HUKUK MANTIĞI VE TEFSİR

KANUN VE MUKAVELELERİN TANZİM VE TEFSİRİNE AİT KAİDE VE ASILLAR

MÜELLLİFİ:
ALİ HİMMET BERKİ
YARGITAY İKİNCİ HUKUK DAİRESİ BAŞKANI (E.)

ANKARA-2018

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ

HUKUK MANTIĞI VE TEFSİR

Birinci Basılış : Güney Matbaacılık ve Gazetecilik
T.A.O. ANKARA - 1948

Türkiye Adalet Akademisi
Yayınlarında Birinci Baskı : Mart 2018

ISBN : 978 605 9095-54-9

Türkiye Adalet Akademisi
Adına Sahibi : Yılmaz AKÇİL, Danıştay Üyesi,
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Genel Editörler : Mustafa ARTUÇ, Türkiye Adalet Akademisi
Başkan Yardımcısı
Ertan AYDIN, Daire Başkanı

Editör ve Yayın Danışmanı : Dr. Yasin ÇEVİK, Hâkim

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü : Fethullah SOYUBELLİ, Hâkim

Kapak - Dizgi - Mizanpaj : Hüseyin ÖZTÜRK

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ
Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
Çankaya/Ankara
Tel : (0 312) 489 81 80
Fax : (0312) 489 81 01
web : www.taa.gov.tr
e-posta : taa@adalet.gov.tr

Baskı: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. km Ergazi, Şaşmaz/ANKARA

HUKUK MANTIĞI VE TEFSİR

KANUN VE MUKAVELELERİN TANZİM VE TEFSİRİNE AİT KAİDE VE ASILLAR

MÜELLLİFİ:
ALİ HİMMET BERKİ
YARGITAY İKİNCİ HUKUK DAİRESİ BAŞKANI (E.)

ANKARA-2018

Ali Himmet BERKİ'nin Kısa Hayat Hikâyesi[1]

Demircizade Kadı Osman Efendi'nin oğludur. 17 Ocak 1882'de babasının kadılık yaptığı Elbistan'da doğmuştur. Aslen Akseki'nin Unulla (bugünkü adı: Ürünlü) köyündendir. İlk öğrenimini köyünde ve İbradı Rüşdiyesi'nde yapmıştır. Daha sonra İstanbul'a gitmiş ve Tokatlı Mehmed Şâkir Hoca'dan ders okuyarak icazet almıştır (1909). Medresetü'l-Kudat'ı, 26 Ağustos 1909 tarihinde birincilikle bitirmiştir. İlk olarak Meşihat-ı İslamiyye Dairesi Fetvahanesi'nde İ'lâmat Odası katipliğine (1909), kısa bir süre sonra yine İ'lâmat Odası memur yardımcılığına, 18 Eylül 1911'de de müsevvidliğe tayin edilmiştir. 1913'te ilâve bir memuriyet olarak Medresetü'l-Kudat'ın "Ahkâmü'l-arazi" hocalığına getirilmiştir. Bu arada hocası Mehmed Şâkir Efendi'nin kızı Ayşe Hanım'la evlenmiştir. 1914'te Tokat, 1915'te Amasya; 6 yıl sonra tekrar Tokat ve 1922'de de Ankara merkez kadılığına tayin edilmiştir. Bu vazifeden istifası üzerine Şer'iyye ve Evkaf Vekâleti Hey'et-i İftâiyye üyeliğine getirilmiştir.

1922'de İstanbul 3. Asliye Mahkemesi'ne, bir müddet sonra da İstanbul Asliye Mahkemeleri Birinci Reisliğine tayin edilmiştir. Bir yıl sonra, o tarihlerde Eskişehir'de bulunan Temyiz Mahkemesi'ne üye ve ardından da 2. Hukuk Dairesi'ne başkan olmuş ve emekliliğine kadar bu görevde kalmıştır.

Emeklilik döneminde de ilmi ve mesleki faaliyetlerini sürdürmüş ve 24 Mayıs 1976 tarihinde vefat etmiştir. Vasiyeti gereği doğduğu köye götürülüp babasının yanına defnedilmiştir. Üçü erkek, üçü kız, altı çocuğu olmuştur. Oğullarından ikisi hukuk profesörü (Osman Fazıl Berki ve Mehmet Şakir Berki), biri de hâkim (Sadettin Berki) olarak vazife görmüşlerdir.

Hem İslâm ve Osmanlı Hukuku, hem de Türk Medeni Hukuku alanında çalışmış ender hukukçulardandır. Bunda, bir geçiş döneminde yetişmiş olmanın ve bu dönemin imkânlarından

1 Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi'nin, Şakir Berki tarafından kaleme alınmış olan "BERKİ, Ali Himmet" maddesinden alınmıştır.

faydalanmanın da rolü olmuştur. Kendi döneminde pek ilgi gösterilmeyen konulara el atmış, bu alanlarda faydalı eserler meydana getirmiştir. Gerek hâkimlik görevinde, gerekse ilmi çalışmalarında dikkatli ve titiz bir araştırmacı olmaya özen göstermiş, çevresinde yetişmekte olan hukukçulara da bunu aşılamaya çalışmıştır. Hukukçuluğunun yanı sıra tıp, tarih ve edebiyata, bu arada Fars edebiyatına da ilgi duymuştur.

Ankara'da bulunduğu dönemlerde Mehmed Akif'le ve kısa bir süre kaldığı Mısır'da da Akif'in yakın dostu Yozgatlı Mehmed İhsan Efendi ile tanışmış, onlarla köklü bir dostluk kurmuştur.

Aralarında Vakıflar, Vasiyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar, Mecelle, Miras ve Tatbikatı, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Fatih Sultan Mehmed Han ve Adalet Hayatı gibi eserlerin de olduğu çok sayıda kitabı ve başta Vakıflar Hukuku olmak üzere, çeşitli alanlarda yüzlerce makalesi bulunmaktadır.

TAKDİM

Türk Medeni Kanununun 1. maddesinde "*Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır*" hükmü yer almaktadır.

Bilindiği gibi kanun ve sözleşmeleri yorumlayabilmek, hukuk fakültesi müfredatını aşan bir donanıma sahip olmayı gerektirmektedir. Ülkemizin yetiştirdiği büyük hukukçulardan biri olan merhum Ali Himmet Berki'nin yayına hazırladığımız çalışması, bu alanda büyük bir boşluğu doldurmaktadır. *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Osmanlı hukuk müktesebatının bugün yürürlükte bulunan mevzuata ve bu mevzuat çerçevesinde akdedilen sözleşmelere nasıl uygulanacağını göstermesi bakımından da sahasındaki yegâne eserdir. Nitekim temas ettiği kanunların tamamı yürürlükten kaldırılıp yeni kanuni düzenlemeler yürürlüğe konulmuş olmasına rağmen eserin değerinde ve öneminde hiçbir eksilme olmadığı görülmektedir. Hukukçularımız için vazgeçilmez bir başvuru kaynağı olan bu eserin, sahasında yapılacak yeni çalışmalara da ilham vermesi en büyük arzumuzdur.

Türkiye Adalet Akademisi, ilk ve tek basımı 1948 yılında gerçekleştirilen bu kıymetli eseri 70 yıl sonra yeniden hukuk camiasının dikkatine sunmanın bahtiyarlığını yaşamaktadır. Kitabın Türkiye Adalet Akademisi yayınları arasında basılmasını sağladıkları için müellifin saygıdeğer mirasçıları Aydın Berki, Nermin İzgü, Ali Selçuk Berki, Kamil Eşfak Berki, Ömer Berki, Ayşe Nur Berki, Hüseyin Himmet Berki, Fatih İzgü, Füsun Yalçınkaya Dilligil'e kalbî şükranlarımızı sunarız.

Yılmaz Akçil
Danıştay Üyesi
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

TEŞEKKÜR

Kıymetli dedemiz Ali Himmet Berki'nin bizleri gururlandıran çok sayıdaki eserinden biri olan "Hukuk Mantığı ve Tefsir"in yeni baskısını gerçekleştirme isteği konusunda Türkiye Adalet Akademisi'nin değerli Hâkimi Dr. Yasin Çevik'in 2017 Sonbahar aylarında bizleri bilgilendirmesi, ailemizde büyük sevinç ve heyecan yaratmıştır.

Sevgili dedemizin vefatının üzerinden 42 yıl, bahis konusu eserin yayımlanmasından bu yana ise 70 yıl geçmiş olmasına rağmen, Türkiye Adalet Akademisi gibi saygın bir kurumun, değerli dedemizin bu kitabını başta yargı mensupları olmak üzere, ülkemiz hukukçularının ve ilgili diğer kesimlerin faydalanmasına sunuyor olması, Berki Ailesi için her türlü gururun üzerindedir.

Kitabın, Medeni Kanunumuzun 1. maddesinde ifadesini bulan ve mesleğin yüceliğini, hatta kutsiyetini en güçlü şekilde vurgulayan "hâkimin hukuk yaratması ilkesi" bağlamında yönlendirici bir fayda sağlamasını; hukukçularımızın gai yorum yapmalarına destek olmasını ve ideal hukuk düzeninin sağlamlaştırılması adına ek bir yapı taşı işlevi üstlenmesini temenni ediyor; basım için inisiyatif alan Türkiye Adalet Akademisi'nin değerli Başkanı Sayın Yılmaz Akçil'e; projenin gerçekleştirilmesindeki sabırlı gayretleri için Akademi'nin kıymetli Hâkimi Sayın Dr. Yasin Çevik'e ve tüm Akademi Camiası'na şükranlarımızı sunuyor; bize bu onuru ve mutluluğu yaşatan sevgili dedemiz Ali Himmet Berki'ye de özel teşekkürlerimizin ve sonsuz minnet duygularımızın ulaşacağını umuyor; bu vesile ile, mekânının cennet olmasını, bir kere daha bütün kalbimizle diliyoruz.

Ali Himmet Berki'nin Torunları

Mart 2018

Editörün Notu:

1- Eser, 1948 yılında neşredilen haliyle yayına hazırlanmış olduğundan o tarihte geçerli olan imla kurallarına müdahale edilmemiştir. Ancak okuyucu tarafından okunmasında güçlük çekileceği değerlendirilen *No:lı* ve *No:lu* ibareleri yerine *Numaralı*; *meni* yerine *men*; *milk* yerine *mülk*; *ad olunur* yerine *addolunur*; *müstekil* yerine *müstakil*; *kiymet* yerine *kıymet*; *filî* yerine *fiilî*; *vilâyet* yerine *velâyet*; *lagiv* yerine *lağv*; *vaid* ve *vad* yerine *vaad* imlaları kullanılmıştır. Buna ek olarak metinde açıkça belli olan yazım ve dizgi hatalarının düzeltilmesi ile iktifa edilmiştir. Müellifin metin içinde farklı imlâ ile kullandığı kelimelere müdahale edilmemiştir.

2- Eserin ilk neşrinde yer alan fihrist ve indeksler güncelliğini kaybettiği için bu baskıya alınmamıştır.

3- İlk baskının sonunda yer alan Doğru-Yanlış Cetveli metne işlendiği için bu baskıya alınmamıştır.

4- Eserdeki teselsül hataları düzeltilmemiş ve olabildiğince müellifin dizgisine sadık kalınmaya çalışılmıştır.

5- Eserde temas edilen mevzuat hükümlerinin bugüne değin önemli tadillere uğradığı hatırda tutulmalıdır.

Dr. Yasin ÇEVİK

ÖN SÖZ

Kanunlar, mevzuuna müteallik umumî hükümlerle külli kaide ve meseleleri ihtiva eder. Kanun vazıı namütenahi hâdiseler ve teferruatiyle meşgul olmaz. Bu hukukçulara, hâkimlere düşen bir vazifedir. Bununla beraber gerek kanunlarda gerekse bir veya iki taraflı tasarruf ve bu tasarruflara müteallik vesikalarda kullanılan kelime ve ibarelerin kendilerine hass mânaları ve kanun vazıının ve tasarruf yapanların bir takım maksatları vardır. Söylenen ve yazılan sözler açık veya müphem olabilir. Bu kasden olabileceği gibi beyan kaidelerine riâyet edilmemek veya bir sehiv ve hata neticesi olmak da mümkindir. Çok defa kelime ve ibarelerden ne kasdedildiğini anlamak güç bir mesele halini alır. Bir sözün imâli mümkün oldukça ihmali cihetine gidilemiyeceğinden maksadı arayup bulmak icabeder.

Sevki menfaatla alâkalılar; sözü, kanunu kendi menfaatlarına uydurmağa kalkışırlar. İbareler, siyak ve sibak ve hükümlerin illet ve menatları ve lisan kâideleri çerçevesinde maksada uygun olarak tefsir olunmak gerektir[1]. İşte, tefsir ilmi bu zaruretten doğmuştur.

İslâm hukukçuları daha bidayette bu ihtiyacı anlıyarak "Usulü fıkıh" ve tâbiri âharla "Hikmeti teşri" adı verilen bir ilim meydana getirmişlerdir[2]. Bu sayede fıkıh feyyaz bir cereyan almış ve inkişaf etmiştir.

Hukuk ilmi riyazî ilimler gibi olmayıp idarî, iktisadî, içtimaî

---

1 Mukavele ve kanunların tefsirleri aynı esas ve asıllara göre cereyan eder. Ancak, mukavelelerde tatbik olunan bazı tefsir kaideleri vardır ki bunlar kanunların tefsirinde kullanılmaz. Nitekim bahsi mahsuslarında görülecektir.

2 Usulü fıkıha dair bu namla en evvel eser yazan hicri 204 tarihinde Mısır'da vefat eden İmamı Şafii Hazretleridir. Risale halinde olan bu eser "Kitabül'üm" namındaki kitaplarına bir mukaddime gibidir. Müşarünileyh bu risalede Kur'an, Hadis, Nasih, Mensuh, İcma ve İçtihad ve İstihsan gibi bahisleri izah etmiş ve sonradan gelen fukaha bunu tevsi eylemiştir.

icaplarla, örf ve teâmül ile ayarlanmak gerekli olduğundan düşünüş ve görüşlerde müctehitler arasında ihtilâflar hasıl olmuş ve neticede hilâfiyat ilmi namiyle bir ilim vücude gelmiştir. Hilâfiyata dair bir çok eserler olup memleketimizde en meşhuru fukahayı hanefiyeden 432 tarihinde irtihal eden İmamı Debûsînin "Tesisünnazar" namındaki muhtasar eseridir. Bu eser ulemâ ve fukaha arasında muteberdir. Bu eserde müctehitlerin istinad ettikleri bazı asıl ve kaideler izah olunmuştur. Fakat muhtasar ve risale halindedir. Bu ilme dair mütekaddimîn ve müteahhirîni ulemanın çok kıymetli eserleri vardır.

Beyana hacet yoktur ki bir kanunun ihtiva ettiği hükümler birer asla racidir. O illet ve asıllar ki bir silsilei mantıkiyye halinde o kanunun ruhunu teşkil eder. Eski medenî kanunumuzda yani mecellede meselelerin asılları 99 madde olarak toplu bir halde tanzim olunmuş idi. Mâhazâ külli kaideler bunlardan ibaret değildir. Bu kaidelerin bir araya toplanması hukukçu ve hâkimlere icmalî bilgi ve istinas temini içindir.

Usulü fıkıh Hukuk Fakültelerinde okutulmakta iken hukuk inkılâbından sonra bu ders programdan çıkarılmış, fakat bunun yerini dolduracak bir kürsü ihdas edilmemiştir.

Filhakika ilmi hukukun medhal kısmında tefsir ve ictihaddan bahsedilirse de bu şöylece konuya bir temastan ibarettir. Halbuki tefsir ilmi başlı başına üzerinde durulmağa ve fikir yormağa değen bir ilimdir. Diğer ilimler gibi bunun da kaide ve zabıta ve incelikleri vardır.

Bugünkü içtihat ihtilâflarının çokluğu bu kaide ve esasların nazara alınmamasından ve kanunlar kaleme alınırken hükümler arasındaki ahenk ve tenazura ve kelime ve ibarelerin medlüllerine dikkat edilmemesinden ileri gelmektedir. Kanunu tefsir etmek ne kadar güç bir iş ise kanun yapmak daha güç bir

sanattır[3]. Bir tecrübe olmak üzere bu önemli konu hakkında bir risale yazmağı düşündüm. Görebildiğim eserlerden istifade ve meseleler üzerinde imali fikir ile vasıl olduğum neticeleri yazmağa çalışacağım.

Yeni tâbirlerin tam mânaları tekarrur etmemiş olduğundan eseri hukuk lisaniyle fakat sâde olarak yazmağa uğraşacağım. Muvaffak olursam Cenabı Hakkın lütuf ve inayeti eseri olarak mesleke bir hizmet yapmış olacak, muvaffak olamazsam çalışmamı heder saymıyacağım. Çünkü gaye Türk hukukuna nâçiz bir hizmetten ibarettir.

Şu muhakkakdır ki eserin ihtiva edeceği mes'eleler tamamen kabule mazhar olmasa bile genç hukukçularımızı düşünmeğe ve tefsir hakkında fikir edinmeğe teşvik edecektir. Başlı başına yalnız bu bile bir faidedir.

Muvaffakiyet Allah'tan.

---

3 Bir kanunun tanziminde taallûk ettiği ilimde meleke ve ihtisas ile beraber usulü teşria da riayet edilmek iktiza eder. Ezcümle hükümler cemiyetin menfaat ve fertlerin tabiî haklarına ve örf ve adete ve adalet ve hakkaniyetin icaplarına muvafık olacak ve kanunun heyeti umumiyesini teşkil eden hükümler arasında tam bir irtibat ve tenazur bulunacaktır. Bundan başka ibareler münekkah ve medlüller vazıh olup delâletleri kasdolunan mânadan noksan ve fazla olmıyacak ve gayrime'nus ve garip lâfızlar kullanılmayacaktır. Bunların ne kadar güç ve mühim bir iş olduğu açıktır.

BİRİNCİ KISIM

Mukaddime

BİRİNCİ FASIL

Tefsir

İlk sözde hukukta tefsirin ehemmiyetini kısaca kayıt ve hukuk ilminin tekâmülü ancak bu tarikle mümkin olabileceğine işaret ettik. Muasır hukukta kanunların tefsiri hakkında muhtelif meslekler vardır ki bunları başlıca üç nazariyyede toplamak mümkindir:

1 — Ahvalin küllisinde hâkim kanunun, zamanından mülhem olan esas ve hükümleriyle bağli kalmayıp hâdiselerin vukuu zamanındaki icap ve şartlara göre adalet ve hakkaniyete uygun olarak hâdiselerin hükmünü tâyin etmek.

2 — Kanun vazıı her hâdiseyi düşünmüş farz ederek kanunu idare eden esas ve kaideler çerçevesi içinde vazıı kanunun maksat ve gayesine uygun olarak hâdiseleri hallü fasl etmek.

3 — Evvelâ kanunu lâfz ve ruhiyle tatbik etmek ve kanunun lâfız ve ruhiyle temas etmediği hâdiselerde örf ve âdeti, örf ve âdet de yoksa kanun vâzıı gibi hâkim (Yargıç) içtihadını hâkim kılmak.

Birinci nazariyye yüksek bir adalet fikir ve aşkından mülhem cazib bir düşünce olmakla beraber ayni zamanda bir takım mahzurlar taşımaktadır.

Filhakika, kanun vazının arzu ve iradesine aykırı olmamak şartiyle hakkaniyet ve adaleti istihdaf eden faaliyet yerinde olacağı gibi hukuk ilminin kabul ettiği zaruret ve icaplar karşısında varılan ictihatlar makbul ve muhteremdir. Ancak kanunların sarih hükümleri ve ilmin düstur ve kaideleri haricindeki gayretler tehlikelidir. Cemiyetin kaza hakkını temsil eden hâkimlerin o

cemiyetin sarih veya zımnî temayül ve iradesiyle mukayyed olmayarak hareket etmeleri tefriki kuvva ve temsil esaslariyle kabili telif görünmez. Gerçi hukuktan gaye ferdlerin münasebetlerini hüsnü tanzim ile adil ve intizam temininden ibaret ise de her hâkimin, hakkaniyetin istediği şekilde bunu takdir etmesi ümit edilemez. Hele hukuk ilminin mütearife ve kanunların sarih hükümlerini tatbik edemiyen bir muhitte hâkimlere bu derece geniş salâhiyet tanımak hiç doğru olmaz.

Bir cemiyeti teşkil eden fertler muamele ve münasebetlerini kanunların sarih hükümlerine tevfik etmek zorundadırlar. O hükümler ki kanun vazıının iradesinin aynidir. Hâkimlere böyle bir salâhiyet verildiği andan itibaren kanunun tanzim ve neşrindeki hikmet bertaraf olmuş olur. Meçhuliyetler içinde hukukî muameleler teşevvüş ve felce uğrar.

Hülâsa, şunu demek istiyoruz ki hâkimlerin faaliyet ve içtihatlarının bir hududu olmalıdır. Bahsi mahsusunda görüleceği üzere taknin ve kanunları tefsirde teşriî heyetler bile mutlak bir salâhiyeti haiz değildir. Tabiî hukuk prensipleri, örf ve âdet gibi bir takım kayıtlara ve metinleri tefsirde tefsir kaidelerine riayet zaruretindedirler.

İkinci nazariyeye gelince: Birincide ne kadar ifrat varsa ikincide o nisbette tefrit vardır. Hiçbir kanun vazıı vukuundan evvel bütün hâdiseleri ihata ve derpiş edemez. Bir kanun çıktığı gün yepyeni bir hâdise vukua gelebilir. Bunun hükmünü mutlaka kanunda aramak mânâsız ve hattâ abes olur.

Bazı İslâm hükümdarları, İlmî heyetler marifetiyle muhtemel vakıaların hükümlerini tâyin maksadiyle "Fetevayı Hindiye" ve "Hâniyye" gibi muazzam eserler vücuda getirmişler, fakat mesaili tamamen ihata edememişlerdir.

En makul ve mahzurdan salim olan sistem İsviçre medenî kanununun ihtiyar ettiği sistemdir. Şüphesiz bu asırlarca yapılan tecribelerin muhassalasıdır. Hâkim, kanunun mantık ve delâletleriyle ve kanunun lâfız ve ruhiyle temas etmediği hâdiselerde örf ve âdetle ve örf ve âdet de yoksa bir kanun vâzıı imiş gibi içtihatdiyle hareket edecektir. İslâm hukuku da içtihad

salâhiyetini bunun gibi bir hudutla tahdid etmiş[1] ve bunu "Mevridi nâsda içtihada mesağ yoktur" kaidesiyle ifade eylemiştir.

Örf ve âdete müstenid olan hükümlerin örf ve âdetin değişmesiyle mer'iyetten sakıt olması hatıra gelir. Şu var ki, hangi hükümlerin örf ve âdete ve hangilerinin tabiî, maşerî, iktisadî icaplara bina edildiğini tâyin etmek çok güçtür. İşte bu mülâhazalarladır ki mesele hukuk âlimleri arasında münakaşa ve ihtilâf mevzuu olmaktan kurtulamamıştır.

Biz bu eseri Medenî kanunun kabul ettiği mesleğe göre yazıyoruz.

Lafızların mâna ve mefhumlarına, maksat ve gözetilen gayeye göre asıl olarak "Tefsir" i iki nevide mütalâa etmek muvafık olur:

Lâfzî tefsir, Ruhî ve Mantıkî Tesfir.

Her iki tefsir de ilmî kaide ve düsturlar nehcine uygun olarak cereyan eder. Kazaî ve resmî tefsirler ilmî tefsire istinad etmek itibariyle tâli mahiyettedir.

Bunun içindir ki biz bu eserde iki nevi tefsiri tahlil ve izaha çalışacak, ancak kazaî ve teşriî hususiyetleri bakımından bu tefsirleri de mütalâa edeceğiz.

Tefsir geniş malûmata ve rusuh ve melekeye tevekkuf eden bir iştir. Diğer nevi tefsire nisbetle daha az güç olmakla beraber lâfzî tefsir dahi bazan fikir yormağa muhtaç olur. Sözün medlûlü ve kasdolunan mâna açık ise güçlük yoktur. Fakat her zaman söz medlûlünde yazılı olmaz. Vazı, delâlet, sevk ve maksat itibariyle düşünüp inceleme zarureti hasıl olur. Ve hattâ bazan medlûlü bedahati akl ile tezat halinde bulunur. Bundan başka muceb ve mefhumu gözönünde bulundurmak iktiza eder.

---

1 İslamiyet, hukuku tabiiyeye, âmme menfaatine, içtimai nizama taalûk eden esasları ve ana hatları tâyin ettikten sonra örf ve adet, istihsan, zaruret ve meşakkat gibi münasebet ve hükümler üzerine müessir olan delillere yer vererek ümmete geniş bir içtihad sahası bırakmıştı. İslamiyetin ilk devirlerinde görülen hummalı içtihad hareket ve gayretleri bunun bir neticesi idi.

Ruhî ve Mantıkî tefsir daha yorucudur. Mebadi, Mekasıd, Kaide ve zabıtaların, illet ve menatların, ihtiyaç ve zaruretlerin ve hükümler arasındaki ittisal ve münasebetlerin bilinmesi, hülâsa hukuk ilminin ruhu mahsusuna nüfuz olunması icabeder.

Tefsirde yalnız lâfız ve ibarelerin değil tarafların sıfatlarının sanat ve mesleklerinin dahi yeri vardır.

Bir kanunun ve bir mukavelenin yazılış tarzının taksim ve ünvanların anlaşılmada tesiri malûmdur. Meselâ Medeni kanunun birinci maddesinin ihtiva ettiği son hükmün bir fıkra halinde yazılmasından yukarıda geçen bütün hallerde hâkimin ilmî içtihatlardan ve kazaî kararlardan istifade etmesi lüzumunu açıkça anlarız. Fıkra halinde olmayup da beyanın devamı olsaydı hâkimin vazıı kanun gibi hareketi haline mahmul ve masruf olması hatıra gelebilirdi.

Kezalik, Borçlar kanununun 66 ncı maddesinin matlabından metninde münderiç müddetin müruru zaman müddeti olduğunu ve medenî kanunun 296 ncı maddesinin ünvanından metnindeki müddetin sukutuhak müddeti bulunduğunu ve bu bahsin ünvanından tanıma ile sabit olacak nesebin gayrisahih neseb olduğunu anlamakta güçlük çekmeyiz. Hattâ meselelerin madde veya fıkra halinde yazılmasının delâlet ve mânaları vardır. Virgüller bile bir takım mânalar ifade eder. Bazan atıf edatı vazifesi görür ve bazan da terkiplerde iltibasa mâni olur.

Lâfızlar yukarıda işaret ettiğimiz hususiyetler itibariyle Hâss, âmm, müşterek, hakikat ve mecaz, zahir, nass, müfesser, hafi, mücmel gibi bir takım isimler alır ki bunları müteaddit bölümler altında izah edeceğiz.

İKİNCİ FASIL

Hukukun Menbaları

Muasır hukuka göre Hukukun menbaları şunlardır:

1 — Kanun

2 — Örf ve âdet

Medeni kanun birinci maddesinde bu iki esasa işaret etmiş oluyor. Bunlar küllî asıllardır. Daha bir takım hüküm istinbatına medar olan asıllar vardır ki bunlar tâli mahiyettedir. Biraz sonra bunlara temas edeceğiz.

İnsanlar yaradılışları icabı toplu bir halde yaşamağa ve varlıklarım muhafaza için birbiriyle mübadelei mesaîye muhtaçtırlar. Hiçbir fert bediiyyatı şöyle dursun mesken, libas, yiyecek ve içecek gibi devamı hayatı için gerekli olan en mübrem şeyleri bile kendi başına tedarik edemez. Cemiyette her fert, müctemi hayatın bir eksiğini tamamlar ve mecmuun mesaisinden tam bir nizamı maişet doğar, fakat insan akıl ve idrâkinin yanında bir takım kuva ile mahlûk olduğundan mütehakkim, menfaatine düşkün ve merhametsizdir. Kendi başına bırakılınca vahşet, tecavüz ve tasallut başlar, huzur ve sükun içinde devam ve cereyanı matlûp olan nizamı içtimaî esasından haleldar olur. Bunun içindir ki müeyyideler altında bir takım nizam ve kanunlar vaz'ına lüzum hasıl olmuştur.

Ahvali içtimaiyedeki tahavvüller sebebiyle fert ve cemiyetin menfaatleri icabettirdikçe mevcut kanun ve nizamlar üzerinde ilga ve tâdiller yapılır. Ve vicdanı müşterekin muhassalası demek olan bu hükümler herkesçe düstürülâmel olur[2].

Hukuk ilmine göre teşri devletin mümtaz bir hakkıdır. Münferit ve müstakil bir mevcudiyet olan devlet teşri hususunda

---

2 Teşri iki kısımdır. Semavî ve beşerî. Mecelle semavî teşriin sebeb ve hikmetini şöyle ifade ediyordu:
"Cenabı Hak bu nizamı âlemin vakti mukaddere dek bekasını irade edip bu ise nev'i insanın bekasına ve nev'in bekası tenasül ve tavalüd için zükûr ve inasın izdivacına menuttur. Ve bir de nev'in bekası eşhasın ademi inkitailedir. İnsan ise itidali mizacı hasebiyle bekada gıda ve libas ve

başka bir iradeye tâbi değildir. Yalnız teşriin hakikî hukuk menbalarına uygun olması lâzımdır. Kanunlar ancak bu uygunluk nisbetinde hâkim ve mutâ olabilir. Tabiî haklara, halkın örf ve âdetine, ihtiyaçlarına muvafık olan kanun, hakikî menbalara ve cemiyetin vicdanı müşterekine uygun demektir. Bu hususiyeti taşımıyan kanun ve nizamlar, üzerinden ne kadar müddet geçerse geçsin mutâ olmak mazhariyetinden mahrum olur. Medeniyeti âliyeyi istihdaf etmesi dahi haizi tesir değildir. Çünki kanunlar tekâmüllerinde cemiyetlerin durumunu takip eder. Hiçbir yerde cemiyetin kanunları takip ettiği görülmemiştir.

Kanunun tabiî haklara muvafık olması öyle mühim bir noktadır ki mütemeddin her milletde buna ehemmiyeti mahsusa atfolunur. Ve hukuku esasiyelerinde katî bir şekilde bu cihet kayıt ve tasrih olunur. Nitekim Teşkilâtı esasiye kanunumuzun 103 üncü maddesinde "Teşkilâtı esasiye kanununun hiç bir maddesi hiç bir bahane ile ihmal ve tatil olunmaz. Hiç bir kanun teşkilâtı esasiye kanununa münafi olamaz." denilmiştir.

Şu halde hâkim Teşkilâtı esasiye kanununa mugayir bir kanun karşısında kalırsa bunu tatbik etmiyecektir. Bilhassa muhalefet bâriz olan hallerde hâkimin bu salâhiyetini kabul etmek her bakımdan menfaatli olur. Fakat bizde ve bazı mütemeddin milletlerde hâkimler için böyle bir salâhiyet tanınmamakta, muhalefet ve münafatın takdirinin teşri heyetine aidiyeti fikri ileri sürülmektedir. Bu fikir bize mülâyim görünmez. İki kanun karşısında tercihan Ana ve esas kanunu tatbik etmek kadar makul bir şey olamaz.

Örf ve âdet de bir menbadır. Fakat bunun da hakikî hukuk

---

meskence umuru sınaiyeye muhtaç olur. Bu dahi efradı beyninde teavüh ve iştirak hususuna tevekkuf eder.

Elhasıl insan medeniyüttabı olduğundan sair hayvanat gibi münferiden yaşayamayup bastıbisatı medeniyet ile yekdiğere muavenet ve müşarekete muhtaçtır.

Halbuki her şahıs kenduya mülâyim olan şeyi talep ve müzahim olan şey'e gazab eder olduğundan beyinlerinde âdil ve nizamın halelden muhafazası için gerek izdivaç ve gerek mabihittemeddün olan teavün ve iştirak hususlarında bir takım kavanini müeyyidei şeriyeye muhtaç olur ki evvelkisi fıkhın münakâhat kısmı ve ikincisi muamelât kısmıdır ve emri temeddünün bu minval üzere payidar olması için ahkâmı ceza tertibi lâzım gelip bu dahi fıkhın ukûbat kısmıdır".

menbaına muvafık olması şarttır. İnsan hürriyetine, mal, can, ırz masuniyetine muhalif ve kavinin zaifi istismarına vesile olan âdetler menba addodunamaz. Hukuka menba olan bu esaslara muhalif olmıyan iyi âdetlerdir.

Gerek semavî, gerek beşerî teşriler tabiî hukuka ve örf ve âdete istinad eder. Tafsilât örf ve âdet bahsinde gelecektir.

Demek oluyor ki teşriî heyetlerin faaliyeti de bir içtihatdır. Tesbit edecekleri hükümleri menabii asliyeden istinbat ederler. Bu heyetleri teşkil edenler umum milleti temsil ettikleri ve esasen içtihat başta devletin şahsiyeti maneviyesinin hakkı bulunduğu cihetle ferdî içtihadların fevkinde bir kuvveti haizdir. Her fert ve hattâ müctehid olanlar dahi vicdanî ve şahsî olmıyan hususlarda devletin içtihadına ve meşru olan emir ve nehyine ittibaa mecburdurlar.

Nitekim İslâm hukukunda da hüküm böyledir. İçtihadî meselelerde Veliyülemir nasıl içtihad eder veya herhangi bir içtihadla amel olunmasını emir ve ilân ederse onunla amel vacib olur. Bunun içindir ki Mecellenin esbabı mucibe mazbatasında "Mesailimüctehedünfiha'da İmamülmüslimin Hazretleri herhangi kavil ile amel olunmak üzere emrederse mucebince amel olunmak vacib olduğundan ... ilâ ..." denmiştir.

Bunlardan başka bir takım tâli deliller de vardır ki icabettikçe ahkâm istinbatında bunlara müracaat olunur. Ve esas menbaların boşlukları bunlar yardımiyle doldurulur.

Kıyas, zaruret, hacet, takdir bu cümledendir. Bunlara ait tafsilât tefsir kaideleri esnasında gelecektir[3].

---

3 İslâm hukuku şu asıllara istinad eder ve hâdiselerin hükümleri bunlardan istinbat olunur:
1 — Kitap - Kur'an
2 — Sünnet
3 — İcma
4 — Kıyas
Kitap: Kur'an-ı Mübindir. Şeriatı İslâmiyede başlıca menba budur. Diğerleri buna racidir.
Sünnet: Hazreti Peygamberin sözü, fiili, takriridir. Peygamberin takriri bir söz veya fiili görüb de inkâr ve men etmiyerek süküt etmeleridir.

BİRİNCİ BAB

Sözün Mânaya Tahsisi İtibariyle Kısımları

BİRİNCİ FASIL

Hass Lâfız

Hass, istiğrak ve ihata mülâhazası olmıyarak bir mânaya mevzu olan lâfız diye tarif olunur. Mânaları cüz'i olmak itibariyle ismi alemler hass olduğu gibi nev'i bir birliğe delâletleri itibariyle ismi neviler ve cinsî bir birliğe delâletleri münasebetle ismi cinsler dahi hâss nev'indendir. Bunların mânalarına delâletleri infirad suretiyle yani mefhumun teker teker fertlerde tahakkuku itibariyle olup bütün fertlere şümul mülâhazası yokdur.

Meselâ, mümeyyiz olan reşit medenî haklarını istimale salâtiyetdardır ibaresinde reşid bir lâfzı hassdır. Lâalettayin reşit mefhumunun tahakkuk ettiği şahıs demektir. Her reşit mânası kasdedilmeyüp bu sıfatı haiz herhangi bir şahsın avarızdan kat'ınazar medenî haklarını istimale salâhiyeti olduğunu ifade eder.

Fertlere şümul ve istiğrak mülâhazası olmıyarak kaydiyle umum ve iştirak ifade eden âmm lâfızlar tariften hariç kalır. Zira âmm, fertler arasında müşterek bir mânaya mevzu olup efradında istiğrak ifade eder.

(Bir) lâfzı ile ifade olunan vahdet yâni (Birlik) hakikî birlik olmayup hakikî ve hükmî birlikten eamdır. Vahdet ve teaddüd vazı

İcma: Ümmetten bir asırda gelen müctehidlerin bir hüküm üzerinde ittifak etmeleridir. İcmaın delili ya kitap veya sünnet olacağından icma bunlardan birine racidir.

Kıyas: Hükmü tasrih olunmamış olan bir hâdiseyi illetde iştirâk sebebiyle diğer bir hâdiseye göre hükümlendirmektir. Kıyas bahsine bakınız.

Bu dört delilden başka bu hukukta da bir takım tâli asıllar vardır ki icabında matlûp olan hüküm bunlardan istinbat olunur.

Örf ve adet, teamül, istishab, istihsan yani Hacet ve Zaruret, Şehadetikalp ve kura bu kabildendir. Tefsir kaidelerine müracaat.

itibariyledir. Bu vazı ister lugavî ister örfî olsun. Bir vaz ile mevzu olan lâfzın mânası cüz'î olmasa bile bir mâna sayılır. Müteaddid vaz ile muhtelif mânalara mevzu olan lâfzın mânasında vahdet olmayıp iştirâk vardır. Bu gibi lâfızlara müşterek denir ki bahsi mahsusunda görülecektir.

Biraz evvel işaret ettiğimiz veçhile Hass'ın mânasındaki vahdet ya alemlerde olduğu gibi hakikî veyahut ismi adetlerde olduğu gibi itibaridir. Her ne kadar ismi adetlerin medlûllerinde teaddüd varsa da, bu, cüzülerde olup heyeti mecmuada birlik vardır.

Harf ve fiillerde ihata ve istiğrak olmadığından bunlar da hass lâfızdandır[4]. Bunlar isim gibi nevilere ayrılmaz, fakat hass olan isimler ayn, nevi, cins olmak üzere üç kısma ayrılır.

Ayn, müşahhas ve muayyen olan ve iştirâk kabul etmiyen bir mânaya mevzu olan isimdir. İsmi alemlerin hepsi ayndır. Meselâ, Hüsnü, hariçte (Müşahhisat) belirtici vasıflarla beliren şahıstır. Bu şahsın ne vücudu zihnîsi, ne de vücudu haricîsi kabili iştirâktir. Vücudu zihnî hayalde intiba eden belirli suretten ibaret olduğundan hariçteki varlığın aynıdır. Mâna gerek sureti zihniyeden, gerekse sureti hâriciyeden ibaret olsun kabili iştirâk değildir.

Nevi, hükümde müttehid bir çok fertler arasında müşterek bir mânaya mevzu olan isimdir. Erkek, kadın gibi. Hukukî hükümde erkek fertleri arasında fark olmadığından bir nevi addedilmiştir.

Kadın lâfzı da böyledir, yani ayrı bir nevidir.

Cins, hükümde müttehid olmıyan neviler arasında müşterek bir mânaya mevzu olan isimdir. İnsan gibi. İnsan aralarında hükümde ihtilâf olan erkek, kadın, hünsa gibi nevilere şâmil olduğundan cins addolunmuştur[5].

---

4 Fiil ve harflerde umum yoktur. Çünkü her fiil ve harfin müteallaki bakımından mânası başkadır. Meselâ döğmek A üzerinde vukuu itibariyle başka B üzerinde vukuu itibariyle başka bir mahiyet ifade eder; keza atıf edatları matûf ve matûfunaleyh bakımından ayrı ayrı mânaya delâlet eder.

5 Bu tasnif hukukçulara göredir: Çünki bunlar eşyayı hükümde ittihad ve ihtilâf itibariyle tasnif ederler. Hakayikieşya ile meşgul olanlar eşyanın hakikatlerinden bahsettiklerinden nev'i, hakikatleri müttehid fertler

Hass'ın Gereği (Mucebi):

Hass, medlulünde kat'iyyet ve yakin ifade eder[6]. Ve delilden neş'et eden ihtimali bertaraf eyler. Hass'ın bertaraf ettiği ihtimal bu nevi ihtimaldir. Çünki ihtimal iki nevidir. Biri karine ve delilden doğan ihtimal ki buna ihtimali müdellel ve diğeri delilden doğmıyan ihtimal ki buna ihtimali mücerret denir.

Hass'ın medlûlünde kat'iyyet ve yakin ifadesi vaz ve mânası itibariyledir. Binaenaleyh Hass'da karineden ileri gelen ihtimal gibi bir ihtimal bahis mevzuu olamaz. İhtimali mücerred mevcut olsa da delile mukarin olmadığından tevehhüm kabilinden addolunur. Ve binaenleyh nazarı itibara alınmaz. Meselâ, evlenme kişiyi reşit kılar. İbaresinde evlenmenin mânayı örfisi kanunun tarifatı dairesinde yapılan evlenme akdi demek olduğundan maksadın bu olduğu kesin olarak anlaşılır. Haricî evlenmeye şümulü ihtimali mücerretten ibaret olduğundan nazara alınmaz. Keza, bir kimse ..... Malımı (A) ya vasiyyet ettim dese vasiyetten hibe ve (A) dan (A) nın oğlu (B) kasdolunmuştur denemez. Bunlar birer ihtimal olmakla beraber mücerred bir ihtimal olduğundan asıl mevzu olan mânadan sarfınazar için sebep teşkil etmez. Amma vasiyyetten filhal temlik ve (A) dan (A) nın oğlu (B) maksud olduğuna karine ve delil bulunsa vasiyyet ve (A) nın mevzuunleh mânaları kasdedilmemiş olduğu tezahür eder.

Yukarıdaki misalde: (A) ya vasiyet ettim. Bugünden itibaren istediği gibi mülkü olmak üzere tasarruf etsin denmiş olsa

---

beyninde müşterek mânaya ve cinsi, hakikatleri muhtelif efrad beyninde müşterek mânaya mevzu lâfızdır, diye tarif ederler. Bu halde Arslan, İnsan, nevi ve hayvan cinsdir. Çünki insan fertleri hakikat ve mahiyet itibariyle müttehiddir. Hayvan ise böyle değildir. Fertleri mahiyet itibariyle muhteliftir. Hukukçular ise fertleri arasında hükümde fark olmıyan erkek ve kadını ayrı ayrı nevi ve erkek, kadın, hünsa gibi aralarında hükümde ittihad olmıyan nevileri şamil olan insan mefhumunu cins addetmişlerdir.

6 Delilden neş'et etmiyen ihtimal yakine münafi değildir. Bunun içindir ki hass bu gibi ihtimalleri katetmediği halde yakın tâbirini sevk ettik.

"bugünden itibaren istediği gibi tasarruf etsin" kaydi karinesiyle vasiyetten asıl mânası kasdedilmemiş olduğu anlaşılır.

Hülâsa: Hilâfına bir karine bulunmadıkça hassın hakikî mânası kasdedilmiş olduğuna hükmolunur. Eğer hakikî mânâsından başka bir mâna kasdolunduğuna delil ve karine bulunursa hakikî mânası değil karinenin delâlet ettiği mâna murad olunduğuna hükmedilir. Ve bu mânada lâfız mecaz olur. Bu takdirde lâfız yine hass olacağından mânayı mecaziden başka bir mâna anlaşılmaz,

Meselâ bir kimse şu malımı (B) ye bilâbedel sattım dese (Bilâbedel) karinesiyle satmak lâfziyle kasdolunan mâna hibe olmuş olur ve bu mânada lâfız hususiyet vasfını muhafaza eder.

Hassın kat ve yakin ifadesi bir kaidei külliyedir ki bir çok hukukî meseleler bu kaideye teferrû eder. Ezcümle:

İsmi adetlerin delâlet ettikleri adetlerden az veya çok bir miktara ihtimalleri yoktur.

Meselâ, Medeni kanunun 11. ci maddesi mucebınce rüşd on sekiz yaşını ikmal ile başlar. Binaenaleyh bir şahıs reşid addolunabilmek için tam on sekiz yaşını ikmal etmek lâzımdır. Bir gün noksan olsa o şahıs reşid sayılamaz.

Keza, Hukuk U.M. Kanunu asliye mahkemelerinden verilen ilâmların temyiz müddetini on beş gün, sulh mahkemeleri hükümlerinin temyiz müddetini sekiz gün olarak tâyin eylemiştir. Bu müddetler fazla veya noksan olamaz. Bu cihetle tebliğ veya tefhim günleri hesaba dahil olmaz. Gerçi bu günler sayılmadığı takdirde gün adedinin fazla olacağı hatıra gelirse de günler saatle hesap edilmiyeceğinden hassın hükmü ziyade suretiyle ihlâl edilmiş sayılmaz.

Zikri geçen kaideye hass adedince sayısız misal göstermek mümkindir. Biz bir kaç misal daha vermekle iktifa edeceğiz. Bunlarla bu bapta tam bir fikir edinilebilir.

Meselâ, Müvekkil vekiline: Şu malımı veresiye fakat rehin ile sat demiş olsa rehin lâfzı hass olduğundan memur rehinsiz hattâ

kefil ile satamaz. "Borçlar Kanunu madde 389".

Kezalik, Müteaddit alacaklıları olan kimse bir şahsa bir miktar para verip bunu filân alacaklıya ver dese memur olan kimse âmirin diğer alacaklılarına veremez.

Keza, vedia lâfzı hass olduğundan ve örfen hıfza mevzu bulunduğundan müstevda vediayı kullanamaz. Borçlar K. madde 465.

Mutlak ve mukayyed, hassın aksamındandır.

Mutlak: Delâlet ettiği mâna, fertleri arasında şayi olup bunlara birden şâmil olmıyan ve tâyin ve tahsise delâleti bulunmıyan lâfızdır.

Mutlakın medlûlü mevzuunlehi olan mahiyette gayrimuayyen bir ferttir. Fakat teker teker fertlere ihtimali vardır.

Meselâ, at lâfzı alelıtlak zikredilse maksat gayrımuayyen bir at demektir. Fakat at efradından her birine ihtimali vardır.

Mutlakta şümul ve ihata karinesi olmıyacaktır. Böyle bir karinenin vücudu halinde lâfz, âmm olur[7].

Kezalik, tâyin ve takyid karinesi de olmıyacaktır. Takyid karinesi bulunduğu takdirde mukayyed olur ve mukayyed hükmü cereyan eder.

Takyid sarahaten olduğu gibi delâleten dahi olur. Sarahaten takyid açıktır. Delâleten takyid, takyide delâlet eden karineye istinad eder.

Meselâ, Bir yük arabacısı bir beygir almak üzere birini tevkil etse vekil müvekkilin haline muvafık bir hayvan almak iktiza eder. Bir koşu atı alamaz. "Borçlar kanunu" Madde 388. Çünki müvekkelünbihin vasfı müvekkilin haliyle mütenasip olacaktır. İşte burada muktezayı hal bir takyid karinesidir.

---

7 Âmm ile mutlak arasında fark şöyledir: Mutlak bir şeyin hakikatine, âmm ise cemi efradı zımnında tahakkuk eylemek itibariyle hakikat ve mefhumuna delâlet eyler. Meselâ "Her Basma" denildikde basmaların kaffesine şâmil olur. Mutlak ise böyle olmayup meselâ Basma denince Basma mefhumuna delâlet eder ve hariçte fertlerinden her birine ihtimali olur.

Keza, bir kimse ariyet aldığı binek atından binmek suretiyle istifade edebilir. Ona yük yükletemez. "Borçlar K. Madde 300".

Mukayyed: Kısmen şüyûu zail olan lâfızdır. Mukayyedlerde bir takım efrad arasında şüyû varsa da kayıd ile kısmen şüyû kalkar.

Meselâ, "Merinos Koyunu" denince diğer koyunlara şümulü olmaz. Fakat kendi fertleri arasında şayi olduğundan onlara nisbetle mutlaktır.

Mutlak ve mukayyedin hükümleri:

Mutlak ıtlakı, mukayyed takyidi üzerine cereyan eder[8]. Biraz evvelki izahımızdan anlaşıldığı üzere mutlakın, itlâkı üzerine cereyanı Nassan veya delâleten takyid delili bulunmadığı takdirdedir. Aksi halde nass veya delâlet gereğince amel olunur. Mutlak kemaline masruftur sözü karine bulunduğu yani mutlakın kemaline sarfına karine bulunduğu surette doğru olur.

Meselâ, evlenme kişiyi reşid kılar, ibaresinde evlenme lâfzı mutlaktır. Butlan sebeplerine nazaran batıl evlenmeye teşmile imkân olmadığından kemaline yani sahih evlenmeye sarfetmek icabeder.

Mutlak, ıtlakı ve mukayyed takyidi üzerine yürütülür. Çünki mutlakın mevzuunleh ve mânası ıtlak ve mukayyedin mevzuunlehi takyiddir. Hilâfına karine olmadıkça bu mânaları muhafaza etmek zaruridir. Binaenaleyh bir kimse bir şahıs ile ..... kile buğday vermek üzere bir mukavele yapsa o şahıs kızılca, sarı, beyaz, buğday verebilir. Çünki buğday mutlaktır. Takyid

8 Mutlak ıtlakı üzerine cari olduğu içindir ki 1771 Numaralı kanunun 5. ci maddesindeki (işgal) kelimesi Büyük Millet Meclisince şu suretle tefsir edilmiştir:
"1771 sayılı kanunun 5. ci maddesinde münderic (işgal) kelimesi mutlak olarak zikredilmiş olduğundan kanunun neşri tarihinde gerek füzûlen gerek tefviz ve tahsis veya isticar ve satın alma suretiyle hükümete ait mebaniyi işgal eden, meskene muhtaç harikzedeler kanunun hükümlerinden istifade ederler. Şu kadar ki ..... ilâ Ta: 18.6.1933. Tefsir Numarası: 189.

karinesi de yoktur. O kimse benim maksadım sarı veya kızılca buğday idi diyemez. Amma mukavelede sarı buğday diye takyid edilir veya maksadın bu olduğuna bir karine ve delil bulunursa diğer nevi buğday verilemez.

Bazan bir beyanda ıtlak ve takyid varid olabilir. Ve görünüşde aralarında münafat bulunabilir. Bu halde nasıl tefsir edilecektir. Hülâsatan denebilir ki eğer mutlakı mukayyed üzerine haml zarureti yani kaydi, mutlakda nazara almak zarureti varsa mutlak mukayyed üzerine haml olunur. Böyle bir zaruret yoksa mutlak ıtlakı ve mukayyed takyidi üzere kalır.

Bu zarureti tâyin için bakılır: Hükümler ya müttehid yani birbirinin aynıdır veya muhtelif yani başka başka şeylerdir. Hükümler müttehid ise bu halde hâdiseler ya muhtelif veya müttehiddir.

Hâdiseler muhtelif ise mutlak mukayyed üzerine haml olunmaz[9].

Meselâ, bir kimse diğerine bir mikdar para vererek "Mehmed'e olan 10000 kuruş borcumu Mehmed'e ve Hasan'a olan borcumu bir makbuz alarak Hasan'a, ver" dese burada hükümler borcu vermekten ibaret ve haddi zatinde müttehid ve fakat hâdiseler muhteliftir. Biri Mehmed'in diğeri Hasan'ın alacağı hakkındadır. Bu gibi yerlerde mutlak mukayyed üzerine hamledilmez. Çünki buna zaruret yoktur. Vekil alacağını Mehmed'e makbuzsuz ve Hasan'a alacağım makbuzla verir.

Hâdiseler müttehid ise ıtlak ve takyid ya hükmün sebeb ve şartında veya nefsi hükümdedir. Itlak ve takyid şart ve sebebde ise yine mutlak mukayyed üzerine hamlolunmaz.

Meselâ, bir kimse Ahmed'in Mehmed'e olan borcuna

9 İslâm eâzımı hukukiyunundan İmamı Şafiice hükümler müttehid olduğu takdirde herhalde yani hâdiseler ister muhtelif ister müttehid olsun, ıtlak ve takyid ister sebebde ister hükümde bulunsun, mutlak mükâyyede hamlolunur. Bu düşünce bizim beyan ve ifade nehcimize uygun değildir.

müteselsilen kefilim dedikten sonra Ahmet Mehmed'in alacağını vermezse kefilim dese kefalet birincide mutlak ve ikincide şartla meşruttur. Burada hüküm, kefalet ve hâdise Ahmed'in borcu hakkında olmak itibariyle hüküm ve hâdise müttehid ise de ıtlak ve takyid şarttadır. Binaenaleyh mutlak ıtlakı ve mukayyed takyidi üzere cari olur. Çünki bunlar arasında teâruz yoktur.

Itlak ve takyid sebebde olması halinde yine hüküm böyledir. Yani mutlak mukayyed üzerine hamlolunmaz.

Meselâ, Hayvanatı ehliye vergisi kanununda sığır ve koyun için sahipleri sene besene 50 kuruş resim vermekle mükelleftir dendikten sonra sağmal koyun sahipleri beher koyun için 50 kuruş resim vereceklerdir, denmiş olsa birinci ibarede koyun mutlak ve muahhar ibarede sağmal kaydiyle mukayyettir. Hâdiseler müttehiddir, çünki resim hakkındadır. Hüküm müttehiddir, çünki her ikisi de resim ile mükellefiyetten ibarettir. Itlâk ve takyid resme sebeb olan koyun ruusundadır. Burada mutlak mukayyed üzerine hamlolunmaz. Hem sağılandan, hem sağılmayandan resim alınır. Itlak ve takyid şart ve sebepde değil de nefsi hükümde ise bu hallerde zarureten mutlak mukayyed üzerine hamlolunur.

Meselâ, bir kimse Eciri hassına "ücretle tuttuğu şahsa" üç günde bu tarlayı nadas et dedikten sonra birbiri ardınca üç günde nadas et dese birinci emir mutlak ikincisi mukayyettir. Hâdise ve hükümler müttehiddir. Hâdise müttehiddir, çünki tarlanın nadas edilmesi hakkında; hüküm müttehiddir, çünki her ikisi de nadas ile emirdir. Burada ıtlak ve takyid hükmün şart ve sebebinde olmayup nefsi hükümdedir. Bu emirlerin ıtlak ve takyidini telif mümkin olmadığından kayd mutlakda da itibar edilir ve ecirin işi birbiri ardınca yapması lâzımgelir.

Eğer hükümler muhtelif ise bakılır. Bu hükümlerden biri diğerin takyidini istilzam etmiyorsa mutlak ıtlakı, mukayyed takyidi üzere cari olur.

