatleri de içine alan bir

ADALETİ emir etmektedir. Adalet tek bir formül değil, ideal prensipler kümesidir, hem akıl ile hem de hislerle tayin olunur. “Din bilgisi gönül bilgisi olup... Varlığını zorla sindirir... Aklın kavrayamayacağı çok gerçekleri” n¹ kavranmasını sağlar.

Kur’ân ahlâk ve hukuk için menfaat, his, akıl esaslarını konbine etmektedir. Makul olan da budur: Akıl insanların maddî menfaatleri kadar tabii hisleri ile de hareket etmelerini emir eder. Hisleri ve menfaatleri hesaba katmadan akıl ile bir esas bulup neticeler çıkaran hukuk ve ahlâk rolünü yapamaz. Herkesin hisleri, menfaat anlayışı da fikirleri de akılları da bir değildir. Hasren hisler hukuka esas olursa bir çok maddî menfaatler lüzumsuz yere feda edilmiş olur. İnsan menfaat hesaplarında aldandığı gibi, akli da kendini aldatabilir.

Akıl ile bulunan bir kaide hisler ve menfaat hesapları ile kontrol edilmeli, tatbikatı tarafları memnun etmeli, umumun kabulüne mazhar olmalıdır.

Kur’ânda çok ayetlerde kalplerin ahlâkî vazifeleri anlayabileceği, kalpleri katı olanların bu vazifeleri kavrayamayacakları yazılı olduğu gibi, akıl ile kontrol edilmeyen hisler insanı hatâyâ düşürebileceği de beyan edilmektedir. Hatâların bir hayli sebepleri, insanların hislerine kapılarak veyahut aşırı lojikle hüküm vermeleridir.

Kalpler de, hisler de insanı hatâyâ düşürebilir.

İşitmediğiniz bir şeyi işittik diyenler gibi olmayın.

ENFAL 21. Vala tekunu kellezine kalu semina vehüm layesmeun.

Zararlı olan gözlerin değil, kalplerin körlüğüdür.

HAC 46. Efelem yesiru fil ardı feteküne lehüm kulubün yakilune biha ve ezanün yesmeune biha feinnehâ lâtamel ebsaru velakin tamel kulubülleti fıssudur.

Hüküm verecek olan karşısındakini harekete getiren sebepleri onun hislerini de gözönünde tutmak, onu anlamak da gerekir. (b. Hakkaniyet bahsi).

Bu ayeti Diyanet... “Ama yalnız gözler kör olmaz fakat, göğüsler de olan kalpler de körleşir s. 445, Çantay daha doğru olarak “hakikat şudur ki gözler kör olmaz fakat.. kalpler kör olur.” s. 608 diye ifade etmişlerdir.

Allah doğru yolda yürümelerini istediği insanların kalbini açar, yumuşatır, yanlış yolda yürüteceklerinin de kalbini daraltır.

1) Baltacıoğlu Allah Nedir s. 128.

Allah sözlerini (doğru yol hükümleri) kalplere ilham ettiği Hak ve Adalet (hisleri ile) tamamlandı. Onları değiştirmeye kimsenin gücü yetmez.

ENAM 115. Ve temmet kelimetü Rabbike sıdikan ve adlan lâmü-beddile likelimatîhi ve hüvâsseemiul alim.

Kur'ânda her ayet başında Besmeleler de Rahim terîmi ile Allah kullara merhamet hissini ilham etmektedir.

Senin onlara kalplerini kırmadan yaptığın muamele Allahın ilhamıdır. Katı yürekli olsaydın onlar senden kaçarlardı.

ALİ İMRAN 159. Febima rahmetin min Allahi linte leküm velevkünte fadzan galizel kalbi len fadzu min havlike fafu anküm vestagfir lehüm ve şavirhüm filemri...

Bu ayet Peygamberin sözünü dinlemiyerek camiayı kötü duruma düşürmüş olanlara karşı lüzumsuz yere danlıcı muamelelerden kaçınması Allah tarafından tasvip edildiğini ifade eder. Akıl işleterek veya sabit bir prensip güderek içten gelen merhamet ve sevgi hissine bakmadan katı yürekle hareket edilmesi isyanları tahrik eder. Faydacılık prensipine de uymaz.

Kişinin diğerinin ıstırabını azaltmağı istihdaf eden hareketi olan merhamet tamamen hissidir, mevzuata, kararlara esasa tutulmak gerekir.

Normal yaradılıştta insan diğerinin ıstırabını elinde olan şeyi yaparak, onu sözle teselli ederek azaltmağa çalışır. İnsanın nefsinde tatbikına razı olmayacağı şeyi ahan hakkında reva görmemesini emir eden ayet de (Rum. 28 b. No. 36) hislerin mevzuata esas tutulmasını iktiza eder. Kur'ân üstün menfaatlarn ihmal edilmemesini de emreder. Mesele ilerde No. 155 de anlatılacaktır.

Kur'ân hükümlerine mucip sebepler beyan, mevzuatın makulata istinatla işlenmesine işaret (Nahl 125), menfaatlarn ihmal edilmemesini mir ettiği için hislerin ve menfaatlarn akıl muhakemesi ile telifi lüzumunu ilham ediyor.

İnsan akli ile bütün hayvanlara kıyas edilemeyecek kemal derecesinde olduğu için akli ile kendi saadetini sağlayabildiğı gibi, aklını kötüye yorarak dünyanın en sefil ve korkunç bir mahlûku da olmaktadır. Bu noktaya işaret eden ayet:

TİN 4. Lekad halaknelinsane fi ahsen takvîm. 5 Sümmerradednahü esfele safilin.

İnsan akıl hakimiyeti ile korkunç mahlûk olmaktan kurtulur. His-

ler ve menfaatlar akıl muhakemesine tâbi tutularak hükümler konmak gerekir.

28 — *Pragmatizm.* Asrımızda İngilterede ve Amerikada türeyen Williams James tarafından işlenen bir doktrin fikirleri tatbikat sahasında neticelerine göre kıymetlendirir, netice hayır ise makbul addeder.

Bir fikrin neticeye bakmadan sırf akıl veya his ile kabulü veya reddi insanı hareketsizliğe mahkûm eder, peşinden edinilmiş bir fikir olmadan gelişi güzel iş yapanların başarıları ise hiç gibidir. İnsan başarı için sabit bir doktrine esir olmadan hayatın icaplarına uygun, verimli fikirlerle hareket etmelidir.

Pragmatist ahlâkî meselelerde Allahın varlığını ve uhrevî azbı kabul eder. Çünkü, insanı, ahirette kötü fiilleri sebebiyle cezalandıracağı kanaatı doğru yolda yürütür.

Gerçekte, Allah korkusu ahlâk ve hukukun en ciddi müeyyidesi görünür, sosyal emniyeti korur, ölümden sonraki büyük mükâfat kanaatı ile insana iyiliği itiyat ettirir, sağladığı iç ferahlığı, huzur ile hayatın zevkini artırır.

İbadet de iyidir, çünkü insan ibadetle büyük bir iç ferahlığı duymaktadır. İyi neticesi olan her şeye inanmak gerekir.

29 — *Hizip ve fırkalar.* Esas prensiplerde anlaşma umumiyetle teferruatta anlaşmayı kolaylaştırır. Fakat bir esas fikire saplanmış lidere her noktada esaret insanlar arası mücadelelere sebep olan hizipleşmelere yol açar, müsbet hakikatların kaybolmasına sebep olur.

Din bahsinde birbirinizden ayrılarak hizipleşmeyin. Her hizip kendi fikir ve hareketini överek ferahlanır.

RUM 32. Minellezine ferreku dinehüm ve kânu şiyaan kulle hizbin bima ledeyhim ferihun.

30 — *Prensipler ve lojik.* Lojik doğru kabul edilen bir fikre uygun neticeler çıkarmağa yarayan kaidelerdir, akıl işidir, fikir hatâ ise netice de hatâ olur. Prensip doğru olduğu halde bir hâdisede şartlar itibarıyla tatbiki hatâ olabilir. Her hâdisede bir prensipten çıkan neticeler selim hislerle kontrol edilmelidir. Selim hisler yardım etmezse akıl doğruyu bulamaz, oysa ki, selim hisler sayesinde akıl işlemese bile doğru anlaşılabilir. Bununla beraber prensiplerin formül edilmesi faydalıdır. b. No. 6.

31 — *Hukukun iki unsuru.* Geçen No. larda verdiğimiz izahata göre hukukun biri ihtiyaç ve tecrübelerin, diğeri adalet hislerinin ilhamı olan iki unsuru bulunacaktır. Halkın mal ve hizmet mübadelesinde ihtiyacının ve tecrübelerin ilham ettiği hükümler âdil olmak gerekir. Adalet

unsuru ihtiyaç unsurundan farklı olarak sabittir, ezelidir, ona tekaddüm eder.

Mevzu hukuk insanların ihtiyaçlarını tatmine yarayan âdil hükümler koyar, tecavüz olunan hakların tamir şeklini tayin eder, tamirini sağlayacak teşkilât kurar.

DOKUZUNCU FASIL

HUSUSÎ VE ÂMME HUKUKUNDA PRENSİPLER

33 — MK. az prensip formüle etmiş, daha ziyade prensiplerin tatbikatı olabilecek kaideler koymuştur. Bu kanunun Başlangıç faslında yazılı kaideler şümulleri itibariyle prensip vasfını haiz olup bütün medenî münasebetlerde tatbik olunur. FM. bu hükümleri tabîî hukukun ifadesi kabul ediyor. Ezcümle 2 nci maddede yazılı Hüsniyet kaidesini takip hukukunda da tatbik ile alacaklı, borçlu, icra memurunun selâhiyetlerini suiistimal etmelerini himayeden mahrum bırakmakta, hâkimin ve idare memurlarının ahlâkî prensiplere uymayan kararlarının tenfizini caiz addetmemektedir².

FM. kararlarında usul hukukunda olsun, âmme hukukunda olsun, hususî hukukta olsun karşılaşan menfaatları tartarak hükümler sevk etmektedir². Türkiye Temyiz mahkemesi de menfaatlar tartılarak üst olanın tercihini prensip kabul etmektedir³. Meseleye Adalet faslında döneceğiz.

Hüsniyet prensipi karşılaşan menfaatlardan keyfiyet bakımından üstün olana ön verilmesini, bir kimsenin hakkını kullanmasından diğeri zarar görmemesini, biri zar ederken diğeri sebepsiz bir şeyler kazanmamasını iktiza eder.

Tartıda ağır basacak menfaat içtihatlarla tayin olunacaktır.

34 — Usul hukukunda esas prensip hakların en az masrafla ve azâmi suretle teminidir.

Hakkı temin etmiyen, veya kadırmadığı masraf ve vakit kaybı ile temin eden usul kaideleri sadece haksızları veya mütevassıtları memnun edebilir.

Usul hukukunda doğru hüküm başta gelir. Geç ve masraflı da olsa hakkı açıklamaya yarıyan usullerden vaz geçilemez. Fakat, hakkın gecikmesi başlı başına haksızlık olduğu hallerde, zaruret hududunda iyi

1) Egger M. 27 altı s. 254.

2) FM. 17 Haziran 1957 JdT. 1958 196. 19 Mart 1953. JdT. 1953 II 104 ve bu kararda gösterilen içtihatlar.

3) Tev. İçt. 4/2/1959 R. 28 Nisan 1959.

adaleti temin edecek usuller bir derece geriler. Meselâ, borçlunun kaçırması ihtimali fazla görünen malları, iddia olunan alacağın doğruluğu ince usullerle tahkiki beklenmeden ihtiyaten haczolunabilir. Yoksa, uzun zaman süren tahkikattan sonra verilecek hüküm alacaklıyı tatmin edemez.

Hâkim sadece hakkı tesbit ve temin bakımından faydası hayalî görünen usullerle işi uzatmamak, masrafa boğmamak gerekir (HUK. 77). Meselâ, hasara uğratılmış malın kıymeti 1000 lira mı, 1100 lira mı olduğunu tahkik için 50 lira ücretli bir ehli vukuf tayin olunamaz. Fakat acele olmıyan, ve masraf kaldıran bir işte hakkın inkişafına yaradığı dünya tecrübeleri ile anlaşılmış usullerden vazgeçilmemek gerekir. Ezcümle, avukatlar bir dâvada karşılıklı olarak müvekkilleri hesabına nizaalı hâdiseyi derinleştirerek, vakıaları sıralıyarak, faydasız tafsilât ile mahkemeyi işgal etmeden hakikatın açıklanmasına yardım ettikleri için müdahaleleri masrafları çoğaltsa bile, yasak edilemez. Hattâ taraf kendi işini düzgün şekilde mahkemeye arzedemiyorsa beraberine bir vekil almağa, (71) hislerine kapılarak, heyecanını zaptedemiyerek izah ederken hasmını zor duruma düşürmekte ise celseden çıkanlarak kendini bir avukatla temsile zorlanabilir (HUK. 70).

HUK. dâvaların hususyetine göre adî muhakeme usulünden başka, Şifahî (473 ve t), Basit (507 ve t.) Seri (501 ve t.) muhakeme usulleri de kabul etmiştir.

35 — *Ceza hukukunda* prensip, sosyal menfaat hududunda adalettir. Bir ceza haklı olmak için âdil olması yetmez, sağladığı sosyal menfaat suçlunun şahsına, mağdura, diğerlerine inikâs suretiyle sebep olduğu zarardan üstün olmak da gerekir.

Halkın endişelerini izale, heyecanını teskin menfaati, diğer üstün sosyal veya ferdi menfaatlar karşısında geriler. Sosyal menfaatleri korumak için emniyet tetbirleri de bariz derecede üstün ferdi menfaatları ihlâl etmemek şartıyla alınabilir. Meselâ, bir deli kendinin veya aharın emniyetini tehdit eden bir şey yapmış veya yapacağından ciddî bir korku var ise enterne edilir, fakat kimseye zararı dokunmayan bir akıl hastası enterne edilemez.

CK. bir suça teşebbüs edeni fiili bir mani ile karşılaşmamışken hissettiği pişmanlıkla suç unsurlarını tamamlamadan vazgeçerse (nakıs teşebbüs) cezadan muaf tutar (61). Onun bu tövbesini kabul ile suçun önlenmesinde sosyal menfaat üstündür. İlerde afiv bahsinde meseleye döneceğiz.

İKİNCİ BAP

KUR'AN

BİRİNCİ FASIL

UMUMİYETLE KUR'ÂN HÜKÜMLERİ

36 — Kur'ân ferдин şahsî menfaati (ferdiyetçilik) ve sosyal menfaat (sosyalizm) esaslarına bağlanmadan münasebetleri, selim hislere uygun, neticeleri velud hükümlerle tanzim etmiştir, (No 26). Nazil olan âyetlerden akılın hisleri ve menfaatleri kombine ederek lojik ameliyelerle çıkardığı umumî prensipler (MUHKEMAT) münferit hükme esas olacaktır. Esas hükümlerden de tali prensip ve kaideler çıkarılır.

Kur'ân âni değil, hazmolunması, zihinlerde takarrür etmesi için yavaş yavaş nazil oldu¹.

İSRA 107. Ve Kur'ânen feraknahü litekreehu alennasi alamüksin ve nezzelnahü tenzila.

Nice hükümler çok âyetlerle tekrarlanmıştır.

Vahyi hemen anlamış gibi okumağa kalkma, onu zihne sokarak karar kıldırma bize aittir.

KIYAMET 16. La tuharrik bihi lisaneke litacele bihi. 17 Innealeyha cem'ahu ve kur'anehu.

Kalbe gelen ilham ile anlaşılan hakikatler tatbik sahasına konmadan evvel zihin muhakemelerine tabi tutularak işlenmek gerekir. b, No. 26.

Bir âyetin mânasını anlamak için mükerreren okumak, çok düşünmek, diğer Ayetlerden çıkan manâlarla karşılaştırmak gerekir.

Kur'ânın anlayışı kolaylaştırıldı.

KAMER 17. Velekad yessernel Kur'ane lizzikri fehel min müddekir.

1) Bu âyetler tefsir bahsinde ele alınacaktır (No. 114).

Kur'ânda anlayışı kolaylaştıran, zihinlere çarptıran teşbihler, mecazlar, darbı meseller vardır, mucip sebepler gösterilmiştir.

BAKARA 26. *Innallahe layestahyi enyadribe meselen mabaude-ten tema fevkaha, fe emmellezine amenu feyalemune ennehül hakku min rabbihim, ve emmellezine keferu feyekulune mâza eradallahu bilhaza mselen, yudıllu bihi kesiran, ve yedi bihi kesiran, ve ma yudıllu bihi illel fasikın.*

Mücerret hükümler müşahhas misallerle canlanır, açıklanır. Fakat darbı meseller hakikatı açıkladıkları kadar, kalbi fesat olanların da işine yarayabilir.

Muhatabı şaşırtmak için mesel bulanlar vardır.

İSRA 48. *Unzur keyfe darabu lekel emsele fedallu felâ yestatiune sebıla.*

Darbı meseller, mübalagalı mukayeseler, benzeyişler de eklenerek muhakemelerimizi şaşırtabilir, dalalet sebebi olabilir.

Darbı mesellerin ifade ettiği manâyı ancak prensiplere nüfuz eden âlimler anlayabilirler. Halk onlardan kendi kendine mâna çıkarmağa çalışmamalı, darbı mesellerin zihinlerde uyandırdığı bulanık fikirlere kapılmamalıdır.

Halk için prensiplerden ziyade tafsilât önemlidir. Âlimler prensiplerden çıkardıkları ameli hükümleri halka bildirecekler, icabında darbı mesellerle zihinlere sokacaklardır.

Kur'ânda mevzuatın ruhuna nüfuz için tafsilât vardır.

ENAM 126. *Ve hâza sıratu rabbike müstekimen, kad fassalnel ayati likavmin yezzekkerun.*

Hâkim vereceği hüküm neticelerini zihnen nefsine inikâs ettirerek düşünmedikçe insan ıstırabını karşılayan, ölçen bir metnin şumulünü isabetle takdir edemez.

Allah iyi anlaşılması için Ayetlerini nefislerinizden alınan misâllerle tefsir ve izah eder.

RUM 28. *Darabe leküm meselen min enfüsiküm, hel laküm min-ma melket eymanüküm min şürekâe li ma razaknaküm fe entüm fihi sevaün tehafunehüm kehifetiküm enfüsekküm, kezalike nufassılül ayâti likavmin yakılun.*

37 — Kur'ânda tahrifler saklamalar. Kur'ân metin veya hüküm-

lerini ihtiraslarla tahrife çalışacak menfaat düşkünleri bulunabileceğini hatırlatarak onlara büyük azap vaadettmektedir.

Allahın sözlerini tâhrif edenlerden daha zalim kim var.

ZÜMER 32. *Femen ezlemü mimmen kezebe Allahi ve kezzebe bissıdkı izcaehü....*

Kur'ân hükümlerini saklıyarak sağlanan menfaat kursağa alınan ateştir.

BAKARA 174. *İnnellezine yektümune ma enzellelaahü minel ktiabı ve yeşterune bihi semenen kalilen ülaıke ma yekülune fi butunihim illennara ve lâ yükellimühümullahü yevmel kıyameti ve la yüzekkihı vele hüm azabün elim.*

Bildiğimiz hak olan şeyleri saklamayın, onu batıl ile karıştırmayın.

BEKARA 42. *Vela telbisül hakka bilbatili ve tektümül hakka ve en tüm talemun.*

Elleri ile yazdıkları kitabı bayağı menfaatları için Allaha izafe edenlerin vay haline.

BEKARA 79. *Feveylün lillezine yektübunel Kitabe bieydihim sümme yekulune haze min indillahi liyeşteru bihi semenen kalilen feveylün lehüm mimma ketebet eydihim ve veylün lehüm mimma yeksibun.*

Sözleri Kitap olduğu his ve kanaatini vermek için uydurdukları şeye sizi inandırmağa çalışırlar.

ALİ İMRAN 78. b. No. 7.

Bilgileri olmadan boş sözlerle halkı doğru yoldan şaşırtmağa çalışanlar, Kur'ân ile alay edenler vardır.

LOKMAN 6. *Ve minennasi men yeşteri lehvel hadisi liyudille ansebilillahi bigayri ilmin ve yettehizeha hüzüven ülaıke lehüm azabün mühin.*

38 — Kur'ân herkesin kolayca anlayabilmesi için arapça indirilmiştir.

YUSUF 2. *İnna enzelnahü Kur'anen arabıyyen lealleküm takilun.*

Kur'ân ayetleri arapça bilmiyenlere kendi dilleri ve anlayacakları ifadelerle anlatılmak gerekir. Kur'ân katoliklerde bir esas prensip olan rubaniyeti kabul etmemektedir. Hüsnüniyetle her âlim Kur'ânı anlamada serbesttir.

Namazda türkçe Kur'ân okunabileceği münakaşa edilmektedir. Bu münakaşayı din âlimlerine bırakalım.

Ruhbaniyet bir din başkanının (lider) ilâhi iradeyi anlayışı kat'î olup başkalarının aksi anlayışları hatâ sayılması, mukaddes metinleri liderden başkaları tefsire mezun olmamasıdır.

İ K İ N C İ F A S I L

KUR'ÂNDAN NASİH VE MENSUH AYETLER MESELESİ

39 — Bir hayli müfessirler Kur'ânın bazı Ayetleri sonradan nazil olan Ayetlerle münfesihi olduğu, ortadan kalktığı kanaatındadırlar. Bu kanaat şu Ayete dayanır.

Biz bir ayeti tatbiki daha kolay, ihtiyaca daha uygun, daha hayırlı olanı yerine koymadan unutturmayız, neshetmeyiz.

BEKARA 106. *Ma nensah min eyetin ev nünsiha neti bihayrin minha ev misliha...*

Diğer bazı müfessirler ise bu Ayetin Kur'ândan evvelki kitapları istihdaf ettiğine kanidirler¹.

Hangi ayet diğerinden evvel nazil olduğunda ittifak edilemediği Surelerin bazıları Mekke'de, bazıları Medine'de nazil olduğu, Kur'ân tertiplenirken nüzul tarihlerine işaret edilmediği, aynı hüküm bir çok ayette tekrarlandığı nazara alınırsa bir ayetin diğerini neshettiğini kabul zordur.

Zıt görünen ayetler karşılaştırılırsa her birini bir hikmeti muhtevi olduğu, hakikatta bu zıtlık olmadığı anlaşılır.

Allah daha hayırlısını ikame ederek ötekini unutturmadan bir ayeti feshetmediğine göre zıt görünen hafızalarda kalmış iki ayetten, zamanla değişen ihtiyaçlara, tutulacak işe en uygun olanı ile amel edilebilir. Allah kullarını iki hüküm arasında muhayyer bırakmakla kolaylıklarını murad eder. Büyük müfessir Tibyanın dediği gibi, hayriyette Ayetlerin hepsi birbirine müsavidir. Zira cümlesi kalamullahtır².

Şu aşağıdaki ayetler bu görüşü kuvvetlendirir:

1) Ömer Rıza s. 31 Not. 2.

2) Tibyan C. I. s. 72.

Sen sünnetimizde (Makadder hareket normları) değişme göremezsin.

İSRA 77. Sünnete men kad erselna kableke min rusulina ve la tecidu lisunnetina tahvila.

Kur'ân daha evvel gönderilmiş Kitapları teyit, tasdik ve tefsir eder.

YUNUS 64. Lehumül buşra filhayatiddunya ve filahireti latebdile lîkelimatillahi zalike hüvel fevzül azim.

BAKARA 97 ALİ İMRAN 4.

Bu âyetlerden anlaşılıyor ki Kur'ân Tevrat ve İncil hükümlerini de bozmamış, yalnız onların doğru metinleri unutulduğundan, öğrenilmesi, yeni ihtiyaçlara göre de anlaşılmaları, tatbiklerinde tereddütleri izale için aynı prensipleri izah ve zaman hâdiselerine intibak ettirmiştir.

Kur'ân bir âyet ortadan kaldırılsaydı o âyeti herkesin unutacağını, beyan ettiğine göre hatırlanmış bir âyetinin münfesihi olmasını kabul zordur.

Biz inceleme mevzuumuzda, müfessirlerin zıt buldukları ayetlerin birbirini tamamladıklarına, izah ettiklerine kanaat ettik.

Zıt bulunarak münfesihi olduğu iddia olunan ayetler bilhassa, mutedil faize müsaade, vicdan hürriyetini beyan, hayırlı vasiyeti emir eden ayetlerdir. Modern hukukun tatbikatını yaptığı bu ayetler tahsis olunan bahislerde incelenecektir.

Bazı müfessirler Kur'ânın yüksek prensipleri ifade eden bazı ayetleri bile çok yanlış anladıkları ayetler ile mefsub olduğunu iddiaya kadar gittiler. İşte göze çarpan bir iddia:

Vahbi meşhur olan tefsirinde Araf 199 ayetini izah ederken

Tefsiri 'Hazende Çaferi saldıka izafetle muhasım vaziyet alanlara şiddetten, kötü muamleden sakınılmasını emir, zarurî ihtiyaçlara yaramayan, halkı sıkan malî teklifleri meneden bu ayet Kur'ânda mekârimi ahlâkî ziyadesiyle cemettiğini yazdıktan sonra bazıları bu ayetin başı ve sonu zekâtın farziyetini beyan eden ayetle, cahillerle güzel konuşma emri de kital ayetle mefsub olduğunu iddia ettiklerini kaydediyor¹.

Kur'ânda en yüksek ahlâkî fazileti beyan ettiği kabul olunan bir hükmü ortadan kalkmış addetmek için büyük cesaret lâzımdır.

1) Bu Ayetin mânası: Nasa afiv ve mülayemetle muamele, aklın mustahsen, iyi bulduğu şeyle emir et. Mantık kabul etmiyen sabit kanaatlı cahilleri kendi hallerine bırak. Onlarla mücadele etme.

Vehbi tefsirinde bazıların "afiv ile emir nasın malından fazla olandır. Buna nazaran zekâtın farziyetini beyan eden ayetle mensuhtur. Cahillerden iraz ile emir kital ayetleri ile mensuhtur" kanaatında olduklarını yazmış, fakat bu kanata iştirâk etmemiştir. C. IX. s. 237-238.

İktidar halka şartlara göre ödemesi büyük sıkıntı olacak ağır bir vergiyi, hele ihtiyaçlar icabetmemişken Zekât diye yüklemesi kabul olunabilir mi? Zekât namı verilerek mecburi lüzumsuz bir vergi tarhı sermayelerin terekümüne, hayır sahiplerinin serbest olarak yakinen ihtiyaçlarını bildiklerine yardım etmelerine imkân bırakmaz. Zekât verilmesinde nice sosyal faydalar vardır, fakat devletin hudut tanımayan zekât diye ağır vergi koyması tehlikelidir. Otoritenin düşündüğünü tenkide cesaret edenlere karşı kital ayetleri ile müsaade edilmiş diye ölüm cezası tatbik etmesi Kur'ân ile yasak olan teaddiye, zulme gitmez mi? Sosyal muhitte huzuru kaçırmaz mı? Kital ayetlerinin doğru anlayışı tasavvur edilen tenakuzu ortadan kaldırır.

ARAF 199. Huzil afve ve'mur bilmarufi ve arid anil cahilin.

Allah ebedî hayat dusturu olarak indirdiği Kur'ân'ın bir kaç yıllık tatbikini müteakıp bazı hükümlerini feshettiği iddiası kabul olamaz.

Ü Ç Ü N C Ü F A S I L

AHLÂKÎ VE HUKUKÎ HÜKÜMLER

Din, Ahlâk, Hukuk doğru yolu gösteren üç disiplindir.

Orta zaman Avrupasında Klisenin tesirinde bu üç disiplin birbirine karışmıştı: Dinen caiz olmıyan bir şeye ahlâkan da müsamaha edilemez, sosyal bir müeyyide tatbik olunurdu.

Kur'ân hükümlerinin çoğu, dini veya ahlâkî mahiyettedir, devlet otoritesi tarafından temini emir edilen hükümler nisbeten azdır. Ahlâkî sahada hükümleri toplum hukuka çevirerek müeyyideye bağliyabilir, b. No. 15.

A. Ahlâkî hükümler.

40 — Ahlâkî mahiyette hükümleri dinlemiyenler kendiliğinden tabii müeyyidelere maruz kalırlar, fakat haklarında sosyal bir müeyyide tatbik olunamaz. Bu hükümler nasihatlarla, misallerle, örneklerle neticeleri tecessüm ettirilerek anlatılır, fail bu hükümlere şahsen doğruluğuna inanarak kendiliğinden itaat eder.

Kur'ân hükümlerinin ahlâkî mahiyeti şu Ayetlerle tebarüz eder:

Kur'ân bütün dünya insanlarına hitap eden vaaz ve öğüttür.

YUSUF 104. Ve ma teselühüm aleyhi min ecrin In hüve illa zikriunlilalemin.

Kur'an ile hakikat tecelli etti. Onu anlayanın içi ferahlar, anlamıyan da kendine zarar verir. Ey Peygamber seni dinlemiyenlere sizin haminiz değilim de.

YUNUS 108. *Kul ya eyyuhennasü kad caekümül hakku min rabbiküm femenihteda feinnema yehtedi linetsihi ve men dalle feinnema yedillu aleyha ve ma ene aleyküm bivekil.*

Biz seni onlar üzerine bekçi göndermedik. Sana lâzım olan tebliğdir.

ŞURA 48. *Fein aradu fema erselnake aleyhim hafizan in aleyke illel belağu ve inna iza ezeknel insane minna rahmeten feriha bina ve in-tusibhüm seyyietün bima kaddemet eydihim feinnel insane kefur.*

Sonra hesap sorma bizimdir.

RAD 40. *Ve in ma nuriyenneke badellezi naiduhüm ev netevet-feyenneke feinnama aleykel belağu ve aleynel hisab.*

Keza **MAİDE 100. ENAM 105.**

Resulleri yalnız ümit vermek ve korkutmak için gönderdik. Onları dinli-yenler ferahlar, korkmaz, keder görmez.

ENAM 48. *Ve ma nursilül murseline illa mubeşşirine ve münzi-rine femen amene ve aslaha fela hafün aleyhim ve lahüm yahzenun.*

Allah düşünerek anlayabilmeniz için beyanlariyle tavsiyede bulunur.

ENAM 15 Kul... *Zaliküm vessaküm bihi laalleküm takilun.*

Kur'anı nasa doğru yolu anlatmak için indirmedik. Ona uyan kendi nef-sine hayır yapmış olur, ondan ayrılan kendine eder. Sen olar üzerine zabıt ve koruyucu değilsin.

ZÜMER 41. *Inna enzelnä aleykel Kitabe linnasi bil hakkı femenihteda felinetsihi ve men dalle feinnema yadillu aleyha ve ma ente aleyhim bivekil.*

Allahın resulleri güvенеbilecek nasihatçılardır.

ARAF 68. *Ubelliğukum risalati rabbi ve ene leküm nasihun emîn.*

MÜMIN 54. *Hüden ve zikra liulilelbab.*

Dünya zevklerine dalarak din ile alay edenleri hallerine bırak. Onlara Kur'an ile vaaz et.

ENAM 70. *Ve zerillezi nettehazu dinehüm laiben ve lehven ve ğarrathumul hayatud dünya ve zekkir bihi entubsele nefsun bima kese-bet leyse leha mindunillahi veliyyün ve la şefiun ve in tadil kulle adlin*

*layuhaz minha ulaikellezine ubsilu bima kesebu lehum şerabun min ha-
mimin ve azabun elimün bima kanû yekfurun.*

Nefislerine vazifelerini ihmal ile hiyanet edenleri müdafaaya çalışma.

*NİSA 107. Yestahfune minannası ve la yestafune minallahi ve
huve maahum iziyübeyyitune mala yarda minel kavli ve kânallahu bima
yamelune muhita.*

İnanmıyanlara Kur'an ile büyük cihada çık.

*FURKAN 52. Fela tutiil kâfirine ve cahidhüm bihi cihaden ke-
bira.*

İnandırıncı sözlerle hasmın yenilmesi ciddi ve kat'î olur. Kılının te-
siri ise başta kalması ile kaimdir: Napoleon Bonapart nihayet bu hakikati
teslime mecbur kalmıştır. b. No. 124.

Sana inanmıyanlara herkesin ameli kendinindir. Ben sizin işinizden, siz
de benimkinden mesul değilsiniz de.

*YUNUS 41. Ve in kezzebuke fekul li amali ve leküm amelüküm
entüm beriune mimma amelü ve ene beriün mimma temelun.*

Hülâsa, Kur'an hükümlerine riyet etmiyenlerin sorumluluğu sos-
yal otoriteye karşı değil, Allaha ve kendi vicdanına karşıdır.

41 — AHLÂKÎ ŞUUR.

İnsan tabiatında, ahlâkî şuur denen, fiillerine zihin muhakemesi
ile kıymet hükmü veren, sebeplerini araştıran bir iç his vardır. Bu his
iyi ve kötü olanı ayırır, bizi iyiye çeker, iyi hareketten sonra içimize fe-
rahlık, kötü hareketten sonra da sıkıntı verir. Meselâ, ne için hiddet et-
tiğimizi araştırırız, sebep iyi ise ferahlık, fena ise üzüntü, ıstırap duyarız.
Başkalannın iyi hareketleri karşısında kendimizi üstün, bilsak da içi-
mizde onlara hürmet hissi uyanır.

42 — AHLÂKIN MÜEYYİDELERİ.

Devlet otoritesi hukuka çevrilmeyen ahlâk kaidelerine riayeti temin
etmez, bu kaidelerin müeyyideleri kendiliğindendir.

Allah insanların bazı kötü işlerini karşılık bir hareketle veya fiillerinin
neticesi olarak uğradıkları bir zararla defetmeseydi dünya fesada uğrardı.

*BAKARA 251. Fehezemühüm bi iznillahi ve katele Davudu ca-
lute ve atahullahül mülke velhikmete ve allemehu mimma yeşau ve lev-
la defullahinnase badahum bibadın lefessedetil ardu ve lakinnallahe zü
fadlin alel alemin.*

Bütün kötü hareketlerin tabii müeyyideleri zaruri değildir, cezasız kalan kötülükler vardır. Bazan bir iyilik kötü neticeyi önlüyor, bazen de tesadüfler neticeye mani oluyor, bazen de netice az çok uzun bir zaman sonra tahakkuk ediyor.

Allah kötülüğüne karşılık vermede iyiliğe karşılık verdiği kadar acele etseydi nas helak olurdu.

YUNUS 11. *Veleu yûaccillulahu linnasişşerre isticalehüm bil hayri lekûdiye ilelhim ecetühüm fenezzerüllezine layercune likaena fituğyanihim yamehun.*

Bütün dünyayı dolaşan, ezeli hareket prensiplerini dinlemiyenlerin halini görün (de ibret alın).

RUM 42. *Kul siru filardi fenzuru keyfekâne akibetüllezine min kablü kâne ekserühüm müşrikin.*

Doğru bir yol bulunduğuna inanmıyanlar ona aykırı hareketlerinin neticesi olan belâdan kendilerini kurtaramazlar.

RAD 31. *Velekad istühzie birüsilin mikablîke fe emleytü lillezine keferu sümme ehaztühüm fekeyfe kâne ikab.*

Ahlâkın Kur'an da zikredilen müeyyideleri gelen fırkalarda izah olunur.

43 — İç huzuru.

Ahlâka riayet edenler iç huzuru duyarak, ve çoğu halde muhatabin kalbini kazanıp ati bazı menfaatlarını garanti ederek şahıslarına menfaat sağlarlar. Ahlâka aykırı hareketi ile diğerinin canını sıkan da onun temin edeceği muhtemel karşılıklı menfaatlardan mahrum kalarak, onu kendi aleyhine tahrik ederek zarar görür.

Allah bir hayır işliyenlere iç huzuru ve ferahlık verir işlediklerini karşılıksız bırakmaz.

BAKARA 158. *İnnessafa velmervete min şeairillahi femen haccel beyte evitemera fela cunaha aleyhi en yeddavvefe bihima ve men tedavvaa hayren feinnallahe şakirün alim.*

Ahlâkı bozuk olan mal ve mülkünden tam istifade sağlayamaz, malları ona iç huzuru vermez.

ALİ İMRAN 116. *İnnellezine keferu len tuginiye anhüm emvalühüm ve la evladühüm minallahi şeyen ve ülaike ahabünnari hüm fiha halidun.*

ŞUARA 208.

Ahlâka uygun hareket edenler bıraktıkları iyi nam ile maddi vaziyetlerini daha iyi hale getirirler, mevkilerini kuvvetlendirirler.

SAFFAT 78. *Ve terekna aleyhi fil ahirin.*

(Nuh Peygamber münasebetiyle).

Mallarını hayırlı işlere sarfedenlerin karşılık sağladıkları maddi menfaat, fedakârlıklarının yüz misine kadar gider. Fakat, verdikleri şeyleri minnet ve eza ile başa kakanar haz ve ferahlık duymazlar. Muhtaca üzüntü kaynağı olacak bir karşılık bekliyerek bir şey vermekten, onu tatlı sözlerle teselli etmek daha hayırlı olur. Bir muhtaca, faydalı olmak için değil de, etrafa gösteriş için (riya) yapılan iyiliğin tesiri muvakkattır, kayalar üzerindeki topraklara benzer: hafif bir rüzgâr bu topraktan eser bırakmaz. İman ile verilen mal ise bol mahsul veren toprağa benzer, yağmur olmasa bile çığ de mahsul sağlar. Mallarınızdan işe yararları ayırarak diğerlerinin ihtiyacını karşılayın. Sadakaları herkese duyacak şekilde vermeniz hayırlıdır, fakat gizli tutmanızın tesiri katmerli olur.

BAKARA 261. *Mesellüllezine yunfikune emvalehum fisebililahi kemeseli habbetin enbetet seb'a senabile fi külli sünbületin mietü habbetin Vallahu yudaifu limen yeşâü Vallahü vasiun alim.*

BAKARA 262. *Ellezine yunfukune emvalehüm fisebilillahi sümme layutbiune ma enfeku mennan vela ezen lehüm ecrühüm inde Rabbihim ve lahafun aleyhim velahum yahzenun.*

BAKARA 263. *Kavlun marufun ve mağfiratün hayrün min sadakatin yetbeuha ezen Vallahu ğaniyyün halim.*

BAKARA 271. *İntübdüs sadakati feniimma hiye ve intuhfuha ve tutühel fukarae fehüve hayrün leküm ve yükeffiru anküm min seyyiatiküm Vallahu bima tamelune habir.*

44 — Vicdan azabı.

Hakıl bir sebep yokken diğerinin menfaatlarına tecavüz edenin içine korku düşürürüz.

ALİ İMRAN 151. *Senulki fikulibillezine keferurrube bima eşreku billahi malem yünezzil bihi sultanen ve me' vahümünnarü ve bise mesvezzalimin.*

Başınıza gelen, nereden geldiğini bilmediğiniz müsibetler nefsinizdendir, yaptığınız kötülüğün neticesidir.

ALİ İMRAN 165. *Evelemma esabatküm müsibetun kad esabtüm-misleyha kultüm enna haza kul hüve min indi enfusiküm Innallahe ala külli şeyin kadir.*

İnsan yalnız başına yaşayamayacağı için hareketini diğerinin inkişafına mani olmayacak surette ayarlamazsa mütemadiyen karşılaştığı reaksiyonlarla üzüntü içinde kalır.

İnsana tabii hislerini başkalarınınki ile denkleştirecek ahlâkı inkişaf huzur ve sukûn sağlar.

Yaptığın işlerin defterini oku. Hesap sormak için nefsin yeter.

ISRA 14. *İkræ kitabeke kefa binafsikel yevme aleyke hasiba.*

İnsan zaman zaman yaptığı işlerin iyi veya kötü taraflarını düşünme ihtiyacını tabii olarak hisseder. Kötü işlerinin sebep olduğu vicdan azabından kendini zor kurtarır.

İster Allahın verdiği bir ceza, ister ecdattan intikal eden bir his, ister insan camialarının inandıkları bir hurafe kabul edilsin, anormal yaradılışlar müstesna, umumiyetle insan şahsiyetinde vicdan denen gizli kuvvet işlediği bir kötülükten ötürü onu ezmekte, hattâ illetli yapmaktadır. İnsanı günahını mazur göstermek için bulduğu sebepler iç azabdan kurtaramamaktadır. Failin tövbe ile mağdurundan af dilemesi, cezasını bir derece çekmesi ıstırabının biricik devası görünüyor. İşlediği cinayetten sonra duyduğu azap ile intihar eden, aklını kaybeden, ceza görmek için teslim olan suçlular çok görülmüştür. Dini mahiyetinden tecrit edilse de formül olan değil, fakat bütün kalple günahını kendi kendine düşünerek tövbe edenler şifa yolunda adım atmaktadırlar. Bütün bu psikolojik tesirler ilmi olarak izah edilemiyor, tecrübelerle anlaşıyorlar¹.

1) Selektion Juliet 1961. s. 120 Dril Blandton. Resister aux tentations.

Okuduğuna göre, bir katil henüz mahkûm olmadan hissettiği derin vicdan azabı ile tevkifhanede kendini asmış, üzerine de iç azabından kurtulmak için kendi hükmünü kendi verdiğini ifade eden bir levha koymuş (Vatan 2 Mayıs 1962).

Yazdığı romanlar ile bütün Rusyada ve Garbi Avrupa'da şöhreti yayılmış, eserleri muhtelif dillere tercüme edilmiş olan Leon Tolstoin'in hayatının son safhası, vicdan denen kuvvetin tesiri bakımından enteresandır. Stefan Zovvig'nin almanca yazdığı (Alzir Hella ve arkadaşı tarafından fransızcaya tercüme edilmiş Tolstoi adlı eserden (Victor Alttinger 1928 Paris ve Neuhatel 1928) şu malûmatı toplayabildik.

Tolstoi 1828 yılında doğdu, 82 yaşında 1910 da öldü. O aristokrat zengin bir aileye mensuptu, eserleri ve faaliyeti ile babadan kalan servetini dört misline çıkmıştı (500 000 ruble tahmin olunuyor), sıhhati mükemmel, kuvveti fevkalâde idi. O kadar ki, 65 yaşında bisiklete binme hevesine düşmüş, 70 yaşında patenlerle kaymış, 80 yaşında jimnastik yapmış, Gençliğinde bütün zevkleri tatmıştı. Evli kadınları kandırmış, kumar oynamış, nihayet âşık olduğu kadınla evlenmiş, 13 çocuğu olmuş, büyük arazisini işleten esir köylüler o lüks

İnsanın yaptığı kötü işlerinde kendini mazur görmesi boştur. Kaçacak yer Allahın huzurudur, kişinin vicdan azabını azaltmak için bulunduğu sebepler doğru yolda yürümesine mani uyuşturucu anestezidir.

İnsan kendini vicdan azabından kurtarmak için mazur gösteren sebepler arar. Kaçacak yer nerede?

KIYAMET 10, 11, 12, 13, 14, 15. Yekulul insanü yevmeizin

bir araba ile veya kısarak üstünde geçerken eğilmiş, yayılmış şöhreti sayesinde herkes ona büyük saygı göstermişti. Bu nimetler ona bahtiyarlık sarhoşluğu verdi. O kadar ki Tolstoi not defterine mutlak bahtiyarım" diye yazmış.

Fakat, dünyada bir emeli kalmıyarak rahata kavuşanları fikirleri rahat bırakmaz, bir şeyler yapmağa zorlar. Bu varlığın tabii bir kanundur. İman edenlerde ruh değişmesi yavaş yavaş oluyor da kriz olmuyor. Tolstoi de bu değişme birden olduğu için büyük bir buhran altında ezildi.

Tolstoi yalnız, şeref, para zevk peşinde koşmuştu. Hakikatlar onu ilgilendirmiyor, hayatı olduğu gibi kabul ediyordu.

O 50 sini geçtikten sonra bir gece gördüğü rüya ile lüks, taşkın, ahlâka uymaz hayatından ürperdi, çalışmadan da, şöhretten de, servetten de, kendine gösterilen hürmetten de sıkılmaya başladı, rahat ve huzuru kalmadı. Onda hayatın ve her şeyin bir hiç olduğu sabit fikri yerleşti. Şaşkına döndü. O vicdan istirahati için günahlarını hatıra defterine şöyle yazarak itiraf etti: Harpte çok adam öldürdüm, (subay olarak Sebastopol harbine iştirak etmiş, Gürcülerle döğüşmüştü). Duello yaptım, serf (yarı esir) köylülerden aldığım ağır kiralari kumarda yedim, onları haksız cezalandırdım. Evli kadınların kocalarını aldattım, gurur ve servet ve şöhret peşinde edebiyat yaptım, içimdeki iyi hisleri kovdum, günahlara kadar alçaldım.

Tolstoi dinsizken hristiyan olup kliseye gitti. İncilleri derinleştirdi, onlardaki sonsuz hatâları, tenakuzları görünce de yeni bir din kurma hevesine düştü. Allaha, İsa'ya itikadı esas tuttu. Fakat, İncil'de kötülüğe karşı şiddetle mukabele etme ayetini işliyerek şiddetli hareketleri tahrik ettiğini sandığı Devlet, Çarlık, Mülkiyet, Kilise ile mücaleye başladı. O ciddiyetine halkı inandırmak için köylü kıyafetine girip eline tırpanı, sapanı aldı, mallarını ailesine dağıttı, fakat rahata kavuşamadı riyakârlıkla itham edildi. Şöhrete veda etmek hattâ idam olunarak artık çekemediği hayattan kurtulmasını bile istedi, anar-sist kesilerek neşriyat ile Çar'a hücumu başladı. Bu son teşebbüsünde kendire tabi olanların sürüldüğünü, çeşitli işkencelere uğradığını görerek ıstırap arttı. Fakat Çar memurlarına Tolstoi'ye dokunmayın, ona şehit mertebesi vermek istemem demiş.

Nihayet Rusya dışında bir yerde tanınmadan sakin hayat yaşamak istedi. Allah ona bu hayatı da nasip etmedi. O bir gece sbaha karşı gizlice evinden kaçtı, yanına hususî doktorunu alarak trene, üçüncü mevkie köylü kıyafetinde kasketini gözlerine kadar indirerek yerleşti. Tesadüf biri onu tanıdı, sevenler sevmiyenler vagonu istilâ ettiler. Ona hudutta bir köyde artık seyahatine devam edemeyeceği tebliğ olundu. Mevsim kıştı, köyde otel yoktu. İstasyon müdürü kendi mütevazî odasında onu misafir etti. Tolstoi orada hastalandı ve öldü.

eynel mefer. Kella lâ vezzer. İla rabbike yevmeizinil müstekar. Yünebbeül insanü yevmeizin bima kaddeme ve ahhar. Belil insanü alâ nefsihi basıratün. Veleu elka maâzirahu.

Kabahatlerini kendi kendilerine mazur görenler, gizliyenler neticeyi değiştiremezler.

İşlediği kötülüğü affetmesi için Allaha yalvaranlar kurtulur.

NISA 110. Ve men yamel suen ev yazlim nefsehü sümme yestağfirillahe yecidillahe ğafuren rahima.

45 — Zor durum.

Yalancı ve günahkârlar yüzlerinden bellidir. Felaketle karşılaşınca hem-parlarını yardımlarına çağırırlar.

ALAK 17. Nâsiyetin kâzibetin hatie. 18. Felyedu nadiye.

Kötü bir iş yapmış olan iyi maksadına kimseyi kandıramaz, sorgusunda hali ve sözleri maksadını belli eder, tevilleri, aleyhine olan vaziyeti değiştirmek için baş vuracağı vasıtalar halinin telkin ettiği kanaati çok kere kuvvetlendirir. Yalnız samimî sözlerin kendiliğinden inandırma kudreti vardır.

İyilik edenin yüzü açık olur, fazlasıyla karşılık görür. Fenalık eden de o nisbette zelil ve hâkır olur, yüzü kararır.

YUNUS 26. Lillezine ehseul husna ve ziyadetün velayerheku vucuhehüm katerün vela zilletün ülaike ashabül cenneti hüm fiha halidun.

Doğru hareket edenin yüz açıklığı, kötü iş yapanın muhitine izahat vermeden çekinme ihtiyacı, halkın husumetine maruz kalması ahlâkın tabii müeyyidesidir.

Allah hainlerin hiylesini muvaffak etmez.

YUSUF 52. Zelike liyaleme enni lem ehunhü bilğaybi ve ennel-lahe layehdi keydel hainin.

Çeşitli günlük işlerinde Kur'ânı dinleyerek, cömertçe hareket edenlerin işleri kolaylaşır, onu dinlemiyerek hasislikle, hayırdan kaçınanlar da güçlük çeker.

LEYL 5. Feenma men ata vetteka... 6. Ve saddaka bil husna. 7. Fesenüyessiriruhu lilyüsra. 8. Ve emma men bahale vestagna. 9, 10, 11. Vestagni.

Allah mazluma yardım eder de, nice halde kötülük cezasız kalmaz.

Onların hakka tecavüz için yaptıkları hiyleyi bir karşılık hiyle ile neticesiz bıraktık. Bak hiylekârların akibeti ne oldu. Onlar işin bu şekli alacağını düşünmezlerdi.

NEML 51. *Ve mekeru mekren ve mekerna mekren ve hüm la yeş'urun.* 52. *Fen'zur keyfe kâne akibetu mekerrihum...*

46 — Ahlâksızların birbirine düşmesi.

Allah hak yolundan şaşanları hiziplere ayırarak biribirine düşürür.

ENAM 129. *Ve kezalike nüvelli badazzalimine badan bima kânu yesibun.*

ENAM 65. *Kul hüvel kadiru ala en yeb'ase aleyküm azaben min fevgiküm ev min tahti erculiküm ev yelbiseküm şiyeen ve yuzika bada-kum bese badın. Unzur keyfe nusardül ayati leallehum yefkahun.*

Hakkı batıl üzerine musallat ederek ezdiririz.

ENBİYA 18. *Bel nakzifü bilhakki alel batili feyedmağuhu feiza huve zahikun ve lekümül veylü mimma tasifun.*

Allah insanların bazı kötü işlerini karşılık bir taarruz veya fiillerinin neticesi olarak uğradıkları bir zararla defetmeseydi dünya fesada uğrardı.

BAKARE 251. *Fehezemühüm bi iznillahi ve katele Davudu calute ve atahullahül mülke velhikmete ve allemehu mimma yeşau ve lev-la defullahinnase badahum bibadın lefesedetil ardu ve lakinnallahe zü tadlin alel alemin.*

Doğru yolda yürümiyenlerin malları ve evlâtları felâketlerini önleyemez.

Ahlâka aykırı hareketler reaksiyonlara sebep olur.

LEYL 11. *Ve ma yugni anhümaluhu iza teredda.*

Bütün müsibetler nihayet fiillerinizin cezasıdır. Fakat, Allah kullara acır da çok kusurlarını bağışlar, müsibete uğramazlar.

ŞURA 30. *Vema asabeküm minmusibetin febima kesebet eydiküm ve yafu an k'sir.*

47 — Ahlâkî taktirler ve adalet anlayışı sübjektiftir zaman, ve me-kâna göre değişir. Fakat, haddi zatında iyi veya fena olan, zamana ve mekâna, failin şahsî kanaat ve telâkkisine tabi olmıyan objektif bir ahlâk da vardır. b. No. 50.

Bir hayli ahlâkî faaliyetlerin neticeleri failin şahsına inhisar etmekte, etrafına akisler de yapmaktadır. Pratikte, çok kişiler, ilim ve faziletine güvendikleri kişilerin nasihatlarını dinlerler. Halk büyük adamları taklit etmekle doğru hareket ettiğini sanır. Böylece, ahlâkî şuurun tekâmülünde gelenekler önemli rol oynar. Bundan başka, kişinin nefsine inhisar eder görünen bazı fiilleri yakılarını da rahatsız etmekte, veya onlara örnek olarak muhite yayılmaktadır. İnsanlar arasında tabii bir tesanüt

bulunmaktadır. Bu tabii tesanüt bir taraftan ahlâka uymaz fiilleri işliyenlerin işgal ettikleri sosyal mevkie göre nisbeten daha ağır mesuliyete tâbi tutulmalarını, diğer taraftan da tabii hisle başkalarını taklit etmiş olanların mesuliyeti hafifletilmesini iktiza etmektedir. Fakat, umumî prensip kimse şahsî kusuru olmadıkça diğerinin faaliyetinin hesabını vermekle mükellef tutulamamasıdır.

Kur'ân bu esasla uzak edilen hükümler sevk etmektedir:

Kimse diğerinin işlediği günahı mesul değildir.

ENAM 164. *Kul eğayrallahi ebğî rabben ve huve rabbu külli şeyin ve lateksibu küllü nefsin illa aleyha ve lateziru vazîretün vizre uhra sümme ila rabbiküm merciukum feyünebbiüküm bima küntüm fihi tah-telifun.*

(Fakat) bir günah işliyen, işlediği günahı başka diğerlerinin ona uyararak işledikleri günahları da yüklenir.

ANKEBUT 13. *Ve le yahmilünne eskalehüm ve eskalen mea eskalihim ve le yüselünne yeumel kıyameti amma kânu yefterun.*

Bak biz ölüleri nasıl yaşatırız. Onların amel defterine eserlerine uyarak başkalarının işledikleri iyi işlerin de kötü işlerin de kaydı devam eder.

YASİN 12. *İnna nahnü nuhyil mevta ve nektübü ma kaddemu ve aserehüm ve külle şeyin ahsaynahü fi imamin mübin.*

Ey Peygamber karıları siz açıktan fuhşa dalarsanız göreceğiniz azap iki kat olur.

AHZAB 30. *Ya nisaennebiyyi men yeti minkünne bi fahişetin mürebeyyinetin yüdaat lehel azabu difeyni ve kâne zelike allahi yesira.*

Allah Peygamber olan Nuh ve Lutun kanlarına işledikleri günah-tan ötürü halk üzerinde kötü tesiri itibariyle katmerli cezalar verdiğini kayıt ile otoritenin veya ona mensubiyeti iddiasında olanların işledikleri suçların daha ağır cezalandırılması lüzumuna işaret etmektedir. b. No. 80.

Bir emniyet âmiri herkesin gözü önünde bir suç işler, arabasını ni-zamî sür'at üstünde sürerse cezası iki kat olmak gerekir.

B. HUKUKİ HÜKÜMLER

48 — İnsanın sadece şahsî tekâmülüne yanyan, sosyal akisleri ol-mıyan vazifeleri hukukun sahasına alınamaz. Bu vazifelerin toplum kuv-vetleriyle temini gayeyi aşar, zıt netice de verebilir. Ahlâk haricî tazyikle temin edilemezse inkişaf edebilir. Zorla temin olunacak bir ahlâkî va-zife, meselâ muhtaca yardım içe ferahlık vermez. Mecburî yardımlardan, muhtaç olanlardan ziyade, sun'î tavırları ile kendini muhtaç gösterenler, ahlâkî vazifelerine lâkayt kaldıkları için muhtaç vaziyete düşmüş olan-lar faydalanır.

Ahlâkî vazifelerin müeyyidesi Allah korkusu muhitin reaksiyonu ve nihayet ferdin duyduğu iç hisler olabilir. (Geçen No. lara bak.). Gerçekten Devlet bütün ahlâkî faziletleri yürütebilmek için hafiye ordusu beslemek lâzımdır, daha fecii de bu halde herkes jurnal edilme tehlikesine maruz bulunarak sosyal muhitte umumî endişe havası eser.

Ahlâk konusunda idareye düşen vazife mekteplere ahlâkî vazifelere riayetsizliğin neticelerini misallerle, örneklerle tebarüz ettirecek ehliyetli öğretmenler, camilere vâizler, umumî konferanslar verecek hatipler seçmek, hakimlere düşen vazife de ahlâkî vazifeleri hükümlerinde tebaruz ettirmek, büsbütün müeyyidesiz bırakmamaktır.

49 — Ahlâkî vazifelerle hukukî vazifeler arası fark mahiyetlerinde değil, tatbik olunacak müeyyidelerdedir.

Hukuk ahlâkî sahada kalan bir vazifeye riyeti cezalarla temin etmez. Fakat, temin edemediği bu vazifelere yabancı da kalmaz. Ahlâk ile hukuk arasında pek sıkı bir irtibat bulunmak icap eder. Gerçekten Ayette denildiği gibi ahlâksızlığın teammüm ettiği muhit ihtilâllerle, düşman istilâsı ile dağılmağa mahkûm olur.

Zulüm yapan kavimlerin kökü kesildi.

ENAM 45. Fekutia dabirul kavmil lezine zalemü velhamdü lillahi rabbillalemin.

50 — Ahlâkî vazifeleri vicdan dikte eder. Fakat, kişinin bir ahlâkî vazifesini anlamaması, veya tabii müeyyidesini göze alması diğerlerinin haklarına tecavüzüne, sosyal emniyeti tehdit edebilen şeyleri yapmasına müsaadeyi tazammum etmez. b. No. 47.

Devlet otoritesi tarafından hukuka çevrilerek bir müeyyide ile temini lüzumu bakımından ahlâkî vazifeler ikiye ayrılır:

a) Menfi olan ahlâkî vazifeler: Kimsenin hakkına tecavüz etmemek, kimseyi rahatsız etmemek, b) Müsbet olan vazifeler: ihtiyaç içinde olanlara elde olan yardımı yapmak.

51 — I. Kişinin diğerlerine karşı menfi olan ahlâkî vazifelerinin hepsi (haklara tecavüz etmemek) hukukun sahasındandır.

Devlet makamı bütün bu vazifelere riyeti uygun tetbirlerle sağlar.

MK. herkese şahsiyetine vaki tecavüzün ref'ini ve kanunun tayin ettiği hallerde, ezcümle, mütecavizin kusuru varsa, tecavüz yüzünden uğradığı zararın tazminini istemek hakkı tanımaktadır. (24)

CK. tasrih ettiği bazı tecavüzleri cezalandırıyor.

Kur'an kişilerin vazifelerini ahlâk sahasına bırakmış. Başka mahdud bazı vazifelere riayet etmiyenler hakkında sosyal muhit tarafından tatbik olunacak bazı müeyyideler tayin edilmektedir.

izafe etmiştir. Misâl; zina eden erkek ve kadının her birine yüzer deynek vurun (Nur 2) gizli zinayı ihbar edene 80 deynek vurun (Nur 4) ayetleri hukukî hükümlerdir¹.

52 — Kişinin nefsine karşı vazifelerini ihmal etmesi hukukun sahası haricinde kalırsa da diğerlerine kötü misal olan, diğerlerini rahatsız eden, baştan çıkaran hareketi hukukî müeyyidelerle yasak edilebilir. Ezcümle, parası kuvveti veya fiili nüfuzu ile gençleri kötülüğe teşvik eden, gürültülü içkili âlemlerle, çeşitli israflarla civar halkın rahatsızlığına, rezalete sebep olan, bu halleri ile kendi sıhhatını tehlikeye koymamış olsa bile, devamlı olarak nezarete tabi tutulmak için hacir altına alınarak servetini zararlı kullanmasına fırsat verilmez (MK. 356).

Ahlâkı mazbut olsa da, geçirmekte olduğu ruhi krizler sebebiyle kendinin veya başkasının emniyetini tehdit etmekte onlar da hacir edilerek emniyet korunur, (MK. 355).

Sui hali veya kötü idaresi yüzünden kendisini veya ailesini zarurete maruz bırakan kişi hacir edilip bir vasi tayin olunarak ailenin istikbali konunur.

Kişiye, şahsı veya ailenin emniyeti için umumî olarak muamelelere ehliyeti kaldırılmasına lüzum olmazsa yalnız suiistimalinden korkulan işlere ehliyeti kaldırılarak bir müşavir tayin olunur (MK. 379). Kendine müşavir tayin edilen kişi diğer muamelelerinde ve gelirinde tasarrufta serbest kalır.

MK. 356 ncı maddede kötü huylar, 355 maddede başkasının emniyetini tehdit sebebiyle hacri kabul etmiştir. Bu haller birbirile karışmaz. Ahlâksızlık hasren akıl zayıflığı neticesi ise 355 inci mad. tatbik olunur.

FM. ye göre daimî nezareti veya yardımı icabettiren her anormal ruhi hal akıl zayıflığıdır.

Kişinin tabii hislerini uzvi bir tegayyürle frenleyemiyerek halk nazarında çirkin hayâsız sayılan hareketlerden (Kur'ânda Velfahşai) vazgeçememesi sui hal olup hacrini icap edilebilir (356).

Kişinin başkalarının ahlâkî emniyetini ihlâl etmesi akıl hastalığı veya zayıflığı neticesi ise 355 inci madde tatbik olunur².

1) Bu ayetler üzerinde zina bahsinde duracağız.

2) FM. 10 Kasım 1959 JdT. 1960, 226.

Dâvacı X. 30 yıldan beri genç çocuklarla livata etmeden kendini alamıyordu. 80 yaşına gelmiş bir türlü kötü itiyadından vazgeçememişti. Hakkında yapılan birbiri ardında ceza takipleri servetini eritiyordu. O yalnız 1957-1958

53 — II. *Müsbet, ahlâkî vazifeler.* Muhtaca yardım ahlâkî vazifesi ancak pek mühim hallerde hukuka çevrilebilir. Kişiyi ancak elinde olan ve şahsı bakımından fedakârlık sayılamıyacak bir zahmetle diğerinin üstünlüğü pek açık şahsî menfaatını koruma mecburiyeti yüklenebilir. Ezcümle, hayatî tehlikede olan birini görüp de ona şahsını nisbeten fazla sıkıntıya maruz bırakmadan elinde ve iktidarında bir yardımı yapmayan, hiç olmazsa vaziyeti en yakın polise haber vermiyen cezalandırılabilir (CK. 476). Kişi kendine tevcih olunan vasiliği kabule (MK. 366), mahkemede şahadete (HUK. 253) icra ettiği sanat itibariyle bilmesi zarureti olan şeylere dair adliyenin istiyeceği bilgiyi (ehli vukufuk vazifesi) vermeğe zorlanabilir.

54 — *Dâva ve şikâyet.* Prensip olarak, iktidar harekete geçerek tecavüz edilmiş bir hakkı koruyabilmek için zarar gören kişinin müracaatı (Dâva, şikâyet) gerekir. Ahlâka uymaz bir vaziyeti tesbitte ilgili olmıyanların şikâyet hakkı kabul olunamaz.

Hâkim dâva ve şikâyet üzerine tarafın hakkını korumak için dâvanın şahsiyetine ağırca tecavüz olmıyan her tedbire karar verebilir.

Hâkim dâvalıyı tecavüzüne devam ettiği her gün çoğalacak, tecavüze kendiliğinden son verirse hafifleyecek bir para tazminatına da mahkûm edebilir (Astrent).

Hâkim hakkın varlığını, hatâ ihtimallerini azaltacak muayyen bir muhakeme usulü ile tahkik ederek tesbit ettikten sonra riayetini temine yayan tedbiri alır. Dâva sonuna kadar tehiri halinde kaybindan korkulan haklar ihtiyatî tedbirle veya ihtiyatî hacizle muvakkaten emniyet altına alınabilir.

55 — Şüyuu âmme efkârında reaksiyon uyandırmış fiilleri cezalandırmak, veya önlemek için âmme adına savcı dâva açabilir. Fakat, onun şuyu bulmamış bir fiili suç da olsa takip etmesi selâhiyetini suiistimal olur, kabul edilemez. Savcı kimsenin bilmediği, şikâyete, sızıltıya yer

yılında bu takipler için 6714 fr. (14000 TL. kadar) avukat ücreti ödemişti. P. adındaki gence tasallut etmesi yüzünden de yaralanmıştı. Şu halde, gerek kendinin ve gerekse musallat olduğu gençlerin ahlâkını korumak için hareketi daimî nezarete tâbi tutulmak gerekiyordu

FM. münferit bir livata hacir için kâfi olmadığını tasrih ettikten sonra, X. in takip edildiği ceza dâvasında tövbelerine rağmen kötü işinden bir türlü vazgeçememesini hacrine kâfi saydı. Bu hacir onun serveti ile gençleri avlmasına mani olacaktı. Onun enterne edilerek duyacağı istirap diğer çeşit şahsî menfaati ve her halde gençlerin ahlâkını koruma menfaati karşısında pek aşağıda kalırdı.

vermiyen batıl bir evlenmeyi tefahhussusla öğrenip butlanını dâva etmesi selâhiyetini suiistimal olur, mahkemece reddolunmak gerekir. MK. savcıya yalnız mutlak batıl bir evlenmenin iptali için dâva hakkı tanımıştır. Âmme menfaati bulunmazsa savcı evlenmenin mutlak butlanını da dâva edemez. Hususiyle, batıl bir evlenme kendiliğinden zail olmuş ise savcının dâva hakkı yoktur (MK. 114).

56 — Otorite diğerlerine kötü örnek, muhitte reaksiyonlara sebep olacak ferdin kötü hareketlerini re'sen önlemek selâhiyetini de haizdir. Alenen içki içilmesi,, fuhuş yasak edilebilir.

Genel kadınlar ve onlarla münasebette bulunup frengi şüphesi olanlar muayeneye sevkolunabilir¹, frengileri tahakkuk edenler mecburî tedaviye tâbi tutulabilirler.

Müstehcen kıyafet, tavr, tablo.

Allah insanı müstehcen (haya duygularına dokunan) kötü ve zulüm olan işler yapmaktan meneder.

NAHL 90. *Innalâhe... ve yenhâ aniltahşai vel münkeri velbagı yeizuküm lealleküm tezekkurun.*

CK. umumî yerlerde müstehcen kıyafetle dolaşılmasını (adabı umumyeye aykırı hareket), müstehcen yazılar neşrini, tablolar teşhirini cezalandırmaktadır (426).

Bir tavrın, neşredilen bir yazının, teşhir edilen bir tablonun müstehcen olup olmadığı yasağın istihdaf ettiği gaye ile tayin olunur, gaye memnuniyetin hududunu çizer. Bir neşir, teşhir, hareket, kıyafet iki maksatla yasak edilebilir:

a) *İyi de kötüyü de kapmağa müsait genç dimağları korumak:* Eşkiyalığı, yalanı, hırsızlığı, tenbelliği, korkaklığı, sefahati cazip hale getiren, küçüklerin sun'î olarak cinsî istihalelerini kabartan, vahşî, sadist hisleri kamçılayan bütün neşriyat müstehcendir. Fakat, genç dimağlara tesir etmemesi için dikkat edilerek, kötü adetleri, vakıaların kötü veya iyi neticelerini canlandıran neşriyat veya tablo müstehcen değildir. Muhayyileyi tahrik etmemesi için san'at perdesi ile örtülerek yazılan bir kitap müstehcen olmaz. Suç olan neşriyat veya teşhir gençlerin ahlâkını bozacak mahiyette olanlardır.

b) *Hislerin rahatını korumak :* Bazı tablolar, onu görenleri, aşk havaları onu işitenleri tiksindirir, sinirlendirir. Bu kabil tabloları halkın istemeden görebileceği yerde teşhir, umumî yerlerde bu kabil plâklar çalmak, şarkıları söylemek müstehcen vash ile suç olur. Fakat, haddizatında

1) Fuhuş ve fuhuş yüzünden bulaşan zührevî hastalıklarla mücadele tüzüğü 30/II/1961 R. 19 Nisan 1961.

müstehcen bir tablo, şarkı, kifayet yoktur. Müstehcenlik bir neşir veya teşhirin genişliğine, şartlarına tâbidir. İçinde tamamen çıplak erkek veya kadın resmi bulunan bir fizyoloji kitabı, kitapçı raflarında saklı kalarak yalnız istiyene gösterildikçe müstehcen değildir. Aynı kitap herkesin gözü önünde açık bulundursa müstehcendir. Şehir caddelerinde müstehcen bir kıyafet, plâjlarda veya muayyen kişilerin bilerek istiyerek göcekleri yerde müstehcen olamaz.

Halkı suç ikâna tahrik etmemek şartıyla hür bir memlekette en yanlış fikirlerin dahi münakaşası serbesttir¹.

Temyiz mahkemesi sosyal vakıaları canlandıran yazılar müstehcen sayılmak için failin efkân zehirlemek veya halkın hayâ duygusunu kabartmak maksadını ittihdaf etmesi bu maksad da yazının heyeti umumiyesi nazara alınarak tayin olunmak gerektiğini tebarüz ettirdi².

Fr. Valence mah. insanın hususiyetini, güzelliğini tebarüz ettiren tabloları müstehcen saymadı, fakat, sinema kapısında hayalen cinsî duyguları kabartan toplu halde çıplak kadın teşhirini müstehcen buldu. Bu mahkemeye göre toplu çıplak kadın tablosu her birinin hususiyetlerini ve güzelliklerini tebarüz ettirmez, sadece görenlerin seksüel iştihalarını kabartır³.

Herkesin görebileceği sinema filimleri aynı sebeplerle kontrole tabi tutulur. Kontrol dairesinin müsaadesi olsa bile, bir filmin gösterilmesi mahallinde alâlade tedbirlerle önlenemiycek kitle halinde reaksiyonlara sebep olabilecek, polisin müdahalesini istilzam edecek mahiyette ise vali de umumî polis selâhiyeti ile onu yasak edebilir⁴.

57 — *Ahlâka aykırı akitler.*

Hukuk kimsenin hakkına tecavüz olmıyan âmme efkârında ciddi reaksiyon doğurmayan âmmenin menfaatlarını aksatmayan ahlâkî vazifelere karışmazsa da ahlâka aykırı mahiyet taşıyan akitleri hükümsüz addetmek suretiyle umumî olarak ahlâka müdahale eder (BK. 19, 20).

Objektif bakımından ahlâkî bir taahhüt de ahlâka aykırı bir neticeyi istihdaf etmekte ise iptal olunur. Meselâ, bir kimsenin ihtilâl komitesi toplantısı için bir yer kiralaması kiralayanın ahlâka mugayir maksadı sebebiyle hükümsüz addolunur¹.

Diğetine ahlâka aykırı maksadını bilmiyerek karşılık bir şey veren

1) Paris İstinaf 12 Mart 1958 S. 1958 344.

2) T. VI C. D. 12/11/1935. K. 6248 Dönmezer. Ceza Hukuku hususî kısım umumî adab ve aile nizamı aleyhinde cürümler. (961 s. 183 Not. 24.

3) Valence 3 Ekim 1955 D. S. 1956, 151.

4) Fr. DŞ 18 Aralık 1959. S. 1960, 99.

taraf onun taahhüdünün butlanı anlaşılınca verdiğini geri alabilir, fakat, BK. ahlâka aykırı bir taahhüdünü bilerek fia eden tarafa verdiğini geri alma hakkı tanımamıştır (65).

Taraf diğerine, ahlâka aykırı fiilini mükâfatlandırmak için verdiği şeyleri geri alamıyacağı gibi, ahlâka aykırı bir işte kullanılmak üzere verdiği şeyleri de geri alamaz. Kanun tarafın bir ahlâka uymaz iş için önceden ödeme yapma cesaretini kırmak istemektedir. Fakat FM. bir tarafın diğerini dolandırması gibi hususî hallerde iadedden imtina edilmesi hakkın suiistimali olabileceğini de kabul etti. Ahlâka aykırı maksatla alınan şeyi iadedden imtina ikinci bir halâksızlık olabilecekse iadeye hüküm olunabilir².

58 — Kişi ahlâkî vazifesini ifaya zorlanamazsa da kendiliğinden ifa ettiği vazife de bağışlama sayılmaz (BK. 234), hukukî bir borcun ifası kabul olunur. Meselâ, varis mahfuz hissesini tamamlamak için müteveffanın bağışlamalarını iptal ettirebilir (MK. 507), fakat müteveffanın ahlâkî bir vazife kabul ederek verdiği şeyleri geri alınamaz. Borcunu ödemediği âciz kalmış borçlunun bağışları iptal olunarak verdikleri haczolunabildiği halde (İİK. 278), ahlâkî borç bilerek verdiği şey haciz olunamaz.

59 — Ahlâkî bir vazifenin ifa edilmemesi hukukî mesuliyeti gerektirmez, fakat, kişi diğerinin zararını bilerek ve isteyerek ahlâkî bir vazifesini ihmal ederse zararını tazmin ile mükellef olur (EK. 41, II).

60 — MK. aile hukuku hükümlerini, malî olanlar bir tarafa, ciddi müeyyideden mahrum bırakmıştır. Aile içinde huzursuzluk baş gösterir, eşlerden biri de isterse, hâkim şikâyet mevzuu halde eşlerin vazifeleri ne olabileceğini tesbit ile herbirine riayetini ihtar eder (161), fakat, ihtar tesirli olmazsa, yalnız ahlâkî vazifelerini yapmayan eşin gelirine diğerinin el komasına müsaade edebilir (163).

Bu tetbir çocuklar dahil, bütün ailenin menfaatlarını koruyabilecekse emrolunabilir, faydasızlığı sonradan anlaşılırsa kaldırılır.

Aile birliğini korumak için alınan bu hafif tetbir yerinde ve vaziyete uygun ise aileyi korur, kocayı meyhane hayatından, kanyı israftan kurtarır. İyi düşünen eş bu teşebbüsü yüzünden değerine gücenmez, hattâ müteşekkik kalır. Eşinin alacaklarına el koyan taraf âkil olmaması, topladığı geliri aile menfaatına sarfedecek yerde, süsüne sarfı ter-

1) Von Thur s. 223.

2) FM. 27 Ocak 1948, JdT. 1948, 359. FM. 11 Ekim 1949 JdT. 1950, 303.

cih etmesi gibi sebeplerle faydasızlığı veya sebeplerinin sonradan zevali anlaşılan tetbir kaldınır (164).

Karı veya kocanın eşinin şahsına olan vazifeleri, meselâ, hastalığında teselli, başucunda durma vazifesi tamamen ahlâk sahasındadır.

Hâkim eşi vazifelerini ifaya zorlamak için kanunda açıkça müsaade edilmemiş ruhi tazyik olacak diğer malî tedbirlere, cezalara karar vermez, koca doğrudan doğruya aile reisi sıfatı ile karıyı vazifelerini ifaya zorlayamaz. Bu selâhiyet aile düzenini koruyacak yerde büsbütün bozar, hakim in aile diktatörü olması tehlikelidir. Aile münasebetlerinde ahlâka ideal istikamet verecek hâkim fiili vaziyetleri bütün hususiyetleri ile kavramıyarak hatâdan hatâyâ düşebilir.

Temyiz mah. 11/6/1956 içtihatları birleştirme kararında, kocanın evden kaçan karısını zor kullanarak getirmesini suç addetmemesinin neticeleri gözönüne getirilmek yeter. Karı acaba kocasının ne gibi hareketlerine tahammül edemiyerek kaçmıştı, zorla kapatılacağı kocanın evinde çekeceği eza ne olacak? Eşin vazifelerini şahsen takdirde serbest olması çıkar yoldur.

Hâkimin emirlerini dinlemiyen eş İK. (343) hükümlerine göre hapis olunmaz. Bir eşin aile vazifesine aşırı derecede ihmalkâr olmasının en tabii, ciddi müeyyidesi boşanma olabilir.

İ K İ N C İ F A S I L

HÜSNÜNİYET KAİDESİ VE HAKKIN SUİSTİMALİ

61 — Hüsnüniyet kaidesi diğerinin daha yüksek, himayeye değer bir menfaatını korumak için hak sahibinin selâhiyetinden feragatı olan bir ahlâk prensipidir, tarafların malî vaziyetinde muavezeneye doğru yürünmesini, menfaat çarpışmalarında kusursuz olanın kusurlu olana tercihini, vâsıf ve miktar üstün menfaata ön verilmesini, kanun ve akitlerin verdiği selâhiyetin maksat ve gaye ile hudutlanmasını gerektirir.

MK. hüsnüniyet kaidesini hukukun sahasına alarak bütün hakların kullanılmasında, borçların ifasında mecburi addetmiştir (2). MK. kişinin hukuk nizamına aykırı hareket etmediği şahsî kanaati olan sübjektif hüsnüniyeti umumî olarak korumamış, yalnız hakları iktisab için bazan lâzım, bazan yeter addetmiştir. Kişinin hüsnüniyetle diğerinin hakkına tecavüzü himaye edildiği haller mahduttur. İşlerde sür'atı, itimadı koruma ihtiyacı kişinin kusuru olmayan diğerinin hakkına tecavüzüne sebep olamaz. Bir âkitte sübjektif hüsnüniyeti olan taraf ancak diğer tarafın suiniyetle hareket etmiş olması halinde himaye görür. Kar-

şıklı vaziyetler ve kusurlar tartılarak itimadı korumak için makbul bir sebep varsa, kusursuz olanın menfaatına tecavüze müsamaha olunabilir.

Mecelle “*Her kim ki, kendi tarafından tamam olan şeyi nakzetmeğe sayederse sayı merduttur.*” (100) kaidesi ile kişinin müsbet bir fiili veya ihmali ile tamam olmuş bir vaziyette fiil veya ihmali ileri sürerek kendini müdafaa edememesini kabul etti.

Kişinin kolaylıkla önliyebileceği bir zarara katlanması tabii görüldüğü için nice hallerde objektif hüsnüniyet kaidesi ile sübjektif hüsnüniyet tetabuk eder. Gelen No. lara bak.

62 — a) Mal iktisabı. MK. a göre bir kimse diğerinin menkul bir malını emniyet edildiği (901), gayrimenkulünü tapu sicilinde sahibi görünen kimseden, (931) sahibi veya vekili sanarak iktisap ederse ona malik olur.

Mal sahibi malını dürüts olmıyan birine emniyet etmeseydi malı alan iktisabı düşünmiyecek, parasını kaptırmıyacaktı. Mademki, o kendi fiili olan zilyede itimadı ile diğerinin iktisap etmesine sebep olmuş, bu itimadını ileri sürerek iktisap edenin zararına çalışması kabul olunamaz. Sübjektif hüsnüniyetin himayesi bu vaziyette objektif hüsnüniyete uyar.

Fakat, mal sahibine bir kusur izafe olunamazsa iktisap edenin sübjektif hüsnüniyeti iktisap sebebi olmaz. Meselâ, çalınmış bir malı elinde bulundurandan iktisap eden himaye edilemez. Çabuk iş görme (Amerikanizm) ihtiyacı, hakları körü körüne çiğneyen müthiş bir makine olmamalıdır². Bu himaye objektif hüsnüniyet icabından olamaz.

Noö 183 ve 184 e de bakınız.

63 — b) Akdi bozmak için bahane aranması.

Kimse bir akti bozmak için bahaneler arayamaz. Kişi diğerini şekle tâbi bir akde şekilsiz de muteber olduğuna aldatarak razı ettikten sonra hilesini ileri sürüp butlan iddiası objektif hüsnüniyet kaidesine de aykırı olur, dinlenmez.

64 — c) Hüsnüniyet kaidesi mal iktisabında borç ödemesinde formalitelerin kaldırılmasını, bir akitte tarafın diğerini muktedir olduğu kadar neticeleri hakkında aydınlatması mecburiyetini, akitlerin yazan aleyhine tefsir edilmesini (b. No. 123), hiyleleri gizleyen çeşitli formül ve konbinezonların himayeden mahrum bırakılmasını, tarafın mahkemeye müracaat hakkını kaldıran, onu diğerinin iradesine tâbi tutan, hiyleleri isbat hakkını kaldıran şartların, “kâffeı daavi ve yeminlerden ibra” formülü

2) Demogue 116.

hükümsüz sayılmasını iktiza eder. Namussuz hareketler teşvik edilme-
melidir³.

65 — d) Şikâyet ve dâva hakkının suiistimali.

Diğeri hakkında hakikati araştırmadan edindiği kötü kanaatla lâayık olmadığı bir ceza, bir müeyyide tatbik eden, diğerini şikâyet eden, dâva açan selâhiyetini suiistimal eder, haksız bir iş yapmış olur.

HUK. hakkı olmadığını bilerek dâva açanı veya müdafaa edeni 500 liraya kadar para cezası ile cezalandırılmaktadır.

Bir iddiayı isbat için ikamesi daha kolay, daha kuvvetli delil varken ondan bahsetmeden daha az inandırıcı mahiyette delil ileri sürülmesi hüsnüniyete aykırı olur, kuvvetli delil şüpheli hale gelir.

Kullarıma söyle en iyi şekilde konuşsunlar, en iyi olmıyan şekilde konuşma şeytan işidir. O insanın açık düşmanıdır.

ISRA 53. Ve kul liibadi yekulûlleti hiye ahsenü innesseytane yenzegû beynehüm innesseytane kâne lil insani aduvven mübina.

Bu ayet bir iddiayı isbat için malûm olan kuvvetli bir delil ihmal olunarak daha az inandırıcı deliller ileri sürülünce kuvvetli delilin daha fazla ihtiyatla incelenmesini iktiza eder.

HUK. tarafların iddialarını isbata yarayan bilûmum delillerini birden ibraz etmelerini âmir olup hâkim bunlardan tetkika şayan görülenleri dosyaya koyacağını (242), daha sonra ancak hâkim muvafık görürse yeni delil ileri sürülebileceğini (244), fahiş bir ihmal ile zamanında beyan olunamıyan delil incelenemeyeceğini (306) yazıyor.

66 — MK. a göre sübjektif olan hüsnüniyet asıldır, aksini iddia eden isbat ile mükelleftir (3). Kur'ân hükmü de budur.

Size selâm verene aksi sabit olmadıkça sen islâm değilsin demeyin. Diğ-
ğerleri hakkında kötü kanaatlardan sakının. Bu kanaatların çoğu gûnâhtır.
Mücadeleye karar vermek için vaziyeti tahkik ediniz.

*NISA 94. Ya eyyühellezine amenü iza darabtüm fi sebilillahi fete-
beyyenu ve latekulu limen elka ileykümüş selame leste müminen tebtëgune
aradal hayati dünya feindallahi mağantümü kesiratün kezalike küntüm
mün kablü femennallahü aleyküm fetebeyyenü innallahe kâne bima tame-
lune habira.*

Vereceğiniz hükümlerde ihtiyatlı olunuz, çok kere zanlarınızda aldamp
hatâlı hüküm verir, vahim neticelere sebep olarak günah işlersiniz.

*HUCURAT 12. Yaeyyü hellezine amenüctenibu kesiran minaz-
zanni inne badazzanni ismün vela tecessesü vela yağteb badüküm badan*

3) Demogue 118.

eyühıbbü ehadüküm enyeküle lahme ehihi meymen fekerihtümühü vette-kullahe inanallahe teovabün rahim.

Ayeti anlayışımızda Savary'den mülhem olduk. Elmalı "zannın bir çoğundan içtinab edin, uzak bulunun... Çünkü zannın bazıları ağır günahıdır" dedikten sonra haklı olarak "zahirde bir sebebi ve sahih emaresi bulunmayan" zanlardan içtinab gerektiğini delile müstenit zanların günah olmadığını yazar¹. MK. bu görüşe uygun olarak hüsnüyeti, yani, kişinin tuttuğu işte kötü niyeti bulunmamasını asıl addettikten sonra kendinden beklenen ihtimamı göstermediği için haksızlık etmiş ise hüsnüniyeti iddiasını makbul addetmemiştir.

67 — Kanunen diğerleri hakkında muteber, mecburi karar almak selâhiyeti olan otorite, bir mümessil, bir heyet onlardan bazılarının zararına bilerek, tahmin ederek, karar almakla selâhiyetini suiistimal eder. Otorite, heyet, mümessil ancak umumun veya temsil ettiği kimsenin menfaatına karar alabilir. Mecelle "*Raiye üzerine tasarruf maslahata menuttur*" (58) formülü ile bu esası tebarüz ettirdi. b. No. 70.

Ticaret K. anonim şirket hissedarlar heyetinin hissedarların müktesap haklarını ihlâl eden kararları gibi hüsnüniyet kaidesine aykırı kararları da iptal edilebileceğini sarahaten beyan etmiştir (381).

Fransada bir anonim şirket umumî heyeti yıl kârını fevkalâde ihtiyata alarak hissedarlara tevzi etmemesi yüzünden aksiyon fiatları düşerek aksiyonlarını satmak üzere olanlar zarar etmişlerdi. Bir hissedar umumî heyetin kârı ihtiyata alması selâhiyetini suiistimal olduğu iddiası ile kararın iptalini mahkemeden istedi. Paris istinaf mahkemesi ona hak verdi. Bu mahkemeye göre, şirket hissedarlar heyeti yıllık tevziatta zikzakları önlemek, bazı zararları kapatmak için veya şirket esas mukavelesinde (statü) yazılı bulunması şartı ile kârı ihtiyata alabilir, kârın başka maksatla muhalif kalanların zararına ihtiyata alınması selâhiyetin suiistimali olur. Fr. Temyiz mahkemesi kârın ihtiyata nakline karar vermiş olan hissedarların muhalif kalanlara zarar vermek kastı bulunması halinde hak suiistimal edilmiş olacağını aksi halde mahkemenin şirket uzuvlarının şirket menfaatlarını takdir ile esas mukavele veya kanun ile haiz oldukları selâhiyet hududunda kararlarına karşı masını doğru bulmayarak hükmü bozdu². Temyiz kararında bazı âzaların zarar istenmiş olması hali mahfuz tutulmuştur.

1) Elmalı VI. 4471 ve t. 22 Şubat 1958 S. 1959, 134.

2) Fr. Tem. Ticaret d. 18 Nisan 1961 s. 191, 257.

Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi yazımız 1962. s. 555.

Hakkın suiistimali yasağı kimsenin diğerinin zararına hakkını kullanmamasını iktiza eder, meğer ki vasıf ve kıymet itibariyle üstün bir menfaati korumak için bu zararı göze almak zarureti bulunsun. Umum hakkında karar alacak heyet, kararının nüfuz ve tesirine tâbi olacaklardan birinin hususî menfaatlarını ekseriyetin istifadesi için feda etmekle selâhiyetini suiistimal eder. Bu bakımdan Paris istinaf kararı daha doğru görünür.

68 — İdare memurlarının maksat cihetinden kanuna aykırı, yani idare edilenlerin menfaatından başka maksatla aldığı kararlar iptal edilir (DSK. 23).

69 — e) *İnzibat selâhiyetinin suiistimali.* Kişi diğeri üzerinde fiili veya hukukî olarak iradesini yürütme selâhiyetini keyfine göre değil, şahsî menfaatini düşünmeden istihdaf ettiği gayeyi sağlamak için kullanılabilir. Bu bakımdan, nüfuzu yürüdüğü kişi hakkında sözünü dinletme, bir hareketinin tekrarını önleme, halini ıslâh maksadiyle, üzücü de olsa tetbirler alabilir. Fakat itaat ettirme bakımından zaruret yokken veya zaruret hududunu aşarak ona cismen eza vermesi, fena muamele yapması selâhiyeti suiistimal, haksız bir fiil olur. Tebaa üzerine tasarrufun masalahata bağlı olması (Mecelle 58) prensibi âmme iktidarının kullanılmasında da ferdin hususî otoritesinin kullanılmasında da tatbik yeri bulunur.

Ana baba, vasi küçükleri terbiye, hakim muhakemenin intizamını sağlama, mafevk askerî talim, sevk ve idare, polis ve hapishane gardiyanları servislerinde intizamı, cezanın tesirini temin bakımından otorite-dirler, nüfuzlarına tâbi olanlar da raiyeleridir.

İnzibata tabi, veya terbiye edilecek kişi hakkında lüzumlu cezaların muayyen usullerle selâhiyetli makamlar tarafından tatbiki uzun vâdelidir, kişinin hususiyetlerini gözetemez, ihtiyaç kalmayınca kaldırılmaz. Binaenaleyh suiistimale gitmemek şartı ile, *velayeti hassa velâyeti âmmeden akva* (Mec. 59) olup daha iyi netice verir. Ana babanın, veya terbiye ile mükellef olanların taktirine bırakılan ceza nice hallerde daha tesirli olur.

MK. a göre ana baba çocuklarını tedib hakkını haizdirler (267). Çocuk şirretliği sebebiyle ana babasının emirlerini dinlemez, ve başka çare de bulunmazsa hâkim, talepleriyle, icabında resen çocuğu bir aile yanına veya bir terbiye müessesesine yerleştirilebilir (273).

HUK. göre, hâkim muhakeme celselerinde intizamı temin için tarafları susturabilir, dışarı çıkarabilir, bir haftaya kadar hapis edebilir, (HUK. 151).

Hâkimin intizam bakımından lüzumu olmıyan tetbirler alması meselâ, muhakeme salonunda bilmiyerek şapkayla oturarı, konuşarı ihtar yeterken kapı dışarı atması, hapis ettirmesi selâhiyetini suiistimal olur.

Terbiye ve inzibat selâhiyetinin suiistimali suçtur. Ana babanın inzibat selâhiyetini suiistimalinin suç unsuru alınan tetbirle mağdurun sıhhati tehlikeye düşmesi ihtimalinin çokluğudur. Tehlike tahakkuk etmese de bu ihtimal yaratılmış ise suç tekevvün eder.

70 — CK. umumî olarak idaresi altında veya büyötmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek, bir meslek ve sanat öğretmek için kendine tevdi olunan şahısın sıhhatini terbiye ve inzibat selâhiyetini suiistimal ile tehlikeye maruz bırakanları cezalandırdıktan sonra (477), ayrıca aile efradından birine veya aile içine kabul olunmuş 12 yaşından küçük bir çocuğa, rahim ve şefkatle telif olunamıyan fena muameleleri de cezalandırmaktadır (478). Ana baba vasi şartlara göre her iki maddeye göre de cezalandırılabilir.

Aile efradına fena muamele suç unsurları bakımından otoritenin inzibat selâhiyetini suiistimali suçundan farklı ve cezası daha ağırdır. Çünkü, aile efradının birbirlerine karşı vazifeleri sevgi ve hürmet hisleri ile karışır. Sevgi nice hallerde suiistimali frenler.

Kur'ânda beyan olunduğu gibi aile efradının iyi geçinmeleri, birbirinin karşılıklı kusurlarına göz yummaları teşvik edilmek, aralarında zamanla husumet yaratabilecek muameleleri önlenmek gerekir. Aile efradı arası her kötü muamele suiistimal damgası ile suç sayılması aile arası muhafazası istenen menfaat aleyhine döner, sevgi bağlarını gevşetebilir, küçüğün daha insafsız, daha gaddar ellere tevdiine sebep olabilir. Suç unsurları genişletilmemeli, münferit bir üzücü muamele değil, sıhhat ve ahlâkî gelişme bakımından zararlı muameleler suiistimal sayılmalıdır.

Kanun rahim ve şefkatle telif olunamıyan işleri cezalandırdığından antipatik hisle yapılmıyan bir muamle objektif bakımdan kötü de olsa cezasız kalır. Çocuğunu dövdükten sonra okşıyan ana cezalandırılmaz. Kişinin aile içinde hususî vaziyetinden faydalanarak, kaprisi için işlediği fiiller fena muameledir.

Fena muamele suçunun unsurları karşılıklı menfaatlar esas tutularak hâdiselerin hususiyetlerine göre tayin olunmalıdır. Aile arası telâkkiye göre kötü sayılan her işin cezalandırılması ceza hakkının suiistimali olur¹. Yalnız ahvalin yürüyüşünde ahlâk ve sıhhat için zararlı olmı-

1) Manjo s. 316 No. 1734.

yan bir muamele zamanla düşmanlık hisleri yaratacak mahiyette ise, hususiyle, antipatik hislerle itiyat edilmiş ise CK. hududuna girer. Hâkim sanığın bütün hareketlerini gözönünde tutarak muayyen bir hareketini fena olarak vasıflandırabilir².

CK. bakımından, aile erfadına fena muamele ile selâhiyetin suiistimali arasında bir alâka kabul edilmesi lâzımdır.

Yargıtay evlenme dışı çocuğuna şartlar itibariyle iyi bakamayıp kemik ve bağırsak hastalığına sebep olan anayı mesul tutmamıştır³. Kimse gücü yetmediği bir şeyi yapamamasından mesul edilemezdi.

Aile, aralarında hısımlık bağı veya devamlı bir rabıta ile bir reisin otoritesi altında yaşayanlardır. Bunlardan birinin diğeri üzerinde fiilen haiz olduğu nüfuzu kötü kullanması suç olabilir. Muvakkat bir vazife ile eve alınan hizmetçi, veya gelen misafir gibi üzerinde devamlı nüfuz yürütölmüyene karşı fena muamele umumî hükümlere tâbi olur. Onlar aile efradı sayılmaz.

71 — Kanun ile intizam tetbiri alma, veya diğeri terbiye selâhiyeti verilmemiş olanlar cezai mahiyette olmamak üzere müdafaa hududunda lüzumlu tetbir alabilirler. Meselâ, bir mabette ibadet edenleri sinirlendiren harekette bulunanı, bir müzik salonunda yüksek sesle konuşanı dans salonunda kadınlara sataşanı, bir meclise kiyafetsiz gireni, başkalarının yerini işgal edeni dışarı çıkarmak için teûbirler alınması zaruret hududunda kalmak şartıyla meşrudur. Fakat, gaye bakımından zaruret olmadan meşru müdafaa hududu aşarak tetbir lınması cezai mahiyette olur. Bir topluluğu rahatsız edene zaruret yokken şahsiyetine tecavüz sayılan vasıtalarla haddini bildirme müdafaa hududunu aşarak cezai mahiyet alır, kanunen inzibatî ceza selâhiyeti olmayan kişi tarafından alınmış ise haksız bir hareket olur, cezasız kalamaz.

72 — Otoritenin selâhiyetini suiistimal ile aldığı karar iptal olunur. Fakat, bir karar müracaat müddetleri geçerek veya selâhiyetli makam tarafından müracaat reddolunarak kesinleşirse muteber tutulur.

2) Fransa'da bir öğretmenin talebesini cezalandırmak için ellerini arkasına, ayaklarının da sıraya bağladıktan sonra üzerine bir kova su dökmesi fena muamele sayılmış, diğeri bir hâdisede su dökülmeden yapılan aynı iş cezalandırılmamıştır. S. 1959-198, 199.

3) 31/1/195 Adalet 1955, 429, Dönmezer'de zikredilmiş.

B E Ş İ N C İ F A S I L

HUKUKUN SAHASINDA BAZI AHLÂKÎ VE EKONOMİK
MÜNASEBETLER

73 — Hakim ahlâk mefhumunu otoritesiyle tesbit eder, fakat, kanunların doğrudan doğruya cezalandırmadığı bir hareket tarzını, ahlâka mugayyir görerek cezalandıramaz.

CK. ile suç kabul olunan bütün ahlâka aykırı fiilleri etüt etmiyoruz, iki suç üzerinde duralım.

74 — *İhtikâr*. İhtikâr ile spekülasyon karıştırılmamalıdır. Spekülasyon atiyen pahalı olacağı üzerine hesap edilerek ucuz zamanda mal alınıp saklanmasıdır. Spekülasyon malın bol zamanda israfını önleyerek, ihtiyaç zamanında bulunmasını sağladığı için ahlâkî bir icap olarak himaye edilmelidir. Kur'ânda Yusufun Mısır vezirine bol alınacak zahirenin takip edecek kıtlık yılları için saklanması lüzumunu hatırlattığı yazılıdır, binaenaleyh israfı önleyen spekülasyon sevaptır.

YUSUF 47. Kale tezraune seb'a sinine deeben fema hasattüm fezeruhü fisünbülühi illa kalilen mimma tekülün.

YUSUF 50. Vekalel melikü'tûni bihi, felemma câehürrasulü kalcı ilâ rabbike fes'elhü mâbâ lünnisvetillâti kaddane eydiyehünne, inne rabbi bikeydihinne alim.

Muhtekir malları israfı önlemek için değil, pahalı satmak için toplar, havadis uçurur, başkası zararına haklı olmıyan bir menfaat sağlar, cezasız kalamaz.

CK. yalan havadis işaası, veya diğer hiyleli vasıtalarla piyasada mal fiatlarına, işçi ücretlerine tesir edilmesini, halkın havayıcı zaruriyesinden olan eşya fiyatlarını yükseltmek için başlıca imalâtçı veyahut tacirlerin birleşmesini (Trösler, karteller) cezalandırıyor. CK. 358, 359, 409). Açlık tehlikesine maruz halkın zararı tacirlerin bu kabil hareketlerle şahıslarına sağladıkları menfaatten çok üstündür.

75 — *Arttırmaya fesat karıştırılması*. CK. arttırmaya çıkarılan bir malı ucuz veya değerine tercihan almak için arttırmaya iştirak edenlerin iradesine tesir edilmesini, mal satılan kişinin haksız zararına sebep ol-

duğu, müzayedelere rağbeti azalttığı için ahlâka mugayir sayarak cezalandırmıştır.

Cebir, hiyle, menfaat vaadi, gizli anlaşma ile resmi, veya hususî bir arttırmada pey süreni çekilmiye zorlayan kişi ceza görür (366 - 367).

EK. ahlâka mugayir tertibat ile müzayedeye fesat karıştırılması halinde her alâkalıya 10 gün içinde arttırmanın feshini istemek selâhiyeti vermiştir (226). Arttırma İİK. hükümlerine göre yapılmış ise feshi 7 gün içinde icra merciinden istenebilir.

Bu hükümler kimsenin karşılığını vermediği bir menfaati elde edememesi prensibine bağlanabilirler.

ALTINCI FASIL

ADABI MUAŞERET KAİDELERİ

76 — Sosyal münasebetlerde bazı hareketler kalbi olmadıkları halde kötü olanları yumuşatmakta, istirapları bir derece hafifletmektedir. Kalpten gelmiyen, calî olan adabî muaşeret hava ile şişirilmiş yastıklara benzetilmiştir. Bu yastıklar içinde bir şey yok ama, sert çarpışmaları önliyerek faydalı olur.

Kur'ân insanlara diğerleri ile münasebetlerinde üzücü, haşin, sert tavırlardan kaçınmalarını emir ediyor. İnsan açık konuşmalı, fakat, açık konuşma kalp yaralayan sözlerle olmamalıdır. En ağır bir hüküm de tatlı dil ile bildirilirse, muhatapta aşırı reaksiyonlara sebep olmaz.

ISRA 53 b. No. 19.

Bir kanaat, bir hakikat şiddet ifade eden, hâkimane söylenen, muhatabı sinirlendiren sözlerle müdafaa edilemez, ona anlayış göstererek kıymet vererek müdafaa olunabilir.

Ahlâk ile adabî muaşeret karışmaz. Ahlâk diğerinin üstün menfaati için fedakârlık olan bir iç hayatıdır, adabî muaşeret ise maksad rol oynamadan ve akıl ile kontrol edilmeden muayyen bir muhitte bir münasebette çokluğun iyi sanarak riayet etmekte olduğu harekettir. Failin tecavüz maksadı bulunmadıkça adaba riayet etmemesi ahlâka aykırı hareket olmaz. Soğuk bir salonda paltosuz, fırakla bir resmi kabule başkanlık eden ahlâka değil, adabî muaşerete riayet eder. Hakaret kasdı

olmadan şapka başta bir salona giren ahlâka değil, adaba aykırı hareket eder.

Kanunlar maksadı nazara almadan, bazı adap kaidelerini hukukun çsvresine almaktadırlar. Meselâ, avukatlara, hâkimlere, askerlere mahsus kisveyi selâhiyeti olmadan alenen giyen suç işler, (CK. 253)' üstüne selâm vermiyen asker disiplin cezası görür. Otorite hoş bulmadığı bir kifayetle alenen dolaşılmasını da menedebilir. Umumî adaba aykırı tarzda cinsî duygulann izharı cezalandırılmıştır, (CK. 419, 420).

Hâkim ahlâkî icaplara göre hüküm vereceği hallerde adabı muaşeret kaidelerini prensip olarak esas tutamaz, bu kaideleri müeyyideye bağlayamaz. O geleneklerle haşin hale gelmiş, karı kocayı birbirinden, evlâtları ana babalarından soğutan, evden kaçırın, beyhude sıkıntı ve ıstıraplara sebep olan adetleri yumuşatmak, tahammül hududunda tutmak gerekir. Başkalarının menfaatını hiçe sayarak, haksızlığı, öç almayı şeref kabul ederek tecavüzleri makbul tutan adap kaideleri cemiyeti felâkete sürükler¹.

BK. (20) ahlâka mugayir taahhütleri hükümsüz addettikten sonra, parantez içinde (adab) kelimesini ilâve ederek, objektif adabı da içine almıştır. Binaenaleyh, adabı muaşerete uymayan bir taahhüdü de hâkim iptal edebilir. Fakat, hâkim âmme şuuruna tercüman olup ondan ilham alan şahsi kanaatini esas tutar, mânasız, haşin bir teamülü adap kaidesi kabul edemez, mahdut bir çevreye mahsus adabı değil, umumî mahiyette olanları kabul eder. Failin kötü kastı yoksa, hususî muhitlerde riayet olunan adap kaidelerini hükme esas tutamaz.

Hâkim anarşist fikirlere kapılmamak, mütaassıp bir sınıfın hareket hatlarını da umumî saymamak şahsî fikirlerini umumi olan adaba üstün tutmamak gerekir².

Bir kimsenin lüzumsuz yere şaka için diğerinin canını sıkması hususî muhitin adetleri ne olursa olsun, hukuka aykırı olup ona göre hüküm tatbikini gerektirir.

Hâkim ahlâkî mahiyeti olmıyan yani, kasdın rol oynamadığı adabı muaşeret kaidesini haiz olduğu taktir hakkını kullanırken nazara almaktan memnu değildir. Meselâ, oyun adabına riayet etmeyerek arkadaşını rzası ile girdiği oyunda yaralayan, adaba riayet etmişken yaralamasına nazaran daha ağır mesuliyete tâbi tutulur.

Adap kaidesinin müeyyidesi âmme eskândır. Diğerini adaba ria-

1) Montesquieix L. II Ch. 3.

2) Schnider M. 41 altı No. 69, s. 103. İlerde, örf bahsinde meseleye döneceğiz. Kur'an hükümlerini anlatacağız.

yete zorlamak için de zaruret hududunda müdafaa meşrudur. Bir baloda terbiyesiz hareketleri ile huzuru kaçıranı zorla dışarı çıkaran mesul olmaz.

Fakat muhitin faile sessizce tatbik ettiği bir müeyyide dahi onun çok üstün şahsi menfaatlarını ihlâl ederse şahsiyete tecavüz olarak sorumluluğu gerektirir. İlerde Şahsiyet hakları, Boykot.

77 — Adabı muaşeret ile mecburi kaide olan örfün hudutları karışır. Meselâ, bahşış örf ise mecburi, değlise müeyyidesiz adab kaidesi olur. Bahşış, üzerine hesap dilecek önemde ve intizamla alınmakta ise örf olur, tazminatın hesabında nazara alınır.

YEDİNCİ FASIL

KUR'ANDA NEFSE KARŞI VAZİFELER VE BAZI ADABI MUAŞERET KAİDELERİ

I

Erkek ve kadın münasebeti

78 — Kadınlara müsamaha hududunda nezaketle evlenme teklifi günah değildir.

Kadınlara asılsız evlenme vaadlerinde bulunmayınız. Örfen ayıp sayılan can sıkan teklif şeklinden, tavır takınmadan kaçınınız.

BAKARA 235. *Vela cunaha aleyküm fima arrattüm bihi min hutbetinnisâi ev eknentüm fi enfüsiküm, alimallahü enneküm setezkürunehünne velakin latüvaiduhünne sirran illa en tekulu kavlan marufen vela tazimu ukdeten nikâhi hatta yebluğal kitabu ecelehu, valemü ennallahe yalâmu mafî enfusiküm fahzeruhü valemü ennallahe ğafurun halim.*

b. Cinsî ahlâk. No. 94.

II

Görüşme ve toplantıda adap.

79 — İnsan sözüne muhatabını inandırmak için az çok mübalağa ederek bir derece kuvvet verebilir, muhatabın kanaatine tesir için tavsiyelerinde ısrar edebilir. Fakat tavsiyelerinde ileri gitmemek, aşırı derece ısrar etmemek gerekir. Hususiyle sözüne kuvvet vermek için yemin etmesi, diğerini çekiştirmesi, yüze gülmesi günahıdır.

Çok yemin eden, şerefsiz, kusur araştıran, dedikodu yapan, iyilik aleyhinde söz açan, mütecaviz olan, müdahane eden, yüze gülmeden, tabasbustan hoşlanarak kimselerle sohbet etme, sözlerine kanma.

KALEM 8. *Felâ tütiil mükezzibin 9 veddû lev tuthinû feyüdhinûn 10. Vela tuti kulle hallafin mehin, 11, Hemmazin meşşain binemim, 12. Mennain lilhayri muteddin esim 13, Utüllin bade zâlike zenim 14. Enkâne za malin ve benin.*

Alacağınız cevap içinizi sıkmasına ihtimal verdiğiniz şeyleri hiç sormayın. Hareketiniz için lüzumlu şeyler size açılır.

MAİDE 102. *Ya eyyühellezine âmenû la teselû an eşyâe in túbbe leküm... túbde leküm afa Allâhü an'hâ...*

Görüşürken hiddete kapılmıyan. Asabına hâkim olan, başkalarının kusurunu müsamaha ile karşılayan iyi kişileri Allah sever.

ALİİMRAN 134. *Ellezine yünfikune fisserrâi ve ddarraai vel kâziminel ğayza velâfine aninnasi Vallahü yühibbül muhsinin.*

Aranızda boş yere çekişmeyin bozulursunuz, kadriniz gider.

ENFAL 46. *Ve etullahe ve rasulehü vela tenazeu fetetşelû ve tezhebe rihuküm vasbiru innallahe meassabirin.*

Âlimlerin hususile pratik neticeleri olmıyan veya hiç kabilinden olan mevzularda bir takım fikirler etrafında kendilerine kıymet verdikmek için tartışmaları, birbirlerini techil, irtidat ettiğini iddia etmeleri hepsinin otoritesini kırar, halkın hepsine itimadını sarsar. Tartışmaların çoğu kıskançlık sebebiyledir. Karar verecek makam, onların kıskançlıkla şöhret peşinde münakaşalara girişebileceklerini gözönünde tutmalıdır.

III

Otoritenin adabı, emirlerin dinlenmesi

80 — Otorite maiyetinin ve nüfuzu yürüdüğü kimselerin kusurlarını müsamaha ile karşılamak, aşırı disiplin tetbirlerinden kaçınmak gerekir. Aşırı bir tetbir haksız da olursa maiyetini gücendirir ve kaçıtır. Şef az çok önemli işlerde maiyeti ile müşavere etmelidir.

Senin sözünü dinlememiş olanlara katı yürekle sert muamele yapmış olsaydın onları kaçıırırdın.

ALİ İMRAN 159. b. No. 27.

İnsanlar bir kısım hürriyetlerini emniyet altına alabilmeleri için bir otoriteye tabi olmaları gerekir. İnsan disiplin altına girmeğe razı olmalıdır, onun hudutsuz hürriyeti hattâ tehlikelidir. Paris civarında yaşamaz gençlere mahsus bir terbiye müessesesinde inzibata tâbi tutulmuş

gençlerle isimsiz cevap vermeleri istenerek mürebbilerinizde bulunmasını en çok istediğiniz vasıf nedir diye sorulmuş. Büyük ekseriyetin cevabı otorite olmuş. İnsan her istediğini yapabilmekle bahtiyar olmaz¹.

Kur'ân, mülâyim tedbirlerin alınmasını, emirleri anlamayan veya anlamak istemeyenlerle mücadele edilmesini emir eder.

ARAF 199. b. No. 39.

Hukuk emre itaat ister, emrin isabetine kanaat izhar edilmesi ile alâkalı olmaz.

Her Peygamberin (Hakikatı tebliğ eden âlimin, her insanın) düşmanı vardır. Onlar süslü sözlerle, propagandalarla, halkı peygamber aleyhine kışkırtmağa çalışırlar.

ENAM 112. *Ve kezalike cealna liküllü nebeyyin aduvven şeyatinel insi velcinni yuhi baduhum ilabadin zuhrifel kavli ğururan veleu şae rabbüke ma fealuhü fezerhüm vema yefterun.*

Otorite her reaksiyona kulak vermeli, fakat haksız olanlara aldınış etmeden işine bakmalı, kendini rahatsız etse de şikâyetleri, söylenenleri dinlemelidir.

Peygamberlerin her şeyi dinlemesi sizin için hayırlıdır.

TEVBE 61. *Ve min hümullezine yüz'ü nennebiyye ve yekulune hüve üzünün kul üzünü hayrın leküm yüminü billahi ve yüminü lil müminine ve rahmetün lillezine âmenû minküm vellezîne yü'zûne rasûlallahi lehüm azabün elim.*

Anayasa bütün idarî kararlara karşı kazaî mercilere şikâyet hakkı selbedilemeyeceğini tasrih etmiştir (114).

Otorite, halka önderlik edebilmek için hitapları ve hususî hayatları iyi intiba bırakmalı, hareketleri mütevazî olmalıdır. Onların bu şekil hareketleri kalbi fesat olmayanlara hürmet telkin eder.

Ey Peygamber karıları, siz ötekiler gibi değilsiniz (halk nazarında otoritesiniz) muhatablarınıza tevazula, hoşgider şekilde söyleyin, evinizde oturun, alayışla, süslenerek gezinmeyin, Allah sizi bütün kötü şeylerden korumak ister.

AHZAB 32. *Yâ nisâen nebiyyi lestünne ke ehadin minennisâi intekaytünne fela tahdane bil kavili feyadma allezi fikalbihi meradun ve kulne kavlen marufa.*

1) Selection Fevrier 1961 s. 114.

AHZAB 33. *Ve karne fi buyütikünne ve la teberrecne teberrucel cahilliyyetil ûlâ ve akım nasalâte ve atinezze kâte ve atinallahe ve rasüle hü innema yüridullahü liyüzhıbe anküümır ricse ehlel beyti veyutah-hirakum tathıra.*

Otorite ve yakınları hukuka riayet mecburiyetinden kendilerini istisna edemezler, vazifelerinin mahiyeti icap etmemişken kendilerine hususî mevki sağlayamazlar. Allah bu hükmü Nuh ve Lut Peygamberlerin kanlanna işledikleri günah sebebiyle tatbik ettiği cezayı misâl vermekle belirtmiştir.

TAHRİM 10. *Daraballahü meselen lillezine ke term raete nuhin vem' rete lutin kânetâ tahte abdeyni min ibadına salihayni fehânetâhümâ felem yuğniyâ annhümâ minallâhişeyen ve kiled hulennara meaddahilin.*

81 — Allahın ve peygamberin emirlerine müminlerin münakaşa etmeden itaat etmeleri mecburidir.

AHZAB 36. *Ve ma kâne limuminin ve la müminetin iza kadallahü ve rasüle hü emran en yeküne lehümül hiyaratü min emrihim ve men yasillahe ve rasüle hü fekad dalle dalalen mübına.*

Sosyal bakımdan büyük hizmetlerinizi isyan ile hiçe düşürmeyin.

MUHAMMED 32. *Ya eyyukellezine amenû atiullahe ve eturresule ve la tubtilu amaleküm.*

Resulün emrine itaat edilmemesi, isyan nice hallerde sebep olduğu ağır neticelerle, otoritenin itaati sağlamak için alacağı şiddetli tetbirlerle fitnelerle istirapları çoğaltır.

Otoritenin yalnız hukuka aykırılığı açık emirlerine itaat edilmez. Otoriteye itaat de karşılıklı menfaatlarla hudutlanır. Maiyet âmirinin üstün manfaata zarar veren emrine itaata mecbur olmaz.

Allaha ve Resule ve emir sahiplerine itaat edin. Eğer bu emri menfaatinıza aykırı bulursanız Kitaba müracaat ediniz.

Resulün emirlerine itaatınız Kitabı tevîl ederek ona karşı gelmekten daha hayırlıdır.

NİSA 59. *Ya eyyühellezine âmenû etiullahe ve aturrasule ve üli emri minküm, fein tenazatüm fi şeyin feraddühü ilallahi ver Resuli inküntüm tümünune billahi velyevmilahiri, zalike hayrun ve ahsenu te'vilâ.*

Çünkü:

Umumiyetle insanların bilmedikleri hakikatları Allah Peygamberlerin (ve âdil olan emir sahiplerinin) kalbine ilham eder.

ALİ İMRAN 179. *Makânallahü liyezarelmüminine ala ma entum aleyhi hatta yemizelhabise minettayibi, vema kânallahü liyutliaküm alelğaybi velakinnallahe yectebi min rusulihî men yeşâü feâminû billahi ve rusülihi, ve in tüminu ütettekü feleküm ecrun azim.*

Peygamberlerin emri, hususi kişilerin emrine benzemez. Onu dinlemeyenler başlarına gelecek belâdan, ıstıraptan korksunlar.

NUR 63. *La tec'alu duâerrasuli beyneküm keduâi badiküm badan, kad yalemullahüllezine yeteselletüne minküm livazen, febyahzerilezine yuhalitune an emrhî entusibehüm fitnetün ev yusibehüm azabün elim.*

Sizi mesut edecek emre itaat edin.

ENFAL 24. *Ya eyyühellezine amenüstecibû lillahi ve lirrasuli iza deaküm limayuhyiküm, valemü ennallahe yehulu beynelmer'i ve kalbihi ve ennehü ileyhi tuhşarun.*

Ey Nebi sana hakkaniyet ve doğrulukla vereceğin emirleri dinleyeceklerini söyliyerek dahalet edenleri kabul et.

MÜMTAHİNE 12. *Ya eyyühennebiyyü iza caekel müminâtü... ve lâ yasineke fi mafurin febayihünne...*

Bu âyetler ve Nisa 59 ayeti otoritenin maruf, yani adaletle emir vermesini, emiri adalete uygun bulmayan, üst makama, nihayet adalet esas prensiplerini tesbit eden Kitaba göre hüküm verecek müstakil makamlara, (Adalet cihazı) müracaat edebilmesini, adil olmadığı sabit bir emre itaat mecburiyeti bulunmamasını tazammün eder.

Halife Ebubekir bir söylevinde "Allah ve Resulüne sadık kaldıkça emirlerime itaat edin, doğru yoldan ayrılırsam itaata mecbur olmazsınız" demiş.

Anayasa bu hükme uygun olarak idarenin bütün işlerine karşı kazâi yola müracaat edilebileceğini (114 Keza 31, 62) tasrih etmiştir.

Haksız bir emre haksızlığını bilmiyerek veya maddî veya manevî bir tazyik karşısında itaat eden memur veya ferd mesul edilemezse de bilerek ve isteyerek haksız emri icra eden memur da âmir gibi mesul olur.

1939 Cihan Harbinden sonra galip milletler mağlûp milletlerin emir sahibi yüksek makamlarını memleketlerinde mer'î hükümlere müsteniden insan haklarına tecavüz eden fiillerinden mesul tuttular, Nuremberg de kurdukları hususî mahkeme kararı ile cezalandırıldılar.

Haksız emre itaat zorunda kalan memur kanun veya emrin açık bıraktığı tevile müsait hükümlerden faydalanarak mümkün olduğu kadar emrin şiddetini tadile çalışmaması şahsî kusur olarak mesuliyetini gerektirir.

CK. yalnız silâhlı kuvvet memurlarının selâhiyetli makamdan usulüne göre verilmiş emirleri “*nizama karşı gelmek*” için yapmamalarını cezalandırmaktadır (234). Bir emri haksız veya usulsüz, vicdanına aykırı bularak icra etmiyen memur mesul edilmez.

CK. 230 uncu maddede daha umumî olarak “her ne vesile ile olursa olsun memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi eden veya âminin kanuna göre verdiği emirleri makbul sebep olmaksızın yapmıyan memur” u cezalandırmaktadır. Binaenaleyh daha mühim bir menfaat kaybına sebep olabileceğine kani olduğu bir emri dinlemiyen memur cezaen mesul olamaz, takdirinde hatâsının ağırlığına göre az çok şiddetli disiplin cezası alır. Emri verenin maiyeti olmıyan müstakil memurlar hakkında bu madde tatbik olunamaz.

Hâkim kategorik bir hükmü tatbik etmiyerek veya bir dâvayı lüzumsuzluğu açık tedbirlerle, kararlarla, taliklerle uzatarak, neticeye bağlamadan istinkâf ederek bir tarafın zararına sebep olursa mesul olur (HUK. 573). Hâkimin emrini haksız bularak icra etmiyen memur cezaen mesul edilemez, yalnız hükmü icra ile mükellef icra memuru hüküm kat’î ise tarafa karşı tazminat ile mesul olur. İcra memuru selâhiyeti olmayan makamdan verilmiş, veya hakimın idarî bir mevzuda verildiği veyahut hükmün esaslı şartları bulunmayan bir ilâmı icra etmemesinden mesul olmaz.

Hâkimin emri icra edilmemesi sebebiyle Devletin mesuliyeti ayrıca incelenecektir.

IV

Ana ve baba ile çocuklar arası karşılıklı vazifeler.

82 — İnsan ana ve babasına fedakârlıkla hizmet ve hürmet etmelidir. Gebelik ve süt emzirme zamanı otuz ay kadardır. Ana onu bunca sıkıntı ile, vücudunu yıpratarak karnında taşıdı. İnsanın kemale erdiği kırk yaşında ana ve babasına ol vakte kadar kendine yaptıkları hizmetten ötürü şükran borcu vardır.

LOKMAN 14. Vevesseynel insane bivalideyhi hamelethü ümmühü vehnen alâ vehnin ve fislalühu fi ameyni enişkürlü ve livalideyke ileyyetmasir...

Ana, babanız' ihtiyarlar da yanınıza gelirlerse zahmetlerine katlanın, şikâyet etmeyin, onlara artık yetişir gibi kalp yaralayan sözler söyleyerek canlarını sıkmayın, ruhlarını okşayan tatlı sözler söyleyin. Zahmetinize sebep olan ıstıraplarına acıyın da tevazu gösterin.

İSRA 23. *Ve kadâ rabbüke ella tabüdû illâ iyyahü vebilvalideyni ihsanen imma yebluğanne indekel kibara ehadühüma ev kilahüma tela tekul lehüma üffin vela tenherhüma ve kullehüma kavlen kerima.*

Ana babaya hürmet ve itaat evlâtların bütün şahsî menfaatlarını feda etmelerine, kötü hareketleri işlemelerine kadar gidemez. Onların evlâtlarının üstün, büyük menfaatlarını hiçe sayan, ilâhî hükümlere isyan olan emirine itaat olunamaz.

AHKAF. 15. *Vevasseynel insane bivalideyhi ihsânen hamelethü ümmühü kürhen ve vedaathü kürhen ve hamluhu ve fesalühu selasûne şehran hattâ izâ beleğa eşüddehü ve belğa erbaine seneten kâle rabbi ev zmi en eşküre nimetekelleti...*

Ana babanız ihtiyarlıyarak size iltica ederlerse hizmetlerinden yüksünmeyin, uf demeyin, kalplerini kırmayın, gönüllerini hoş edecek sözler söyleyin.

Ana babanın sert muamelelerini yavaştan alıp tevazü ile karşıla, küçükken sana baktıkları için şükran borcunu ifa et.

İSRA 24. *Vehfid lehümâ cenâhazzülli minerrahmeti ve kul rabbir hamhüma kema rebeyanî sagira.*

Ana baba çocuklarına hayat vermişler, kendilerini idare edebilecekleri hale gelinceye kadar tabii bir hisle, çeşitli zahmete katlanarak menfaatlarını korumuşlar, dolayısıyla sosyal menfaata hizmet etmişlerdir. Çocuklara bakım işi onlara tabii hissi olmıyanlara yüklenmesi nisbeten ağır olurdu. Çocukların kendilerine mesbuk bu hizmetin karşılığını ödemeleri tabii adalet hissine tekabül eder.

Ana babanın evlâda, evlâdın ana babaya vazifeleri matematik hesaplarla değil, halin icapları ve imkânları ile hudutludur. Ana baba çalışacak çağda evlâtlarına bakmakla mükellef olamadıkları gibi, muhtaç duruma düşmedikçe evlatlarından kendilerine bakmlarını istiyemezler (b. Nafaka bahsi.).

Ana babaya itaatin de hududu vardır. Hürmet ve şükran borcu körü körüne haksız veya karşılıklı menfaatları gözetmeden verilmiş fantazist emirlere riayete kadar gidemez.

LOKMAN 15. *Ve in câhedâke alâ en tüşrike bîmaleyse leke bihi ilmün felâ tutihümâ ve sâhibhümâ fiddünyâ marufen vettebı sebile men enâbe...*

İmana küfrü üstün tutan ana babanız kardeşlerinize dostluğu kesin.

TEVBE 23. *Ya Eyyühellezine amenû la tettehizu âbâ eküm ve ihvâneküm evliyâe inistahabbül kürra alelîman...*

Keza ANKEBURT 8.

Evlâtların ana babanın emirlerine riayetsizlikleri beyhude kalp kırarak sözlerle, tavırlarla olmamalı, mümkün oldukça, şeklen itaat eder görünmeli, emirleri tevil olunmalıdır. Ancak pek sarîh vazîh emirlere mucip sebepleri gösterilerek itaat edilemeyeceği söylenebilir.

Ayetler birleştirilirse yaşlı ana ve babaya daima hürmet edilmeli, onların haksız emirlerine itaat etmemek için gururlarını okşayan formüller, çareler, aranmalıdır. İsyan, hayvanca bağırma veya fiilî şiddet ile olmamalıdır. Tıpkı hâkimin haksız bir kanunu tatbik etmemek için kanun vaznı sinirlendirmeyen teviller araması gibi.

Aile içinde huzur için ana baba da tahammül dışı ileri isteklerle evlâtlarını üzmemelidir. Karşılıklı müsamahalar iyi geçimin zarurî şartıdır. Bir baba evlâdını, bütün zamanını kendine hasretmesini istemekle usandırır, selâhiyetini suiistimal eder. Ana baba çocuklarından bir hizmet isterken onların üst menfaatlarını düşünmeleri sevgiyi korur. Hasta baba evlâdının bir gün vazifeden kaçmasını unutmalıdır.

Medenî kanun, evlâtları ana babalarına bakmakla, hürmetle mükellef tutmuştur, (264) CK. ana babanın evlâtlarına, veya aile içine kabul ettikleri küçük çocuklarla kötü muamele etmelerini cezalandırmıştır. b. No. 70.

IV

Müzakerelerde Adap

83 — İman sahipleri bir iş müzakere olunurken Resûlden (başkandan) izin almadan sınıışmazlar. Resûl müsaade istiyenlerden dileğine izin verir.

NUR 62. *Innemel müninûnellezine âmenû billahi ve rasûlihi ve izâ kânû meahû alâ emrin câmiin lem yezhebû hattâ yestezinûhü innellezine yestezinûneke ulaikellezine yüminûne billahi ve rasulihi feizes tezenûke libadi şe'nihim fe'zen limen şite minhüm vestağfir lehümullâhe Innallahe ğafurun rahim.*

Ekseriyeti muhafaza gibi bir sebeple veya bir fikrin olgunlaşması için izin isteyene ihtiyaç bulunur, onun ileri sürdüğü mazaret de bu ihtiyaç karşısında önemli sayılamazsa dileği kabul edilmez. Bilhassa, protesto mahiyetinde sınıışmalar önlenmelidir.

İşlere aranızda müzakere ile karar veriniz.

ŞURA 38. *Vellezinestecabu lirabbihim ve akamussalate ve em-
ruhum şura beynehüm ve mimma rezeKnahüm yünfikun.*

Bir karar ittihazından önce alâkalı olanların fikir teatileri isabeti sağlar. Şu var ki, müzakere, iştirâk edenlerin maksatları aynı olmaz, hususî menfaatları çarpışmakta ise hatâ ihtimalini çoğaltır.

İİK. bu esastan yürüyerek, konkordato müzakeresine iştirak eden bir alacaklıya hususî bir menfaat vaadini hükümsüz addetmiş (306) ve cezalandırmıştır, (333). Onun reyi neticeye müessir olmuş ise iştirâk ettiği kararn butlanı da iddia olunabilir. İmtiyazlı alacaklılarla borçlunun yakınlarının reyi ekseriyetin teşkilinde hesaba katılamaz, (İİK. 297).

Mahiyetine nüfuz edemediğin şeyi anladığını, bildiğini iddia etme. Kulaklar, gözler, kalp temayülleri insanı şaşırtır, aldatır.

İSRA 36. *Ve la takfü maleyse leke bihi ilmün innessema vel besara vel füade küllü ülâike kâne anhü mesûla.*

İlmi mahfillerde, toplantılarda sonu gelmiyen münakaşaların başlıca sebebi üyelerin körü körüne veya aldanarak saplandıkları fikri kabul ettirmek için çalışmalardır.

FM. incelediği bir tıbbî mesuliyet meselesinde insanın sözü de, kulağı da, eli de kendini hataya düşürebileceğini tebarüz ettirdi.

Ayette hatâların başlıca sebepleri arasında kalpler de zikrolunuyor. Kalbin taraflardan birine, veya bir doktrine, mezhebe kayması da insanı yanlış muhakemelerle yanlış neticelere sevkeder. Samimî müzakereler azamî derece bu çeşit hatâ sebeplerini önler.

Toplantıda fikirler sükunetle müdafaa edilmeli, bir üye ötekini tecih etmemeli, yanlış da olsa onun fikirlerine kıymet vermelidir. Yoksa, müzakereler hataâlı neticelere, âmme menfaati için tehlikeli kılıkler teşekkülüne sebep olur.

V

Sabr

84 — İnsan maruz bulunduğu bir felâketi atlatmak için elinde olanı yapmalıdır, fakat imkânları ile bertaraf edemediği bir felâket karşısında metanetini muhafaza ile vaziyete intibaka çalışması acısını hafifletir, zalimlerinin aşırı reaksiyonlarını önler.

Bir büyük filosof, Rousseau kendini himaye etmiş olan Malesherbese

bir mektubunda ağırları gece uyumasına imkân vermediğini, fakat saatlerce hayatında tatlı hâdiselerin bıraktığı hisleri hatırlıyarak ağırlarını unuttuğunu yazmış. Hayatın çok üzücü halleri sabırla hafifletilebileceği muhakkaktır.

Sabır akıl hâkimiyetinin hisse galebesidir.

Rablarının rızasını sağlamak için sabır edenler (acılarını unutarak) ahiretlerini kazanırlar.

RAD 22. *Vellezine saberubtiğâe veçhi rabbihim ve ekâmussalâte ve enfeku mimma rezaknahum sirran ve alaniyeten ve yedreûne bil hasenetis seyyiete ülâike lehüm ukbeddar.*

BAKARA 45. *Vesteinû bissabri vessalati ve innehâ lekebiretün illa alel haşûn.*

İstiraplı vaziyetlerini sükûnetle karşılayıp sabırla ve namazla Allaha yardımistiyenin ıstırapı dindir.

Sizinle aynı kanaatte olmıyanlardan işiteceğiniz ağır sözlere sabır ederseniz (karşı komadın) sevap işlemiş olursunuz. Bu sabır pek büyük bir iş olur.

ALİ İMRAN 186. *Letüblevünne fi emvaliküm ve enfüsiküm vele tesmeunne minellezine ütül kütâbe min kabliküm ve minellezine eşrakû ezen kesiran ve intasbiru ve tettekû feinne zâlike min azmil ümur.*

HÜD 116. *Felevla kane minelkuruni min kabliküm ükü bekiyyetin yenkevne anilfesâdi filardı illa kalilen mimen enceyna minhüm vettebeallezine zalemü maütrifûfihi vekanû mücrimin.*

LOKMAN 17. *Yâbüneyye... vasbir alâ mâesâbeke inne zâlike min azmilümur.*

İnsan felâketler karşısında sabır etmekle beraber elindeki tetbiri ihmal etmemelidir.

Sabır ile sebat edin fakat düşmanı da kollayın, feraha kavuşun.

ALİ İMRAN 200. *Yaeyyühâllezine amenusbiru ve sabiru ve rabitu vettekullah lealleküm tüflihun.*

VI

İyilik ve ara bulma.

85 — İnsan iyilik etmeli, aralarında niza ve düşmanlık olanları barıştırmağa çalışmalıdır.

Kur'ân karşılıklı durumlarda tam nisbet aramadan yakınlarla, fakirlere, yetimlere dostlara ortaklara, köle ve cariyelere iyilik edilmesini gönül okşayan sözlerle onların teselli edilmelerini emir ediyor.

Allaha inanan insanlar kardestirler, iyi geçinmelerini sağlayın, araları açılırsa barıştırın.

b. No. 81.

HUCURAT 10. İnnemel müminune ihvetün fe aslihu beyne aha-veyküm vettekullahe lealleküm turhamun.

Başkasına iyilik için lehinde şefa'at eden yaptığı iyilikten (haz duyarak) hisse alır.

NİSA 85. Men yeşta şefâaten haseneten yekün lehü nesibün min-hâ ve men yeşta şefâaten seyyieten yekün lehü kiflün minhâ vekânal lahu alâ külli şeyin mukita.

Muayyen mevzuda itikadı aynı olanlara ihtilâf ettikleri noktalarda her birinin menfaatları, işlerin ve adaletin icapları anlatılarak kanaatları tashih olunursa barışmaları kolaylaşır, tavassut eden haz duyar. Yanlış zıt prensiplere saparak aralarında niza edenlerin, gizli maksat güdenlerin hatâlarını kendilerine anlatarak barıştırma kolay olmaz.

İyilik etme hale ve önemine göre bir adalet prensipi kabul olunarak bazı şartlarla bazı hallerde mecburî sayılıp hukukî müeyyideye bağlanabilir.

Modern kanunlar ilâhî emrin tatbiki olabilecek hükümler koymuşlardır. Ana baba, kardeşler arası nafaka mükellefiyeti, eşler arası teselli, gönül ferahlığına çalışma olan müzaharet borcu MK. da yer almıştır (151).

VII

Ziyaret ve selâmlaşma

86 — Size selâm verilir, hürmet gösterilirse daha güzeli, hiç olmazsa benzeri ile mukabele edin.

NİSA 86. Ve izâ huyyitüm bitehiyyetin fehayyu biahsene minhâ ev rudduhâ İnnallahe kâne ala külli şeyin hasibâ.

Birbirine rasthyanların selâmlaşmaları aralarında sevgi ve emniyet uyandırır. Düşmanlar arası selâmlaşma husumeti izale etmese bile, azaltır. Ancak, selâm bir derece şartlara tâbi olduğundan her rasthyan değil, bir yere gelenin selâm vermesi, her halde verilen selâma mukabele mecburi sayılmıştır. Selâmın iade edilmemesi vereni sıkar, aşabileştirir, iadesi ise neşelendirir, iade edene sıkıntı olmaz.

VIII

Kibir

87 — Kibir kendini büyük ve üstün görerek, diğerlerinden kaçınma, onlara surat etmektir.

Allah kendini beyenerek övenleri, başkalarını hâkir görenleri sevmez. Yürürken iki tarafına sallanma. Ne çok hızlı, ne de çok yavaş yürü, konuşurken bağırma.

*LOKMAN 18. Vela tûsair haddeke linnasi vela temşi filardı me-
rahan, innallâhe lâyuhibbü külle muhtalin fahur.*

İnsan taban mağrur tabiatını islâh etmezse rahat yüzü görmez.
b. No. 69.

X

Alay

88 — Bir kavim diğer bir kavimle, bir kadın diğer kadınla alay etmesin. Alay edilen alay edenden daha hayırlı, daha üstün olabilir. Birbirinize iç sıkıcı lâkablar takmayın.

*HUCURAT 11. Ya eyyuhellezine amneû lâyeshar kavmun min
kavmin asâ en yekünû hayran minhüm velâ nisaün min nisain asa
enyekünne hayran minhünne velâ telmizû enfüseüm velâ tenabezû bil
elka bi, bise lismül fusuku badel imani ve men lem yetüb feülakie hümu-
zalimûn.*

XI

Çalışma

89 — Çalışma, say, insanın faaliyetlerini faydalı bir neticeye yöneltmesidir. Çeşitli oyunlar, eksrim, futbol, tavla, kâğıt, yüzme, yürüme, araba kullanma gibi faydalı bir netice teminine matuf olmıyan yorulmalar çalışma sayılamaz.

Çalışanların istihsalden alacakları payı, paylaşma adaletinde anlatılacaktır.

Allah insanlara ihtiyaçları olan şeyleri çalışmalarına lüzum olmadan yağdırsaydı, onlar yeryüzünde azarlardı.

ŞURA 27. *Veleu besetallahür rizka li ibadihi lebeğau fil ardi vela-kin yünezzilü bikaderin mayeşai, innehû biibadihi habirun basir.*

İnsan ancak çalışmasının karşılığını alır, çalışmakla kıymet kazanır.

NECM 39, 40. *Ve en leyse lil insani illa ma seâ. Ve enne sayehü: seufe yüna.*

Çalışmanın zevkini eğlence peşinde koşan işsizler bilmezler. İnsanın çalışarak vücuda getirdiği bir sanat eserine hayranlıkla bakarak duyduğu zevk, barlarda koşmadan, modanın eseri olarak bunca zahmete katlanarak elde edilen kısa keyif ile mukayese edilemez.

Çalışma insana iyi sıhhat, iyi ahlâk temin eden bir tılsımdır. Cınayetlerin çoğu normal işi olmıyanlar tarafından işlenmektedir. Çalışmayan sinir buhranları geçiriyor. Çeşitli taşkın hayat, dans, kumar, içki insanı yatıştırıyor. Nazlanna oynanan insan rahatsız olmakta, sıhhati bozulmakta, kötü hisleri artmakta, hayatı zevksiz geçmektedir. İnsan çalışması ile kabiliyetini meydana koyarak değerlendirir, diğerlerinin hürmetini kazanır, felâketler hazırlıyan başkalarını rahatsız eden serseri hayattan kendini korur. Pascal hayatta en mühim şey sanatı seçmektir diyor¹.

Çalışanlar için en büyük ıstırap başansızlığa uğrayarak sarfettikleri emeklerin heba olduğunu görmektir. Kişi bu vaziyete cesaretini kaybetmeden âtiye ümit ile bakarak ferahlamalıdır.

(Başarısızlık karşısında) cesaretiniz kırılmasın, meytüs olmayın.

ALİ İMRAN 139. *Vela tehinû ve la tahzenû ve entümül alevne in küntüm müminîn.*

Allah bazılarının rızkını diğerlerini çalıştırabilmeleri için yükseltti.

ZUHRUF 32. *Ehüm yaksimune rahmete rabbike nahnü kasemnâ beynehüm meişetehüm fil hayatid dünyâ ve rafana badahüm fevka badin deracatin liyettehize baduhum badan suhriyyen, ve nahmetü rabbike hayrun mimma yecmeun.*

Çalışma istirahatata, zevke yer bırakmıyacak, vücudu yıpratacak dereceye gitmemelidir.

Kanunlar ferdin çalışma faaliyetini kendini korumak, diğer işçileri rekabet sahasında şahıslarını yıpratın faaliyet mecbur bırak-

1) Domeque s. 391.

mamak için tanzim etmek gerekir. Bu bakımdan çalışanlar el işçisi, fikir işçisi olarak ayrılıp, hususî hükümlere tâbi tutulur. Fikir işçileri âmir durumdadırlar. Onların çalışma zamanları, faaliyetinin kontrolü emre göre hareket eden el işçilerinden farklıdır.

b. İş akdinin feshi No. 165.

XII

Sılai Rahim

90 — Kur'ân sılai rahmi emir ediyor. Sılahi rahim bir fayda veya zaruretle yakınlarından uzakta yaşayanların fasılalarla birbirinin hatırını sorarak, hediyeler teati ederek, ziyaretler yaparak münasebetlerini devam ettirmeleridir. Yakınlar arası münasebetlerin zaman zaman tazelenmesi insana büyük haz ve neşe verir, karşılıklı menfaatlar sağlar.

Sılai rahmi kesenler Allahın lanetine uğrar.

RAD 25. Vellezîne yenkudune ahdallâhi minbadi misâkihî ve yak-taune ma emerallahu bihi enyusale ve yüsidûne filardı ülâike lehümül lanetü velehüm süüddar.

Ömer Rıza ayeti Allahın birleştirilmesini emrettiği şeyi kesenler. (s. 362). Diyanet (s. 330) birleştirilmesini emir ettiğini ayıranlar diye tercüme eder. Allahın birleştirmesini emir ettiği nedir?

İnsanların tabii hislerine uygun olarak devam eden münasebetler maksut olacak. Kırgınlık sebebi ihdas ederek, veyahut sadece ihmal ile bu tabii bağı kesmemelidir. İnsanlarda yakın kan veya sıhri hısımlık ve küçük yaşta başlamış yıllarca iyi kötü tâli ortaklığı ile sevgi bağları kuvvetlenmiş dostluk, sosyal muhit ile olan manevî alâka Allahın birleştirmesini emir ettiği şey kabul edilebilir.

XIII

Kıyafet

91 — Zamanı saadette islâmların kıyafeti hakkında bilgimiz kat'i değildir. Kadınların tepeden tırnağa kadar örtünmeleri, erkeklerle kapı arasından konuşmaları Kur'ân hükmü olduğu kanaati vardır. Bu ve aksi kanaatte olanlara cephe almadan Kur'ân hükümlerini hatırlatmakla iktifa ediyoruz.

İman eden erkeklere söyle, kötü şeylere (bakılması yasak olandan. Diyanet s. 466), bakmaktan sakınsınlar. Tenasül uzuvlarını (Mahrem yerlerini Diyanet s. 466), korusunlar. Başkaalarına rahatsız edecek şekilde gözlerini dikmesinler. Bu hareket nezih ve kibardır.

NUR 30. Kul lil müminine yeğuddu min ebsârihim veyahfezu fûrûcehüm zelike ezkâ lehüm İnnallâhe habirun bima yasneun.

İman eden kadınlara da söyle gözlerini kötü şeylerden saklasınlar, bakışlarıyla diğerlerini rahatsız etmesinler, tenasül uzuvlarını korusunlar, örtünsünler... Süslerini kocalarından, baba, evlâd, kardeş, kölelerinden, cinsî istihası kalmamış yaşlılardan, henüz inkişaf etmemiş çocuklardan başkalarına göstermesinler.

(Erkekliği kalmamış hizmetçiler Diyanet s. 466. Çantay s. 633).

NUR 31. Ve kul lil müminâti yağdudne min ebsarihinne ve yahfazne furucehünne velâ yübdîne zinetehünne illâ mazahera minhâ vel yadribne bihumurihinnealâ cuyubihinne, ve layübdine zinetehünne illa libuufetihinne ev ebâihinne ev ebnai buulethinne ev ebnâihine ev ebnai buuletihinne ev ihvânihinne ev beni ihvanihinne ev beni ehavatihinne ev nisaihinne ev mameleket eymanühünne evittabiüne ğayri ülil irbeti minar-ricâli eviddiflil lezine lem yazheru alâ avratinnisâi ve la yadribne bierculihinne liyuleme ma yuhfine min zinetihinne, vetübû illahi cemîan eyyühel müminûne lealleküm tüflihun.

Bu ayetler pek açık görünmemektedir. Kadınların örtünmeleri bütün vücutlarına şamil midir? Kadın genç kölesine, uşağına, ihtiyar yabancıya ziynetini, tuvaletini, vücudünün her tarafını gösterebilmesinin cevazını iktiza eder mi? Başörtüsü ne demek?

Ayet Dinayet eserinde kadınların, süslerini kendiliğinden görünen kısım müstesna, açmasınlar, başörtülerini yakalarının üzerine salsınlar” diye manâlandırılmıştır. Demek, kadının açık bulundurulması muhite göre mutad olup fazla dikkati çekmiyen ziynetlerini müstesna olarak kapaması mecburiyeti yoktur.

Böylece, Allah tesettür meselesini zaman ve muhitin telâkkilerine tâbi tutmaktadır.

Elmalının kadının ziynetlerini gösterme yasağı ziynet takılması mutad olan vücut kısımlarının gösterilmesi yasağını evleviyetle istilzam ettiği kanaati¹ kabul edilmez.

Ayet maksada göre tefsir edilmelidir, bütün müteşabihatın tefsirinde kaide budur. Kadınların tesettürü ile istihdaf olunan gaye erkek-

1) Elmalı s. 3504.

lerin kadını cinsî münasebete istekli sanarak rahatsız etmemelerini sağlamaktır. Tesettürün bu mucip sebebi Ahzab suresinde beyan olunmaktadır.

Ey nebi iman edenlere söyle örtünsünler. Bu örtünme başkaları tarafından rahatsız edilmemelerini sağlar. Allah acır, günahlarını affeder.

AHZAB 59. *Ya eyyühennebiyyü kul liezvâcike ve benatike ve nisâil müminîne yüdnîne aleyhinne min celâbîbihine, zâlike ednâ en yurafne felâ yü zeyne ve kanallâhü gafuran rahima.*

Elmalı bu ayeti izah sadadinde şöyle yazıyor: “Hazreti Ayşeden mervidir: bu tesettür (edna en yuraafne) onların tanınmamalarına mebzul cariyelerden adi kadınlardan vekâr ve heybetle seçilerek hürmet edilmelerine (felayüzeyne) ve binaenaleyh inciltilmemelerine elverişli olan surettir. Asıl o vakittir ki (namuslu kadın dış kıyafeti ile erkeklerle cinsî münasebetten kaçındığı hissini telkin etmişken) onlara eza edecek olanların bir vebal ve buhtan yüklenmiş oldukları tebeyyün eder ve binaenaleyh, bundan evvelki ve sonraki ayetlerin hükümlerine dahil olacakları anlaşılır. Bununla beraber Allah gafur rahimdir”².

Kadınlara rahatsız edilmeden korkulan yoksa örtüsüz görünmelerinin cevazı, “beğendiğiniz kadınlarla evleniniz”³. Ayetinin delâletinden anlaşılır. Bir kadın beğenilmek için örtüsüz görülmesi gerekmez mi?

Maahaza evlenecek de olsa kadının umumiyetle muhitte çirkin görünen kıyafetle kendini göstermesi mubah olmaz. Kadın, vücudu emsalsiz güzellikte olduğunu anlatmak için, buluşma yerinde ayıp ve çirkin tarzda görünmesi günah olur. Allah insanları çirkin ve ayıp şeylerden men eder. Kur’an açık olarak yalnız tenasül uzuvlarının örtülmesini emir eder.

Avret yerinizi örtmek, için tekva elbisesi, güzel görünmeniz için de süs (riş) elbisesi gönderdik. Takva elbisesi hayırlıdır.

ARAF 26. *Ya beni âdeme kad enzelna aleyküm libasen yuvari sev âtiküm ve rişen ve libasuttakvâ Zâlike hayrün...*

Hayırlı takva libası ne olduğu noktasında büyük âlim Mevakıp şöyle yazıyor. “Denilmiştir ki, evvelki libas (Takva libası) mücerret setri evrete kâfi olandır... Libası riş fahir ve arayış için giyilen” dir⁴.

Demek insanın tenasül uzuvlarını örtecek, hava şartlarına göre vücudun ihtiyacı olan bir elbise giyip diğer uzuvlarını hava cereyanlarına maruz bulundurması hayırlıdır.

2) Elmalı s. 3928-3929.

3) NİSA 3. İlerde Evlenme.

4) Mevakıp C. II. s. 63.

Vehbi tefsirinde takva libası avret mahallini setreden libastır... Mâ-nayı hakikisinde müstameldir diyor⁵.

Nüfuz ve itibar sağlamak için sıhhata zararlı dar elbise, ayakkabı, çamaşır giymekten kaçınmalıdır. Maahaza, kimsenin cefa da olsa süslü elbise giymesi günah değildir. (Rişen, zengince kelimesinin delâleti). İnsan bazı merasimde, diğer rahatsızlıklar gibi giyim sıkıntısına da katlanabilir.

Evlenmeyi düşünmeyen ihtiyarlamış kadınların (evlenme teklifi bekleyemiyen) süslenmeden örtülerini çıkarmaları günah değildir.

NUR 60. Velkavâidu minennisâil lâti lâyercune nikâhan feleyse aleyhinne cunahun en yedane siyabehünne ğayra müteberricâtin bizinetin, ve en yestafifne hayrun lehünne, Vallahü semüun alim.

Fakat onların da iffet etmeleri muhitte çirkin görünecek iğrenç hisler uyandıran kıyafetten sakınmaları gerekir.

Allah birbirinizin arasında çirkin görünecek şeyler emir etmediğini söyler.

ARAF 28. b. No. 108.

XIV

KUMAR VE PİYANGO

92 — Kumar ferдин servetini eriterek kendini ve ailesini umumî yardıma muhtaç hale getirebilir.

Hırsın her çeşidi ahlâka mugayirdir. Kumar hırsı azamî dereceye çıkarır, ferde verebileceği kısa süren zevk, sebep olacağı zararla mukayese edilemez. Kumarda, piyangoda kazanılan para karşılıksız olduğu için de, her haksız kazanç gibi, kıskançlıklar dâvet eder, çalışma zevkini kaçırır.

Kur'ân şarap ve kumar faydalı da olsa, zararları, günahları faydalarından çok fazla olduğunu bunları şeytan insanların aralarını açmak için telkin ettiğini zikrederek yasak etmiştir.

BAKARA 219. MAİDE 92. b. No. 151.

Kumar haddi zatında kötü bir şey ise de, Devletin kumar oynayanlarını takip etmesinde sosyal bakımdan üstün zarar bulunabilir.

Gizli oynanan kumarın tahkikinin, araştırılmasının sebep olacağı

5) Vehbi C. VI. s. 28.

zarar oynayanlara çektirilecek cezanın sağlayabileceği menfaattan çok fazladır.

CK. sadece umumî yerlerde kumar oynatanları iki aya kadar hapis (567), oynayanları da 250 liraya kadar para cezası (568) ile cezalandırmaktadır.

Kazanç kastı ile neticeleri talihe bağlanan her oyun kumardır. CK. (569).

Kazanılması şahsî maharete tâbi olan oyunlar kumar olmaz. Bu oyunlarda kazanç, maharetin primi sayılır. Yalnız maharetin ikinci derecede rol oynadığı oyunun kumar vasfı kalır.

Herkesin para ile, parasız girebileceği yer umumîdir.

BK. göre kumar veya bahis münasebetiyle borçlanan borcunu ödemeğe mecbur olmaz. Fakat, hiyle yapılmadan oynanmış bir oyunda verilmiş para geri alınamaz (504). Bazı şartlarla kumarın itiyatı MK. 359 uncu maddesine göre hacir sebebi olabilir.

XV

İSRAF VE HASİSLİK

93 — Kur'âna göre israf da hasislik de günahdır. Malların bol zamanlarda saklanmıyarak lüzumsuz yere sarfedilmesi ihtiyaç zamanında mahrumiyete sebep olur. Zengin bir adam lüzumsuz sarfiyatı yüzünden muhtaç vaziyete düşebilir. İstihsal olunan malların ihtiyaçtan fazlası israf edilecek yerde muhtaçlara verilse bir hayli sosyal meseleler halledilmiş olur. Nihayet, dünya nimetlerinden herkes faydalanacağı için israf eden başkalarının haklarına da tecavüz etmiş olur.

Kur'ânın israfı önliyen spekülasyonun faydasına işaret ettiği yukarıda No. 74 de anlattık.

İsraf kişinin kendisi veya başkası için faydalı olmadan malını yok etmesidir. Bir enerjinin israfı da yasaktır. Malların sosyal gayelerine uygun olarak istihlâk edilmesi israf olmaz. İsraf toplumun ihtiyaç zamanlarında mallardan istifadesine mani olduğu için kötü bir şeydir.

Malların sosyal gayelerine uygun olarak istihlâk edilmeyip saklanması mal sahibi bakımından hasisliktir, âmme bakımından israfa benzer neticeler verir. Mal sahibi, âmmenin büyük üstün menfaati iktiza ettirirse mallarını işletmekle mükellef tutulabilir. Dünya nimetleri herkesin olduğu için kimsenin mallarını ileriki bir ihtiyaç karşılamak için lüzumlu miktardan fazlasını saklaması haklı olamaz.

Kur'anda israf ve hasisliği yasak eden ayetler:

Allahın makbul kulları israftan ve hasislikten kaçınır.

FURKAN 67. Vellezine iza enfeku lem yüsritu velem yakturu ve kâne beyne zâlike kavâmâ.

Elini boynuna dolayıp cimri olma, büsbütün de açılma, yoksa sonra üzülür, hasret çekersin.

Nefsi için hayırlı sarfiyattan çekinmeyen kendini hasislikten koruyan felağ bulur, mesut olur.

Aldığınız mahsulü yiyin, lüzumlu masraflardan kaçınmayın, fakat israf da etmeyin. Allah israf edenleri sevmez.

ENAM 141. Vehüvelleri enşee... külü min semerihi iza esmera ve âtû hakkahu yeume hasadihi vela tüsritu innehü layühıbbül müsrifin.

Kur'an israf edilmemek şartıyla lüks istihlâki de yasak etmez.

Mescide (umumiyyetle insanların toplu halde bulundukları her çeşit merasim) giderken süslenin, fakat israftan kaçının. Size iyi rızıkları ziyneti kim haram ediyor.

ARAF. 32. Kul men harrame zinetallahilleti ahraca lübadihî vatayyibati minerrızkı kul hiye lillezine âmenû filhayatid dünyâ halisaten yeumel kıyameti keزالike nufassilül âyâtı likavmin yalemun.

Yakınlara, fakirlere, yolculara hakkını ver, fazla vererek israf etme, müsrifler şeytanın kardeşidir.

İSRA 26. Veâti zilkurbâ hakkahû velmiskine vebnessebili velâ tübezzir tebzirâ.

İSRA 27. İnnel mübezzirîne kânu ihvaneş şeyâtini ve kâneş şeytanu lirabbihî kefurâ.

Binaenaleyh, muhtaçlara hayati ihtiyaçlarından fazlası, yardım olarak verilemez. Aşırı cömertlik insanlarda çalışma zevk ve hevesini kaçırır, tembelliği teşvik eder.

Altın ve gümüşü saklıyarak Allah yolunda harcamıyanları azap ile müjdele.

TEVBE 34. Ya eyyühellezine âmenû inne kesîran minelahlbarî veruhbâni leyekübâne emvalennasi bilbatili be yesudddune an sebilillahi vellezine yeknizûnezzehebe veltiddate vela yünfikunehâ fisebilillâhi febeşsirhüm biazabin elim.

Bu ayet ellerindeki çeşitli malları diğerlerinin istifadesine arzetmiyerek veyahut kendileri işletmiyerek, saklıyanları kaseder. Yoksa kaza-

nılmış bütün malların şuna buna verilmesini istilzam etmez.

Halife Osman zamanında Ebüzer adında yüksek fazilet ve ahlâk sahibi, fakat o nispette mütaassıp biri herkesin bir günlük nafakadan fazlasını sadaka vermesi Alinin bazı beyanlarından da mâna çıkararak zikredilen âyet icabı olduğunu halk arasında yayarak lüksten hoşlanan Halife aleyhine tahrikatta bulundu. Osman'ın huzuruna celbedilen bu zat sorgusu sırasında aksi kanaati iltizam eden bir âlim muarızını bastonu ile yaralamış, huzurda işlediği bu hareketi yüzünden sürgün cezasına çarptırılmıştı.

Bütün sosyal yardımlar, yardım edilenlerin istifadelerine nispet yardım edenlerin mahrumiyeti mukayese edilemeyecek kadar az olduğu için emrolmuştur. Muhtaca yardım ne kadar lâzımsa, yardım eden bu yardımı yüzünden zor bir vaziyete düşmemek de lâzımdır.

Başkalarına yardım ederken kendinizi unutmayınız.

BAKARA 44. *Etemurunennâse bilbirri ve tensevne enfüseküm ve entüm tetlûnel kitâbe efelâ takılun.*

Biriken servet, yardım ve iyilik perdeleri ile kişinin kendine bir iktidar, hâkimiyet sağlamasına vesile de olmamalıdır. Muhtaçlara yardım ne kadar lâzımsa servetin verdiği kuvvetle onları hükmü altında tutmak o kadar belki daha fazla zararlı olur. Bu sayede temin olunan rey çokluğu, şahsî menfaatinden başka bir şey düşünmeyen zenginleri iş başına getirerek memleketi felâkete de sürükler. Bu sebeple, iyilik maksadı gütmenden insanda serbest çalışma hevesini kıran, paraziter hayata teşvik eder mahiyette ikramlara haram olan israf damgası vurmak gerekir.

BAKARA 263. b. No. 43.

İsraf ve hasislik daha ziyade ahlâk ve din sahasında kalmak gerekir. Hukuk yalnız önemli israf ve hasislikleri önlemek için müdahale edebilir. Yoksa, israfı da hasisliği de önleyecek cezaların sebep olacağı zararlar, suiistimallerle, büyüyerek sağlayacağı faydalardan kat kat üstün olabilir.

Kazancın ne mikdan lüks ihtiyaçlara, ne mikdan ileriki ihtiyaçlara tahsis edileceğini, bundan nasıl faydalanılacağını tayin kazanan kişinin selâhiyetinde kalması prensip olmak gerekir. Normal yaradılıştaki kişi bu hususları tayinde otoriteye çok üstün ehliyettedir. Hukuk sadece mal ve enerji israfını önleyen hükümler koymak, kişiyi israfa mecbur bırakan mükellefiyetlerden korumak gerekir :

93a — Kanunlar:

I. MK. israf, sarhoşluğu itiyat etmesi yüzünden mallarını kötü idare ederek kendini veya ailesini sefaletle maruz bırakanların, daimi yardıma ve takayyüde muhtaç olanların veyahut başkasının emniyetini tehdit edenlerin hacir olunmalarını kabul eder (356).

Rezaletle tavsif olunacak hayat tarzları ile, yaptığı çeşitli, gürültülü âlemlerle muhitini rahatsız eden, gençleri azdıran, baştan çıkaran hacir olunabilir. Kişi kimseyi rahatsız etmemek kendini ve ailesini ileride muhtaç vaziyete düşürmemek, aile vazifesini de ihmal etmemek şartıyla mallarını israf etmesi veya hasislik etmesi prensip olarak bir müeyyide tatbikini gerektirmez. Sermayesine dokunmayan, ve ailesine karşı vazifelerini yapan kimse sarfiyatında serbesttir.

II. MK. malların faydasız yere mahvolmaması için komşusunun ağaç dalları kendi binası veya mezruatı üzerine geçmesine müsaade eden mal sahibine o dallarda yetişmiş meyveleri temellük hakkı vermiştir. (664). Yoksa bu meyveler, ağaç sahibi onları toplamak için komşu araziye giremeyeceğine göre çürüyüp israf olacaktır. Ağaç sahibi komşusunun müsaadesiyle mülküne girerek veya ağaca çıkararak meyveleri toplarsa komşunun bunları temellük hakkı kalmaz.

III. BK. mallar sahiplerinin kayıtsızlığı yüzünden mahvolmaması, bunlardan azami istifade edilebilmesi prensibi ile başkasına ait bir işi ondan selâhiyet almadan yapan kimseye, ona faydalı olduğu nisbette masraflarını hattâ bekleyebileceği bir ücreti, tahsis ettiği sermayenin faizini istemek hakkı tanınmıştır.

Kişi şahsî istifadesi için de başkasına ait bir vazifeyi yapabilir. Fakat, bu halde iş sahibi, yapılan işten istifadesini geçen bir tazminat ödemekle mükellef olmaz. (BK. 411-415).

Mecelle “*gayrin mülkünde tasarrufla emir etmek batıldır*” (95). “*Bir kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın ahar bir kimsenin tasarruf etmesi caiz değildir*” (96) kaideleri ile bu esastan ayrılmış mı?

Kişinin diğerinin mal ve menfaatlarında ondan selâhiyet almadan tasarruf etmesi, tasarruf için diğer birine emir vermesi malların iyi idaresinden ziyade hesapsız, israf işlemlere, suiistimallere sebep olacağı için kabul edilemez. Salâhiyetsiz verilen emre uyarak iş yapan mal sahibine karşı sorumlu olur. Başkalarının zararına cömertlik tehlikelidir. Fakat şartlara göre menfaatını fiilen koruyamayan bir kimse, kendine zahmet vererek menfaatlarını koruyan kişiye teşekkür etmesi tabii bir borç olduğu da şüphesizdir, onun tasarrufuna zımnî rızası bulunur.

Diğerini işlerine müdahale ile zarardan kurtaran, faydalı olan kişi korunmalıdır.

Kişi şahsî meşru menfaatlarını korumak için de diğerinin menfaat sahasına müdahale edebilir. Kişi kendi menfaatına lâkayıt kalmakla diğerinin meşru menfaatinin kaybına sebep olmamalıdır, kimse diğerinin hareketsizliğinden zarar görmemelidir. Neticede MK. ile Mecelle hükümlerinde zıtlık yoktur.

Başkasının işini vekâlet almadan gören hasren onun menfaatına hareket etmiş ise, işi başaramasa bile, bir kusuru olmamak, iş haddi zâtında faydalı olmak şartı ile faaliyeti ile mütenasip bir tazminat isteyebilir (BK. 413). İş sahibi menfaati hale göre dâvacının müdahalesini icap ettirmemiş, bu müdahaleden bir şey de istifade etmemiş ise müdahale edene tazminat vermeğe mecbur olmaz. Meselâ, borçlunun kabul etmediği bir borcu ödeyen ancak haksız iktisap kaidesine tevfikân, hakikaten onun borçlu olduğunu isbat edebilirse ödemesinin iadesini isteyebilir¹.

Başkasının işini yapan o işten kendi için bir istifade ummuş ise ancak iş sahibine temin edebildiği fayda hududunda masrafını alabilir. (414), malın kıymetini arttırmıyan, iş sahibine faydası olmamış lüks masrafını alamaz.

Kiracı kiraladığı yerde mucirin yapması gereken tamiri yaparsa masraflarını alabilir, fakat kendi işine yarayan, kira kıymetini arttırmıyan masraflarını alamaz, mecurun kira kıymetini arttıran masraflarını da kiraya zammı kabul etmezse alamaz.

Mal sahibi açıkça kimsenin karışmamasını bildirmişken, işini gören sebep olacağı bütün zarardan mesul olur. Fakat, iş sahibinin ah-lâka aykırı bir maksatla işine karışılmasını menetmesi muteber olmaz, (411). Mal sahibi bir işi açıkça yasak edebileceği gibi, halden de onun bu maksadı anlaşılabilir. Mal sahibinin ileriki tasavvurlarının tahakkukuna imkân bırakmıyan, meselâ bahçe olarak kullanmak istediği yere veya malî vaziyetini sarsacak masrafla arsasına bina yapan verdiği zarardan mesul edilebilir. Şu var ki, mal sahibinin sırf diğerine zarar vermek için işine başkalarını müdahaleden menetmesi meselâ, kiracıyı tahliyeye mecbur etmek için damı aktarmadan menetmesi muteber olmaz.

Hülâsa başkası menfaatına onun izini olmadan işler yapan, masraf eden, şahsî menfaatını ön plânda tutmuş olsa bile kazandırdığı menfaati geçmemek üzere masraflarını alabilir. Kişi diğerinin faaliyetinden onun zaranna bir istifade sağlaması âdil olmaz. Diğerine faydalı iş yapan memnun edilmeli, hiç olmazsa bu yüzden zarar görmemelidir. Mal sahibi

1) FM. 19 Ocak. 1960 JdT 1960, 583.

müdahale edemediği bir vaziyette kendine faydalı olan kişiye teşekkür borçludur.

IV. 5 Ağustos 1960 Fransız K. göre (S. 1960, 269) her arazi işleten, veya işletenler grubu kendi arazisi civarında olup da 5 yıldan beri ziraat edilmeyen ve mesahası bir nizamname ile tayin olunacak miktarı geçmiyen araziye bulunduğu yer mahkemesinden alacağı müsaade ile işletebilir (39). Mahkeme tahkikattan sonra ahvale nazaran faydalı ise işletme şartlarını, kira miktarını tesbit ile istenen müsaadeyi verir. Bundan başka, vali metruk arazi sahiplerini veya onları işletme hakları olanları arazilerini işletmeye dâvet de edebilir. Vali tayin ettiği müddette arazi işletilmezse arazi sahibine ve onu işletme hakkı olanlara (kiracı, intifa sahibi) hiç bir tazminat vermeğe mecbur olmadan araziye el koyarak işletilmesini sağlayabilir, icabında arazinin istimlâkine gidebilir. Faydalı surette işletilemeyen araziler birleştirilir (40-1).

SEKİZİNCİ FASIL

CİNSÎ AHLÂK

94 — *Evlenme*. Evlenme, mahiyeti bakımından erkek ve kadın arasında devamlı cinsî münasebet tesisi için anlaşmadır. Hukukî bakımdan, evlenme cinsî münasebet gayesini istihdaf etmese bile, meselâ bakılmak, daha rahat yaşamak maksadiyle, veya ekonomik sebeplerle, hattâ birlikte yaşama gayesi olmadan, tarafların resmî memur önünde evlenme veya muadili bir terimle karşılıklı olarak, kanunun evlenmeye attettiği neticelere rızalarını beyan etmeleridir.

İslâm hukukunda evlenme erkek ve kadının cinsî münasebetlerine meşruiyet vermek için anlaşmalardır, zımnî de olabilir. Erkek, dilediği anda anlaşmaya son verebilir, fakat onun mühim sebepler olmadan evlilik hayatına son vermesi günahıdır. Kadın kendiliğinden evlenme anlaşmasını bozamaz, fakat Kur'âna göre hâkim mühim sebeplerle onun talebiyle akti feshedebilir.

95 — Memur önünde akt olmadan geçici cinsî münasebetin meşruiyeti ve neticeleri noktasında modern hukuk kriz geçirmektedir. Gerçek ve fiilî vaziyetler muhafazakârların hücumuna uğruyor.

Kur'ânın cinsî münasebete dair hükümleri ideal görülür. Fakat, İslâm ülkelerinde teamülen teessüs etmiş hukuk ile Kur'ân arasında bu mevzuda tetabuk şüphelidir.

MK. un evlenme mevzuunda hükümleri umumiyeti ile Kur'âna uygun olmakla beraber İsviçre kanunundan iktibas edilmiş realitelere uymayan, tatbikat sahasında sebep olduğu haksızlıklarla kanuna karşı isyanlara kadar giden bazı mahdut hükümleri de ihtiva ettiği saklamamalıdır. FM. bu hükümleri azamî derecede realitelere uygun yürüterek şikâyetleri önlemeğe çalışıyor.

96 — Kur'ânda prensip, erkek ve kadının hoşlarına gidecek fakat, fizik veya ruhî sıhhatları veya sosyal bakımından zararsız olan münasebeti serbest olmasıdır.

Kadınlarınız mahsül veren zemindir. Onlarla zevkiniz gibi münasebette bulunun.

BAKARA 223. *Nisâüküm harsün leküm, fe'tü harseküm ennâ şitüm ve kaddimu li enfüsiküm, vettekuallahe valemû enneküm mülâkuhü, ve beşşiril müminin.*

Allah birlikte yaşamanız, kaynaşmanız için sizlere cinsinizden eş yarattı.

RUM. 21. *Vemin âyâtihî en halaka leküm min enfüsiküm ezvâcan liteskünû ileyhâ veceale beyneküm meveddeten verahmeten, innefizâlike leâyâtin likavmin yetefekkerun.*

Ücretlerini (mehir) verdiğiniz iffetli kadınlarla açıkca evlenin. Gizli münasebette bulunmayın, fuhuş hayatı sürmeyin.

Beğendiğiniz kadınlarla evleniniz (Nisa 3) âyetine göre haddi zâtında evlenme sevap görünür. Günah olan, kötü, çirkin (fuhuş) münasebetlerdir. İslâm hukukunda tarafların zımnî de olsa anlaşması nikâh olduğuna göre, evli olmıyan kadın ile anlaşarak münasebet zina olarak vasıflandırılmaz. Evlenme akitlerine imamların müdahalesi, Kilise hukuku taklit edilerek evlenmeye resmiyet vermek için yakın zamanda âdet edilmiştir.

Kadın ve erkeğin iptidaen devamlı cima münasebeti için anlaşmadan geçici münasebetleri günah olması mesele kalıyor.

Sarih Kur'an hükmüne göre cariyelerle münasebet günah değildir. Cariyeye devamlı münasebet ve kan gibi vazifeler taahhüt edilmez.

Kur'an cariyelerle münasebeti serbest bırakmış, fakat onlara sahip olanların bu yüzden kazanç sağlamalarını yasak etmiştir.

Sahiplerinin namuslu yaşamak istiyen cariyelerini dünyevî menfaatlar için fuhşa zorlamaları günahtır.

NUR 33. *Velyestafillezîne lâyecidune nikâhan hattâ yuğniyehümullâhü min fadlihî, vellezine yebteğunel kitâbe mimma meleket ey-*

mânüküm fekâtibühüm in alimtüm fihim hayran ve âtühüm min mâlil-lâhillezi ântâküm, veâl tükrihû feteyâtiküm alelbiğâi ineradne tehassunen litebteğu aradal hayatiddünya, ve men yükrihhünne feinnallahe min badi ikrâhihinne ğâfurun rahîm.

Bir erkeğe evlenme akdi ile sadakat vaadetmiş olan kadın bu taahhüdünü bozmadan diğer biriyle münasebette bulunması zinadır, ceza-yı istilzam eder.

Nisa 3 âyeti No. 102 de yazıldı.

Sahip olduğumuz cariyeler hariç, kocalı bir kadınla evlenmeniz haramdır.

NİSA 24. *Velmuhsanatü minennisai illa mâmeleket eymanüküm, kitaballahi aleyküm veühille leküm maverâe zaliküm en tebteğu biemvaliküm muhsinîne ğayra müsafihine, Femestemtatüm bihi minhünne feâtühünne ücurahünne feridaten, vela cunaha aleyküm fi ma teradaytüm bihi min badil feridati, Innallahe kâne alimen hakîmâ.*

Ayette esir düşerek diğerinin mülkiyetine geçmiş kocalı kadınlar istisna edilmektedir. Esir edilerek kocası ile bağılılığı kesilmiş bir kadını evliliğini baki sayarak dünya zevklerinden mahrum etmek doğru görülmemiştir.

Mali (veya sosyal) durumu sebebiyle evlenemiyenler sahiplerinin izni ile **iman** sahibi bir cariye ile evlensinler, onlara da gizli başka dostları yoksa, iftelerlerini de muhafaza ediyorlarsa mukarrer ücretini versinler. Cariye ile evlenme, cinsî sürükleyici hislerine hâkim olmıyanlar içindir. Kişinin nefesine hâkim olarak bu şekil münasebetten vazgeçmesi daha hayırlı olur.

NİSA 25. *Ve men lem yestetı minküm tavlen en yekihal muhsanatil müminatı femin mameleket eymanüküm min feteya tikümul müminâti Vallâhü alemü bümaniküm, baduküm min badın, fenkihi hünne büzni ehlihinne ve atühünne ücurahünne bilmarufi muhsanatin ğayra müsafihâtin vela müttehizâti ahdanin, feizâ uhsinne fein eteyne bifâhişetin fealeyhinne nısfu ma alel muhsanati minel azabi, zâlike limen haşiyelane minküm, ve entasbiru hayrun leküm, Vallahü ğâfurun rahîm.*

Cariye ile evlenme mevzuunda müfessirler gibi biz de ayetlerin derinliklerine nüfuz edemediğimizi itiraf edelim. Tefsircilerin bu âyetlerin ruhuna, hattâ metnine uygun manâ verdiklerine kanaat edemiyoruz.

Ayette bahis mevzuu evlenme lügat manâsına olacak. Bir kadına evlenme akdi ile maddî veya manevî muzaharet taahhüt edemiyecek du-

rumda olup da cinsî hislerinin sürükleyici tesirinde olanlara cariye alma müsaadesi verilmektedir.

97 — Fukaha zina edenler hakkında âdil bulmadıkları cezaları hafifletmek için dahiyâne inceliklerle ve kılı kırka yararak hükümler bulmuşlar, fakat tenakuza da düşmüşlerdir: Hukukta olsun, ahlâkta olsun metinleri aşırı lojikle tefsir bazen zıt neticeler verir.

Nasuhi Bilmen'den¹ şu hükümleri naklediyoruz. Parantez içinde No. lar o kitabın paragraf No. landır.

1) Gizli evlenme ile zina edenler ceza görmezler (No. 634). Bu kanaat Kur'âna uygundur. Çünkü erkek ve kadının cinsî münasebet için anlaşmaları evlenmedir.

Halife Ömer, bir mahreç buldunuz mu haddi iskat ediniz demiş (No. 549).

2) İmâmı Azâme göre bir kadın deli veya çocuk ile zina ederse hiç biri hakkında had lâzım gelmez. Çünkü bu mukarenet tam bir zina fazihası sayılmaz. İmâmı Şâfiî daha doğru olarak kadının cezalandırılacağı kanaatındadır. (No. 543, s. 215). Evli bir kadın bir deliye, bir çocuğa teslim olursa cezasız kalır. Delilik irsî olduğuna göre kadının bir deli ile münasebeti sosyal bakımdan nisbeten daha fecidir.

3) Kadını bir ücret mukabilinde kiralayarak münasebet zina olmaz. (No. 548 s. 217). Gerçekten kişinin malik olduğu kadınlarla, cinsî münasebeti günah olmaması hür bir kadınla ücret karşılığı cinsî münasebeti zina almamasını tabii olarak tazammum eder. Ücret kadının cinsî münasebete rızasını ifade eden objektif bir delildir. Kadının ücret mukabili şahsından muayyen bir zaman istifadeye muvafakatini ayrı bir hükme tabi tutmak için lojik bir sebep yoktur. Bir kadınla ancak muteber olmayan rızasına müstenit cinsî münasebet zina olabilir.

Kur'an fuhuşu meneder. Fuhuş cinsî münasebette ifrat ve onun çirkin şekilde tekrarlanmasıdır. Rıza ile cinsî münasebet hayâsız şekil almazsa evlenme ile karışır.

Rıza ile cinsî münasebet hayâsız şekil almazsa evlenme ile karışır.

Kısaca kadının rastgelen erkekle (promiscuite) münasebeti menedilmiştir.

Kur'âna göre evlenme teklifleri ve kabulü alenî olmalıdır. Hemen her yerde evlenmelere geniş alenilik veren düğünler bu münasebetlerin gizlenmemesini istihdaf eder. Binaenaleyh memur önünde alenen akde-

1) b. Kitaplar Bilmen.

dilen bir evlenme tercih edilmelidir. Bu şekil, evlenmenin sadece isbatını kolaylaştırır, şartı değildir.

4) Fukaha zina edenlere verilecek cezaların ağırlığını nazara alarak şahitler zinayı gizlerse veya o hükümde olarak, aradan bir ay geçtikten sonra açıklarlarsa şahadetlerini muteber saymazlar, zinayı ikrara şahadeti muteber tutmazlar, kocasız bir kadına gebe kalsa da, sorgu ile zina ettiği tahkik edilerek ceza vermezler.

Bu görüşte isabet açıktır.

Bilmen şu dikkat çeken hâdiseyi anlatıyor:

Peygamber bütün hayatında Maız adında birini zinadan cezalandırmış. Bu cezanın recim olduğu söyleniyor. (Biz Kur'anda recimi emir eden bir ayet göremedik). Bu zat Peygambere zina ettiğini söyliyerek recmedilmesini ısrarla istemiş. Peygamber onu vazgeçirmek için hükmünü celseden celseye talik etmiş, nihayet ısrarı karşısında ölüme mahkûm etmiş. Fakat, Peygamber onun sanıldığı gibi günahkâr olmadığını halka hissettirmek için huşu ile teçhiz ve tekfin edilmesini emrederek "ben onu Cennet ırmaklarına dalıp çıkar halde gördüm" buyurmuştur. (No. 611. s. 239). Bu nakil Peygamberin zina bahsinde zamanının muataassıp ileri gelenleri ile hem fikir olmadığı, ve zaniyi muhitin tesiriyle yaşama zevkini kaybederek duyduğu ruhi azaptan kurtarmanın biricik devası olarak cezalandırdığı, her halde hareketi Allah tarafından tasvip edilmediği hissini verir.

Zamanı cahiliyette zina edenlerin taşlanarak öldürülmesi adet idi. Maız hâdisesi üzerine zina edenlere recim cezası yerine hafif bir ceza koyan ayet nazil olması da mümkündür. (Gelen No. lara bak).

98 — Kur'ân'da cinsî münasebeti hudutluyan hükümler:

Zina etmeyin. O çirkin ve hayasız bir şeydir.

İSRA 32 *Ve lâ takrebüzzinâ innehü kâne fâhişeten ve sâe sebîlâ.*

Zina eden erkek ve kadına acımadan yüzer deynek vurunuz. Onların azaplarına mü'münler şahit olsunlar.

NUR 2 *Ezzâniyetü vezzâni feclidu külle vâhidin minhümâ miete celdetin velâ te'hüzküm bihima rafetün fi dînillâhi in küntüm tü'mînüne billâhi velyevmil ahiri vel yeşhed azabehüma tâifetün minel müminîn.*

Dört şahitle fuhuş yaptığı sâbit olan kadınları ölünceye kadar veya tevbe dinceye kadar evlerde tutunuz.

NİSA 15 Vellâti ye'tinel fâhişete min nisâiküm festeşhidû aley-inne arbaeten minküm fe in şehidû ve emsikuhünne filbüyüti hattâ ye-eveffâhünne mevü ev yec'allâhü lehünne sebilâ.

99 — Zinâ geçen paragrafta yazdığımız gibi evli erkek veya kadının eşinden başka biri ile münasebetidir.

Zinâ aile içinde geçimsizlikler doğuracağı, doğacak çocukların neseplerini şüpheli hale getirerek bakılmalarını ihmâle sebep olacağı için bazı şartlarla cezalandırılması haklıdır. Fakat, tabii hislerine mağlûp olarak zina edene aşırı ceza verilmesi haklı olamaz. Kur'an tabii hislerine kapılarak zinâ edenin cezasını hafifletmiştir.

Kur'an zinâ edenler için iki çeşit ceza kabul eder: a) Dayak, b) tevbe, edinceye kadar evlerde hapis. Hâkim, hâle göre bu iki cezadan birini tercih edecektir.

Zina edenlerin ikisini de cezalandırın; fakat tevbe ederek hallerini ıslâh ederlerse cezalarına devam etmeyin.

NİSA 16 Vellezâni ye'tiyânihâ minküm feâzûhümâ fein tâbâ ve aslehâ feâridu anhümâ, innallâhe kâne tevvâben rahimâ.

NUR 5 İllezine tabû min ba'di zâlike ve aslehu feinnallahe gafurun rahim.

Fukahanın gayrı meşrû münasebette bulunduğu usulen sâbit olan kişinin tevbesi cezasını düşürmediği kanaatları¹ mesnetsiz görünür.

Cezanın infazında şahitler bulunması araya girerek mahkumu tevbeye teşvik ile kocanın asabını teskine yardım içindir.

Zâniyenin ortağının koca önünde af diliyerek âtiyen aile haremine el uzatmayacağı alenî taahhüdü kocayı yatıştırabilir. Bu vaziyette zâniler hakkında efkân âmmenin nazarları yeter bir ceza kalır.

Nisâ âyetinde furucehunne teriminin delâletine göre, zinâ var sayılabilmek için duhul şarttır². Hele, duhule bir mâni yokken diğer suretle gönlün hoş edilmesi cezayı istilzam etmez.

Bugünkü CK. tefsirinde de zinâ suçu için duhul unsuru aranmalıdır. Zinânın cezalandırılmasında gaye, doğacak çocuğun nesep vaziyetini kanştıracak gebeliği önlemektir.

1) Bilmen No. 554, s. 219.

2) Hanbelilere göre. Bilmen, No. 554. s. 221.

Zinâ eden cezalandırılabilmek için en az dört şahid şehadet etmelidir.

Nâmuslu kadınlara zina isnad edenlere dört şahit göstermezlerse seksen deynek vurum.

NUR 4. Vellezine yermunel muhsanâti sümme lemyetû biarbeati şühedâe feclidûhüm semanîne celdeten velâtakbelu lehüm şehadeten ebeden veulâike hümmülfasikun.

Bir kadının zayıf bir ânında zinası gizli kalabilirse aile nizâmı bozulmaz. Bu, nizâm daha ziyade karı veya şerikin ihtiyatsızlıkla vaziyeti açığa vurması yüzünden bozulur.

Koca karısını zinâ halinde görür, veya buna kanaat ederse iddiasını aynı dört muhakeme celsesinde, âkibet ve nitecelerini düşünerek tekrarlar. Karı da aynı şekilde dört celsede aksini iddia etmezse cezalandırılır. Kadın suçunu ikrar etse de inkâr eden şeriki cezalandıramaz.

NUR 6-9. Vellezine yarmune ezvâcehüm velem yekünlehüm şühedâü illâ enfüsühüm teşehhâdetü ehadîhim erbau şehâdâtin billâhi inne hü leminassâdikîn.

Ve hâmisetü enne lâ'netallâhi aleyhi in kâne minel kâzibin.

Veyedrau anhel azabe en teşhede erbea şehâdâtin billâhi inne hü leminel kâzibin.

Velhâmisete enne gadab Allâhi aleyha in kâne minessâdikîn.

Zinâ eden ancak zâniye veya putperestle, zâniye de zâni ile evlenebilir başkası ile evlenemez.

NUR 3. Ezzânî lâyenkihi illâ zâniyeten ev müşriketen vezzâniyetü lâ yenkihuhâ illâ zanin ev müşrikün ve hurrime zâlike alelmü'minin.

Zinanın çok ayıp ve günah olduğuna kâni bir erkek zina ettiği hükmen sâbit bir karı ile mes'ut yaşayamaz. Ardı kesilmiyen şüpheler, kıskançlık, evlenmenin devamlı olmasına mânidir. Fakat, zinaya ehemmiyet vermiyen, onu tabii sayan kavimden biri için bu hareket geçimsizlik sebebi olması ihtimali azdır. Eşlerin kanaatlarında birlik, saadetlerine mâniî kaldırır. Netice, genel eve düşen bir kadınla genel evleri ziyaret edenler evlenebilirler.

100 — Kur'an hükümlerinin felsefesi, karının zinasını bazı karinelere istidlâl eden vaziyeti ifşâ ederek eşlerin arasını bozmamalıdır. karısından şüphe eden koca da onu boşamakla iktifa etmelidir.

Kocanın tefahhus ile öğrendiği karısının zinasını cürmümeşhut zaptı ile tesbit ettirmesi Kur'ân'a muhalif olur.

Başkalarının rezâletini işâadan hoşlananlara dünyada ve ahirette büyük azap vardır.

NUR 19 Innellezine yuhıbburte en teşial fahıšetü fillezine amenu lehüm azabün elimün fiddünya vel âhireti vallâhü ya'lemu ve entüm lââtâ'lemun.

101 — CK. cinsî münasebeti şu aşağıdaki hallerde cezalandırmıştır:

a) Alenen adaba muhalif, halk nazarında çirkin görünecek hayasız münasebet (Kur'an'da velfahşâi) halkın hislerine fena tesiri itibariyle cezalandırılmıştır.

Ortalama olarak, görenleri utandıracak şekilde cinsî duyguların izhanı da suçtur. (419).

b) Fuhuş. Cinsî münasebetin meslek edinilmesi vücudu yıprattığı, hastalıkların sirâyetine sebep olduğu için sosyal kontrolü gerektirir.

Fuhuşla ve fuhuş yüzünden bulaşan zührevî hastalıklarla mücadele tüzüğü bu kontrolü sağlayan hükümler koymuştur (R. 19. Nisan. 1961).

Mükerreren ve bir çok erkeklerle münasebette bulunan, fuhuş meslek haline getirenler tescil edilerek kontrole, sıhhi muayeneye tâbi tutulurlar.

c) Küçüklerle cinsî münasebet. Cinsî duygularının sürükleyici tesiri altında âkibet ve neticelerini etraflı muhakeme edemeyecek yaşta olanlarla münasebet suçtur.

15 yaşını bitirmemiş erkek veya kadınlarla "ırz ve namusuna tasaddiyi" tazammun edecek, yâni onlara fuhuş fikrini uyandıracak satışma suçtur (414).

C.K. 1953 tâdilâtında 15 yaşını bitirmiş olsa bile reşit olmayanlarla cinsî münasebeti cezalandırmıştır. Fakat onlara rızaları ile ırz ve nâmusu tasaddi cezasız kalır. Ceza Kanununun dar tefsiri prensiptir¹.

Bir erkekle cinsî münasebette bulunan küçük kadın bu münasebetinden bir çocuk doğurursa o erkeğin ahvali şahsiyeye dair neticeleri ile baba olduğuna hükmolunabilir. (MK. 310).

(1) Vatan 29. Oc. 1957. Reşit olmayanlarla cinsî münasebet yazımız. Bu yazımızda neticeleri hakkında selim muhakeme yürütebilecek yaşta olanlarla rızaları ile cinsî münasebetin cezalandırılması sosyal tehlike olabileceğini tebaruz ettirerek CK. bakımından rüştün MK. ile kabul edilen rüşte tetabuk etmesi gerekmediğini müdafaa ettik. Yazımıza saik olan günlük bir hâdise idi: İddiaya göre 16 yaşında bir kız çalıştığı yerden kapı dışarı edilmişti; onu şahsına alâka duyan bir genç evine kabul ederek rastladığı erkekle meslek

Reşit olmayanlarla cezayı istilzam eden münasebet gebelik ihtimali yaratan münasebettir. Kanun, doğurmakla ayıp sayılan münasebeti meydana çıkacak küçüğün feci âkibetini önlemek için ağır ceza koymuştur. Binaenaleyh, CK. bakımından da cinsî münasebet suçunun bir unsuru duhuldür. (b. No. 98).

d) Asılsız evlenme vâadi veya hile ile cinsî münasebet. Asılsız evlenme vâadi ile bikrin izâlesi suçtur (423). Devamlı olacağı kanaati verilerek veya nüfuz kullanılarak cinsi münasebete razı edilen kadın tazminat alabilir.

Ciddi ve samimi evlenme vâadi üzerine teslim olan kadın sonradan haklı bir sebeple terkedilirse tazminat iddia edemez.

Kadın cinsi münasebete razı olmak için kendine söylenen yalanlara inanmamış ise meselâ, evli olduğunu bildiği erkeğe seninle evlenirim sözü üzerine teslim olmuş ise hiyle kabul olunamaz.

Nüfuz kullanılarak razı edilen kadın ile cinsi münasebet suçtur. Bir kadın hakkında disiplin tedbirleri almak selâhiyeti olan onun üzerinde nüfuz sahibi sayılır².

e) *Zina*. Evli bir erkek veya kadının eşinden başkası ile cinsî münasebeti diğerini sınırlendirmesi, üzmesi aralarında geçimsizlik tohumu saçması itibariyle ahlâka uymadığı için cezalandırılmıştır. Fakat, erkeğin zinası ile kadının zinası, neticeleri farklı olduğu için, suç şartları farklıdır.

Erkeğin zinasının suç unsuru, karısı ile oturduğu evde, veyahut herkesçe bilinecek şekilde başka yerde bir kadınla karı koca hayatı yaşamasıdır (CK. 441). Bu hal kadının asabını bozar, fakat tefahhuslâ ko-

halinde fuhuştan kurtarmıştı; evlenme ilânları da yapılmıştı. Bir düşman, nişanlı aleyhine savcıcı dâva ikâmesine tahrik etmişti.

15 yaşında bir kız ana babasının muvafakatiyle evlenebilirken evlilik dışında münasebette bulundu diye tâmir kabul etmez bir duruma düşürülmesi lojik olamaz. Bir kaç günlük evlilikten sonra boşanan veya dul kalan 15 yaşında bir kadınla münasebet mübah olduğuna göre gebeliğe mütehammil, münasebetin neticelerini anlayabilen küçük de, CK. bakımından reşit sayılarak rızasıyla münasebet mübah sayılmak gerekir.

Temyiz mahkemesi Tev. İct. kararında, evlenme vâadi ile, olsa bile reşit olmayan bir kadınla evlenme dışı münasebeti re'sen takibi kabul etmesi hatâ sayılmalıdır. Temyiz Tev. İct. 26/5/1956 R. Ağustos 1956.

2) Fransa. Tem. 7 Ekim 1957, S. 1958 269.

casının başka kadınla münasebetini öğrenen kadının şikâyeti haklı olmaz. Bir kadının kocasının bütün hareketlerini tarassut etmesi, nice geçimsizliklerin sebebi olduğu için ahlâken kötüdür.

Kadının zinası mutlak olarak cezalandırılmıştır (440). Karısının zinasını öğrenen koca doğurduğu çocuğun nesebinden şüphe edecek, onu affetse bile çocuğuna ısınamıyarak bakımını ihmâl edecektir.

Fransız Temyiz mahkemesine göre koca karısını kabule mecbur olduğu her yerde onunla birlikte oturuyor addolunur. Tabiidir ki, karı, haberi olmadan kocasının kirâladığı bir yerde, veyahut iş yerinde beraber oturuyor farzedilemez.

Eşler birbirlerine karşı vazifelerini ihmal etmekte iseler, hususile biri diğerini terketmiş ise zinanın cezalandırılması faydasızdır. Fakat CK. birbirinden ayrı yaşayan eşlerin zinasını cezadan muaf tutmamış, sadece hafifletmiştir (442).

Zina yalnız eş tarafından dâva açılarak takip edilebilir, şikâyeti üzerine savcı suçluyu takip etmez (443).

Eş dâva hakkını zinadan sonra, veya daha evvel düşürebilir. Eşinin zinasına muvafakat etmiş olan karı veya koca kepâzeliklerini mahkemede yaymasında sosyal zarar zinanın cezalandırılmasındaki faydayı aşar. Ceza, ne kadar ağır olursa olsun, kocanın para ile veya parasız tahrik ettiği karısının zinasını önleyemez. Bu vaziyet işaa edilerek, diğerlerine fena fikir verilmemek lâzımdır. Karı veya koca eşinin zina etmesine ehemmiyet vermiyerek birlik yaşamağa devam edecekse vaziyetin mahkemeye aksettirilmesi ailenin yüksek menfaatine aykırı olur.

f) İmam nikâhı CK. resmî memur tarafından evlenme tescil edilmeden evlenme merasimi yapan dinî sıfatı olanları, mesarim şahitlerini cezalandırıyor (237). Ceza suç ile mütenasip değildir, metin çok dar tefsir edilmelidir. Tarafların evlenme törenine din adamını bu sıfatı ile dâvet etmiyerek, aralarında bazı dinî merasim yapmaları suç olmaz.

102 — TAADDÜDÜ ZEVCÂT. Kur'ân'a göre bir kadının birden fazla erkekle evlenmesi yasaktır, fakat, bir erkek bazı şartlarla birden fazla karı alabilir.

Yetimler hakkında adaleti icra edememekten korkarsanız hoşunuza giden beğendiğiniz, iki, üç, dört karı alınız. Karılar arasında adaletle muamele edememekten korkarsanız tek karı alınız. Veyahut câriyelerinizle münasebette bulununuz. Böylelikle adaleti daha kolay yapabilirsiniz.

1) Fransa, Tem. 17. Ekim. 1956, S. 1957, 307.

NİSA 3. Ve in hiŧtüm ellâ tuksitu filyetemâ fenkihi ma tâbeleküm minnisâi mesnâ ve sülâse ve rubâe, fein hiŧtüm ellâ tadilu fevâhideten ev mameleket eymânüküm zâlike ednâ ellâ teulu.

Bu âyete göre herbirine karşı adalete riayet etmek şartıyla, bir zaruretle bir erkek bir kaç karı ile evlenebilir. Kur'an bir kaç karı aralarında adaleti teminin sanıldığından daha güç olduğuna da işaret etmektedir:

Ne kadar gayret etseniz karılarınız arasında adaleti yapamazsınız. Onlardan birine bütün gönlünüzü vererek ötekileri ihmal etmeyiniz.

NİSA 129. Velen testetiu en tâdilu beynennâsi veleu harastüm felâ temilû küllelmeyli fetezeruhâ kelmuallâkati, vein tuslihu vetetteku feinnallâhe kâne gâfuran rahima.

Kur'an bir kaç karı alınmasına hususile yetim çocukların yerleştirilmesi zarureti ile müsaade etmiştir. Zamanında iktidarı olanlara, bakmaları için bir kaç yetim çocuk verilmiş olacaktı. Bir kaç çocuğun bakımını üzerine alanlar, karı veya câriye adıyla evde bir kaç kadın toplamak ihtiyacında idiler.

Diyanet tefsirine ve anlayışına göre “eğer velisi olduğunuz mal sahibi yetim kızlara evlenmekle kendilerine haksızlık yapmaktan korkarsanız, onlarla değil, hoşunuza giden başka kadınlarla” evlenebilirsiniz (s. 101). Bu anlayışı metne intibak ettiremedik. Yetim bir kızla evlenme ona ne bakımdan haksızlık olacak da başka bir kadınla evlenme bu haksızlığı izâle edecek? Bir kaç yetime bakma vazifesini üzerine alan, karısının hastalığı gibi bir sebeple bu vazifesini yapamıyacak durumda kalmış ise ilâve kanlar alarak vazifesinde kusur etmemesi bu âyetin nüzul sebebi olabilir. Ayetin, yetimler ile evlenmemek için bir kaç kadınla evlenme câizdir şeklinde tefsiri evlâtlıkla evlenmeye açık olarak müsaade eden âyete zıt olmaz mı?

Karılar arasında adalet nöbete riayetle her gece birinin koynunda yatmak değil, her birine karı sıfatıyla beklemekte haklı olduğu menfaatleri temindir. Evli bir kadının kocasından beklediği iskân, iaşe, müzaharet ve normal şekilde cinsi istihalarının tatminidir. Hasta, seksapeli olmayan bir kadının genç kocasının doymak bilmiyen cinsi istihalarına her nöbet gecesi cevap vermesi büyük işkence olabilir.

Adalet herkesin hakkı verilmesidir. Kocanın karısını kendinden beklemede haklı olduğu maddi ve mânevî menfaatten, ikinci bir karı ile evlendiği için mahrum bırakması adaletsizlik olur. Eve cinsî istihaları

fazla dört kadın alıp her biri ile uzun fasılalarla nöbetleşe münasebet de adaletsizliktir.

Kur'an bakımından birden fazla kadın alınması ancak ailenin müşterek menfaati olmak, karıları üzmemek şartı ile caiz olur. Meselâ, karı yaşlı, hasta olup vazifelerini yapamaz, çocuklara bakamaz halde ise o dahil, bütün aileye bakacak ikinci bir karı alınabilir. İhtiyarlanmış karının evvelki gibi infak ve iaşesinden bir şey kısmamak, ona hürmet, hastalığında ihtimam, kederli anlarında teselli vazifesinde kusur edilmemek lâzımdır.

Karılarından istediğini yatağına alman, istediğini atman onları mahzum etmez; hepsi verdiği şeylere râzı olurlarsa günah yoktur.

AHZAP 51. Türcî men teşâü minhünne ve tü'vî ileyke men teşâü, ve menipteğayte mimmen azelte felâ cunâha aleyke, zâlike ednâ en tekarra ayünühünne velâ yahzenne ve yadayne bimâ âteytehünne küllühünne, vallâhü ya'lemü ma fi kulubiküm, ve kânellâhü alimen halîma.

CK. evli erkeklerin, karılarından gizlemeleri, muhitlerine duyur-mamaları şartıyla câriye diyebileceğimiz metres tutmalarını cezalandır-mamıştır. Bu hüküm de bir zaruretin icabıdır.

Vaktiyle Pariste Üniversite sıralarında iken (1913) meşhur sosyo-log Worms aile ahlâkına dair alâka çeken bir konferansını şöyle bitir-mişti: Taaddüdü zevcat şark memleketlerinde câridir; garbta bir cina-yettir, fakat bu ancak kanunendir.

Erkek ve kadın müşekkel tarzda memur önünde başkalarını hayat-larına ortak etmiyeceklerini taahhüd etmişken kocanın ikinci bir karı al-ması aile içinde huzursuzluk yaratır; menfaat vaziyetine uymaz, aile için-de hayatı çekimlez hale getirebilir.

ÜÇÜNCÜ BAP

MEVZU METİNLERİN VE KUR'ANIN TESİRİ

BİRİNCİ FASIL

UMUMİ VE HUSUSİ TEFSİR

103 — Umumi mahiyette bir metnin muayyen bir hâdisede tatbiki için mâna ve şümulünü tayin onu tatbika memur makamın selâhiyetindedir.

Bir metnin ileriki muayyen olmıyan hâdiselerde tatbik edilmek üzere mâna ve şümulünün tesbiti (umumi tefsir) yeni bir hüküm olduğu için metni vaz'a selâhiyeti olanların inhisarındadır. Metni tatbika memur olan makamı ancak neşrinden sonra vaki hâdiseler hakkında tatbika mecbur eder.

Yargıtayın Tev. İçtihad tefsiri de umumi mahiyeti ile ancak kabulünden sonraki hâdiselerde mecburî olabilir. Bu Heyetin tevhidî içtihad kararlarının derdest dâvalarda, hattâ bu dâvalar mahkemede derdesti tedkik bulundukça, hükmün evvelce temyizden tasdik edilerek kesinleşmiş noktalarında da tatbiki mecburiyetini kabul eden Tevhidî içtihad kararları bariz hatadır¹.

Ferdin şahıs ve mal emniyetine dair kanunları müşahhas hâdiselere intibak ettirme selâhiyeti politik makamdan müstakil adliyenin inhisarî selâhiyetindedir. Adliye de kanuncu gibi sosyal grubun bir organıdır, kanuncunun kör bir aleti, bir robot değildir. Adliye sosyal cereyanlara kulak tıkayamaz, metni tatbikte iradesi bulunur.

Zamanla kıymeti daha iyi anlaşılmakta olan kuvvetler ayrılığı prensibi hâkimin etraflı düşünmeden, politik zihniyetle mevzu haksız bir hükmü tefsir ile nizaalî vaziyete intibak ettirebilmesini iktiza eder.

1) Tev. İçt. (Büyük Heyeti) 4/5/1960/R, 8. Haziran. 1960. Adalet D. makalemiz: Mahkeme içtihatlarının otoritesi ve tevhidî içtihad kararlarının derdest dâvalara tesiri. Adalet 1960 s. 815.

Otoritenin ihtimal içinde olan suiistimâli bu suretle tahdid olunabilir. Hâkim vicdanen verdiği hükmü kontrol için kanunun metninde hüküm arayacak, metin ona yol gösterecek, selâhiyetini tahdid edecek, fakat kanunu başka makamların talimâtını dinlemeğe mecbur olmadan Hukuka intibak ettirecektir. Politik makamın kişinin hususî vaziyetini istihdaf eden kararları umumî tefsir olarak vasıflandırarak hâkimi bağlaması demokratik esaslara aykırı tehlikeli bir görüş olur.

104 — Hâkim bir kanunu tatbik için idarenin ve kanuncunun talimâtı, tefsirii le bağlı olmazsa da ceza tatbikine esas olacak bir idarî emri sanık lehine tefsir eden hükümler ile bağlı olmak gerekir.

Bir idarî tefsire güvenmiş olan taraf aldanmamalıdır. Zaten ceza-yı hafifleten kanunların, daha evvelki hâdiselerde tatbiki prensiptir.

Fr. Tem. İdarenin milletlerarası anlaşmaları tefsir eden kararları da mahkemeleri bağladığını kabul ediyor¹. Devletler arası karşılıklı menfaatleri politik icaplara intibak ettirme ıztıran bu içtihadı haklı gösterir.

İKİNCİ FASIL

TEFSİR PRENSİPLERİ VE KUR'AN

105 — Hukuk tekâmül halinde insan münasebetlerini tanzim ettiği için metinler tefsir yolu ile hayat yürüyüşüne intibak ettirilmek gerekir.

Mecelle “*Ezmanın tagayyürü ile ahkâmır. tegayyürü inkâr olunamaz*” (39) kaidesini koymuştur.

Hâkim bir kanunun metnini şartlara bakmadan nizâlî hâdiseye dos-doğru tatbik için ezeli prensibi fedâ etmemek gerekir. Fakat, hâkim kanunun metnini tecahül etmekle de rolünü aşar. O nihayet bir canbazlıkla kaçamak noktalar arayarak haksız, şartlara uymayan metinlerde tasarruf edebilir, kanunu hiçe sayamaz².

“Hâkimlerin faaliyet ve içtihatlarının bir hududu olmalıdır”³.

106 — Kur'an ile mevzu tefsir kaideleri mâkûlâtın ifadesi olarak modern hukukta da muteberdir.

Tefsire esas prensibi ifade eden âyet:

Din yoluna iknâ edici deliller iradı, ruhlara tesir eden güzel sözler, vazalar, iyi mücadele ile (itaata zorlayan uygun vasıta ve münakaşalar) davet et-

1) Fr. Tem. 6. Temmuz. 1954, D-S, 1955, 633.

2) Levy - Buruhle s. 61.

3) Berki Ali Himmet s. 8.

NAHL 125. Üdu ilâ sebîli rabbike bilkimeti velmev'izatil haseneti vecâdilhüm billeti hiye ahsenu inne rabbeke hüve alemü bimen dâl-le an sebilihî ve huve alemü bilmühtedîn.

Büyük İslâm âlimi İbni Rüşd'e göre bu âyet, akla uymayan bir nas-
sın te'vil olunmasını iktiza etmektedir¹. Te'vil bir şeyin benzeri veya se-
bebi ile delâleti hakikiyeden delâleti mecaziye naklidir.

Bir hukuk, bir ahlâk kaidesi de Kur'an hükümleri gibi zaman âlim-
lerini iknâ eden sebebin icabına göre tefsir edilmek lâzımdır. Mu-
cip sebebi anlaşılmıyan, veya zaman şartlarına göre kalmıyan metin te-
vil olunur. (Mec. 61, 62).

"Teşriin hakikî hukuk menbalarına uygun olması lâzımdır. Kanun-
lar ancak bu uygunluk nisbetinde hâkim ve muta olabilir"².

Zamanın tanınmış büyük âlimi Müderris Manastırlı İsmail Hakkı
zikri geçen âyeti şu belîğ ifade ile tercüme etmektedir:

"Ey habibi zîşânınım ümmetinden her sınıfını hâl ve şânına muva-
fık hüccet ve delâil beyanı ile (seviyelerine göre inandırıcı deliller) dini
İslâma dâvet et. Havassı ümmeti (âlimler) makalâtı muhkeme ve be-
rahini katiye (münakaşa kabul etmiyen deliller) ve âvamı nâsı delâili
muknia ve temsilâtı nâfia (hitap edilenlere tesirli sözler, misâller ve ör-
nekler) ile tariki hakka dâvet et. Muannitleri (sâbit fikre saplanmış inat-
çılar) da kendilerince müselleme ve beyinlerinde meşhur olan mukadde-
mâtla ilzam ve onlara kanaatbahş olacak veçhile ve gayet rıfk ve mülâ-
yemetle mücadele haseneye ihtimam eyle".

Hâkim delilleri muhakame edemiyerek mevzuata karşı gelenleri,
sosyal emniyet zaruri kılmış ise kategorik emirlerle ve mülâyim vasıta-
larla, itaata zorlayacaktır.

Burhan ve delile dayanmadan te'vil ve tefsir yolu ile Allah hakkın-
da bilinmiyen şeyin söylenmesi yasaktır.

*ARAF 33. Kul innemâ harrame rabbiyel fevâhişe mazahera min-
hâ ve mâ betane vel isme vel bağye bigayrîl hakkı ve entüşrikû billâhi
mâlem yünezzil bihi sultânen ve en tekulu alallâhi mâlâ ta'lemun.*

1) İbni Rüşd bu hususta çok ilgi çeken izahat vermektedir. O zamanını en
âlim doktoru ve filozofu olarak tanımıştır. Aristo'yu en iyi o şerhetti. 1126
da doğdu, 1198 de öldü. Endülüs'de kadı idi. Düşmanları onun dinden çıktığını
iddia ettiler. Halife Mansur onu bu sebepten azil ve nefyetti. Daha sonra ilmi
takdir olunarak vazifesine iade olundu. Grand Ancyklopedi (Francaise, Aver-
roès kelimesi, Fransızların İbni Rüşd'e verdikleri isim).

2) Berki Ali Himmet s. 12.

3) Manastırlı c. II, s. 4, Not.

FM. son içtihatları ile bir metnin tevili şartlarını bu izahata uygun olarak tesbit etmiştir. b. No. 123.

Prensiplere nüfuz edemiyen, mucip sebepleri anlamıyan cumhur halk, ilâhî hükümlere riayete ruhlar üzerinde tesirli sözlerle dâvet olunur. Bir emre riayet etmiyenler, güzel söz tesir etmezse, zaruret hududuna ve en az zararsız müeyyidelerle (ahsen mücadele) zorlanır. Hukuk, kaideye riayet ister; kanaatlere karışmaz. Kişi bir emre, isabetine inanmadan itaat ederse, onunla, hattâ alay etse de, mes'ul olmaz. Bu noktaya şu âyet ile işaret olunmuştur:

Dini oyuncak hale getirenleri kendi kendilerine bırak.

ENAM 70. b. No. 40.

Hükümler koyan metinleri, mucip sebeplerini münakaşaya ilmi selâhiyeti olmayanlar tefsir etmeden tatbik edebilirler, fakat işlerine geldiği gibi teville mezun olmazlar.

Darbimesellerden ancak âlimler mâna çıkarabilir.

ANKEBUT 43. *Ve tilkel emsâlü nadribühâ linnâsi ve mâ yakülühâ illel âlimun.*

Halk kendi kendine misâllerle istihdaf olunan mânayı anlayıp mâna çıkaramaz. Misâl, halka istihdaf edilen bir hakikati anlatmağa yarar.

Kur'an arab dili ile indirildi. Muhtevasını öğrendikten sonra onların (müşrikler) havasına gidersen (işlerine geldiği gibi te'ville kalkarsan) koruyucu bulamazsın.

Allah bu âyetle metinlerin umumi dildeki mânalarına göre anlaşılmasına, tevillere kapılmamak gerektiğine işaret etmektedir.

108 — HAYIR ve ŞER. İslâm mütefekkirleri “güzel” ve “çirkin” ne olduğunu münakaşa ederler. Bazılarına göre Şeriatın her emri emrolunduğu için hayır, her yasağı da yasak edildiği için şerdir. Diğer bazılarına göre de hayır ve şer haddizatındadır. Bir şey hayır olduğu için emir, şer olduğu için yasak edilmiştir.

Kur'anda çok emirler neden hayır olduğu beyan edildiğine göre haddizatında bir hayır bulunduğunu kabul etmek lâzımdır. İnsan aklı ile hayır olanı anlar. Binaenaleyh, teville müsait bir mevzu hükmü tecrübelerle hayır görünmiyen tefsirden kaçınmak gerekir.

İnsan tabiatına ve ihtiyacına uygun olan her şey hayırdır. (İleride fayda prensibi).

İbni Rüşd bu görüşü iktiza eden şu âyetleri zikrediyor: ¹.

“Namaz her nevi fenalıktan, aklı selime uymıyacak hareketlerden insanı alıkor, vazgeçirir”.

ANKEBUT 45. *Ütlü mâ uhiye ileyke minel kitâbi ve ekımissa-*

lâte; innessalâte tenhâ anilfahşâi velmünkeri, velezikrullâhi ekberu, val-lâhu ya'lemu mâ tasnaun.

Bu âyet namazın farzolunmasındaki hayrı gösteriyor. Günün bazı saatlerinde Allaha yalvarma, onunla baş başa kalma, ruha neş'e verir; ahlâk üzerinde iyi bir tesir yapar. Bu mucip sebep namazın kabul şartını ihtiva eder. Kişinin zihnen başka şeylerle meşgul olarak kıldığı namaz bu terbiyevî tesiri yapmıyacağı için mâkbul olmaz. Aynı mucip sebep sıhhat ve yaş müsaadesine göre her şekilde Allahı anma namaz olabileceğini istilzam eder.

İlâve edelim ki Peygamberlerin gösterdiği namaz şekli sıhhi durumları normal olanlara fizik vücut hareketi olarak da faydalı olur.

Allah tabii nizamı bilir, hayırlı olanı (muktazayı hikmet) emir eder.

ENAM 139. *Ve kâlu mâfi butuni hâzihil enâmi hâlisatun lizukûrina ve muharramun alâ ezvacinâ veinyekûn meyteten fehüm fihi şüra-kâü seyeczihim vafeküm innehü hakimün alim.*

NİSA 170 *Yâ eyyühennâsü kad câekûmur rasulü bilhakki min-rabbiküm fe âminu hayran leküm ve in tekturu feinne lillâhi mâfissema-vati vel'ardı ve kânallâhu alimen hakima.*

Hayır ve şer akıl ile idrak edildiği içindir ki Kur'anda muhtelif âyetlerde anlayışı kolaylaştıracak tafsilât, darbı meseller irad edilmektedir.

Allah kötü (insan tab'ına uymayan) şeyleri emretmez de.

ARAF 28. *Ve izafaelu... kul inallahe layemuru bilfahşai...*

Allah abes bir şey yaratmaz.

ENBIYA 16 *Ve mâ halaknessemâe vel'arda ve mâ beynehü-mâ lâibin.*

Biz kâinatı nizam içinde hak ile (bütün insanlara hayırlı olarak ihtiyaçlarına uygun halde) yarattık.

İsâ mucizelerini ortaya koyarak, ben size haddi zatında hayırlı olan şeyleri beyan için geldim dedi.

ZUHRUF 63. *Velemmâ câe bilbeyyinâti kâle kadcitüküm bil hikmeti veliübeyyine leküm badellezi tahtelifûne fihi, fettekullâhe ve alîun.*

Allah güçlüğüünüzü istediği için değil, bir derece temizlenmeniz için su bulunmazsa teyemmümü (toprakla temizlik) emrettir.

MAİDE 7. *Ya eyyühellezine... felem tecidumaen feteyemmemu saiden tayyiben... Mayurîdullahü liyecale aleyküm min harecin ve lâkin yurîdü liyutahhireküm...*

İslâm âlimleri Kur'ânın çok mâkul sarıh bazı kategorik hükümlerini dar zihniyetle nüzul sebebini, hayra delâletini gözetmeden yok (men-

suh) saydılar. Bazan da aksine, politik veya şahsi sebeplerle mantıki esaslardan ayrılarak hayır olmadığı açık hatalı anlayışlarla kelime üzerinde durdular.

109 — KANUN HİLESİ. (Hilei şer'iye). Modern hukukta kanun hilesi adıyla bir yasak müsait bir kanun hükmünden faydalananlar bertaraf edilebilir mi meselesi münakaşa edilmektedir. Kanun hileleri formalist ve dar hukuk rejiminde nice meşrû menfaatleri koruyarak sosyal refahı ve terakkiyi sağlar. Ancak, kanunun yasak ettiği bir netice haddi zatında Şer, ahlâka aykırı ise kanunun bazı müsait hükümlerinden faydalanıp dolambaçlı yoldan gidilerek de yapılmasına müsaade olunamaz. Yoksa, sosyal muhitte en şeni fiillere meşruiyet verecek tevile müsait metinler, şekiller bulunabilir.

Kur'an metinlerinden kafa sporları ile kelimeleri kırka yarararak halkın menfaatlerine uymayan hükümler çıkarılıp oyuncak hale getirilmesini yasak eder.

Ayetleri oyuncak hale getirmeyin, âyetlerde (meknuz hikmetleri araştırın.) Hayrı, mâkûlâtı düşünün. Kur'an oyuncak değildir.

BAKARA 231. *Ve izâ tallâtümünnisâe febelagne ecelehünne feemsikühünne bimarufin ev serrihu hünne bimarufin, velâ tümsikühünne dirâren lita'tedû, vemen yef'al zâlike fekad zaleme nesehû, velâ tet-tehizu âyatillâhi hüzuven vezkuru nimetallâhi aleyküm vemâ enzele aleyküm minelkitâbi velhikmeti yeziiküm bihi, vettekullahe valemâ en-nallahe bikulli şey'in alim.*

TARIK 13. *İnnehû lekavlün fasl. 14 Ve mâ hüve bilhezl. 15 İnnehüm yekidûne keydâ. 16 Ve ekidü keydâ. 17 Femehhilil kâfirine emhilhüm ruveydâ.*

Fukahanın fâhiş faizi gizleyen hileleri makbul addetmeleri Kur'anın bu hükümleri ile zıttır.

Fakat, meşrû menfaatleri korumak için işe gelen hükümlerden faydalanma muamelelerde kolaylığı ihtiyar olup, Kur'an hükümlerine aykırı olmaz.

Allah kolaylığınızı ister; güçlüğüünüzü istemez.

Güçlükler karşısında Allah kolaylıklar sağlar. Yükünüzü hafifletmek ister.

NİSA 28. *Yüridulallahü en yühaffife anküm ve hulikal insanü daifa.*

İnsan akli ile her güç görünen şeyi kolaylıkla yapabilmek için vasıtalar bulabilir.

1) Devletler hususi adliye kitabımız s. 50 Medenî Kanun şerhimiz M. 2. No. 9.

Netice, yalnız kötü bir maksat için tevillerle mevcut hükümlerden istifadeye çalışma günahtır. Fakat, meşrû olan bir netice, daha kolay ve emniyetle sağlanmak için, caiz olan bir vasıtaya başvurulabilir. Caiz olmayan, bâtilı yürütmek için metinde hüküm aranmasıdır.

Şeri denen hiyleler günahları kaldırmadığı gibi, Kur'ânın kelimeleri kafa sporları ile kırka yarılarak oyuncak hale getirilip hukukun ruhu olan *Muhkemat* prensiplere zıt hükümler kabulü de caiz olamaz. Metinler tefsir veya tatbik olunurken onlara meşruiyet veren asıl hukuk zekâ bıçakları ile öldürülmemelidir. Ali Himmet Berki haklı olarak diyor ki: "Teşriin hakikî hukuk menbalarına uygun olması lâzımdır. Kanunlar ancak bu uygunluk nisbetinde hâkim ve muta olabilir"².

110 — MK. hakkın sırf gayrı izrar eden suiistimalini yasak ettiğinden (2), diğerine zarar vermiyen, âmme intizamını bozmıyan bir işi kanunun müsait hükümlerinden faydalanarak yapmak hakkın suistimali olamaz, caiz olur.

FM. 3 Mart 1953 kararında aynı gayeyi temin eden muhtelif şekillerden birinin tercihini kanun hilesi addetmemiş, yalnız yasak bir gayeyi temin için şekil aranmasını hile saymıştır. Bu karar yukarıki izahımızın modern tatbikidir. Bu karara göre bir gayrimenkûl ticareti için teşekkül etmiş anonim şirketin bütün aksiyonları hususi akitle iktisap edilirse resmi şekle riayete hacet olmadan şirket malı gayrimenkûller iktisap edilebilir. Kocanın kefâlet hükümlerine göre muteber olmayan tahhüdü (İsviçre K.) kasden polîçe hükümlerine göre aval şeklinde yapılırsa muteber olur¹.

HUK. gayrın zaranna hiylelerin yasak olması prensibi ile birden ziyade kimselere karşı birinin ikâmetgâhı mahkemesinde dâva açabileceğini kabul etmiş, fakat dâva, dâvalılardan birini kendi mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek maksadı ile tasni edildiği hal karinesi ile anlaşılması halini mahfuz tutmuştur (9). Meselâ, İstanbul'da oturan asıl borçlu hakkında gidemiyeceği Van mahkemesinde dâva açabilmek için ikâmetgâhı orada olan biri kefil diye dâvalılar arasında gösterilirse dâva selâhiyet bakımından reddolunur.

111 — 1939 Umumî Harbinden sonra sırf tabiiyet değiştirmek için câli evlenmeler çoğaldı. Tarafların evlenmenin esas gayeleri haricinde, hattâ bu gayelere yabancı kalacaklarını peşinen kararlaştırarak, birinin başka suretle iktisap edemediği memleket tâbiyetini iktisap edebilmesi için evlenmesi ne derece himaye edilebilir?

1) JdT. 1954 142.

2) Berki Ali Himmet s. 12.

MK. 126 cı maddeye göre hüsnüniyetle, yani kanun hiylesine başvurmada evlenen kadın her ne sebeple olursa olsun, evlenmenin feshine karar verilmesi halinde, evlâ olarak evlenme feshedilmezse evlenme ile iktisap etmiş olduğu vaziyeti muhafaza eder. Fakat kanun hiylesi ile evlenen tarafın bu hakkı var mıdır? Evlenme bâki iken taraf hilesi ileri sürülerek tâbiyetten iskât edilmez; fakat meselâ, yakın hısımlık gibi bir sebeple savcının talebi ile evlenme feshedilirse hiylekânın, hiyle ile sağladığı Türk tâbiyetini muhafaza edip edemeyeceği mesele olmuştur.

Vatandaşlık K. 13 cü maddede mutlak bir ifade ile, evlenmenin feshi halinde kadının iktisap ettiği tâbiyeti muhafaza edebileceğini yazmaktadır. Ord. Prof. Muammer Râşit ve Prof. Vedat Sevig arkadaşımıza göre bu mutlak ifade ile MK. un 126 cı maddesi tâdile uğramıştır¹.

Vatandaşlık Kanunu şerhimizde biz âmme intizamına aykırı fiilleri yapabilmek için kanunlarda hüküm aranmasını hüsnüniyet kaidesine aykırı görerek mezkûr madde hükmünü mahfuz bulundurduk.

112 — Kur'an âyetlerinin bazıları "Muhkemat" bazıları "Müteşabihat" tır.

Kalblerinde fesat olanlar, kötülük yapmak diğerini baştan çıkarmak için müteşabihatı işlerine göre tevîl ederler. Oysa müteşabihatın gerçek mânasını Allah iliminde ileri olanlara bildirir.

ALİMRAN 7. *Hüvellezi enzele aleykel kitâbe minhü âyâtün muhkemâtün hünne ümmül kitâbi ve uharu müteşâbihâtün, feemmellezine fikulibihim zeyğun feyettebiune mâ teşabehe minhübtigâel fiineti vebtigâe te'vilihi, vemâ ya'lemu te'vilehü illallahü verrasihune fil ilmi yekulune amennâ bihi küllün min indi rabbînâ vemâ yezzekkeru illâ ülül elbâb.*

Akla ve insan hislerine uygun, mânaları açık, kategorik hükümler muhkemat olup tefsir olunamaz, tatbik olunur. Bu vasıfta olmayan metinler ise müteşabihattır. Müteşabihat te'vil olunur. Bu metinlerin hakiki mânalarını Allah âlimlere (rasihun) hâdiselerin yürüyüşüne ve şartlara göre ilham eder.

Müteşabihatı te'vil ve tefsire muhkemat metinlerden anlaşılan Şâri-in maksadı esas tutulur. Yoksa bunların işe gelen ve mâkûl ve selim hislere uymayan te'vili caiz olmaz.

İbni Rüşt Peygamberden sonra türeyen mezheplerden her biri Kur'anı işine gelen mânayı vererek tefsir ettikleri için İslâm hukuku asli şeklini kayıp ettiğini yazarak hataâlı tevillerin vahim neticeleri tebarüz ettirmiştir².

1) Sevig s. 114 ve Not.

2) İbni Rüşt s. 26 ve 28.

Metinler ancak, mucip sebepleri havas huzurunda konferanslarda, üniversite kürsülerinde, ilim kitaplarında münakaşa edilerek te'vil ve tefsir edilebilir, delilleri münakaşa edemiyen avam önünde hisleri çöştüran ifadelerle şahsî kanaatlarla mânalandırılamaz. Bir âlimin dahi, avama hitap eden yazılarla, nutuklarla halkı istediği mecraya sürüklemesi mübah olmaz. Bu kabil neşriyat zararlı ise toplanabilir, vâiz susturulabilir (belâğat ve hitabet mevzuunda âyetler için b. No. 132).

Kur'an tabiatları, yaşayış şartları değişik bütün dünya insanlarına hitap ettiği için, müteferri hükümlerden ziyade prensipler ilham eden bazı hayat kaideleri vaz'etmiştir.

Her nesilde seçtiğimiz bazı kimselere (Peygamberler) doğru yolu ilham eden Kitaplar verdik. Allah dilediğini aydınlatır.

ENAM 88. *Ve min âbâihim ve zürriyyâtihi ve ihvânihi ve tebeynâhüm ve hedehnâhüm ilâ sıratın müstakîm.*

ENAM 89 *Zâlike hüdallâhi yehdi bihi men yeşâi min ibadihi velev eşraku lehabita anhüm mâ kânu ya'melun.*

Bu Kur'an dünya insanlarına öğüttür.

SAD 87 *İn hüve illâ zıkrun lil âlemin.*

Te'vil kabul etmiyen muhkemat ile, kabul eden müteşabihat arasındaki farkı müfessirler çok münakaşa ettiler. Tibyan'a göre muhkemat olandır ki Allahü Tealâ anın mânasını halka bildire¹.

Müteşabihat meaniyi dakikaya şâmil olmakla teemmül ve ianete muhtaç hükümlerdir².

Elmalı, haklı olarak, münferit bir hükmü değil, hükümlerin "nizamı tevhit ile mecmuu birden ümmül kitap muhkemattır" diyor³.

Münferit hükümler, muhkemat âyetlerin heyeti umumiyesinden çıkarılacak prensipler işlenerek mânalandırılır.

Müteşabihatı halkı doğru yoldan sapıtmak, veya şer olduğunu bildiği bir şeyi yapmak için te'vile çalışmak günahtır. Tefsirlerle esas prensipler ihlâl olunmamak gerekir; metin yalnız adaleti temin için te'vil olunabilir.

Kur'anı şahsî menfaatlerine âlet etmek isteyenler âyetlerin işlerine geldiği gibi tevilini beklerler.

ARAF 53. *Hel yenzurune illâ te'vilehû, yevme ye'ti te'vîlühû*

1) Tibyan s. 198.

2) Mevakip s. 199.

3) Elmalı C. II. s. 1036.

yekulüllezîne nesûhü min kablü kad câet rusülü rabbînâ bilhakkı, fehel lenâ min şüfeâe feyeşfeu lenâ ev nüreddü fen amele gayrellezî künnâ namelü, kad hasiru enfüsehum ve dalle anhum mâ kânû yefterun.

Burhan ve delile dayanmadan Allah hakkında bilinmiyen şeyin söylenmesi yasaktır.

Muhkemât tevil olunmazsa da anlayışı zamana göre değişebilir.

Kur'an aydın kişilerin içine doğan açık (Beyyinât) hükümlerdir.

ANKEBUT 49. *Bel hüve âyâtün beyyinâtün fisudurillezîne ütü-lilme, vemâ yechadü biâyâtinâ illezzâlimun.*

Kur'an metinlerinin muhkemat olsun, müteşabihat olsun, mânaları ve şümülü bütün prensipleri göz önünde tutan (ilimde rasih), şahsını veya taraflardan birini tercihan korumasını düşünmiyen, taassuba kapılmıyan kişilerin zihnine kendiliğinden tevarüt eder. Bir mezhebin, tarikatın, felsefi doktrinin tesiri altında edinilen sâbit fikir Kur'anın gerçek mânasını anlamağa esaslı bir mânidir.

Kimse Kur'anı kat'i olarak tam ve dosdoğru anladığı iddiasında bulunamaz. Çünkü,

Allah insana hakikatlerin pek azını bildirmiştir.

İSRA 85. *Ve yes'elûneke anirruhi... ve mâ ûtitüm minel ilmi illâ kalilâ.*

Allah zamanla yavaş yavaş insan aklını tekâmül ettirerek hakikatları öğretmektedir. Binaenaleyh, kimse muayyen bir zamanda Kur'anda meknuz hakikatları kat'i olarak anladığını iddia edemez. Akıllar kemâle geldikçe Kur'anın ilham ettiği hakikatler daha iyi anlaşılıyor.

Bir delile dayanmadan âyetlerin mânalarını birbirleriyle çekişenlerin kalblerinin derinliklerinde kibir vardır, onların şerlerinden sakınmalı.

MÜMİN 56. *İnnellezîne yücâdilûne fi âyatillâhi bigayrı sultânin etâhüm in fisudurihim illâ kibrun mâhüm bibâliğihî festeiz billâhi innehû hüvessemîul basîr.*

Hava ve hevesine uygun bir hükmü mâzur göstermek için değil de hakikatı anlama azmi ile düşünen insan ilâhî vasıf taşıyan ruhu ile Kur'an metnini tevil ve tefsire mezundur.

Allah insan kalbini yarattıktan sonra ona ruhunu üfledi.

Hicre 29. Sadece 9 b. No. 20.

İnsan Allahın ilhamı ile âyetleri yeni vaziyetlere intibak ettirir.

Sen Kur'anı vahyolunduğu gibi oku. Sonra mânasını beyan ve izah bize aittir.

KIYAMET 18, 19. *Feizâ kara'nâhü fettebi kurânehû. Sümme inne aleynâ beyâneh.*

Diyanet işelri bu âyeti "Cebraile okuttuğumuz zaman onun okunmasını dinle. Sonra onu sana açıklamak bize düşer" (s. 771) diye anlamaktadır. Metinde sana kelimesi olmadığından açıklama her zamanın âlimlerine de olacaktır. Osman Raşit, (s. 548). Çantay (s. 1118) tercümelerinde haklı olarak bu kelimeyi ilâve etmemişlerdir.

Bu âyet ilmî kudreti münakaşa dışı âlimler dahil, Kur'anı kimsenin kat'î tefsire mezun olmayacağını anlatmak için Peygambere hitap olduğu kanaatını muhafaza ediyoruz.

Kur'ân ezeli olduğu için hükümleri asırların değişen ihtiyaçlarına göre anlaşılmak lâzımdı. Peygamberden sadır olacak bir izah bu hükümleri dondurabilirdi. Allah bu âyetle Kur'an metinlerini anlayışta, mânalarında tasarruf murad etmektedir.

Ayetleri aşırı lojik tahlillerle çekişmeden zevk alanlardan kaçının, onlarla başka mevzularda mubaheseye geçilinceye kadar sohbeti kesinl.

Yalnız ilham diye Kur'anın delile istinad etmeden zâhir mânalarından inhirafa kimse mezun olamaz.

ENAM 68. *Veizâ raeytellezîne yehudune fiayatinâ fearid anhüm hatta yehudu fihadisin ğayrihi veimma yünsiyennekeşseytânu felâ takud badezzikrâ maal kavmizzâlimin.*

Allahın işitme, görme kalplere sokma şekli ile âyetleri üzerinde nasıl tasarruf ettiğini (nasıl türlü türlü açıkladığımızı. Diyanet) gör.

ENAM 46. *Kul eraeytüm in ehazallahü semaküm ve ebsâraküm ve hateme alâ kulubiküm men ilahün ğayrullâhi yetiküm bihi unzur keyfe nus arrifulâyâti sümme hüm yasdifün.*

Kalpleri kararmış olanlar kötü maksatlarını yürütmek için kelimelerle oynuyarak hakikatı örterler.

Peygamber bir hayli âyetlerin zaman gereklerine uygun tatbikatını Allahın ilhamı ile muayyen hâdiselerde ifade etmiştir. Hadis denen Peygamberin sözleri İslâm Hukuku kaynaklarından sayılır. Fakat zaman ile şartlar değişince Kur'an metni yeni şartlara göre yeni bir ilham ile tefsir olunabilir.

1) Elmalî'ya bak. III. s. 1955.

113 — *Tefsir kaideleri.* Hayır ve Şer akıl ile idrak olunabileceği kabul edilince yüzlerce tefsir kaidelerine ihtiyaç bulunmaz. Prensiplere nüfuz eden herkes akli ile metinden doğru mânâ çıkarabilir. Tefsir kaideleri çoğaldıkça şairin muradını anlamada hatâ ihtimali de çoğalır. Maksadı kesin olarak anlatacak kaide yoktur. Bununla beraber, anlayış hatâlarını azaltmak için bazı mahdut tefsir kaidelerine riayet lâzımdır.

Asırların tecrübesi insan iradesine hâkim manevî kanunlar gibi, maksadını anlatan ifade ve münasebetler de bulunduğunu göstermektedir. Usulü fıkıhcıların buldukları çok sayıda kaidelerin hiç olmazsa bazıları doğru anlayışı sağlayan normlardır. Fakat, bu formel kaideler selim hisselerle kontrol edilmezse hatâ ihtimali azalacak yerde çoğalır.

D Ö R D Ü N C Ü F A S I L

MEDENÎ KANUNDA VE HUKUK USULÜ KANUNUNDA TEFSİR

114 — Kanunla lafzı ve ruhu ile tatbik ve tefsir olunur (MK. 1). Kanunun metni ile ruhu taarruz ederse hâkim mucip sebeplerini göstererek ruhu olan Hayrı tercih eder. Hâkim kanunun esbabı mucibe ve müzakere zabıtları ile aydınlanır, fakat bunlarla bağlı olamaz. O kanunu kaleme almış, veya reyi ile kabul etmiş olanların düşündüklerini değil, metinden anlaşılan ve hayır olan mânâyı tefsire esas tutmak gerekir.

Hukuk nizamı kanuncunun ve kanunu tatbik memur makamlarının mesai iştiraki ile tekâmül edecektir.

Kanun hataen veya bazı kimselere özel menfaat sağlamak için veya bir zaruret ile katagorik olarak adalet prensibinden ayrılmakta ise istisnaidir, metni kırka yarılmalı, tevil edilmeli her halde kıyas yolu ile diğer hallere şumullendirilmemelidir.

Temyiz Mah. 23/5/1960 içtihatları birleştirme kararında bu esası tebarüz ettirerek, Avukatlık kanunun dâvanın neticesine göre değişen ücret mukavelelerini muteber addetmiyen hükmü, devlet avukatlarına dâvanın neticesine göre değişik ücret verileceğine dair K. ile mürtefi olmadığını kabul etti. Yüksek mahkemeye göre bu son kanun istisnaidir, diğer avukat ücretlerine teşmil edilmez.

Akitlerin tefsirinde ise prensip âkidin hakiki maksadı aranmasıdır (BK. 18). b. No. 115.

FM. nin tefsir hakkında görüşü b. No. 123.

HUK. hâkimi sarîh ve kategorik bir kanun hükmünü tatbik etmesinden mesul tutmuş, fakat metni adalet düşüncesi ile tevil, veya yanlış tatbik etmesinden mesul tutmamıştır (573). Hâkim kanun metnini inceledikten sonra nizalı hâdisede tatbikini âdil ve işin icabına uygun görmiyerek tevil edip hüküm vermesinden mesul olmaz.

Tefsire müsait olmıyan kategorik hükümler mahduttur.

Adalette aykırılığı açık olmıyan, tefsire müsait görünmiyen bir kanunu hususî şartlar istilzam etmemişken tevil ile hüküm veren hâkim tarafa karşı tazminat ile mesul olur.

Hâkimin kategorik bir kanunu tatbik etmemesi bir tarafın meşru menfaatinin kaybına sebep olmazsa tazmin mesuliyeti bahis mevzuu olmaz. Âdil görünmiyen kategorik bir ceza hükmünü tatbik etmiyen hâkim ancak vazifesini suiistimal etmesi, yani adalette yabancı hislerle tarafın leh ve aleyhinde karar vermesi halinde cezâen mesul olur³.

B E Ş İ N C İ F A S I L

MECELLENİN KÜLLÎ KAİDELERİNDE TEFSİR

115 — Teorik bakımdan objektif kanun metinlerinin tefsiri ile tarafın bir akitte sübjektif iradesinin tefsiri aynı hükümlere tâbi olamaz. Bir akitte taraf, hakikaten istemediği bir şeyle mülzem olamayacağı için, beyanı hakikî maksadına göre anlaşılmalıdır, objektif bir metin ise umumî gayeleri istihdaf ettiği, vazedenin şahsî menfaatinı istihdaf etmediği için göz önünde tutulan maksada göre manâlandırılabilir, bu metnin anlayışı zamanla değişir. Kur'anı ve MK. nu tefsir için geçen No. larda verdiğimiz izahat bu sebeple akitlerin tefsirinde tamamı tamamına tatbik olunamaz, bir akdi tefsir için hayır veya şer olan değil, tarafın hakikî iradesi araştırılacaktır. Şu var ki, hüsnüniyet kaidesi akitlerin tefsirinde de bir tarafın beyan tarzı ile muhatabında uyandırdığı kanaat gizli maksadına üstün tutulmasını iktiza ettirir. Tarafın muhatabını aldatmak için seçtiği kelimelere kıymet verilemez.

Mecellenin küllî kaideleri muayyen bir beyandan akıl ile çıkarılabilen mânaları tefsire esas tutmaktadır. Bu kaideler psikolojik tabii bir kanunun ifadesi olduğundan, modern mevzuatta da muteberdir.

Mecelle akitlerin olsun, maddî fiillerin olsun neticeleri failin mak-

3) Emcet Belgesay, Hâkimin hukukî mesuliyeti kitabında Türk, İsviçre ve Fransız Hukukunda hakimin mesuliyetini tafsilen etüd etmiştir.

sadına göre tayin edilmesini prensip kabul eder. “*Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir*” (2).

Binaenaleyh, kişi hakkında hüküm fiilini başkasına zararlı olduğunu bilerek ve zararı isteyerek yapmış olup olmamasına göre değişir. Modern hukuk da umumiyetle failin kastını suç unsuru kabul eder, ceza faili harekete sevkeden âmil ve hislere göre değişir.

Fail hakkında maksadına göre hüküm verilmesi prensip olmakla beraber, diğerlerinin haklarını korumak için zaruret hududunda maksadı ikinci plâna alınabilir, muamelelerde formalizm bir derece rol oynamak gerekir. Failin maksadı ahlâkî olması diğerlerinin haklarına tecavüze meşruiyet veremez.

“*Ukutta itibar makasit ve maaniyedir, elfaz ve mebaniye değildir* (3). Her akit âkidin hakikî maksadına göre tefsir olunur, cümlelerin yapılış şekline göre tefsir edilmez. Şu var ki, failin maksadı harice akse-den hareketlerinden anlaşılmak da gerekir.

Bir tarafın beyanı ile güttüğü maksat diğer tarafın bu beyana verebileceği mânaya tekabül etmezse objektif olarak beyanın metninden çıkarılabilen mânâna hükme esas tutulmak gerekir.

Hüsnüniyet kaidesi bu tefsir tarzını icap ettirir.

Mecelle akitlerde emniyeti sağlamak için gelen No. larda yazılı tefsir kaideleri komuştur. Bu kaideler Medenî Kanunda hüsnüniyet kaidesine (2) tetabuk eder.

116 — “*Kelamda asıl olan mânayı hakikidir*” (12).

Her kelime umumî dildeki mânasına göre yorumlanır, fakat, bu mânâ gözünününde olan işin mahiyeti icabı tarafın istemiyeceği bir şey, Şer görünür, kelimenin mecazi mânası ise maksadına uygun, Hayır sayılabilirse mecazi mânâ istenmiş kabul olunur.

“*Mânayı hakikî müteazzir oldukça mecaza değildir*” (61).

Mecaz bir terimin gerçek mânasına alınmayıp tebarüz ettirilmek istenen benzeyişleri ile diğer bir şeyi ifade için kullanmasıdır. Edebî dilde mecaze gidildiği çoktur. Kanun ve âkitlerde mecazdan vazgeçilmelidir.

Bir terim mecazi mânasında da hayırlı (âkidin menfaatına uygun) bir maksadı istihdaf edemiyorsa yok kabul olunur.

“*Bir kelamın imalî mümkün olmazsa ihmal olunur*” (62).

“*Âdetin delaletiyle de mânayı hakikî terk olunur*” (40).

Bir meslek sahiplerince maruf olan şey yalnız onların aralarında muteber tutulur.

“*Beynettüccar maruf olan şey beyinlerinde meşrut gibidir*” (44). Meslekten olmıyan âkit teknik bir terimi meslekî mânasına göre alınmış sayılamaz.

Bu şartlarla “*Kelâmın imâlî, ihmalinden evlâdır*” (60). Akıllı bir adam mânasız bir şey söylemeden kaçınır. Bir tarafın diğerine farkına varmadan kabul ettirdiği, menfaat vaziyetine uymayan şart ihmal olunmak gerekir.

“*Hâtası zahir olan zanna itibar yoktur*”. (72).

Taraf beyanında hâta ettiği beyanının müterafik olduğu şartlardan anlaşılırsa akde razı olmuş sayılamaz.

117 — “*Hazırdaki vasıf lâgıv ve gaipteki vasıf muteberdir*” (65).

İnsanlar duygu organlarıyla doğrudan doğruya anladıkları şeylerde başkalarının sözüne kıymet vermezler. Çünkü, sübjektif taktir ve hükümler çok değişiktir, birinin koyu dediğini öteki açık, güzel dediğini çirkin, kıymetli dediğini kıymetsiz bulabilir. Her satıcı tabii bir alışkanlıkla sattığı malı över. Müşteri onun sözlerini kıymet vermeden dinler. Tarafların sübjektif takdirleri birbirine uygun olmaması sebebiyle akdin iptali mızıkçılığa gider. Her âkid, akit mevzuu mala, diğerinin beyanından ziyade muayene ile edindiği şahsî anlayışına göre kıymet verir.

Mecelledeki hazır terimi akit sırasında bulunan, gözle görülen şeyi değil, şeyin muayene ile kanaat edinilen vasıflarını ifade eder. Gözle görülen bir şey de sathî muayene ile anlaşılmalıyın vasıfları bakımından hazır değildir. Taraf diğerinin beyanına kıymet vererek aldanmış ise hiyle akdin feshi için yeter sebep olur.

118 — “*Sarih ve zımnî irade beyanı*”. Taraflar akde iradelerini açık bir beyan ile bildirecekleri gibi, halin delâletinden anlaşılan söz, tavır, hareketleri ile de bildirebilirler. Yapmağa hazır olduğumuz halde açık söylemeye cesâret edemediğimiz nice şeylere rızamızı tavrımızla vazıhan anlatırız. Kişinin iradesini her hangi bir şekilde izhanı makbul tutulmak gerekir.

“*Tasrih mukabelesinde delâlete itibar yoktur*” (13). “*Mevridi nasta içtihadı mesâğ yoktur*” (14).

Açık metinler tevil olunarak yerine yenisi ikâme edilemez, meğer ki, vazıhan söylenmiş şeyin hakikî maksada tevafuk etmediği kabul edilebilsin.

Beyan açıksa maksat meydandadır, beyanı yapanın gizli maksadını

araştırma tehlikeli olur. Açığa vurulan maksadı hükme esas tutmada sosyal zaruretler vardır.

BK. da mecelle gibi zımnî olan icap ve kabulü muteber addetti (1). Bir hususa zımnen muvafakat müsbet bir hareketle beyan edilebilir, menfi bir hareket irade beyanını tazammun edemez. Bir kimsenin nezaketin susmasından mâna çıkarmak tehlikelidir. Sakite bir söz isnat olunamaz (67).

BK. kabulün vusulünden, iradenin bildirilmesinden bahseder, sukût ile kabulden bahsetmez. Bir kimse fiyat tayini ile kendine gönderilen eşyayı istihlâk ederse teklifi kabul etmiş olur, hareketsiz kalırsa kabul etmiş farzedilemez, hattâ V. Tuhr'a göre muayyen bir müddette iade edilmemesi kabul sayılacağı beyanile de bir mal gönderilse muhatabın sukutu kabul olmaz¹. O aldığını gönderenin emrine âmade tutabilir.

Söylenemiyen bir söz zımnen söylenmiş olmazsa da söylemeye lüzum kat'î ise söylenmiş addedilebilir. Kişi tahrik ettiği, veya hale göre aydınlatmağa mecbur olduğu bir vaziyette beyana mecburdur. Böyle bir mecburiyet varken kişinin sukutu durumu kabul etmiş sayılmasını iktiza eder. "*Marazı hacette sukut beyandır*".