Meselâ, vâkıf vakfiyesinde vakfımın gailesinden (gelirinden) mahallemdeki öksüz çocuklara her sene birer kat elbise yaptırılsın dedikten sonra vakfımın gelirinden mahallemden mektebe giden çocuklara beher gün her birine şu kadar kuruş verilsin demiş olsa burada hükümler muhteliftir. Çünki biri elbise yaptırılmak

diğeri para verilmekdir. Kendilerine elbise yaptırılacak çocukların mektebe gitmesi şart değildir. Binaenaleyh birinci ıtlakı üzere bırakılır.

Mutlak ile mukayyedin varid olduğu hükümlerden biri diğerinin takyidini istilzam ederse zarureten mutlak mukayyed üzerine haml olunarak kayıd mutlakda da itibar olunur.

Meselâ, vasiyyetci vasiyyetnamesinde ben öldükten sonra koyunlarımın şu kadarı filâna verilsin dedikten sonra bir fıkrasında dişi koyunlarım terikede bırakılsın demiş olsa bu takyid evvelki ıtlakı takyid eder ve kendisine vasiyyet yapılan şahsa dişi koyunlardan verilmeyup erkek koyunlardan verilmek lâzımgelir.

Emir:

Emir, hass nevindendir. Bu itibarla tazammun ettiği mânadan ayrı hususî bünyesi cihetiyle de bir mucebi (gereği) vardır.

Bundan başka umum, husus, tekrar ve fevr ifade edüp etmemek bakımından muhtelif meseleleri ihtiva eder. Bunun içindir ki tefsir ilminde başlı başına bir inceleme mevzuudur. Bu meselelerden bir hayli ihtilâflar tahaddüs edebilir ve bu ihtilâflar ancak tefsir ilminin tesbit ettiği esas ve kaidelerle hal olunur.

Bunların hallini rastgele içtihadlara ve bilhassa kifayetsiz içtihadlara bırakmak hukukî münasebetlerde şuriş ve tatbikatta ıttıradsızlığa sebep olur. Her ilimde olduğu gibi hukuku tefsir ilminde de fikir ve muhakemeye rehberlik hizmeti görecek esas kaide ve zabıtlara ihtiyaç olduğunu söylemiştik, ayni mülâhaza iledir ki bu konu üzerinde durmağı faideli bulduk.

Emir, bir işin yapılmasını istemeğe mevzu olan lâfızdır. Yap.. Yapsın.... gibi, fakat isteyişde kesinlik ve âmirin emre yetkili olması şarttır.

Bir işin yapılmasını istiyene âmir; kendisinden o işin yapılması istenen şahsa memur veya mükellef ve istenilen işe de memurünbih

denir. (EMR) maddesinden mürekkep olan emir[10] lüzum ve vücup ifade ettiği gibi siga da lüzum ifade eder. Yani siganın asıl mucebi lüzum ve vücuptur[11].

Bunun içindir ki mâdûndan ve küçükten mafevke ve büyüğe emir ayıp ve edebe muhalif sayılır.

Meselâ, bir kumandan askere şu karşıdaki tepeye hücum ediniz, diye emretse askerin hücum etmesi icabeder. Aksi hal muahaza ve cezayı müstelzimdır.

Böyle bir emirde muhayyerlik veya tercihan hücum anlaşılmaz.

Şunu ilâve edelim ki emri yerine getirmemek muahaze ve cezayı mucip olmak için âmirin öyle bir emre yetkili olması şarttır. Bu şart emrin filasıl mucebinin lüzum olmasına münafi düşmez.

Emirler yerine göre bazan vücup ve lüzum ifade etmez[12].

---

10 Emir lâfzı iki türlü kullanılır. Biri iş, şey, hal ve hâdise mânalarındaki cem'i umurdur. Diğeri emretmek, buyurmak mânasınadır ki cem'i evamirdir.

11 İslâm âlimler emrin mucebinde ihtilâf etmişlerdir. Cumhuru fukaha karineden mücerred emirlerin vücup ifade ettiğine ve bazıları vücup, nedb, ibâha ve tehdit mânalarında ve bazıları vücup nedb ve ibaha arasında müşterek olduğuna kail olmuş ve İmamı Gazali gibi bazı ulema da karine olmadıkça tevekkuf edilmek lâzımgeldiği reyinde bulunmuşlardır.

12 Kanunlarda tesadüf olunan cümlei ,haberiye ve istikbal sigaları alelekser mes'elelerin hükmünü beyan için sevk olunur. Butlan ancak hâkimin kararıyle hüküm ifade eder. Miras ölüm ile açılır, Kefaletin sıhhati, şekli tahririye riayet etmeye, ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakkıftır, gibi. Ancak bilhassa âmme kanunlarında bazı cümlei haberiye ve istikbal sigaları emir veya nehyi tazammun eder ve bunlarda emir ve nehy hükümleri cereyan eder. Meselâ, ceza kanununun 146. ncı maddesi tecziye ettiği teşebbüsten ve 311. ci maddesi cürüm ikaına teşvik ve tahrikten men'i ve 530. cu maddede yazılı şahıslara muttali oldukları cürümleri ihbar eylemeleri emrini mutazammındır. Ezcümle H.U.M.K. nun 7. ci maddesindeki "Karar verir'' sigası bu hallerde karar vermek emrini ve 72. ci maddesindeki "halledemez" sigası talep olmaksızın dâvaya bakmaktan nehyi ve men'i tazammun eder. Edebilir, etmiyebilir müfadında sigalar vardır ki bunlar kat'î bir emir, nehyi tazammun etmez. Belki muhayyerlik ifade eder.

Zabıta olarak denebilir ki cezayı müstelzim olan fiil nehy ve men'i, yapılmamasına ceza terettüp eden terki fiil emri tazammun eder. Kanunların tânzim ve tefsirinde mes'elelerin mahiyeti, siyak ve sibak gözönüne alınarak lâfızlar ona göre sevk ve tefsir olunmalıdır.

Nehiyden sonra vâki olan emirler vücup ve lüzum ifade eder.

Meselâ, bir şahsı öldürmek memnudur. Fakat idâmı mucib bir harekette bulunanın öldürülmesi lâzım olur. Lâkin bu gibi emirlerin yani menden sonra vâki emirlerin vücup ifade etmesi aksine karine bulunmaması halindedir.

Emir ya mukayyed veya mutlak olur. Mukayyed emir bir kayıd ile mukayyed olan emirdir.

Mukayyed emir, umum veya husus veya tekrar karinesinden hangisi varsa anın hükmünü ifade eder.

Meselâ, bir tacir komisyoncusuna "bu hafta çarşıya ne kadar buğday gelirse benim için al" dese nekadar sözü karinesiyle bu emir çarşıya gelecek buğdayın kaffesine şâmil ve emir, umumu müfid olur.

Keza, bir tacir komisyoncusuna "bu hafta benim için 100 kile buğday satın al" dese 100 kile kaydı delâletiyle emir husus ifade eder. Komisyoncu fazla alamaz.

Keza, bir kimse sütçüye her gün bana bir kilo süt getir dese her gün kaydı karinesiyle emir tekrar ifade eder.

Karineden mücerred emir; umum ve tekrar ifade etmez. Ve umum ve tekrara da ihtimali yoktur. Gerek bir şarta muallak, gerek bir vasıf ile ve gerekse bir vakit" ile kayıtlı olsun[13].

---

13 İslâm hukuk uleması arasında bu mesele ihtilâflıdır ve bu hususta dört mezhep vardır:
1— Mutlak emir, umum ve tekrar iktiza eder.
2 — İmamı Şafiiye göre mutlak emir umum ve tekrar iktiza etmez. Lâkin onlara ihtimali vardır.
3 — Bazı Hanefi âlimlerine göre mutlak emir tekrar ifade etmez. Lâkin bir şarta muallâk olur veya bir vasfını subutiyle mukayyed bulunursa tekrar ifade eder.
4— Hanefi Alimlerinin ekserisine göre mutlak emir umum ve tekrar ifade etmez ve anlara ihtimali de yoktur. Sahih ve muhtar olan mezheb budur.

Oğlum sana müracaat ederse para ver, bana pirinç al gibi umum ve tekrar karinesinden mücerred olan emir ancak bir kerre fiilin yapılmasını bir kerre yerine getirilmesini istilzam eder.

Emrin muallak olduğu şart sebeb teşkil ediyorsa o zaman emir tekrar ifade eder.

Meselâ, bir kimse doktora, oğlum hastalanırsa tedavi et dese hastalığın tekerrürü halinde doktor o emre binaen tekrar tekrar tedavi edebilir. Çünki burada emrin muallâk olduğu şart emre sebeb teşkil etmektedir.

Mutlak emirde umum ve tekrar iktiza etmemesi esasına bir çok meseleler teferru eder.

Meselâ, bir kimse aharı tevkile mezun olmak üzere bir şahsı vekil tâyin etse, vekil bir defa vekil tâyin edebilir. Andan sonra diğerini tevkil edemez.

Keza, bir kimse diğerine bana at satın al dese memur bir at satın aldıktan sonra ikinci bir at satın alamaz.

Hülâsa: Memur olan şahıs bir kere memur olduğu şeyi yapınca birinci emre binaen müvekkili namına bir daha o işi yapamaz.

Mutlak emir, Fevr yani emrolunan işin derhal yapılmasını icabetmez ve tehir de icabetmez. Belki hal ile takayyüd etmemek mânasında terahiye hamlolunur.

Lâkin fevre delâlet edecek bir karine bulunursa emrin derhal yerine getirilmesi iktiza eder.

Meselâ, Mûdi müstevdadan vediayı isterse hemen teslimi lâzımdır. Teslim edecek zaman geçer de teslim etmezse bundan mütevellit zarardan mesul olur.

Keza, mebiin (satılan şeyin) teslimi istenildikte hilâfına mukavele ve âdet yoksa semeni ödeyen müşteriye derhal teslimi gerekdir.

Kezalik, efendi hizmetçiden su istese hal karinesiyle hemen suyun getirilmesi icabeder.

Te'hire delâlet edecek karine bulunursa karine veçhile amel olunur.

Meselâ, Efendi hizmetçiye üç gün sonra Ankara'ya gideceğim bilet al dese, o gün bilet alamaz, gideceği gün alması lâzımgelir.

Keza müşteri semeni verüp de satılan malın (Mebiin) teslimini ister ve hususiyeti itibariyle teehhürle teslimi delâleti halden anlaşılırsa bu karine mucebince amel olunur.

Emrin zıddında hükmü:

Emir zıddında ne hüküm ifade eder?

Emrin zıddındaki hükmü belirtmek için kıstas şudur:

Emrin zıddı ya emrin gereği ile tezad teşkil eder veya etmez. Yani zıddı yapılırsa emir yerine getirilmemiş olur veya olmaz.

Birinci halde emir, zıddının memnuiyetini istilzam eyler.

Meselâ, Adl ile emir zulümden nehyi istilzam eder, çünki zulüm adle münafidir.

İkinci halde emir zıddının memnuiyetini istilzam etmez. Ancak emre muhalefet teşkil edeceğinden doğru sayılmaz.

Meselâ, Kile ve teraziyi doğru tutunuz diye varit olan emirden maksad noksan veya fazla tutmak suretiyle hileyi men etmektir. Satıcı fazla tutsa emirden maksad fevt olmaz, fakat emre muhalefet olduğundan mübalâtsızlık addolunur. Gerçi rızasiyle fazla verebilir, ancak bu ayrı verilmek daha muvafık olur.

EK

BİRİNCİ FASIL

Nefsi Vücup, Vücubu Eda

Nefsi vücup, zimmetin bir borçla meşgul olmasıdır. Bu vücup hukukî bir sebeble sabit olur. Sebeb ya akid veya şibih akid veya haksız fiil veya tahammülüzaman veyahut kanundur.

Meselâ, bir kimse bir mal satın aldıkta tesmiye olunan semen zimmetinde tahakkuk eder. Kezalik bir kimse birinin malını itlâf etse itlâf olunan mal kiyemiyattan ise kıymeti, misliyattan ise misli zimmetinde sabit olur. Bunlar zati vücubdur.

Keza, bir kimse bir ev yapmak üzere diğer bir şahıs ile bir mukavele yapınca bu teahhüdü ifa etmek müteahhit için bir borç (vecibe) olur.

Lüzumu Eda, zimmeti borçtan kurtarmanın lüzumudur.

Meselâ, beyi' (satış) akdinde satan (Bayi) ne zaman isterse müşterinin semeni o zaman tediye etmesi icabeder.

Müeccel (veresiye) borçlarda ecelin hulûliyle (çatmasiyle) borçlunun borcu vermesi lâzım olur.

Görülüyor ki bazan nefsivücub bulunduğu halde eda vücubu tahakkuk etmez. Demek olur ki aralarında umum ve hususu mutlak vardır. Her eda lüzumu bulunan yerde nefsi vücub bulunur, fakat her nefsi vücub olan yerde lüzumu eda bulunmayabilir.

Eda bir şeyin ya ayniyle veya mümasiliyle olur.

Gasbolunan malı olduğu gibi iade ve satış akdinde mebii hukukî vasıfları haiz olduğu halde veya bazı vasıflariyle teslim ayniyle edadır. Fakat bazı vasıflariyle teslim noksan bir edadır.

Meselâ, Borçlar Kanununun 194. cü maddesi gereğince mebiin

ayıbdan salim olması lâzımdır. Binaenaleyh ayıplı olarak teslimi tam bir eda sayılmaz.

Bir malı misliyle veya kıymetiyle ödemek mümasili (benzeri) ile edadır. Bazan bir şey mislinin gayriyle de ödenir. Manevî zararın para ile ödenmesi gibi.

Eda taallûk ettiği konu itibariyle bir çok kısımlara ayrılır ki. bunlar borçlar hukukuna ait olduğundan tafsilinden sarfınazar ediyoruz[14].

---

14 İslâm hukukunda edayı şöyle izah ederler:
Eda, vacib olan şeyin aynini teslimdir ki üç nevidir.
Edayı mahzı kâmil, Edayı mahzı kasır, Kazaya Şebih Eda.
Edayı mahzı kamil: Memurunbihi her türlü vasıflarile beraber eda etmektir. Mağsup malı aynen iade gibi.
Edayı mahzı kasır: Memurunbihi bazı vasıflarile teslim etmektir. Mutlak bey ile satılan mebii ayıblı olarak teslim gibi.
Kazaya şebih eda, Kazaya benzeyen edadır.
Başkasının malını fuzulen sattıktan sonra icazet verilmeden sahibinden alıp müşteriye teslim etmek gibi. Bu teslim edadır. Çünki satışda tesmiye olunan maldır. Fakat kazaya müşabihdir. Zira o mebide mülk tebeddül etmiştir. Sebebi temellükün tebeddülü mülkün tebeddülü makamına kaimdir.
Fuzulinin ol mali müşteriye teslimi edadır. Binaenaleyn Müşteri kabulden imtina edemez. Kazaya müşabihdir. Binaenaleyh fuzuli satın aldıktan sonra başkasına satabileği gibi başka suretle de tasarruf edebilir.
Bu hukuka göre vacib olan şeyin mislini teslime kaza denir. Kaza dört nevidir;
1 — Misli makulu kâmil ile kaza
2 — Misli makulu kasır ile kaza
3 — Misli gayrimakul ile kaza
4 — Edaya müşabih kaza.
Gasp ve itlâf olunan ve misliyattan bulunan malı mislile tazmin etmek misli makulü kâmil ile kazadır. Çünki sureten ve manen mümaselet vardır.
Mağsup mal kıyemiyyattan olmasından veya misliyattan olup da misli bulunmamasından dolayı kıymetini tazmin etmek misli kasır ile kazadır. Zira kıymet ile mağsup mal arasında manen mümaselet varsa da sureten yoktur.
Misli gayrimakul ile kaza: Memurünbihle mümaselet idrâk olunamayan bir şeyi teslim etmektir. Kısası mal yani diyetle kaza gibi ki Kısas ile mal arasında makul bir mümaselet yoktur.

EK

İKİNCİ FASIL

Memurda Kudret

Mükellefin emrolunan şeyi yapmağa muktedir olması şarttır. Binaenaleyh aklen ve âdeten icrası mümkin olmıyan şey ile emir abesdir. İmkânsızlık ister maddî ister hukukî olsun. Nitekim borçlar kanunu mevzuu gayrimümkin olan akdi batıl addetmiştir. (Borçlar kanunu: Madde 20).

Kudret iki nevidir. Biri mutlak kudret, diğeri tam ve kâmil kudrettir. Mutlak kudret. Emrolunan şeyin imkânından ibarettir. Kolaylık nazara alınmaz. Bedenî hizmet ile mükellefiyetler bu kudrete istinad eder. Nitekim Askerlik Kanununun 28. ci maddesinde askerlik hizmetine alınacaklar kabiliyyeti bedeniyye talimatnamesine göre sağlamlar, sakatlar, çürükler diye üç kısma ayrılmış ve muvakkat çürüklerle sair ahval dolayısıyle haklarında karar verilemiyenlerin ertesi seneye terk edileceği ve daimî çürüklerin askerlikten büsbütün çıkarılacakları beyan edilmiştir ki bu hükümler hep mükellefiyette kudreti mutlaka şart olmasına teferrû eder.

Nitekim yol vergisi kanunu da yoksul ve çürük olanları bu mükellefiyetten istisna etmiştir.

Tam ve kâmil kudret. Mutlak kudretle beraber yapılmasında kolaylık bulunan kudrettir. Malî mükellefiyetler bu kudrete dayanır. Ezcümle kazanç vergisi mükellefiyeti kazancın, bina vergisi mükellefiyeti gelirin cüz'i bir miktarını teşkil ettiği cihetle edada (ödemede) kolaylık vardır.

* * *

Nehy de hass'ın kısımlarındandır.

"Nehy" bir işi terk veya bir işi yapmaktan imtina etmeyi istemeğe" mevzu olan sözdür.

Nehy edene "Nâhi" nehy olunan kimseye "Menhi" veya "mükellef" menolunan işe "Menhiyyünanh" veya "Münker" denir.

Hüküm ifade etmek için emirde olduğu gibi nehyde de nehy eden kimsenin nehye yetkisi olmak iktiza eder.

Nehyin mucebi imtinaın vücubudur. Binaenaleyh nehy olunan kimse o işi yapmaktan imtina edecek, kaçınacaktır. Aksi hal ceza ve mes'uliyeti mucibdir.

''Nehy" hitab ettiği zaman hüküm ifade eder.

Meselâ, Millî korunma kanununun 30. cu maddesinde bu kanun tatbikde bulunduğu müddet zarfında şehir, kasaba liman ve istasyonlarda gayrimenkullerin kira bedelleri bu kanunun tatbik mevkiine konulmasına tekaddüm eden senenin muayyen olan senelik kira bedellerinden fazla olamaz.

Bu madde hükmünün tatbik edileceği yerleri hükümet tâyin ve ilân eder denmiş ve bu yerler sonradan tâyin ve ilân olunmuştur. Kanunun mer'iyeti ile tâyin ve ilân arasında geçen müddet zarfında memnuiyet ferilere hitap etmiyordu. Buna binaendir ki temyiz tevhidi içtihad hey'etince aradaki müddet zarfında yapılan mukaveleler, tatbik olunacak mahaller ilân edilinceye kadar muteber addedilmiştir[15].

---

15 Her ne kadar bahse mevzu olan 30. cu madde Milli Korunma Kanununun neşrini takip eden muhtelif tarihli Koordinasyon kararlariyle yürürlüğe girmiş ve daha sonra mezkûr maddenin metni de bazı tadillere uğramış ise de istihdaf olunan gaye, âmme intizamı mülâhazalarına dayandığından gerek muaddel gerek bugün yürürlükte olan şekillerinin metin ve ruhundan maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren gayrimenkul kira mukavelelerinin bir sene önceki mukavele hükümleri dairesinde tadil edilmiş sayılması lüzumu açıkça anlaşılmaktadır.
Bu itibarla kanunun neşri tarihi ile maddenin yürürlüğe konduğu tarih arasında geçen zaman içinde akdedilen mukavelelerde maddenin yürürlük tarihinden bir sene evvelkine nazaran kiracılar aleyhine ağırlaştırılmış bulunan bedel ve şartlar, taallûk ettikleri gayrimenkulün bulunduğu yerde madde hükmü yürürlüğe girinceye kadar muteber kalırsa da ondan sonra maddenin katî sarahati dairesinde tadile uğramış bulunacağından 1939 senesindeki muteber bir mukavelede yazılı kira bedelinden ziyade kiracıdan bir şey istenemiyeceğine ve bunun neticesi olarak kanunun neşriyle maddenin yürürlüğe konulduğu tarih arasında yapılmış her hangi

Nehy ya mutlak veya bir kayıd ile mukayyeddir. Nehy mutlak ise mucebi imtinaın devamıdır.

Meselâ, Gayrin malını çalmayınız diye varid olan bir nehy imtinaın devamını icabeder. Kezalik, tâcir Komisyoncusuna gönderdiğim malları piyasadan noksana satma diye noksanına satmaktan menetse piyasadan noksana satamaz. Bir kayıd ile mukayyed olmıyan nehiylerin mucebi hep böyle imtinaın devamıdır.

Nehy mutlak olmaz da mukayyed olursa imtinada devam lâzım gelmez. Meselâ: Kumandan askerlere düşmanı ricat ettirmedikçe bu siperlerden çıkamayacaksınız, demiş olsa nehy düşmanın ricat etmemesiyle mukayyeddir. Düşman ricat ettikden sonra askerlerin siperde kalması lâzım gelmez.

Keza, haksız olarak başkasının malini almayınız diye varid olan nehy imtinaın devamını istilzam etmez. Hibe veya ibaha gibi rıza ile âharın malini almak caiz olur.

---

bir mukavelede bundan fazla tesmiye edilmiş bulunan kira bedelinden maddenin mer'iyetinden sonraki zamana ait kısmının tediyesinden temerrüd edildiği sebebine müsteniden tahliye dâvası açılırsa böyle bir dâvanın dinlenemiyeceğine ve şayed bu meriyetten sonraki zaman için kiracıdan 1939 senesi kirasından ziyade kira karşılığı alınmış ise ondan sonraki zamanlarda tahakkuk edecek kira borcundan mahsubunu yahut fazlanın geri verilmesini istemekte kiracı haklı olup maddenin mer'iyetine kadar mukavele hükümleri muteber olduğundan o tarihe kadar mukavele mucebince tahakkuk etmiş bulunan kira bedelleri hakkında böyle bir mahsup veya istirdad talebinde bulunulamıyacağına reylerin üçde ikisini geçen çoğunlukla 1/3/944 tarihinde karar verildi.
İşte bu karar nehy hitabettiği zaman hüküm ifade eder esasına müstenittir.

İKİNCİ FASIL

Âmm

Âmm lâfız, istiğrak suretiyle efradına şâmil olan sözdür, Herkes lâfzı gibi ki her ferde şâmildir.

Amm'ın tarifinde üç kayıd muteberdir:

1 — Efradında teaddüd olacaktır. İster makulâttan olsun ister âyan kabilinden olsun. Binaenaleyh Ahmet, Mehmet gibi ismi âlemler tarifden hariç kalıyor ki bunlar hâss lâfızlardır.

2 — Âmm'ın efradı arasında hasr olmıyacaktır. Yani hasra delâlet edecek karine bulunmıyacaktır. Ancak haricde mahsur olması lâfzın umumiyetine halel vermez.

Meselâ, sınıfta her öğrenci derslerde bulunmağa mecburdur ibaresindeki her öğrenci âmm bir lâfızdır. Sınıfdaki öğrencilerin madud ve mahsur olması lâfzın umumiyetini ihlâl etmez. .

3 — İhata ve istiğrak olacaktır. Binaenaleyh istiğrak ifade etmeyen sözler ve istiğrak edad ve karinesinden mücerred olan cemiler tarifin dışında kalır.

Amm, şamil olduğu efradın kâffesinde hüküm ifade eder.

Umum, lâfzın sıfatıdır. Bolluk, ucuzluk gibi. Bazı mânalarda umumiyet vardır. Fakat tefsir bakımından bahis mevzuu olan lâfzın umumiyyet ve hususiyyetidir.

Umum ve husus lâfzın vasfı olduğu içindir ki mefhuma kail olanlarca da mefhumlarda umum yoktur. Çünki mefhum lâfza değil sükûta müsteniddir. Bu halde beyan mücmel olup tefsire muhtaç olur.

Umumî ve hususî mânaları ifade için birer lâfza ihtiyaç vardır. Maksada göre beyan - ihbarî veya inşâî olsun - hususî veya umumî olabilir. Hattâ bazan birçok efradı bulunan bir mefhumdan

topluluk ve bazan ferdler veya gayrimuayyen biri kasdolunur.

Her lisanda her türlü mânayı ifade için lâfızlar vardır. Türkçede de böyledir. Türkçemizde:

Her, hep, ne, ne zaman, nerede, hangisi gibi bir takım umuma mevzu lâfız ve edatlar vardır ki sırasiyle bunları tetkik edeceğiz.

Türkçede "her" umum edatıdır. Dahil olduğu mefhumun efradının hepsine şâmil olur. Sarahat veya bir karine olmadıkça hüküm bazı efradına hasredilemez.

Meselâ, herkes haklarını istimalde ve vecibelerini ifada hüsnüniyyet kaidelerine riâyetle mükellefdir (Medeni Kanun madde - 2) ibaresindeki mükellefiyet her ferde şâmildir. Şu veya bu kimse bu kaideden istisna edilemez. Söylemeğe hâcet yoktur ki kimseden murad ehliyeti haiz kişilerdir.

Medeni kanunun 131. ci maddesinde karı kocadan her biri terzil edici bir cürüm işliyen yahut kendisiyle birlikte yaşamağı çekilmez bir hale koyacak derecede haysiyyetsiz hayat süren diğeri aleyhine her zaman boşanma dâvası ikame edebilir, denmiştir. Burada her zaman lâfzı umum ifade eder. Binaenaleyh bu gibi dâvalarda müruruzamana itibar edilmez.

Keza, her gayrimenkul bulunduğu mıntakanın sicilline kayıt edilir (Medeni kanun madde - 914) ibaresinde her gayrimenkul tâbiri bilûmum gayrimenkullere şamildir. Binaenaleyh gayrimenkuller bilâistisna hududu dahilinde bulunduğu mıntıka sicilline kayıt olunur.

Bu edatın sayısız misalleri vardır. Biz bu iki misal ile iktifa ediyoruz.

Hep: istiğrak ve umum ifade etmekte Her gibidir. Şu kadar ki (Her) doğrudan doğruya ferdlerde istiğrak ifade ettiği halde (Hep) lâfzı, mecmuda ve bunun zımnında ferdlerde istiğrak ifade eder.

Meselâ, müvekkil vekiline dükkânımda bulunan her mali satmağa mezunsun dese bu söz dükkânda bulunan malları teker teker ve hepsini satmağa tevkili tazammun eder. Dükkândaki

mallarımın hepsini satmağa mezunsun dese kezalik mecmuunu birden ve teker teker de satmağa tevkil etmiş olur.

Bir de hep bazan cüzleri ihatayı ifade eder. İlâcın hepsini içiniz denildikde tamamını içiniz demek olur ki, binnetice bütün cüzüleri iştimal eder.

Her edatı, âkidler arasında münazaa ve ihtilâfı mucib olacak yerde vâki olur ve ferdlerin müntehası malûm olmazsa hukuk kaidesi icabı olarak bir ferde haml ve sarf olunur. Bu haml lisan itibariyle lâfzın umumiyetine münafi değildir. Borçlar kanununun 262. ci maddesi bu asla müteferridir. Bu maddede deniyor ki:

İcar için ne sarih ne de zımnî bir müddet tâyin edilmemiş olursa gerek müstecir, gerek mucir ihbar suretiyle akdi fesh edebilir. Bu madde muktezasına göre icar müddetinin nihayeti tâyin olunmaksızın her aylığı şu kadar kuruşa olmak üzere bir ev icar olunsa birinci ay için lüzum ifade eder. Seneliği şu kadar kuruşa olmak üzere diye yapılan kira akdinde de hüküm böyledir. Yani birinci sene için akid lâzım olur. Birinci misalde diğer aylar ve ikincide diğer seneler için tarafların akdi fesih hakkı olur.

"Kim" lâfzı da elfazı umumdandır. Bu lâfız zevilukulde müstameldir. Zevilukulün gayrisi ne ile ifade olunur

"Kim" lâfzı, şart veya istifham mevkilerinde kullanılırsa mutlaka umum ifade eder.

Meselâ, bir kimse borçlar kanununun 8. ci maddesine muvafık olarak (.... Kaybettiğim .... malımı kim bulursa ona şu kadar lira vereceğim) diye ilân etse, kim bulursa vaadine binaen o bedeli vermeğe mecburdur. Benim maksadım bu şehir ahalisinden demekti diye mevûd bedeli vermekten imtina edemez. İstifham makamında vâki oldukda yine elfazı umumdandır.

Meselâ, seni kim dövdü, denildikde bunun mânası A. mı, B. mi İlâ. demektir. Nâmütenahi isimleri tadâd etmek külfetinden ve hattâ imkânsızlığından dolayı maksadı ifade için kim lâfzı vazedilmiştir.

Sair mevkilerde istimal olunursa bazan umum ve bazan husus

ifade eyler. Yerine göre bunları anlamak güç değildir.

"Ne" de umumî lâfızlardandır. "Ne" lâfzı şart ve istifham mevkilerinde kullanılırsa mutlak umum ifade eder.

Meselâ, bir kimse diğerine (Yazılı olarak) "filân adama ne satarsan bin liraya kadar semenine kefilim" dese diğer kimse o adama ne satarsa bin liraya kadar kefil olmuş olur.

Keza, ne aldınız suali. Şunu mu, bunu mu? ilâ... gibi nâmütenahi şeylere şâmil olur.

Türkçede cemilerden çok defa umum kasdolunur.

Meselâ, "Zaruretler memnû olan şeyi mubah kılar" ibaresinde zaruretler cemidir. Zaruret mefhumunun sadık olduğu her zarurete şâmildir.

"Zaruretler kendi mikdarlarınca takdir olunur" ibaresinde de böyledir. Yani cemi istiğrak ifade eder.

Keza, tesciller talep ve beyan sırasiyle yapılır. (Medeni kanun madde - 926). Aynî haklar tescil ile doğar ve sıra ve tarihlerini tescil kaydına göre alır. Madde 930. Bu maddelerdeki tesciller ve aynî haklar her ikisi de umum ifade eden birer cemidir.

Âmm olmıyan bir lâfız mevkii nefiyde bulunursa, zarurî olarak umum ifade eder.

Meselâ, "zarar ve mukabele bizzarar yoktur" ibaresindeki zarar kelimesi ismicins ve hass olduğu halde nefiy mevkiinde olduğundan umum ifade eder ve ibtidâen hiçbir zarar caiz olmadığı gibi yapılmış hiç bir zarara mukabele de caiz değildir. Demek olur.

Âmm'ın tahsisi:

Âmm lâfızlar, kaideten medlüllerini kesin olarak ifade eder. Fakat bazan bunlar ya kanun veya örf ve âdetle veyahut herhangi bir karine ile tekayyüd edebilir ve bu takdirde lâfız şümulünden hariç bırakılan ferdlerden mâadasına delâlet eder. Bazan da âmm, bedahati akıl ile tehassus eder.

Bir kimse diğerine benim yapabileceğim her işde seni vekil tâyin ettim, dese Hukuk U. M. Kanununun 63. cü maddesi gereğince

tahkim, sulh ve ibra, feragat ve kabul hakkında vekâlette sarahat olmak lâzımgeldiğinden her işde tâbiri umumisi bunlara şâmil olmaz.

Bunun gibi et koyun etinde maruf olan bir şehirde bir et müteahhidi birine "çarşıda ne kadar et varsa hepsini benim için al" diye emretse emrolunan kimse sığır ve keçi eti alamaz. Ne kadar et varsa tâbiri umumîsi örfle koyun etine mahmul olur.

542 Numaralı yol mükellefiyeti kanununun birinci maddesinde "Türkiyede sakin bilûmum erkek nüfus on sekiz yaşından altmış yaşına kadar yol mükellefiyetine tâbidir. Ancak maluliyeti sabit olan fakirlerle bilûmum talebe ve silâh altında bulunan ordu ve jandarma efradı ve hayatta altı evlâdı olanlar bu mükellefiyetten müstesnadır" der.

Bu maddede (Bilûmum talebe) tâbiri bir lâfzı âmm'dır. Bünyesi itibariyle memur olsun olmasın her öğrenciye şâmil olmak lâzımgelir. Fakat istisnanın illeti itibariyle burada her talebe tâbiri esas meşguliyeti yalnız öğrencilik olanlara hasredilir.

Nitekim Büyük Millet Meclisi 8/Kânunuevvel/926 Tarih ve 104 Numaralı kararıyle (Yol mükellefiyeti kanununun birinci maddesindeki bilûmum talebe tâbirinden maksat esas meşguliyeti münhasıran talebelik olanlar olup memurlardan talebe olarak Mekâtibe devam edenlere şâmil değildir.) diye tefsir etmiştir.

Âmm ile hass arasında tearuz

Şimdi âmm ile hass teâruz ederse hükümlerin nasıl anlaşılması mevzuunu tetkik edelim:

Âmm ile hass arasında ihtilâf olur, yani âmm, sureten hass'a muhalif bir hüküm ifade ederse her ikisi kat'î olduğundan taaruz sabit olur.

Bu takdirde, tarih malûm ise hass ya âmm'a mukarin veya âmm'dan muahhar veya âmmdan mukaddemdir.

Birinci halde hass âmm'ı tahsis eder ve âmm'ın hükmü hass'ın medlûlünden mâadaya münhasır kalır.

Anayasanın 11 inci maddesinde "Otuz yaşını ikmal eden her Türk Mebus intihap edilmek salâhiyetini haizdir" der. "Her Türk" âmm'dır fakat 12. ci madde ile umumu, tahdid edilmiştir.

Keza, H.U.M.K. nunun 9. cu maddesi mucebince her dâva ikame edildiği tarihde müddeaaleyhin kanunu medeni mucebince ikametgâhı addolunan mahal mahkemesinde bakılır. Bu maddede konu, her dâva, genel tâbiriyle sevk olunmuş, fakat müteakip maddelerle bazı dâvalar (her dâva) tâbirinin umumiyetini tahsis ve tahdid etmiştir.

Meselâ, 13. cü maddede gayrimenkule müteallik dâvalar gayrimenkulun bulunduğu mahal mahkemesinde ikame olunacağı zikredilerek bununla da bu kabil dâvalar (her dâva) tâbirinin şümulünden hariç kalmışdır. Çünki bu maddeler tarihen mukarindir. Kanunun hey'eti umumiyesi ayni zamanda kanuniyet iktisab eylemiştir.

İkinci halde yani hass'ın tarihi Âmm'dan muahhar olması halinde hass şâmil olduğu mikdarda âmmın hükmünü nesh ve ilga eder.

Meselâ, bir kimse komisyoncusuna bana her nevi buğdaydan olmak üzere on ton buğday al, dedikten bir kaç gün sonra beyaz buğday alma demiş olsa, bununla her nevi buğday tâbiri umumisinin hükmünü kısmen ilga etmiş olur.

Üçüncü halde, yani hass mukaddem ve âmm muahhar olması halinde âmm hassı nesih ve ilga eder.

Meselâ, müvekkil umumî vekiline "atımı da satmıya mezunsun" dedikten sonra "hiçbir hayvan satma" dese, bununla atımı da satmağa mezunsun lâfzı hassının hükmünü ilga etmiş olur.

Mütekaddim beyanatımızdan da anlaşıldığı üzere tahsis ile nesih arasında fark vardır; Tahsisde hüküm iptidâen tahsis veçhile cereyan eder. Tahsis suretiyle nesihde (İlgada) ise evvelâ hüküm umumî olarak cari olduğu halde nesihden sonra mâada efradda muteber olarak kalır.

ÜÇÜNCÜ FASIL

Müşterek[16]

Müşterek, müteaddit vaz ile müteaddit mânalara mevzu olan sözdür[17].

Tarifden de anlaşıldığı üzere bir söz müşterek olmak için şu şartların tahakkuku lâzımdır:

1 — Vazı müteaddit olacaktır. Binaenaleyh bir vazı ile müteaddid mânalara mevzu olan lâfız, müşterek değil âmmdır.

2 — Mânalar müteaddid olacaktır. Mânası müteaddid olmıyan lâfız, müşterek değil hassdır.

Her lisanda olduğu gibi Türkçemizde de müşterek lâfızlar yani ayrı ayrı müteaddid mânalara mevzu lâfızlar vardır. Ezcümle: "Göz" lâfzı hem göze, hem de pınara, dolap, değirmen gözüne mevzudur. Hep bunlara "göz" denir.

Keza, "beşi bir yerde" de böyledir. Hamîdiye, Reşadiye, Cumhuriyet beşi bir yerdelerine denir.

Müşterek, mânalarından her birine ayrı ayrı delâlet eder.

Müşterekden hakikat veya mecaz tarikiyle bütün mânaları birden kasdedilemez.

Müşterek lâfızdan, hangi mânası kasdolunduğu delil ve karinelerle anlaşılır[18].

---

16 Müşterek, kendinde iştirâk olunan şey demekdir. Bu mal, bu ev müşterekdir denildikde bir kaç kimsenin bu malda, bu evde iştirâki var demek olur. Bu lâfız müşterekdir sözü bazı mânaların bu lâfızda iştirâki var mânasını ifade eder.

17 Bir de müteradif lâfızlar vardır ki bunlarda müşterek lâfzın aksine olarak lâfızlar ayrı, mânaları birdir. Sakınmak, kaçınmak, gibi. Zengin lisanlarda müteradif lâfızlara çokça tesadüf olunur. Ancak yeknazarda bir gibi görünen mânalar arasında az çok ince farklar vardır.

18 Delil ve karine olmazsa mücmel hükmü cereyan eder. Mücmel bahsine bak.

Meselâ, memleketimizde Beşi bir yerde üzerine bir mukavele yapılsa, Beşi bir yerdenin Hamîdiye, Reşadiye, Cumhuriyet Beşi bir yerdeleri gibi müteaddit medlûlleri olduğundan hangisi kasdedilmiş olduğunu tâyin için karineye ve delile müracaat olunur. Hangisinin revacı ziyade ise bu karine ile tâbir ona hamlolunur.

İKİNCİ BAB

Sözün İstimal İtibariyle Kısımları

BİRİNCİ FASIL

Hakikat

"Hakikat" vazolunduğu mânada kullanılan sözdür. Bir münasebet ve karine ile asıl mânasının gayri bir mânada kullanılan söze mecaz denir.

Üç nevi vazı vardır:

1 — Lugavî

2 — Kanunî

3 — Örfî

Örfî de iki kısımdır. Biri örfühass, (ıstılah), diğeri örfüâmmdır. Şu hale göre hakikat, lugavî, kanunî, örfî kısımlara ayrılır.

Hakikati Lugaviye: Lugavî mânasında istimal olunan sözdür. Düğümlemek mânasına olan akid lâfzının bu manada kullanılması gibi.

Hakikati kanuniye: Kanunî mânasında kullanılan sözdür. Akid, mukavele, beyi lâfızlarının hukukî mânalarında kullanılması gibi.

Hakikati istılâhiyye: Mustalah mânasında kullanılan sözdür. Mantıkda kaziyenin, kimyada müvellidülmâ, müvellidülhumuzanın, hendesede müselles ve zaviyenin mantıkî, kimyevî, hendesî mânalarında kullanılması gibi.

Hakikati Örfiyye: (Örfüâmm) örfî mânasında kullanılan sözdür. Merkebin malûm olan hayvanda ve sobayı yak sözünün sobanın içindeki odunda istimalleri gibi.

Mürtecel ve menkul de hakikatin kısımlarındandır[19].

Hakikatin hükmü:

Hakikat, mânası ne ise onu ifade eder. Bir mânanın hakikî olup olmadığını anlamak için kıstas şudur:

Eğer asıl mânanın nefyi sahih değilse, o mâna hakikî, eğer sahih ise mâna mecazidir.

Meselâ, bir adama mecazen arslan dersek, bu nefselemirde arslan değildir, diye nefyolunabilir. Fakat insan dediğimiz şahıs için bu insan değildir denemez.

Hakikat mecaze tercih olunur. Binaenaleyh hakikî mâna mümkin oldukça mecaza gidilmez. Ancak hakikî mâna müteazzir olunca, yani mânayı hakikiyi kasdetmek mümkin olmazsa mecaza gitmek lâzımgelir.

Hakikatin mecaza müretceh olması, hakikat mânasına delâlette karineye muhtaç olmamasındandır.

---

19 Mürtecel: Münasebet gözedilmeksizin asıl mânasından başka bir mânada istimal olunan lâfızdır. İsimler hep mürtecel kabilindendir. Reşid, Nazım gibi ki, henüz doğan bir çocuğa Reşid, Nazım isimleri konurken rüşd ve nazm düşünülmez.
Menkul; bir münasebetle bilâkarine diğer bir mânaya nakl olunan lâfızdır. Akid lâfzının düğüm gibi birleşmek münasebetiyle icab ve kabulün birleşmesinde istimali bu kabildendir.

İKİNCİ FASIL

Mecaz

Bir alâka ve münasebetle asıl mânasının gayride kullanılan söze "mecaz" denir.

Bir söz "mecaz" olmak için hakikî mânasını iradeyi men eden bir karine bulunmak lâzımdır. Bu karine ile sözün asıl mânası kasdedilmediği anlaşılır.

Meselâ, "İstiklâl Harbinde bizim arslanlar kahramanca döğüştüler" ibaresinde arslan tâbirinden asıl mânasını iradeye mâni karine vardır.

Karinei maniadan başka bir de karinei muayyine, yani belirten bir karine lâzımdır. Bazan karinei mania ve muayyine bir şey de olur.

Bu misalde "İstiklâl Harbinde" kaydı hem karinei mania, hem karinei muayyinedir. Yani hem arslanlardan hakikî mânası irade edilmediğine, hem de asker murad olunduğuna karinedir.

Alâka ve münasebet beyana müteallik eserlerde izah olunmuştur. Burada tekrarına ihtiyaç yoktur.

Mecazın hükmü:

Mecazın hükmü, kasdolunan mâna anlaşılmaktır.

Mecaz, hakikatin fer'idir. Bir sözün hakikî mânası müteazzir veyahut âdeten ve hukuken metruk olmadıkça mecaza gidilemez. Ancak hakikî mâna müteazzir veya metruk olduğu zaman mecaza gidilir.

Meselâ, oğlu olmayıp torunu olan kimse filan malımı oğluma.. vakfettim dese, hafidine vakfetmiş olur. Çünkü vâkıfın oğlu olmadığından hakikî mânayı anlamak müteazzirdir. Bu halde mecaz mânasına gidilerek erkek torun murad olunduğuna hükmedilir.

Keza, bir kimsenin "Beylik çeşmeden su içmiyeceğim" demesi Devlet hâzinesinden para almıyacağım demek olur. Bunu mânayı hakikiye hamletmek mümkin ise de mânayı hakikî âdeten metrûk olup Devlet hâzinesinden para almıyacağım mânasında kullanılmaktadır.

Kezalik, bir kimse aleyhine açılan bir dâvada birini husumete vekil tâyin etse husumetin mânayı hakikisi kavga ve münazaa olup bu ise hukuken memnu olduğundan o dâvada müdafaa ve cevaba tevkil kasdedilmiş olduğuna hükmolunur.

Bir sözün hakikî ve mecazi mânalarına hamli mümkin olmazsa o söz ihmal olunur. Yani mânâsız sayılır.

Meselâ, bir kimse kendisinden yaşça büyük olan veya nesebi malûm ve maruf bulunan bir kimse hakkında bu benim oğlumdur diye dâva etse dâva red olunur.

Bir lâfızdan ayni zamanda hem hakikî, hem mecazi mânası kasd olunamaz.

Meselâ, bir kimse bir şahsın oğullarına bir mal vasiyyet etse, o şahsın kendi oğullarına vasiyyet etmiş olur. Oğlunun oğluna şâmil olmaz.

Yalnız, ayni zamanda hakikî ve mecazi mâna, umum mecaz tarikiyle kasdolunabilir.

Meselâ, Beyi iki kısımdır. Biri münakid diğeri gayrimünakiddir dense, beyi lâfzının ıtlak olunduğu muamele mânası maksud olur. Bu mâna ise umumî olup hem mânayı hakikîye, hem de mânayı mecaziye şamildir.

ÜÇÜNCÜ BAB

Delâletler

BİRİNCİ FASIL

Lâfız olmıyan bir şeyin delâleti "Sükûtun Delâleti"

Akid ve hukukî tasarrufların hakikî mahiyetleri rızadır[20]. Rıza derunî bir keyfiyet olduğundan tezahür etmedikçe bir hüküm ifade etmez.

Rıza asıl olarak sözle tezahür eder. Ve vâkıai hukukiye ancak bu zaman vücud bulur. Bunun içindir ki teşebbüs veya vücud sahasına çıkmıyan kasd ve niyyetler ne hukukda, ne de cezada bir hüküm ifade etmez. Akid ve kavli tasarruf nefsi rıza mıdır, yoksa şekli mütezahiri midir? Bu ihtilaflı bir meseledir. Mevzu harici olduğundan bunun üzerinde durmıyacağız.

Kaide olarak rıza ve iradenin delili söz olduğundan sâkite bir söz isnad olunmaz. Fakat mantık, hukuk ve âdet icabı olarak bazı hallerde sükût beyan addolunur.

Bunları şu üç zabıtada toplamak mümkindir:

1 — Söylenen şeyden söylenmiyen şey zarureten anlaşılırsa;

Meselâ, "A" diyor ki ben ve "B" nin "C" ye bin lira borcumuz vardır. Bu borcun yarısı "B" ye âittir.

Yahut "A" "B" ile müzaraa şirketi yaparak "B" ye hasılatın yarısı bana ait olacaktır dese iştirâk iki şahsa münhasır olunca birinci misalde borcun yarısının "A" ya ve ikinci misalde hasılatın yarısının "B" ye âidiyeti anlaşılır. Bu mantıkî ve zarurî bir mefhumdur.

---

20 "Yâeyyühellezine Âmenü lâte'külü-Emvaleküm Beyneküm Bilbatılı İllâ Enteküne Ticareten Anterâdın Minküm" ayeti kerimesinde buna işaret vardır.

2 — Hukuken beyan vazife olan yerlerde;

Meselâ, bir dâvada taraflardan birine yemin teklif edilip de sükût etse müddeabihi ikrar etmiş addolunur. Çünki kendisine yemin teveccüh eden kimse ya yemini veya dâvayı kabul etmek zorundadır. Yemini yapmayıp sükût edince dâvayı kabul etmiş addedilmek lâzımgelir.

3 — Örf ve âdet icabından ise;

Meselâ, bir kimse bir avukatı bir hususa tevkil ettikten sonra vekâletnameyi avukata gönderip de avukat bir şey söylemeksizin bunu alsa veya müşteri mebii bâyiin gözüönünde alup da bâyi ses çıkarmasa birinci misalde vekil vekâleti kabul etmiş ve ikinci misalde bâyi mebii tesellüme izin vermiş sayılır. Çünki ekseri ahvalde vekil vekletnameyi, kabul halinde alır ve ancak mebii tesellüme razı olan bâyi sükût eder.

Söylemek hüsnüniyyet iktizasından olan mes'elelerde sükûtun hükmünü örf ve âdet çerçevesi içinde mütalâa edebiliriz.

Bu esaslar haricinde olan yani aklen, hukuken ve âdeten beyan addi lâzım gelmiyen sükûte beyan hükmü izafe edilemez. Buna bir çok misal vermek kabildir. Satırları çoğaltmamak için yine bir kaç misal ile iktifa ediyoruz:

Hukuk Usulü Muhakemeleri kanunu ahkâmına göre Müddeaaleyh dâvaya cevap vermek mecburiyetindedir.

Bir dâvada müddeaaleyh müddeinin dâvasına cevap vermeyip de sükût etse bu sükût ikrar sayılmaz. Gerçi cevap vermek bir vazifedir. Fakat cevap ikrarla, inkârla kısmen ikrar ve kısmen inkârla ve nihayet bir defi beyaniyle de olabilir. Mes'elede bir örfden istidlâle imkân olmadığı gibi sükütun beyan sayılmasını gerekli kılan haklı ve hukuki bir icab da yoktur[21].

---

21 Hâkim, taraflardan birine cevap vermezseniz ikrar etmiş addederim diye ihtar edip de ihtar olunan cevap vermezse bu süküt beyan addolunur. Çünki ihtarla mahal, ma'rızı hacet olmuş olur.
Nitekim H.U.M.K. 334. cü maddesinin son fıkrasında "Bunun üzerine gelmediği veyahut sorulan suallere cevap vermediği surette Hâkim tertip

Bunun gibi bir kimse bir malını bir şahıs itlâf ederken görüp de sükût etse örf delâleti yok ise bunu izin sayamayız. Burada mal sahibine hukukî bir vazife terettüp etmez. Gerçi mal sahibi menetmek mümkin ise de ahlâken ve hukuken memnû olmak itibariyle bu men, memnuiyeti tekrar mahiyetini geçemez. Ancak hilâfına örf ve âdet varsa hüküm değişir. Sükût itlâfa izin demek olur.

Meselâ, bir kimse misafiri ile bahçede otururken izin almaksızın misafiri meyve yiyip de sahibi bir şey söylemese yediği meyveleri istihlâke izin vermiş sayılır ve bu itlâfa ahlâkî ve hukukî bir şey terettüp etmez.

Fiilî delâlet ile sükût delâleti ayrılmalıdır.

Meselâ, baş ile veya el ile işaret bir beyandır.

Ekmek gibi fiyatı muayyen bir malı alıp parasını vermekde bir beyandır. Bunlar hep fiilîdir. Sükût ne fiilî ne kâvli bir beyandır. Yeri gelince fiilî beyanlar hakkında tafsilât verilecektir.

---

eylediği sualleri ikrar eylemiş addolunacağını kendisine tebliğ veya tefhim eder. Yine gelmediği veya cevap vermediği takdirde Hâkim sual olunan vâkıaları ikrar etmiş addeder" denilmiştir.

İKİNCİ FASIL

Lâfız (Sözün) Delâleti

Sözün muhtelif delâlet ve ifadeleri vardır. Çünki bir sözün tamam mânası bir de mânasının cüz'ü ve bir de iltizamî mânası vardır. Bu halde mâna ya sözün tamam medlûlüdür. Yani vaz olunduğu şeyin tamamıdır ki buna "mânayı mutabakî" denir.

Meselâ; satmak "beyi" malı mal ile değişmektir. Beyi sözünün bu mânanın hey'eti umumiyesine delâletine "delâleti mutabakiye" denir.

Bir de mâna tamam medlûlün cüz'ü olur. Buna "Mânayı tazammunî" denir. Bu misalde satışın "bey'in" mebi, semen ve değişmekten her birine delâleti gibi.

Mâna tamam mânanın lâzımı olursa buna da "Manayı iltizamî" denir.

Yine bu misalde satışın "beyin" mebii bayiin, semeni müşterinin teslim vecibesi gibi.

Bu mâna bey'in mahiyetinden hariç ise de hukukî lâzımıdır.

Mânayı lâzımîye ya hükmün menatı (illeti)[22] vasıtasiyle veya bir meselei hukukiyenin icabı olarak delâlet eder.

Söz bazan bu manâların tamamını bazı kere cüz'ünü ve bazan da lâzımını ifade ve beyan için sevk olunur ve her birine göre bir isim alır.

Lafzın sevk olunduğu mânaya delâletine İslâm hikmeti teşri ıstılahında (İbaresiyle Delâlet) denir. İster bu mâna mânanın tamamı, ister cüz'ü isterse lâzımı olsun.

---

22 Bir hükmün İlletine hükmün menatı denir. Bu, tasrih edilmiş olur veya olmaz. Hükmün Menatı (İlleti) mezkûr değilse istinbata yani düşünüp bulmağa ihtiyaç hasıl olur.

Lâfzın kendisi için sevk olunmadığı mânaya delâletine de "Dal - bil'işare" ıtlak olunur.

Meselâ, medeni kanunun 550. ci maddesinde "Müddeti içinde reddetmiyen mirasçı, mirası kayıtsız ve şartsız iktisap etmiş olur" der.

Maddenin matlabından da anlaşılacağı üzere bu ibare red hakkından mahrumiyeti beyan için sevk olunmuştur. Bu mânâya ibaresiyle ve iktisaba da işaretiyle delâlet eder.

Bir de sözün menatı (hükmün illeti) ile mânayı lâzimesine delâleti vardır. Bu söze İslâm hikmeti teşriinde (Dal Biddelâle) derler.

Her iki mânanın illeti müsavi veya ikincinin illeti daha kuvvetli olacaktır. Nassın menatı daha kuvvetli ise ikinci hüküm nassile değilse kıyasla sabit olabilir.

Delâleti nassın hayatta ve kanunlarda bir çok misalleri vardır. Ezcümle: Umumî bir bahçenin kapısına buraya köpekle girmek memnudur denmiş olsa, oraya kurt veya ayı ile de girilemez. Çünki memnuiyetin illeti bahçeyi pislemek ve eşip bozmak ihtimalidir. Bu illet kurt ve ayıda daha ziyade muhtemeldir. Binaenaleyh bunlarla girmenin memnuiyeti evleviyyetle sabit olur.

Bir de sözün hukuken iktiza eden bir mânaya delâleti olur. Bu söze hikmeti teşride (Dâlbiliktiza) denir.

Bu gibi lâfızlarda hükmün sübûtu için tekaddümen bir muameleye ihtiyaç olacaktır. Şu halde iktizada dört şey'in vücudu lâzımdır. Birincisi, iktiza eden söz; İkincisi, mukteza; Üçüncüsü, sözün ifade ettiği hükümle mukteza arasında nisbet; dördüncüsü, muktezanın hükmü.

Meselâ, bir kimse fırıncıya "şu fakire benim için sadaka olarak bir ekmek ver" dese tasarrufun sihhati için evvelemirde emredene ekmeği satmak lâzım. Çünki fırıncının emredene niyabeten ekmeği tesadduk etmesi ancak ekmeğin âmire temliki ile olur. Şu hale göre fırıncı bu emre binaen ekmeği fakire verirse emreden namına vermiş olur ve bedelini ondan alır.

Burada satış zarureten sabit olmaktadır. Binaenaleyh müşterinin kabulü lâzım gelmez. Mes'eleyi şöyle düşünmek de mümkindir. Benim için bir ekmek tesadduk et sözü hem satış için icab, hem de tesadduk için emirdir. Memurun tesadduku, fiilen kabul ve emre imtisal mahiyetinde olur.