Şahsen sorguya çekilen taraf hâkimin cevapsız bıraktığı sorularına ikrar etmiş sayılabilir (HUK. 234).

BK. nun sukuta mâna verdiği haller vardır. Bir iş teklif eden teklif ettiği işin hususî mahiyeti veya hal ve mevkiin icabı ile muhatabının kabulünü tabîi sayabilirse teklif münasip bir müddetle reddedilmezse kabul edilmiş olur (BK. 6). Fakat, kimse bir teklifi tam öğrenmedikçe beyanda bulunması gerekmez.

Hüsnüniyet kaidesi, umumî olarak, izahat verilmesi gereken yerde sukutun kabul sayılmasını gerektirir. Ezcümle, bir tarafın şifahî anlaşmayı tesbit için yazdığı mektuba muhatabın cevap vermemesi anlaşmayı tasvip ettiğini tazammun eder.

Şu var ki, taraf muhatabın dikkat etmemesi üzerine hesap ederek mutabık kalınmamış bir noktayı kalınmış gibi yazmışsa hüsnüniyet kaidesi bu hilekâra cevap vermek mecburiyetini istilzam etmez.

"*Sual cevapta iade olunmuş addolunur*" (66). Bir teklife cevap verenin teklifte tadilini istediği noktaları cevabında bildirmesi lüzumu tabîi görülür. Cevap ile سوال arasında psikolojik bir irtibat vardır.

"*Bir şey batıl olduktâ onun zımnındaki şeyi dahi batıl olur*" (52). Binaenaleyh, kişi bir akdin muteber olduğu kanaatiyle diğer bir akit

1) Von Tuhr s. 167.

yaptıktan sonra esas tutulan akit feshedilir, veya neticesiz kalırsa ona göre yapılmış sonraki akit de iptal olunabilir.

119 — Açık beyan olunan irade bütün şumulü ile netice doğurur: “*Mutlak itlaki üzerine cari olur, eğer nassen veyahut delâletten takyidi delili bulunmazsa*” (64).

Beyan olunan bir irade şumulüne girmiyen hususlarda yok sayılır, fakat beyan olunan bir iradenin muhtevasında açık söylenmese de hal ve vaziyetin delâletinden anlaşılan şartlar bulunabilir. Meselâ, kendine bir ev almasını arkadaşından rica eden kimsenin iradesi malûm olan sosyal ve mali durumuna uygun, cari bedelle alınması zımnî şartı ile kayıtlı olur.

Mecelleye göre, beyan edilen bir iradenin zımnî olan takyitleri delile istinat etmek, yani insan tabiatına göre maksada delâletinde şüpheyi yer bırakmıyan olaylardan çıkarılmak gerekir. Hiç bir emir, taahhüt meydana olmıyan, bilinmiyen olayların delâletile takyit edilmiş o'maz.

Bir emir veya taahhüt, aynen icrası emiri verenin, veyahut taahhüt edenin tasavvuruna aykırı bir netice vereceği şartlara göre muhakkak ise vaziyetin delâletile mukayyet sayılır.

“*Mütecezzi olmıyan, (parçalanmıyan) bir şeyin bazını zikretmek küllünü zıkr gibidir*” (63). Aksi halde, sözün ihmali gerekir. Tarafın parçalanmıyan şeyle onun bir kısım bedelini murat ettiği anlaşılması hali tabii olarak mahfuzdur.

120 — “*Mükâtebe (mektuplaşma) muhatabe (karşı karşıya sözlü beyan) gibidir*” (69). Tarafın maksadı yazılarından da anlaşılabilir. Yalnız akid mektup gönderildiği gün mü, yoksa, muhatabın eline geçtiği gün mü tamam olduğu münakaşa edilebilir.

BK. vülüsüne kadar akitten rücuu kabul etmekle beraber (5), kabul haberi gönderildiği anda akdi var addetmiştir (10).

“*Dilsizin işareti mahudesi (de) lisan ile beyan gibidir*” (70). İradesi tefsir edilirken bu işaretin ifade ettiği mâna gözönünde tutulur.

Dilsizin mahut işareti şahsen itiyat ettiği delâleti kontrol edilemiyen değil, umumiyetle dilsizlere mahsus olup, delâletini herkes anlayabileceği objektif işaretlerdir. Her halde, akdin muteberliği için onun işaretlerini muhatap doğru anlamış olmalıdır.

121 — *Tercüman kavli (sözü) her kususta kabul olunur.* (71). Taraf maksadını muhatabın bilmediği, fakat tercüme edilen dilde de ifade edilebilir.

Tarafın mahkemede yabancı dilde beyanı türkçeye tercüme edilir.

Tercümanın sözü tercüme ettiği metni doğru anlayıp naklettiğinden şüpheyi mucip bir sebep bulunmazsa muteber sayılır.

122 — Mecelle objektif metinleri tefsir için Kur'ân ve MK. da tefsir hakkında verdiğimiz izaha uygun olarak şu maddeyi koymuştur.

Meşakkat teysiri (kolaylık) celbeder, yani şuubet (meşru bir gayeyi teminde güçlük) sebebi teshil olur ve darlık vaktinde vusat (genişlik) gösterilmek lâzım gelir (17).

“Bir iş zık oldukça müttesi olur” (18). b. No. 11.

Bu hüküm şu âyete dayanır.

Güçlükler karşısında kolaylıklar bulunur..

İNSİRAH 5. Feinne maaal asri yusra.

TAHA 2. b. No. 146.

Yoksa, fazla daraltılan hükümlerin kendiliğinden genişlemesi hattâ bir takım tevillerle hiç dinlenmemesi önlenemez.”

Binaenaleyh; “*Hacet umumî olsun, hususî olsun zaruret menzelesine tebzil olunur*” (32).

Kimseye zararlı olmadığı halde işlerin inkişafı, meşrû menfaatleri korumak için ihtiyaç bulunan bir hüküm bir metne aykırı da olsa kabul edilmek gerekir.

Halkın ihtiyacı zaruret hali kabul edildiği için diğer zaruret hallerinde olduğu gibi ancak üstün meşru bir menfaat hududunda feda edilebilir. Zaruret hududunda yasaklar kalkar, formaliteler asgari hadde indirilir.

ALTINCI FASIL

FEDERAL MAHKEMEYE GÖRE TEFSİR KAİDELERİ

123 — FM. akidlerin tefsiri hakkında son görüşünü 16 Mart 1961 kararında¹, kanunların tefsiri hakkında son görüşü de 1 Mart 1961 kararında² belirtilmiş, mevzuda evvelki içtihatlarını teyit etmiştir.

1) JdT 1961 529.

2) JdT 1961 546.

16 Mart kararına göre, akitler tarafların gerçek iradesine göre tefsir olunur (BK. 18), kanun tarafların iradesini tefsir için başkaca hüküm koymadığından, doktrin ve içtihatlarla bazı esasları kabul edilmek gerekir.

Bir hususî hukuk münasebetini tanzim eden, cemiyet, şirket gibi herhangi bir teşekkülü kuran metin (statü) itimat prensiplerine göre yorumlanır, (Kararda zikredilen referanslar, içtihatlar), FM. kararında dâva mevzuu olan bir dernek statüsünü tefsir ile diyor ki, bir dernek statüsü, iltihak eden âzaları ferden münakaşa edemedikleri için metninden makul olarak çıkarılabilecek ve metni kaleme alan taraf aleyhine tefsir edilmesi prensiptir.

Hününiyet kaidesi bir anlaşmayı tesbit eden metinde muhatabın dikkatini çekmeyen, tereddüdüne yer veren kayıtlardan yazanın mesul tutulmasını gerektirir.

Tatbikatta, bir taraf seçtiği hukukî, veya meslekî teknik terimlerle, formüllerle muhatabına anlamadığı bir kaydı kabul ettirmektedir. Müphem yazıların, yazan aleyhine tefsiri prensibi FM. nin mustakar içtihadıdır¹.

1 Mart kararına göre de selâhiyetli makam kanunun vazih metnini tefsir ve tevil ile bertaraf edemez, açık hatâlarını düzeltebilir. Bir kanun ancak hazırlama şeklinden, mucip sebebinden maksat ve gayesinden, diğer kanun hükümleri ile münasebetinden, onunla zıtlığa düşmesi gibi mühüm sebepler bulunması halinde tashih edebilir.

Hâdisede Soluure kantonu 13 Aralık 1948 knunu ile fûruları ve evlâtları istisna ederek, kanunî veya mansup mirasçıları miras vergisine tâbi tutmuştur. Kanton Devlet Şûrası evlââda kanunî miras hissesinden fazla olarak vasiyet edilen, malları bu fazla üzerinden vergiye tâbi tuttu.

FM. kanunda evlâtların miras hisseleri mutlak olarak vergiden istis-

1) FM. 17 Haziran 1959 JdT 1959 545. Taraf Ardon'da oturan bir çiftçiye taksitle mal satmış, imzalanan formülde icra yeri Zürich gösterilmişti. Kanton mahkemesi bu terim Zürich mahkemesinin selâhiyetinin kabulünü tazammun ettiğini, yoksa mânasız kalacağını mülâhaza ederek bu yer mahkemesini dâvâyı görmiye selâhiyetli bulmuştu. FM. icra yeri terimi hukukî teamüllerde selâhiyetli mahkeme mânasına olsa da lûgat mânası bu olmadığından terimi tefsire muhtaç bularak, diyor ki, dâvalı kelimeyi hukukî mânasında kabul ettiği farz olunamaz, dâvacı imza ettirdiği basılı formül vazih olmamasından mesuldür. Çünkü, umumiyetle kabul edilen bir prensibe göre akit terimlerinin mânaları açık ve kat'i olmazsa, yazan aleyhine yorumlanır. (Kararda zikrolunan içtihatlar ve Von Tuhr 34 I not 26).

na edildiği, (Mecellede mutlak iltihakı ile cari olur kaidesi), vasiyetle mal iktisap eden fruu istisna ettiğini hissettiren bir kayıt da bulunmadığı, Esbabı mucibe mazbatasında fruun miras vergisi ile mkelleyeti çirkin ve kutsi olan aile haklarına ağır bir tecavüz olarak vasıflandırılarak vergiye tâbi tutulmağı da kayıt edildiğine göre kanunun metni haricinde tefsirini gerektiren mühim bir sebep görmemiş, kanun bariz surette adalet prensiplerinden de (hayır) ayrılmadığı için, mkelley aleyhine yorumlanamayacağına karar verdi.

BEŞİNCİ BAP

ADALET PRENSİPLERİ

BİRİNCİ FASIL

MEVZUATA ADALETİN ESAS OLMASI LÜZUMU

124 — Ezelden beri insanlar Adalet diye bağıldılar. Menfaat hırsı ile kızıyan insanları teskin eden, birbiriyle kaynaştıran, idare edenlere nüfuz ve itibar sağlayan biricik tılsım Adalettir.

Adaletle idare olunan memleketlerde refahın arttığı, idarenin kolaylaştığı asırlardan beri tecrübelerle anlaşılmaktadır. Adalet esasına dayanamıyan bir hukuk manzumesi temelsiz bir binaya benzer, hafif reaksiyonlarla yıkılır.

Tabii hallerinde insanlar âdil hükümleri iyi karşılıyorlar, haksız hükümlere isyan ediyorlar.

Tarih III cü Halife Osmana karşı isyanın sebebini tayin ettiği valilerin adaletsiz icraatında arar.

Adalet sıhhat haline benzer, hasta olmayan sıhhatin nimetlerini hissetmediği gibi bir haksızlığa kurban olmıyan da Adaletin kıymetini takdir edemez. İktidarda olan kuvvetini kayıp ederek bir haksızlığa uğrayınca adalet diye bağırmaya başlar.

Kuvvetini suiistimal eden Napoleon 19 Eylül 1809 da Fontanes'de bir söylevinde “Dünyada en çok hayret ettiğim nedir bilirmisiniz? Bir şeyi yapmak için kuvvetin aczi... sonunda fikrin kılınca ezmesi demiştir¹.

Adaleti icraatına esas tutmayan bir iktidar fiilî bir kuvvet olur, başkaları onun yerini kapmak için mücadele ederler. Adalet kuvveti olmak, kuvvet âdil olmak gerekir.

Tanınmış filozof Kant, adalet batarsa insanların yer yüzünde yaşamalarının mânası kalmaz diyerek onu dünyayı aydınlatan güneşe benzetmiştir².

Adalet prensibi her yeni fikir, yeni keşif karşısında feda edilmeme-

1) Payyot s. 119.

2) Honig Yavuz Abadan Notu s. 160.

lidir. Fizikte de tıpta da ilkin faydalı görünen nice keşifler müteakip tecrübelerle dayanmıyarak eskiye dönmüştür³.

Zulümle susturulan milletlere güvenilemez. Zincirlerle uzuvlar felce uğratılabilir, fakat fikirlere zincir vurulamaz. Zindanlarda mukaddes kinler doğar, beslenir. Ümitsizlikten hal çareleri doğar, politik faaliyet susturulsa da kalplerdeki mistik kuvvet ifna edilemez⁴.

Pozitisisler adaleti, üzerinde etiket olan boş bir şişeye benzeterek kuvvetli olanın elinde istediğini rahatça yapmağa yarayan formül kabul ederler. Hakikatte suiistimale müsait olan objektif âdalet değil, kişinin şahsî anlayışı olan sübjektif adalettir. Her selim aklın kabul ettiği, formüllerle ifade edilmiş, tatbikatı menfaatları karşılaştıran tarafları tatmin etmekte olan objektif adalet suiistimalleri maskeleyemez.

Yaşayışlarına gıpta edilen büyük milletler refahlarını İslâm ve Romalı ve Yunan dahilerinin formülleştirdikleri, nesilden nesile intikal eden, akıllar tekâmül ettikçe tashih olunan, tamamlanan Adalet prensiplerine borçludurlar.

Adalet prensipleri her zaman, her yerde aynıdır. Yalnız tatbikatı değişir.

125 — Kur'ân bütün insan münasebetlerinde Adaleti emir etmekte, adaletsiz işlerin akibetini hatırlatmaktadır.

Zulüm yapan nice kâvimleri mahvederek yerine diğerini getirdik.

ENBİYA 11. *Vekem kasamna min karyetin kânet zalimeten ve enşena badeha kavmen eharin.*

Keza ENAM 45. b. No. 49.

Bir ırka, bir millete husumetiniz sizi adaletle şahadetten ayırmasın. Adalet insanı takvaya yaklaştırır, iç huzuru verir.

MÜNTEHİME 8. *Layenhakkümül Allahü anillezine lem yükati-lüküm fiddini ve lem yuhricüküm min diyariküm en teberruhüm ve tuk-situ ileyhim innellahe yühıbbül muksitın.*

Takva kişinin nefsinı tekâmül ettirerek Allahın rızasını tahsil etmesidir.

3) Leriche. Oü va la Medecine Encyclopédie Francaise 1936 VI 76. Belgesay Tıbbî mesuliyet 1953. s. 13.

4) Vergnet et J. Bernard Derosnel L'affaire Petkov. Bulgar Halk Mahkemesinde bir müdafa 1948. s. 159-160.

Allah iyilikte cömertlikle yakınların ihtiyaçlarına koşmakla emir eder. Sizi hâyasız yüz kızartan işler yapmaktan, zorbalıktan men eder. Vazifelerinizi düşünmeniz için size öğütler verir.

NAHL 90. İnnallâhe yemuru biladli velihsâni ve itâi zil kurbâ ve yenhâ anîlfahşâi vel mükeri velbağyi, yaizukum lealleküm tezekkerun.

Aileler arasında, iş hayatında geçimsizliklerin huzursuzlukların başlıca sebebi fiilen veya hukukan söz sahibi olanların adalet prensiplerini gözetmeden şahsî menfaatları için nüfuzlarını yürütmeleri olduğu bir hakikattir.

Aile başkanı, veli, patron, bir şirketi, bir topluluğu idareye memur olan, nizaları çözen hâkim, kanun vaznı, hakikatı açacak mevkide olan şahitler şahadetlerinde, umumî olarak herkes birbirile münasebetlerinde, alış verişte adalete riayetle mükelleftir.

Kişi karsına, ana ve babası, evlâtları ve maiyetinde çalışanlar hakkında bir karar vermek için müdafaalarını dinlemeli, haklı taraflarını lehlerine kaydederek, kusurları ile takas etmeli, hafif kusurlarını mazur görmeli, daha fazla sevilen, hürmet edilen tarafı tercih veya memnun etmek için ötekine kusurunun kaldıramadığı bir tedbir tatbik etmemeli; hasbelbeşer haksız bir tedbir almış ise, tashihi için çalışmalıdır.

125a — Adalet yalnız fertler arası hususî münasebetlerde değil, milletlerarası münasebetlerde de tatbik edilmek gerekir.

Milletlerarası adaletin ihmali harblerin başlıca sebebidir. Devletlerin emniyeti, aralarında akdettikleri anlaşmalara sadâkata, yabancılardan haklarına hürmete istind edebilir. 1880 yılında filozof A. Spir şöyle yazmış: Milletlerarası hali hazır vaziyette adalet medeniyet için ölüm dirim meselesidir. Ben görmeyeceğim, amma sizler dünyada şimdiye kadar olmamış bir harbi göreceksiniz. Evet bu harb, insanlar vaktinde fikirlerini yeni bir istikamete çevirmezse, önlenemez¹.

Çevrilmesi temenni edilen istikamet her milletin kalblerinin derinliklerinde yatan hodbinklik hislerinden feragât, ihtiraslara hakimiyettir!

İmanı olan iki millet birbirine karşı silâha sarılırsa, aralarını bulun. Biri sizi dinlemez, inat ederse ona karşı Allahın emirlerine, hakkaniyete râzı oluncaya kadar cephe alınız.

HUCURAT 9 Ve in taifetâni minel müminin aktetelû fe aslihu beynehüma fein beğat ihdahüma alel uhra fekatilülleti tebğî hattâ tefie

1) Spir; Parol d'un sage Clapar de de zikrolunmuş. S. 108.

ilâ emrillâhii fein faet feaslihu beynehüma bil adli ve aksitu innallahe yühıbbül muksitin.

Milletler arası anlaşmazlıkları çözmek için, Lâhey'de milletler hakem heyeti kurulması Nato Birleşmiş Milletler Teşkilâtı ile kabul edilmiştir. Bu esas Kur'an hükümlerinin modern bir tatbikatıdır.

Gönderilen Kitaba göre hükmet, hainler için hasım vaziyet alma.

NİSA 105 İnnâ enzelnâ ileykel kitabe bilhakkı litahküm bey-nennasi bimâ erakallahü, velâ tekün lilhainine hasimâ.

İ K İ N C İ F A S I L

ADALETİN NE OLDUĞU

126 — Adalet insan kalbinde gizli, tarif edilemiyen, riayeti huzur ve emniyet, işlerde başarı sağlayan, inhirafı geçimsizliklere, ıstıraplara sebep olan hareket normlarının tümüdür.

Yakın zamana kadar adalet, zararın tazmininde, mal mübadelesinde, cezalarda, kanunların tatbikinde tam müsavat kabul olunuyor, göze göz, dişe diş isteniyordu.

Kur'ana göre adalet, herkese, her hususta tam müsavi muamele değildir, hakkaniyeti de içine alır. b. No. 143.

İnsan bazı şartlarla (b. No: 9) adaleti kalben hisseder. Nice hallerde aydın kişilerin kalblerindeki adalet hissi birleşir. Karşılıklı taraf olanların adalet hisleri de umumiyetle birbirine tekabül eder (b. No: 4). Fakat, adalet anlayışında vicdanların birleşmesine, çeşitli ârizî sebepler ve anlayış farkları mâni olduğu için, ortalama olarak vicdanlar yoklandıktan sonra objektif esas ve formüllerle adalet kaidelerinin az hatâ ile de olsa tayin edilmesi lâzım gelmektedir.

Adaleti dahiler ve hususi kabiliyeti olanlar hissederek ifade etmişler, ona göre verilen hükümler, tarafları tatmin etmiştir. (Yukarıdaki prensipler No: 6).

Kur'an vicdanların birleşmediği noktalarda doğru yolu beyan için nâzil olmuştur.

NAHL 64 Vemâ enzelnâ aleykel kitabe illâ litübeyyine lehümüllezihıtelefu fihi ve hüden ve rahmeten lıkavmin yü'minün.

Allah sözlerini kalblere ilham ettiği Doğruluk ve Adalet duyguları ile tamamladı. Onları kimse değiştiremez.

ENAM 115 Vetemmet kelimetü rabbike sıdkan ve adlen lâ mübeddîle likelmatihi ve hüvessemiül âlim.

Kur'an teşbihlerle, darbı mesellerle adalet prensiplerini kalblere ilham etmektedir.

Hak tecelli edince, bâtil müdafa edilemez hale gelir.

SEEE 49 Kul câel hakku ve mâ yübdîül badilu ve mâ yüid.

Allahın ilim verdiği kimseler, Hak olanı anlarlar, Allah inananlara doğru yolu gösterir.

HAC 54 Ve li ya'lemellezine ütül ilme ennehil hakku min rabbike feyü'minune bihi fetuhbite lehû kulübühüm ve innallahe lehadillezine âmenû ilâ sırâtın müstekim.

Şu var ki, adaleti hususi kabiliyeti olmayanlar anlayamadıkları için kişi objektif olarak tesbit edilmemiş bir adalet kaidesini hissetmemesinden ötürü cezalandırılmaz.

Biz peygamber gönderdikçe bir kavime işledikleri kötülükten ötürü azap çektirmeyiz. Kimseye zulüm olunmaz.

YUNUS 47 Veliküllü ümmetin rasulün, fe izâ câe rasuluhüm kudiye beynehüm bîlkıstı vehüm lâ yüzlemûn.

Adil olan şey anlatılmadıkça, gözönünde tecessüm ettirilmedikçe, halkın çoğu onun kıymetini takdir edemez. Bu aydınlatma peygamberlerin vazifesidir.

Kur'an adaleti beyan için gönderilmiştir.

NİSA 105. b. No. 125a.

Bu âyetler, vicdanları aydınlatan metin ile tesbit edilmemiş adalet hükmüne riayet etmiyenlerin mes'ul edilmemelerini iktiza eder. Kimse kendiliğinden akıl edemediği adalete uymaz hareketinden mesul tutulamaz. Devlet iktidarı makabline şâmil ceza hükmü koyamaz.

CK. kanunsuz, ceza olmaz kaidesini koydu; fakat, kanunun bilinmemesini mazeret saymadı (44). Kişinin bir kanunu kusuru ile öğrenmemesi mazeret olmasa da kendine atfedilecek bir ihmal yokken kanunu öğrenmemesi mazeret kabul edilmek gerekir. Hüsnüniyetle kanunu yanlış tefsir edenler de anlayışları hatâ olmasından mesul edilemezler¹.

1) Kusur ve hukukî hata yazımız Tahir Taner'e Armağan.

Kur'an cehaletle işlenen günahlardan hata anlaşılmasını müteakip edilen tevbeyle makbul tutmuştur.

Kişinin hukukî hâta ile veya kanunu bilmiyerek adaletsiz hareketi diğerlerinin haklarına tesir edemez, yalnız cezadan muafiyetini gerektirir.

127 — Adaleti hissetmenin şartları:

A. Hüküm verilecek mevzu üzerinde bütün ihtimalleri etrafı ile düşünme, ve samimi fikir müdaveleleriyle akıl işletme.

Akıllarını işletmiyenler, bir şey duymayan hayvanlara benzerler; sağır-dırlar, kördürler, anlamadan âcizdirler.

BAKARA 171 *Ve meselüllezine keferû kemeselillezi yen'ikubimâ lâyesmeû illâ duaen ve nidâen summun bükmün umyün fehüm lâ ya'kılûn.*

Anlayışla ve sükunetle karşılaştırılan fikirlerle bahis mevzuu meseleler aydınlanarak gerçek tezahür eder, adalet tecelli eder. Fakat bir müzakere, iştirak edenlerden her biri hususî menfaatleri peşinde asabî hava içinde olursa, adalet boğulur. Bir kararın alâkahılar topluluğunda ekseriyetle verilmiş olması âdil olmasını tazammun etmez.

Onların (hususî menfaatlerini açığa vurmayan) müzakerelere iştirakleri hayırsızdır. Ancak müzakereye iştirak edenlerden her birinin Allahın rızası için ve hayır olduğu kanaati ile (benimsediği hak bir gaye etrafında) fikir teatileri doğruyu sağlar.

Mü'minler Allahı tanımayanlarla güzel ve yumuşak konuşsunlar. Bir tezi muhatabı sinirlendiren şekilde müdafaa şeytan işidir, ara açar.

Hâkim asabiyetine kapılıp, kendini sükûnetle müdafaa edemiyerek mahkemeyi yoran tarafa yanına bir avukat almasını ihtar, bu tedbir kâfi olmazsa, onu dışarı çıkarıp bir vekil ile temsile zorlayabilir. (HUK. 70, 21) (No: 34 de bak).

128 — B. Hâkim tarafların bütün müdafaalarını, onları fiile sevkeden sebepleri ve şartları zamanını alarak incelemelidir. Bir hâdisede acele hüküm, tehiri telâfi edilemeyecek zararlara sebep olması ihtimali bulunmak, yanlış kararın neticelerini tahdit için tedbir alınmak şartıyla kabul olunabilir.

Zaman hakikati meydana çıkaran bir âmildir. İlk hisler insanı aldatabilir.

İnsan yaradılışında acelecidir. Acele etmeyin. b. No. 4.

129 — C. Hâkim taraflardan birine karşı, sosyal, politik kanaatinden, nizaa yabancı diğer sebeplerden doğan sempatik veya antipatik hislerden nefsinin tecrid etmelidir.

Adaletine inanamıyanlar, sana rüşvet, yalan isnat edenler arasında nizâlarda hükümden istinkâf edebilirsin; etmezsen bu sebeplerin tesirinde kalarak adaletten ayrılma.

MAİDE 43 Semmaune lilkezibi ekkâlune lissuhti, fein câuke fahküm beynehüm ev arid anhüm ve in turid anhüm felen yedurrüke şey'en, ve in hakemte fahküm beynehüm bîlkıstı, innallahe yühibbul muk-sım.

Diyanet s. 125, Çantay s. 141, Baltacıoğlu s. 78, âyeti hainlerden taraf olma diye anlamışlardır. Ayetin nüzul sebebini tahlil eden Ömer Rıza ise “müddeinin müslim, müddeialehyin gayrı müslim olması adalet üzerinde zerre kadar tesir” edemeyeceğini kayıtlı “hiç bir mürtekip müslüman olduğu için himaye edilemez” diyerek, maksadı, daha doğru ifade etmiştir¹.

Bir tarafın yaşayış halinin, itikatlarının doğurduğu antipatik veya sempatik hislerin tesirinde bulunan, lekelenmeden korkan hâkim doğru düşünemeyeceği için hükümden istinkâf etmek gerekir. Maahaza, şartlara göre bu çeşit sebeplerin tesirinde kalmıyan, hislerine mağlup olmayan hâkim de bulunacağı için Allah peygamberini sadece hislerinin tesirinde doğru bir hüküm veremeyeceğinden, halk arasında dile düşeceğinden korktuğu hallerde hükümden istinkâfa me'zun etmiş, mecbur etmemiştir. Her halde, istinkâf etmiyerek haksız bir hüküm veren hâkim mazur olamaz.

Mescidi harama girmeden sizi men ettikleri için bir kavme husumetiniz, hiddetiniz sizi haksız reaksiyonlara sevketmesin. Hayır işlerde bir birinize zahır olun, zulüm yapanın işini kolaylaştırmayın.

MAİDE 3 Yâ eyyühellezine âmenû.. ve lâ yecrimenneküm şeneânü kavmin en saddüküm anil mescidil harami en ta'tedû, ve teâvenû alelbirri vettakva ve lâ teâvenu alel ismi veludvâni vettekullâle innal-lâhe şedidül ikâb.

HUK. Kur'an ile ifade edilen bu prensibe uygun olarak tarafsızlığını muhafaza edemeyeceğinden endişe duyan hâkime davaya bakmadan istinkâf selâhiyeti vermiş (29), ahvalin mutad yürüyüşünde umumiyetle insanların kararlarında bitaraf kalamadıkları hallerde ise onu hüküm

1) Ömer Rıza s. 139 Not.

vermeden men etmiştir (28). Hâkim bakmadan memnû olduğu bir dâvaya ancak her iki tarafın zapta geçip imzaladıkları rıza beyanları üzerine bakabilir (30). Onlar bu suretle rızalarını beyan etseler de, hâkim kendiliğinden hüküm vermeden istinkâf edebilir.

HUK. hâkimi umumiyetle hataâlı muhakemeye sürükleyen sebepleri (çok yakın hısımlık, dâvanın kendine ait olması) tayin etmektedir.

Hâkim bitaraflığına tesiri sadece ihtimal içinde bir sebep bulunması halinde kendine güvenebilir, taraflardan hiç biri de dâvanın başlangıcında reddetmezse dâvaya bakabilir.

Yerine göre hâkimin mevkiini muhafaza endişesi, aşk gibi çeşitli hırsları adaleti anlamasına mânidir. Taraflardan her biri bu hali tezahür eden hâkimi reddedebilir.

130 — D. Hâkim sâbit, veya peşin edinilmiş bir fikre saplanmadan nizâlî meselede delilleri incelemelidir. Kişi bir kere esiri olduğu veya peşinen alenen açıkladığı fikrinden başka olan hakikati göremez; hükümünü vereceği kimsenin hususiyetini bir türlü anlayamaz.

HUK. bir dâvada sırası gelmeden, peşinen fikrini açıklamış olan hâkimi red için tarafa selâhiyet vermiştir (29 II).

Mü'minler, Kitap ile alay edenlerin (sabit fikir peşinde olanların) meclisini başka mevzua gelinceye kadar terkediniz (faydasız münakaşalara yanaşmayınız).

131 — E. Tarafların serdettikleri karşılıklı iddialara kıymet verilmelidir. Bir iddia aksi tasavvur edilmemesi halindedir ki, hakikat kabul olunur. Aksi ihtimal bulunan bir bilgi kat'i olamaz.

Görülmeden, deliller incelenmeden, hâsıl edilen kanaat, zan olup, hakikati ifade etmez.

NECM 28 Vemâ lehüm bihi minilmin in yettebiune illezzanne ve innezzanne lâ yuğni minel hakkı şey'â.

Zıt ihtimaller üzerinde harici tesirlere kapılmadan düşünen hâkimin kalbine hakikat ilham olunur.

İnsan, itiyadın sevki ile, geleneklerle, nâdiren de yaradılışında hakikati anlama tabiî hissi bozuk olmadıkça etrafı incelediği karşılıklı bir iddiada hakikati anlar.

Bazı kimseler (ahval ve şartlardan mutahassıl objektif) delile dayanmadan, Kitabı incelemeyen Allah adına mücadele ederler, halkı doğru yoldan şaşırtacak hareketler yaparlar. Bunlara, dünyada, ahirette azap.

HAC 8,9 Ve minennasi men yücadilu fillâhi biğyri ilmin velâ hüden velâ kitabın münir.

Saniye itfihi liyudüle an sebilillahi, lehu fiddünya hızyun ve nuzukuhu yevmel kıyametü azabel harik.

132 — Belâgat. Hakikatler vakıaların iyi sıralanması, muhataplar üzerinde tesirli izah tarzı, örnekler verilmesi ile tecelli eder, veya örtülür.

Mucip sebeplerini göstererek, hisleri okşayan inandırıcı sözlerle, muhataplarına anlayış gösteren münakaşalarla muarızlarını doğru yola dâvet et.

Güzel bir söz, kökleri toprak altında, dalları yer yüzünde, mevsime göre meyva veren ağaca benzer. Örnekleri görmüyor musunuz? Allah hakikat olanla, olmıyanı tebarüz ettirmek için teşbihler yapıyor: Batıl bir söz köpüklere benzer. Sel köpüğü götürür, yerde köpük içindeki faydalı şeyler kalır.

İnsanı dalalete düşüren habis bir söz iklim şartlarına dayanamıyan zayıf ağaca benzer.

İBRAHİM 24, 25, 26 Elem tera keyfe darabailahü meselen kelimeten tayyibeten keşeceretin tayyibetin asluha sabitün ve feruha fissa.

Tüti üküleha külle hinin büzni rabbiha ve yadrubullahul emsale linnasi leallehüm yetezekkerun.

Ve meselu kelimetin habisetin keşeceretin habisetinictüsset min fevkıl ardı mâleha min karar.

İddianı güzel sözlerle tavırlarla müdafaa et. Bu vaziyette muarızların hak verir, dost gibi hareket eder.

FUSSİLET 34 Velâ testevil hasenetü velesseyyietü, idfa billeti hiye ahsenu fe izellezi beyneke ve beynehü adavetün keennehu veliyyun hamim.

İnanmıyanlara üzerlerinde tesir bırakacak güzel sözler söyle.

NİSA 63 Üläikellezine ya'lemüllahü mâ fi kulubihim fe arid anhüm vaızhüm ve kul lehüm fi enfusihim kavlen belîğ.

Güzel, belîğ sözler fikirlere, prensiplere can verir, onların heyecan uyandıran mânasız parçaları zamanla uçar, bıraktıkları hakikat zihinlerde tekrarr eder. Fakat, hâkim kendini hatadan koruyabilmek için heyecan uyandırmış parlak bir müdafaanın tesiri geçmesini beklemelidir.

Parlak nutuklar hakkı açtığı kadar, batıla renk vererek halkı kandırıp ayaklanmağa da sevkedebilir.

Heyacan uyandıran tesirli sözler ile halkı başına toplayanlar, kendilerini ikaz edenlere ıslâhatçı olduklarını söylerler.

BAKARA 11. *Ve izâkile lehüm lâ tüfsidû filardı kalu innemâ nahnü muslihun.*

Onların halk arasında ikilik yaratarak fesat çıkardıklarından haberleri yoktur.

BAKARA 12. *Elâ innehüm hümul müfsidüne ve lâkin lâ yeş'urun.*

Onlar biz düşünemiyenler gibi inanamayız derler, oysa ki yanlış kanaatlarının farkında değildirler.

BAKARA 13. *Ve iza kile lehüm âminû kemâ âmenensânü kâlu enu'minü kemâ âmenessüfahaü, elâ innehüm hümissüfahaü velâkin lâya'lemûn.*

Halk kitlesine hitap edenler belâğatla yalnız umumiyetle kabul olunmuş esas düsturları anlatmak gerekir. Umumiyetle kabul olunan doktrinlerin hatalı tarafları ancak, delillere istinaden muhakeme yapabilecek kabiliyette olanlar önünde münakaşa mevzuu edilebilir. Bir kanaat ilim mehafilinde kabule mazhar olduktan sonra halk tabakasına yayılabilir.

Fesatçıların belâğatla müdafaaları karanlıkta yakılan ateşe benzer, sö-nünce onu dinlerken alkışlamış olanların kalblerinde bir şey kalmaz.

BAKARA 17. *Meselhüm kemesellillezis tevkada nâran felemmâ edaet mâ havlehu zeheballahü bi nurihim ve terakehüm fi zulumatin lâ yubsırun.*

Onlar iki yüzlüdür. İman edenlere inandıklarını, aralarında da onlarla alay ettiklerini söylerler.

BAKARA 14 *Ve izâ lekullezine âmenû kalu âmennâ ve izâ halev ilâ şeyatinihim kalu innâ meaküm innema nahnü müstehziun.*

Sözler tahlil olunmakla hakikatler açıklanır; sadece mevki hırsı olanlar aralarında hasetle ihtilâfa düşerler.

ŞURA 14 *Ve mâ teferraku illâ min ba'di mâ cae hümul ilmü bağyen beynehüm...*

Bentham hatipleri ikiye ayırır. Bir kısmı hissi tahrik eden mânasız mübalağalardan kaçınarak menfaatimizi gösterirler, muhakememizi açar-

lar, bizi hislerimize kapılmadan koruyarak içimizdeki zehirli tohumları öldürürler, ötekiler parlak sözlerle bu tohumları inkişaf ettirirler¹.

Mülâyim sözlerle hasmına anlayış göstererek, onu sinirlendirmeden edilen müdafaa hâkime iyi tesir yapar. Asabiyetle bir tezin müdafaa-sı haksız olduğu hissini verir; hakikati tecelli ettirmez. Bir otorite haklı olan ihtarlarını muhatabın hassasiyetini gözeterek, itidal ile yapmazsa reaksiyonlarla istenmiyen neticeler hâsıl olabilir.

Şairler tesirli sözlerle hakikatin görülmesine mâni olurlar; her sahada doluşırlar, onların sözleri tab'an sefil ve azgın, fesat firikleri olanlara tesir eder.

ŞUARA 224, 225, 226. *Ve şüarâü yettebiuhümül ğâvûn. Elem tera ennehüm fi külli va'din yehimun. Ve ennehüm yekulune ma lâ yef'alûn.*

Fenelon Fransız Akedemisine 1714 de belâğat ve şiir hakkında şu tebliği yapmıştı: Ağaçlar 2000 yıl önce ne şekilde ve ne meyva veriyorlarsa bugün de öyledir. Nasıl bazı iklim şartları, bazı meyva ve ağaçlara daha müsait ise, bazı muhitler de bazı insan fikirlerini daha fazla inkişaf ettirir. Eski Yunanda belâğat her yerden daha fazla inkişaf etti. Çünkü, halk hükümetinde yapılacak işe halkı kandırmak gerekirdi. Bu sebeple eski Yunanda halk üzerinde tesirli söz söyleyecek servet, nüfuz, şöhret peşinde haris adamlar türedi; onlar harb ve sulh meselelerinde parlak sözleri ile hâkim rol oynuyor, çenesi kuvvetli olan öne geçiyordu. Mâkûlât ile idare olunan memleketlerde ise belâğat avukatların ve din vaizlerinin işine yarar.

Beliğ sözler göz kamaştıran ziya gibi halkı teshir ederek hakikati gizler. Fakat halk kitlelerine hakikati aşlamak, fazilet hissini uyandırmak için de kuru cümlelerle deliller yetmez; kalbleri yumuşatan hisleri tahrik eden süsler de lâzımdır.

Sainte Agusten'in (Büyük katolik papazı), kardeşlerin birbirini öldürdüğü vahşi bir kavme kalbleri yumuşatan, ağlatan sözlerle hitap etmesi onları kötü âdetlerden vazgeçirmeğe kâfi gelmişti.

Hülâsa, büyük prensipler güzel ve mutedil, halk hislerine uygun süslü sözlerle anlatılmalı, fakat doğru bir prensipe bağlı olmayan, söyleyene alkış yağdırma gayesi olan nutuklardan kaçınmalıdır. Bir nutukta parlak sözler yemeğe konan tuza benzer. Hatip kendi için değil, insanları daha bahtiyar, daha iyi yapmak, dinleyicileri aydınlatmak için konuşmalıdır.

İnsanın zevkini okşayan, içini açan, ahenkli sözler fazilet hislerini

1) Bentham F. s. 48, 49.

kamçılarsa hayırlı olur. Fenelon bilhassa din adamlarının mübalağalı ve Allahın olmayan sözlere halkı inandırarak gülünç vaziyete düşmemeleri gerekir diyor. Her nutuk muhatapların seviyesine göre bir prensipi aydınlatma zarureti haddunda kalmalı, muhatapları sözlerle değil, bu sözlerle anlatılan fikirle meşgul etmelidir.

Hâkim, muhakemeleri beyhûde uzatan, kötü hisleri kamçılayan parlak müdafaaları önleme selâhiyetini haizdir. (70, 71).

133 — Zamanımızda adaletten inhirafın başlıca bir sebebi *parti zihniyetidir*. Demokratik bir memlekette bazı vatandaşların bir fikir etrafında, bir maksat peşinde gruplar, partiler halinde taazzuv etmeleri önlenemez. Bu grupların gayeleri meşrudur. Şu var ki, aynı fikir veya menfaat etrafında birleşenler arasında tabî bir tesanüd teessüs ederek, rakip partiye karşı cephe alma hissi de doğmaktadır. Bu his ile meşrû olan esas gaye unutulur, gayeye ulaşmak için, hattâ bu gayeye zıt olduğu, onu baltaladığı düşünülmeden partinin nüfuzunu koruduğuna kanaat edilen her vasıta hoş karşılanır. Claparède siyasî bir parti içinde ferdin şahsiyeti silinerek kitle zihniyeti hâkim olması kötülüklerin anasıdır, diyor. Şahsî kritikler yerine parti emirleri geçer; karşı partiye veya mensubuna muvafık her şey kötü ve tehlikeli bulunur, doğru düşünmeğe mâni (Millî parti, Allahsızlarla mücadele, barışçılar, sosyalizm, sosyal adalet gibi) bulanık fikirler uyandıran büyük başlık altında zeki ve namuslu insanların ahlâkî hisleri bozulur, gözleri döndürülür.

Claparède aydın liberal olduğunu söyleyen ve doktrinine cidden inanarak, yazıları ile bütün vatandaşları birliğe dâvet eden kimselerin parti zihniyeti ile ne kadar zehirlendiğine, fiilleri ile sözleri arasındaki zikzaklara işaret ediyor. En yüksek seciyesi olan particiler dahi haksızlıklar karşısında hiç olmazsa, hakikati müdafaa edenlerin fikirleri duyulmamasını kasdederek sukûtü iltizam edip fikirleri münakaşa edilmiyerek unutulmasına çalışıyorlar².

Ü Ç Ü N C Ü F A S I L

ADALETİN TEZAHÜRÜ BAKIMINDAN TOPLU VE MÜNFERİT HAKİM - KUVVETLERİ AYRILIĞI

135 — Hakim önünde taraflar ve hesaplarına avukatları karşılıklı olarak vakıaları sıralayıp, nizalı hâdisenin hususiyet ve şartlarını teşrih etmeleri kalblerde gizli olan adaleti açıklar.

1) Claparède s. 148.

2) Claparède s. 96 ve t.

Parlak sözler hâkimi tesir altında bırakarak hataya da düşürebilir. Hâkim nice hallerde belagette söylenmiş sözlerin tesiri altında kendini taraflardan birine karşı sempatik veya antipatik hislere kaptırabilir. Tatbikatta, bazı avukatlar, hakimi överek, icabında açık veya kapalı tehdid ederek âmme efkârında heyecan uyandırarak, dolayısıyla hükmüne tesire çalışmakta, hakkı izhardan ziyade dâvayı kazanma ile ilgilenerek hasmına karşı hâkimin nefret hislerini tahrik için alay ile ciddiyeti kaçırtmaktadırlar. Adli muafiyetten faydalanarak hasmının şerefi ile oynayan, ona iftira eden taraf, avukat da vardır¹.

Tecrübeli hâkimler fikir müdaveleleriyle avukatların belâğatla söyledikleri sözleri tahlil ederek kötü tesirlerden kendilerini koruyabilirler. Tek olarak adaleti icra eden hâkimin hâdiseyi soğuk kanla tahlil etmesi kolay olmaz.

Toplu olarak dâvayı takip etmiş hâkimlerin aralarında istişareleri müdafaaların hisleri tahrik eden mübalağalı taraflarını atarak hakikati anlamalarına yardım eder. Hakikatten uzaklaşmış bir müdafaanın hâkimlerin birinde lehte tesiri öteki hâkimde aksi tesir ile takas da olabilir. Binaenaleyh, toplu hâkim adaletin teminatıdır. Ancak, basit veya acele işlerde muvakkat mahiyette ve umumiyetle esas kararı mahfuz tutan tahkikat işlerinde tek hâkim kabul olunabilir.

İstişare ederek karar veriniz.

ŞURA 38 (b. No. 83).

HUK. hükümlerin toplu hâkimler tarafından verilmesini, tahkik muamelelerinin ise tek hâkim tarafından yapılmasını kabul etmiştir. Fakat, sonraki kanunların verdiği selâhiyetle Temyiz ve Ağır ceza ve Ticaret mahkemeleri müstesna, mahkemeler tek hakimle teşkil olunmaktadır.

136 — *Kuvvetler ayrılığı*. Adalet mefhumu hasren, toplu da olsa, hâkimin sübjektif takdirine tâbi tutulmamalıdır. Adalet prensipleri müstakil bir teşri makamı tarafından, hâdiselerden mücerret olarak objektif normlarla (Kanun) tesbit edilmek gerekir. Hâkim âdil bulmadığı bir kanunu tashih edebilecek, fakat adalet anlayışına aykırılığı açık olmayan kategorik bir hükümden de ayrılamıyacaktır; kanunu hiçe saymak onun selâhiyetini aşar. Teşri ve kaza fonksiyonlarının müşterek çalış-

1) Jacques Hamelin Paradoxe sur l'Avocat. Paris 1949.

maları sayesinde münferit hâdiselerde daha âdil hükümler verilmesi üzerine hesap olunabilir.

D Ö R D Ü N C Ü F A S I L

DETERMİNİZM.

137 — İnsan fiilinden mes'ul tutulabilmek için serbest irade sahibi olması iktiza eder. Kişiden mukavemet edemediği bir kuvvet ve taz-yık altında işlediği fiilin hesabı sorulamaz.

İnsan bir fiili serbest mi, yoksa elinde olmıyan ve önüne geçemiye-ceği maddî veya ruhî tesirler altında mı işliyor meselesini filozoflar ve din âlimleri çok münakaşa etmektedirler.

Kur'anda insanın fiilini mecburen yaptığını da ihtiyarı ile yaptığını da tazammun eden âyetler vardır.

İnsanın fiilinde serbest olmadığını tazammun eden âyetler:

İman etmiyenleri korkutsan da, fiillerin akitlerini göstersen de doğru yola getiremezsin. Allah onların kalblerini mühürlemiş, kulaklarına, gözlerine perde çekmiştir; kördürler, bildiklerinden şaşmazlar.

BAKARA 6, 7. İnnellezine keferu sevâün aleyhim eenzerte-hüm em lem tünzirhüm lâ yü'minun. Hatemallahü alâ kulubihim ve alâ sem'ihim, ve alâ ebsarihim ğıṣavetün ve lehüm azabün azim.

Size levhi mahfuzda yazılı olmayan bir musibet gelmez.

HADİD 22 Mâ esabe min musibetin fîlardı velâ tienfisüküm il-lâ fi kitabın min kabli ennebraehâ inne zalike alallahi yesir.

İnsanlar istediklerini yapmakta serbest değildirler.

KASAS 68. Ve rabbüke yahluku mâyeşâü ve mâkâne lehümül hıyaratü, sübhanallı ve tealâ âmma yüşrikun.

Allahın fitneye düşürmesini istediği kimseleri kurtarmak senin elinde değildir.

MAİDE 42 Yâ eyyüherrasulü lâyahzunkellezine yüsariune fil-küfri minellezine kalu âmenna biefvahihim velem tûmin kulubühüm ve minellezine hadu semmaune lilkezibi semmaune likavmin aharina lem ye'tuke yüharrifunel kelime min ba'di mevâduhî yekulune in ûtîtüm hâ-zâ fehuzûhü ve in lem tûtephü fahzeru vemen yüridallahü fitnetehû felen

*temlike lehu minallahi şey'en ülâikellezine lem yüridallahü an yütahhi-
ra kulubehüm lehüm fiddünyâ hızyün velehüm filâhireti azabün azım.*

Allah doğru yola yürütmek istediklerinin kalblerini açar; dalalette bırakmak istediklerinin kalbine göktürdüğü kasvetle inanmalarını göklere çık-
mak kadar zorlaştırır.

*ENAM 125 Femen yüridallahü en yehdiyehü yeşrah sadrahü
lilislâmi, ve men yürid en yudıllahû yec'al sadrahû dayyikan haracen ke-
ennemâ yessaadu fissemai, kezalike yec'alüllahürricse alellezine lâ yü'-
minun.*

İnsanın fiilinde muhtar olduğuna delâlet eden âyetler:

Uğradığımız felâketler kendi yaptığımız işlerin cezasıdır. Yoksa Allah kimseye zulmetmez.

*ALİ İMRAN 182 Zâlike bimâ kaddemet eydiküm ve ennalla-
he İeyse bizallamin İilabid.*

Allah insanı ancak iktidarında olan şeylerle mükellef tutar. Başkalarının fiilinden, hatâsından unutmamasından mesul tutmaz.

BAKARA 286. b. No. 139.

Emirleri dinlemiyenlere azap vaad olunması, tevbelerin makbul tu-
tulması insanın fiilinde serbest olduğu içindir.

Tecrübeler insanın her istediğini yapamadığını, iradesine tesir eden
âmillerin hepsi ile mücadele edemediğini, fakat nefsinin ıslâh bir derece
elinde olduğunu, Allah veya jandarma korkusu onu nice kötü işler yap-
madan alıkoyduğunu göstermektedir.

Bir fiili âkibet ve neticelerini görerek, hesaplıyarak başkası tarafın-
dan zorlanmadan işleyen irade sahibi olduğu meydandadır.

Delvechio insan tabiatın bir cüz'ü sıfatıyla tabiat kanununa tâbi ol-
makla beraber idrak eden, iyi veya kötüyü ayırabilen varlık sıfatıyla ira-
desi bulunduğu için tabiatı bir obje değil, süje (faili muhtar) olduğu te-
zini müdafaa eder¹.

Hakikatte insan, bir şeyi anlamakta, inanmakta muhtar değildir.
Allah bazılarının kalblerini mühürlemiştir. Fakat, insanın inanmadığı bir
emre de riayet etmesi elindedir. İnsan elinde olmayan hata olan kana-

1) Delvechio, s. 442 ve t.

atından değil, elinde ve ihtiyarında olan fiilinden ve kanaat inançlarını izharından mes'ul olur.

Araplar iman ettik diyorlar, iman kalblerine girmedi, ammâ itaatle selâmete erdiler, işlerinde kusuru olmayanları Allah affeder.

HUCURAT 14 Kaletil arabu âmenna, kul lem tü'minu ve lâkin kulu eslemnâ velemma yedhuil imânu fi kulubiküm ve in tutiullahe ve rasuühü lâ yelitküm min amaliküm şey'en, innallahe ğafurun rahim.

137a — Modern kanunlar bir vaziyette aklı ile karşılıklı fayda ve zararları muhakeme edip karar veremiyerek, düşünemiyerek tabii hislerine göre hareket edeni temyiz kudretinden mahrum, binaenaleyh, serbest olmadığını kabul ile fiilinin neticesinden mes'ul tutmamışlar, fakat hâdiselerin sebep olduğu heyecan, sabit fikir gibi, akıl zayıflığından başka sebeple doğru düşünemiyerek yanlış işler yapanı irade sahibi kabul ederek fiilinden mes'ul tutmuşlardır.

Elinde olan imkânlarla kanun metinlerinin doğru mânasını anlamıyarak hataya düşen bir âlim de, külli iradesi olmadığı için anlayış hatasından mes'ul olmaz. Fakat incelemelerinde ihmali ile hataya düşen ihmâl kendine izafe edilebileceği için hatasından mes'ul olur.

BEŞİNCİ FASIL

ADALET PRENSİPLERİ

138 — Adalet prensibi basit bir formül değildir. Mecellenin 1 inci maddesinde yazılı olduğu gibi, birbirlerini tamamlayan prensipler kümesidir.

Kur'ân'da zikri geçen ve umumiyetle modern hukukta kabul edilmekte olan Adalet prensipleri şunlardır:

- I. Herkese müsavi şartlarla müsavi muamele (No. 223 ve t.)
- II. Haklara riayet, taahhütleri sadakatle ifa (No. 204).
- III. Diğerinin zararına haklı sebep olmadan mal iktisap etmemek (No. 214).
- IV. Kimseye yapamıyacağı bir vazife yüklememek, kimseyi ihtiyarı olmadan işlediği fiilden mesul tutmamak.
- V. İhtiyaç içinde olanlara elde olan yardımı yapmak.
- VI. İstihsal edilmiş serveti evvelâ herkese ihtiyacına, sonra, çalışmış olanlara çalışmalarına, yüklendikleri mesuliyete, başarılarına göre tevzi.

VII. Karşılaşan menfaatlardan kemmiyet ve keyfiyet itibarıyla üstün olana ön verme (b. No. 145 ve t.).

139 — VIII. Cezada insaf. Suçluya suçunun ağırlığı ile mütenasip olmıyan, ceza vermemek, onu unuttukları hafif kusurlarından, diğerinin günahından onu mesul tutmamak.

BAKARA 286. *Layükellifullahü nelsen illa vus'aha, leha ma ke-sebet vealeyhe mektesebet, rabbena latuahizna inne sina ev ahtana rabbena vela tahmil aleyna ıstın kema hameltehü alellezine min kablina rabbena vela tuhammilna mala takate lena bihi, vafu anna vağfirlena varhamna ente mevlana fensurna lel kavmil kâfirin.*

Kimse duyduğu haz ve manevî menfaat karşılığı olsa bile âkitle başkasının günahını yüklenemez, cezasını çekmeye razı olamaz.

FATİR 18. *Vela teziru vaziretün vizre uhra, ve in tedu müskale-tün ila himliha layuhmel minhü şey'ün veleu kâne zakurba...*

Ceza adaleti, kişinin bütün günahları ve sevapları tartılarak neticeye göre ceza tâyin olunmasını iktiza eder. Failin suçu işlediği sırada, daha evvel veya sonra yapmış olduğu iyilikler, kendini fiile sevkeden iyi veya kötü hisler, fiilin neticelerini önleme, hafifletme, veya tâmir için katlandığı fedakârlıklar nazara alınmalıdır. Ceza işlenen fiile göre maktu değil, failin şahsiyetine, sosyal bakımdan arzettiği tehlikeye göre tayin olunur.

Kur'ânda maktu cezalar. var mı? Gelen izahata bak.

KISAS.

Adam öldürenin kısas olarak öldürülmesi üzerinize farzedildi.

BAKARA 178. *Ya eyyühellezine amenu kütibe aleykümül kısasu... femen ufiye lehu min ehihi şeyün fettibaün bilmarufi veedaun ileyhi bihsanın zelikeye tahfifün min Rabbiküm ve rahmetün femeniteda bade zalike telehu azabün elim.*

Taammüden adam öldürenin kısası fiiline aynıyle mukabele olduğu için tehlikeleri önleme zarureti hududunda makulür. Fakat, öldürenin kastı olmaması fiilini mazur gösteren sebepler bulunması halinde idamı ağır olur.

Kaatilin kusurunun ağırlığına, sosyal vaziyetine göre tesiri muhakkak

daha hafif bir cezaya mahkûm edilmesi hayırlı olan haller vardır. Allah husûsî vaziyetlerde mağdurun diyet denen tazminat kabul ederek kaatili af etmesini, karşılıklı tecavüzde bulunmamasını (kan güdme) emir etmiştir. Binaenaleyh Kısas âdil görülmezse mağdurun yakını lehine tazminata ve cezalara hükmolunur.

Aliden rivayet olunan bir hâdisе göre, Peygamber kölesini öldüren birini döğdükten sonra sürgün ederek cezalandırmıştır¹.

Kısasa maktulün velisi olan kişinin talebiyle hükmolunur, hâkim resen hükmetmez. Maktulün bütün varisleri değil, yalnız müteveffaya yakınlığı ile ölümünden büyük acı duyanlar veli olabilir.

Maktulün en yakını kısas selâhiyetini kullanmazsa sonra gelen yakını bu selâhiyeti kullanabilir, fakat maktule kalben bağlı olmıyan, merkandil zihniyetle para kazanmak için ölümü fırsat bilinen varisin bu hakkı kabul olunamaz. Maktulün yakınlarından bazısı kısas, bazısı diyet isterlerse hâkim umumî velâyeti ile kararını verir.

Diyet mağdurun maddî ve manevî zararını karşılayan tazminattır.

Manevî tazminatın failin kusurunun ağırlığı ve serveti ile mütenasip olması âdil hüküm sağlar, fakat pratikte manevî tazminat bazen hiç, bazen de hesaba sığmıyan mikdarda tayin edilerek âdil olmamaktadır. Manevî tazminatın cezaî mahiyeti ile azamî mikdarı tesbit edilmesi suiistimalleri bir derece tahdit eder.

Kur'âna göre hataen adam öldüren ceza olarak diyete mahkûm edilir. Onun ayrıca bir esir azat etmesi, buna kudreti yoksa iki ay oruç tutması da gerekir.

NİSA 92. Ve makâne limüminin en yaktule müminen illa hataen, vemen katele müminen hataen fetahriru rakabetin müminetin ve diyetün müsellemetün ila ehlihi illa en yassaddaku, fein kâne min kavmin aduvvin leküm ve hüve miminün fetahrirü rakabetin müminetin, ve inkane min kavmin beyneküm ve beynehüm misakun fediyetün müsellemetün ila ehliki ve tahriru rakabetin müminetin, femen lem yecid fesiyaşu şehrayni mütetabiayni tevbeten minallahi, ve kânallahu alimen hakima.

Kefaretler günahların önlemesini ve aynı zamanda sosyal faydaları istihdaf eder.

1) Elmalı 1, 603.

Kıyası farz eden âyet, takip eden ayetlerle tamamlanır.

Ey makul düşünen emir sebepleri sizin için kıyasta hayat vardır.

BAKARA 179. *Veleküm filkıyası hayatün ya ülilelbabi lealleküm tettekun.*

Kıyas ile maktulün yakınlarının intikam hisleri tatmin edilerek, diğerlerine ibret dersi verilip öldürmelerin teselsülü önlenerek hayat korunur.

İlâhi hükmün gayesi kıtallerin teselsülü önlenerek yaşayanları koruma olduğu için, makul düşünen bir hâkim kaatile vaziyet ve şartlara göre ölümden daha hafif bir ceza dahi yeter ibret olarak öldürmelerin teselsülünü önleyeceğine kanaat ederse kıyasa hüküm farzolmaz. Çünkü, bu halde kıyasta hayat olmaz. İlâhi emir, gösterdiği mucip sebeple takayyüt eder. Kıyas, diyet ve ona ilâve edilecek şartlara uygun cezaların tesiri melhuz olmayan hallerde ve zaruret hududunda ceza olarak tatbik olunmak iktiza eder. Bütün ahval ve şartları, failin şahsiyetini, hislerini gözönünde tutan hâkim kıyasa kadar giden ceza verir. Yaralanmalarda ise ayniyet sağlanmıyacağından kıyas kabul olunmamıştır. Bir yaraya karşı açılacak daha çok hafif bir yara daha çok ağır neticeler verebilir.

Cahiliyet devirlerinde ve orta zamanlarda Avrupada ceza ile işlenen fiil arasında maddî muadelet aranarak bir yaraya sebep olan suçlu hakkında işlediği fiilin aynen tatbiki âdil sanılıyor, cezanın verdiği ıstırap ve neticeler hesaba katılmıyordu.

Maktulün velisi kıyası israf etmesin.

İSRA 33. *Velâ taktulün nefselleti harramallahü illa bilhakkı ve men kutile mazlumen fekat cealna liveliyyihi sültanen felayüsrif filkatli innehi kane mesura.*

Maktulün velisini kıyası israftan meneden bu âyet ahvalin çoğunda idam cezası sanılan neticeleri sağlamıyacağına işaret eder. Bu ceza ancak ıslâhı kabil olmıyan canavar tabiatlı kaatillere hasrolunmalıdır.

İdam cezasının tesirleri politikacı, hukukçu ve filosofların iştirak ettiği Genève Hukuk Fakültesi Profesörü Graven'ın başkanlığında bir kongrede uzun uzadıya münakaşa edildi. (26 Haziran 1961). Kongrede bu cezanın sadece hakikaten iyileşmesi beklenmiyen tehlikeli suç faileri hakkında tatbiki Fransız Temyiz âzası Ancel tarafından müdafaa olundu. Bu cezanın bir kaç yıl önce İsviçre'de kaldırıldığı söylendi. Belçika Adliye Müsteşarı Paul Cormil bu ceza bazı memleketlerde müstes-

na hallere hasredildiği için neticeleri istatistiklerle tesbit edilemediğini Belçikada nadiren tatbik olunduğunu fiiliyatta bu cezanın sanılan korkutma, ibret tesiri hiç olduğunu, halen Belçika hapishanelerinde idam cezaları hapse çevrilmiş 53 mahkûm bütün mahpuslar arasında en itaatli, en sakin, idareleri en kolay olduğunu, kaatiller kendilerini cinayete sürükliyen ruhi haller yatıştıktan sonra muvazeneli vaziyete geldiklerini, İngilterede, bir müddet yattıktan sonra tahliye edilen 42 kaatilden 5 i tekrar ağır bir suçtan mahkûm edilğini, onlardan da yalnız biri mükerrer kaatil olduğunu anlattı (Le Monde Gazetesi Paris, 1 Temmuz 1961 s. 7).

İmralıya gönderilen mahkûm kaatillerin de, nisbeten verilmiş serbestliğe rağmen idareleri daha kolay olmaktadır.

HIRSIZA CEZA.

Kadın, erkek hırsızın elini kesin.

MAİDE 39. Vessarîku vessarikatu fakdau eydiyehuma cezaen bi-ma keszba nekâlen minallahi, vallahu azizün hâkim.

Bu hüküm de mutlak değildir. Takibeden âyette *hırsızı tövbe ile halini islâh ederse Allahın affedeceği* yazılıdır.

Kur'âna göre ceza failin yaptığı fenalığın mislini aşamıyacağı, iyi veya kötü maksadına göre dereceli de olduğu için, hırsız mağdurun şahsına tecavüz etmedikçe eli kesilmesi âdil olmayacaktır. Gizlice bir salkım üzüm çalan çocukla, dağ başında şahıslara işkence ederek mal gasbeden hırsızın cezası aynı olması Kur'âna uymaz. Eli kesilen bir kimsenin tövbe ile dürüst yaşamak için iş tutabilmesi zorlaşır. Fiilini tekrarlıyacak halde olmayın kimsenin tövbesi zaten bahis mevzuu olamaz. Binaenaleyh, el kesme cezası hırsızlık mağdurun şahsı üzerine ağır bir tecavüzle olması, failin tövbesine inanmaya mâni kökleşmiş itiyadı halinde ve sosyal emniyeti koruma zarureti ile tatbik olunabilir. El kesme hırsız için maktu değil, azamî bir cezadır.

140 — IX. HAKKANİYET. Adalet mutlaka sebebiyet verilmiş zararın tam tazmini, mubadele edilen mallar arasında tam teadül bulunması, kanunların herkese müsaveten tatbiki değildir, tarafların sübjektif vaziyetlerinde teadül sağlanmasını iktiza eder. Modern hukuk tarafın tehammülü hududunda ve maksadına, kusurunun derecesine göre muameleye tâbi tutulmasını, suçunu tekrarlanmasından korkulmazsa tövbesi kabul edilerek cezadan af edilmesini adalet sayar.

Adalet insan hislerini tatmin vashı ile hukuka esas olduğundan, müsavat diye bir tarafı mahveden hüküm âdil olamaz.

Kur'ânda hakkaniyet adalet prensipleri arasında yer alır. Adalet cezaların atiyi korumanın iktiza ettiği mikdan, sosyal menfaat hududunu aşamaması, gereğinde mağdura cömertçe tazminat verilmesini iktiza edebilir.

İyilik yapana on misline kadar karşılık verilir. Kötülük yapan ise en çok misli ile cezalandırılır.

Kötülüğü iyilikle defet.

ENAM 160. Men cae bilhaseneti telehü aşru emsalihâ, ve men-cae bisseyyeti fela yütca illa misleha vehüm layuzlemun.

Allah adalet ve ihsanı, yakınlarla yardımı emreder.

NAHİL 90. b. No. 125.

İhsan, icabında fazlasiyle cömertlikle bir hizmetin karşılanmasıdır. Failin vicdanen lâyük olmadığı muameleye maruz tutulmamasını, hakkında anlayış gösterilmesini iktiza eder.

Tamir için aldığı malı 500 lira hasara uğratan fakir bir işçinin o malın tam kıymetini ödemesi için âletlerini satma mecburiyeti mahvına sebep olur. Zengin alacaklı ise vâki hasarın tam tamir edilmemesinden o nisbette ıstırap duymaz. Hâkim tazminatı borçlunun tahammül hududuna indirmektedir ki, adaleti icra eder.

Bir şeyler vererek veya hizmet ederek diğerine faydalı olan, verdiği tam karşılığını değil, şartların hususiyetine göre temin ettiği huzur ve faydaya, bertaraf ettiği zarara göre bir kaç mislini de alabilir. Yalnız doğrudan doğruya sebebiyet verilmiş maddî mahrumiyet değil, bu mahrumiyetin neticeleri de tamir olunmalıdır.

BK. hakkaniyet prensibini borç münasebetlerinde tatbik etmiştir (43, 44). Prensip diğer medenî hukuk münasebetlerinde de yürür (MK. 5).

Hakkaniyet karşılaştan menfaatlardan üstün olana ön verilmesini, vâki zararın, işte menfaat ve ortaklık ilgisi olanlar arasında herbirinin kusurları, servetleri, bekledikleri menfaat ile mütenasip paylaşılmasını, alacaklının icabında alacağından bir mikdarını tenzile, faiz hakkından vazgeçmeğe mecbur kalmasını (b. Konkordato, Haciz, İflâs), hüküm verilecek kişi hakkında anlayış gösterilerek lehinde olan şart ve âmillerin, ve verilecek hükmün şahsı üzerinde yapacağı tesirlerin hesaba katılmasını iktiza eder.

ARAF 8. Velveznü yevmeizinil hakku femen sekulet mevazinühu teülaike hümülmüflihun.

ARAF 9. Vemen haffet mevazinühu feülaikellezine hasiru enfusehüm bima kânu biayatina yazlimun.

Hakkaniyet lojik tahlillerden ziyade, doğrudan doğruya prensipleri, bütün hususî şartları gözönünde tutan hâkimin kalben hissettiği adlettir.

141 — X. *Şahadet mecburiyeti.* Kişinin bildiği bir hakikatı diğerini mühim bir zarardan kurtarmak için lâzım olduğu hallerde açıklaması adalet prensibidir. Kişinin bu mecburiyeti yalnız hakikatı açıklaması şahsî menfaatlarını tehlikeye düşürebileceği hallerde kalkar.

Bir vakıa hakkında bilgi veren muhatabı hataya düşmemek için bildiklerinden bir şey saklamamalıdır.

Diğeri aleyhine bir suikast hazırladığını şartlardan anlayan kendi için bir koruk yokken vaziyeti alâkalıya bildirmemesi, zehirli olduğunu bildiği bir şeyi söylememesi ahlâka aykırı olup kasti ise tazmin mesuliyetini gerektirir, (BK. 41 II).

Şahadetini saklıyandan daha zalim kimdir?.

BAKARA 140. Em takulune... ve men azlamu mimmen keteme şahadeten indehu minallahi...

Tarihî vakıaları yazanlar, nakledenler de bu vakıalarda rolü olanlara karşı sempatik veya antipatik his ile, veya politik bir maksatla, veya onların şöhretlerini gölgelemek için hakikatları tamamen veya kısmen gizlemeleri, tahrif etmeleri, vakıalara renk vermeleri, bazı hususiyetleri saklamaları sosyal hayatta çok zararlara sebep olmakta, birbirine hasım hizipler türemesine, milletlerarası soğukluklara, gergin halin nesilden nesile intikaline sebep olmaktadır. İlim tarihinde de âlimler şöhreti kendilerine hasır için diğerlerinin mesaisini saklıyorlar, tahrif ediyorlar. Kur'ân âlimler arası bu kıskançlığı bildirerek onlara azap vaad etmekte, olayların tarihi seyrinden ibret alınarak hareket düsturunun tayinini tavsiye etmektedir. Binaenaleyh tarihi olayların işe geldiği gibi tarifi günahtır.

Sizden evvelki kavimlerin halini, akibetlerini ibret olması için bildirdik.

NUR 34. Velekad enzelnâ ileyküm ayatin mübeyyinatin ve meselen minellezine halev min kabliküm ve mevızaten lilmüttekin.

Olayları bir rakibin teşebbüslerini felce uğratmak, itibarını kırmak için tahrif eden onun maddi veya manevî zararından mesul olur. Fr. Tem-

yiz mahkemesi ilmî bir eserde bir âlimin şöhretini gölgelemek için ismi saklanmamasını mesuliyeti gerektiren bir iş kabul etti¹.

Fr. Temyiz mahkemesi kararında diyor: Kanunen veya bir akit ile mecbur olmadıkça kimse bir işi yapmakla, diğerini övmekle meziyetlerini tebarüz ettirmekle mükellef değildir, fakat müsbet haddizatında mubah bir fiili işlerken bildiği bazı hakikatları sükutla geçiştirerek diğerine zarar verirse sukutu haksız bir fiil olur. Müsbet bir iş yapan bazı vakıaları eksik bırakmakla diğerinin zarar görebileceğini aklına getirmiş, veya getirebilmiş olup da zararı önliyebilecek beyanı ihmal etmiş ise kusurlu olup ihmalinden mes'ul olur.

Fr. Tem. mahkemesi tarih yazının ihtiyatlı ve vicdanlı olması, hakikatten bir şey saklamaması, objektif kalıp şahsî kanaatını ön plâna alması, selâhiyetli mahfillerde hakikat kabul edilen bir olayı, beyan lâzım olan yerde sukut etmemesi gerektiğini tebarüz ettirdi.

Hüsnüniyet kaidesi kimsenin halka yanlış veya eksik malûmat vererek diğerlerinin işine sekte vermemesini, canını sıkmamasını iktiza eder.

Olayları kasten eksik yazan tarihçi bir kimsenin zarara uğramasını istemiş ise ahlâka aykırı hareketi sebebiyle zarardan mesul olur. BK. 41 II.

Başkasını zarardan korumak için lüzum hasıl oldukça herkesin bildiğini söylemesi Kur'ân hükmüdür.

Mahkemede yemin formülünde hakikatten bir şey saklanmadığı da vardır. Şehadetini hükme tesirli bir noktada bilerek saklıyan yalan şahadet etmiş olur (CK. 286).

1) Fr. Tem. 27 Şubat 1951 S. 1951 1 158. Ceza ve hukuk mesuliyeti kitabımız. s. 64. Vatan makalemiz 12 Haz. 1952.

Hâdise, Prof. Turpain, Anttenne gazetesinin 1931 nüshalarının birinde Branly'nin telsiz telgrafın icadında ve islahında rolünü hiçe düşüren bir yazı yazmıştı. Bu yazı ilmî muhitte şiddetli tenkitlere uğradı. Turpain daha sonra Halk Almanlığı kitabında telsiz telefonun tarihi adıyla yazdığı bir yazıda, telsiz telgrafın icadında kendi dehil, mesaisi olan âlimlerin isimlerini yazdığı halde, kasten Branly'den bahsetmedi. O aleyhine açılan dâvada Branly'den bahis etmemesi hatâ da olsa, şahsi kanaatı olduğunu, bir tarihî olayın eksik yazılması mesuliyeti istilzam edemiyeceğini müdafaa etmişti.

ALTINCI BAP

ADALET PRENSİPLERİNİN TAHLİL VE TATBİKATI

BİRİNCİ FASIL

KARŞILIKLI MENFAATLAR ADALET TERAZİSİNDE¹

I

PRENSİP

142 — Aşağıda tahlil olunan muhkemat âyetlerden çıkarıldığına göre Kur'ânda kabul edilmiş bir adalet prensibi de birbirile çarpışan menfaatlar tartılarak üst olana ön verilmesidir.

Kur'ân ibadette, yemede, içmede, cinsî münasebet hayatında, sıkıntıda olanlara yardımda, politik hayatta üst menfaate ön vermiştir.

Kişinin diğerinin üstün menfaati karşısında şahsî menfaatlarından fedakârlığı ahlâkî bir fazilettir. Bir hareket, ahlâk bakımından gerek doğrudan doğruya gerek teselsül ve inikâs ederek sebep olduğu zararlarla menfaatlar şiddetlerine göre ölçülerek kıymetlendirir.

Bir kimsenin sıhhatini bozacak, itibarını kırarak, diğerine körü körüne itaata mecbur bırakacak taahhüdleri de üstün menfaatları koruma zarureti ile iptal olunur.

143 — HUK. hükümlerin mucip sebebe dayanmasını lâzım addetmiştir. (HUK. 388 No. 5). Mucip sebep hâkimin hissi ile karışan mefkuresi değil, karşılıklı fayda ve zararlarının tahlil ve mukayesesidir. Neye yaradı-

1) Merhum Emcet Belgesay bir tezinde Adalet karşılıklı menfaatlardan üstün olanı tercih olduğunu müdafaa etmiş, tezinin bir kontrandüsünü Lyon (Fransada) Hukuk Fakültesi Profesörü Paul Roubiyer'e bazı noktalarda kendini aydınlatması ve tezine uygun düşecek bir başlık ilham etmesi ricasiyle göndermişti. Bu âlim profesör çok enteresan bulduğu teze "Les intérêts en conflit dans les blancs de justice" adını verdi. Merhumun çok hoşuna giden bu başlığı biz de yerinde ve maksadı en iyi ifade eder görerek muhafaza ediyoruz.

Kur'ân insanlara zorluk çekmeleri için gönderilmedi, vaaz (iyi ve kötü-yü mukayese) için gönderildi.

Ma enzelna aleykel Kur'ane liteska. Illa tezkireten limen yahşa.

Güçlükler karşısında Allah kolaylıklar sağlar.

İNŞİRAH 5. Feinne maal usri yusra...

Allah yükünüzü hafifletmek ister, insan zayıf yaratılmıştır.

İnsan aklı ile her güç görünen şeyi kolaylıkla yapabilecek vası-talar bulabilir.

146 — B. *Hiyleler. Hüsnüniyet.*

Kur'an üstün ve meşru bir menfaati, bir gayeyi, sağlamak için hi-leye baş vurulmasını caiz addeder.

Meşru ve üstün bir gaye için Yusuf hiyle ile kardeşini haksız yere tevkif ettirdi.

YUSUF 76. Febedee bi eviyatihim kable viâi ehini sümmestahrace-ahâ min viâi ehihi kezalike kidna li Yüsüfe ma kâne li yehuze ehahü fi dinil melik illa enyeşa Allahü narfeu deracatn men neşaiü vefevka külli ziilmin alim.

Allah iyi kalple çalıştıklarını bildiği esirlere hizmetlerinin karşılığını faz-lasiyle verir.

ENFAL 70. Ya eyyühennebiyyü kul limen fi eydiküm minelesra in yalemil Allahü fi kulubiküm hayran yütiküm hayran mimma uhize minküm veyağfir leküm vallâhü ğâfurun rahim.

Bu âyet vazifelerin zaruret haddinde kalmadan fazlasiyle ve iş sa-hibinin menfaatlarını koruyarak yapılmasında, iş sahibinin de karşılık olarak müstahdemini cömertçe mükâfatlandırmasında faydaya işaret eder.

İnsanın maruz kaldığı en ağır şartlar altında bile mukadderatına ra-zı olarak vazifesini zevkle yapması ıstırabını hafifletir, zulmedenin kal-binde doğuracağı sempatik hislerle vaziyeti düzelmesine, her halde ağır-lanmamasına sebep olur. Mazlumun lüzumsuz, faydasız reaksiyonları nihayet zalimin antipatik hislerini arttırarak hakkında daha ağır mua-meleler yapmasına sebep olabilir.

Bir iyilik üzüntüleri, belâları önler, izale eder.

HUD 115. Ve akim... İnnel hasenati yüzhilnesseyyiati.

147 — C. Muamele ve münasebetlerde üstün menfaatlar. Büyük günahlardan kaçınarak küçüklerle nefsin tatmini.

Allah insana iyi şeyleri emir, kendilerine ve başkalarına zararlı şeyleri haram eder. Akılsızları zorluklardan kurtaran, bağlandıkları zincirleri çözen umumî (tahsil görmemiş) Peygambere tâbi olanlar feraha kavuşurlar.

Kocaların karılara karşı zayıf bulunarak kaprisleri için üstün menfaatlarını zevklerini feda etmeleri aşırı derece fedakârlıkları, sebep olduğu soğukluklarla aile bağlarını gevşetir. Ayet:

Ey Peygamber neden karılarını hoşnut etmek için Allahın helâl ettiği şeyleri nefsin haram ediyorsun.

148 — Aşağıdaki iki âyet üzerinde hususî olarak duruyoruz.

Mevcut fırsat ve imkânlarla göre kolaylıkla işliyebileceğiniz bir günahın Allah korkusu ile çekinerek nisbeten hafif bir günah işlemek suretiyle de olsa nefis hâkimiyetini sağlarsanız o büyük günahın kaçınmakla kazandığınız sevap nisbetinde küçük günahın cezası hafifler.

NİSA 31. İn tectenibu kebaire ma tünhevne anhü nükeffir anküm seyyiâtiküm ve nudhilküm müdhale kerima.

Büyük günahlardan ve haksız işlerden kaçınırsanız küçük günahlar, affolunur.

NECM 32. Elezine yectenibune kebairal ismi vel fevahişe illellememe inne rakbeke vasiul mağfirati hüve alemü biküm izenşseeküm...

Birbirini tamamlıyan bu iki âyet büyük bir günahı işlememek şartı ile her küçük günahın işlenebilmesini tazammum eder mi?

Tefsircilerin görüşleri¹.

a) Allahı tanımamak, şahısların haklarına tecavüz etmek büyük günahdır. Demek, namaz kılmak, oruç tutmak gibi kimseye fenalık olmayan, yalnız Allaha karşı vazifelerde kusur, küçük günah olarak mazur görülecek, bu günahları işliyenler sadece fiillerinin dünyevî olan maddî veya ruhî sıkıntılarına maruz kalacaklardır.

b) Hoşlanarak, küçümsenerek işlenen her günah büyüktür. Demek, bir günah, itiyat haline getirilmeden iç veya dış sürükleyici tesir altında işlenirse küçülür.

1) Tıbyan s. 293 ve t.

Failin üstün haklı bir menfaati icap etmemişken, mazereti yokken, zevki için kasden işlediği veya itiyat haline getirdiği suç ağır sayılarak cezası ağırlaşacak, iç tazyikle tesadüfen işlediği suç küçük sayılarak cezası hafifletilecektir.

c) Gizli tutulan, gizlenebilen her günah küçüktür. Diğerlerinde suç fikri uyandıracak, onları örnek olarak suça teşvik edecek genişlikte işaa edilen her günah büyüktür. Bu görüşü kuvvetlendiren ayetler:

YASİN 12. ANKEBUT 13 (b. No. 47).

Allah bir kişinin işlediği günahı, o günahın mağduru olandan başkasının açıklamasını sevmez.

NISA 148. *La yuhibbullahül cehra bissüi minel kavli illa men zulîme ve kâna Allahü semian alima.*

Ali “bir münazarada hasmını istihkar kastı ile had tecavüz” edilmesini de büyük günah saymıştır. Gerçekten, bir münakaşada sözüne kıymet verilen kimsenin münakaşaya iştirak eden diğerini techil, küçük düşürmek için ona fikrini müdafaa imkânı vermemesi, safsata delillerle kendi fikrini yürütmeğe çalışması yanlış kararlara sebep olacağı için büyük günah vasfını alabilir.

d) Fayda prensibine nisbeten uygun görünen Peygambere izafe edilmiş bir görüş de şudur:

Büyük günahlardan kaçınma şartı ile küçüklerin affı mutlak değildir. Tesiri daha şumullü, tâmiri daha zor bir günahı şartlara göre işleme kolay iken nefis mücadelesi ile neticeleri tahdid ve tamir edilmesi halinde bertaraf edilen kötülük nisbetinde işlenen günah takas olur.

Hülâsa, bir günahın cezası, suçlunun mağdura ve topluma önlediği ıstırap nisbetinde hafifler, affolur. Bir günahın küçüklüğü, büyüklüğü failin yapabileceği fenalıkla, bu fenalıktan kaçınarak sağladığı faydanın tartılmasına tâbi kalır.

Modern hukuk bu âyetlerde ifade edilen prensibi ceza sahasında tatbik eder. Ezcümle, nakıs teşebbüs, yani failin kastettiği suçu tamamlamasına fiili bir mani yokken pişmanlıkla vazgeçmesi, yalan şahadet eden şahadeti haksız mahkûmiyete sebep olmamak için şahadetini düzeltmesi, cezadan muafiyet sebebi kabul edilmiştir.

Umumî olarak, suçlunun cezası ifrattan kaçınmakla veya suçunun neticelerini tamir ile sağladığı fayda nisbetinde hafifler. (Esbabı muhaffife).

148 — E. *İbadet*. İnsan müphem ve esrarlı şeyleri itikat ederek Al-laha yaklaşmak için lüzumsuz ihtiyatları çoğaltıyor, hakikî menfaatlarını feda ediyor. İnsanı menfaatlarına aykırı hareketlere sürükliyen bir iç kuvvet (şeytan) vardır. Şeytan insanı sade haz duygularını kabartarak değil, içinde had aşırı mistik korkular uyandırarak da baştan çıkarır. Allah insanı bu kuvvetin tesirinden korumak ve menfaatlarını daha iyi tartabilmesi için ayetler inzal etmiştir:

Şeytan sizi atiyi şüpheli, hal menfaatlarınızı cazip göstererek, gururunuzu kabartarak kötülüğe hakikî menfaatlarınıza uymaz harekete sürükler.

(Şeytan ancak aldatmak için vaadde bulunuyor. Diyanet s. 127).

NİSA 120 b. No. 20.

Kur'ânda kolay geleni oku.

MÜZEMMİL 20. ... *tekre'u ma teyessere minel Kur'ân...*

Nefislerine zulmedenler emirleri, nasihatleri, tahrif etmektedirler.

BAKARA 59. *Febeddel ellezine zalemu kavlen ğayrallezi kile lehüm feenzelna alellezine zalemu riczen mines semai bima kânu yef-sukun.*

Allah kendine yaklaşmak için lüzumsuz ihtiyatlarla, yanlış yorumlarla nefsinize azap vereceğinizi bilir de size Ramazan gecelerinde karılarınızla münasebetin helâl olduğunu hatırlatır.

BAKARA 187. *Ühille leküm leyletas siyamir rafesü ila nisaiküm hünne libasün leküm ve entüm libasün lehünne alimallahü enneküm küntüm tahtanune, enfüseküml fetabe aleyküm ve afa anküm...*

Allah ibadette haddini aşanı sevmez, onu gizli yapınız.

ARAF 55. *Üd'u rabbeküm tedarruan ve hufyeten innehü layüh-hibbul mutedin.*

Ey kitap gönderilenler, dinde taşkınlık etmeyin. Hak ve doğru olmayanı söylemeyin. Yanlış hak ve doğru olanı yapın ibadet için çeşitli zahmetlere katlanmayın.

NİSA 171. *Ya ehlelkitabi latağlu fi diniküm uela tekulu alallahi ille hakka.*

Meryemin oğlu İsa'ya İncil'i gönderdik. Onu dinleyenlerin kalbi ferahladı. Onlar rızamızı tahsil için istekleri ile rühbenliği icad ederek kendilerini dünya nimetlerinden mahrum ettiler. Onların çoğu muaridir, fasiktir.

HADİD 27. *Sümme kaffeyna ala âsarîhim bi rusulina ve kaffeyna bi. İsebni Maryeme ve ateynahü! İncile veceaîna fi kullubillezinet tebeuhü rafeten ve rahmeten ve rehbanıyyete nibtedeuha ma ketebnahâ aleyhim illebtığae ridvanillahi fema raavhâ hakka riayetihâ feâteynellezine âmenu minhüm ecrahüm ve kesirun minhüm fasikun.*

Harfi ile ibadet edenler, zararı faydasından daha yakın olana dua edenler vardır.

(Uçurum kenarında, Ömer Rıza s. 501, yar kenarında imiş gibi Diyanet s. 439, Celaleyne atfen de şek ve tereddüt içinde Çantay s. 600, müteredit Savary s. 347).

HAC 11. *Ve minennasi men yabudullahe ala harfin fein esabehü hayrunitmeenne bihi vein esabetü fitnetün inkalebe alâ vechihi hasired dünya velahirate zalike hüvel husranul mübin.*

HAC 13. *Yed'u lemen darruhü akrabu min nef'ihı lebisel mevla velebisel aşır.*

Yer yüzünde fesat çıkarmak için taassupla dinle israfı tavsiye edenlerin sözlerine kapılmayın.

ŞUARA 151 - 152. *Fettakullahe ve atium vela tutiul emrel müs-rifin. Elezine yufsidune fil arzı ve la yuslihün.*

Dinayet âyetleri birbirine bağliyerek, “yer yüzünü islâh etmeyip bozgunculuk yapan beyinsizlerin emirlerine itaat etmeyin” diye ifade ediyor. Osman Reşit’in dinlerde israf edenlerin emrine itaat etmeyin alayışı bize daha doğru görünür. s. 344. Tefsirler birleştirilirse yer yüzünde dine rağbeti azaltacak ifrat derecede ibadet tavsiye edenlerin sözü dinlenmemesi ilâhî murat olduğuna hükmolunabilir. Lâyiklik bahsine de bak.

148a — *Kefaretler.* Fakirlerin doyurulması, köle azadı, oruç yemesine ve diğer bir hayli günahlara kefarete kabul olunması bir taraftan güçlük yerine kolaylığı, diğer taraftan da büyük bir sosyal menfaati korur. Kişinin oruç tutmamakla manevi bir hazdan mahrumiyet zararı büyük bir menfaat olan fakirlerinin doyurulması ile karşılanır.

149 — F. *Dünya nimetleri.*

Allah insan kalbini şehvet, evlât, altın, gümüş ve hayvan sevgileri ile süsledi, ona nimetler verdi. Fakat, ahiret düşünülmeden (diğerlerinin yüksek menfaati) dünya zevkine dalınması zararlı ve günah olur.

ALİ İMRAN 14. *Züyine linnasi hubbüş şehvati minen nisai vel benine vel kanatiril mükantarati minez zehebi velfiddati vel haylil müsemvemeti vel enami vel harsi zalike metaul haytid dünya Vallahü indehü husnulmeâb.*

Erkek ve kadın arasında iki tarafı da sıkımayan, fizik veya ruhî sıhhati bozmayan, hoş giden (hayırlı) her şekli ile münasebet meşru sayılmıştır.

(Bilhassa) kadınlarla hayız zamanlarında münasebette bulunulması, temizlendikten sonra da Allahın emrettiği yerden (tabî olan ve istirahat vermiyen şekil) münasebette bulunulması emir olmuştur. Allah temiz olanları sever.

BAKARA 222. *Veyeseluneke anilmahidi kul hüve ezen fatezi lün nisae fiilmahidi vela takrabuhünne hattâ yathürne feizâ tetahherna fetuhünne minhaysü emerakümul Allahü İnn Ailahe yuhibbüt tevvabine ve yühübül mütetahhirin.*

Kadınla münasebet bir tarafın sıhhatini tehlikeye düşürmemeli zevkini kaçırmamalıdır, her şekli ile sadist hareketler yasaktır.

Dünya istifadesi (diğerlerine zararından çekinerek kazanılan iç ferahlığı Ahiret nimetlerine nazaran) az bir şeydir. Ahireti unutup bu istifade peşinde koşanlara acıklı azap vardır.

NAHL 117. *Metaun kalîl ve lehum azabün elim.*

Ey nas yer yüzünde mevcut iyi şeyleri yiyin. Şeytana uymayın. O size kötü şeyleri hayâsızlığı telkin eden açık düşmandır, bilmediklerinizi Allahın sözü gibi söyler .

BAKARA 168. *Ya eyyühennasü külu mimma fil ardı halâlen tayyiben vela tettebiu hutuvatiş şeytani innehü leküm adüvvün mübin.*

BAKARA 172. *Ya eyyühellezine âmenü külü min tayyibati ma razaknaküm veşkürü lillahi inkütüm iyyahü tabudun.*

Allahın nimetlerini saymakla bitiremezsiniz.

NAHL 18.

Dünyada ne varsa hepsi sizin içindir.

BAKARA 29. *Hüvellezi halaka leküm mafil ardı cemian...*

Allaha yaklaşmak için çocuklarını öldürenler dünya nimetlerinden kendilerini mahrum ederler. Allaha iftira ederler.

ENAM 140. *Kad hasirallezine katelu evladehüm sefehen biğayri*

*lmin ve harramu marazakahümül Alahüfiftiraen alalahi kaddallu vema-
rânu mühtedin.*

Nefislerine zulüm edenleri korumak için mücadele etme.

*NISA 107. Vela tücadil anillezine yahtanune enfüsehüm inna-
llahe layuhibbu menkâne havvanen esima.*

Nefislerine zulüm edenlerin arkasından yürümeyin, cehennem sizi içine
alıp.

*HUD 114. Veia terkenü illellezine zalemu fetemessekümün naru
vema leküm min dunillahi min evliya'e sümme latunsarun.*

İnsan iyi (iştahayı çeken, sihhate zararlı olmıyan) şeyleri ye-
meli, başkasının malında, varlığında gözü olmamalı, bulduğuna şükret-
melidir.

İnsan bulunduğu kanaat edip başkalarının malı ve kazancı ile
meşgul olmazsa ferahlık duyar. Başkalarna bakarak kıskançlıkla içini
kemiren, diğerinin malında gözü olanlar rahat edemezler. Kanaat tüken-
mez bir hazine olduğu, doymayanın gözünü toprak doyurduğu bir ata
sözüdür.

Dil alışkanlığı ile şu helâl bu haram demeyin.

*NAHL 116. Vela tekulu lima tasifu elsinetükümül kezibe hâzâ
halalun ve hâzâ haramun litefteru alallahil kezibe innellezine yefterune
alallahil kezibe layüflihun.*

Allah dünyayı kendine oyuncak yaratmadı. (b. No. 133).

İlim ve fennin ilerlemesi bu âlemde her şeyin insanın istifadesine
yaradığı, hilkatin gayesi insanların kemale yürüyerek rahat yaşaması ol-
duğu kanaatini kuvvetlendiriyor.

Geçen No. larda bahsedilen ayetlerden çeşitli işkencelerle nefsi âzap
vererek terbiye olan asetizm günah olduğu çıkarılır.

Bentham bu mezhep taraftarları için ya din kitaplarını yanlış anlı-
yanlar, veyahut kendini insan üstü bir varlık hissettirerek mevki ve şö-
ret peşinde koşan budalalardır diyor¹.

150 — Tahlil olunan âyetlere göre dünya nimetlerinden istifade
yakın veya uzak daha büyük bir menfat kaybına sebep olmamak ge-
rekir. Kur'an yeme içme serbestliğini bu bakımdan tahdit etmiştir. Umu-

1) Bentham f. II.

miyetle fizik sıhhate, ahlâkî sağ duyguya zararı olan şeylerin yenmesi haram edildikten sonra hususî olarak insanın âdetlerle, veya tab'an mütemayil olduğu zararlı bazı şeyler yasak edilmiştir.

Hususî olarak yenmesi içilmesi yasak şeyler:

“Domuz eti, başka hayvanın boynuzlayarak, yaralayarak öldürdüğü, fal için öldürülmüş hayvan eti yenmesi, kan içilmesi yasaktır.

Yalnız tebiye ve talim edilmiş hayvanların tuttuğu av etleri helâldir, onlayı yeyin.

BAKARA 173. *İnnemâ harrame aleykümül meytete veddeme velahmel hiziri ve ma ühülle bihi liğayrillahi femeniddurra gayra bağın velâ adın felâ isme aleyhi Inn Allahe ğafurun rahim.*

MAİDE 5. *Yeselüneke mâza ühülle lehüm kul ühülle lekümü tay-yibatü ve ma allemtüm minel cevahihi mükellibine tüallimunehunne mimma ailemekümullahü fekülü mimma emsekne aleyküm vezkürismeAllahi vettekullahe innallahe seriul hisâb.*

NAHL 115.

Kokmuş etlerin neşrettikleri toksinlerin sıhhate zararları artık anlaşılmıştır.

Av hayvanı ölmeden kesilmesi, veyahut terbiye edilmiş hayvanlar tarafından tutulmuş olması şartı ile helâl edilmiştir.

Domuz etinin sıhhî zararları da anlaşılmıştır¹.

Alkol. Şarap. Kumar.

“Sana şarap ve kumarı soracaklar. Bunların günah olduklarını, günahı (zararı) faydasından daha çok olduğunu söyle”.

Şeytan sizi kumara ve alkole teşvik ederek arazını bozmak, birbirinize husumet hisleri yaratmak, vicdan huzurunuzu kaçırmak ister².

NİSA 43. *Yaeyyühellezine âmenu lâtakrabussalata veentüm sü-kara hatta talemu matekulune...*

1) Paris'te çıkan Le Monde gazetesinde **Tıbbın Karışık Muamması** başlığı altında Dr. H. Fiessinger imzası ile şöyle bir yazı görüldü.

Mide kanseri garp memleketleri hastalığıdır... Hindiçinide, tuhaf bir anketten anlaşıldığına göre, hastalık sade çinlilerde görülmekte, müslüman olan Cavahirlilerde görülmemektedir. Müslüman olmıyan Çinliler domuz yağı kullanmaktadırlar. Kanser hayatımız boyunca yavaşyavaş hazırladığımız karışık bir hastalık görünüyor. Le Monde II Eylül 1953 s. 7.

(Söylediğini bilecek kadar da olsa) sarhoşken namaza durmayın.

BAKARA 219. *Yeseüüneke anilhamri velmeysiri kul fihima ismün kebirun ve menafiu linnasi ve ismühüma ekberu min nefihima ve yese-luneke maza yünfikune kul il afve kezalike yübeyyinullahü lekümül âyati lealleküm tetefekkerun.*

MAİDE 92. *İnnema yüridüş şeytanu en yukıa beynekümül ada-vete velbeğdae filhamri vel meysiri veyesuddaküm an zikrillahi ve anis-salati fehel entüm müntehün.*

Şarabın günah sebebi insanı sarhoş etmesidir. İnsanı yaptığını bil-mez hale getirerek cinayetlere sürükliyen, zillate düşüren sarhoşluk se-bebi olan şarap ve her çeşit alkol günahtır. Sarhoş etmiyen meyve su-ları alkolsuz şarap haram değildir.

Şarap ve diğer sarhoş eden şeyler ve kumar zararları faydalarından çok olduğu için yasak edildiğinden hususî bir halde faydaları galip ise istirar hali tahakkuk ederek içilmesi, oynanması günah olmaz. Şu nok-taya işaret etmek lâzım ki, ilkin alınması zararsız görünen alkol verdiği uyuşturucu zevkle, çabuk itiyat edilir de terki çok zor olur, yavaş ya-vaş vücudu kemirir.

Modern kanunlar âlenî olmıyan, kimseyi rahatsız etmiyen sarhoş-luğu ahlâk sahasına bırakmaktadırlar.

MK. sarhoşluğun itiyadını, israf gibi ve aynı şartlarla hacir sebebi kabul etmektedir (MK. 356 No. 51).

Sarhoşken namaza durmayın âyetinden sarhoş etmiyecek mikdar rakı içilebilecek mânası çıkarılamıyacağı gibi, evvelki âyetin münfa-sih olduğu da çıkarılamaz. Nasılsa günah işliyerek sarhoş olan bu vaziyetinde nazama durması ikinci bir günah olur. Ne yptığını bilmıyen kimseye kıldığı namaz ruhi bir haz vermez.

151 — CK. (571) umumî yerlerde rezalete sebep olacak veya aşî-kâr halde sarhoş yakalananları 15 güne kadar hapis, veya 5 liraya ka-dar para cezası ile cezalandırmaktadır. Sarhoş olan başkalarna tecavüz eder, veya srhoşluğu itiyt etmiş ise cezası ağırlaşır (572).

FM. ye göre aşîkâr sarhoşluk kişinin alkol yüzünden doğru muha-keme yapabilme kudreti azalması, normal hareket edememesidir. Bu hal onun görünen halinden anlaşılır. Kişinin doğru ve emin adımlarla yürü-yememesi, kendini zor hallerde koruyamaması, fazla, cesaretle kendini veya başkasını tehlikeye atması, muayene ile kanda fazla alkol tesbiti sarhoşluk karinesidir.

Modern hukukta kumar için b. No. 92.

III

FAYDA PRENSİBİNİN MÜNAKAŞASI

152 — Bir hüküm konurken, karar verilirken sağladığı, teselsül ve inikâs eden bütün menfaat ve hazlar zarar ve istiraplar tartılmazsa bir zümreye veya şahsa karşı sempatik veya antipatik hisler, hırslar hâkim olur, sosyal düzen bozulur, fiili veya sözü ile hislere tesir edebilen taraf dâvayı kazanır.

Fayda prensibi, fayda ne olduğunda ittifak olunamadığı, herkesin hayat felsefesi de aynı olmadığı için itiraza hedef olabilir.

Pratikte aynı hâdise kimine zevk, kimine istirap veriyor. Kimi başkasına iyilikten, kimi nefsi her şeyden mahrum etme pahasına da olsa, para biriktirmeden, ikimi kadından, kimi vahşi hislerden, kimi yüksek müzikten, kimi meyhane havasından, kimi ibadetten, kimi derin tefekkürden, kimi spordan zevk duyar. İktidar ve şöhret peşinde olanlar için iktidarı çoğaltan her şey iyi, onu sarsan her şey kötüdür.

İnandığı din ve mezhebin icabını, milleti feâkete sürüklese de partisinin menfaatını, şecaati her şeye üstün tutarak, çok menfaatları fedaya hazır olanlar vardır.

Hukuk ve ahlâk hangi menfaati esas tutarak tercihan hüküm koyacak? Düello veya kan güdümü ile şerefini koruma isteyen menfaati mi, hayatı her menfaata üstün tutan tarafın menfaati mi öne geçirilecek?

Fayda prensibi manevî menfaatlara ön kıymeti veren Bentham gibi yüksek ahlâk ve fazilet sahibi bir filosofun elinde kıymetli rehberdir. Onun aldığı misaller Kur'ana, Mecellenin kullî kaidelerine uygundur, modern hukuk tatbikatına esas olabilir. Fakat, bu vasıfta olmıyan bir idareci, kanuncu, hâkim elinde fayda prensibi zulmü yapmak için bir beyaz kart olmasından ciddiden korkulur. Geçen asırda fayda prensibinin tatbikatı İngiltere'yi zengin etti, ama halk kitlesi de illallah dedi, prensip iyi anlaşılmağa başlandıktan sonradır ki halk feraha çıktı¹.

Benthamın faydaların hesabında matematik ölçüleridir ki haklı iti-

1) Bentham zekâsı, dehası ile Hukuk Fakültesinde hocalarının dikkatini çekmiş, İngilterenin ilk safta bir avukatı olmağa namzet idi. Babası da meşhur bir zengin avukat idi. O mesleğe başladıktan sonra aldığı bir kaç dâvayı kaybetti, çünkü o zamanında İngiliz adliyesinde başarı sağlıyan yalana dolana, çeşitli entrikalara isyan ediyordu. Babasının ısrarlarına, tehditlerine kulak asmadan mesleği terkederek kendini ilme verdi. Ona göre para zevki manevî menfaat yanında hiç kalırdı. O çok çömertti. Bu gün kaç politikacıda, hâkimde bu yüksek fazilet var?

razlara sebep oluyor. Faydacılık diğer adalet prensipleri ile tamamlanmak şartıyla hukuka sağlam bir esas olur. (b. No. 114).

IV

MENFAAT NE OLDUĞU

153 — Hayır olan her şey menfaattır. Hayır insanı bir ıstıraptan koruyan, ıstırabını dindiren, huzur ve neşe veren, veya vermeğe yarayan her şey, her ıstır. Hayrın karşılığı olan Şer, zevki kaçıran, ıstırap, elem veren her şeydir.

Bir kişinin elemi, veya hazzı teselsül ederek kendisine veya inikâs ile diğerine yeni bir elem veya haz verebilir. Birinin ölümünden onu sevenler kederlenir, mirasına konanlar, zahmetinden kurtulanlar sevinir. Birinin iflâsı, yardımından mahrum kalanları üzer, rakiplerini sevindirir.

Bir haz veya elem devamına, hissedenin cinsiyetine, terbiye ve tahsiline, sosyal mevkiine, kanaatına muhitine göre az veya çok şiddetli olur. Bir kaç saat süren elem de, yıllarca süren ancak bir reaksiyonla zail olan şiddetli ıstırap da vardır. Bütün bu menfaatleri nasıl ölçmeli?

Bir fiil hakkında hüküm verilirken doğrudan doğruya veya inikâs ve teselsül suretiyle sebep olabileceği elem ve hazlar toplanıp şiddetlerine göre kıymetlendirilerek karşılaştırılır. Kur'ânda kişinin *günah ve sevapları toplanarak tartılıp* akibeti tayin edileceği yazılıdır.

MÜMİNUN 102. Femen sekulet mevazinühu feülaikahümümül-müf-lahun.

MÜMİNUN 103. Vemen haffet mevazinühu feülaikellezine hasirü enfüsehüm fi cehenneme halidun.

Bir haz veya zararın şiddetini ölçecek hassas terazi bulunamazsa da tecrübelerle ortalama bazı esaslar bulunabilir. Dahilerin formüle ettikleri, aklın kabulde tereddüt etmediği esaslar tatminkâr neticeler verir. Gelen No. lara bak.

154 — *Mecellede Menfaat.* Mecelle büyük İslâm âlimi İbni Nüceym'in formüle ettiği menfaat ölçüsüne esas bazı prensipleri maddelerle tesbit etti. Bu kaideler makulatın ifadesi olarak Modern hukukta da muteberdir.

Ana prensip kimsenin kimseye zarar vermemesi, karşılaşılan zararlardan ehveni göze alınarak büyüğü önlenmesi, izale edilmesidir, MK. da hüsnüniyet kâidesine tekabül eder.

“Zarar izale olunur” (20).

“Zarar ve mukabele bizzarar yoktur.” (19).

Kişinin mubah olan bir işi işlemesinin cevazı hiç bir kimseye eza ve cefa vukuu bulmaması ile meşruttur.”¹.

Binaenaleyh, kişinin himayeye değer bir menfaati yokken diğerine zararlı bir şey yapmaması kaidedir. Kişi uğradığı bir zaraar karşılık da diğerine zarar veremez. Mağdur zararını telâfiye yaramıyan bir mukabil tecavüzedn kaçınarak mütecavizine zararını tamir imkânları bırakması daha hayırlı olur. Karşılıklı zararlar teselsül ederek her iki tarafın da huzurunu büsbütün kaçıır.

“Zararı eşet zarar: ahaf ile izale olunur” (27).

Diğer bir ifade ile,

“Ehveni şerriyen ihtiyar olunur” (29).

155 — Menfaat ölçüsünde Mecellede yazılı ve modern hukukta muteber bazı esaslar :

“İki fesat taaruz ettikte ehveni irtikâb olunarak azamının çaresine bakılır” (28).

Faile de, mağduruna da atfolunacak bir kusur olmadan hâdis olan zarar tahammülü daha kolay olan zarar ihtiyar edilmek suretiyle çönlendir. Diğerinin zararını ihtiyar olunarak menfaati korunan da istifadesi nisbetinde ona tazminat verir”. “İstırar gayrın hakkını iptal etmez” (33).

Karşılaşan zararlar müsavi ise hukuk müdahale etmez, herkes mukadderatına razı olur.

“Zarar bikadılmikân (aşağı derece olan meşru menfaatlar mümkün olduğu kadar korunarak) defî olunur.” (31).

Daha büyük bir zarar önlemek için işlenen fiil çaresiz vaziyette günah olmaz. “Zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar” (21), fakat, bütün “zaruretler kendi mikdancı takdir olunur” (22).

Kimse tahammül edebileceği bir zarara katlanmamak için diğerinin haklarına tecavüz edemez.

“Bir özür için caiz olan şey ol özürün zevali ile batıl olur (23).

“Mani zail oldukta memnu avdet eder” (24). Bir haktan istifade bir sebeble tahdit olunmuş ise sebep zail olursa istifadeye devam olunabilir.

1) Ali Haydar s. 126.

“Hiç bir zarar kendi misli ile izale olunamaz” (25).

“Zararı âmmı defî (âmmeyi bir zarardan korumak) için zararı has ihtiyar olunur” (26). Çünkü, umumî olan bir zarar şümul itibariyle hususî olan hesabı kabil zarardan üstündür.

İlerde haksız fiil mesuliyetinde zaruretin ilcası ile ika olunan fiillerin akibeti incelenecektir.

“Def’i mefasit celbi menafiden evlâdır”. (30).

Bir kimsenin ıstırabını önleme, dindirme diğerlerine haz sağlanmasından üstündür. Bentham diyor, insan hayal ettiğini elde edemezse üzülmez.

İnsanın haaylleri daima tahakkuk eder mi? Ayet Necm 24 b. No. 15.

Oysa elindeki çok az kıymetli bir şeyini kaybeden fazlasıyla üzülür.

Bentham bir toplumda temenni edilen bir menfaat sağlanmadı diye isyan çıkmaz, ama az da olsa mallar sahiplerinden alınırsa hoşnutsuzluklar, reaksiyonlar başlar, bir kötülük iyilikten daha çabuk başkalarına örnek olarak yayılır, diyor.

Binaenaleyh, “Mani ile muktazi taaruz ettikte mani takdîm olunur” (46).

Üzücü bir netice verdiği için kaçınılmak gereken şey mani, yeni bir menfaat sağlıyan şey ise muktazidir: Mani’ye ön verilerek muktazi yapılmamak suretiyle, hakların mahfuzluğu olan statik emniyet, işlerde inkişaf olan dinamik emniyetin üstünde bulunur.

Elemnden kaçınmanın menfaat celbine üstün olması sadece şüpheli hallerde kabul olunur. Muktaziye ön verilmesini gerektiren haller bulunabilir: Bir hakkın kullanılmasının temin edeceği menfaat açıkça içtinap mecburiyetinden doğacak zarara üstün olursa muktazi tercih olunur. Ezcümle:

a) “Cevazi şer’i zamana münafi olur” (91).

Kişi diğerinin zararına mani olabilecek elinde olan tedbirleri alarak hakkını kullanabilir. Yalnız bu tedbirleri ihmal ederek hakkını kullanması meşru olmaz.

b) “İptidaen tecvîz olunmıyan şey bakaen tecvîz olunabilir”. (55). Çünkü, alışılmış vaziyetlere nisbeten kolay tahammül olunur.

“Baka iptidadan esheldir” (56). Bir şeye dokanmamak baştan yapmaktan daha kolaydır. Maahaza, her emri vaki meşru kabul edilerek, mahfuz tutulamaz. Hâkim bir vaziyeti halile bırakmağa mecbur değil, daha büyük bir menfaati korumak için hali ile bırakmağa selâ-

hiyetlidir. Bir vaziyet, refindeki fayda ipkasındaki zarardan hissölunür derece üstün değilse muhafaza edilmelidir. Vaziyetleri muhafaza işlerde inkişafı sağliyan emniyet ve kararlık prensibidir.

“Kadim kâdemi üzre terkölunür (6), fakat hiç bir “zarar kadim olamaz” (7).

156 — MK. un bazı hükümleri bakanın iptidadan kolay olması ile izah edilir. FM. bir kararında bir formaliteye riayetsizlik sebebiyle butlan iddiasını, akit tarafların isteklerine uygun olarak icra edilmiş ise, sclâhiyetin suiistimali sayarak kabul etmemiştir (b. ilerde No. 191).

CK. evlenmeleri yasak olanları bilerek, veya kanunî usullere riayet etmiyerek evlendiren memuru, onların evlenmelerine izin vermiş olan veli, vasiyi, evlenme akdi şahitlerini cezalandırmıştır, (CK. 237). Fakat, MK. memur önünde icra olunan usulsüz bir evlenmenin iptaline müsaade etmemiştir. (123). Usulsüz bir evlenmenin iptali kimseye üstün bir menfaat sağlamaz.

157 — Âmme menfaatinin üstünlüğü meselesi.

Âmme menfaati (âmme yaran) mefhumu tatbikatta suiistimal edilmektedir. Bentham, bu müphem mefhum yüzünden otoritenin hışmına uğramış, seslerini duyuramamış zavallılaar acıyor¹.

Demogue neslimiz şöhret düşkününü budala eski devir kıralları umumî menfaati hesaplanmada ne kadar yanıldıklarını anlıyor, gelecekler de bizimkilerini anlıyacaktırdiyor².

Grup insanların nice menfaatları birbirine zıttır. Müstehliklerin menfaati müstahsillerin, işçilerin menfaati patronların menfaati olamaz. Vakıa, sosyal tesanüt tabii kanunu ile bir grubun menfaati diğer gruplara aksederek neticede umumileşir, fakat çok kere bu inikâs zamanla olur. Bir grubun menfaatına hüküm koyanlar uzak atiyi göremezler, günlük menfaat peşindedirler.

Nice meselelerle halk efkân ayrıldığı için, ister istemez âmme menfaati ekseriyetin fikirleri olur. Hakikatte, halkın bilerek istediği şey tanıdıkları şahısların iktidara gelmesidir. Âmme menfaati maskesi altında müsbet menfaatlar ekseriyetin bile değil, idare edenlerin fikirlerine kurban olmaktadır.

Âmme menfaati mutlak bir mefhum olamaz. Muayyen bir hâdisede ferdin hususî menfaati âmme menfaatına tercihan korunması adalet de, âmmenin hakikî menfaatına da uygun olabilir. Her hâdisede ferdin

1) Bentham F. XV s. 257.

2) Demogue s. 170.

hakkı çığnemesinin âmmeye sağladığı menfaat ile bu halin inikâs veya teselsül ederek sebep olacağı ferdi veya sosyal zararlar tartılmalıdır.

Hususî menfaata üstün olan, istisnasız herkes için müşterek bir menfaat olabilir. Bir grup kimselerin menfaati için kıskançlıkla, konmuş bir hüküm âmme menfaati kabul olunamaz. Bir sosyal camianın bekasını, yaşayanların mal ve canını koruyan, sari hastalıklarla, açlıkla sefaletle mücadele eden hükümler âmme menfaatıdır, ferdin hususî menfaatına takaddüm eder. Fakat âmme yararı mefhumu abstreet, mutlak bir mefhum olamaz, muayyen bir hâdisede şartlar itibarile ferdin hususî menfaati üstün olabilir. Her hâdisede alınacak tetbir zikrolunan gayeler bakımından âmmeye üstün menfaat sağlamalıdır¹.

Fransız DŞ. nin kararından bir misâl :

Fransada bir kanun frengi sirayetini önlemek için — ki bu önlemede âmme menfaati açıktır — başlıca frengi arazi bulunan, veya diğerine bu hastalığı sirayet ettirmiş olmasından şüphe edilen kişiyi muayeneye sevk için polise selâhiyet vermiştir. Polis bu selâhiyeti ile X. i muayeneye sevketti. Fakat, hususî şartlara göre bu muayene faydasızdı. X. in, ciddi bir lüzum olmadan haya duygusu zedelendiği için devletten istediği 20 000 F. (400 lira kadar) tazminat kabul olundu².

Mecellenin “zararı âmmı deñi için zararı has ihtiyar olunur” (26). kaidesi, “zararı eşed zararı ahaf ile izale olunur.” (27), “bir zarar kendi misli ile izale olunamaz” (25) kaideleri ile tamamlanır. Bir ferdin zararına âmme tasarrufu hukukî olmak için ya ferdin bu tasarruf yüzünden uğradığı zarar tazmin olunmak (istimlâk), veya onun zararı âmme tasarrufundan elde edeceği menfaatla takas olmak gerekir. Yoksa, âmme menfaati diye kimseye bir angarye verilemez (Anayasa 42).

MK. nun büyük çoklukta hükümleri karşılaşan maddî veya manevî menfaatların tartısına dayanır.

FM. şahsiyet haklarının hududunu tayin için karşılaşan menfaatların trtmakta, sosyal menfaatla ferdin şahsî menfaati karşılaşması halini mahfuz tutmamaktadır. Âmme menfaati diye ferdi mahvedecek bir karar veya tedbir alınamaz.

Bir yasağın, bir cezanın âmme için sağladığı menfaat da suçlunun şahsına ve teselsül ve inikas suretiyle diğerlerine sebep olacağı zarara üstün olmalıdır. Bir kanun bir ceza halka huzur ve emniyet sağladığı nisbette faydalı olur.

1) Egger m. 27 Şerhi s. 234.

2) Fr. DŞ 5 Temmuz 1957 S. 1958, 188.

Çok sayıda kimselerin zarar önlenmek için tercihan tek kişinin zarar göze alınması tabii sayılır.

Üstün sosyal bir menfaati koruma zaruretiyle kusuru olmıyan kişi hakkında da emniyet tedbirleri alınabilir. Fakat, bir tehlikeyi önleme tedbiri de ferdin daha büyük zararına sebep olmamalıdır. Bir deli suç işlerse cezalandırılmaz, bir emniyet tedbiri olarak enterne edilir. Fakat serbest kalmasında gerek şahsı, gerek diğerleri için tehlike yoksa veya kalmamışsa serbest bırakılır.

Mecelle âmmeye menfaati için değil, zararı âmmi ferdi için zararı hasm ihtiyarını kaide kabul ediyor, binaenaleyh, sırf âmmeye menfaat celbi için ferdin üstün menfaatına tecavüz edilemez. Âmmenin üstün menfaati iktiza ederse genişçe tazmin olunmak şartıyla ferdin hakkı feda edilebilir.

İ K İ N C İ F A S İ L

VAAD VE TAAHHÜTLER

158 — Adalet kişinin her vaadini ifa etmesini, her sözünde durmasını icap ettirmez. Bir kimsenin diğerinin nezaketen hafiflikle, düşünmeden ağızından çıkan sözden, karşılığını vermemişken faydalanması haksızdır. Mütemediyen değişen bu dünyada kişinin uzak atı menfaatlarını iyi hesaplayamaması ihtimali çoktur. Adalet yalnız verilen sözdeğerinde ciddi bir umut uyandırdıktan sonra mühim bir sebep olmadan geri dönülememesini gerektirir. Bir vaad, vaad alanın itimadını haklı gösteren bir sebep olmadıkça kat'i olamaz. Muhatab yalnız şekli ve ciddiyeti ile ümit uyandıran bir vaade güvenebilir. Kanun bu güveni vermezse işler inkişaf edemez.

Taahhütlerinize sadık kalın.

MAİDE 1. *Ya eyyühellezine âmenu evfu bilukudi...*

Ahidlerine vefa edenleri, kötülükten sakınanları Allah sever.

ALİ İMRAN 76. *Belâ men evfa biahdihi vetteka fein Allahe yühibbul müttekin.*

Kur'âna göre kişi müşekkel (yemin altında) sözünü infaza mecburdur.

Ahdine vefasızlık eden kişi onun üzerine hesap ederek işini ayarlamış olan muhatabı aldatarak, zarara maruz bırakacağı için kusurludur.

Kimse yapamıyacağı bir şeyi vaad etmemelidir, fakat karşılığı alınmamış bir vâade vefa mecburiyeti meseledir.

Allahı şahit tutarak (yemin ile tekit ederek) verdiğiniz sözden dönme-
yin. Yemini muhatabı aldatmak için bir vasıta yapmayın.

*NAHL 91. Ve evfu biahdillahi izaâhettüm velâ tenkudul eymane
bade tevkidihâ vekad cealtümullahe aleyküm kefilen innallahe yalemü
matetalun.*

*NAHL 94. Vela tettehizu eymaneküm dahalen beyneküm fete-
zille kademün bade sübutihâ vetezukussue bima sadettüm ansebilillahi
veleküm azabün azim.*

Yemin altında şekilli olarak bir şey vaad eden muhatabını sözünü tutacağına inandırarak, işlerini ona göre ayarlamaya sevkettiği için mü-
him sebepler hadis olmadıkça vaadini infaza mecbur olur. Fakat vaadi
alanın ciddî olmıyan sözlere kıymet vererek vaadedenden zorla vaad mev-
zuu şeyi olması âdil olamaz. Biri söz vererek ötekini ümide düşürmeme-
li idi, âmma öteki de havadan verilmiş, ulu orta söylemiş bir söze güven-
memeli idi.

Bir yemin tekit edilmiş, yani bazı şartlara tâbi tutulmak, veyahut et-
raflı düşündükten sonra sebepleri tartılarak Elmalının ifadesile “sağlam
sağlam”¹ yapılmış ise ciddiyeti üzerine hesabı haklı, infazı zaruri olur.

Muhatabını yemi nile aldatmamış olanın mesuliyetine sebep yoktur¹.

Kişi üstün bir menfaati korumak için de yemininden dönebilir. Ez-
cümle, insan iyi kalple yaptığı bir iş yüzünden uğradığı haksız muamele-
den camiayı mesul tutarak ümitsizlik içinde artık hayırlı işler yapmamak
için ettiği yeminle kendini bağlı tutmamalı, içindeki iyilik hissini öldü-
rerek manevî haz kaynağını kurutmamalıdır.

Başkalarına iyilik, barışmalarına aracılık etmemek için ettiğiniz yemin-
le bağlı değilsiniz.

*BAKARA 224. Velâ tec'alullahe urdaten lieymaniküm en teberru
ve tetteku ve tuslihu beynennasi vallahü semiuñ alim.*

Hayırsevenler yakınlarına fakirlere muhacirlere (nankörlük ettikleri için)
yardım etmemeğe yemin etmesinler. Onların kusurlarını affetsinler müsamaha
etsinler.

Allah sizi hataya düşürerek şartları iyi bilmeden bir şeyi yapmak, veya yap-

1) Elmalı s. 3121.

2) Tibyan s. 143.

mamak için ettiğiniz yemine sadakatsızlıktan mesul etmez, başkalarını aldatan kötü kalplerden mesul eder.

BAKARA 225. *Layühîzükümü Alahü billagvi fi eymaniküm velâkin yühîzüküm bima kesebet kulubüküm valahü ğafurun halim.*

MAİDE 90.

Kişi karşılığını almadığı bir taahhüdünü, yemin ile tekit etmiş olsa bile, infazı kendisini nispeten büyük bir menfaat mahrumiyetine maruz bırakacaksa bozabilir.