Benim hesabıma malınızdan filana bin lira veriniz, sözünde de hüküm böyledir. Bana bin lira ikraz ve bu parayı filana veriniz mazmunundadır. Emrolunan şahıs o kimseye bin lira verince âmire o bin lirayı ikraz etmiş ve ona niyabeten vermiş olur. Emreden bu ikraz tarafımdan kabul ve tesellüm olunmamıştır diye bir iddiada bulunamaz.

ÜÇÜNCÜ FASIL

Vuzuh ve Hafa itibariyle lâfızların nevileri

Vuzuh itibariyle söz ya zahir (Belirli) veya Nass (Açık) veya müfesser (Yorumlu) olur.

Zahir (Belirli) mücerred işitilmekle ne kasdolunduğu anlaşılan sözdür.

Mâlûmdur ki her anlam (mâna) için ayrı ayrı lâfızlar vardır. Bunlardan bazısı anlamında belirlidir. Yani söylenince ne kasdolunduğunu anlamak için düşünmeğe ihtiyaç yoktur. Buna zahir (Belirli) denir.

Bazı sözler de vardır ki anlamı daha açık olur. Buna da Nass (Açık) denir.

Meselâ, medenî kanunun 550. ci maddesinde red hakkından mahrumiyeti beyan sadedinde "müddeti içinde mirasçı mirası kayıtsız ve şartsız iktisap etmiş olur" denmektedir.

Bu söz mirası iktisabda zahir ve red hakkından mahrumiyyetde nassdir. Çünki, madde asıl bunu beyan için sevk olunmuştur.

Gerek zahir, gerek nass katî olarak anlamlarını ifade eder. Ve bu anlamlarla amel olunur.

Meselâ, bilâkaydişart malını birine hibe eden kimse benim niyyetim görüp gözetmek şartiyle hibe idi diyemez.Yani böyle bir iddia dinlenmez.

Bir de müfesser (Yorumlu) vardır ki anlamı zahir ve kasdolunan mâna daha açık olan sözdür.

Meselâ, Medenî kanunun 315. ci maddesinde "herkes yardım etmediği surette zarurete düşecek olan usul ve furuuna, erkek ve kız kardeşlerine muavenetle mükellefdir" denilmişdir. İbare derece ve tertip hakkında mücmeldir. 316. cı maddede nafaka dâvası bununla mükellef olanlar hakkında mirasdaki tertip sırasiyle diye bu cihet tavzih olunmuş ve 134. cü maddede "Geçimsizlik" mücmel ve kapalı iken "müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesini mucîb olacak derecede şiddetli" ibaresiyle vazih bir hale konulmuştur.

DÖRDÜNCÜ FASIL

Mübhemiyet itibariyle sözün kısımları

Söz vuzuh itibariyle kısımlara ayrıldığı gibi mübhemiyyet itibariyle de başlıca iki kısma ayrılır:

Hafi, Mücmel.

Hafi: Haricî bir sebeble maksad tamamen anlaşılamayan sözdür. Hafi olan sözde mâna itibariyle ibham olmayıp mübhemiyyet arızî bir sebeple hasıl olur. Hafi, zahirin mukabilidir.

Hafinin hükmü: Asıl mâna üzerinde tevekkuf ederek mübhem olan mânaya şümul ve ademi şümulünü tâyin etmektir. Şöyle ki: her iki mâna mahiyeten müsavi veya hafi olan mânada ziyadelik varsa sözün o mânaya da delâletine hükmolunur.

Meselâ, 12/Şubat/1339 Tarih ve 306 Numaralı kanun, herhangi bir kimseyi kanunen mensup olduğu mahkemenin gayri bir mahkemeye sevk etmeği metninde yazılı ceza ile tecziye etmişti.

Mahkemenin mânası açıktır. Acaba mahkeme tâbiri Divanı Harplere şamil midir? Değil midir? Bunda hafa vardır. Çünki Divanı Harp başka bir isimle yâdedilmektedir. Binaenaleyh maksadı anlamak için dikkate ihtiyaç vardır. Divanıharplerde mahkeme olmak ve hükmün illeti bir Divanıharpten diğer bir Divanıharbe sevkde de mevcut bulunmak itibariyle mahkeme tâbirinde Divanıharplerin dahil olduğuna hükmedilmek lâzımgelir.

Bunun gibi 217 Numaralı istihlâk kanununun birinci maddesinde istihlâk resmine tâbi tutulan mevad arasında pirinç de vardır. Acaba pirinç tâbirinde çeltik dahil midir? Pirinç tâbiri bunda hafidir. Çünki çeltik ayrı bir isimle yâdedilir. Fakat pirincin istihlâke tâbi olmasındaki mülâhaza aynen çeltikde de mevcut olmakla beraber maksadı istihsale nazaran cevher itibariyle pirinç ve çeltik birbirinin aynıdır. Bunun içindir ki 12 Numaralı

tefsirle Büyük Millet Meclisi Divanıharplerin mahkeme tâbirinin şümulünde dahil olduğuna ve 112 Numaralı tefsirle pirinç tâbiri pirinç unu ve çeltik'e şamil olduğuna karar vermiştir.

Mücmel: Sigası (bünyesi) itibariyle kendinden ne kasdolunduğu belli olmıyan sözdür.

Mânanın anlaşılamaması ya lâfızdaki garabetten veya sözlerin mânası belli olmakla beraber diğer bir sebeble maksad anlaşılamamaktan veya sözün bir kaç mânası olup hangisi murad edildiği bilinememekten ileri gelir.

Mücmelin hükmü: Mümkin ise söz sahibine müracaat ve ledelicab mülâhaza ve tefekkür etmekdir. Şöyle ki:

Evvelâ icmal kimin tarafından yapılmış ise ondan sorulur. Bu mümkin olmazsa maksad araştırılır.

Meselâ, bir vekâletnamede veya vâkfiyede mücmel bir söz vardır. Bu halde mümkin ise her şeyden evvel müvekkilden ve vâkıfdan sorulur. İcmal bir kanunda ise kanun vazıından açıklanması istenir. Herhangi bir sebeble bu mümkin olmaz veya bir muameleden sonra alâkalılar ihtilâf ederlerse teemmül olunarak maksadın meydana çıkarılmasına çalışılır.

Farzedelim ki: "A" "B" yi ..... yerdeki gayrimenkullerini münasip bir zamanda münasip bedellerle satmağa tevkil etmiş "Münasip" tâbiri mücmeldir. Bu sözden ne kasdolunmuştur. Vuzuh yoktur. Binaenaleyh vekil satışa teşebbüs etmeden maksadı müvekkilinden sorarak alacağı cevaba göre hareket eder. Sattıkdan sonra aralarında ihtilâf çıkarsa hâkim bu sözden galiben kasdolunan mânayı gözönüne alarak kelimeyi o dairede tefsir eyler.

Keza, vâkıf vakfiyesinde vakfımın varidatından şu miktarı torunum Halid'in talim ve terbiyesine sarf olunacaktır, diye şart edip, fakat talim ve terbiyeye muhtaç Halid adında iki torunu bulunsa burada Halid lâfzı iki kişi arasında müşterekdir. Hangisi olduğu da vakfiyede tasrih olunmamıştır. Bu halde vâkıf sağ ise maksadı kendisinden sorulur. Vefat etmiş ise bunlardan biri yetim olmak ve diğerinin baba ve anası sağ olup durumları çocuklarının

talim ve terbiyesine müsait bulunmak gibi delil ve karinelerle maksadın meydana çıkarılmasına çalışılır.

Büyük Millet Meclisinin bazı kararları mes'eleyi aydınlatacağı için buraya naklini faideli bulduk.

1340 senesi muvazenei umumiye kanununun 30. cu maddesinde mevzuubahis memurini hariciyye maaşatının evvelki mikdarı kaydı, maaşatı mezkûrenin aslına olmayıp ita mikdarına matufdur. Tefsir Numarası 71.

1341 senesi Muvazenei umumiye kanununun 20. ci maddesinde (Maâdin ocaklariyle bilûmum müessesatı sınaiyenin tesisatına ve işletilmesine âit levazım) mefhumunda mevaddı iptidaiye dahi dahildir. Tefsir Numarası 72.

İdarei umumiyyei vilâyat kanunu muvakkatinin 106. cı maddesinin 4. cü fıkrasında Velâyet dahilinde velâyete ait hususatın mültezim, mukavil ve müteahhitlerinin meclisi umumî âzalığına intihap olunamıyacakları muharrer olduğundan, vazıı kanunun maksadı memnuiyeti dahilinde olanlar sarahaten zikredilmiş olduğuna nazaran bilkıyas kefillerin intihabına mâni neticei mantıkiye istidlal edilememiş olmakla, kefillerin Meclisi Umumî Âzalığına intihabı caizdir. Tefsir Numarası 75.

DÖRDÜNCÜ BAB

Sahih ve Muteber Olmıyan İstidlâller

Lâfız ile istidlâl iki türlüdür. Biri muteber, diğeri gayrimuteberdir. Şimdiye kadar sahih ve muteber olan istidlâllerden bahsettik. Burada muteber olmıyan istidlallerden bahsedeceğiz.

İki nevi delâlet vardır. Biri mantuk, diğeri mefhumdur. Mantuk lâfzın söylenen şey'e, mefhum söylenmiyen şey'e, delâletidir.

Mefhum iki türlüdür: Biri mefhumu muvafakat[23], diğeri mefhumu muhalefettir.

Mefhumu Muvafakat: Söylenmiyen, sükût olunan şeyin hükmü söylenen şey'e müsbet veya menfi muvafık olmakdır ki sözün medlûlünden maduddur.

Meselâ, ''muallimlerin talebeye fena söz söylemeleri memnudur.'' Sözünden dövmek memnudur mânası anlaşılır, bu bir mefhumu muvafakatdır. Çünki söylenen şeye hükümde muvafıkdır.

Mefhumu Muhalefet: Biraz evvel işaret olunduğu üzere meskût kalan şeyin hükmü söylenen hükme müsbet veya menfi muhalif olmaktır.

Meselâ, "Medeni haklarını istimale salâhiyettar olan kimse iktisaba da iltizama da ehildir" ibaresindeki medenî haklarını istimale salâhiyyettar olmıyan iltizama da, iktisaba da ehil değildir mefhumu bir mefhumu muhalefettir.

Tefsir bahsinde mefhumu muhalefet ehemmiyyet ve dikkatle üzerinde durulmağa değer bir konudur.

Bazıları bu mefhumla istidlâl mümkin olduğu ve bazıları ise

---

23 Buna İslâm usulü fıkıhında Fehvayı hitab ve mefhumu muhalefete Delili hitab denir.

mefhumu muhalefetle istidlale cevaz olmadığı fikrindedirler.

İstidlali mümkin görenler mes'eleyi bazı kayıd ve şartlara tâbi tutarlar[24]. Bu bahsin hükmünü tafsilden evvel nevilerini gözden geçirmek lâzımdır.

Mefhumu muhalefet, şu nevilere ayrılır:

1 — Mefhumu isimdir ki bir isim veya bir ismicinsin şâmil olmadığı şeyleri nefiy etmekdir.

Meselâ, "bugün bana (A) geldi" sözünün mefhumu muhalifi (B) (D) ilâ.... gelmedi mefhumudur.

2 — Mefhumu sıfattır. Mefhumu sıfat: Bir şey bir vasıf ile takyid olundukda o sıfat bulunmadığı takdirde hükmü o şeyden nefiydir.

Meselâ, "bana rahvan bir at al" sözünün mefhumu muhalifi "rahvan olmıyan atı alma" mefhumudur.

---

24 İslâm usulü fıkıhında Hanefiler mefhumu muhalefetle istidlali caiz görmezlerse de Şâfii hukukçuları bazı kayıdlarla bunun cevazını söylerler. Bunlara göre mefhumu muhalefetle istidlâl olunabilmek için şu şartlar lâzımdır: Söylenen söz vukuî bir kayıd olmamalıdır; Yani mantuk adete müstenid olmamalıdır.
Meselâ, bir kimse hizmetçisine "çarşıdan .... yumurta al" dese hizmetçi pazardan veya gezici bir satıcıdan da alabilir. Çünki çarşıdan demesi bunların galiben çarşıda satılması itibariyledir. Şu halde bu kayıd vukuîdir.
Meskût olan şeyin söylenen şeyle hükümde müsavi veya ondan evlâ olmaması lâzımdır.
Meselâ, tramvaylarda sigara içmeyiniz dense meskût olan çubuk, pipo da içilemez. Çünki sigara içmenin men'inin illeti bunlarda da vardır. Binaenaleyh burada mefhumu muhalifle istidlâl edilerek çubuk ve pipo içilir mânası çıkarılamaz.
Zikrolunan şey'in beyanı muhataba tanıtmak maksadiyle olmamalıdır.
Meselâ, bir ictimada bulunan zevattan birini diğerine tanıtmak için ''bu zat hukukçudur.'' dense diğerleri hukukçu değildir mânası müstefad olmaz.
Zikrolunan şey bir suale cevap olmamalıdır.
Meselâ, Adliye Vekaleti Yargıtaydan şu mesele hakkında Yargıtayın müstekar içtihadı var mıdır? diye sorup da Yargıtay müstekar içtihad yoktur diye cevap verse gayrimüstekar ictihad vardır mânası anlaşılamaz.
Bu yerlerde mefhumu muhalefetle istidlale mahal olmadığı müttefakunaleyhdir.

3 — Mefhumu şarttır. Mefhumu şart bir hüküm bir şarta tâlik olundukda şartın bulunmaması halinde hükmün bulunmamasıdır.

Meselâ, oğlum tahsile devam ederse her ay ona ... kadar lira veriniz cümlei şartiyesinin mefhûmu muhalifi "tahsile devam etmezse vermeyiniz" mefhumudur.

4 — Mefhumu gayedir.

Meselâ, sana sattığım malın semeni bir aya kadar veresiyedir sözünün mefhumu muhalifi "bir ay sonra müacceldir" mefhumudur.

5 — Mefhumu istisnadır.

Meselâ, size gönderdiğim malları Balkan Memleketleri piyasasından mâada piyasalarda satınız, sözünün mefhumu muhalifi Balkan memleketleri piyasalarında satmayınızdır.

6 — Mefhumu hasrdır.

Meselâ, şekle tâbi akidler ancak şekle riayet olunduğu takdirde muteberdir, ibaresinin mefhumu muhalifi şekle riayet edilmezse muteber olmaz demek olur.

Şimdi bu mefhumların muteber olup olmadığını mütalâa edelim:

Mefhumu isim: ne lisan, ne hukuk bakımından bu mefhumla istidlâle mahal yoktur. Lisan bakımından yoktur, çünki herhangi bir ismi ihtiva eden bir sözü işiden kimse mefhumu muhalifine intikal etmez.

Meselâ, ben bugün dostum (A) yi ziyaret edeceğim desem muhatabım başkalarını ziyaret etmiyeceğim gibi bir mâna anlamaz. Ve hattâ aklına böyle bir şey gelmez.

Hukuk bakımından da bu mefhumla istidlâle mahal yoktur. Gerçi (A) (B) ye "bana bir at al" dese, memur başka bir şey alamaz. Bunda şüphe yoktur. Fakat bu sözün delâletiyle menedilmiş

olmasından değil, esasen kendisine emredilen şahsın başka bir şey almağa salâhiyeti bulunmamasındandır. Bunu biraz daha izah edelim:

Malûmdur ki bir şahsın kendisine tefviz olunmadıkça başkası namına bir tasarrufa salâhiyeti yoktur. Böyle bir salâhiyet tevkil ile sabit olur ve ne iş hakkında salâhiyet verilirse memur onu yapabilir. Bu takdirde diğer işlerde hüküm menfi olarak kalır. Benzeri hallerde daima böyledir.

Meselâ, Medenî kanunun 315. ci maddesinde (herkes yardım etmediği surette zarurete düşecek olan usûl ve furuuna ve erkek ve kız kardeşlerine muavenetle mükelleftir) denilmiştir. Bunlardan gayri akribaya muavenetle mükellef olmadığını bu maddenin mefhumundan değil diğerleri hakkında böyle bir mükellefiyet konulmamasından anlarız. Yani buna bunlarda ademi mükellefiyet asıl olması sebebiyle hükmederiz.

Mefhumu sıfata gelince: Bunda da mes'ele aynıdır. Müsbet olsun menfi olsun sükûtun hükmünü sıfatın mefhumu muhalifinden değil meskûtun hukuken tâbi olduğu hükümlerden anlarız.

Meselâ, bir arap atı almağa vekil olan kimsenin başka at alamaması esasen buna selâhiyeti olmamasındandır. Yoksa bu sıfatın mefhumundan müstefad değildir.

Mefhumu şart: Mefhumu istisnayı da bu dairede mütalâa etmek icabeder; gerçi ıstılâhî şartlarda şart bulunmaması halinde meşrutun bulunmıyacağı anlaşılır, fakat ihtilâf şartı lugavilerdedir. İstılâhî şartlar ihtilâf mevzuundan hariçtir.

Meselâ, kefaletin sıhhatinde kefalet edilen miktarın muayyen olması şarttır[25], bu şartın bulunmaması kefaletin ademi sıhhatini istilzam eder. Çünki şartın hükmü böyledir.

Mefhumu gaye ile de istidlal edilemez.

Bilmünasebe söyliyelim ki, mebde ile müntehâ arasındaki

25 Kefaletin sıhhati şekli tahririye riâyet etmeğe ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir mikdar irâesine mütevekkıfdır. (Borçlar Kanunu, Madde-484).

ittisal ve münasebete göre müntehâ mebde'de bazan dahil olur ve bazan olmaz. Şöyle ki: Sözün evveli müntehaya şâmil ise münteha hükümde dahil ve mantuk kabilinden olur. Aksi halde hüküm müntehaya şâmil olmaz.

Meselâ, H.U.M.K. 175. ci maddesinde (her sene bilûmum mahkemeler temmuzun yirmisinden eylülün beşine kadar tatil olunur) der. Eylülün beşinden sonra mahkemeler tatil olunmaz, fakat bu hüküm bu ibarenin mefhumu muhalifinden değil ademi tatil asıl olduğu malûm olmasındandır.

Eylülün beşinci günü tatil müddetinde dahil olup olmamasına gelince: Biraz evvel söylediğimiz esasa göre dahil olmak iktiza eder. Zira sözün evelinin bir parçası olan Eylülde beşinci gün de dahil olduğundan beşinci gün tatilin son günü olmak lâzımgelir.

Keza, bir apartman sahibi apartmanını orta kata kadar sıvamak üzere işçilerle mukavele yapsa üst katlar mukaveleden hariç olur, fakat orta katın da sıvanması lâzımgelir. Çünki gaye apartmanın bir cüz'ü, bir parçasıdır ve binaenaleyh münteha iptidada dahildir.

Şu ciheti kaydedelim ki: Halkın istimali bunun hilâfına ise hüküm değişir. Yani orta kat dahil olmaz. Nitekim bizim istimalimize göre geçen misalde orta kat dahil olmaz.

Fakat bir borç Hazirandan Eylüle kadar tecil edilse birinci gününden itibaren Eylül tecilden hariç kalır. Zira mebdein Eylüle şümulü yoktur.

Mefhumu hasırda mefhumu muhalefet muteberdir.

Meselâ, Medenî kanunun 303. cü maddesinde (Ana gebe kaldığı zaman evli idiyse babalık dâvası ancak çocuğun nesebi sahih olmadığına hâkim hükmettikden sonra ikame edilebilir) denmişdir.

Hasırdan, hâkim hükmetmeden babalık dâvası ikame edilemez hükmü anlaşılır ve bu suretle mefhumu hasr ile istidlal caiz olur.

Şu kadar var ki bu ifade (ancak) kelimesinin mânasının muktezasıdır. Bu cihetle bunu mantuk saymak daha doğru olur. Maksad ve mahalli istimal bunun açık delilidir.

BEŞİNCİ BAB

Beyan ve Nevileri

Beyan sözdeki maksadı açıklamaktır. Beyan sözle olduğu gibi fiil (İşlem) ile hattâ sükût (Susmak) ile de olur. Bu cihetledir ki beyan başlıca şu nevilere ayrılır:

Beyanı takrir, beyanı tefsir, beyanı zaruret, beyanı tebdil (nesih ve ilga).

1 — Beyanı Takrir :

Beyanı takrir, mecaz ve husus ihtimallerini kesecek bir şey ile sözü te'kid ve takviye etmektir. Bu te'kidle geçen sözde mecaz ve husus ihtimalleri kalkar ve artık o sözle kasdolunan mânada şüphe kalmaz.

Meselâ, Medeni kanunun 315. ci maddesinde yardımla mükellef olanlar beyan olunurken "Erkek ve Kız Kardeşler" denmiştir. Yalnız kardeş dense mutlak olmak itibariyle bu mâna ifade olunmuş olurdu. Fakat mecaz ihtimali bertaraf olmazdı. İşte erkek ve kız tâbiriyle maksad açıklanmış ve mecaz ihtimali bertaraf edilmiştir.

Keza Medeni kanunun 935. ci maddesinde alâkadarlar tahriren muvafakatlerini beyan etmedikleri halde mahkeme kararı olmadıkça tapu sicil memuru hiçbir tashih icra edemez, denilerek hiçbir tâbiriyle husus ihtimali katedilmiştir.

Beyanı takririn kanunlarda bir çok misalleri vardır ki bunları tâyin etmek güç değildir. Muhaveratta da böyle beyanlar geçer.

Meselâ: Bildiğiniz bir zat size bugün Çarşıda bir Canavar gördüm der siz acaba hakikaten canavar mı diye tereddüd eder vaziyetinizle tereddüd gösterirsiniz, hemen o zat: Hakikaten canavardır, diye ilâve eder. İşte bu da bir beyanı takrirdir ki canavar sözünden kötü bir adam kasdolunmak gibi mecaz ihtimalini ref eder.

2 — Beyanı Tefsir: Mücmel ve mübhem olan bir sözü izah eden yani mübhem bir sözden maksadın ne olduğunu açıklıyan beyandır. Kanunî tefsirlerin ekserisi beyanı tefsir kabilindendir.

Mücmel bahsindeki misallere bakınız.

3— Beyanı Tağyir: Sözden kasdolunan mânayı hemen açıklıyarak muktezasını değiştirmektir. Bu kabil beyanda sözün evveli sonu ile mütalâa olunur.

Beyanı tağyirde sözler birbirine muttasıl olmak lâzımdır. Beyanı takrir ve tefsirde teehhür caiz olduğu halde bunda caiz değildir. Çünki tenakuz ve münafatı istilzam eder[26].

Meselâ, bir kimse Filana 100 lira borcum var 30 lirasını vermişdim, deyince 70 lira ikrar edilmiş olur. Fakat bu sözü birlikte söylemeyip de bir müddet sonra mukaddem zamana izafetle 30 lirasını ödemiştim dese, muhtelif zamanlarda söylenen bu sözler yekdiğeriyle mütenakız olur.

Arapcada istisna, şart, sıfat, hal, gayet hep beyanı tağyir kabilindendir.

Türkçemizde bunlardan bazıları evvel söylenirse de lisanımızda da bunları bir bakımdan beyanı tağyir mahiyetinde mütalâa etmek doğru olur.

Meselâ, bir kimse filana evimi kiraladım, fakat sonra feshettik dese Kiraladım sözünün hükmü tağyir edilmiş olur. Çünki kiraladım sözünün muktezası kira hükümlerinin cereyanıdır. Fakat feshettik denmekle hüküm değişmiş olur. Bu halde mukir bu beyanla ilzam olunmaz. Keza bir kimse diğerine İstanbul'da bulunan oğluma her ay yüz lira veriniz, fakat mektebe devam etmezse vermeyiniz diye emretmiş olsa, birinci cümle mutlak olduğu halele, ikinci cümlei istisnaiye bunun hükmünü takyid ve tağyir eder.

Şart, sıfat, hal, istisna gibi hep beyanı tağyir kabilindendir.

---

26 İkrar tecezzi eder, etmez kaidesini bu çerçeve içinde düşünmek ilmî olur.

Sırası gelmişken istisna hakkında bazı tafsilât vermek muvafık ve faideli olacaktır:

İstisna her lisanda kullanılan bir beyandır. Kullanışa nazaran iki kısımdır ki bunlardan birine istisnai münfasıl, diğerine istisnai muttasıl denir.

İstisnai Münfasıl: Sözden anlaşılmıyan bir şey'i hükümden hariç bırakmaktır. Esasen buna istisna denmek mecaz tarikiledir. Çünki bu iptidaî ve müstakil bir sözdür.

Meselâ, bir kimse filana 1000 lira borcum var, fakat buğday borcum yoktur dese Buğday kendisinden istisna yapılan 1000 lirada dahil olmadığından burada bir istisna yoktur. Bu halde ibare filana 1000 lira borcum var, ona buğday borcum yok sebkinde olur.

İstisnai Muttasıl: İstisna edilen şey hariç olmak üzere hükmü, kalan mikdara isbat etmekdir. Bu nevi istisnalarda müstesna delâlet itibarile Müstesnaminihde dahildir.

Meselâ, . . . hariç müddaabih mallar mütevaffanındır dense filhakika istisna olunan mallar müddaabihte dahil fakat hükümden hariçdir. Bu halde ikrar istisna olunan mallardan gayriye münhasır kalmış olur.

Bu istisnaya muttasıl denmesi sözün müstesnaya şümulü itibariledir.

İstisnayı muhtevi ibare hem nefy, hem de isbatı mutazammındır. Yukarıdaki misalde ibare müddaabih mallar mütevaffanındır, diğerleri değildir sebkindedir.

İstisnanın şartları:

İstisnada istisna olmadığı takdirde sözün müstesnaya şamil olacak bir halde bulunması şarttır. Aksi halde istisna sahih olmaz.

Bundan başka istisna müstesnaminihin bazısına münhasır olmalıdır. Geri kalanın az veya çok olması hükümde müsavidir.

İstisna müstağrak olmıyacaktır. Binaenaleyh müstesnaminhin temam efradını istisna batıldır.

Hal delâletiyle malûm olan istisna meşrut gibidir.

Meselâ, bir kasap diğerini koyun almağa tevkil etse vekil cılız ve zayıf koyun alamaz, çünki âdeten cılız ve zayıf koyunlar kesilmez. Binaenaleyh âdet delâletiyle tevkilden bu kabil koyunlar müstesna sayılır.

Beyanı zaruret:

Beyanı zaruret sükût ile beyandır ki bahsi mahsusunda izah olundu.

Beyanı tebdil:

Beyanı tebdil nesih ve ilga demektir. Yani muahhar bir beyan veya bir kanunla evvelki beyan ve kanunun tamamen veya kısmen hükümlerini nesih ve ilgadan ibarettir.

Zaman zaman insanların ihtiyaç ve muamelelerinde tebeddül vukuu bir emri tabiidir. Bir zamanda insan münasebetlerine ve maslahata uygun olan bir hüküm sonradan ihtiyaç ve icablara uymıyabilir. Bunun içindir ki Devletler kanunlarında zaman zaman ilga ve tâdiller yaparak kanunları halkın ve cemiyetin menfaatleriyle hemâhenk yapmağa çalışırlar[27].

Bir kanun ya sarahaten veya zımnen ilga olunur:

Medenî kanunun sureti mer'iyyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanunun 43. cü maddesinde "Mecelle mülgadır" diye tasrih edilmiştir. İşte bu sarahaten bir ilgadır. Buna göre Mecellenin Medeni kanunun hükümleriyle tearuz teşkil etmiyen hükümleri dahi ilga edilmiş olur.

Böyle bir sarahat olmadığı takdirde evvelki kanunun yeni kanunla tearuz eden hükümleri zımnen mülga olur. Bazı kanunlarda bu kanuna muhalif olan hükümler mülgadır denir. Bu sarahaten bir ilga değildir. Muhalif hükümlerin zımnen mülga olduğunu beyandır. Bu gibi bir beyan olmasa dahi bunun böyle

27 Şu anlaşılmıştır ki rastgele ve lüzumsuz tâdiller daima teşevvüş ve tatbikatta güçlük husule getirir. Binaenaleyh, ilga ve tâdillerde çok itina ve dikkat lâzımdır.

olduğu anlaşılır. Teâruz olup olmadığını tatbik eden memurlar, hâkimler takdir ederler.

Kanun vazıından müteârız hükümlerin hepsini tasrih etmesi istenemez. Çünki her zaman evvelki kanun tamamen ilga edilmiş olmaz. Bazı maddeler veya fıkralar ilga ve tadil olunur. Bunları teker teker saymaktaki müşkilât ve hattâ imkânsızlık meydandadır.

Yeni kanunla eski kanunun bazı hükümlerinin ilgası maksud değilse H.U.M. Kanununun 24. ve Borçlar Kanununun 354 üncü maddelerinde olduğu gibi o hükümlerin mahfuziyeti kayıd ve tasrih edilir.

Bu tasrihlere, teâruz halinde lüzum görülür. İlga mevcud olmıyan yerlerde ayrıca tasrihe ihtiyaç yoktur.

Meselâ: Harç tarifesi kanununun 20 inci maddesi, nüfus kanununun 11. ci maddesindeki harçtan muafiyet hükmünü ilga edecek mahiyette olmadığından burada nüfus kanunundaki hüküm mahfuzdur diye bir ibare sevkedilmemişdir.

Muahher umumî bir kanunla hususî kanunların hükmü zımnen ilga edilmiş sayılmaz. Yani hususî kanunlardaki hükümlerin mefhum itibariyle umumî kanunların mevzuunda tahakkuku kâfi değildir. Mülga olduğu tasrih olunmak veya umumî kanundaki ibarelerin medlûliyle hususî kanunun medlûlü arasında tam bir teâruz bulunmak lâzımdır.

Meselâ, nüfus kanununun 11. ci maddesinin fıkrai mahsusasına göre şahitler kendilerine yemin verildikden sonra istima olunacak ve H.U.M. Kanununa nazaran şahitlere yemin verilmek lâzımgelirse şehadetten sonra verilecektir.

Umumi mahiyette olan bu kanunla nüfus kanununun zikri geçen fıkrası ilga edilmiş sayılamaz. Fakat bu kanunda nüfus kanununun o hükmü sarahaten ilga edilmiş veya bu kanunda her nevi şehadette yemin şehadetten sonra eda olunur diye bir tamim bulunmuş olsaydı, nüfus kanununun o hükmü ilga olunmuş olurdu.

Büyük Millet Meclisinde hususi hükümlerle sarahaten tezad

teşkil eden umumî hükümlerin hususî hükümleri ilga edeceği esasına müsteniden 413 Numaralı şu karar ittihaz olunmuştur:

"Tahsisatı fevkalâde kararnamesinin sekizinci maddesinde tahsisatı mezkûrenin hiç bir günâ tevkifata tâbi olmadığı ve deyn için kabili haciz bulunmadığı musarrah ise de ahiren mevkii meriyete vazı edilen H.U.M. Kanununun 460. cı maddesinin 12. ci fıkrasında zikr ve tâdat edilen mevad meyanında "umumî ve hususî bütçelerden veya hükmî veya hakikî eşhastan hizmet mukabili olsun olmasın maaş ve tahsisatın rub'u mıkdarının ihtiyaten ve icraen haczi caiz olduğu münderiç bulunmasına ve mezkûr kanunun hükmü umumî olup salifüzzikir kararname hükmünü ilga etmiş olmasına binaen tahsisatı mezkûrenin kabili haciz olmadığına mütedair hükmünün mülga olduğu hey'eti umumiyenin 12 Nisan 1928 tarihli Altmışıncı inikadının birinci celsesinde tekarrür etmiştir .

Kavanin Mecmuası: Cilt 6, Sahife 456.

Umumî kanunlarla hususi kanunlar zımnen ilga edilemiyeceğinden[28] bu mes'ele mahalli tereddüd olmayup mütearife halinde bulunduğundan Büyük Millet Meclisi şu mes'elede tefsire lüzum olmadığına karar vermiştir. Bu kararın aynen buraya naklini faideli buluyorum.

Karar Numarası: 844

Nüfus kanununun 11. ci maddesinde ad, kayıd, yaş düzeltilmesinde alâkalı kimselerle cumhuriyyet müddeiumumileri tarafından açılacak dâvalarda harç alınmıyacağı yazılıdır.

---

28 Hangi kanunlar umumî hangileri hususidir? Umumilik ve hususilik şüphesiz nisbidir. Şöyle bir zabıta altında bunları tâyin mümkindir:
Mevzuu umumî olup umumî hükümleri ihtiva eden kanun umumî, ister umumî kanunun mevzuunda dahil olsun, ister olmasın mevzuu umumî kanuna nisbetle veya haddizatında hususî olan ve bazı hususî ve istisnaî hükümleri ihtiva eden kanunlar hususidir.
Binaenaleyh: Medeni, Ceza, Ceza usulü muhakeme, vergi, harç, vatandaşlık kanunları umumî; ticaret, nüfus, istimlâk, orman koruma, hâkimler, bina vergisi kanunları ise hususî kanundur.

Bu kanundan sonra çıkan harç tarifesi kanununda ise o kanunun harçtan istisna ettiği işler için harç alınacağı hakkında açık bir hüküm olmadığından nüfus kanununun hususî hükmü yerinde durmakta ve bu sebeble harç alınması lüzumu hakkında tereddüde mahal bulunmamakta olduğundan tefsir yolile karar vermeğe lüzum olmadığına ve nüfus kanununun 11. ci maddesinin hükmü yürümekte bulunduğuna karar verilmiştir

23.12.1934.

İlga ekseriya kat'î ve daimidir. Ancak zaruret ve maslahat ilcasile bazı kanunların mer'iyyeti tatil olunabilir.

Meselâ, iki sene mer'î olmak üzere mütekaddim kanuna mugayir bir kanun neşrolunsa iki sene müddetle evvelki kanunun mer'iyyeti tatil olunmuş olur ve muahhara kanunun mer'iyyeti avdet eder.

Korunma kanunlarının ahkâmı medeniyeye taallûk eden ve Borçlar kanuniyle teâruz teşkil eyliyen maddeleri bu kabildendir. Kavanin Ceridelerinde buna başka misaller de bulmak mümkindir.

Kanun ancak kanun ile ilga veya tadil olunur. Amme intizamına veya ahlâka müstenid kanunlar örf ve âdetle mülga sayılamaz. Ancak âmme intizamiyle ahlâkla irtibatı olmıyan hükümler örf ve âdetin değişmesi ile kendiliğinden mürtefi olur.

Kanunlar ilga olunup yerine başka hükümler konunca evvelki kanunla iktisap olunan haklara riâyet olunur. Çünki kanun vazılarının salâhiyetleri mutlak değildir. Adaletin ve Mâşeri vicdanın temayüllerine muvafakat kaydiyle mukayyeddir. Hukuk esaslarının muktezası da budur. Şu iki mülâhaza müktesep haklara riâyeti zarurî kılar[29]. Bunlardan biri şudur ki: Eğer müktesep hakların iptaline cevaz olsa bilâhara kanun ilga olunur korkusiyle halk kanunun hükümlerine tevfikan muameleden çekinirler. Bu suretle kanunların nüfuz ve hüsnü cereyanı haleldar olur.

Diğeri de müktesep hakların tanınmaması ferdlerin kanun

29 Müktesep hak, hukukî bir münasebetle sabit olup kanunun müeyyidesine mazhar olan hakdır. Bazıları mükteseb hakkı kanun tarafından bahşolunup diğer taraf için selb olunamıyan hakdır diye tarif etmişlerdir.

hükmiyle iktisap ettikleri vaziyete, mal ve mülklerine tecavüz teşkil eder.

Bunun içindir ki fevkalâde haller müstesna, kanun vazıları kanunları makabline teşmil etmezler. Meğer ki muahhar hükümler âmme intizamı mülâhazasına müstenid olsun[30].

Kanunlarda hangi hükümler âmme intizamına müstenid hangileri değil, bunlar tasrih edilmediğinden ayırmak müşkil bir meseledir.

Medeni Kanunun sureti mer'iyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanun bu ilmi ve hukukî mülâhazalara istinad eder.

Medeni haklarda mes'ele böyledir. Usüle müteallik hükümlere gelince: Bunda dahi müşterek haklar mahfuz olmak lâzımgelir. Nitekim H.U.M.K. 578. ci maddesinde "işbu kanun müktesep hakları ihlâl etmemek şartiyle makabline şamildir" der. Ancak ne gibi haklar müktesebtir, ne gibileri değildir bunu tâyin etmek kalır.

Bu kanunun 297. ci maddesi sarahatine göre tasdik edilmiyen mühürlü senedler delil olmak kıymetini hâiz değildir ve 288. ci maddesi gereğince bir hakkı ihdas, nakil ve tahvil, tecdid, ikrar ve iskat maksadile icra edilen bilcümle tasarrufat zemanı vukuundaki mikdar veya kıymeti beş bin kuruşu tecavüz ettiği takdirde senedle isbat olunacaktır. Bu kanunun mer'iyyetinden

---

30 İslâm hukukunda ahlâka mugayir, çirkin işlerde teşri makabline teşmil edilmiş ve mâadada teşmil edilmemiştir.
Ezcümle "Babalarınızın nikâhı geçen kadınları nikahlamayın. Olan olmuşdur. O ne çirkin, iğrenç o ne fena âdetti" meâlinde olan Ayeti kerime ile babaların menkühalarını nikahlamak; ve (iki kız kardeş beynini nikâhda cemmetmek haram kılınmıştır. Geçen, olup biten müstesnâ) meâlinde olan nazmı celili ile iki kız kardeşi nikâhda cem eylemek men olunmuşdu. Müfessirlerin beyanlarına göre tahrim olunan kadından ayrılmak lâzım geliyordu.
Fakat (ol kimse ki Allahın nehyi üzerine ribaya nihayet verirse geçmişden dolayı müâhaze ve alınan ribayı istirdad yokdur) mânasında olan âyet mucebince nehiy, makabline şamil değildir.
Nikâhla ribâ arasındaki fark zahirdir. Nikâh ahlâka müteallik ve hükmü devam eden bir akid; Riba ise male aid ve hükmü nihayet bulmuş bir muameledir.

evvel mühürlü olarak verilüp 297. ci maddenin tarifi veçhile tasdik olunmamış olan bir sened muteber midir? Veya bu kanundan evvel cevazına binâen şehadetle tevsik olunmak suretiyle bir muamele yapılmış ise bu kanundan sonra bu muameleye şahit dinlenebilir mi? Yargıtay 578 inci maddenin delâletine dayanarak mühürlü senedlere istinadı kabul etmiş, fakat şehadet hususunda menfi ictihadda bulunmuştur. Bizce her iki mes'ele arasında fark olmamak lâzımdır. Çünki her ikisi de delile teallûk etmektedir. Muahhar kanun neşrolunmadan dâva vukûbulsaydı mühür ve şehadet delil olarak irâe olunabilecekti.

Yukarıda hâşiye olarak işaret ve beyan olunduğu üzere mükteseb hak bu demektir. Bu hak ve salâhiyetleri fiilen istimal edilmemiştir diye mükteseb addetmemek doğru değildir. Çünki kanunun makabline teşmiline cevaz vermeyen mülâhaza bu nevi haklarda da mevcuddur.

E K

Bazı Kelime ve Edatlar

Ve, ya, veya, yok, lâkin, fakat, ancak.

"Ve" atıf edatıdır. Bazan cümleye ve bazan müfrede dahil olur.

Yani, bir cümleyi diğer bir cümle üzerine veya bir müfredi diğer müfred üzerine atıf vazifesi görür ve cemi mânası, yani matuf ile matufunaleyhin ya vukuda veya hükümde ve yahut bir mevzuda içtimaını ifade eder.

Müteaddid atıflar bulunan ibarelerde Vav'ın tekerrürü ile lisana sıklet hasıl olmamak için "Ve" yerine (,) işareti konur.

Yukarıdaki ihtimalleri birer misâl ile gözden geçirelim:

Meselâ, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 9. cu maddesinin 2. ci fıkrasında "Müddeaaleyh müteaddit ve sebebi dâva müttehid ise dâva müddeaaleyhlerden birinin ikametgâhı mahkemesinde ikame olunur" der. İşte burada "Ve" matuf ile matufunaleyhi vuku ve subutta cem ediyor. Bu mânaya göre, bir dâva müddeaaleyhlerden birinin ikametgâhı mahkemesinde görülebilmek için hem müddeaaleyhler müteaddid hem de dâvanın sebebi müttehid olacaktır.

Vavın cemi ifadesi bazan hükme nazaran olur.

Meselâ, H. U. M. Kanununun 95. ci maddesinde "Feragat ve kabul bir hükmün hukukî neticelerini hasıl eder" ibaresindeki "Vav" feragat ve kabulün bu hükümde birleştiğini ifade eder.

Bazan bu edat iki şey'i bir mevzuda toplar:

Meselâ, Medenî kanunun 27. ci maddesinde "Şahsiyet, çocuğun sağ olarak tamamiyle doğduğu andan başlar ve ölüm ile nihayet bulur" denmiştir. Bu ibarede başlamak ve nihayet bulmak hükümlerini şahsiyyet mevzuunda cem etmiş oluyor.

Edatlar yerli yerinde kullanılmak lâzımdır. Biri diğerinin yerinde kullanılırsa mâna ve maksad teşviş ve ihlâl edilmiş olur.

Meselâ, bazı nüshalarda Borçlar kanununun 397. ci maddesinin ibaresi (Hilâfı mukaveleden ve işin... ilâ) şeklinde çıkmıştır. Halbuki (Veya İşin .... İlâ) olacaktır. Nitekim resmî nüshada böyledir. Eğer (Ve) olsaydı ibarenin mefhumu muhalifi vekâletin devamı hem mukavele, hem de işin mahiyetinden anlaşılırsa nihayet bulmaz demek olacaktı. Halbuki maksad bu değildir.

Bu kanunun 398. ci maddesinde "Vekilin, vekâletinin nihayet bulduğuna ıttılâ peyda eylemeden evvel yaptığı işlerden müvekkil veya mirasçıları vekâlet baki imiş gibi mes'uldür" denmiştir. Halbuki ifade olunmak istenen mânaya göre müvekkil ve mirasçıları olmak lâzımdır. Burası "Veya" yeri değil "Ve" yeridir.

"Ya veya" iki veya daha ziyade şeylerden herhangi birini ifade için kullanılır.

Meselâ, (A) (B) ye şu parayı al alacaklılarımdan (D) veya (H) ye ver dese memur parayı bunlardan yalnız birine verebilir. İkisine birden veremez.

Keza, Medenî K. nun 358. ci maddesinde "İhtiyarlığı, malûliyeti veya tecribesizliği .. ilâ" denilmiştir. İhtiyarlığı kaydından sonra gelen virgül "Veya" mevkiindedir[31].

Bu ibareden bu hallerden herhangi biriyle işlerini gereği gibi görmekten âciz olan her reşid vesayet altına alınmasını istiyebileceği anlaşılır.

Bazı yerde "Veya" edatı içtimaın imtinâını ifade etmez. Yukarıdaki misalde olduğu gibi ki ihtiyarlık, maluliyet ve tecribesizliğin içtimaı halinde dahi vasi tâyini istenebilir.

Keza, hükümet bir kimse ile Avrupa'da İngilizce veya Fransızca öğrenmek üzere mukavele yapsa bunlardan birini öğrenmekle

---

31 Virgüllerin vav mı yoksa "Veya" mı yerinde olduğu son matufun edatından anlaşılır.

mukavelenin muktezası yerine getirilmiş olur. Fakat içtima caiz olduğundan her ikisini de öğrenmiş olursa mukaveleye muhalefet iddia olunamaz.

Bu mânalar bu edatın müfâdından ziyade işin mahiyetinden anlaşılmaktadır.

"Ya" cümlei haberiyeye dahil olursa şek ifade eder.

Meselâ, (A) "Bu meseleyi ya filan, veya falan söyledi" dese söyliyenin (A) nın kendisince meşkük olduğu anlaşılır.

İnşâi cümlelerde tahyiri ve içtimaın imtinaını ifade eder.

Meselâ, müvekkil vekiline "Bana bir Arap veya İngiliz atı al" dese vekil bunlardan birini almakta muhayyer olur. Fakat hem İngiliz, hem de Arap atı alamaz.

Bu edat, nefiyden sonra daima umum ifade eder.

Meselâ, tabib hastasına "alkol veya sigara kullanma" dese her ikisinden de menetmiş olur.

"Yok" lisanımızda nefiy edatıdır. Sözün evelinden hükmü nefiy ve mâbadine isbat eder.

Meselâ, (A) (B) ye hitaben "sana bin lira borcum var. Yok borcum kardeşinedir" demiş olsa alacaklıyı beyanda hataya hamlolunur. Söylemeğe hacet yoktur ki söz muttasıl olacaktır. Muttasıl olmazsa ikrardan rücû sayılır.

"Lâkin" istidrâk edatıdır. Sözün evvelinden neş'et etmek muhtemel olan tevehhümü kaldırır.

Meselâ, Borçlar kanununun 64. cü maddesinde "... Lâkin iâdeden evvel kabz olunan şey ile birleştirilmiş olan ziyadeyi o şeye zarar vermeksizin tefrik kabil olduğu ve müddeide masrafların bedelinin ifasını teklif etmediği takdirde ilâve olunan ziyadeyi ref edebilir" denmiştir.

Eğer bu sarahat olmasa sözün evelinden, yani tazminat talebine hakkı olmıyan masraflardan dolayı sureti mutlakada bir şey istemiye hakkı olmayacağı tevehhüm olunabilirdi. İşte böyle bir zihabı önlemek için mes'ele tasrih olunmuştur.

Muhaveratta da bunun pek çok misalleri vardır.

(Lâkin) kelimesi alelekser cümleye dahil olur. Bu takdirde (Lâkin) kelimesinden sonraki cümle ile mukaddem cümle nefyen ve isbaten muhtelif olmak icabeder. Lâfzan muhalefet şart olmayup mânen muhalefet kâfidir. Yukarıdaki maddede olduğu gibi ki makabli, bedelin tazmini lâzım gelmiyeceğini, mâbadi maddedeki kayıdlar dahilinde fazlalığın aynen alınabileceği hükmünü mutazammındır.

(Ancak) Hasır ifade eder. (Yalnız) mânasınadır.

Medeni kanunun sureti mer'iyyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanunun 24. cü maddesinde "Kanunu medeninin mer'iyyetinden sonra vukubulacak gayrimenkul terhinleri ancak mezkûr kanuna göre muteber şekiller dairesinde yapılabilir" denmiştir ki başka şekillerde yapılamaz demektir. Hasrın müfadı budur.

(Fakat) lâkin gibi istidrâk makamında kullanılır. Bazan (Ancak) yerinde de istimal olunur.

(Hemen) bu kelime lisanımızda takrib, istical ve istimrar mânalarında kullanılır. (Hemen ikisi bir gibidir). (Durma hemen git), (Sen hemen oku, yaz) gibi ki, birincide takrib (yakınlık) ikinci misalde istical (Acele, Çabukluk) üçüncüde istimrar (devam) ifade eder.

Kanunlarda ekseriyyetle istical mânasında kullanılır. İstical (Acele) nisbî bir keyfiyyet olduğundan muamelenin sıhhati için sevkolunan yerlerde çok defa acele yapılmış olup olmadığını tayin müşkil olur. Herhalde ihtilâf vukuunda yerine ve işine göre bunu hakim takdir edecektir.

Meselâ, Medeni kanunun 486. cı maddesinde "Şifahi tarzda vasiyyet vasiyetcinin son arzularını iki şahide takrir ve takriri veçhile bir vasiyyetname yazmaları veya yazdırmaları hususunu onlara tahmil etmekten ibarettir ... ilâ" ve 487. ci maddede" vasiyyet kendilerine takrir edilen şahitlerden biri takriri vakıı ve mahalli vukuunu ve sene ve ay ve gün ve tarihlerini hemen yazıp imzalar ve diğer şahide imzalattırır... ilâ" der.

İşte burada vasiyyet muteber olmak için şahidin "Hemen" kaydının müeddasına riâyet etmesi lâzımdır. Bu vasiyyetin mahiyetine göre tefsir olunur. Uzun ve hatırda tutulması mümkin olmıyan vasiyyetler ayni meclisde vakit geçirilmeksizin yazılması icabeder. Aksi halde vüsuku kalmıyacağından Keenlemyekün addolunur. Fakat bütün malımı filana vasiyyet ettim gibi basit ve hatırda tutulması kolay olan vasiyyet biraz teehhürle de olsa yazılabilir.

İhtilâf halinde vasiyyetin mahiyetine ve duruma göre hâkim keyfiyyeti takdir eder.

(Hemen) tâbiri bazı yerlerde mânayı lâzimîsini ifade için sevkedilmiş olabilir.

Borçlar kanununun 256. cı maddesindeki Hemen tâbiri gibi ki burada hiçbir şey'e muhtaç olmaksızın mânasını ifade için sevk olunmuştur.

Hülâsa: (Heman) kelimesi istical ifade eder. (Derhal) de bunun gibidir.

Ceza kanununun 106, 108, 109, 112, 115, 116, 127, 134, 152, 153, 156. cı maddelerine bakınız. [Bu atıf 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa yapılmış olmalıdır, e.n.]

İKİNCİ KISIM

Ruh ve Mantık Bakımından Tefsir

Buraya kadar lâfzî tefsire ait esas ve kaidelerle iştigal ettik. Gerçi geçen mes'eleler arasında ruh ve mantıkla alâkalı olanlar varsa da daha ziyade lâfızlara ve lâfz hükmünde olan bazı hallere teallûk ettiğinden bunları birinci kısımda beyanı muvafık bulduk.

Söylemeğe lüzum yoktur ki, bir kanunun ihtiva ettiği hükümler birer İllete bağlıdır ve bunları birer asla irca mümkindir. O asıllar ki bir silsilei külliyat halinde o kanunun mantıkını teşkil eder.

Eserin bidayetinde de söylediğimiz veçhile Mecellede hükümlerin dayandığı asıllar 99 Madde halinde toplu olarak kitabın önüne alınmışdı. Maahâza Mecelle hükümlerinin müstenedatı 99 asıldan ibaret değildi. Daha bir çok zabıta ve kaideler vardı ki bahsi mahsuslarında ve bilhassa me'hezi olan fıkıhda müteferrik bir halde bulunuyordu.

Medeni, Borçlar ve Ticaret kanunlarında ana kaideler bir arada toplanmamış, fakat kısmen umumî hükümlerde ve kısmen hususî bahislerde beyan olunarak maadası hâkimlerin istinbat ve istihracına bırakılmıştır.

Hukuk ilmi, riyazî ilimler gibi kat'î olmamakla beraber idarî, iktisadî ve içtimaî vaziyetlerle ve örf ve âdetlerle ayarlanmak gerekli olup her milletin durumu ve herkesin görüş ve anlayışı bir olmadığından ihtilâf vukuu zaruridir.

İşte milletlerin kanunlariyle hukukçular arasındaki ayrılık ve ictihad ihtilâfları bundan neş'et etmektedir.

Ruhî ve mantıkî tefsir kanunları idare eden düstur ve asıllara istinad eder.

Her şeyden evvel bilinmek lâzımdır ki kanunlar hürriyyet, ırz, mal, can masuniyetini, maşerî ve ferdî münasebetlerin makul bir şekilde cereyanını istihdaf eder. Diğer asıllar bu gayeye vüsûl için rehberlik vazifesi görür.

Biz bu eserde illet ve menatları ve her aslı tadad ile bunlar üzerinde durmağı iltizam etmedik. Bu başlı başına bir işdir ki hukuk ilminin hikmet ve felsefesini teşkil eder. Yalnız bu nevi tefsire örnek olmak üzere medeni ve borçlar kanunile hukuk usulü muhakemelerinden ve diğer kanunlardan bazı mevzular alarak bunlar üzerinde duracak ve bu kısım tefsirin nasıl olması iktiza edeceğini tahlil etmeğe çalışacağız.

Şu ciheti de kayıd edelim ki hükümlerin illeti her zaman mansus olmaz. Bazan Mansus ve bazan meskût olur. Mansus ise mes'ele nisbeten kolaydır. Bu İlletin tahakkuk ettiği mes'elelerde ayni hüküm tatbik olunur. "Emsali emsale kıyas" vecizesiyle ifade olunan mâna budur[32].

Meskût ise illeti istihraç ve istinbat etmek icabeder ki ekseri ihtilâflar bu kabil hükümlerde görülür. Ancak istisnaî hükümler mevridlerine hasredilir ve bunların illetleri diğer mes'elelere sirayet ettirilmez[33].

Meselâ, Medeni kanunun 23. cü maddesinin sarahati veçhile kimse medeni haklardan ve onları istimalden kısmen olsun feragat edemez.

Bu düsture rağmen evlâd edinme, hakikî ana ve babanın velâyet haklarını istimalden feragatlerini mutazammın olduğu halde ihtiyaç mülâhazasiyle istisnâen tecviz edilmiştir.

Kezalik, mal ortaklık ve birliği karının malında tasarruftan feragati tezammun eylediği halde bazı düşüncelerle mal ortaklığı ve mal birliğine cevaz verilmiştir.

Bu müesseseler kıyasa muhalif olarak tecviz olunduğundan diğer mes'elelerde makisünaleyh olamaz. Yani bunlara kıyasen

---

32 Emsali emsale kıyas ötedenberi müracaat olunan bir asildir. Hazreti Ömer Ebu Museleşariye yazdığı meşhur mektubunda ki bu mektup bilhassa Kaza hakkında çok mühim esasları ihtiva etmektedir. Burada tereddüt ettiğin mesail gerek Kur'an ve gerek Sünnette sana bildirilmemiş olduğu takdirde eşbah ve emsali gözönüne alarak Allah ve Peygamberine daha sevimli gelecek olanı yapmalısın buyurmuşlardır.

33 İslâm hukukunda ihtiyaç ve zarurete mebni kıyasa muhalif olarak tecviz olunan mes'elelere istihsan ıtlak olunur.

23. cü madde sarahatine muhalif olarak bir ictihad tesis olunamaz. Bu halde bir hüküm üzerinde tevekkuf edilirken, her şeyden evvel bunun kıyasa muvafık olup olmadığını tâyin etmek, muhalif ise mevridine hasretmek iktiza eder.

Şu kısa mukaddimeden sonra kanunun ruhu ile tefsirin ne suretle cereyan etmesi lâzımgeldiğinin bazı asıllar üzerinde tahlil ve izahına geçiyoruz:

Tahlillerimize tatbikat sahasında en çok tesadüf olunan hâdiselerle başlıyoruz.