İnsan mânasız yemini bozmasından değil, yemin ile muhatabına verdiği kanaattan, maksat ve niyetinden mesuldur.

Allah sizi bozduğunuz yeminden değil, lâkin aktettiğiniz (diğerlerinin üstün menfaatlarını istihdaf eden, karşılığını aldığınız) yeminlerinizi bozmanızdan muhafaza eder.

Allah sizi düşünmeden ettiğiniz yeminden değil yemin altında kalplerinizin kazandıklarından sorumlu tutar”³.

İnfaz edilmemesi muhatabı bir zarara maruz bırakmıyacak, sebati ise yemin edene nisbeten fazla zarar verecek bir yemin lagıv sayılır. Faydasız, lagıv olan bir yemine riayet edilmemesi günah olmaz. Günah veya sevap olan, yapılmasına veya yapılmamasına yemin edilen tasavvurlardır. Bir şeyin yapılması ona yemin edilmiş olduğu için sevap olmaz, bir günahı yemin ettiği için işliyen nisbeten büyük ve muhterem menfaat kaybına sebep olarak ikinci bir günah işler. Ahlâka aykırı maksadı istihdaf eden (lagıv) vaadlerin iptali prensiptir⁴.

159 — BK. Kur’ânın ruhuna uygun olarak, kişinin müşekkel tarzda bağışlama vaadlerini muteber tutmuş (238), şekilsiz bol keseden vaadlerini muteber tutmamış, müşekkel surette olsa bile, nisbeten büyük bir menfaat kaybına sebep olacak bağış vaadlerinin infazını mecburi addetmemiştir.

Kişi, bağış taahhüdünü lehdarının bağışın gayesi ile telif edilemeyen hareketi sebebiyle iptal edebilir.

Bir mal bağışlayan, bağışlanan teşekkür edecek yerde, kendine veya bir yakınına karşı ağır bir suç işler, hattâ hukukî vazifelerini ağırca ihmal eder, veya bağışın tâbi tutulduğu şartları ifa etmezse bağışladığı şeyleri geri alabilir (244), o mali vaziyeti sarsılarak, veya aile yükü çoğalarak taahhüt ettiği şeye artık kendisi muhtaç kalması halinde de verdiklerini geri alamazsa da, taahhüdü ile de bağlı olmaz (BK. 245).

3) Diyanet s. 159.

4) Bentham 332.

Bağışlamayı iptale hak veren ağır suç, ceza kanunu bakımından ağır olan değil, bağışlayanın hislerini ağırca yaralayan her hangi bir tecavüzdür¹.

Bağışlayan, bağışlanan meşru müdafaa halinde işlediği fiilden ötürü bağışından rücu edemez. Hiddet esnasında kasti olmaksızın işlenmiş, af dilenmiş neticeleri tamire çalışılmış suçlar ağır sayılmaz. Bağışlayanın yakınlarına karşı bağış alanın suç işlemesi de rücu sebebi olabilir. Yakın, hısımlık veya devamlı bir sebeple aralarında samimî dostluk teessüs etmiş olup vaki tecavüzünden bağışlıyanın ıstırap duyduğu kimsedir.

Bağışlananın bağışlayana karşı vazifeleri evlâdın babaya, eşlerin birbirine hürmet ve muzaharet borçlarını da içine alır. Koca zina eden eşine bağışını iptal edebilir².

Bağış, bağışlıyan borçlarını ödemedен âciz kalması halinde de bir alacaklısının talebiyle iptal olunur (BK. 245 İİK. 278).

160 — Mecelle “*teberru (bağış) kâbiz (teslim) ile tamam olur*” (57), kaidesini koymuş, fakat, şarta talik edilen bir bağışın ifasını mecburu addetmişti: “*Vaadler suveri taliki iktisa ile lâzım olur*”, (84), “*Şartın subutu hâlinde ona muallak olan şeyin de subutu lâzım olur*” (82). “*Şarta bikadırilmkân müraat olunmak lâzımdır*” (83). Bir vaadin talik olunduğu şartları ifa için tedbir alan, işini tanzim eden vaat yerine getirilmezse tahminlerinde fazlasiyle aldatılmış olur. Vaadin şarta talik edilmesi ciddi olduğu hissini verir.

BK. olsun, Mecelle olsun, diğerinden bir bağış vaadi alan kişinin bir taraftan intizarında aldanarak kederlenmemesini, diğer taraftan da vaadi yapanın düşüncesizliği yüzünden büyük zarara, üzüntüye düşmesini önlemek istemektedir.

Ü Ç Ü N C Ü F A S I L

TEVBE VE AF

161 — Üst menfaat prensibi, suçlunun bazı şartlarla tevbesi kabul edilerek cezası tamamen veya kısmen affedilmesini iktiza eder.

Tecrübeler gösteriyorki cezalandırılan suçlu cezaya alışmakta, ceza onun atiyen dürüst hareketini garanti etmemektedir. Tiynetinde suç temayülü olanlar hapisshane hayatında arkadaşlarından aldıkları öğüt-

1) Seheneider. m. 249 no. 10.

2) Seheneider. M. 249. No. 19.

lerle, telkinlerle daha da tehlikeli oluyorlar. Suçlu cezalandırılmaktansa ciddi görünen tevbesi kabul edilerek suçun neticelerini tamire teşvik edilmesi daha hayırlı görünüyor.

Kur'ânda tevbenin kabulüne dair âyetler ve şartlar.

Gizli kabahatlerini hatırlıyarak pişman olup tekrarlamıyacaklarına ciddi söz verenlerin af dileklerini kabul ederim. Benim merhametim boldur, affediyim.

BAKARA 160. *İllelezine tabu ve eslahu ve beyyenu feûlaike etubü aleyhim ve enettabürrahim.*

Makbul olan, kişinin bir günahı işledikten sonra, neticelerini ve şümülünü anlar anlamaz ara vermeden ettiği tövbedir.

NİSA 17. *İnnemettevbetü alellahi lillezine yamelune suibicehaletin sümme yetubune min karip...*

Bir günahı işlemesini itiyat edenlerin (mükerrerler) ölüm döşeginde tevbe-leri makbul olmaz.

NİSA 18. *Ve leysetittevbetü lillezine yamelunes seyyiati hattâ izehaze chadehümül mevtü kale inni teübtül ane vellezine yemmutune...*

Bilmiyerek işledikleri günah-
tan nedametle tevbe edip hallerini islâh edenleri Allah affeder.

NAHL 119. *Sümme inne rabbeke lillezine amilüssue bicehaletin sümme tabu min badi zalike veslahu inne rabbeke min bahida...*

Bazı müfessirler bir günahı teselsül ve inikâs eden neticelerini bilmiyerek işliyenlerin tevbesi makbul olduğuna kanidirler¹.

Bazı müfessirler ise fail hayatta oldukça bilerek de işlediği günah-
tan tevbesini makbul sayarlar.

Bir günah mağdurunun faili affederek halini islahı çalışmasını Allah karşılıksız bırakmaz.

ŞURA 40. *Ve cezaü seyyietin seyyietü mislüha femen afa ve eslah feeceruhu alellahi....*

Suç mağduru faili, tevbesini kabul edip affetmekle kendisine iç ferahlığı sağlar, onun minnetini, muhtemel fedakârlığını da kazanır.

Ayetler, icabında pişmanlık hissini açığa vuran suçluya hâkimin hal ve vaziyet itibarile hareketi ne kadar çirkin olduğunu hatırlatarak taktir ile iktifa edebilmesini (Tebihî adlı CK. 26) de iktiza eder.

1) Tibyan s. 285.

Failin tevbesi cezayı atlatmak için bir komedi olmamalı, neticeleri tamire çalışılmalı, ciddiyeti ve samimiyeti şüphe götürmemeli, nasuh olmalıdır.

TAHRİM 8. *Ya eyyühellezine âmenu tubu illallahî tevbeten nasuhan asa rabbüküm en yükerfira anküm seyyiâtiküm...*

Size azap gelmezden evvel tevbe ediniz.

ZÜMER 54. *Ve enibu ila rabbiküm ve eslimu lehü minkabli en-yetiye-kümü-lazabü sümme la tunsarun.*

Suçlu son halas çaresi olarak işlediği suçun cezasından kurtulmak için değil, onun kötülüğünü anlıyarak duyduğu iç ıstırapından kurtulmak için tövbe etmelidir.

İsviçrede aklol alanların araba kullanmaları, sarhoş olmasalar bile cezalandırılmıştır. 70 lik bir ihtiyar sarhoş halde araba kullandı, o yavaş yürümüş, bir kazaya da sebep olmamıştı. Büyük meclis onu alkol alarak araba kullandığı için cezalandırdı. Onun af dileği alkolü itiyat ettiği nazara alınarak samimi görülmedi. Mucip sebep olarak, tecrübelerin alkolle alışanların tevbeleri ahlâkî bakımdan itimat uyandırmadığı, samimi olmadığı beyan olundu. Bir suçu itiyat eden mükerrirlerin tevbeleri kolay kabul edilemezdi¹. FM. diğer bir kararı b. No. 52 Not.

Fail hareketi ile hale uygun tarziye vermiş, veya verme imkânları aramış iç azabından kurtulmak için kendiliğinden verdiği sadakalarla, yaptığı hayratla, ödediği tazminatla fiilinden dişe dokunur ıstırap duymuş olmadıkça tevbesi samimî sayılmamalıdır.

Sebepten olduğu zararı tazmine çalışan, tarziye vererek af dileyen faili mağdurun affetmesi sevap, şahsı için neşe kaynağı olur, af talebini reddetmesi ise ıstırapını uzatır.

Bir sosyal muhitte cezasını çekmiş tevbe etmiş suçluya karşı kötü hislerin devam ettirilmesi onun dürüst kazanç imkânlarını azaltır. Sosyal muhite faydalı olmasına engel olur.

Faili meçhul diye dosyası muameleden kaldırılmış bir cinayet faili tevbe ederek kusurunun neticelerini tamire çalışmışken bazı mahrem beyanlarını esas tutarak cezalandırılmada sosyal bakımdan sanıldığı kadar büyük fayda olmaz.

Kısaca af cezanın önleyici rolünü tamamlar.

162 — Modern kanunlar, umumî olarak, suç failinin tevbesini mesuliyetini kaldıran veya hafifleten bir sebep saymamakta, fakat, muayyen bazı hallerde cezasını hafifleten bir sebep kabul etmektedir.

1) JdT 1960, 448. FM. diğer bir kararı b. No. 52 Not.

CK. failin bir suçu işlemeye başladıktan sonra tamamlamasına mani yokken duyduğu korku, veya vicdan azabı ile tamamlamadan vazgeçmesini (nakıs teşebbüs) cezadan muafiyet sebebi kabul etmiştir. b. No. 35. Teşebbüs ettiği suçtan vazgeçen fail kastettiği değil, tamam olmuş fiilin neticelerinden mesul olur (CK. 61). Her suç failinin tevbesi takdiri olarak cezasını hafifleten bir sebep olabilir.

CK. 6 aya kadar hapis cezasını müstelzim bir suç işlemiş tevbekâr failin yeni bir suç işlemesine kadar cezasının tecilini (89), bir aydan fazla hapis cezasını istilzam etmiyen suç faili ceza yerine hâkim tarafından alenen takdir edilmesini (26), mahkûmun bir mikdar hapis yatıktan sonra bazı şartlarla tahliye edilmesini (16) kabul etmektedir.

Yalan şahadet edenin şahadet ettiği işte hüküm verilmeden doğruyu açıklaması cezadan muafiyet sebebi olur (CK. 289).

İftira eden de vaktinde hakikati beyan ederse cezası hafifler (285).

D Ö R D Ü N C Ü F A S I L

İLERİKİ MENFAATLER

163 — İnsanlar gelecekte bazı menfaatlar ümit ederek halen tasarrufta bulunuyorlar: İhtiyarlık zamanlarında geçimleri, bakımları için çeşitli sigorta mukaveleleri yapıyorlar, doğacak çocukları için mal iktisap ediyorlar, uzun müddetli âkitler yapıyorlar, muhtaçlara yardım için ölmez vakıf tesis ediyorlar.

İlerisi düşünülerek kurulmuş hak ve borç doğuran münasebetler nesilden nesile intikal ederek yıllarca değişmez halde kalacak mı?

Kişinin kendi veya başkalarının uzun vâdeli menfaatleri için halen fedakârlığı ahlâkî faziletin yüksek derecesidir, fakat, zamanla hesaplan çok yanlış çıkabilir. Kimse zamanın ne getireceğini, ileriki şartlar ne olacağını tamamı tamamına kestiremez, kişinin hayırlı sandığı bir teşebbüs maksadına uymıyan neticeler verebilir, şer olabilir. (Kur'ân, İsrâ 11 b, No. 14). Vaktiyle yüksek hislerle yapılmış, fakat şartlar değişerek faydasız kalmış bir vakfa nesli hazırlan bakım mecburiyeti zor kabul olunur. Vakıf eden yaşasaydı değişen ahval karşısında şartları değiştirir, lüzumsuz israfı önlerdi.

Kişinin yakınlarına veya umuma atıyen faydalı olacağı kanaatiyle yaptığı bir tasarrufun korunması prensip kalacaktır, çünkü, ahlâkidir, şahsına verdiği iç ferahlığı ile yaşama zevkini arttırır. Hayatı zarurette

olmıyan insanı çalışmaya sevk eden âmil kendinden sonrakilere faydalı olma hissidir.

Atı menfaatleri koruyan tasarruflar, vakıflar caiz olmazsa mallar israf edilir. Yalnız, zamanla şartlar değişerek artık faydasız kalmış bir tasarrufu idame mcbueriyeti milli servetin israfı olacağı için israfı yasak eden âyetler hükmüne aykırı olur b. No. 93.

↳ Bir tasarruf şartlar değişerek karşılıklı menfaatler arasında taadül kayıp olunca gözden geçirilerek icabında tadil veya iptal edilmelidir. Zamanal şartlar değişirse hükümler de değişebilir. (Mec. 39).

İleriki menfaatleri gözönünde tutan akitler, a) sürekli akitler, b) vakıflar, c) vasiyet olarak üç grupta toplanabilir. Gelen No. lara bakınız.

I

SÜREKLİ AKİTLER

164 — Karşılıklı menfaatları tartarak üstün olanı tercih prensibi, devam müddeti belli olmıyan cemiyet, kira, hizmet, şirket ve diğer sürekli akitlerin muayyen bir zaman evvel ihbar şartı ile, müddetleri belli devamlı münasebet doğuran akitlerin de haklı bir sebep hâdis olursa müddetin sonu beklenmeden fesih olunabilmesini iktiza eder.

Bir cemiyete, bir şirkete giren, bir mal kiralayan birini hizmetine alan, diğerinin hizmetine giren hesapsız, düşüncesiz kararı yüzünden hat aşırı zarara uğramamalıdır.

a) Kira müddetinde kiracı iflâs etmesi, vazifesi başka yere naklolunması gibi akit sırasında tahmin etmediği bir sebeple kiraladığı yerden istifade edemez, veya mal sahibi tahmin etmediği bir sebeple açıkta kalarak kiraladığı yere muhtaç kalır, kiracı saygısızlığı aşırı dereceye çıkararak aynı evde oturanları rahatsız eder, velhalsıl kira akdinin devamı bir taraf için çekilmez hale gelirse o taraf kirayı feshedebilir. Kirayı haklı bir sebeple fesheden taraf diğer tarafa tazminat öder. (BK. 264). Kira bir yıl veya uzun müddetli ise en az tazminat 6 aylık kira bedelidir. Böylece, menfaatlar arası teadül sağlanır. Kusuru ile kira aktini çekilmez hale getiren taraf daha geniş tazminata da mahkûm edilebilir.

b) Bir cemiyetin her âzası altı ay evvel haber vermek şartı ile her vakit cemiyetten çıkabilir (63).

Cemiyet borçlarını ödeyemez hale düşer, veya idare heyetini nizamnamesine göre teşkil kabil olmazsa kendiliğinden münfesihi olur (70).

165 — *İş aktinin feshi*. Sürekli bir iş akdini taraflardan her biri feshedebilir. Patronun işçisine günü güne izin vermesi onun bir zaman işsiz kalarak maiyet sıkıntısına düşmesine, işçinin ansızın işi bırakması da patronun büyük zararlarına sebep olabileceğinden, İŞ K. belli müddeti olmıyan iş aktinin feshi için işin devam suresine göre değişen ihbar müddetleri tesbit etmiş, bu müddetlere riayet etmeden akdi fesheden tarafı o müddetlere ait ücretten başka, miktarı hâkim tarafından takdir edilecek bir tazminat dahi ödemekle mükellef tutmuştur. (İŞ. K. 13).

İhbar müddetine riayet etmeden işi bırakan işçi, patronun işi mecburî tatil etmesi sebebiyle uğradığı zarardan mesul olması tabiidir, fakat ihbar müddetlerine riayet etmeden işçisine izin veren patronun ihbar müddetine ait ücrete ilâveten ödemesi gereken tazminat hangi zararları karşılar?

Yargıtay bazı kararlarında işçinin iş buluncaya kadar ücretini tazminat olarak istemek hakkı olduğunu, diğer bazı kararlarında ise sadece iş akdini fesih için muayyen müddete ait ücreti alabileceğini kabul etmekte idi.

Yargıtay 24.6.1959 içtihatları birleştirme kararı ile bu son görüşü doğru buldu, tazminat olarak işçinin yeniden işe alınması isteği kabul edilemeyeceğini de tasrih etti¹.

Devlet Şûrasının usulsüz azledilen memurları memuriyetlerine iade içtihadı idarenin kanuna uymayan kararlarını iptal selâhiyetine istinat eder, hususî hukuk münasebetlerinde tatbik olunamaz².

BK. göre iş akti haklı bir sebep hadis olursa muayyen müddetten evvel ihbara hacet olmadan tazminatsız feshedilebilir.

İŞ. K. izin verilen işçiye, ahlâka aykırı hareketi sebebiyle izin verilmesi müstesna, ihbar müddetine ait ücret tazminatına ilâveten beher iş yılı için 15 günlük ücret tutarı kıdem tazminat hakkı da kabul etmektedir, (15-16).

İşçinin bir haftadan fazla çalışmasına mani mücbir bir sebep hadis olması ihbarsız iş aktini feshe hak verir. İhbarsız iş akdini feshe salâhiyet veren mücbir sebep ne olabilir? Onu kim takdir edecektir?

Mesele Fransa'da kurcalandı: Bir fabrikatör kriz sebebi ile iş hacmini daraltarak bazı işçilerini çıkarmıştı. Bunlardan biri yerinde bırakılanlardan işe daha ehil, aile yükü daha ağır, kıdemi daha çok olduğu için patronun tercihan kendine izin vermesi hakkın suiistimali olduğunu ileri sürerek tazminat istedi. Marsilya asliye mahkemesi ona hak

1) Tev. İct. R. 5 Ağustos 1959.

2) Mukayeseli hukuk dergisi yazımız Ekim 1959.

verdi. Fakat, Temyiz mahkemesi bir iktisadî teşebbüsün faaliyetini tatile, daraltmaya mecbur eden şartlar badis olunca hangi işçilere tercihan yol verileceğini takdir hasren teşebbüs sahibine ait olabileceği mucip sebeble istinaf kararını bozdu³. Bu mahkeme 31 Mayıs 1956 kararında da⁴ aynı esası kabul etmişti: Bir fabrikatör kötü idaresi yüzünden borçlarını ödemeyez hale gelerek alacaklılarına konkordato teklif etmiş, işini tasfiyeye karar vermişti. İşçiler fabrikanın ziyarı makul surette idare edilmemesi neticesi olduğu, zaten borç yekunu mevcuda nazaran pek fazla olmadığı, teklif olunan konkordato da kabul edildiği için iyi idare edilirse vaziyeti kurtarılabileceğini, binaenaleyh tasfiye kararı hakkın suiistimali olduğunu idd'a etmişlerdi. Temyiz mahkemesi patron selâhiyetini suiistimal etmiş olmak için, işçilerine zarar vermek kastı ile, veyahut takbiha şayan bir hiffetle faaliyetini tatil etmesi gerektiğini (Lokovt vaziyeti), yoksa işini kötü idare etmesi sosyal mesuliyetini istilzam edemeyeceğini kabul etti.

Bir kriz kurbanı olarak borç altında ezilen bir müesseseyi bir de çok sayıda işçilerine tazminat ödemekle mükellef tutmak ne âdi, ne de menfaat vaziyetine uygundur. Vakıa, bir müessesede uzun yıllar çalışmış işçiler müessesenin kapatılması yüzünden bekledikleri menfaatlardan mahrum kalırlar, ama, patron onlara ancak mevcudundan bir şey verebilir. Bir müessesenin feci vaziyeti yüzünden ona kredi yapmış alacaklıları nasıl alacaklarından bir mikdarını kaybediyorlarsa işçiler de, bekledikleri menfaatlardan mahrum kalabilirler. Yalnız müstakil bir işçi sandığı imkânları nisbetinde işçileri zarardan kurtarabilir.

Türk İş. K. patronun faaliyetini tatil etmesi halinde işçilerin kıdem tazminatını mahfuz tuttuğundan onlar bu istihkakları ile iflâs masasına iştirak edebilirler. Maahaza, mücbir sebeplerle faaliyetini tatil eden bir patron umumî hükümlere istinaden kıdem tazminatı ödemekle mükellef olmadığını iddia edebilir.

İş akd'nin feshi halinde kanunda ödeneceği yazılı tazminat kat'i midir?

İşinden haksız çıkarılan bir işçi mukavele şartlarına göre elde edebileceği menfaatlardan mahrum kalması sebebiyle tazminat isteyebilir. Fakat, açığa çıkarılması yüzünden bir menfaat kaybına uğramıyan işçinin tazminat alabilmesi mesele olur.

Temyiz mahkemesi zikri geçen Tev. İçt. kararında "tazminat akde veya kanuna aykırı bir hareketin meydana gelmemiş olması halinde

3) Fr. Temyiz 4. Haziran 1957 S. 1957 p. 373.

4) S. 1956 p. 8).

bir kimsenin mameleki ne durumda bulunacak idiyse o durumda bulundurmak" için ödenmesi gereken eda olduğunu tebarüz ettirmiştir. Binaenaleyh, usulsüz veya ihbar müddetlerine riayet edilmeden izin verilen işçi bu yüzden hiç bir kayba uğramamış ise ne kıdem tazminatı, ne de kanunda yazılı diğer çeşit tazminatı istiyebilir. Mselâ, bir sendikaya getirdiği için izin verilmiş işçiye sendika günü gününe daha kolay, daha rahat, daha dolgun ihtiyarlık sigortası ile, itibarı daha sağlam bir müessesede iş temin etmiş ise onun kahir yüzünden gördüğü lütfе şükredecek yerde bir müddet işsiz kalmış olanları istihdaf eden hükme tevfi kan şeklen kanuna uygun bir tazminat alması adalete uymaz, haksız iktisap olur. Adalet her kazancın bir karşılığı olmasını, kimsenin bedava diğerinin zarara bir şey iktisap edememesini iktiza eder. Bu noktadan Temyiz mahkemesinin kararı hukukun esas prensiplerine ve menfaatlar durumuna uygundur. Hiç bir tazminat zarar mikdarını tecavüz edemez. Yalnız cezalara veya manevî tazminata maddî zarar şartı olmadan hükmolunabilir.

Temyiz mahkemesi tevhidi içtihat kararında İŞ K. 13 üncü maddesine göre hükmolunacak tazminatın cezaî mahiyeti olmadığı tasrih olunmuştur.

Patron işçisine ancak zararını istiyerek, ahlâka aykırı maksatla veya şekilde izin verirse onun zararını tazmin ile mükellef olabilir.

166 — Dergi ve gazetelerde çalışanlarla (gazeteci), iş veren patron arası münasebetini tanzim eden kanun mağdur saydığı fikir işçilerini korumak için kabul ettiği tazminat geçen pragrafta umumiyetle işçiler hakkında verdiğimiz izahata göre tevil ve tefsir edilerek hakkaniyet ve adalet prensipleri ile telif edilmeli, hizmetine son verilen gazeteci fiilen zarar görmemiş ise, veyahut haksız hareketi hattâ gazete zarar yüzünden faaliyetini tatil ettiği için yol verilmiş ise tazminat alamıyacağı kabul olunmalıdır.

167 — *Tahmin olunamamış sebeplerle akit şartlarının değişmesi:* Sürekli bir akdin icrası tahminleri aşan sebepler yüzünden bir taraf mahva sürüklemekte iken diğerinin vaziye'ten istifade etmesi âdil olmaz, mese!â 100.000 liraya bir bina inşasını taahhüt eden, malzeme fiatları, gümrük tarifeleri, vergi nisbetleri, nakliye ücretleri artması gibi tahmin olunmamış sebeplerle binayı ancak 500.000 liraya mal edebilecekse taahhüdünü akit şartlarına göre ifaya zorlanarak perişan olması

onun bu felâketi karşısında diğerinin bu şartlar sebebiyle kıymeti bir kaç misli artacak binaya tesahüp etmesi hakikî bir riba olur. Binaenaleyh, bu vaziyette akdi icra edemiyecek taraf, diğeri şartlarda tadilâta razı olmazsa akdi feshedebilir.

Kur'ânda, birbirinizin malını rızanızla ve her iki taraf için kazanç olma-
yan batıl akitle yemeyiniz, buyrulmuştur.

*NİSA 29. Ya eyyühellezîne âmenu latekülu emvâleküm beyne-
küm bilbatilî ilâ enteküne ticaraten anteradın minküm ve lataktülu en-
füseküm innallâhe kâne biküm rahima.*

*BAKARA 188. Veâ tekülu emvâleküm beyneküm bilbatilî ve
tüdlü biha ilel hukkâmi litekülu ferikan min emvalinnasi bil ismi ve en-
tüm talemun.*

Bu âyetler, bir aktin icrasına devam edilmekte iken de her iki ta-
rafın ivazları arasında taaddül bulunmasını gerektirir. Akit iki taraf için de
kazanç kaynağı olmalıdır. Bu kazanç az veya çok olabilir, hattâ taraf
bir derece bazı görünmiyen menfaatlarnı düşünerek zarara da katlana-
bilir. Fakat, o akdi tam olarak icra ettiği takdirde, düşünemediği hadis
olmuş sebepler yüzünden mahvolacaksa diğeri bu vaziyetten istifade et-
mesi bu âyetler hükmüne göre mübah olmaz. Bu âyetler haksız mal ikti-
sabı bahsinde tekrar ele alınacaktır (No. 214).

BK. bu âyetler mutevasına uygun olarak, götürü bir iş yapmasını
taahhüt eden kişiye tahmin edilemiyen sebeplerle, meselâ, malzeme fi-
atları çok yükselerek işin yapılması fazlasıyla zorlaşırsa munzam bir be-
del isteme hakkı vermiştir (365).

FM. gerek BK. nun bu maddesini tefsir, ve gerek hüsnüniyet kai-
desini tatbik ile, bütün akitlerde tahmin haricî sebepler neticesi karşılık-
lı ivazlar arası muvazene bozulması yüzünden mahva sürüklenen tarafa
akit şartlarında diğeri tadilata razı olmazsa fesih hakkı tanımaktadır. Akit
sırasında tarafların tahmin edemedikleri manilerden mesuliyeti birine
yüklemek âdil olmaz. Akitler gönül hoşluğu ile ayakta durmalıdır.

DŞ. bekelnmiyen haller zuhurunda müteahhidin fiata zam talebini
haklı bulmuştur. Kararda deniyorki, “fevkalâde hal ve şartların doğur-
duğu zaruretle mukavelenin iktisadî bünyesi... her türlü tahmin ve mü-
lâhazaları alt üst edecek derecede değişince tarafı aynen icraya zorlama
adalete uymaz.”².

Yargıtaya göre BK. 365 inci madde emredici mahiyette değildir ve
ancak müteahhidin mesuliyetini *gayet fazla* ağırlaştıran haller zuhurunda

2) DŞ. III 27/6/1942. Mukayeseli hukuk 1957, 16.

tatbik olunabilir. 700.000 liralık bir işte 300.000 liralık fiat farkı fahiş bir zarar değildir³. Fakat her halde şartlara göre fark, nisbet ne olursa olsun, müteahhidin iflâsına sebep olacak önemde ise zarar fahiş sayılmak gerekir. Akid şartları değişmesinde tarafların karşılıklı kusurları, kayıplara tahammül dereceleri tartılmalıdır. Hâdisede müteahhidin zararı taahhüt mevzuu mallara vergi zammından ileri geliyordu. Müteahhit böyle bir sebeple malzeme fiatları yükseleceğini hatırna getirseydi DŞ. kararında denildiği gibi, akte razı olmayacağı pek tabii idi. Beklenmiyen sebepler yüzünden akdi icra edemiyen taraf nihayet malî vaziyetine ve diğer çeşit istifadelerine göre hissedemiyeceği zararlara katlanmağa zorlanabilir.

BK. 365 ci maddesi âmir değildir, fakat akit şartlarında tadilât istenmesine mani olması tahmin edilmiş sebebin açıkça belirtilmesi gerekir.

II

VAKIF (TESİS)

168 — Kişi mallarını, varislerinin mahfuz hisselerine tecavüz etmemek şartıyla, hayatında veya ölümü halinde muteber olmak üzere hayırlı veya hayırsız bir maksada tahsis ile hükmî bir şahsiyet yaratabilir. Mallar bir gayeye tahsis edilerek vücuda getirilen şahsiyete MK. kimi yerde *tesis*, kimi yerde *vakıf* adı vermektedir (73, 273)..

Vakıf ebedî veya muvakkat olabilir.

Vakıf yapan vakfının gayesini, idare ve mürakabe tarzını tayin eder. Onun eksik bıraktığı noktaalrı âmme iktidarı tamamlar (MK. 76).

Vakfın gayesi zamanla vakfedenin isteklerine açıkça uymaz hale gelir, veya şartları zaman icaplarına uymayarak vakfa rağbeti azaltır, yaşamasını güçleştirirse, meselâ, köyde vakfedilmiş mütevazi bir hastahane, yanı başında modern bir hastahane yapıldığı için hasta gelmez, veya şartları vakfı iflâsa sürüklerse âmme iktidarı vakfın yaşamasını sağlamak için müdahale edebilir: Vakıf artık faydasız hale gelir veya malî durumuyla tutunamazsa İcrâ Vekilleri heyeti vakfı feshederek mallarını vakfedenin maksadına uygun düşecek başka bir hayır işine tahsis edilebilir (MK. 79). Bakanlar Heyeti vakfın şartları zaman icaplarına uymaması veya yaşayabilmesi için teşkilâtını tâdil de edebilir, meselâ, üç ye-

3) T IV H. 28/1/1957 Adalet 1957, 505.

rine bir müdürle idaresine karar verebilir. (MK. 78-. Bir vakıf, gayesi imkânsız hale gelirse kendiliğinden münfesihi olur (MK. 80).

MK. (70), borçlarını ödeyemez hale gelen bir cemiyetin münfesihi olmasını umumî bir prensibi tatbiki ile kabul ettiği için, kıyasen bir vakıf da borçlarını ödemededen âciz kalmakla infisah eder.

Zamanla gayesi ahlâka aykırı hal alan vakıf mahkeme kararı ile fesholunur (80).

BEŞİNCİ FASIL

VASİYET VE BAĞIŞLAMA

169 — Kişi mallarını diğerine bir karşılık almadan temlik (Bağışlama), veya ölümünden sonra tesahüp etmesi için vasiyet edebilir, bağış veya vasiyetini bazı şartlara tâbi tutabilir, bağışladığı, vasiyet ettiği kimseye bazı mükellefiyetler yükleyebilir, (MK. 462, BK. 240).

170 — Vasiyet müteveffanın hayatta işlediği haksızlıkları tâmi-re imkân verdiği, vasiyet ettiği yakınlarının ölüm ile duydukları acıyı bir derece hafiflettiği, onları sefaletten koruduğu için himaye edilmelidir. Fakat, ana babayı, küçük çocukları bakımsız bırakarak lâıyk olmayanları güldürecek, hısımları birbirine düşürecek veya mânevi tazyik, hile ile koparılmış vasiyetler makbul tutulamaz. Hayatını kazanamıyan muhtaç alil çocuğu mirastan mahrum ederek şahsî serveti olan, babasından hayatında kardeşlerine nazaran farklı menfaatler sağlamış evlâda vasiyet âmme vicdanında fena akis yapar. Müteveffanın bir tazyike dayanamayıp veya yanlış zihin muhakemeleriyle bir evlâdına ağır ceza olarak başkaları menfaatine yaptığı vasiyet de önlemek lâzımdır.

I

KUR'ANDA VASİYET

171 — Kişinin vasiyetle ölümünden sonra mallarını en iyi idare edecek birine bırakması (hayırlı vasiyet) sevap, yakınları birbirine katacak veya halk arasında fesat yaratacak kötü bir vasiyet yapması, hayır bir vasiyetin saklanması günahıdır.

Ölümü yaklaşıp, ana ve babasına ve yakınlarına maruf (ihtiyaçlarına uygun miktar) hayırlı vasiyet farz kılındı.

BAKARA 180. *Kütibe aleyküm iza hadara ahadekümülmevtü in tereke hayran el vasiyyatü lil valideyni velakrabine bilmarufi hakkan alel müttekin.*

Hayırsız (ahka uymayan, yakınları birbirine düşüren) bir vasiyeti saklıyana veya adalete uygun şekilde tahrif edene günah yoktur.

BAKARA 181. *Femen beddelehu bade ma semiahu feinnema ismühu alellezine yübeddilunehu innallahe semiun alim. Femenhate min musin cenefen ev ismen fesleh beynehünu felâ isme aleyh. Innallahe gafurun rahim.*

Kişinin ölümünden sonra malları, iktisadî teşebbüsleri, kimlere ne şartla kalacağını hayatında bizzat tayin etmesi bütün hususiyetleri göz önünde tutamıyan kanun vazının tayinine üstündür. Dürüst bir adam çok kere ölümünden sonra malarnı en iyi idare edebilecek halefini seçebilir. O meselâ, mahsuldar arazisini, işleterek anasına ve yakınlarına bakacak evlâdına tahsis edip, sefahat hayatında harcanmasından, anasını haşin tavırları ile kapı dışarı etmesinden korktuğu evlâdına, miras hissesi olarak bir mikdar nakit bırakabilir. Müteveffa vasiyet silâhı ile evlâtlarının iyi ahlâkı üzerine tesir edebilir. Nihayet o, son günlerinde kendine bakacak birini bulabilir.

Maahaza, kişinin daima isabetli ve hayırlı bir vasiyet yapacağı muhakkak değildir. Vasiyet, vasiyetçinin istekleri doğru ve tam anlaşılması, tahrif edilmemesi için şekle tâbi tutulmakla ve vasiyet selâhiyeti yakın hısımlar lehine bir derece tahdit edilmekle (mahfuz hisse) bu mahzur nisbeten önlenabilir.

Kur'an vasiyeti, vasiyetçinin iradesi serbest olmasını, aydınlatılmasını sağlamak için hususî şekle tâbi tutmuş, her halde ana ve baba ve yakınlar için mikdarı vasiyetçinin şahsî takdirine tâbi mahfuz hisse kabul etmiştir.

Tereke paylaşılacağı gün hazır olan yakınları, yetimleri, fakirleri, terekeden infak ve iâşe edin. Onlara gönül alıcı sözler söyleyin.

NİSA 8. *Ve iza hadaral kismete ülül kurba velyetama vel mesakinu ferzukahüm minhü vekulu lehüm kavlen marufa.*

Müteveffanın yakınları, kan hısımları değil, hısımlık münasebeti olmasa bile, müteveffa ile beraber yaşamak, servetinden birlikte intifa, teşriki mesai etmek suretiyle arada sevgi bağları hâsıl olmuş ve ölüm ile ayrılma halinde servetinden bir şeyler intikalini bekleme tabii hissini besleyenleri içine alır, birbiri ile alâkasız, hele düşmanca hisler besleyen hısımları içine alamaz.

Rabıta ve münasebetleri itibariyle müteveffanın ölümünden sonra da bir şeyler bekleyen yakınlar kadri ma'ruf, yani ihtiyaçlarına ve umumî hislere uygun miktar bırakılmalıdır. Miras intikali gününde müteveffa ile birlikte yaşamakta, tarafından iâşe edilmekte olan evlâd edinilmiş çocuklar, resmî şekle riayetle alınmış olmasalar bile yakın sayılır. Onlara vasiyet ile münasip miktar pay ayırmak gerekir. Kendilerine yeter mal kalmayan ve verilemeyen yakınların güzel sözlerle kalbleri alınır.

Kur'an fakirlere de pay ayrılmasını emir eder. Modern kanunlar veraset vergisi ile onlara mecburî pay sağlar.

İslâm doktorlarının (fukaha), müteveffaya alâkası ne kadar az olursa olsun, bütün varislerin mahfuz hisseleri olduğu içtihadı Kur'ana uygunluğu münakaşa götürür.

Kur'an usul ve furuun mahfuz hissesini haklı gösteren şu mucip sebebi zikretmektedir:

Babalarınızdan çocuklarınızdan hangisi sizi daha çok sevdiğini, daha hayırlı olduğunu bilemezsiniz. Allah onlara miras bırakmanızı farzettii.

NİSA 11. Yusikümulâhü fi evladiküm lizzekeri mislü hazzilünseyeyni... Abnauküm ve abnauküm la tedrun eyyühüm akrabuleküm nef'an farizaten nimallah...

172 — Vasiyete dair âyetlerin mirasın intikaline dair âyetlerle münfesihi olduğu iddia olunmuştur¹.

Zıt olduğu iddia edilen âyetlerden hangisi evvel, hangisi sonra nâzil olduğunda müfessirler ittifak edememişlerdir.

Meşhur olan Ebû Müslim-i İsfehâni vasiyet âyetini haklı olarak münfesihi saymaz, ona göre sadece varisleri olan kişi vasiyet etmeğe mecbur değildir.

Miras âyetleri ile vasiyet âyeti arasında zıtlık yoktur. Miras âyetleri direktiftir. Kişi hale göre en hayırlı kabul ettiği intikal şeklini ihtiyar etmelidir.

Miras vasiyetlerin ifasından sonra paylaşılır.

NİSA 12. Veleküm nisfu ma terake ezvacuküm in dem yekün lehünne veledün feinkâne lehünne veledün felekümürubuu mimma terake minbadi vasiyyetin yusine bihâ ev deynin...

Vasiyet âyetinin münfesihi olmamasını tazammun eder.

II

VASIYETİN ŞART VE MÜKELLEFİYETE TABİ TUTULMASI

1) Elmalı I 616.

173 — Vasiyet veya bağışlama bir şarta veya mükellefiyete tâbi tutulabilir. Bir şarta tâbi tutulan bağış veya vasiyet şart tahakkuk ederse muteber olur. Bir mükellefiyetle vasiyeti veya bağışı kabul eden mükellefiyeti ifaya zorlanabilir (MK. 462 BK. 241).

Sosyal bakımdan zararlı veya ahlâka aykırı şarta tâbi tutulan vasiyet hayırsızdır, muteber olmaz. MK. kişinin kendine temlik olunan malda tasarruf serbestisinin büsbütün tahdidini âmme menfaati zararı olduğu için muteber addetmemiştir. Sahibi olduğu malı tam randımanla işletemiyenin onu bir ehline temlik edebilmesinde âmme menfaati vardır. Kanun yalnız vasiyet eden, vasiyet olunan kendinden evvel ölür, veya vasiyeti kabul etmezse vasiyet ettiği şey vasiyetnâmesinde tayin ettiği diğer birine kalması (namzet) şartını muteber tutmuş, fakat tayin ettiği namzet de ölünce malı diğer birine bırakması şart ve mükellefiyetini muteber tutmamıştır.

FM. vasiyetçinin vasiyet edilene, vasiyet edilen gayrimenkûlleri sattığı takdirde, aradaki fiat farkını vârisleri arasında taksim mükellefiyetini yüklemesini muteber tutmuştur. Çünkü, kanun yalnız ahlâka uymayan mükellefiyetleri hükümsüz addeder, vasiyetçi borç mevzuu olabilen her şeyi vasiyet edilene bir mükellefiyet olarak yükleyebilir. Vasiyetçi bir mükellefiyeti ifa için zaman tayin etmemiş ise, vasiyet edilen bütün hayatı müddetinde şart tahakkuk edince mükellefiyete riayete mecburdur. Vasiyetçi vasiyet ettiği şeyi bir namzede nakil mükellefiyetini vasiyet edilene tahmil selâhiyeti ile onun 60 - 70 yıl gibi uzun fakat tayin edilmiş bir zaman tedavülden kaldırılması âmme menfaatine aykırı olmaz. Vasiyetçi bir evlâdına vasiyet ile böyle bir mükellefiyet tahmil etmekle bir malın aile içinde kalmasını sağladığı halde o mal satılacaksa, diğer varislerin haklarını mahfuz tutarak adaleti sağlamış olur¹.

Bağışlama zımnî de şarta tâbi tutulabilir. Meselâ, evlenme sırasında gelinine kıymetli bir gerdanlık takan kaynana, onu gelinin oğluya iyi geçinmesi zımnî şartı ile vermiş sayılır; sebepsiz boşanma halinde geri alabilir².

1) FM. 21 Aralık 1961 JdT 1962 354 Kanton mahkemesi mevzuda kanunu sâkıt farzederek içtihadıyla gayrimenkûlün uzun zaman satılmaması kaydını muteber tutmamıştı. FM. ye göre bir hâdisede kanun sâkıt kabul edilmek için tasrihe muhtaç bir husus bulunmak gerekir. Vasiyetin tâbi tutulduğu bir mükellefiyeti ifa için bir zaman tayin edilmesi halli içtihat yeri olacak bir boşluk değildir.

2) Paris'te Sen Mah. 5 Şubat 1945 D. 1946 105 İstinaf 19 Şubat 1957 S. 1957. Bu kararda, çok kıymetli, aileden kalma taşların geline takılması âriyet de sayılabileceği kabul olunmuştur.

Bir vasiyet haddi zatında veya şartları, müteveffayı vasiyete sevke-
den sebep itibariyle ahlâka mugayyir ise iptal olunabilir.

FM. kararında müteveffanın evlenme dışı cinsî münasebette bu-
lunduğu kimseye vasiyetini muteber tutmuş, yalnız onu münasebette
devama zorlamak için yapılan bir vasiyet ahlâka mugayereti sebebiyle,
hükümsüz olduğunu belirtmiştir³.

174 — Mahfuz hisse: MK. usul ve furuun, kardeşin, kan veya
kocanın mahfuz tutulmuş hisselerine tecavüz eden miktarında vasiyeti
hükümsüz addetmiştir (453).

Kişinin malında ölümüne muzaf olarak tasarruf edebileceği mik-
tar *tasarruf nisabıdır*, tasarruf edemiyeceği vârisin miras payı da mah-
fuz hissedir.

FM. vârisler lehine kabul edilmiş mahfuz hisse, müteveffanın mal-
larını vârisleri arasında nasıl paylaşacaklarını tayin serbestisine mâni ol-
madığı içtihadındadır. Vasiyetçi şartlara göre daha hayırlı bulursa, bazı
mallarını kıymetlerine bakmadan bazı vârislerine tahsis ederek, diğerleri
hisselerini nakden almasını vasiyet edebilir. O, vârislerine yalnız mahfuz
hisselerini tam bırakmağa mecburdur, mallarını vârislerine tahsis selâ-
hiyeti hudutlu değildir.

Müteveffa vasiyet ile mallarının taksimini şarta tâbi tutabilirse de
(462 nci maddenin verdiği selâhiyet) her vârisin terekenin taksimini is-
teme hakkını kaldıramaz (MK. 583). FM. ye göre müteveffa muayyen
hayırlı bir maksat için terekesinin taksimini geciktirebilir.

Kısaca FM. hal ve şartlara göre hakikaten hayırlı bir vasiyeti mu-
teber tutmakta, aşırı kayıtlarla hayırdan uzaklaşanları hükümsüz addet-
mektedir.

III

VASİYET VE MİRAS MUKAVELESİ ŞEKLİ

175 — Vasiyet muhtevâsından şüphe edilmemek, tahrifi önlenmek,
sonradan rücû edilmediği anlaşılmak için hususî şekle tâbi tutulmuştur.

3) FM. 5 Kasım 1959 JdT 1960 198.

Hâdisede, koca kamsından fiilen ayrıldıktan, boşanma dâvası da reddedil-
dikten sonra kendine bakan bir kadına vasiyet yapmıştı. Vasiyetçinin bu ha-
reketi münasebetin devamını temine matuf olmaması, vasiyet edilen de onun
metres hayatını devam ettirmek maksadını bilmediği için muteber tutuldu.

Vasiyet ederken âdil (durgunlukla tanınmış, gûnahtan, hak yemeden korkan, vasiyetin sevap olduğunu bilen ve tahrif etmesine ihtimal verilmiyen) iki şahidi hazır bulundurun. Seferde olup da maruf âdil şahit bulamazsanız bulabileceğiniz şahitleri namaz vaktinden sonraya kadar alıköyün, onlar şahısları veya yakınları menfaatine de olsa şehadetlerini saklamıyacaklarına, vasiyeti tahrif etmiyeceklerine yemin etsinler.

176 — Kişi ölümünden sonra mallarının intikali için iki şekilde akit yapabilir, biri vasiyet olup tek taraflıdır, sebep beyanına hâcet olmadan vasiyetinden rücû edebilir. Diğeri miras mukavelesi olup iki taraflıdır: Kişi hayatında ölümüne muzaf olarak mallarına, borçlarına, aldığı bedel mukabili, diğerlerini mirasçı yapabilir. Böyle bir mukavele yapmış olan vasiyetçi hayatında mallarında tasarrufta serbest kalırsa da, bu taahhüdü ile telif olunamıyan tasarruflarda bulunamaz; hususile mallarını başkasına bağışlayamaz; vasiyet edemez; akitten rücû edemez; bu mukaveleyi yalnız lehdarını mirastan iskat için kanunî bir sebep tahakkuk ederse iptal edebilir.

Kur'an vasiyet edilecek malların miras olarak intikali hakkında mukavele yapılmasını da kabul eder. (*Miras mukavelesi*).

Ana baba ve yakınlarınızı mirasçı kıldık. Aranızda akitle taahhüt ettiklerinize de hisselerini verin.

NİSA 34. Veliküllin cealna mevaliye mimma terekel validani ve lekrabune veilezine akkadet eymanüküm featuhüm nasibehüm innallah he kâne ala külli şeyin şehida.

Miras mukavelesi ehemmiyetli bir akittir; tarafın akdi yaparken uzak ihtimalleri düşünmesi, aydınlanması lâzımdır, âni bir kararla yapılması önlenmelidir. MK. a göre miras mukavelesi resmî şekilde yapılmak gerekir.

177 — Vasiyet tek taraflı olduğu, sebep olmasa da rücû edilebileği için, şu üç şekilden biri ile yapmasına müsaade olunmuştur:

a) Resmî şekil (479 - 484). Vasiyetçi arzularını resmî memura (noter, sulh hâkimi) beyan eder. Memur beyan edilen arzuya uygun olarak vasiyetnâme yazıp, okuması için vasiyet edene verir. O, yazılan müsvedeyi okuduktan sonra, doğruluğunu imzasıyla tasdik eder; memur bu tasdik üzerine yazıya tarih koyarak resmîyet verir. Vasiyet yazılırken, iki şahidin hazır bulunması şart değildir; fakat, vasiyetçi memurun tanzim ettiği vasiyetnameyi okuyup imza ettiğini iki şahide bildirmesi, onlar da müteveffanın temyiz kudreti bulunduğuna kanaatlerini imzaları ile tasdik etmeleri şarttır (MK. 481). Vasiyet münderecatı şahitlere bildirilmeyebilir. Memur vasiyetin yazılması ile şahitlerin bu be-

yanları arasında başka işler karıştırmamak, uzun fasıla vermemek lâzımdır.

MK. a göre (482), vasiyetçi, vasiyetnâme-yi okuyamaz veya imza edemezse, resmî memurun şahitler önünde yazdığı vasiyetnâme-yi ona okuması mecburîdir. Yargıtay Tevhidi İçtihat kararıyla¹, vasiyetçi okuyabilecek halde olsa da, yazılan müsvedde-yi okutması muteber olduğunu kabul etti. Yüksek mahkeme kararında İsviçre K. un karşılıklı maddesi, orada, bu suretle tefsir edildiğini mucip bir sebep olarak gösteriyor. Şu var ki FM. 30 Mayıs 1940² kararında tebarüz ettirildiği gibi, vasiyetnâme bizzat vasiyetçi tarafından okunup imza edilmemiş ise, resmî memur tarafından şahitler huzurunda okunması şarttır; sadece şahitlere imza ettirilmesi kâfi değildir. Kanunu Medenî şerhimizde bu içtihadı naklederken düştüğümüz bir hatayı tashih edelim.

178 — b) Hususî şekil: Vasiyetnâme münderecatı tarihi, tanzim yeri unutulmadan tamamen vasiyetçi tarafından eli ile yazılarak imzalanır (485), daktilo ile yazılmış veya altına imza konmadan mühürlenmiş veya matbu antetli kağıtta gösterildiği için tanzim yeri el ile tekrarlanmamış vasiyet muteber olmaz.

Hususî şekilde tanzim olunan vasiyetnâme notere veya sulh hâkimine bırakılabilir; bu tevdi muhafazasını sağlar. Vasiyetçi elinde muhafaza ettiği vasiyetini istediği vakit, sessizce ve kolayca iptal veya tâdil edebilir. Bu sebeple kanun vasiyetnâmenin tevdiini mecburi saymamıştır. Vasiyetin notere tevdiî şekil meselesi, binaenaleyh, sıhhatinin şartı değildir. No: 180 de F. M. karanna bak.

179 — c) Şifahî vasiyet (486-488): Ölüm tehlikesi, münakalâtın kesilmesi gibi fevkalâde bir sebeple vasiyetçi el yazısı ile vasiyetnâme tanzim edemediği hallerde şifahen vasiyet yapabilir: Vasiyetçi arzularını iki şahide dikte eder. Şahitler yazdıklarını imzalarlar (86), ve hemen mahkemeye giderek vasiyetçi-yi aklı başında gördüklerini beyan ile dikte edilen vasiyeti tevdi ederler. Bu vasiyet, tanziminden sonra vasiyetçi bir ay yaşar, ve el yazısı ile veya resmî şekilde vasiyet tanzimine de imkân bulursa hükümsüz kalır (488), şifahî vasiyet yazılı veya resmî şekilde yeniden yapılmak gerekir.

180 — *Vasiyetin iptali*: Vasiyetçi, vasiyetnâme-yi, tanzimi için muayyan kanunî şekillerden biri ile (489), veyahut yırtarak iptal edebilir.

1) Tev. İçt. 26/3/1962. R.. Haz. 1962.

2) FM. JdT 1940 392.

Vasiyetnâme kazara, veya üçüncü bir kimsenin fiili ile veya müc- bir bir sebeple yırtılırsa münderecatını ve tarihini ve imzasını aynen ve tamamen toplama mümkün olursa muteber, olmazsa hükümsüz kalır. Lehine vasiyet elunan, vasiyeti kusuru ile imha edenden tazminat isti- yebilir (490).

FM. bir kararında, müteveffanın baş tarafını yırttığı, fakat, imzasını, tanzim tarihini muhafaza ettiği bir vasiyetnâmeyi, yırttığı kısımdan rü- cû edip gerisini ipka etmek istemesi anlaşılmak şartı ile muteber tuttu. Bu kararda vasiyetnâme, müteveffa tarafından kapalı bir zarf içinde saklanmayıp da lehdarlarına tevdi edilmiş ise, baş tarafını kendi yırttığı belli olmayacağından, yırtılmış tarafta lehdara tahmil edilmiş vazifeler, veya şartlar da bulunabileceğinden hükümsüz olduğu, binaenaleyh, kısmen yırtılmış bir vasiyetnâme nerde saklandığı, nasıl bulunduğu anlaşılmaz- sa hükümsüz sayılmak gerektiği belirtilmiştir¹.

181 — Bir vasiyetnâmeyi müteveffanın evrakı arasında bulanlar, hususî olarak tevdi edildiği kimseler, ölümü müteakip, hemen sulh mah- kemesine tevdie mecburdurlar (535).

Vasiyeti imha eden varisin cezası:

Kur'ana göre, hayırlı bir vasiyetin imhası, saklanması büyük gü- nahtır. MK. Kur'anın ruhuna uygun olarak, müteveffanın vasiyetini yırt- tan, saklayan vârisleri mirastan mahrumiyetle cezalandırmaktadır. (520 No: 4). Vâris bu cezaya lâayık olmak için vasiyetnâme haddi zatında mu- teber olmak, vasiyetçinin yeniden vasiyet tanzim etmesi artık mümkün olmamak (ya ölüme tekaddüm eden ağır hastalık zamanında, veya ölü- münden sonra) ve gizlemesi, imhası, haksız olmak gerekir.

Lehine vasiyet edilen haklı bir sebeple vasiyeti meydana çıkarmazsa mirastan mahrum olmaz. Saklama kasdı olmalıdır. İleride lehdarna veril- mek üzere, hattâ bir ihmal ile vasiyeti mahkemeye tevdi etmeyen varis de mirastan mahrum edilemez. Nihayet, metin mutlak olsa da vasiyeti imha eden vârisin her halde mahfuz hissesini alabileceği de kabul olun- malıdır. Çünkü, kanun mirasçıyı miktan malûm olmayan vasiyetnâme- yi meydana çıkarmağa zorlamak için bu cezayı kabul etmiştir. Vasiyeti imha eden varisin bütün hissesinden mahrum edilmesi ise aşırı ve hak- sız bir ceza olur; onun mahfuz hissesine tecavüz eden vasiyetin saklan- ması, tecavüz eden kısmında haksız olmaz.

182 — Vasiyetin Tefsiri: Vasiyet dar şekle tâbi olmakla beraber,

1) FM. 6 Kasım 1959 297.

münderecatı müteveffanın ahval ve şartlardan çıkarılabilen iradesine göre tefsir olunur¹. Metni ile bağlanma zarureti yoktur. Şu var ki vasiyetnâmede vasiyetin muhtevası hakkında tam izahat yoksa, yazılı şekle riayet edilmemiş olur, tefsir ile şekil noksanı tamamlanamaz.

1) 10 Ekim 1957 JdT 1958 233.

YEDİNCİ BAP

EMNİYET PRENSİPİ

BİRİNCİ FASIL

EMNİYET İHTİYACI

183 — Sosyal münasebetlerde, mevcut haklarda emniyet (adalet) lazım olduğu gibi, iş tutumunda da emniyet ihtiyacı vardır.

Emniyet olmayan bir muhitte hal ihtiyacına sarfedilmeyen kazanç gizlenir, israf edilir, tembeller, hilekârlar, zorbalar herkesin servetine göz diker. Kimse korkusundan hayırlı ve faydalı bir teşebbüse girişemez.

Emniyet ihtiyacı örf yerine yazılı hukuk, müteferrik kanun yerine, mevzuu ihata eden kodlar tanzimini, hükümlerin emsal içtihatlarla, lojik kaidelere göre tefsir edilmesini, akitler için formaliteler, hakları belirten karineler kabulünü, hakları kullanmak için müddetler tayinini, ve umumiyetle hüsnüniyetin korunmasını iktiza eder.

Müteşebbislerin emniyeti (dinamik emniyet) mevcut haklarda emniyetin (statik emniyet, adalet) zararına olabilir. Mal sahibinin emniyeti ile müteşebbisin emniyetleri telif edilmek gerekir.

Hak sahiplerinin emniyeti olan Adalet ile müteşebbislerin emniyeti çarpışır, hangisine ön verilmesi gerektiği mesele olmaktadır. Hak sahiplerinin menfaati için müteşebbislerin menfaati mutlaka feda edilemez. Bugünkü hak sahipleri dünkü müteşebbislerdi. Herkesin her ân tecavüzden korktuğu, açlığın hüküm sürdüğü bir muhitte adaletten bahis açılmaz.

Umumî huzuru sağlama zaruretiyle, bir harb veya ihtilâl zamanında ibret, veya maksadı temin için adaletle sığmayan ağır cezalar verilmesi, fedailer seçilmesi zarureti de bulunabilir. Ekonomik büyük bir kriz zamanında malların istimlâki, âzamî fiyat tayini gibi haddi zatında âdil olmayan çarelere başvurulmasına, örfi idare ilân olunarak (sıkı yönetim) gece sokağa çıkma yasağı gibi tedbirlerle ferdî haklara tecavüz olunmasına müsamaha edilebilir. Bu hallerde Hubert, sosyal menfaate zaruret hududunda üstünlük tanımaktadır. Mahaza L'Institut Inter de Phil de Droit et de Sociologie Juridique 1937 yılı toplantısında, ilmi mü-

nakaşalardan sonra ittifaka yakın ekseriyetle, hukukun esas gayesi adalet olduğunu kabul etti. Her halde, muamelelerde emniyet ancak zaruret hududunda statik emniyete üstün tutulabilir. Kolaylıkla isyan bastırmanın, harbi kazanmanın bir tılsımın da affı içine alan adalet olduğunu bazı tecrübelerden istidlâl olunabilir.

İ K İ N C İ F A S I L

GÖRÜNÜRE İTİMATIN KORUNMASI

184 — İşlerde emniyet, haklı görünen bir vaziyete kusuru olmaksızın itimat eden kişinin korunmasıyla sağlanabilir. Bir gayrimenkulün sahibi kim olduğunu, başkasına rehin olmadığını tapu kaydından anlayan kimse, korkmadan bu malı iktisap edebilmeli, rehin alabilmelidir. Aksi halde, mal sahibi hakkını kolay isbat edemiyerek ağır şartlarla kredi bulabilir; böylece zevahirin korunmaması dolayısıyla mal sahipleri aleyhine döner. Hak sahibinin, hakkına kayıtsız kalarak başkaları sahibi görünmesine müsamaha etmesi, vaziyetten haberi olmayan üçüncü bir kişiye karşı hakkını kaybetmesi içi nyeter bir kusurdur.

İş adamlarının az zamanda çok iş görme (sayi akal kanunu) ihtiyacı hak görünen vaziyetlerin, hakikatin uzun ve derin incelemelerle araştırmalarına imkân bırakmaz. Bu ihtiyaç yalnız hakları ezip geçen müthiş makine de olmamalıdır. Müteşebbis, bahis mevzuu menfaatin şartlarına uygun, basit, hattâ biraz kanşık ve şahsından beklenebilen incelemeleri ihmal etmesi sebebiyle başkasının hakkına tecavüz etmesinden mes'ul tutulabilir. No. 62 ye de bak.

MK. da görünen vaziyetlere itimadı koruyan başlıca hükümler, gelen No. larda anlatılmıştır.

I

ZİLYETLİĞİN HİMAYESİ

185 — Zilyetlik kişinin başkalarının itirazına hedef olmadan bir şey üzerinde bir zamandan beri idame ettirdiği fiilî hâkimiyettir, (MK. 887).

Emniyet prensibi haksız da olsa zilyedin himayesini iktiza eder. Bu himaye iki suretle olmaktadır:

A. Menkul mallar üzerinde haklar zilyetlik ile tezahür eder.

İşin iç yüzünü bilmeyenler, hak sahibi zilyetten başkası olduğunu anlayamazlar. Bu sebeple, menkul bir malın zilyedi, aksi isbat edilinceye kadar, elindeki malın veya kullandığı hakkın sahibi sayılmıştır, (MK. 898), fakat, gayrimenkûller bir sicilde kaydedilerek sahipleri haricen belli edilebildiği için zilyetliği mülkiyete karine sayılmamıştır.

B. Menkûl veya gayrimenkûl bir malın zilyedi elinde bulunan şeye tecavüzleri def'i ile zilyedliğini müdafaa edilebilir, elindeki malı zorla almağa teşebbüs edenlere karşı mukavemet edilebilir, menkul malı alıp kaçanı yakalayıp geri almak için şiddet sarfedilebilir (MK. 894).

Bir malın zilyedi, onu zorla elinden alan kimseden sahibi de olsa geri almak için mahkemeye başvurabilir. Şu kadar ki bir malı gasbeden onun sahibi kendi olduğunu derhal isbat edebilirse zilyedin dâvası reddolunur. Mal sahibi hakkını isbat için takdire muhtaç deliller ileri sürmek zorunda olup basit incelemelerle hakkı tebarüz edemezse zilyedin dâvası kabul olunur. O, zilyede iade ettiği mal kendinin olduğunu, daha sonra tabii olarak dâva edebilir.

Zilyetlik himaye edilebilmek için haricen hakkın delili görünmek ve devamlı olmak gerekir, muvakkaten bir malı elinde bulunduran ona zilyet olamaz.

Amme emlâki olduğu besbelli bir yeri işgal eden zilyetlik haklarından istifade edemez. İdare, cebri vasıtalarla âmme emlâkini işgal eden tahliye ederse, o, yedinin iadesini istiyemez. Fakat âmmeye ait bir yeri işgal eden ona haksız tecavüz eden diğer ferde karşı tercihan kandise nin işgal hakkı olduğunu dâva edebilir¹.

186 — Tecavüz edene karşı zilyed istirdat dâvasını derhal, yani tecavüzü öğrendiği gibi vakit kaybetmeden açmak gerekir. O daha geç de öğrense tecavüzden bir yıl sonra yedin iadesini dâva edemez, gasbedilen şey üzerinde mülkiyet dâva edebilir.

Gayrimenkule tecavüz iddialarını idare makamları da kabul edebilir. İdarenin tecavüzün ref'ine veya muhafazasına dair kararını mahkeme hak sahibinin veyahut zilyedin müracaatı ile tâdil edebilir.

1) Motmeplier. İst. 9 Şubat 1960 262.

II

TİCARİ VEKİLLERİN SELÂHİYETİ

187 — Bir ticarethane sahibi işlerini idare için diğerine verdiği selâhiyeti tahdit edebilir. Mümesisin bu hududu aşarak tasarrufu ticarethane sahibini ilzam etmez.

Fakat, ticaret siciline kayıtlı olsa bile, hüsnüniyeti olan, yani ticarî mümessilin selâhiyeti tahdit edildiği sirkülerlerle, mektupla, veya sözle kendine bildirilmemiş olan hakkında, selâhiyetin takyidi muteber olamaz. Bir ticarî mümessil ile muamele yapanlar her muamelede onun selâhiyetnâmesini pratik olarak inceleyemezler. (BK. 451). Ticaret siciline birden ziyade mümessillerin birlikte hareket edecekleri veya mümessilin selâhiyeti bir şube işlerine hasredildiği geçirilmiş ise, müstesnâ olarak, bu tahdid muteber addedilmiştir.

Ü Ç Ü N C Ü F A S I L

FORMALİZM

I

KUR'ANDA FORMALİZM

188 — *İbadet*. Kur'ân, formalist değildir. Bütün ibadet kalbdedir. Kişinin kolayına geldiği gibi ibadeti Allah indinde makbuldür.

Ahlâk ve Hukuka esas olarak fayda prensibini izah ederken ibadet kulların menfaatine olduğunu tazammun eden âyetleri gözden geçirmiştik. Formalizme tahsis ettiğimiz fasılda bunları tekrarlamıyoruz, tamamlayan âyetleri yazıyoruz.

189 — Allah ibadeti kulları sıkmak, yormak değil, kendine kalben teveccüh ederek bir ân dünya üzüntülerini unutup ferahlanmaları için emretmiştir.

Sevap olan ibadet yüzü şarka veya garba (Kibleye) çevirmek değil, Al-laha inanarak emirlerini dinlemek, Allah için yakınlarla, yetimlere, fakirlere, yolda kalanlara, esirlere, muhtaçlara yardım etmek, namaz kılmak, zekât vermek (elde edilen kazançtan muhtaçlara, Devlete zaruri masraflarını karşılamak için cömertçe pay ayırmak), verilen sözde durmak, hayatın ızdıraplı tecellileri karşısında ye'se kapılmadan metaneti muhafaza etmek (sabır), çeşitli kötülüklerden kaçınmaktır.

BAKARA 177. *Leysel birra entü vellü vücuheküm kibelet meş-riki vel mağribi ve lâ kinnel birra men amene billahi velyevmil ahiri vel melâiketi vel kitabî vennebiyyine, ve âtel mâle alâ hubbini zevil kurba velyetama velmesakine vebnessebili vessailine ve firrikabi, ve ekamas-salâte ve atezzekate, vel müfune, biâhdihim iza ahedu vassabirine filbe-sai vaddarnai ve hinel be'si, ulâikellezine sadaku ve ulâike hümul mut-tekun.*

Bu âyet “zahiri ve âmeli iyiliği son derece vazih bir surette ayırmış” Allaha iman, insanlara iyiliğin dine esas olduğunu tebarüz ettirmiştir².

Teyemmüm kullara zorluk değil, temizlik için emrolunmuştur. Allah bu emirle nimetlerini tamamlar.

MAİDE 7. *Ya eyyihellezine... felem tecidu maen feteyemmemu sai-den tayyiben... mayüridulluhu liyecale aleyküm min haracin yüridü li-yutahkireküm velyütimme nimetli aleyhüm...*

Kibleyi Resule tâbi olanla arkasını döneni ayırmak için yaptık, .

BAKARA 143 *Ve kezâlike cealnâküm ümmeten vesetan lite-kunu şühedae alennâsi ve yekûnerrasulü aleyküm şehiden, ve mâ ceal-nel kibletelleti künte aleyha illâ lin amele vemen yettebiur-rasule mim men yenkalibû alâ akibeyhî, ve in kânet lekebiraten illâ alellezine hedallahû ve ma kânellahu liyudie imaneküm, innallaha binnasi lerâufurrahim.*

Nerede olursanız olunuz, yüzünüzü Mescidi Haram'a çevirin, o kible Haktır.

BAKARA 149 *Ve min haysü haracte fevelli vecheke şatral mescidilharami ve innehü lelhakku min rabbike vemallâhü bigâfilin am-mâ ta'melûn.*

Kible peygamberi, Mescidi Haram da ona başkanlık eden Resulün makamını ifade eder. Gaye onun arkasından yürümek, onu önder tanı-maktır.

Gerçekten âyette Kible Rabbin tarafından hak olduğu, Allahın iş-lenenleri bildiği yazılıdır. Allah Hakkı söyleyen Rasulün arkasından yü-rünmesini emretmektedir.

Deki: Allah adaleti emretti. İbadet ederken yüzünü Allaha çevir.

ARAF 29. *Kul emera rabbi bilkısdı ve ekimu vucuheküm inde külli mescidin veduhü muhlisine lehüddine...*

Ayeti de bu tefsire kuvvet verir.

Kurbanın kanı Allaha gitmez, sizln O'na yaklaşıma niyetiniz gider.

1) Ömer Rıza s. 48.

HAC 37. Len yena lalahe luhümüha velâ dîmaüha ve lâkin yenaluhut tekva minküm, keزالیکه sahharaha lakum litükebbüruliha alâ mahedaküm ve beşşiril muhsinin.

Kalben imanını muhafaza ederek meşrû bir menfaati koruma ihtiyacı ile imansız görünen kimse mes'ul olmaz.

NAHL 106. Men keferre billâhi min ba'di imanihi illâ men ükrihe ve kalbuhü mutmainnün bil imani ve lâkin men şerehe bîlküfri sadren le-aleyhim gâdabün minallah...

Kur'ana göre ibadet kalbedir. Fakat, Peygamber namaz ve diğer ibadetlerde bazı şekillere riayet etmiştir. Bu şekillerin başlı başına ayrı faydaları vardır.

190 — Formalizmin faydası da mahzuru da vardır.

Emniyet prensibi bazı akitlerin formalitelere tâbi tutulmasını, münasebetlerin adalete uymasa bile, nevilerine göre umumî kaidelerle tanzimini, akdin varlığını açıklayan karineler kabulünü gerektirir.

Peygamber bazı faydaları için şekle kıymet vermiş, fakat asla şekli esas ve maksada üstün tutmamıştır.

Kur'an vasiyette, akitlerde bazı formalitelere riayeti emir etmiştir (b. Vasiyet ve isbatı kolaylaştıran formaliteler bahsi).

Sosyal vakıaları basitleştirme ihtiyacı ile kabul edilmiş şekiller, kaideler kat'i mi, direktif mi olması noktasında filozoflar münakaşa ederler.

Münasebetler kaşılaştıkça ve çoğaldıkça, formalitelere uygun hareket iç sıkmağa başladı. Prof. Esmein halk için yazdığı, ilham veren küçük bir eserinde formalizmin en az sıkıntısını bir gişe önünde kuyruk olma sıkıntısına benzetiyor. Bununla beraber, son asırda şeref yeri verilmiş yumuşak hukuk sisteminin mahzurları da dikketi çekmeğe başladı. Hakikatte formaliteler, ne büsbütün kaldırılabilir, ne de kat'i sayılabilir.

Formalizm, ideolojilere bağlılık değil, bazı pratik faydaları olduğu için akbul edilmek lâzımdır. İdeolojilere bağlı şekillerdir ki, serbest irade fesefesini kuvvetlendirmiştir; yoksa, tarafı düşünmeğe zorlayan, hileleri önleyen, emniyeti koruyan, isbatı kolaylaştıran, sür'ati temin eden, üçüncü şahıslara bir akit muhtevasını öğreten formalitelerden vazgeçilemez.

Şekiller, müddetler, kategorik hükümler bir bakımdan kat'i diğer bakımdan direktif kabul olunmak gerekir. Kaideler sadece dürüst olan sos-

yal hareketleri ifade eden ortalama bir düstur olmak, münasebetin hususî şartlarına, istihdaf edilen gayeye göre hüsnüniyet kaidesi ile tâdili mahfuz tutulmak gerekir.

Formizmin başlıca faydaları:

a) Kanun veya akitle hakkı kullanma, borcu ifa için bir müddet tayini hakkın kullanılmasını, borcun ifasını tarafın iradesine, hâkimin takdirine bırakmaz, muamelelerde emniyet sağlar.

b) Şekiller tarafların münakaşa safhasından çıktıklarını, iradeleri kat'î olduğunu, beyanları proje halinde kalmadığını garanti eder. Vasiyet edenin vasiyetini tâbi tuttuğu şart ve mükellefiyetler muayyen şekillerle tesbit edilmezse, şahitlerin hâfızalarına tâbi kalır.

Muayyen şekilde evlatlık alınması, küçüğün aileye kabulü bir hizmet yapması, veya bir iyilik değil, hakiki evlat edinmek için olduğuna kat'iyet verir.

Tarafların sürprizlerle karşılaşmamaları için eskiden beri ehemmiyetli muamelelere el sıkmağa, bazı formül sözlerle kat'iyet verilmesi âdetlere girmiştir.

c) Formaliteler akitlerin objektif tezahürleri olduğu için, isbatını kolaylaştırır. Ezcümle, dâva konusu, yazı ile muayyen şekilde tesbit edilerek dâvalıya bildirilmezse, bildirildiği, bu cihet isbat edildiğine göre de muhtevası tam bildirildiği, itimat edilemeyen şahitlerin sözüne kalır.

d) Bazı formaliteler tarafa düşünme payı bırakır. Ezcümle, gayrı menkul alım satımı için tecrübeli bir memurun müdahalesi tarafları akdin şartları ve hukukî neticeleri hakkında aydınlatır.

e) Bazı formaliteler akde aleniyet verir. Tarafların muamelelerini gizlemelerine bir şey denemez, fakat üçüncü şahısların menfaat sahalarına in'ikâs edebilecek bir akdi ve şartlarını öğrenebilmeleri de temin olunmalıdır. Üçüncü şahıs meselâ, satın alacağı veya rehin kabul edeceği bir gayrimenkûl başkasına daha evvel rehin olmadığından emin olabilmek için rehin ve satış akdi muayyen şekilde ilân edilmelidir.

Bazı akitleri alenileştirmek için hususî siciller tesis olunarak akid, veya şartlarının üçüncü şahıslara karşı muteberliği sicile geçirilmiş olmasına tâbi tutulmuş, sicillerin herkes tarafından incelenmesine, tasdikli sureti alınmasına müsaade olunmuş, sicil kayıtlarının sebep olduğu haksız zararlardan Devlet mes'uliyet kabul etmiştir.

f) *Kategori kaideler.* Taraflar nâdiren akit sırasında akdin müterafık olduğu bütün şartları gözönüne getirerek menfaatlerine uygun

kaide bulabilirler. Nice hallerde, bir taraf diğ erinin kendine telkin ettiğ i şartları, neticelerini düşünmeden veya ona aş arı itimatla kabul ederek haksızlığ a uğ rar. İnsan tab'an zayıftır; hayır diye ş erre dua eder (Kur'an No: 14).

Hukukî münasebetlerin tam serbestlikle tanzimi iktisadî bakımdan zaif tarafı, kuvvetli olana tavizler vermeğ e mecbur da bırakabilir. Mecburî kategori kaidelerle zayıflar korunur.

Akitler, kategorilere irca edilip, tecrübelerle karş ılıklı menfaat vaziyetine uygunluğ u anlaşılmış kaidelerle tanzim edilmesi tarafları hüküm arama zahmetinden de kurtarır; aldanmalarını azamî derecede önler.

Fakat mecburî kategorik kaide ve şek iller mahzursuz değildir:

Kategori kaideler umumiyeti ile yol gösteren direktif hükümler olmalı, tarafların değ iştirme hakları mahfuz bulundurulmalıdır.

Mecburî kategorik kaide ve şek iller mahzursuz değildir:

a) Taraflar kanun hükümlerini bilmiyerek aldanabilirler. Onlar kanunu bisleler de aralarında nizâ baş göstereceğ i gün kanunu hâkimlerin nasıl anlayacaklarını kestiremezler. Kanunların mânaları mahkeme iç-tihatlarıyla, tefsirlerle de değ iş mektedir. Binaenaleyh kategorik hükümler mutlaka tarafların iş ine yaradığ ı iddiası doğru olmaz.

b) Kategorik hükümler umumiyetiyle ortalama doğru olsa da muayyen hâdiselerde doğru olmaz, hukuku şahsileştiremez. Formüle bağı lı hayat münasebetleri hakikatlarla tezat halinde bulunabilir.

Bir kaç misâl:

Alacaklı şek le tâbi olduğ unu bilmiyerek diğ erinin sözlü kefâletine itimat etmekle zarar görür.

Evlâtlık almak için evlât edinecek kimse en az 40 yaş ında olmak, evlilik içinde doğ muş çocuğ u bulunmamak, evlât edineceğ i kişiden en az 18 yaş büyük olmak (MK. 253) şarttır. Evlâtlık, evlât edinen kim-senin ikâm etgâhı hâkiminin müsaadesi üzerine resmî senetle alınabilir; (MK. 256). Hususî sebeplerle kanunî şek le tam olarak riayet edilmeden yapılmış evlâtlık akdinin iptali adaletle uymaz. Sevgi ile ölünceye kadar devam ettirilen evlâtlık münasebeti hâkimin müsaadesi ile alınıp kanun hükmünce zorla devam ettirilen evlâtlık münasebetine nazaran ve hattâ daha fazla himayeye değ er.

Rüş t yaş ı 18 dir (MK. 11). Muamelelere ehliyet için muayyen bir rüş d yaş ı olmasaydı âkidin bir muameleyi kavrayacak yaş ta olduğ u sonu gelmeyen münakaş alara sebep olurdu. Fakat, 18 den küçük bir gencin veli veya vasisinin nüfuzunda kalması, menfaatlerini koruyacak yerde

ihlâl de edebilir. Kendine istikbâl vâdeden bir işte, dürüst bir patrondan uygun bir ücret alan 17 yaşında bir genç ayyâş, babası tarafından yarı aç, şerefli olmayan bir işte çalıştırılmak için işinden çekilirse kanunî formalitelerle himaye edilmiş değil, tehlikeye sürüklenmiş olur.. Bugünkü iktisadî şartlarda ana baba çocuklarını küçük yaşlarında hayatlarını kazanmaları için kendi başlarına bırakıyorlar, bu çocuklar reşit addedilmeyerek, menfaatlerine ilgisi şüpheli bir vasinin vasayeti altında tutulması gayeye uymaz.

18 yaşını bitirmemiş, diğer âkidin zaranna menfaat sağlayan akıllı gençler vardır.

CK. reşit olmayan bir kadınla münasebette bulunan kişiyi günahına nazaran nisbetsiz bir ceza ile cezalandırmaktadır (416): Sokağa atılan bir kızı evine kabul ile dürüst hayat temin eden kimseyi, fiili kanunî fomüllere uyduğu için cezalandırmak, neticede felâket kurbanı kızların hüviyetleri meçhul kimselere mal edilmesine, sefâlete düşmelerine sebep olabilir.

c) Formüller esasında seyyâl olan hukuku doldurur; oysa hukuk otoritesini ihtiyaçlara ve hislere cevap vermesinden alır.

Kategori kaidelerin mahbusu olan halk, dardan kurtulmak için çâreler, tedbirler aramağa mecbur kalır. Kanun unutulur; sadece hukuk tarihi ile meşgul olanları ilgilendirir.

d) Nihayet, zekâlarını işletenler kanunların girdi çıktısından, boşluklarından, açık bıraktığı kapılardan istifade ile diğer tarafı akitten beklediği menfaatlerden mahrum edebilir.

Pratikte hemen her demokrat memlekette bir hayli kanunlar rasyonel prensiplere dayanmadığı gözönüne getirilirse, taraflar menfaatlerini, kanun vazından daha iyi tanzim edebileceği iddiası da yersiz değildir.

192 — Modern kanunlar formalizmin mahzurlarını tahdit eden bazı hükümler kabul ediyorlar: Ezcümle:

Tarafların irade beyanı, müstesnâ önemde olanlar hariç, şekle tâbi tutulmamıştır (BK. 1) b. No. 118.

Hâkim 15 ini bitiren çocuğun rüştüne kendi rızası, ana ve babasının muvafakati ile karar verebilir (MK. 12).

Formalizmin tehlikeli tatbikatı bilhassa hüsnüniyet kaidesi ile veya diğer kanunun hükümlerinden faydalanarak önlenir, azaltılır. Meselâ hâkimin evlâtlık alma müsaadesi tarafları himaye gayesini istihdaf ettiğinden, akit fiilen icra edilmiş olup âti için devamı da bir tarafın ölümü se-

bebiyle bahis mevzuu olmamakta ise bu müsaadenin alınmamış olması hüsnüniyet kaidesi tatbik olunarak iptal sebebi kabul edilemez.

İzin almadan resmî şekilde evlâtlık alınmış ise hâkim mâkabline şâmil bir kararla akde kat'iyet temin edebilir. Her halde, sonradan verilmiş bir izin, evvelce verilen izin hükmünde olması prensibi (İcâzeti lâhika, vekâleti sâbika) eski hukukta olduğu gibi, BK. ile de kabul olunmuştur (BK. 38).

Hâkim fevkalâde hallerde, pek mühim sebepler varsa 15 yaşını bitirmiş erkeğin, 14 yaşını bitirmiş kızın evlenmesine izin verebilir (MK. 88).

193 — Formalitelere riayetsizliğin neticesi:

Pratik hayatta ilgililer çok kere şekle tâbi vaziyetleri şekle uymadan sessizce kendiliklerinden yaratarak uzun zaman idame ettirmektedirler. Fiilî ikâmetgâh, fiilî evlilik, fiilî boşanma, fiilî ortaklık durumları gittikçe dünyanın her tarafında kanunî olanlara tercih edilmektedir. Erkek ve kadın kanunî merasim yapmadan karı koca hayatı yaşamakta, birbirlerine karşı kendilerini evli gibi vazifelerle mükellef bilmektedirler. Evli eşler hâkime gitmeğe lüzum görmeden ayrılarak bekâr hayatı sürmekte, vaziyetlerini devlet otoritesine aksettirmemektedirler. Şekle bakmadan evlâtlık alınıyor; nüfus memuruna haber vermeden ikâmetgâh değiştiriliyor. Halk şekil incelikleri ile alâkalı olmadan işine gelen vaziyeti serbest yaratmak istiyor.

Halkın kanunî şekillere riayet etmemeleri, formaliteleri mânasız, sıkıcı bulmalarından, hususiyle, kanunî statüye tâbi olmak istememelerinden ileri gelmektedir. Bugün aydın çok kimseler hukukçuların kılı kırka (dörde) yardığını sanırlar da formalitelerden şikâyet ederler¹.

Bununla beraber, kanunî olan formalitelere riayetsizliğin müeyyidesi akdin yok sayılmasıdır. Ancak, yokluk sekilsiz yaratılmış, fiilî olan vaziyeti tarafların idameye mecbur olmamalarına inhisar etmek gerekir. Bu vaziyetin neticelerini tayin bahis mevzuu olunca hâkim münasebetin mahiyetine göre, kıyas yolu ile kânunî hükümleri tatbik etmek gerekir.

FM. hüsnüniyet kaidesini tatbik ederek, sekilsiz yapılmış ve tarafların anlaşmalarına uygun olarak icra edilmiş bir münasebetin tahakkuk etmiş neticelerini muteber addetmekte, yalnız, kanunun koruduğu menfaat icabettirirse tarafa bir zararı olmasa bile akdin iptâlini isteme selâhiyetini tanımaktadır.

1) Savatier Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui Etudes Ripert cilt I s. 80, 81.

Ezcümle, iki taraf birbirini aldatmadan, kanunî şekle riayet etmek-sizin yaptıkları akti icra ettikten sonra, biri vaziyeti değiştiği için akdin muteber olmadığını iddia ederek verdiğini geri alamaz; fakat, kanunî şekiller tarafları düşüncesiz hareketlerine karşı himaye ettiği için taraf şekle riayet edilmeden yapılmış akdin hükümleri ile ileride hak ve borç tahakkuk etmesini önlemek için onun iptâlini isteyebilir. Dâvacı akdin muteber tutulmasından zarar gördüğünü isbât etmesi gerekmez. Zarar sebebiyle butlan iddiası ancak muteber akitler için bahis konusu olabilir.

FM. evvelki içtihatlarında icra edilmiş bir akdin butlanı iddiası hakkın suiistimâli olduğunu kabul etmişti, son kararında evvelki içtihatları tarafların himayeye muhtaç olmamaları haline inhisar ettiğini kayıt etmiştir. Dâvacı akdi hükümsüzlüğünü bilerek icra etmiş, yahut dâvalıya muhafazat olunan sonraki sebepler onu butlan istemeğe sevk etmiş ise bu iddia hakkın suiistimali olabileceğini, fakat bir akdi mevcut şartlara göre menfaatına zararlı bularak butlan iddia eden, hakkını suiistimal etmediğini kabul etti.

Hâdisede taraflar intikal harcından kaçınmak için gayrimenkûlün iktisab resmî senedinde evvelden ödenmiş bedeli göstermemişlerdi. FM. ye göre resmî senette iktisab şartları dosdoğru gösterilmemiş ise, şekle riayet edilmemiş olur. Kanuna göre, gayrimenkûl mülkiyetini nakleden akitler resmî şekle tâbidir (BK. 213). Resmî akitte, akdin bütün esaslı şartları gösterilmelidir. Dâvalı peşin ödediği bedelin resmî senede yazılması lüzumlu olmadığına kendini dâvacının iknâ ettiğini ileri sürmediği için, hakkın suiistimâli iddiası haklı görülmedi¹.

Taraf akdi icra etmiş olsa da şekle tâbi olduğunu bilmemiş ise hatâsını anlar anlamaz şekle riayetsizlik sebebiyle hükümsüzlüğünü iddia etmesi hakkın suiistimâli olamaz, fakat muteber olmadığını anladıktan uzunca bir zaman sonra butlan iddiası hakkın suiistimâli olur.

HUK. hususî senet tarihini tayin ettiği şekilde kat'iyet kesbetmemişse üçüncü şahıslara karşı muteber addetmemiştir (299). Fakat tarafların tanzim ettikleri senet tarihi üçüncü şahsın mâlûmu ise kat'i olmadığı iddiası hakkın suiistimâli olur. Kanunda yazılı olmayan bir delil ile dahi anlaşılan senet tarihi üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.

194 — *İsbatı kolaylaştıran formaliteler.* Nizâları önlemek, hâkimi yormamak, hakkı şâhitlerin yalan yanlış beyan ve takdirlerine tâbi tutmamak, şüpheli delil vasıtalarını bertaraf etmek için akitlerin isba-

1) FM. 7 Mart 1961 JdT 1961 555.

tı şekle tâbi tutulması doğru olur. HUK. kanunî delili ihmal edilmiş bir akit ve şartları taraf hâkim önünde ikrar edilmesinden başka vasıtalarla isbat olunamamamasını kabul ediyor. Taraf, vaktinde senet almasını ihmalinin cezasını çeker.

Yazı tarafların iradeleri ne olduğnda şüphe bırakmadığı, zamanla da değişmediği için, sübjektif tesirlere maruz bulunan şehadete nazaran daha ziyade itimada şayandır.

Kur'an müstesnâ haller haricinde, akitlerin yazı ile tevsiki lüzumunu emretmektedir.

Kararlaştırdığımız bir vâde ile borçlanırsanız yazınız, borçlu yazı bilmiyorsa bir yazar anlaşmayı doğrulukla Allahın emrine göre (fesat sebeplerinden âri ve borçlunun iradesine uygun olarak) yazsın, Allahtan korkarak bir şeyi eksik bırakmasın, borçlu seferde bulunmak, hasta olmak gibi sebeple iradesini beyan edecek halde değilse, velisi (kanunî olarak veya akitle onu temsil eden, hattâ onun menfaati ile tabii ilgisi olan maksuttur) adalet ile (nâmına veya hesabına hareket ettiği kişinin menfaatlerine göre) yazdırsın. Akdi tevsik edecek iki erkek bulunmazsa, bir erkekle iki kadını şahit tututn. Onlardan biri unutursa veya söylenenleri iyi anlatamazsa öteki hatırlıyarak şehadetini tamamlar.

Borç miktarı ne olursa olsun yazıyı ihmal etmeyin. Ancak taraflar muameleleri peşin olup, birbirleriyle münasebetleri kesilmiş ise senet yazılması gerekmez. Şahit, ve akdi yazan muhtevadan sorumlu olmaz, bu yüzden zarara maruz bırakılmaz. Onu hiyaneti yokken muahezeye kalkan, zahmetini karşılayan tazminatı vermiyerek ızzar eden fâsık olur. Allahtan korkun.

Akdi yazacak kâtip bulamazsanız, rehin alın, gösterilen itimadı suistimal etmeyiniz. Şehadetinizi saklamayın. Şehadetin saklanması günahdır.

BAKARA 282. *Yâ eyyühellezîne âmenû izâ tedâyantüm bi deynin ilâ ecelin müsammen fektübühü velyektüb beyneküm kâtibün biladli velâ yebe kâtibün en yektübe kema allemehullahü felyektüb velyümlililezî aleyhilhakku velyettekillahе rabbеhu velâ yebhas minhü şeyen fein kânellezî aleyhil hakku sefihen ev dâifen ev lâyetetiu en yümille hüve felyümlil veliyyühü biladli vesteşhidû şehideyni min ricâliküm fein lem yekûnâ raculeyni fe reculün vemraetân mimmen terdavne mineşşühedâi entadiüle ihdahümâ fetüzekkirâ ihdahümeluhra vela yebeşşühedâü izâ mâdiu vela tes'emû en tektübühü sağıran ev kebiran ilâ ecelihi zâliküm eksetu indallahi ve ekvamu lişşehâdeti ve ednâ ellâ tertâbu illa en teküne ticâraten hâdiraten tüdirunehâ beyneküm feleyse aleyküm cunâhun ellâ tektübuhâ ve eşhidû izâ tebayatüm vela yudârra kâtibun velâ şahidün ve intef alu feinnehü fusukun biküm vettekullahe ve yuallimüküllâhü valâhü biküllü şeyin alim.*

BAKARA 283 Ve in küntüm alâ seferin velem tecidu kâtiben ferihânun makbudatun fein emine ba'düküm ba'dan felyüeddillezi tü'mîne emanetehü vel yettekillâhe rabbehü ve lâ tektümüş şhadete ve men yektümhâ feinnehü asimun kalbuhu vallahü bimâ ta'melûne alim.

Bu âyet senet tanzimi mümkün olan yerlerde şâhitle iddianın isbat edilememesini iktiza eder. Senet yazacak doğru bir kişi bulunmazsa akit iki şahitle tesbit olunur. Akit sırasında dikkatleri çekilerek iki şahit hazır bulundurulmamış ise, sonradan bulunacak şahitlerle iddia isbat olunamaz. Kur'ane göre yalnız peşin icra edilecek muamelelerde delil tedariki gerekmez; zamanında tesbit edilmemiş akit ve şartları dâvalının ikrarına kalır.

Kur'an akitten başka münasebetleri istihdaf etmez. Çünkü, fiil sırasında mağdurun iki âdil şahit bulundurması kabil olmaz.

HUK. bir taraftan âmme menfaatını, diğer taraftan, dâvacıların hususî menfaatını gözeterek miktarı veya kıymeti 50 lirayı aşan bütün hukukî muamelelerin senet ile isbatı mecburiyetini koydu (288).

Bu hüküm Kur'an ile konmuş bir prensibin tatbikidir.

Amme menfaati: Akdin varlığını tahkik için şahit dinlenmesi, karinelerin incelenmesi masrafı çoğaltır, tâliklere sebep olur. Şâhitlerin doğruluğunu kontrol için zihin muhakemeleri hâkimleri yorar. Taraflar sözlü anlaşmalarının bazı şartlarını zamanla unutmaları yüzünden araları açılır ve dâvalar çoğalır. Hâkimlerin yorulmadan, az zamanda çok iş görmeleri, bu suretle, hâkim miktarından tasarruf edilebilmesi âmme menfaatidir. Şâhitlerin şahadete zorlanmaları için de zaruret bulunmalıdır.

Hususî menfaat: Akdin senetle isbatı tarafı, şahitlerin yalan yanlış şهادetine karşı korur. Maddî olaylar bıraktıkları izlerle kontrol edilebileceği için, görenlerin şهادetine nisbeten fazla güvenilebilir. Fakat bir beyana şahit olan samimi olsa bile beyanın müterafik şartlarını, muhtevasını tam ve doğru anladığı, unutmadığı hayalleri ile genişletmediği şüpheli kalır.

Amme intizamı, taraflar, ittifak etseler bile hâkimin şahitleri dinlemeden imtinâ edebilmesini icap ettirebilir. Ama, âmme intizamı, vakti müsait bir hâkimin şahit dinlemesine mâni olmaz. Hele tarafların muvafakati ile şahit dinlenerek verilmiş bir hükmün sadece bu sebeple bozulması faydasız yere formaliteye hakikatin kurban edilmesi olacağından kabul edilemez. Yalnız şahitle isbat memnuiyeti hususî menfaati de ko-

ruduğu için, tarafın itirazına rağmen dinlenen şahidin beyanına istinaden verilen hükmün bozulması gerekir. Çünkü, hakkı ihlâl edilmiştir.

Şâhitle isbat memnuiyetine dair HUK. hükmü, hasren tarafları yalan şehadete karşı koruma maksadını istihdaf ettiğini kabul eden Temyiz mahkemesi 1.3.1959 tev. içtihat kararı hâtadır¹.

Temyiz Mahkemesi kararına mucip esebep olarak, a) taraflar hakkı isbat vasıtalarını tayinde selâhiyetli olduklarını (HUK. 287, b) her iddianın zaten senet mahiyeti olmayan yazılı bir vesika ile (beyyine başlangıcı) isbatı mümkün bulunduğunu, c) nihayet, tarafın kimler olduğunu öğrendiği şahitlerin ve hasmının seciyeleri itibariyle yalancılığa tenezzül etmiyeceklerini bildikten sonra dinlenmelerine muvafakati bulununca artık âmme menfaatinin bu hususa engel olamayacağını beyan ediyor.

Mahkemenin basit bir işte, tarafların muvafakatiyle, kendiliğinden gelen bir şahidi dinlemesi ummuiyetle âmme intizamını bozmaz. Fakat, karışık bir işte taraflardan her birinin memleketin bir köşesinde oturan çok sayıda mahkeme kanalı ile getireceği şahitleri dinlemek için diğer dâvaları tâlike, diğer yer mahkemelerini istinabeye mecbur kalması, bir sürü kırtasiye, âmme intizamını bozar.

Tarafların isbat vasıtalarında anlaşmaları muteber olması muhakemeyi fantezilerine göre sevk ve idare için değil, aksine olarak tahkikatı basitleştirerek, vakitten tasarruf için kabul olunmuştur. Zaten bu çeşit anlaşmalar da senetle tevsik olunmak gerekir.

Tevhidi İçtihat kararında diğer bir hatâ, akitlerin şâhitle isbatı ya sağ onların yalancı olmaları farzına istinat ettirilmesidir. Şâhitle en ağır cezayı istilzam eden suçların dahi isbatı tabîî sayılırken bir kaç kuruş kıymette bir akdin isbat edilememesi lojik olamaz. Hususî menfaat noktasından, akit şahidinin dinlenmesine asıl mâni, onun hüsnüniyetle dahi şahidi olduğu vakıaları yanlış anlaması, hatırda tam tutmaması ihtimlinin çokluğu, beyanlarının doğruluğunun maddî ve objektif izlerle kontrol edilememesidir.

Muamelelerin yapıldığı günkü kıymet esastır. 1000 lira alacak, kısmen tahsil edilerek 50 liradan az da kalsa şâhitle isbat olunamaz (HUK. 289).

Senede bağlı bir iddiaya karşı müdafaa olan bir muamele 50 liradan az da olsa senetle isbatı mecburidir (HUK. 290).

1) R. 26 Haz. 1959.

Şahitle isbat yasağının *istisnâları*, ahlâkî veya maddî bir sebeple senet tanzimi kabil olmaması hallerine inhisar eder.

Maddî veya mânevî imkansızlıkla senede bağlanamamış muameleler her vasıta ile isbat olunabilir (HUK. 293).

Kanun şu aşağıdaki hallerde bu imkânsızlığı kabul eder.

a) Bütün haksız fiiller. Bir müteccavizin kendi aleyhine senet yazması beklenemez.

b) Usul ve fûrû, kardeşler, karı koca, kayınbaba ve ana arasındaki akitler. Bu akitlerin senetle tesbitine karşılıklı saygı mâni olabilir; alacaklı kolay senet istiyemez.

Fakat, hâkim muayyen bir hâdisede muamelenin miktarı, mahiyeti ve şartları iki hisım arasında senet yazılmasına mâni olmayacağı kanaatında bulunursa, iddianın şahitle isbatına müsaade etmez. Meselâ, bir kardeşin diğerine 100 000 lira bir kapitali senetsiz vâde ile ödünç verdiğini isbat için şahit dinlenmez.

c) Halin icabı ve iki tarafın karşılıklı durumları itibariyle senede bağlanması âdet edilmeyen işlemler şahitle isbat olunabilir.

Bu hüküm taraflar arasında, hattâ umumiyetle bir muhitte senede bağlanması âdet edilmemiş muamelelerin her vasıta ile isbat edilebilmesini değil, senede bağlanması zor olduğu için âdet olmayan muamelelerin senetsiz isbat edilebilmesini tazammun eder. Meselâ, bir otele inen yolcu otel müstahdemine teslim ettiği eşyaları her vasıta ile isbat edebilir; meğer ki otelde eşyaların birer birer muayeneden sonra makbuzla teslimi âdet olsun. Fakat otel müşteriye ödünç verdiğini senetsiz isbat edemez.

d) *Beyyine başlangıcı*. Bir akit senetle tevsik edilmemiş olsa bile, yazıdan mütehassıl karinelerle isbat olunabilir (HUK. 292).

Hâkim yazılı beyyine başlangıcı ile bir vakıayı sabit addedebilmek için ayrıca şahit dinlemesi gerekmez. Beyyine başlangıcı yazıda tam bir vuzuh olmaması halinde şahit dinlenmesine ihtiyaç bulunur².

Bir beyyine başlangıcı delil olmak için aleyhine ileri sürülen kimseden sadır olmuş bir yazı olmalıdır. Ne kadar kuvvetli olursa olsun, yazıdan başka karineler beyyine başlangıcı olamaz. Fakat, beyyine başlangıcı yazının imzalanmış olması gerekmez. O bu hususiyeti ile senetten

2) Türk Hukuk Kurumunda konferansımız. 25 Mart 1942 Adliye Ceridesi.

ayrılır. Bir vesika imzalı ise senet, imzalanmamış ise beyyine başlangıcı olur. Mühürlü bir vesika da beyyine başlangıcı olabilir.

Dâvalıyı temsil eden veya makamına kaim olan bir kimseden sadır olan yazı da beyyine başlangıcı olabilir. Ancak, kişinin diğerine iradelerini yazması için emir vermesi hukukî muamele olduğundan senetle isbatı gerekir. Maahaza, Fransız Temyiz Mahkemesi yazı yazamıyan bir kimsenin ağzından çıkanı olduğu gibi yazılmasını, sadece iradesini beyana bir yardım kabul ederek ona göre yazılan yazıyı beyyine başlangıcı saymıştır.

Beyyine başlangıcı yazı ile senedin diğer farkı şudur: Hâkim iptâl edildiği veya sonraki bir muamele ile hükümsüz kaldığı isbat edilmedikçe senede göre hükme mecburdur; beyyine başlangıcını ise ihtiva ettiği muamelenin tamamlığına ve sonraki bir muamele ile iptal edilmediğine kanaat etmezse delil saymaz.

e) *Senedin kaybedilmesi.* Alacaklı senet aldığını, kusuru olmadan onu kaybettiğini isbat edebilirse, muhtevasını şahitle isbat edebilir (294).

Hâkim hal karinesi ile bir işlemde senet tanzim edildiğine kanaat edebilir. Tarafa, alacaklı olmasını gerektiren sebep, ödendiğini beyan ettiği parayı nereden alındığı, senedi nerede sakladığı gibi iddiasının doğruluğunu kontrole yarayan sorular sorulmalı, cevapları işlerin mutad yürüyüşüne uygun görülmelidir. Senedi kendine izafe edilebilecek bir kusur ile kaybeden iddiasını şahitle isbat edemez. Bir icap yokken senedin diğerine tevdi kusur sayılabilir.

Senedini kaybeden, senet muhtevasının sonraki bir muamele ile hükümsüz kalmadığını da isbat etmelidir.

MK. hükümleri mahfuz olduğundan bir vasiyetnâme mücbir bir sebeple de kaybolursa ancak parçaları toplanarak münderecatı tamamen tesbit edilebilirse muteber tutulabilir. (Medenî Kanun Şerhimiz m. 290 no. 3).

f) *Akitte hatâ ve hile.* Taraf senet münderecatında hatâyâ düştüğünü, bahis mevzuu münasebete hile ile veya zorla razı edildiğini, senet muhtevasını almadığını, ahlâka aykırı bir hükmü yürütmek için akte asılsız bir vasıf izafe edildiğini (kanun hilesi), meselâ, alacak gerçekte yüksek faiz olduğunu tanıkla isbat edebilir.

Üçüncü şahıslar da, bir akdin kendilerine karşı hile olduğunu şahitle isbat edebilirler; fakat hileyi ileri sürmezlerse, onlar da senetsiz iki

taraf arasında bir hukukî muameleyi şahitle isbat edemezler. (Pratik Hukuk 1950. 100, Makalemiz).

Hak bir hukukî muamele ile bir maddî vakıa birleşerek doğmakta ise, maddî vakıa her vasıta ile isbat olunabilir. Ezcümle, mucirin teklif olunan kirayı reddetmesi maddî bir vakıadır, onun kirâyı almaktan kaçındığı her vasıta ile isbat olunarak tahliye dâvasının reddi istenebilir¹.

Mağduru cinsî münasebete razı etmek için başvurulmuş hile her vasıta ile isbat olunabilir.

Emniyetin suistimâli iddiasında, emânet akdi senetle isbat edilmek gerekirse de ona hiyanet her vasıta ile isbat olunabilir.

CUK. a göre (255), bir suç unsuru âdi hukuka ait bir münasebet ise, ceza hâkimi bu münasebete de delilleri serbest takdir ederek karar verir. Ancak, suçun bir unsuru 50 liradan fazla kıymette bir akit ise hâkimin her vasıtadan edineceği kanaatla bu işlemi sâbit farzedebilmesi içtihat ihtilaflarına sebep oldu.

Temyiz Mahkemesi 2 Nisan 1941 Tevhidi içtihat heyetinde¹ HUK. genel olarak kanunun bir delille isbatını emrettiği hususların başka vasıta ile isbatını yasak ettiği (287), yalan yemini ikrar veya yazılı bey-yine ile sâbit olmadıkça iadei muhakeme talebî kabul etmediği (455), tarafın muayyen bir vasıta ile isbatı gereken bir vakıayı merci değiştire-rek her vasıta ile isbat suretiyle şahsî bir menfaat sağlaması lojik olamayacağı gerekçeleriyle, yemin ile isbat edilmiş bir hukukî muamelenin aksi cezada her vasıta ile isbat edilemeyeceğini kabul etti.

Bir hukukî münasebetin kanunen mecburi iken senede bağlanma-ması, tabîi ve vicdanî kalmasını da istilzam eder. Şu var ki, kanun hak-sız mahkûmiyetleri önlemek için ceza hâkimini kanunî delillerle bağlı tutmadığından, sanık senetle isbatı mecburi bir hukukî muameleyi de meselâ, çaldığı iddia olunan malı satın aldığını her vasıta ile isbat ede-bilir.

196 — 1956 TK. formaliteye aşırı kıymet vermiş görünür. İki misâl:

a) TK. ticarî teamülleri hukuk kaynağı kabul ettiği halde, tâ-cirler arasında, bir tarafı temerrüde düşürerek akdi feshe esas olacak ihtarın noter vasıtasıyla veya iadeli taahhütlü mektupla yapılmasını lâzım saymıştır (20). Mutad vasıtalarla ihbar borçluyu temerrüde düşürmez. Bu hüküm ihbarın ciddiyetini temine matuftur. Binaenaleyh ciddiyetin-den şüpheyne mahal olmayan başka şekilde ihbar ile de borçlu temerrü-

1) Tev. İçth. R. 7 Haziran 1941.

de düşebilir. Hüsnüniyet kaidesi bu şekil ihbarın muteber tutulmasını iktiza eder.

b) Müşteri satın aldığı malı örf ve âdete göre imkân hâsıl olur olmaz muayene ederek aybını satıcıya ihbar ile mükelleftir (BK. 198), TK. ise, formalist bir zihniyetle, satılan malın mahiyetini, mikdarını, bulunduğu yeri nazara almadan, müşteriyi aldığı malı götürü 8 gün içinde muayene ile aybını ihbara mecbur tutmuştur (25 No. 3). Bu formaliteye riayetsizliğin neticeleri de hüsnüniyet kaidesi ile hafifletilmek gerekir. Hâkim, şartların hususiyetine göre Borçlar Kanununu tatbik eder.

197 — *Müddetler*. Borçları ifa, hakları kullanmak için zamanlar tâyin olunarak hukukî vaziyetlerde istikrar sağlanır, haklar muallâkta bırakılmaz.

Hakların kullanılması veya edâsı için iki ayrı tip müddet kabul olunur: a) Müruruzaman müddeti, sukutu hak (hakkı düşüren) müddeti. Hak düşüren müddetler kesin olup, o müddette kullanılmayan hak düşer.

MK. nun hakları kullanılmak için tayin ettiği müddetler kat'idir. Ezcümle, koca, karısının doğurduğu çocuğu, doğumu öğrendiği günden itibaren bir ay içinde reddedebilir (242).

Evlilik dışında doğan çocuk veya anası nâmına babalık dâvası doğumdan evvel veya doğumdan sonra bir yıl içinde açılabilirler (296).

Hâkim babalık dâvası açmak için bir kayyım tâyin etmiş ise müddet kayyım tâyininden itibaren yürüyeceği tev. içt. kararı hatâdır. Doğan çocuğun yıllar sonra kendine baba araması kabul olunamaz. Uzun yıllardan sonra çocuğun babası kim olduğunu beyan edecek olan şahitlere güvenilemez, hatır şahidi tedariki kolay olur, hasmın müdafaası güçleşir. Kanunun mucip sebepleri kayyımın kanunen muayyen müddetten sonra açtığı dâvanın da dinlenmemesini tazammun eder. Nihayet, madde zorlamak müddetinde kayyım tâyin edilmiş ise, tâyinden itibaren müddetin yeniden yürümesi kabul olunabilir. Her halde, bu içtihat doğumdan yıllar sonra reşit olan çocuğun kendi nâmına babalık dâvası açabilmesini tazammun etmez.

Yüksek mahkeme kararına destek olarak bu hususun "ilmî içtihatlar ve mahkeme kararları ile kabul" edildiğini kaydetmiştir. Verilen refansları münakaşaya kitabımızın hacmı mütehammil değildir. Yalnız FM. nin son bir kararını zikir ile iktifa edelim:

FM. müddetin sonuna pek az kala tâyin edilmiş kayyım avukatın

1) Tev. İçt. 2 mayıs 1960 R. 15 Ağustos 1960.

geri kalan kısa müddette adlî müzaharet temin edilememesi sebebiyle daha sonra açtığı babalık dâvasını reddetmiş ve avukatı vazifesinde kusuru sebebiyle mes'ul tutmuştur².

198 — *Zamanaşımı*. Az çok uzun bir zaman geçmekle haksız bir vaziyetin hakka çevrilmesi adalete uymaz. Fakat, muamelelerde emniyeti koruma (dinamik emniyet) ihtiyacı adaletten bir derece ayrılmayı gerektirmektedir. Hakkına uzun zaman lâkayıt kalmış hak sahibi vaziyeti bilmiyerek haksız iktisap edenlerin zararına himaye edilemez. Niha yet, zamanla haksız vaziyetlere alışılır, hak kimin olduğunu tesbit zorlaşır. Sosyal emniyet zamanla takarrür etmiş fiilî vaziyetlerin korunmasını iktiza eder. Kişinin hüsnüniyetle iktisap edip zamanla kökleşen haksız vaziyetini, hakkına lâkayıt kalarak tecavüzü kolaylaştırmış hak sahibine tercihan koruma hakkaniyete de uyar. Yalnız bir malı haksızlığını bile rek iktisap eden kişinin zamanla iktisabının kanunî olması zorbalığı, ah-lâksızlığı teşvik mahiyetinde olur, kabul edilemez. MK. müstesnâ olarak ölmüş bir kimse nâmına kayıtlı veya esasen tapuda kayıtlı olmayan bir gayrimenkûlü, 20 yıl nizâsız tasarruf eden kişinin suiniyet sahibi olsa bile mahkeme kararı ile o gayrimenkûlü iktisap edebilmesini kabul ediyor. Oysa hukuken muteber olmayan bir sebeple bir gayrimenkûlü iktisap eden ancak iktisabı haklı olduğuna kâni ise 10 yıl tasarruftan sonra mahkeme kararına hacet olmadan iktisap eder (MK. 639). Fakat, o, suiniyet sahibi ise aradan ne kadar zaman geçerse geçsin iktisap edemez.

199 — Her hak kanununda aksine sarahat yoksa 10 yıl dâva edilememekle düşer (BK. 125). Fakat, hâkim zamanaşımını re'sen nazara alamaz (140). Kanun tarafa vicdan istirahatı için nizaa yer vermiş olan vaziyeti hukuka uygun olduğunu isbat hakkı vermiştir.

Hâkim zmanaşımı süresini adalet düşüncesi ile tâdil edemez; fakat onun başladığı ve sona geldiği zamanı tâyinde selâhiyeti vardır. Ez-cümle:

Hizmet mukavelesinden doğan alacak, akdin devamınca veya alacağı bir Türk mahkemesinde iddia kabil olmadığı müddetçe zaman aşımına uğramaz. (BK. 132). Hizmet mukavelesinin zımnen feshedildiği, alacağı Türk mahkemesinde iddiaye mâni fiilî veya hukukî sebeplerin başladığı günü hâkim biraz indî olarak takdir edecektir.

2) FM. 12 Aralık 1961 JdT 1962 363. Bu kararda avukatın mes'uliyeti takibini ihmal ettiği dâvayı kazanma ihtimali kuvvetli bulunduğu takdirde kabul edilebileceği tebarüz ettirilmiştir. Babalık dâvası ile mes'uliyet dâvasına bakacak hâkimler aynı ise içtihatta zıtlık ihtimali bulunmaz.

Nişan bozulmasının sebep olduğu dâva nişanın bozulmasından bir yıl sonra zaman aşımına uğrar (MK. 87). Nişan zımnen bozulmuş ise, bu müddetin başlangıcını hâkim gene indî olarak tesbit edecektir.

Haksız fiilden doğan zarardan mesuliyet dâvasında müruruzaman zarar görenin zararını, fail kim olduğunu öğrendiği (BK. 66) tarihten yürür. Çok kere zarar haksız fiilin işlendiği gün tam olarak tahakkuk etmez, başlangıçta ehemmiyetsiz görünen bir zarar zamanla diğer sebeplerin birleşmesi ile şiddetlenir, şümûlü artar. Hâkim haksız fiil tazminatında da müruruzamanı, başlangıç tarihinde oynamak suretiyle uzatabilir. Hâkim selâhiyetini kullanırken tarafın hakkını müddetinde fiilen iddia edecek vaziyette olup olmadığını gözönünde tutmalıdır.

Bazı hallerde müruruzaman kesilerek yeniden yürümeğe başlar (133). Ezcümle, borçlu borcunu ikrar eder, borcuna mahsuben ödeme yapar; alacaklı hakkını dâva eder; icraî takip yaparsa müruruzaman kesilir.

Diğer bazı hallerde ise müruruzaman kesilmez, tâtil olunur, tâtil sebebinin devamınca uzar.

BK. umumi olarak (125 ve 126. maddeler) tâyin ettiği müruruza-
man müddetini değiştiren mukaveleyi hükümsüz addetmiş (127) fakat, hususî olarak tâyin ettiği müruruzaman müddetlerinin mukavele ile tâdiline müsaade etmiştir.

200 — Mecellenin küllî kaidelerine müstakar vaziyetler:

Mecelle zamanla istikrar bulmuş vaziyetleri, hak olmasa bile, himaye etmektedir.

“*Kadim kîdemi üzere terkolunur*” (Mec. 6), eskidenberi devam etmekte olan bir durum hali ile bırakılır.

Mecelle’ye göre evvelini bilir kimse olmayan bir durum kadimdir. (161). 15 yıllık bir zaman ile dâva hakkı düşer.

Fakat, devam etmekte olan bir “*zarar kadim olmaz*” (7). Âmme intizamını bozan, diğerinin himaye altındaki menfaatlerini ihlâl eden bir durum ne kadar eski olursa olsun kaldırılır.

“*Bir şeyde sebebi temellükün tebeddülü (iktisap sebebinin değişmesi) ol şeyin tebeddülü makamına kaim olur*” (98).

Bir kimse diğerinin mallarını ona halefiyet ile olmaksızın, zaman aşımı, istimval gibi aslî bir sebeple ihtisap ederse, o mal yeni sayılarak üzerinde diğerinin hakları düşer (MK. 699, 700).

“*Sakit olan şey avdet etmez, yani giden geri gelmez*” (51).

SEKİZİNCİ BAP

MAL VE HİZMET MÜBADELESİNDE ADALET

BİRİNCİ FASIL

KIYMETLERDE TEADÜL

201 — Mübadele edilen kıymetler arasında teadül bulunması prensiptir. Fakat, teadülü ne esasla, nasıl sağlamalı? Meşhur bir hattâtın vaktiyle yazdığı bir Kur'an'a, tanınmış bir ressamın imzasını taşıyan tabloya, insanlara hesapsız faydalar sağlayan bir fikre, büyük bir tehlikeyi atlatan hizmete kıymet biçilebilir mi?

Bir gayrimenkûle, hususiyeti olan menkûl bir mala takdir olunan kıymet indîdir, hakikat olmaz. Bir mal veya hizmetin kıymeti tarafların sübjektif istifadeleri ile de çoğalır. Meselâ, lüks bir bina yanında bulunan arsa, bahçeye çevrilebilecekse kıymeti bina sahibi için objektif kıymetinden çok fazla olur.

Bir mal veya hizmet mübadelesinde umumiyetle iki taraf da menfaat bulduğu için serbest iradeleri ile mütabık kaldıkları kıymet her ikisini de memnun eder, âdildir. Bir mübadelede karşılıklı kıymetler arası teadül yalnız bir tarafın ahval ve şartlar itibariyle maruz bulunduğu bir zorluktan kurtulma ihtiyacında bulunması, piyasa vaziyetini bilmemesi veya tecrübesizliği sebebiyle hataya düşmesi, diğer taraf da onun bu vaziyetinden faydalanması halinde bozulur.

Kur'anda mübadele edilen mallar arasında objektif bakımdan kıymetçe tam muadelet bulunması gerektiği yazılı değildir; yalnız "beyi, helâl, riba haram" olduğu zikredilmiştir.

BK. Kur'an ile mütenazir hüküm kabul eder.

Allah bey'i (mal ve hizmet mübadelesi) helâl, ribayı haram etmiştir. Katmerli riba yemeyiniz.

BAKARA 275. Ellezine yeküluner riba la yekumune illa kema yekumüllezi yetehabbetühüş şeytanu minelmessi zâlike biennehüm kalu

innemel bey'u mislür riba ve ahal Allahül bey'a ve harramer riba femen caehü mevîzatun min rabbihi fentehâ felehu maselefe ve emruhu il Allahi ve men ade feülaike ashabün nari hüm fihâ halidun.

Çok tefsirciler alınan misli malın, ne kadar az olursa olsun fazlasını riba kabul ederler. Onlara göre bir tüccar diğerine 100 000 lira kazanç sağlayacak bir iş için bir yıl vâde ile 50 000 lira borç verip 1 lira dahi faiz alması haram, bilâkis, kişinin faizle ödünç para bulamadığı için hayati zaruretle satışa çıkardığı değeri 10 000 lira kıymetindeki malının onun vaziyetinden istifade ile 5 000 liraya satın alan müşterinin haksızlığı âşikâr nisbetsiz kârını helâl saymaktadırlar. Bu tefsire kâni dindar adamlar şer'i denen hile ile ayda %10 a yükselen faiz almaktan vicdan azabı duymadılar¹.

Allahın iradesi bu olduğunu sanmıyorum. Riba borçlunun sıkıntılı vaziyetinden istifade olduğu için haram edilmiştir. Borç altında ezilen kişinin bilhassa "katmerli, muzaaf" faizlerle büsbütün yıkılması ahlâka aykır, iktisadî bakımdan hakikaten tehlike olduğu için yasaktır. Bir hile ile ribaya meşruiyet verilmesi istihdaf edilen gayeye açıkça muhaliftir. İfade ettiği mâna itibariyle mevsuk olduğundan şüphe edilemeyen bir hadisten tercüme edilen Mecelle "Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir" (2) demişti. Heva ve hevesi peşinde koşan şahısların kredi ihtiyaçları yoktur. Faizle borç alınması lüks istihlâki teşvik ederek piyasayı sun'î olarak canlandırır. Sonunda borçlar ödenemiyerek iflâslar çoğalır. Zarurette bulunanlara her ne nâm ve şekilde olursa olsun yardım insanî bir vazifedir. Fakat faizle kredi işleri genişler, inkişaf eder. Mutadil faizli ödünçten veren de, alan da memnun olur. Sağlanan kârdan ödünç verene pay ayrılması âdildir. Herkes sermayesini işletmeğe ehil değildir; diğer çeşit meşguliyeti de buna mâni olabilir; Sermaye sahiplerinin sermayelerini faizle işleterek âtil halde bırakmamaları teşvike değer. Bu sebeple Kur'an mutlak faizi değil, katmerli (az'afen muzaafe) faizi haram etmiştir.

Riba kişiye karşılıksız bir menfaat temin etmesi bakımından alışverişten (beyi) ayrılır. Ödünç verenin fazla aldığı şey, maruz kaldığı

1) Vaktiyle, bir lira bile faiz almaktan çekinen eytam idaresinden 5 yıl vâde ile arsa rehin mukabili 600 lira borç almıştık. Bu paranın yılda (hatırimda kaldığına göre) %12 hesabı ile 5 yıllık faiz tutarı nisbetinde bir bedelle bana 3 lira kıymetinde bir saat sattılar, sonra da o saati hibe etmemizi istediler. Bu oyun nasıl helâl olur?

ademi tediye tehlikesine, verdiği paradan iade edilinceye kadar istifade mahrumiyetine tekabül ettiği nisbette karşılıksız olmaz.

Tefsirciler çıkmazdan kurtulmak için ancak altınla altın, gümüş ile gümüş değişmesi, veyahut yenecek hayati gıda maddeleri olan 6 kalem eşya öduncünde riba kabul etmişlerdir. Tıbyan'a göre "âmmei ülema bu fikirdedirler; Peygamber ribayı 6 şey üzerine nasbetmiştir"².

Binaenaleyh, tehlikeli bir işte, kullanılacak para ikrazında batma tehlikesine tekabül eden bir istifade riba olmaz.

Borçlunun borçlarının faizi altında ezilerek perişan olmaması için ribayı yasak eden hüküm dolambaçlı yollarla (şer'i hile) faiz alınmamasını da gerektirir, fakat onun büyük bir menfaat kaybına uğramamak için seve seve vereceği bir faizin alınmasının yasak olmasını tazammun etmez.

Allah kullarının güç durumda kalmalarını değil, kolaylığını murad eder.

Elmalı'nın katmerli ribayı yasak eden âyet, ribayı mutlak yasak eden âyetle münfesihi olduğu, medeniyet yükseldikçe faiz kabul edilemeyeceği fikri sıkıntıda olana verilen ödünç ile ticarî işlerde kazanç sebebi olan faizi kanştırmasındandır; İki âyet arasında tenakuz yoktur. Bu iki âyet birbirini tamamlar. Riba hale göre ağır ve borçlunun perişan vaziyetinden faydalanarak ahnan onun istemiyerek ödediği bir faiz veya fahiş bedeldir. Borçlunun hissettiği iç tazyike dayanamıyarak kabul ettiği faizle, kazanç için seve seve verdiği faiz mahiyeten çok farklıdır. Yalnız ödünçte değil, bütün akitlerde nisbetsiz karşılık katmetli ribadır.

Allah hasen olan, (borçluyu sevindiren, işini kolaylaştıran) ödünçü bir kaç misli arttırır.

HADİD 11 Menzellezi yukridullahe kardan hasenen feyudatfe-hü lehü velehü ecrün kerim.

Hasen olan, faizsiz ödünç değil, ruhu neşelendiren, kimseye zararlı olmadığı halde taraflara veya diğerlerine menfaat sağlayan her şeydir. Büyük kâr peşinde paraya muhtaç birine muhtemel kâna nisbeti hiç kabîlinden yılda %6 gibi az bir faizle ödünç verilmesi onu da ailesini de ödünç vereni de sevindirir, oysa bu vaziyette faizsiz borç alan alacaklının minneti altında kalarak üzüldür, binaenaleyh, kişinin kendi menfaatini ihmal etmeden borçluya iyilik gayesi ile verdiği mutedil faizli ödünç hasen olur. Alacaklının aldığı faiz borçlunun kârından bir parça ,ona ortaklıktır. Alacaklı ortaklık sözü ile kârın %90 ını alması he-

2) Tıbyan s, 186.

lâl olunca ne için nisbeten hiç hiç kabilinden bir miktarını faiz diye alması haram olacak? Riba “Allah kolaylığını ister, güçlüğünüzü istemez” âyetine aykırı anlaşılacak borçluya kredi temini ile yardım güçleştirilmelidir. Mutedil faizle ödünç bulamıyan zaruri bir ihtiyacını def için mallarını yok pahasına satmakla ıstırabını arttırır. Allahın emrinin gayesi Roma’da olduğu gibi ağır faizle hayatî zarurete düşmüş borçlunun köleliğe irca edilmemesi, hayatî zarurete düşürülmemesidir. Aynı mucip sebep sıkıntıda olan borçluya mühlet verilmesini, borcun kısmen affını da gerektirir. b. No. 203.

202 — BK. (21) mal ve hizmet mübadelesinde bir taraf diğerrinin zaafından, sıkıntısından, cehaletinden faydalananarak umumiyetle vicdanlara aşırı görülen bir menfaat temin etmesi halinde zarar görene akdi fesh ile verdiğini geri alma hakkı tanımıştır. Kur’an ile yasak olan “*az’afen muzaa*” riba budur.

Bir akitte bedelin fâhiş olup olmadığı hususî şartlara ve tarafların gözönündeki hususî menfaatlerine göre takdir olunur. Dâvacı şartlara göre, fâhiş bedel vermesine rağmen akitten istifade etmiş ise, meselâ, fırtınalı bir günde yükü ile trenden inen bir yolcu bilhassa beklemekte olan bir arabaya mâlî vaziyetini sarsmadan âlelâde ücretin üç mislini vererek kendini bir zarardan koruyabilmiş ise bu bedel fâhiş olmaz. Yolcu arabayı bulmasaydı ziyanı nisbetsiz olacaktı.

Müzayaka kişinin bir menfaatini korumak için akdi yapmağa kendini mecbur hissetmesidir, şerefini koruma ıstıranı da muzayaka halidir. FM. nakit mevcudu olmayan, fakat malları borçlarına yeter bir anonim şirketin maruz bulunduğu iflâs tehlikesini muzayaka hali kabul ile alacaklıya takibini durdurmak için verdiği fâhiş faizi tenzile tâbi tutmuştur. Bu kararda borçlunun vaziyeti zamanla kritik hale gelerek alacaklı hakkında ademi tediye tehlikesi çoğalırsa vâdeyi yenilemek için faiz nisbetinin yükseltilmesi mahfuz tutulmuştur¹.

Âkidin hafifliği fren tanımayan hislerinin sürükleyici tesiri altında bulunmasıdır. Aşkın sürükleyici tesiri ile kocanın karısına mal bağışlaması da fesih sebebi kabul olunabilir.

Fakat, bir nizâlî haktan uzlaşarak feragat eden fedakârlığı nisbetsiz olduğunu ileri süremez. Uzlaşma kararsız bir vaziyete son verir. Tarafların nizaı bitirme iradesi yeni bir niza vesilesi olmamalıdır. Taraf akdin feshini ancak hatasını veya ikrahı ileri sürerek istiyebilir (BK. 30).

1) FM. 14 Şubat 1958 JdT 1958 531.

İKİNCİ FASIL

BORÇLUNUN HİMAYESİ

203 — Hakların cebri vasıtalarla temini himayeye değer hayli menfaatlara karşılaştı. Alacaklının, borçlunun, takibe iştirak etmemiş alacaklıların, üçüncü şahısların, bazen de âmmenin menfaati birbirine zıt olabilir. Bunları uzlaştırma zorluğu ile cebri icrayı tanzim eden kanunlar diğer kanunlara nazaran şikâyetlere daha fazla hedef olmaktadır. Alacaklılar borçlularını merhametsizce takip temayülündedirler, oysaki borçlunun bu sıkı takip yüzünden düşeceği feci vaziyet nice halde tesanüt tabii kanunu ile kendileri için de zararlı olabilir. Sefil halk kitlesinin yaşadığı bir muhitte istihsal azalır, asayiş tehlikeye düşer, servet sahiplerinin dolayısı ile rahatları kaçır.

İİK. malları haczolunan borçlu alacaklı satış talebinde bulunmadan üç taksitte borcunu ödemeyi taahhüt etmesi halinde malları satılmaması prensibini koymuştur (111). İsviçre K. daha çok makul olarak borcun tecili için alacaklının satış talebinde bulunmuş olması şartını koymamaktadır. Türk kanunda bu şart pratik bakımdan borçlunun mehilden istifadesine mani olur.

Sıkıntıda olan borçluya eli genişleyinceye kadar kolaylık gösteriniz, onu borçtan affetmeniz sevaptır.

BAKARA 280. Vein kâne zûusratin feneziratün ila meyseratin ve en tesaddaku hayrun leküm inküntüm talemun.

Kur'ân borçlulara da umumî yardımı emir etmektedir. *Tevbe 60, b. No. 330.*

Borçlunun insanca yaşamasını sağlayacak mal, hak ve geliri hacizden muaf tutulmuştur. (İİK. 82, 83). Borçluyu, Roma'da olduğu gibi esarete irca eden bir cebri icra ahlâkî olamaz. Borçlunun göstereceği garanti karşılığında uzunca bir müddet imhali, hattâ ihtiyatsızlığı ile değil de, tabii, politk, sosyal sebeplerle acze düşmüş ise bir kısım borçlarının affı sevap, iyi anlaşılan alacakların menfaatına da uygundur.

Borçluyu yaşayamaz hale getirecek bir cebri icra kabul edilemez. FM. bir kaza mağduruna sakatlığı sebebiyle hükmolunabilecek tazminatı yalnız ona tedavi için kredi veren alacaklı haciz edilebileceğini kabul etti¹.

a) Borçlu aldığı kredi ile umduğu kazancı temin edemiyerek iflâs ederse artık alacağa faiz işlemez (İİK. 196). Müflis, haczedilebilen

1) FM. 15 Ocak 1959 JdT 1959, 56.

bütün malları paraya çevrilmiş ise ödenemiyen eski alacaklar için ancak sonradan vaziyeti düzelirse takip edilebilirler, haczedilebilen mal iktisap etmesi yetmez. Bu suretle müflis borçlunun kredi bularak yeniden iş yapabilmesi imkânları mahfuz tutulmuştur. İcra memuru değil, mahkeme onun mevcudu yeniden mal iktisap edilmiş sayılıp sayılamıyacağına karar verir.

b) Tüccar olmayan şahıs da borç ödemededen acze düşerse, vaziyeti zabıta tesbit olunarak (borç ödemededen aciz vesikası), keza alacağa faiz işlemez ve eli genişleyinceye kadar alacağın vâdesi uzar, (İİK. 143).

c) Kusuru olmayan borçlu bütün borçlarını zamanında tam olarak ödeyemeyecek hale düşerse alacaklılarına vaziyetini bildirip, alacaktan bir miktarının tenzilini isteyebilir (*konkordato*).

Borçlunun merhametsizce takip olunarak iflâs ettirilmesi alacaklılara da zarar verir. Bütün alacakların tahkiki, borçlunun mallarının ehil olmayan memurlar tarafından fena şartlarla tasfiyesi, masrafın artması ve çeşitli suiistimaller paylaşılacak safi tutarının azalmasına sebep olur.

Kusuru olmadan borcunu ödemededen âciz kalan borçluya mühlet verilmesi, borçtan bir mikdar tenzil edilmesi alacaklıların menfaatlarına uygun olabilir. Hesaptan anlamaz, haris, el altından diğerlerinden farklı menfaat bekliyen, veya borçlunun işini terketmesinde menfaat uman bir alacaklının muhalefeti yüzünden diğer alacaklıların zarar görmesi kabul olunamaz.

Maahaza borçlunun haktan görünerek hiylelerle alacaklılarını tuzağa düşürmesi de mümkün olduğundan, kanun konkordatonun bütün alacaklılar hakkında muteber olmasını mahkemenin tasdikine bağlı tutmuştur. (İİK. 296). Konkordato alacak mikdarı ve alacaklıların adedi itibarıyla 2/3 ekseriyetle kabul (297) edilmesi, borçlu konkordato şartlarını icra edebileceğine teminat vermesi, tenzilât teklifi iflâs yolu ile takip olunmasına nazaran alacaklılar için daha müsait olması şartı ile (289) mahkeme tarafından tasdik olunur.

Konkordatonun tasdikinden sonra şahsî menfaat peşinde borçluyu ezme isteyen alacaklılar da konkordato şartları içinde alacaklarını alırlar (İİK. 298).

d) İcra memuru hacze ilk önce borçlunun vazgeçmesi en kolay olan mal ve alacaklarından başlar. Takdir olunacak kıymetle satışı zor görü-

nen şeyi sonraya bırakır. Memur hangi mallar tercihan haczolunacağını tayin ederken alacaklı ve borçlunun karşılıklı menfaatlarını tartar. Borçlunun başka birine ait olduğunu söylediği, başka biri tarafından iddia olunan malın haczi en sonraya bırakılması mecburdur (İİK. 85).

203a — *Rehinin paraya çevrilmesi.* Borçlu borcuna rehin vermiş ise, rehin alacağı temin etmese bile diğer malları haczedilemez. rehin paraya çevrilerek alacak tahsil olunur. Rehinin tutarı alacağı ödeyemezse kalan mikdan için alacaklıya rehinin yetmemesi vesikası verilir. Alacaklı bu vesika ile borçlu borçtan şahsen mesul ise başka mallarını haciz edebilir.

203b — *İflâs.* Haciz usulünde yalnız takip eden alacaklının alacağı ödenir, diğer alacaklılar bazı şartlarla hacze iştirak ederler. Borçlunun iflâsına karar verilirse bütün malları paraya çevrilerek bütün alacaklıları arasında paylaşılır.

Tüccar olan borçlunun iflâsına bir alacaklısının usulen yapacağı icra takibi semeresiz kalmış ise talebi ile karar verilir. Fakat ödemelerini tatil eden, mallarını kaçıran, kaçıрмаğa teşebbüs eden, çeşitli hileler yapan, kısaca kanunî mühletten alacaklılarının vaziyetini ağıtlaştırmaktan başka suretle istifade etmesi beklenmiyen borçlu hakkında icra takibi yapmağa, mehil vermeğe lüzum olmadan mahkemeden doğrudan doğruya iflâsı istenebilir (İİK. 177).

Borçlunun iflâsına karar verilirse takip istemiş ve istememiş bütün alacaklıları bir masa teşkil ederek iflâs memurunun mürakabesi altında onun bütün mameleki paraya çevirirler (İİK. 198).

Müflisden bir mal alacaklı olan taahhüt mevzuu malı onun mevcudu arasında bulunsa da aynen alamaz, bedeli için masaya iştirak eder. Müsavat prensibi bütün hakların paraya çevrilerek alacaklılar arasında aynı şartlarla ödenmesini iktiza eder. Maahaza masa (alacaklılar birliği) menfaati iktiza ederse iddia olunan hakkı aynen ödemesini taahhüt edebilir.

Borçlunun elinde bulunan bir mal üzerinde mülkiyet veya diğer aynı hakkı olanlar haklarını aynen alabilirler.

203c — *Borçlu hakkında ceza.* Borcunu ödemiye borçlunun cezalandırılması alacaklıyı tatmin etmediği halde, vaziyetini bozarak ödeme yapabilmesi ihtimallerini azaltır. Nihayet borçluya itimat etmiş olan alacaklı da onun ödemelerine mani olan felâketten hisse alması âdildir.

Şu kadar ki mallarını saklıyarak, kaçırarak veya basiretli bir iş adamından beklenmiyen hareketleri ile alacaklılarının haklarını tehlikeye düşüren borçlu, kusurunun ağırlığına göre muhtelif şiddette ceza görür (İİK. 331 ve t.)

Adi şahsa nazaran daha dikkatli olması beklenen bir tüccar bu kabîl hareketlerle borçlarını ödemededen âciz kalırsa (İİK. 310) taksirli, veya hiyleli (311) müflis kabul edilerek daha çok ağır ceza ile cezalandırılır (CK. 506, 506).

CK. pek fahiş bazı şumullü zararları önlemek için “iltizam ettiği taahhüdü icra etmiyerek resmî bir daireye veya bir hizmeti âme ifasına yahut bir musibeti âmmenin önünü almağa elzem olan erzak ve eşyanın fıkdanına sebep” olanları 3 yıla kadar hapis ile cezalandırıyor (361). Taahhüt olunan eşya piyasadan zamanında tedarik edilerek musibeti önleme imkânı varsa suç tekevvün etmez. Suç unsuru malzeme piyasada bulunsa da, istenilen zamanda elde bulunmadığından ileri gelecek zararın önlenmemesi ihtimalinin tahakkukudur.

Ü Ç Ü N C Ü F A S I L

TAAHHÜTLERE SADAKAT VE CEZA ŞARTI

204 — Taahhütlere sadakat (ahde vefa) muamelelerde emniyeti ve itimadı koruyarak işleri inkişaf ettirir, umumî refahın çoğalmasında âmil olur. Binaenaleyh, borçlunun kendiliğinden taahhüdünü iptal etmemesi prensiptir. Maahaza borçlu gerçek rızası olmadan yüklendiği bir taahhüdü iptâl edebileceği gibi, icra edilecek bir akitte karşılıklı menfaat ve ivazlar arası nisbetin çok değişmesi halinde de borcundan kısmen veya tamamen kurtulabilir.

205 — *Cezaî şart.* Borçlunun sözleşme şartlarına tamamen veya kısmen riayet etmemesi halinde alacaklının zararı ile ilgili olmadan götürü bir miktar para taahhüdü alacaklının zararını karşıladığı nisbette adalete uygundur; taraflara emniyet verir.

Cezaî şart alacaklının bir zararı olmasa da borçlunun taahhüdünü ifada kusuru ile mütenasip olması halinde de âdil sayılabilir. Bir haksız fiili işleyene kusuru ile mütenasip ceza tabîî hislere uyar. Fakat, borçlunun bir kusuru yokken, mukaveleye riayetsizliği alacaklıya zarar da vermemişken ödeyeceği cezaî şart alacaklıya karşılıksız bir menfaat sağlar, meşrûi-

yeti müdafaa olunamaz. Meselâ, bir binayı tayin olunan günde teslim edemezse geçecek her gün 100 lira tazminat kabul eden müteahhit kusuru olmadan binayı gününden bir ay sonra teslim eder, fakat bina piyasa vaziyeti ile ancak altı ay sonra aylığı 1000 liraya kiraya verilebilmiş ise, alacaklının fırsattan istifade ile 3000 lira tazminat alması âdil olamaz.

Umumiyetle borçlu borcunu eda edeceği gün karşılaşacağı şartları peşinden hesap edemez, âtiye emniyetle bakıp bol keseden ceza şartı kabul eder. İnsanları zayıf anlarında hesapsız sözleri ile bağlayarak mahvetmek için sebep yoktur.

BK. alacaklıya zararını isbata mecbur olmadan borçludan cezaî şartın ifasını, hattâ isbat edebildiği daha fazla zararını isteme selâhiyeti tanınmış (159), fakat, hâkimi fâhiş gördüğü, hususile borçlunun kusuru, alacaklının da bir zararı yoksa veya azsa cezayı tenzil, hattâ büsbütün iptâl ile mükellef tutmuştur (161).

Temyiz mahkemesi BK. 161. in maddesinin metnine fazla bağlılıkla hâkimin cezaî şartı tenzil edebileceğini, fakat büsbütün kaldıramıyacağını kabul etmiştir.

Cezaî şartı hiç denebilecek miktara düşürebilen hâkimin onu büsbütün iskat edemiyeceği görüşünü müdafaa zordur. TK. hâkime cezaî şartı tenzil selâhiyeti vermemiştir (24), fakat hale göre bir cezaî şartın ifası istenme hakkın suiistimali olabilir. Her halde gecikme tazminatı büsbütün akdin ifa edilmemesinden doğacak zararı aşamaz.

D Ö R D Ü N C Ü F A S I L

AKDİN MUTEBERLİK ŞARTLARI

I

İRÂDE BEYANI

206 — Kişi serbest iradesi ile selâhiyeti hududunda bir hukukî vaziyet yaratabilir. Bir hukukî vaziyeti yaratmak için diğer birinin de iradesi inzimam etmek lâzımsa karşılıklı iradeler birbirine uygun olmak gerekir.

Akitler kaide olarak şekle tâbi değildir. Fakat, taraflar akdi tayin ettikleri şekilde yapmasını kararlaştırırlarsa, şekle riayet edilmedikçe akitle bağlı olmazlar.

Kanun mühim addettiği âkitleri bazen hususî şekle, bazan da, resmî veya sadece yazılı şekle tâbi tutmuştur.

Tarafar bir akde rızalarını açık olarak (sarahatan) beyan edebile-

cekleri gibi, şüpheyeye yer bırakmıyan hareketleriyle anlatarak (zımnen) de beyan edebilirler (BK. I. b. No.48), akdi şartlara tâbi tutabilirler.

Kanunen yazılı şekle tâbi bir akit yazılarak borçlu tarafından imzalanmak gerekir. Taraf yazılı muvafakatini imza edinceye kadar geri alabilir.

Resmî şekilde akit noterin imza ile resmyîyet verdiği anda tamam olur, o dakikaya kadar taraf akitten vazgeçebilir.

207 — *İrâdenin fesadı* : Taraf hesaplarında, maksadını beyanda yanılarak (hata), diğeri tarafından aldatılarak (hile), üzerinde maddî veya mânevî tazyik (ikrah) icra edilerek razı olduğu bir akit ile mülzem olmaz, bu akitten dönebilir, mübadele edilen şeyler arasında muadelet bulunması feshe mâni olmaz.

a) Hata. Tarafın her hatası akdi feshe sebep olması muamelelerde emniyeti kaldırır. Kendi kendine aldanana, veya diğeri âkidin haberi olmadan akde yabancı kişi tarafından aldatılan âkit hatası esaslı olmadıkça akdi feshedemez (BK. 23). Müstesna olarak, ölüme bağlı bir tasarrufta (miras mukavelesi, vasiyet) saikta (tarafı akde sevkeden sebepler) hata, fesih hakkı verir. (MK. 499 No 2).

Şu hallerde tarafın hatası esaslı sayılır:

Bir tarafın beyan ettiği irade diğeri için karşılıklı iradesine uymazsa. veya nereye varacağını düşünmeden taahhüt ettiği veya karşılık olarak alacağı şey tahminlerinden çok farklı olması halinde de hatası esaslıdır; fakat onu akitten caydırmıyacak bir hata esaslı olmaz.

Hata eden hüsnüniyet kaidesine aykırı olarak hususiyle, diğeri taraf onun hakikatte istediği şartları kabul ederse akdi feshedemez (BK. 25). “*Bir özür için caiz olan şey ol özrünün zevâli ile bâtil olur*” (Mec. 23).

Kendine muzaf bir sebeple (kusur) hataya düşerek akdi fesheden diğeri için fesihten doğan zararından mes’ul olur, meğeri ki, akit sırasında onun hatasını hissetmiş olsun.

Diğeri âkidin hilesine kanarak akde razı olan taraf (hiyle) hatası esaslı olmasa bile akdi feshedebilir (BK. 28).

b) Bir tehdit sebebiyle akde razı olan akdi feshedebilmek için, tehdidin ağır ve derhal ika edebileceğine kanaat etmiş olması gerekir (BK. 29).

Bir tarafın diğeri için, akde razı olmazsa bazı haklarını kullanacağı beyanı ile tehdit etmesi ancak onun muzayakasından faydalanmış veya fâhiş menfaat sağlamış olması şartı ile fesih sebebi olur (BK. 30).

Bir akitte iradesi fesada uğrayan taraf, akdi menfaatine uygun olarak muteber tutabilir, diğeri âkidin fesih hakkı yoktur.

Taraf akde icazeti sarahaten, veya onu bilerek icra ile zımnen verebilir, bir yıl içinde fesih iradesini diğerine bildirmeyen akde razı olmuş sayılır (31).

208 — Taraflar ahlâka veya kanuna aykırı olmayan bir akit yapabilirler (b. Ahlâk No: 1).

Tarafı had aşırı hayatî zorluğa düşüren, diğer âkidin keyfi iradesine tâbi tutan bir akit ahlâka uymaz. Kişinin nefsinin tehlikeye maruz bırakmasını Kur'an yasak eder. (Nisa, 29, b. No: 24).

II

EHLİYET

209 — Kişi bütün medenî haklarını kullanabilmek için mümeyyiz ve reşit olmak, hacir altında olmamak gerekir (MK. 15-16). Reşit olmayan, mahcur olan (kısıtlı) mümeyyiz ise yalnız bazı haklarını kullanabilir. Kişi 18 yaşını bitirmekle, bu yaş bitirmese de evlenmekle reşit olur (MK. 11).

15 yaşını bitiren küçük menfaati iktiza ettirirse ana ve babasının muvafakati ile hâkim tarafından reşit addedilebilir (12).

Ana veya baba şahsî menfaatleri için çocuklarının reşit addedilmesine muvafakat etmezlerse selâhiyetlerini suiistimâl etmiş olacaklarından hâkim imtinalarını nazara almadan rüste karar verebilir.

210 — *Temyiz kudreti*. Yaptığı muamelenin âkibet ve neticelerini muhakeme, iradesinde göre hareket edebilme iktidarından mahrum olanın yaptığı akit yok sayılır.

MK. temyiz kudretini menfi ifade ile tâyin ediyor (13). Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya sarhoşluk ve bunlara benzer sebeplerden biri ile makul surette hareket etmek iktidarından mahrum olmayan şahıs medenî hukuk bakımından mümeyyizdir.

Bir kimsenin akli erdiği işte mümeyyiz olması daha ince muhakemeyi istilzam eden diğer işte mümeyyiz olmaması mümkündür¹.

Kişi temyiz kudretinden mahrum sayılabilmek için, a) hareketi makul olmamak, b) makul hareket etmemesi de kanunda yazılı bir sebep neticesi olmak gerekir. Bir zır delinin de krizi olmadığı zamanda akıllıca yaptığı muamele, mahcur değilse, iptâl edilemez.

1) Temyiz mahkemesi 26/10/1960 E. 4/250 K. 256 kararında bu sebeple hacire esas tutulan rapor, mahcurun yaptığı muayyen bir muamelede temyiz kudreti olmadığını tesbit için muteber olmadığını belirtmiştir.

Menfaat vaziyetine uygun bir iş yapan mümeyyizdir.

Resmî akdi tanzim edecek memur âkidin ehliyetini tahkika mecburdur. Menfaatine aykırı bir istekte bulunan tarafın şuur vaziyeti bir doktor raporu ile tevsik edilmelidir.

Temyiz kudretini selbeden sebepler yaş küçüklüğü, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzerleridir. Kişinin kanunun tâyin ettiğinden başka bir sebeple akli yetmediği veya akit mevzuu işte bilgisi olmadığı için yanlış, fakat kendine göre lojik görünen muhakemeler ile menfaatine uygun hareket etmemiş olması akdin butlânını gerektirmez.

Temyiz kudretini selbettiği kanunda yazılı sebepler tahdididir, genişletilemez. Kişinin menfaat vaziyetine aykırı hareketi bu sebeplerin neticesi değilse medenî hukuk bakımından temyiz kudreti bulunur.

Akıl hastalığı, zayıflığı, tıbbî bir mefhumdur, diktor raporu ile tevsik edilmesi gerekir.

Sarhoşluk dimağda tegayyür olmadığı halde muvakkat bir zaman şurun işlememesidir. Sarhoşluğa benzer hal de yüksek nöbet gibi insanın muvakkaten düşünme kabiliyetini gideren sebeptir. Cehalet, kötü ahlâk, hırçınlık, düşmanlık gibi insanın mumakemesini şaşırtan sebepler temyiz kudretini selbetmez¹.

Resmî memur tarafından tanzim edilmiş bir akitde âkidin şuur vaziyeti doktor raporu ile tesbit edilmemiş olsa bile, temyiz kudreti asıldır.

HUK. tarafa noterin re'sen tanzim ettiği bir akdin, sahteliğini iddia etmedikçe doğru olmadığını isbat hakkı tanımamıştır (295). Binaenaleyh, akit şartları ve ahvalin delâletinden âkidin temyiz kudreti olmadığı anlaşılmadıkça noter senedinin hükümsüzlüğü iddia olunamaz. Âkitlerin ehliyetini tahkik noterin vazifesidir. Fakat, onun takdirinde hatâları sahtelik iddiasına hacet olmadan ileri sürülebilir.

Mahcur kişinin mümeyyiz olmaması asıldır, aksi iddia isbata mhtaçtır. Mahcur için asıl onun karışık muamelelerde temyiz kudreti bulunmamasıdır.

Temyiz mahkemesi müstakar içtihatlarına göre temyiz kudreti adli tıp raporu ile tevsik edilmek ve raporda bu iktidarın bulunmadığı kat'î ifade ile beyan olunmak gerekir. Fakat, umumiyetle Adli Tıp temyiz

1) Bazı mahkeme kararları için Belgesay, Medenî Kanun 1959, M, 13. şerhi.

kudretini tarafı geçmiş zamanda muayene eden bir doktorun şهادetine müsteniden ve garantili usul ile karşı tarafı dinlemeden tesbit ettiğinden, bir hareketin makul olup olmadığını tayin de fennî bir mesele olduğundan, bu içtihat haksızlıklara sebep olmaktadır. Adli tıp diğer doktorların ne şartla verdikleri bilinmeyen raporlarına değil, doğrudan doğruya şahsî kanaatına göre mütalâa beyan edebilir. Bir hastalık ne kadar ağır olursa olsun, ancak had zamanlarında muhakeme kudretini selbedebileceği için bir zamanda hastalığın varlığına dair rapor, temyiz kudreti bulunmamasını istilzam etmez. Adli tıp ihtimalî neticeleri beyan edebilir. Yalnız tıbbî bir mefhum olan akıl zayıflığı doktor raporu ile tesbit olunmak gerektiğinden bu noktada hastayı muayene etmiş doktordan kat'î bir beyan istenmesi haklı olabilir; şüpheli hallerde hastalık temyiz kudretini selbedecek ehemmiyette değil sayılabilir. Fakat, bir kere hastalık isbat olunduktan sonra hasta bahis mevzuu akdi anlayarak yapmış olup olmadığını muamelenin mahiyetine göre tarafın ve şahitlerin sorgusu ile tesbit zarureti bulunur. Her halde karar verecek olan hâkimdir, ne şahitlerdir, ne de doktor.

Temyiz mahkemesi zikri geçen dâvada evvelki içtihatlarını tashih ederek artık adli tıp raporlarında formül kabilinden kesinlik aramıyarak “genel sözlerle yazılmış olmaktan fazla olayın bütün özelliklerine göre (hâkimin muayyen durumda dâvacının makul hareket edip etmediğini istidlal etmesine müsait haller zikredilmek suretiyle (yazılmış bulunması şart olduğunu kayıt etmiştir.

Temyiz mahkemesi gene bu kararda mahkemenin dâvacının temyiz kudreti hakkında doğrudan doğruya Adli Tiptan alacağı raporu muteber saymamaktadır. Yüksek mahkeme 6119 sayılı Adli Tıp kanununun 10 uncu maddesine göre Adli Tıp Meclisi bilirkişiler tarafından verilip mazmunları kanaat verici mahiyette görülmeyen ve birbirine mübayin bulunan raporlar hakkında fennî mütalâa beyanına mezun olduğu için doğrudan doğruya rapor verme selâhiyeti olmadığını da tebarüz ettirmektedir. Gerçekten Adli Tıp Meclisi nihaî bir ihtibar (ekpertiz) mercii olduğundan doğrudan doğruya ilk olarak tarafların gıyabında yapacağı incelemelerle mahkeme hataya düşebilir. Bu meclisin ancak mahkemede doğru yanlış cihetleri münakaşa ve tahlil edilen zıt raporları inceledikten sonra telif veya cerheder mahiyette mütalâası hakimi yeniden rey almaktan müstagni tutabilir.

Hukukî durumu nizalı bir gayri menkulü iktisabeden kimse niza halini bildiği takdirde suiniyet sahibi sayılır.

MK. 931 inci maddesine istinaden iktisabı kesin olduğunu iddia edemez.

Nizalı bir şeyi almağa teşebbüs eden kişi satıcının hakkını araştırmak için derin incelemeler yapmak mecburiyetindedir. Bu hüküm temyiz kudreti olmaması sebebiyle açılmış iktisabın iptali dâvalarında da yürür. Hüsnüniyet kaidesi bir malı iktisap etmekle diğerinin hakları tehlikeye düşürülmemesini iktiza eder. Umumiyetle hukuka aykırı olarak mal iktisap edenler kendilerini zarardan korumak için aldıkları malı süratle elden çıkarmakta, kendilerine hüsnüniyetin asıl olmasından faydalanacak ortaklar bulmakta zorluk çekmemektedirler. Başkası zararına mal iktisabına çalışan kimseleri ve ortaklarını himaye medenî kanunun esas prensipi olan insan münasebetlerinde ahlâk hâkimiyeti ile telif edilemez. Nizalı bir hakkı bilerek iktisap eden nizada verilecek hükmün neticelerini üzerine almış olur, ona göre fiat verir, bu akitler tâliidir.

Wieland'ın Aynî Haklar kitabının 1914 tarihli fransızca basımında nizalı hak, gayri menkulün tapu sicil kaydına ihtiyatî tedbirle şerhedilmemişse iktisap edenlerin hüsnüniyet iddia edebilecekleri mütalâası (961 inci madde şer'î No. 1 a) ihtiyatîle karşılanmalı, iktisap edenin nizalı vaziyeti bilmiş olması hali mahfuz tutulmalıdır.

Yatakta ağır hastanın muamelelerini tasfiye etmesi, veya tasfiye için başkasına vekâlet vermesi gibi mühim işlerde temyiz kudreti kabul olunamaz. Ağır hastalar bilhassa temyiz kudretini mütaden selbeden dimağ teşevvüşlerinin zebunu olanlar mutlak istirahatı muhtaçtırlar, onların zekâ melekeleri işlemez, onlar sadece basit günlük ihtiyaçlarını akılları erecek, daha doğrusu insiyaki olarak ifade ederler. Normal adam işaretlerle meramını anlatabilir, fakat, mühim bir muameleye meramını işaretlerle, yarı cümlelerle ifade edebilen ağır hastanın temyiz kudreti var sayılamaz.

211 — Hacir kararı ilân olunmamış ise bilmeyene karşı ileri sürülemez, âkidin temyiz kudreti varsa onun hacir altına alınmış olması, karardan haberi olmayanlara karşı ileri sürülemez. İlân edilen hacir ilândan evvelki muamelelerin iptâline sebep olamaz.

212 — Mümeyyiz olmıyan kişinin yaptığı âkit batıldır, sonraki icazet ile hüküm ifade etmez. Fakat, temyiz kudreti olduğu halde reşit olmayan veya mahcur olan kimsenin yaptığı âkit haddi zatında batıl değildir. Onunla akit yapmış olan taraf akdi fesih edemez, mahcurun kanunî mümessiline bir müddet tâyin ederek o müddette akde icazet vermemesi halinde akdi feshedebilir (B. K. 38/Kıyasen).

213 — Mümeyyiz olan küçük veya hacredilmiş kişi, şu aşağıdaki tasarrufları yapabilir. (Mahdut ehliyetli, kısıtlı) (MK. 16).

a) Kanunî mümessilin vereceği izin ile her tasarruf. Mümessil muameleden evvel, veya sonra izin verebilir.

b) İvazsız, yani bir karşılık vermeden mal iktisabı.

c) Münhasıran şahsa merbut hakları kullanma. Kısıtlı şahsa merbut bir hak olduğu için nafaka, boşanma dâvası açabilir; nişanlanabilir; evlenebilir.

d) Haksız fiilden mes'uliyet. Akli ererek haksız bir iş yapan mahcur, 11 yaşını bitirmiş küçük ceza mes'uliyetine tâbidir. Bu ceza onun üzerinde terbiyevî bir tesir yapar.

B E Ş İ N C İ F A S I L

HAKSIZ MAL İKTİSABI

I

PRENSİP VE KUR'AN

214 — Bir kimsenin karşılığını mal ve hizmet olarak ödemedeni diğerinin zararına bir şey kazanması haksızdır. Haksız kazançların himayesi tenbelliği, dolandırıcılığı sosyal muhitte tufeyli hayatı çoğaltır.

“Bilâ sebebi meşrû birinin malını, bir kimseden ahzeylemek caiz olmaz” (Mec: 97).

Kişi ancak çalışarak yarattığı, el koyduğu sahipsiz veya sahibinden karşılığını ödeyerek veya ikramını kabul ederek aldığı şeye mâlik olabilir. Kişi diğerinden ikram olarak aldığı bir şeyin de karşılığını vermeli, veremezse ona münasip veçhile teşekkür etmeli, iyiliği karşılıksız bırakılmamalıdır.

Kur'an verilen her şeye, yapılan her hizmete misli, hattâ fazlasıyla mukabele, mümkün olmazsa gönül alacak teşekkür edilmesini emreliyor. Şartlar bire on verilmesini de iktiza edebilir.

Rızanız olmaksızın ve karşılıklı kazancı istihdaf etmeden bâtil bir akitle birbirinizin malını yemeyiniz. (Bakara. 188, Nisa: 29, b. No. 167).

Bir akit ve muamelede her iki taraf kazanmalıdır. Bir tarafın ka-

zancı diğer tarafı veya aksileri ile başkalarını razı olmayacakları maddî veya mânevî bir kayba maruz bırakmamalıdır.

Bu âyetlerde yazılı yasak diğerinden üzerinde ruhî tazyik icra edilerek veya hakikaten rızası yokken şeklen beyan ettiği rızası ile edilen iktisabdır. Kişinin ikram ile diğerinin gönlünü alması, ona sağladığı ferahlık, iç huzuru da kazanç yaptığı bir iyiliği, hizmeti, verdiği karşılığın alınmasını haklı gösterir. Sadece kişinin vereceği bir şeyi karşılamayan kazancı haksızdır.

Müfessirlerin Nisâ âyetinde “illâ” kelimesini “meğer ki” mânasına almaları hükümlerde tenakuza yer verir. Tarafın diğerinden rızası ile açık günah olan, meselâ, katmerli faiz alması helâl olmaza. Bu terim “bi-naenaleyh” mânasına alınması doğru olur.

Haksız kazançların himayeden mahrum bırakılması modern hukukta prensiptir.

Çalışan, elde edilen şeyden hissesine düşecek payı alır.

İnsan ancak çalışmasının karşılığını alır, mükâfatını görür.

NECM 39, 40. Ve en leyse lil insani illa ma sea. Veenne sayehü sevfe yûra.

Çalışamıyacak halde veya yaşta bulunanlara çalışanların karşılık beklemeden yardım mecburiyeti diğer bir adalet prensibidir.

Bir işte çalışmış olan yaşamak için lüzumlu payı alamazsa başka iş, başka diyar arar. Herkesin karnı doyduktan sonra artan kâr çalışanlara başarıları nisbetinde paylaştırılır.

Bakara 188, Nisa 29 âyetleri kişinin beden veya ruh sağlığını bozacak şeyler yapmamasını, nefsini öldürmemesini, kazanç kasdı da olsa, sosyal otorite tarafından bu netice verecek bir mükellefiyete tâbi tutulmamasını da iktiza eder. Modern hukuk bu netiteyi veren taahhüdü ah-lâka aykırı kabul eder.

Anayasa kişinin sıhhat ve yaşayışına göre yıpratıcı işte çalıştırılmıyacağını yazmıştır (43). İnsanın beden ve ruh sağlığını tehlikeye düşürecek bir akdin muteber olmaması MK. 24. cü maddesinin tatbiki olarak FM. nin müstakar içtihadıdır.

İş Kanunu ile kabul olunan işçilerin mecburî hafta ve yıllık tâtille-ri de bu prensibin tatbikidir.

İşçilere asgarî ücret sağlayan milletlerarası bir sözleşme de imza-

lanmıştır, (1 Temmuz 1945) Türkiye bu sözleşmeye 24.10.1960 K. ile iltihak etti¹.

II

BORÇLAR KANUNUNDA HAKSIZ İKTİSAP

215 — BK. Kur'ana uygun olarak haklı sebep olmaksızın başkasının zararına bir şey iktisabını, hususiyle, diğerinin kendini borçlu sanarak rızası ile verdiği şeyin iktisabını haksız kabul eder.

Bir akit mucibince bir şey alan herhangi bir sebeple o akit hükümsüz kalırsa aldığı iade ile mükelleftir.

Sebepsiz bir mal iktisap eden iade ile mükellef olmak için iktisabı diğerinin zararına olmalıdır. Kimsenin zararına olmamak şartıyla dünya nimetlerinden herkes faydalanır.

Diğerine verdiği şeyin sebepsiz olduğunu iddia eden o şeyi vermekle mükellef sandığını isbata mecburdur. (BK. 62), iddiasını isbat edemezse alanın iade mükellefiyeti bulunmaz, fakat dâvacının ikramı için ortada makul bir sebep yoksa, hatâ karinesi bulunur.

İİK. na göre aleyhine icra takibi yapılan ve itiraz müddeti geçmesi, veya itirazı redolunması sebebiyle haciz tehdidi altında bulunan borçlu takip olunan alacağı öderse verdiğini geri almak için borçlu olmadığını isbat etmesi kâfidir; vaktinde itiraz etmemesi kendini borçlu sanmasından ileri geldiğini isbata mecbur değildir (72). Takip edilen borçlu alacaklısına ikram için icra dairesine ödeme yaptığı farzolunamazdı.

Bir malı haksız iktisap eden talep gününde bu maldan elinde ne kalmışsa yalnız onu iade ile mükellef olur. O bir gün hata anlaşılarak aldığı şeyin iadesi istenebileceğini sanmadan elinden çıkardığı malın bedelini tazmin ile mükellef olmaz (BK. 63).

Bilmiyerek haksız bir mal alan, aldığı iade ederken iktisabı yaptığı masrafları, meselâ, o malın tâmiri masraflarını, alacağı tahsilinin sevinci ile dağıttığı sadakaları da istiyebilir (BK. 64).

Hata ile elinden çıkardığı malı geri alamıyan kişinin üzüntüsü bü-

1) R. 28 Ekim 1960.

yük olmaz, fakat kendini haklı sanarak aldığı şeyi iadeye mecbur olan, almasaydı yapmayacağı masrafları kaybetmekle aşırı derecede üzülür. Fakat, diğerinden sebepsiz bir şey kabul eden onun hatasını anlamış ise, suinayet sahibi olur, o şeyi iade ederken bütün masraflarını istiyemez, yalnız sahibinin istifade ettiği masrafını istiyebilir.

BK. umumî ahlâkı korumak için kişiye ahlâka aykırı bir maksatla verdiği şeyi geri alma hakkı tanımamıştır (65).

III

HİZMETLERİN KARŞILANMASI

216 — Alınan her şeye bir karşılık verilmesi gerektiği gibi, yapılmış bir hizmet de karşılıksız bırakılmamalıdır. Fakat, bedenî yardımda hislerin rolü fazla olduğu için para ile değerlendirilemeyen istifadelerin karşılığı ahlâkî sahada kalmak gerekir. Şu varki başka kazanç fırsatını teperek diğerine hizmeti ile bir şeyi tasarruf ettiren, kazancını çoğaltan, diğer maddî bir menfaat sağlayan sağladığı menfaat ve yaptığı hizmet ile mütenasip bir ücret istemeğe selâhiyetlidir.

TK. pazarlıksız yapılan ticarî mahiyette hizmetlerin karşılığı ödenmesi gerektiğini tasrih ediyor (22).

Bu madde umumî bir hükmü ticarî işlere tatbik ettiği için hizmet eden tacir olmasa bile, hizmeti karşılığında beklemede haklı olduğu ücreti alabilir. Ancak kişiye muhtaç olmadığı halden anlaşılan bir yardımı yapan, veya yardımı için bir ücret beklemeyen meselâ, hamalın sırtına yükünü koyan bir ücret istiyemez.

217 — *Metres ve evlâtlığın hakkı.* Aile halinde yaşayanların hizmetleri, temin ettikleri menfaatler karşılıklıdır. İskân, iâşe, hastalıkların tedavi masrafları da ücretten bir kısmıdır (BK. 337). Metresin (imam nikâhı ile alınan kadın), evlâtlığın hizmetleri kıymetlendirilerek bir karşılık ücret ödenmesi arada samimiliği bozar, tarafların maksatlarına aykırı olur. Onların hizmetleri, karı kocanın, ana baba ve evlâdın birbirine hizmetleri gibi, yenen, alınan, verilen şeylerle aralarında takas olur¹.

FM. objektif takdirlere göre ancak ücret mukabili yapılabilen bir iş görene ücret hakkı tanıyor. Çalışmanın biricik sebebi beklenen

1) FM. 2 Ekim 1945 JdT. 1946, 176, Pratik 1950 145 FM. 6 Mart 1961 JdT 1961 610.

ücret ise zımnen hizmet akdi bulunur. FM. evvelki içtihadında ahvalin mutad yürüyüşünde kimse diğerine karşılıksız hizmet ettiği kabul edilemeyeceği için her hizmet edene ücret hakkı tanıyordu. Mucip sebebi şu idi: Nikâhlı eş hizmeti ile ailenin bütün refahını arttırır, ölüm halinde birikmiş servetten miras hissesi alır. Metres böyle bir menfaat bekleyemediği için hizmeti mukabili ücret alması âdildir. FM. sonraki içtihadında metresin hizmetinin biricik sebebi ücret olmayıp birlikte yaşama zevki de olduğu için zımnî hizmet akdi var sayılmıyacağını mülâhaza etti .

Bizce, ölüm halinde müteveffanın vârisleri metresinin faaliyeti ile çoğalan servetini iktisap etmeleri karşılıksız haksız iktisap olur. Ölüm halinde evlâtlık ve metresin müteveffanın servetini çoğalttıkları miktarı aşmamak üzere faaliyetlerini karşılayacak tazminat almaları haklıdır. Kur'anda miras kalan mallardan hisse almaları zikrolunan yakınlar bunlardır. Onlar müteveffaya bazı kanunî mirasçısından daha yakındırlar.

218 — *Reşid evlâdın hakkı.* Bir karşılık ivazdan açıkça vazgeçmeden kazancını birlikte yaşadığı ailesine tahsis eden reşid evlât ana veya babasının mirası taksim olunurken hissesine ilâveten aileye temin ettiği menfaat nisbetinde tazminat alabilir (MK. 610). Onun çalışmasıyla aileye temin ettiği menfaatlerden kardeşlerinin istifadeleri haksız iktisap olurdu.

MK. aynı şartlarla, reşit evlâda ana veya babasının malları haczedilmesi halinde de aileye tahsis ettiği kazancı ve faaliyeti için tazminat hakkı tanımıştır (321). O, usulen icra takibi yapmağa hacet olmadan bir alacaklının talebiyle yapılan hacze iştirak ile bu alacağını 4. cü sırada imtiyazlı olarak tahsil edebilir (İİK. 101).

Ana babanın evlâtlarının hizmetiyle çoğalmış mallarından diğer alacaklılarının faydalanmaları karşılıksızdır.

Evlât aileye tahsis ettiği gelirinden ev masrafından hissesine düşen pay indirildikten sonra artanını iddia edebilir.

FM. bir kararında ana ve babasıyla birlikte yaşayan çocuk aile menfaatına gelirini veya faaliyetini kısmen de tahsis etmiş olsa tazminat istiyebileceğini, fakat, o kendi menfaati için mi, aile menfaati için mi yaptığı şüpheli masraflarını istemeyeceğini kabul etmiştir¹.

Babasına meslek ve sanatında yardım eden, hesabına sigorta primlerini ödeyen çocuk da ölüm halinde tazminat alabilir .

1) FM. 23 Haziran 1955 JdT 1956 130.

Gelirini veya hizmetini ailesine tahsis etmiş olan reşit evlât, ana ve babasından, maları bir alacaklı tarafından haczolunmazsa, veya mallar miras kalmazsa tazminat istiyemez. Aile içinde karşılıklı hizmetler para ile ölçülemez, aile efradından her biri imkânları ile masrafa iştirak eder. Hesap ölüm sebebiyle mallar taksim edilecekse veya haczolunarak başka ellere geçecekse yapılabilir.

IV

BAŞKASININ ARSASINDA İNŞAAT

219 — Bir arazi üzerinde sahibinin izni olmadan yapılan bina, dikilen ağaç o arazinin mütemmim cüz'ü ve sahibinin mülkü olur (MK. 648). Arazi sahibi iktisabı sebepsiz olmamak için yapanın masrafını ve zahmetini ödemek lâzımdır (649).

Kanun üst menfaatin tercihi prensibi ile arsa sahibine levazım sahibinin fâhiş zararını mucip olmamak şartı ile binayı yıktırarak, ağacı söktürerek tazminattan kurtulma hakkı vermiştir.

Bir zararın fâhiş olup olmadığı binayı muhafaza etmekle arsa sahibinin gerek ödeyeceği tazminat, gerek arsanın sübjektif kıymetinde noksan sebebiyle uğrayacağı zarar inşaat yapanın yıkılmadan doğan zararı ile ölçülerek takdir olunur.

FM. bir dağda, Devlet makamından aldığı muteber olmayan müsaade ile yapılmış barakanın yıkılamıyacağına karar verdi¹. Bu barakanın muhafazasında halkın zararı olmadığı halde yıkılmakla dâvalının uğrayacağı zarar büyüktü.

MK. millî servetin israfına yer vermemek, muamelâtta emniyeti, korumak için hüsüniyeti olan levazım sahibine binanın kıymeti arsanınkinden açıkça üstün ise, tazminat mukabili arsayı temellük selâhiyeti vermiştir (650). Kıymet farkı sübjektif vaziyetler nazara alınarak takdir olunur.

Yapılan binanın değeri bilirkişiden rey almağa ihtiyaç göstermiyecek derecede üstün değilse inşaat sahibinin satın alma hakkı bulunmaz, Tazminat muhik olmak için arsa sahibini ilerde elde edilebileceği menfaatleri de karşılamalıdır. Arsa sahibinin arsasına hususî sebeplerle attettiği kıymet hesaba katılmalıdır.

220 — Arsaya temellük eden inşaat sahibinin vereceği tazminat

2) FM. 29 Ekim 1959 JdT 1960 131.

Binaya temellük eden arsa sahibinin ödemesi gereken tazminat bir taraftan yapılan binadan istifadesi, diğer taraftan levazım sahibinin kusuru, binayı yaparken gösterdiği ihtimam, mutad sarfiyat nazara alınarak tesbit olunur. Levazım sahibi bilgisi, ihtimamı sayesinde normalden çok az masrafla inşaatı tamamlamış ise tazminatın takdirinde kazandırdığı masraflar nazara alınacaktır. Bilâkıs, o, beceriksizlikle, lüzumsuz masraf yaparak, lükse kaçarak binayı çok pahalıya mal etmiş ise bütün masraflarını arsa sahibine yükleyemez.

Bina yapan tecavüzünün farkında, suiniyet sahibi idiyse arsa sahibinin ona vereceği tazminat levazımın en az kıymetini geçmiyebilir (MK. 649. II). Bu fıkra şöyle tefsir edilmelidir.

Haksız iktisap yasak olduğu için arsa sahibi levazım sahibi zararına ettiği bütün istifadeleri ödemesi prensiptir, fakat, o inşaattan, dikilen ağaçtan istifade edemiyorsa, bina lüks olup sarfedilen para nisbetinde kıymet kazanmamış ise, istifadesini geçen tazminat ile mükellef olmaz, tazminat, levazımın enkaz kıymetine kadar düşebilir. Beyana hacet yok ki levazım sahibi kendisi binayı yakarak enkazını alabilir.

Baraka gibi muvakkat mahiyette inşaat, bina inşasına dair hükümlere tâbi değildir, daima kaldırılması emrolunur.

Arsa sahibi başkasının levazımını çalmış, rızası olmadan kullanmış ise sahibi onları söküp alabilir, fakat, sarahaten, veya görüp de men etmiyerek zımnen verdiği izinle levazımı kullanılarak yapılmış inşaatı yıktıramaz.

Levazım sahibi, levazım kıymeti arsanınkinden fazla da olsa arsa sahibinin sarih veya zımnî müsaadesiyle yaptığı inşaata temellük edemez. Taraflar arası münasebetler, mukavele ile tâyin olunur, açık anlaşma yoksa arsa sahibi inşaat sahibinin masraflarını ve emeğini tazmin eder.

Kireç, taş, tuğla gibi sökülmesi halinde sahibine bina sahibinin zararına nisbeti hiç kabilinden menfaat sağlayan malzeme sökülmez, bedelin tabmini istenebilir.

Bir arsa üzerinde muteber olmayan haricî satış vâadine müsteniden bina inşa eden hüsnüniyet sahibidir, çünkü, hareketi ile kimsenin hakkına tecavüzü tasarlamamıştır; binanın kıymeti fazla olmak şartı ile arsanın temlikini istiyebilir¹.

1) Tev. İçti. 5.7.1944 K. 26.

221 — İmar K. sonraki ihtilafları önlemek için başkasının arsasında inşaattan haber alan belediye memurlarına mahkeme kararına hacet olmadan inşaatı durdurma selâhiyeti vermiştir (6/1).

222 — Başkasının arsasına bir miktar tecavüzle yapılan inşaat hususî bir hükme tâbidir. Komşu arsaya biraz tecavüzle inşaat yapan, tecavüz anlaşılabilecek derecede ilerlemişken kendine ihtar edilmemiş ise inşaat yıktırılamaz. Bu yıkma nisbetsiz zarara sebep olabilirdi.

MK. İsviçre Medenî Kanunundan farklı olarak, arsa sahibine 15 gün içinde şikâyet etmesi şartı ile binanın tecavüz eden kısmını yıktırma selâhiyeti vermiştir, aksi halde, o tecavüz olunmuş arsanın bedelini istiyebilir (MK. 651). Tecavüz eden suiniyet sahibi ise tecavüz ettiği arsa sahibinin diğer çeşit sübjektif zararlarından, meselâ, arsası küçülerek tahsis edildiği gaye itibariyle kıymeti azalmasından doğan zararını da tazmine mecbur olur.

Komşu arsaya tecavüz etmiş inşaatı satın alan da tecavüz devam ettiği için tecavüz eden kısmın bedelini ödemekle mükellef tutulabilir.

Bedeli ödenen parça üzerinde tecavüz eden adına tapu kaydı tashih veya sadece üst hakkı tesis olunur.

DOKUZUNCU BAB

ŞAHSİYET HAKLARI

BİRİNCİ FASIL

MÜSAVAT

223 — Adalet herkesin bütün haklardan müsavaten istifade edebilmesini (MK. 8), mezhebi, sosyal politik, kanaatı sebebiyle farklı muameleye tâbi tutulmamasını iktiza eder.

Müsavat yürümeyen yerlerde diğerlerinden farklı muameleye mazhar olmak için hileye, kuvvete başvuranlar çoğalır. Müsavi olmayan muamelelerin sebep olduğu kıskançlıklar sosyal muhitte huzuru kaçırır, ayaklanma hisleri uyandırır. İnsanın ızırabı aynı vaziyette olan diğerinin de aynı ızırabı çekmekte olduğu hissi ile hafifler. Bir muhitte nizamı korumak için herkese müsavi muamele yapmaktan daha tesirli çâre bulunamamıştır.

İlk cemiyetlerde adalet anlayışı hisse düşebilen her şeyde müsavat idi. Füllerin ruha tesirleri akla getiriliyor, göze göz, dişe diş isteniyordu. (Talyon kanunu). Adalet gözü bağlı günahsız bir kızın tam muvazene halinde tuttuğu terazi ile temsil olundu.

224 — İnsanlar her noktada müsavi olmadıkları için, her birine körü körüne müsavi muamele selim hisleri tatmin edemez. Bilenle bilmeyen, kuvvetli ile zayıf, aptal ile şeytan zekâlı adam, hâkim ile yargıladığı sanki nasıl müsavi olur?

Şartların haklı gösterdiği farklı muamele kimsenin itirazına uğramaz, kıskançlıklar doğurmaz. Küçüklere, hasta ve ihtiyarlara, ilim ve fazilet sahiplerine farklı muamele hattâ iyi karşılanır. Âyetlere bakalım.

Bir fikri hakikaten inanarak müdafaa edenle, inanmadan gizli bir maksadla istihdaf ederek müdafaa eden fasık birbirine müsavi olamaz.

SECDE 18 *Efemen kâne mü'minen kemen kâne fasikan lâ yestevûn.*

FATIR 19 *Ve mâ yestevîl âmâ velbesir.*

ZÜMER 9 Emmenæn... Hel yestevilezine ya'lemûne vellezine lâ ya'lemûne innimâ yetezekkerû üliâlelbab.

ENAM 50 Ku lâ ekulu lekum indi hazainullahi velâ alemül gaybe velâ ekülü leküm inni melekün in ettebiu illâ ma yuha ileyye kül hel yestevîl ama velbesiru efelâ tetefekkerun.

Karanlık ile nur müsavi olur mu?

Allah sizi denemek için bazılarınızı bazılarınıza üstün vasıfta yarattı .

İSRA 21 Ünzur keyfe faddalnâ ba'dahüm alâ ba'din velel ahiretü ekberu derecatin ve ekberû tefdila.

Köle ve câriye hizmetlerinden faydalananlarla rızık hususunda müsavidir.

NAHL 71. Vallahü faddale badaküm alâ badm firrizki femellezine tuddilu birâddi rizkîhim alâ mameleket eymanühüm fehüm fihî sevâün efebinmetillahi yechadun.

Filen harbe iştirak edenle ona lâkayıt kalan müsavi olamaz.

NİSA 95 Lâ yestevîl kaidune minelmü'minine gayru üliddarari velmücahidune fisebillillâhi biemvalihim ve enfüsihüm faddalallahü mücahidine bi emvalihim ve enfüsihüm alelkaidine dereceten ve küllen ve adallahülhusna ve feddalallahül mücahidine alelkaidine ecran azima.

Elinden bir şey gelmeyen, gittiği yerden başarısız dönen, efendisine yük olan köle ile doğruluk, başarı ile memur olduğu işi bitiren hür adam birbirine müsavi olur mu?

NAHL 76 Ve daraballahü meselen racüleyni ehadühüma ebkemü lâ yakdiru alâ şey'in ve hüve kellün alâ mevlâhü eynema yüveccihhü lâyeti biharin helyestevi hüve vemen ye'muru bil'adli ve hüve alâ sıratın müstakim.

Âyet kölenin randımanı ile hür adamın randımanı arası farka işaret etmektedir. Köle neticeye lâkayıt olduğu ve ısraktan çekinmediği, kafasını işletmediği için çalışması nisbeten az randıman verir. Kur'an esirlerin azadını, ferdî ve sosyal bakımdan büyük fayda olduğu için bir hayli günahlara kefarete kabul etmiştir.

İstihsal olunan servetten evvelâ herkese hayatî ihtiyaçlarına, sonra çalışanlardan her birine çalışmaları, kabiliyetleri, maruz bulundukları tehlikeye göre pay verilecektir.

225 — Emenatleri ehil olanlara tevdi ediniz.

NİSA 58 Innallahe ye'muruküm en tüeddül emanati ilâ ehliha ve iza hakemtüm beynennasi en tahkemü biladli innallahe nümna ye-izüküm bihi...

Siz kendi ayarınızda bir adama itiat ederseniz kötü âkibete maruz kalarak peşiman olursunuz.

MÜ'MİNÜN 34 Ve lein etâtüm beşeran misleküm inneküm izen le hâsirûn.

Binaenaleyh, iş başına ehliyet ve fazileti üstün olanların seçilmesi gerekir.

Umumi olsun, hususî olsun, vazifeler kişilere rastgele değil, ehliyetlerine ve şahsî meziyetlerine göre tevdi olunmalıdır. Demokratik rejim memuriyetlere ilmi, tecrübesi, fazileti, işleri kavrayışı, heves ve istidadı nazara alınmadan herkesin sıra gözetilerek tâyin edilmesini değil, sadece aynı vazifeyi aynı garanti ve kolaylıkla yapabilecek olanlar arasında sıra gözetilmesini iktiza eder.

İş başına ehil olanları getirme, onların da adaletle hüküm sürmeleri sayesinde milletler huzura kavuşur.

Allah helâkini istediği milletin başına faziletten ziyade servetleri ile nüfuz kazananları getirir; onlar zulüm hareketleriyle milleti mahvederler; böylece millet mütemadi isyanla ve harplerle felâkete sürüklenirler.

İSRA 16 Ve izâ enadna en nühlike katyeten emerna mütrafiha fefeseku fihâ fehakka aleyhel kavlü fedemmernahâ tedmira.

Anlayışımızda Osman Reşit'den mülhem olduk.

Allah para kuvvetiyle rey sağlayarak iş başına gelenlerin sosyal muhit için arzettikleri tehlikeye işaret etmektedir.

Diyanet anlayışına göre (s. II. 371) "bir şehri yok etmek istediğimiz zaman, varlıklarına emir veririz, ama onlar yoldan çıkarlar". Bu anlayıştan bir şehri yok edeceklerin Allahtan aldıkları emri icra edecekleri şeklinde bir mâna da çıkarılabilir.

Savary'nin daha doğru görünen anlayışında, Allah bir şehri harab etmek isterse halkın ileri gelenlerine (haraketlerinin âkibet ve neticelelerini) hatırlatır; onlar körlüklerinde ısrar ederlerse hükmü yerini bulur. (s. 307. No. 17).

Baltacıoğlu "... önce onların ileri gelenlerine buyruklanmızı bildiriniz. Bunun üzerine onlar o ili kanştırmağa başlarlar; artık o ili azaba uğratmak gerekir. (s. 228).

Ehliyeti tâyinde bilgi, tecrübe, yaş da hesaptadır.

Toplantılarda yer işgalinde başkan tarafından verilecek emre itaat ediniz.

İlim verilenler derecelerle yükseltildi.

MÜCADELE 11 *Yâ eyyühellezine âmenü izâ kile leküm tefsehhü filmecalisi fefsehhü yefsehhullahü leküm ve izâ kılensüzü fenşüzü yerfeillahüllezine âmenü minküm veilezine ütülülme derecatin vallahü bimâ ta'melüne habir.*

Bu âyet bütün topluluklarda intizamı ve topluluğun gayesini sağlaması için başkanın aldığı tedbirlere riayeti, yer işgalinde acele edenlere yerleri garanti edilmemesini iktiza eder. Ancak yer ayırma fantaziye değil, işgal edenin sosyal mevkiine göre olmak iktiza eder.

226 — Otoritenin halkın müracaatlarını incelemesinde sıraya riayeti mutlak ve kat'î bir kaide olamaz. Sıraya sıkı riayet ciddi ve acele olanların geciktirilmesine, sebep olabilir, bazan da işin incelenmesini büsbütün faydasız hale getirir.

Otorite inceleme taleplerinde ciddiyeti mutedil harçlarla sağlayabilir. Yalnız müracaatı ciddi görünen ve malî vaziyeti de harcı ödemesine müsait olmayanlar istisna edilebilir.

Peygamberden istediğiniz olursa evvelden bir sadaka vermek hayırlı (müracaatınızın doğruluğuna bir karine) olur. Sadaka vermeğe kudretiniz yoksa mazursunuz.

MÜCADİLE) 12. *Ya eyyühelezine âmenü izâ naceytümürasüle fekaddimu beyne yedey necvaküm sadakaten zâlike hayrun leküm ve at-heru fe in lem tecidu feinnellahe gafurun rahim.*

HUK. bu prensibe uygun olarak dâvaların kabulü, yürütülmesi için mutedil harçlar kabul etmiş, fakat, bu harçları tamamen veya kısmen ödeme iktidarı olmayan, iddiası da haksız görünmiyen taraf lehine adli müzaharet adıyla üç çeşitli yardım kabul etmiştir (465):

a) Dâva harçlarından muafiyet. Müzaharet olunan dâvayı kaybederse harçları ödemez, kazanırsa harç dâvayı kaybeden hasmından alınır.

b) Şahit ve bilirkişi ücretleri gibi dâvanın tahkikinin iktiza ettirdiği masraflar avans olarak Devletçe sarfedilir. Müzaharet olunan dâ-

vayı kaybetse de bu masraflar onun haczedilebilen mallarından tahsil olunur (471).

c) Avukat ücretleri tecil olunur. Muzaharet olunan, dâvayı kaybetmese de avukat ücretini ödemeğe mecburdur (466).

Adli müzaharet kararı yalanlarla alınmış veya tarafın mâli vaziyeti sonradan düzelirse geri alınır (470), bu halde tecil edilmiş veya affedilmiş olan masraf ve harçlar tahsil olunur.

227 — *Müsavi muamelenin mahzuru*: İnsanlar her noktada müsavi olmadıkları için her birine müsavi muamele hakikatte kuvvetlinin imtiyazı olur.

Bir camiada en çok göze batan servetçe müsavatsızlıktır, oysa bu bakımdan müsavat ne kabildir, ne de herkese ferahlık verir. Bugün memleketin bütün serveti herkese müsavi paylaşılsa yarın kimi daha fazla çalışarak, kazancını biriktirerek, kimi tembellik ederek, israf ederek kısa bir zamanda yeniden müsavatsızlıklar olacaktır. Kazançların müsavi paylaşılması insanda diğerinden fazal çalışma hevesini kırar, daha az çalışarak aynı payı almak için başvurulacak hileler, asılsız sahte sıhhat raporları önlenemez. Paylaşılarak kııntı haline gelen servetten de kimse faydalanamaz .

Halk arası servetçe müsavat umumî bir prensip olamazsa da müsavata yaklaşma prensip olabilir. Kanunlar, bu maksatla gelirleri, miras malları müterakki vergiye tâbi tutarlar. Müteveffanın vasiyet ile mallarını ihtiyacı daha fazla olan evlâdına bırakması teşvik edilir.

228 — Müsavat prensibi diğer adalet prensipleri karşısında geriler: Karşılıklı menfaatler arasında büyük farklar, şahsî hakların mahfuzluğu müsavi muameleye mani olabilir.

229 — *Mevzuatta müsavat*: Birleşmiş Milletler 31 Mart 1953 toplantısında erkek ve kadın arasında tam müsavatı prensip kabul etti. Bu sözleşme 4.5.1959 K. ile tasdik olundu¹.

Herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrıştı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Anayasa: 12).

MK. herkesin medenî haklardan müsavi istifadesini esas almakla beraber (8), bu prensiple telif edilemiyen bazı hükümler de kabul etmiştir.

A. Erkek ve kadın arasında. Koca evlilik birliğinin şefidir, kan-

1) R. 2 Haziran 1959.

ya üstün selâhiyetleri vardır: Evin intihabı ona aittir (152), karısını bir meslek icrasından menedebilir (159). Velâyetin kullanılmasında babanın reyi, ananıninkine üstündür (263).

MK. kocaya karısına üstün selâhiyet vermiş, fakat onu aile diktatörü yapmamış, kaniya hâkimden kocanın kararının tâdilini isteme selâhiyeti tanımıştır.

B. Miras. Mirasın intikalinde evlilik mahsulü çocuk ile velilik dışı çocuk birleşirse bu sonuncu baba cihetinden evvelkine nazaran yarı hisse alır (443). MK. meşrû saydığı memur önünde evlenmeleri korumak için masum olan çocukların menfatini feda etmiştir.

230 — *Takip hukukunda müsavat*: Taraflara karşılıklı iddialarını izah ve isbat için müsavi selâhiyetler verilmiştir. Hâkim taraflardan her ikisine de iddia konusu vakıaların doğru olduğunu veya olmadığını nasıl isbat edeceklerini beyan için müsavi selâhiyet ve mühlet verir (HUK. 217), sonra onların her ikisinin delillerini inceliyerek kanaatına göre hüküm verir. Hiç biri iddia konusu vakıayı isbat edemezse isbat ile mükellef olan taraf aleyhine karar verir.

231 — Borçlunun malı borçlarını ödemeğe yetmezse alacaklılar satış tutarından haklarını müsavi şartla almaları kâidedir.

İİK. alacaklılar arası müsavat prensibine iki çeşit istisnâ koymuştur:

a) Alacaklılar 6 sıra itibar olunmuştur (206). 1. sıra alacaklılar alacaklarını tahsil ettikten sonra artandan 2. ci, onlardan artandan 3 cü, en sonra da 6. cı sıra alacaklılar alacaklarını tahsil ederler.

Borçluya yaşaması için kredi vermiş; ihtiyatla alacağını rehinle tevşik etmiş veya alacağı kanun ile tecil olunduğu için tehlikeye düşmüş alacaklıların satış tutarından diğerine tercihan alacağını tahsil etmeleri âdil görülmüştür.

Rehin alan ihtiyatlı bir alacaklı ile teminat almadan borçluya kredi vererek onu hesapsız sarfiyata teşvik etmiş alacaklı nasıl müsavi olur?

Devletin vergileri intizâmla tahsil etmesi de âmme menfaati kabul edilerek bu alacaklar 1. ci sıraya alınmıştır. Maahaza, teraküm etmiş verginin tahsili borçluya yaşaması için kredi vermiş olanları açıkta bırakması halinde Devlet lehine bu imtiyaz âdil olamaz. Devletin aç kâlanlara yardımı zaten vazifesi idi.

b) Hacze iştirak: İİK. takip hilelerini önlemek için bir alacaklının talebi ile yapılmış hacze diğer bir alacaklının iştirak edebilmesini, alacağı daha evvel doğduğu tarihi resmî bir vesika ile sabit olması şartına tâbi tutmuştur (100). O bu şartla haczedilen mallar satılarak tu-

tarı vezneye girinceye, daha doğrusu, hesabına geçirilinceye kadar hacze iştirak edebilir.

Adalet zahmet ve masrafla borçlunun mallarını haczettiren alacaklıya farklı muamele yapılmasını iktiza eder. Borçlunun malını bulan, sattırmak için masraf yapan bir alacaklının son dakikada çıkan diğer bir alacaklı yüzünden payı azalması haklı olamaz.

Kanun resmî tarihli vesika ile alacağı haczettireninkinden evvel doğduğu sabit olmayan alacaklının hacze iştirakini hileleri önlemek için kabul ettiğinden, borçlunun muntazam ticarî defter münderecatı gibi hâkime tam kanaat telkin eden vesika ile alacağı daha evvel doğduğu sabit olan alacaklının da hacze iştirak edebileceği kabul olunmak gerekir.

İ K İ N C İ F A S I L

HAKLARA HÜRMET

I

232 — Adalet her şeyden önce insanın tabiî haklarına hürmeti iktiza eder. İnsanın fizik vücut tamamlığı gibi hürriyeti, hisleri, sırları, şeref ve itibarı, iktisap ehliyeti tecavüzden masundur.

Bariz derece üstün sosyal bir menfaat gerektirmeden Devletin fertlerin şahsiyet haklarına tecavüzü reaksiyonlara, ileri derecesi de ayaklanmalara sebep olur. Şahsiyet hakları Anayasanın tekeffülündedir.

Şahsiyet insanın doğumu ile başlar, ölümü ile sona gelir. (MK. 27). Ne ana karnındaki çocuk, ne de ölü şahıs değildir, hak sahibi, veya borçlu olamaz. Ana, karnındaki çocuğu temsil edemez, doğumdan evvel çocuğun şahsiyeti ananıninki ile karışır.

Ana karnındaki çocuk sağ doğması şartına muallaken hak iktisap edebilir, ona düşecek miras doğum gününe kadar muallâkta kalır. Doğan çocuk bir an da yaşasa muallâkta haklarını iktisap eder; ölü doğarsa ana karnına düşmemiş gibi muamele olunur.

Ana karnındaki çocuk şarta tâliken, borçlu olamaz.

233 — *Yabancıların hakkı.* Yabancıların da şahsiyet hakları mahfuzdur. Herkes mahalli intizam gerektirmedikçe şahsî hallerinde kendi kanununa tâbi tutulur.

İncile inanalar arasında İncil'e göre hüküm ver. Sana evvelki kitapları tasdik eden ve onları dosdoğru beyan eden Kitabı gönderdik. (Einaenaleyh)

İncil ehli hakkında artık İncil'de hüküm araştırmaya lüzum olmadan Kur'an ile hükmet, İncilin İncil âlimi geçinenlerin heva ve hevese göre tefsirlerine bakma.

MAİDE 48. *Velyaeküm ehlülincili bimâenzelallahü fihi ve men lem yahküm bimâ enzelallahü fe ülâike hümlül fasıkûn.*

MAİDE 49 *Ve enzelna ileykelkitabe bilhakki müsaddikan limâ beyne yedeyhi minelkitabi ve müheyminen aleyhi fahküm beynehüm bimâ enzelallahü velâtettebi ehvaehüm ammacaeke minelhakki liküllin cealna minküm şiaten veminhacen veelvşallahü lecealeküm ümmeten vahideten velâkin liyeblüveküm fimaataküm festebikulhayrati ilallahî meciukum cemian feyünebbiüküm bimâ küntüm fihi tahtelifûn.*

MAİDE 50 *Ve enihküm beynehüm bimâ enzelallahü velâtettebi ehvaehüm vahzerhüm en yeftinuke an ba'dı mâ enzelallahü ileyke fein teveilleu falem ennemâ yürüdüllahü enyusibehüm bi ba'dı zünübihim ve inne kesiran minen nasi lefasikûn.*

Modern milletlerin adalet telâkkileri birbirinden pek farklı olmadığı için HUK. yabancı kanunun tatbiki gereken halde, muhtevası isbat olunamazsa Türk kanununa uygun farzolunarak hükmolunmasını kabul eder (76). Mahkeme yabancı kanunu karıştırma mecburiyetinde değildir. Bir millet kanununun mutlaka o millete mensup bilginler tarafından doğru anlaşıldığı farzolunamaz. O âlimlerin makul kanunlarını heva ve heveslerine göre anlıyarak tatbik etmeleri Türk hâkimini bağlayamaz. Kur'an ile ilham edilen, ilmin memleketi olmamasıdır.

Allaha imâmı olan ve ağır suç töhmeti altında olmayan muhacirler kabul olunur.

MÜMTAHİNE 12 *Ya eyyühennebiyyü izâ caekel mü'minatü yübayineke alâ en lâ yüştikne billahi şey'en velâ yesrikne velâ yeznine velâ yaktülne evlâdehünne velâ yetine bi bühtanın yefterinehü beyne eydihinne ve ercülühinne velâ yesineke fi mârufin feba yihünne....*

Size ve diğer milletlere karşı zorlandıkları düğüştan kaçınarak iltica edenleri esir etmeyin. Hareketleri ile itimat telkin eden muhacirlere tecavüze izni li değilsiniz.

NİSA 90. *İllezine yesilune ila kavmin beyneküm ve beynehüm msakun ev cauküm hasirat suduruhüm en yukatiluküm ev yükatilu kavmehüm veleu şaallahü leselletahüm aleyhüm felekateluküm feinitezeluküm felem yukatiluküm veelkav ileykümüsseleme fema ceallahü leküm aleyhim sebila.*

NİSA 89. Veadü levtefurune kema keferu fetekunüne sevaen: fe'la tettehizu minhüm evliyae hatta yühaciru fisebilillahi fein tevellev fe-huzuhüm vaktülühüm haysü vecettümuhüm vela tettehizu minhüm ve-liyyen vela nasira.

İnsan bu sıfatıyla dünyanın her tarafında yaşama hakkına sahiptir. Yalnız Allaha inanmıyanlara, muhitte yürüyen esas prensiplere zıt sabit kanaatlarıyla (komünistlik gibi) bir fesat unsuru olmalarından korkulanlara kapılar kapanmak gerekir.

235 — *Hükmî şahıslar* : Kişiler sermaye ve faaliyetlerini birleştirip grup halinde taazzuv ederek şahıslarından ayrı bir şahsiyet vücuda getirebilirler. Hükmî şahıslar insanlara evlenme gibi tabii şartları nazara alınarak tanınmış olanlar hariç, bütün medenî hakları iktisap edebilirler (MK. 46).

Fertlerin sermaye ve faaliyetlerini birleştirmeleriyle doğan şahsiyetler topladıkları büyük sermaye ile sosyal hayatta hâkim rol oynayarak mütevazi sermayeli imâltçıları, tacirleri ezebilirler, mümessilleri şahsî menfaatleri için âzalarının zararına mal ve enerjiyi ısfaf ederler, suiistimalleri de az değildir. Fakat, muazzam sermayeye ihtiyaç gösteren tehlikeli tesisat sermayeleri mütevazi kişiler tarafından tehlikeler göze alınarak başarılamıyacağından, hükmî şahısların teşekkülünü serbest bırakma zarureti vardır. Kanunlar onların piyasada hâkim durumlarının suiistimalini önleyici hükümler koymakla, faaliyetlerini otoritenin kontrolüne tâbi tutmakla iktifa etmektedirler.

Cemiyetler K. bu maksatla cemiyet âzalarının ödeyecekleri yıllık aidatı tahdit, içtimalarında hükûmet komiseri hazır bulunmasını kabul etmiştir. Fakat Anayasa bir izne ihtiyaç olmadan dernek kurulmasını, silâhsız toplantılarla, gösteri yürüyüşleriyle kanaatların izhanını serbest bırakmıştır (28).

TK. göre anonim ve limitet şirketler Vekâletin müsaaresi ile teşkil olunabilir (273, 209), umumî heyetlerinin müzakerelerinde hükûmet komiseri bulunur. Maksat ve gayesine, âmme intizamına aykırı faaliyette bulunan şirketlerin feshini dâvaya Vekâlet selâhiyetlidir (274).

Ü Ç Ü N C Ü F A S I L

ŞAHSİYET HAKLARININ FERAĞ VE TAKYİDİ

236 — Kişinin bir şahsiyet hakkını başkasına temlik, hürriyetini ahlâka, veya kanuna aykırı tarzda takyid etmesi hükümsüzdür (MK. 23). İnsanlar zaruret anlarında kendi kendilerine karşı da himayeye muhtaçtırlar.

Kişinin bariz menfaati icap etmemişken bir şahsiyet hakkında başkası menfaatına tasarrufu ahlâka aykındır. Kur'ân kişinin bazı şahsî haklarında tasarrufunu hususî olarak yasak etmiştir.

237 — A. *İntihar*: Kişinin ölümüne muvafakati (ötönazi) müteber olmaz. CK. intihar edene yardımı, intihar fikrini uyandıranı cezalandırmıştır (454). Ancak, intihar teşebbüs derecesinde kalmış ise yardım eden ceza görmez. İntihara karar veren, sevdiği yardımcısını cezadan kurtarmak için teşebbüsünden vazgeçmesi ihtimali bu muafiyetin sebebidir.

Kişinin bir ıztıraptan kurtulmak için ölüme muvafakatının müteberliği (ötönezi) müdafaa edilmektedir. Kişinin ıztırabı geçici olması, ölümünden fayda umanların tazyikine dayanamamış olması ihtimalinin çokluğu bu muvafakatin makbul tutulmasına mânidir. Kişinin ne yaptığını bilmez halde beyan ettiği muvafakat zaten var sayılamaz .

238 — B. *Çocuk düşürme*. Kadının çocuğunu düşürmesi tehlikeli ve nüfus siyaseti bakımından zararlı görüldüğü için ceza tehdidi ile yasak edilmiştir. Çocuğunu düşüren kadın veya onun rızası ile çocuğunu düşüren kişi (CK. 469) ceza görür.

Bir kadının çocuğunu düşürmede menfaati sosyetenin bir çocuk kazanmasındaki menfaatine açıkça üstün ise istirar hali kabul olunarak suç kalkar. CK. kadının kendi veya yakınlarından birinin şerefini korumak için çocuğunu düşürmesini sadece cezayı hafifleten sebep kabul etmiştir (CK. 472).

Bununla beraber, çocuk kucağında çalışamıyarak hayatî zarurete düşeceğini haklı gösteren ciddi sebeplerle çocuğunu düşüren kadın ıztırrar halinde olarak, cezası büsbütün kalkar. Tanınmış İtalyan müellifi Manzini rızası hilâfına gebe bırakılan kadının tecavüz mahsulü çocuğu düşürmekle ıstrabını azaltması menfaati, çocuğunu muhafazadaki sosyal menfaatlere üstün olduğu mülâhazasıyla cezalandırılmıyacağını müdafaa etmiştir¹.

Gebeliğe mâni tedbir alma kadının şahsiyet hakkındandır, fakat, onun çocuk yapma kabiliyetini yok etme hürriyeti yoktur (CK. 271). Kimse yanlış mukamelelerle veya bir zaruretle âtisini tehdit eden harekette bulunamaz.

239 — C. *Tıbbî müdahale*: Kişi şahsına faydalı değilse ilmin menfaatine olsa bile, tehlikeli bir müdahaleye muvafakat edemez. Fakat, parasız veya bir bedel mukabili ilmin veya üçüncü bir şahsın menfaatını

1) Dönmezer de zikretmiş, Ceza kanunu hususî kısım 1953, s. 82.

korumak için kendini hayatî tehlikeye atmıyacak bir müdahaleye muvafakat edebilir. Meselâ, bir hastaya kan verebilir, kanını satabilir Ama kendinin veya diğerinin üstün bir menfaatini istihdaf etmedikçe vücut tamamlığında tasarruf edemez. Doktor lüzumu kat'î değil iken kişiye muvafakati ile yaptığı tehlikeli bir müdahalenin neticesinden mes'uldür².

Cerrahî müdahale hastanın üstün menfaatını istihdaf ettiği için operatörün mes'uliyetini gerektirmez. Estetik denen vücut çirkinliğini düzeltecek müdahaleler daha çok ihtiyatla yapılmalıdır. Ahvalin seyrinde az da olsa tehlike ihtimali bulunursa kişinin bu çeşit ameliyata muvafakati muteber olmaz. Bu çeşit ameliyatlarda operatör kusursuz bir müdahaleyi değil güzelleştiren neticeyi garanti eder, başarısızlığı başkalarının bir kusuru araya girmesinden ileri gelse de mes'uliyeti bertaraf olmaz.

240 — *Spor*. Zevk için çeşitli oyun, spor şahsiyet hakkıdır. Ancak kişi üstün bir menfaati iktiza etmeden vücut tamamlığında tasarrufta serbest olmadığından, tehlikeli bir oyuna muvafakati muteber olmaz. Oyun kaidesine riayet edilmiş de olsa, arkadaşının ölümüne sebep olan oyuncu mes'ul olur. Şu var ki, mağdurun tehlikeli oyuna girmesi de şahsî kusuru olduğu için failin cezasını ve tazmin mes'uliyetini hafifletir.

Haddi zatında tehlikesiz bir oyunda oyun adabına riayet etmişken tahmin edemediği tesadüflerle arkadaşının yaralanmasına, ölümüne sebep olan oyuncu mes'ul olmaz.

241 — *E. Taahhütler*: Kişinin mâlî tahhütleri de bariz derece üstün menfaatına aykırı ise ahlâka mugayyir sayılır, hükümsüzdür. BK. kişinin 10 yıldan fazla müddet çalışma taahhüdünü mecburi saymamıştır. (343).

FM. kişinin ilerde doğacak, şumulünü hesaplamadığı haklarından peşinen vazgeçmesini ahlâka mugayır görmüştür. Kişi yalnız, doğmuş bir hakkında tasarruf edebilir¹.

FM. kararında kişinin yaşayış tarzında, veya iktisadî durumunda esaslı değişiklik yapabilecek taahhüdünün muteberliğini münakaşa ile diyor ki, bir akdin ahlâka mugayereti tarafların akdi icrada veya iptâlde menfaatlerinin tartılmasına tâbi olmaz. Borçlu taahhüdünü, yaşayış tar-

2) Fr. Temyiz; 2 Şubat 1960, S. 1960, 291.

Hâdisede doktor hastaya sulfamitlerle bir türlü geçmeyen belsoğukluğunu tedavi için sun'î nöbet elektroşok tedavisi yapmış, hasta ilk seansı müteakip ölmüştü.

1) FM. 13 Mart 1958 JdT 1959 198.

zını değiştirmeye mecbur etse de iptâl edemez. Yoksa, mütevazî gelirler vâde ile mal alamazlar. Borçlunun yalnız ifası kendini mahva sürükleyen bir taahhüdü ahlâka aykındır².

D Ö R D Ü N C Ü F A S I L

BAZI ŞAHSİYET HAKLARI

242 — Diğerini öldürme, fizik vücuduna tecavüz (eziyet), kalbini yaralama, itibar ve şerefini gölgeleme, canını sıkma, sırlarına nüfuz meskenine tecavüz günah ve cezayı muciptir. Anayasa bu hakları kanunun dahi tecavüzünden masun tutmaktadır (10, 14, 15, 16, 17). Kişiye beyhude haysiyet kıran ceza da verilemez (14).

Şahıslarınızı öldürmeyin, diğerini haksız öldüren cehennemde yanar.

NİSA 28. Ya eyyühellezine... Velâ taktulû enfüseküm...

Müfessirlerin bu âyetten çıkardıklarına göre insanın nefsinin tehlikeye sürükleyen her işi günahıdır¹.

Diğerinin kalbini kırmak, sırrını açıklamakla, dedikodularla, alayla, iftira, intikam hareketleriyle, arkadan çekiştirmekle gıybet ile, yüzüne karşı türlü tavırlarla canını sıkma günahıdır.

İnsanlar birbiri ile açık konuşmalı, hakikatleri çekinmeden söylemeli, fakat açık konuşma, hakikatleri ifşa beyhude yere kalb yaralayan, itibarı sarsan, can sıkı sözleri sükûnetle, ihtiyatsızca söylemekle olmamalıdır. Haklı bir ihtar veya açıklamanın şekli kötü olabilir. İhtar, açıklama, tevcih olduğu kimseyi en az sinirlendiren tarzda olursa tersi katmerleşir.

I

SIRRIN MASUNİYETİ

243 — Kişinin hususi hayatını herkesten gizlemesi hakkıdır. Diğerinin bir sırrını dostluk münasebetleri ile veya tefahhusla öğrenip ifşa ahlâken çirkindir. Bu ifşa kimseye üstün bir menfaat sağlamadan sır sahibini nice hallerde hesabsız zararlara maruz bırakır.

Diğerinin sırlarını öğrenmek için gayret sarfı, tesadüfen öğrenilen kabahatlerin ifşası günahıdır.

2) FM. 29 Nisan 1958 JdT 1959 42; 25 Aralık 1958 JdT 1959 362.

1) Tibyan, 1, s. 283.

Başklarının kabahatlerini tecessüs etmeyin. Birbirinizi arkadan çekiştirmeyin, haklarında kötü kanaat beslemeyin; delile istinat etmeyen bir zanda bulunmayın. Bu kabil bazı zanlar (zararlı) günah olur.

Çok yemin eden yüzszüleri, insanları kötölüyerek birbirine düşürenleri dinleme.

HÜMEZE. 1 Veylün liküllü hümezetin, lümezetin ellezi cemaamalen ve addede.

Zina edenlere 100, gizli bir günahı görüp de şehadet edenlere 80 sopa vurun. (b. No. 26).

Bu âyetlerden kimsenin hususî hali işaa olunamayacağı umumî prensibi çıkarılır.

Allah başkasının ayıbı açıklamasını sevmez. Kişi uğradığı haksızlıktan meşrû menfaatlerini koruma ve müdafaa ihtiyacı hududunda şikâyet edebilir.

NİSA 148 Lâyuhübbüllahül cehra bissui minelkavli illâ men zulime ve kânallahü semian alima.

Allah başkalannın ayıpları tecessüs edilmesini, tesadüfen öğrenilenlerin işaasını yasak eder. Çok kere tecessüs ile kişinin kusurları sezilerek zannedilir. Kişi aleyhine olan karinelere karşı kendini müdafaa etmedikçe hakikat inkişaf edemez. Açıkça anlaşılrsa da bir kişiyi mahve sürükleyen bir hakikati başkalarna duyurma hakkında büyük zarar olduğu halde, kimseye haklı bir menfaat sağlamaz .

Diğerinin itibarına tesiri olabilen kötü zanlardan kaçının. Bunların haylisi kimseyi zarara maruz bırakarak, sizi yanlış hareketlerle günaha sokar. Delil toplamak için de olsa, casuslukla, inceden inceye birbirinizin hususî hayatını, suçlarını araştırmayın.

HUCURAT 12 Yâ eyyühellezine âmenû ictenibü kesiren minnezzanni inne ba'dezzanni ismün velâ tecessesu velâ yagteb ba'düküm ba'dan eyühıbbü ehadüküm en ye'küle lahme ehini meyten fekerihtimühü vettekullahe innallahe tevvabün rahim.

Zan hakikati ifade etmez.

NECM 28. Ve ma lehüm bihimin ilmin in yettebiune illezzanne ve innezzanne la yugni minel hakkı, şey'en.

Gizli suçları meydana çıkarma hevesiyle yapılması âdet olan cürümüşhutlar (suçüstü tesbit) Kur'anın bu hükmüne olduğu kadar modern hukuk esaslarına da aykırıdır.

Suç üstü zabıt ancak üstün meşrû bir manfaati koruma amacıyla, hususiyle işlendiği muhakkak olan suç failini teşhis için tanzim olunabilir.

Cürmümeşhut hükümleri daha ziyade bir suç delilleri kaybolmamasını istihdaf eder, ihbar veya bir şüphe üzerine zevk için birlikte gizli işlenilen suçların evler, oteller basılarak araştırılmasını istihdaf edemez. Devletin bazı zaruretlerle yaptığı tahkikat neticesi elde edilen sırları işfaa etmesi de yasaktır.

Fransız Devlet Şûrası Kur'an hükümlerini teyid eder mahiyette şu kararı vermiştir:

Devlet memurları tarafından âmme menfaati bakımından zaruret olmadan ferdin hususî hayatı tahkik edilmesi, elde edilen şeref ve itibarına müessir bir hareketin kıymet hükmü verilerek veya verilmeden işaa edilmesi âmme iktidarının mes'uliyetini gerektirir; vakıanın hakikat olması Devletin mes'uliyetini kaldırmaz¹.

Fransız Devlet Şûrasında Başkanun sözcüsü Bernard şu kararları zikretti:

a) Bir kumandan bir harb esirini hizmetine verdiği kişinin elinden almak için karısının bu esir ile münasebetini ileri sürmüştü. Devlet mes'ul tutuldu. (8 Aralık 1948).

b) Askere alınmış bir papazın hizmette iken kötü hali not edilip terhisinden sonra Kliseye bildirildi. Devlet mes'ul tutuldu. (6 Nisan 1951).

Ceza kanunu ile mevzu, hususî hayatın işaası yasağı, Devlet memurları için de vardır. Yalnız, Devlet memurlarının idarî zaruretle tahkikat yapmaları, meselâ, şahsın ahlâkî durumu hakkında hüküm verip, gayeye uygun olarak alâkalılara bildirmeleri Devletin mes'uliyetini istilzam etmez. Bir memuriyet adayına ahlâksız hükmü verilerek merciine bildirilebilir.

Fransız Devlet Şûrasının zikri geçen 19 Kasım 1958 kararına mevzu hâdise¹.

Bir Fransız doktoru Şikago Fransız Konsolosluğuna müracaatla Fransız Etibba Sendikası âzası olduğunu, Amerikalı doktorlarla Fransız doktorlar arasında münasebetler tesisi için iki memleket arası turistik seferler tertipliyecek bir dernek kurulması hususunda müzaharetini temin ettikten sonra, uygunsuz bir hayli işler yapmış, 1500 dolar borç bırakarak Amerika'dan kaçmıştı. Fransız Konsolosu Fransız doktorlarının şerefini korumak için onun borcuna kefâlet ederek alacaklıların kanun yoluna müracaatını önledi. Fransa Hariciyesi, doktorun vaziyetini Etib-

1) FR. DŞ. 19 Kasım 1958, s. 1959 74.

ba Odasına, Doktorlar Sendikasına, Tıp Fakültesi Dekanlığına birer mektupla bildirdi.

Bu bildirmelerden şöhretçe zarar gördüğünü iddia eden hilekâr doktor Devletten tazminat istiyordu.

Başkanun sözcüsüne göre, doktor bu sıfatı ile konsolosun müzaaheretini temin ettiğinden, Bakan onun hakkında disiplin tedbiri alınması için hareketini Etibba Odasına bildirmesi kusur olamazdı. Doktor sendikasının âzalarının hareket tarzından haberdar olmasında da zaruret vardı. Yalnız doktorun vaziyetini Tıp Fakültesi Dekanına bildirmekte idarî zaruret yoktu. Bununla beraber, dekan meslekî sırrı muhafazaya mecbur olduğundan, haberdar edilen hareketi ifşa edemiyeceği için bu yüzden dâvacının bir zarara maruz kalması ihtimali bulunmadığı mucip sebebiyle Devletin mes'ul edilemiyeceğini mütalâa etmişti. Dâva bu sebeple reddolundu.

Diğer bir misâl: Fransa'da frengi sirayetini önlemek için 8 Temmuz 1948 tarihli kanun bu hastalığın başlıca ârazı bulunanları muayeneye sevk için Sıhhat Dairesine selâhiyet vermişti. Daire bu selâhiyeti ile X. i ciddî sebep yokken muayeneye sevketti. X. in hayâ duygusu rencide olduğunu ileri sürerek istediği mânevî tazminat kabul edildi².

Elmalı, tahlil ettiğimiz âyetlerin Ömer zamanında nasıl anlaşıldığını gösteren şu hâdiseyi naklediyor³:

Halife olan Ömer, vazifeten Medine'de gezerken bir evde şarkı söylendiğini işitir; hiddetle duvardan atlayıp eve girer. Ev sahibine senin gizlediğin günahı Allah bilmez mi, deyince ev sahibi, "yâ Ömer, ben bir günah işledim, ama sen üçünü birden işledin: a) Kur'ana aykırı olarak eve kapıdan girmedin, duvardan atladın; b) iznim olmadan girdin; c) benim gizli günahımı tecessüs ettin". Ömer bu haklı ihtar üzerine hiddetine hâkim olur.

Ahbablar arası dedikodu hoş görülebilir; fakat, muhatapta bıraktığı kötü intiba ile tevcih olunduğu kimseye ağır bir darbe olacak dedikodular, gıybet, o kmisenin şahsiyetine tecavüzdür, büyük günah olur. Yasak olan bu kabil çekiştirmelerdir. MK. bakımından, darbe istenerek dedikodu yapılmış, tecessüs edilmiş ise tazminat da gerekir (41 II).

Bir kavim diğeri ile alay etmesin. Alay edilen cemaat alay edenden üstün vasıfta olabilir. Bir kadın da öteki ile alay etmesin; alay edilen üstün fazilet sahibi olabilir. Birbirinizi ayıplamayın, tecessüs ile ayıpları açıklamayın. Kötü lakaplarla canını sıkmayın.

HUCURAT 11.

2) Fr. DŞ. 5 Temmuz 1957, S. 1958 188.

3) Elmalı VI 4472.

Kadihan fetvasında gıybetin ancak gadab suretiyle kötülük kasdı ile olmasını günah sayar; kişiyi zor duruma düşürme, itibarını kırma maksadı olmadan, onu yola getirmek, bir vaziyetin incelenmesine esas olmak gibi yüksek bir gaye ile ayıpların ortaya atılması, hattâ itibarını zedelemeyen, canını sıkmayan hususiyetlerinin ifşasını gıybet bulmamıştır¹.

Kötü ahlâkı şüyû bulmuş kimsenin yeni bir şey iâlve edilmeden ahbablar arası takbihi de günah olmaz².

244 — İFTİRA VE İSNAT

Bir günahı, ondan mes'ul olmayan diğerine yükleyen büyük günah işler.

NİSA 112 Ve men yeksib hatıeten ev ismen sümme yarmibihi berien fekad ihtemele bühtanen ve ismen mübinâ .

CK. suçsuz olduğunu bildiği bir kimseye suç isnad edeni, isnat edilene verilmiş cezanın ağırlığına göre idama kadar giden ceza ile cezalandırmaktadır. Fail iftira ettiği kimse hakkında takip başlamadan isnadından rücû ederse, cezası altıda bire iner (285).

Bir tevhide içtihat kararına göre rücû, failin hissettiği peşimanlıkla tevbekâr olarak hakikatı beyan etmesi olup iftira edenin söylediklerini inkâr etmesi rücû olmaz¹.

Kötü isnatları yayanlar azap görürler. Siz mağdurlar bunları (daima) hakkınızda şer sanmayın.. Bu buhtanlar hakkınızda hayır da olabilir.

NUR 11 İnnellezine câü bilifki üsbetün minküm lâ tahsebuha şarran leküm bel hüve hayrun leküm liküllimrîn minhüm mektesebe minel ismi velezi tevellâ kibrahü minhüm lehü azabin azim.

Şahsına tevcih edilmiş haksız bir isnadı buhtan edilen kimse faili mahkemeye dâvet ederek, onun delillerini çürüterek kendini müdafaa imkânını bulur, hattâ bu müdafaa ona ummadığı bir şöhret temin eden bir hakikati meydana çıkartarak hakkında hayır da yaratabilir. Bir yalan havadisten kişinin itibar ve şöhreti hâldâr olursa hakikatin mahkeme kararıyla ilânı en mükemmel bir tazmin şekli olur. TK. haksız rekabet için yalanlarla diğerinin itibarını zedeleyen kimse hakkında isnat-

1) Elmalı'da zikrolunmuş: VI 4474.

2) Elmalı VI 4475.

1) Tev. İçt. 21 Ocak 1959, R. 20 Mart 1959.

ları hakikat olmadığına dair verilen kararın neşir ve ilânı ile zararları tazmin olunabileceği hükmünü ihtiva eder.

245 — İNTİKAM

Kişinin maruz bulunduğu haksız ve âtiyen tekrarlanmasından korktuğu bir tecavüze karşı tedbir mahiyetinde faille tecavüzü günah olan bir intikam değildir. İntikam önleyici rolü olmayan veya ihtimali tecavüze nazaran daha çok ağır zarara sebep olabilecek tedbirlerle diğerinin şahsiyetine tecavüz olup haram edilmiştir. Bir zararı ikâ edene karşılık zarar vermek mukabelelerin teselsülüne sebep olabilir.

Bu hükmü iktiza eden ayet:

İntikamdan vazgeçip sebat edene mükâfat olunur. Af ferahlık veren büyük işlerdendir.

ŞURA 41 *Velemenin tasara ba'de zulmihi feülâike maaleyhim min sebil.*

Zararı intikam ile değil, failini tazmine mecbur ederek tâmire çalışmalıdır. “Zarar ve mukabelei bizzarar yoktur” (Mec. 19).

II

246 — MEVZUATTA ÖZEL SIRLARIN KORUNMASI

Anayasa kişinin özel hayatı açıklanamıyacağını (17) tasrih etmiş, yalnız üstün sosyal menfaati korunma zarureti ile açıklanmasını mahfuz tutmuştur (15).

CK. başkasına gönderilen bir mektup veya telgraf, kapalı zarfı açılarak muhtevaşının öğrenilmesini (195), ortadan kaldırılmasını (197) kişi kendine gönderilmiş olsa bile aldığı mektubu münderecatı göndereceğinin rızası hilâfına işaa etmesini suç sayar.

Kişinin diğerinin yüzüne karşı veya “bir başkası ile ihtilât ederek” şöhretine, vakar ve haysiyetine tecavüzü cezalandırılmıştır (480).

Fiil cezayı mucip olmak için tevcih olunduğu kimsenin yüzüne karşı veya ona bu haberi ulaştıracak biri önünde olmalıdır. Bu kast yoksa suç olmaz, haberi ulaştıran ceza görür. Kanun gayesi işittiklerini tevcih olunduğu kimseye maddeden veya mânen zarar verecek tarzda yaymasından korkulan kimselerle olan ihtilâttır, öğrendiklerini bir üst menfaat gerektirmeden alâkalıya ulaştırmasına ihtimal verilmeyenlerle boşboğazlığı istihdaf etmez. İhtilât edilen kimselerin adedinin rolü azdır.

CK. suç mahiyetinde isnatta bulunanları veya bir memurun memuriyet vazifesine müteallik ihmallerini açıklayan, sözünün doğruluğunu isbat etmesi halinde, cezadan muaf tutmaktadır (29.2.1960 K.)¹. Bu açıklamada âmme menfaati üstün görülmüştür.

Anayasa daha umumî olarak (34), âmme işi yapanlara, hizmetleri münasebetiyle isnatların, hattâ bilinmesinde âmme menfaati bulunan her isnadın doğruluğunu isbat hakkı vermektedir

İİK. iflâs masasına, müflise gönderilen mektupları açmak selâhiyetini vermiyor (184). Masa dost ve aile mektuplarını okumadan sahiplerine iadeye mecburdur.

Diğerinin şöhret ve itibarını zedelemiyen ifşaat, objektif tecavüz olmayan kalp yaralamaları cezalandırılmamıştır.

Kanun yalnız itidal ve muvazene haricinde veya çirkin ve ayıp görünen bir tarzla başkasını incitenleri, huzur ve rahatını kaçıranları cezalandırıyor (547). Kimse hal ve şartların haklı göstermediği bir tavır takınarak diğerini rahatsız edemez.

247 — *Müdafaa*. Kişi öğrendiği bir sırrı ifşâ zaruretinde kalabilir. Bir kimsenin, diğerinin ahlâkı hakkında bilgi edinmesinde menfaatı olan kişiye kötü huylarını saklıyarak iyi hal kâğıdı vermesi, onun aldanmasına sebep olursa, haksız bir fiil olur.

Kişi, yalnız diğerinin haksız bir hareketini önleme, malını, canını, şerefini koruma ıstırarı ile onun hususî hayatını açıklayabilir, ona hakaret edebilir.

CK. karşılıklı hakaret halinde hâkime her iki failin cezasını iskat, birbiriyle takas etmek veya hafifletme selâhiyeti vermiştir.

Şiddet kullanan kimseye hakaret ise büsbütün cezasız bırakılmıştır (485). Şiddet her çeşit haksız hareketi içine alır. Bir haksız hareketi faili korkutarak durduracak açıklamalar, ağır sözler, ithamlamalar suç olamaz; meğer ki had aşılmış olsun.

Mahkemede bir hakkı iddia veya müdafaa zaruretiyle, diğerinin hususî hayatı ifşâ olunabilir (CK. 486). Fakat, bu bakımdan lüzumu olmadan hasmın, şahidin, dâvaya yabancı bir kişinin şerefine muhil sözler sarfı cezasız kalamaz².

Taraf, müdafaası icap ettirmemişken, hasmının, şahidin şerefine,

1) R. 5 Ara. 1960.

2) Tev. İct. 26.9.1943. Fr. Tem. 31 Temmuz 1936 DH. 1936 591.

tecavüz ederse tazminata mahkûm edilebilir; hakkında disiplin cezası da verilebilir (HUK. 151).

Adli muafiyetin gayesi tarafların korkusuzca iddia ve müdafaalarını serdedebilmelerini sağlayarak adli hataları önlemedir; bu muafiyet mahkeme önünde şifahî müdafaalarda ve mahkemeye verilen evrakta isnatlara şâmdir.

248 — *Sırrın masuniyeti ve âmme hakları*: Anayasaya göre “kimse kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucu doğacak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (33 son fık.). Misâller: Bir kimse vergi kaçakçılığı gibi, işlemiş olmasına ihtimal verilen bir suç hakkında ip ucu vermek için izahata dâvet olunamaz. O yalnız mevcut delilleri çürütebilmesi için dâvet olunabilir.

Şahit olarak dinlenen bir kimsenin ifadesi alındıktan sonra, rolü değiştirilip, sanık olarak takibine bu ifadesi delil ve esas tutulamaz.

Kanunen alınması suç olan fazla kirâyı beyannâmesinde göstermiyen bu sebeple kaçakçı olamaz. Çünkü, kişi kendi suçunu ihbara mecbur değildir.

Kimseye şeref ve itibarına tesirli bir fiil hakkında yemin verilemez. (HUK. 352)

Aleyhine olan deliller hakkında izahata dâvet olunan, sırrını açıklamamak için bir soruya cevap vermezse, sükûtu sebebiyle değil, mevcut delilin bu sükût ile kazandığı kuvvetle mahkûm edilebilir.

Kimsenin sırrını açıklamaya zorlanamaması bu hususta yalan söylenmesinin de suç olmamasını tazammun eder.

249 — MESLEK SAHİPLERİNİN SIR SAKLAMA MECBURİYETİ

Resmî vazifeleri veya meslek ve sanatlarını icra zaruretiyle diğerinin bir sırrını öğrenen kişinin öğrendiği sırrı ifşâ etmesi suçtur (CK. 198). Bu sırlar ancak üstün bir menfaati koruma zaruretiyle ifşa olunabilir. Devlet bariz derecede üstün âmme menfaati istilzam etmeden şahısların hususî hayatlarına nüfuz ile elde edilen sırları mevzua yabancı sebeplerle veya âmme menfaati bakımından ciddi lüzumu olmadan ifşa ederse sebep olduğu zarardan mes'uliyeti geçen No. 243 de anlatıldı.

Doktor, avukat, günah çıkaran papas, banka memuru, noter, velhâsıl, vazifesini yapabilmek için müracaat edenin sırrını bilmeğe muhtaç meslek sahibi sır saklamakla mükelleftir. Fakat bir sırrı öğrenmeden mesleğini yapabilen kimse, tesadüfen veya ilgilinin lüzumsuz boşboğaz-

lığı ile öğrendiği sırrı saklamağa mecbur olmaz. Meselâ, ev hizmetçisi, ev sırrını saklamakla mükelleftir, fakat başka işi olmayan bahçıvan sır saklamakla mükellef değildir¹.

250 — *Sırra şehadet.* Bir meslek sahibi faaliyetini icra münasebetiyle diğerinin bir sırrını öğrenirse, sır sahibi muvafakat etmedikçe bu sırra şehadet edemez (HUK. 245).

Memur Devlet sırrına şehadet edebilmek için, hem sır sahibinin, hem de vazifeten bağlı olduğu vekâletin izni lâzımdır (HUK. 249).

Memurların ferdin menfaatine yaptıkları başkalarını ilgilendirmeyen işler Devlet sırrı değildir, memur vekâletin müsaadesi olmadan, sır sahibinin muvafakati ile şehadet edebilir. Memur alenen yaptığı işde de şehadete zorlanabilir. Tapu muhafızı tescil ettiği bir gayrimenkûlün satış şartlarına şehadet için izin alması gerekmez.

Memurun vazifesi münasebetiyle yaptığı bir iş hakkında mahkemeye, istediği malûmatı vermesi de şehadettir, mensup olduğu vekâletin müsaadesi lâzımdır.

Devlet sırrına şehadete izin vermeğe selâhiyetli makam, memurun şehadeti üstün âmme menfatine zararlı olmadıkça, istenen müsaadeyi vermeğe mecburdur.

Sır sahibi, sırrına, meslek sahibinin şehadetine muvafakat edebilir. Bu muvafakat dâvadan önce de beyan edilebilir, beyan edilen muvafakat geri alınmaz. Meselâ, doktor üçüncü şahsa bir rapor verilmek üzere muayene ettiği hastanın rapor mevzuu haline şehadet edebilir.

Üstün bir menfaati muhafaza zaruretiyle de mahkemenin bir sırra şehadeti emredebileceği kabul olunmalıdır. Bir izâlei bikir dâvasında kadının daha evvel çocuk düşürdüğünü muayene ile anlamış olan doktorun dinlenmesini mahkeme emredebilir. İftira eden kadını korumak için bir masum mahkûm edilemez¹.

251 — *Meslekî faaliyet dışında öğrenilen sırlara şehadet.* Meslekî faaliyeti haricinde diğerinin bir sırrını öğrenenin bu sırrı ifşa etmesi suç olamaz. O bu sırra şehadetten imtina edemez. Fakat, öğrendiği bir sırra sahibine zarar vermek kasdı ile üstün menfaati koruma maksadı olmadan ifşa eden, bilerek ahlâka aykırı hareketi sebebiyle tazminat ile mes'ul olur. (BK. 41/II). Meselâ, müteveffayı hastalığında tedaviye çağırılan doktor, varisleri vasiyeti imhâ ettiklerini görmüş ise imhaya şehadetten kaçınamaz. Çünkü, şahadet mevzuunu öğrenme tedavi zaruretiyle olmamıştır².

1) Sırrın masuniyeti ve şehadet makalem, Hukukî Bilgiler, s. 398.

2) Vasiyeti imha eden varis mirastan mahrum kalır (MK. 520)

Hâkim sır sahibinin meşrû menfaatlerini veya sebepleri hususî halleri nazara alarak nisbeten büyük menfaati korumak için şahidi dostluk münasebetiyle öğrendiği sırlara şهادetten affedebilir; hattâ bu şهادet üstün menfaatleri tehlikeye maruz bırakacaksa, ahlâka aykırı olduğundan şahidi istese bile dinlemez.

III

ESER VE MEKTUPLAR ÜZERİNDE HAK

252 — Kimsenin fikirleri üzerinde inhisarı hakkı yoktur. Herkes birbirinin fikirlerinden faydalanabilir. Bir fikir insana hâdiseler karşısında hislerinden, diğerlerinin yayınlanan fikirlerinden, bazan da menşeiini bilmediği ilhamlardan gelir. Aynı fikir aynı zamanda bir kaç kişiye doğabilir. Kişi yalnız bir fikri işleyerek ifade eder, işlemesinin hususiyeti de bulunursa sadece bu işlemesi üzerinde hakkı olabilir.

Kişiye çalışmasını teşvik için işlemeleri üzerinde hak tanıma yeter, fikirleri başkaları tarafından daha iyi işlenmesini men etmeğe ihtiyaç bulunmaz.

FSK. yalnız edebiyat eserleri ile (fikirlerin herkesce anlaşılan, harflerle ifadesi), güzel sanat, musiki, sinema, dans, fotoğraf, kroki, plân, pandomin, gibi görülmesi, dinlenmesi zevk veren eserler üzerinde sahiplerine hak tanıyor. Bir fikri ifade etse bile, edebî mahiyeti olmayan işaretler, çizgiler, şifreler, harfler taklid olunabilir. Hususî bir kanun imâl olunan eşyayı teşhise yarayan alâmetleri (âlâmeti farika), yeni icatları (ihtira beratı) himaye etmektedir.

Bir fikri ifade etmeyen tarihî coğrafi mâlûmat üzerinde de hak yoktur.

Bir eseri esaslı değişikliğe tâbi tutmadan şerhetme, genişletme, başka dile çevirme işleme olarak himaye edilmiştir. Fakat, bir eser sahibinin muvafakati olmadan başkası tarafından işlenemez.

FSK. eser mahiyetinde olmasa bile (fikir ifade etmeyen) kişinin hâtıra defterinin, gönderdiği mektupların, muvafakati olmadan yayınlanmasını yasak etmiştir (85). Bu hüküm hatırayı, mektubu yazanın sırları açıklanmamasını sağlayarak şahsî menfaatlerini korur¹.

Bir mektup muhatabının da rızası olmadan neşrolunamaz.

253 — Gönderilmiş bir mektubun bir hakkı isbat zarureti ile ibraz

1) FSK. Şerhimiz M. 85-86 şerhi No. 5.

edilebileceğini kabul lâzımdır. Gönderen de icabında muhatabını aldığı mektubu ibraza zorluyabilir (HUK. 326; CUK. 191).

Paris İst. mahkemesi kararına göre açık muhabere varakalarının okunarak münedecatının işaa edilmesi, kapalı zarfın üzerindeki mühür ve yazılarının kopyası alınarak kullanılması, hususî maksatla kısa bir müddet dahi alıkonması suçtur¹.

254 — Bir eser ne vakit işleme olur da asıl eser sahibinin muvafakati ile ne vakit müstakil sayılır da bu muvafakate ihtiyaç olmadan neşrolunabilir? Hududu çizmek zordur. Bir eser, metod ve şekil itibariyle, asıl eserden farklı olur, onunla münasebeti şüpheli kalırsa, müstakil kabul edilmek gerektir. Hususiyle, bir eserin tenkidi, kontrandüsü yapılması işleme değil, müstakil eserdir, meğer ki, asıl eserden, okunmasına ihtiyaç bırakmıyacak kadar parçalar alınmış olsun. Bir eserdeki tasvirlerden, hikâyelerden faydalanılması, eserin müstakil olmasına mâni olmaz.

Fransız içtihatlarına göre hayalî tasvirler, vakıaların teselsül ettirilmesi müellife inhasarî hak vermez. Yalnız istiarelerin ehemmiyeti ve eserin mahiyeti icabetmekte ise mehzaz gösterilmesi gerekir. Tarihî bir roman yazan, mevsuk olan değil, aslı olmayan, *legendaire*, hikâyeleri de diğer eserden alabilir².

255 — *Neşredilmemiş eser*. Kimse diğerinin sakladığı alenileştirmedeğ i eserini, meşrû olmayan yollarla ele geçirerek veya emniyetini suiistimal ederek kendi malı imiş gibi neşredemez, işleyemez.

256 — FSK. u. şu aşağıki hallerde diğer bir eserden faydalanılmasına müsaade etmektedir:

a) Bir umumî toplantıda nutuklar toplantının, mahkemede müdafaalar dâvanın safahatını anlatma bakımından fayda hududunda aynen iktibs olunbilir (32), fakat sahibinin muvafakati olmadan toplantı veya dâva safhası hakkında lüzumlu izahatı ihtiva etmedikçe ayrıca müstakillen neşredilemez.

Profesörlerin dersleri de muvafakatleri ile neşrolunabilir.

b) Günlük hâdiselere dair bir gazete, veya dergide çıkan yazılar

1) Paris İst. 28 Ekim 1959 S. 1960 51.

2) Paris'te Seine mah. 1 Aralık 1959 S. 1959 67. Hâdisede, dâvacı yazdığı hayalî romanda bahis mevzuu entrikaların teselsül seyrini, muhtelif muhavvereleri, bazı tafsilatı dâvâlı iktibas ettiğini iddia etmişti.

iktibas olunabilir. Fr. Tem. Mahkemesi bu hükmü günlük hâdise resimlerine şumullendirmemektedir¹.

c) Sahibinin alenileştirdiği bir eserden bazı parçalar bir fikri müdafa veya tenkit için me haz göstermek şartı ile aynen iktibas edilebilir. (35)².

IV

PORTRE VE FOTOĞRAF ÜZERİNDE HAK

257 — Kişinin portresi, fotoğrafı üzerinde hakkı vardır, rızası olmadan fotoğrafı çekilemez, teşhir edilemez, mahkemede delil olarak ibraz olunamaz. Bu yasağı dinlemiyen FSK. 86. maddesinin attettiği CK. 197-198 maddelerine göre ceza görür, BK. 49 hükmünce mânevî tazminata mahkûm edilebilir.

Kişinin portresi üzerinde hakkı da diğer haklar gibi mutlak değildir; daha yüksek menfaatler karşısında geriler. FM. bu hakların hududunu da menfaatleri tartma esası ile tâyin etmektedir. Bir portrenin teşhirinin, portre sahibinin asabı üzerinde yapacağı tesir ile, umum için melhuz olan faydaları teraziye konularak ağır basana ön verilir. Tanınmış artist Hodler'i ölüm döşeginde tasvir eden bir portresi teşhir edilmişti. FM. ye göre büyük şöhreti olan bir artistin portresini görmede halkın iştियakı fazladır; fakat, onun ölüm döşeginde portresi, vitrinlerde teşhir edilmesi, dâvacı karısının acısını tazelediği, bu teşhirin kâr peşinde olması ıstıraplarını daha da arttırdığı için men'edilmek gerekir.

258 — FSK. sosyal menfaatleri kişinin şahsiyetini âmme nazârında saklama menfaatine üstün görerek, şu aşağıki hallerde fotoğrafların teşhirini serbest bırakmaktadır:

- a) Tasvir olunanın iştirak ettiği gurup içindeki fotoğrafı,
- b) Günlük vakıalarda adı geçen fotoğrafı,
- c) Memleketşümul faaliyeti olanın fotoğrafı.

Maahaza, ilgilinin üstün menfaati kanunun caiz addettiği hallerde fotoğrafının teşhirine mâni olabilir. Meselâ, maruf kişinin haberi olma-

1) Fr. Tem. 5 Mayıs 1959 S. 1959 81. Paris İstinaf mahkemesi kararını nakzen. Hâdisede Rio de Janiirro'de çıkan bir dergide günlük bir vakıaya ait resim, bir Fransız dergisi tarafından kopye edilmişti.

2) Belgesay, FSK. şerhi, M. 1 altı.

dan ev veya plâj kıyafeti ile diğerleri arasında alınmış, halkı ilgilendirmeyen hususiyetlerini açıklayan fotoğrafı neşrolunamaz.

Fotoğrafı çeken sujeye verdiği pozda sevimli noktalarını tebarüz ettirirse bu hususiyeti üzerinde hakkı olur; taklit edilemez. Fakat, sujenin tabii halde alınmış fotoğrafından herkes kopye çekebilir. Bir bebeğin neş'eli tabii halinde alınmış fotoğrafı, bir genç kızın tazeliğini tebarüz ettiren fotoğrafı, son sistem âletler ile teknik bakımdan işlenmiş olsa bile, fotoğrafçı, hususiyetini taşımadığını ileri sürerek diğerlerinin bundan yapacağı ağırandisman üzerinde hak iddia edemez.

V

KENDİ KENDİNE HAK ALMA, MÜDAFAA

259 — Kişinin kendi kendine hakkını tam olarak alması adalete aykırı değildir; bir şahsiyet hakkıdır. CK. kişinin sadece hükûmete müracaatla hakkını alabileceken, eşya veyahut şahıs üzerinde şiddet kullanılarak iddia ettiği hakkı almasını suç addetmiştir (CK. 308). Kişinin hakkını almak için polise, adli makamlara müracaatı, hale göre faydasız ise, zor kullanarak alması meşrû müdafaa olur. Şahıs hükûmete müracaat edebileceği halde dahi cebir kullanmadan hakkını kendi kendine alabilir.

Maruz bulunduğu tecavüzü, aynı ile ve haddi aşmadan defedene Allah yardım eder.

HAC 60 Zâlike ve men akabe bimisli ma ukıbebihi sümme buğıye aleyhi leyensurenne hüllahü innallahe leatuvvun ğafûr.

Bir tecavüze karşı kendini müdafaa eden veya haksız bir tahrik üzerine şiddete tevessül eden kendinde normal üstünde bir kuvvet hisseder. Haksız hücum edenin de kuvveti o nisbetle zaifler.

Pratik bakımdan, hakkını kendi kendine şiddet vasıtaları ile alan nâdiren tam alır, çoğu halde hakkın alınmasının gerektirmediği hudutsuz, ağır tedbirlere, vasıtalara başvurur.

Bu sebeple, CK. hükûmete müracaatla temini kabil olan hakların şiddet kullanılarak alınmasını cezalandırıyor. Bununla beraber, bütün ihtiyatlara riaye ederek nihayet Devlet otoritesinin dahi tatbik edeceği vasıtalarla hakkını üstün menfaatlara tecavüz etmeden alan kimse muahaze edilemez. Meselâ, çalınmış malını hırsızın elinden kapan cezaen mes'ul edilemez.

VI

ALDATMA - TEHDİT

260 — Kişi hareketinde, kararında serbest olmalıdır. Ona, aldatılarak manen tazyik edilerek, bir kötülük yapılacağı, bir hak kullanılacağı ile tahdid edilerek yapmak istemediği bir şeyi yaptırmak şahsiyetine tecavüz olur. Maahaza, bir hakkın kullanılacağı tehdidi ile temin edilen menfaat fahiş görülmezse ikrah muteber sayılamaz (BK. 29, 30).

Dieğri tarafından veya onun bilgisi altında üçüncü bir kişi tarafından aldatılarak akde razı olan, akdi hileyi öğrendikten veya hile kalktıktan bir sene içinde feshedebilir (BK. 31).

261 — Kişi başkası tarafından aldatılmadan kendi kendine aldanmış ise, hatası esaslı olmak şartı ile akdi feshedebilir. (BK. 23). BK. bilhassa esaslı sayılması gereken hataları toplamıştır (24).

VII

MESKEN MASUNİYETİ

262 — Kur'anda da modern hukukta da meskene tecavüz yasak edilmiştir.

Başkalarının evlerine izni olmadan girmeyiniz. Evde kimseyi bulamazsanız veya içeri alınmazsanız geri dönün. Fakat, faydalı ise (üstün meşru bir menfaati bakımından) girebilirsiniz.

NUR 27 Yâ eyyühellezine âmenü lâ tedhulû buyuten gayra buyutiküm hattâ testenisü ve tüşellimu alâ ehlihâ zâlikum hayrun leküm lealleküm tezekkerûn.