Beyyine külfeti kime ve yemin hangi tarafa tevcih edilmek lâzımgeleceği hukuk ilminde mühim bir mes'eledir[34].

Taraflardan herhangi biri iddiasını yani müddei dâvasını ve müddeaaleyh defini isbat etmesi halinde müşkilât yoktur.

Asıl mes'ele hiçbir tarafdan beyyine ikame olunamadığı surette yeminin hangi tarafa tevcih olunacağının tayinindedir. Farzedelim ki:

1 — Müddei şu malımı davalıya iâre etmiştim, iâdesini isterim ve dâvalı satın aldım ve parasını verdim diyor:

2 — Müddei şu malımı dâvalıya .... liraya satmış ve teslim etmiştim semeni vermiyor, tahsilini isterim ve müddeaaleyhde hayır bu malı bana hibe etmişti diyor:

3 — Karı koca birlikde oturdukları evdeki eşyadan bazılarının mülkiyetinde ihtilâf ederek her biri kendi malı olduğunu iddia ediyor.

4 — Bir alacak dâvasına karşı dâvalı borcunu ödediğini veya dâvacı ile sulh olduğunu müdafaaten dermeyan ediyor.

Bu hallerde beyyine külfeti ve yemin hangi tarafa ait olacak ve bu hâdiseler muvacehesinde kanun nasıl tefsir olunacaktır?

---

34 İslâm hukukunda tercihi beyyinat ve söz kimindir mevzuları hakkında müstakil ve mufassal kitap ve bablar vardır. Bu hukukda kabul olunacak beyyine muayyendir. Hâkimin takdir hakkı yalnız beyyinenin kıymet ve mahiyeti üzerinde cereyan eder. Şam müftüsü Hamza Efendi gibi fukahanın tercihi beyyinata müteallik müstakil eserleri vardır.

Medeni kanun, kısaca şöyle bir kaide koymuştur:

Madde -6- Kanun hilafını emretmedikçe tarafeynden her biri müddeasını isbata mecburdur.

Maddedeki tarafeynden maksad müddei ve müddeaaleyh mevkiinde olan kimselerdir. Müddeaaleyh mevkiinde olanın müddeası, defi mahiyetinde olan iddialardır. H.U.M. Kanununun 239. cu maddesi mucebince delil ikamesiyle mükellef olan veya meşhur ve maruf bir vakaya istinad eden tarafın iddiası hilafını isbat için hasmı delil ikame edebilir. Fakat mücerred bu talebiyle beyyinenin kendisine müteveccih olduğunu kabul etmiş adolunamaz.

Müddei kimdir? Beyyine külfeti niçin müddeiye ve defini isbat neden müddeaaleyhe teveccüh eder?

Müddeiyi, zahiri halin veya aslın hilâfını veya ziyadeyi veyahut muahhar bir vakıayı (eski tâbirimizle emri hâdisi) iddia eden taraf diye tarif ve izah etmek doğru olur. Bu hale göre defi[35] dermeyan eden taraf da müddei demektir.

Bunları birer misal ile gözden geçirelim:

Bir şahsın yedindeki mal kendisinin olduğunu iddia eden yed, mülkiyete delil olduğundan zahirihalin ve bir alacak iddia eden, berâeti zimmet asıl olduğundan aslın hilâfını ve satılan malın semeni fazla olduğunu iddia eden ziyadeyi ve borcunu ödediğini veya dâvacı ile sulh olduğunu iddia eden bir emri hâdisi iddia etmiş olur.

Beyyine külfetinin müddeiye tahmili durum, iddiasını te'yid etmediğinden ve yeminin mukabil tarafa teveccühü durum kendisine müsaid olmasından ve netice itibariyle münkir bulunmasındandır.

---

35 Defi dâva, Müddeaaleyh tarafından müddeinin, dâvasını defedecek bir dâva dermeyan olunmakdır. Meselâ bir kimse ciheti karzdan şu kadar kuruş dâva ettikde Müddeaaleyh ben anı ödemiştim veya sen beni andan ibra etmiştin veyahut biz sulh olmuşduk veyahutta bu meblâğ karz değildir. Sana satılan malın semenidir veyahut filan kimsede alacağım olan o mikdar kuruşu sana havale etmekle sen dahi bana ol meblâğı vermişdin dese müddeinin dâvasını def etmiş olur... ilâ. Mecelle Madde 1631.

Beyyine bulup getirmek bir külfettir. Çok defa muamelelerde Beyyine ihzarı düşünülmez. Yalancı şahit tedariki kolay olması bu bahisde şüphesiz münakaşa mevzuu olamaz.

Zikri geçen maddenin illet ve menatı bu olunca tesadüf edilecek hâdiselerde beyyine ve yeminin hangi tarafa tevcihi lâzımgeleceğini tâyin hayli kolaylaşır.

Şimdi yukarıda farzettiğimiz meselelerin hükmünü tâyin edebiliriz.

1 ve 2 Numaralı mes'elelerde satış iddia eden taraf mülkiyetin intikalini iddia, diğer taraf inkâr ettiğinden satış müddeisi müddeasını isbata mecburdur. 3 rakamiyle işaretli mes'elede bakılır: Eğer münazaalı eşya küpe, gerdanlık, kadın elbisesi gibi kadın eşyası ise galiben bu gibi mallar kadının olduğundan ve bu hale nazaran zahiri hal kadının iddiasını teyid eylediğinden beyyine külfeti kocaya, niza; silâh at gibi galiben erkeğe ait olan bir malda ise veya yatak yorgan, halı gibi her ikisine salih mallardan bir mala müteallik ise koca zilyed olmak itibariyle beyyine külfeti kadına ve yemin mukabil tarafa teveccüh eder.

4 rakamile işaretli mes'elede bir emrihâdisi iddia etmek hasebile beyyine külfeti defi dâvada bulunana ve yemin müddeiye aittir. Diğer hâdiselerin bu zâbıtalar yardımı ile halli mümkindir. Tefsir kaidelerine bak.

Diğer bir esasa geçiyoruz.

Medeni kanunun 23. cü maddesinde "Kimse medeni haklardan ve onları istimalden kısmen olsun feragat edemez" denmiştir. Bu fıkra şu iki umumî kaideyi ihtiva etmektedir:

1 — Hiç bir kimse medeni haklardan feragat edemez.

2 — Hiç bir kimse medeni haklarını istimalden kısmen olsa dahi feragat edemez.

Açık gibi görünen bu kaideler bir çok hâdiselerde dikkati icabettirir. Tatbikatta çokça tesadüf edilen aşağıdaki mes'eleler karşısında bu kaideler üzerinde tevekkuf edelim:

a. Mahkemede ikame olunan bir dâvadan feragat.

b. Atiyen vücud bulacak haklardan feragat.

Herşeyden evvel kanunun ihtiva ettiği hükümlerin İlletini araştırmak lâzımdır. Maddenin matlabında da işaret olunduğu üzere bunlar şahsiyetin himayesini istihdaf eden umdelerdir.

Filhakika medeni haklar insanlığın hasaisindendir. İnsan bu mahiyeti haiz oldukça bu haklardan mücerred olarak düşünülemez.

Bu maddenin muahhar fıkrası mucebince hürriyet ferağ veya kanuna âdâbı umumiyeye mugayir olarak takyid de edilemez. Bu kaide dahi şahsiyeti himayeye müsteniddir.

Maddenin İlleti şahsiyeti himaye ve sıyanet olunca feragat olunmak caiz olmayan hakları maddeten tahakkuk etmiyen kudret ve salâhiyeti mutlaka mânasında anlamak doğru olur. Yoksa sıhhat, hayat ve şerefe teallûk etmedikçe tahakkuk eden muayyen ve sabit haklardan feragat mümkindir. Bu kabil haklardan feragat, maddenin kasdettiği mânada medenî haklardan feragat değil, belki bir hakda tasarruf kabilinden olur.

Şimdi buna göre yukarıda işaret ettiğimiz meseleler karşısında maddeyi tefsir ve bu mevzular etrafındaki ihtimalleri tahlil edebiliriz:

Muayyen bir dâvadan sureti mutlakada feragat caizdir. Hattâ hasmın kabul ve muvafakati de şart değildir. H.U.M. K. madde 94. 185. Böyle sabit olan haklardan feragatin caiz olmaması için bir sebeb yoktur.

Fakat henüz doğmıyan ve âtiyen vücudu muhtemel bulunan haklardan feragat muteber olamaz. Çünki böyle bir feragat kudret ve salâhiyeti mutlakadan feragattir. Binaenaleyh:

Bir kimse diğeriyle aralarında gelecekde vücud bulacak akid ve mukavelelerden tevellüd edecek haklardan,

Karı koca evlenme esnasında veya sonra yekdiğeri aleyhinde boşanma dâvası ikamesinden,

Taraflar esnayı muhakemede ileride verilecek hükmü temyizden,

Atiyen lâzım gelecek nafaka hakkından,

Peşinen feragat muteber değildir. Benzeri muamelelerde de hüküm böyledir.

Ancak yukarıda da işaret olunduğu veçhile doğan ve vücud bulan haklardan feragat mümkindir.

Meselâ, kadının fena muamelesinden dolayı boşanma hakkı sabit olan koca bu hakdan feragat ederse artık bu sebeble boşanma dâvası açamaz. Şurasını da tasrih edelim ki bu feragat sonradan hadis olan sebeble boşanma dâvası ikamesine mâni teşkil etmez. Yalnız sebeb muayyen ve mahdud olacaktır. Binaenaleyh akıl hastalığı sebebiyle boşanma dâvası hakkı olan taraf sureti mutlakada bu hakdan feragat etse hükümsüz olmak lâzımgelir.

Bir muhakeme neticesinde dâva, aleyhine neticelenen taraf bu hükmü temyiz edebilir. Fakat bu hakdan feragat ederse artık temyize kıyam edemez. Ancak hüküm verilmeden tarafların temyiz hakkından feragate dair yapacakları mukavele hükümsüzdür. Bu doğmıyan bir hakdan feragattir. Bu feragat muteber olsa derpiş edilmemiş olan telâfisi gayrikabil zararlar hasıl olabilir.

Nafaka meselesine gelince: Malûmdur ki nafaka ya kaza, yani hâkimin hükmile veya terazi, yani tarafların rızasiyle lâzım olur. Bu suretle takdir ve tâyin olunup borç halini alan nafakadan feragat ve ibra sahihdir. Henüz borç halini almayan nafakadan feragat ve ibra sahih olmaz.

Meselâ, karı iptidadan kendi veya çocuğun nafakasından kocayı ibra etse koca bu ibraya istinaden infakdan imtina edemez.

Mühim ve dikkate değer bir mes'ele daha:

Medeni kanunun birinci kitabının ikinci babının evlenmeye ehliyet ve maniler ünvaniyle başlıyan ikinci faslının muaddel 88. ci maddesinde "Erkek 17 ve kadın 15 yaşını ikmal etmedikçe evlenemez" ve 89. cu maddesinde "Evlenmeye yalnız mümeyyiz olanlar ehildir. Akıl hastalılarının birine müptelâ olan kimse aslâ evlenemez" der.

Bu yaşlara vasıl olmayanlar evlenirlerse hükmü nedir?

Mukaddimede kayıd ve işaret eylediğimiz veçhile kanunun ünvan ve mutlaklarının maksadı tâyin ve kanunu tefsirde ehemmiyetleri varsa da bunları kanunun diğer hükümleriyle beraber mütalâa etmek icabeder.

Ünvandan anlaşılıyor ki bu yaşlar evlenmeye ehliyet yaşıdır. Hâkimin fevkalâde hallerde ve pek mühim bir sebebe mebni muayyen yaşlarda olanlara evlenmeye müsaade vermesi evlenmeye ehil addetmekten ibarettir. Maddenin ifadesine göre erkek 17 ve kadın 15 yaşını bitirmekle evlenmeğe ehliyet iktisab edecekdir. Acaba bu yaşları ikmal etmiyenler memnuiyete rağmen evlenme memuru marifetile evlenirlerse hükmü nedir? Keenlemyekün mü, yoksa sahih veya batıl mı sayılacaktır?

Gerçi 89. cu maddede evlenmeye yalnız mümeyyizler ehildir denmiştir. Bundan maksad evlenme yaşını ikmal edip de akıl hastalığına müptelâ olmayan kimselerdir. Mütebadır olan mâna budur. Ve 91. ci maddedeki mahcurdan maksad da yalnız vasiden bahsedilmesinden de anlaşıldığı üzere ihtiyarî hacir ile veya sûihal ve sûi idare gibi bir sebeble mahcur olanlardır.

Küçük ana ve babasının veya vasisinin rızası olmadıkça evlenemez diye başlıyan 90. cı maddedeki küçükden maksad sibak karinesile evlenme yaşını ikmal edip henüz rüşd yaşını ikmal etmiyen küçük demekdir.

Eğer böyle olmasa 10 - 11 yaşlarında olub mümeyyiz olan küçüklerin baba ve analarının veyahut vasilerinin rızalarile evlenebileceklerini kabul etmek lâzımgelir ki bunun faslın ünvanına ve kanunun nehcine muvafık olmadığı meydandadır.

Kanunun 112. ci maddesile akıl hastalığı veya dâimi bir sebeble mümeyyiz olmayanların evlenmeleri batıl addolunmuştur. Bu maddedeki beyan tahdidi denmesine göre evlenme yaşına vasıl olmayanların evlenmeleri batıl addedilemiyecekdir.

Şu hallere nazaran evlenme yaşını ikmal etmiyenlerin evlenmelerine ehliyetsizliğe binaen bir hüküm terettüp etmemek hatıra gelir. Fakat akıl hastalığı veya dâimî bir sebeble mümeyyiz olmayanların evlenmelerini batıl addedip meselâ, 12, 14 yaşında olan bir küçüğün evlenmesini keenlemyekün addetmek makul ve kanun vazıının takip ettiği esaslara muvafık görünmez. Bahusus bu yaşlarda erkek ve kadın baliğ olabilirler.

Binaenaleyh evlenme yaşına girmeden evlenenlerden mümeyyiz olanların evlenmelerini sahih ve mümeyyiz olmıyanların yani temyiz yaşına vasıl olmıyanların evlenmelerini bâtıl saymak

kanunun ruhuna muvafık olur.

Bu takdirde mümeyyiz olanların evlenmelerinde 90 ve 120 ve gayrimümeyyiz olanlar da 114. cü maddenin 2. ci fıkrasile 124 ve 125. ci maddeler hükümleri cereyan eder.

Hülâsa: evlenme yaşını bitirmiyenlerin evlenmeleri karşısında kanunu bu şekillerde tefsir etmek daha doğru olur zannındayız.

İhtilâflı diğer bir mes'eleye geçiyoruz:

Medeni kanunun 150. ci maddesinin son fıkrasında "Boşanma veya ayrılığın ferî hükümlerine dair tarafeyn arasında akdedilen mukavelat hâkimin tasdikine iktiran etmedikçe muteber olmaz" denmiştir.

Boşanma ve ayrılığın ferî hükümleri 143, 144 ve 146, 147. ci maddeler müeddasınca tazminat, yoksulluk nafakası, malların tasfiyesi ve bunlardan başka küçüklerin velâyetlerinin kullanılması, infak ve iaşeleri gibi hususlardır.

Bu fıkradaki hâkimden maksad hangi hâkimdir? Bu mukaveleler ne zaman tasdik edilecektir? Boşanma esnasında mı? Yoksa daha evvel mukaveleyi müteakip mi?

Görülüyor ki kanun çok mücmel ve hattâ mübhemdir. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi hâkimin tasdikini boşanmaya karar verecek hâkimin tasvibi mânasında tefsir ederek hilâfında verilen bir hükmü bozmuş, fakat mahkemenin israr kararı Hukuk Umumî Hey'etince mukavelenin akdini müteakib Sulh Hâkimine tasdik ettirilmesi icabedeceği mütalâa ve tefsirile çoğunlukla tasdik edilmişdir.

Bu tefsirlerden hangisi doğrudur?

İsabetli bir neticeye varabilmek için her halde bu hükmün illetini araştırmak iktiza eder.

Her ihtimale karşı karı koca zikri geçen hususlara dair mukavele yapabilirler. Bu, boşanmayı güçleştirmek veya kolaylaştırmak için olabileceği gibi bir tarafın durumundan bilistifade haksız ve fahiş olabilir. Hâkimin tasdiki bizce tasvip demektir. Karı kocayı ve alelhusus çocukların menfaat ve haklarını sıyanet ve himaye içindir. Hâkim mutedil ve muvafık gördüğü mukaveleyi kabul, gayrimuhik ve fahiş gördüğü mukaveleyi red ederek lâzım gelen

hususa kendisi karar verir.

Boşanma mes'eleleri sulh hâkiminin vazifesinden hariç olduğundan hâkimden maksad sulh hâkimi olamıyacağı gibi tasdikden maksad mukaveleyi müteakip peşinen tasdik demek olamaz. Şu halde ibareyi boşanmaya karar verecek hâkimin tasdiki mânasında anlamak zaruridir.

Farzedelim ki: İki küçük çocukları olan karı koca bir mukavele yaparak, bunda boşanma vukuunda haksız tarafın diğer tarafa şu kadar lira maddî ve şu kadar lira manevî tazminat vermesini ve küçüklerin velâyetlerinin herhangi biri tarafından kullanılmasını ve her birinin ayda kuruşla nafakaya iştirakini şart ve tâyin eylemişler ve o zamanki vaziyete göre muvafık olan bu mukaveleyi sulh veya asliye hâkimine tasdik ettirmişlerdir.

On sekiz sene sonra boşanma dâvası açılırsa bu mukavele muteber olacak mıdır? Çocuklar büyümüş, karı ve kocanın içtimaî ve malî durumlarında ehemmiyetli değişmeler olmuşdur. Bizce bunu muteber addetmeğe imkân yokdur. Böyle bir tefsir kanunun gözettiği gayeye tamamen mugayirdir.

Hülâsa, yapılan böyle bir mukavele boşanma dâvası esnasında hâkime arz olunarak mucebince hüküm olunması istenir. Hâkim hâdisenin mahiyetine ve tarafların durumuna nazaran mukaveleyi muhik ve muvafık görürse mucebince hükmeder, görmezse reddederek böyle bir mukavele bulunmayan hallerde ne yapmak lâzım geliyorsa öyle yapar.

Aşağıdaki hâdiseler karşısında medeni kanunun 109. cu maddesinin tefsiri:

Bu maddede "evlendirmeye memur olanlar evleneceklerden her birine evlenmek isteyüp istemediklerini sorar, muvafakat cevapları üzerine evlenmenin her ikisinin rızasile kanunen akdedilmiş olduğunu beyan eder" denmektedir.

1 — Evlenecekler muvafakat cevabı verdikden sonra evlenme memuru bir beyanda bulunmazsa.

2 — Evlenecekler henüz muvafakat cevabı vermeden evlenme memurunun ehliyeti zail olur veya meclisi terkederse.

Bu hallerde hüküm nasıldır?

Bunu tâyin için evvelemirde evlenme memurunun beyanı akdin unsuru mudur, değil midir ve rıza beyanının evlenme memuru huzurunda olması şart mıdır? Bunları araştırmak lâzımdır.

Filhakika maddede vüzuh yoktur. Hattâ bir ibham vardır. "Akdedilmiş olduğunu" ibaresinden maksat nedir? Kanun mucebince "taraflarca akdedilmiş" demek mi, yoksa memur tarafından "akdedilmiş" demek midir? Yeknazarda anlaşılamamaktadır. Birinci ihtimale göre evlenecekler muvafakatlerini beyanla evlenme münakid olacak, ikinci ihtimalde ise evlenme memurunun beyanı akdin unsurunu teşkil edecektir.

Acaba maksat hangisidir? Bunu kanunun ruh ve mantıkile hal edeceğiz. Kanun evlenme akdini medeni bir akid olarak mütalâa etmektedir[36].

110. cu maddenin sarahatından da anlaşılan budur. Esasen evlenme dünya işlerine taallûk eden ve hukuki hak ve vazife tevlid eden bir akiddir. Binaenaleyh evlenenlerin irade ve rızalarından mâada bir iradeye ihtiyaç yokdur. Hukuki bakımdan evlenme ile Devlet ve cemiyetler hukuken ilgili değildir. Şu hale göre evlenme memurunun beyanı unsur olamaz. Binaenaleyh tarafların rızalarını beyanlariyle akid münakid olur. Şu kadar ki bu beyanın evlenme memuru huzurunda olması lâzımdır[37].

Şimdi yukarıda kaydettiğimiz meselelerin hükmünü tâyin edebiliriz.

Evlenecekler muvafakatlerini beyandan sonra evlenme

---

36 İslâm hukukuna göre nikâh sırf medenidir. Hattâ kadının hürriyetini takyid ettiği için kıyasen caiz olmıyan bir muameledir. Fakat nev'i beşerin bekası için buna kat'î ihtiyaç olduğundan istihsanen tecviz edilmiştir.

37 İslâm hukukunda nikâh şahitler huzurunda tarafların icab ve kabuliyle münakid olur. Hiç bir kimsenin akdine, iradesinin inzimamına lüzum yokdur. Din âlimleri bulundurulması duâ yapmak ve akdi tevsik eylemek içindir. İcab ve kabulün bir din âlimi veya memur huzurunda olması şart değildir. Doğruyu söylemek lâzım gelirse bu gibi hukukî akidlerin bir memur huzurunda yapılması lüzumunu izah zordur. Çünki akidler esasen alâkalıların rızasından ibarettir.

memuru bir beyanda bulunmayup tescil ile iktifa etse, evlenme tamamdır.

Evlenecekler veya bunlardan biri henüz muvafakatini bildirmeden evlenme memurunun salâhiyet veya ehliyeti zail olsa sonradan yapılacak beyan evlenme memuru huzurunda olmadığından bir hüküm ifade etmez.

Diğer bir madde üzerinde tevakkuf edelim:

Medeni kanunun 271. ci maddesi söyledir: "Çocuk ile baba veya ana arasında yahut ana ve babanın nef'ine olarak çocuk ile şahsı salis arasında yapılacak herhangi bir tasarrufda çocuk, borç iltizam etmiş olursa hususî bir vasinin iştirâki ve hâkimin tasdiki lâzımdır.

Maddeyi tahlile girişmeden evvel bu mes'elelerle alâkalı bazı hükümleri gözden geçirelim.

268. ci madde mucebince ana ve baba velâyeti ihraz hakkını haiz oldukları nisbetde çocuklarının kanuni mümessilidirler. Bu sıfatla hareketlerinde hâkimin re'yine ihtiyaçları yoktur.

392. ci madde mucebince vasi vesayeti altındaki kimsenin malini hibe veya vakfedemiyeceği gibi anın hesabına kefalet yapamaz. Buna kıyasen ana baba çocuklarının malini hibe veya vakf veya anın hesabına kefalet yapamamaları lâzımgelir.

288. ci madde hükmü gereğince ana ve baba çocuğun mallarını iadede intifa hakkı sahibi gibi mes'uldür. Hüsnüniyyetle sattıkları malların semenini verirler. Bu hükümleri hatırladıkdan sonra zikri geçen 271. ci maddeyi tahlil edelim:

1 — Ana babanın nef'ine olarak çocuk ile üçüncü şahıs arasında yapılacak bir tasarrufda çocuk bir borç iltizam etmiş olursa ana baba çocuk namına hareket edemez.

Bir kayyimin iştirâki ve hâkimin tasdiki lâzımdır[38].

---

38 İslâm hukukuna göre bir akdin taraflarını bir şahıs tevelli edemez. Yalnız iki mes'ele müstesnadır:
1 — Baba küçük çocuğu için bir akdin tarafeynini tevelli eder ve bir lâfz ile akid inikad eder.

Meselâ, çocuk ana babasının borcuna kefil olacaksa, ana baba lehine bir vecibe iltizam etmiş olacağından hususî bir vasi vasıtasile yapılacak ve hâkim de bunu tasdik edecektir.

392. ci maddeye göre vasi çocuk hesabına kefalet akdi yapamıyacakdır. Bu 271. ci madde hükmü buna bir istisna teşkil etmektedir.

2 — Çocukla ana ve baba arasında yapılacak her hangi bir tasarrufda çocuk vecibe iltizam etmiş olursa hususî bir vasinin iştirâki ve hâkimin tasdiki lâzımdır.

Maddenin ihtiva ettiği kayde göre çocuk bir vecibe iltizam etmiş olmuyorsa ana ve baba çocuk namına hareket edebilirler ve bu suretle akdin her iki tarafını tevelli etmiş olurlar.

Meselâ, baba çocuğuna bir mal hibe etse beyanı, icab ve kabul yerine kaim olur.

Ana babanın menfaati ile çocuğun menfaati teâruz etmesi halinde yine ana baba çocuk namına hareket edemezler.

Meselâ, baba ile çocuğa intikal eden bir mirası hem kendi hem de çocuk namına hareket ederek taksim edemez.

Menfaatleri teâruz etmeyüp karşılıklı menfaatleri tezammun eden tasarruflar hakkında bu madde kabili tatbik değildir. Bu gibi tasarruflarda ana baba kendileri ve çocuk namına hareket edebilirler.

Meselâ, baba kendi malini küçük çocuğuna satmak istedikde şu malımı çocuğum filana şu kadar kuruşa sattım, dese, beyi münakid olur.
Malını çocuğa hibe de böyledir.
Keza, baba küçük çocuğun bir malını kendisi için satın almak istedikde çocuğum filanın şu malını şu kadar kuruşa kendim için satın aldım, dese akid münakid olur.
2 — İki küçük çocuğu arasında yapacağı ıvazlı akidlerde baba akdin taraflarını tevelli eder.
Meselâ, küçük çocuğum filanın şu malını şu kadar kuruşa diğer küçük çocuğum falana sattım, dese satış temam olur.
Zararı mahz olan hususlarda baba çocuğu temsil edemez.
Meselâ, bir malı hibe ve vakf edemez ve onun hesabına kefalet yapamaz..
Fazla tafsilât için Mecelle şerhlerine ve Türk İslâm Ansiklopedisinin (Abâ) maddesine bakınız.

Meselâ, ledelicab ana baba bir malını çocuğa satar ve çocuğun bir malını satun alabilirler ve çocuğun bir malını isticar edebilirler. Hüsnüniyyetle yaptıkları bu tasarruflardan dolayı kendilerine mes'uliyet terettüp etmez.

Bu bahisde tevhidi ictihad heyetinin aşağıya geçirdiğimiz bir kararı üzerinde durmağı faideli gördük[39].

---

39 "Vasiyyetname, Kanunun kabul ettiği şekillerde yapılabilecek bir tasarruf şeklidir. Vasiyyetname hükmü ölümden sonra icra olunacak bir tasarruf olduğu ve bu zemanda ilgililer tarafından herhangi bir sebeb ve behâne ile ileri sürülmesi ihtimal dışı olmıyan iddia ve itirazları artık sağ olmıyan vasiyyetcinin gerçek irade ve arzusuna uygun surette karşılamak imkânsız bulunduğu için bunları vaktinde önleyici çarelerden olmak üzere daha vasiyyetname yapılırken vasiyyetcinin irâde ve arzusunu tam yetgi ve serbesti ve samimiyet ile kullanub belirtmesini sağlamak ve bu tasarrufun gerçek vukuunu tereddütsüz bir surette saptamak (Tesbit etmek) gerekli görülmüş ve bu sebeble kanun, vasiyyetnamenin yapılmasını diğer şekle bağlı tasarruflardan daha ileri bir dikkatle daha sıkı bir şekil çerçivesi içine sokmuşdur.

Resmi vasiyyetnamenin yapılmasında tanıklık (şehadet) başda gelen bir tevsik unsurudur. Tanıklar, Medeni kanunun 481, 482. ci maddelerinin beyanı veçhile resmi vasiyyetnameyi düzenlemekle görevli olanların yazacakları veya yazdıracakları belgeyi vasiyyetcinin okumuş veya okuyamadığı halde bu senedin kendisine okunmuş olmasile gerçekden vasiyyetname içinde olanların vasiyyetci tarafından son arzuları olmak üzere kabul edildiğini ve bu yolda iradesinin serbestçe belirtilmiş olduğunu ve o zemanda kendisini tasarrufa yetkili gördüklerini tevsik ile ödevlidirler. Kanun bu muamelenin tam bir anlayış ve bilgi ile yapılmasını sağlamak için de 483. cü madde ile tanıkların diğer nitelikleri arasında okur yazar olmaları şartını koymuştur.

Tanıkların kanun uyarınca açıklanan bu ödevlerine ve tevsik amacına bakılınca, medeni kanunun 481 ve 482. ci maddelerinde yazılı suretlerle vasiyyetnameye verilecek şerhin herhalde tanıkların el yazısile yazılmış olmasının tevsik icabı ve zarureti olarak kanun maksudu bulunmadığı ve bu kimselerin tam bir anlayış ve bilgi ile bu şerhleri okuyarak altını ellerile imza etmelerinin kanunun gözettiği tevsiki gereği gibi sağlıyacağı anlaşılır. Pek iyi bilinir ki, bir hukukî kaidenin konması ve kabulü bir amacı sağlamak içindir. Kaidelerin, kuralların manalaştırılmalarında bu amaca bakılmak, onu kollamak gerekdir. Amacı aşan bir yorum kanunun esasda hiç istemediği, red ettiği bir durumu ifade eder ve şüphesiz hüküm dayanağı olamaz.

Sözü geçen şerhlerin tanıkların el yazısı olmasının resmi vasiyyette bir şekil şartı olamıyacağını kanunun diğer hükümlerile de anlamak

Herkesin ölümünden sonraya ait bir çok endişe ve arzuları vardır. Bu insanın fıtratında meknûz değişmiyen bir temayül ve hasletdir. Bunun içindir ki dinler, kanunlar kıyasa muhalif olduğu halde vasiyyet müessesesini kabul etmişlerdir. İslâm hukuku gibi bazı hukuk vasiyyeti bir şekle tâbi tutmamış ve İsviçre ve bundan iktibas olunan Türk Medeni kanunu ve daha bazı kanunlar vasiyyeti şekle tâbi tutmuşlardır.

Filhakika, vasiyyet ekseriyyetle bu dünyadan ayrılmak zemanları yaklaşınca düşünülür. İnsanlar bir çok hallerde kabili iğfal ve tehdittir. Herhangi bir sebeble tasarruf ve vasiyyet ânında ehliyetine malik olmamak da mümkindir. Bu kanunlar günbegün maddileşen umumî ahlâk durumu ve söylediğimiz ihtimaller karşısında vasiyyeti teminatlı bir şekle tâbi tutmağı muvafık görmüşlerdir.

Medeni kanun resmi şekillere tâbi olan muamele ve tasarruflar müstesna her nevi şifahi akid ve mukaveleleri ve vesikalarda

---

kabildir. Medeni Kanunun 480 ve 481. ci maddelerinde okuyup yazma bilen bir vasiyyetciye resmi vasiyyet yaparken vasiyyetnameyi kendisinin yazması emredilmiş değildir. El ile yazma tevsikin vazgeçilmez bir icabı ve şartı olsaydı, bunun vasiyyette tanıklardan daha önemli bir unsur olan vasiyyetcinin tasarrufunu tevsik için kabul olunması gerekirdi. Sonra tanıkların resmi vasiyyetnamede kendilerine âit şerhleri el ile yazmaları ödevlerinde daha dikkatli olmağı sağlamak için ise bu lüzum vasiyetci için daha çok kendini gösterir.

Yine ayni kanunun 486 ve 487. ci maddelerinde Fevkalâde hallerde yapılması caiz görülen şifahi vasiyyette vasiyyetcinin son arzulaını iki tanıka takrir edeceği ve bunların takrir veçhile bir vasiyyetname yazup imzalıyarak hemen hâkime verecekleri ve böyle bir vasiyyetname yazmadan da söz ile olayları hâkime bildirerek bir tutanak yaptırabilecekleri yazılıdır. Bütün bu maddeler hükmü resmî vasiyyetnamede tanıkların verecekleri şerhin kendi el yazılarile olmasının vasiyyeti tevsik şartı olamıyacağını açıklar. Gerçi medeni kanunun 481 ve 482. ci maddelerinde bahsedilen şerhler için (Şahitler ..... verecekleri şerhi imza ederler) ve (Şahitler ..... şerh vermekle iktifa etmeyüp vasiyyetnamenin kendi huzurlarında resmi memur tarafından vasiyyetciye okunduğunu dahi tahrir ve imza ederler) denilmekte ve kelime bakımından bu cümleler arasında bir fark görülmekte ise de anlam bakımından bir fark olmadığı âşikârdır. Çünki şerh vermek de yazmakla olur. Bu cümlelerin dış görünüşleri bu şerhlerin tanıklar tarafından yazılacağını anlatırsa da, kanun ile sağlanmak ve gözetilmek istenen tek amaç sadece vasiyyeti tevsik olduğu için maddelerdeki şerh

yalnız imzayı muteber tuttuğu ve bilûmum muamele ve mukavelelerde hâkim ve noter gibi resmi memura itimad eylediği halde vasiyyetde âzamî vüsuk te'mini için bir takım kayıd ve şartlar koymuştur.

481. ci maddede yazıldığı veçhile bundan evvelki maddenin tarifi dairesinde vasiyyetname tanzim edilince vasiyyet eden kimse vasiyyetnameyi okuduğunu ve vasiyyetnamenin son arzularını muhtevi olduğunu resmi memur huzurunda iki şahide beyan edecek ve şahitler bu beyanın huzurlarında vukuuna ve o kimseyi tasarrufa ehil gördüklerine dair vasiyyetname altına verecekleri şerhi imza edecekler ve 482. ci maddede yazıldığı gibi vasiyyet eden kimse vasiyyetnameyi okuyamaz ve imza edemezse resmi memur şahitler huzurunda vasiyyetnameyi kendisine okuyacak ve vasiyyetci vasiyyetnamenin son arzularını muhtevi olduğunu beyan edecek ve bu takdirde şahitler vasiyyetcinin beyanatı huzurlarında vâki olduğuna ve onu tasarrufa ehil gördüklerine dair şerh vermekle iktifa etmeyüp vasiyyetnamenin kendi huzurlarında resmi memur tarafından vasiyyetciye okunduğunu dahi tahrir ve imza edeceklerdir.

---

vermek ve yazmak kelimelerinin temamile vukui olduğu ve bir şekli ifade için kullanılmadığı yukarıda beyan olunan sebeb ve kıyaslamalar ile meydana çıkar. Aksi halde ayrı suretlerde vasiyyetnamenin tevsikine dair hükümler arasında izahı müşkil ayrılıklara mahal verilmiş olur. Ve yine bu halde tanıklar kendi dillerinde okuyub yazma bilir de Türkçe bilmezse kendilerinin resmi vasiyyetname düzenine katılmamaları icabeder ki bunun kanun maksudu olabileceğine aslâ ihtimal verilmez.

Medeni kanunumuzun 481 ve 482 ci maddelerinin İsviçre Medeni kanununun karşılığı olan maddelerde bahsolunan şerhin tanıkların el yazısile yazılacağı hakkında bir beyan ve işaret yoktur. Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber yorumlarda ilmî ictihadlardan da faydalanılabileceğine göre bunların asıllarına da bakmaktan vaz geçemeyiz. Yukarıda beyan ve izah olunan mucib sebeblere göre medeni kanunun 481 ve 482. ci maddelerinde sözü geçen şerhlerin temamile tanıklar tarafından ellerile yazılup altı imza olunabileceği gibi başkası tarafından veya makine ile yazılıp da tanıkların bunları okuyarak olaylara uygunluğunu anladıkdan sonra altını ellerile imzaladıklarında kanunun aradığı belgeleme yerine gelmiş olacağından verilecek bu şerhlerin herhalde tanıkların el yazısı olması icabetmiyeceğine 28.12.945 tarihli oturumda oyların üçte ikiyi geçen çokluğu ile karar verildi.

Bundan mâada 483 üncü maddenin sarahati veçhile medeni haklarını istimal salâhiyetini haiz olmıyanlar veya bir ceza mahkemesince siyasî ve medeni haklardan iskatına karar verilenler veya okuma yazma bilmiyenlerle vasiyyetcinin karı veya kocası, usul, furuu, erkek ve kız kardeşleri ve bu kimselerden her birinin karı veya kocası resmi bir memur veya şahit sıfatile vasiyyetname tanzimine iştirak edemiyeceklerdir.

El yazısiyle vasiyyette vasiyyetcinin bizzat tanzim ettiği vasiyyetname başdan aşağıya kadar tanzim edildiği mahal, sene, ay ve gün dahi dahil olduğu halde el yazısı ile yazılmış ve imza edilmiş olacaktır.

Şifahi vasiyyet ancak 486. cı ve müteakip maddelerin ihtiva eylediği hal ve kayıdlar dairesinde yapılacak ve özrün zevalinden sonra bu vasiyyet hükümsüz kalacaktır.

Tevhidi içtihada mevzu olan mes'ele vasiyyetname altına yazılacak şerhin şahitlerin el yazıları ile olması lâzımgelüp gelmediği mes'elesi idi. Yargıtay İkinci Hukuk dairesi bu şerhlerin şahitler tarafından ve el yazılariyle yazılması ve hukuk umumî hey'eti buna lüzum olmayup yazılacak şerhi şahitlerin imza etmeleri kâfi olduğu reyinde bulunarak bu suretle husule gelen ihtilâfı birleştirmek üzere, mes'ele umumî hey'ete sevk olunmuş ve neticede ekseriyyet hukuk umumî hey'etinin re'yi gibi tecelli eylemişdi.

Bu karar haşiyede aynen naklettiğimiz metninde görüldüğü üzere şu noktalara istinad etmektedir:

1 — Okumak yazmak bilen vasiyyetciye resmi vasiyyet yaparken vasiyyetnameyi kendisinin yazması emredilmiş olmaması.

Halbuki el ile yazma tevsikin vaz geçilmez icabı ve şartı olsaydı bunun vasiyyette tanıklardan daha önemli bir unsur olan vasiyyetcinin tasarrufunu tevsik için kabul edilmek gerekir olacağı.

2 — Fevkalâde hallerde yapılması caiz görülen şifahi vasiyyette vasiyyetcinin son arzularını iki tanığa takrir edeceği ve bunların takriri veçhile vasiyyetnameyi yazup imzalıyarak hemen hâkime verecekleri ve bu vasiyyetnameyi yazmıyarak sözle olayları

hâkime bildirmek suretile hâkime bir zabıtname yaptırabilecekleri yazılı olması.

3 — Türkçe bilmiyenlerin vasiyyete katılamaması mahzuru.

İşte bu noktalardan hareket olunarak metni kanundaki şerh vermek ve yazmak kelimelerinin birer vukuî kayıd olduğu neticesine varılmış ve nihayet 481 ve 482. ci maddelerde sözü geçen şerhlerin temamiyle tanıklar tarafından ellerile yazılup altına imza olunabileceği gibi başkası tarafından veya makine ile yazulup da tanıkların bunları okuyarak olaylara uygunluğunu anladıkdan sonra altını ellerile imzaladıklarında kanunun aradığı tevsik yerine getirilmiş olacağı mütâlâasile yazılacak şerhlerin herhalde şahitlerin el yazısile olması icabetmiyeceğine karar verilmiştir. Bizim anladığımıza göre bu kıyas ve istidlâller doğru değildir. Dâva ile mukaddimeler arasında telâzüm yokdur. Filhakika vasiyyetname, okuyup yazma bilen vasiyyetcinin el yazısı ile yazılması emredilmemiş ise de maddede açıkça yazıldığı üzere şahitler vasiyyetcinin vasiyyetnameyi okuduğunu tasdik edeceklerinden böyle bir teminat altında olmayan şahitlerin beyanları buna kıyas olunamaz.

Şifahi vasiyyet ise zarurete binaen tecviz edilmiş ve mâhâza şahitlerin vasiyyetcinin beyanatını aynen hâkime ulaşdırması ile mevzu arasında hiç bir münasebet bulunmamışdır.

Türkçe bilmiyenlerin şehadeti mes'elesi ise başka bir mes'eledir.

Kaldı ki tariflerde ve şekilleri beyandaki kayıdlar daima ihtirazî olmak mutad olduğundan şerh vermek ve yazmak kelimelerini vukuî addetmeğe ilmen imkân yokdur. Ve böyle bir telâkki kanunun istihdaf ettiği vüsuka münafidir.

Kararda başkası tarafından veya makine ile yazılıp da tanıkların bunları okuyarak olaylara uygunluğunu anladıkdan sonra altını ellerile imzaladıklarında kanunun aradığı belgeleme yerine getirilmiş olur denilmektedir. İşte asıl mes'elenin ruhu buradadır. Şahitlerin okuyup olayları anladıklarını nereden anlayacağız. Klişe halinde yazılup ticarethanelerinde veya yazıhanelerinde imza

ettirilen şerhleri de mutlaka böyle mi telâkki edeceğiz ve ihtilâf halinde hakikati alâkalı ve mes'uliyyet mevkiinde olan memur ve şahitlerden mi anlıyacağız ? Bu mahzurlar ve mülâhazalardır ki kanun vâzıını işi sımsıkı tutmağa ve her ihtimale karşı tedbir almağa sevketmiştir. Binaenaleyh tevhidi içtihad kararı kanunun maksad ve ruhuna uymamaktadır. Mâhâza tevhidi içtihad kararları mümasil hâdiselerde mâbihittatbik olduğundan tatbikatın o dairede cereyanı zaruridir.

Diğer bir tefsir:

Medeni kanun, biri akdî, diğeri kanunî olmak üzere iki nevi şüf'a hakkı kabul etmiştir;

Mukaveleden mütevellid diğer bir tâbirle akdî şüf'a üzerinde durmağa mahal yokdur. Buna âit mes'eleler gerek İsviçre'de, gerekse bizde şüpheye mahal bırakmıyacak derecede ilmî ve kazaî ictihadlarla tekarrur etmiştir. Fakat kanunî şüf'a etrafında tefsire muhtaç bir çok hâdiseler tekevvün etmektedir. Çünki kanun pek kısa ve mücmeldir. Madde şudur:

"Bir gayrimenkulün hissedarları onun şayi bir hissesini satın alan şahsı salise karşı kanuni şüf'a hakkını haizdir."

Görülüyor ki: madde yalınız hissedarlardan birinin hissesini şahsı salise satması halinde diğer hissedarlar için şüf'a hakkı olduğunu beyanla tahaddüs edebilecek diğer mes'elelere dair hiçbir hüküm sevketmemiştir. Şu halde kanunun meskût bırakdığı hususlar ictihadla halledilecektir. İçtihada muhtaç hâdiseler çoktur. O cümleden olarak şüf'a hakkı olan hissedar iki veya daha fazla olup da hisseler mütefavit olursa satılan hisseyi müsavat üzere mi, yoksa hisseleri nisbetinde mi alacaklar yani şüf'a hakkı şahısların adedine göre mi, yoksa hisse nisbetinde mi olacakdır. Kanun bu noktada temamen sâkittir. İlmî bakımdan mes'ele mühim ve hakikaten teemmüle muhtacdır.

Nitekim Yargıtay Hukuk daireleri kararları arasında ihtilâf hasıl olmuş ve Tevhidi İçtihad Hey'etince haşiye olarak aynen naklettiğimiz karar ittihaz olunmuşdur[40].

---

40 İhtilâfın mevzuu kanunî şüf'a hakkı olub Yargıtay Birinci Hukuk dairesi daha evvelki kararlarında hisseleri mikdarı ne olursa olsun şüf'a hakkı

Bu kararın dayandığı mucib ve hukukî sebebler tafsilen metninde gösterilmiş olub biz de ayni fikirde olduğumuzdan fazla bir şey ilâve etmiyecek, yalınız mes'ele temamen vüzuh peyda etmek için muhalif görüşün dayandığı delillerin bazı cihetlerine temasla iktifa edeceğiz.

Muhalif fikir şu noktalara dayanıyordu:

1 — İsviçreli bazı müelliflerin beyanları.

2 — Şüf'a hakkının semereye benzemesi.

3 — İktisadî icab.

---

hissedarlar arasında müsavat veçhile olduğu içtihadında bulunduğu halde 23.12.944 tarihinde kanuni şüf'a hakkının hisseler nisbetinde olduğuna karar vererek bu suretle ayni dairenin ictihadları arasında ihtilâf hasıl olmuş ve Üçüncü Hukuk Dâiresinin içtihadının Birinci Hukuk Dâiresinin evvelki ictihadları gibi olduğu anlaşılmıştır. Bilindiği üzere Medeni kanun biri akdî (Mukaveleden mütevellid) ve diğeri kanunî olmak üzere iki nevi şüf'a hakkı kabul eylemiştir. 658. ci maddede mukaveleden mütevellid şüf'a ve 659. cu maddede kanunî şüf'a beyan olunmaktadır.

Akdî şüf'a konu dışında olduğundan bunun üzerinde durulmağa lüzum görülmemiş ve bütün münakaşalar kanunun 659. cu maddesi üzerinde cereyan etmiştir. Kanunda "Bir gayrimenkulün hissedarları onun şayi bir hissesini satun alan şahsı salise karşı kanunî şüf'a hakkını haizdir" diye tanzim olunan 659. cu maddeden başka mes'elenin çözülmesini sağlıyacak bir ibare ve hüküm sevkolunmamıştır. Gerek maddenin yazılış tarzı ve gerekse ilmî mahiyeti bakımından önemi açık olan mes'elenin metnin medlülü ve hükmün illeti ve kanunun ifade tekniği, hülâsa yorum (Tefsir) kaideleri çerçevesi içinde çözülmesi zaruridir.

659. cu madde ne şüf'a hakkının hissedarlar arasında müsavat veçhile ne de hisseleri nisbetinde müşterek olacağına dair bir sarahati tazammun etmemektedir. Esasen daire kararları arasındaki ihtilâf da bundan ileri gelmiş bulunmaktadır. Yalnız metinden şu açıkça anlaşılmaktadır ki hissedarlar müteaddid olduğu takdirde bu hak aralarında müşterek olacakdır.

İştirâk her nerede mutlak olarak zikr ve irad olunur ve hilâfına delil ve karine bulunmazsa müsavata haml olunur. Bu hukukda kabul olunmuş bir kaidedir.

Metinde ise bunun hilâfına bir delil ve karine olmayup bilâkis hükmün sebeb ve illeti bu esası teyid edecek mahiyettedir.

İzaha haceti yoktur ki, gerek müstakil olsun ve gerek şayi olsun herkesin mülkünde istediği gibi tasarruf etmesi ve rızası olmadıkça kimsenin mülkünün alınamaması insanların en başda gelen hürriyyet hakkının tabiî ve zarurî bir neticesidir. Fakat çok defa ihtilâf ve münazaalara yol açan

Tevhidi ictihad kararında bunlar kısaca münakaşa edilmiş bulunmaktadır.

Gerçi İsviçreli müelliflerden bir kaçı kanunun maddesini şerh ederken "Hisseler nisbetinde" diye notlar yazmışlardır. Fakat bir İllet ve delil gösterilmemiştir. Anlaşılıyor ki İsviçre'de bu mes'ele üzerinde durulmuş değildir. Belki orada kazaî teamül böyledir.

Medenî kanun birinci maddesinde hâkimin ilmî ictihadlardan istifade edeceğini yazarsa da bu, hâkim ilmî ictihadlarla hükmeder

---

iştiraki mümkin olduğu kadar tahdid etmek ve ayni zemanda hissedarlar arasına yabancı sokmamak ihtiyacına mebni kıyasa muhalif olarak kanunî şüf'a hakkı ve bu hakla mülkiyetin takyidi kabul olunmuş bulunmaktadır. Bu ihtiyaç ve illette hissesi az olan da çok olan da eşittirler. Binaenaleyh yine hukuk ilminde yer alan bir esas gereğince istihkakda da müsavi olmaları lâzım gelir. Bunun içindir ki meselâ yüz hisse itibariyle 90 hissesi birine ve 9 hissesi diğerine ve bir hissesi üçüncü bir hissedara âit olan müşterek mülkde 9 hisse sahibi üçüncü bir şahsa hissesini satup da 90 hisse sahibi talip olmazsa bir hisse sahibi temamını almak hakkına malik oluyor. Bu ancak müsavat hakkının neticesi olabilir. Bu halde kanunda hisseler nisbetinde gibi bir mazmun mülâhazası karine ve delilsiz kanuna ilâve yapmak demek olur. Kanunlara, mukavelenamelere böyle ilâveler yapılması tecviz edilirse ifade ve beyan emniyet ve itimadı temamen ortadan kalkmış olur. Kanunun ifade tekniği de kanun yazımın kanunî şüf'ada hisse mikdar ve nisbetini kasdetmediğini göstermektedir.

Müşterek mülkiyete terettüp eden veya müşterek mülkiyeti takyid eden idarî masraflar, vergiler vesair mükellefiyetler hisseler nisbetinde olduğunu anlamak nisbeten kolay olduğu halde kanun vazıı bir gûnâ tereddüde mahal kalmamak üzere 626. cı maddede bunların hisseleri nisbetinde bütün hissedarlara âit olacağını tasrih etmiştir. Eğer şüf'ada maksadı böyle olsaydı beyan mevkii olduğundan tasrih edilmek lâzımgelirdi. Bazı muhalif reylerin mütalâası gibi şüf'a hakkını semereye benzeterek başka bir neticeye varmağa da imkân yoktur. Çünki semere bir mülkün meyvesi ve zevaidi gibi ya tabiî veya menfeati gibi hukuki bir hasılıdır. Şüf'a hakkı ise müşterek mülkün ne tabiî semeresi, ne de hukuki mevlüdüdür. Belki yukarıda işaret olunduğu gibi kıyasa muhalif olarak kabul edilmiş temamen başka mahiyette bir hakdır. Kaldı ki mes'elede iktisadî bir mülâhaza da kabul olunamaz. Şüf'anın nadiren vukuundan kat'ınazar hisselerin bazılarının az ve bazılarının çok olmasının iktisadî bakımdan yapacağı tesiri anlamak müşkildir. Bu sebeplere dayanarak evvelki oturumda üçde iki çoğunluk hasıl olmadığından son oturumda mutlak ekseriyyetle Birinci Hukuk Dâiresinin ilk içtihadının isabetli olduğuna 11.6.947 tarihinde karar verildi.

demek değildir. Hâkim muhakeme ve istidlâllerinde ilmî ictihadları gözönünde tutarak istifade eder demekdir. Şu halde hâkimin delili şu veya bu içtihad değil, kendi görüşü olacaktır.

Eğer bu beyanlar kazaî bir teâmüle müstenid ise bizde teâmül bunun aksinedir, bunun içindir ki bu istidlâl ekseriyyetce tasvibe mazhar olamamışdır.

Şüf'a hakkının semereye benzemesi zihabına gelince: bu daha zayıf bir düşüncedir. Çünki semere, meyve ve zevaid gibi ya tabiî veya menfaat gibi hukukîdir. Ve her iki nevi semere mülkün hasıl ve mevlûdüdür. Halbuki şüf'a hakkı ne tabiî, ne de hukukî semeredir. Belki kıyasa ve tasarruf hakkına muhalif olarak kabul edilmiş bambaşka bir hakdır.

Semere gibi mütalâa doğru olsa şüf'a hakkı sahiplerinden biri gaip ve diğeri hazır olup da hazır olan meşfuun temamını almış olsa gaip olan hissedar bundan hissesini alması lâzımgelirdi. Halbuki buna hiç bir hukukçu kail değildir. Hisse nisbetlerini muhafaza etmek lüzumu gibi bir mülâhaza da kabul edilemez. Aksi halde hissedarlardan birinin hissesini diğer bir hissedara satması halinde de şüf'a hakkını kabul etmek iktiza eder.

Nihayet bu mes'ele düşünülürken tatbikat ciheti de düşünülmek gerekir. Her vakit mes'ele basit olmaz. Binlerce hisse itibarile bir gayrimenkul çok kimseler arasında müşterek olabilir. Ve bu gayrimenkulun müteaddid hisselerini mütefavit surette aralarında müşterek olmak üzere müteaddid kimseler satın alabilir. Bu halde nisbetleri bulmak ve hesabın içinden çıkmak kolay bir iş değildir. Şüphesiz mümkindir. Fakat o zaman hisselerin mahreci yüzlerce ve belki binlerce kerre büyütülmek icabedecektir ki hiç arzu edilmiyen bir neticedir.

EK

Örf ve Âdet

Örf ve âdet hukuk ilminde mühim bir mevzudur. İptidaî kavim ve cemiyetlerde insan münasebetleri örf ve âdete göre cereyan ederdi. Yalnız hukukî hâdiselerde değil ahlâkî ve içtimai mes'elelerde de böyle idi. Beşer idrâki ilerledikçe örf ve âdetlerde de tehavvüller husûle gelmiş, bazısı terk olunmuş ve bazısı tâdil suretiyle veya aynen devam eylemiştir.

Tetkik olunursa milletlerin kanunlarında tesbit olunan hükümlerin çoğu örf ve âdet mes'elesi olduğu anlaşılır. Şeriati islâmiyede de böyledir. İslâmiyet fena ve zalim âdetleri temamen ilga ve böyle olmayanları tâdil ve islâh suretile veya olduğu gibi kabul etmiştir.

Örf ve teâmül tefsir ilminde iyiden iyi bilinmesi lâzım olan bir hukuk menbaıdır. Şark ve garpte örf ve âdet hakkında tarihî ve hukukî bakımdan bir çok eserler yazılmıştır[41].

Örf ve âdetten başka bir de teâmül tâbiri vardır. Bunlar müradif gibi kullanılır. Fakat aralarında fark vardır. Hükümlerini izahdan evvel bunların mahiyetlerini ve aralarındaki farkı düşünmek faydalı olacakdır.

Evvelâ örf, bilmek ve tanımak manasınadır. Maruf, iyi görünen ve tanınan şey demekdir. Marufun mukabili münkerdir. İslâm hukukçuları örfü, aklıselimin iyi gördüğü şey diye tarif ederler. Bu şey marufdur denince bu mâna anlaşılır.

Meselâ, Adalet maruf ve zulüm münkerdir. Çünki aklıselim adaleti tahsin ve zülmü takbih eder.

Örf'ün kısaca medlülü bundan ibarettir.

Âdete gelince[42]: Âdet itiyad edilen, işlenegelen şey demekdir.

---

41 İbni Âbidin merhumun örf ve âdet hakkında oldukça mufassal ve güzel bir risaleleri vardır ki diğer risalelerde birlikde matbudur.