Başkalarının bulunduğu bir yere girmek için kapıyı vurmak gibi uygun şekilde haber verilip cevabı beklenmelidir. Ancak, binaya içerde bulunanı kurtarmak, veya haksız işgale son vermek gibi üstün bir menfaati koruma ihtiyacı ile izine ihtiyaç olmadan da girilebilir.

Bu şartlar yokken bir suç üstü zabıt tanzimi için meskene girilmez. CK. mesken masuniyetini ihlâl edenleri cezalandırmıştır (193).

VIII

HÜRRİYET

263 — Hür yaşama insanın şahsiyetinden ayrılmayan hakkıdır. Herkes başkalarına zarar vermiyen her şeyi yapabilir, kimse bir şeyi yapmağa zorlanamaz. Servetin istihsalinde, kazançların paylaşılmasında ferdi hürriyet tahdit olunarak sosyal otoriyeye selâhiyet tanınması önü-

ne geçilemeyen suiistimallerle fertler arası müsavatsızlığa sebep olur. Menfaatlerinde gadre uğrayanlar veya uğradıklarını sananlar, kitle halinde mücadeleye başlarlar, rahatsızlıklar artar. Kişiler menfaatleri ötekilerine tercihan korunmasını sağlamak için az çok kuvvetli partiler teşkil ederek parlamentoya tesire çalışırlar, icabında şiddet yollarına başvururlar. Devlet iltimaslara, yalvarmalara lâkayit kalmıyarak kazançları adaletle paylaşamaz.. Kazançların tevzii vazifesini otorite üzerine aldığı milletlerde umumî huzursuzluk artmaktadır. Milli Korunma Kanunu şiddetle tatbik olduğu günlerde umumî sıkıntı o kadar çoğaldı ki, her parti bu kanunun ilgasını programına aldı.

Ferdin hürriyeti sosyal huzuru sağlamakla beraber, herkesin zekâsı, kabiliyeti, hisleri farklı olması, zamanla aralarında bariz müsavatsızlıklara sebep olabileceği için bir derece tahdit ve takyit edilmek gerekir (MK. 23).

Kur'anda ferdin başkasına zararı olmayan faaliyeti tahdit edilmemesi prensiptir.

Kimse Allahın verdiği şeylerden mahrum edilemez.

İSRA 20 Küllen nümidühâülâi ve hâülâi min atai Rabbike ve mâ kâne ataiü rabbike mahzura.

FM. 26 Şubat 1958 kararında, ticaret ve sanat serbestliği halkın, işçilerin sıhhatini, istirahatini, mahallî intizam ve asayışı, işlerde hüsnüniyeti, velhâsıl, üstün bir menfaati koruma zarureti olmadan tahdid edilmesi Anayasaya uymadığını tebarüz ettirdi.

Bir kanton kanunu otomatik tevzi yapan âletlerin mağazalar kapalı olduğu saatlerde işletilmesini yasak etmesini FM. bu hükmü Anayasa aykırı buldu. Çünkü mağazaların muayyen saatlerde kapanması işçilerin istirahatini istihaf eder, otomatik âletlerin çalıştırılması yasağı ise üstün bir menfaati güdemez. Hürriyetin takyidi, bu takyidi icab ettiren gaye bakımından lüzumlu dereceyi aşamaz¹.

FM. diğer kararında da bir gayrimenkûlde inşaat serbestisi ancak, içinde oturacakların istirahatı, sağlamlığı, umumî estetik bakımından takyid edebileceğini kabul ile belediyenin bir inşaata, yeter miktar araba alabilecek garaj yapılması şartına tâliklen ruhsat vermesini doğru bulmadı.

264 — *Lâiklik*. Din ve vicdan hürriyeti mutlaklır.

1) FM. JdT. 1959 178. Bu kararda Anayasaya uymaz bir vaziyete boyun eğen kişi tekerrür eden diğer bir hâdisede aykırılığını iddia edebileceği tebarüz ettirilmiştir.

Fırkalara ayrılanlara taraf tutma. Onlar hakkında hükmü Allah verir.

ENAM 159 Innellezine ferraku dinehüm ve kânu şıyea leste minhüm fi şey'in innemâ emrühüm ilâllahi sümme yünebbiühüm bimâ kânû yef'âlûn

Reşit olan herkes dinini seçmede serbesttir. Yalnız küçükler ana ve babalarının seçtiği dinde terbiye görürler (MK. 266). Ana baba bu noktada anlaşılmazlarsa babanın reyî üstündür.

Ana baba çocuklarının dinî terbiyesinde evlenmeden evvel veya sonra anlaşmaları ile bağlı olmaz, her vakit dönebilir.

Devlet lâiktir, kimse bir akideyi kabule, dinî emirleri ifaya zorlanamaz; sosyal münasebetlerde doğru yolu gösteren din hükümlerinden faydalanılabilir, fakat, bir din, mezhep hükümleri, münasebetlerin tanziminde, mecburi olamaz. Politik veya şahsî maksatla din istismar olunamaz. İnsanların dine dayanan ve münakaşa kabul etmeyen bir kanaati kabul zorlanmaları hataların kökleşmesine, huzursuzlukların nesilden nesile intikaline sebep olmaktadır. Peygamber mezhep ihtilaflarının doğuracağı feci âkibeti sezerek, ümmeti 73 fırkaya ayrılacağını, yalnız birinin doğru yolda olacağını söylemiş, fakat doğru olanı vasıfları ile tâyinden kaçınmıştır. Tabîî olarak, her kavim ümmeti nâciyenin kendisi olduğunu iddia edecektir. Oysa, her bir fırkanın kanaatlerinin doğru ve eğri tarafları olabilecektir.

Ayet ve doğru anlaşılan hâdis, fırkaların birbiriyle mücadele etmeden doğru olanı araştırmalarını, birbirinin içtihadını gözönünde tutarak hatalarını tashih etmelerini iktiza eder. Fikir ve kanaatlar muarızları küçük düşürmeden münakaşa olunmalıdır. b. No. 56.

Tarihte, insanlar mezhep ihtilâflarını önlemek için birbirlerini boğazladılar; mücadeleler asırlar boyunca uzadı. Sünnîler şiipleri, katolikler protestanları, naziler yahudileri zulüm derecesinde tedbirlere başvurdıkları halde mahvedemediler.

Kimse doğrudan doğruya Allah ile münasebet tesis edemiyeceğine, Kur'anın mânası da vasıfları tâyin olunmamış bütün âlimlere ilham edildiğine göre, din ve mezhep meselelerinde ihtilâflar ezeli olacaktır. Bu ihtilaflar fikir hürriyetine hürmet edilmesi halinde Peygamberin "Ümmetim arasında fikir ayrılıkları rahmettir." sırrına mazhar olur, aralarında husumet sebebi olmaz.

Ahlâk bahsinde sıraladığımız âyetlere de bak.

265 — *Cihat*. Kur'an şahıs ve mal emniyetine, dine, fikir hürriyetine tecavüzlere karşı cihadı farz, fakat taarruzî harbleri yasak etti, müminlere, casuslara karşı şiddeti emretti.

Din hürriyetini emreden âyetler, cihad âyetleri ile mefsuh olup, İslâm olmayan milletlere harbin sevap olduğu iddiası¹ kabul olunamaz.

Din hürriyetine Devlet otoritesinin müdahalesini ve taarruzî harpleri yasak eden âyetler:

Dinde zorlama yoktur. Kur'an doğru olan ile olmayanı ayırdı.

BAKARA 256 *Lâ ikrahe fiddin, kad tebeyyene minel gayy...*

Size karşı silâhlanmayan, sizi yurdunuzdan çıkarmayan kavme, iyilikle, adalet ile muameleden Allah sizi men etmemiştir.

MÜMTEHİNE 8 *Lâ yenhakümüllahü anillezine lem yükatilüküm fiddini ve lem yuhricüküm min diyariküm enteberrühüm ve tüksitu illeyhim innallahe yühibbül muksitın.*

Size karşı silâha saldıranlarla harbedin, fakat teaddi etmeyin. Allah teaddi edenleri sevmez.

BAKARA 190 *Vaktulühüm haysü sekıftümühüm ve ahricühüm min haysü ahtıcuküm velfitnetü eşedâü minelkatli ve lâ tükatilühüm indel mescidil harami hatta yukatiluküm fihi fein kateluküm faktuluhüm kezalike cezaül kâfirin.*

Tecavüzde bulunanları işgal ettikleri yerden atın .

EAKARA 192 *Feinintehev feinnallahe ğafurun rahim.*

Onlar taaddiden vazgeçerlerse siz de vazgeçin.

Tecavüz ihtimali mürtefi oluncaya kadar harbedin. Yalnız zâlimlere teaddi olunabilir.

BAKARA 193 *Ve katiluhüm hattâ lâ teküne fitnetün ve yeküned dinü lillahi feinintehev felâ udvâne illâ alazzalimin.*

Düşmanı tecavüzünden vazgeçirmek için lüzumu olmayan kötülük teaddidir.

266 — Devletin müdahalesi. Din işlerine Devletin müdahalesini gerektiren haller vardır:

A. Dinî terbiye. Devlet dinî terbiyeyi ele almak, çeşitli propagandalarla halkı yanlış yola götürerek huzursuzluk âmili olanların faaliyetine mâni olmak gerekir. Bulûğ yaşına kadar mekteplerde din ve ahlâk öğrenimi mecburi sayılması faydalıdır. Ahlâkî terbiye suçların önlenmesinde önemli bir âmildir. Din âlimi sıfatını takınan kimselerin gizlice hal-

1) Elmalı I. 865.

kın ruhî ihtiyaclarına cevap vermeleri hususî zihniyeti olan zümreler türemesine sebep olur.

Anayasanın dini istismar edenlerin cezalandırılacağı hükmü din hükümlerini politik emellerine âlet edinenlerin faaliyetini istihdaf eder.

Din âlimlerine lâîk oldukları mevki verilmezse kendi sahalarında mücadeleye kalkarlar.

B. Amme menfaati olan işlerin ifası Devlet vazifesi sayıldığı için inananlara haz kaynağı olan ibadet ihtiyaclarını tatmin edecek mâbedler açılması, din adamlarının da Devlet müstahdemleri statüsüne tutulmaları gerekir.

Millî Birlik komitesi memleket meseleleri hakkında görüşlerine dair beyanatında aydın ve müstakil din adamları yetiştirecek müesseselerin genişletilmesi, din âlimlerinin sosyal bünyemizdeki yerinin tahakkuk ettirilmesi prensibini benimsemişti¹.

C. Amme rahatını kaçıran ibadet şekilleri, meselâ, sokaklarda ilâhili gösteriler, şiddetli çan çalınması yasak edilebilir. (CK. 534).

267 — Laiklik her yerde bütün icaplarıyla tatbik edilememektedir. Mahkemelerde yemin Allah adına olur (HUK. 339).

Muayyen hallerde iddianın Allah şahit tutularak teyidi hâkimi bağlar. Oysa ki Allahı tanımayan, yalan yemin edenler az değildir. Yemin altında sözün hâkimi bağlaması hatalı hükümlere sebep olmaktadır.

268 — Kişinin hürriyeti başkalarının ve âmmenin üstün menfaatinin zarurî icaplarıyla hudutlanır.

Hakikati bilerek tahrif edip halkı doğru yoldan şaşırtmada şahsî menfaat arayanlar büyük günah işlerler.

Fitne katilden daha çok zararlıdır.

BAKARA 190 Vektuluhüm... Velfitnetü eşeddü minelkatil...

Fitne kalben inanmadığı bir şeyi şeklen müdafaa ile kendine bilgin, dost süsü verip, bazı tevillerle, yalan beyanlarla halkı doğru yoldan şaşırtmağa gayret sarfedilmesidir. Fakat, kişinin inandığı bir fikri yaymağa çalışması fitne olamaz. Kimin içtihadı daha doğru olduğunu Allah bilir. Hür bir memlekette başkalarını rahatsız etmeyen her fikir serbestçe işlenebilir².

Fesat çıkarmak için memleketlerinden çıkıp size gelenleri (casus) öldürün, onlara yüz vermeyin.

1) R. 16 Eylûl 1960 .

2) Fr. Paris İstinaf kararı. b.

Niyeti bozuk olduğuna delâlet eden haricen mahsus bir hareketi olmayan kişi casus sayılarak hakkında idam cezası verilemez.

259 — Harbleri önleyen hükümler:

a) *Muahedelere sadakat.* Milletlerin tarihî bir anda karşılıklı menfaatlerine uygun bularak tesis ettikleri statükoyu bozmaları harb sebebi olabilir.

Size tecavüzî hareketlerde bulunmayan veya diğerinin tecavüzüne yardım etmeyen milletlerle antlaşmanıza sâdık kalın.

NİSA 90 İllezine yesilune ilâ kavmin beyneküm ve beynehüm misakun ev cauküm hasirat suduruhüm en yukatiluküm ev yükatılu kav-mehüm veleu şaallahü leselletahüm aleyküm felekateluküm feinitezelüküm felem yukatiluküm veel kav ileykümüsseleme fema ceallahü leküm aleyhim sebila.

b) *Milletlerin birbirine saygısı.*

Bir millet ötekini hakir görmesin, fikirleri ve gidişleri ile alay etmesin, o milletin hareketi daha doğru olabilir.

HUCURAT 11, b. No. 88.

Bu âyet milletlerin birbirlerinin üstün görünen fikirlerinden âdetlerinden, mevzuat ve içtihatlarından istifade etmelerini, yabancı âlimlerin fikirlerine kıymet vermelerini tazammun eder. Böylece yavaş yavaş milletlerarası hukuk birliğine yürünecektir.

270 — *Esaret.* Bir harbde öldürülmeyen muharip esir edilerek şahsî hürriyetinden mahrum edilebilir; fakat esire tesahup ile üzerinde hâkimiyet tesisi, harb bittikten sonra esaretin idamesi kabul edilemez.

Eski zamanda esire hak tanınmamıştı. Efendisi onun şahsına ve bütün haklarına mâlik olur, onu öldürebilirdi. Baba evladını, kişi kendini satabilirdi. Roma hukuku borcunu ödeyemeyen borçlunun Tiber nehri-
nin öte tarafında satılmasını kabul ediyordu.

Kur'an zamanında mevcut esareti ilga etmedi. Esaretin kabulü harpte fazla kan dökülmesini önler. Gözü kan bürüyen muharibe menfaatini göstererek mubarizini öldürmemeğe teşvik lâzımdı. Uzun zamandan beri herkesin tabîî saydığı esareti birden ilga, müktesep haklara da tecavüz olacaktı.

Kur'an hür insanın satışını, borçlunun esir edilmesini, tecavüzî harpleri yasak ederek esaretin kaynağını kurutmuş, esirin azadını büyük sevap, bir hayli günahlara kefarete sayarak yavaş yavaş gürültüsüzce müktesep haklara dokunmadan ilgasına doğru adımlar atılmasını tavsiye etmiş, esirlere kötü, insan haklarıyla uzlaşamıyan muameleleri yasak etmiştir.

Halife Ömer'i öldüren köle ona efendisinin kendinden fazla haraç aldığından şikâyet etmiş. Ömer ona, sen değirmen yapar, fazla kazanabilir, istenen haracı kolay ödeyebilirsin demiş. Güya köle, Ömer'i bu hükümüne kızarak öldürmüş. Rivayet doğru görünmüyorsa da o zamanda İslâm ülkelerinde esirlerin gördükleri kötü muameleden halifeye şikâyet hakları bulunduğunu göstermesi bakımından dikkati çeker.

Kur'an esirlere mâlikiyetin zaruri icabı olanlar hariç, şahsiyet hakları tanımış, onların aile içine alınmalarını evlendirilmelerini teşvik etmiştir.

Köleler aileden sayıldıkları için kadınların onlara serbest çıkmaları bile günah sayılmamıştır.

AHZAB 55 *Lâ cunaha aleyhinne fi abâihinne ve lâ ebnahinne ve lâ ihvanihinne ve lâ ebnâi ihvanihinne ve lâ ebnai ehavatihinne ve lâ nîsaihinne ve lâ mameleket eymanühünne vettekinallahe innallahe kâne alâ külli şey'in şehida.*

Allah bazılarının rızkını bazılarınınıne üstün tuttu. Rızıkta üstünlük verilmiş olanlar kölelerine mukadder rızıklarını vermelidirler.

NAHL 71 *Vallahü faddale ba'daküm ala ba'dın firrızki femellezine fuddılu biraddi rızkım alâ mameleket eymanehüm fehüm fihi sevâün efebini¹metillahi yechadûn.*

Bu âyete göre kişiler kazançlarını zarurî ihtiyaçları hududunda esirleri ile müsavi olarak paylaşmaları gerekir. Müsavatsızlık refah sağlayan eşyada kalır.

İffetini muhafaza etmek isteyen câriyeleri fuhşa sürüklemeyin.

Köle ve câriyelerin bir bedel karşılığı azaâ edilme teklifini, haklarında hayırlı ise kabul edin.

NUR 33 *Vel yestafî fillezine lâ yecidûne nikâhen hattâ yuğniyehümüllahü min fadlihi, velezine yebteğunel kitabe mimma meleket eymanüküm fekâtibuhüm in alimtüm fihim hayran ve âtuhüm min ma lillahillezi ataküm, ve lâ tükrihu feteyatiküm alelbiğai in eradne tehassünen litebteğu aradal hayatiddünya, ve men yükrihunne feinnallahe min ba'di ikrahihinne ğafurun rahim.*

Esir azadı sosyal bakımdan faydalıdır. Hür adamın çalışma randımanı nisbeten fazladır, esirin fazla çalışmada menfaati yoktur, o kaybı efendisi hesabına olduğundan iş yaparken israf eder².

2) Betham, C. II, Fasil II, s. 66.

NAHL 76 âyeti bu randıman farkına işaret eder. b. No. 280.

Esirin serbest çalışması daha fazla gelir temin edebilecek ise mesbuk tecrübe onun kötü yollarda çalışmasından endişeye yer vermiyorsa bedel karşılığı teklifinin kabulü mecburi olur.

Kur'anda çeşitli yardımlar arasında azad edilmeleri hayırlı olan esirlere yardım da vardır. Ezcümle esirini besliyemeyecek durumda olana hazineden tazminat verilerek esir azad edilebilir .

TEVBE 60 b. No. 331.

IX

BOYKOT VE REKABET

271 — Boykot bir kimseyi muayyen bir harekete zorlama, veya bir işinden ötürü cezalandırma maksadı ile onunla münasebeti kesmek için ilgililerin anlaşmasıdır. Bu anlaşma serbest midir?

Hayat mücadelesinde boykot kuvvetli olana veya olanlar topluluğuna politik veya ekonomik durumları şahsî menfaatlerine göre tanzim imkânları sağlayan eskiden beri bilinen müdhiş bir silâhtır. Müşriklerin Muhammed (S.A.) ve ona inananlarla münasebetlerini keserek yaptıkları boykot onları hicrete mecbur bırakmıştı.

Son yıllara gelinceye kadar boykot kişinin tabii hürriyet hakkı sayılıyordu. Anonim şirketler çoğalarak sermayeler mahdut ellerde toplandığından beri iktisaden hâkim durumda olanların elinde boykot korkunç bir silâh olmağa başladı, boykotun da rekabet serbestisinin de meşruiyeti ele alındı.

Kur'an boykotu yasak eder:

Siz bazılarını yurttan çıkarıyor, aleyhine zulüm ve günah işlemek için anlaşıyorsunuz, sonra esir edilirlerse fidye vererek kurtarmak istiyorsunuz. Oysa ki onları yerlerinden çıkmağa mecbur bırakmak haramdı.

BAKARA 84 Ve iz ehazna misakaküm lâ yesfikune dimaeküm ve lâ tuhricune enfüseaküm min diyâriküm sümme akrartüm ve entüm teşhedun.

Kişiyi muhiti ile münasebetini keserek yaşayamaz hale getirip, terki diyara zorlayan bir anlaşma, maddî tazyikten çok farklı değildir.

Kur'an yalnız haklı sebeplerle, suçu ile mütenasip ceza olarak faili âtiyen dürüst harekete zorlayan boykotu emretmiştir.

Sizi imandan çıkarmağa zorlayanlarla, muhiti terke zorlamak için her çeşit münasebeti kesin.

Resulü ve sizi Allaha inandığınız için yurduñuzdan kaçırñanlarla dost ol-
mayın.

MÜMTEHİNE 1 *Yâ eyyüheilezine âmenû lâ tettehizü aduv-
vî ve aduvveküm evliyâe tulkune ileyhim bilmeveddeti vekat keferu bi-
mâcâeküm minelhakki yuhricunerrasule ve iyyaküm en tü'minü billahi
rabbiküm in küntüm haractüm cihaden fisebili vebtiğae merdati tüsirûne
ileyhim bilmeveddeti ve ene âlemü bimâ ahfeytüm vemâ alentüm vemen
yef'alühü minküm tekad dalle sevaessebil.*

Resulü memleketi terke zorlayan kavim ile savaşmaz mısınız?

TEVBE 13 *Eiâ tukatilune kavmen nekesu eymanehüm vehem-
mu bihracirrasuli ve hüm bede'üküm evvele merretin etahşevnehüm
fallahü ehakku en tahşevhü in küntüm mü'minin.*

Allah sizi dininize tecavüz ile yurduñuzdan çıkaranlarla veya onlarla iş-
birliğı yapanlarla dostluk münasebeti kurmadan (bu maksatla anlaşmadan)
men eder.

MÜMTAHİNE 9.

272 — *Haksız rekâbet.* Rekâbet piyasada bolluk, ucuzluk, nefaset
sağladığı için halka faydalıdır. Binaenaleyh, rekabet serbestisini tehdit
için boykot ve diğerk anlaşmalar âmme intizamına aykırıdır, BK. 20 hük-
münce muteber olmaz.

FM. 1960 yılı sonuna gelinceye kadar rekabeti de boykotu da kişi-
nin şahsiyet hakkı kabul ediyor, ancak ahlâka aykırı bir maksatla, hu-
susiyile, kişiye açıkça haksız bir ceza, şahsiyetine tecavüz, veya onu mes-
leğine terke, muhitten kaçıрмаğa matuf olan veya yasak vasıtalarla sağ-
lanan boykotu haksız bulmakta idi. Bu mahkeme esaslı olarak tavsif edi-
len 20 Aralık 1960 prensip içtiadı ile müstakar içtiadını terkedip bütün
boykotları tevcih olunduğı kişinin iktisadî faaliyetini serbest tanzim selâ-
hiyetine tecavüz olarak haksız kabul etti. Bu karara göre herkesin diğeri
ile münasebetini kesmesi hakkıdır, fakat piyasada hâkim durumundan
faydalanarak onu muayyen bir harekete zorlamak, veya hareketi sebe-
biyle cezalandırmak için birbirleri ile anlaşmaları haklı değildir. Haksız
bir netice meşrû yollarla dahi sağlanamaz¹.

Boykot edenle edilenin şahsiyet hakları karşılaşırsa mesele BK. 29
ve 30 hükümleri ile hallolunur.

FM. meşrû saydığı boykota 25 Haziran 1955 kararını misâl ver-
mektedir. Hâdisede, bir sinema filim karteli, âzalarını taahhüdünü ifa-

1) FM. JdT 1960 161.

da daima kusurlu bir filim mutavassıtı ile iş görmemeğe dâvet ederek onun faaliyetinden vazgeçirmeye zorluyordu. O hareketi ile bir çok sinemacıların hesapsız zararlarına sebep olmuştu, âzaların ikâzı lâzımdı.

Bir meslek birliğinin imalâtçılar, işçilere düşük ücret vermeğe mecbur kalmamaları için imâl olunan mallara asgarî satış fiatı tayin ederek, daha ucuz mal satana boykot yapması bir üst menfaate dokunmamak şartıyla meşrû olabilir, fakat âzalarına dolgun kazanç sağlamak için asgarî satış fiatı tesbit ederek, daha ucuz mal satana boykot etmesi veya disiplin cezası vermesi haklı olmaz.

Dâvacının boykottan gördüğü zararlar boykot edenlerin boykotla elde edebilecekleri menfaat tartılmalıdır. Kişiyi yaşama sıkıntısına, sanatını terke mecbur bırakacak boykot meşrû olamaz.

BK. bir hakkın kullanılacağı tehdidi ile akde razı edilen kişinin ivazları arasında fahiş nisbetsizlik sebebiyle akdi feshedebileceğini kabul eder (29, 30). FM. bu maddeleri tatbik ederek bir tarafa, diğerinin toplayacağı delilleri, aksini isbat selâhiyeti olmadan kabul edeceğine dair sözleşmeye muhalefet ettiği için tevcih olunan boykotu haksız görmüştür².

273 — BK. umumî olarak hüsnüniyet kaidelerine aykırı rekâbetleri haksız addetmiş (48), hususî olarak haksız rekâbet hallerini tayin etmemiştir. TK. ise aldatıcı veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketle olan rekâbeti haksız addetmekle beraber, haksız rekâbet hallerini ayrıca tasrih etmiştir (57). Bu haller direktiftir, hâkimin taktirini bir derece bağlar; şartlara göre hüsnüniyet kaidesiyle tâdil olunur.

TK. nunda tasrih olunan rekabet halleri (57):

a) Tüccarın kendi veya rakibinin faaliyeti veya ahlâkî durumu hakkında yalanlarla onun müşterisini kendine çekmeye çalışması (No. 6).

b) Rakibin müstahdemlerini vazifelerini suistimale tahrik etmesi (No. 6).

TK. ile haksız rekabet kabul edilen bir hal üzerinde duralım.

TK. rakibler hakkında da cari olan kanun, nizamnâme, mukavele veya meslekî veya mahallî âdetlerle tâyin edilmiş iş hayatı şartlarına riayet edilmeden yapılan rekabeti (57 No. 10), haksız addetmektedir. Bu hükmün mutlak tatbiki meslekî birliklere korkunç bir tahakküm sağlar, antidemokratiktir, Anayasaya aykındır. Birliklerin ancak izah etti-

2) 15 Ara. 1959 JdT 1960 322. II. nci Ticaret ve Banka Hukuku Haftası yazımız 1961 s. 93.

ğimiz şartlarla koydukları kaideler, tatbik ettikleri disiplin cezaları mu-
teber olabilir, şartlar yokken bir âzayı az çok uzun zaman mesleğini ic-
radan men'eden kararları mahkeme kaldırır. Birlik âzaları bu sebeple
tazminata mahkûm edilebilir¹.

FM. içtihatlarında, birlik kararına rağmen daha ucuz, daha sağlam
mal satanları, haksız rekabet etmiş saymıyor. Bir birliğin tâyin edeceği
asgarî fiat, bir rakibi faaliyetini tatile zorlamakta ise, veyahut kötü şart-
la çalışanlara bol kazanç için yüksek miktarda istihsal yapan fabrikatö-
rün malları elinde kalmasına sebep olmakta ise, onu dinlemiyen tacir
haksız rekabet etmiş olmaz. Anayasaya göre birlikler demokratik esas-
lara aykırı karar veremezler.

TK. (64) mahkemenin haksız rekabeti önlemek için verdiği emir-
leri dinlemeyenlere 6 aya kadar hapis ve 500 - 10 000 liraya kadar pa-
ra cezası, bilerek haksız rekabet vasıtalarına başvuranlara bir yıla ka-
dar hapis cezası tayin etmiştir.

Failin, haksız rekabet için başvurduğu vasıtalar dâvacının şahsiye-
tine tecavüz mahiyetini alır, kusuru da oldukça ağır ise mânevî tazmi-
nata da hükmolunur.

BEŞ İN C İ F A S I L HAKLARIN MÜEYYİDELERİ

Şahsiyet hakları cezaî ve hukukî müeyyidelerle himaye edilmek-
tedir.

I

CEZALAR

274 — CK. bilhassa şu fiilleri cezalandırmaktadır:

Şahısların hayatına, sıhhatine, malına, hürriyetine tecavüz;

Şiddet vasıtaları ile diğerlerinin haklarını kullanmalarına mânî
olmak,

Keyfi, lüzumsuz tedbirlerle kişiyi kanuna itaatsizliğe sevk;

Diğerinin haysiyetini kınıcı hareketler (CK. 245);

İdare âmirlerinin halkın emniyetini korumak için verdiği emirleri
dinlememek (CK. 526);

Başkalarını mutad dışı âlet çalarak gürültü ile rahatsız etmek (546),

İtidal haricinde çirkin hareket ile incitme (547);

1) Adalet Dergisi, Şahsiyet Hakları ve Boykot, makelem, 1961, s. 3.; II.
inci Ticaret ve Banka Hukuku haftasında, yazımız, 1961, s. 93.

Umuma yayılan yalanlarla halkın huzurunu kaçıрма, zarar verme (548);

Diğerlerin malarnı tahrip (516);

Arazisine hayvan salarak mahsule zarar verme (518);

Hendek, çit gibi sabit işaretle çevrili arazisine girme (250);

Diğerinin arazisine hayvan salarak mahsulüne zarar verme (518); hendek, çit gibi sabit işaretle çevrili arazisine girme (250);

Sokak üstü pencelerelere düşünce geçenleri yaralayacak, pisletecek şey koyma,

Bir inşaat plânında binanın meyletmesine sebep olabilecek kusur bulunması, (552), meyleden binada tehlikeyi önleme tedbirinin ihmali.

II

DÂVA HAKKI

275 — Herkes şahsiyet haklarına tecavüzün menini, hattâ vukuu kuvvetli ihtimal içinde bir tecavüzü önleyecek tedbir alınmasını hâkimden isteyebilir (MK. 24).

Hâkim dâvacının hakkını tesbit ile tecavüzün ref'ine, tecavüzü önleyecek şartlara uygun tedbirlere karar verir. Ezcümle, dâvacının müsaadesi alınmadan teşhir edilmiş portresi kaldırılmasına, telif hakkına tecavüz olan kitapların toplanmasına, arsaya haksız tecavüz eden binanın yakılmasına karar verebilir.

Fakat, dâvacının eşi ile zina etmesinden korkulan dâvalı o eş ile hiç bir münasebet tesis etmemesi, dâvalının dâvacıya tarziye vermesi gibi şahsiyet haklarına tecavüz olan tedbire karar verilemez.

Hâkimin bir tecavüzü men veya önlemek için verdiği emirlerin dinlenmemesi hapis cezasını müstelzimdir (İİK. 343).

Dâva hakkı doğmak için tecavüz edenin kusuru bulunması gerekmez, tecavüzün haksız olması yeter. Tecavüz eden kanunun tayin ettiği hususi hallerde ve umumî olarak kusuru varsa (BK. 41) tecavüzün neticesi olan zararı tazmine de mahkûm edilebilir.

276 — *Tesbit dâvası*: Kişi bir tecavüze maruz olmasa bile halen himayeye değer menfaati varsa hakkının tesbitini dâva edebilir. Ezcümle, sözü veya aldığı tavır ile hakkı inkâr edene karşı hakkın kararla tesbiti dâva edilebilir. Fakat, hakkı inkâr etmeyen kimseye karşı tesbit dâvası açan fuzulî iş yapmış, hakkını suistimâl etmiş olduğundan hasmının bu dâva yüzünden uğradığı bütün masraf ve zararlarından mes'ul olur (HUK. 94).

Dâva hakkını yalnız tecavüzün ref'inde ve önlenmesinde şahsî menfaati bulunanlar haizdir. Ammenin menfaatini korumak için savcı veya kanun ile bu selâhiyet verilmiş olanlar, nihayet bir meslek icra edenlerin menfaati tehlikede ise meslekî birlikler dâva açabilir¹.

Kişinin haksızlığını bilerek veya anlamak için yeter düşünmeden inceleme yapmadan dâva açarak, veya şikâyet ile diğerinin rahatını kaçırmayı hakkın suistimalidir. 500 liraya kadar para cezasını (HUK. 422) istilzam eder.

Hakikatleri tahrif ile diğerine suç isnad ederek savcıcı veya mahkemeyi tahrik eden, iftira veya hakaret fiilinden ceza görür. Bir suçtan, suç vasfını kaldıran cihetler saklanarak vâki şikâyet de şahsiyete tecâvüzdür¹.

277 — *Mâddâi tâzminât*. Bir kimsenin mülkünde bir azalma, beklediği bir menfaatten mahrumiyeti maddî zararı, üzüntü ve ıztırapları da mânevî zarardır.

Maddî tazminat bütün kayıpları ve bir kaybı azaltmak, önlemek için ihtiyar olunan masrafları, kişinin bir zaman çalışamıyarak mahrum kaldığı gelirleri, ölüm halinde ölüme tekaddüm eden zamanda tedavi masraflarını (BK. 45), ölünün yardım etmekte olduğu kimselerin, muhtaç olmasalar bile, bu yardımdan mahrumiyetle uğradıkları zararı karşılar. Zarar yoksa, kanunda bahsedilse de tazminata hükmedilemez. b. Tev. İct. No. 329.

Bir karşılık almadan diğerinin faaliyetinden istifade eden de onun ölümü halinde istifadesine tekabül edecek tazminat alabilir¹.

“Zarar izâle olunur” (Mec. 20).

Zararın aynen tazmini kaidedir. Çalınmış mal iade olunur, onun bedelini tazmin nice hallerde zararı telâfi etmez. Aynen tazmin teklifi ni kabul etmeyen mağdur hakkını suistimal eder. Failin bedelen tazmin teklifi kabul edilmesi de onu suça teşvik olur.

Zararı aynen tazmin kabil olmazsa bedeli tazmin olunur.

“Asılın ifası kabil olmadığı halde bedel ifa olunur” (Mec. 53).

Mağdur tahrip olunan malını ödenen bedel ile ondan mahrumiyetini karşılayacak bir şey alır, zarar neticede izâle olunur. Yalnız mağdur o şeye mânevî sebeple bağlı ise alacağı bedel mahrumiyet acısını telâfi etmez.

Aynen tazmin haksız fiilin ref'i ile eski halin iadesidir. Zararı kar-

1) FM. 6 Mayıs 1959 JdT 1960 81.

1) FM. Ocak 1956 JdT. 1956 334.

şıl原因 her şey, ezcümle akdin iptâli, binanın yakılması, hasara uğratılan malın tâmiri tazmin olur.

BK. zararın tazmin şeklini tayin için hâkime geniş selâhiyet vermektedir (43). Hâkim bu selâhiyeti ile, zararı aynen tazmin kabil olsa da adalet gerektirirse başka bir tazmin şekli kabul edebilir.

Zararın aynen tazmini mesul olanı mahva sürüklediği, büyük fedakârlıklara katlanmağa mecbur ettiği halde, alacaklıya o nisbette faydalı olmayacaksa aynen tazmine hüküm âdil olmaz.

“Zarar bikaderil’ imkân def’i olunur” (Mec. 31).

Bir zararı izale için daha büyük bir zararın ihtiyarı makul olmaz. Haksız olarak büyük masrafla yapılmış fakat başka yerde yapılması kârlı olmayan camia için faydalı, bir fabrika yıkılacak yerde işgal ettiği arazi değer bahasını aşan subjektif kıymeti ile istimlâk olunarak zarar izale olunması daha doğru olur. (MK. 648).

Bir bina mukavele şartlarına uygun yapılmamış ise karşılıklı zararlar hesaplanarak icabına göre yıkılır veya muhafaza edilerek bedel tenzil olunur. İş sahibi işine yaramıyacak inşaatı kabule zorlanamaz. (BK. 360). Fakat, onun bir suretle istifade edebileceği inşaat yıktırılamaz, zararına tekabül eden miktar fiatten indirilir.

Bir zararın aynen tazmini üçüncü şahısların menfaatini ihlâl etmemelidir. Meselâ, bir fabrikatörün sendikalı olmayan işçi kullanmama taahhüdüne sadık kalmıyarak aldığı işçiyi işinden çıkarmağa mecbur edilmesi, onun taahhüdünden mes’ul olmayan işçinin zararına olacağı için kabul edilemez. Fabrikatör, nihayet tazminata mahkûm edilebilir.

Kanunlar cezalarla zararı önler. Ceza mağdurun zararını telafi etmez.

Hüküm gününde tam tesbit edilemeyen zarar, ahvalin mutad yürüyüşüne göre tesbit edilir (BK. 42).

Vücut tamamlığına tecavüz eden fail maktu, sağlam bir tazminat yerine teminat mukabili mağdura hayatı müddetince, tecavüz yüzünden mahrum kalacağı kazancı karşılayan bir irad ödemeğe de mahkûm edilebilir (43). Ne kadar yaşayacağı bilinmeyen dâvacı alacağı iradla zararını telafi eder. Fail de tam ölçülemiyen, indî olarak tesbit zarureti bulunan zararı karşılayacak bir kapitalden mahrum kalmaz. Binaenaleyh, imkân olan hallerde irad tazmin şekli âdildir.

Bir yaranın âkibeti kat’i olarak hâlen bilinmemesi dâvanın reddini gerektirmez, mahkeme iki yıl zarfında tadil selâhiyetini muhafaza ede-

rek tazminat miktarını muvakkaten tayin edebilir (46). Fakat mahkeme tesbit ettiği zararı tâdil selâhiyetini muhafaza etmemiş ise, haksız fiilin neticesi olarak hükmettiği tazminat kat'idir, değiştirilemez.

FM. kanton istinaf mahkemesinin halen zarar tahakkuk etmediği için iddiayı reddeden kararını bozdu, fakat, hâkimin de hükmünü 2 yıldan fazla muallakta tutamayacağını belirtti¹.

278 — *Mânevî tazminat*: Hâkim kanunun tayin ettiği hallerde mağdur lehine takdiren tayin edeceği bir mânevî tazminata hükmedebilir.

Mânevî tazminatın iki rolü vardır : a) ıstırap çeken mağdurun acısını hafifletme, b) tecavüzü önleme. Mânevî tazminat bu son rolü ile ceza mahiyetini alır, diğer cezalardan miktarı ve lüzumu hâkimin takdirine tâbi ve mağdur lehine olması ile ayrılır.

Manevî tazminata, ancak mağdur suçtan büyük acı duymuş, failin kusuru da o nisbette ağırsa hükmolunabilir (BK. 49). Fakat, kişinin ölümüne veya vücut bütünlüğüne sebep olan, kusuru ağır olmasa da hususî şartlar haklı gösterirse, meselâ mağdurun işleri karışarak, hayat tarzı değişerek, vücudunda yaranın izleri kalarak devamlı ruhî acı duyacaksa manevî tazminata hükmolunabilir.

Fizik vücade tecavüzün sebep olduğu ızdırapları para hafifletebilir. Para için türlü işkencelere katlananlar az değildir. Mahkemelerin ölçüde hâtalara korkunç olmaz. Fakat, şerefe tecavüz halinde para kabulü umumiyetle hoş karşılanmaz. Hâkimlerin elinde şerefi ölçecek hiç bir kıstas da yoktur. Bu sebeple bazı dâvacılar mânevî tazminat olarak 1 lira gibi sembolik bir şey istiyorlar. Onlar için mahkemenin haksızlığı tesbit etmesi yeter bir tazminat olacaktır.

Mağdurun hafif kusurları mânevî tazminat istemesine mâni olmazsa da, failinkine üstün kusuru mânevî tazminat almasına mâni olur².

Tecavüze uğrayandan başkaları mânevî tazminat isteyemezler. Yalnız tecavüz neticesi ölenin ailesi mânevî tazminat isteyebilir.

Aile aralarında kan münasebetleri olanlar değil, hısımlık münasebeti bulunmasa bile müteveffa ile devamlı bir alâka ve münasebetle kader ortaklığı yaparak bir çatı altında yaşayan kimselerdir. Birlikte yaşamasa da devamlı surette fiilen veya kanunen diğerinden aldığı yardımla geçinen kimse de ailedendir³. (MK. 318). Müteveffaya bağlı kalarak hariçte yaşayan usul ve fûru da aileden sayılır. Birbiriyle sadece rastla-

1) 2 Şubat 1960 JdT 1960 452.

2) FM. 4 Temmuz 1947 JdT 1948 492.

3) von Tuhr s. 344.

dıkları yerde selâmlaşan kardeşler, devamlı olmayan işlerle eve kabul olunan hizmetçi, tecrübe devresinde evlatlık, misafir sayılabilecek metres aileden olamaz. Mânevi tazminatı haklı gösteren hısımlık münasebeti değil, bir ölümden tabiî olarak duyulan devamlı ıztıraplardır.

Bir tecavüzden ıztırap duyanların her biri kendi nâmına mânevî tazminat isteyebilir. Hâkim ödenmesi iktiza eden tazminat miktarını failin kusuruna göre topyekûn takdir ile suçtan en fazla acı duyanlar lehine hükmeder.

Mânevî tazminat hakkı mağdurun acısını teskini istihdaf ettiği için aradan zaman geçmekle veya maddî tazminatla düşer. Hükmolunan ceza ile sınırları yatışan veya zaten suçtan teessür duymayan, hele sevinç duyan, meselâ, ölene hasım vaziyet almış, onunla ilgisini kesmiş, konuştuğu miras sebebiyle sevincini saklayamamış, kahır yüzünden lütuf görmüş yakın elhine hükmedilmez.

Mânevî tazminat dâvacının ıztırabının şiddeti ve melhuz olan devamı, dâvalının da zararı tâmir için sarfettiği gayret, tarziye verip vermediği nazara alınarak doğrudan doğruya hâkim tarafından tayin olunur, bilirkişilerden rey alınması gerekmez. Onların hislerine göre beyan ettikleri fikirlerin tesiri altında tâyin olunacak mânevî tazminat âdil olamaz. Mânevî tazminatın takdiri fennî bir mesele değildir.

Yargıtay hükmedilen tazminatın miktarını veya şeklini tatminkâr bulmazsa hükmü bozabilir (HUK. 428, 438).

Mağdurun acısını dindiren her şey, failin peşimanlıkla kendiliğinden vermeğe âmade olduğu tarziye, hatasını tâmir için fedakârlığı, mânevî tazminat olabilir. Fakat, mahkeme ceza tesiri yapacak paradan başka bir şeyi mânevî tazminat kabul edemez⁴.

4) Bentham Fasıl XIII. FM. ve Fransız mahkemelerinin mânevî tazminat ölçüleri için Ceza ve Hukuk mes'uliyeti, kitabımız, :

ONUNCU BAP

MESULİYET

HAKSIZ FİİL MES'ULİYETİNDE ADALET

279 — Mes'uliyet kişinin fiilinin hesabını vicdanı ve âmme iktidarını önünde vermesidir.

Hukukta mes'uliyet iki farklı gayeyi istihdaf eder: a) Suç heveslerini korkutarak, işleyenlerin hallerini ıslah ederek veya onları işleyemez hale getirerek suçları önleme (ceza mes'uliyeti).

b) Vâki zararın tâmiri.

Ceza mes'uliyeti mağdurun kayıplarının tazminini istihdaf etmez, menfaatına zıt da olabilir.

Ceza ve hukuk mes'uliyetinin gayeleri başka olmakla beraber, esas prensipleri müşterektir. Hâkim failin cezasını da, mes'ul tutulacağı tazminatı da kusurunun ağırlığına ve zararın şümül ve ehemmiyetine, tahammül hududuna, göre tayin eder (BK. 44).

280 — *Mes'uliyet şartları.* Fail cezaen ve hukuken mes'ul edilebilmek için a) fiili haksız olmak, b) himaye altında bir menfaate tecavüz etmiş veya tecavüz ihtimali hasıl olmak, c) zarar işlenmiş fiilin neticesi olmak, d) kusuru bulunmak, gerekir (BK. 41).

BİRİNCİ FASIL

HAKSIZ FİİL

281 — Haklı olmaksızın diğerinin patrimuvanını azaltan, şahsiyetine tecavüz eden her fiil haksızdır.

CK. dikkatsizlik veya tecrübesizlik neticesi olsa bile, ne suretle olursa olsun şahıslara bir zarar veya eşyaya mühim ziyan tehlikesini yaratanları (meselâ, tarafik nizamına aykırı veya hale göre tehlike olabilecek sür-

atle araç süren, halkın geçmekte olduğu yere çukur kazarak geçenleri düşme tehlikesine maruz bırakan) tehlike tahakkuk etmese bile cezalandırmaktadır (566). Kişinin müsbet bir fiilinin neticelerini önlemek için tedbir almaması da haksız fiildir. Umumî bir yol kenarında geceleyin arka fenerlerini yakmadan kamyon bırakan, arkadan sür'atle gelen bir arabanın çatması ihtimali bulunduğu için tehlikeli vaziyeti ihdâs eder, cezaen mes'ul edilebilir.

Kişinin kanunen mecbur olduğu bir faaliyeti ifa etmemesi de haksız fiildir. Fakat ahlâkî bir vazifenin ihmali faili ancak, başkasına zarar verme kasdı varsa mes'ul eder.

Devlet memurunun vazifeten mecbur olduğu bir faaliyeti ferdin zararını isteyerek ihmal etmesi Devletin mes'uliyetine tâbi olmadan şahsî mes'uliyeti de istilzam eder (BK. 41, II). Fakat memurun âmme menfaati mülâhazası ile bir hükmü tatbik etmemesi şahsî mes'uliyetini istilzam edemez, Devletin mes'ulliyetini istilzam edebilir.

Âmme menfaatinin takdiri kanunları icraya memur makamların selâhiyetindedir. Makam takdirinden cezaen de hukuken de mes'ul edilemez.

Mesele Temsilciler Meclisinde Mâliye Bakanı Ekrem Alican'ın düşük Bakan Hasan Polatkan'ın sorumluluğuna dair bir işlemi ihmal ettiği iddiası ile teşriî mes'uliyetini kaldırmak için Millî Birlik Komitesi Sekreterliği tezkeresi üzerine Meclis Adalet Komisyonunda incelendi. Komisyon raporuna göre, "Bakan dosyayı gizlememiş, imha etmemiş, değiştirmemiştir (umumî hukuk nizamı ile yasak bir iş yapmamış).. Dosyanın tevdi zamanı... bilinse dahi muayyen bir müddette tetkik ve gereğini yapmada bakanı bağlayan hiç bir hüküm yoktur. Bakanın görevinde siyasî ve içtimâî zaruretlere göre bir takdir hakkına sahip olması Devlet hayatının icabıdır"¹.

282 — *Fiilin haksızlığını kaldıran sebepler.* Failin bir kanun hükmünü icra etmesi, bir hak ve selâhiyetini kullanması, ıstırar hali fiilin haksızlığını kaldırır. Takip eden No. lara bak.

283 — A. *Selâhiyetin kullanılması:* Kişinin hukuken selâhiyetli olduğu bir işi yapması haksız olamaz.

"Cezâî şer'î zamana münafi olur" (Mec. 91).

Ancak, hüsnüniyet kaidesi âmme vazifesi ifa eden memuru da, hususî hakkını kullanan kişiyi de selâhiyetini, diğerinin çok büyük zarar-

1) Karar 7/9/1961 No. 74 R. 13 Eylül 1961.

na sebep olacaksa, kullanmamağa, kaçınabileceği zararları önlemek için tedbir almağa mecbur eder. Meselâ, polis yakaladığı kişiyi araba ile götürecektir yerde, soğuk bir havada yürüterek götürüp hastalığına sebep olursa fiil haksız olur. İcra memuru yaptığı haczin zararlı neticesinden mes'ul olmaz, fakat, borçlunun kolaylıkla vazgeçebileceği malları meydana iken vazgeçemeyeceği mallarını haczetmesi (İİK. 85), borçluyu yeter derecede aratmadan, veya kısa bir zamanda gelebileceği şartlardan anlaşılmışken gelmesini beklemeden evinin kapılarını kırarak haciz yapması selâhiyetinin suistimâli, binaenaleyh haksız olur (İİK. 80).

284 — B. İstırar halî: İstırar kişinin meşru bir menfaatını korumak için diğerinin menfaatine tecavüz olan bir fiili işleme mecburiyetinde kalması halidir.

Bagi (diğerinin üstün menfaatine mütecaviz) ve **ad** (kusuru ile müztar duruma düşme) olmamak şartıyla **bir menfaati korumak için işlenen fiil günah olmaz. Allah insana acır, günahını affeder.**

BAKARA 173 *İnnemâ harrame aleykümül meytete veddeme ve lahmel hınzırî ve mâ ühille bihi ligayrillahi femenizdurra gayra bağın ve lâ adin felâ isme aleyhi innallahe gafurun rahim.*

Bu âyetlere ve onlara tamamen uygun olan CK. a göre, şu aşağıdaki şartlarla failin mes'uliyeti kalkar (CK. 49).

a) *Tecavüz olunan menfaat korunacak menfaatin aşağısında olmalıdır.* Yoksa tecavüz eden bağı olur. Bir salkım üzümü korumak için adam öldürülmesi günah ve suçtur. Aç kalan aynı vaziyette olanın ekmeğini zorla alamaz.

b) *Kişi müztâr vaziyete kusuru ile düşmemiş olmalıdır.* Tipili bir havada sokağa bir zaruret olmadan çıkan başkasının arabasını zorla elinden alamaz. Kimsenin kendi kusurundan istifade edememesi prensiptir.

c) *Kişinin hakkını korumak için başvurduğu tedbir lüzumlu olmalı, haddi aşmamalıdır.* Aç kalan ölmeyecek kadar başkasının ekmeğini zorla alabilir.

Bu şartlar yokken meşru bir hakkı müdafaa sadece hafifletici sebep olur (CK. 50).

285 — Geçen paragrafta anlattığımız şartlarla, bütün şahsiyet hakları ve mal müdafaa olunabilir.

a) MK. sarahaten kişiye, malını alıp kaçarken yakaladığı mütecâvüze karşı şiddet vasıtaları ile malını geri alma hakkı tanımıştır. Onun

yalnız vaziyetin haklı gösterdiğinin üstünde şiddet kullanması haksızdır (894).

Bir gayrimenkûl sahibi diğerinin nisbeten büyük menfaatını koruma zarureti ile mülküne vâki tecavüzlerine katlanmağa mecburdur (MK. 677).

CK. tereddütlere yer kalmamak için mala karşı tecavüzü önleme zarureti ile ikâ edilen fiil ölümü intaç etmiş olsa da suç olmadığını yazmıştır (461).

b) Şerefi korumak için de müdafaa meşrudur.

Bir ana 18 yaşındaki oğlunun kendinden iki yaş büyük bir kızla münasebetlerine bir türlü mâni olamamış, mükerrer ihtarları, tehditleri, babasına müracaatları fayda vermemişti. O genç oğluna kız çıplak resmini yollamış, babası da evinde onların buluşmalarını sağlamıştı. Ana oğlunun bu kızla evlenmesini menfaatına aykırı buluyordu. Nihayet bir gün kız oğlu ile münasebetini kesmesi için bir tokat attı. Bu tokat tesirini gösterdi. Kızın şikâyeti üzerine Fransız Valence polis mahkemesi, ananın küçük evlâdını âkibeti meçhul bir maceradan korumağa matuf hareketini ıstırar hali kabul etti¹.

c) *Mesken ihtiyacı*. Kusuru ile meskensiz kalan kimsenin başkasına ait bir binayı işgale haklı olmazsa da kusuru olmaksızın meskensiz kalanın bu hakkı meseledir.

Fr. Temyiz mahkemesi insanın meskene ihtiyacı hayatî clduğu için ona barınabileceği bir yer gösterilmeden aleyhine verilmiş tahliye kararı cira olunamayacağına karar verdi².

Maahaza meskensiz kalanların başkalarının boş binalarını işgal hakları mutlak olamaz.

1939 Harbinde Fransa'da bombardumanlardan çok binalar yıkılmış, çok kimseler meskensiz kalmıştı. Meskensizleri boş evlere yerleştirmek için kurulan bir cemiyetin yardımı ile yerleştirilmiş biri hakkında mal sahibi tahliye dâvası açtı. Mahkeme şu mucip sebeple iddiayı kabul etti. Bir tecavüz meşru olmak için aynı vaziyette bulunanların kendilerini diğerlerinin menfaat sahasına tecavüze haklı saymaları lâzımdır. Mesken buhranı olan yerlerde çok kimse için açıkta kalma mukadderdir, vaziyete çâre arama âmme otoritesine düşer. Daha acınacaklar kaderlerine

1) Valence Polis mah. 19 Mayıs 1960 S. 1960 270.

2) Fr. Temyiz 21 Ekim 1951 s. Chronik 1953, 2, Ceza ve Hukuk mes'uliyeti kitabımız, s. 47.

tevekkül ile başkalarının meskenine tecavüze kendilerinde hak görmezlerken, haklara daha az hürmetkâr olan dâvalıya bu hak tanınmaz².

Kişinin mütecavizine karşı ıstırar hali ile hareketi müdafaaı meşru-
adır, tazmin mes'uliyetini gerektirmez. Bil'âkis mütecaviz onun müda-
faa yüzünden uğradığı zararından mes'ul olur. Fakat diğerinin ıstırar
haline düşmesine sebep olmamış kimse ıstırar hali ile ikâ edilmiş zara-
rının tazminini isteme hakkı, modern hukukta meseledir.

Mecelle "ıstırar gayrın hakkını iptal etmez" (33), kaidesini koy-
muştur. Felâket kurbanlarının mukadderatlarına tevekkül etmeleri tabii
karşılanır. Ancak insanların karşılıklı yardım vazifeleri birinin ıstırar ha-
li ile ikâ ettiği zarardan diğerinin de pay almasını gerektirmektedir. BK.
bu sebeple ıstırar hali ile bir masumun menfaat sahasına tecavüz edenin
ne miktar tazminat ile mükellef olacağını takdir için hâkime selâhiyet
vermiştir (52).

İ K İ N C İ F A S I L

KUSUR

286 — Haksız fiili işleyen zarardan mes'ul olmak için şahsî kusuru-
nun bulunması prensiptir. Kusur, kişinin bilerek, isteyerek diğerinin şah-
siyet haklarına tecavüz etmesi, veya fiili haksız bir zarara sebep olabile-
ceğini düşünmemesi veya düşündüğü halde önleyici tedbirleri almaması,
vazifesini ihmal etmesidir. Tehlikeli bir iş yapan sebep olması ihtimal
içinde olan zararları önleyici tedbirleri almalı, zararları önleyemeyecek
kişi de teşebbüsünden vazgeçmelidir. Kişinin sadece mütemmel tedbirler-
almış olması kusuru kaldırmaz¹.

Hüsnüniyet kaidesi bir iş yapana o işten başkalarına tahminlere sı-
ğan bir zarar gelememesi için elde olan tedbirleri ittihaz mecburiyetini
yükler. Fail fiili yapmağa hukuken selâhiyetli olsa da elinde olan bir
tedbiri ihmal etmesi yüzünden diğeri zarar görürse tazmin ile mükellef
olur; fail fiilinin ahvalin mutad yürüyüşünde neticelerine katlanır. Kişi
başkalarına zararı olmamak şartıyla hareket etmede hürdür.

287 — *kusurun takdiri*. Kusur herkes için ortalama ölçü ile objek-
tif mi, failin kabiliyetine göre subjektif mi takdir edileceği münakaşa
olunmaktadır.

2) Fr. Le Mans mah. 9 Tem. 1957, S. 1958 247.

1) FM Mart 1953 JdT 1954 86.

Kusur haksız fiilin faile isnad edilebilmesi olduğu için, onu önleme iktidan olmayanların mes'uliyetleri hakikatte kusursuz mes'uliyetleri olur. Failin yapamayacağı bir şeyle mükellef tutulması adalete uymaz.

Allah insanı ancak iktidarında olan şeyle mükellef tutar.

MÜ'MÜNUN 62 Ve lâ nükellifu nefsen illâ vüs'aha ve ledeyna kitabün yentiku bilhakki ve hüm lâ yüzlemûn.

BAKARA 286.

Failin, bir kaçınma, bir yapma mes'uliyeti kabul olunabilmek için buna imkân bulması, fiili irade ve ihtiyarı ile yapması, yapabilmesi veya yapmaması gerekir; binaenaleyh kusurun takdirinde herkes için ölçü aynı olmaz.

Fakat, kişinin anlayamadığı, neticelerini önleyemeyeceği bir işe teşebbüs etmesi başlı başına mes'uliyetine yeter bir kusur olur. Yalnız müstesna bazı hallerde kişinin şahsî kusuru olmaksızın hâdis olmuş zarardan mes'ul edilmesi âdil olabilir. Kusursuz mes'uliyet bahsine bakınız.

Saik: Faili suç kararına sevkeden sebep, kasd ile karışmaz. Fail fedakârlıkla dahi işlediği fiili kasdetmiş olur.

Temyiz mahkemesi bir tevhidî içtihat kararında saik ile suç kasdını karıştırmış, haklı bir netice için işlenen fiili suç kabul etmemiştir.

Bu karara göre, karısını rızası hilâfına eve getiren kocanın hareketi vashına göre müessir fiil veya fena muamele teşkil edebilirse de hususî kasd ile hareket etmediği için hürriyeti tahdit suçu olamaz.

“Bir şahsî arzusu hilâfına hapsedmek için muhik bir sebep mevcut olduğu hallerde suç olmamak icabeder. Meselâ, ana baba, veya terbiyesine nezaret etmekle mükellef bir kimse tarafından ıslâh veya bir zararın hudusuna mâni olmak maksadı ile bir çocuğun veya kadının bazı usulsüz hareketlerini men'etmek için kocası tarafından makbul bazı şerait altında hapsedilmesi şeklen hürriyeti tahdide benzemekte ise de kastları bakımından suç teşkil etmemektedir...”¹.

Temyiz mahkemesinin karşılıklı kusurları tartarak suç unsurunu tesbit etmesi yüksek menfaati tercih prensibinin tatbikatı oldukça makbuldür. Fakat, gayenin ahlâkî olması vasitanın da ahlâkî olmasını gerektirmez; üstün bir menfaati korumak için bir suç işleme mecburiyeti müdafaa halidir, ancak bu halde fiil suç olmaz. Hâdisede ise kocası kanyı şahsî menfaatını korumak için zorla evine getiriyordu. Onun menfaati karınkine üstün olamazdı. Bu bakımdan karar isabetli değildir.

1) Tev. İçt. 11/6/1956 Adalet 1956 1048.

288 — Failin mes'uliyeti kusurunun ağırlığına, müterafık şartlara, yapılmış fenalığın şümül ve neticelerine göre tayin olunur. Failin cezasını, mahkûm edileceği tazminatı tayin ederken daha büyük kötülük yapmasına bir fiilî mâni yokken Allah korkusu ile, mağdura acıyarak, peşiman olarak ileri gitmemesi, fiilinin neticelerini tâmire çalışması lehne kaydolunmak gerekir. (No. 148). Her halde ceza yapılmış olan kötülüğün mislini geçemez.

Bugün cezanın sosyal menfaatle hudutlanması lüzumunda ittifak olunmaktadır. İşlenen suçun sebep olduğu âmme heyecanı cezanın hududunu teşkil eder.

Failin suçunun neticelerini kendiliğinden tâmir etmesi, uyandırdığı umumi endişeyi karşılayacak, âtiyen suçunu tekrarlıyacağına teminat olacak ıstırap çekmesi icabında büsbütün cezadan muafiyet sebebi de olabilir.

Hâkim ceza tâyin ederken cezanın in'ikâs ile gerek mağdur, gerek sanık ve gerek sosyal hayat üzerinde tesirini, failin cezalandırılmasıdaki fayda ile ölçmek gerekir. Umumiyetle kimseye zararlı olmayan gizli işlenmiş suçların cezalandırılmasında sosyal menfaat failin takibinin sebep olacağı zarara tekabül etmez.

Failin samimi tevbesi, fedakârlıkları, çektiği ıstırap mânevi tazminatın takdirinde nazara alınmak gerekir.

Ü Ç Ü N C Ü F A S I L

İLLİYET RABİTASI

289 — Fail yalnız fiilinin neticesi olan zarardan mes'ul edilebilir. Onun fiilinin teselsül eden neticelerinden mes'uliyeti meseledir.

İnsanlar işledikleri fiilin neticesine hâkim değildirler, bazan stedikleri netice hasıl olur, bazan da tesadüfler istenen neticeyi önler veya aksine olarak netice tahminlerini aşar. Bir netice diğer neticelere sebep olabilir. Failin mes'uliyeti nereye kadar gidecek? Bu günkü vakıalar asırlardan beri teselsül etmiş bir ilk sebebin neticeleridir.

Fenomenlerin teselsülü bazan tabîi ve kendiliğindendir, bazan da tesadüflerle diğer hâdiselerin birleşmesiyle, bazan da anlayamadığımız bir kuvvet ile olmaktadır.

Fail fiilinin ahvalin mutad yürüyüşüne göre tahminler içinde neticelerinden mes'ul edilmesi âdil olur. Meselâ, bir kış günü diğerinin palto-sunu çalan, mağdur üşüyerek hastalanırsa bu neticeden de mes'ul edilebilir.

Haksız fiil ile netice arasına diğlerinin fiili girmiş ise ilk fail, araya girmiş olan fiil tahminler içinde idiyse bu fiilin faili ile müteselsilen mes'ul olur. Fakat, fail araya giren fiil tahminleri dışında ise veya ilk fiil olmasa idi bile olacak idiyse teselsüs etmiş neticeden mes'ul edilemez. Meselâ, hasta bir adamı gece evinde uyurken biri öldürürse hastalığına sebep olan ölümden mes'ul olmaz, fakat tecavüze maruz kalan emin bir yere gidemeyecek hale gelmiş, diğlerinin de bu halde ona tecavüzü ihtimal içinde idiyse fail ikinci tecavüzün neticesinden de mes'ul olur.

FM., çtihatlarıyla faili ahvalın mutad yürüyüşünde, fukahanın ifadesiyle (alâceryilâde) teselsül eden neticelerinden mes'ul tutmaktadır¹. (Adaquat sebep).

Adalet failinin fiilinin sebep olduğu zararları ödemekle sıkıntıya düşecek olup kusuru da hafif ise mes'uliyeti hafifletilmesini iktiza eder.

Yüksek kıymette bir şeyin tahrip edilmesi halinde tam kıymeti tazmin olunmıyabilir³.

BK. mağdurun zarara rızası veya zararın büyümesinde kusuru bulunması halinde de hâkime tazminatı azaltma, hattâ âdil görülürse büsbütün kaldırma selâhiyeti vermiştir. (BK. 44). Hâkim failin ve mağdurların kusurlarını tartar, kusurun ağırlığına göre hangi zararları ne şekilde tâmir edeceğini tâyin eder (43). Pek hafif kusurun olması ile olmaması arası hududu çizmek zordur. Faili kusursuz diye tazminattan büsbütün affedecek yerde ihtar mahiyetinde de olsa zararın az bir kısmından mes'ul tutmak âdil olabilir.

İstemiyerek tabii bir sevk ve ihtiyaç ile işlenen bir suçun cezası lüks bir ihtiyaç, vahşî bir zevk için işlenen suçun cezasından ve teselsül eden neticelerden mes'uliyetten farklı olur. Kişi istemiyerek sebep ol-

1) FM. 14 Aralık 1954 JdT 1955 439. Bir trafik kazasında hafif yaralanan M. bir kaç günlük tedaviden sonra işe başlamış, fakat eski neş'esini kaybetmiş, tabiatı değişmişti, yatırıldığı klinikte tedavi için yapılan knotrendike bir elektroşok vaziyetini büsbütün ağırlaştırdı, onun hafızası iş yapabilme kabiliyeti azaldı.

FM. ye göre bir kazayı müteakip tedaviden evvel anlaşılamıyan neticeler tahminler dışındadır, fakat kontrendike yapılmış bir tedavi tahminler içindedir. Bu sebeple kazaya sebebiyet veren sonraki kontrendike, yanlış tedaviden mes'ul tutuldu. Yalnız hâdisede mağdurun zararı faile müzaf olmayan müterafik tesadüfi sebeplerle çoğaldığı için tazminat BK. 43 hükümünce azaltıldı. 3000 fran kmânevî tazminat muhafaza edildi.

3) Schneider M. 43 No. 45.

olduğu, vicdaden ıztırap hissettiği zarar yüzünden perişan edilmemelidir. Bir zengin zarara, fakire nazaran daha fazla tahammül edebilir, tarafların subjektif vaziyetlerinde teadüle doğru yürünmelidir. Kur'ana göre günah ve sevaplar tartılarak fail, günahı ağır basarsa, azap görecektir.

Hülâsa kişinin cezaî ve hukukî mes'uliyetini takdir için o işi yapmağa sevkeden bütün iyi ve kötü maksatlar, zararı önlemede, azaltmada, çoğaltmada müsbet veya menfi fiilleri, mağdurun kusuru, esas tutulmak gerekir (BK. 43 ve 4).

BK. Kur'an'ın hükmünü tatbik eder.

290 — *Mes'uliyetin akid ile tahdidi.* Kişi bir teşebbüsünde kusuru ile veya kusuru olmadan hasıl olan zarardan kanunî mes'uliyetini mukavele ile ref veya tahdit edebilir. Fakat ağır kusurundan ademi mes'uliyet şartı ahlâka aykırı olup hükümsüzdür (BK. 99).

D Ö R D Ü N C Ü F A S I L

HAKSIZ FİİLE İŞTİRAK

291 — Failde suç fikrini uyandıran, onu suçu işlemeğe sevkeden, işlemesini kolaylaştıran asıl fail kadar, belki daha fazla korkunçtur, daha ağır mes'uliyet taşır.

Suçları önlemek için ikânda tesirli faaliyeti olanların hepsini mes'ul tutmak gerekir.

CK. ve BK. haksız bir fiilin ikânda tesirli rolleri olanların herbiri zarardan müteselsilen mes'ul tutmuş, cezalandırmıştır.

Bir suça karışan suç ortağı sayılabilmek için failin kararına tesir etmiş veya suçun başarılmasında ciddi bir yardımı dokunmuş olmalıdır. Sadece tavsiyeler suça ortaklık olamaz.

Bir kimse sözünden çıkamıyacağını hesapladığı kimseye bir suçu işlemesi için emir vermekle hattâ telkin etmekle müşevvik fail sıfatını alır. Zorlama maddî olduğu kadar mânevî de olabilir.

BK. bir zarardan kusurları sebebiyle veya sigorta akdile veya kanunî icabı mes'ul olanları mağdura karşı bütün zarardan mes'ul tutmuş, topyekûn ödenmesi iktiza eden tazminatı, hususî sebepler yoksa kaideten önce kusuru ile zarara sebep olana, bundan sonra zararı sigorta etmiş

olana, en sonra da zarardan sadece kısmen hükümünce mes'ul olana yüklemiştir (51).

BK. unun bu hükmü direktiftir, hususi sebepler olmadıkça sıraya riayet olunur. Fakat, mes'ullerin mâlî vaziyetlerinde göze çarpan fark, kusurları derecesi, suçtan fiilen istifadeleri gibi hususi sebepler bulunursa tertip değiştirilebilir¹.

Bir suçu birlikte yapanlar, failin kararında âmil olanlar arasında da hangileri ne miktar pay alacağını, hâkim takdir eder.

Bir suçun ikama birden ziyade kimseler aralarında anlaşmadan iştirak etmiş olup da faili kim olduğu tâyin olunamazsa zararı intaç eden tehlikeyi ihdâs etmiş olanlardan her biri hâkimin tayin edeceği nisbette zarardan hisse alırlar. CK. bu esasa uygun hükümler koymuştur:

a) Birlikte bir adamın öldürülmesine, cismen eza verilmesine iştirak edenlerden hangisinin fiili tesirli olduğu tayin edilemeyen hallerde rolü olanlardan her biri bir derece hafifletilerek aynı fiilin cezası ile cezalandırılır (463). Bir kavgada tecavüz olunan ölür veya yaralanırsa, ona el uzatmış olanlardan her bir neticeden mes'ul olur. (464).

b) Başkasının arazisinde otlatılan koyunların sebep olduğu zarardan otlayan bütün koyun sahipleri müteselsilen mes'ul olurlar (CK. 519).

292 — TK. tesanüd prensibi ile bir ticaret şirketi idare meclisi âzalarını kusurları ile sebep oldukları şirket zararından müteselsilen mes'ul addetmiştir. BK. 51 bu halde de tatbik edilebileceği için âzadan birinin şahsî kusuru daha ağırsa nihaî mes'uliyet üzerinde bırakılabilir.

Deniz kazalarında gemiyi veya hamulesini kurtarmak için kaptanın kararıyla ikâ edilen zarar gemi ve hâmile sahipleri arasında paylaşılır. (Avarya TK. 1179).

BEŞİNCİ FASIL

BAŞKASININ FİİLİNDEN MES'ULİYET

293 — Kimse şahsî kusuru yoksa, başkasının fiilinden mes'ul edilemez (Kur'an Bakara, 286, Fatır 18, bk. No. 139). Fakat zararlar önlenmek için bazı kimseler diğerinin faaliyetine nezaretle mükellef tutularak vazifelerinde ihmalleri sebebiyle onların ika ettikleri zarardan

1) FM. 15 Şubat 1955 525.

mes'ul edilmişlerdir. Nezaretle mükellef olan nezaretine tâbi kişiye örfün icabettirdiği dikkatle bulunmuşken zararı önleyemediğini isbat edebilirse mes'uliyetten kurtulur.

CK. kişiyi nüfuzu yürürdüğü sahada, nüfuzuna tâbi diğerinin işlediği suçtan mes'ul etmektedir.

I

PATRONUN MES'ULİYETİ

294 — Kazaların haylisi acemi işçilerin makineleri iyi kullanmamlarından, bunların iyi halde olmamalarından ileri gelmektedir. İşçilerin faaliyetinden faydalanan patron işin ayarlanmasında, işçilere nezarette kusuru yüzünden gerek işçiye, gerek üçüncü bir şahsa ânz olan zarardan mes'ul tutulması hakkaniyete uygun bulunmaktadır (BK. 55).

İstihdam eden müstahdemin fiilinden mes'ul olmak için zararın hududunda objektif bir kusur bulunması yeter; haddi zatında zararı önleyecek bir tedbir ihmal edilmiş ise zarardan patron mes'ul olur. Tecrübesi olmayan müstahdem bütün faaliyeti sırasında mütemadi nezarete tâbi tutulmalıdır. Patron yalnız meslekî tecrübesi olan müstahdemini nezaret altında bulundurmamasından mes'ul edilemez, dâvacı zararın objektif bir kusurdan ileri geldiği isbata mecbur kalır.

295 — Yargıtay bir tevhide içtihat kararında müstahdemin kusuru bulunması şartına bağlı olmadan sebep olduğu zarardan istihdam edenin mes'uliyetini kabul etmiştir¹.

Yüksek mahkemenin bu kararı her gün çoğalan trafik kazalarında araba işletenlerin şahsî kusurları olmadığını isbat için ikame ettikleri hatır şahitlerine karşı bir reaksiyondur, daha ziyade Mecellenin "*Külhet nimete nimet külfete göredir*" (88) prensibine dayanır.

Fakat, BK. sarahaten, istihdam edene müstahdemine nezarette kusuru olmadığını isbat ile mes'uliyetten kurtulma selâhiyeti verdiği için o zararı en dikkatli bir işçi daha yapabileceğini isbat ederse mes'ul olmaz.

Patronun mes'uliyeti hudutsuzdur. TK. müstesna olarak, gemi tayfalarının kusurundan donatanın mes'uliyetini gemi ve navlun ile tahdit etmiştir. (TK. 1087, 1048).

1) Tev. İçt. 27. 3. 1957, R. 22 Haz 1959.

Trafik kazalarında patronun mes'uliyeti mecburi sigorta ile hudutlu mudur? (b. No. 309).

Patron işçisine nezarette kusuru olmadığını isbat ile mes'uliyetten kurtulabilirse de bir neticeyi taahhüd eden işçisine nezarette kusuru olmadığını, zarara mâni bütün tedbirleri aldığını, lüzumlu tâlimatı verdiğini isbat etse de netice hasıl olmamasından mes'ul olur (BK. 322).

296 — Müstahdem aylıkla, gündelikle, götürü olarak diğerinin emri altında çalışan kimsedir. Hatır için olsa bile diğerinin emri altında işini yapanlar da bu mânada müstahdemdirler.

Âmirin emri ile hareket eden asker de müstahdemdir.

Aylığını klinikten alan hastabakıcı, kliniğin işçisi olduğu halde operatöre yardım sırasında onun müstahdemi sayılır. Çünkü o, bu sırada operatörden başkasından emir almaz; kusurundan operatör mes'ul olur.

Şahsî maharetini işleterek nezaret altında olmadan diğeri hesabına iş gören avukat, doktor, mühendis, müstahdem değil, vekildir.

İş sahibi şahsî kusuru isbat olunamazsa vekilin fiilinden, o ister ismini açıklayarak kendini temsil etsin, ister ismini açıklamadan hesabına hareket etsin, mes'ul edilemez.

Patron müstahdeminin fiilinden mes'ul olmak için yaptığı iş vazifesinin normal kadrosuna girmeli, hiç olmazsa onunla irtibatı olmalıdır. Müstahdemin faaliyet korkusunda, sıfatının verdiği kolaylıktan faydalanarak iras ettiği zarardan da patron mes'ul edilebilir.

İşçiden beklenen ihtimam ve dikkat derecesi akde göre ve o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icabeden mâlumata göre takdir olunur (BK. 321). Kendini usta tanıtan bir işçi beceriksizlikle zarara sebep olursa patron ödediğini, tazminatı ona yüleyebilir.

II

EV BAŞKANININ MES'ULİYETİ

297 — Birlikte yaşayanlar üzerinde kanun ile (veli, vasi, koca) veya örf ve akitle (istihdam eden, pansiyon veren, hastahane müdürü) nüfuzlarını yürütenler ev başkanıdır. Eş başkanı evde yaşayan küçüğün, mahcur olmasa bile, akli zayıf olanın gerek şahsına, gerek başkalarına iras ettiği zarardan onlara mutad ve hale uygun şekilde nezaret ettiğini isbat edemezse mes'ul olur (MK. 320).

11 yaşında canavar ruhlu çocuğunun mektebe yalnız gidip gelmesine müsaade eden baba, onun mektep dışında arkadaşını yaralamasından, nezarete kusuru sebebiyle mes'ul tutulmuştur¹.

ALTINCI FASIL

KUSURSUZ MES'ULİYET

298 — Üst menfaat prensibi, şahsî kusuru olmadan bir menfaat kaybına uğramış kişinin kaybindan, o kayıptan faydalanan veya faydalanması beklenen kimsenin mes'ul tutulmasını iktiza eder. Kişinin kusuru olmasa bile faaliyeti diğerine önemli bir zarar vererek sıkıntıya düşmesine sebep olursa bir miktar tazminat vermesi âdil görülür.

Medeniyet diğerlerinin hayat ve sıhhatlerini tehlikeye maruz bırakan teşebbüsleri korumakla gelişemez.

Yalnız tabii bir sevk ile yapılmakta olan faaliyetlerin veya hasren zarar görene isnat olunabilecek ağırca bir kusurun neticesi olan zararlar sebep olanın bir kusuru yoksa mağdur üzerinde kalır.

“*Mazarat menfaat mukabelesindedir*” (Mec. 87). “*Külfet nimete ve nimet külfete göredir*” (Mec. 88). “*Bir şeyin ne'i zamanı mukabelesindedir*” (Mec. 85).

I

MAL SAHİPLERİNİN MES'ULİYETİ

299 — İnsan eliyle yapılmış menkul ve gayrimenkul her hangi bir şeyin sahibi o şeyin yapılışında, muhafaza ve tâmirinde kusurunun sebep olduğu zarardan, bu kusur şahsına izafe edilemese bile mes'ul olur (BK. 58). İnşaat sahiplerinin mes'uliyeti inşaattan bekledikleri menfaate tekabül eder.

Müşterek binalarda inşaat veya bakım kusurunun sebep olduğu zarardan ortaklar hisseleri miktarında mes'ul olurlar.

Gayrimenkûle yerleştirilmiş menkûl malın sahipleri de şahsî kusurları bulunmasına hacet olmadan mes'ul olurlar.

İnşaat sahibinin mes'uliyeti için mağdurun zararı inşaat ile tahsis

1) Paris İst. 1 Şubat 1951, S. Fihrist Responsabilité No. 34.

edildiği gayeye uygun temasta bulunması yüzünden olmak ve şahsî kusuru bulunmamak gerekir. Yapılmakta olan binayı gezerken başına taş düşerek yaralanan şahsî kusuru olmayan bina sahibinden tazminat alamaz¹. Harab vaziyeti görünen binaya giren de kusurludur, zararını mal sahibine yükleyemez. Kanunî olan mes'uliyet kusur sebebiyle mes'uliyetten sonra gelir (51).

Gece merdivenleri aydınlatmayan mal sahibi kiracının dikkat etmişken düşerek uğradığı zararından inşaat kusuru sebebiyle mesul tutulmuştur².

300 — *Komşuluk münasebeti*. Bir gayrimenkûlün sahibi mülkünü kullanırken hakkını tecavüzle komşusuna zarar verirse, şahsî kusuru olmasa, bir çocuk, bir deli de olsa mes'ul olur (MK. 656).

Bir arazi sahibi arsasından faydalanırken ,faaliyeti komşuya zarar vermemesi gerekir.

Kişi mülkünden ancak tahsis edildiği gayeye uygun, normal bir istifade sağlayabilir, komşunun sıhhatini bozan, istirahatini kaçıran mülkünü gayelerine uygun işletmesini zorlaştıran işler yapması, tesisat kurması yasaktır.

Gayrimenkûllerden istifade hususunda mahallî âdetler esastır. Fakat, âdetler ne olursa olsun, bir gayrimenkûlde diğerlerinin burnunu, gözünü, kulağını aşırı derecede rahatsız edecek bir tasarruf şahsiyetine tecavüz olup tazmin mes'uliyetini gerektirir. İkâmete mahsus yerlerde fabrika kurarak, radyo çalarak gürültülü âlemler yaparak, bağırarak hayvanlar besleyerek, pis koku çıkaran, ruh sikan şeyler bulundurarak, civarda oturanları rahatsız etmeğe kimsenin hakkı yoktur.

20 nci asırda sanayiinin ileri motörleşmesi, radyo, dans ve diğer gürültülü eğlencelere rağbetin artması, büyük binalarda müşterek ikâmet modası, sükûn içinde çalışmak isteyenlerin tahammüllerini aşmaktadır. Gürültü asaba kötü tesir ediyor, gençlerin ahlâkî ve aklî inkişafına engel oluyor. Her memlekette gürültüden şikâyetler umumileşiyor.

İnsanın fizik veya ruhî her rahatsızlığı hastalıktır. Sâkin yaşama kıymet hiyerarşisinde malın üstünde bir şahsiyet hakkıdır. Tekniğin ilerlemesi, kişilerin fizik ve ruhî zararlarına sebep olmaması şartı ile kabul olunabilir. Hayatta nihaî gaye insanı rahatsız etme bahasına servetin artışı değil, halkın sağlığı ve istirahatidir. Bu gaye teknik icaplara feda edilemez.

1) FM. 28 Nisan 1937 Belgesay, Borçlar, 153.

2) FM. 3 Haz. 1952, JdT, 1953, 71.

3) F. 15 Ara. 1943 JdT. 1944, 241, Fr. Tem. 14. Ara. 1956, s. 1957, 88.

FM. bir kararında şöyle diyor:

“Bir teşebbüsün modernleşme ihtiyacı komşularına çoğalan gürültülerine alışma mükellefiyeti yükleyeceği fikri kabul edilemez. Komşu hakkına daima riayet olunmalıdır. Bir teşebbüsün faydalı olması komşuyu gürültülerle rahatsız etme hakkı vermez¹.

CK. fertlerin sıhhatine tesiri olmasa bile, umumiyetle rahatsızlık veren gürültüleri yasak etmiştir (546, 547).

Fakat bütün gürültülerin mutlak yasak edilmesi de ifrat olur. Mahallî âdetler komşulara zaruret hududunda birbirinin sebep olacağı rahatsızlığa katlanma mecburiyeti yükleyebilir. Turistlerin karargâhı olan bir yerde danslı gazinolar yasak edilemez. Fakat, komşuların rahatsız olmamaları için gazino sahiplerine fedakârlığa katlanarak tedbir alma mecburiyeti yüklenebilir².

Bir yerde komşuları rahatsız eden, memleket şümül faydası olan tesisatı başka yerde kurmak, hadden aşırı masrafı mucip olacaksa bu yüzden zarara maruz bulunan mülk sahiplerinin tazminat mukabili zarara katlanmaları gerekir. Onlar icabında arazilerinin satın alınmasını da isteyebilir.

FM. 2 Şubat 1962 kararında³ kanton mahkeme kararını nakzen rahatsızlık veren tesisatın yapılmağa başlanırken komşusunun itirazına hedef olmaması, sebep olduğu rahatsızlığa katlanma mecburiyetini gerektirmediğini tebarüz ettirdi. Yalnız komşusunun zamanında sükutu rahatsızlığı göze alarak hakkından vazgeçmesini tazammun ettiğini ifade edebilirse, yahut tesisat zamanla mahallî şartları değiştirerek, benzeri gürültülere muhit alışmış ise, dâva hakkının düşebileceğini, her halde bir kaç komşusunun rahatsızlıktan şikâyet etmemesi diğerlerin hakkını düşürmeğe yetmediğini tebarüz ettirdi. Tarafın zamanında itiraz etmemesi sadece tazminatın azaltılmasını gerektirebilir.

Bu karara göre haklarında tecavüze uğradığını iddia eden tecavüzü isbata mecburdur. Hâkim bir tesisatın sebep olabileceği rahatsızlığı objektif olarak takdir eder. Ortalama normal kişilerin hisleri esas alınır, ne fazla hassas olanların rahatsızlığı, ne de hissiz olanların aldırış etmemeleri nazara alınır. Taşkınlık mefhumu mahallî âdetlere göre takdir olunur.

Bir kayak yeri tesis olunup kış mevsiminde sabahtan akşama kadar caz gürültüsünün, akın eden vasıtaların gürültüsünün sebep olacağı rahatsızlık önlenabilir. Hâkim hakkını suiistimâl ettiği iddia olunan tesisat

1) FM. içtihatları Charles Oftinger, JdT 1960 466 ve t.

2) FM. 24 Şubat 1933, Hukuk Gazetesi, yazımız.

3) JdT 1962 542.

sahibi ile şikâyetçi komşunun karşılıklı menfaatlerini tartar. Sporu teşvik âmme menfaati, ferdin rahatsızlığa katlanması zaruretini gerektirmez. Sabahtan akşama kadar müzik herkesin hoşuna gitmez.

Hâdisede patinaj sabahın erken saatinden gece 22 ye kadar devam ediyordu. Oraya gelen vasıtaların gürültüsü, halkın ısıkları, yuhaları, alkışları, caz sesleri yol kenarında evi olan komşuyu rahatsız ediyordu. FM. gürültü bilhassa oparlörle sesin kuvvetlendirilmesinden ileri geldiğini tesbit ederek oparlör kaldırılarak, park yeri değiştirilerek, velhasıl mümkün tedbirler alınarak komşunun rahatsız edilmemesine karar verdi.

Kişinin fizik ve sıhhatine zararlı duman çıkaran, iğrenç manzarası olan tesisat yasaktır¹.

Bütün komşuluk münasebetleri faaliyetin bir tarafa temin ettiği menfaatle diğerine verdiği zarar karşılaştırılarak takdir olunur. Tereddüt halinde “*def'i mefasit celbi menafiden evlâ*” (Mec. 30) sayılarak mesele hallolunur.

301 — Gürültülü tesisat ile diğerlerinin rahatını kaçırانlar hakkında zilyetliğe tecavüze dair MK hükümleri tatbik olunabilir. Dâvacının talebi ile rahatsızlığı başlamadan da önleyici tedbir alınabilir. (MK. 896). Tabii daha büyük zarara sebep olmamak şartı ile, meselâ, bir düğünde, konserde davul, zurna çalanlar derhal susturulabilir.

302 — Bir gürültüyü defetmek için faydalı olacaksa aynı mahiyette gürültü yapılması meşru müdafaa olarak CK. nunun tatbikini gerektirmez.

Gürültü polis tedbiri ile de önlenabilir. Polis halkın istirahatini kaçırان bütün işleri önlemekle mükelleftir. Fakat polisin müsamahası kişinin adli makama müracaat selâhiyetini tahdit etmez.

Bir kiracı da mecurun vasıfları, bulunduğu yer. evvelki vaziyeti itibariyle gürültülü bir hayata tahammül etmesi beklenemezse diğer gürültü yapan kiracı aleyhine dâva açabilir, mal sahibinden gürültüyü önleyemezse kiradan tenzilat veya akdin feshini isteyebilir (BK. 250).

II

HAYVANLARIN FİİLİNDEN MES'ULİYET

303 — Mecelleye göre “*Hayvanatın kendiliğinden cinayet ve zararları kâderdir*” (94). Kişi dikkat ve ihtiyatla kendini hayvanın zararın-

1) Belgesay, Medenî 661 şerhi.

dan koruyabileceği hallerde ihtiyatsızlığın sebep olacağı zarara katlanması haksız görülmez. Muhite getirilen ve insanın sevk ve idare ettiği vahşî veya beslenen hayvanların verdikleri zarar kendiliğinden sayılmaz. Bu halde Mec. 85, 88. madde hükümleri yürür.

BK. Mecellenin tersine olarak, hal ve maslahatın gerektirdiği dikkat ve itinanın sarfedilmemesi yüzünden hayvanın sebep olduğu zarardan hayvan idaresinde bulunan kimseyi şahsî kusuru olmasa bile, mes'ul tutuyor. Tecrübeli, kuvvetli birinin zaptedebileceği hayvan, idare edenin tecrübesizliği veya kuvveti yetmemesi sebebiyle bir zarara sebep olmuşsa, o hayatını tehlikeye kor derecede gayret sarfetmiş olsa bile mes'ul olur (56).

Başı boş bir hayvan diğerinin mülküne geçerek hasar yaparsa mağdur zarar tazmin edilinceye kadar o hayvanı hapis edebilir.

Hayvanın idaresini üzerine alan onu zaptedebilecek birine tevdi etmemesi mes'uliyetine yeter kusur sayılmıştır¹.

Mağdur hayvandan korunmak için sevki tabîi ile, meselâ, üzerine gelen boğadan korkarak hendeğe atlayıp kendine zarar vermişse hayvan idaresinde bulunan mes'ul olur.

III

İHTİYATÎ TEDBİR VE HACİZ

304 — Görülmekte olan bir dâvada tahkikat sonuna kadar geçecek zaman zarfında hudusu melhuz bir zarar önlemek için ihtiyatî olarak tedbirler alınabilir. (HUK. 101, 103). Borçlunun malları kaçırması ihtimali fazla görünürse ihtiyaten haczolunabilir (İİK. 257).

Mahkemedен ihtiyatî bir tedbir veya haciz isteyen iddiasında haksız çıkarsa tedbirin sebep olacağı hasmının zararından kendini hüsnüniyetle haklı sanmış olsa bile mes'ul olur. (HUK. 110, İİK. 259).

Haksız veya lüzumsuz bir tedbir veya haczin sebep olabileceği zararları müstet'inin garanti etmesi kaidedir. Mahkeme dâvacıyı hakkı açık olması, mâlî vaziyeti tahminler içinde zararları ödemeğe müsait bulunması gibi hususî hallerde teminat göstermekten muaf tutabilir.

1) Borçlar Kanunu şerhimiz, M. 56 No. 3.

IV

NÜKLEER ENERJİNİN SEBEP OLDUĞU ZARARDAN MES'ULİYET

305 — Milletlerarasında aktedilip 8 Mayıs 1961 K. ile tasdik edilen bir anlaşmaya göre¹ nükleer enerjinin sebep olduğu zarardan tesis sahibi kusuru bulunmasa bile mes'uldür. Millî mevzuatta aksi gösterilmedikçe, silâhlı çatışmanın, iç harbin, istisnai vahim tabii bir âfetin sebep olduğu hasarlar mahfuz tutulmuştur.

V

BASIN MES'ULİYETİ

306 — Amme menfaati, neşredilen eserlerin tenkidi veya hâdiselerden bilgi verilmesinin serbest olmasını iktiza eder. Yalnız tenkit, haber verme hürriyetinin suistimali haksız fiil olur.

Basın hürriyeti günlük vak'alar hakkında âmme efkârını aydınlatmak, suistimalleri açıklamak, yanlış kanaatları tashih için tanınmıştır. Ammenin menfaati ile bu serbesti yüzünden itibarı kırılan maddi kayıplara uğrayan tanınmış kimseler yüksek devlet memurları faaliyetlerinin tenkidine katlanmak gerektir.

Basın, haber alma hürriyeti ancak millî güvenliği veya genel ahlâkı korumak, kişilerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüzü önlemek, yargı güveninin amacına uygun yürüyüşünü sağlamak için kanunla sınırlanabilir (Anayasa 22).

Bir kritik haklı olmak için objektif kalmak, müellifin hususî hayatına zaruret yokken temas etmemek gerekir. Hâdiselerden mâna çıkıp diğerinin itibarını kıracak neşriyat haklı olamaz.

Bir eser kritik edilirken müellifin yalnız aleyhine olanlar değil, lehinde müdafaasına yarayan noktalar da belirtilmek gerekir, gazeteci kasden veya ağır bir kusur ile bu noktaları ihmal ederek zarara sebep olursa mes'ul olur.

307 — *Cevap hakkı*. Gazetecinin hale göre yapabileceği tahkikatla doğruluğuna kani olduğu, ve tevcih olunduğu şahsın şerefini aşır surette lekelemiyen asılsız ve eksik neşriyatı mes'uliyetini gerektirmez, mağdur isterse onu tashihe mecbur eder.

1) R. 13 Mayıs 1961.

Bir sanat eserinin tenkidinde, bir vakıanın izahında hatalar, eksik cihetler bulunmasından itibarı sarsılan gazeteciden kusuru olmasa da yazısının tashihi, tamamlanmasını istiyebilir.

Cevap hakkı da hudutludur (Anayasa 27). Cevap bir hatayı tas-hihe, eksigi tamamlamağa matuf olmalı, umumî âdaba aykırı, gazeteci-nin, üçüncü bir şahsın şerefini kırmamalı, her halde müdafaa hududu-nu aşmamalıdır¹.

Şahıs hakkındaki disiplin kararını tahlil eden bir yazıya da cevap verebilir.

29.II.1960 No. 143 K. a göre (R. 5 Aralık 1960) sulh ceza hâ-kimi bir cevabın aynen veya bazı değişikliklerle neşrine karar verir. Bu karara tebliğinden 12 saatte asliye ceza mahkemesinde itiraz olunabi-lir. Muhatap ölmüş ise cevap hakkını varislerinden biri kullanabilir. Ce-vap verecek gazeteci, verilen cevabı bir mülâhaza ilâve etmeden neşre mecburdur (19).

308 — *Basın ile hâkimin kararına tesir*. Amme efkânını yakından ilgilendiren meselelerde hâkimin takdirine tesir edecek mahiyette neş-riyat mübah olamaz.

Ceza kanunu görülmekte olan bir dâvada taraflardan birini saha-bet için hâkimlere emir veya iltimas edilmesini, nüfuz kullanılmasını ce-zalandırmaktadır (232).

Usandırıncı ısrarla, menfaat vaadi ile, nüfuz kullanarak mahkemenin kararına tesire gayret sarfı suç olur.

Çok okunan bir gazetede büyük manşetlerle hüküm arefesinde dik-kati çeken resimlerle, izah tarzı ile efkârı tehyiç eden bir yazı hâkimlere nüfuzlu kimselerin iltimasından daha az tesirli olmaz. Gazetecilerin baskılarını arttırmada menfaati için taraflardan birinin leh veya aleyhinde hükme tesir edecek tarafgirane neşriyatları cezasız kalamaz.

Rouen mahkemesi bir yazının mahkeme kararına tesir gayesini gü-

1) Fr. Tem. 16 Haziran 1955 D,S 1955 615.

Doktar A. karısını, lehine bir vasiyet yaptırdıktan sonra zehirliyerek öldürdüğü iddiası ile takip olunuyordu. Sorgu hâkimi eksperlerin raporuna dayanarak men'i muhakeme kararı vermiş, kararı France-Soire gazetesi neş-retmişti. Ölen karının kardeşi cevap hakkı ile bahis mevzuu meseleyi açıkla-madan ziyade eksperlerin raporunu işine geldiği gibi anlayarak tefsir edip A. nın şerefine tecavüz ediyordu. Gazeteci bu cevabı yazmamasından mes'ul tu-tulmadı.

düp gütmediği yazının bazı parçalarından değil, heyeti umumiyesinden anlaşılacak gerektiğini tebarüz ettirdi¹.

Basın Kanunu bir ceza takibi başladıktan sonra verilecek karar kesinleşmeden mütalâa beyanını yasak etmiştir. Derdest bir dâvada şahitler, ehli vukuf, ve hâkim üzerine tesir icrası kasdı güdülmeden muhakeme safahatının neşri serbesttir.

Basın kanunu bir ceza dâvasında karşılıklı iddiaların lüzumu muhakeme veya meni muhakeme kararı verilmesinden önce neşrini tarafına şerefini korumak, ceza hükmü kat'iyet kesbetmeden hakkında mütalâa beyanını da hâkimler üzerinde bir taraf lehine tesiri önlemek için yasak etmiştir. Fakat matbuatın bir rolü Devlet otoritesini aydınlatma olduğundan, hüsnüniyetle hâkime ilham kaynağı olarak bir taraf leh ve aleyhine de iltimas mahiyeti olmadan mahkemenin incelemelerini kolaylaştırarak neşriyat suç olamaz. Ceza kanunu bu mânada tefsir edilmelidir.

VI

TRAFİK KAZALARINDA MES'ULİYET

309 — Dünyanın her tarafında trafik kazaları artıyor. 1959 yılında Türkiye'de trafik kaazlarında 1578 adam yaralanmış, 1301 kişi ölmüştür. İsviçre'de 19 633 vak'a kaydolunmuştur.

Kazaların başlıca sebebi şoförün içki kullanması, yeter istirahat etmemesi, şür'atine hâkim olamaması, öndeki arabayı geçmek istemesidir¹.

Trafik Kanunu kazaları önlemek için trafiğe açık yerlerde trafiği güçleştirecek şeyler konmasını, atılmasını, dökülmesini (16), yol kenarında istasyon, taşıt kiralama yeri gibi her çeşit tesisatı (18) yasak etmiştir.

Trafik kazalarında mağdura izafe olunabilen sebepler çoksa da en dikkatli kimseler dahi ruhî sebeplerle, bir anlık dalgınlıkla kazaya maruz kalabilecekleri, bir trafik kazasında kusurun kimde olduğu da çoğu zaman tayin edilemediği ehli vukufun kusuru tesbit eden raporların indi olup, nice hallerde hattâ hâkimi şaşırttığı için kusursuz mes'uliyeti kabul zarureti vardır. Mağdur yaralı halinde şahitleri tesbit edemez, şoförün kusurunu isbata yarayan delilleri toplayamaz, ölmüş ise, bütün kusuru ona yükleyecek hatır şahitleri kolay bulunur. Vasıta sahip-

1) Ronen Ceza 19 Haziran 1959 S. 1959 196.

1) JdT 1960, 401.

lerinin delil yokluğu sebebiyle mes'ul tutulmaması ihtiyatsızlıkları çoğaltıyor. Bir kimsenin diğerini büyük dikkat sarfetmeden kaçınmayacağı zarara maruz bırakan teşebbüsü, mağdurun kasden zararı istemesi hariç, mes'uliyeti için yeter sayılmak lâzımdır.

FM. bir kararında diğerinin himaye altındaki menfaatleri ihlâl edilmesi kusur olduğunu, dâvalının kanun ve nizamla yasak olmayan bir hareketi kusur olamayacağı iddiası kabule şayan olmadığını tebarüz ettirmiştir.

BK. ile kabul edilen istihdam edenin müstahdeminin faaliyetinden mes'uliyeti (55) tevhide içtihat kararına göre objektiftir. Trafik Kanunu trafik kazalarında araç (vasıta) sahibinin şahsî kusurunu aramadan objektif mes'uliyetini kabul etmiş ise de mes'uliyetini (50) mecburî olarak yapacağı sigorta bedeli ile hudutladı. Ancak umumî hükümleri mahfuz tuttuğu, tevhide içtihat kararları da mecburî hüküm olduğu için sürücüyü istihdam eden, müstesnâ olarak şahsî kusuru olmasa bile, objektif mes'uliyete tâbidir. Aracı patron sıfatı ile süren de kendi kendinin müstahdemi kabul olunarak mes'ul olur.

Trafik kanununun tâdil olunan şeklinde “nakledilen eşyanın uğrayacağı zararlar ve her türlü mânevî zararlar”² doğrudan doğruya umumî hükümlere tâbi tutulmuştur, sigorta edilen meblağdan tazmin edilemez. Mecburi sigorta hasren şahısların uğradıkları zararı karşılar.

Tazminat dâvası BK. hükmünden müstesnâ olarak mağdurun zararını ve failleri öğrendiğinden iki yıl, daha sonra öğrense bile, nihayet 10 yıl sonra zamanaşımına uğrar.

Araç sahibi, aracı muhafazasında kusuru ile çaldırır, çalan da acemilikle veya kusuru ile bir kazaya sebep olursa ihmali sebebiyle mes'ul olur, fakat bütün dikkat ve tedbirlerine rağmen çalınarak sevkolunan aracın sebep olduğu zarardan mes'ul edilemez. Bununla beraber, mecburî sigorta, bu zararları da karşılamak gerekir. Araç sahibinin kybedeceği hiç kabilinden sigorta bedeli karşısında, kusuru olmayan mağdurun zararı nisbetsiz büyük olabilir.

310 — Zarar görenler müteaddit olup sigorta edilen para hepsinin zararını karşılamazsa her biri sigorta bedelinden zararları ile mütenasip pay alırlar. Sigortacı hüsnüniyetle, yâni kazada başka zarar gören bulunmasına ihtimal vermeden sigorta bedelinin tamamını zarar görenlerden birine öderse, diğerlerine ödeme yapmağa mecbur olmaz. Fakat, sigortacı hâdisede diğer kazazedeler bulunabileceğini hesaba katmadan sigorta bedelini ilk müracaat edene ödemiş ise sonradan müracaat eden kazazedeye düşebilecek pay miktarından mes'ul olur.

Sigortacı tahkikatın seyrine göre ve her halde kazayı ihbar için muayyen müddet geçmeden ödeme yapmayarak beklemelidir.

Taşıt sahibi sebep olduğu kendi zararını mecburî sigorta bedelin-den alamaz (55).

Kazadan kusuru sebebiyle failin mes'uliyeti mağdurun müterafık kusuru sebebiyle veya adalet icabı olarak hafifletilmiş olsa da sigortacı ona sigorta edilen bedel mikatrınca tazminat ödemekle mükelleftir¹.

311 — CK. dikkatsizlikle de olsa, şahıs ve malları mühim bir tehlikeye maruz bırakanları, tehlike hâdise olmasa bile, 20 liraya kadar hafif para cezası, veyahut 20 güne kadar hafif hapis cezası ile (566), caddelerde veya umuma açık yerlerde hayvanları, arabaları, şahısların ve eşyanın emniyetine tehlike verecek tarzda sevk ve idare edenleri 20 güne kadar hafif hapis ve 20 liraya kadar para (566) cezası ile cezalandırmıştır, fail bir aya kadar mesleğini tâdil cezasına da uğrar.

312 — Trafik kanunu kaza şartlarının izleri kaybolmadan tahkikini, kusurun tâyinini sağlamak, neticelerini hafifletmek için ölümle, veya insan şahsiyetine tesiri olmuş bir fiil ile neticelenen veya eşyaya, ve hayvanlara zarar veren herhangi bir trafik kazasına karışmış olan nakil vasıtası veya muharrik makinenin şöför ve sürücülerini vasıtalarını veya makinelerini derhal durdurmakla (48), mağdura gerekli ihtimamı göstermekle ve vakıayı mümkün olan en kısa zamanda en yakın zabıtaya, hüviyetini de derhal mağdura bildirmekle mükellef tutulmaktadır (89). Mağdur meydanda yoksa hüviyetini bildirir bir kâğıd kazaya uğramış vasıtanın veya malın görünür bir yerine bırakılır.

Sürücü kaza sırasında kimsenin yaralanmadığını anlarsa polise ihbar etmesi gerekmez, fakat daha sonra çarptığı kimsenin yaralandığını anlayınca hemen polise haber vermek mecburiyeti avdet eder^{1/2}.

VII

MİMARLARIN MES'ULİYETİ

313 — Mimar bir inşaatı sahibinin vekili olarak idare eder. O da diğer vekiller gibi vazife sırasında şahsından beklenen dikkati sarfetmemesi yüzünden iş sahibinin uğradığı zarardan mes'ul olur. Mimar kendi yapmamış olsa bile, tatbikine memur olduğu proje hatasından şahıslara

1) FM. 28 Eylûl 1959 JdT, 1960 115.

1) Lusern Kanton 17 Kasım 1959 JdT 1960 444.

gelen zararlardan da mes'ul olur. O inşaat sahibinin müşaviri sıfatıyla tatbikine memur olduğu plânda ve esas şartnâmede meslekî bilgisi itibariyle dikkatini çekmesi gereken hataları da ona bildirmeğe mecburdur.

Mimar mal sahibini ikaz vazifesini yapmış ise proje hatası yüzünden mal sahibinin uğradığı zarardan mes'ul olmazsa da, anlaşması ne olursa olsun üçüncü kişilerin şahsî emniyetini tehlikeye düşüren kusurlardan mes'ul olur. Kimse şahısları tehlikeye düşüren fiilinden mes'uliyeti başkaları ile yapacağı anlaşma ile bertaraf edemez; ağır kusurundan ademi mes'uliyet şartı âemme intizamına aykırı olup muteber değildir (BK. 99).

Sadece bir inşaat projesi yapmağa vazifeli mimar mal sahibinin vekili olamaz; anlaşması istisna akdidir, yalnız projesindeki hatadan mes'ul olur¹.

Plân yapmağa memur olan mimar mal sahibinin tahsis edebileceği paraya göre bildirdiği ihtiyaçlarına uygun bir plân yapmağa mecburdur. Mal sahibi onun bu şartlara uygun yaptığı bir plânı kabul etmezse meşrut ücretini vermekle mükellef olur. Ancak mimar bu takdirde mes'uliyetten kurtulduğu için ücretten birkısımının indirilmesi âdildir.

Mimarın mal sahibine inşaata ne miktar para tahsis edebileceğini sormaması, mal sahibi de sorulmadığı için bu hususu söylememesi karşılıklı kusurdur. Fr. Roel Mah. bu vaziyette mimarın kusurunu nisbeten ağır bularak plân ücretinin 2/3 ünü tenzil etti².

Mimar ücretinin maliyet fiatının yüzdesine göre tesbiti mimarı vazifelerini ihmal ile mal sahibi zararına masrafı çoğaltmağa teşvik eedceği için ahlâka aykırı olur.

Fr. Tem. mimarın müvekkili olan inşaat sahibinden veya müteahhitten başkası tarafından ne nam ile olursa olsun munzam bir ücret almasını vazifelerini ihmalî intaç edebileceği için caiz addetmemiştir. Onun müvekkili olan mal sahibi ile yaptığı akitte müteahhitten munzam ücret alacağı şartı bulunması müteahhitle yaptığı akdin hükümsüzlüğüne mâni olmaz³.

VIII

DOKTORUN MES'ULİYETİ

314 — Doktor bir akitle hastalığın teşhisini ve tedavisini üzerine alır, diğer vekiller gibi, vazifesinde ihmalinden mesul olur. Doktorun akit

1) Fr. Tem. 19 Haziran 1929 D. 1930 I 169 Belgesay Ansiklopedi 25.

2) Fr. Roel Mah. 22 Temmuz 1931 D. 1932, Belgesay, Mes'uliyet, S. 60-61.

3) Fr. Temyiz 5 Ana. 1961 S. 1962 33.

ile üzerine aldığı vazife hastayı iyi etmek değil, modern tecrübe ve donelerden faydalanarak hastalığı teşhis ve tedavidir. Onun incelemelerinde vicdanen çalışmaması, etraflı düşünmemesi, umumiyetle teşhis ve tedavide kabul edilmekte olan metod ve vasıtaları bilmemesi veya tatbik etmemesi mesuliyetini istilzam eden kusurdur. Doktorun muayyen bir neticeyi taahhüt etmesi ahlâka aykırı sayılamaz. Hususiyle, estetik ameliyatlarda doktor neticeyi üzerine alır. Dişçi bir diş yapmasını taahhüt edebilir. Bu hallerde netice tahakkuk etmez veya müşterinin vaziyeti ağırlaşır, doktor mes'ul olur.

Doktorun mes'uliyetinde tipik vakıalar, prensipler ve içtihatlar *Tıbbî Mes'uliyet* kitabımızda tafsil edilmiştir.

IX

DEVLETİN MES'ULİYETİ

Prensip ve mevzuat

315 — Kanunlarda Devlet faaliyetinin sebep olduğu zarardan mesuliyete dair üç grup hüküm vardır:

A. Zarardan kusuru olan memurun şahsen mes'uliyeti. Devlet onun ödeyemediği zarardan mes'ul olur:

a) İcra memuru kusuru ile sebep olduğu zarardan şahsen mes'uldür (İİK. 5). Devlet ise onun ödeyemediği zarardan mes'uldür (İİK. 6). İcra memurundan tazminatı tahsil imkânı oldukça Devletin mes'uliyeti iddia olunamaz.

b) Asliye ve sulh hâkimleri vesayet dairesi uzvu sıfatıyla kusurlarından şahsen mes'uldürler. Devlet onların ödemediği âciz kaldıkları zarardan mes'ul tutulmuştur (MK. 410).

B. Memur kusurundan mes'ul edilmiş, fakat, onun ödeyemediği zarardan Devletin mes'uliyeti sarahaten kabul olunmamıştır:

a) Nüfus memurları kendilerinin veya maiyetlerinin kusurlarından (MK. 37) mes'uldürler; fakat zararı ödemediği acizleri halinde Devletin mes'ul olduğu yazılmamıştır.

b) HUK. hâkimlerin ağır kusurlarından şahsî mes'uliyetini kabul etmiş (573), fakat zararı ödemediği acizleri halinde Devletin mes'uliyetini tasrih etmemiştir.

1) Adalet Dergisi yazımız. 1960 s. 343.

C. Devlet bazı zararlardan, memurun kusuru bulunması şartına bağlı olmadan doğrudan doğruya mes'ul tutulmuştur. Tapu sicillerindeki her hatâdan Devletin mes'uliyeti mutlaklıdır. Devlet ödediği tazminat ile tapu memuruna şahsî bir kusuru varsa rücû edebilir (MK. 917).

316 — Devletin kazai faaliyetinin sebep olduğu haksız zarardan mes'uliyeti kanunda açık yazılmadığı için umumiyetle kabul edilmemektedir.

Kanunun bu noktada sakit olması zarardan mes'ul olmamasını tazammun etmez; Anayasa bir suçtan aranan kişinin tevkifi şartlarını tâyin ettikten sonra, o esaslar dışında işleme tâbi tutulması halinde uğrayacağı zararların Devletçe ödeneceğini tasrih etmiştir (30). Bir tevkif şekle uygun olsa bile, haksızlığı tebeyyün edince Devlet aynı mucip sebeple mes'ul olmak gerekir.

Anayasa umumî olarak idarî işlemlerin sebep olduğu zarardan Devletin mes'uliyetini tasrih etmesinden, polisin (30, 114) olsun, idare memurunun olsun, hâkimin olsun selâhiyeti hududunda kararları ile haksız tevkif edilen veya bir hazırlık tahkikatında idarî veya adlî memurun bir delili zamanında tesbit etmemesinden Devletin mes'ul edilebileceği çıkarılabilir.

CUK. beraat eden sanığın müdafaa masraflarının hazinece ödeneceğini tasrih etmektedir (409). Bu masraf sanığın takdire tâbi olmadan isteyebileceği bir tazminattır; o isbat etmesi şartı ile daha geniş tazminat da hiddia edebilir.

FM. 22 Aralık 1953 kararında Devletin mes'uliyeti bakımından idare memuru ile adliye memuru arasında doktrin bakımından fark olmadığını kaydetmektedir¹.

Bu kararda İsviçre Vaud kantonu 16 Aralık 1947 teşkilât K. hafif kusuru ile taraflardan birinin haksız zararına sebep olan hâkimin şahsen mes'ul olmadığı halde Devletin adalet tevziinin sebep olduğu zararlardan mes'ul olduğu, Devlet mağdura ödediği tazminatı zarara sebep olan hâkimden ancak vazifesinde ağır bir ihmali varsa isteyebileceği hükmünü koyduğunu kaydetmiştir.

Hâkimler müstahdem vaziyetinde degillerdir, fakat Devletin uzvı, organlarıdır. Devlet her hükmî şahıs gibi organının kusurundan da mes'uldür (MK. 48). Devlet vazifelerini ifaya memur Vekiller de organ vasıfatıyla faaliyetlerinde kusurları ile Devleti mes'ul ederler .

1) FM. JdT. 1954 553 Emcet Belgesay, Hâkimin Hukukî Mes'uliyeti.

Devletin mes'uliyeti şartları

316 — Devletin memurların sebep olduğu haksız zarardan mes'uliyeti, başkaca hüküm bulunmadığına göre, umumiyetle mes'uliyete dair hükümlere tâbidir.

a) *Haksız fiil* : Devlet, memurun, müsbet veya menfi fiili ile sebep olduğu haksız zarardan ve zararın büyümesinden mes'ul olur (BK. 41).

Devlet memurunun ihmal ile (yapmamak) sebep olduğu haksız zarardan mes'ul olabilmek için, bu vazifeyi ifa mecburiyeti bulunmak ve ihmal olmasaydı zarar olmayacağı büyük ihtimal içinde olmak gerekir. Misâl:

Polis tehlikede olan kişiye mümkün olan yardımı yapmakla mükellef olduğundan, bir imdat talebine lâkayıt kalmasından, gördüğü bir yaralıyı derhal hastahaneye yatırmamasından, veya kazaya sebep olmuş arabanın numarasını almamasından, el koyduğu bir vakıada mağdur veya sanık lehinde olan bir delili tesbit ve muhafaza etmemesinden doğan zarardan Devlet mes'ul olur. Fakat, memurun ihmali olmasaydı dahi hasıl olabilecek zarardan Devlet mes'ul edilemez. Meselâ, Devlet kolaylıkla bastırılamıyan isyan hareketinin sebep olduğu zararlardan mes'ul edilemez. Devlet şahısların emniyeti için lüzumu kat'i tedbirleri almasından mes'ul edilebilirse de üstün menfaatlere tecavüz etmeden alınmayacak bir tedbirin ihmali mes'uliyetini gerektirmez.

317 — b) *Kusur*: Devlet, memurun vazife ile ilgili olarak veya vazifesinin sağladığı kolaylıkla işlediği müsbet faaliyetinin sebep olduğu bütün zarardan, kusuru varsa mes'ul olur. Kanunda Devletin memurun ödeyemediği zarardan mes'uliyeti yazılı olması evvelâ tazminatın memurdan tahsiline çalışılmasını iktiza eder. Hale göre memur şahsî kusuru olmadığı için haksız zarardan mes'ul olmasa da zararın hududunda az çok teşkilâtta objektif kusur rol oynamış ise Devlet mes'ul olur.

İcra memuru, haciz yerinde bulunmayan borçluyu aratır, bulundurulması kabil olmazsa haczi gıyabında yapar, icabında maların saklı olduğu yerlerin kapılarını kırar, kilitlerini söker. Memur haczettiği mücevher gibi kıymetli malları banka kasalarında, diğer eşyayı, nev'ine göre uygun yerlerde saklar veya borçlu elinde bırakır (İİK. 88). Memur haczi yaparken, veya mahcuz malları saklarken alacaklı veya borçlu, haksız bir zarara uğramamaları için lüzumlu tedbirleri almakla mükelleftir.

Memur lüzumlu bir tedbiri almaması neticesi olan haksız zarardan şahsen mes'uldür, fakat kusuru şahsî değilse zarardan Devlet mesul olur. Meselâ, memur ev kapısını kırarak haciz yaptıktan sonra kapıyı açık bırakması sebebiyle diğer eşyalar aşırılsa Devlet mes'ul edilebilir. Haczedilen eşya üstü akar bir yerde muhafaza edilerek yağmurdan bozulursa Devletin mes'uliyeti tabii görünür. Memur haciz esnasında bulunmayan borçlunun nerede olduğunu halin icabına uygun surette tahkik etmeden, veya gelmesi için normal zamanı beklemeden ikametgâhı kapısını kırarak haciz yaparsa Devlet mes'ul edilebilir.

Cebri icranın ihmali ve tahliye: Fr. DŞ. Devletin mahkeme kararlarını icra etmemesinden mes'uliyetini kâh idarenin ağır kusuruna, kâh vatandaşlar arasında müsavat prensibine dayamaktadır. Ancak idare, mahkemenin tahliye kararının icrısını âmme intizamı bakımından tehlikeli bulunursa tâlik edebilir.

Sırların ifşası: Devletin âmme menfaati bakımından zaruret olmadan memurların ferdi hususî hayatını tahkik etmesinden, şeref ve itibarına müessir bir sırrını ifşa etmesinden mes'uliyeti No. 244 de izah olundu.

Mağdurun zararın hudusunda şahsî kusuru varsa hâkim tazminat miktarını tenkis veya büsbütün kaldırabilir (BK. 44). Tazminatın takdirinde mağdurun kusurunun ağırlığı, serveti, tazminatın bütçeye in'ikası nazara alınır.

Mağdurun zararı Devlet faaliyetinden istifadesi ile takas da olabilir. Devlet sadece faaliyetinin mağdurun istifadesi ile takas olmayan zararından mes'ul edilebilir.

318 — c) *Devletin mes'uliyetini tahdit eden hükümler:* Kanunlar Devletin mes'ul tutulabileceği bazı tazminatı tahdit etmektedirler.

Tebliğat K. (R. 19 Şubat 1959) Devleti, usulü dairesinde tebliğat yapılmaması halinde mücbir sebepler dışında ziyaa uğrayan tebliğ evrakının yeniden tanzim ve tebliğ masraflarından Posta ve Telgraf Kanununun taahhütlü müresalâta müteallik hükümlerine göre, mes'ul tutar (6).

Devletin mes'uliyetini tahdit eden Tebliğat Kanunu memura kusur isnat olunabilecek hâdiselerde ferdin daha geniş tazminat istemesine mâni olmaz, her halde dar tefsir olunur. Meselâ, tebliğ evrakı muhatapı olmayan birine teslim edilip dâvalı vaziyetten haber alamıyarak telâfi edemiyeceği ağır, haksız bir zarara uğramış ise artık yeniden çıkarılması bahis mevzuu olmayan evrakın tazmin masrafları ödenmekle mesele halledilmiş olmaz. Devletin faaliyetinin sebep olduğu zararı yüklen-

mesi kusuru olmayan mağdurun yüklenmesine nazaran daha adildir. Nâdiren vâki olacak bu çeşit zarar vergi mükellefleri duymadan öderler, zararın kusuru olmayan mağdura yüklenmesi ise onu mahvedebilir.

319 — d) *Kusursuz mes'uliyet*: Devletin mes'uliyeti memurun kusuruna tâbi olmadığı Anayasa 30. uncu maddesinden istitlâl olunabilir.

Bir fransız danıştay kararı:

Paris'te bir arabayı durdurmaya memur ajanlar ona durması için işaret verdikten sonra mitralyöz ile ateş etmişlerdi. Kurşunlar hedefe isabet etmedi, yoldan geçen birine isabet etti. Araba 50 metre ilerde kendiliğinden durdu. Açılan dâvada İçişleri Bakanı polisin vazifesini yaptığını, haksız zararın hudusuna mâni tedbir alması imkânı bulunmadığını ileri sürerek Devletin mes'ul bulunmadığını iddia etti. Çünkü ajanlar arabayı başka suretle durduramazlardı. Başkanun sözcüsüne göre ise polis arabaya dur işareti vermekle beraber ateş etmiş olacaktı, arabanın 50 metre ilerde kendiliğinden durması buna karine idi, 60 kilometre giden araba bir anda duramazdı, polisin hareketi kusurdu. Fakat, başkanun sözcüsü meseleyi basitleştirmek için polis faaliyetinin ferdin kaçınmayacağı bir zarara sebep olması halinde Devletin ihdas ettiği tehlikeli vaziyetten ötürü kusursuz mes'uliyeti artık prensip kabul edilmesi üzerinde durdu. Devlet Şurası makul gördüğü bu iddiayı kabul ederek zarardan Devleti mes'ul tuttu¹.

Devlet memurunun vazifesi ile irtibatı olan fiilinin sebep olduğu zarardan mes'ul olur².

Bir kır balosunda intizamı temine memur olan polis vazife haricinde bir bara girdi, orada birine sinirlenip silâhını çekti, silâhını almak isteyen bir müşteriye yaraladı.

O vazifenin verdiği kolaylıkla fiili ikâ ettiği için hareketi vazifeye murtabit sayılarak Devlet mes'ul tutuldu³.

320 — *Devlet aleyhine cebrî icra*: Devletin faaliyetinin sebep olduğu haksız zararlardan mes'ul olması, aleyhine mahkemede dâva açılabilmesini, hakkın cebrî vasıtalarla alınabilmesini iktiza eder. Devlet aleyhine icra kabul edilmezse adliyenin istiklali süs kalır. İdare edenler istediklerini yapmak imkânını bulurlar.

İcra ve İflâs hukuku kitabımızın 30 yıl önceki tabında (1932), Devlet aleyhine, cebrî icra kabul etmemişken sonraki (1954) tabında Dev-

1) Fr. DŞ. 19 Haziran S. III 61| Pratik Huk. 1949 83.

2) Fr. DŞ. 2 Ekim 1954 S. 1955 160.

3) Fr. DŞ. 1953, S. 1955 Chro. 77.

lete karşı cebri icra, idarî hiyerarşiye tâbi olmayan icra memuru tarafından yapılacağını, icra memuruna karşı fiili mukavemet suç olduğuna göre de pratik bakımdan kabil olduğunu nazara alarak halen iltizam ettiğimiz tezi müdafaa etmiştik.

Devlet mal ve haklarının haczi Devlet servisini aksattığı nisbette, alacaklı dahil, âmmenin zararına olacağı şüphesizdir, fakat, Devletin vergi alacakları hacizden muaf tutulmakla bu mahzur önlenabilir. Devletin, âmmenin istifadesine veya bir Devlet servisine tahsis etmediği, meselâ, miras yolu ile intikal etmiş malların haczi âmme menfaatini haleldâr etmez.

Devlet aleyhine cebri icra imkânı, bir taraftan Devlet itibarını yükselterek, diğer taraftan da idarenin israfını, hesapsız sarfiyatını önleyerek âmmeye faydalı olur.

FM. bir kararında (gelen No. ya bak) Devlet aleyhine takibin cevazı haciz yapılabilmesinin de cevazını tazammun ettiğini tebarüz ettirmiştir.

İİK. un Devlet mallarını hacizden muaf tutan hükmü, dar tefsir edilerek (82), âmme emvaline ve âmme hukuku alacaklarına hasredilmeli, Devletin hususî mallarının haczedilebileceği kabul olunmalıdır. Belediye-ler Kanunu (19) belediyenin hususî mallarının haczini sarahaten kabul etmiştir. Bu hüküm âmme malları hakkında da tatbik olunması tabîi görünür. Belediye malları da âmme mallarındandır.

321 — *Yabancı Devlet ve diplomatik memurlarına karşı cebri icra.* Yabancı Devlet ve diplomatik memurları aleyhine dâva ve cebri icra meselesini Devletler hususî hukukunda Adliye kitabımda inceledim (s. 193).

FM. nin teorileri gözden geçiren enteresan bir kararını zikir ile iktifa ediyoruz¹.

FM. ye göre bir memlekette yabancı Devlet aleyhine takip yapılamaması âmme kuvveti olarak faaliyetinden doğan ihtilaflara inhisar eder. Yabancı Devletin patrimuanını ilgilendiren bir nizâ, hadis olduğu memleket ile bağılılığı nisbetinde o memleketin dahili mevzuatına tâbidir.

Yabancı Devletin borcu İsviçre'de patrimuanını idare faaliyetinden doğmuş veya İsviçre'de icra edilecekse İsviçre'yi ilgilendirir.

Bu esas İsviçre'nin Rusya ile 17 Mart 1949 da, Macaristan ile 27 Haziran 1950 de, Romanya ile 3 Ağustos 1951 de akdettiği muahedelerle kabul olunmuştur, müstakar içtihatlarıdır.

1) FM. 6 Haziran 1956 JdT. 1957 I 252 ATF 82 75 88/89.

Yunanistan'da da yabancı Devlet aleyhine cibrî icrayı men eden hüküm 1918 K. ile ilga edilmiştir.

FM. ya göre, bir memleket mahkemesinin yabancı Devlet aleyhine karar ittihazı selâhiyeti zaruri olarak cibrî icra selâhiyetini de tammun eder. Çünkü, bir Devlet aleyhine karar ittihazı da hâkimiyyetine tecavüzdür. Mahkemenin icra edilemeyecek bir karar vermesi ise işe yaramıyan bir fikir beyanı olur. FM. kararında, yabancı Devletin kazaî muafiyetini uzun zaman müdafaa eden İngiltere ve Amerika'nın prensiplerini terkettikleri, Devletler Hukuku Enstitüsü 30 Nisan 1954 toplantısında bir Devlet adliyesi yabancı bir Devletin âmme kudreti sıfatı ile tasarrufundan doğan nizaları halle mezun olmazsa da (1), iktisadî teşebbüsünün yer verdiği nizaları halle selâhiyetini (3) kabul ettiği kaydolunmuştur. (Karardaki referanslar Annaire de L'Institut de Droit Int. Vol. 41 Tom. II s. 249)².

İdare ile iktidar işini ayırmak için maksada değil, işin mahiyetine bakılır. Herkesin yapabileceği işler idare işidir. Gayrimenkûl kiralaşması bu kabildendir.

322 — Yabancı Devleti temsil eden diplomatik memurların yabancı âmme kudreti olarak tasarruflarında da geçen hükümler yürür. Onların şahısları ve vazife ifa ettikleri binalar taarruzdan masundur. Bu binalarda haciz, arama gibi cibrî icra yapılamaz. Fakat onların hususî meskenlerinde, ticarethanelerinde, iktisadî faaliyetlerinden doğan borçları için cibrî icra yapılabilir,

Yabancı Devletin diplomatik memurlarına resmî vazifelerini ifa ettikleri binalarda cibrî mahiyette tebliğat da yapılamaz. Tebliğat onların yabancı memlekette bilinen adreslerine yapılır. Bu adres bilinmezse ilânen tebliğ yapılarak takibe devam olunabilir.

Tem. mah. VI H. 27.6.1917 E. 1956/7120 K. 957 5768 kaarrında bir fransız diplomasi memuru aleyhine açılmış tahliye dâvasına meskeninde cibrî mahiyette tebliğ yapılamıyacağı mucip sebebiyle dâvayı reddeden asliye mahkemesi kararını tasdik etmiştir.

2) Federal Mahkeme 10 Şubat 1960 kararı ile evvelki kararı teyid ederek, bir Devletin diğer devlet ülkesinde sadece diplomatik servislere tahsis ettiği malları haciz olunamayacağını, bir idarî işe tahsis edilmiş malları haczolunabileceğini kabul etti. JdT. 1960 II 127.

X

MECELLE

323 — Mes'uliyet bakımından Mecelle mübaşir ile mütesebbibi ayırt etmektedir.

Mübaşir yâni bizzat fail ile mütesebbib müçtemi oldukta hüküm ol faille muzaf kılınır” (90); “*mübaşir müteammit olmasa da zâmin olur*” (92); “*Mütesebbib müteammit olmadıkça zâmin olmaz*” (93).

Bu maddelere göre bir zarara sebep olan kasdı olmadıkça mes'ul edilemez. Fakat zararı doğrudan doğruya ikâ eden kasdı olmasa da mes'uldür.

Vukua gelen bir zararın mübaşiri kim, mütesebbibi kimdir meselesi naziktir.

İnsan istediği neticeyi husule getirebilecek bir şeyi yapmada muhtar ise de neticeyi temin elinde değildir. Onun ihtiyarında olmayan şartlar ve sebepler istenen neticeye mâni olabilir.

Mübaşir fiili ile netice arasında diğerinin tavassutu bulunmayan kimse, taammüd de yasak neticeyi istemiş fail kabul edilirse Mecelle hükmü FM. nin kabul ettiği uygun (adequat) sebep teorisine tetabuk eder.

İstediği neticenin sebebine tevessül eden kimseyi, netice diğerinin sonraki müsbet veya menfi bir fiili birleşerek husule gelse de müteammid kabul etme zarureti vardır. Araya munzam sebeplerin girmesi onun mes'uliyetini kaldırmaz, araya giren sebepler önemine göre sorumluluğunu hafifletebilir. Meselâ, bir kimseyi öldürme kasdı ile yaralayan, müdahale eden doktorun kusuru ile de ölüm olsa ölümden mes'ul olur.

Mecellenin birlikte işlenen bir suçta rolü olanların mes'uliyetine dair hükümleri karışık olup tenkitten masun kalamaz.

“*Alınması memnû olan şeyin verilmesi dahi memnudur*” (34), “*İşlenmesi memnû olan şeyin istenmesi dahi memnû olur*” (35). “*Bir fiilin hükmü failine muzaf kılınır ve mücbir sebep olmadıkça âmirine muzaf kılınmaz*” (89) kaideleri izah ettiğimiz hükümleri teyit eder.

ONBİRİNCİ BAP

MİRAS

BİRİNCİ FASIL

MİRASIN MEŞRUIYETİ

324 — Şahıs ölümünden sonra malları kimlere intikal edeceğini vasiyet ile tayin etmemişse bu mallar hayatında en çok ilgi gösterdiği, sevdiği kimselere intikal etmesi tabii görünür. Dünyanın her yerinde, ölülerin ruhu hayatta iken temenni ettikleri şeylerin yapılmasından haz duyduğu kanaati var. İnsan öldükten sonra çocukları perişan olmasın diye kendine türlü zahmetler veriyor, sıkıntıya katlanarak servetinin bir kısmını onlara kalması için harcamıyorlar (b. Vasiyet No. 169 ve t.) Kişi hayatında, öldükten sonra malları kime intikal edeceğini beyanı ihmal edebileceği için hayatta en ziyade alâka gösterdiği tahmin edilen yakınlarına intikali istediğini farz zarureti vardır.

Kanun yalnız müteveffanın dayanamadığı bir tazyik ile veya başvuru hilelerle evlatlarına karşı hisleri değişebileceği için bazı yakınlar lehine mahfuz hisse kabulü aile bağlarını kuvvetlendireceğini düşünerek vasiyet serbestliğini tahdit etmektedir (b. No. 174).

Mahfuz hisse furu için miras hakkının $\frac{3}{4}$ ü, baba ve ana için $\frac{1}{2}$ kardeşler için $\frac{1}{4}$ üdür. Eş bir mirasçı ile birleşirse mülkiyet hakkının tamamı mahfuzdur. (M. 453).

Kur'an da ana baba evlad ve yakınlar (müteveffa ile birlikte yaşamakta olup, yardımları, hizmetleri ile onun mirasından pay beklemekte kendini haklı görenler) lehine mahfuz hisse kabul eder. (Nisa 8 b. No 171).

İKİNCİ FASIL

MİRAS HİSSELERİ

325 — Kur'anda miras hisselerine dair hükümler kanşıktır. Modern hukuka uygun olanları da olmayanları da vardır.

Mirasın intikaline ait bazı Kur'an hükümlerini muhakeme yürütmeden kaydedelim.

"Allah erkek evlatlara kızlara nazaran iki kat pay bırakmanızı tavsiye eder".

Ayette "yusiküm" (tavsiye eder) denildiğine göre, hüküm tavsiye mahiyetindedir, zamana, şartlara göre değişebilir. Evlatların her birinin zatî ihtiyacını müteveffa takdir edebilir. Bu terimi Ömer Rıza "emreder" (s. 120), Baltacıoğlu "ısmarlıyor" (65), Osman Reşit "vasiyet eder", Elmalî "ferman eder", Diyanet "hükmeder" diye tercüme etmişlerdir.

326 — *MK. da miras hisseleri*: I. derece mirascı müteveffanın furudur. Bunlardan biri yoksa ana ve babası II. derecede mirascıdır. Bunlar yarı yarıya miras alırlar (439). Ana veya baba ölmüş ise her birinin furuu onun yerine kaim olur. Onlardan birinin furuu yoksa mirasın tamamı diğer tarafa intikal eder (440).

Ne ananın, ne de babanın furuu yoksa mirasçılar büyük baba, büyük ana, ölmüşlerse furuları III. derecede mirascıdır (441).

Bu derece mirasçılar da yoksa dedeler furuları olan büyük baba ve ana sağ olsaydı, alabilecekleri miras üzerinde sadece intifa hakkı alırlar, öldükleri zaman aldıkları mallar Devlete intikal eder (442). Dede-lerden biri ölmüş ise intifa hakkı hayatta olan diğerine intikal eder.

Nesebi sahih olmayan evlenme dışı çocuk evlenme mahsulü olanla birleşirse ona nazaran yarı hisse alır (443).

Karı kocanın miras hissesi, furu ile birleşirse tercihinine göre tereke- den yarı intifa hakkı, yahut $\frac{1}{4}$ mülkiyet, II. derecede varis ile birleşirse $\frac{1}{4}$ mülkiyet hakkı ile $\frac{1}{2}$ intifa hakkıdır. O III. derecede mirascı ile birleşirse bütün miras alır (444).

Eş intifa hakkı yerine muadili yıllık bir irad tahsisini (445), ve bu iradın tereke malları ile teminini isteyebilir.

Intifa hakkı olan eş miras mallara el kor, fakat evlenir veya el koyduğu malları tehlikeye maruz bırakırsa mülkiyet hakkı olan varislerin talebi ile teminat vermekle mükellef olur (446), nakde el koyacak ise her halde teminat göstermek lâzımdır.

327 — *Mirastan ıskat*: Miris kendine veya ailesine karşı ağır bir suç işleyen veya kanunî vazifelerini ihmal eden varisini mirastan ıskat edebilir.

Borçlarını ödeyemez hale düşmüş bir vâris de mahfuz hissesinin yarısından, bu miktar onun doğmuş ve doğacak çocuklarına tahsis etmesi şartıyla mahrum edilebilir (MK. 460).

328 — *Arazinin evlâda tahsisi*: Miras yolu ile intikal eden bir arazi bunu işletmeye ehil mirasçı evlâtlardan birine isterse hissesine mahsup edilmek üzere tahsis olunur (MK. 597 - 598).

Tahsis yapılan vâris araziyi işletmeye yarayan âletlerin ve hayvanların da kendine tahsisini isteyebilir. Mahsup için tahsis edilen malların hepsine topyekûn kıymet konur.

Vârislerden biri bu tahsise itiraz eder veya tahsis isteyenler birden ziyade olursa, mahallî âdetler nazara alınarak araziyi bizzat işletmeye ehil ve hal ve sanı itibariyle diğer vârislerin menfaati ile meşgul olması pek muhtemel olan erkek evlâda tahsis yapılır.

Hâkim tahsis isteyen vârisin hal ve şanını diğerlerine tercihe lâ-yık bulmazsa miras kalan arazi satılarak bedeli varisler arasında taksim edilmesine karar verir. Erkek evlâtlar araziyi bizzat işletemiyeceklerse onu işletebilecek olan kızlara tahsis yapılır.

Hâkim araziyi işletmeye daha ehil, daha muhtaç, hususile müteveffa ile birlikte ziraat etmekte olan evlâda tercihan tahsis yapar, tahsise karar verirken diğer vârislerin arzularını nazara alır, kadeşlerini, ana veya babasını çiftliğe sokmaması ihtimali fazla göünen haşin tabiatlı evlâda tahsisten çekinmelidir.

FM. bir hâdisede anasını ve mâlûl kardeşini çiftliğe kabul etmesi ihtimali kuvvetli, müteveffa hayatta iken araziyi bizzat işletmiş olan ehil ve reşit kız evlâdı tercih etmiştir¹.

Arazinin bizzat işletmeye ehil, hal ve sanı itibariyle garanti arzedenden evlâda tahsisi esası ziraî teşebbüslerin sönmemesini, iyi idaresini istihdaf eder. Aynı maksatla, iktisadî vahdet halinde ziraat arazisiyel beraber işletilmekte olan sınaî müesseseler de evlatlara tahsis olunur.

İnkişaf halinde bir işletme sönmemelidir.

1) FM. 14 Mart 1958 JdT 1959, 16.

ONİKİNCİ BAP

TESANÜD VE YARDIMLAŞMA

BİRİNCİ FASIL

PRENSİP

329 — Bir toplum içinde yaşayanların kaderleri bir hayli noktalar-
da ortaktır, birinin yaşayış tarzı diğerlerinininkine az çok tesir eder. Sefaletin
hüküm sürdüğü bir muhitte zenginin refahı azalır, zengin bir muhitte
ise fakirin rahatı artar. Eşlerden birinin huysuzluğu, fantazisi diğerini çi-
leden çıkarır, onun altın adını bakır yapabilir. İnsan tabii ihtiyacı ile bir
camiaya intisap edince camiia fonksiyonlarını yapabilmek, intizamla
ayakta durabilmek için azalarından her biri iktidarı nisbetinde fedakârlı-
ğa katlanmalı, mükellefiyetlere razı olmalıdır. Maahaza, ferde yüklene-
cek vzfeler bütün şahsî menfaatlerini fedaya kadar gidemez. İnsanı top-
lum içinde yaşamaya zorlayan sebep üstün menfaatını koruma ihtiyacı-
dır. Camiada tesanüd bu esasla hudutludur.

Bir camiia efradından her birinin hareketinde geçmiş nesillerden
intikal eden fikirler, itiyatlar büyük rol oynar. Veraset tabî kanunu ile,
insan cedlerinin bazı kötü veya iyi huylanna tesahüp ediyor. Ferdin al-
dığı bir terbiye, iktisap ettiği sosyal muhit ef'al ve harekâtına, iradesine
tesir eder.

İnsanlararası tabii tesanüd bir taraftan, ferdin kötü hareketinden
şahsî mes'uliyeti azalmasını, diğer taraftan da aksine olarak, artmasını
iktiza etmektedir. Bizden sonra geleceklere, hem nesil olanlara kötü ör-
nek olacak hareketlerimiz nasihatlerimiz mes'uliyetimizi arttırır. Bk. yu-
kanda No. 27 114 VI.

İKİNCİ FASIL

MALİ YARDIM

330 — Tesanüd prensibi camiia âzaları arasında karşılıklı yardımı
iktiza eder. Bir sosyal muhitte yaşayanlardan her biri gelirinden kendi-
sinin ve yakınlarının ihtiyaçları için lüzumlu miktarı ayırdıktan sonra ar-

tanından çalışmayacak durumda olanlara yaşamlarına yeter, camiaya faydalı iş yapanlara da sağladıkları menfaat ile mütenasip pay ayırmak icap eder.

Sosyal yardımlar ihtiyatsızlıkları çoğaltmamak, tembelliği teşvik etmemek lâzımdır. Çalışabilecek durumda oldukları halde çalışmayarak muhtaç vaziyete düşenlere yardım ancak kısa bir zaman ve zaruret had-dini aşmamak şartıyla yapılabilir.

Kur'an sosyal yardımı emretmiş ve hududunu çizmiştir. b. No. 93 İsra 27.

Kendinizi kendi elinizle tehlikeye düşürmeden, perişan etmeden başkalarına iyilik edin.

BAKARA 195 Ve enfiku fi sebilillahî ve lâ tulku bieydiküm ilettehlüketi ve ahsinu innallahe yuhıbbül muhsinîn.

Başkalarına iyilik ederken kendinizi unutmayın.

BAKARA 44 b. No. 93.

Yardımanın hududu yardım edenin yardımı yüzünden yardıma muhtaç hale gelmemesi, temin ettiği menfaate nisbeten fazal sıkıntıya düşmemesidir.

Normal bir adam muhtaç olana yardımla ruhî haz, neş'e duyar, muhtaç kalacağı gün için diğerlerinin yardımını garanti ederek âtideki maddî ve mânevî menfaatini korur.

Yardımanın ahlâk sahasında olması kaidedir. Çünkü, mecburi yardım, yardım edene neş'e vermez, yardım görende şükran hissi doğurmaz, sevişme kaynağı olmaz. Mecburi bir yardımı koparmak için tembellik edenler, hakiki vaziyetlerini saklayanlar, kendini muhtaç göstermek için çeşitli hilelere başvuranlar çoğalır.

Kanun fertleri yalnız şahısları bakımından hiç sayılacak yardımla mükellef tutabilir.

Kur'an bir çok günahları günahkârın servetine göre duymadan muhtaçlara yapacağı yardım ile affetmektedir. Bu uhrevî müeyyideler nisbeten geniş sosyal yardım temin eder.

'Senden sadaka hakkında soracaklar. Adalet dairesinde ihfıyaçların karşılanması olduğunu söyle'.

Yardım adalet dairesinde olmak için, evvelâ muhtaç olanın ihtiyacını aşmamak, sonra yardım edeni vazifelerini ifa edemez hale düşürmemek gerekir.

Yardım yardım edileni küçük düşürecek mahiyet ve şekil almama-

lıdır. Yalnız yardım eden, bağış ve sadakasını az çok karşılayacak şartlara, mükellefiyetlere tâbi tutabilir.

Sadakanın yalnız bir ıstırap, kötülük sebebi olabilecek şarta tâliki veya bu gayeyi istihdaf etmesi günah olur.

“İman edenler verdiğiniz sadakaların, yaptığınız iyiliklerin sevabını yardım ettiklerinizin başına kakarak, onlara çeşitli zahmetler vererek iptal etmeyin; riya, gösteriş için verilen sadaka, altı kaya olan toprağa atılmış tohuma benzer, şiddetli bir rüzgâr zahmetleri boşa götürür”.

BAKARA 264 *Yâ eyyühellezîne âmenu lâ tubtilû sadakatiküm bilmenni ve leza kellezi yufiku mâ lehü riaennasi velâ yû'minu billâhi vel-yeumil âhiri femeselühü kemesli safvanin aleyhi türabün feesabehü vebilûn feterakehû salden lâ yakdirûne alâ şeyin mâmma kesebu vallahü lâ yehdil kavmel kâfirin.*

Riya için yapılmış iyilik çabuk zaman unutulur.

Ciddi bir ihtiyacı karşılayan, hesaplı yapılan yardım ise mahsuldâr bir araziye atılmış tohuma benzer. Böyle bir araziden yağmurla bol mahsul alınmasa da çiğ de bir mikdar mahsul sağlar. Az riyasız yapılmış bir yardım da yardım edene nisbetsiz faydalar sağlar.

BAKARA 265 *Ve meselüllezine yünfikune emvalebüm übtigae mardatilahi ve tesbiten min enfüsihim kemeseli cennetin birabvetin esabeha vabilun featet ukuleha dıfeyni fe in lem yüsıbha vabilûn fetallûn vallahü bi mâ ta'melûne basir .*

Bir muhtaca ızdırabını hafifleten, teselli veren tatlı sözler minnet ve iza ile izzeti nefsi kırılarak verilen sadakadan hayırlıdır.

BAKARA 263 b. No. 43.

Kişiyi izzeti nefsinin kırmak veya üzerinde hâkimiyet tesisi için edilen yardım onun ahlâkî ve ruhî durumunu bozar, sosyete içinde yüzüstü tufeylileri çoğaltır, faydadan ziyade zararlıdır, teşvik edilemez.

Yardım sevap olmak için muhataba faydalı olmalıdır. Kişinin faydasız bularak bir tarafa attığı şeyleri sadaka vermesi ancak verdiği kişinin ciddi bir ihtiyacını karşılar, işine yararsa sevap olur.

Kişinin mahrumiyete katlanarak diğerine yardım etmesi sevaptır.

“Açık sadaka vermeniz hayırlıdır, fakat onu gizli vermeniz daha iyi, daha hayırlıdır, bir kısım günahlarınıza da kefarettir. Allah gizli işlenen hayırları bilir”.

“Açık veya gizli işlenen her hayır, diğerinin bir kabahatinin affı sevaptır. Allah her şeye kadir iken günahları affediyor”.

NİSA 149.

331 — *Yardımda sıra.* Sadakaların muhtaçlara hangi sıra gözetilerek verilmesi iktiza ettiği şu âyetten anlaşılır:

Sadakaların fakirlere, miskinlere (çalışma kudretini kaybetmiş olan) sadakaları toplamağa memur olanlara, hakka gelmeleri için kalbleri telif edilmesi faydalı olanlara, azad edilmesi şahıslarına faydalı esirlere, borçlulara, Allah için hayır işleyenlere, yolda kalanlara, Allah yolunda olanlara (sosyal bakımdan hayırlı iş görenler, halkı doğru yola sevk için gayret sarfedenler) tahsil edecek talebeye verilir.

TEVBE 60.

Zengin de olsa yolda kalmış biçarelere (Çantay, s. 280 Not 59) de yardım yapılır. Tahminler dışı sebeplerle sıkıntıya düşmüş fakat şartlara göre servetlerinden faydalanamıyacak olanlara, meselâ yolda portföyü çalınmış çok zengin birine de yardım yapılmalıdır.

Yardımanın mutlaka bağış, sadaka şeklinde olması gerekmez, iradesi haricinde muvakkat bir zaman sıkıntıya düşmüş olana yardım ödünç vermek, bir alacağı tecil suretiyle de olabilir.

Zikredilen âyette bahis mevzuu sadaka halen alınmakta olan vergilere tekabül eder. Kur'an vergi miktarının ve yardımın derecesini servet sahiplerinin şahsî takdirine bırakmıştır. Halen modern Devletlerde muayyen bir miktar geliri olanlar gelir vergisinden istisna edilmiş, kazançlar yüzde 68 e kadar müterakki vergiye tâbi tutulmuştur.

Zekât, vergi tahsilâtı israf edilmemek lüks ihtiyaçları karşılamamak gerekir. Kur'an Devletçe yapılacak tahsilâtın nerelere ve hangi sırada verileceğini şöyle tâyin ediyor:

Tertibe istisnâî haller bulunmadıkça riayet edilmesi menfaat vaziyetine uyar.

A. Fakirler. Doğum, ölüm gibi bir sebeple veya bir felâkete kurban olarak kısa bir zaman için ihtiyaç haline düşmüş olanlar fakir olup yardım sırasında başta gelir.

B. Miskin, çalışma kabiliyeti olmayan aliller, ihtiyarlar. Çalışarak hayatını kazanabileceklere yardım yapılmaz. Çalışanlara hayatî ihtiyaçlarını karşılayacak asgari ücretten başka çalışmalarna göre munzam pay da verilir.

Tertipde miskinlerin fakirlerden sonra gelmesi ihtiyaçları daimî olduğu içindir. Onlara yardım kısa zaman zarurete düşmüş olup, az yardımla kendini toplayarak randımanla çalışabileceklere yardıma mâni olmamalıdır.

C. Camia içinde halkı irşat edeceklerle, doğru yolu göstererek faydalı incelemeleri ile, huzur ve sükunun temininde, terakki adımları atıl-

masında âmil olacıklara (âlimler, üniversite ve enstitüler kurulması), hattâ nüfuzundan istifade me'mul olanlara (müellifetül kulub) başanları nisbetinde yardım yapılabilir.

Kalbleri kazanılacaklara yardım camianın bu sayede edeceği mad-dî ve mânevî istifade takas olmalıdır. Modern Devletler bütçelerine açık veya gizli ödenek (tahsisatı mesture) adıyla bu çeşit yardımlar için hay-li tahsisat ayırmaktadırlar.

Sadakanın hayırlısı kusuru olmadan ihtiyaç haline düşmüş, dilenciligi sanat edinmemiş, izzeti nefisini muhafaza etmekte olanlara verilenlerdir”.

Allah yolunda çalışanlara (nefsini ilme, hayırlı işlere hasretmesi sebebiyle dünyalığını temin edemiyen) fakirlere, çalışma kudreti olamyıan muhtaçlara yardım hayırlıdır”.

Onlar izzeti nefisleri ile kendilerini muhtaç göstermek istemezler. Bilmiyenler onları zengin sanır, halbuki onların zaruret halleri yüzlerinden, vaziyetlerinden anlaşılır. Onlara verdiğiniz şeyleri Allah bilir”.

BAKARA 273 *Lil fukara illezine uhsiru fisebiliilahi lâ yesteti-
une darben fil ardı yahselühümül cahilu aġniyae minettaeaffufi tarifu-
hum bisimahüm lâ yes'elünen nâse ilhafen ve mâ tünfiku min hayrin
feinnallahe bihi alim.*

Ü Ç Ü N C Ü F A S I L

NAFAKA

332 — Yardımın ahlâkî sahada kalması kaide olmakla beraber, sosyal zaruretler bazı kimselerin bazılarına mutlaka yardım etmelerini gerektirmektedir. Birinin duymadan pek az fedakârlıkla yardımı diğeri-
nin hayatını kurtaracaksa yardım mecburi olabilir.

MK. usul ve furuu kardeşleri yakınlık sırasıyla birbirine nafaka ver-
mekle mükellef tutmuştur (316).

Eşlerin birbirine müzaheret ve yardım borçları (151) nafaka bor-
cunu içine alır.

Muhtaç olan evli ise eşinden, eşi yoksa veya ihtiyacını karşılamı-
yorsa evlâtlarından, torunlarından, daha sonra büyük baba ve anasın-
dan, nihayet kardeşinden nafaka isteyebilir.

Eşlerin birbirine nafaka borçları hayatın tatlı acı tecellilerine ortak
olmalarını evlenme akdi ile kararlaştırmış olmaları, ana babanın nafaka
mükellefiyetleri evlâtlarına tabii sevgileri ile izah olunur. Onlar çocuk-
larına bakımdan zevk duydukları, ileride yardımları üzerine de hesap
edebilecekleri için diğerlerinden önce bakım fedakârlığına katlanmaları

gerekir. Evlatların nafaka mükellefiyeti ana babalarının kendilerine evvelce yapmış oldukları hizmeti karşılar. Birlikte yaşayan kardeşlerin nafaka mükellefiyeti ise sadece tesanüd prensibine ve hisse dayanır. Hisler birlikte yaşanması kararlaştırılmış kaynana, kayın baba, üvey evlât, damat, gelin arası nafaka mükellefiyetini de icap ettirmektedir, fakat kanun bu derece ileri gitmemiştir.

Birlikte yaşamıyan, selâmı kesmiş kardeşler arası nafaka mükellefiyeti münakaşa götürür.

MK. kardeşin refah halinde olması şartı ile nafaka mükellefiyetini kabul etmektedir. Refah içinde olan kişinin kardeşine ölümünden kurtaracak bir yardımda bulunmaması ahlâkî hisleri isyan ettirir. Refah içinde kişi kendine fiilen yabancı da kalsa hayatî ihtiyaçları için kardeşine yardıma mecburdur.

Mahallî telâkkilere, sosyal vaziyetine göre yaşamak için lüzumlu miktar çok aşan ve zevk ile hayat sürmeğe müsait geliri olan refah halindedir. Fakat, yardım etmekle bu vaziyeti bozulacak olan refah halinde sayılmaz.

Hayatî zarurette bulunan kişiye yakın hısımları yardımdan âciz ise bu vazife âmme cemaatine düşer.

MK. tesadüfi olarak, ana ve babası belli olmayan çocukların bakımını belediyelerin (317), velâyeti nez edilen ana babanın infaktan âciz oldukları çocuklarının bakımını da Devletin vazifesi (277) kabul etmiştir.

333 --- Nafakanın şümulü: Nafaka prensip olarak “dâvacının geçinmesi için muktazi” yâni fizik vücudu korumak için kısılamıyan gıda, giyim eşyası, baş sokulacak mesken, hastalıkları tedavi masraflarına şâmilidir.

Dâvacı nafaka ödemekle nafakaya muhtaç vaziyete düşmemek gerekir. Nafaka mükellefin geliri ile mütenasip olur.

Ana babanın küçük çocuklarına nafaka mükellefiyeti onların geçimini temine inhisar etmez, daha geniştir. Onlar sosyal vaziyetlerine göre çocuklarını terbiyeye, yetiştirmeğe de mecburdur. Eşlerin birbirine müzaheret borçları da müşterek yaşama şartlarının icaplarına göre takdir olunur.

FM. ye göre eşler arası müzaharet borcu, neticesinden birlikte istifade edebilecekleri şahsî dâva masraflarına da şâmilidir. Binaenaleyh, eşinin mâlî yardımını ile dâvasını takip edebilecek tarafa adlî müzaharet

(HUK. 465) temin olunamaz¹. Eşi zengin olan dâvacı dâva masraflarını Devlete yükleyemez. FM. eş dâvasını kazanırsa ötekinin de refahı çoğalacağını nazara alarak evvelki içtihadını değiştirmiştir¹.

Nafaka alacaklının hayatî ihtiyaçlarını karşılar, çalışarak hayatını kazanabilecek olan, veya vazifesini ihmali, tembelliği ile ihtiyaç haline düşen evlâd, kardeş lehine nafaka hükmedilemez. Hükmedilecek nafaka tembelliği, aile arası geçimsizlikleri çoğaltmamalıdır. Ana babasına, eşine vazifelerini yapmakla hayatını koruyabilecekler lehine nafaka hükmedilmemelidir. Ancak, dâvacının daha evvel vazifesini yapmamış olması nafakadan mahrumiyetine sebep olmaz. O âtiyen vazifesini yapacağına ciddi söz verirse nafaka alabilir.

Nafaka borçlusu alacaklıyı aynen iâşe ve iskân eder, yahut yaşamak için lüzumlu şeylerin bedelini verir. Fakat evlatlar imkânları müsait ise ana ve babalarını aynen infak teklifinde bulunamazlar. Ana babanın evlatlarının haysiyet kınacı muamelelerinden endişe duymaları haklıdır.

334 — Nafaka mükellefleri birden fazla ise her biri geliri ile mütenasip olarak nafakaya iştirak eder, aralarında teselsül yoktur.

335 — *Zecrî tedbir*: İLK. a göre nafaka borcunu ödemiyen borçlu hapsolunabilir. Fakat, nafakanın kesilmesi, azaltılması için borçlunun açtığı dâvayı merci hâkimi ciddi görürse icra takibini dâva neticesine tâlik edebilir (334).

D Ö R D Ü N C Ü F A S I L

BEDENİ YARDIM

336 — Kşi diğerine muhtaç olduğu bir yardımı yapmakla mükellef olamazsa da hayatı tehlikede olana nisbeten pek az fedakârlıkla faydalı bir hizmeti ifa ile mükellef tutulabilir. Tenha bir yerde kriz kurbanı kimseyi milyonları değil, diğerinin kendine pek az zahmetle yapacağı bir yardım kurtarabilir. İnsan az zahmete katlanarak diğerine faydalı yardımla kendine ileride maruz kalabileceği daha büyük yardımı sigorta eder.

CK. yedisinden küçük bir çocuğu veya kendini idareden âciz veya ölüye benzer birini görüp de ona kolaylıkla yapabileceği yardımı esirge-

1) FM. 4 Şubat 1959 JdT 1959 378.

yeni, hiç olmazsa polise haber vermeyi ihmal edeni cezalandırıyor (CK. 476).

Hayatı tehlikede olana ahlâkî telakkilerin icap ettirmediği bir yardımdan kaçınma suç olamaz. Meselâ, bir doktor anlatılan vaziyete göre her çeşit müdahalenin faydasızlığına kani olduğu bir hastanın yardımına gece vakti koşmamasından mes'ul edilemez.

CK. ancak yardıma muhtaç kimsenin vaziyetini görenler hakkında tatbik edilebilir. Görme tehlikeli vaziyete kanaat edilmesidir.

CK. bir musibet ve felâket, karışıklık halinde, veya bir cürmü meşhutta hazır bulunan kişinin bu vaziyetlerin hudusunda tesiri olmasa bile makbul bir özürü yokken, yani üstün şahsî menfaatleri mâni olmamışken şahsını tehlikeye maruz bulundurmadan yapabileceği bir yardımı yapmaktan kaçınmasını meselâ, hırsızın arkasından kapıyı kapamamasını 150 liraya kadar hafif para cezası ile cezalandırmaktadır (527).

337 — Umumî âfetleri önlemek, neticelerini hafifletmek için alınacak tedbirlerle yapılacak yardımlara dair 15 Mayıs 1959 K. (R. 25 Nisan 1959) İcra Vekilleri heyetince bu mahiyette bir âfet tehdidinde bulunduğu kabul edilen bölgelerde vâlilere âcil tedbir olarak âfetin neticesini tahdit veya izale için 15-18 yaş arası erkeklere bazı vazifeler yükleme, tedavi, iâşe ibatenin gerektiği mübayaaları yapma, Devlete, vakfa ait gayrimenkûlleri, kifâyetsizliği halinde hususi binaları, arazileri işgale selâhiyet vermiş (6), vazifeden kaçınanlar hakkında hafif para cezası tayin etmiştir.

ONÜÇÜNCÜ BAP

AİLE MÜNASEBETLERİNDE ADALET

BİRİNCİ FASIL

AİLE

338 — Aile dar manasında, sevgi bağları ile aynı çatı altında kader birliği yaparak yaşayanları ifade eder.

Kişi adaletin yürüdüğü aile içinde mes'uttur. Aile efradı dertlerini aralarında paylaşarak hafifletirler, zevk ve neşelerini paylaşarak çoğaltırlar. Günün yorgunluğu aile sohbetleri ile gider. Ahbap toplulukları aile yerine geçmez. Ailesi olmayanların, veya aile içinde huzur görmeyenlerin mecburiyet hissi ile atıldıkları gürültülü hayat sosyal emniyeti tehdide kadar gider. Bu sebeple modern kanunlar da geçmişte olduğu gibi aileleri himaye etmektedir.

Anayasa aileyi toplumun temeli kabul etmiş, korunmasını Devlet vazifesi addetmiştir (35).

Aile rolünü ancak efradı arasında adalet hüküm sürmesi şartıyla ifa edebilir. Efradı arasında âdil münasebetler yürümeyen bir aile dağılmaya mahkûmdur.

Aile içinde adalet ve huzur, efradından her birinin şahsî menfaatlerini müşterek menfaatle telif ederek tayin edecek bir baş bulunması, bu başın da sözünü dinletecek bir kudrete sahip olması ile sağlanabilir. Başsız veya ailesi efradından her birinin hususiyetleri ile ilgili olmadan nefsinin her şeyin üstünde tutan bir başın idaresinde aile içinde sevgi bağları gittikçe gevşer, kaçmak için bahaneler aranır.

Kur'an ve modern kanunlar aile içinde adaletin hâkim olmasını, sevgi bağlarının gevşememesini istihdaf eden nice hükümler koymuşlardır.

Umumiyetle eşler kalblerinde gizli olan adalet hissi ile vazifelerini bilirler. Fakat, muhitlerinin, hususiyle en yakınlarının telkinleri ile adalet hisleri bozularak hayatları işkence olmuş çok çift vardır. Nice çiftler gururları, moda fikirlere kıymet vermeleri, hakiki ve üstün menfaatlere kayıtsız kalmaları yüzünden geçinemiyorlar. Haricî tesirlere kapılmadan karşılıklı kanunî, dinî, ahlâki vazifelerini yaparak mesut olan kaç aile var?

Boşanma dâvalarının gittikçe artması aileler içinde adalet tabii his-

leri yerine kıskançlık, gurur, şeref, maddî menfaat hisleri kaim olmasından ileri geliyor. Taraflar selâmeti boşanmada arıyorlar, bekârlığın sağladığı nisbî huzuru tercih ediyorlar.

İ K İ N C İ F A S I L

EVLENME

339 — A. *Şekil*: Ailenin tabii kaynağı erkek ve kadının hayatlarını birleştirme iradeleridir. Kanun bakımından, evlenme tarafların memur önünde devamlı birlikte yaşamak, daha doğrusu evlenmeye dair kanunî statüye tâbi olmak için beyan edecekleri muvafakattir. Memur önünde beyan olunmayan erkek ve kadının birlikte yaşama, doğacak çocuklarına birlikte ihtimamı taahhütleri tabii evlenme olup yalnız bir derece kanunun himayesindedir.

340 — B. *Evlenme ehliyeti*: Medenî kanuna göre:

a) Yaş. Erkek için 17, kadın için 15 dir. Küçük yaşta olanlar evlenmenin kendilerine yüklediği vazifeleri anlayamazlar. Maahaza, hâkim özel şartları nazara alarak evlilik hayatında mesut olacağına ve hemen evlenmesinde zaruret bulunduğuna kanaat ettiği 15 ini bitiren erkeğin, 14 ünü bitiren kızın evlenmesine izin verebilir (88).

b) Temyiz kudreti. Akit zamanında evliliğin kendine yüklediği vazifeleri anlayamıyan, üzerine yapılan baskıdan kendini kurtaramıyan kişinin evlenmesi hükümsüzdür (89).

c) Akıl hastalığı. Temyiz kudreti olsa da bir akıl hastası evlenemez (89).

Akıl hastalığının evlâda geçmesi tehlikesi bu hükmü gerektirmiştir. Fakat bir eşin sonraki akıl hastalığı evlenmenin butlanını gerektirmez, bazı şartlarla boşanma sebebi olur. Bu iki hüküm farkını izah zordur. Bakılmaya muhtaç bir delinin evlenememesi feci olabilir. Evlilik dışı cinsî münasebetleri kontrol ve takip imkânsız olduğu, taraf münasebette bulunduğu kişinin akıl hastası olduğunu bilmemesi de cezadan muafiyet sebebi olabileceği için, akıl hastalarının evlenmeleri yasağı neslin sağlamlığını temine yeter garanti de olmaz. Nesli korumak için başka çâreler aranmalıdır.

341 — C. *Mâniler*. Kur'ana göre kişi usul ve furuu, kardeşi ve yeğeni, aynı zamanda iki kız kardeşle, babasından ayrılmış veya onunla cinsî münasebette bulunmuş kadın ile, süt ana ve süt kardeşi ile evlenemez.

MK. yalnız usul ve furu, kardeşler, amca, hala, teyze ile yeğen arası

evlenmeyi yasak eder (88). Aile halinde yaşayanlar arası aşk oyunları rahatı kaçıracağı için Kur'an mânileri geniş tutmaktadır.

“Bir kocadan üç kere boşanan karı başkası ile evlenip boşanmadıkça evvelki kocası ile tekrar evlenemez”

BAKARA 229 *Attalaku marratani feimsakün bimarufin evtes-rihun bihsanin ve lâ yahillüleküm entehuzu mimma ateytümühünne şeyen illâ en yehafa ella yukıma hududallahi feinhıftüm ellayukıma hududallahi felâ cunaha aleyhima fimefdedet bihi tilke hududallahi fela tateduha ve men yeteaddede hududallahi feülâike hümuazzalimun.*

Allahı tanımayanlarla, putlara tapanlarla evlenme de yasaktır. İmanı olan bir köle veya cariye onlardan daha hayırlıdır.

BAKARA 230 *Fein tallakaha felâ tehıllü lehu min ba'dü hattâ tenkiha zevcen gayrehu fein tallekeha felâ cunaha aleyhima enyeteracea inzanna enyukıma hududallahi ve tilke hududallahi yübeyyinüha likavmin ya'lemun.*

Ahvalin mutad seyrinde kanaatları arasında esaslı fark bulunanlar devamlı ve mesut aile hayatı yaşayamıyorlar.

Efendisini memnun etmeye çalışan, esaslı noktalarda kanaatı birleşen bir köle veya câriye, hizmetçi ile yaşama, esaslı kanaatları zıt olan bu zıtlık yüzünden birbirine kötü nazarlarla bakan eş ile yaşamaya nisbeten çok fazla rahat sağlar.

İddet :

Kur'ana göre boşanan karı tekrar evlenmek için üç hayız görmesi, gebe ise doğumunu beklemesi gerekir.

Hayız görmeyen kadın için iddet müddeti üç aydır.

Boşanan gebe kadının başkası ile hemen evlenmek için karnındaki çocuğu saklaması günahtır. Onun banşarak eski kocası ile evlenmesi daha hayırlı olur.

BAKARA 228 *Velmütallekatü yeterabbasna bi enfüsihinne selâsete kuruin ve lâ yehıllü lehünne en yektümne mâ halakallahü fi arha mihinne in künnne yüminne billahi velyevmilâhiri ve buuletühünne ahakku biraddihinne fi zâlike in eradu islahan vele hünne mistüllezi aleyhinne bilmarufi velirriali aleyhinne deracetün vallahü azizün hâkim.*

TALAK 4 *Vellahi yeisne minehmehidi min nisaiküm in irtebtüm feiddetühünne selâsetü eşhürin vellai lem yehıdne ve ülâtulahmalı ecelehünne enyedane hamlehünne ve men yettekillah e yeca lehu min emrihi yüsra.*

Kocaları ölen kadınlar dört ay on gün beklesinler. Bu müddetten sonra örfe uygun tarzda evlenmeleri günah olmaz.

BAKARA 234 *Vellezine yüteveffevne minküm ve yezerune ezvacen yeterabbasna bienfüsihinne enbaatte teşehürin ve aşran fe iza beleğ-na ecelehünne felâ cünaha aleyküm fi mâ fealne fi enfüsihinne bilmarufi vallahü bîmâ ta'melûne habir.*

Kocası ölen kadın için muayyen bekleme müddeti doğumu ihtimal içinde olan çocuğun nesebi ile ilgili olmayıp kocasının hatırasına hürmet içindir.

Cinsî münasebetten evvel boşanan karılar için iddet müddeti yoktur.

MK. a göre kocasından dul kalan veya boşanan karı, bu tarihten 300 gün geçmedikçe tekrar evlenemez. Fakat, onun evvelki kocasından gebe olması ihtimali yoksa hâkim derhal, evlenmesine müsaade edebilir (95).

342 — MK. evli veya akıl hastası olan kişinin evlenmesini bâtil addetmiştir (112). Müddeumumi veya butlanı tesbitte menfaati olanlar bu evlenmeyi iptal ettirebilirler (113). Fakat, ilgisi olmayan biri meselâ ahlâkî sebeplerle bu evlenmeyi hoş görmeyenler butlân dâvası açamazlar.

Mahkeme evlenmenin iptalinde üstün sosyal menfaat yoksa müddei umuminin iptal talebini de reddedebilir.

343 — Evlatlıkla evlenme:

Kur'anın evlatlık alınmasına müsaade etmediği iddia olunmuştur¹. Bu kanaat şu âyete istinad edebilir:

Allah bir adamda iki kalb yaratmadı. Ananıza benzettiğiniz kadınlar ananız, evladınız dedikleriniz evladınız değildir.

Bizce, bu âyetten çıkarılan sadece insanın anamdır, evlâdımdır dediği kimseye karşı tabii olarak ana veya evlâd hissini besleyemeyeceğidir. Binaenaleyh, kişi analığa, evlâtlığa kabul ettiği kimse ile arasında aşk hisleri doğarsa evlenmesi günah olmaz. Müteakip âyetten kişinin bir yabancıya hakkında ana ve evlât vazifeleri kabul edebileceği anlaşılır.

Kişi nüfus kütüğüne sülbünden gelmese de arada yeter yaş farkı bulunan bir çocuğu evladı olarak kaydettirirse bu ikrariyle arada neseb münasebeti sâbit olur.

Evlatlıklarınızı babaları adıyla çağırın.

AHZAB 4 *Mâ câ Allâhü linaculün min kalbeyni fi cevfihi ve*

1) Berki (Şâkir) s. 6 No. 2.

mâ caale ezvacekümüllahi tuzahirune min hünne ümmehatiküm ve mâ caale ediyaleküm ebnaeküm zâliküm kavlüküm bi efvahiküm vallahü yekulul hakka ve hüve yehdis sebil.

Ayet evlâtlıkla aşk oyunu başlayınca artık ona, hakikî babası başkası olduğu hatırlatarak kendi babasıyla evlenmiş hissi verilmemesini istihdaf eder. Yoksa Kur'an evlâtlık alınmasını menetmiş değildir.

“Yusuf” suresinde Yusuf'u kervândan satın alan Mısır veziri onu evlatlık almasını düşündüğü yazılması bu müessesenin Kur'ana yabancı olmadığını gösterir.

MK. a göre kişi aldığı evlatlıkla evlenemez, (92 No. 3), fakat nasılsa evlenirse bu evlenme hakiki evladı ile evlenmeden farklı olarak, iptal veya feshedilmeyip, sadece evlatlık akdi hükümsüz kalır (121).

Ü Ç Ü N C Ü F A S I L

FİİLÎ EVLİLİK

344 — Memur önünde resmî akde istinad etmeden aralarında hususi anlaşma ile karı koca hayatı yaşayan, sarahaten veya zımnen evli imişler gibi vazifeler kabul ederek fiilen birleşmeler zamanı hazırda dünyanın her tarafında gittikçe artmaktadır. Bu vaziyeti hukuk tecahül edemez, kıyaslarla, makulatla bu münasebetleri tanzim etmek gerekir.

Tatbikatta imam nikâhı denen fiilî evliliğe nişanlanmaya dair bazı hükümler kıyas yolu ile veya MK. 1. maddesinin verdiği müsaade ile tatbik olunmak gerekir.

A. *Cezaî mes'uliyet.* Evlenme vaadi ile bir kızı bozduktan sonra evlenmeden imtina edilmesi suçtur. Fakat evlenme vaadi ciddi idiyse iğfal şartı bulunmaz. Binaenaleyh, ciddî olan evlenme vaadi ile reşit olan bir kızın bozulması suç olmaz.

B. *Metresin kullanmasına mahsus eşyanın hacizden muafiyeti.* Aile sevgi bağları ile bir çatı altında mukadderatını birleştirenler olduğundan, borçlunun aile ihtiyacı için hacizden muaf malları arasında metresinin kullandığı zarurî ihtiyaç malları da bulunur (İİK. 82). Meselâ, metresi olan borçlunun iki yatağı, iki sandalyesi haciz edilemez.

C. *Ayrılma halinde tazminat:* İmam nikâhı ile bir tarafın diğerine devamlı yaşama taahhüdü kat'i olamaz, birine terkedilmesi halinde diğerinin muayyen bir tazminat taahhüdü şahsî hürriyetini fazlasıyla bağladığı için nişanlıların terk, evlilerin boşanma halinde birbirine tazminat taahhütleri gibi hükümsüzdür. Fakat bir nişanlı veya karı gibi, metres de ayrıldıktan sonra eşinin geçmişteki vaziyeti tasfiye için, veyahut terkedilmesi yüzünden maruz kaldığı feci vaziyetten kendini mes'ul bilerek,

hattâ kendini tâciz etmemesi, bir daha yüzünü görmemesi için tazminat taahhüdü muteber olur.

Bir eşin boşanma dâvası derdest iken diğerine boşanma hali için tazminat taahhüdü hâkimin tasdiki ile muteber olur (MK. 150). Dâvacının eşine haksız mukavemetini kırmak için had aşırı fedakarlığı önlenmelidir. Fakat boşanma kararından sonra eşlerin birbirine tazminat taahhütleri tasdika hacet olmadan muteberdir.

Kendisine ciddi olarak devamlı yaşama vaad edilmiş, bu vaade güvenerek birlikte yaşamağa razı olmuş metres de eşi tarafından makbul hiç bir sebep yokken terkedilir, bu terk yüzünden büyük bir ıstırap çekerse terkedilmiş bir nişanlı gibi mânevî tazminat alabilir (MK. 85).

Nişanı bozma, metresi bırakma tarafın selâhiyetinde olduğundan bu yüzden zarar gören diğerinden ancak MK. 85 ci maddede yazılı mahdud bir tazminat alabilir. Fiilen birleştiği eşi ile imtizaç edememiş, veya aşk hisleri sönmüş olan taraf onu nezaketle, üzmemek için elinde olan tedbirleri alarak terkederse tazminat ödemeğe mecbur kalmaz.

Ciddi olmayan bir evlenme veya birlikte yaşama vaadi ile eşin aldatılması ağır kusurdur. Kur'an bu kabil vaadden nükülü günah saymış bir tazminat kabul etmiştir.

Uzun yıllar devam eden fiilî bir evlenmeyi sebepsiz bozan eşini ümid ve intizarında aldatmış sayılabilir. Bir erkeğin genç yaşında aldığı ona işlerini yaptırdığı bir memureyi, makbul bir sebep yokken ilerlemiş yaşında sokağa ataraka devamlılığını ihsas ettirdiği bir vaziyeti bozması maddî tazminatı haklı gösteren bir sebeptir. Memure kendine devamlı yaşama hissi veren erkeğe güvenmeseydi işini bırakmaz, meslekî tecrübelerini ilerletir, bu yüzden zarara uğramazdı.

Boşanma halinde tazminatı haklı gösteren sebep evlenme akdinin memur önünde yapılmış olması değil, bir tarafın akdin devamlılığı hakkında diğerinde uyandırdığı itimadı ihlâl etmesidir. Aynı mucip sebep fiilî evlenmelerde de aynı hükmün tatbikini icap ettirir.

D. *Ölüm halinde tazminat iddiası*: Devamlı münasebet tesis etmiş olan erkek ve kadından birini, üçüncü bir kişi haksız öldürürse, diğeri haksız fiil falinden maddî ve mânevî tazminat isteyebilir (BK. 47). Ölüm sebebiyle mânevî tazminat hakkı karı kocaya veyahut hısımlara değil, ölünün ailesine tanınmıştır. Aile aralarında sun'î münasebet tesis eden şahısları değil, sevişerek devamlı birlikte yaşayanlardır. Binaenaleyh, resmî evlenme akdine istinad etmeden de uzun müddet birlikte yaşamakta olan eş kaatilden mânevî tazminat iddia edebilir. Katilden derin ıstırap çeken dâvacıya karşı kaatilin onun

ölenle arasında şekli bir akit bulunmadığını ileri sürmesi müdafaa hakkının suistimali olur.

İmam nikâhı ile yaşayanlardan birinin ölümü halinde diğeri varislerden tazminat isteyebilir mi meselesi için b. No. 217.

E. *Zilyetlik*. Fiilî olarak evlenmiş eşler müştereken kullandıkları eşyaya müştereken zilyet sayılırlar, her biri açılan dâvada zilyetlik karinesine istinad edebilir. Taraf eşi ile müştereken kullandığı şey hasren kendine ait olduğunu isbat edemezse o şey aralarında müşterek sayılır, meğer ki diğeri onun geliri bu şeyin iktisabına yetmediğini, kıymeti de mutad ve makul ikram hududunu aştığını veyahut şahsî kullanmasına mahsus olduğunu isbat edebilsin.

D Ö R D Ü N C Ü F A S I L

KARI KOCA ARASI VAZİFELER

345 — Evlenmekle eşler arasında evlilik birliği vücut bulur. Evlenen eşler birbirine karşılıklı yardımı, doğacak çocuklarına beraberce bakmayı, terbiyeyi üzerlerine almış olurlar (MK. 151). Karı koca arası müşterek hayat olan evlilik birliği şahsiyeti olmayan bir birliktir.

Eşlerin birbirlerine müzaheret borcu, hastalık, kederli zamanlarında teselli, muhtaç olduğu nasihati verme mecburiyetini tazammun eder.

Koca karısı ve çocukları huzur içinde yaşamaları için elinde olanı yapmasını, hususiyle onların infak ve iâşelerini temini taahhüt eder (MK. 152). Karı ev işlerine bakacak, kocasının gıyabında onun menfaatlerini elinden geldiği, gücü yettiği kadar koruyacaktır (MK. 153).

Karı koca arası vazifeler daha ziyade ahlâki mahiyettedir. Hâkim ne karıyı, ne de kocayı aynen vazifelerini ifaya zorlayamaz.

Kur'an eşler arası vazifeler ne olabileceğini tafsil etmeden, güzel geçinilmesini, koca karısından hastalığı gibi bir sebeple tiksinsen de vaziyete katlanması hayırlı olduğunu ihtar etmiştir.

NİSA 19 Yâ eyyühelezine... ve âşiruhüne bil marufi fe in kerihümühünne fe asâ en tekrehû şey'en ve yecalallahü fihi hayren kesira.

Karılarınızın hiyanetinden şüpheyi haklı gösteren sebepler varsa onları nasihatla yola getirin, nasihat kâr etmezse yatağınızı ayırın, bu da yetmezse dayak atabilirsiniz. Sözlerinizi dinlerse cezalandırmak için bahaneler aramayın.

Erkekler asablarına, hislerine hâkimiyet bakımından kadınlardan üstündür. Onlar çalışarak ailenin ihtiyaçlarını sağlar, faziletli kadınlar kocalarına itaat eder, gıyablarında menfaatlerini korurlar.

NİSA 34 Erricalü kuvvamune alennisâi. bi mâ faadalallahü ba'zahüm alâ ba'zın ve bimâ enfeku min dıvaliküm fessebihatu kanitatü hafızatün bilgaybı bimâ hafızallahü vellâti tehafune nüszczehünne felzuhünne vehcuruhünne filmedacii vedribuhünne fe in etaneküm fe lâ tebguraleyhinne sebîlâ...

Eşlerin vazifelerinde ifratı da, diğer vazifelerde ifrat gibi aksi netice verebilir. Bir eşin diğerini memnun etmek için üstün menfaatlerini hiçe sayması, ardı gelmeyen komplimanlar yapması, her rahatsızlığa tahammül etmesi de aile düzenini bozabilir. Kişinin üstün şahsî menfaatlerini eşini memnun etmek için feda etmesi tavsiye edilemez.

Kur'an eşler arası iyi geçimi sağlamak için kocanın karısı üzerinde tedip hakkını kabul etmektedir. Doğrusu, kocanın, vazifesini ağırca ihmal eden karısına izzeti nefsinin zedelemiyen, vücut tamamlığına, sıhsiyetine ciddî tecavüz olmayan, hal ve şartlara uygun bir tedip vasıtasına başvurması, sert ihtarları, ağız bozmaları, hatta hafif bir tokat atması fazla kritik edilemez.

Paris İstinaf mahkemesi kocanın karısına bir tokat atmasını boşanma sebebi kabul etmemiştir¹. Karıyı hafif bir tokatla kötü huyundan vazgeçirmek kabil olacaksa, bu vasıta bütün ağır neticeleriyle boşanmadan daha faydalı olur. Tabii karı hassas olup yediği tokatı izzeti nefis meselesi yapmış, zaman asabını teskin edememiş ise boşanmaya hükmolunacak, koca cezaen takip olunabilecektir.

346 — *Birliğin temsili*: MK. Kur'anda yazılı prensiplere uygun olarak eşler arası birliğin temsilini kocanın vazifesi kabul etmiştir (154).

Aile işlerinin iktiza ettirdiği bütün tedbirlerde anlaşılan bahtiyar eşlerin bir şefe ihtiyacı yoktur. Fakat, onlar anlaşmazlarsa müşterek menfaatleri ihmale uğramamak için çâre bulmak lâzımdır. Aile içinde her anlaşmazlığı çözmek için hâkimin müdahalesi aile işlerini düzenleyecek yerde eşler arasında soğuklukla bu düzeni büsbütün bozar, kabul olunamaz, onlardan birinin iradesine üstünlük tanımak gerekir.

MK. umumiyetle erkeğin daha ihtiyatlı, hislerine daha az mağlup, muhtelif menfaatleri uzlaştırmada, dış işleri idarede ehliyeti daha fazla olduğunu nazara alarak kocayı birliğe şef yapmıştır (152). Birliği o temsil eder (154). Fakat, o aile menfaatlerini keyfine göre idareye mezun değildir, karı aile işlerinde onun muavini ve müşaviridir.

1) Paris İst. 18 haziran 1955 D-Ş 1956 8. Aile hayatı kitabımız s. 145. Hâdisede atılan şamar şiddetli idi, karının yüzü morarmıştı; vaziyet doktor-raporu ile tevsik edilmişti. Mahkeme kararında sadece hususî şartlara göre tokat atılması hallerini mahfuz tutmuştu.

Koca az çok ehemmiyetli işlerde karısı ile görüşerek karar almalıdır (153 II). Eşler, çocukları hangi mektebe verileceğini, ev masraflarını müştereken kararlaştırırlar. Koca ancak karısı ile anlaşamazsa tek başına karar verir, gizli teşebbüslere girişemez.

Karı kocasını, gıyabında vekili olarak evin daimî ihtiyaçları için temsil eder. O bu işler için masraf yaparsa, koca masraf borcundan şahsen mes'ul olur (155). Koca karısının bu selâhiyetini kaldırabilir, fakat karı aile menfaati iktiza etmemişken selâhiyeti kaldırılmış ise hâkimden selâhiyetinin iadesini isteyebilir (157). Koca tekrar onun selâhiyetini ref'edebilir, bu hal taraflar anlaşınca veya boşanınca kadar devam eder.

Koca karısının evlilik birliğini temsil selâhiyetini kaldırdığını noter vasıtası ile ilân etmiş ise onun birlik hesabına yaptığı borçlardan mes'ul olmaz. Karının selâhiyeti kaldırıldığı bu şekilde ilân edilmemiş ise yalnız kaldırıldığı kendilerine duyurulanlar onun borçlarından kocayı mes'ul tutamazlar, bildirilmeyenler bu masraflardan doğmuş alacaklarını kocadan isteyebilirler.

Karı eve aile vaziyetlerine, âdetlere göre fazla sayılan, veya hut haricen ev için olmadığı anlaşılan masraf yapmış ise, meselâ bakkaldan aldığı şeyleri anasını nevine göndermiş ise, koca bu masrafları ödemekle mükelef olamaz. Masraflar ailenin sosyal durumuna ve gelirine uygun görünmelidir (158).

Karının evin daimi ihtiyaçları için tasarrufu ehemmiyetli olmadığı halde, kocasını müşkül vaziyetten kurtarmak için yapacağı muamele onu altından kalkamayacağı zararlara sokabileceği için koca evin mutad ihtiyacından başka şeyler için karısının yaptığı masraflardan mes'ul tutulmamıştır.

347 — *Sadakat borcu*: Bir eşin zinası cezayı muciptir. Ancak karının sarîh veya zımnî muvafakatiyle kocanın zinası cezayı istilzam etmez. Temyiz umumi heyeti haklı olarak, kendine ortak getiren kadının kocasının zinasından şikâyetini muteber addetmemiştir¹.

Temyiz mahkemesi kararında diyor ki, "bir suç ikâna diğerini tahrik eden, suçu kolaylaştıran, teşvik eden mağdurun şikâyetini kabul" mantık esaslarına ve adalet icaplarına uymaz. Kanun hükümlerinin kesin ve açık bulunmadıkları halde sanığın lehine tefsir edilmesi bugün kök salmış bir kaidedir". İlâve edelim:

"Kendi tarafından tamam olan şeyi nakza say edenin say'ı merduttur" (Mec. 100).

Bir kimse diğerinin karı veya kocası ile münasebette bulunmakla

1) Temyiz Ceza Genel kurulu 10.11.1949 K. 450 Pratik Hukuk 1949, 149.

şerefine, şahsiyetine tecavüz etmiş olacağından hâkim onu eşin şerefini korumak için bazı içtihaplara mahkûm edebilir (MK. 24), fakat ne dâvalı, ne de onunla münasebette bulunan kimsenin şahsiyetine tecavüze kadar gidemez. Zina eden tazminata mahkûm edilebilir, fakat eşler zaten geçinememekte iseler, münasebet de şartlar itibariyle dâvacı eşin şerefini ihlâl etmemiş ise tazminata mahkûm edilemez².

B E Ş İ N C İ F A S I L

BOŞANMA

I

BOŞANMANIN KABULÜNDE ZARURET

348 — Kan koca arasında evlilik hayatı ebedi olması mı, bazı sebepler hâdis olunca veya eşlerin ittifakı veya tek taraflı iradesiyle çözülebilmesi mi rosyoneldir?

30 yıl evveline gelinceye kadar Türkiye’de koca tek taraflı olarak evlilik münaseebtini kesebilirdi. Fakat, kanundan daha kuvvetli olan dinî, içtimai, ahlâki hisler ciddi sebep olmadan kocanın karsını boşamasını yasak etmekte, mühim sebepler hâdis olunca onun boşanma talebini kabule mecbur bırakmakta idi. Pratikte boşanmalar suistimal edilemiyordu.

Çocukların ve cemiyetin menfaati fena birleşmiş eşlerin hayatları müddetince bağlı kalmalarını gerektirmez. Boşanma kötü bir şeydir, fakat, daha kötü bir vaziyeti tâmir ederse iyi olur. Pratik hayatta dünyanın her tarafında düşünmeden evlenenler her şeyi düşünerek evlenenlerden çoktur. Tarafların bir müddet nişanlı kalmaları birbirini anladıklarının delili olmaz. 14 yaşında evlenen bir çocuktan ne teemmül beklenebilir?

Fena birleşen eşler çocuklarına fena örnek olurlar. Tarafların aşkın sürükleyici tesiri ile birbirlerinin kusurlarını küçümsüyerek, faziletlerini mübalağa ederek verecekleri evlenme kararı kat’i olamaz. İnsanların zamanla ahlâkları da, vaziyetleri de, âdetleri de çok değişir. Tabii olarak veya muayyen menfaat icapları ile birleşmiş eşlerin hisleri söner, aşk yerine nefret hissi kaim olur, evlilikte menfaatleri kalmazsa ayrılmaları tabii görünür. Hür doğan insan hür yaşamalıdır. Genç yaşta evlenen bir kadının yıprandıktan, ihtiyarladıktan sonra boşanma ile himayeden mahrum bırakılması mesele olsa da, insanın şahsiyet hak-

2) FM. Ekim 1952 JdT 1953 488.

larından feragat etmesi kabul olunamaz. Eşlerin yalnız sonraki pişmanlıkları önlenmek için iradeleri frenlenmelidir. Her gün birbirleri ile kavga eden eşlerin birlikte yaşamalarında sosyal hayali fayda, onların rahatsızlıkları ile kıyas edilemez.

Bentham şu mülâhazayı yapıyor: Evlenme memuru evleneceklerle nasıl, birbirlerinden nefret etseniz de ayrılamıyacaksınız, sizi bahtiyar olacağınız umudu ile kapısı olmayan hapis haneye tıkiyorum, bütün inlemelerinize katı yürekli olacağım diyebilir. İhtiyar hukukçular hayallerle kapılmamalıdır.

Temyiz kudreti olan eş boşanma isteyebilir. Boşanmanın neticelerini hesaplıyamayan, temyiz kudreti olmayan eş boşanma isteyemez. FM. dâva konusunu anlayacak kadar akli olan eşin boşanma dâvasında kendini müdafaa edebileceğini kabul etmektedir.

II

KUR'ANDA BOŞANMA

349 — Kur'ana göre koca boşanmanın hâkimidir, fakat, ciddî sebepler olmadan karısını boşaması günahdır. Kocanın karısını boşama selâhiyeti uhrevî azap ve tazminat ile frenlenmiştir.

Karınızı yerine başkasını almak için boşarsanız miktarı ne olursa olsun verdiğiniz şeyleri geri almayın. Daimî birlik' yaşama taahhüdünüzü bozarak boşadığınız karınızdan verdiğinizizi nasıl geri alabilirsiniz?

NİSA 20 Ve in erattümüs tıbdale zevcin mekâne zevcin ve ateytüm ihâhünne kıntaran fe lâ tehuzu minhü şey'en ettehuzunehü bühtanen ve ismen mübina.

NİSA 21 Ve keyfe tehuzunehü vekadefda ba'dukum ilâ ba'dın ve ehazne minküm misakan ğalıza.

Verdiğinizizi geri almak için karılarınıza eziyet etmeyn. Karının zinası sâbit ve âşikâr ise verdiğinizizi geri alabilirsiniz.

NİSA 19 Yâ eyyühellezine.. ve lâ ta'diluhünne, lıtezhebü bıbazıma ateytümuhünne illâ en ye'tine bıfahişetin mübeyyinetin ve aşırühünne bilmurufi fe in kerıhtımuhünne fe asa en tekrıahu şey'en ve yecalullahü fihi hayren kesıra.

Bu âyetlerin delâletlerine göre sebepsiz karısını boşayan koca tazminat öder, fakat o zina eden ve maruf geçim şartlarına riayet etmiyen

karısını boşarsa ona verdiklerini geri alabilir, ondan aldıklarını tazminat olarak muhafaza edebilir.

Kur'an karıya doğrudan boşanma hakkı vermemiş ise de kocası maruf evlilik vazifelerini yapmaz, veya zamanla ondan soğursa hâkimden boşanma kararı istemek selâhiyeti vermiştir. Karısının müracaatı üzerine hâkim kocaya vazifelerini ihtar eder. Bu ihtar semeresiz kalır aralarında boşanmaya hükmeder.

NİSA 128 Ve in imraetün hafet min baliha nuşuzen ev iraden fe lâ cunaha aleyhima en yusliha beynehuma sulhan, ves sulhu hayrun, ve uhdatıl enfusuşşuhha ve in tuhsinu ve tetteku fe innallahe kâne bimâ ta'melûne habirâ.

Elmalı, bu âyet, çok dürüst olan kocasına, okşamalarına tahammül edemiyecek derecede antipatik hisleri kabaran karının aralarını ayırması için peygambere başvurması üzerine nâzil olduğunu, Peygamberin de bu âyete uygun olarak şikâyetcinin aldıklarını iadedden ibaret bir tazminat karşılığı boşanmasına hükmettiğini yazmaktadır¹.

Kur'ana göre karının kocasından şikâyetlerini dinleyerek aralarını bulmak, olmazsa, ayrılık kararı vermek üzere her iki tarafın yakınlarından birer hakem seçilir.

Hakemler onların aralarını bulmak isterlerse Allah kolaylık verir.

NİSA 35 Ve in hüftüm şikaka beynehima febasu hakemen min ehlihi ve hakemen min ehliha in yürida ıslahan yüveffikillahü beynehümâ innallahe kâne aliman habirâ.

HUK. hükmün boşanma dâvası âdi mahkemelerde âdi usul ile görülür. Ancak daha evvel dâvacı sulh hâkiminden banştırma teşebbüsü istenmek lâzımdır (494).

Tarafları iyi tanıyanlar arasından seçilecek hakem heyetinin nasihatları, onların, hususiyetlerini bilmeyen her günkü meşgalesi ile otomat hale gelmiş hâkimin sulh teşebbüsüne nisbet edilemeyecek kadar tesirli olur. Tarafları yakından tanımayan hâkim hakiki boşanma sebeplerini göremez ki faydalı nasihat ile onları yatıştırabilsin. Pratikte boşanmaya bir kere karar vermiş olan eşler sulh teşebbüsünü faydasız bularak hâkim önüne gitme zahmetini bile kendilerine vermemegtedirler.

Taraflardan biri çağrıldığı sulh teşebbüsüne cevap vermezse teşebbüs aki mkalmış olur (HUK. 497).

1) Elmalı, Bakara 221 âyet tefsirinde I. 737.

Boşadığınız karılarınızı âşikâr fuhşu irtikap etmeleri müstesna, iddet müddetinde evlerinizden dışarı çıkarmayın. Onlar da çıkmasınlar.

Karısını boşayan ona iyilikle eziyet etmeden maruf şekilde yol vermek gerekir.

Karıya verilmiş şeyler kusuru yoksa boşanma halinde geri alınmaz.

BAKARA 229 *Attalaku marâtani fe'îmsakün bimarufin ev-lesrihun bihsanın velâ yehilleküm entehuzu mimâmâ ateytümühünne şey-en illâ en yehafe ella yukîma hududallahi fein hıttüm alla yukîma hudud-
allahi felâ cunaha aleyhima fimefdedet bihi tilke hududallahi felâ tatedu-
ha ve men yeteade hududallahi fe ülâike humüzzalîmun.*

TALAK 2 *Fe izâ belğne ecelehünne feemsikühünne bimarufin evfariku hünne bimarufin ve eşhidu zevey adlin minküm ve ekümüşşe-
hadete lillahi zaliküm yuazubihi men kâne yü'minü billahi vel yevmil ahiri
ve men yettekîlahe yec'allehu mahraca.*

Boşanan karıyı asabını bozacak sözlerle, hiddetle evden çıkarma yasaktır. Ayrılan eşler, aralarında boşanma sebebi hâdiselerin bıraktığı derin tesirlere hâkim olmalıdır.

Boşanan karının bir müddet daha kocası ile aynı çatı altında eskisi gibi alıkonması düşüncesiz boşama kararlarının tâmirine, yeniden münasebet tesisine imkân verir.

Kocalar boşadıkları karılarını bir yıl daha örfe göre iâşe ve iskân edilmesini vasiyet etsinler.

BAKARA 240 *Vellezine yüteveffeune minküm veyezerune ez-
vacen vasiyyeten liezvacihim metaan ilel havli gayraıhracın fein harıacne
felâ cunaha aleyküm fimâ fealne fienfüsi hinne min marufin vallahü azi-
zün hakim.*

BAKARA 241 *Velil mütallakati metaun bilmarufi hakkan
alel müttekin.*

Boşadığınız karıları oturduğunuz evlerde iskân edin. Onlara iktidarınıza göre bakın, zarar vermek için hakkınızı kullanmayın. Gebe iseler doğurunca-ya kadar nafakalarını verin. Çocuklarınızı emzirirlerse onun için bir ücret verin, çocuğu emzirmeleri kendilerine meşakkat vermekte ise başkasına emzirtin.

TALAK 6 *Eskinühünne min haysü sekentüm min vediküm ve
lâ tüdarruhünne litudayyiku aleyhinne ve in küenne ülâti hamlin ve enfi-
ku aleyhinne hattâ yadane hamlehünne fe in arıdane leküm fe atuhunne
ücurahünne ve te'miru beyneküm bimarufin ve in teasertüm feseturdü
lehu uhra.*

Meşrut mihir zararın indi takdirine yer bırakmaz.

MK. karı koca arası boşanma halinde tazminat taahhütlerini muteber addetmemiştir.

Yoksulluk nafakası:

Boşadığınız karılarınızı âşikâr fuhşu irtikâp etmeleri müstesnâ, iddet müddetinde evlerinizden çıkarmayın, onlar da çıkmasınlar.

TALAK 1 *Yâ eyyühennebiyyü izâ tallaktü min nisâe fetalliku hünne liiddetihinne ve ahsul iddete vettekullahe rabbeküm lâ tuhricu hünne min büyutihinne ve lâ yahrucne illâ en ye'tine bifahîşetin mübeyyinetin ve tilke hududullahi ve men yete'adde hududallahî fekad zaleme nefsehu lâ tedri lealallahü yuhdisu bâ'de zâlike emrâ.*

Nafakanın şümülü maruf miktar hududunda kocanın iktidarındır.

Allah insanı yalnız verdiği nisbette ödeme ile mükellef tutar. Güçlükten sonra kolaylık verir.

İddet müddetleri biten kadınlarınızı maruf şekilde gönül hoşluğu ile âdil iki şahit huzurunda evden çıkarınız.

Maruf şekil hale göre âdil bir tazminat verilmesi demektir. Mahalli âdetler tazminatı tâyinde rol oynar, fakat kat'i olamaz. Maksat adalete dayanan örftür.

Karı iddet müddetinde eskisi gibi aile içinde yaşar. Koca ölürken bunu vasiyet etmelidir. Karı evden kendiliğinden giderse vârisler onu infak ve iskân mecburiyetinde bulunmaz.

MK. bakımından koca da boşandığı, kusuru olan karısından tazminat isteyebilir. Fakat, ahvalin mutad yürüyüşünde koca haklı olarak nâdiren tazminat isteyebilecektir. Karısından ayrılan kocanın kendine baktırmak, ev işlerini eskisi gibi yürütmek için fazla masraf ihtiyarına mecbur kalarak uğradığı zarardan şikâyeti haklı görünmez. Karının hayatı müddetince kocanın menfaatine çalışma taahhüdü muteber sayılamaz.

Koca cinsi münasebetten önce karısını boşarsa taahhüt etmiş olduğu mehrin yarısını öder, karının taahhüt edilen mehirinden büsbütün vazgeçmesi sevaptır.

BAKARA 237 *Ve in tallaktümühünne min kabli en temessühünne kad faradtüm lehünne farıdaten fenisfu mâ faradtüm...*

Bir mehir taahhüt edilmese bile, zengin ve fakir herkes boşadığı karısına kudreti ile mütenasip bir şey vermek gerekir.

Mehir taahhüt edilmemiş ise temastan evvel boşanmalarda bir şey ödenmesi gerekmez, sebepsiz boşama da günah olmaz.

BAKARA 236 *Lâ cunaha aleyküm in talâktümün nisae mâ-lem temessühünne ev tefridu lehünne feridaten ve mettiuhünne al el musii kaderuhu ve al el muktiri kaderuhu metaan bilmarufi hakkan al el muhsinin.*

Kur'ana göre baba isterse ana iki yıl çocuğu emzirmek ona bakmak lâzımdır. Bu müddette karı nafaka alabilir. (Bakara 233).

Koca nafaka vermek için maişet sıkıntısına düşmemelidir.

TALAK 7.

III

MEDENİ KANUNDA BOŞANMA SEBEPLERİ

350 — Boşanmanın esas sebebi eşlerin birbiri ile geçinememele-ridir.

MK. umumiyetle eşler arası geçimsizlik doğurduğu tecrübelerle anlaşılan bazı sebepleri sarahaten boşanma sebebi kabul etmiştir. Bu sebepler sabit olursa taraf ayrıca geçimsizliği isbata mecbur olmadan da boşanma isteyebilir. Bu sebepler hâkime direktiftir.

Sarahaten kabul edilen boşanma sebepleri: Eşin haysiyetsiz hayatı (131), pek kötü muamelesi (130), zinası (129), en az 3 yıl devam etmiş, şifası kabil olmayan akıl hastalığı (MK. 134). Bunlar haricinde de her hangi bir sebeple şiddetli geçimsizlik tarafa boşanma hakkı verir.

Şiddetli geçimsizlik mefhumu hâkimin sevkedeceği ahlâki fikirlerle tekâmül edecektir. Bugün umumiyetle boşanma, formalite olarak şiddetli geçimsizlik sebebine dayanmaktadır. Birbirleriyle kaynaşamıyarak, fiilen ayrı yaşayan, çocukları da bulunmayan, veyahut onlara daha sâkin, daha iyi bir hayat temin etmiş olan eşler resmen karı koca sayarak kendilerinin ve çocuklarının rahatlarını kaçırmada sosyal fayda değil, zarar muhakkaktır. Bu emri vaki de şiddetli geçimsizliktir.

Karı veya kocanın eşine karşı nefret hisleri aşırı dereceye çıkması da şiddetli geçimsizlik kabul edilmek gerekir.

Tatbikatta gençken kocasını nasılsa beğenmiş, veya üzerine icra edilen mânevi tazyika tahammül edemiyerek veya nikâhta keramet umarak evlenmiş karı tahminlerinde aldanmış, kocasına nefret hissi zamanla azalacak yerde çoğalmış ise, kocanın vazifelerini fazlasıyla yaptığı söz götürmese bile onun boşanma iddiası kabul olunmalıdır. Karı veya

kocanın nefret duyduğu eşinin işlerini görmeğe, cinsî iştihalarını tatminne zorlanması esaretin bir nevi olur.

Yıllar devam etmiş ayrılıktan sonra barışarak mesut hayata dönen eşlere çokluk tesadüf edilmiyor. Vazifelerini yapmadan kocasından nafaka koparmak gibi ahlâki olmayan sebeplerle evlilik rabıtasını devam ettirmek isteyen karıyı himaye evlilik hayatından beklenen gayelere zıt olur. Karşılıklı fedakârlığa, sevgi ve hürmete istinad eden evlilik hükümlerinin birbiri ile alâkaları kalmamış eşler hakkında tatbik edilmesi kanunun ruhuna aykırıdır. Uzun zaman eşlerin fiilen ayrı yaşamaları aralannda şiddetli geçimsizlik sayılmazsa, tanzim isteyen kanunun boşluğu kabul edilmesi zaruri olur. Hâkim kanun vazı gibi hüküm sevkeder. (MK. 1). MK. terkin boşanma sebebi olması için aradığı şartlar barışma ümidini muhafaza eden eşleri istihdaf eder.

Taraf evlenmenin yüklediği vazifelere, üstün şahsi menfaatlerini feda etmeden katlanamazsa eşi ile geçimsizliği şiddetlidir.

Eşler şahsi menfaatlerini feda için değil, daha iyi korunmak için evlenirler. Bir eş diğerinin fantazisine, kaprislerine ayak uydurmaya mecbur olmaz.

Hâkimin eşlere, nisbeten az fedakârlık tavsiyesi ile önleyemediği menfaat çarpışmaları boşanma sebebi olur.

Geçimsizlik daha ziyade kendine isnat olunabilen eş boşanma istiyemez. Eşe nisbeten az bir fedakârlıkla önleyeceği geçimsizlikler boşanma hakkı vermez.

Kanunun boşanmayı eşlerin karşılıklı kusurları tartılmasına tâbi tutması haksızdır. Karı veya kocanın bütün tavır ve hareketleri tamamı tamamına isbat edilemez ki hâkim kırsılıklı kusurlarını mukayeseye imkân bulsun. Geçimsizliğin bütün sebepleri isbat edilse bile, kusurları tartacak hassas terazi yoktur. Kanun hükmü daha kurnaz, hatır şahidi bulabilen tarafın iddiasının kabulü neticesi verir.

Kusurlar arası fark pek bariz olmadıkça tarafın boşanma dâvası kabul olunmak gerekir.

Bakıma muhtaç çocukların menfaati diğer suretle korunamazsa, veya kabahatsiz eş boşanma yüzünden lehine hükmolunacak tazminat ile telafi edemeyeceği hayatî bir zarara uğrayacak, bu zarar da dâvacı eşin boşanma ile kazandığı menfaate nazaran çok ağır ise şiddetli geçimsizlik zor kabul edilmelidir. Meselâ, kocasının başkaları ile cinsî iştihasını tatminine göz yuman, kocasını memnun etmek için elinde olan gayreti, fedakârlığı yapmağa âmade, teselliye muhtaç, kimsesiz karının boşanma yüzünden ömrü boyunca çekeceği ıstırap geçimsizliğin şiddetli sayılmasına mâni kabul olunur.

Eşler arasında, dini, politik, içtimai meselelerde esaslı ihtîâflar, birbirinin yakın hısımlarıyla kaynaşamamaları, karının kocasının fazla iğrendiği makyaj âdeti, fazla kıskançlığı, evine bakmaması, kocasını ihmal etmesi, cinsi duygularını tatmin edememesi, kısırlığı, kocanın karısına karşı barbarca muamelesi, iâşesini temin edememesi, şiddetli geçimsizlik doğurabilir.

351 — Karı koca arasında zamanla geçimsizlik sebeplerinin zevali ihtimal içinde ise hâkim boşanma yerine 1-3 yıl müddetle ayrı yaşamalarına hükmedebilir (138 - 139). Ayrı yaşamalarına karar verilen eşler de birbirine sadakatle mükelleftirler.

Ayrılık, mecburi bekârlıktır, insan tabiatına uymaz.

Boşanmaya hüküm için yalnız evlenmeden sonra hâdise olan sebepler esas tutulur, fakat eşlerin yaşayış tarzına tesir eden evvelki bir hâdise nazara alınabilir. Karı nişanlı iken başkası ile münasebeti yüzünden başlayan soğukluk gittikçe artmış ise boşanma sebebi olabilir¹.

352 a — *Boşanma sebeplerinin isbatı*: Eşlerin geçimsizliklerinin hakiki sebeplerini nihayet mahremeleri olan, onları geçimsizliğe sevkeden, ayrılmalarında şahsen menfaat uman, bu itibarla sözleri tarafın sözünden daha az kanaat vermeyen şahitler bilir. Geçimsizlik daha ziyade hissolunur. MK. geçimsizliğin isbatı çok zor olduğu için sabit sayılmasını hâkimin şahsi kanaatına tâbi tutmuş, muayyen deliller aramamıştır (150). Bir eşin samimi görünen, aksi isbat edilemiyen beyanı kâfi delil olabilir. Geçimsizliğin şiddet derecesi de tarafların, şahitlerin beyanından anlaşılır. Her halde geçimsizlikleri muhitlerinde şuyu bulmuş eşlerin iddialarını isbat etmeleri gerekmez (HUK. 238).

Hâkim dâvacı eşin açık yalan veya aksi sabit olmayan her sözünü doğru kabul ederek ona müşterek hayatı çekilir hale getirebilecek tedbirler tavsiye edemez veyahut tavsiyeleri faydasız görünürse boşanma kararı vermelidir.

Felsefi bakımdan, boşanmanın hâkimin hükmüne tâbi tutulması bir eşin kararı ile sonradan pişmanlık duyacağı vaziyete düşmesini önlemek gayesini güder. Barışma ihtimalini kaldıracak kadar uzun zaman taraflar ayrı yaşıyorlarsa hâkimin müdahalesi boşanma kararıyla fiili vaziyeti hukuka çevirmeğe inhisar eder.

352 b — *Kaziyei muhkeme*. İleri sürdüğü sebep kabul olunmayarak boşanma dâvası reddolunan taraf aynı sebeple yeni bir boşanma dâvası açabilir mi?

1) FM. 22 Ekim 1959 JdT 1960 508.

Evvelki boşanma dâvasında istinad edildiği halde, kabul edilmemiş bir fiil, münasebet zamanla veya yeni fiillerin inzımanı ile şiddetini arttırmış ise yeni bir boşanma dâvasına sebep olabilir. Meselâ, bir eşin diğerine bir müşterisi karşısında bir hareketi fena muamele sayılmıyarak ona istinaden açtığı boşanma dâvası reddolunduktan sonra, eş muhitine izahat vermediği mecbur kalarak, itibarı sarsılır veya teessürü çoğalırsa bu hal yeni bir boşanma dâvasına esas olabilir.

IV

BOŞANMANIN FER'İ HÜKÜMLERİ

353 —Kur'anda boşanmanın fer'i hükümleri No. 351 de anlatıldı. Burada MK. hükümlerinden bahsediyoruz.

A. *Tazminat*. Boşanma yüzünden hal, hatta haklı olarak bekleyebileceği bir menfaati kaybolan karı veya koca kusuru yoksa, yani elinde olanı yapmışken geçimsizliği önleyememiş ise, bu bapta kusurlu eşinden maddî boşanma sebebi hâdiselerden büyük ızdırap duymuşsa ayrıca mânevî tazminat isteyebilir (143). Kendine bağlılığını sandığı eşi uğruna mahrumiyetlere katlanmış, onunla evlenmek için aile vaziyetini bozmuş, muhitini terketmiş eşin kayıpları mümkün olduğu kadar tazmin edilmelidir.

Karısını seven koca onun zinası yüzünden boşanırsa tabii olarak ızdırap çeker. Fakat kendi hazırladığı vaziyette karısı tabii bir hisle zina ettiği için boşanma dâvası kabul olunan koca tazminat alamaz. Mânevî tazminat ancak önlenmesi elde olmayan sebeplerden ileri gelen tabii teessürü karşılar, ihdas edilen vaziyetin neticesi olan üzüntüleri karşılamaz.

Boşanma sebebiyle tazminat istenebilmek için eşin kaybı, ızdırabı boşanmaya esas olan sebep yüzünden olmalıdır. Kabahatli tarafın yükünmeden ödeyeceği tazminat çoğu halde, eşi ile arasında adavet tohumlarını kurutur, her iki taraf ayrılmadan duydukları ferahlıkla yeni bir hayata atılırlar.

Eşler aralarında kin tutmadan ayrılırlarsa Allah her ikisini de mes'ut eder.

NİSA 130.

Kur'ana göre boşanan karı mihir adıyla evlenme sırasında kararlaştırılmış, kararlaştırılmamış ise örfe, tarafların şan ve servetlerine göre hâkimin takdir edeceği bir tazminat alır.

MK. nun neşrinden evvel akdedilmiş evlenmelerde şart edilmiş mihrin edası lâzım gelip gelmediğinde içtihatlar kat'i değildir. Temyiz. tev-hidi içtihat kararı mihrin müktesep bir hak olarak lüzumunu kabul etti.

Umumiyetle karı boşanma ile kaybettiği vaziyet yüzünden zarure-te düşeceğinden, koca kabahatsiz olsa bile, ona peşinen boşanma halin-de tatmin edici bir tazminat taahhüt etmesi rasyonel görünür.

Boşanan karı evlenmeseydi işine devam eder, ihtiyarlık sigortası yapar, sıkıntı çekmezdi, o evlenmekle hariçteki meşguliyetini bırakmış, faaliyetini kocasının evlâtlarının işine hasretmiş, sanatını unutmuştur. Koca ise boşanma yüzünden nâdiren ciddi olarak haksız bir zarar gördüğünü iddia edebilir.

B. *Hediyelerin iadesi*: Birbiriyle devamlı münasebet kuran eşler arası kıymetli hediyeler münasebetlerinin devamı üzerine hesap edile-rek verildiği için ayrılma halinde iktisabı sebepsiz kalır.

Boşanma halinde kabahatli taraf tazminat olarak aldığı hediyeleri iade etmesine, veya bedelini ödemesine karar verilmeli, onun hediyeleri aldıktan sonra boşanma sebebi ihdas etmesi himaye edilmemelidir.

FM. düğün günü kanya takılmış aile yadigânı bir kıymetli gerdan-lığı evlenmenin devamı zımnî şartıyla hediye edilmiş veya âriyet verilmiş addederek boşanma halinde iadesine karar verdi. Onların evlilik hayatı üç ay devam etmişti.

Paris İs. de aynı sebeple kayın validenin düğünde gelinine tak-tığı kıymetli pırlanta taşlı pantantifin boşandıktan sonra iadesini kabul etti¹.

354 — *MK. da yoksulluk nafakası* : Geçen paragrafta Kur'anın kansını boşayan kocayı yoksulluk nafakasıyla mükellef tuttuğu anlatıldı. MK. a göre boşanma sebebinin hudusunda kabahatsiz olup bu sebeple büyük bir yoksulluğa düşecek eş diğerinden kudretiyle mütenasip ve bir sene müddetle nafaka alabilir. (Yoksulluk nafakası). (MK. 144). Bu kaide Kur'an hükmünün tatbiki sayılabilir. Onun meşruiyetini FM. şöyle izah etmektedir:

Evlenme eşler arasında boşanma ile zeval bulmayan bir münasebet doğurur, çocuklar, aralarında irtibat vazifesi görürler. Eşler bir yuva kurmak için aileleri ile münasebetlerini keserler, işlerini bırakırlar, boşanma ile evlenmeden evvelki vaziyetlerini alamazlar, onların boşanmadan sonraki vaziyetlerini tanzim zarureti vardır. Boşanma yüzünden sefalet maruz kalan eşe diğerinin bir zaman daha yardım etmesi ahlâkî bir icap-

1) Paris İstinâf 19 Şubat 1957 S. 1957 106.

tır. Yalnız, feci vaziyeti ile boşanma arasında illiyet rabıtası olmayan eşin tazminat hakkı olmaz.

FM. hâdisede kocası ile birleşmemiş akıl hastası karının boşanması hayatında bir değişiklik husule getirmediği, sefaleti boşanmadan değil, evlenmeden evvelki hastalığından ileri geldiği için yoksulluk nafaka iddiasını kabul etmedi¹.

355 — Tarafların boşanmadan önce boşanmanın fer'i neticelerinde anlaşmaları hâkimin tasdiki ile muteber olur. Hâkim şartlara göre anlaşmayı eşlerin bilhassa çocukların menfaatine uygun bulursa tasdik etmelidir, tarafların iç veya dış tazyik altında anlaştıklarına kanaat ederse tasdik etmez. Bir tarafın haklı olarak isteyebileceği boşanmayı kolaylıkla temin için mâli vaziyetine göre fahiş sayılabilecek ağır taahhüdü muteber tutulmamalıdır.

ALTINCI FASIL

KÜÇÜKLERİN VE AKLI ZAYIF OLANLARIN HİMAYESİ

I

HİMAYENİN LÜZUMU

356 — Amme otoritesi yaş küçüklüğü, akıl zaifliği, kötü ahlâk sebebiyle takayyüde muhtaç olanların, veya makul surette hareket edemeyenlerin şahıslarını ve mallarını muhafaza vazifesini üzerine almak gerekir.

Hayatın ilk devrelerinde insanın fizik kuvveti ve ihtiras ve hevesleri çok, hayat tecrübeleri ise yok gibidir. Küçük veya aklen zayıf olan geleceğe lâkayttır. Onun ahlâkî ve meslekî terbiyesini cezalarla, mükâfatlarla sevk etmek lâzımdır.

Küçüğü terbiye vazifesi, tabii olarak ana ve babasına, ölmüşlerse, bu vazifeyi en çok kolaylıkla yapabilecek durumda olan kişiye (vasi) düşer².

Kur'anda mürebbinin yetimin terbiyesini, bakımını, mallarını, menfaatlarının icaplarını düşünerek feragatla idare etmesi lüzumu, bu idareyi şahsına menfaat sağlamak için fırsat sayması günah olduğu beyan edilmiştir.

Size geçinmeniz için Allahın verdiği malları akli kıt, tab'an müsrif olanlara vermeyin, idareniz altındaki çocukları yedinin, içirin, giydirin, onlara güzel muamele edin.

1) 20 Mart 1941 JdT 1941 290.

2) Bentham Fasil III.

NİSA 5 Ve lâ tütüssüfehae emvalebükümületi cealallahü leküm kıyâmen verzukühüm fiha veksuhüm ve kulu lehüm kavlen marufa.

Onların bülûğ yaşına kadar malları idare kabiliyetlerini yavaş yavaş tecrübe edin, ehliyetlerine kani olursanız mallarını teslim edin. Reşit oldukları zaman elinizden alacakları korkusu ile mallarını israf etmeyin.

Fakir olan vasiler maruf miktarda onların mallarından faydalansın.

Yetimlere mallarını teslim ederken şahit hazır bulundurun. Yetim sizden mallarının hesabını sormasa da Allah sorar.

NİSA 6 Vebtelül yetama hatta izâ beleşunnikâha fe in anes-tüm minhüm rüşden fedfeu ileyhüm emvalebüm velâ te'külüha israfen ve bidaran en yekberu ve men kâne ğaniyyen felyestafif ve men kâne fakiran ferye'kül bilmarufi fe izâ defatüm ileyhüm emvalebüm feeşhidu aleyhim ve kefa billahi hasiba.

A. Vasi küçüğü bazı muameleleri ifaya mezun ederek onun idare kabiliyetini tecrübe etmelidir. Kur'ana göre bu tecrübe mecburidir.

MK. bakımından rüş yaşına gelmiş küçük karara, takdire hacet olmadan tasarrufa ehliyetini iktisap ederse de mallarını kendi kendine idare eedmiyeceği anlaşılırsa derhal hacrolunarak mallarını israf etmesine fırsat verilmez. Rüş yaşına gelen çocuğun hacir edilmedikçe kendiliğinden tasarruf ehliyeti olması asılsız iddialarla onun mallarından haksız istifadeye bir derece mâni olur.

B. MK. a göre (400), vasi vesayeti altındaki kimsenin malından ücret almağa hakkı vardır. Onun ücreti her yıl için "sarfettiği emeğe ve vsayeti altındaki kimsenin gelirine göre sulh mahkemesi tarafından takdir olunur" Vasi küçüğün geliri yoksa ücret isteyemez. Yeter ücret verilemeyen kişi haklı olarak vesayetten itizar edebilir. Hâkim yeter iradı olmıyan çocuğun menfaatleri gerektirirse, "malından" bir ücret verilmesini tensip edebilir. Kur'an umumî olarak ihtiyacı olmayan vasi küçüğün mal ve gelirinden bir ücret almasını kabul etmiyor.

Velâyetiniz altındaki yetim reşit oluncaya kadar menfaatleri bakımından lüzum hasıl olmadıkça malarına dokunmayın.

ENAM 152 Ve lâ taknabu malel yetimi illâ billeti hiye ahsenü hattâ yebluğa eşüddehü ve evfül keyle vel mizane bil kıstı lâ nükellifi nefsen illâ vüs'aha ve iza kultüm fa'dilu yelew kâne zekurba ve biahdil-lahi evfu zaliküm vassaküm bihi lealleküm tezekkerun.

II

VELAYET

357 — Küçüklerin bakımı, terbiyesi ana ve babalarının hak ve vazifesidir. Onların bu hak ve vazifelerine velayet hakkı denir. Modern hukukta çocukların terbiyesi ana babalarına ait bir vazife ve hak olması prensiptir. Çünkü sevgi terbiyede tesirli rol oynar. Kanunî sebepler olmadıkça ana ve babanın bu hakları selbedilemez (MK. 262).

Ana baba çocuklarının his ve tabiatlarına, iktidar ve istidatlarına en uygun terbiye vasıtalarını devlet memuruna nazaran daha selâhiyetle takdir edebilir. Velinin çocuğunu sevgisi selâhiyetini frenler. Yalnız velilerin selâhiyetini kullanma tarzı Devlet kontrolüne tâbi tutulabilir. Aile terbiyesi almış bir çocukla yetimhanede umumî olarak terbiye almış çocuk arası fark göze çarpar. Aileleri kaldırarak bütün çocukların yeknesak terbiyesini tecrübe eden milletler metodlarını değiştirmek zorunda kalmışlardır.

Çocukların kafası istendiği gibi işlenecek boş bir saha değildir. Umumi terbiye onların hususi temayülleri tabiatlarını gözetemez. Bu gün mekteplerde çocuk istidadı, hevesi olmayan şeyleri öğrenmeğe zorlanarak enerjisi israf olmaktadır. Hazır elbise kimine paçaları yerde sürünecek kadar büyük, kimine pantolonları dizde kalacak kadar dar olacak, kimseyi memnun etmiyecektir. Bunun gibi umuma verilen bilgiyi kimisi hazmetmiyecek, kimi de tatminkâr bumuyacaktır. Bir filozof 25 ressam aynı eşeğin resmini çizdirmiş, hiç biri ötekine benzememiş, sonra aynı ressam 25 ayrı eşeğin resmini çizdirmiş hepsi aynı çıkmıştır¹.

Çocuğun şahsına lâkayit, vazifesini tâlimat ile tahdit eden, mesuliyetten çekinen devlet memurunun vereceği terbiye ana ve baba terbiyesinin yerini tutamaz. Umumi terbiye çocuğun jeniyal fikirlerini inkişaf ettiremez, hâkimin tâyin edeceği vasi çocuğun şahsi menfaatleri ile fazla ilgilenmez. Mecelle bu sebeple, “*Velâyeti hassa velâyeti âmmeden akvadır*” demiştir (59).

Veli çocuğun menfaatlerini idare, işlerinde onu temsil eder, bu tasarrufunda hâkimin iznine muhtaç değildir. Yalnız menfaatleri çocuğun menfaatlerine zıt olması halinde kendininkini üst tutması ihtimali olduğundan, çocukları hâkimin tayin edeceği hususi bir kayyım temsil eder, kayyımın tasarrufu da hâkimin tasdiki ile tekemmül eder. (MK. 271).

1) Payot 244.

358 — Ana ve baba velâyet hakkını müstereken kullanırlar, fakat selâhiyetleri eşit değildir, anlaşmazlarsa babanın reyi üstündür (263).

Yalnız ana ve babasını kaybeden küçüğün menfaatleri ile Devletin meşgul olması gerekir.

Ana baba vazifelerini yapmazlar veya yapamıyacaklarından korkulursa sosyal otoritenin çocuğun menfaatlerini korumak için tetbir alması zarureti hasıl olur.

Ana baba vazifelerini yapmazlarsa hâkim onlara gerekli emirleri verir.

Onlar hâkimin emirlerini dinlemezler, veya verilecek emrin faydasızlığı peşinden anlaşılır, çocuğun tekâmülü de bu sebeple tehlikeye maruz görünürse velâyetleri ellerinden alınabilir (274).

Küçüğün şahıs ve malları üzerinde velinin selâhiyeti hudutsuz değildir. Babanın bir tedbirini menfaatine uygun bulmayan mümeyyiz çocuk hâkimin müdahalesini isteyebilir.

Ana baba çocuklarını kendi hallerine terkederler, mütecaviz hareketlerine, mektep saatlerinde sinemalarda, kahvehanelerde, kumarhanelerde gezmelerine mâni olamazlar veya ahlâki ve bedenî inkişaflarına mâni olurlar, sıhhatleri için tehlikeli işlerde çalıştırlırlarsa hâkim velâyetlerini ıskat etmeden evvel çocuğu korumak için başka çareler olup olmadığını araştırır (MK. 272).

Hâkimin çocuğun menfaatlerini koruma için tedbir alma selâhiyeti geniştir, çocuğu ana babasından alarak bir aile nezdine, yatılı mektebe yerleştirebilir (273).

Ana baba hâkim tarafından bir aileye veya müesseseye yerleştirilen çocukları üzerinde velâyet hakkını muhafaza ederler, fakat, üstün bir menfaat icap etmemişken hâkimin tedbirini neticesiz bırakan hareketlerde bulunurlarsa velâyetten ıskat edilebilirler .

Alınabilecek velâyetin icapları ile telif edilebilen tedbirlere küçüğün menfaatını korumak kabil olmaması halinde ana baba velâyetten ıskat olunurlar (MK. 274).

Ana ve babadan birinin velâyet hakkı ıskat edilmesi diğlerinin de hakkının ıskatını gerektirmez. Fakat, velâyeti nez edilen taraf eşinin nüfuzuna mukavemet edeceği şüpheli ise hüsnüniyeti olsa bile velâyetten ıskat zarureti hasıl olur¹.

Velâyet ana ve babadan biri ölürse müstakillen sağ kalana, boşanma halinde çocuğun tevdi edildiği tarafa ait olur (264). Fakat o tekrar evlenirse hâkimin vaziyeti gözden geçirilmesi gerekir.

1) FM. 3 Ara. 1942 JdT 1943, 354.

Hasren veli olan ana veya babanın yeni eşine karşı zayıf bulunarak selâhiyetini çocuğun zararına kullanmasında tehlike azımsanamaz. Ancak, üvey evlatlarını seven, onların menfaatlerini şahsî menfaatlerine üstün tutarak eşinin kendine bağlılığını arttıracaklar da bulunabileceği için kanun tekrar evlenen ana ve babayı kendiliğinden velâyetten ıskat etmemiş, hâkimi bütün şartları nazara alarak icap ediyorsa küçüğe bir vasi tayininde serbest bırakmıştır (275).

359 — Ana ve baba birlikte yaşıyorlarsa çocuklarının şahıs ve mallarını idarede birbirlerine kontrol etmeleri üzerine hesap olunabilir. Fakat, biri ölür de diğeri hasren veli olursa yeniden evlenmese bile selâhiyetini suistimal etmesi ihtimali fazla olduğundan kanun evliliğin zevalinden sonra hasren veli olan eşi çocuğun mallarının müfredat defterini, servetinden istifade tarzında ehemmiyetli değişimleri vesayet makamına bildirmekle mükellef tutmaktadır (MK. 279).

Çocuğun menfaatlerini tehlikede gören hâkim velâyeti nez etmeden vasiler üzerinde haiz olduğu mürakabe hakkını veli hakkında da tatbik edebilir (285). Hasren veli olan ananın şahsî serveti olmaması, idare olunacak küçüğün serveti miktaren ehemmiyetli, hususiyle, nakit, mücevher, kıymetli evrak gibi paraya çevrilmesi kolay şeyler olması tehlike işaretidir. Ödeme kabiliyeti olmayan velinin küçüğe ait bir gayrimenkûlü satıp ısraf etmesinden de korkulmalıdır. Ele geçirilmiş para ısraf edildikten sonra alınacak tedbir faydasız olur. Sulh hâkimi, dolayısıyla Devlet, icap etmiş iken veli vasiler hakkındaki hükümlere tâbi tutulmamasından doğan zarardan mes'ul edilebilir.

Hâkim vasiler hakkında mürakabe selâhiyetini kullanarak izni olmadan gayrimenkûllerinin satılmaması için tapu kütüğüne şerh verdirebilir, nakit sermayenin tayin edeceği yere yatırılmasını tensip edebilir.

Miras taksiminde çocuğun payı babasında bir alacak ise icabından ondan aynî teminat istenmek gerekir¹.

Hâkimin küçüğün mallarını korumak için alacağı tedbirler veliyi bu mallar üzerinde intifa hakkından mahrum etmeğe kadar gidemez², onu tayin ettiği muameleleri yapmasını veya yapmamasını emredebilir. Hâdisede sulh hâkiminin babayı çocuğun mallarını ipotek etmeden men eden kararını tapu muhafızına bildirilmesi haklı görülmüştür. İpotekle alınan paranın geliri, faiz ve amortismanı karşılamalıdır.

Yeniden evlendiği için velâyeti nez edilen ana veya baba vasi tayin edilebilir. Vasi hâkimin mürakabesine tâbi olduğundan çok kere ana

2) Vaud kanton Vesâyet Dairesi 15 Aralık 1959 JdT 1960 286.

ve babanın velâyeti vesayete çevrilmesi küçüğün menfaatını korumağa kâfi gelebilir. Hâkim artık vasi olan ana ve babaya icabında çocuğunu bir yatılı mektebe koymasını emredebilir, bazı hısımların kontrolünü temin için tedbir alabilir.

360 — *Velinin tedip hakkı*: Veli çocuğunu yetiştirmekle mükelleftir. O şirretliği sebebiyle emirlerine karşı gelen çocuğunu tedip edebilir, bir terbiye müessesesine yatırabilir. Onun yalnız tedip hakkını suiistimal etmesi cezayı müstelzimdir. b. No. 69.

Ana baba çocuk mallarını fazla gelir temini için tehlikeye maruz bırakırsa hâkim müdahale edebilir. Meselâ, nakdinin istikbali sağlam bir gayrimenkule, sağlam bir bankaya yatırılmasına karar verebilir. Fakat ana veya baba çocuk mallarını tehlikeye maruz bulundurmadıkça gelirini kullanma tarzının hesabını vermezler. (264).

361 — *Velinin çocuğu yerleştirilme, gelirinden intifa haklarının hududu vardır.*, FM. kararı: A. karısı öldükten sonra hasren çocuğuna veli oldu. Çocuk ilk tahsilini bitirdikten sonra istidadı yoklanarak heveslendiği sanatı öğrenme dileğini vesayet makamı kabul etti. Baba şahsî vaziyetini ileri sürerek çocuğunu daha fazla ücretle ağır bir işte çalıştırmak istiyordu. Vesayet makamı ona çocuğun heveslendiği işte çıraklığa verilmesini emretti, sonra ihtan faydasız kaldığı için babayı velâyetten ıskat etti. Baba bu karar aleyhine FM. ye başvurdu ve meşhur Egger'in fikirlerine istinaden çocukların terbiye ve tahsili ana babanın vaziyetine tetabuk etmek gerektiğini (Şerhi M. 273, No. 2, 275 No. 5) ileri sürdü. Federal Mahkeme Egger'in fikirlerini başka türlü anlayarak hâdisede tatbik edilemeyeceğini kabul etti. Bu mahkemeye göre babanın mütehassıs olmayan bir işçi olması, çocuğuna meslekî tahsil yaptırma, onun mümkün mertebe kuvvet ve kabiliyetini ve arzularını nazara alma (M. 265) mecburiyetini kaldırmaz.

Ana baba takatları yettiği kadar çocuklarını istidatlarını gözeterek yetiştirmekle mükelleftirler. Egger çocukların yetiştirilmesinde ferdî olduğu kadar sosyetenin de alâkalı olduğunu bilhassa tebarüz ettirmiştir.

Davalının ileri sürdüğü kendinden daha iyi vaziyette olanların bile çocuklarını fabrikada çalıştırmaları adli müdahaleye yer vermediği iddiası mazeret sayılmamıştır. Kararda sadece çocuğun istediği sanatta istidat ve hevesi olmaması hali mahfuz tutulmuştur. Nihayet, kimse kendini mazur göstermek için başkalarının kusurunu ileri süremez. Binaenaleyh, hâdisede 274 inci maddenin tatbiki haksız değildir. Vesayet makamı bazı tedbirlerle çocuğun menfaatını koruma mümkün oldukça

velâyeti ıskat edemez. Fakat hâdisede baba mükerrer ihtarlara kulak asmadığı için velâyet hakkı ıskat olunmuştur¹.

362 — *Velâyetin tevdi ve çocuklarla şahsî münasebetler* : Boşanma kararı ile beraber hâkim çocuklar üzerinde velâyeti ana babadan hangisi haiz olacağına karar verir.

Hâkim boşanma kararı ile çocuklar üzerinde velâyeti ana babadan bu işe ehil olana tevdi ederken diğerinin çocukla şahsî münasebetini nasıl idame ettireceğini de tâyin eder. Çocuğun menfaatleri bakımından büyük fark yoksa eşlerin menfaatleri esas alınır.

FM. bir kararında küçük yaşta çocuklar üzerinde ananın velayetini tercih etmektedir. Küçük çocukların bakım ihtiyacı bu tevdi zarurı kılar. Fakat küçük çocuk anaya tevdi edilmekle vahim bir tehlikeye maruz kalırsa babaya tevdi olunmalıdır.

Hâkim taraflardan biri istemese bile, velâyetin hangisine tevdi edileceğini diğer eşin çocuğunu ne zamanⁿ, nerede, nasıl göreceğini tesbit eder.

Hâkim yeni vaziyetlere göre kararını değiştirebilir. Hususiyle, ana tekrar evlenir, ahlâkî yaşayış tarzı değişir veya çocuğun babanın mesleki hayatına ortak edilmesi faydalı olursa, karar değiştirilebilir. Yalnız çocuğu velâyetin evvelce tevdi edildiği taraftan ayırma şok tesiri yapmamalıdır.

Hâkim, çocuğun, meselâ haftada bir gün artık veli olmayan eş yanında kalmasına, sayfiyede oturuyorsa bütün mektep tatilini yanında geçirmesine karar verir.

Veli olmayan eş şahsî münasebetleriyle çocuğun veli elinde vaziyetini kontrole imkân bulmalıdır. O selâhiyetini suistimal eder, hususiyle velinin otoritesini kırarak, çocuğu ona karşı isyana tahrik edecek tarzda hareket ederse hâkim kararını gözden geçirir, ziyaretlerini tahdit edebilir, büsbütün kesebilir.

363 — Hâkim eşlerin boşanmaları veya birinin ölümü halinde büyük baba, büyük ana, diğer hısımlar ile çocuklar arası münasebetleri de tanzim edebilir, bu münasebetler tanzim olunurken velinin otoritesini korumak, çocuğun menfaatini göz önünde bulundurmak gerekir. Çocuğun haftada bir gün sıra ile büyük baba, büyük ana, teyze, amca, halanın evinde kalmasına karar verilemez.

1) FM. 12 Temmuz 1960 JdT 1961 52.

1) FM. 10 Eylül 1959 JdT: 1960 509

Çocuk nihayet, haftada bir gün velinin nezaretinden bir derece uzak tutulabilir.

Mahkeme boşanma dâvası derdest iken ihtiyatî tedbirle (muvakkat karar) de çocuğun büyük baba veya ananın yanında kalmasına karar verebilir.

Fransız Temyiz mahkemesi mektep tatilinde bir kaç hafta çocukların sayfiyede oturan büyük babaları yanında kalmalarına ihtiyatî tedbirlerle karar vermiştir. Paris istinaf mahkemesi çocuklara uzun müddet bakmış teyzeleri yanında bir kaç gün kalmalarını kabul etti².

364 — Temyiz Tevhidi İçtihat kararında büyük ana ve babaların çocuklarını görmek istemeleri “vazgeçilmesi mümkün olmayan kan münasebeti icabından” olduğunu kabul etmekle beraber, çocuğun ana ve babasından alınabilmesi kanunun tayin ettiği hallere münhasır olduğunu ancak MK. 272. ci maddesi gereğince çocuğun nef'ine bir tedbir olarak böyle bir münasebet tesis edilebilirse de bir hak olarak iddia edemiyeceğini belirtti. Şu kadar ki, çocuklarla büyük ana ve babalar arası “münasebetin velâyet hakkını haiz olan ana ve baba tarafından haklı bir sebep olmaksızın kesilmesi, aile içinde huzursuzluk, “çocuğun muntazar maddî ve mânevî menfaatlerini ihlal edecek neticeler de doğuracağı, büyük ana ve babaları ile münasebetleri kesilen onlara karşı sevgi hisleri körleştirilen çocukların ahlâkî melekeleri matup şekilde inkişaf” edemiyeceği mütalâasıyla büyük ana ve babanın örf ve teamüle uygun şekilde torunları ile şahsî münasebet temin ederek vaziyetlerini kontrol veya iştihak hislerini tatmin için hâkimin müdahalesini talep edebileceklerini kabul etmiştir. Velinin bu müsaadeden imtinaı velâyet hakkını suiistimal görmüştür.

Bu Tevhidi İçtihat kararı Paris İstinaf Mahkemesinin görüşünü teyid eder¹.

Aynı prensip çocukları büyütmüş, üzerinde titreyen hala teyze amca gibi pek yakın hısımların aynı şartla da çocukla münasebet tesis edebilmesini iktiza eder.

III

VESAYET

365 — Vesayet, velâyetten farklı olarak tanzim edilmek gerekir. Küçük hakkında ana ve babanın sevgisi hâkimin nice hallerde müda-

2) 2 Kasım 1955 D-Ş 1956 188.

1) 18.II.1959 R. 16 Nisan 1960.

halesine lüzum bırakmaz. Ana baba olmayan vasilerde çocuğa feda-kârlık hissi tabîi değildir, mes'uliyet korkusu, onları ihtiyatı aşırı derece ileri götürmeye sevkeder. Onları hâkimin daha yakından mürakabesine tâbi tutmak zarureti vardır.

Kısıtlıya candan ilgi gösterecek kişiyi nasıl bulmalı?

Küçüğün yakın hısımları dahi bu garantiyi veremezler. Vasi şahsı meınfaatini üstün tutarak küçüğe olan vazifesini ihmal veya suiistimal etmemesi için hâkimin devamlı mürakabesinde tutulmak gerekir.

366 — *Hacir*: Ana ve babası olmayan, veya velâyet hakları ıskat olunan küçüğü, akli zayıf olup mallarını idareden acizi sebebiyle şahsını tehlikeye düşürmesinden, kendini ve ailesini geçim zorluğuna maruz bırakmasından, ısrafından korkulan veya parası kuvvetiyle gençleri ifsad eden, etrafını rahatsız eden kişiye hacir olunarak muamelelerinde temsil için vasi tayin olunur. (b. No. 52 93a).

Hacir karar ilân olunur. Mahcurun tasarruf selâhiyeti bu ilân ile tahdit edilmiş olur (360). Ancak hacir kararı ilân edilmese bile, bilenlere karşı hüküm ifade eder.

Hacirine karar verilmemiş olsa bile, temyiz kudreti olmayan, (b. No. 210), kimsenin muamelesi hükümsüzdür.

Küçüğe ana babasının, akli eriyorsa, bizzat kendinin gösterdiği kimse vasi seçilir. Ancak, kanunî, veya hususî sebepler veya vasinin itirazı bu tayine mâni olabilir (365).

Hâkim küçüğe en düşkün, onu en iyi idare edebilecek kimseyi, ana ve baba, veya bizzat kısıtlı kadar doğru takdir edemez. Ana baba, bizzat kısıtlı göstermemiş ise hâkim küçüğün en yakını^{nı} tercihan vasi tayin eder. Kısıtlıya yakınlık hısmılık derecesi ile değil, alâka ve sevgi kuvveti ile tayin olunmalıdır. Küçüğü büyütmüş, sevmiş, himaye ve terbiyeye iştiraki olan ve ahlâk ve bilgi garantisi arzedenden biri dururken diğeri vasi tayin olunamaz.

Kısıtlı ile menfaati zıt olan, iyi ahlâk garantisi olamayan vasi tayin olunamaz (368).

267 — *Vasinin vazifesi*. Vasi vazifelerine başlarken hâkimin huzuru ile kasının mallarının bir defterini tanzim eder (MK. 382). Kıymetli eşya, senetler, vesikalar hâkimin tensip ettiği yerde muhafaza altına alınır (383).

Vasinin mes'uliyeti genişlememek için kısıtlının kullanamayacağı

menkul malları satılır (394), derhal sarfedilmeyecek nakdi bir ay içinde faize yatırılır (385), çürük işlere yatırılmış teminatsız alacakları sağlam alacaklara çevrilir, fakat kasının gayrimenkûlleri ancak zaruri sebeplerle satılabilir.

Kısıtlının (kasır) temsili: Kısıtlıyı muamelelerinde vasisi temsil eder (MK. 391). Fakat, vasi onun mallarını bağışlayamaz, namına kefalet edemez (392). Kısıtlı aklı eriyorsa mühimce işlerde reyi alınması mecburidir (393).

Vasinin günlük muamele hududunu aşan mühim tasarrufları sulh hâkiminin, daha mühimleri ayrıca asliye mahkemesinin inzımam edecek izni ile muteber olur (405, 406).

MK. vasinin kasının zaruri ihtiyaçlarını karşılamıyan, fuzuli, yanlış hesaba dayanan tasarruflarını önlemek için menkul mallarının satılması sulh hâkiminin, gayrimenkûllerin satılmasının da sulh hâkiminden başka asliye hâkiminin iznine tâbi tutmuştur.

368 — *Hâkimin müdahalesinde usul.* Vasi tayini, vesayetin idaresi için hâkimin müdahalesi kazaî mahiyette bir tasarruf olmadığından nizasız işlerde kazaya dair usul ile karara bağlanır. Hâkim taleble bağlı olmadan, bir ilgilinin veya polisin ikazı üzerine vesayeti müstelzim hali bulunan kişiye vasi tayin eder.

Hâkim küçüğün menfaatlerini iyi idare, şahsına itina edecek kimseleri araştırmak için lüzum gördüğü tahkikatı emreder (HUK. 507).

Hâkimin müsbet veya menfi kararlarından temyiz kudreti olan kasır veya onun mallarının iyi idare edilmesinde maddi veya mânevi menfaati olan veya şahsı korunmasında ciddi alâka duyan herkes asliye mahkemesine şikâyet edebilir (404).

Vasinin ve hâkimin mes'uliyeti. Vasi vazifesi sırasında tedbirli hareket etmesinin neticesi olan zarardan mesul olduğu gibi, ona nezarette kusuru olan sulh hâkimi dahi bu yüzden hasıl olan zarardan mes'uldür (409).

Sulh hâkiminin vasiye nezareti ihmal etmesi, garantisi olmayan birini vasi tayin veya vazifesinde ipka etmesi mes'uliyetine kâfi bir kusurdur. Fakat, asliye hâkiminin sui hali olan birini vasi tayin etmesi sebebiyle gelen zarardan mes'uliyet asliye hâkimine ait olur.

Vasi ve hâkim mes'uliyetten kurtulmak için çocuğun malları zayi olmasında şahsi kusurları olmadığını isbata mecburdur. (411).

Hâkimin ödeyemediği zararlardan Devlet mes'ul olur (410).

ONDÖRDÜNCÜ BAP

İSBAT HÜKÜMLERİ

BİRİNCİ FASIL

LOJİK VE ADLİ İSBAT

369 — İsbat bir iddianın doğruluğuna muhatabı inandırarak kabule zorlamaktır.

Bir iddiaya inanabilmek için mevzuu vakıanın başka türlü olmaması ihtimali olmamalıdır. Lojik bakımdan, bir vakıanın gerçekliğini tahkik eden, her çeşit kanaat unsurunu bir kayıt altında olmadanⁿ inceler, içinde şüphe kaldıkça muvakkat hüküm verir.