42 Âdet kelimesi Muâvede veya avd maddesinden isimdir. Avd'ın bir hayli mânaları olub bunlardan biri nöbet nöbet; zeman zeman bir işi yapmak ve işlemek demekdir.

Allaha izafe edilirse Sünnetullah denir ki Âdetullah manasınadır.

Teamül, âdetle müradifdir. İstimali galip olan demekdir. Âdet ile aralarında mâna itibarile fark yokdur. Yalnız örf ile bunlar arasında bazı farklar vardır. Şöyle ki:

Örf daima iyi olan şeydir. Fakat âdet ve teâmül iyi veya kötü olabilir. İyi âdet, fena âdet, iyi teâmül, fena teâmül denir. Lâkin, iyi örf, kötü örf denmez. Çünki "örf" ün mânasında iyilik mündemicdir. Bundan başka amelde örf aklıselime istinad eder. Âdet ve teâmülde ise makûl olup olmamak düşünülmez.

Meselâ, bazı memleketlerde bamyanın, dâne ve cevizin kilo ile satılması âdettir. Bu makul müdür, değil midir nazara alınmaz.

Bir de örf ile âdet ve teâmül arasında şu fark vardır ki âdet ve teâmül fiile, amele teallûk eder. Örf sözde de olur. Bir ilim veya sanat erbabı bir lâfzı asıl mânasının gayri bir mânada istimal ederse, bir örf teessüs etmiş olur. İlim erbabının istimaline istılah denir.

Meselâ, hukukçular filasıl hapis mânasına olan vakıf kelimesini hukukî mânada istimal etmişlerdir. Bu bir örfdür. Örfühasdır.

İlmî ve sınaî istimaller hep bu nevidendir.

Sobayı, kandili yak sözleri delâlet ettikleri mânada birer örfiâmdır. Salât (Namaz) ve savmın (Orucun) şer'î mânalarında istimali kezalik şer'î birer örfdür.

Örf ile âdet ve teâmül arasındaki farklar bunlardan ibarettir. Fakat hukuk lisanında üçü de bir mânada (iyi âdet) mânasında kullanılır. Nitekim Mecellede "Âdet Muhakkemdir" "Nasın istimali bir höccettir ki anınla amel vacib olur", "Maruf olan şey şart kılınmış gibidir" ibarelerinde ayni mâna kasd olunmuşdur.

Örf ve âdet muhtelif itibarlarla kısımlara ayrılır. Şöyle ki: Örf ya umumî veya hususî olur.

Bir çok memleket veya cemaat veyahut sınıflar arasında cari olan âdet umumî, bazı memleket veya cemaat veyahut sınıflar arasında riâyet olunan âdetler hususidir.

Örf ve âdet höccettir. Fakat bunlar muteber olmak için şu şartlar lâzımdır[43]:

1 — Muttarid ve galip olacaktır. Yani umumî veya galip olmalıdır. Şunu kaydedelim ki örf, muamele zamanında teessüs etmiş olacaktır. Sonradan teessüs eden örf o muamele hakkında nazara alınmaz.

2 — İyi âdet olmalıdır. Fena âdetlerin hükmü yoktur. Bir âdetin iyi veya fena olduğunu anlamak için kıstas şudur: Hürriyet, mal, can, ırz masuniyeti esaslarına ve kavinin zaifi istismarına vesile olmak gibi ahlâka, âmme menfaatlerine mugayir olan âdetler fena, bunlara mugayir olmayıp akliselim tarafından red olunmıyan âdetler iyi âdet sayılır.

Meselâ, kabristanlarda mum yakmak zikri geçen esaslarla alâkalı değildir. Fakat dirilerden bir çoğu karanlıkda vakit

---

43 Örf ve âdet İslâm hukukunda da mühim bir kaynakdır. Bu, Kur'an, Hâdis, İcmaı ümmetle sabittir. Sûrei A'rafda Hazreti Peygambere hitaben "Halk ile münasebetinde affı iltizam et. Örf ile emreyle. Cahillerden irâz et" buyurulmuşdur. Bu Ayeti kerimeden İslâmiyette örfün mevkii pek vazıh olarak anlaşılmaktadır.
Bu bapda muhtelif Hadîsler vardır. "Mü'minlerin iyi gördükleri şey Allah yanında iyidir" mealindeki hadîs örfün hükmünü ne beliğ ifade ediyor.
Şu vâkıa da örf hakkında tam bir fikir edinmek için kâfidir. Bir gün Ebusüfyanın karısı Hind Cenabı Peygambere gelerek: "Zevcim bahil bir adamdır, ailemize bakmıyor. Gıyabında malından alup sarf edebilir miyim, bunda günah var mıdır?" diye sordu. Peygamber Efendimiz "örf ve âdet veçhile kendine ve çocuklarına yetecek mikdar alabilirsin" buyurmuşlardır. Daha bir çok hâdisler de vardır.
Kur'an ve Hadîse istinaden fukaha her devirde örf ve âdete itibar etmişlerdir. "Âdet muhakkemdir","Örf Höccettir" gibi kaideler bu anlayışın ifadesidir. İslâm hukukunda âdet karşısında kıyas terk olunur. Yani örf ve âdet kıyasa tercih olunur.
Meselâ, menkulün vakfı, madumun beyi kıyasen sahih olmamak lâzım olduğu halde menkulün vakfı, istisna ve selem örf ve âdete mebni tecviz ve kabul olunmuşdur.
Bunun gibi görüp gözetmek şartile hibe kıyasen sahih olmayacakdı. Çünki vahibin ne kadar yaşıyacağı, ne kadar bakılup besleneceği meçhul idi. Fakat adete binâen tecviz olunmuştur. Fıkıhda bunların lâyüad benzerleri vardır.

geçirirken kabristanlarda mum yakmayı, kandil yakmayı akıl iyi görmez[44].

Söylemeğe hâcet yoktur ki, ilmî ve kazaî ictihadlar âdete müstenid ise âdetin değişmesile bunlar da değişir. Esasen bahsi mahsusunda izah olunacağı üzere gerek bir hukukçu, ve gerek bir hâkim yeni vaziyet ve deliller karşısında eski içtihadını değiştirebilir. Yeter ki, bu ilmî ve bir saiy neticesi olsun. İslâm hukukunda büyük müctehidlerin zaman zaman bazı ictihadlarından rücuları yeni delil ve neticelere vasıl olmakdan ileri gelmiştir.

44 Bazı gayrimakul âdetlerle içtimâi ve iktisadî hayatta tahavvüller yapan fena âdetler hukukun tabiî seyrine mâni olmuşdur. İnsan mahiyet ve hakları ile temamen tezad teşkil eden istirkak (Kölelik) eğer cemiyet ve iktisad hayatında umumî bir tehavvül meydana getirmemiş, meni ve refi halinde cemiyetlerin bünyesinde telâfisi gayrikabil ihtilâtlara sebebiyet verecek mahiyet ve durumda bulunmamış olsaydı daha o zeman Hukuku İslâmiye bu âdeti menedecekdi. Fakat iş bunun aksine olduğundan tedricen tasfiye ve refi tariki ihtiyar olunmuşdur. Bugün garp kanunlarında görülen ve hukuk ve mantık icablarına uymıyan hükümler âdetlere uymak zaruretinden ileri gelmişdir.

ÜÇÜNCÜ KISIM

Resmî Tefsirler

BİRİNCİ FASIL

Kazai Tefsir

Hüküm ve kuvvetleri itibarile tefsirler üç kısma ayrılır: İlmî Tefsir, Kazaî Tefsir, Teşriî Tefsir. Son iki kısma Resmî Tefsir denir. İlmî Tefsir, resmî tefsir kuvvetini haiz değildir. Hâkimler ve teşrî hey'etince kabul ve tasvibe mazhar olursa resmî kıymet iktisab edebilir.

Bidayette kayıd ve işaret ettiğimiz veçhile kazaî ve teşriî tefsir ilmî esas ve kaidelere muvafık olmak iktiza eder.

Kazaî tefsir, hâkim ve mahkemeler tarafından yapılan tefsirdir. Hâkim ve mahkemelere tefsir ve ictihad salâhiyeti tanınmak ve bu salâhiyeti taarruzdan masun tutmak bir zarurettir. Sırası geldikçe mükerreren söylediğimiz gibi kanun ve mukaveleler daima vazıh değildir. Mübhem ve mücmel olabileceği gibi hattâ bazan beyan ve hükümler arasında mübayenet ve tezad dahi bulunabilir. Bundan başka kanun vazıı bazı hâdiseleri derpiş etmemiş olabilir ve yepyeni bazı münasebet ve hâdiseler de olur. Bu gibi ahvalde hâkime mücmel metinleri ilmî metodlarla tefsir etmek ve kanunun boşluklarım doldurmak vazifesi terettüp eder.

Beşer münasebetleri durmaz ve durdurulamaz. Mutad seyrinde yürür ve devam eder ve ihtilâflar - ki hak ve madelet dairesinde halli icabeder - hâkime arz edilince hâkim kanunda sarahat yoktur veya kanun vazıı bunu derpiş etmemişdir diye bir dâvayı görmekten imtina edemez. Aksi halde hukukî münasebetler felce uğrar ve bunu fena neticeler takip eder. Yalnız mühim olan ve düşünülmesi gereken cihet bu salâhiyetin vüsat ve derecesidir. Kayıdsız ve hudutsuz bir salâhiyet şüphesiz doğru değildir. İctihad salâhiyetlerinin bir hududu olmak iktiza eder. Bunun içindir ki diğer kanunlar gibi Medeni kanun da hâkimlerin tefsir

salâhiyetini te'yid etmiş ve birinci maddesini buna göre tanzim ederek içtihadın ne gibi bir çerçive içinde olması lâzımgeleceğini tasrih eylemiştir[45].

Bu maddeye göre hâkim, vazıh olduğu takdirde evvelâ kanunu lâfziyle ve sarih ye vazıh olmayan hususlarda kanunun ruhunu teşkil eden İllet ve menatları ile tefsir edecek ve kanunun temas etmediği mes'elelerde örf ve âdetle ve örf ve âdet de yoksa mutlak içtihadile hareket eyliyecekdir.

Her hukukî müessesenin asıl ve zâbıtaları vardır ki bunlar tefsir ve tatbikatta rehberlik vazifesi görür.

Hâkim asıl ve esaslara uygun olarak kanunu tefsir ve hâdiseleri o dairede halleder. Hâkimin içtihadı varid olduğu hâdisede muteberdir.

Kazâi tefsirlerin mevridine münhasır olması mevzuun hususî olmasından, yani muayyen bir hâdise üzerinde cereyan etmesindendir. Menşe küllî olsa dahi hâkimlerin teşri salâhiyeti olmadığından ilmî mahiyeti geçemez.

Bir hâdise hakkındaki içtihadı mümasil hâdiselerde Hâkimi

---

45 İslâm hukuku da hâkimlere pek geniş içtihad salâhiyeti vermişdir. Şeriati İslâmiye mesâili itikadiyeyi temamen beyan eylediği halde Kur'an ve Hâdisde yalnız hukukun umde ve esaslarını teşri ile iktifa ve tâli ve tâbi mes'eleleri içtihada ve aklıselime terk etmişdir.
İslâmiyetin içtihada verdiği mevkiin derecesini anlamak için şu iki vâkıayı hatırlamak kâfidir:
Hazreti Peygamber Muaz ibni Cebeli Yemene memur etmişlerdi. O zeman dâvaları da Valiler hal ve fasl ederlerdi. Hazreti Peygamber Muazı gönderirken "Nasıl hüküm vereceksin?" diye sordu. "Muaz "Allahın kitabı mucebince".
— Kitabda bulamadığın hususlarda ne yapacaksın?
— Resulullâh'ın Sünneti mucebince hareket ederim.
— Ya Sünnetde bulamadığın hususlarda ne yapacaksın?
— "İctihad ederim" diye cevap verdi. Buna karşı Resülüekrem "Cenabı Hakka şükür ki Resulünün elçisini Resulünün sevdiğine muvaffak etti" buyurdu.
Hazreti Ömer de Basra Kadısı Ebû Musel'eşari'ye gönderdiği mektubda şöyle demişti: "Tereddüt ettiğin mes'eleler hakkında Kur'an ve Hâdisde bir sarahat yoksa emsali emsale kıyas ile Allah ve Resulüne sevimli geleni, hakikate ve kanaati vicdaniyene muvafık olanı yap."

takyid etmez. İlmî düşünce ve adalet duygusu diğer bir hâdisede içtihadını değiştirmeğe sevkederse son ictihadile hükmeder[46] ve bu ictihadla evvelki içtihad nesh edilmiş gibi olur.

Hâkim bugünkü usule göre bir hâdisede verdiği hükümden (Hata etmiş olsa bile) rücû edemez. Tavzih vesilesiyle de hükmü tâdil edemiyeceği gibi yeni bir hüküm mahiyetinde karar veremez. Yalnız ara kararlarından esbabı mucibe beyanile rücû edilebilir.

Meselâ, hâkim makûsen beyyine külfetinin bir tarafa tahmiline veya yemin teklifine karar verüp de bunun yanlış olduğunu anlarsa bundan rücû caizdir. Çünki bu gibi kararlar hüküm mahiyetinde değildir.

Mahkemelerin ictihadları Temyiz Mahkemesinin mürakabesi altındadır. Hâkimlerin kanunun sarih metnine veya kanunun ruhuna açıkdan açığa muhalif olan içtihad ve tefsirleri kabul olunmaz. Şu kadar ki isabet veya ademi isabetinde hafa olan ictihadlâra tearruz edilmemek lâzımgelir. "İctihadla ictihad nakz olunmaz" kaidesinin muktezası da budur.

Temyiz yolile mahkemelerin ictihadlarım tevhid mümkin ise de Temyiz mahkemesinin bir veya müteaddid daireleri arasında

---

46 Hazreti Ömer bir hâdisede hüküm verdikden sonra mümasil bir hâdisede başka türlü hükmetmişdi. Kendisinden sebebi sorulunca: "O da bu da hükmettiğimiz gibidir" buyurmuşlardır. Müşarünileyh bu mes'eleyi Ebu Museleş'ariye yazdığı mektubda daha açık olarak ifade buyurmuştur. Bu mektubun bir fıkrasında şöyle denmiştir. "Dün bir hüküm verir, sonra mümasil bir hâdisede vicdanına müracaat ederek daha âdil bir hüküm vermek icabeylediğini anlarsan son içtihadınla amel et. Çünki Hakka rücu batılda ısrardan hayırlıdır."
Yine rivayet olunduğuna göre Hazreti Ömer meşguliyetlerinin çokluğu hasebile kaza işlerini Ebüdderdaya tefviz etmişlerdi. Müşarünileyh bir hâdisede bir taraf aleyhine hükmetmiş. Mahkümünaleyh Halife Hazretlerine müracaat ettiğinde "Ben Ebüdderdâ yerinde olsaydım senin lehine hükmederdim" demesi üzerine o zat: "Yâ Emirelmüminin ne mâni var, öyle hükmediniz" deyince: "Rey müşterekdir. Bir re'yin diğeri üzerine rüchan ve meziyeti yoktur" buyurmuşlardır.
Hülâsaten Cenabı Halife şunu demiş oluyorlardı, isabet reylerin hangisinde olduğu mutlaka malûm değildir, işte bunun için dâvayı tekrar rüyet edemem...

hasıl olacak ihtilâfları birleştirmek için bir merci olmadığından yine ictihad ihtilâfları karşısında kalınmakta idi[47]. Bu ihtilâfları tevhid için temyiz teşkilât kanununun 8. ci maddesile tevhidi ictihad müessesesi ihdas olundu.

Bu maddede aynen şöyle denmektedir "Temyizin iki dairesi veya bir dairenin iki kararı arasında ayni meselede tezad ve mübayenet görüldüğü veya takarrür etmiş bir içtihadın tebdiline ihtiyaç hasıl olduğu takdirde Birinci Reis tezad ve mübayenet şeklindeki mütebayin ilâmları ve içtihadın tebdili lüzumu halinde içtihadın tebdiline saik olan sebebleri mutazammın evrakı alâkadar daireye veya dairelerden celp ve telhis ve nüshalarını teksir ile ictimadan en aşağı üç gün evvel Temyiz Mahkemesi Hey'eti Umumiyesine tevzi ve içtima gününü tâyin eder. Mütebayin ilâmları veren dairelerle içtihadın sahibi olan dairece dahi âzasından biri kendi noktai nazarını teşrih ve müdafaaya memur edilir. Bunun üzerine her iki kısmın en az üçde ikisi ile teşekkül edecek Temyiz Mahkemesi Hey'eti Umumiyesinde ve ceza işlerinde sahibi rey olarak baş müddeiumuminin veya vekilinin huzurunda keyfiyet tetkik ve mevcudun üçde ikisinin ittifakile karar verilir. Bu suretle nısab hasıl olmadığı takdirde tetkikat başka güne tâlik edilir. Muayyen günde keyfiyet tekrar müzakere olunarak adedi mürettebin ekseriyeti mutlakası ile ittihazı karar olunur[48], bu karar temyiz dairelerince mümasil işlerde Mabihil'imtisaldir. Tezad ve mübaneyet hakkında Temyiz Mahkemesi heyeti umumiyesince ittihaz olunacak kararlar tarafeyne tesir etmez. Bu mes'elelere Temyiz Birinci Reisi, baş

47 Kazada vahdeti temin için vaktile Kadılar müftâbih ve mamulünbih olan mes'elelerle hükmetmek üzere tâyin olunurdu. Şeyhülislâmlar tarafından verilen fetvalarla müctehedünfih mesailden mucebince amel olunması Veliyyülemir tarafından irade olunan mes'eleler bir yere toplanarak neşrolunurdu. Bu yolda neşrolunan Fetâva mecmualarının en meşhur ve muteber olanı Fetâvayı Erbea denilen mecmualardır ki şunlardır:
Ali Efendi, Netice, Behce ve Feyziye Fetâva mecmuaları.
Temyiz mukarreratı ne maksadla cemi ve neşr olunuyorsa bu mecmualarda ayni maksad ve gaye ile neşrolunurdu.

48 Dâireler arasında vazifeye müteallik çıkan ihtilâflar teâmülen birinci celsede olsa dahi mutlak ekseriyetle ittihaz olunmaktadır.

müddeiumuminin ve alâkadar dairelerin sevkile veyahut resen vaziyed eder."

Maddenin metninde tasrih olunduğu üzere tevhid suretile verilen kararlar temyiz dairelerince mümasil işlerde mâbihilimtisal olur. Bu kararların benzeri işlerde diğer mahkemelerce de mabihil'imtisal olacağında şüphe yoktur.

Böyle bir müesseseye olan ihtiyaç aşikârdır. Ancak hukuka ait ihtilâflar hukuk daireleri reis ve âzalarından ve cezaya müteallik ihtilâfların baş savcı da dahil olduğu halde ceza daireleri reis ve âzalarından teşekkül edecek hey'etlerde müzakere olunması selâmeti muamele noktasından daha muvafık olur.

Kanunun bu şekilde tadili şayanı temennidir.

1322 Numaralı kanunun birinci maddesinin V- fıkrası mucebince tevhidi ictihad kararlarının Resmî Gazetede ilânı mecburidir.

Nizamnamelerin Tefsiri:

Teşkilâtı Esasiye Kanununun 52. ci maddesinde beyan olunduğu veçhile Bakanlar Kurulu kanunların suveri tatbikiyesini irâe veyahut kanunun emrettiği hususatı tesbit için ahkâmı cedideyi muhtevi olmamak ve Danıştayın nazarı tetkikinden geçirilmek şartile nizamnameler tedvin eder. Nizamnameler Reisicumhurun imza ve ilânile mamulünbih olur. Nizamnamelerin kavanine mugayereti iddia olundukda bunun mercii halli "Türkiye Büyük Millet Meclisidir".

Bu maddeye tevfikan tanzim ve ilân olunan nizamnamelerin tefsiri 3546 Numaralı Devlet Şûrası kanununun 13 ve 19 uncu maddelerinin B fıkrası mucebince Tanzimat dairesile Danıştay Umumî Hey'etine aittir.

Bir nizamnamenin tefsirine lüzum hasıl olunca alâkalı Bakanlığın iş'arı üzerine keyfiyet Danıştaya havale olunur. Ve Danıştayca icabı icra olunur.

Nizamnamelerin tefsirine müteallik kararların 1322 Numaralı kanunun birinci maddesinin V— fıkrası gereğince Resmi Gazete ile neşri mecburidir.

İKİNCİ FASIL

Teşriî Tefsir

Yukarıda tefsirin nevilerini yazmıştık. Tefsirin hüküm itibarile en kuvvetlisi teşriî tefsirdir. İlmî tefsir resmî mahiyette olmadığı gibi kazaî tefsirler - Tevhidi ictihad kararları müstesna olmak üzere - varid oldukları hâdiselerde muteberdir.

Teşriî tefsir, mukaddem hâdiseler dahi dahil olmak üzere bütün hâdiselerde kanun hüküm ve kuvvetindedir. Çünki teşri hey'etlerinin tefsiri muayyen bir hâdise dolayısile olsa bile umumî ve küllî ve teşriî mahiyette olmak itibariyle bütün cüz'iyatta muteber olur.

Şu kadar ki tefsirden mukaddem verilüp kat'ileşen hükümler iptal olunmayup infaz olunur. Bu muhkem kaziyenin icabıdır. Hakem ve diğer salâhiyetli makamlardan verilüp kesinleşen kararlarda da hüküm aynidir.

Tefsir hilâfına verilüp katileşmiyen hükümler, temyiz olunursa nakz olunur.

Teşriî tefsir ötedenberi kabul olunan hukukî bir müessesedir. Bazı hallerde bu tarika müracaat lüzumu hâsıl olur. Bir metin vuzuhdan âri, mübhem ve mücmel olabilir. Maksadı anlamak mümkin olamaz. Ferdler ve hâkim ve memurlar muhtelif şekilde tefsir ve tatbik ederler. Böylece muamele ve hükümlerde ıttıradsızlık hasıl olur. Bu hal alâkalıların faidesiz bir takım masraf ve külfetler ihtiyarına sebeb olabileceği gibi umumî efkârda nâhoş tesirler yapar ve binnetice adalet müteessir olur. Bu durum karşısında adaletle mükellef olan devlete düşen vazife bu kanunu hemen izah etmekdir.

Bunun için iki yol vardır. Biri mânası anlaşılamıyan kanun metnini şübhe ve ihtilâfa mahal kalmıyacak şekilde yeniden tanzim ederek bir kanun halinde neşretmek, diğeri de vazıı kanunun maksadını açıklamak, tefsir etmek.

Birinci şık temamen ihtiyacı tatmin ve bertaraf edemez. Çünki yeni bir kanun kaideten makabline şamil olamayacağından evvelki hâdiseler olduğu gibi kalır. Kanun vazıı bu kanunun evvelki

hâdiselere şümulünü tasrih etse fevkalâde hallerin gayrisinde kanunların makabline teşmil edilemiyeceği umumiyetle kabul olunmuş bir müteârife olduğundan umumî efkârda hüsnü telâkkiye mazhar olmaz. Şu halde ikinci tarike, tefsir yoluna müracaat kalır[49].

Bu müessesenin faideleri olduğu gibi bazı mahzurları da vardır. Biraz sonra söyliyeceğimiz gibi faidesi daha galiptir. Faidesi şudur ki halk ne yapacağını bilerek muameleler emniyet ve selâmet içinde cereyan eder ve mahkemelerce ihtilâfa mahal kalmaz. Tefsir vazıı kanunun maksadını belirtmek demek olduğundan evvelki muameleler ona göre takip ve tasfiye olunur.

Tefsirin mahzurları:

Tefsirin faide ve mahzurları düşünülürken muhtelif ihtimaller gözönünde bulundurulmalıdır.

Tefsire muhtaç olan kanun ya yeni veya eskidir. Yeni olup henüz muhtelif tatbikat ve ictihadlara maruz kalmamış ise böyle bir kanunu tefsirde hiç bir mahzur yoktur. Çünki yanlış telâkkilerle ne muamelelerde karışıklık, ne de muhkem kaziye vücude gelmiştir.

Ancak kanun eski olup da üzerinde mahkeme ictihadları takarrür etmiş ise hilâfında çıkacak bir tefsir çok mahzurludur. Çünki herkes mahkeme içtihadını öğrenmiş ve muamelelerini mütemadiyen ona tevfik etmiştir.

Tefsir makabline şamil olacağından müstekar içtihada uygun olarak yapılan bunca muameleler keenlemyekün ve bu yolda ihtiyar olunan masraflar heder olur. Binaenaleyh müstekar içtihada muhalif tefsir yapılmamalıdır. Bu ictihad umumî ve hususî menfaatlere aykırı ise en doğrusu yeni bir kanun neşretmektir.

Müstekar bir ictihad yoksa tefsir kanun vazıının maksadına muvafık olmak şartile faidelidir. Tereddüd ve ıttıradsızlığı bertaraf eder ve halkın muteber olmayan muamelelere tevessül

49 Şerayii semaviyede de mücmel olan hükümler tefsir suretile izah edilmiştir.

ile mutazarrır olmalarına mâni olur. Tefsir zamanında iktisadî, içtimaî şartlar değişmiş olup da kanunu bu şartlara göre tefsire lüzum hasıl olursa bu vaziyette en muvafık olan kanunu tadil edüp tefsir yoluna gitmemektir.

Hülâsa: tefsir müessesesi faydası zararına gâlip olan bir müessesedir. Şu kadar ki bu tarika nadiren müracaat olunmalıdır. Bu mülâhaza ile olacaktır ki Büyük Millet Meclisince bazı ihtilâflı mes'eleler bir kararla izah edilerek tefsir yoluna gidilmemektedir. Fakat bu kararlar tefsir hüküm ve kuvvetinde olmak itibarile düşünmeğe değer bir incelik taşımakta olduğunda şüphe yoktur.

Bir kanunun tefsirine lüzum hasıl olunca o kanunun tatbikine memur olan Bakanlık tarafından Başbakanlık vasıtasile keyfiyet Büyük Millet Meclisine arz olunur[50]. Meclis iç tüzüğünün 124 ve 125. ci maddelerindeki merasim dairesinde mes'ele tetkik olunarak neticede ya tefsire veya tefsire lüzum olmadığına veyahut mes'elenin bir kanun mevzuu olduğuna karar verilir. Tefsir kararları kavanin mecmualarında tefsir numarası altında diğerleri kararlar kısmında neşrolunur.

Bu baptaki kararlardan anlaşıldığı üzere muğlak ve tefekkür ve teemmüle muhtaç olan mes'elelerde tefsire; fikir ve teemmüle muhtaç olmayup herhangi bir müteârifei hukukiye ile veya kanunun sarahatile kabili hall olan hususlarda sebebi izah olunmak suretile tefsir yolile karara mahal olmadığına kanunun hiç temas etmediği mes'elelerde tefsire imkân bulunmadığına karar verilmektedir.

Mevzuu küllî olmak dolayısile izah suretile tefsire lüzum olmadığı yolunda verilen kararlar dahi tefsir kararları gibi teşriidir.

---

50 6/Kânunusani/927 tarih ve 548 sayılı Resmî Ceridede ilân olunan Büyük Millet Meclisi umumî hey'etinin kararına göre Divanı Muhasebat (Sayıştay) bir kanunun tefsirini Meclis riyasetinden talep edebilir.

Bunları birer misal ile izah faideli olur:

(No: 77) Mütekaid ve Eytam ve Eramilden yüz kuruş veya daha dûn maaş alanların on senelik maaşlarının defaten tesviyesi hakkında olup 1341 senesi Müvazenei Umumiye kanununun 41. ci maddesinde muharrer olan zükûr ve inasdan tahsilde bulundukları tebeyyün eden fıkrasındaki tahsil kaydı tahsili âliye dahi şâmildir. 7/Kânunuevvel/1341.

İşte bu bir tefsir kararıdır. Filhakika tahsil kelimesinin örfi mânasının ilk, orta ye yüksek tahsile şümulü vardır. Acaba bunlardan hangisi kasd olunmuştur. Üzerinde durup düşünülmeğe değer bir nokta. Çünki bunu tâyin için mutlakın mahiyetinin, hükmünün ve mutlakın hükmünü takyid eden bir karine veya kayıd olup olmadığının ve hükmün illetinin etraflı olarak teemmül ve teharrisi icabeder.

Mutlakın ıtlakı üzere icrası bir kaide olup buradaki tahsil kaydının ıtlakını takyid edecek bir karine bulunmadığından lâfzın âli tahsile de şümulü olduğu aklaşılır. Nitekim Meclisce o şekilde tefsir kılınmıştır.

Yukarıda Meclisin 843 Numaralı bir kararını nakletmiştik. Bu karar nüfus kanunundan muahhar neşrolunan Adliye harç tarifesi kanununun kıymet takdiri mümkin olmayan işler için verilecek kararlardan maktu harç alınacağına müteallik sarahatle [51] nüfus kanununun 11. ci maddesinin harçtan istisna hakkındaki hükmünün[52] ilga olunmuş olup olmadığında vâki tereddüd üzerine ittihaz olunmuştur.

Nüfus kanunu hususî ve harç tarifesi kanunu umumî bir kanun olup harç tarifesi kanununda nüfus kanununun 11. ci maddesinin son fıkrası hükmünün ilga olunduğuna dair ne tansıs ne de tamim suretile bir sarahat vardır. Hususî kanunların umumî kanunla zımnen ilga edilemiyeceği bir mütearifei hukukiyedir. Bunun içindir ki tefsir yolile karara lüzum yoktur.

---

51 Mezkûr harç tarifesi kanununun 20 nci maddesi.

52 Nüfus kanununun 11. ci maddesi yaş, ad ve kayıd tashihi dâvalarının nasıl görüleceğine ve usulü muhakemesine müteallikdir. Maddenin nihayetinde "İşbu madde mucebince rüyet olunacak deâviden Mahakimce harç alınmaz" der.

Şu da tefsire imkân olmadığı hakkında bir karardır:

Karar No: 385.

Maarif teşkilâtına mütedair 22/Mart/926 tarih ve 789 Numaralı kanunun "Muallim Mektepleri talebesinden tahsili isteğile bırakanlardan tahsilde bulundukları müddete ait mektep masraflarının sureti tahsili hakkındaki kanunun 8. ci maddesi hükmünün mezkûr mektepler talebesinden tard ve ihraç olunanlar hakkında dahi tatbik olunup olunmayacağının tefsiri Başvekâletten talep olunmuş ise de talebenin mektepden tard ve ihracı muhtelif sebeplerden münbeis olabileceği cihetle hastalık gibi meşrû mazerete binaen terki tahsil edenlerden mektep masraflarının tahsili icabetmezse de ademi devam mezkûr kanunun 8. ci maddesindeki "tahsili isteğile bırakanlar" ibaresinin mutlak olan hükmünün herhangi bir sebeble tard ve ihraç olunan talebe hakkında tevsian teşmiline ve vazih olan ibarei kanuniyenin tefsirine imkân görülmeyüp ne gibi ahvalde mektepten tard ve ihraç olunacak talebeden mektep masrafının istirdad olunacağını tazammun edecek bir layihanın hükümetçe müstacelen teklifinin lâzimeden bulunduğu . . . . ilâ".

"Tahsili isteğile bırakanlar" ibaresine nazaran kanunun sureti mutlakada tard olunanlar hakkında tefsir ve tazminatın bunlara teşmiline imkân yokdur.

Tefsir mümkin olmayan yerlerde herhangi bir mes'elede müsbet veya menfi hüküm tâyini doğru değildir.

Bazan bir kanunu tâdil eden madde ve fıkralar muaddel maddenin ihtiva eylediği bir hükmün veya ibarenin izahını tazammun eder. Bu takdirde bunun yeni bir hüküm veya tefsir mahiyetinde olduğunu düşünmek gerekir. Çünki yeni bir hüküm ise makabline teşmil edilmiyecek, tefsir kabilinden ise makabline de şamil olacaktır.

Keyfiyeti hâkim takdir eder. Kanun vazıının bunu kanun olarak neşretmesi haizi tesir değildir. Neşri tarihinden muteber denmiş ise bu yeni hükümlere haml olunur.

Meselâ, Hukuk U.M. Kanununun bazı maddelerini değiştiren ve bazı maddelerini kaldıran 2606 No. ve 22/12/934 tarihli kanunun

bazı maddeleri ezcümle 400. cü madde yerine konan madde ile 411. ci madde yerine kaim olan, madde tefsir mahiyetindedir. Ve asıl maddelerin izahından ibarettir.

400. cü maddenin aslı söyle idi: Hazır bulunmuş olan taraf gıyap kararını beş gün içinde gaibe tebliğ ettirir. Bu müddet içinde tebliğ olunmazsa gıyap kararı keenlemyekün olur.

Altı günlük veya daha ziyade bir mahalde bulunan şahsa beş gün içinde gıyap kararı tebliği mümkin olamıyacağından maddeyi ibaresinin zahiri gibi anlamağa imkân yoktur. Bunun içindir ki "Hazır bulunan tarafın karar tarihinden itibaren beş gün içinde harç ve masrafını vererek gıyap kararının gaibe tebliğini istemesi gerektir. Bu müddet içinde istenmezse karar verilmemiş sayılır" suretinde tefsir olunmuştur.

411. ci madde şöyle idi: "Islâh suretile olsa dahi ayni dâvada bir taraf birden ziyade itiraz hakkına malik değildir."

Bu maddenin mânayı lâzımîsi murad edilmiş ise de vuzuh yoktur. Mezkûr kanunla ıslah suretile olsa dahi ayni dâvada bir tarafa birden ziyade gıyap kararı tebliğ edilemez" suretinde izah kılınmıştır.

Kanunlarda hata:

Kanunlarda bazı hatalar vukua gelebilir. Hatalar ya bir lâfza veya bir atfa veyahut esas hükme müteallik olur.

Hatâ eseri olduğu zahir olan yanlışlıklar mahkemelerce kanun koyanın maksadı dairesinde tatbik olunur.

Meselâ, 4727 Numaralı kanunun dördüncü maddesinde "Medeni kanunun yayımından önce boşandıkları halde evli görünen birinci maddede yazıldığı gibi başka kadın ve erkekle birleşüp çocuğu olanlar, sağ iseler Sulh Yargıcı önünde yapacakları beyanın nüfus memurluğuna bildirilmesi üzerine ve ölümleri halinde nüfus sicillindeki evlilik kaydının silinmesine dair ilgililer hüküm aldıkları takdirde haklarında birinci madde hükmü uygulanır" denmişdir.

Yayımından tâbirinde yanlışlık vardır. Yürürlüğe girmesinden önce denecek yerde kanunlar alelekser yayımından itibaren mer'i olduğundan yayım tâbirinde sehiv vâki olmuştur. Halbuki

Medeni kanun neşrinden itibaren altı ay sonra mer'i olmak üzere kabul edilmişdir.

Kanunda yapılan hatalar maddi olsa dahi çok defa bunun hatâ olduğunu ve hakikî maksadın ne idügini anlamak kolay olmaz. Bunun için de hatâları vakit geçirmeksizin tashih etmek lüzumlu görünür.

Nitekim Medeni ve Borçlar kanununda vukua getirilen maddî ve esaslı hatâlar Borçlar kanununa merbut bir cedvel ile tashih edilmiştir. Tashih cedveline bakınız.

Bunlar kanunlar henüz yürürlüğe girmeden düzeltilmiş olduğundan bu tashihlerin hükümleri üzerinde durmağa mahal yokdur.

Tashihler, kanun yürürlüğe girdikden sonra yapılırsa hükmü nedir? Tefsir gibi makabline şamil mi olacak, yoksa sonraki hâdiselerde mi muteber tutulacaktır? Tashihden evvel bir mükteseb hak doğmamış ise yine düşünmeğe mahal yokdur. Eğer mükteseb bir hak doğmuş ise bakılır, tashihi tazammun eden kanun tefsir kanunu gibi kanun vazıının maksadını beyandan ibaret ise makabline teşmil edilmek lâzımgelir.

Tashih bir hükmün kaldırılması veya bir hükmün ilâvesi şeklinde ise bunu tefsir gibi telâkkiye hukukan imkân yoktur. Çünki bir kanunu makabline teşmil etmekteki mahzur burada da vardır.

Meselâ, bidayeti tanziminde medeni kanunun 439. cu maddesi furû ile içtima eden ana ve babaya altıda bir intifa hakkı veriyordu.

Biraz evvel söylediğimiz gibi kanun kabul edilirken bu madde tashih olundu.

Medeni kanun yürürlüğe girdikten ve bazı vefat hâdiseleri olduktan sonra tashih edilmiş olsaydı kanunun meriyeti ile tashih arasında geçen müddet zarfında ölenlerin füruu ile içtima eden ana ve babaya altıda bir intifa hakkı verilmek zaruri olacakdı.

DÖRDÜNCÜ KISIM

Kıyas

Kıyas, hukukda en önemli ve faydalı bir ictihad menbaıdır. Kıyas hukuk ilminin inkişaf ve kanunların itmam ve tatbikinde vüsat ve muvaffakiyyet vasıtası olmuşdur.

Kanunlar münekkah ve umumî esasları muhtevi olur. Kanun vazıından müstakbel ve muhtemel hâdiseleri ve teferruatı ihata istenemez. Kanun vazıının vazifesi hukukun umumî kaide ve mes'elelerini tesbitten ibarettir. Her hüküm bir illete bağlı olduğundan illet ve menatları nazara almıyarak kanunları sarahatlarına hasretmek doğru olamaz. Hukukun, hiç durmayan ve daima tehavvül gösteren namütenahi beşer münasebetleriyle hem'âhenk olması lüzumu düşünülürse bunun ne kadar zarurî olduğu anlaşılır. Bunun içindir ki, kanunlarımızda müteaddit yerlerde kıyas tarikine müracaat edilmesi tasrih olunarak bu müessesenin bir istidlâl tariki olduğu kabul olunmuştur[53].

Tefsir başlıca iki kısma ayrılır. Biri izah eden, metinler ve lâfızlardaki maksadı belirten tefsir ve diğeri maksadı keşifle tevsi ve itmam eden tefsirdir. Evvelkine Tebyinî, İkinciye Tevsiî tefsir denir. Buna mütemmim (Tamamlayıcı) tefsir de diyebiliriz. Kıyas suretile tefsir bu nevidendir.

Kıyas: tasrih olunan bir mes'elenin hükmünü benzeri mes'elelerde meydana çıkarmakdır. Birinci mes'eleye asıl ve makisünaleyh ve İkinciye feri ve Makîs denir. Veçhi müşabehete de İllet ve Menat tesmiye olunur. İşte kıyasın unsurları bunlardır. Asıl, feri, aslın hükmü ve İllet.

Şu ciheti kaydedelim ki burada kıyasdan maksadımız lâfızların

---

53 Kıyasın delil olması İslâm üleması arasında ihtilâflıdır. Dört Mezheb fukahası dahi dahil olduğu halde Cumhuru Fukahaya (Fukahanın ekseriyetine) göre kıyas zannî bir delildir. Ehli sünnetten zahiriyye ve mutezileden Nazzam ve buna tâbi olan diğer mütezile fukahası, ve şiadan İmamiye fırkası kıyası hüküm istinbatında ihticaca salih görmezler. Şeyh Muhiddini Arabi dahi Zahiriyenin mesleğini tercih eder.

delâletinden hariç olan ve sırf istinbata istinad eden kıyasdır. Bir de kıyası evleviyyet denen kıyas vardır ki bu, delâlet nev'indendir. Ve lâfızların medlûlünden maduddur. Nitekim buna delâlet bahsinde işaret etmiştik.

Meselâ, Medeni kanunun 550. ci maddesinin son fıkrasında "Müddet hitamından evvel alelâde idarenin ve mirasa âit işleri idamenin istilzam etmediği bir muamele yapan ve terikeden bir malı zimmetine geçiren veya ketmeden mirasçı, mirası reddetmek hakkından mahrumdur" denilmişdir.

Kanun mirası sarahaten kabulün hükmünü yazmamıştır. Fakat sarahaten kabulün hükmü bu fıkradan anlaşılmaktadır. Çünki bu fıkranın ihtiva ettiği hükmün İlleti bu tasarruf ve tesahüblerin mirası red etmemek niyyet ve kasdına delil olmasıdır. Sarahaten kabul halinde red hakkından mahrumiyet evleviyyetle sabit olur. Ancak bu kıyas tarikile değil delâleti nassdan müstefaddır.

Bunun gibi; yukarda da söylediğimiz veçhile bir okul talimatnamesinde "çocuklara fena söz söylenmiyecektir" denmiş olduğunu farzedelim. Bu men'in İlleti şüphesiz eza ve izzetinefsi rencidedir.

Bu sözden maddi ve manevi ezayı mucib olan döğmenin memnuiyetine intikal olunur.

Bu intikal kıyas yolile değil, söz ve lisan delâletiledir[54]. Mevzuumuz olan kıyas başkadır. Bu lâfzın delâtile değil İllet vasıtasile müstefad olur. Ve İlletler her iki mes'elede müsavi bir halde bulunur.

Buna işaret ettikden sonra şimdi kıyas yolile istidlâlin nasıl olacağını tetkik edelim:

Unsurlarından anlaşıldığı üzere evvelâ Mansus bir hüküm olacak, halli matlûp olan mes'ele mansusa müşabih bulunacaktır. Mansus olan hükmün İlleti ya mezkûrdur veya değildir. Değilse

54 Hanefiler bu nevi delâlete Delâleti Nas, Şafiiler Fehvelhıtap derler ki sözün medlûlü demekdir. Her iki tâbir ayni mealdedir.

hukukçu bunu düşünüp bulacakdır[55].

İmdi kıyas yolile ikinci mes'elenin halli istenildikte mezkûr olan veya düşünülüp bulunan illetin halli matlup olan mes'elede bulunup bulunmadığı tetkik olunur. İlletin mevcut olduğu anlaşılınca başka noktai nazardan mes'eleler arasında fark olup olmadığına ve aşağıda söyliyeceğimiz şartlar bulunup bulunmadığına dikkat olunur.

Fark yok ve şartlar mevcud ise her iki mes'ele hükümde müsavi tutulur.

Meselâ, Borçlar kanununun 192 ve 193. cü maddesi mucebince Bayi satılan menkulün üçüncü bir şahıs tarafından bey'in akdi zemanında mevcud bir hak sebebile temamen veya kısmen zabtedilmesinden müşteriye karşı mes'uldür.

Bu hükmün İlleti mebiin ıvazlı olmasıdır. Çünki muavazat ıvazlarda selâmeti istilzam eder.

Gayrimenkul bey'inde kanunda sarahat yoksa da ayni İllet bunda da vardır. Binaenaleyh gayrimenkul bey'i de ayni hükme tâbi olmak iktiza eder. Hattâ bu mes'eleler biri birine o kadar benzemektedir ki, zihin yormağa ihtiyaç yoktur. Yalnız aranılacak şey kıyasa mâni bir hal olup olmamakdır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 455. ci maddesinde "hüküm mübhem ve gayrivazıh olur veya mütenakız fıkraları ihtiva ederse icrasına kadar iki tarafdan her biri ibhamın tavzihini ve tenakuzun ref'ini istiyebilir" ve 459. cu maddesinde "İki tarafın isim ve sıfat ve neticei iddialarına müteallik hatâlar ve esas hükümdeki hesap hatâları kendilerinin istimaından sonra mahkeme tarafından tashih olunur" der.

Acaba Temyiz mahkemesi ilâm ve kararlarındaki ibham ve sehiv ve hatâlar hakkında hüküm nasıldır? Kanunda bir sarahat

---

55 Usulü Fıkıh lisanında buna tahrici menat ve müteaddid vasıflı illetlerde hükümde asıl müessir olanı aramağa tenkihi menat derler.
Meselâ, Menkulün bihakkın üçüncü şahıs tarafından zabtı halinde bayi mes'uldür. Burada Mebiin menkul olması ve ıvazlı bulunması vasıfları vardır. Acaba mes'uliyet hükmünde hangisi müessirdir. Menkul olması mı? ıvazlı bulunması mı? işte bunu aramağa Tenkihimenat denir.

yoktur. Zikri geçen maddeler ise mahkeme hükümlerinden bâhisdir.

Mahkeme hükümlerindeki ibham ve vüzuhsuzluğun tavzih ve hâta ve sehivlerin tashihinin illeti sözün müfid olması ve sehiv ve hatalarda beyanın hakikate uygun bulunmamasıdır. Bu İllet Temyiz kararlarındaki ibham ve sehiv ve hatalarda da mevcuddur. Binaenaleyh her iki mes'ele ayni hükme tâbi olmak icabeder. Nitekim Tevhidi İçtihat Heyetince de aşağıdaki şekilde karar verilmiştir[56].

---

56 Tavzih talebinin hükmü veren mahkemeye iki nüsha olarak ita edilecek Arzuhal ile vâki olacağından bâhis olan usulün 456. cı maddesindeki "Hüküm ve Mahkeme" tâbirlerinden istidlâl edilerek bir hüküm mahkemesi olmıyan temyiz kararlarına karşı tavzih talep edilemiyeceği iddia olunmaktadır. Gerçi Temyiz Mahkemesi bir hüküm Mahkemesi olmayup Asliye ve Sulh Mahkemelerinden verilen hükümlerin mevzu kanunlara uygun olup olmadığını tetkik ile mükellef bir teşekkülden ibaret bulunmuş ise de; bundan temyiz kararlarının tavzihi talep edilemiyeceği neticesi çıkarılamaz. Çünki tavzih, mübhem ve gayrivazih olan yahut mütenakız fıkraları ihtiva eden hükümlerdeki ibhamın izah ve tenakuzun ref edilmesi demekdir.

İbham ve tenakuz Sulh ve Asliye Mahkemeleri hükümlerinde olabileceği gibi Temyiz Mahkemesi ilâmlarında da olabilir. Hususile Temyiz Mahkemesi, Usulün 438. ci maddesinde gösterildiği üzere Temyiz olunan karar, esas yönünden kanuna uygun olup da kanunu tatbikde bir yanlışlık yapılmış veya kanuna uymıyan husus hakkında yeniden tahkikat veya muhakeme yapılmasına Temyiz Mahkemesince lüzum görülmemiş olursa bundan ötürü Temyiz olunan kararı bozmayup düzelterek tasdik edebileceğine göre hâkim ve taraflar temyiz ilâmının şümul ve neticelerinin veya mânasının neden ibaret olduğunun tâyininde tereddüd edebilirler veyahut Temyiz mahkemesi kararlarında biri birini nakzeden fıkralar bulunabilir. Gerek ilâmın icrasında, gerek ittiba veya ısrar hususlarında müşkilâtı mucib olmamak ve Mahkemeleri yanlış bir yola sevketmemek için ilk önce ibhamı tefsir ve tavzih etmek ve mütenakız fıkraları kaldırmak lâzımdır ki bu da ancak o kararı veren Temyiz Mahkemesine âittir.

Filvâki Temyiz Mahkemesi kararları aleyhine tashihi karar taleb olunabilirse de; bu husus da Temyiz ilâmının tavzihi talep edilmiyeceğine delil olamaz. Çünki Temyiz Üçüncü Hukuk dairesinden sadır olan kararlar aleyhinde tashihi karar talebi kanunen kabul edilmemiştir. Diğer Temyiz daireleri kararlarına gelince: Bunlarda da tashihi karar talebi bir müddetle mukayyeddir. Halbuki 455. ci madde mucebince hükmün icrasına kadar ibhamın tavzihi ve tenakuzun ref'i talep olunabilir. Bundan başka tashihi

Mes'eleler arasında fark varsa kıyas cereyan etmez. Fark iki suretle olur: Ya illette iştirak yoktur veya mes'eleler arasında başka noktai nazardan ayrılık vardır.

Meselâ, Borçlar kanununun 249. cu maddesi mucebince mucir mecuru akidden maksud olan istimale salih bir halde müstecire teslim etmek ve icare müddeti zarfında bu halde bulundurmakla mükellefdir. Bu hükmün İlleti temlik ve terk olunan menfaatin ıvazlı olmasıdır.

Ariyette mes'elenin hükmünü tetkik edelim. Ariyet bahsinde bu hususda mansus müsbet ve menfi bir hüküm yoktur. İcaredeki hükme kıyas edebilir miyiz? Kıyasda her şeyden evvel İllette iştirâk lâzımdır. Halbuki İcaredeki vasıf âriyette mevcud değildir. Filhakika âriyette de menfaati temlik vardır. Fakat terk olunan menfâat ivazsızdır. Şu halde kıyasın asıl rüknü mevcud değil demekdir.

Borçlar kanununun 183. cü maddesi sarahati veçhile icabı halden veya hususî şartlardan mütevellid istisnaların mâadasında satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in'ikadından itibaren müşteriye intikal eder. Kanunda Bakma mukavelesinde bu bapda bir sarahat yoktur. Bunu Bey'e kıyas mümkin ve caiz midir? Filhakika bakma mukavelesi de ıvazlı bir temlikdir. Beyide hükmün illeti, bey'in temliki bir akid olmasıdır. Bakma mukavelesi de böyledir. Fakat bakma mukavelesi bedelin meçhuliyeti ve peyderpey teslim gibi hususiyetleri ihtiva etmektedir. Şu halde illette iştirâk olsa dahi başka noktai nazarlardan mes'eleler arasında kıyasa mâni fark vardır.

Bu misal beyide teslimden evvel mebiin nefi ve hasarının müşteriye âit olması mes'elesinin kıyasa uygun olmasına göredir. Kıyasa muhaliftir dersek ki doğrusu budur. Aşağıda görüleceği üzere zaten kıyas cereyan etmez.

---

karar ile tavzih talepleri sebepleri bir olmayup başka başka şeylerdir. Tashih sebebi olmayan herhangi bir ibham ve tezadın tavzih sebebi olabileceği gibi tashihi karar hakkı kullanılmak için de ilk önce Temyiz kararındaki ibhamın tavzihine ve tenakuzun ref'ine lüzum ve ihtiyaç hasıl olabilir. Zikrolunan mucib sebeblere binaen tavzih talebi, mahkeme hükümlerine münhasır olmayup Temyiz kararına da şamil olduğuna 7.6.944 tarihinde üçde iki çoğunlukla karar verildi.

Kıyasın asıl unsurlarını - ki bunlara rükn denir - yukarıda söyledik. Şimdi şartlarını tetkik edelim:

Bunları şu üç kısımda icmal edebiliriz:

1 — Hüküm mevzuuna mahsus olmamak.

Eğer hüküm mevzuuna hass olursa başka bir mes'eleye nakl olunamaz. Yani bu mes'ele makisünaleyh ittihaz olunarak diğer bir mes'ele hükümde bununla müsavi tutulmaz. 1933 sayılı kanunla Gazi Mustafa Kemal'in (Atatürk'ün) Medeni kanunun 452. ci maddesi dairesindeki tasarrufları mahfuz hisseler hakkındaki hükümlerden müstesna olarak bütün mallarında muteber tutulmuştur. Medeni kanun mutlak surette vasiyyetlerin tenkise tâbi olduğunu tasrih etmiştir.

Zikri geçen kanun hükmü Atatürk'ün şahsına mahsusdur. Binaenaleyh bu hükme binaen başka bir zatın veya Cumhurreisinin vasiyyetinin tenkise tâbi olmadığına hükmolunamaz. Çünki böyle bir kıyas kabul edilse kanunun itlakı takyid ve iptal edilmiş olur. Kıyas takyid ve iptal için değil, tamim ve tevsi içündür.

2 — Asıl yani makisünaleyh olan mesele kıyasa muhalif olarak sabit olmuş olmamak.

Bir mes'elenin hükmü kıyasa muhalif olarak istisnâen sabit olmuş ise o mes'ele makisünaleyh olamaz. Yani diğer bir mes'ele buna kıyas edilemez. Zira istisnalar mevridine hasrolunur.

Meselâ, Medenî kanunun 23. cü maddesi mucebince medenî haklardan ve onları istimalden kısmen olsun feragat caiz değildir. Bu bir düstur, umumî bir asildir. Halbuki buna muhalif olarak evlâd edinmede hakikî baba ve ananın çocuğunun velâyetini istimalden feragati tecviz edilmiştir. Bu istisnaî bir hükümdür. Bunun gibi mal ortaklığı mal birliğinde dahi bu asla muhalif olarak kadının şahsî mallarında tasarruf hakkı kocaya verilmiştir. Bu da temamen kıyasa muhaliftir.

Kanunlarda kıyasa muhalif daha bir çok hükümler vardır. Medeni kanunun 664. cü maddesinin birinci ve ikinci fıkraları

hükümleri bu kabildendir. Yani kıyasa, hukukî esaslara muhalif olarak tecviz edilmiştir. Çünki bir kimsenin malını rızası olmaksızın diğerinin temellük etmesi hak mefhumunun ruhuna ve hukuk ilminin sureti mutlakada tesbit eylediği esaslara mugayirdir.

Bunlar ve benzerleri kıyasa muhalif olarak tecviz edildiğinden kıyasa esas olamazlar.

3 — Makisünaleyh olan mes'elenin hükmü bir İllet ile muallel olmalı ve İllet kâsır ve nâtemam olmamalıdır.

Eğer asıl mes'elenin hükmü muallel olmaz veya İllet nâtemam olursa kıyas cereyan etmez. Bu hallerde kıyasın rüknü yok demekdir.

Binaenaleyh: İbadâtta, mevaddı cezaiyede kıyas yapılmaz. Çünki ibadâta ait hükümler bizce müdrek bir illetle muallel olmayup teabbüdîdir.

Cezalara gelince, şüphe yoktur ki burada kıyasdan maksad benzeri fiilin memnuiyeti olmayup asıldaki hükmün isbatıdır. Halbuki cezanın gerek nev'i ve gerekse mıkdarı tesadüfi hallerden olduğundan illetini anlamak müşkildir.

Meselâ, bir cürüm için yalnız hapis cezası tâyin edilmeyüp hem hapis, hem de cezayı nakdî veya nakdî ceza tertip olunmayup hapis veyahut berakis olarak ceza tayininin illetini anlamak müteazzir olduğu gibi hapsin üç veya beş ay olmayup altı ay veya daha az ve cezayı nakdinin otuz lira olmayup fazla veya noksan olmasının hikmetini idrâk mümkin değildir[57].

Asıl ilga edilmiş olmamak ve hükmü araştırılan mes'elenin hükmü hakkında sarahat bulunmamak gibi bazı şartlar daha varsa da bunlar açık olduğundan beyana lüzum görmedik.

57 İslâm âlimlerinden Ukubatda da kıyası tecviz eden varsa da Cumhuru ulema bunu kabul etmezler.