Lojik bakımdan isbat kaideleri adalet huzurunda isbatlarda tamamı tamamına tatbik edilemez.

Hâkim müstesna haller dışında (meselâ, BK. 44), nizamı muvakkaten halledemez, dâvayı tahkik için muayyen bir zaman geçince kanaatı tahassul etmese de kesin kararlar iddiayı neticelendirmeğe mecburdur. Fertler arası nizaları, bir daha ele alınmamak üzere neticelendirilmede, muamelelerde güveni sağlamak için bazı karineler kabulünde, isbat vasıtalarını tahdidde zaruret vardır.

Resmi sicil ve senetler doğru olmadıkları isbat edilemezse hâkimin takdirine tâbi olmadan iddiayı isbata yeter sayılmıştır (MK. 7).

Hâkimlerin bilgisizlik veya suistimal ile hatalı hüküm vermemelerini sağlamak için de bazı lojik prensipleri formüle etmek lâzımdır.

Vakıaları isbat için taraflardan her birine diğerindenⁿ, veya üçüncü şahıslardan bazı şeyler istemek selâhiyeti de tanımak gerekir. Yoksa, çok kere hakikatı açıklayacak vasıtalar bulunamaz. Meselâ, tarafa, hasmından elinde bulunan bir vesikayı göstermesini, iddia konusu hâdisede izahat vermesini isteme selâhiyeti verilmiştir.

İKİNCİ FASIL

İSBAT KÜLFETİ

370 — Hukuk nizamına tesirli bir vakıa veya ihmali hangi tarafın isbat ile mükellef olduğunu tayinⁿ çok önemlidir. İsbat ile mükellef olan

iddiasını isbat edemezse hasmının bu noktaya müteallik iddiası doğru kabul edilerek hüküm verilir.

Kanunda aksine sarahat yoksa, taraflardan her biri kendi iddiasını isbat ile mükelleftir (MK. 6).

Dâvacı iddiasını isbata mecbur olduğu gibi dâvalı da sabit olan bir durumun değiştiğini iddia ederse isbat ile mükellef olur.

Taraf hakkının varlığı için lüzumlu bütün şartları isbat etmek gerekir. Meselâ, hatasınr iddiası ile akdin feshini isteyen taraf hatası esaslı olduğunu da isbata mecburdur.

Tarafın iddiasına esas olan müsbet veya menfi bütün olayları isbat etmesi kolay olmaz. İsbat mükellefiyetine bir hudud kabul edilerek, tarafın iddiasını büyük ihtimal içinde göstermesi yeter sayılmak lâzımdır. Adli isbatın gayesi dâvaya esas vakıaları bedihi değil, kuvvetli ihtimal içinde göstermektedir.

İddia konusu menfi bir fiil de isbata muhtaçtır. Menfi bir fiil, bazan doğrudan doğruya, bazan da vukuunu istilzam eden, hisse düşen müsbet bir fiil isbat olunarak isbat olunabilir. Meselâ, bir kimse bir fiili işlemediği iddiasını o fiil işlendiği zaman başka yerde bulunduğunu isbat ile isbat edilebilir. Muayyen bir yerde ve zamanda bir fiilin vaki olmadığı o yerde o zaman bulunanların şهادeti ile doğrudan doğruya da isbat edilebilir.

İsbatı mümkün olmayan, müsbet olsun, menfi olsun, teşhis ettirilmemiş müphem iddialardır.

İtirazlara hedef olmadan alenen idame ettirilen vaziyetler hak kaidelerine uygun farzedilir, aksini iddia edeni isbat ile mükellef olur. Çünkü işlerin iç yüzü çoğu halde göründükleri gibidir. Her şeyden şüphe ile kararsızlık içinde bir hâkim sosyal ihtiyaçları cevaplandırılmaz. Tecrübelerle edindiğimiz kanatle ahvalin mutad yürüyüşünde (normal) vaziyetlerin isbata muhtaç sayılması umumi emniyetsizlik havası estirir. Binaenaleyh, ikrar edilmiş veya isbat edilmiş bir vakıa ile iddia edilen vakıa arasında normal münasebetler varsa aksini iddia eden isbata mecbur kalır. İsbat edilmedi diye normal münasebetleri tecahül etmek, hakikate kulak tıkamak, göz yummak olur.

“Şek ile yakın zail olmaz” (Mec. 4).

Kanunlar umumiyetle, normal veya itiyatlar içinde olmayan bir mü-

nasebeti iddia eden, yahut iddiasının delillerini toplaması hasmına nazaran daha çok kolay olan tarafı isbat ile mükellef tutmuştur¹.

Hâkim isbat vasıtalarını takdir selâhiyeti (HUK. 240) ile bir tarafın tabii nizama uygun görünen ve makul düşünen bir kimseyi inandırabilen sözlerini diğerinin teselsül etmeyen, itiyatlara, vakıaların tabii yürüyüşüne uymayan sözleri karşısında delil sayabilir. Samimi bir sözün kendiliğinden ikna kudreti vardır. Tarafın sözü ile dâva konusu maddî veya mânevi menfaate az çok ortak bir şahidin sözü arasında ikna bakımından fark azdır.

Ahvalin mutad yürüyüşünden hak istidlâl olunamazsa, meselâ ahvali meçhul iki kimse aynı şeyi iddia etmekte olup ikisinin de hakka kaine olabilecek zilyetliği yoksa, hâkim dâvayı reddeder veya şartlara göre kisinin de iddiasını kabul ile hali nizalı şeyi aralarında müşterek sayar.

371 — Mecelle isbat külfeti hangi tarafa ait olduğunu tabii halleri ve normal münasebetleri nazara alarak tyin etmektedir. Bu kaideler modern hâkim için ilham kaynağıdır.

FM. nin son içtihatları bu kaidelere uygundur¹.

a) “*Beyyine müddei için ve yemin münkir (inkâr eden) üzerindedir*”. (76).

“*Beyyine hilâfı zahiri (görünenin tersi) isbat için ve yemin aslı ibka içindir*” (Mec. 77).

Görünen hal veya asıl, ne olduğu açıklanmaya muhtaçtır.

Mecelleye göre şu haller asıldır:

b) “*Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır*” (Mec. 5).

Bütün dünya tabii bir tekâmül halindedir. 10 yaşında bir çocuğun zekâsı 20 yıl sonra tabii olarak olgunlaşacaktır. Mecelle bu maddesi ile her şeyin tabii tekâmülünü asıl addeder. Bir şeyin tekâmül seyrinden muayyen bir zamanda hali istidlâl olunabilir. Bir kimsenin ölüm günü sabit olmadıkça, umumiyetle insanların yaşamadıkları bir zamanda (İslâm hukukuna göre 90, MK. a göre 100 yıl) da öldükleri kabul edilir.

c) “*Sıfatı ârızada asıl olan ademdir*” (Mec. 9).

Anzî olan yani ahvalin mutad yürüyüşünde olmayan bir hâdise isbat olunmadıkça, yok sayılır, bu kaide evvelki kaideyi tamamlar.

1) FM. 5. Kasım. 1958 JdT 1959 333. Medenî şerhimiz, M. 6 No. 7, Hukuk kurumunda konferansımız, Adliye Ceridesi 1937, Mahkeme içtihatları kitabım 1933, s. 12.

d) “*Berâati zîmmet asıldır*” (Mec. 8).

İnsanlar biribrine borçlu doğmadıkları, borçlu olmaları arzî ve istisnai olduğu için Mecelle borçsuz vaziyeti asıl addetmiştir.

e) “*Bir emri hâdisin akrebi evkatına izafesi asıldır*”

Seyri tabii olmayan bir vakıa, aksi isbat olunmadıkça iddiaya en yakın zamanda vâki olmuş sayılır (11).

HUK. (299) bu esasa uygun olarak, bir seneti, metninde yazılı tarihten sonra tanzim edildiği iddiası karşısında, tarihi kanunun tayin ettiği şekillerden biriyle tesbit edilmemiş ise imza edenlerden birinin ölümü gününde tanzim edilmiş saymaktadır. Çünkü, onu ölenin imza etmesi ihtimali bulunmaz.

f) İsbat edilen bir durumun değiştiğini iddia eden iddiasını isbata mecbur olur.

“*Bir zamanda sabit olan şeyin hilafına delil olmadıkça bekası ile hükmolunur*” (Mec. 10).

372 — Kur’ana ve Medenî Kanuna göre hüsnüniyet asıldır. b. no. 66.

373 — *Maruf ve meşhur vakıalar*: Maruf ve meşhur bir vakıaya istinad eden iddiasını isbatla mükellef tutulmamıştır (HUK. 238).

Maruf olan vakıa, hâkimin muhakeme dışında şahsen öğrendiği şey değildir, hâkim yalnız önünde usulen münakaşa edilen vasıtalardan edindiği kanaatla hükmedebilir, hususi adam sıfatıyla edindiği bilgi ile hükmedemez.

Nasıl yayıldığı bilinmiyerek kanaat edilen olayların sabit kabul edilmesi tehlikeli bir delildir. Bir kimse ortaya attığı bir yalana herkes inandıktan sonra kendi de inanabilir.

Bununla beraber, halk arasında yayılmış bir vaziyeti aksi anlaşılınca kadar doğru kabul etmekte zaruret vardır. Halk kanaatında, ampirik de olsa gerçek kokusu bulunur.

İlgili bir muhitte, yayınlandığı zaman kimsenin itiraz etmediği olayların gerçek olması ihtimali fazladır, fakat bir muhitte ilgililerin pek azının bildiği şeyler sabit sayılamaz. Kimsenin inanmadığı, ciddi itiraza uğrayan, aklın kabul edemiyeceği yayılmış vakıalar da maruf sayılmaz.

Yayılma sirküler, gazete, radyo, ağızdan ağıza nakil ile olabilir. Kitaplarda yazılı coğrafi, tarihi vakıalar yayılmıştır.

Alâkalıların kaynaklarını araştırmadan hakikat kabul ettikleri şey de maruftur. Şahısların hüviyeti gibi.

Bir hakkı isbat için işaa edildiğinden şüphe edilen vakıalar maruf sayılamaz. Hâkim marufiyet şahitlerinin şahsiyetini, taraflara münasebetini vakıaları öğrenmelerinin tabiilik derecesini göz önünde tutmak gerekir.

Halkın değil de mütehassısların tecrübe ve istidlâl ile kanaat edindikleri münasebetler maruf değildir. Bu münasebetleri hâkim muayyen bir usul ile dinlediği mütehassısların mütalâasıyla aydınlandıktan sonra edineceği kanaatla kabul edebilir.

Yalnız bir muhiti ilgilendiren hâdiselerin o mühite yayılmış olması, meselâ, basını ilgilendiren bir olayın basın mensupları arasında şuyuu marufiyeti çin yeter. Bir hâdisenin muhitte ilgililesin büyük çoğunluğu tarafından bilinmesi lâzım ve kâfidir.

“İtibar galibi şayia olup nâdire değildir” (Mec. 42).

374 — İslâm hukukunda 25 kadar şahidin biliyoruz gibi müphem beyanları “tevatür” sayılarak tarafa aksini isbat imkânı verilmemesi bu kelimeye verilen yanlış mâna ile izah olunur. Tevatür ahvalin yürüyüşünde bir vakıanın hakikat olduğuna aklın aksi ihtimalleri bertaraf ederek inanmasıdır. Hükmü verecek hâkim rivayete zamanında muhiti inanmış olduğundan şüphe etmemelidir. Bir hâkimin maruf saydığı hâdise diğer bir dâvaya konu olursa hakikat olup olmadığı yeniden münakaşa götürür.

375 — Gerçek olmayan olayların ilgililer arası gerçek sayılması, veya bir olayın yeter derece yayılmadığı halde öyle sanılması ihtimali çok olduğundan, kanun taraflara bir olayın maruf veya hakikat olmadığını isbat selâhiyeti vermiştir. İddia konusu hâdiseyi vaziyetleri ve mevkileri itibariyle bilmesi gerekenlerin bilmemeleri marufiyet iddiasının kabulüne mani olur.

Ü Ç Ü N C Ü F A S I L DELİL VASITALARI

377 — Hakikatler tarafların psikolojik durumlarından, vakıaları izah tarzından, manalı sükuat ve tevillerinden anlaşılabilir. İnsan bir işi, itiyatlar içinde değilse, maddi veya mânevi menfaatini gözeterek yapar. Maksadını saklaması iddiasının doğru olmadığına karinedir.

Kur'an Yusuf suresinde psikolojik durumların delâletine misâl vermektedir. Yusuf'u kuyudan çıkaranlar Mısır vezirine satmışlardı. Vezir-

rin karısı Yusuf'u kendisi ile münasebete zorladı. Yusuf teklifi reddederek kaçmak istedi. Karı onu arkasından çekerek gömleğini yırttı ve birden rastladığı kocasına Yusuf'u kendine tecavüz teşebbüsüyle suçlandırdı. Vezirin istişare ettiği karısının bir yakını gömlek arkadan yırtılmışsa Yusuf haklıdır (Yusuf'un kaçtığına karine), önden yırtılmış ise karı haklıdır. (Yusuf ile boğuşma karinesi) dedi. Gömlek muayene olundu, Yusuf haklı çıktı.

YUSUF 22 ve t.

Fakat ahvalin mutad yürüyüşünden mutahassıl delile dayanmıyan peşin kararlardan kaçınmalıdır.

HUCURAT 12 b. No. 66.

Bu âyete göre umumi huzur için kişi gizlediği, kimseye duyurmadığı bir suçu işlediği varit görülerek cezalandırılamaz. Gizli işlenmiş kimseyi rahatsız etmeyen suçların alenileştirilmesi, sosyal hayatı çekilmez hale kor.

Bu âyet hüsnü zan ve niyetin asıl sayılmasını, meydanda objektif bir deli olmadıkça aksi ihtimalin kabul edilmemesini gerektirir.

378 — Hakikati açıkladığı tecrübelerle anlaşılmış bazı karineler vardır. Bu karineler tecahül edilmemek gerekir.

“*Senede müstenit ihtimal ile hüccet yoktur*” (Mec. 73).

Maddenin metninde irad edilen misâlden anlaşıldığına göre, bir hâdiseye delâleti çok kuvvetli olan bir vasıta da güveni azaltan özel sebepler varsa kıymetini kaybeder. Kuvvetli bir delili sarsan sebepler nazara alınabilmek için delâletleri ihtimal derecesini aşmalı, senede müstenit, yani, umumî tecrübe ile edinilmiş kanaatlara göre kat'î olmalıdır. Diğer bir deyimle, ahvalin mutad yürüyüşünde kuvvetli bir ihtimal ona zıt kuvvetli diğer bir ihtimal ile ortadan kalkar. Meselâ, gene Mecelleye göre:

“*Hatası zahir olan zanna itibar olunmaz*” (Mec. 72).

Ezcümle, ikrar haddizatında kuvvetli bir delil olduğu halde zannında hata ederek ikrar eden yanlış olduğunu anlarsa ikrarını geri alabilir (HUK 236). Hasımının hatasından haksız istifade sağlamak isteyen dâvacı himaye edilemez.

Hatanın anlaşılması, kuvvetli bir delilin dahi hakikati ifade etmemesini gerektiren senede müstenid ihtimaldir. Hâkimelr şekli gerçeklerle bağlı olmadan dâvada idare edilen bütün isbat vasıtalarının derinliklerine nüfuz ederek edinecekleri kanaatla hüküm vermelidir.

Aynı ayrı sorguya çekilen iki şahidin bizzat gördükleri vakıanın teferruatında ittifak etmeleri lojik bakımdan kat'i bir delildir: Fakat, onların şehadet ettikleri hususta az çok maddi veya mânevi menfaatleri olduğuna, yahut birbirleriyle anlaştıklarına karine varsa veyahut, meselâ, asker, talebe gibi bir disipline tâbi olup tesir altında beyanda bulunduklarını hissolunmakta ise senede müstenit ihtimal tahakkuk ederek şehadet kıymetini kaybeder.

Umumî tecrübelerle insanların hakikati beyan etmelerine ciddi mâniler, senede istinad eden ihtimaldir.

HUK. şahitlerin beyanlarına güveni kaldırabilen her hangi bir sebebi isbat için taraflara yetki vermesi izah olunan prensibin icaplarıdır (254).

“Adeten mümtenî olan şey hakikatte mümtenî gibidir” (Mec. 38).

İnsanların psikolojik sebeplerle yapmayacakları bir şey imkânsız kabul olunmalıdır. Bir kimsenin ahlâki duygu ve telâkkisine göre yapamayacağı bir şeyi yaptığı iddiası zorlukla kabul olunur. Tarafların şahsiyetine, şartlara uymayan bir şehadeti kabul için çok ihtiyat gerekir.

Ekonomik adam gibi, sosyal adam da kendinin veya başkalarının menfaatine, dindar ise Allahın emrine veya şahsî âdetlerine uygun hareket eder, temayüllerine aykırı bir şey yapmaz.

İnsanın içinden veya muhitinden gelen tesirlere mukavemeti kolay değildir. Bir kimsenin âdetlere, telâkkilere kıymet vermemesi şüphesiz mümkündür. Fakat bu inhirafı için bir sebep bulunması gerekir. Adeten imkânsız görülen bir şey de fevkalâde şartlarla psikolojik sebep ve âmil-lerle imkân içine girebilir.

Ahlâkî ilimler insan iradesine hâkim sebepleri bulunduğuna dayanır. İnsan iradesine hâkim tabîî kanunlar olmasaydı, tahminler imkânsız olarak ekonomi ve hukuk ilimleri doğmıyacaktı.

Misâl: Akli başında bir kişi ciddi bir lüzum yokken işlediği suçu adliyeye haber vermesi ihtimali olan biri yanında ikrar etmesi menfaatlerine aykırı olarak, âdeten mümtenîdir, aleyhine delil olmaz. Fakat, fail, pişman olarak, veya teselli bulmak, ruhî ıstıraptan kurtulmak (ferahlama menfaati) için samimî bir dostuna ikrar etmiş, dostu da sonraki bir sebeple ona düşman vaziyetine geçerek ikrara şehadet etmiş ise bu ikrarın doğruyu ifade etmesi ihtimali bulunur.

Bir hareketi bir kişiye izaf edebilmek için kişinin bu işte maksatları araştırılmalı, sebepsiz maddî veya mânevî menfaatine aykırı bir iş yapmanın şuur vaziyeti tahlil olunmalıdır.

Mecelle âdeten mümkün olmıyan şeyi hakikaten mümteni değil, mümteni gibi addetmiştir. Özel bir maksatla fert itiyatlarda olmayan bir iş yapılabilir.

İnsanların gerçek menfaatlerini takdir etmelerine başlıca mâni kıskançlık, düşmanlık, para hırsı, aşk, dini, milli taassup, politik hırslar, tabiatında olan kötü hislerdir.

Şehvet hırsı insanın muhakemesini alt üst etmeğe kâfidir.

Şehvet, iktidarı ele geçirme başkanlık hırsı ile faaliyette bulunanlar nefislerine zulüm ettiler.

İleri derecede bu çeşit hırslar anormal hareektleri izah edebilir.

“Umuru batına olan bir şeyin (his, kanaat, iç karar) delili ol şey makamına kaım olur” (Mecelle 68).

Umumiyetle bir hissi ifade etmekte olan olaylar o hissin delilidir.

M.K. un kendisinden beklenen dikkati sarfetmemiş olan kimsenin hüsnüniyeti, yani hareketi hukuk nizamına aykırı olduğunu bilmediği iddiasını makbul tutmaması (3) bu esas ile izah olunur. Dikkatle, düşünmekle, bazı soruşturmalarla haksız bir durumu anlayabilecek kişinin ihmali ile işlediği haksızlık çoğu halde bilerek, hissederek işlemiş olduğunu tazammun eder.

O haksızlığını anlamamış olsa bile ihmalinden mes’ul olması hakkaniyete uygundur. M.K. kendinden beklenen dikkati sarfetmeyen kimseye hüsnüniyetini isbat yetkisi vermemiştir. Mecelle de bir iç hisse delâlet eden hâdiseyi o his makamına ikâme ettiği için fail, maksadı objektif durumun tazammun ettiğinden başka olduğunu isbat edemez.

379 — Mecelle ikrarı kişinin menfaatleri aleyhine yalan söylemesi ihtimalinin azlığı itibariyle kat’i bir delil kabul etmektedir.

“Kişi ikrarı ile muaheze olunur” (Mec. 79).

Modern hukuk ikrarı delillerin şahı olduğu için değil, tarafın kendi menfaatlerinde tasarruf serbestisi olduğu için kat’i delil kabul eder. (HUK. 236).

380 — Hâkimler kuvvetli delil ve ihtimaller üzerinde durmak gerekirse de evhama kapılmamak, kararsızlık içinde kalmamak, varlıklarından bile şüphe edecek septik olmamak gerekir.

“Tevehhüme itibar yoktur” (74). “Şek ile yakın zail olmaz” (4).

Sadece içten gelen bir şüphe ile kuvvetli delillerden mutahassıl kanaatlar sarsılmamalıdır. Hâkim gerçeği yakinen görünmese bile, taraflar

arası nizam mevcut delilleri göz önünde tutarak çözmesinde sosyal zaruret vardır.

“*Burhen ile sabit olan şey ayanen sabit gibidir*” (Mec. 75).

Üzerinde aklen muhakeme yürütmeğe ihtiyaç göstermeden şahsi duygularla edinilen kanaat (*ayan, bedahet*) isbata muhtaç değildir.

381 — Mutenakız deliller ve kaziyei muhkeme:

“*Tenakuz ile hüccet kalmaz. Lâkin mütenakızın aleyhine olan hükme hâlel gelmez*” (Mec. 80).

Aynı kuvvette iki zıt delil birbirini ifna eder. Aynı itimadı telkin eden şahitlerden biri bir kimsenin muayyen bir zamanda bir yerde bulunduğunu, diğeri bulunmadığını beyan ederse iddia sabit olmaz. Fakat, meselâ şahitlerden birinin beyanı, ahvalin tabii yürüyüşüne uygun, diğerinki aykırı görünmesi veya onu hataya düşüren sebepler anlaşılması gibi özel haller varsa biri diğerine tercih olunur.

Bir delile müsteniden verilen hüküm sonradan zıt bir delili meydana çıkmakla bozulamaz. Hükümlerin mütemadiyen değişmesi vaziyetlerde istikrara mâni olur. Sonraki hükmün evvelkinden daha doğru olduğu da muhakkak olamaz.

HUK. yalnız hükmün istinad ettiği şahadetin veya yeminin yalan, senedin sahte olması, dâvayı kazanmak için hileye kaçıldığı anlaşılması halinde iadei muhakeme ile hükmün tashihine müsaade etmiştir (445). Sosyal vaziyetlerde istikrar lüzumu açık olmakla beraber, hilekârlığa, pek bariz adaletsizliğe göz yumulması da kabul edilemez.

“*Beyyine hücreti müteaddiye ve ikrar hücceti kâıradır*” (Mec. 78).

Beyyine ile bir durum objektif olarak tesbit edilebilmişse, dâvaya dahil olarak durumu münakaşa etmiş veya edebilmiş olanlar tabii olarak bu tesbitin neticesine maruz bulunur. Bilâkis ikrar, inandırma şartına bağlı olmaksızın bir olayın sabit farzedilmesi olduğu için yalnız ikrar eden aleyhine netice hasıl eder. Beyyine umumî mânada nizalı hâdisenin vukuuna hâkimi inandıran bir vasıtaadır, hususî olarak şehadeti ifade eder.

382 — *Şahadet ve takdiri*. HUK. tarafa şahitle isbat edilebilen bir dâvada istediği kadar şahit getirme selâhiyeti vermez. Şâhit hâkimin kararı ile dinlenir. Şahidi rahatsız ederek şehadete zorlamak için üstün bir sebep bulunmalıdır.

Hâkim bir şahidin beyanı ne derece doğru olduğunu anlamak için şahsiyetini nazara almalı, sözlerini mutlaka ne yalan ne de doğru kabul etmeli, her şeyi dinlemeli, fakat her şeyden şüphe etmesini bilmelidir.

Şâhit, şahidi olduğu vakıayı zihnen tesbitte, sonra nakil sırasında bitaraf olmadıkça sözlerine itimat olunamaz. Şahit bir fikre esir olmaktan hakikati dosdoğru ve tam öğrenmiş olmalıdır.

Şâhit bir hâdiseyi tam görebilmek için o hâdisi alâkasını çekmiş olmak lâzımdır. Şahit vezifeten veya hususi dâvet üzerine bir tesbiti yapmış veya olay mahiyeti itibariyle onun meşguliyet sahasına girmiş olmadıkça hâdisede alâkalı farzolunamaz. Bir işi alâka duymadan kulak verip anlayanlar teferruatını ihata edemezler.

Şâhidin taraflarla sıkı münasebeti, bir doktrine veya mezhebe bağlılığı vakıayı doğru ve tam anlamasına mâni olabilir.

Size her bakımdan itimat telkin etmiyenlerin ulaştırmadıkları kötü haberleri tahkik ediniz. Yoksa bilmiyerek fenalık eder, sonra peşiman olursunuz.

HUCURAT 6 Yâ eyyühellezine âmenû incâeküm fâsikûn binebein fetebeyyenû entidubu kaumen bicehaletin fetusbîhu alâ mafealtüm nâdimin.

Binaenaleyh, hâkim şahidin sözünü her bakımdan incelemeyen doğru kabul etmemek, eldeki vasıta ve imkânlarla tahkik etmek gerekir.

Şahidin doğrulukla tanınmış olması, bir beyanı yanlış anlamadığının, bazı politik sebeplerle, taassubla tahrif etmemiş olduğunun zamanı değildir. Şehadet leh veya aleyhinde şehadet edilen kişinin karakteri, hareketleri, bahis mevzuu hâdisede toplanmış delillerle ahenkli olmalıdır.

Şahidin doğru söylememesinin başlıca sebepleri:

a) Şahit tabîi veya sübjektif sebeplerle şahidi olduğu hâdiseyi zaten yanlış anladı veya bazı esaslı noktalarını zihnen tesbit etmediği veya zaman ile unuttuğu, farkında olmadan vakıalar zihninde mahiyetini değiştirmiş olduğu için hakikati ifade etmiyebilir.

Şahidin hafızasına aldığı şey ekilmiş tohuma benzer. Tohum nasıldır atıldığı zemine, şartlara, işlenmesine göre şekil değiştirir, büyürse, şahidin hafızasına aldığı şey de zamanla şeklini, mahiyetini değiştirebilir. Ezberlediği şiirin bir noktasını unutan duraklar, halbuki şahit hâdiseleri bağlama psikolojik ihtiyacı ile dikkatinden kaçan veya unuttuğu noktaları zihnen tamamlar.

b) Şahit kendini sorguya çekenleri memnun etmek için vakıalara renk verebilir.

Şahit, sorgunun telkini ile şaşırabilir.

c) Şahit korku veya kendine vaad veya temin olunan menfaat sebebiyle kasden de yalan söyler.

Şahidin beyanı tartılmakla ne derece doğru olduğu anlaşılabilir. İkâmetgâh ve hüviyeti bilinen şahidin kasden yalan şehadete cesareti azdır.

384 — CK. yalan şehadeti cezalandırmaktadır. Ancak bir üst menfaati koruma zarureti ile yalan şehadet eden ceza görmez. Şahit kendini veya bir yakınını hürriyet ve namusu bakımından fâhiş bir zarara uğratmamak için yahut beyan ettiği vasıflarına göre şehadetten zaten imtina edebileceği bir hususta yalan şehadet etmiş ise, diğer birini takibe veya hut haksız mahkûmiyete maruz bırakmamış olmak şartıyla ceza görmez (CK. 288). Şahidin tabii hislerini ve üst menfaatini koruma zarureti vardır. Kimseye şahsen zarar vermeyen bir yalan, her şeyi dosdoğru söyleyerek bir adamı veya aileyi mahve terciha değer.

Kanun üst menfaatlere ön veriyor. Hâkim şehadeti takdir ederken şahidin hislerini, yalan şehadetiyle cezaya maruz bulunmadığını nazara alır. Yalnız şahidin yalanı, hâkimi ikna ederek bir diğerini ceza takibine maruz bırakırsa üst menfaat onun cezalandırılmasını iktiza eder. Yüksek bir menfaati korumak için yalan söylemede muhtar kalan ihtiyatı elden bırakmamak lazımdır.

385 — Şahidin tevkifi: Hâkim yalan söylediğine kanaat ettiği, hüviyetini saklayan veya malum ikâmetgâhı olmayan şahidi derhal tevkif edebilir (HUK. 373). Şahit, şehadeti daha evvel bir makamda, hatta mahkeme önünde beyanına zıt olması yalan şehadetine kat'î delil sayılarak tevkif edilemez. Onun zıt ifadelerinden bir tarafı korumak için yalan söylediği vazıhan anlaşılmalıdır. Şahit ifadesinde zıtlık, ilk ifadesi yanlış zaptedilmesinden veya korku veya heyecan ile söylemiş olmandan ileri gelmesi ihtimali bulunmadıkça cezalandırılmaz, zıt ifadelerinden hangisi doğru olduğu araştırılarak hüküm verilir.

D Ö R D Ü N C Ü F A S I L

DELİLLERİN TOPLANMASINDA HAKİMİN SELÂHİYETİ

386 — Tarafların iddialarını isbat edebilecek her vasıtaya başvuru

rabilmeleri prensiptir. Hâkim onların bu selâhiyetini ancak muhakemenin intizamını, haksız vaziyetleri önlemek için tahdit edebilir.

Taraflardan her biri hakkı izhara yarayan bütün vasıtaların incelenmesini isteyebilir. Taraf şahsına ıstıraplı bir müdahale ile de hakikatin inkişafını isteyebilir. Hâkim muhakemenin intizam ve sür'atle yürümesine engel olmamak, teklif olunan vasıta ile hakikatin inkişaf edebileceğine kanaat etmek şartıyla onun bu talebini kabul eder, fakat incelenmesini istediği vasıta dâvanın ehemmiyeti ile mütenasip olmıyan masrafları icap ettirecek, dâvanın seyrini geçirtcekse kabul etmez. Şahıs üzerinde tehlikeli müdahalelere, âmme intizamını bozacak tecrübeler de müsaade edilemez. (HUK. m. 77). Adaletin bir hadden fazla gecikmesi veya zararlar sebepleri olması da adaletsizliktir.

Hâkim ne hukuk, ne de ceza dâvasında tarafı, şahidi, hakikatı meydana çıkarmak için lüzumlu da olsa, kanunun tanımadığı bir mükellefiyete tâbi tutamaz. Meselâ, sanığı rızası hilafına müşahade altına almaz, ıstıraplı, utandırıcı tıbbî muayeneye tâbi tutamaz, şahsiyetine tecavüz olan tedbirlere karar veremez. Ceza hâkimi bazı mahdut hallerde muayyen müddetle sanığın müşahade altına alınmasına (CUK. 74), suçlunun meskeni, üzeri, aramasına karar verebilir. Hâkim hakikatı açıklayacağına kaani olsa bile onun daha uzun müddet müşahade altında tutamaz.

Hâkim söylemeyen şahidi 15 güne kadar hapse mahkûm edebilir. (HUK. 271). Üstünlüğü açık bir menfaati korumak için vaziyeti şüpheli görünen tarafın ikâmetgahında mühim bir idiyayı isbata yarayan vesikaların araştırılmasına karar verebilir.

Hâkim şahsen sorgu için dâvete icabet etmeyen veya cevaptan imtina eden tarafı sorgu mevzuu hâdiseyi ikrar etmiş addedebilir.

Bir şahidin dinlenmesine, ikâmetgahında araştırma yapılmamasına karar vermek için karşılaştıran bütün menfaatleri tartmak lâzımdır. Meskeninde bir vesikanın aranmasına karar vermek için orada bulunduğu kuvvetli ihtimal içinde olmalı, arama dâvalarının meşru üstün menfaatlerini tehlikeye düşürmemelidir.

İddianın isbatı için dâvet edilen üçüncü şahıs meşru maddî veya mânevî menfaatlerini ileri sürebilirse şهادete, elinde bulunan vesikayı ibraza mecbur kalmaz.

Hâkime delil temini için veya o bahane ile tarafın şahsiyetine tecavüze selâhiyet verilmesi orta zamanların işkence usullerine dönmek olur. Gayenin meşruiyeti ona ulaşmak için her şeye başvurulmasını haklı göstermez. Anayasa (14) eziyet ve işkence mahiyetinde olan tedbirleri men eder.

Hâkim tahkikatın tezahürü için üçüncü şahıslara nihayet zararları tazmin edilmek şartıyla dâvanın önemine nisbet az külfet yükleyebilir.

Hâkim ahlâka aykırı şekilde toplanan delilleri nazara alamaz.

Fransız Temyizi ihtiyatî tedbirlerle gece vakti bir zina suçunu tesbit eden zabıt, tesbit tarafın ikâmetgahına gece vakti, kanunun tayin ettiği istisnalar haricinde girilerek yapılmış olması, bu şekilde tesbiti hâkimin emretmesi de kanuna aykırı bulunması sebebiyle hükme esas tutulamayacağına karar vermiştir. Polis karşısında tarafın ikâmetgâhına girme için beyan ettiği rıza var sayılmamıştır¹.

387 — *Sorgunun hâkim tarafından idaresi*: HUK. a göre tarafların (250), şahitleri (266) hâkim sorguya çeker. Taraf doğrudan doğruya şahide سوال soramaz (268), taraflar ona şehadetini tamamlatmak için suali hâkim vasıtasıyla sorabilirler (267).

İngiliz ve Amerikan sistemlerinde ise taraf avukatı ve şahidi, hâkim huzurunda doğrudan doğruya sorguya çeker.

Almanya'da avukatlar, hâkimin müsaadesi ile de bizzat taraflar, tanıkları, doğrudan doğruya, isticvap edebilirler.

İsticvabın hâkim tarafından yapılması sorguya çekilecek kişinin şaşırtılmasını, lüzumsuz sıkıcı suallerle vakit kaybını önler, fakat gerçeği inkişaf ettirmez. Hâkimin dâva konusu açıklyabilecek bir suali sormaması ihtimali vardır. Mânasız görünen bir سوال cevaplar, objektif vaziyetler birleşerek gerçeği açıklyabilir. Hâkimin bir suali bütün nüansıya, veya âni sormaması da gerçeğin inkişafına mâni olabilir¹.

Tarafların şahsiyetleri itibariyle selâhiyetlerini suistimal etmelerinden korkulmaz veya olayın hususiyeti icap ettirirse hâkimin taraflara doğrudan doğruya birbirine, şahitlere, sorgu müsaadesi verebileceği kabul edilmelidir. Hâkim yalnız suiistimale mâni olmak için bir sualin sorulamayacağına karar verebilir. Taraf veya şahit meşru menfaatlerini tehlikeye düşüreceğini sandığı bir cevaptan kaçınırsa mahkeme takdirinde bu ciheti nazara alır.

CUK. göre (232) savcı ve müdafî ittifak ederlerse tanıkları ve bilirkişiyi doğrudan doğruya isticvap etmelerine mahkeme müsaade eder. Hukuk dâvalarında da hâkim kıyas yolu ile, ve her halde gerçeğin inkişafını temin için kanundan aldığı umumî yetki ile taraf avukatına hasım tarafı isticvap için müsaade edebilir. Bu müsaade tarafların meşru menfa-

1) Fr. Tem. 6 Şubat 1950 S. Chr. 1950, 39.

1) İsticvabın avukatlar vasıtasıyla yapılmasında faydayı tebarüz ettiren enteresan bir misal için Ceza ve Hukuk usulü mahkemesinde deliller kitabım sahife, 57.

atini ihlâl etmediği halde dâvanın daha sür'atle ve intizamla yürümesini hakikatin inkişafını temin edebilir.

Bir sualin sorulmuyacağı hâdisе olup tahkikatı idare eden hâkim tarafından çözülür.

388 — *Vesikaları gösterme mecburiyeti*: Tarafın iddiasını isbata yarayan vasıtaları kendi tedarik etmesi prensiptir. Fakat, taraf hasmını elindeki üzerinde hakkı bulunduğu veyahut teminine mecbur bulunduğu, vesikaları ibraza mecbur tutabilir. Üstün menfaat prensibi de tarafa elinde bulunan vesikaları meydana koyma mecburiyetini yükleyebilir (HUK. 236).

Bu hallerde tarafın elindeki vesikaları, hasmı iddiasını isbata imkân bulmaması için gizlemesi, imha, veya münderecatını bilmemesinden istifade etmesi ahlâka uymaz. Hüsnüniyet kaidesi ona bu kabil bir vesikayı itina ile saklama, kayıp ise arama mecburiyetini de yükleyebilir (HUK. 331).

Taraf dâva konusu hakkı inşa veya tevsik maksadı ile yazılmış yazıları ibraza mecburdur, fakat vesika mahiyeti olmayan yazıları, ezcümle eline geçen dost mektuplarını ibraza mecbur kalmaz.

HUK. karşılıklı menfaatleri ölçtükten sonra, tayin ettiği vesikaların ibrazını mecburi addetmiştir (HUK. 326). Fakat taraf kendini şerefçe zarara maruz bırakacak bir vesikayı ibraza mecbur tutulamaz.

Taraf elinde bulunan bir vesikayı hasmının hakkını kullanmaması için imha edemez, kaybetmişse itina ile aramağa mecburdur.

Taraf istenen vesika elinde bulunmadığını veya kaybettiğini, dâva konusu hâdiseyi isbata yaramadığını veya menfaati ibraza mâni olduğunu ileri sürerse (HUK. 330), ibraz isteyen onun bu sözleri doğru olmadığını isbat ile mükellef olur.

Taraf senedi nerede sakladığı, nasıl kaybettiği, dikkatle aradığı halde bulamadığı, imha etmediği hakkında yemin altında (331) sorguya çekilebilir. Ona, senedi bir yere götürdüğünü iddia etmişse sebepleri sorulur.

Tarafın yemin altında sözü aksi isbat edilinceye kadar lehinde delil olur ise de yeminden kaçınması aleyhine kesin delil olmaz, mahkeme ne için onun yeminden kaçındığını nazara alarak hükmünü verir (332).

Taraf hasmının iddiası doğru olmadığını meselâ, gönderdiği mektubu telgrafı aldığını posta makbuzu ile isbat edebilir.

Tarafın senedin kayıp şartlarına dair beyanı işlerin mutad yürüyüşüne, maddî veya mânevî menfaat icaplarına uymaması da aleyhinde delil olabilir. Taraf gönderilen mektup başka olduğu iddiasını dinletmek için aldığı mektubu göstermelidir.

B E Ş İ N C İ F A S I L

YEMİN

389 — Bazı hallerde bir münasebetin vukuuna ve şartlarına dair bir tarafın iddiasını, doğruluğu yemin ile teyit edilmiş ise kabul zarureti bulunur.

Yemin vaktiyle dinî mahiyette idi. Yemin eden yalan söylemekle Allahın gadabını üzerine çektiği, bu büyük günahı işlemesine de ihtimal verilmediği için, yemin kuvvetli delil sayılıyordu. Din ile dünya işlerinin birbirinden ayrılması yeminin, söylenen sözün müşekkel terimlerle doğruluğunu teyitten ibaret kalmasını gerektirir.

Taraflar iddialarını kabul ettirmek için yalan yanlış söyleyebilirler, mübalağa edebilirler. Mübalağalı iddiaların cezalandırılması tarafların her şeyi tam söylemelerine mâni olarak hakikatin gizli kalmasına sebep olabilir. Ancak, dâvanın neticesi muayyen bir beyanına tâbi tutulan taraf sözlerini tartarak, mübalağa etmeden söylemelidir. Yeminin edası sözün mübalağasız tam gerçek olduğunu tasdiktir.

Umumiyetle ceza kanunları mahkemede yemin altında yalan beyanları cezalandırmaktadır.

Nöşatel Kanununa göre “sözüm doğrudur” diye yemin edilir. Alman Kanunu ise 1898 tadilâtında da yeminin “her şeyi bilen, her şeye kâdir Allah adına” yapılmasını kabul ediyor. Türk HUK. yeminin hem Allah, hem de namus üzerine mahkeme huzurunda alenen yapılmasını uygun buldu. (339-.

390 — Yemin teklif olunan taraf şahsen yemin etmeğe mecburdur, vekâlet kabul edilemez.

Taraf yeminden sonra sorguya çekilir. O sual ile münasebeti olup da hükme tesir edebilecek şartlar hakkında ayrıca sorulmasa da beyana mecburdur. Hükme tesirini bilerek veya yemin altında ifadelerini eksik bırakan yalan yemin etmiş olur. Fakat, hasmın bildiği veya bilmesi gereken, veyahut sual ile sıkı irtibatı olmayan bir hususu hükme tesir edebilecek mahiyette olsa bile, saklayan yalan şehadet veya yemin etmiş olmaz.

391 — Hâkim kendiliğinden de, iddiasını kabule mütemayil olduğu tarafa yemin verebilir. (Re’sen veya tamamlayıcı yemin). Bu yemin ancak takdirî bir delil olur. Hâkim yemin sırasında tarafın tereddütlerini takındığı tavrı nazara alır.

392 — HUK. a göre aşağıdaki hallerde yemin verilemez:

a) Yemin teklif olunan fiil sabit olduğuna göre iddianın sübutu gerekmezse (344). Esas iddianın sübutunu iktiza etmeyen bir olay hakkında yemin faidesizdir.

b) Mahkemece sabit addedilen bir hususta da kesin yemin verilemez, yemin bir vakıanın isbatı için verilir. Sabit bir vaziyeti yemin ile kuvvetlendirme teklifi selâhiyetin suistimali olur.

Modern kanunlar, ezcümle İsviçre Seint-Gal Kantonu usulü muhakemesi ancak, halden haklı görünen tarafa, hasmına yemin teklifi selâhiyetini tanımaktadır¹.

c) Güzellik çirkinlik, zenginlik gibi takdire tâbi bir durumun tesbiti için yemin verilemez.

d) Kimseye kendinin olmayan bir fiil hakkında yemin verilemez. Fakat, bir kimseye bir şeyi bilip bilmediğine yemin verilebilir.

Bir kimseye bir şeyi bildiğine yemin verilebilmek için onu bilmesi veya bilmemesi bir kanunî hükmün tatbikine esas olmalıdır. Meselâ, bir kimseye bir işten maksadı hakkında yemin verilebilir. Yoksa, her hangi bir kaynaktan edindiği bilgi hakkında kat'î yemin verilemez.

Kanunî mümessillere zatından sadır olmayan bir iş için şahsen itina ile yaptığı tahkikat sonu dâvacının iddiasının doğruluğuna kanaati hakkında yemin verilebilir.

~~Luxemb.~~ c) tarafların iradesine tâbi olmaması itibariyle mukavele mevzuu olmayan bir iş hakkında yemin teklif edilemez (346).

d) Yemin edecek kişinin şeref ve itibarına dokunan veya onu ceza takibine maruz bırakan bir olay hakkında yemin teklif veya reddolunamaz (352). Meselâ, tapu harcı az verilmek için bedel eksik gösterildiğine yemin edilemez².

Taraf kendini ceza takibine veya şerefsizliğe maruz bırakma ile yapılan yemin arasında muhayyer tutulamaz.

g) Hukukî meselelerde yemin verilemez, (HUK. 344). Hâkim hukuk kaidelerini tarafların anlayışına tâbi olmadan anlar.

1) FM. 8 Ekim 1960 JdT. 1961 84.

2) T. IV. H. 4.II.1950 Tatbikatta Yar. 1950. 580.

ONBEŞİNCİ BAP

HUKUKUN KAYNAKLARI

BİRİNCİ FASIL

ÖRF HUKUKU

393 — MK. a göre bir kanun şümulunde olan bütün meselelerde örfleri ilga eder (1). Fakat, kanun mer'iyetinden sonra teessüs eden bir örf ile ilga edilebilir mi?

Bir aknuna karşı âmme vicdanında reaksiyonlar umumileşir, Devlet otoritesi halkın bu reaksiyonu karşısında tatbikini temin edemezse, kanun metrukiyetle mülga olur .

MK. un zikri geçen maddesi kanuna aykırı bir örfün muteber olmasını tazammun etmez, neşri gününde mevcut örflerin muteber olmasını iktiza eder. Kanun rakibi olan hukukunda tasarruf edemez¹. TK. sarahaten ticarî âdetleri MK. a üstün tutmaktadır (1).

Huber, kanunun hukuk kaynaklarını inhisarı altına aldığı kanaati hukukla kanunun karıştırılmasından ileri geldiğini, yazılı hukuka aykırı hareketler itiyat edilerek kanunî müeyyideler tatbik edilmezse emri vâkii kabul zarureti olduğunu, şu kadar ki, sadece memleketin bir bölgesinde teessüs eden örfün kanunu ilga edemiyeceğini mülâhaza ediyor².

Fransa'da, Consulat zamanında yapılmış olan Medenî Kanun projesine mülhak önsözde Portalis şöyle yazmıştı. Haksız veya faydasını kaybeden bir kanunu görünmeyen bir kuvvet (halkın reaksiyonu) gürültüsüzce, sarsıntısızca kaldırır, böylece caima kanun vazının sürprizlerine, kanun vaznı da kendi kendine karşı korunmuş olur³.

Ripert, kanun metrukiyetle hükümden düşer mi, otoritesine ilâhî nihaye katlanmak lâzım mı meselesine temasla diyor ki: Yaşlı hısımlara hürmet her emirlerine körü körüne itaatı icap ettirmediği gibi, kanunlara hayranlık da onların ihtiyarlıyarak kuvvetlerini kaybetmeleri halinde itaat edilmelerini gerektirmez. Unutulan kanunlar yalnız tarihçileri alâ-

1) Schwarz, s. 61; Tuor, s. 33.

2) Hubert t. I. 30, 31.

3) Du Paquier'de zikredilmiş s. 59.

kadar eder. Kanun vazı bir kanuna hayat vermekle bahtiyar ve uzun bir ömür temin etmiş olmaz, kanun faydalı ise yaşayacak, kötü veya faydasız ise ölecektir⁴.

Levy Bruhle diyor: Örfün kendi kendine teşekkülüdür ki dikkatlerini metinler üzerine teksif eden hukukçuları şaşırtıyor, onların meslekî faaliyeti metinlerin varlıklarını yavaş yavaş kemiren sağır, devamlı faaliyeti anlamalarına mâni oluyor⁵.

Sonraki bir örfle kanun hükümsüz kalırsa metnindeki aksine olan kayıt da hükümsüz kalır. Kanun, halk şuuruna istinad ettiğinden, bu şuur değişince bâki kalmaz⁶.

FM. muhtelif kararlarıyla kanunun örfle ilga edilemeyeceğini kabul ettikten sonra, bir hâdisede içtihadını değiştirerek, kanuna tercihan örfü tatbik etmiştir⁷.

Örf kanuna tercihan tatbik olunabilmek için âdil görünmelidir.

Bazı fiilleri bir zamanki iktidar bazı menfaatleri korumak, veya halk hislerini okşamak için cezalandırılır. Halk hisleri, yahut politik iktidar değişerek bu fiiller Devlet ajanlarının gözü önünde işlenmekte, faillerini takip hatırdan geçmemekte ise bu umumî reaksiyon karşısında ceza kanunu mer'iyette kalamaz. Müddeiumumî unutulmuş bir kanunu hatırlıyarak, yahut politik mülâhazalarla faillerden birini seçip takip etmesi müsavat prensibine uymaz. Ceza hukuku kanun sahasında olup örf ile ilga edilemeyeceği prensibi ancak örfi bir cezanın tatbik edilmemesini iktiza eder.

Bir ceza âdil olmak için failin suçu bilerek işlemesi gerekir. Unutulmuş bir kanunu failin bildiği farz olunmaz. Fail kanunu okumuş olsa bile, hergün herkesin tabîi hisle işlediği fiilin cezası muahhar bir kanunla kaldırılmış sanmakta haklıdır. Halk bir fiili yasak eden kanunu ismini işitmediği Resmî Gazetede neşredildiği için değil, muhitte o fiili işleyenlerin takip edildiğini gördüğü, işittiği için biliyor farzedilebilir. Bir heyecanın sürükleyici tesiri ile konumuş bir cezanın heyecan geçtikten sonra tatbiki içtimaî menfaat icabı olmaz.

Bir kanunun uzun zamandan beri tatbik şartları varken kimsenin ileri sürmeyerek yahut ona müstenid iddialar reddedilerek metrukiyete düştüğü, ibraz edilecek birbirini teyit eden kararlardan, Tevhidi İctihat kararlarından istidâl edilebilir.

4) Ripert, Les Forces creatrices, s. 20, 40. 410.

5) Levy Bruhle, s. 78 ve t.

6) Del Vecchio, Annaire, s. 29.

7) Du Paquier No. 79.

I

ÖRF HUKUKUNUN FAYDA VE MAHZURLARI

394 — İptidaî sosyetelerde hayat kaideleri atalardan intikal eden âdetlerdi. Halkın mabud ile münasebetine inandığı kimseler nasihatleri, hareketleri ile bir hayli örflerin adımını attılar. Onların doğru düşündüklerine inan halk arkalarından yürüdü.

Sosyal münasebetler genişledikçe ve karışıkça örf hukuku kıymet ve ehemmiyetini kaybetmekte, yazılı kanunlar üstünlük kazanmaktadır.

Örfî hukukun başlıca faydaları:

a) Tatbikında kolaylık: Örfе girmeyen bir kanuna riayeti temin için memur ve müfettiş ordusu, şiddetli tedbirler lâzımdır. Tüccarların menfaat vaziyetine uygun buldukları Millî Korunma Kanununu yürütmek için çok sayıda memur istihdamı, hususi mahkemeler teşkili lâzım gelmiş, gene de takip edilen suçlar işlenenlere nazaran hiç kalmış, basına intikal eden hâdiselere âmme efkârı lâkayit kalmıştır.

b) Politik müdahalelerin önlenmesi: Kanunlar oy çokluğu ile kabul olunduğu için parlamentolarda, her grup kendi menfaatlerini mücadele ile temine çalışır. Millet sinesinde partiler, parlamentoda gruplar, klikler teşekkül eder, mücadelenin sonu gelmez.

c) Hukukun donmaması: Örfî hukuk halkın ihtiyacına intibak eder, tekâmül halinde bulunur.

Örf sistemlerinin mahzurları:

a) Örfî kaideler, karşılıklı menfaatleri uzlaştırmaz. Örf menfaatlar tartılmadan, anketler, etüdler yapılmadan kendiliğinden teessüs etiği için adalete uygunluk karinesi taşımaz.

Bir sosyal muhitte bir meslek sahipleri veya politik grup diğerlerinin zararına. şahıslarına haksız menfaat sağlayan âdetler tesis edebilirler.

b) Örf sık tekrarlanan muamelelerle teessüs edebileceği için ilgililer arası anlaşmaya istinad etmeyen menfaatleri tanzim edemez.

Ticarî münasebetleri haricinde idealleri başka bölge halkı arası münasebetlerde kendiliğinden teşekkül etmiş örfler nâdir olacaktır. Memleketşümül münasebetlerin Devlet teşkilâtı tarafından kanunlarla, içtihatlarla tanzimi lüzumu hiss olunur.

c) Örfî kaideler kanşıktır, müphemdir, hâdiselerin hususiyetine göre yavaş yavaş kabu edildikleri için muhtevaları kat'î değildir. Bir ni-

zalı hâdisede muhasımlardan her biri örfün kendi tarafında olduğuna delil getirirse, hâkim takdir selâhiyetini güçlkle kullanacaktır. Tesbit edilen örfün daha sonra değıştiğı iddia ve isbat edilmesi de mümkündür.

d) Emniyet ihtiyacı anlayışa göre değışen, objektif olmayan örf rejimi ile bağdaşmaz.

Vakıa kanunlar da tefsir edileceğı için kat'iyetten mahrumdur, fakat tefsir mantikî muhakemeye, esbabı mucibeye istinad ettirileceğı için indî olması ihtimali nisbeten azdır.

Kanun ile hakların kullanılması, düşmesi için şekiller, ve zamanlar tesbit edilmesi keyfî kararları önler. Bir sosyal muhitte emniyet hükmü sürmek için Devlet memurlarının karar ve icraatı indî olmamak, bunun için de usulen ilân edilmiş kanunlara uygun olmak lâzımdır.

e) Örf hukukunda birlik olmaz, Devletlerin farklı hükümleri münasebetlerinin inkişafına engel olur.

Bir milletin teemmül mahsulü yazılı hukukunu diğer milletler örnek alırlar, yavaş yavaş hukukda birliğe yürünür.

f) Örf sistemi sosyal yardımları hayır sevenlerin ihtiyanna, indî takdirlerine tâbi tutar. Bu yardımın hudutları karşılıklı bütün menfaatler tartılarak tesbit edilmek, şuuri olmayan örfe bırakılmamak doğru olur.

395 — Pratik bakımdan, kanun ve örf sistemlerinin mahzur ve faydaları muvazene halindedir.

Örf ile terakkilerin kanuna nazaran daha iyi sağlandığı muhakkak değildir. Kanun vazı formaliteye tâbi olduğu için nice hallerde ihtiyaçları örf kadar sür'atle takip edemez, fakat örfün başaramıyacağı terakkiyi birden sağlayabilir, baskı ile iyi veya kötü âdetleri unutturabilir.

Örfün kaypak olması iyi bilinmemesi başlıca mahzurudur. Bu mahzur onun tesbiti ile azalır. Kanunlar da yeni vaziyetler, yeni fikirler karşısında mütemadiyen tefsir edilir. Binaenaleyh, kaypaklık bakımından da örf ile kanun arası fark büyütülmemelidir.

Bir sosyal muhitte kanun da politik sebeplerle veya ideolojilere bağlılıkla menfaat icaplarına uygun âdil kaideler koyamıyor. Meselâ büyük ekseriyeti katolik olan İspanyada kanun vazı'ları hâlâ boşanmayı kabul edememişlerdir, fakat adalet olmayan kökleşmiş örfleri, alışılmış metodları, rutinleri örf de kolay değıştiremez. Bu değışmeyi ilmî nüfuzu olan yüksek dereceli oldukça cesur bir hâkim kendi gibi düşünen âlimlerin fikirlerine dayanarak yapabilir.

Yargıtayın bazı mantıksız teamülleri değiştiren içtihatları zikzaklar göstermekte, müstekar hal almamaktadır.

Değiştirilmesi kolay olmayan mantıksız örflerin tashihi kanun vazına kalır.

II

ÖRFÜN OTORİTESİ

396 — Hukuka selâhiyetli devlet makamı tarafından ısdar edilen kaidelerden başka kaynak kabul etmeyen filsoflara göre, örf ancak kanunun tayin ettiği hallerde hükme esas olabilir, kendi kendine otoritesi yoktur. Hakları temin için cebri vasıtaları ancak devlet organları tatbik edebilirler.

Bazı filsoflara göre, örf kendi kendine tezahür eden milli irade olarak otorite alır, Savigny, 1814 de Alman medenî kanun projesi münakaşa edildiği devirde Thibaut'ya¹ cevap olarak yazdığı bir kitapta hukuku milletlerin mazisi yarattığını iddia ile dedi ki, hukuk indi değildir, bir milletin lisanına benzer; lisan fikirleri ifade zaruretinden doğduğu gibi, hukuk da sosyal ihtiyaçlardan, sosyete içinde sessiz kuvvetlerden doğar¹.

Halk yazılı hukuka iradesini mümessilleri vasıtasıyla sarahaten, yazılı olmayan hukuka iradesini de doğrudan doğruya zımnen beyan eder. Halkın buiki iradesi arasında fark, birinde şahsen iradeyi beyan edenlerin malûm, diğerinde kimin ve ne vakit iradeyi beyan ettiği meçhul kalarak irade umumun olmasıdır.

Doğrusu, örf de kanun gibi otoritesini halk şuurundan almaz. Halk mümessillerinin iradesi halkın iradesi olduğu hakikat değil, farzdır. Bütün halk mümessillerinin beyan ettiği iradeyi tasvip etmez².

Hakikatte otoritesi olan halk şuurunun derinliğinde yatan ilâhi olan hukuktur. Bu irade muhtelif şekillerle tezahür eder, onun bütün tezahürleri Devlet otoritesini riayete zorlar. Örf de, kanun da şuur altında olan hukuku izhar ettiği nisbette otorite alır. Bir hadiste İslâmların güzel buldukları Allah indinde de güzeldir, buyrulmuş.

1) Roubier de zikrolunmuş, s. 144, Ansay s. 60.

2) Ripert kanunlar şeklen seçime iştirak etmiş seçmenlerin ekseriyetinin seçtiği mebusların ekseriyeti tarafından çoğu halde bir zümre insanlar tarafından, muhtevası bilinmeden kabul edildiğini hukukçular bildikleri halde, kanuna kanun diye hürmet ederler diyor. *Le régime démocratique et le Droit modern* 1948, s. 6.

Bir örf çeşitli sebeplerle batıl kötü bir hareket olursa muteber tutulamaz. Zamanla hâkimlerin bâtil örfleri ayıkamaları âzımdır.

397 — Mecelle “*Beynettüccar maruf olan şey beyinlerinde şart gibidir*” (44, “*Örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir*” (Mec. 43), kaideleri ile örfün otoritesini münasebet tesis edenlerin mefruz iradesine, “*örf ile tayin nas ile tayin gibidir*” (45) kaidesi ile de ilâhi naslara uygunluk karinesine istinat ettirmiştir.

“*Âdet muhkemdir*” (36), “*Nasın istimali bir hüccettir ki onunla amel vacip olur*” (37) kaidesi ise örfün otoritesini milli iradeye dayar.

Şârihler “*âdet muhkemdir*” (39) kaidesi nas olmayan hallerde yürüdüğü kanaatındadırlar¹.

III

ÖRFÜN UNSURLARI

397 — Bir kaide örf olabilmek için a) alâkalılar tarafından müstemirren riayet edilmek (maddi unsur), b) riayet etmeyenler hakkında sosyal bir müeyyidenin tatbiki gerektiği kanaati bulunmak (manevi unsur), c) adalete uygun bulunmak, d) içtihatlarla veya diğer bir şekilde usulen tesbit edilmiş olmak gerekir!

“*Âdet ancak muttarit yahut galip oldukça muteber olur*” (Mec. 41).

A. *Maddî unsur*. Örf otoritesini halk şuurundan aldığı için, hareketin tekerrür miktarı önemli değildir, halk şuurunda mecburî ve muttariden tatbik olunduğu kanaati belirmesi yeter. Bir kaideye riayet edenin sosyal mevkii itibariyle diğerlerinin de öyle hareket edeceği kanaati tabii sayılabilirse kaç defa tekrarlandığını araştırma faydasızdır. Bahis mevzuu münasebetin mahiyetine göre “devamlılık şartı nisbî olduğunu kaubl zarurîdir”¹.

B. *Adalet unsuru*. Din üleması örfün muteberliği için âdil ve makul olması şartını ararlar. İngiltere’de hukukun esas prensiplerine zıt âdetler muteber addedilmez.

C. *Tesbit unsuru*. TK. a göre tesbit edilmemiş bir örf muteber değildir.

1) Ali Haydar, s. 176.

1) Yörük s. 221.

TK. a göre tesbit edilmemiş bir örf muteber değildir.

Mahkeme içtihatlarıyla teessüs eden örfler tesbit edilmiştir. Bir mes-

Örfler mahkeme içtihatlarıyla tesbit edilmiş olur. Bir meslek grubunun selâhiyetli organlarının kararları ile teessüs eden örf de tesbit edilmiştir. Şu kadar ki, mahkeme içtihatları, birlik kararları ile tesbit edilen kaideler kritikere maruz kalarak alâkalı muhitte dinlenmemekte ise örf olmaz.

Tesbit edilen bir örfün umumî olmadığı veya zamanla bu vasfını kaybettiği iddiası da dinlenir.

Örfün tesbiti ile seyyaliyeti kalkar, fakat, hayat kaideleri az çok uzun bir tecrübe devresi geçirmeli, esen rüzgâra göre değişmemelidir. Sık değişen hükümler faydalı olmaktan ziyade mahzurlu olur.

398 — *Usul hukukunda örf.* Medenî hukuk münasebetlerinde örf bir ihtiyaç ile yahut âdil olmayan metinlere reaksiyonlara teessüs eder. Örflerin adımları birbirleriyle münasebette bulunan alâkalılar tarafından atılır. Usul hukukunda ise örfün adımları dâvacılar hesabına hareket eden temsilcileri, iş adamları tarafından haksız iddiaları yürütmek, hasımın iddiasını isbat etmesini zorlaştırmak, onu bizar ederek dâvasından vazgeçirmek, hakikatin inkişafına mâni olmak gibi kötü maksatlarla atılır. Avukatlar, noterler müvekkilleri bir haksızlığa kurban olmaması için ihtiyatı aşırı dereceye çıkararak lüzumsuz formaliteler de icad ederler. Meselâ, kanun bakımından, dâvayı takip için verilen imzası noterden tasdikli vekâletnâme vekile bütün usul muamelelerini ifa selâhiyetini vermişken, vekâletnâmede bu bakımdan hiç de lüzum olmayan kayıtlar yazılması âdettir.

Usul hukukunun gayesi hâkimin intizamla, sür'atle, asgari masraf ve emniyetle davayı intaç etmesi olduğu için (HUK. 77), dâvaları aşırı masrafa boğan, isbat vasıtalarını karıştıran, emniyeti sarsan, haksız dâvaların kabulü imkânlarını çoğaltan örflerin muteberliği gayeye zıt olur. Binaenaleyh, kanunun daima üstün tutulması prensiptir. Bir usul muamelesi kanuna aykırı ise, örfe uygun da olsa muteber olamaz. Meselâ, dâva arzuhalı kendisine veya ikametgâhında kanunun tayin ettiği birine tebliğ edildiği bir zabıtle tevsik edilmeyen taraf hakkında örfe uygun bir tebliğ muteber sayılarak hüküm verilemez, meğer ki taraf tebliğ eline geçtiğini ikrar etmiş olsun (HUK. 145). O halde tebliğ onun beyan ettiği gün yapılmış olur.

Mahkemelerin, avukatların pratikleri ile kat'î mahiyet alan bir örf tam ve serbest müdafaayı temin eden kanun hükümlerine aykırı olmamak

gerekir. Hâkimin muhakemeyi emniyet az masraf ve sür'atle neticelendirme kanunî selâhiyetini tahdit etmez.

IV

MAHALLÎ VE MESLEKÎ ÖRFLER

(Grup hukuku)

399 — TK. bir bölgeye veya ticaret branşına, meslek ve sanata mahsus örfü umumî örfe tercih etmektedir. (TK. 2 II). Bu kaide, gruplanan insanların kendi mukadderatlarını kendileri tayin edebilmeleri selâhiyetine dayanır.

Hangi bölge halkının, hangi ticaret branşı mensuplarının örf yaratabileceği meseledir. Bir mahalle, bir semt sakinleri, sebze veya çiçek bahçıvanları, örf tesis edebilecekler mi?

Bir menfaati korumak için kanunla, veya idarî kararlara memleketşümül veya mahallî olarak taazzuv eden bir sınıf kimseler (işçi sendikaları, doktorlar, eczacılar, ticaret ve esnaf odaları) veyahut kendiliğinden gruplanan halk aralarında teamüllerin hukuk kaynağı olması felsefî bakımdan münakaşa edilebilir.

Bazılara göre hukukun yaratılmasında Devletle halk arasında vilâyet, belediye gibi mahallî idareler teşkil olunarak veya meslek sahipleri birlik, sendika halinde taazzuv ettirilerek onlara gurup haricinde kalanlar hakkında da binnetice tesirli hükümler koyma selâhiyeti verilmesi demokratik bir icaptır.

Fakat, bu filosoflar hangi gruplara, hangi meslek sahiplerine bu selâhiyetin tanınması iktiza ettiğinde anlaşıyorlar.

Monist denen mektebe göre, yalnız Devlet camiası veya Devletin selâhiyet verdiği gruplar hukuk yaratabilirler. Pluralist denen mektebe göre ise, her insan grubunun aralarında münasebetlerini tanzim selâhiyeti tabiidir. Devletin üstünde milletlerarası hukuk olduğu gibi, aşağısında olan gruplara mahsus hukuk da olabilir.

Bütün insan topluluğunun topluluk için muteber hususî kaide koyma selâhiyeti hiç te tabii değildir. Siyasî partilerden spor klüplerine varıncaya kadar bütün topluluklarda âzalar mütemadiyen değişmektedir, zamanla âzalar bir partiden ötekine geçiyor, kanaatları psikolojik halleri değişiyor. Bir grup âzalarının bir zamanki iradeleri nasıl ebedî olabilir? Kendi kendine teşekkül eden veya teşkil edilen her grup değil, ancak efradı arasında insicam bulunan ve oldukça uzun zamandanberi devam etmiş, menfaatlerini muhafaza için mevzu hukuk kadrosu dışın-

da hal şekilleri bulmağa da muhtaç bir meslek ve sanat icra edenlerin ekseriyetini içine alan gruplar hukuk yaratabilir. Bir tesadüfle, birleşen veya meslek icra edenlerin az bir kısmının kurdukları sendikaların umumî kaide koyma selâhiyeti kabul edilemez.

Kanunlar belediyelere, köylere, âmme kuvvetleri ile temin edilecek kaideler koyma selâhiyeti verdikleri gibi, bazı meslekleri icra edenleri, meselâ eczacıları, avukatları, doktorları, mimarları gruplandırarak, mümessillerine meslekî faaliyetleri alâkalandıran kararları almak selâhiyeti de tanımaktadır.

Kanunlar bir meslek veya san'at mensuplarını gruplaştırdıncı gruba dahil olmayanlar o mesleki icra edemezler. Meselâ, kimse ilmi ve ahlâkı ne kadar yüksek olursa olsun, bir hukuk profesörü de olsa, bir baroya kayıtlı olmadıkça avukatlık, tıp profesörü Tabipler Odasına kaydolmadan doktorluk mesleğini icra edemez.

Kanunlarla teşkilâtlandırılan grup organları meslekî faaliyeti tanzim eden kaidelere riayet etmeyenleri doğrudan doğruya cezalandırabilirler. (Avukatlık K. a göre, Baro disiplin komisyonu mühim sebeplerle bir avukatı meslekten çıkarabilir (84). Baro reisi meslekî faaliyeti hakkında izahat vermek üzere bir avukatı dâvet edebilir, dâvete icabet etmemesi halinde ona 100 liraya kadar para cezası verebilir.

Grup organlarının selâhiyetleri dahilinde verdikleri cezaları âmme iktidarı tenfiz eder. Ancak grupların tayin ettikleri cezaları tenfiz edecek âmme iktidarı emir kulu olmaz, haksız bulduğu kararı infazdan imtina edebilir.

400 — *Kritik.* Grupların hukuk yaratma selâhiyeti nisbetinde Devletin selâhiyeti tahdide uğrar. Bir sınıf halkın vaz'ettiği hukuk, diğer sınıf halkın menfaatıyla ilgili olmadığı için sosyal huzur âmili olacak yerde mücadele sebebi olur.

İnsanlarda adalet hissi tabii olduğundan, umumi bir örfün adaletsiz olması ihtimali nisbeten az olduğu halde, bir sınıf halk arası örf diğer sınıfın menfaati ile alâkalı olmadan teşekkül ettiği için, adalete uygunluğu ihtimali az olur.

Bir grup teşekkül ettikten sonra, içinde hâkim durumda olanların diğerleri zararına şahsî menfaatlerine yarayan karar aldıkları çoktur.

Grup organlarının meslekî faaliyeti tanzim selâhiyeti şahsî teşebbüslerle engel olarak terakki adımları atılmasını zorlaştırarak binnetice meslek menfaatini de ihlâl eder. Orta zamanlarda meslekî faaliyetleri tanzim eden korporasyonların ilgasından sonradır ki san'at ve ilim inkişaf edebilmiştir.

Gruplanan meslek organları kanunî selâhiyetleri ile ücretlerini, eşya fiyatlarını yükselterek hayat pahalılığında âmil olmaktadır. İhtiyaç sahiplerine tevzi edilmek üzere Devletçe grupların emirlerine tahsis edilen malların tevziinde adalete ve müsavata riayet edildiğinden şüpheler umumidir.

Bir meslek sahipleri, aralarında hukuk yaratma değil, hareketlerini kontrol, icabında dürüst çalışmıyanlara karşı kanunî müeyyidenin tatbikini sağlamak için sendika halinde taazzuv etmeleri kabul edilebilir.

401 — Anayasa “herkese dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyeti” tanımış ve “bu hürriyetin ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği” ve “iktisadî ve sosyal hayat adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacına göre düzenleneteği (41) hükmünü ihtiva ettiğinden (40) meslekî grupların bu esasa aykırı olarak koyduğu hükümler muteber olmaz.

İ K İ N C İ F A S I L

İÇTİHATLAR

402 — Mahkemelerin inceledikleri nizalı meselelerde kararları ileride zuhur edecek meselelerde de hükme esas tutulmakla formel hukuk kaynağı olur.

Mahkemelerin rolü fertlerin sübjektif haklarını beyan olduğunda umumiyetle ittifak edildiği halde, bir hâdisede kararları objektif bir kaide olmasında anlaşma yoktur.

İngilterede mahkeme kararlarının âtiyen zuhur edecek nizalarda da hükme esas olması prensiptir¹.

Mahkeme kararları umumî mahiyette hukuk normu olmasında fayda da, mahzur da vardır:

Mahkeme kararlarının emsal alınması indî tefsirleri ve hükümleri önleyerek muamelelerde istikrarı sağlar, fert için garanti olur, doğru yola uygunluk karinesi de taşır. Hâkimin kararı, teemmül mahsulü olması, mucip sebeplere dayanması, üst mahkemede hataları izhar olunarak tashih edilebilmesi, nihayet hâkimlik için aranan fazilet ve ehliyet şartları bu uygunluğun zamanı olur, kararlarına otorite temin eder.

1) Goodhart Le précédant en Droit anglais et Continantal Annuaire de l'Ins. de Phil. 1934 s. 29.

Şu var ki hâkimin kararı nizalı hâdisenin ve tarafların hususi vaziyetlerinin tesirinde ittihaz edildiği için benzeri hâdiselerde tatbiki âdıl olmayan hükümlere sebep olabilir: Bir hâdisede bir hâkimin kararında hatasını aynı heyecanı duymadan mucip sebeplerini dikkatle inceleyen hâkim anlayabilir. Hatası tebeyyün etmiş bir kararı umumî bir mahiyet izafesi ile her hâdisede ittibanı mecburî saymak doğru olmaz.

Bununla beraber, münferit bir içtihat, efkâra sükunet geldikten sonra âlimler tarafından desteklenir veya mahkemeler kritikleri varit bulmayarak ısrar ederler, ilgililer arasında da şâyi olursa, örfü tesis ederek formel bir hukuk kaynağı olur. Bir içtihat daha ziyade örf haline gelmekle doğru yol karinesi olabilir.

Bir içtihadın örf olması için bütün halkın değil, fikirleri âmmeye efkân telâkki edilebilen selâhiyetli âlim ve mütefekkirlerin tasvibine mazhar olması lâzım ve kâfidir.

403 — *Türk hukukunda içtihatlar*: MK. a göre mahkemeler kanunu tefsir ederken, sakit olduğu noktalarda tamamlarken, ilmî içtihatlardan (doktrin) ve kazaî kararlardan (icthadlar) istifade ederler. Binaenaleyh, hâkim kanunları indî değil, emsal kararlara ve doktrine göre tefsire mecburdur. Bir içtihat doktrince tasvip edilmemiş ise benzeri hâdiselerde tatbiki mecburi olmaz.

Bir içtihat doktrin ile tasvip edilerek örf haline gelirse bir kanun gibi adalete aykırılığı vazıhan anlaşılmamak şartıyla hakimi bağlar.

404 — *Tevhidi İçtihat Kararları*: Temyiz Teşkilât Kanununa göre, (8) Temyiz Mahkemesinin daireleri arasında zıt içtihatları telif eden veya takarrür ederek örf olmuş bir içtihadı değiştiren içtihadı birleştirme kararları âtiyen tahaddüs edecek hâdiselerde de hükümlere esas tutulması mecburidir. Bu kabil kararlar âlimlerin kritiklerine maruz kalsa bile, riayeti mecburidir, fakat, kanunlar gibi metrukiyet ile kendi kendine ortadan kalkar.

Temyiz Mahkemesi 4.5.1960 Tevhidi İçtihat büyük heyetinde (Hukuk ve ceza umumî heyetleri) tevhidi içtihat kararlarının makabline şümulünü kabul etmesi hatadır. b. No. 103.

Ü Ç Ü N C Ü F A S I L

DOKTRİN

404 — Doktrin bir mes'elede âlimlerin formüle ettikleri prensip-

1) R. 28 Haziran 1960.

lerdir. Hâkim kanunu tefsir ederken sakit olduğu hallerde kanun vazı gibi hüküm sevkederken içtihatlardan olduğu kadar, müelliflerin fikirlerinden de istifadeye mecburdur (MK. 1).

Hâkim hangi müelliflerin fikirlerini hükmüne esas tutabilir? Yarı doktor hastayı öldürdüğü gibi, yarı âlim de insanı dinden çıkarır derler. Yalnız bir mevzuda uzun incelemeleriyle tanınmış, çok yıllar ders vermiş, haklı görünen tenkitler yapmış, meslekî ihtisasları müsellem kişilerin bir tarafa sempatik veya antipatik hislerden ârî, ciddi itiraza hedef olmamış yazıları hukuk kaynağı olabilir.

Vaktiyle Roma'da ve İslâm hükûmetlerinde hâkimler hatalı fikirlerin tesirinde kalmamaları için âlimlerden resmî fetvacılar (müftüler) tayin olunurdu¹.

D Ö R D Ü N C Ü F A S I L

NETİCE

405 — Kanun da, örf de sosyete de hükmünü geçiren kuvvetin iradesi görünür. Hakikatte bir kuvvet bizi adalete sürüklediği için örf de kanun da doktrin de adalet karinesi taşır, fakat bütün bu ifadeler hususî hallerde ferdî vicdanların kabul edemeyeceği haksızlıklara sebep olabilir. Haksızlıkların önlenmesi için muayyen hâdisede hüküm tatbik olunurken bütün hukuk kaynakları karşılaştırılmalıdır.

Örfe sokulamıyan, doktrinde tenkit edilen bir kanun adalete uygunluk karinesini kaybeder, hakkaniyete uymadığı iddiası dinlenmelidir.

Bir örf de âmme vicdanında âdil görünerek yerleşmiş olmasından ziyade, camiada gailp bir kuvvetin iradesi ise doktrin üstün tutulur. Kanun da örf de içtihatlarla tashih olunur.

Alimlerin de iktidara hoş görünmek gibi şahsî maksatlarla veya bilgisizlikle âdil olmıyan bir hal şeklini kabul ettikleri bir vakiadır. Onların hatalarını diğer âlim ve mütefekkirler izhar ederler. Aydın, bitaraf bir hâkim hasım tarafların karşılıklı olarak âlimlerin fikirlerini münakaşa etmelerinden hakikatı kavrayabilir.

406 — Hâkim halkın veya kanun vazının, doktrinin istediklerini kaydeden cihaz değildir. Kanunu da, örfü de adalete intibak ettirmek gerekir.

1) Ali Himmet Berki, İfta, Selâmet Dergisi No. 1960.

Kısaca, hukuk tatbikatının iyi veya kötü neticelerinin başlıca mes'uliyetini âlimler ve onu dinlemiyen hâkimler, kanun vazıları ve doktrin incelemelerini ihmal ederek mahkemede müdafaa etmemiş olan avukatlar taşır.

Â Y E T L E R F İ H R İ S T İ

Ayetler	No. lar	Ayetler	No. lar
AHKAF			
15	82		
AHZAP			
4	343	36	81
12	6	51	102
15	82	55	270
30	47	59	91
32	80	61	56
33	80	67	72
ALA			
9-11	6		
ALAK			
17	45		
ALİ İMRAN			
3	39	134	79
4	39	139	79, 89
7	112	145	15
14	149	151	44
19	7	159	27, 80
76	158	165	44
78	7, 37	179	81
103	6	182	137
116	43	186	84
130	201	200	84
ANKEBUT			
8	82	45	108
13	47, 148	49	112
43	106		

Ayetler	No. lar	Ayetler	No. lar
ARAF			
8	140	33	106
9	140	53	112
26	91	55	148
28	91, 108	68	40
29	189	199	39, 80
32	93		
BAKARE			
2	1	188	167, 214
3	1	190	65, 268
4	1	192	265
6	137	193	265
7	137	195	330
11	132	216	14
12	132	219	92, 150, 330
13	132	221	341
14	132	222	149, 347
17	132	223	96
26	36	224	158
29	149	225	158
41	11-243	228	341
42	37	229	341, 349
44	93, 330	230	341
45	84	231	109, 351
59	148	233	96, 352
79	37	234	341
84	271	235	78
97	39	236	349
106	39	237	349
140	141	240	349
143	189	241	349
149	189	251	42, 46
158	43	256	4, 265
160	161	261	43
168	149	262	43
171	127	263	43, 93, 330
172	149	264	330
173	150, 284	265	330
174	37	268	20
177	188, 189	271	43, 330
178	139	273	331
179	139	275	201
180	171	280	203
181	171	282	194
182	171	283	194
185	146	286	137, 139, 287, 293
187	148		

Ayetler	No. lar		Ayetler	No. lar
ENAM				
15	40		115	27, 126
45	49, 125		125	137
46	112		126	36
48	40		129	46
50	224		139	108
65	46		140	149
68	112		141	93
70	40, 106		152	356
88	112		159	264
89	112		160	140
105	40		164	47
112	80			
ENBİYA				
11	125		18	46
16	108		39	14
ENFAL				
21	27		47	18
24	81		53	48
46	79		70	146
FATİHA				
1-5	1			
FATİR				
18	139, 293		19	224
FUSİLET				
34	132			
FURKAN				
52	40		67	93
GAŞİYE				
22	39a		25	39a
HAC				
8-9	131		46	27
11	148		54	126
13	148		60	259
37	189, 190		78	146

ÂYETLER FİHRİSTİ			
Ayetler	No. lar	Ayetler	No. lar
HADİD			
11	201	27	148
22	137		
HASİR			
9	15		
HİCR			
29	20, 112		
HUCURAT			
6	382	11	88, 243, 269
9	125a	12	66, 243, 377
10	85, 223	14	137
HUD			
114	149	116	84
115	146	117	378
HUMEZE			
1-2	243		
İBRAHİM			
24-26	132	34	13
İNŞİRAH			
5	122, 146		
İSRA			
11	14, 163	36	83
14	44	39	2
16	225	48	36
20	263	53	19, 65, 76
21	224	77	39
23	82	81	6
24	82	82	203
26	93	83	203
27	93, 330	85	112
32	98	88	318
33	139	107	36

Ayetler	No. lar	Ayetler	No. lar
KAFİRÜN			
1-6	4	17	36
KAMER			
17	36		
KALEM			
5-12	79		
KASAS			
68	137		
KEHF			
56	6		
KIYAMET			
10-15	44	16-19	112, 36, 44
LEYL			
6	45	11	46
LOKMAN			
6	37	17	84
14	82	18	87
15	82		
MAİDE			
1	158	48	233
3	129	49	233
5	150	50	23
7	108, 189	90	158
39	139	92	92, 150
42	137	100	40
43	129	102	79
MAARİÇ			
19	15		
MUHAMMED			
32	81		

Ayetler	No. lar	Ayetler	No. lar
MÜCADELE			
11	225	12	226
MÜMİNUN			
34	225	102	153
62	287	103	153
MÜMİN			
54	40	56	112
MÜNTAHİME			
1	271	10	271
8	125	12	81, 233
9	271		
MÜZEMMİL			
20	148		
NAHL			
18	149	106	189
64	126	115	149
71	224, 270	116	149
76	224, 271	117-118	149
90	56, 129	119	161
91	158, 140	125	27, 106
94	158		
NECM			
24	15, 155	39	89, 214
28	131, 243	40	89, 214
32	148		
NEML			
51	45		
NİSA			
3	91, 96, 102	16	99
5	356	17	161
6	356	18	161
8	171, 324	19	345, 349
11	171, 325	20	349
12	172	21	349
15	99	22	341

Ayetler	No. lar	Ayetler	No. lar
23	341	89	233
24	96, 341	90	233, 269
25	96	92	139
27	161	94	V (55) 66
28	109, 242	95	224
29	167, 208, 214	105	125a 126
31	148	107	40, 149
32	17	110	45
34	345	112	244
35	349	120	20, 148
38	18	128	349
43	150	129	102
58	225	130	353
59	81	148	148, 243
63	132	149	330
76	20	170	108
85	85	171	148
86	86		

NUR

2	51, 98	19	99
3	99	30	91
4	51, 99	31	91
5	99	33	96, 270
6	99	34	141
7	99	50	6
8	99	60	91
9	99	62	83
11	244	63	81

RAAD

16	224	27	6
22	84	31	42
25	90	40	40

RUM

21	96	32	29
28	27, 36	42	42

SAD

87	112
----	-----

SAFFAT

78	43
----	----

Ayetler	No. lar		Ayetler	No. lar
SEBE				
36	14		49	126
SECDE				
9	20, 112		18	224
ŞURA				
14	132		40	161
27	89		41-43	245
30	46		48	40
38	135, 83			
ŞUARA				
145	6		208	43
152	148		224-226	132
TAHA				
2-3	122, 146			
TAHRİM				
8	161		10	80
TALAK				
1	349		6	
2	349		7	349
4	342			349
TARIK				
13	109			
TEGABÜN				
14	16			
TEKÂSUR				
1-2	16			

ÂYETLER FİHRİSTİ				383
Ayetler	No. lar		Ayetler	No. lar
TEVBE				
13	271		60	331, 271
23	82		61	80
34	93			
TİN				
4-5	27			
YASİN				
12	47, 147			
YUSUF				
2	38		52	45
22	377		76	146
47	74		104	40
50	74			
YUNUS				
11	42		41	40
19	7		47	126
26	45		108	40
ZUHRUF				
32	89, 224		63	108
ZİMMER				
9	224		41	40
32	37		54	161

KANUNLARIN MADDE FİHRİSTİ

Maddeler	No. lar	Maddeler	No. lar
ANAYASA			
Başlangıç	2	31	9, 81
10	242	33	249
12	229	34	246
14	386, 242	35	336
15	242, 246	40	401
16	242	41	401
17	242, 246	42	157
22	306	43	214
27	307	62	81
28	233	114	80, 81, 315
30	315	118	9

AVUKATLIK KANUNU

84	399
----	-----

BORÇLAR KANUNU

1	118, 192, 206	51	291, 292, 299
5	120	52	285
6	118	55	294, 309
10	120	56	303
18	114, 123	58	298
19	57	62	215
20	57, 76, 272	63	215
21	202	64	215
23	206	65	57, 215
24	260	66	199
25	206	99	313, 290
28	206	125	199
29	206, 260, 272	126	199
30	202, 206, 260, 272, 319	127	199
31	206, 260	127	199
38	192, 212	132	199
41 I	142, 250, 274, 285 ve t.	133	199
41 II	59, 281	140	199
42	277	159	205
43	140, 277, 289	161	205
44	140, 317, 371, 279, 289,	198	196
	317, 369	213	193
45	277	226	75
46	277	234	58
47	344	238	159
48	273	240	158, 169
49	257, 277	241	173

Maddeler	No. lar	Maddeler	No. lar
244	159	360	377
245	159	365	167
250	302	411	93a
264	164	412	93a
321	295	413	93a
322	295	414	93a
337	217	415	93a
343	241	451	187
		504	92

BASIN KANUNU

19 307

CEZA KANUNU

16	162	441	191
26	162	442	191
44	126	443	191
49	284	454	237
50	284	461	285
61	35, 162	463	291
89	162	464	291
193	262	469	238
195	246	471	238
197	246, 257	476	53, 335
198	249, 257	477	70
230	81	478	70
232	308	480	246
237	101, 156	485	247
245	274	486	247
253	76	506	203c
264	164	507	203c
285	162, 244	518	274
288	384	519	291
289	162	526	274
308	259	527	335
358	74	534	266
359	74	546	274, 300
361	203c	547	246, 274, 300
366	75	548	274
367	75, 384	552	274
409	74	565	310
414	101	566	310
416	191	567	92
419	76, 101	568	92
420	76	569	92
423	101	571	150
426	56	572	150
440	101		

MADDELER FİHRİSTİ

387

Maddeler	No. lar	Maddeler	No. lar
CEZA USULÜ MUHA KEMELERİ KANUNU			
74	386	255	195
232	387	409	315

DEVLET ŞURASI KANUNU

23

68

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU

1	252	36	256
6	252	85	252, 256
32	256	86	252, 257
35	256		

HUKUK USULÜ MUHA KEMELERİ KANUNU

9	110	254	378
28	129	266	387
29	129	267	387
30	129, 130	268	387
70	33, 127	271	386
71	33, 127	287	194
73	9	288	194
76	233	289	194
77	11, 33, 380, 398	290	195
85	346	292	194, 195
94	275	293	195
101	304	294	195
103	304	295	210
110	304	299	293, 371
145	398	306	65
150	14, 346	326	388
151	69, 247	330	388
160	9	331	388
195	9	332	388
198	9	339	267, 389
217	230	344	392
234	118	346	392
236	378, 379	352	249, 392
238	351a, 373	373	315, 385
240	372	388	143
242	65	422	65, 276
244	65	428	278
245	250	438	278
249	250	445	195, 381
250	387	455	195
253	53	465	9, 226, 333

Maddeler	No. lar	Maddeler	No. lar
466	226	497	349
470	226	501	34
471	226	507	34, 69, 368
474	34	573	81, 114, 114, 315
494	349		

İCRA VE İFLÂS KANUNU

5	315	198	203b
6	315	206	231
72	215	257	304
80	284	259	304
82	203, 320, 344	278	58, 159
83	203	289	204
85	203, 284	296	203
88	317	297	203
100	231	298	203
101	231, 218	310	203c
111	203	311	203c
143	203	331	203c
177	209b.	334	335
184	247	343	60, 275
196	203	344	334

İŞ KANUNU

13	165	16	165
15	165		

TÜRK KANUNU MEDENİSİ

1	2, 114, 350, 393, 344	23	236, 263
2	33, 61, 110, 115, 142	24	51, 214, 275, 348
3	66, 377, 380,	37	232, 315
5	140, 371	46	233
6	370	48	315
7	369	63	164
8	223, 229 371,	70	132, 164, 168
9	371	71	132
11	191, 209	73	168
12	192, 209	76	168, 371
13	210	77	371
14	209	78	168
15	209	79	168
16	213	80	168

Maddeler	No. lar	Maddeler	No. lar
85	344	274	358, 360
87	199	275	358
88	192, 340, 341	277	332
89	340	279	359
92	343	285	359
95	341	296	197
112	342	310	101
113	343	316	332
114	55	317	332
121	343	318	278
123	156	320	297
126	111	321	218
129	350	355	52
130	350	356	52, 93a
131	350	359	92
132	350	360	366
133	350	365	366
134	350	366	53
138	351	368	366
139	351	379	52
143	353	382	367
144	354	383	367
150	351a, 344	384	368
151	85, 332, 345, 348	385	367
152	231, 329, 345, 347	391	368
153	345, 347 348	392	368
154	346	393	368
155	346	394	368
157	346	400	356
158	348	404	368
159	231	405	368
161	60	406	367
163	60, 231	409	368
164	60	410	315, 368
243	197	411	368
253	191	439	326
255	345	440	326
256	191	441	326
262	357	442	326
263	329, 538	443	231, 326
264	82, 358, 360	444	326
265	360	445	326
266	262	446	326
267	69	453	324, 174
271	357	460	327
272	358, 364	462	169, 173
273	69, 168, 358	479	177

Maddeler	No. lar	Maddeler	No. lar
480	177	634	62, 210
481	177	639	198
482	177	648	219, 277
484	177	649	219
485	178	650	219
486	179	651	222
487	179	656	300, 299
488	179	661	300
489	180	664	93a
490	180	677	285
499	206	699	200
507	58	700	200
520	181, 250	887	185
535	181	894	185, 285
583	174	898	185, 301
597	328	901	62
598	328	917	315
610	218	931	62, 210

MECELLE

1	11	28	155
2	115	29	154
3	115	30	155, 300
4	370, 378	31	155, 277
5	373	32	11, 122
6	200, 155	33	285
7	200, 155	34	323
8	371	35	323
9	371	36	397
10	371	37	397
11	371	38	378
12	116	39	105, 163, 397
13	118	40	116
14	118	41	397
15	6	42	373
17	122	43	397
18	11, 122	44	116, 397
19	154, 245	45	397
20	154, 277	46	155
21	155	50	11
22	155	51	11, 200
23	155, 206	52	118
24	155	53	277
25	155, 157	54	11
26	155, 157	55	155
27	11, 154, 157	56	155

Maddeler	No. lar	Maddeler	No. lar
57	160	79	379
58	67, 69	80	381
59	69, 357	81	11
60	116	82	160
61	116, 106	83	160
62	116, 106	84	160
63	119	85	298, 303
64	119	87	298, 303
65	117	88	298, 303
66	118	89	323
67	118	90	323
68	378	91	155, 283
69	120	92	323
70	120	93	323
71	121	94	303
72	116, 378	95	93a
73	378	96	93a
74	380	97	214
75	380	98	200
76	373	99	11
77	373	100	61, 347
78	381	161	200

TİCARET KANUNU

1	393	209	233
2	395, 399	273	235
20	196	274	235
22	216	381	67
24	205	1048	295
25	196	1087	295
57	273	1179	292
64	273		

TRAFİK KANUNU

16	309	50	309
18	309	55	310
48	34, 42	89	312

TEBLİGAT K.

6	318
---	-----

VATANDAŞLIK

13	111
----	-----

ZİKKROLUNAN MÜELLİF VE HAS İSİMLER TABLOSU

A

Ali Haydar 11, 154
August Cont 21
Adam Smith 25
Abadan 124

B

Bentham 8, 144, 150, 157, 270, 278,
356
Blandton 44
Baltacıoğlu 6, 8, 27, 132, 225, 325
Bentham 8, 132, 152
Bilmen 97, 99
Berki (Himmet) 106, 110, 404
Belgesay (Emcet) 114, 115, 142

C

Carel 6
Caferi Sadık 39
Cevdet Paşa 11
Claparède 132
Celaleyn 6, 148
Çantay 6, 91, 112, 129, 148, 331

D

Demogue 8, 21, 62, 157
Diyancet 14, 20, 16, 91, 112, 129, 148,
158, 225, 325
Del Vechio IV 137, 393
Drosnel 124

Domecque 89
Du Paquiers 393
Dönmezer 237

E

Elmalı 6, 66, 91, 112, 139, 158, 201,
243, 244, 271, 325, 327
Egger, 33 157, 361
Ebubekir 81

F-G

Fenelon 132
Fiessinger 150
Goodhard 402

H.

Hopps 22
Hazen 39
Honig 124
Hamelin (Jacques) 135
Hanbeli 99
Hubert 393, 183

İ-J

İmamı Azam 4, 97
İbni Nuceyn 11, s. 11 not
İhering 10
James (William) 28
İbni Rüşt 108, 112

K

Kesioğlu 4
Kant 26, 124
Kadıhan 243

L

Le Fur IV
Leriche 124
Levy Bruhl 393

M

Montesquieux 76
Mevakıp 91, 112
Manjini 238
Manastırh 106

N

Napoleon Bonapart 124

Ö-O

Ömer Rıza 39, 129, 6, 129, 148, 325
Osman Raşit, 6, 11, 112, 148, 225, 325
Ömer (Halife) 97
Oftinger 300

P

Pozitivistler 21
Payyot 124, 357

Pascal 89
Portalis 393

R

Roubier 21, 142
Ripert 393

S-S

St. Augustain 132
Spir 125a
Schneider 76, 159
Safii 97
Seviğ 111
Savary 148, 225
Sewarz 393

T

Tibyan 39, 112, 147, 158, 161, 201, 242
Tolstoi 44 not.

V-W

Vehbi 39, 91
V. Tuhr 57, 118, 123, 278
Womes 102
Verquet 124
Wieland 210

Y

Yörük 397

A L F A B E T İ K F İ H R İ S T

Rakamlar paragraf No. larıdır () içindekiler bakılması gereken kelimelerdir.

A

Acele 14
Aciz vesikası 203
Adabı umumiye 56 (Cinsî münasebet)
Adabı muâşeret 76
Adalet 124 ve t.
Adalet teşkilâtı (Toplu hakim. Kuvvetler ayrılığı)
Adli tevbih 162
Adli Tıp (Temyiz kudreti)
40, 43, 44, 48, 51, 57, 58, 59, 60
Adli müzaharet 9, 226
Af 161, 162.
Âfet 337
Ağaç (Komsuluk münasebeti)
Aile 338, 60, 70 (Ana, baba)
Akıl zayıflığı 52
Akıl hastalığı (Boşanma - Temyiz kudreti) 340
Akıl zayıflığı (Temyiz kudreti)
Akit 206 ve t. (Rüş - Eşler arası vazifeler)
Ahlâk 57, 40 ve t. (Taahhüt. Cinsî münasebet).
Alay 88, 269.
Alacak 203.
Alimler 66
Allah (Hayır ve Şer) 108, 149
Alkol (Şarap)
Amme menfaati 157
Ana baba 82
Ana karnındaki çocuk (Cenin)
Anayasa 2
Angariye 157, 235
Ara bulma (İyilik)
Arttırma 75

Asetizm (Fayda)
Astrent 54 (Hakim)
Asker (Patron)
Avarye (Tesanüt)
Avukat 34, 296.

B

Babalık dâvası 197
Bağışlama 158
Bahşiş 77
Basın mes'uliyeti 306, 307, 308
Başkası hesabına tasarruf 93a
Başkasının arsasında inşaat 219
(Kısmen tecavüz 222)
Başkan (Evlenme)
Bedenî yardım 53
Belagat 132
Belsağukluğu 239
Beyi (Satış)
Beyyine başlangıcı 195
Bentham 152 not.
Borçlunun himayesi 203 (Borç ödenmeden aciz vesikası)
Boşanma 349 (Mehir. İddet 352, 353, Hediyelerin iadesi 353, Yoksulluk nafakası 35, 363, Feri hükümleri 355.

C - Ç

Cebri icra 33 (İcra) 320.
Cenin 232
Cevap hakkı 307, 308
Cevap müddeti 9
Ceza adaleti 35, 47, 139
Cezai şart 205
Cinsî münasebet 78, 102 (Reşit olmalarıyla 191)

Cürmümeşut 99, 336
Çocuk düşürme 238
Çalışma 89

D

Darbimesel 36
Dâva 54, 65 (Müddetler, Eski hale getirme Adli muzakeret, Delil)
Dergi ve gazetede çalışanlar 166
Devletin mesuliyeti 315 ve t.
Diplomasi memurları (Yabancı devlet)
Disiplin cezası 9
Diyet 139 VIII
Delil 45, 65, 83 194b. 377 (Senet)
Determinizm 137
Doğru yol 3 ve t.
Doktrin 2
Doktorun mesuliyeti 314
Domuz eti 150
Dünya nimetlerinden faydalanma 149

E

Elbise (Örtünme)
Elektroşok tedavisi 239
Emniyet prensipi 183
Emniyet tedbiri 157
Eski hale getirme 9
Ev başkanı 297
Evlad 16, 217, 218.
Evlathık 192, 344
Evlenme 55, 94, 101, 102, 156, 192, 339, 341 Fiili - 346 (Karı - koca Evlilik birliği)
Evlilik birliği 347
Ev masrafları (Karı, metres)

F

Faiz 203, (Ödünç, Riba)
Fayda prensipi 142 ve t.
Fiili vaziyetler 193, 346
Fikir hürriyeti 56
Filim 56 (Ahlâk)
Finalite 149

Fırka (Hizip)
Formalizm 188 ve t. (Hüsnüniyet, İsbat)
Frengi 56, 157 (Tedavi)
Fuhuş (Frengi)

G

Gai illet (Finalite)
Gazete (Dergi)
Gayrimenkul 62, 210
Gebelik 238
Gemi 295
Görünüre itimad 184
Görüşme (Toplantı)
Gurur 16, 87
Günah 148

H

Hacir 52, 93a 211, 366
Haciz 218, 231, 304
Hâkim 60, 69 114, 129, 135, 308 (Asrtrent Basın)
Hakkın suiistimali (Hüsnüniyet kaidesi)
Hakikat (Doğru yol)
Hakkaniyet 125, 140
Haksız fiil (279 ve t.)
Haksız iktisap 214 (Zamanaşımı)
Harç 226 (Adli müzaheret)
Hasislik (İsraf, Hırs)
Hayır 108, 123, 153
Hayvan 203
Hırs 15
Hiddet (Toplantı)
His 25
Hırsızlık 138, VIII
Hiyle 64, 146a
Hizipleşme 19, 29
Hizmetin karşılanması 216
Hukuk 21, 31, 393, 405
Hukuk usulü 34
Hürriyet 56
Hüsnüniyet 33, 61, 66, 67, 375 (Formalizm 193, İnzibat selâhiyeti)
Hükmî şahıs 235

Hüküm 308, (Dâva hâkimi)
Hususi hayatın saklanması (Şahsiyet hakları)

İ

İadei muhakeme (Kaziyei muhkeme)
İbadet 148, 188, (Kible, Takva 125)
İçtihatlar 402
İdam 139 VIII
İdare 68, 80, 186
İddet (Evlenme)
İcra (Devlet aleyhine) 320
İhtar (Temerrüt)
İhtisas 6
İhtiyatî tedbir 34, 304
İkrar 379
İhtikâr 74
İlham 6, 112 (İhtisas)
İmam nikâhı (Fiilî evlenme. Nişanlanma. Metres. Tescili kanun)
İnsan tabiatı 12, ve t. 27
İnzibat selâhiyetinin suiistimali 69
İftira 162
İktidar 22
İlim (Musavat)
İntihar 237
İptal dâvası 58
İradei cüziye (Determinizm)
İsbat 371 ve t. (Akit, formalizm)
İsraf 93 (Hasislik)
İstikrar prensipi 11
İstisna akdi 313
İsyân (Ana baba otorite)
İstihdam edenin mesuliyeti (Patron)
İstirar hali
İstişare
İş akdi 165, 214
İtaat (Otorite)

K

Kan gütme 139 VIII
Karı koca 229, 547
Kartel (Tröst)

Kaatil 139
Kanun 109, 126 195, 393 (Tefsir)
Karine (Delil)
Karzı hasen (Ödünç)
Kategori kaide 190
Kaziyei muhkeme 381
Kefaret (Fayda) 148a
Kible 189 (İbadet formalizm)
Kısıtlı 213
Kızlık bozma 101
Kıyas 139 VIII
Kefalet 191
Kibir (Gurur)
Kira. Kiracı 93a 164 (Surekli akit)
Kıskançlık 17
Kıyafet 76, 91
Klinik (Patron)
Komşuluk münasebeti 93a, 300
Kolaylık 109, 146 (Hayır)
Konkordato 203
Kumar 92
Kur'an 27, 36-40, 81
Kusur 293, 298
Kuvvet 22
Kuvvetler ayrılığı 136

L

Lâiklik 56
Lakap 88
Lider 6, 10
Livata 52 not
Lojik 6, 10, 30
Lukoot (İş akdinin feshi) 165
Lüks (Süs)

M

Mahfuz hisse 174, 324
Makulat 26
Mal (Övünme, Adalet)
Maruf vakıalar 374 (Tevatür)
Mazeret 44
Mecelle 11, 115, 154, 200, 329
Menfaatin hukuka esas olması 24 (Fayda)
Merhamet 27

Mesuliyet 313 (Akit, Haksız fiil, Müdafaa, Tesanüt)
Meşruten tahliye 162
Metres (Fiilî evlilik) 216
Mezhepler 112
Mehir (Evlenme-boşanma)
Milletlerarası hukuk 125a, 234, 269
Mimar 313 (Patron)
Miras 174, 176, 204 324 ve t.
Mistik itikatlar (Şeytan) 149
Müdafaa 9, 71, 302
Müddetler 9, 197 (Zamanaşımı)
Mücadele 19
Muhacir 234
Muhkemat (Tefsir)
Muhakeme masrafları 315 (Adli muzaheret)
Müracaat yolları (İadei muhakeme)
Müzaheret (Eşler arasında) 85
Müzakere adabı 83, 127
Müsavat 223 ve t.
Müstehcen neşriyat 56, 112
Müddeiumumî 55
Müellefetilklup (Sosyal yardım)
Mülayemet (Ana baba, otorite, toplantı)
Mülkiyet 62
Mümessil 67
Müşavir 52
Müteahhit (Mimar)
Müteşabikat (Tefsir)

N

Nafaka 332
Namaz 108
Namzet (Vasiyet)
Nankörlük 13
Nato (Milletlerarası hukuk)
Nesep 197
Nişanlanma 199
Nükleer enerji 305
Nüfuzun suiistimali 101

O

Ortaklık fiilî (Karı, Metres)
Otorite 39, 80, 81

Ödünç (Faiz)
Örf 394 ve t.
Örfî idare 183
Ötönazi (İntihar)
Örtünme (Kiyafet)
Övünme (Grur)

P

Parti (Lider)
Patronun mesuliyeti 294
Piyango (Kumar)
Polis (Devletin mesuliyeti)
Propaganda 132
Pragmatizm 28
Prensip (Adalet, Doğru yol, İlham)

R

Riba 201
Riya 18
Ruh 20, 112
Rüşt yaşı 182, 191, 209

S

Sabır 84
Sabit fikir 130
Satış (Satılan malın ayıblı çıkması) 196
Selâm 86
Senet 199 (Vesika)
Sevki tabii 6 (Doğru yol)
Sigorta (Trafik kazaları)
Sılai rahim 90
Sicil 190
Sırrın muhafazası 243
Sorgunun hâkim tarafından idaresi 387
Sosyal haklar 21
Sosyal yardımlar 48, 53, 93, 330, ve t. (Adli muzaheret, Bedenî yardım Riya)
Spekülasyon 74
Spor 240
Sulfamid (Belsoğukluğu) 239
Suihal (Hacir)

Sürekli âkitler (Cemiyet, kira, hizmet) 164.

Süs 9

S

Şahadet 53, 141, 195, 378, 382 (Yalan şahadet)

Şahsiyet hakları 332, 349 (Farag ve takyidi 236)

Şarap 150

Şehvet (Doğru yol)

Ser (Hayır)

Şeytan 19, 20, 148

Şöhret (Övünme)

Şükür (Hırs)

T

Taahhüt 241 (Vaad, Akit)

Tabii hukuk 23

Tabii nizam 4

Taaddüdü zevcat (Evlenme)

Tabiiyet (Evlenme)

Tahliye (İstırar hali)

Takva 125 (Adalet)

Tarih (Tahrifi) 141

Tasarruf nisabı (Mahfuz hisse)

Tazminat (İş akdi, Haksız fiil, Boşanma)

Tebliğat (Usulsüz 398, 322, Devletin mesuliyeti) 318.

Tecil 162

Tefsir 103 ve t.

Temerrüt 196

Temyiz kudreti 210 (Hacir)

Terbiye (İnzibat vazifelerinin suiistimali)

Tesanüt 329 (Sosyal yardım, Haksız fiil, Sigorta, Avarya)

Tescil Kanunu (Fiilî evlenme)

Tesis (Vakıf)

Teşebbüs 35

Tevatür (Maruf vakıalar)

Tevbe 44, 161

Tevhidi içtihad kararları 9

Tevil (Tefsir)

Teyemmüm 108

Tıbbî mesuliyet 239 (Doktor)

Ticaret kanunu 196

Ticari vekil 187

Tolstoi 44 not.

Toplantı adabı 19 (İstişare mücadele)

Toplu hakim 135

Trafik kazaları 309 ve t.

Tröst 74

U

Usul hukuk 34 (İhtiyatî haciz, Dâva Cevap, Müddetler, Avukat)

Uzlaşma 302

Ümmet 7

V

Vaad 158 (Taahhüt, Akit, Bağışlama)

Vaaz (Prensip, Doğru yol)

Vakıf 168

Vasayet 365

Vasi 367 ve t.

Vasiyet 171 ve t.

Y

Yabancıların hakları 233

Yabancı devlet aleyhine takibat 322

Yalan şahadet 348

Yemin (edilen şeyin yapılmaması 158, Taahhüt, vaad, modern hukukta 391)

Yetim malları (Vasayet, Vasi)

Yoksulluk nafakası 375

Z

Zamanaşımı 197 ve t.

Zekât 39

Zem 100

Zilyetliğin himayesi 185 (Karı, Metres)

Zina 99 ve t.

Ziyaret ve selâmlaşma 86

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	9
MECELLENİN KÜLLÎ KAİDELERİ VE YENİ HUKUKUN ANA PRENSİPLERİ, ESERİNİN ÖN SÖZÜ	9
KISALTMALAR VE MÜELLİFİNİN İSMİ İLE ZİKROLUNAN Kİ-TAPLAR	13

BİRİNCİ BAP

PRENSİPLER

BİRİNCİ FASIL Doğru yol	17
İKİNCİ FASIL Prensiplerin lüzumu ve nereden çıkarıldığı	19
ÜÇÜNCÜ FASIL Prensiplerin mahzuru	22
DÖRDÜNCÜ FASIL Tâli prensipler	24
BEŞİNCİ FASIL Netice	25
ALTINCI FASIL Mecellede prensipler	26
YEDİNCİ FASIL İnsan tabiatı	27
SEKİZİNCİ FASIL Hukuk ve ahlâkta esas	31
DOKUZUNCU FASIL Hususî ve âmme hukukunda prensipler	37

İKİNCİ BAP

KUR'AN

BİRİNCİ FASIL Umumiyetle Kur'an hükümleri	39
İKİNCİ FASIL Kur'anda nasih ve mensuh âyetler meselesi	42
ÜÇÜNCÜ FASIL Ahlâkî ve hukukî hükümler	44
DÖRDÜNCÜ FASIL Hüsnüniyet kaidesi ve hakkın suiistimali	60
BEŞİNCİ FASIL Hukukun sahasında bazı ahlâkî ve ekonomik münasebetleri	67
ALTINCI FASIL Adabı muâşeret	76

YEDİNCİ FASIL Kur'anda nefse karşı vazifeler ve bazı adabı muâşeret kaideleri	70
I. Erkek ve kadın münasebeti	70
II. Görüşme ve toplantıda adap	70
III. Otoritenin adabı, emirlerin dinlenmesi	71
IV. Ana ve baba ile çocuklar arası karşılıklı münasebetler	75
V. Sabır	78
VI. İyilik ve ara bulma	79
VII. Ziyaret ve selâmlaşma	80
VIII. Kibir	81
X. Alay	81
XI. Çalışma	81
XII. Sılaî rahm	83
XIII. Kiyafet	83
XIV. Kumar ve piyango	86
XV. İsraf ve hasislik	87
SEKİZİNCİ FASIL Cinsî ahlâk	92

ÜÇÜNCÜ BAP

MEVZU METİNLERİN VE KUR'ANIN TEFSİRİ

BİRİNCİ FASIL Umumî ve hususî tefsir	104
İKİNCİ FASIL Tefsir prensipleri ve Kur'an	105
DÖRDÜNCÜ FASIL Medenî kanunda ve hukuk Usulü Kanununda tefsir	114
BEŞİNCİ FASIL Mecellenin küllî kaidelerinde tefsir	116
ALTINCI FASIL Federal Mahkemeye göre tefsir kaideleri	121

BEŞİNCİ BAP

ADALET PRENSİPLERİ

BİRİNCİ FASIL Mevzuatta adaletin esas olması lüzumu	125
İKİNCİ FASIL Adaletin ne olduğu	128
ÜÇÜNCÜ FASIL Adaletin tezahürü bakımından toplu ve münferit hakim - kuvvetler ayrılığı	136
DÖRDÜNCÜ FASIL Determinizm	138
BEŞİNCİ FASIL Adalet prensipleri	140

A L T I N C I B A P

ADALET PRENSİPLERİNİN TAHLİL
VE TATBİKATI

BİRİNCİ FASIL	Karşılıklı menfaatlar adalet terazisinde	149
İKİNCİ FASIL	Vaad ve taahhütler	166
ÜÇÜNCÜ FASIL	Tevbe ve af	169
DÖRDÜNCÜ FASIL	İleriki menfaatler	172
BEŞİNCİ FASIL	Vasiyet ve bağışlama	179

Y E D İ N C İ B A P

EMNİYET PRENSİPİ

BİRİNCİ FASIL	Emniyet ihtiyacı	189
İKİNCİ FASIL	Görünüre itimadın korunması	190
ÜÇÜNCÜ FASIL	Formalizm	192
	I. Kur'anda formalizm	192
	II. Formalizmin fayda ve mahzurları	194
	III. İsbatı kolaylaştıran formaliteler	199

S E K İ Z İ N C İ B A P

MAL VE HİZMET MÜBADELESİNDE ADALET

BİRİNCİ FASIL	Kıymetlerde teadül	209
İKİNCİ FASIL	Borçlunun himayesi	213
ÜÇÜNCÜ FASIL	Taahhütlere sadakat ve cezai şart	216
DÖRDÜNCÜ FASIL	Akdin müteberlik şartları	217
	I. İrade beyanı	217
	II. Ehliyet	219
BEŞİNCİ FASIL	Haksız mal iktisabı	223
	I. Prensip ve Kur'an	223
	II. Borçlar kanununda haksız iktisap	225
	III. Hizmetlerin karşılanması	226
	IV. Başkasının arsasında inşaat	228

D O K U Z U N C U B A P

ŞAHSİYET HAKLARI

BİRİNCİ FASIL	Musavat	231
İKİNCİ FASIL	Haklara hürmet	237

ÜÇÜNCÜ FASIL	Şahsiyet haklarının ferağ ve takyidi	239
DÖRDÜNCÜ FASIL	Bazı şahsiyet hakları	242
	I. Sırrın masuniyeti	242
	II. Mevzuatta özel sırların korunması	247
	III. Eser ve mektuplar üzerinde hak	251
	IV. Portre ve fotoğraf üzerinde hak	253
	V. Kendi kendine hak alma ve müdafaa	254
	VI. Kararda serbestlik	255
	VII. Mesken masuniyeti	255
	VIII. Hürriyet	255
	IX. Boykot ve rekabet	262
BEŞİNCİ FASIL	Hakların müeyyideelri	265
	I. Cezalar	265
	II. Dâva hakkı	266

O N U N C U B A P

MES'ULİYET

BİRİNCİ FASIL	Haksız fiil, haksız fiil mesuliyetinde aadlet	271
İKİNCİ FASIL	Kusur	275
ÜÇÜNCÜ FASIL	İllyet rabıtası	277
DÖRDÜNCÜ FASIL	Haksız fiile iştirak	279
BEŞİNCİ FASIL	Başkasının fiilinden mesuliyet	280
	I. Patronun mesuliyeti	281
	II. Ev başkanının mes'uliyeti	282
ALTINCI FASIL	Kusursuz mes'uliyet	283
	I. Mal sahiplerinin mes'uliyeti	283
	II. Hayvanların fiilinden mes'uliyet	286
	III. İhtiyatî tetbir ve haciz	287
	IV. Nükleer enerjinin sebep olduğu zarardan mes'uliyet	288
	V. Basın mes'uliyeti	288
	VI. Trafik kazalarında mes'uliyet	290
	VII. Mimarın mes'uliyeti	292
	VIII. Doktorun mes'uliyeti	293
	IX. Devletin mes'uliyeti	294
	X. Netice	301

O N B İ R İ N C İ B A P

MİRAS

BİRİNCİ FASIL	Mirasın meşruiyeti	303
İKİNCİ FASIL	Miras hisseleri	303

ON İKİNCİ B A P

TESANÜT VE YARDIMLAŞMA

BİRİNCİ FASIL Prensip	307
İKİNCİ FASIL Malî yardım	307
ÜÇÜNCÜ FASIL Nafaka	311
DÖRDÜNCÜ FASIL Bedenî yardım	313

ON ÜÇ Ü N C Ü B A P

AİLE MÜNASEBETLERİNDE ADALET

BİRİNCİ FASIL Aile	315
İKİNCİ FASIL Evlenme	316
ÜÇÜNCÜ FASIL Fîlî evlilik	319
DÖRDÜNCÜ FASIL Karı koca arasında vazifeler	321
BEŞİNCİ FASIL Boşanma	324
I. Boşanmanın kabulünde zaruret	324
II. Kur'anda boşanma	325
III. Medenî Kanunda boşanma sebepleri	329
IV. Boşanmanın fer'i hükümleri	332
ALTINCI FASIL Küçüklerin ve aklı zayıf olanların himayesi	334
I. Himayenin lüzumu	334
II. Velâyet	336
III. Vesayet	341

ON DÖRD Ü N C Ü B A P

İSBAT HÜKÜMLERİ

BİRİNCİ FASIL Lojik ve adlî isbat	345
İKİNCİ FASIL İsbat külfeti	345
ÜÇÜNCÜ FASIL Delil vasıtaları	349
DÖRDÜNCÜ FASIL Delillerin toplanmasında hâkimin selâhiyeti	355
BEŞİNCİ FASIL Yemin	359

ON BEŞ İ N C İ B A P

HUKUKUN KAYNAKLARI

BİRİNCİ FASIL Örf hukuku	361
I. Örf hukukunun fayda ve mahzurları	363
II. Örfün otoritesi	365
III. Örfün unsurları	366
IV. Mahallî ve meslekî örfler	368
İKİNCİ FASIL İctihatlar	370
ÜÇÜNCÜ FASIL Doktrin	371
DÖRDÜNCÜ FASIL Netice	372

YANLIŞLAR TABLOSU

Göze çarpan önemli yanlışlar

Sahife	Satır	Yanlış	Doğru
9	3 not	çizmek	çözmek
18	28	insn	insan
20	31	isbatını	isabetini
33	2	sası	esası
37	23	zar	zarar
38	4	tahkkattan	tahkikattan
41	11	bildiğimiz	bildiğiniz
43	12	unutacağım,	unutacağımı
43	13	ayetinin	ayetini
43	24	Vahbi	Vehbi
45	21	indirmedik	indirdik
53	7	uzah	izah
53	35	edilemezse	edilmezse
82	20	vaziyete	vaziyette
86	31	larını	ları
95	17	... Evli	Demek, evli
104	11	. Metni	, metni
107	6	az	...
115	4	şairin	şariin
115	14	Kanunla	kanun
120	27	Vulüsüne	vusulüne
127	1	iyilikte	iyilikle
127	14	karısına	karısı
130	22	koluşsunlar	konuşsunlar
130	27	21	71
134	19	tabakasın	tabakasına
141	4	onu unuttukları	unuttuklarından
141	24	kıymetlendirir	kıymetlendirilir
149	16	zararlarının	zararların
149	22	dinle	dinde
155	16	eedrler.	edenler

Sahife	Satır	Yanlış	Doğru
156	33	bri	bir
161	5	hafaza	ahaza
168	13	buru	burî
169	17	uzun	daha uzun
173	29	teşebbüsün	teşebbüsü
175	1	getirdiği	girdiği
176	6	münasebetini	münasebeti
176	23	onun	onu
182	23	kaldırılması	kaldırması
190	5	ğunu	ğu
197	2	ayyaş,	ayyaş
197	36-37	hâkimin evlâtlık alma	evlâtlık almak için ha- kimin
200	2	taraf... edilmesinden	tarafın... etmesinden
203	24	otel	otelci
210	31	...	Ali İmran 130
214	25	alaraklılarını	alacaklılarını
215	24	mameleki	mamelekini
216	8	506 506	506 507
217	21	istenme	istenmesi
221	32	mahkeme	mahkemeyi
224	6-7	kazanç...	kazançtır (satırın sonu ve 7 nci satır silinecektir
225	27	se-	sebebiyle
228	34		Bu satır zaittir.
229	31	tahminini	tazminini
234	12	ması	mak
234	22	istediğiniz	bir isteğiniz
237	9	ettiğinden	etmediğinden
242	1	gelir	gelirli
244	not	s.	S.
245	32	MK.	BK.
251	8	inhisarı	inhisarî
254	8	taşımadığını	taşıdığını
263	14	anlaşmadan	anlaşmalarla
264	4	birliğinin imalâtçılar	birliği imalâtçılara
267	23	almadan diğerinin faa- liyetinden istifade	diğerine hizmet veya'
268	29	sağlam bir	
280	8	da	da zarardan
281	14	dudunda	hudusunda
287	1	ihtiyatsızlığın	ihtiyatsızlığının
288	15	Ammenin menfaati ile bu	 Bu
289	5	aykırı	aykırı olmamak
292	5	566	565
303	13	edebileceği için	etmiş ise

Sahife	Satır	Yanlış	Doğru
303	16	tazyik ile	tazyika maruz kalabileceği,
304	5	...	Nisa 11
304	Son	etmesi	edilmesi
307	17	tabî	tabîî
309	14	zaman	—
319	17	birleşmeler	birleşenler
320	23	ataraka	atarak
326	24	hükmün	hükmünce
329	25	eşler	eşleri
331	12	hadise	hadis
336	10	çocuğunu	çocuğuna
337	29	tetbirlere	tetbirlerle
338	32	onu	ona
341	21	matup	matlup
343	14	satılmasının	satılmasını
343	28	etmesinin	etmemesinin
346	8	hatasının	hata
346	14	göstermektedir	göstermektir
347	13	kişinin	ikisinin
349	13	ilgililesin	ilgililerin
350	17	deli	delil
351	27	sebepleri	sebepler
356	27	yapılmamasına	yapılmasına
361	8	aknuna	kanuna
363	12	buldukları	bulmadıkları
363	35	kabu	kabul
366	19	oldukça	oldukta
367	2	Bu satır fazladır	

FAKÜLTELER MATBAASI
tarafından tabedilen
bu eserin baskısı
26 NİSAN 1963
tarihinde bitmiştir.