EK

Hukukun Yardımcı Kaideleri

Hukukun kaynakları örf ve âdet ve teşrilere münhasır değildir. Zaruret, hacet, meşakkat gibi hukuk ilminin siyasî, içtimaî, iktisadî icablarla hemâhenk olarak yürümesine ve insan münasebetlerinin makul ve faideli şekilde cereyanına hizmet eden yardımcı menbalar vardır ki daima kanunların tanziminde gözönünde bulundurulur ve bunları ihmal eden kanunlar akamete mahkûm kalır. İslâm hukukunda da izah olunduğu üzere evlenme haddi zatında insan hürriyetini tahdid ve takyid eden bir akid olduğu halde zarurete binâen tecviz olunmuşdur. Çünki vakti mukaddere kadar nizamı âlemin bekası nev'i beşerin bekasına ve bu da sureti meşruada izdivaç ve tenasüle muhtacdır. Irz, nefis, mal müdafaa ve muhafazasına müteallik müsaade ve ruhsatlar hep zarurete mebnidir.

Bu esaslara müteferri kanunlarda bir çok misaller vardır. Ezcümle bütün nevilerile cebrî istimlâk, beyibilvefa, istisna, bakma mukavelesi, vekâleti olmaksızın başkası hesabına tasarruf kıyasa muhalif olarak ihtiyaca ve boşanma, matlubu temlik ve vasiyyet ve borçlunun bazı mallarının satılmaması meşakkat esasına binaen tecviz edilmişlerdir.

İnşallah bu hükümler tefsir kaideleri kısmında daha fazla izah olunacaktır. Münasebet gelmişken burada İslâm hukukundaki "İstihsan"dan bahsetmek faideli olacakdır.

Biraz evvel kıyas bir mes'elenin hükmünü illet vasıtasile diğer bir meselede isbat etmekdir demiştik. Eğer illet zahir ve mütebadir ise buna kıyası celi, illetinde hafâ olan kıyasa da kıyası hafi denir.

Lügat mânası "Güzel addetmek" demek olan istihsan fıkıh ıstılahında (Teriminde) iki mânada kullanılır: Biri kıyası hafi manasınadır ki bu mânayı ehassıdır. Diğeri daha umumî bir mânada kullanılmaktadır ki bu ikinci mânada istihsan muhtelif suretlerde tarif olunmuştur. Bazıları bunu kıyası terk ile ''nâsın

haline muvafık olanı ihtiyar etmektir" ve bazıları da "nâsa icabında kolaylık göstermek" diye tarif ve izah eylemişlerdir.

Bununla kanunlar muhitlerinden mülhem olmalıdır yolundaki söz gayece bir gibidir. Gerek eski ve gerek yeni hukukda kıyasa muhalif olarak kabul olunan hükümlerin ekserisi bu mülâhaza ile vaz olunmuşdur.

BEŞİNCİ KISIM

Tefsir Kaideleri

Aşağıda gelecek küllî kaideler kısmen kanun ve kısmı küllîsi hem kanun ve hem de mukavelelerin tefsirinde yardımcı vazifesi gören bir takım düsturlardır.

Bunlardan çoğu fer'i mes'elelerden istikra' ve istinbat olunmuştur ki her hukukçunun ve alelhusus mübtedilerin üzerinde durup işliyecekleri mevzulardır, öyle muğlak, mu'dıl hâdiselere tesadüf olunur ki insan bunların hukukî mahiyetlerini anlamak için günlerce düşünmek zorunda kalır.

Bugün bir hâdisede isabetli zannettiği hükmü bir müddet sonra muvafık bulmaz rücû eder[58].

Böyle bir güç hâdiseye tesadüf edilince her şeyden evvel hukuki hüviyetini meselâ bir taraflı veya iki taraflı bir akid veya basit veyahut mürekkeb bir muamele midir, mahiyeti nedir? Bunları tetkik ve sonra hükmünü teemmül etmelidir.

İşte bu gibi hallerde Küllî Kaide ve Zabıtalardan büyük istifadeler edilir[59].

---

58 En salahiyetli bir müctehit içtihadından rücu edebilir. İslâm müctehidlerinden İmamı Âzam ve emsalinin ictihadlarım değiştirdikleri hakkında bir çok misaller vardır. Bilhassa İmamı Şafii Mısır'a geldikden sonra ictihadlarını bir kısım mes'elelerde değiştirmiştir.
Hattâ bir müctehidden yekdiğerine mübayin iki rivayet varsa bu ictihadlardan hangisi mukaddem ise bundan rücû ile ikinciye zahib olduğuna hükmolunur. Nitekim garp hukukçularının ve temyiz heyetlerinin bir çok mes'elelerde yeni kanaatler karşısında eski ictihadlarını terk ettiklerini görüyoruz.

59 Kaide lügatte esas ve temel demektir. Istılahan cüziyatının temamına veya ekserisine muvafık olan küllî, umumî hükümlere denir. Bir de zabıta vardır ki kaide hukukun her bahsinde kabili tatbik olduğu halde zabıta meselâ, beyi veya icare gibi bir mevzuda cüziyatına muvafık olan mes'elelere denir. "Borcunu ifa etmiyen bayi, müşteriye bu yüzden terettüp eden zararı zamin olur" BK. 188.
"Mucir mecuru akidden maksud olan istimale salih bir halde müstecire teslim etmek ve icare müddeti zarfında bu halde bulundurmakla mükellefdir" BK. 249. İşte bunlar birer zabıtadır.

Bundan başka bu asıl ve kaideler üzerinde durmak insana mümarese ve meleke temin eder. Mütalâa ve hükümlerinde basiret ve itminan hasıl olur.

Meselâ, bir hukukçu Medenî kanunun 488. ci maddesini okurken "Bir özür için caiz olan şey o özrün zevalile batıl olur" kaidesini hatırlarsa maddeyi esaslı bir surette anlamış olur.

Keza: "Nesebi sahih" furuu olmıyan bir kimse bir şahsı evlâd edindikten sonra nesebi sahih bir çocuğu olsa ''ibtidâen tecviz olunmayan şey bekaen tecviz olunabilir" kaidesinin yardımile mes'elenin hükmünü tâyin kolaylaşır.

Her kaidenin bir ve müteaddid istisnaları olabilir. İstisnalar hukukî birer sebeb ve lüzuma istinad eder. Bunlar kanunların diğer hükümleri ve mantıkı ile hallolunur.

1. İnsan zimmetle muttasıfdır.

Yani insanın bir hususiyeti vardır ki onunla leh ve aleyhindeki hakların vücub ve sübutuna ehil olur.

Bu hususiyete hukuk felsefe ve ıstılahında zimmet denir.

Cenabı Hak hayvanları his ve iradi hareketle diğer mahlûkattan ve hayvanat arasından insanları akıl ve zimmetle sair hayvanlardan mümtaz kılmıştır.

Dünyanın bu nizam üzerine devamı insanın kudreti fatıranın tâyin eylediği bir zamana kadar bakasına ve insanın bakası ise efradı insaniyenin cemiyet halinde nizamı tam içinde yaşamasına mütevakkıfdır. Bu nizamı temin için zimmet dediğimiz hususiyete kat'î ihtiyaç vardır. Bu vasıf insandan asla ayrılmaz. Feragat kabul etmez. Ve hiç bir suretle ve hattâ kanunla da ref edilemez. M. K. 23. cü maddesine bak.

Aksi kabul edildiği anda dünyada huzur ve selâmet, emniyet gibi insan hayatı için katiyyen lâzım olan şartlar zail olur.

İnsanın ana rahminde bile bir zimmeti vardır. Gerçi cenin vazifeye ehil değilse de hakkı hayat, hakkı tevarüs ve sübûtu neseb gibi bazı haklara ehildir. Medenî kanunun 296, 524 ve Ceza kanununun 468 ve müteakip maddelerine bakınız.

Demek oluyor ki zimmetin medarı, mevcudiyeti insaniyedir. Hayvanlarda ne zimmet, yani ne hakka ne vazifeye ehliyet vardır.

Ceninin ehliyeti tam değildir. Çünki müstakil ve münferid bir insan halini almamışdır. Bir taraftan anasının hayat ve harekâtına tâbi ve diğer taraftan anasından ayrılmağa müteheyyi bir mevcudiyetdir. Bu cihetle cenine ehliyet isbatında bu iki durum nazara alınmak lâzım gelmiştir.

Doğdukdan sonra insanın zimmeti mutlakdır. Şu kadar ki vücubdan maksad eda olduğundan küçükler velev niyabet suretile olsun yalınız edası mümkin olan şeylere ehil addedilmişdir.

Binaenaleyh küçükler üzerine zaman, semen ve ücret gibi ivaz ve nafaka gibi ivaza benziyen şeylerle edası mümkin olan malî teklifler lâzım olup tekâlifi bedeniye ve ceza lâzım gelmez[60].

Nefsivücub hakkında hüküm kısaca böyledir. Eda ve istimal ehliyetine gelince; bu insanın derecei akıl ve idrâkine göre muhtelifdir.

Muamelâtta mes'eleyi şu suretle icmal mümkindir:

Gayrimümeyyizin kavlî tasarrufları aslâ muteber değildir. Mümeyyizlerin tasarrufuna gelince: Bu tasarruf ya nef' ile zarar beyninde müterediddir veya nef'imahz veyahut zararı mahzdır.

Mümeyyizlerin beyi ve icare, şüf'a gibi nef' ile zarar beyninde dair olan tasarrufları veli veya vasilerinin iznine mütevakkıf; hibe ve vasiyyeti kabul gibi haklarında nef'imahz olan tasarrufları mutlaka sahih; vasiyyet, kefalet ve hibe gibi zararı mahz olan tasarrufları gayri sahihdir. Bu nevi yani zararı mahz olan tasarruflar temsilen de yapılamaz. Çünki veli ve vasinin tasarruflarında maslahat lâzımdır. Kasırlar için zararı mahz olan tasarruflarda

60 Ceza kanunlarında cezaya ehliyet için iklime göre muhtelif yaşlar tâyin olunmuşdur. İslâm hukukuna göre mükellef olmayan mümeyyizlerin tecziyesi tedib içindir. Ceza kanunumuzda 15 yaşını ikmal etmeyen mümeyyiz ve farıklar için tertip olunan cezalar da terhip için değil islâhı hal ve tedip içindir.

faide ve maslahat yokdur. Medeni kanun 392. ci maddeye bakınız.

Demek oluyor ki mahzi zarar olan tasarruflarda kâmil ehliyet, nef'imahz olan hususların inikad ve nefazında ve nef ile zarar arasında dair olan tasarrufların inikadında, nâkıs ehliyet kâfidir.

Medeni kanunun şu maddeleri bu asıllara göre tanzim olunmuşdur:

"Her şahıs medenî haklardan istifade eder.

Binaenaleyh kanun dairesinde haklara ve vecibelere ehil olmakta herkes müsavidir." Madde 8.

"Medenî hakları istimale salâhiyettar olan kimse iktisaba da iltizama da ehildir." Madde 9.

"Mümeyyiz olan reşid, medenî hakları istimale salâhiyetdardır." Madde 10.

"Yaşının küçüklüğü sebebile yahud akıl hastalığı veya akıl zayıflığı veya sarhoşluk ve bunlara benzer sebeblerden birile makul surette hareket etmek iktidarından mahrum olmayan her şahıs kanunu medenice mümeyyizdir." Madde 13.

"Mümeyyiz olmayan küçükler ve mahcurlar medeni hakları istimal salâhiyetinden mahrumdur." Madde 14.

"Mümeyyiz olmayan şahsın tasarrufu, hukukî bir hüküm ifade etmez. Kanunda muayyen istisnalar bakidir." Madde 15.

"Mümeyyiz bulunan küçükler ile mahcurlar, mümessillerinin rızaları olmadıkça bizzat kendi tasarruflarile iltizam edemezler. Ivazsız iktisabda ve münhasıran şahsa merbut hakları istimalde bu rızaya muhtaç değillerdir. Haksız fiillerinden mütevellid zarardan mes'uldürler." Madde 16.

Kanun bu maddelerle ehliyetin nevilerini, mümeyyiz ve gayrimümeyyizin tasarruflarının hükmünü beyan etmiş oluyor. Yalnız 16. cı maddede münhasıran şahsa merbut haklar hükümde ivazsız iktisaplar gibi addedilmiştir.

Münhasıran şahsa merbut haklar, şahsa merbut ve daha ziyade şahsın arzu ve iradesine tâbi olan haklardır. Müelliflerin beyanına göre isim değiştirme talebi[61], nişanlanmak, nişan bozmak, boşanma talebi, nafaka talebi, reddineseb, vasiden şikâyet ve benzeri haklardır.

2. Ölümle zimmet zail olur.

Yani insan ölünce zimmet dediğimiz hususiyet kalkar. Bundan sonra ne vücub ne edaya ehliyet kalmaz.

Ölüm bir aczi küllî olduğundan ölümden sonra bütün malı ve bedenî teklifler sakıt olur. Fakat başkalarının kendisi üzerinde ve kendisinin başkalarında sabit ve mevcut olan hakları ve kendi ihtiyaçları hususunda zimmeti var farz olunur. Binaenaleyh her şeyden evvel teçhiz ve tekfini yapılır. Borçları eda ve alacakları istifa ve terikede bulunan mevduat ve magsubat sahiplerine iade ve vasiyyetleri tenfiz olunur.

Aczi mutlak olmasına rağmen ölüye zimmet isbatı kendisinin ve başkalarının haklarını sıyanet içindir[62].

---

61 Yargıtay yaş ve kayıd tashihi talebini münhasıran şahsa merbut haklardan saymaktadır.

62 İslâm Hukukunda mes'ele şöyle mütalaa olunur.
Ölüm "Aczi halisdir" anda asla ciheti kudret yokdur.
Ölüme ahkâmı dünyadan dört nevi hüküm teallûk eder:
Birinci nevi, İbadet kabilinden olan teklifattır ki ölüm bilcümle teklifatı ıskat eder.
İkinci nevi, gayrin haceti için kendisine lâzım olan ve meşrû kılınan mevaddır. Bu dahi üç türlüdür:
1 — Sıladır: Zekât, sadakaifitir ve maharimini infak gibi. Bunlar ölümle sakıt olur. Meğer ki vasiyyet etmiş olsun. Bu takdirde vasiyyet sülüs malı hakkında muteber olur.
2 — Zimmete taallûk eden borçtur ki bu dahi ölümle sakıt olur. Meğer malı veya kefili olsun. Bu hallerde zimmet teekküd etmiş olur. Lâkin malı ve kefili bulunmazsa deyin sakıt olur.
3 — Emanet ve gasb gibi ayn'e müteallik olan haklardır. Ölümle bunlar sakıt olmaz.
Üçüncü nevi, kendi ihtiyacı için meşrû kılınan haklardır. Ölümle bunlar sakıt olmaz. Binaenaleyh ihtiyacını temin edecek mikdar anın mülkü hükmünde kalır. Bu sebeble evvelâ ölünün teçhiz ve tekfini borcuna tercihan icra olunur. Çünki ölünün teçhize ihtiyacı her şeyden ziyadedir.

İrade ve iradenin tezahürü

3. Bir işden maksad ne ise hüküm ona göredir.

Tabiî tertibe uygun olmak için bu kaideyi öne aldık. Mümkin olduğu kadar kaidelere mefhumları itibarile bir sıra vermeğe dikkat edeceğiz ve aralarında münasebet olanları biribirini müteakip gözden geçireceğiz ve nisbeten mevzuu hususî olanları ayrı yazmayup diğer kaideleri izah sırasında kayıdla iktifa eyliyeceğiz.

Bu kaideye göre bir iş yapan kimse onu ne maksadla yapmış ise ona göre hüküm tertip olunur. Ahlâk ve hukuk bahislerinde akid ve niyetin büyük ehemmiyeti vardır. Bu sahada daima mes'eleler niyet nazara alınmak suretile mütalâa olunur. Bu sebeble yukarıdaki kaide hem ahlâk, hem de bir hukuk kaidesidir. Gösteriş ve sırf dünyevî menfaat düşüncesile hayrî bir müesseseye yapılan teberru ile insanî hislerle yapılan teberruler arasında elbette fark vardır.

Birincisi ne derece mezmum ise ikincisi o nisbette memduhdur. Hattâ Allaha kulluk vazifesini yerine getirmek gayesile yapılan ibadetle uhrevî mücazat ve mükâfat endişesile yapılan ibadet dahi bir değildir. Ahlâkî her hareket böyledir.

Hukukî işlerde de hüküm aynidir ki biraz sonra izah edeceğiz. Bu kaide işe mukarin olan kasıddan bahisdir. Çünki yalınız kasde, yani haricde eseri zahir olmayan niyete bir şey terettüp etmez[63].

Ceza kanununun 61 ve 62. ci maddeleri bu esasa müşteniddir. Bu maddelerden de anlaşıldığı üzere bir cürüm işlemeği kasd eden kimse cürmün ef'ali icraiyesinden vaz geçmiş ise ceza yokdur.

Meselâ, bir şahıs diğer bir şahsı öldürmeği niyet ettiği halde vaz geçer ve ef'ali icraiyesine tevessül etmezse mücerred kasdından

---

Şu kadar ki bir maline rehin gibi bir sebeble gayrin hakkı taallûk etmiş ise bu mal ölünün teçhiz ve tekfinine sarf olunamaz. Sonra borcu vasiyyetine tercih olunur. Çünki gayrin hakkı taallûk ettiğinden borç vasiyyetten mühimdir.

63 Terke taallûk eden kasd terkle vücud bulmuş olur. Nisyan ve gafletle vukubulan terklerin hükmü metinde gelecekdir.

dolayı ceza verilmez. Demek ki kasda hüküm izafesi için fiilin tamamen meydana gelmesi veya tam veyahut nakıs olarak teşebbüs halini alması lâzımdır. Haşiyede kayd ve işaret ettiğimiz gibi terkler kasıdla tamam olur.

Medenî hallerde de hüküm böyledir. Yani tezahüratı maddiyesi olmayan kasd ve niyetlerin hükmü yokdur.

Meselâ, bir kimse oğluna teberrû etmek üzere bir mal alsa teberrû etmiş olmadıkça mücerred o niyetle almış olmasından dolayı mal oğlunun olmuş olmaz. Borçlar Kanununun 300. cü maddesi sarahatı veçhile müsteir âriyeti başkasına kullandıramaz. Kullandırmayı niyet edüp de henüz yedinde iken bir kaza vukubulsa mes'ul olmaz.

Hülâsa: Medenî hukuk sahasında dahi mücerred kasdlara bir şey terettüp etmez. Kasde mukarin olan fiillere gelince: Gerek Ceza hukukunda ve gerek medeni hukukda hükümler kasda göredir.

Ceza Hukukunda:

Asıl olarak ceza, memnû olan fiili yapmak ve memurunbih olan fiili yapmamak gibi hareketleri terhib ile âmme emniyet ve selâmetini korumak içindir.

Binaenaleyh mebnası kasd olmak, fiil ve terk ne maksadla işlenmiş ise ceza buna göre tertip olunmak lâzımgelir.

Ceza kanunlarında bu aslın lâyüad misalleri vardır. Burada bir kaç misal ile iktifa edeceğiz.

Adam Öldürmek memnû bir fiildir. Her kim buna cüret ederse mahiyet ve vasfına ve sureti ikaına göre kanunda tâyin olunan cezalarla mücazat olunur. Fakat bir kimse av zannile bir şahsa kurşun atar da bu şâhıs ölürse failin kasdı adam öldürmek olmadığından katil cezasile tecziye olunmaz. Kendisine dikkatsizliğe ve hataya mahsus ceza verilir.

Ceza kanununun 452. ci maddesi de bu kaideye müptenidir. Öldürmek niyeti olmayup sırf döğmek kasdile tokat veya değnekle ika edilen bir fiil neticesi telefi nefs vukua gelirse fail yine katil cezasile mücazat olunmaz.

Hususî Hukukda:

Hususî hukukda da mes'ele böyledir. Hükümler kasdlara göredir. Bu asla binaendir ki müdafaa sadedinde vâki beyanlar ikrar addolunmaz. Çünki ikrar kasdile söylenmemişdir.

Meselâ, babanın muavenet ve nafaka talebine karşı müddeaaleyh babasile aralarında müşterek koyunları olduğunu beyanla yardıma ihtiyacı olmadığını müdafaaten dermeyan etse bilâhare koyunlara iştirâk iddiasına karşı bu beyana istinad olunamaz. Yalnız bu gibi hallerde iki beyan arasındaki tenakuz ve mübayenet bahis mevzuu olabilir.

Mübayenetin dâvanın istimaına mâni teşkil edip etmediğini hâkim takdir eder. Medeni kanunun 891. ci maddesinin mantuk ve mefhumu bu kaideye bir misal teşkil eder.

Bu madde mucebince sahipsiz bir malı ihraz eden ona malik olur. Fakat malikiyet için ihraz kasdı lâzımdır. İhraz kasdı olmazsa mülkiyet sabit olmaz.

Meselâ, bir kimse yoldaki çalı ve çırpıları sırf yolu temizlemek için alıp bir tarafa toplarsa bunlara malik olmaz. Bunları başkası alabilir.

Bunun gibi bir kimsenin su çıkarmak üzere mülkünde kazmakta olduğu kuyuya bir Av düşüp de bunu diğer bir şahıs alsa o kimse istihkak dâvasında bulunamaz.

Medeni kanunun 695. ci maddesinin mefhumu bu kaide, altında mütalâa olunur. Bu madde mucebince gaip olan bir malı bulan kimse sahibine haber vermeğe mecburdur. Sahibini bilmiyorsa zabıta memurlarından birine haber vermeğe veya keyfiyeti münasip surette ilân etmeğe mecburdur. Eğer bu vazifeleri yapmazsa, alanın temellük maksadile ve sûiniyetle almış olduğuna hükmolunur. Ve binaenaleyh 695. ci maddedeki hakdan istifade edemez. Bu halde suiniyet sahipleri hakkındaki hükümler cereyan eder.

4. Umuru batınadan olan bir şeyin zahirdeki delili o şey makamına kaim olur.

İnsanın idrâk sahası zahirdeki hâdiselere münhasır olup

mahsus olmayan derûnî vâkıalara ıttılâ, zahiri delilden istidlal tarikile mümkindir. Bu cihetle umuru batınadan olan şeylerde zahirdeki delil ve karinelere itibar zaruri olmuşdur. Umuru batına, kasd, ihtiyar, rıza, his ve kanaat gibi haricde bulunanların ıttılaları müteassir olan şeylerdir.

Kavlî tasarruflarda hükümler hep bu kaideye müsteniddir. Ezcümle akidlerin menşei yani hakikî unsuru iki tarafın rızalarının birleşmesidir. Rıza derûni bir hâdise olup buna ıttılâ mütaassir olduğundan lâfızlar; icab ve kabuller, rıza makamına ikame olunmuşdur. İşte rızanın vücuduna bu lâfızlarla istidlâl olunur[64] ve yine bu kaideye binaen cebir ve ikrah akidlerde ademi rızaya delil addolunur.

Derûni şeylerin delili söz olabileceği gibi fiil, terk ve sükût dahi olabilir.

Meselâ, bir yolcunun cadde üzerinde bulunan tramvaya atlaması ve bir ekmekçinin ekmek parasını veren kimseye ekmeği teslimi kabule delâlet eder. Bunlar fiilî delillerdir. Evvelkisine teâtî ile icar, ikincisine teâti ile beyi denir.

Zayi olan bir malı bulan kimsenin sahibine ve bilmiyorsa zabıtaya haber vermekle mükellef olduğunu söylemiştik. Haber vermezse bu hal sûiniyetine delil addolunur ve burada fiili terk, temellük kasdı makamında addolunur.

Bazı kere sükût da kasd ve rızaya delâlet eder ve o makama kaim olur.

Meselâ, kira müddeti hitamında mal sahibi bundan böyle mecurun aylık ücreti ..... kuruşdur deyüp de kiracı bir şey söylemiyerek oturmakda devam ederse sükûtu o mıkdar ücretle oturmağa rızasına delil sayılır.

Hülâsa: Derûnî vâkıalarda daima zahirî delile bakılarak hüküm buna göre verilir.

5. Akidlerde lâfza değil, mâna ve maksada itibar olunur.

---

64 İki taraf arasında telefon gibi bir vasıta ile söylenen sözlere hazırlar arasında söylenmiş nazarile bakılır. Borçlar kanununun 4. cü maddesine bakınız.

Akidlerin tefsirine ve muvazaaya teallûk eden bu kaide pek mühim bir esasdır. Mecellede kaide "Ukudda itibar mekasıd ve meâniyedir. Elfaz ve mebaniye değildir" şeklinde tanzim ve ifade olunmuşdur. Her iki ifade meâlen birdir. Borçlar Kanunu, akidlerin tefsiri - muvazaa matlabı altında "Bir akdin mahiyet ve şartlarını tâyinde iki tarafın gerek sehven, gerek akiddeki hakikî maksadlarını gizlemek için kullandıkları tâbirlere ve isimlere bakılmıyarak onların hakikî ve müşterek maksadlarını aramak lâzımdır" der. Bu kaide akidlerin inikadında tarafların rızalarının birleşmesi lüzumunun mantıkî ve zarurî bir neticesidir. Çünki istisnalardan kat'ınazar rızaya makrun olmayan şeylere itibar yokdur. Lâfız ve tâbirler ne olursa olsun müşterek maksad ve rıza nazara alınır.

Tarafların maksadı söylenen lâfızlardan açıkça anlaşılıyorsa başka maksad aramağa lüzum yokdur.

Hass bahsinde hass olan lâfızların medlüllerinde kat ve yakin ifade edildiğini ve âmm bahsinde âmm olan lâfızların tenavül ettikleri efradda kat'î hükmü mucib olduğunu mücerred ihtimal ve rey ile bunların ihmal ve iptal olunamıyacağını söylemiştik.

Filhakika medlülünde açık olan lâfızlara ifade kıymeti verilmezse anlaşmak ve anlatmak imkânsız bir hale gelir. Meğer ki muvazaa ve namımüstear hâdiselerinde olduğu gibi lâfzın delâlet ettiği mâna kasdedilmemiş olsun bu noktayı izah için bir muvazaa ve namımüstear hâdisesi tasvir edelim:

Meselâ, "A" "B" ile şöyle kararlaştırıyorlar: "A" "B" ye diyor ki: "Ben malımı sana satayım, fakat bu satış olmasın" veya "A" "B" ye seninle malım üzerine beyi akdi yapalım, fakat bu akid hakikatte hibe olsun, sende semen alacağım olmasın". İşte bu bir muvazaadır. Birincisi zatı akidde ve ikincisi vasfı akidde muvazaadır. Bir de namımüstear şekli vardır.

Zati akidlerde muvazaalarda muvazaaten yapılan akidden sonra o malı müşteriye izafe ve bu malda müşterinin namı, müstear demektir.

Müstear hâdiseleri başka türlü de olabilir.

Meselâ, "A" "B" ye 1000 lira borçludur. Borç senedi yazılacak "B" "A" ya senedde alacaklı beni gösterme "C" yi göster diyor, hakikatte alacaklı "B" olduğu halde "C" gösteriliyor. Bu nam, namımüstear olur.

Bazı kerre namımüstear hukukî bir hüküm neticesi olabilir. Malûm olduğu üzere vekil olan zat akdi müvekkiline muzaf kılabileceği gibi müvekkili hesabına kendi namına da izafe edebilir.

Meselâ, bir gayrimenkulü "A" için satın almağa vekil olan "B" bu gayrimenkulü tapu memuru huzurunda kendi namına alır ve tabiatile tasarruf vesikası (Tapu senedi) bu nama tanzim olunur. Bu halde bu nam müstear mahiyetindedir.

Gerek muvazaa, gerek namımüstear iddiaları bir senede karşı dermeyan edilirse mevzuatımıza göre[65] tahrirî beyyine ile ve senede merbut olmayan ve şahid dinlenmesi caiz olan muameleler şahidle de isbat olunabilir. Namımüstear hâdisesinin mahiyet ve isbat vasıtası hakkında Tevhidi İctihad Hey'etince ittihaz olunan karar bazı tafsilâtı muhtevi olduğundan hâşiye olarak dercini faydalı bulduk[66].

---

65 Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu. Madde 290.

66 Halli gereken meselenin konusu Namımüstear iddialarının resmî veya âdi senedle isbatı caiz olup olmadığı hakkında Birinci Hukuk Dairesi kararları arasında vücud bulan uyuşmazlıkdır.
Birinci Hukuk Dairesi bir olayda namımüstear iddialarının resmî mahiyette senedle isbatı lüzumuna karar vermiş olduğu halde benzeri diğer bir olayda bu karara aykırı olarak alelıtlak yazılı delil ile isbatın mümkin olacağını kabul etmiştir.
İhtilâfa konu teşkil eden işler gayrimenkul sicillinde yazılı adın vekâlet münasebetile müstear isim olduğuna müteallik ise de, bu hususdaki ihtimaller gözönünde tutularak mes'elenin daha şümullü bir surette müzakere ve çözülmesi uygun görülmüşdür.
30/Mart/1329 tarihli emvali gayrimenkulenin tasarrufu hakkındaki kanun ile mahkemelerce dinlenmesi menedilmiş bulunan muvazaa ve namımüstear dâvalarının bu kanundan evvel yürürlükde bulunan eski mevzuat hükümlerine göre dinlenmeleri caiz olduğu gibi Medenî kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da Borçlar Kanununun 18. inci maddesi gereğince muvazaa iddialarının mahkemelerce dinlenmesine bir engel bulunmamış ve ancak emvali gayrimenkulenin tasarrufu hakkında yukarıda sözü geçen kanun zemanında istimaı memnû bulunmuş olan bu kabil dâvaların 30/3/1329 ile 4/10/926 arasında geçen zeman içinde

Biraz evvel beyan ettiğimiz veçhile gerek ticarî ve gerek adî akidlerde lâfız ve ibareler vazıh ise hilâfına delil olmadıkça bunların mâna ve medlüllerine itibar olunur. Kullanılan ibareler tarafların maksadlarına muhalif görünürse hakiki maksadları araştırılır.

Bu esaslara mebnidir ki Ticaret kanununun 675. ci maddesinde "Ticarî bir mukavelenamedeki ibarelerin mânası vazıh ve makul ise ibarelerin mânayı zahirlerine itibar olunur.

İstimal olunan ibare tarafeynin bedihi olan maksadına münafi görünürse bu halde maksada itibar olunur" denmiştir. 676, 677, 678, 679, uncu maddeler dahi akidlerde hakikî maksada itibar olunacağına mebnidir.

---

tekevvün etmiş bulunduğu takdirde Medenî kanunun mer'iyetinden sonra dinlenüp dinlenmiyeceği Birinci ve İkinci Hukuk Dairelerinin biribirine uymıyan iki kararile uyuşmazlık mevzuu teşkil eylemiş olmasından dolayı 8/5/941 tarihli Tevhidi ictihad kararile Medeni kanunun yürürlüğe girmesinden evvel gayrimenkuller hakkında te'sis olunan kayıdlara dair ikame olunacak muvazaa dâvalarının dinlenemiyeceği tesbit edilmişti. Bu kerre kurula sevk olunan ve birleştirilmesi icabeden kararlar arasındaki uyuşmazlık ise Medenî kanun yürürlüğe girdikten sonra gayrimenkuller hakkında tesis olunan kayıdlarda namımüstear hâdisesine müteallik bulunmaktadır. Gerçi bugünkü mevzuatımızda namımüstear diye bir tâbir yokdur. Fakat hukukî münasebetlerde namımüstear hâdiselerine her zeman tesadüf edilmekde ve binaenaleyh bunun hukukî mahiyetini ve hükmünü tebyin zarurî bulunmaktadır.

Muhtelif sebeb ve maksadlarla bir gayrimenkul kaydına hakikî maliki yerine başka bir nam ve bir mukavelenamede âkidlerden biri yerine üçüncü bir şahıs ve bir alacak senedinde alacaklı veya borçlu sıfatını haiz olmayan diğer bir kimsenin gösterilmesi mümkindir. Bu gibi hallerde vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına yaptığı tasarruflarda olduğu gibi hukukî bir durum veya herhangi bir maksadla üçüncü şahıslardan keyfiyeti gizlemek gayesi gözedilebilir. Suiniyetle ve haksız gizlemede ilgililerin haklarını kanun vazıı muhtelif hükümlerle teminat altına almış olmakla beraber bu cihet müzakere konusu dışında olduğundan bunun üzerinde durulmağa lüzum görülmemişdir.

Sözü geçen ihtimallere göre, böyle bir dâva, gerçekde ya mevcud bir hakka dayanarak bir yedin nakli veya bir hakkın himayesi mahiyetini arzeder.

Kurulumuzu en çok müzakere ve münakaşaya sevkeden husus, vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına yaptığı tasarrufda mülkiyetin vekile mi?

Bu kaide iki taraflı akidlerde olduğu gibi bir taraflı akid ve muamelelerde de caridir. Vasiyyet ve vakıflar ekseriya hukuk ilim ve ıstılahlarına vakıf olmayanlar tarafından yapıldığından bu kaidenin mahalli tatbikine bu tasarruflarda çokça tesadüf olunur.

Hayliden hayli müşkilât arzeden bu muamelelerde siyak ve sibak, lisan ve beyan kaideleri yardımile maksadın keşfine çalışılır.

Farz edelim ki bir kimse yazdığı veya memuru mahsusuna yazdırdığı bir vasiyyetnamede ..... Mallarımı oğullarıma hibe ediyorum. Sağ oldukça bu mallarda ben tasarruf edeceğim, öldükden sonra oğullarım ve oğlumun oğlu Mehmet ve Hasan mutasarrıf olacak ve diğer varislerim müdahale etmiyecektir" demiştir.

Mütevaffanın her iki oğlunun da Mehmet namında birer çocuğu vardır. Şimdi burada tasarruf bir hibe mi yoksa vasiyyet mi? Ve oğlumun oğlu tâbirinden oğuldan hangi oğlu maksuddur. Gerçi senedde hibe lâfzı kullanılmış ise de "Ben sağ oldukça ... ilâ"

Yoksa müvekkile mi? Sabit olacağı meselesi olmuşdur.

İlmî bir incelik taşıyan meselenin nazarî esaslarla halli kabil olduğu gibi bu bapda kanunlarımızın sarahatinden istiane de mümkin bulunmuşdur. Temsil ve vekâlet münasebetinde, mülkiyete halefiyet esas olarak kabul edilmiş bir keyfiyet olup halefiyeti tashih maksadile iptitâen mülkiyetin vekile sübutu düşünülse bile temsil hükümlerine muhalif olduğundan bunun istikrar ve devamına hükmolunamaz. Ve borçlar kanununun 32. ci maddesinin ikinci fıkrasındaki alacaklar ve borçlar mefhumu mülkiyete teşmil edilemez. Nitekim Borçlar Kanununun "Müvekkil vekiline karşı muhtelif borçlarını ifa edince vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına üçüncü şahısdaki alacağı müvekkilin olur.

Vekilin iflâsı halinde müvekkil, bu hakkını masaya karşı da iddia edebilir. Vekilin iflâsı halinde müvekkil, vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına iktisap eylemiş olduğu menkul eşya hakkında dahi istihkak iddiasında bulunabilir.

Vekilin haiz olduğu hapis hakkını, masa dahi haizdir" diye yazılı 393. cü maddesi bu asla müteferridir. Zikri geçen sebebden dolayı maddedeki menkul eşya kaydını vukuî olarak kabul etmek zarurî görünür.

Gerek menkule ve gerek gayrimenkule taallûk etsin namımüstear hâdiselerinde mesele istihkâk ve mülkiyet dâvası mahiyetini geçemiyeceğinden ne resmi sened ne de şekil mes'elesi bahis mevzuu olamaz.

ibaresi karinesile maksadın vasiyyet olduğu ve oğlum tâbirinden Mehmed ve Hasan'ın babası olan oğlu kasdolunduğu anlaşılır.

Yine farzedelim ki Vâkıf vakfiyesinde vakfımın varidatından .... lira erkek çocuklarımın ve çocuklarımın çocuklarının talim ve terbiyesine sarfolunsun, demiş olsa çocuklarımın çocukları tâbirinden erkek çocuklar murad olunduğu anlaşılır. Kaidedir ki bir isim marife olarak tekrar olunursa evvelkinin ayni ve matufdaki kayıd matufünaleyhe de kayd olur.

6. Söz mümkin ise imâl, değilse ihmal olunur.

Bu kaide Mecellede "Kelâmın imali ihmalinden evlâdır" ibaresile ifade olunmuşdur.

Bir sözün imali, hakiki (ister lügavi ister örfi olsun) veya mecazi mânasına haml olunmak suretile olur. Bu mânalardan birine haml mümkin olmazsa o zaman söz mânâsız ve mühmel addolunur. Çünki insan daima bir maksadla hareket eder. Ve söylediği sözleri bir maksadla söyler, yalınız şuurdan mahrum olanların sözlerinde maksad aranmaz.

Hezl ve muvazaa gibi mânaları kasdedilmemiş olan ve hata, hile, ikrah gibi rızayı idâm eden ahval içinde söylenen sözlere kaidenin şümulü yokdur. Burada sözden maksad böyle delil ve karine bulunmayan sözlerdir. Bu kaidenin mantuku gibi mefhumu da bir kaidedir.

Nitekim ötedenberi mahkemeler vâki olan bu kabil ikrarlara müsteniden hüküm vermekte ve mesele de bir şekil meselesi görmemektedirler.
Bundan başka meseleyi zati akid ve isimlerde muvazaayı dahi şümulüne alan ve netice itibarile namımüsteara müncer olan 18. ci madde hükmü çerçevesi dahilinde mütâlâa kanunun ruh ve maksadına muvafık olur.
Bu esasların müzakere ve münakaşasından sonra bir senede karşı dermeyan olunan iddiaların ayni kuvvette senedle isbatı gerekli olup olmaması meselesine temas edilmiş ve Medenî kanunun 7, 29 ve H.U.M.K. 290. cı maddeleri sarahatinden açıkça anlaşıldığı üzere kanunlarımız daha ziyade nazarî olan bu düşünceyi kabul etmediğinden bunun üzerinde daha fazla durulmağa da lüzum görülmemişdir.
Sonucda oya baş vurularak yukarıdaki sebeblere binâen Namımüstear dâvalarının mesmû ve yazılı delil ile isbatı caiz olduğuna üçde ikiyi geçen çoklukla karar verilmişdir. 5/2/1947.

Mefhumlar şüpheli beyan cümlesinden olduğundan Mecellenin 620 nci maddesinde "Bir kelâmın imali mümkin olmazsa ihmal olunur" diye kaide olarak ayrıca zikr ve tasrih edilmiştir.

Bunları birer misal ile izah edelim:

Demiştik ki bir sözün imali ya hakikî veya mecazi mânasına haml ile olur. İki mânadan hiç biri mümkin olmazsa kelam mânâsız sayılır. Bu imkânsızlık ister aklen, ister örfen olsun, ister kanun hükmüne mugayeretten olsun.

Meselâ, çocuk ve torunları olan bir kimse vasiyyetnamesinde ... malımı çocuklarıma vasiyyet ettim; dese çocuk tâbirinin hakikî mânası sulbî çocuk demek olduğundan vasiyyet sulbî çocuklarına haml olunur ve hakikat mümkin ise mecaza gidilmeyeceğinden, mütevaffanın torunları, vasiyyette çocuklarına teşrik olunmaz.

Fakat sulbî çocuğu olmayup torunları olan bir kimse vasiyyetnamesinde mallarımı çocuklarıma vasiyyet ediyorum dese mücerred kendi çocuğu olmamasından naşi söz mecaz mânasına alınır. Ve vasiyyet torunlara haml edilir.

İşte bu misallerden birincisinde söz hakikî mânasına, ve ikincisinde mecazi mânasına haml olunmak suretile vasiyyet imal olunmuşdur.

Sözü hakikî ve mecazî mânada anlamak mümkin değilse o söz mânâsız ve mühmel sayılır. Yoksa bir takıın ibare ve kayıd ilâvesile tashih cihetine gidilmez.

Meselâ, bir kimse için "Bunu oğullukdan çıkardım, benim oğlum değildir" demiş olsa manasız bir söz olmuş olur. Çünki babalık ve oğulluk tabiî bir vakıadır. Bertaraf edilemez. Mirasdan ıskat gibi bir mânaya da haml olunamaz.

Keza bir kimse babasını ve iki oğlunu terk ederek vefat ettikden sonra oğulları kendilerile beraber babalarına, dedeleri de varis olduğunu söyleseler hükmü olmaz.

Bu kaideye mebni bir şahıs veya bir şey bir isim ve vasıfla tavsif olunur. Fakat iltibas sebebile maksadın ne olduğu anlaşılamazsa

söz ihmal olunur. Farzedelim ki bir kimse sağlığında tıb fakültesi üçüncü sınıf öğrencilerinden Hüseyin Yılmaz namına bir vasiyyet yapmışdır. Bu sınıfda ayni isim ve soy adında iki öğrenci var ve her ikisi de vasiyyet olunan şahıs kendisi olduğunu iddia ediyor. Vasiyyetcinin kimi kasd ettiği hakkında açık bir delil yok; bu halde hâkim vasiyyet eden zat ile bunlar arasındaki hemşehrilik ve karabet münasebetini ve vasiyyete saik olan sebebi, velhasıl maksadı keşfe yarıyacak ve karine olabilecek hususiyetleri araştırır hiç bir karine elde edemezse vasiyyet ihmal olunur. Aksi halde karinenin delâlet ettiği şahıs için infaz olunur.

Bunun gibi bir şahıs veya bir şey iki vasıf ile tavsif olunur. Fakat bu vasıflardan hiç birisi vakıa uygun çıkmazsa tasarruf keenlemyekün sayılır. Biri vakıa muvafık çıkmaz ve diğeri ile temayüz hasıl olursa uymayan vasıf terk ve mümeyyiz vasıf mucebince amel olunur.

Meselâ, bir kimse temyiz azasından (A) ya vasiyyet ettim deyüp de o zat âza değil, Reis olsa ve temyizde bu isimde başka kimse de olmasa vasiyet bu zat için infaz olunur. Azası sözü sehiv ve hataya haml olunur.

7. Mütecezzi olmayan bir şeyin bazını zikretmek küllünü zikretmek gibidir. Yani bir şeyin küllünü zikretmek ne ifade ederse bazını zikir dahi o hükmü ifade eder.

Bundan evelki kaide ile sözün imâli mümkin ise imâl olunacağı beyan edilmişdi. İşte bu kaide bunun üzerine müessesdir. Eğer bazı zikir, külli zikir gibi olmasa mânalandırılması lâzım gelen bir sözü ihmal etmek lâzımgelecekdir.

Halbuki mümkin oldukça insanların sözlerinin imâli cihetine gidilir. Mes'elemizde ise sözün mecaza haml ile imâli mümkindir.

Şüf'a hakkı kanunen tecezzi etmiyen bir hakdır. Müteallaki itibarile maddeten tecezzi kabil ise de kanun tecviz etmemişdir. Binaenaleyh şefi meşfuun nısfında şuf'a hakkımı ıskat ettim dese şuf'a hakkı tecezzi edemiyeceğinden bu karine ile söz mecaza yani temamında ıskata hamlolunur. Fakat meşfuun yarısında hakkımı

dâva ve takip etmek üzere nısfından hakkımı ıskat ettim demiş olsa mecaza haml edilmek suretile dahi imal mümkin olmadığından söz hükümsüz olmak ve hakkı şüf'ası sakıt olmamak lâzım gelir.

Tecezzi etmiyen şeylerin bazını zikretmek suretile ifade ve beyan âdet değilse de mümkindir.

Kaidedeki mütecezzi olmayan tâbiri mütecezzi olan şeylerden ihtiraz içindir. Mütecezzi olan şeylerde bazını zikir küllünü zikretmek sayılmaz.

Meselâ, alacaklı borçlusunun zimmetini kısmen ibrâ etse veya bir kimse diğerinin alacağından muayyen bir kısmına kefil olsa ibrâ ve kefalet ne mikdara taalluk ediyorsa ancak o mikdar hakkında muteberdir.

Keza, müteaddid şeyleri dâva eden bir kimse bazısında dâvasından feragat etse veya müteaddit müddeabihi ihtiva eden, bir dâvada dâvalı bunların bazısında neticei talebi kabul etse feragat ve kabul ancak taallûk ettikleri kısımda hüküm ifade eder.

8. Mutlak ıtlakı üzere câri olur; meğer ki takyid karinesi ola.

Hass bahsinde mutlak ve mukayyedle bunların hükümleri beyan olunmuşdu. Bu kaide mutlakın en mühim bir hükmünü ifade etmektedir. Şimdi burada mutlak ve mukayyedin mahiyetlerini bir kerre daha hatırlamak faideli olur.

Mutlak, mevzuunlehi olan mefhum ferdleri arasında şayi olup ihata ve şümul ifade etmiyen ve tâyin ve tahsis delâleti bulunmıyan lâfız ve mukayyed, mevzuunlehi olan mefhum, bazı ferdlerinde şayi olan sözdür.

Kayıdlardan da anlaşılacağı üzere mutlak ihata, tâyin ve tahsis karinesinden mücerred olacak ve mukayyed bazı ferdlerinde şayi bulunacakdır.

İhata karinesine mukarin olan lâfız âmm ve takyid karinesine mukarin olan lâfız, mukayyed demektir. Bunlar misallerde yerinde geçtiği için burada tekrar etmiyeceğiz.

Mutlakın ıtlakı üzere cereyanı mahiyetinin icabıdır. Karine mevcud olmadığı takdirde bir mutlakı takyid etmek esas vaz'ına muhalif düşer.

Kaide kanun ve nizamnamelerde, muamele ve mukavelenamelerde caridir. "Mutlak kemaline sarf olunur" sözü kemaline sarfa karine bulunduğu takdirde demekdir.

Bu kaideye bir çok misal vermek mümkindir. Biz burada bir kaç misal ile iktifa edeceğiz:

Meselâ, istisnada yapılacak şeyin bizzat müteahhid tarafından yapılması şart edilmemiş ise müteahhid başkasına da imal ettirebilir. Meğer ki şahsî meharetin ehemmiyeti ola veya kendi idaresi altında imal edilmek kaydile takyid edilmiş buluna (Borçlar Kanunu madde; 356).

Sarahaten takyidde olduğu gibi delâleten takyidde de delâlete itibar olunur.

Meselâ, orta halli bir adam birine kendisine bir ev alıvermesini emretse memur ancak âmirin haline münasib bir ev alabilir.

Keza, Kurban Bayramı yaklaşdığı bir zamanda bir kimse kendisine bir kurban almak üzere birini tevkil etse; tevkil bir vakit ile mukayed değilse de hâl delâleti ile tevkil o Kurban Bayramı için yapılmış olur. Binaenaleyh vekil Kurban Bayramı geçtikden sonra Kurban alamaz.

Hülâsa: Mutlakın ıtlakı üzerine cereyanı sarahaten veya delâleten takyid karinesi bulunmadığı takdirdedir. İşin mahiyetinden veya irâde beyan eden şahsın durumundan veya hal icabından maksadın mutlak olmadığı anlaşılınca zımnî maksad muteberdir.

9. Hâzırdaki vasıf lâğv ve gaibdeki vasıf muteberdir.

Mahalli akidde olup kendisine işaret olunan şeyi tavsife itibar yoktur. Nefselemirde ne ise, o muteberdir. Çünki işaret ye havass vasıtasile idrâk tavsifden beliğdir.

Satıcılar mallarına şöyle ve böyledir diye revaç vermek isterler,

alıcı da muayene ederek alır. Görünen ve anlaşılan vasıflar ne ise odur. Hilâfına tavsifin kıymeti yoktur. Ancak gözle veya muayene ile anlaşılamıyan vasıflar hazır olmayan şeylerdeki vasıflar gibi muteberdir.

Müşahede ve muayene ile anlaşılabilen vasıflardan dolayı akidleri fesih hakkı kabul edilse bu suretle alınıp satılan şeylerde diğer taraf için şu veya bu bahane ile akdi fesh etmek mümkin olacak ve bu sebeble akid ve muamelelere itimad ve emniyet kalmıyacakdır. Bu mahzurdan dolayıdır ki hazırda görülüp muayene olunan şeylerde vasfa itibar edilmemişdir.

Meselâ, bir kimse bir mağazadan koyu kahverenginde diye aldığı kumaş haddizatında açık kahve renginde olsa görüp almış olduğu cihetle söylenen renkde değildir diye akdi fesh edemez. Birinin koyu kahve renginde dediği bir şeye diğeri açık kahve renginde diyebilir.

Keza, bir kimse koyu kestane renginde bulunan atını satarken şu siyah atımı satıyorum, diye satup müşteri de görerek kabul etse, kestane rengindedir. Sen siyah dedin diyerek müşteri akdi feshe kalkışamaz.

Fakat gece karanlığında, dorudur diye satılan atın yağız olduğu anlaşılsa fesih sebebi teşkil eder. Bir âmâya satılan şeylerin görmekle anlaşılacak vasıflarında da hüküm böyledir.

Amma gözle görülemiyen ve muayene olunmayan vasıflar muteberdir.

Meselâ, bir kimse akid mahallinde bulunan ineğini sağılıyor, diye veya bir atı göstererek yarış atıdır diye satsa, müşteri tarafından muayene ve tecrübe edilmemiş ise gaipdeki vasıf gibi nazara alınır.

Örf ve âdete göre imkân hasıl olduğu zeman muayene edüp de mebiin beyan olunan vasıfdan âri olduğu tezahür etse bey'i fesih veya noksan bedeli talep edebilir.

Hazırdaki vasıf lâğv ise de cins muteberdir. Çünki makudunaleyhin mahiyetine taallûk eden beyanlar nazara alınmak zaruridir. Meselâ; elmas diye gösterilerek satılan taşın elmas olmadığı anlaşılsa bu satış keenlemyekün olur.

Hazırdaki vasıf lâğv ise de gaipdeki vasıf muteberdir.

Meselâ, meclisi mebide [*beyide* (e.n.)] olmayup gaib olan bir kır at siyah diye veya üç odalı olan bir ev dört odalıdır diye satılsa akid lüzum ifade etmez.

10. Sâkite bir söz isnad olunmaz. Lâkin mârızı hacette sükût beyandır. Yani söylememiş olan kimseye şu sözü söylemiş oldu denmez. Lâkin kat'î ihtiyaç olan yerde söylememek beyandır.

İrade beyanı için mutlaka söz lâzım değildir. İrade beyanı sözle olabileceği gibi fiil ve işaret gibi rıza ve ihtiyara delâlet eden şeylerle de olur.

Acaba bir teklif veya bir hal karşısında susmak, söylememek ne ifade eder? Kaide buna cevap veriyor.

İbare iki fıkrayı muhtevidir. Ve her fıkra birer kaidedir. Umumiyetle sükût kasd ve iradenin zımnî bir surette beyanı olmadığından birinci fıkra öne alınmıştır. Çünki sükût ademî bir vaziyetdir. Bu cihetle mahiyeten delil olmak vasfından âridir. Bazı ahvalde zımnî beyan sayılması insanların ekseriyetle bu gibi yerlerde sükûtu beyan vasıtası olarak tercih etmelerine müsteniddir.

Bir malını satmak istediğiniz ve teklifde bulunduğunuz bir adamın sükût etmesi satmak niyetinde olmamasından ve kendisine yemin teklif olunan bir şahsın sükût etmesi yemin etmek istememesinden ileri geldiğinde şüphe edilemez. Fakat bu hal sükûttan ziyade vaziyet ve insanların halinden münfehimdir.

Böyle karine olmayan yerlerde sükût rıza ve ihtiyar delili olamaz.

Meselâ, bir kimse bir malı sahibinden ariyet isteyüp de sahibi sükût etse zımnî muvafakat sayılmaz. Bu daha fazla âdeten menfi bir kasde delâlet eder.

Keza, bir kimse fiyat tâyinile diğerine bazı eşya gönderüp de mürselünileyh hemen eşyayı iade etmiyerek sükût etse kabul etmiş telâkki olunamaz. Meğer ki eşyada malik gibi tasarruf etmiş

olsun. Bu halde kabul mücerred sükût ile değil tasarruf karinesiyle sâbit olur.

Hülâsa: Hal ve vaziyetten anlaşılmadıkça sükûta bir hüküm izafe olunamaz. Ancak sureti beyandan anlaşılan ve cevaba kat'î lüzum olan yerlerde sükût beyanı tazammun eder.

Meselâ, kanunda varis olarak karısı ile furuunu terkeden müteveffanın terikesinin dörtte biri karısına aittir denüp furuun hissesinden sükût olunsa dörtte üçün furua aidiyeti anlaşılır.

Nitekim bir kimse diğerile bir şirketi müzaraa yaparken hasılatın nısfı sana ait olacaktır diyüp de kendi hissesinden sükût etse diğer nısfın kendisine ait olacağı anlaşılır. Ancak bu netice sükûttan ziyade mantık icabından ileri gelmektedir.

Keza, veli mümeyyiz olan küçüğü bir muamele yaparken görüp de süküt etse bu muamelede izin vermiş olur. Yani sükût izni tazammun eder.

Bunun gibi bir kimse diğerini bir hususa tevkil ve vekâletnameyi kendisine tevdi edüp de vekil sükût etse vekâleti zımnen kabul etmiş olur.

Hukuk U. M. Kanununda da bunun bir çok misâlleri vardır. Ezcümle yemin teklif olunan kimse sükût etse yeminden imtina etmiş olur. Yani sükûtu yeminden imtinaa delâlet eder.

İşte bu gibi ahvalde sükûtun beyan addi lâzımgelmektedir.

11. Sual cevabda iade olunmuş sayılır.

Yani tasdik olunan bir sualde ne denilmiş ise cevabı veren onu söylemiş demek olur.

Bu kaide muhaveratta ve hukukun her bap ve faslında caridir. Ve mes'ele sükût kabilinden değildir. Cevablar suali mutazammın olduğundan sual cevabın mantuku, medlülü gibidir.

Kaideyi tefsir ederken "Tasdik olunan" kaydı ilâve olunmuşdur. Çünki mevzu, aynile tasdik olunan sual hakkındadır. Suale muvafık olmayan veya fazla bir şey'i tazammun eden cevaplar ayrı ve müstakil bir söz sayılır.

Meselâ, şu malını bana 1000 liraya sattın mı? Sualine cevaben "Evet" demek bu malı sana bin liraya sattım mazmununda olduğunda şüphe yoktur. Bu bir lisan mes'elesidir. Esasen lisanlarda tasdik edatları sözü kısaltmak kısa söylemek içindir.

Bu kaidenin de çok misalleri vardır. Mes'ele, üzerinde durmaya hacet olmayacak derecede vazih olduğundan bir kaç misalle iktifa ediyoruz:

Bir alacak dâvasına karşı hâkim dâvalıya senin müddeiye ..... kadar borcun var mı diye sorub da o da evet dese benim müddeiye ... mikdar borcum var demiş olur. Yine hâkim şahide taraflara karabetin ve münasebetin var mı diye sorub da şahid yok dese taraflara karabet ve münasebetim yok demiş olur.

12. Zahir (Açık) olan sözlerin tefsire ihtiyacı yoktur.

Zuhur ve hafa itibarile lâfızların nevilerini yukarıda bahsi mahsusunda beyan etmiş ve lâfzın zahir, mücmel ve hafi gibi kısımlara ayrıldığını söylemiştik. Orada tarif olunduğu üzere zahir işidince ne kasd olunduğu anlaşılan sözdür.

Bu gibi lâfızlar maksadı ifadede vazih ve kat'î olduğundan bunların delâletleri haricinde mâna ve maksad aramağa kalkışmak yersizdir. Çünki açıkça bir şeyi zikretmek mâadanın haricde bırakıldığına delâlet eder. Karine olmadıkça bir lâfzın ne umumî mânası kasd ve tahdid ve ne de mahdud ve maksur mânası tevsi olunur.

Kaideyi bir kaç misal ile mütalâa edelim:

Farz edelim ki (A) (B) ye bir tarla veya ev satıyor. Tarlada biçilmiş buğday sapları ve evde de gayrisabit muşamba ve elektrik sobaları vardır. Satışda sapdan ve muşamba ve sobalardan hiç bahis olunmamışdır. Bu halde yalnız tarla veya ev satılmış olur. Tarla ve ev medlülleri dışında bulunan şeyler satışdan hariç kalır. Çünki bunlar tarla ve evin ne cüz'ü ve ne de teferruatından maduttur.

Bunun gibi bir kimse Bankadaki ... lira mevduatını birine vasiyyet etse faiz dahil olmaz. İsmi adedler medlüllerinde zahir

olduğundan faiz ismi adedin ifade ettiği mânadan hariç kalır.

Bu kaide kanunlarda da caridir. Kanunların maksadı ifadede zahir olan lâfızlarının delil ve karine olmadıkça tefsiri cihetine gidilmez. Bir hukukçunun söylediği gibi vazıı kanuna söylemediği yerde söylettirilmez ve söylediği yerde söylememiş sayılmaz. "Mevridi nasda içtihada mesağ yoktur" kaidesi de bu görüşün ifadesidir.

Medenî kanunun 253. cü maddesinde evlâd edinme hakkı en az kırk yaşında olub da nesebi sahih furuu olmayanlara münhasırdır der.

Nesebi sahih furuu bulunmayanlar ibaresi maksadı ifadede sarih ve zâhirdir. Bu söz işitilince hemen tabiî fürû kasd olunduğu anlaşılır. Binaenaleyh şu veya bu te'vil ile evlâdlığı olanlar evlâd edinemez diye bir ictihad doğru olmaz.

Keza 255. ci madde mucebince karı kocadan birinin evlâd edinme veya evlâdlık olması diğerinin rızasına mütevakkıfdır. Kanun rızanın sözle veya yazı ile olacağında sâkittir. Binaenaleyh sözle de yazı ile de olabilir. Bu rıza yazı ile olmak lâzımdır denemez. Böyle bir ictihad karine ve delilsiz kanuna bir kayıd ilâvesi demek olur.

Yine bu asla göre bir az evvel işaret ettiğimiz gibi kanun vazıının kullandığı kelimelerin medlûlü bir çok hâdiselerde kabili tatbik ise o hâdiselerin bazısının misal kabilinden tasrih edilmiş olması diğerlerinin hariç bırakıldığına delil ittihaz olunamaz. Takyid ve hasr karinesi olmadıkça hüküm o nevi bütün hâdiselerde tatbik olunur.

Meselâ, Medenî kanunun 603. cü maddesinin 2. ci fıkrasında "Cihaz, tesis masrafı, borçtan ibrâ suretile ve bu kabilden sair suretlerle bahşedilen teberrüler...." diye bazı nevi teberrüler tasrih edilmiştir. Bunlar misal kabilinden olduğundan diğer mutad olmayan teberrülerin iadeden istisnâ olunduğu mânası çıkarılamaz.

Türk Ceza kanununun 523. maddesinde bir (iâde) tâbiri vardır. İâde mutlakdır ve ihtiyarî bir fiildir. Bu mefhum tahakkuk edince iâde hükmü tatbik olunur; ne isteyerek iâde diye bir kayıd ilâvesile

mânası tahdid ne de hüküm kelimenin mânası dışında zorla almak haline teşmil olunur.

Nitekim Temyiz Mahkemesinin alâkalı daireleri hükmü ihtiyarla vukubulan iadelerde tatbik etmekte ve cebir ve tazyikle alınmak halini iade addetmemektedir.

Şu ciheti de söyliyelim ki eski veya yabancı bir lisana mensup kelimenin maksadı ifadede açık olup olmadığı kullanıldığı devirde veya mensup olduğu lisandaki mâna ve ifade anlamile tâyin olunur.

Görüyoruz ki bir vakfiyede (Idrarat) tâbiri vardır. Vaktile hademeye ve ciheti vakfa ait maaş ve tahsisat demekti. Bugün müfredi olan (İdrar) da cem'i olan (İdrarat) da bu anlamda kullanılmamaktadır. Bunu anlamak için o devirde ne mânada kullanıldığı tetkik olunur ve ona göre amel olunur.

Yabancı bir kelimenin mânasında ihtilâf edilirse ehlivukufa müracaat olunur.

Meselâ, Almanca yazılmış bir mukavelename var. Bundaki bazı kelimelerin mânasında taraflar ihtilâf ediyor. Bu halde Almancayı iyice bilen zevatın malûmatına müracaatla ihtilâf hallolunur.

Meselâ, tüccar arasında da bazı örfler, kelimeleri kullanış tarzı vardır. Bir kelimenin örfü ticarîde ifade ettiği mâna için ledelicab ticarî örfleri bilenlere müracaatla tüccar arasında o kelimenin hangi mânada kullanıldığı tâyin ettirilmek lâzımgelir.

13. İbareler ve hükümler kül halinde mütalâa ve tefsir olunur.

Bahsi mahsuslarında ıtlak, takyid, umum ve hususun muceb ve hükümlerini ne gibi hallerde mutlakın mukayyed üzerine hamledilmesi lâzım geldiğini ve ne gibi hallerde mutlak ıtlakı ve mukayyed takyidi üzerinde icra edileceğini ve beyanı takririn, beyanı tefsirin ve beyanı zaruretin medlül ve hükümlerini ve bunlara müteferri mes'eleleri izahla kelime ve cümleler arasında ne derece irtibat olduğunu anlatmağa çalışmıştık.

Kelime ve beyan gurupları arasında bu derece münasebet ve

irtibat olunca bunların kül halinde mütalâası elbette zarurî olur. Bir kelime ve cümle ve hattâ bir fıkra yalnız başına alınırsa maksadı anlamak mümkin olmaz. Kelime ve cümlelerin mazmunu evvelki veya sonraki kelime ve cümlelerle takayyüd ve bir fıkranın hükmü ondan sonra gelen bir kayıd, bir hüküm ile tehassus edebilir. Bunun içindir ki ilmî bir eserin bir bahsi okunmakla o mevzu etrafında tam bir malûmat edinilemez. Alâka ve irtibatı olan diğer bahisleri incelemek lâzım gelir. Bu lüzumu ihmal edenler çok defa aldanır ve yanılırlar. Bu kaide muttarid ve her yerde caridir. Binaenaleyh bir mukavele veya kanunda tereddüdü mucib bir kelime ve bir hüküm bulunursa onunla birlikde bulunan kelimelerin mâna ve müfadlarına müracaat olunarak maksad tâyin olunur.

Birkaç misal ile kaideyi gözden geçirelim:

İstanbul'da bulunan (A) vasiyyet ederek diyor ki "Ankara'da bulunan mallarımı (B) ye ve alelûmum gayrimenkullerimi (C) ye ve mâada mallarımı da (D) ye vasiyyet ettim".

Görülüyor ki vasiyyetname üç cümleyi mutazammın ve her biri birer şahsa vasiyyeti muhtevidir. Bu cümleleri ayrı ayrı alırsak maksadı anlayamayız. Fakat bir arada mütalâa edince (C) ye olan vasiyyet karinesile (B) ye vasiyyet edilen malların menkul mallar ve (B) ve (C) ye ait vasiyyet delâletile (D) ye vasiyyet olunan malların Ankara'dan mâada mahallerde bulunan menkul mallar olduğunu kolayca anlarız.

Diğer bir misal: (A), (B) ye kefil oluyor ve kefaletnamede diyor ki: (B) nin (C) ye olan ve bilbeyyine hüküm altına alınacak bulunan borcundan 25000 liraya kadarına kefilim. Bu borçdan 10000 liradan müteselsilen mes'ulüm.

Görülüyor ki kefalet olunan borç hüküm altına alınmak kaydile mukayyeddir. Binaenaleyh kefalet lüzum ifade etmek için bu kaydın tehakkuku yani borcun bilbeyyine hüküm altına alınmış olması lâzımdır. 10000 liradan maada borç için kefalet âdidir ki Borçlar kanununun 486 ncı maddesi hükmü cari olacak ve 10000 lira hakkında müteselsildir ki mezkûr kanunun 487. ci maddesi hükmü tatbik olunacakdır. Taraflar âdi kefaletteki kaydın müteselsil kefalette de muteber ve borcun her nevi borca

şâmil olup olmadığında ihtilâf ediyorlar. Acaba iddiasında hangi taraf haklıdır. Şüphesiz bunu kelimelerin delâlet ve şümûlünden anlayacağız.

Evvelâ, müteselsilen kefalet olunan mikdar (Bu) ismi işaretile ifade olunan ve âdi kefalette zikrolunan borçdur. İsmiişaretler vasıflara işareti de tezammun eder. Bu malûm bir lisan kaidesidir. Şu halde hüküm altına alınmak kaydı ikinci kefalette de muteberdir. Binaenaleyh kefil mahkümünbih olmayan borçla mütalep olamaz.

Borcun her nevi borca şâmil olup olmadığına gelince: metni kefalette borç mutlak olarak beyan edilmiş kanundan, haksız fiilden, mebi semeninden gibi bir nevi ile takyit edilmemiştir. Takyid karinesi de yoktur. Şu halde her nevi borca şâmildir. Çünki mutlak olan lâfızlar medlullerinde yakın ifade eder. Bu cihetledir ki senedin kısmen hüküm ve kuvvetini iptale müeddi olacağından hilafı şahidle kabili isbat değildir. Tahriri beyyine lâzımdır. (H.U.M.K. Madde: 290).

Bir de kanunlarımızdan bir misal alalım:

Borçlar kanununun 17. ci maddesinde "Borcun sebebini ihtiva etmemiş olsa bile deyin ikrarı muteberdir" denilmiştir.

Mücerred borç ikrarı muteberdir, böyle bir ikrarla mukir ilzam olunabilir mi? Bu metin karşısında belki bunda tereddüt olunabilir. Fakat kelime ve terkiplerin mânasına dikkat olunursa böyle bir şüpheye mahal olmadığı anlaşılır.

(Sebebi olmasa bile borç muteberdir) mazmunile bu maddenin müfadı arasında pek açık fark vardır. Metinde (borcun sebebini) suretinde sevk olunan izafet terkibinden anlaşılıyor ki borcun sebebi olacak fakat ikrar bunu ihtiva etmiyecektir.

Meselâ, (Mebi semeninden "A" ya .... lira borcum var) bu ikrar sebebi ihtiva eden ve ("A" ya .... kadar lira borcum var) sebebi ihtiva etmiyen bir ikrardır ve her iki ikrar muteberdir.

İkrar hakka taallûk etmek itibarile sebebinin tasrih edilüp edilmemesi haizi ehemmiyet değildir. Ancak ikrar olunan deynin nefselemirde bir sebebi olacaktır. Sebeb olmadığı sabit olursa

mukir mücerred sen ikrar etmişdin diye ilzam olunmaz.

Farzedelim ki "A" "B" ye Bin lira borcu olduğunu ikrar etmişdir. "B" dâva ediyor "A" buna karşı sebebin gayriahlâki ve haksız olduğunu iddia edebileceği gibi sebebsiz olduğunu, yani bir sebeb olmadığı halde böyle bir ikrarda bulunduğunu da iddia edebilir. Nefyimahz, yani sebeb olmadığını isbat mümkin değilse de bu iddia "B" nin ikrarile kabili subuttur. Nitekim misalde "B" filhakika sebeb yoktur, fakat mademki ikrar etmiştir. Ödemesi icabeder gibi bir beyanda bulunur veya "B" nin böyle bir ikrarda bulunduğu tahrirî bir vesika ile isbat olunursa dâva dinlenmez[67].

14. Sarahat karşısında delâlete itibar yokdur.

Sarahat sözle irade beyanından, delâlet, fiil, sükût gibi bir karine ile irade ve rızaya intikalden ibarettir.

Delâlet, gayrimücerred bazı ihtimalleri taşıdığından kat'î değildir. Bu cihetle sarahate nisbetle zayıfdır.

Bu kaide tearuz halindedir. Sarahatle tearuz olmadığı takdirde delâlet sarahat hükmündedir.

Meselâ, kendi nam ve hesabına fuzulen satın alınan bir malın teslimini istiyen kimse o akde delâleten izin vermiş olur.

Fakat sarahatle delâlet tearuz ederse o zaman sarahatle amel olunur.

Meselâ, Borçlar kanununun 263. cü maddesi hükmünce muayyen bir müddet için yapılan icar müddetinin hitamında mucirin malûmatı ile ve muhalefeti olmaksızın mecurun istimâline devam olunursa akid gayrimuayyen müddet için tecdid edilmiş

---

67 İslâm hukukunda da ikrarın sihhati için sebebini ihtiva etmesi şart değildir. Mecelle buna müteferri olarak 1581. ci maddede (Mukir ile mükarrünleh mukarunbihin sebebinde ihtilâf etseler bu ihtilâfları ikrarın sihhatine mâni olmaz.
Meselâ, bir kimse ciheti karzdan dolayı bin kuruş dâva edüp de müddeaaleyh semeni mebi olarak bin kuruş ikrar eylese bu veçhile ihtilâfları ikrarın sihhatine mâni olmaz) denmiştir.
Bu meseledeki ihtimallerin hükümlerini anlamak için Mecelle şerhlerine bakınız.

sayılır. Fakat mucir müddetin hitamından evvel müddet sonunda mecurun tahliyesini istemiş olursa bu sarahat karşısında sükut delâletine itibar olunmaz.

Sükûtla hüküm sabit oldukdan sonra hilâfında tasrihin kıymeti yokdur. Borçlar kanununun 4. cü maddesinde yazıldığı gibi hazır olan bir şahsa karşı vâki olan icab derhal kabul edilmezse icabı yapan bağlı kalmaz. Sükûtla ve meclisin tebeddülü ile bir hüküm sabit oldukdan sonra muhatab kabul etse hükmü olmaz. Belki yeni bir icab mahiyetinde olur.

Bunun gibi fuzulen bir malı satılan kimse bu bey'i işidüp de müşteriden semeni istese satışa delâleten izin vermiş olur ve bundan sonra razı olmadığını beyanla akdi fesh edemez.

Sarahat karşısında örf ve âdete de itibar olunmaz. Çünki örf ve âdet de bir nevi delâlettir.

Meselâ memleketimizde şu kadar liraya diye pazarlık yapıldıkda maruf veçhile lira nakdi evraka masruf olur. Fakat altun lira diye tasrih olunursa altun lâzım gelir.

15. Yazı ile beyan sözle beyan gibidir.

Bu kaide Mecellede "Mükâtebe muhataba gibidir" vecizesile ifade olunmuşdur. Yukarıda söylediğimiz veçhile tasarrufatı kavliyede kasd ve rızanın anlaşılmasına lüzum olduğundan mutlaka tezahürata ihtiyaç vardır. Böyle olmadıkça umurubatınadan olan kasd ve rızayı anlamak müteassirdir. Fakat biri birile hukukî münasebette bulunacak olanlar her zaman bir yerde bir arada bulunmazlar. Bu halde yazı ile muamele ve münasebetlere cevaz verilmek zarurî olur. Aksi halde her türlü muamele felce uğrar. Esasen kavlî tasarruflarda söze ihtiyaç rızanın anlaşılması içindir. Yazı ise söze delâleti itibarile yine delil söz demektir.

Yazı ile beyan da beyan muhataba vasıl olunca mevcud addolunur[68]. Muhataba vasıl olmadan bir şey ifade etmez ve yazan

68 Telgraf gibi bir vasıta ile naklolunan yazılar doğrudan doğruya gönderilen mektup gibi sayılır. Borçlar K. 13. cü maddesine bakınız. Bir şahıs tarafından resul vasıtasile gönderilen sözler de muhataba gibidir ve bu sözler mürselünileyhe vasıl olduğu, iblâğ olunduğu tarihde mevcud addolunur. Bundan evvel mürsil resulünü, sözü diğer tarafa iblâğdan menedebilir. Borçlar Kanununun 9. cu maddesine bakınız.

bununla mukayyed kalmaz. Bunun içindir ki mektupla bir satış icabında bulunan kimse mektup henüz muhatabına vasıl olmadan icabından vaz geçdiğini bildirir veyahut müsbet ve menfi her iki mektup birden vasıl olursa icab keenlemyekûn olur.

Nitekim bir kimse bir şahsa borcu olduğuna dair bir sened yazar ve fakat bu senedi o şahsa vermezse alacak iddia eden bu senedle ihticac edemez. Ancak delil olmak üzere yazılan yazılarla ihticac olunabilir.

Meselâ, bir tacir müteddünbih defterine birine borcu olduğunu yazar veya mütevaffa ölmezden evvel usulüne muvafık bir vasiyyetname tanzim eder veya yedinde bulunan bir mal hakkında (Bu mal filanındır, bende emanetdir) diye yazup bırakırsa bu yazılara istinad olunabilir. Çünki bunların delil olmak üzere yazıldığı aşikârdır.

Şunu da ilâve edelim ki yazı maksadı ifadede açık olmalıdır. Mübhem olursa siyak ve sibaka göre tefsir olunur. Nitekim nefsi lâfızlarda da hal böyledir.

16. Dilsizin işareti mahudesi lisan ile beyan gibidir.

Dilsiz, asla söylemeğe muktedir olmayan şahısdır. Muvakkaten dili tutulanlarda işarete itibar olunmaz.

Dilsizler de yaşamak ve bunun için her gün bir takım tasarruflarda bulunmak ihtiyacındadırlar. Bunlar her türlü işlerini işaretle idare ve temin eder olduklarından hukukî tasarruf ve muamelelerde dahi işaretlerine müracaat ve bunlara itibar edilmek gerekli görülmüştür.

Her dilsiz yazı bilmemekle beraber yazı ile beyan tariki iltizam edilmiş olsa büyük külfet ve meşakkati mucib olurdu. Halbuki insanların hayat ve münasebetlerinde daima kolaylık matlubdur.

Dilsizin işareti bilinmiyorsa akriba ve komşularından tahkik olunur.

H.U.M.K. 270. ci maddesinin kabul ettiği esasa göre bunlar şahid olarak bulundukları takdirde okuyup yazmak biliyorlarsa

sualler kendilerine yazı ile bildirilir ve cevapları yazdırılır. Bilmedikleri takdirde hâkim bunları işareti mahsusalarını anlayan ehlivukuf marifetile isticvab eder.

Müddei veya müddeaaleyh mevkiinde bulundukları surette kanunda bu bapta bir sarahat yoksa da şahide kıyasen muamele böyle olmak muvafık olur.

Külfeti mucib olmamakla beraber daha emniyetli ve her türlü şüpheden salim olduğundan yazı bilen dilsizlerin müddei veya müddeaaleyh veyahut şahid olmaları halinde tahriren isticvapları ehlivukuf marifetile isticvaplarına müreccahdır. Diğer muamele ve tasarruflarında her halde işaretleri muteberdir. Çünki aksi hal büyük külfeti ve hattâ imkânsızlığı müstelzimdir.

17. Tercümanın sözü kabul olunur.

Bu kaide Mecellede "Tercümanın her hususda sözü kabul olunur" şeklinde beyan olunmuşdu. Hadler şüphe ile sakıt olacağından hududa taallûk eden hususlarda muteber olup olmayacağı hakkında varid olabilecek şüpheyi def için her hususda kaydı sevk olunmuşdur.

Tercüman bir lügati bilinen diğer bir lügatle ifade ve tefsir eden zattır.

Bazı ahvalde tercümana olan ihtiyaç derkârdır. İki kişi yekdiğerile görüşmek, bir muamelede bulunmak isterler veya mahkemeye gelen müddei veya müddeaaleyh veyahut şahid resmî lisanı bilmez, isticvab için vasıtaya lüzum hasıl olur. İşte bu gibi hallerde bir tercüman tayin olunur. Mahkemede tercümanı hâkim tâyin eder.

Tercümanın sözü tercüme ettiği lisanı bildiği ve doğru naklettiği malûm ise kabul olunur. Tercümanın bir kişi olması kâfidir.

Vaad ve Şartlar

18. Akid yapma vaadi muteberdir.

Vaad, bir kimse gelecekde bir şeyi yapmağa veya yapmamağa söz vermekdir. İltizamı mutazammın olursa buna teahhüd denir.

Vaad iki kısımdır: Biri mücerred, diğeri muallâkdır.

Şu akdi veya işi yaparım veya yapacağım gibi vaadlar mücerred, bir şeye talik suretile yapılan vaadler muallâkdır. Filan alacağını vermezse ben veririm. Filan işi yaparsan ... mükâfat veririm gibi.

Vaadler muteber midir ve ne gibi vaadler muteber, ne gibileri değildir. Mes'ele nazariyatta ihtilaflıdır.

Şu aşikârdır ki her vaadi muteber tutmak doğru olmaz. İnsan ileride hal ve vaziyetin ne olacağını düşünmeksizin ve bazı kerre bir cemile olarak bir vaadde bulunabilir. Bu vaadin ifası vaad edenin menfaatine muvafık olmayabilir. Buna mukabil vaadin ifa edilmemesinden diğer tarafa bir zarar terettüp etmez. Bir çok vaadler vardır ki ahlâkî mahiyette mütalâa edilmek iktiza eder. İnsanların duygusu da bu merkezdedir. Sana ara sıra yardım ederim diyen bir adamdan, yüz kızarmadan vaadinin ifasını istemek hattâ vaadini hatırlatmak kabil olmaz.

Vaadleri mutlak surette muteber tutmamak da doğru değildir. Diğer taraf buna güvenerek müsbet veya menfi bir şey yapmış ve vaad yerine getirilmediğinden mutazarrır olmuş olabilir.

Şu halde vaad hakkında mutlak surette bir hüküm vermek mümkin değildir. İslâm hukukunda "Vaadimücerredler lüzum ifade etmez", "Vaadler sureti taliki iktisa ile lâzım olur" diye iki zabıta konmuştur. Fakat her vaade bu zabıtalar muttariden tatbik olunabilir mi? Füruu fıkıhda bir hayli meselelerin bu zabıtalara tetabuk etmediğini görüyoruz.

Mes'ele bazı tafsil ve tefrika tâbi tutulsaydı mevzu aydınlanmış olurdu.

Mevzuatı hazıraya gelince: Borçlar kanununun 22. ci maddesinde bir akdin ileride inşa edilmesine dair yapılan mukavelelerin muteber olduğunu ve kanunda iki tarafın menfaatleri için bu akdin sihhati bir nevi şekle riâyet etmeğe tâbi kılındığı takdirde bu şekil o akdin yapılması teahhüdüne de tatbik olunacağını tasrih eder. Bazı Garp müellifleri bu mes'elenin mahakim ictihadile tekarrür ettiğini kayid etmektedirler.

Bu sarahate göre mücerred olsun muallâk olsun akid yapmak vaadi muteber olacakdır.

Akid yapmak vaadi tarafların ileride muayyen bir akid meselâ, icar veya satış yapmak veya bir alacağı temlik etmek veya bir borca kefil olmak hakkında rızalarını evvelden beyan eylemeleridir. Bu rıza ileride akdin yapılacağına müteallik olup filhal akdin inikadı hakkında bir rıza mevcut değildir.

Akid yapmak vaadinde kat'î akdin erkân ve anasırı esasiyesi muayyen ve musarrah olacaktır. Alım satımda mebi ve semen, icarda mecur ve ücret ve karzda ödünç verilecek para akdin anasırı esasiyesinden maduddur. Akid yapmak vaadi, akdi yapmak vecibesini tevlid eder. Fakat buna rağmen vaadeden vaadini yapmazsa ne hüküm terettüb eder?

Eğer kendi fiilile vaadin ifası imkânsız bir hale gelmiş ise diğer tarafın bu yüzden uğradığı zarardan mes'ul olur. Vaadin ifası mümkin olub da vaadini ifadan imtina ederse hâkime müracaatla akdin inikadına hüküm alınabilir mi? Kanunun akdi tarifinden de anlaşılacağı üzere hukuken buna imkân yokdur. Çünki akid tarafların rızalarının birleşmesinden ibarettir. Binaenaleyh diğer taraf ancak zarar ve ziyan istiyebilecektir.

Kanunda beyan olunduğu üzere eğer kanun bir akdi tarafların menfaati için bir şekle tâbi tutmuş ise o akdin yapılması vaadi de bu şekle uygun olacaktır.

Meselâ, gayrimenkulün bey'i resmi senedle olmak lâzımdır, vaadi de böyle olursa muteber olur. Şifahî veya âdî senedle bir gayrimenkulü satmak vaadi hiç bir şey ifade etmez. Bunun gibi kefaletin sıhhati tahriri olmasına mütevakkıfdır. Binaenaleyh şifahî kefalet vaadi de batıldır. Fakat bir alacağın temlikini vaadetmek şifahî de olabilir. Gerçi alacağın temliki tahrirî olmak lâzımsa da bu daha ziyade menfaati umumiye içindir.

Şekle tâbi olmayan akidlerin vaadi de hiç bir şekle tâbi değildir.

İcar, karz, hizmet akdi gibi.

Akid yapmak vaadi hakkındaki hüküm ve ictihadlar kısaca bundan ibarettir.

Akid yapmamak vaadine gelince: Borçlar kanununun 20. ci maddesi çerçevesi içinde bu kabil vaadler de lüzum ifade eder. Ancak evlenmemek ve sûimaksadla bir para mukabilinde müzayedeye iştirâk etmemek gibi ahlâka, âmme nizamına mugayir olan vaadler hükümsüz ve batıldır.

Zikri geçen maddenin mevzuu akiddir. Acaba bu bir kaydı ihtirazî midir? Bir yardım vaadi lüzum ifade eder mi?

Meselâ, bir kimse nafakası üzerine vacib olmayan birine aybeay şu kadar lira vermek suretile muavenet etmeği vaadetse bununla ilzam olunur mu? Bu bir hibe teahhüdü olsaydı kanunun hükmü dairesinde halli kolaydı. Halbuki kanunun beyan ettiği veçhile bir hibe teahhüdü değildir. Çünki ahlâkî bir vazifenin, ifasını tezammun ediyor.

Bize göre eğer muavenet edilecek kimse bu vaadin yerine getirilmemesinden bir zarar görmüş ise vaadeden bu zarardan mes'ul olmak lâzımgelir. Yukarıdaki misalde bir zarar mutasavver değildir. Amma hariçde çalışmakla geçinen birine bir kimse "Âli tahsile devam et ve Avrupa'da ikmâli tahsil eyle, tahsil bitinceye kadar lâzım olan parayı ben veririm" der de o kimse bu vaade itimad ederek tahsile başladıkdan sonra vaadinden rücu ederse ve öğrenci vaadden rücû edilmiş olmasından bir zarar görmüş bulunursa bunu istiyebilir.

19. Şartın sübutu halinde ona muallâk olan şey'in sübutu lâzım gelir.

Tâlik bir şeyin husulünü diğer bir şeyin husulüne bağlamaktır. Filan alacağım vermezse ben kefilim, filanın atını alırsam atımı sana ... liraya sattım gibi.

Borçlar kanununun tarifine göre şart yani tâlik bir akdin mevzuunu teşkil eden bir borcun vücudunu meşkûk bir hâdisenin tahakkukuna bağlamakdır ki bu akde şarta bağlı akid denir.

Meşkûk tâbirinden de anlaşılacağı üzere şarta talikin sıhhatinde şart henüz mevcud olmayup vücud ve ademi, muhtemel olan şeylerden olacakdır.

Hal veya mazide hâdis olup âkidler veya bunlardan biri

tarafından malûm olmayan bir hâdise şart olarak dermeyan olunabilir. Fakat bu takdirde akid derhal hüküm ifade eder.

Meselâ, "A" filan şu malımı füzulen sana satmış ise icazet veriyorum dese filhakika satmış ise icazet filhal lüzum ifade eder.

Borcun vücudu meşkûk bir hâdisenin vücuduna tâlik edilmiş ise buna "Taliki şart", yok bir akdin infisah ve zevali meşkûk bir hâdisenin vücuduna tâlik edilmişse buna "İnfisahî şart" denir. Talik ile bir mukaveleye ilâve olunan kayıd ve şartlar biribirine karıştırılmamalıdır. Nitekim bundan sonraki kaidede izah olunacaktır.

Kaidenin mefhumu muhalifi şartın subut bulmaması halinde borcun subut ve vücud bulmayacağını ifade eder. Filhakika şart tahakkuk etmedikçe borç sabit ve mevcud olmaz. Borç ancak şartın husulile iktisabı vücud eder.

Borç şartın tahakkuku ânında mı, yoksa mukavelenin inikadı zamanında mı iktisabı vücud etmiş olur? Kaideten şartın vukuu anında.

Bu esaslara müteferri mes'elelerle taliki ve infisahî şartlar arasındaki müşterek hükümler için Borçlar kanununun 150. ci ve müteakip maddelerine ve şerhlerine bakınız.

20. Şartlara mümkin olduğu kadar riâyet olunur.

Burada şarttan maksad taliki şartlar olmayup akid ve mukavelelerde ileri sürülen ve fer'î mahiyette olan kayıd ve şartlardır.

Taliki şartlarda borç şartın husulünde vücud iktisab ettiği halde kayıt ve şartlara mukarin akidlerde borçlar filhal vücud iktisab eder ve bu kayıdlara riâyet olunmak lâzım gelir. Meğer ki haddizatında veya kanunî bakımdan mümkin olmasın.

Meselâ, müşteri aldığı malı tâyin ettiği mahalde teslim etmek üzere almış ise bayiin mebii o yerde teslim etmesi mukavelesi bir şarttır.

Keza bir kimse evini altı aylığı peşin verilmek üzere birine icar etse altı aylık ücretin peşin verilmesi mukavelesi de bir şarttır.

Taksite bağlanan bir alacakda bir taksit, zamanında verilmezse tamamının peşin olacağı mukavele edilse bu da bir şarttır. Ve bu şartlar muteberdir. Lâkin dermeyan olunan kayıt ve şartlar tamamen veya kısmen Borçlar kanununun 19. cu maddesinde yazılı esaslardan birine yani kanunun kat'î surette emreylediği kaidelere veya kanun ve ahlâk veya umumî intizama veya şahsî hükümlere müteallik haklara mugayir olursa böyle bir şarta riayete imkân yoktur. Böyle bir sebeble şart batıl olunca butlan ya şarta münhasır kalır veya akde de sirayet eder. Nitekim Borçlar kanununun 20. ci maddesinin ikinci fıkrasında akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı, akdi iptal etmeyüp yalnız şart lâğiv olur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmıyacağı meczum bulunduğu takdirde akidler tamamen batıl addolunur denmiştir.

Mes'ele takdirî olmakla beraber şu kıstaslar çerçevesi içinde mütalâa olunabilir: Batıl olan şart esas akdin in'ikadı ve diğer şartlarla alâkalı olmayup tâli veya müstakil bir mukavele mahiyetinde ise butlan şarta münhasır kalır.

Meselâ, taraflar Medenî kanunun 86. cı maddesinin son fıkrası ile tâyin olunan hüküm hilâfına ölüm halinde hediyelerin iâdesini şart ederlerse yalnız şart hükümsüzdür.

Bunun gibi bir icar mukavelesinde akdin devamı müstecirin sıhhati için tehlike teşkil etmesi halinde icarın fesh olunmaması şart kılınsa akid batıl olmayup şart lağv olur.

Mukavelenin hey'eti umumiyesile bir kül teşkil eden şartlardan biri kanuna ve ahlâka ve âmme intizamına mugayir olursa butlan akdin hey'eti umumiyesine sirayet eder.

Meselâ, evlâtlık mukavelenamesinde evlâdın ölümü halinde evlât edinenin varis olması şart kılınır ve kanunî şekle riâyet olunmaz yani mirasçı nasbı mukavelesi şeklinde olmazsa evlâtlık batıl olur.

Bunun gibi bir kimse karısına ölümünden sonra evlenmemek

şartile bazı vasiyyette bulunsa ahlâka muhalif olan bu şart vasiyyetin butlanını icabettirir.

Örf ve Âdet

21. Âdet muhakkemdir.

Bahsi mahsusunda âdet, âdetin hukukda mevkii ve hükümleri örf ve teâmül ile aralarındaki fark ve iyi ve kötü âdetler beyan ve izah olunmuşdu. Bu kaideyi bir kerre daha misallerle gözden geçirmek faydalı olur.

Evvelâ şunu tekrar edelim ki burada âdetten maksad örf yani iyi âdettir. Esasen kötü âdetlerin kıymeti yoktur. Kötü, yani âmme intizamına ve ahlâk ve âdâba mugayir mukaveleler nasılki muteber değilse zımnî bir mukavele hükmünde olan âdet de öyledir.

Âdet her yerde her sınıfda veya müteaddid yer ve müteaddit sınıflarda veya bir köy veya şehirde veyahut bir meslek erbabı arasında olabilir.

Bu itibarla âdet biri umumî diğeri hususî olmak üzere ikiye ayrılır. Umumî âdet, hususî âdet. Umumiyet ve hususiyet tabii nisbîdir.

Muameleden evvel teessüs eden âdetler, itiyad edenler arasında muteberdir. Muameleden sonra teessüs eden âdetlerle diğer bir yerde teessüs eden âdetler âdet halini almıyan diğer yerlerde muteber olmaz.

Bu kaidenin sayılamayacak kadar misalleri vardır. Ezcümle odun ve kömür gibi hayvan veya araba üzerinde yüklü olarak satılan şeyleri bayi müşterinin evine kadar götürmek örf ve âdet icabından ise bayi bu âdete riâyete mecburdur.

Keza, yaptırılmakda olan evde çalışmak üzere tutulan amele günde kaç saat çalışmak âdet ise o kadar çalışır. Fazla çalışmağa cebrolunamaz.

Keza, mutlak alış verişde bedel peşin verilmek icabeder. Çünkü satış akdinde galip olan semen peşin verilmekdir. Amma muayyen vâde ile veya taksitle ödenmek örf ve âdet icabından olan yerlerde

örf ve âdet veçhile amel olunur.

Gerek âdet bahsinde, gerek burada verdiğimiz malûmat ve misaller bu bapta fikir vermeğe yeter zannındayız.

(Nasın istimali bir höccettir ki anınla amel vacib olur) kaidesi (âdet muhakkemdir) kaidesile ayni meal ve mânadadır.

22. Âdet ancak muttarid veya galip oldukda muteber olur.

Âdet ya muttarid veya galiptir. Bir âdet her vakit cari ise muttarid ve her vakit olmayup çok vakit cari ise galip demektir. Ancak âdet böyle muttarid veya galip olursa muteber olur. Nadir ise yani tek tük oluyorsa itibar olunmaz. Çünki (İtibar galip ve şayiadır nadire değildir) esasen âdetin tarifinden de anlaşılacağı üzere âdet çok defa tekerrürle teessüs eder.

Meselâ, memleketimizde lira üzerine pazarlık olunsa kâğıt Türk Lirasına sarf olunur. Çünki rayiç olan yani halk arasında semen ve bedel ittihaz olunan evrakı nakdiyedir.

Bunun gibi muhtelif altun lira geçen bir memlekette şu kadar altun lira üzerine bir mukavele yapılsa hangisinin revacı fazla ise o lâzım gelir. Şu ciheti burada da tasrih edelim ki âdetin hilâfı tasrih olunmuş ise veya bir karine varsa itibar sarahat ve maksadadır. Çünki sarahat karşısında delâlete itibar yokdur.

Meselâ, altun misalinde revacı çok olandan başka bir altun zikr ve tasrih edilse bu tasrih edilen nevi verilmek lâzımgelir.

Keza, günde, yedi saat çalışmak âdet olan bir memlekette altı saat çalışmak üzere bir işçi tutulsa işçi fazla çalışmağa icbar olunamaz.

23. Örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir.

Yani nas arasında maruf ve mutad olan şey kanun nazarında şart kılınmış gibidir.

Meselâ, Borçlar kanununun 314. cü maddesi mucebince bir hizmet kabul olunur ve işin iktizasına göre o hizmet ancak ücret mukabilinde yapılıyorsa hizmet akdi inikad etmiş olur ve tesmiye edilmese dahi maruf olan ücret lâzım gelir.

Bir iş için ücretle çalışagelmekte olan bir kimse tutulup da ücret söylenmese emsalinin ücreti verilmek iktiza eder.

Keza, yemeği iş sahibi tarafından verilmesi âdet olan bir yerde işçinin yemeği iş sahibi tarafından temin olunur.

Bu kaide her yerde ve her zaman caridir. Bilhassa tüccar arasında ehemmiyetle nazara alınır. Bunun için Ticaret kanununun 2. ci maddesinde "Mesaili ticariye kanunen muteber mukavelâtın ve böyle bir mukavele bulunmadığı halde kavanini ticariyenin sarahat veya delâletile halledilir. Bunlarla halledilmediği takdirde âdeti ticariye mabihittatbik ittihaz ve âdeti mahalliye veya mahsusa âdâtı umumiyeye tercih olunur. Adet dahi mevcud değilse ahkâmı medeniye tatbik edilir" denmiş ve âdeti ticariye ahkâmı medeniyeye takdim olunmuşdur.

Maddenin tertibi ve ihtiva eylediği kayıdlar "Sarahat mukabilinde âdete itibar yoktur. Örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir. Adetler itiyad edenler arasında muteberdir" diye geçen kaidelere müsteniddir.

İşlerde Kolaylık Gösterilmesi

24. Meşakkat teysiri celbeder.

Yani güçlük zamanında kolaylık gösterilmek icabeder[69]. Bu kaide çok mühim ve hukukda tâli nâzım vazifesi gören bir esasdır. Hukukun her şubesinde tatbik sahası bulur. Aşağıdaki kaideler bu esasdan çıkarılmışdır.

Hukukî muamele ve münasebetleri kuru ve mücerred nazariyelerle yürütmek mümkin değildir. Tatbikatın gözle görülecek kadar bariz ilhamları vardır. Kanun koyucular, hâkimler bunları nazara almak zorundadırlar. Bu icabları ihmal eden kanunlar sahifeler üzerinde kalmağa ve bunları muhakeme ve

69 İslâmiyet daima kolaylık talim etmiştir. "Allah hakkınızda kolaylığı murad eder zorluğu murad etmez, Allah dinde sizin için hareç ve meşakkat kılmadı" mealinde olan Âyeti kerimelerle "Muhakkak ki Din kolaylıktır; Dininizin hayırlısı kolaylıktır kolaylaştırınız, zorlaştırmayınız" mealinde olan Hadisi Şerifler bunun en bariz delilleridir. Resulü Ekrem Efendimiz muamelâta âit fer'î hükümlerde sühuleti sever ve eshabına da bunu yani suhulet göstermeyi tenbih ve tavsiye buyururlardı.

hükümlerinde göz önüne almayan hâkimler muvaffakiyetsizliğe mahkûmdurlar.

İyice düşünülürse hukukî hükümlerin bir çoğu bu esasın ışığı altında tanzim olunduğu anlaşılır.

Ezcümle Medenî kanunun 26. cı maddesi yani muhik sebeblere binaen isim değiştirilmesi, 45. ci madde yani hükmî şahsiyet, 73 ve müteakip maddeler ki tesis ve vakıf, 88. ci madde yani evlenmiye izin ve boşanmaya mütedair 129 ve müteakip maddeler, lüzumlu geçide ait 671 inci madde ve lüzumlu suların cebrî temellüküne müteallik 683. cü madde bu kaideye teferrû eder. Daha bir çok müessese ve hükümler vardır ki bu esasa istinad eyler. Biz burada şöylece hatırımıza gelenleri kaydettik.

Bazı hâdiselerde kanunların hâkim olmaması bu esas gözetilmediğindendir. Bugün memleketimizde birçok kimselerin evlenmek için evlenme memuru huzuruna gitmiyerek eskisi gibi iki şahid huzurunda evlenmelerine itiyadın tesiri ile beraber ilân ve muayene mecburiyeti gibi bazı zorlukların sebebiyet verdiğini ve hukuku tasarrufiyeye müteallik akid ve muamelelerin tescil ettirilmemesi iktihamı cidden güç olan bir takım merasim ve mükellefiyetten neş'et ettiğini ve mirasa âit muamelelerin istenildiği gibi cereyan etmemesi iştirak halinde mülkiyet gibi pratik olmayan hüküm ve güçlüklerden ileri geldiğini ve vasiyyetin sımsıkı bir takım şekillere bağlanması insanların son arzularını beyanlarını güçleştirdiğini ve bu yüzden bir çok vasiyyetlerin hükümsüz kaldığını görüp hissetmemek kabil değildir.

25. Bir iş zıyk olunca müttesî olur.

Yani bir işde meşakkat ve güçlük görülünce vüsat gösterilir.

Bir az evvel söylediğimiz gibi bu kaide meşakkat teysiri celp eder kaidesinden istihraç olunmuşdur ki mefhum itibar ile biribirine yakindir.

Borçlunun borcunu ödemeğe kudreti olmadığı anlaşılınca alacağın istifasının siai haline bırakılması, borçluların bazı mal ve eşyasının hacizden istisnası, defaten borcunu ifaya muktedir olmayanların borçlarının taksite bağlanması ve nafaka

mükellefiyetinin mükellefin malî kudretile mütenasib olması gibi mes'eleler hep bu kaideye müteferridir.

Roma hukukunun bu kaideleri ihmal eden hükümleri en şedid ve zalim hükümlerinden madud idi[70]. Meşakkat teysiri celb eder kaidesine verdiğimiz misalleri burada misal olarak mütâlâa edebiliriz.

Şu ciheti söyliyelim ki geçen kaideler en ziyade kanunlar tanzim olunurken nazara alınacak düsturlardır. Hâkimler kanunların sarahati karşısında bu kaidelerle hükmedemezler.

Meselâ hâricen yapılan bir gayrimenkul bey'ini bayi hâkim huzurunda ikrar etse bile hâkim satışın sıhhat ve tesciline karar veremez. Bunun gibi kanunun tayin ettiği şekillerden hiç birine uymayan bir vasiyyeti, itiraz ve dâva karşısında şekillerdeki güçlükten dolayı muteber addederek tenfizine hüküm olunamaz.

26. İbtidâen tecviz olunmıyan bekaen tecviz olunabilir.

Yani bazı akid ve muameleler var ki iptidâen memnu olduğu halde sonuç itibarile emrivaki halinde belirirse ve bırakılmasında büyük mahzur olmazsa ipka olunur.

Bu kaide her yerde değil tâli ve müsamaha edilebilen muamelelerde tatbik olunup âmme nizamına ve ahlâka teallûk eden meselelerde cereyan etmez. Bunun içindir ki kaide "Bekaen tecviz olunur" tarzında değil iktidarı sigasile kurulmuştur.

Meselâ, bir kimse bir kadınla evlendikten sonra o kadın evlenmesi memnû akribasından olduğu meydana çıkarsa evlenmeye sıhhat izafe olunamaz. Çünki mes'ele müsamaha caiz olmayan mühim bir işe teallûk ediyor. Amma tâli ve müsamaha

---

70 Roma hukuku gibi mücavir hukuk şiddetli, gayri insanî hükümlerini yaşatırken İslâmiyet âdil ve kolay hükümleriyle mütemadiyen inkişaf ve intişar ediyordu. İslâm Hukukunun Roma Hukukundan mülhem olduğunu zannedenler o zamanki hükümlerini karşılaştırırlarsa zanlarının ne kadar yersiz ve yanlış olduğunu anlarlar.
Nitekim 1937 senesinde Lâheyde in'ikad eden Beynelmilel Hukuk Kongresinde Mısırlı Müslüman murahhasların izahatı üzerine, İslâm Hukuku başlı başına bir hukuk olub hiçbir hukukdan me'huz ve mülhem olmadığına ve her zaman cemiyetin hukuki münasebetlerine intibak edecek mahiyetde bulunduğuna ittifakla karar verilmişdir.

caiz olan işlerde daha mühim vaziyetleri korumak için iptidâen mesağ olmayan şeyler intihâen tecviz olunur.

Meselâ, Evlâd edinenin evlâdlıkla evlenmesi memnudur. Fakat evlenirlerse bu evlenme fesh olunmaz. Çünki bunlar arasındaki münasebet sun'î ve itibarî bir münasebettir. Binaenaleyh evlenmenin ibkasında büyük bir mahzur yoktur. Bu emrivakiin tanınmaması ve evlenmenin feshi daha mahzurludur.

Keza, kazâi ve kanunî müddetler zarfında ev,lenmek memnudur. Evlenme memuru buna müsaade etmez. Fakat evlenmesi memnû olan kimse bu müddetler zarfında evleniverirse fesih sebebi teşkil etmez.

Keza, evlâd edinme için diğer şartlarla beraber nesebi sahih furuu olmamak şarttır. Fakat evlâd edindikten sonra nesebi sahih bir çocuğu olursa bu sebeble evlâd edinme hükümsüz addolunmaz. Çünki bu tâli ve kabili müsamaha olan şeylerdendir.

"Beka iptidadan esheldir" kaidesi yukarıdaki kaidenin illetidir.

Bekanın iptidadan niçin eshel olduğuna, bir az evvelki izahımızda işaret etmiş olduk.

Iztırar Hali

27. Zaruretler memnû olan şeyi mubah kılar.

Zaruret şiddetli ihtiyaç demektir. Fakat ihtiyaçla zaruret arasında dikkate değer bir incelik olduğundan bir az sonra görüleceği üzere "Hacet umumî olsun hususî olsun zaruret menzilesindedir" şeklinde bir kaide daha konmuştur. Zaruret ekseriya ferdlere ve ihtiyaç cemiyet ve topluluklara göre mütâlaa ve izah olunur.

Memnû, men ve nehyedilen şeydir. Mubah filasıl işlenüp işlenmemesi müsavi olan şey demektir. Fakat burada "Mubah kılardan" maksad düçarı zaruret olan muâhaze olunmaz manasınadır.

Zaruretler, memnuları mubah kılmak için kendi hududunu tecavüz etmemek şarttır. Bu hududu tecavüz etmediği takdirde muteberdir.

Meselâ, Bir şahıs kendisine saldıran bir köpeği tehlikeyi bertaraf etmek için yaralayabilir ve hatta öldürebilir.

Keza, ölüm tehlikesine maruz kalan bir kimse kendisini tehlikeden muhafaza için başkasının malını alabilir.

Borçlar Kanununun 52. ci maddesinin 2. ci fıkrası bu kaideye müteferridir.

Meşrû müdafaa halile ıztırar hali arasında fark vardır. Müdafaai meşrua müdrik bir mütecavize karşı ve ıztırar ise bir mala karşı kullanılır.

28. Zaruretler kendi mikdarlarınca takdir olunur.

Yâni zaruret için tecviz olunan şeyin ancak zarureti bertaraf edecek kadar yapılması caiz olup zaruret mıkdarından fazlası meşrû olmaz.

Meselâ, Açlıktan ölmek derecesine gelen bir kimse bedelini vermek üzere başkasının malını alabilirse de ancak hayatını kurtarabilecek mıkdar alabilir, fazla alamaz.

Medenî Kanunun 671. ci maddesi mucibince umumî yola çıkmak için kâfi yolu bulunmayan bir gayrimenkul sahibi tam bir ivaz mukabilinde komşularından kendisinin gelüp geçmesi için münasib bir yerin terkini isteyebilir.

Bu maddeden yolu olmayan gayrimenkul sahibinin diğerinden geçmek için kâfi mıkdar yerin temlikini isteyebileceği anlaşılmakta ise de bu kaideye nazaran yalnız mürur hakkı istemeğe hakkı olmalıdır. Bu kadarla zaruret bertaraf edilebileceğine ve zaruretler kendi mıkdarınca takdir olunmak bir esas olduğuna göre geçilecek yerin mülkiyetini isteyememek icabeder.

29. Zarar kendi mislile izale olunamaz.

Bu kaide insanlar arasındaki hukuk müsavatının tabii ve zaruri neticesidir. Bir zararı izale için diğerinin mümasil bir zararını ihtiyar etmenin ne kadar gayrimakul olduğu meydandadır. Şu halde zarar mümkin ise daha dûn ve ehven bir zararla izale olunur.

Bir kaç misâl ile kaideyi mütalâa edelim:

Hissedarlardan biri kabili taksim olmayan müşterek bir gayrimenkulün taksimini istese ayrılacak parçalarla intifa edilemeyeceğinden ve bu sebeble gayrimenkulün kıymetine ehemmiyetli noksan arız olacağından hükmen taksim edilemez. Müddeinin zararı diğer hissedarların daha büyük olan zararlarile izale olunamaz. Daha ehven ve dûn olan satılmak suretile şuyuun izalesi tarikine müracaat olunmak icabeder.

Herkes kanunun tayin ettiği şerait dairesinde ticaret ve sanat yapabilir. Binaenaleyh diğer sanat ve ticaret erbabı çıkup da kazanç ve gelirimize halel geliyor diye o kimseyi sanat veya ticaret yapmakdan men edemezler.

Ancak Borçlar Kanununun 48. ci maddesinde yazıldığı üzere ahlâka ve hüsnüniyet kaidelerine mugayir müfrid faaliyet ve rekabetler haksız fiil addedilmiştir.

Bir kimse hayat ve sihhatini muhafaza için ıztırar halinde başkasının malına tecavüz edebilir. Fakat bu tecavüz o kimsenin hayat ve sihhati için ayni derecede tehlike teşkil etmemek şarttır.

Medenî Kanunun 677. ci maddesi de bu kaideye teferrû eder.

Bu maddede "Bir kimse vukuu kuvvetle melhuz bulunan bir zararı veyahut ani bir tehlikeyi kendisinden veya diğerinden ancak başkasının mülküne tecavüzle def edebiliyorsa zarar veya tehlike tecavüzden münbais hasardan büyük olmak şartile mülk sahibi bu tecavüze tahammüle mecburdur. Mülk sahibi bu tecavüzden mutazarrır olmuş ise muhik bir tazminat talep edebilir" denmektedir.

Maddenin ihtiva ettiği kayıdlar, "Zaruretler memnû olan şeyi mubah kılar", "Zarar kendi mislile izale olunamaz", "Iztırar gayrin hakkını iptal etmez" düsturlarının muktezaları nazara alınarak sevkedilmiştir.

Filhakika zarar büyük olmayup müsavi veya dûn ise ihtirazî kayıdlardan anlaşıldığı üzere bu madde hükmü cereyan etmez.

30. Iztırar gayrin hakkını iptal etmez.

Iztırar muhtelif sebeblerle olabilir. Her ne suret ve sebeble olursa olsun bir kimse gayrin hakkına tecavüz ederse bu ıztırar sebebile gayrin hakkı heder olmayup mal sahibine münasib tazminat verilmek lâzım gelir.

Meselâ, Bir şahsın saldırıcı devesi biri üzerine saldırup o kimse nefsini tehlikeden korumak için deveyi cerh veya itlâf etse bundan dolayı muahaze olunmaz. Fakat cerh veya itlâfdan mütevellid zararı tazmin eder. Zararın takdiri hâkime aittir.

Zaruret sebebile bir malın menfaatini itlâf aynini itlâf gibidir. Yani itlâf ve istihlâk olunan menfaat tazmin olunur[71]. Meselâ, Bir kimse ziraat için muayyen bir müddetle bir tarla isticar edüp de hasılat idrak etmeden müddet hitam bulsa heder olmaktan muhafaza için hasılat idrak edinceye kadar orada bırakılır. Fakat hasılât sahibi tarlanın bu müddete ait ecrimislini öder.

31. Hacet umumî olsun, hususî olsun zaruret menziline tenzil olunur.

Yukarıda işaret ettiğimiz veçhile bir iş zıyk oldukda müttesî olur. "Zaruretler memnû olan şeyi mubah kılar" "Hacet zaruret menzilesine tenzil olunur" kaideleri "Meşakkat teysiri celb eder" kaidesinden istihraç olunmuştur. Bu kaideler hepsi meâlen biribirine yakin olup müeddâ ve mahalli tatbik itibarile aralarında ince farklar vardır.

Zaruretin şiddetle ihtiyaç manasına olduğunu söylemişdik.

Filhakika bazı tefsirlere göre böyle olmakla beraber daha ziyade ihtiyacı âmmeye ait muamelelerde tatbik mevzuu olur. Bunun için fukaha "İslâm hukuk âlimleri" bu kaideyi izah ederken âmme ihtiyacına teallûk eden misâlleri irad ederler. Maamafih hususî ihtiyaçlar da ayni kuvvettedir.

---

71 Iztıraran az ve çok serveti muhafaza eden veya artıran yerlerde gayrin hakkını iptal etmemesi tabii ise de tehlike karşısında saldıran bir köpeği veya diğer bir hayvanı öldürmek halinde zaman lâzım gelmesi doğrusu o kadar makul değildir.

Umumî veya hususî ihtiyaç zaruret menzilesinde olduğundan gerek cemiyet ve gerek ferd menfaatleri bakımından bir şey yapmağa ihtiyaç hasıl olursa memnûiyet kalkar ve ihtiyaç karşısında kıyas terk olunur.

Nitekim Medenî ve Borçlar Kanununda ihtiyaç dolayısile mevzu bir çok müessese ve hükümler vardır: Vakıf, Vasiyyet, Evlâd edinme, Mirasdan ıskat, Temliki deyin, istisna ve Bakma mukaveleleri bu kabildendir[72].

Halk münasebetlerini hüsnü tanzim etmek gayesini hedef tutan kanunlar, emirler, nehiler ferd ve cemiyetlerin menfaatlerine uygun olmak lâzımdır. Hükümler tabii haklara meşrû ve makul örf ve âdetlere nasıl ki mugayir olamazsa ihtiyaçlara da aykırı olamaz.

Bir zamandaki icab ve ihtiyaçlar diğer bir zamandaki ihtiyaçlara uymayabilir. Âdetler, ahvali içtimaiye ve iktisadiye değişebilir. Bu takdirde kanunları bu icablara ayarlamak zarurî olur. İşte "Ezmanın tebeddülü ile ahkâmın tebeddülü inkâr olunamaz" düsturunun manası budur.

32. Bir özür için caiz olan şey o özürün zevalile batıl olur.

Bazı muameleler vardır ki asıl olarak tecviz olunamamak lâzım olduğu halde ihtiyaç ve özüre binaen tecviz olunmuştur. Her kanunda böyle müsaadelere rastlanır. Bunlar esaslara değil teshilâta istinad eder ve müsaadeye sebeb olan özür zail olunca asıl olan hüküm avdet eder.

Meselâ, Hacir insanı hayvan menzilesine indirir. Halbuki insan hür ve medenî haklardan istifadeye ehil olarak doğar ve rüşd ile hakları kullanmağa ehil olur. Fakat akıl hastalığı, akıl zayıflığı, israf ve sûihal ve idare gibi bir takım özür ve sebeblerle hacre cevaz verilmiştir. Özür devam ettikçe mahcuriyet de devam eder. Zail olunca mahcuriyet kaldırılır. Bunun içindir ki Medenî Kanunun 416. cı maddesinde "Hacir sebebi zail olunca mahkemei asliye hacri ref ile mükellefdir" der.

---

72 İslâm Hukukunda da bey'ibilvefa, görüp gözetmek şartiyle hibe, selem, istisna, icar, hıyarı tayin gibi kıyasa muhalif olan muamele ve tasarruflar bu kaideye tefri olunur.

Kanunlarımızda kaideye misâl teşkil edecek daha bir çok hükümler vardır. Ezcümle malûm olduğu üzere Medenî Kanun vasiyyeti sımsıkı şekillere tâbi kılmış olduğu halde 486. cı maddede yazılı mazeret ve sebeblerle şifahî şekle müsaade etmiş ve bu özürlerin zevalinden sonra şifahî vasiyyetin hükümsüz kalacağını zikr ve tasrih eylemiştir: Madde 488.

486. cı madde "Meşakkat teysiri celbeder" kaidesine ve 488. ci madde izah etmekte olduğumuz kaideye müteferridir.

33. Mâni zâil oldukda memnû avdet eder.

Yani bir işin sihhat ve cevazına mani olan şey bertaraf olursa memnû olan şey avdet eder.

Bu kaide "Bir özür için caiz olan şey o özürün zevalile batıl olur" kaidesile netice itibarile, bir gibidir. Şu kadarki bu kaide aslî hükümlerde, yukarıdaki kaide özüre mübteni hükümlerde cereyan eder.

Yukarıda beyan olunduğu üzere akidlerde asıl unsur rızadır. Hata, hile ve ikrah gibi sebeblerle rızada fesad olan akidler sahih değildir. Bu hallere duçar olan kimseler bu akidlerle ilzam olunamazlar. İsterlerse fesh edebilirler. Bu akidlerin sihhatine mani olan rızadaki fesaddır. Fesih hakkı olan bilâhare bundan feragat eder veya akde icazet verirse mani zail olmuş demek olduğundan memnû olan sihhat ve nefaz avdet eder. Bundan sonra artık fesih hakkı kalmaz. Bunun gibi evlenmeleri ana ve babalarının veya vasilerinin iznine mütevakkıf olanlar bu izni almaksızın evlenirlerse ana baba veya vasi evlenmenin feshini dâva edebilirler.

Bu mes'elede evlenmenin lüzum ve nefazına mani olan ehliyetteki kusurdur. Evlenmenin feshine hükmolunmazdan evvel karı koca ana baba veya vasinin iznine muhtaç olmaktan kurtulursa yani ehliyetleri kemâl bulursa evlenmenin lüzumuna mani olan hal zail olmuş olacağından memnû olan lüzûm avdet eder ve binaenaleyh bu evlenme artık fesh olunmaz.

Dâva Hakkı

34. Hak himaye olunur.

Hukuk Felsefesine ait olan hak ve vazifenin mahiyet ve

menşeinden bahsetmiyecek, yalınız kısaca ferdlere bahşolunan hakların ledelicab himayesi lüzumundan yani dâva hakkından bahsedeceğiz.

Ferdler arasında her hangi bir sebeble ihtilâf vukuu bir emri tabiidir. Ferdlerin yekdiğeri üzerinde velâyet ve infaz salâhiyeti olmadığından hakları himaye ve ihkak, Devlete aittir. Bu salâhiyet devlet için bir vazifedir. Bunun içindir ki her devlet kazaya müstesna bir ehemmiyet verir. Devlet hayatında matlûp olan emniyet ve intizam ancak bu tarikle mümkindir.

Devletler bu vazifeyi hâkimler, mahkemeler vasıtasile ifa ederler. Bugünkü mevzuâta nazaran, dâva, adlî ve idarî olmak üzere iki nev'e ayırılır.

Dâva bir kimsenin diğer kimseden hâkim huzurunda hakkını istemesi diye tarif olunur.

Dâvacı ile müdeaaleyh arasında bu hak şahsî ise de bu hakkın himayesini istemek âmme hukuku sahasına girer. Hiç bir hâkim kendisine arz olunan ve vazife ve salâhiyeti dahilinde bulunan dâvayı görmekten imtina edemez. Anayasa Madde 60.

35. Dâva muhtemellüssubut olmak şarttır.

Yani dâva olunan hakkın subutu muhtemel olmak lâzımdır. Subut ihtimali olmayan yerde hakkın vücudu aklen veya hukuken veyahut âdeten mümkin değildir.

Meselâ, Bir kimse üç yaşında bulunan bir atı on sene evvel kısırağımdan doğdu malimdir diye dâva etse red olunur. Çünki üç yaşındaki bir hayvanın on sene evvel doğmuş olması aklen muhaldir.

Keza, nesebi başkasından mar'uf olan bir çocuk için oğlumdur diye ikame olunan dâva dinlenmez. Gerçi müddei gayrimeşrû bir münasebetle bu çocuğun tabiî babası olmak aklen mümkin ise de hukuken mümkin değildir.

Keza, bir köyde ziraatle ancak maişetini temin eden ve herkesçe fakrı malûm olan bir şahıs diğer birinden iki yüz bin lira gibi bir alacak dâva etse dâvası red olunur. Çünki bu haldeki bir kimsenin bu kadar büyük bir alacağı olması âdeten mümtenidir.

Âdeten mümteni olan hakikaten mümtenî gibidir. Bu muttarid bir kaidedir. Bir şeyin âdeten mümteni olup olmaması münakaşa olunabilir. Fakat imtinaı müsellem olan bir şeyin hakikaten mümteni olması itiraz olunamayacak derecede kat'idir.

Müddeinin durumuna ve müddeabihin mıkdarına göre bu gibi hâdiselerde keyfiyeti takdir hâkime âittir.

36. Dâvanın sübutu halinde üzerine bir hüküm terettüp etmek şarttır.

Üzerine hukuken bir hüküm terettüp etmiyecek hallerde himaye olunacak bir hak ve menfaat yok demektir. Böyle bir dâvada diğer taraftan cevap istemeğe bile lüzum yoktur. Çünki ikrar edildiği surette dahi bir şey lâzım gelmiyecektir.

Meselâ, ''Bir kadın Ben Müddeaaleyhin oğlunun karısıyım. Oğlu fakir ve çalışamıyacak derecede malûldür beni infak etsin'' diye dava etse kanunen kayın baba gelini infakla mükellef olmadığından dava istima olunmaz.

Bunun gibi bir şahıs ''Babam mallarından bazılarım şuna buna değerinden noksan bedelle satdı. İhtimal diğerlerini de satacaktır, hacir ediniz'' diye talep etse kanunen muayyen sebeblerden biri olmadıkça böyle bir talep kabul olunmaz. Çünki herkes malında istediği gibi hareket edebilir. Satar, hibe eder velhasıl kanunun kendisine verdiği salâhiyet dairesinde tasarruf edebilir. Buna kimse müdahale edemez.

Hulâsa: Müddeaaleyhin ikrarı halinde ilzamı lâzım gelmez veya kanunen bir hüküm terettüp etmezse o dava kabul olunmaz.

İsbat Hukuku

37. Beyyine müddei ve yemin münkir üzerinedir.

Bu kaide usulü muhakemeye ve isbat hukukuna teallûk eden mühim bir kaidedir. Medenî Kanun, 6. cı maddesinde bu esası "Kanun hilafını emretmedikçe tarafeynden her biri müddeasını isbata mecburdur" diye ifade etmiştir.

Burada beyyineden yeminden mâada deliller kasdedilmiştir.

Şehadet, Sened, Ehlivukuf, Keşif gibi delillere şamildir.

H. U. M. K. ıstılahınca yemin de dahil olduğu halde her nevi esbabı hükme delil denir.

Yemin, dâvam doğrudur veya borcum yoktur gibi müsbet veya menfi bir haberi Cenabı Hakkın ismile takviye etmektir.

Beyyine göstermekle mükellef olan müddei beyyine ile davasını isbat ederse lehine hükmolunur. İsbat edemediği takdirde yemin teklifi caiz olan hususlarda müddeinin talebile[73] müddeaaleyhe yemin teklif olunur[74].

Davanın şekil ve mahiyetine göre yeminin şeklini hâkim tayin eder ve şekli yemin mafevk mahkemede tetkik olunabilmek için zabıtname ve ilâmında yazılır.

Müddeaaleyh yemin ederse veya müddei yemin verdirmezse hâkim müddeinin davasını red ile müddeaaleyhi muarazadan men eder. Müddeaaleyh yeminden imtina ederse bu imtina ikrar addolunur ve binaenaleyh hâkim imtinaa binaen müddeabihle hükmeder.

Kabili isbat olan hususlarda kendisine yemin tevcih olunan taraf yemin etmeyüp davanın aksini isbat edebilir: H.U.M.K. Madde 239.

İsbat halinde yemine lüzum kalmaz. Nefyimahızlar kabili isbat değildir.

Meselâ, bir alacak davasına karşı müddeaaleyh mücerred borcu olmadığını isbat etmek isterse iltifat olunmaz. Çünki nefyi mahızlar kabili idrâk ve müşahade değildir. Yalnız subutu,

---

73 Hâkim, Usulü Muhakeme Kanununun 356 ncı maddesi ve müteakip maddeleri mucibince resen yemin teklif edebilir.

74 Boşanma ve evlâd edinme gibi sıhhat ve temamiyeti için iki tarafın muvafakatleri kâfi görülmeyen hallerde yemin teklif olunmaz: H. U. M. K. Madde: 346.
Yemin ancak yemin edecek kimsenin namus ve haysiyetine müessir veya müstelzimi cezai olan mes'elelerden başka fiiller hakkında verilebilir. İşbu kaide yeminin reddi halinde de caridir: H.U.M.K. Madde: 352.

iddianın hilâfının sübutunu istilzam eden nefyi mahsur ve izafiler şahidle isbat olunabilir.

Meselâ muayyen bir mahal ve zamanda haksız bir fiil iddiasile zarar ve ziyan talebine karşı Müddeaaleyh o tarihde uzak bir mahalde olduğunu iddia ve isbat ederse davayı def etmiş olur.

Keza bir neseb iddiasına karşı tamamen telkih kudretinden mahrumiyet iddia ve isbat olunursa davanın hilafı sabit olmuş olur. Her iki misâlde menfi iddianın sübutundan müddeinin iddiasının hilâfı hakikat olduğunun sübutu lâzım gelir.

Beyyine külfeti kendisine teveccüh eden tarafa yemin teklif olunmaz. Ancak gayri kâfi bir delili takviye için teklif olunan yeminle yemini red hali müstesnadır[75].

Yemin ve reddiyemine âit hükümler için H.U.M.K. nuna bakınız.

Beyyine külfetinin hangi tarafa âit olduğunu diğer bir ifade ile taraflardan hangisinin müddei olduğunu tâyin güç bir mes'eledir. Nitekim buna eserin bidayetlerinde de işaret etmiştik.

Müddeiyi tâyin için bazı asıllar vardır ki aşağıda bunları birer kaide halinde izah edeceğiz:

38. Beyyine zâhir ve aslın hilafını isbat içindir.

Binaenaleyh zahir ve aslın hilâfını iddia eden dâvasını isbata mecburdur. Zahir ve asıl olan hal ve vaziyetler aşağıdaki kaidelerden anlaşılacağından burada bazı misallerle iktifa edeceğiz.

---

75 İslâm Hukukçularından Şafiîlere göre iki yerde müddeiye yemin verilir:
1 — Müddei iddiasını isbat edemeyüp de isteğiyle teklif olunan yeminden müddeaaleyh imtina ederse.
2 — Müddeinin yalnız bir şahidi bulunursa.
Birinci halde müddei yemin ederse müddeabihle hüküm ve nükûl ederse dâvası red olunur. İkinci halde bir şahid ve yeminle dâva sabit addolunarak kezalik müddeabihle hükmedilir.

Meselâ, taraflardan biri bir akdin cebir ve ikrah ile ve diğeri rıza ile olduğunu iddia etse cebir ve ikrahı iddia edenin bunu isbat etmesi lâzımdır. Çünki cebir ve ikrah hilâfı zahirdir. Binaenaleyh böyle bir dâvada evvelâ cebir ve ikrah iddiasına beyyine istenir. Maahâzâ diğer taraf iddianın hilâfını yani akdin rıza ile olduğunu isbat için beyyine ve delil ikame edebilir.

Borçlar kanununun 300. cü maddesi mucebince ariyet alan âriyet şey'i ancak akidde tâyin edilen ve akidde tâyin edilmemiş ise o şey'in mahiyetinden veya tahsis olunduğu maksaddan anlaşılan şekilde kullanabilir.

Farzedelim ki "A" "B" ye âriyet olarak binek atını vermiştir. Bundan binmek suretile intifa olunur. Arabaya koşulur da telef olursa zaman lâzım gelir. "B" atın arabaya koşulmasına "A" nın izin verdiğini iddia ederse isbat etmesi icabeder. Edemezse isteğile müddeiye yemin verilir.

Keza bir kimse diğerinin malını satmağa vekil olub da veresiye sattıkdan sonra müvekkil peşin satmağa tevkil etmişdim diye ve vekil de veresiye satmağa tevkil etmişdin diye ihtilâf etseler vekil mutad ve zahirin hilâfını iddia ettiğinden veresiye satmak kaydile tevkil iddiasını isbat etmesi lâzım gelir. İsbat edemez ve müvekkil iddiasına beyyine ikame etmezse vekilin talebile müvekkile yemin verilir.

39. Sıfatı ârızada asl olan ademdir.

Bu kaide ana bir asildir. Aşağıdaki kaide bu esasa mübtenidir. Sıfat bir şeyin kendisile muttasıf olduğu hal ve keyfiyettir ki iki kısımdır: Biri sıfatı asliye, diğeri sıfatı arızadır.

Sıfatı asliye: Selâmet, sıhhat, hayat ve bekâret gibi mevsufla birlikte mevcud olan yani mevsufun zatında bulunan ve sıfatı ârıza: Hastalık, ölüm gibi sonradan ârız olan hallerdir.

Arıza kaydı, sıfatı asliyeden ihtiraz içindir. Çünki tarifinden de anlaşılacağı üzere sıfatı asliyede asıl olan vücuddur.

İsbat külfeti mes'elelerinin bir çoğu bu esas ile hal olunur.

Meselâ, bir şirketi hususiyede şerikler kâr olup olmadığında ihtilâf etseler, yani biri kâr olduğunu iddia ve şirketi idare eden

diğer bir şerik inkâr etse kâr, şirketin vücudile mevcud olmayan ve sonradan ârız olan şeylerden olup ademi asıl olduğuna binâen vücudunu iddia eden isbatla mükellef tutulur. İsbat edemezse şerikine bir yemin vermek hakkı olur. İnkâr eden şerik maddî sebeblerile kâr olmadığını isbat ederse yemin tevcihine lüzum kalmaz.

Keza, âkidler mebiin ayıblı olup olmadığında ihtilâf etseler ayıpsız olduğunu iddia eden hali asliyi iddia etmiş olur ve binaenaleyh isbat külfeti ayıplı olduğunu iddia edene düşer.

Keza müteveffanın varisleri, murisi gayrimenkulünü şuur ve ehliyetine sahip olmadığı zamanda satmışdı diye dâva ve müddeaaleyh tammüşşuur olduğu halde satmışdı diye iddia etse beyyine külfeti dâvacıya düşer. Çünki akıl hastalığında asıl olan ademdir[76].

40. Beraati zimmet asıldır.

Bu kaide dahi hukukî meselelerde ve alelusûl beyyine ve yemin tevcihinde esaslı bir kaidedir.

Medenî kanunun 6. cı maddesinin istinad eylediği asıllardan biri de budur ki bahsi mahsusunda izah olunmuşdu.

Zimmet lügatde ahd mânasınadır. Hukuk ıstılahında iki mânada kullanılır. Biri nefs ve zat mânasında, diğeri, insanın kendisile leh ve aleyhdeki hukuka ehil olduğu vasıf mânasındaki insanlık sıfatıdır.

Burada zimmet nefs ve zat mânasındadır. Bir şahsın nefs ve zatı bir şeyin lüzum ve vücubundan âri olmak sebkindedir.

Bu kaide "Sıfatı ârızada asl olan ademdir" kaidesine müteferridir. Zimmetin meşguliyeti adem ile mesbuk olduğundan zimmetin meşgul olmaması asıl olmak tabiidir.

Binaenaleyh bir kimse diğerinden bir alacak dâva edüp de müddeaaleyh inkâr etse hilâfına delil olmadıkça zimmetin berâati asıl olduğundan müddeiden delil istenir. Delil gösterilirse aslın

---

76 İslâm Hukukçularından bazısı beyyine külfeti akıllı olduğunu iddia edene tahmil olunacağı içtihadında bulunmuş ve Mecellenin 1767 nci maddesinde bu kavl tercih olunmuştur.

hilafı sabit olacağından müddeaaleyh aleyhine hükmolunur. Delil gösteremezse müddeaaleyhin inkârı hakikate uygun olmaması ihtimaline binâen müddei isterse kendisine yemin verilir. Yemin ederse asıl teeyyüd etmiş olur. Ve dâva red olunur. Kanunda bu esasa müteferri bir çok hükümler vardır.

Ezcümle Borçlar Kanununun 42. ci maddesinde "Zararı isbat etmek müddeiye düşer" der[77]. Çünki netice itibarile zarar iddiası müddeaaleyhin zimmetinin meşguliyetini iddiadır.

Alacağın mikdarında ihtilâf dahi esasında ihtilâf gibidir.

Meselâ, müddei bir malı bin liraya sattığını iddia edüp de müddeaaleyh sekiz yüz liraya aldığını iddia eylese davacı fazla ile hasmının zimmetinin meşguliyetini, müddeaaleyh ademi meşguliyetini iddia ettiklerinden ziyade iddiasını müddeinin isbat etmesi icabeder.

41. Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır.

Yani bir şeyin bir zamanda ne halde ise hilâfına delil olmadıkça o halde kalması, tehavvül ve tebeddül etmemiş olması asildir.

Her şey tebeddül ve tahavvül edebilir. Bu tahavvüller daima diğer bir hâdise ile vukua gelir. Fakat bir şeyin bulunduğu hal bir emri muhakkak, tebeddül ve tahavvül ise meşkûktür. Malûmdur ki şek ile yakîn zail olmaz.

Buna İslâm hukukunda "istishab" denir. İstishabın diğer bir kısmı da vardır. O da zemanı halde sabit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça mazide vücudile hükmetmek. Bu bahsin tafsilâtı için Mecelle şerhlerine müracaat ediniz.

Kanunlarımızda bir haylı mesâil bu kaideye müteferridir.

Ezcümle Medenî kanunun 526. cı ve müteakip maddeleri bu esasa göre tanzim edilmiş ve gaip olan şahıs zat ve nefsi hakkında

---

77 Şuna işaret edelim ki bu madde beyyine külfetini beyan için değil, zararın hakikî mikdarım isbat etmek mümkin olmadığı takdirde nasıl takdir olunacağını beyan için sevkolunmuştur. Şu hale göre birinci fıkra tavtie olarak irad edilmiş demektir.

berhayat itibar olunmuşdur. Filhakika evvelce hayatta olduğu malûm olan bir adamın mücerred gaybubeti üzerine ölüm ile hüküm doğru olamazdı. Ancak bir insanın âdeten yaşayabileceği zaman geçer de gaip meydana çıkmazsa bu hal ölüme karine teşkil eder.

Medenî kanun bu haddi 100 yaş olarak kabul eylemiştir[78]. Bu maddelere bakınız.

Yine bu kaideye müteferri olarak borçlu borcunu ödediğini iddia edüp de alacaklı inkâr etse borçluluk vasfı mevcud ve mütehakkik olduğundan borçlu asıl ve zahirin hilâfını iddia etmiş olur ve binaenaleyh isbat etmesi iktiza eder. İsbat ederse aslın hilâfı sabit olarak alacaklının dâvası red olunur. İsbat edemezse alacaklıya talebile yemin verilir. Yemin ederse asıl teeyyüd etmiş olur.

Yine bu kaideye mebni bir eşya dâvasını müddeaaleyh külliyyen inkâr edüp de şahidler müddeabih eşyayı müddeaaleyh on beş

78 İslâm Hanefi mezhebinde müftabih olan kavle göre 90 yaş itibar edilmiştir. Bu hukukda gaip, yani mefkud mes'elesi şöyle izah olunur: Nerede olduğu ve hayat ve mematı malûm olmayan kimseye mefkud denir. Mefkud kendi hakkında berhayat itibar ve gaybubet etmezden evvel hayatı yakinen malûm olduğundan hilâfı sabit olmadıkça geçmişde malûm olan hayatının beka ve devamına hükmolunur. Binaenaleyh mefkudun hakikaten veya doksan yaşını ikmal ile hükmen mevti sabit olmadıkça varisleri ihtimal ki ölmüştür diye malını aralarında taksim edemezler.
İstishab: Mazide mütehakkik olan bir şeyin hâli üzere kalması esası höcceti dafia olup höcceti müsbite değildir. Yani sabit olan bir şeyin hilâfına delil olmadıkça bekasile hükmedilir. Fakat mefkudun başkasına varis olmasında istishab höccet olamaz. Binaenaleyh başkalarına nisbetle mefkud addolunur.
Meselâ, mefkudun hayatta olması halinde varis olacağı akrabasından biri vefat ederse mefkud hayattadır diye hissesine malik olamaz. Şu kadar ki istishab diğer varislerin mefkuda isabet edecek hisseyi beynlerinde taksim etmek iddialarına karşı höcceti dafia olduğundan hakikati hal tebeyyün edinceye kadar mefkudun hissesi tevkif olunur.
Diri olarak çıkagelir veya murisinin ölümünden sonra vefatı anlaşılırsa mevkuf hissei irsiyesi ona âit olduğuna hükmolunur. Eğer akranının inkırazile, yani 90 yaşını ikmal etmek suretiyle ölümüne hükmolunursa tevkif olunan hisse mefkuda veya varislerine verilmeyüp murisin vefatında mefkuddan mâadâ varisleri arasında taksim olunur.

gün evvel zorla aldığına şehadet etseler filhal yedinde olduğuna hükmolunarak aynen alınıp müddeiye verilmesine karar verilir. Meğer ki hilafı yani müstehlek olduğu iddia ve isbat edilmiş olsun.

Kanunlarda ikinci kısma yani zamanı halde mevcud olan bir şeyin mazide mevcud olduğu esasına misal teşkil edecek meseleler vardır.

Ezcümle Borçlar Kanununun 464. cü maddesinin son fıkrası bu kabildendir.

Meselâ, mûdi fena huylu bir hayvan îdâ edüp de vedia alan kimse bundan bir zarar görürse hayvanda fena huyun îdâdan evvel de mevcud olduğu kabul olunur. Meğer ki mûdi bunun aksini isbat etmiş olsun. Maahâzâ bu kaide yani halde sabit olan şeyin mazide de vücuduna hükmolunmak kaidesi muttarid bir kaide değildir. Müstesneyatı cüziyatından daha fazladır.

"Bir emrihâdisin en yakin zamana izafesi asildir" kaidesine bakınız.

42. Kadim kıdemi üzere terk olunur.

Bu kaide bundan evvelki kaidenin fer'idir.

Kadim evveli malûm olmayan hal ve durumdur. Bir şeyin böyle uzun müddetten beri devamı onun meşrû olarak teessüs ettiğine karinedir. Binaenaleyh bulunduğu gibi bırakılması icabeder. Eğer böyle olmasa hiç bir şeyde istikrâr ve emniyet kalmaz. Malûmdur ki vesika ve deliller ilânihâye mevcudiyetlerini muhafaza edemez. Zaman her şeyi yok eder. Müruruzaman müessesesi de bu mülâhaza ile kabul olunmuştur. Hukuk mantığına muvafık olmasa da bu müessese âmme emniyetine ve ferdlerin huzur ve sükûnuna uygun olmak bakımından makul ve faydalıdır. Bunun içindir ki mürüruzaman bütün milletlerin kanunlarında yer alır.

Bu kaideye mebni bir köy ahalisi kadîmden beri hayvanlarını diğer bir köyün mer'asından otlatagelmiş ise ikinci köy halkı bunları intifadan menedemez.

Keza, vakfiyesi olmayup şartı vâkıfı da malûm bulunmayan

bir vakıfda gallenin sarfında ötedenberi nasıl amel olunagelmişse o suretle amel olunur. Bugünkü mevzuata göre bu kaidenin en çok mer'alardan intifa, hakkı mesîl, hakkı mecra ve hakkı mürur gibi irtifak haklarına mütedair ihtilâflarda tatbikine lüzum hasıl olur. Alelhusus İlâm, Ferman ve Tapu kaydı olmayan hallerde bu asla müracaat zaruridir.

Meselâ, bir köy diğer bir köyün sınırı içindeki mer'ada intifa hakları olduğunu ve kadimen hayvanlarını otlattıklarını iddia ve diğer köy halkı inkâr eder de ihtilâfı halle medar olabilecek bir vesika ve delil olmazsa kıdem mes'elesi tahkik olunur. Neticede müddei köyün kadimdenberi intifaları tahakkuk ederse müddeilerin kadim veçhile intifa hakları olduğuna ve müddeaaleyh köyün muarazasının menine karar verilir. Bilâkis hâdis olduğu sabit olursa dâva red olunur.

Keza, bir kimse tarlasının müddeaaleyhin tarlasından geçmek hakkı bulunduğunu ve ötedenberi geçer olduğunu iddia veya evine akan suyun komşusunun havlusundan cereyan edegeldiğini iddia edüp de müddeaaleyh inkâr eder ve başka delil de bulunmazsa şahidle ihtilâf hal olunur. Kıdem iddiası tahakkuk ederse müddeinin hakkı olduğuna karar verilir.

Demiştik ki bir şeyin kadim olması haklı ve meşrû olarak vücud bulduğuna karine teşkil eder. Karine telakkisine imkân olmayan hallerde kıdeme itibar olunmaz.

Meselâ, umumî yol üzerine açılmış mecrâ ayakları ve yollar üzerine geçenlere zarar verecek durumda çıkarılan balkonlar ve çıkıntılar kadim olsa dahi ref ettirilir. Çünki böyle yollardan geçenlere zarar verecek şeyler ihdası aslâ meşru olmadığından kadim olması meşruiyetine karine sayılamaz. Bu gibi hallerde müruru zamana da istinad edilemez. Çünki umuma âit yerlerde müruruzaman muteber değildir. Bu mes'ele Mecellede "Zarar kadîm olmaz" kaidesile ifade olunmuştur.

43. Bir emri hâdisin en yakin zemana izafesi asildir.

Bu kaide de hukuk felsefesi ve beyyinenin hangi tarafa tahmili lâzım geleceğini tâyin bakımından mühim bir esasdır. Ekser yerlerde bilhassa diğer esaslarla teâruz halinde hususî bir dikkat

ve itinaya lüzum görünür. Bunun içindir ki İslâm Hukukçuları arasında vehleiûlâda bu kaidenin mahalli tatbik olduğu zan olunan bir çok hâdiselerde ihtilâf hasıl olmuş ve kaideden istisna teşkil edecek ictihadlar belirmiştir.

Bugünki mevzuat ve ictihadlara göre bazı misaller üzerinde kaideyi gözden geçirelim:

Farzedelim ki bir kimse bir gayrimenkulünü diğer birine satmış ve şuuru muhtel olduğu halde vefat etmiştir. Varisler murislerinin satış zemanında şuuru muhtel olduğunu iddia ile akdin butlanını ve müşteri de tasarruf zemanında şuur ve ehliyetine malik olduğunu iddia ediyor.

Veyahut akıl zayıflığı sebebile hacir altına alınan bir kimsenin vasisi mahcurun hacirden evvel yaptığı bir tasarrufun ehliyetsizlik sebebile butlanını müşteri de tasarruf zemanında ehliyetine malik olduğunu iddia eyliyorlar. Satış bir emri hâdisdir. Taraflar hastalığın mevcud olup olmadığında ihtilâf ediyorlar.

Beyyine külfeti hangi tarafa tevcih olunacak ve söz kimin olacaktır? Birinci misalde, hâle en yakin olan zeman ölüme tekaddüm eden zeman ve ikinci misalde hacrin sebebinin tehakkuku anıdır.

Bu kaideye göre satışın bu vakitlere izafesi asıl olduğundan akıl ve ehliyet iddia eden isbat etmek iktiza eder. Fakat tatbikat bunun aksinedir. Beyyine külfeti ehliyetsizliği iddia edene tahmil olunmaktadır. Tatbikat, hukukî zevk ve "Sıfatı ârızada asıl olan ademdir" esasına muvafıkdır. Bu ihtilâflar mahcur ölmezden evvel olursa halli kolaydır. Mahcur muayeneye havale ve adlî tahkikatla hakikatin meydana çıkarılmasına çalışılır. Ölmüş ise ve fennî vesika ve delil yoksa keyfiyet şehadet gibi delillerle tahkik olunur ve icabında mevcut delâil ve şahadet üzerine ehlifen ve ihtisasın mütâlâalarına da müracaat edilir.

44. Kişi ikrarile ilzam olunur.

İkrar, bir kimse diğerinin kendisinde bir hakkı olduğunu haber vermektir. İkrar muteber ve mülzem olmak için haberin ikrar

maksadile vukubulmuş olması şarttır. İkrar kasdı olup olmadığı yerine göre tâyin olunur. İkrar, tarafların ittifakı muteber olan hususlarda muteberdir. Boşanma gibi tarafların ittifakı kâfi olmayan hususlarda ikrar hâkimi takyid etmez.

Gerek huzuru hâkimde ve gerek haricde vukubulan ikrar muteberdir. Mukir aleyhine delil teşkil eder. Mahkeme haricindeki ikrarın ciddiyet ve sıhhatine delil ve emâre olursa hâkim bu ikrarla dahi hükmeder.

Mahkemedeki ikrara adlî ve haricdeki ikrara haricî ikrar denmektedir.

"Adlî İkrar" tâbiri ıstılah tekniğine pek uygun değilse de ıstılahda münazaa olmaz fehvasınca intikad mevzuu olamaz.

H.U.M.K. ikrar hakkındaki umumî hükümleri şöyle tanzim etmiştir: Madde: 236. "Dâva evrakında veya hâkim huzurunda iki tarafdan birinin veya vekilinin sebkeden ikrarı muteberdir ve mukir olan taraf aleyhine delil teşkil eder.

Maddî bir hatadan neş'et ettiği sabit olmadıkça ikrardan rücû olunamaz. Sulh müzakeresi esnasında sebkeden ikrar muteber değildir.

Mahkeme haricindeki ikrarı teyid edecek delâil ve emâre mevcud ise hâkim buna binâen hüküm verebilir."

Görülüyor ki hâkim huzurundaki ikrarda hâkime takdir hakkı verilmediği halde haricde sebkeden ikrar hakkında takdir salâhiyeti verilmişdir. Çünki haricdeki ikrarda lâtife ve hezl ihtimali olduğu halde mahkemedeki ikrarda bu ihtimal müsteb'addır.

Bazıları tarafından yanlış anlaşılmakta olduğundan şu ciheti tekrar edelim ki haricdeki ikrarda aranılan delil ve emâre ikrarın sıhhat ve samimiyeti anlaşılmak içindir. İkrara şahid dinlenmek için değildir. Şahid dinlenüp dinlenmemek mes'elesi H.U.M.K. nunun 287. ci ve müteakip maddeleri hükümleri dairesinde tâyin olunur.

Ehemmiyetine binâen şu ciheti de ilâve edelim ki zikri geçen kanunun 92. ci maddesinde tarif olunan kabul ikrar demek

değildir. Bu, ikrardan başka bir mefhumdur.

Kanunun tarifi gibi kabul iki tarafdan birinin neticei talebe muvafakat etmesidir.

Meselâ, bir alacak dâvasına karşı müddeaaleyhin ". . . istenen parayı vermeği kabul ediyorum" demesi kabuldür. Nefselemirde borcu olup olmamak bahis mevzuu değildir.

Nitekim feragatte de hak bulunup bulunmadığı düşünülmez. Her ikisi de ihtilâfı bertaraf etmek için olabilir.

Kabul ve ikrar ayrı ayrı şeyler olduğu içindir ki vekil vekâletnamesinde sarahat olmasa bile ikrara salahiyetli olduğu halde vekâletnamede sarahat olmadıkça vekil bir dâvayı kabul edemez. Kabulü basit ikrar diye anlamak tamamen yanlıştır.

45. Beyyine höcceti müteaddiye ve ikrar höcceti kasıradır.

Burada beyyineden maksad şehadet ve o hükümde olan delildir. Yeminden imtina ikrar hükmündedir. İkrarın mahiyeti ve hükmü bundan evvelki kaidenin izahı sırasında geçmişdi.

Höcceti müteaddiye: Hükme sebeb olan beyyine, aleyhine hükmolunanlardan başkası hakkında dahi muteber olmak demekdir.

Höcceti kasıra ise: İkrar gibi başkalarını ilzam etmeyüp mukirre maksur olmak demekdir.

Beyyine höcceti müteaddiyedir. Çünki beyyine binefsihi delil olmayup hâkimin kabulü ile hüccettir. Hâkimin velâyeti âmmesi olduğundan kabul eylediği beyyine başkaları haklarında da delil olmak lâzımgelir. Şu kadar ki muhakemede bulunup hükme sebeb ittihaz olunan beyyineye karşı müdafaa ve itirazlarını dermeyan etmeyen ve hükümden müteessir olanlar kanunda hilâfına bir hüküm olmadıkça mahkemeye müracaatla o hükmün iptaline karar verilmesini istiyebilir.

İkrar höcceti kasıradır. Çünki ikrar binefsihi delildir. Mukirrin başkaları üzerine velâyet hakkı olmadığı gibi ikrar, hüccet olmakda hâkimin re'yinin inzimamına da ihtiyaç yokdur. Bunun için hasım muhakemede dâvayı ikrar edince hâkim hükme mecburdur.

Mes'ele daha ilmî bir incelemeye tâbi tutulursa ikrarla verilen hüküm kaza ilmi ve tâbiri âharla usulü muhakeme itibarile bir hüküm değildir. Çünki kaza ve hüküm münazaalı hâdiselerde olur. İkrar olunan bir hâdise ise münazaalı sayılmaz. Nitekim H.U.M.K. 238. ci maddesinde şöyle der: Delil dâvanın halline tesir edebilecek münazaalı hususları isbat için ikame olunur. Maruf ve meşhur olan veya ikrar olunan hususlar münazaalı sayılmaz.

Bu madde bu ilmî düşünüşe müstenid olsa gerektir.

Kaideyi birer misal ile gözden geçirelim:

Bir şahıs, mütevaffanın varisi olduğunu diğer bir varis müvacehesinde iddia edüp de müddeaaleyh veraseti ikrar etse bu ikrar ancak kendi hakkında muteber olur. Fakat dâvacı iddiasını şahit veya o hükümde bir beyyine ile isbat ederse neticede verilecek hüküm bütün varisler hakkında muteber olur. Yalnız muhakemede bulunmıyan varisler mahkemeye müracaatla o hükmün iptalini istiyebilirler.

Diğer bir misal: Dâvacı terikeden ... lira alacağı olduğunu iddia edüp de varislerden biri ikrar, diğerleri inkâr etse bu ikrar yalınız ikrar eden varisi ilzam eder. Beyyine ile sabit olmadıkça bu ikrarla diğer varisler ilzam olunamaz.

Bunun gibi mebie bir müstehik çıkup da müşteri ikrar ediverse mücerred bu ikrarla verilecek hüküm bayii ilzam etmez (Borçlar Kanununun 191. ci maddesine bakınız). Fakat müşterinin ihbarı üzerine bayi dâvayı takip etmeyi kabul veya müşteri lehine dâvaya müdahale etmez de müddei dâvasını beyyine ile isbat ederse bu hüküm bayia da sâri olur ve binaenaleyh müşteri Borçlar kanununun 192. ci maddesinde yazılı hakları bayiden dâva hakkına malik olur.

Bazı bakımdan ikrar şehadetten kuvvetli bir höccettir. Çünki ikrarın hilâfı hakikat olması âdeten müstebad olduğu halde şehadette kizb ihtimali nadir değildir. Binaenaleyh bir hâdisede şehadetle ikrar içtimâ ederse lüzum ve ihtiyaç olmadıkça hüküm ikrara bina edilir.

Meselâ, bir alacak dâvasında müddeaaleyh inkâr edüp de

müddei şahid ikame ettikden sonra müddeaaleyh dâvayı ikrar ediverse ikrara binaen hükmolunur. Amma müddeaaleyhin hukukunu müdafaa noktasından şehadetle hükme lüzum ve ihtiyaç varsa o zaman şehadete müsteniden hüküm verilir.

Meselâ, bir kimse müteselsilen mes'uliyetine binaen müteveffadaki bir ticarî alacağını varislerden birinden dâva ve şehadetle dâvasını isbat ettikden sonra müddeaaleyh varis ikrar eylese diğer varislere müracaat edebilmek için şehadetle hüküm muvafık olur.

46. Bürhan ile sabit olan şey ayânen sabit gibidir.

Bürhan delil ve höccet manasınadır. Burada kuvvetli delil demekdir. Kuvvetli delil ile sabit olan şey muayene ve müşahade ile sabit olmuş gibi addolunur. Binaenaleyh böyle bir delil karşısında şüphe ve tereddüt olunmaz. Bunun içindir ki bir kimse huzuru hâkimde müddeabihi ikrar etse hâkim ikrarile hükme mecburdur. Çünki hakikate muhalif olarak bir kimsenin kendi aleyhine ikrarı âdeten müstebad olduğundan ikrar kuvvetli bir höccettir.

Binaenaleyh bu kaide mucebince ikrarla sabit olan şey ayânen sabit olmuş addolunur.

Bunun gibi müddeinin dâvası müddeaaleyhin yazup imzaladığı senetle sabit olunca hâkim bununla hükmeyler. Belki ödenmişdir diye mücerred bir ihtimale yer verilmez ve hükümden imtina olunamaz.

47. Senede müstenid olan ihtimal ile höccet kalmaz.

Bu kaide de muttariden cereyan eden bir kaidedir. Gerçi ihtimali mücerrede itibar yoksa da delilden neş'et eden ihtimal muteberdir. Senede müstenid olan ihtimal ise delilden neş'et eden ihtimal demektir. Böyle bir ihtimal karşısında mahiyeten höccet olmağa salih olsa dahi o şeyin höccet olmak kuvveti zail olur.

Meselâ, bir kimse ... yaşında olduğunu iddia edüp de gösterdiği şahidler iddiasına muvafık şehadet etseler görünüşü şehadeti tekzib ediyorsa bu şehadet kabul olunmaz. Şehadet höccet

olmağa salih ise de kizb ihtimali senede, yani görünüşe müstenid olduğundan bu şehadet höccet olmak kıymetini kaybeder.

Kezalik şehadette menfaati olan kimselerin şehadeti hilafı hakikat olmak ihtimali senede, yani o işde menfaati olmak deliline müstenid olduğundan kabul olunmaz.

Müddeayı isbat için ibraz olunan bir senedde çıkıntı veya hâk ve silinti olup da imza eden itiraz ederse bu haller senedin sıhhat veya mânasına müessir mahiyette ise sened kısmen veya temamen hükümsüz addolunabilir.

Gerçi sened höccet ise de senede, yani zikri geçen hallere müstenid olan ihtimal ile bu kuvvet zail olur.

Bu kaidedeki "sened" den maksad istinad olunacak şey ve hâl manasınadır.

48. Hatası zahir olan zanna itibar yoktur.

Bu kaide hem esas, hem de usulî muamelelerde kabili tatbiktir. Binaenaleyh bir kimse borçlu olmadığı halde hatâen kendisini borçlu zannederek diğerine bir mikdar para verse zannın hata olduğu sabit olunca verdiğini geri alabilir. Çünki hatası zahir olan zanna itibar yokdur.

Bunun gibi bir kimse borçlu olmadığı halde kendisini borçlu zannile borç ikrar ederek sonradan zannında hata eylediğini isbat etse ikrarın hükmü olmaz.

Ancak H.U.M.K. nunun 236. cı maddesi mucebince maddî bir hatadan neş'et eylediği sabit olmadıkça ikrardan rücû olunamaz.

Maddî hata, yekûn sehvi gibi hatalara münhasır olmayup her türlü maddî hataya şamildir. Bu maddeye göre mücerred hata iddialarile ikrardan dönmeğe cevaz yoktur. Maddî bir sebebe dayanmayan hataları mücerred addetmek lâzım gelir.

Mülkiyetin Hükümleri

49. Herkes mülkünde istediği gibi tasarruf edebilir.

Şüphe yoktur ki, tasarruf serbestîsi mülkiyetin ayrılmayan lâzımıdır. Kaide menkulde olduğu gibi gayrimenkulde de caridir. Binaenaleyh bir kimse mülkünde istediği gibi bina yapar ve ağaç

diğer ve binasını yükseltebilir ve ilâveler yapabilir. Arsasını kazarak altında her türlü tesisat yapabilir: Medenî kanun 644. maddeye bak. Ancak tasarruf ederken şu kayıtlara riâyet şarttır:

1—Gayrin hakkı teallûk etmemek.

2—Âmme menfaati mülâhazasile Devletçe konan tahdidlere riâyet olunmak.

3—Âhare zarar vermemek.

Gayrin hakkı teallûk eden yerlerde mülk sahibi bu hakka riâyetle mükelleftir. Gayrin rızası olmadıkça istediği gibi tasarruf edemez.

Meselâ, bir şahıs müşterek bir divan yıkamaz ve evinin saçağını komşusunun evi üzerine uzatamaz. Çünki bu tasarruflar yalnız tasarruf edenin mülkünde değil, ayni zamanda gayrin mülkünde tasarrufdur. Rızası olmaksızın gayrin mülkünde tasarruf ise memnûdur.

Bundan başka mülk sahibi mülkünde tasarruf ederken âmme maslahat ve menfaati mülâhazasile Devletçe konan tahdidlere riâyetle mükellefdir. Aksi halde men olunur. Belediye ve İmar kanunları gibi kanunlarla mevzu tahdidlerin çoğu bu kabildendir. Bu kayıt ve şartlarla beraber mülk sahibi mülkünde tasarruf ederken âhare zarar vermemek şarttır. M.K. 661, 662, 663, 664, 665. ci maddeleri bu zabıtaya müteferridir. Bu maddelere ve "Zarar ve mukabele bizzarar yoktur" kaidesine bakınız.

Tatbikatta çokça vukuuna binâen burada şu mes'ele üzerinde durmak faydalı olur:

Komşunun hareket serbestîsine mâni olacak bir şekilde evine karşı pencere açmak zarar mıdır?

Vaktile Temyiz Birinci Hukuk Dâiresi Medenî kanunda da bu babda bir sarahat olmadığından menfi olarak kararlar vermişdi. Halbuki Medenî kanunun bu hususdaki beyanı temsilidir. Hükmü, tasrih olunan hallere hasretmek şüphesiz doğru değildir. Maddeten zarar veren şeyler memnû olduğu gibi örfen ve halkın telâkkisine göre zarar sayılan şeyleri de zarar cümlesinden addetmek icabeder. Bu halde mes'eleyi tafsile tâbi tutmalıdır.

Eğer bu hareket halkça zarar addedilir ve mülkün kıymetinin ehemmiyetli surette azalmasını mucib olursa zarar var demekdir.

Meselâ, bir kimse sonradan komşusunun yatak odası gibi mahrem olan yerlerine karşı onun hareket serbestîsine mâni olacak bir şekilde pencere açsa komşu her zeman evinde serbest hareket edemez ve evin kıymeti ehemmiyetli surette tenakus eder. Bahsi tenvir ve mukayese için Mecellenin bu babdaki maddelerini haşiye olarak aşağıya alıyoruz[79].

---

79 1192. ci madde: Herkes mülkinde keyfemâyeşâ tasarruf eder. Fakat başkasının hakkı teallûk ederse maliki mülkünde istiklâl üzere tasarrufdan meneder.

1194. cü madde: Kira ki bir yere malik olursa mafevkine ve mâtahtına dahi malik olur. Yani mülkü olan arsada istediği ebniyeyi yapmak ve dilediği kadar çıkmak ve zemini hafr ile mahzen yapmak ve dilediği kadar derin kuyu kazmak gibi tasarrufata muktedir olur.

1195. ci madde: Kimesne hanesinde ihdas eylediği odasının saçağını komşusunun hanesi üzerine uzadamaz. Uzatırsa olhane üzerine gelen miktarı kat olunur.

1196. cı madde: Bir kimsenin bahçesindeki ağacın dalları komşusunun hanesi yahut bahçesi üzerine uzamış olsa ol dalları bağlayıp da geri çektirmek, yahut kesdirmek ile kendi havasını tefriğ ettirmeğe komşusunun salâhiyeti vardır. Amma ağacın gölgesi komşusunun bahçesindeki mezrûâta muzırdır diye ağaç kesilemez.

1197. ci madde: Hiç kimse mülkünde tasarrufdan men olunamaz, meğer ki âhare zararı fahişi ola. Olhalde men olunabilir.

1198. ci madde: Herkes kendi «mülkü olan hâit üzerinde dilediği kadar çıkar ve istediği şeyi yapar. Zarar fahiş olmadıkça komşusu mâni olamaz.

1199. cu madde: Binaya zarar veren, yani binaya vehin getiren ve inhidamına sebeb olan, yahut havayici asliyeyi, yani süknâ gibi binadan maksud olan menfeati asliyeyi men eden şeyler zararı fahişdir.

1200. cü madde: Zararı fahiş bieyyivecihin kân def ettirilir.

Meselâ, bir hanenin ittisalinde demirci dükkânı yahut değirmen yapılup da demir darbından veya değirmenin deveranından olhanenin binasına vehn gelmek yahut furun ihdas ile tütünün kesretinden veya bezirhane ihdas ile rayihai kerihesinden o hanede oturulamıyacak mertebe sahibi müteezzi olmak zararı fahiş olmakla bu zararlar bieyyivecihin kân def ve izale ettirilir.

Ve keza, bir kimse diğerin hanesine muttasıl arsasında hark ihdas ederek değirmenine su icra etmekle hanenin duvarına vehin gelse, yahut bir kimse komşusunun duvarının dibini mezbele ittihaz ve süprüntü ilka etmekle

Herkesin mülkünde tasarrufu mutlak olmadığı içindir ki M.K. nun 618. ci maddesinde bir şeye malik olan kimse o şeyde kanun dâiresinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını hâizdir.. ilâ diye kanun dâiresinde kaydile takyid olunmuşdur.

50. Bir kimse gayrin mülkünde anın rızası veya velâyet ve vesayet gibi bir sıfatı olmadıkça tasarruf edemez.

Hukuk düsturları herkese bir takım faaliyet ve tasarruf sahası tâyin etmiştir. Her ferd ancak kendi sahasında hür ve serbesttir. Diğerin faaliyet sahasına tecavüz edemez. Nizamı içtimâi de bunu icabettirir. Yukarıda da söylediğimiz gibi mülkiyet teallûk ettiği şey ile sahibi arasında bir ihtisasdan ibarettir. Binaenaleyh bir

---

duvar çürüse duvar sahibi zararını def ettirir.
Kezalik birinin hanesi kurbünde diğerin ihdas eylediği harmanın tozu gelmekle olhanede durulamıyacak mertebe sahibi müteezzi olsa zararı def ettirilir.
Nitekim birinin harman yeri kurbünde diğeri bir mürtefi bina ihdas ile harmanın rüzgârını sed eylese zarar fahiş olmakla ref ettirilir.
Kezalik bir kimse bezzazlar çarşısında aşçı dükkânı ihdas edüp de tütünü komşusunun emtiasına isabet ile zarar fahiş olsa def ettirilir ve kezalik bir kimsenin hanesindeki kârizi yarılub da komşusunun hanesine cereyan etmekle zarar fahiş olsa komşusunun dâvası üzerine olkârizin tamir ve ıslâhı lâzım gelir.
1201. ci madde: Bir hanenin havasını yahut nezaretini kesmek veyahut güneşin dühulünü men etmek gibi havayici asliyeden olmayan menafie mâni olmak zararı fahiş değildir. Fakat ziyayı bilkülliye sed etmek zararı fahişdir. Binaenaleyh bir kimse bir bina ihdas ile komşusunun bir pencereli olan odasının penceresini sed edüp de yazı okunamıyacak mertebe karanlık olsa zarar fahiş olmakla def ettirilir. Kapusundan zıya alsın denemez. Zira odasının kapusu soğukdan ve esbası saireden naşi kapanmağa muhtaç olur. Ve eğer odanın iki penceresi olub da birisi berveçhibâlâ bina ihdasile sed edilmiş olsa zarar fahiş addolunur.
1202. ci madde: Matbah ve kuyu başı ve hanenin havlisi gibi makarrı nisvan olan mahallin görünmesi zararı fahiş addolunur. Binâenalâzalik bir kimsenin hanesinde ihdas eylediği penceresinden cârimülâsıkının, yahut sokak aşırı hanesi olan bir kimsenin makarrı nisvan olan mahalli görünür olsa bu zararın refile emrolunur. Olkimse dahi nisvan görünmiyecek surette dıvar yahut tahta perde yapup olzararı def etmeğe mecbur olur. Amma behemehal penceresini sed etmek üzere cebir olunmaz ... ilâ..
1204. cü madde :Bahçe makarrı nisvan addolunmaz.... ilâ.
Müteakip diğer maddelere de bakınız.

mülkde ancak maliki tasarruf edebilüp hodbehod başkası tasarruf edemez. Aksi halde men ve ihlâl olunan kıymet ve menfaatler tazmin ettirilir. Ceza kanunlarında bir ceza tertip olunmuş ise ayrıca bu da tatbik olunur. Amma bir şeyde malikin izni veya velâyet ve vesayet gibi kanunî bir kudret ve salâhiyetle tasarruf caizdir. Hattâ füzulî muamele ve tasarruflar dahi ahiren verilen icazetle lüzum ifade eder.

Kıyas yolu budur. Ancak Borçlar Kanununun 411. ci ve müteakip maddeleri mucebince bir kimse diğerinin gıyabında onun menfaat ve tahmin olunan maksadına muvafık olarak vekâleti olmaksızın onun hesabına tasarrufda bulunabilir.

Farzedelim ki bir kimse oğlunu tahsil için Amerikaya göndermiştir. Türkiyeden aybeay ona yetecek mikdarda para gönderiyor. Fakat bazı mâniler dolayısile bir kaç ay para gönderememiş ve gönderdiği mıkdar parayı orada bulunan aşinalarının biri vermişdir.

Veya bir yangında harik sahasında yanmak tehlikesine maruz bir evi olup o esnada başka mahalde bulunan bir şahsın içinde kimse olmayan evini komşularından biri bazı masraf ihtiyarile tehlikeden kurtarmışdır.

Bu tasarruflar iş sahibinin maksad ve menfaatine muvafık olduğunda şüphe yokdur. Binaenaleyh parayı verenin parasını ve evi yanmakdan kurtaranın sarfiyatını teferrüatile istemeğe hakkı vardır.

Bazı işlerde maksad hasıl olmasa bile işi yaparken icabeden ihtimamda bulunan kimse hakkında da hüküm böyledir.

Kanunun koyduğu kayıt ve şartlar dairesinde işin yapılmasına sahibinin âdeten rızası var demektir. Hattâ öyle vaziyetler olur ki iş, hesabına yapılan kimse için unutulmayacak bir iyilik teşkil eder.

Ancak vekâleti olmaksızın başkası hesabına tasarruf kanunun koyduğu kayıt ve şartlar çerçevesi içinde olmak ve tevsî olunmamak icabeder.

İslâm Hukukunda mes'ele şöyle bir zabıta ile ifade olunmuşdur.

Tasarrufa izin sarahaten olabileceği gibi delâleten dahi olur. İşte şu meseleler zabıtaya teferrü eder:

Bir kaç arkadaş uzak bir mahalle seyahat edüp yolda bunlardan biri vefat etse diğerleri vefat eden kimsenin mallarından kâfi miktarı satarak teçhiz ve tekfin ettikden sonra kalanı veresesine teslim edebilirler.

Bir şeye malik olan o şeyin zaruriyatından olan şeylere de malik olacağından bu hususda lâzımgelen sarfiyatı yapabilmeleri zarurî olur.

Bunun gibi çoban gütmekde olduğu başkasına ait koyunlardan biri hastalanup da hayatından ümid olmasa etinden istifadeyi temin maksadile bu koyunu kesebilir.

Bu tasarruflar mal sahibinin maksad ve menfaatine muvafık olduğunda şüphe yoktur. Yalnız İslâm Hukuku ile Medeni hukuk arasındaki fark bazı hallerde tasarrufu yapanı yardımcı gibi telâkki edüp etmemektedir.

51. Gayrin mülkünde tasarrufla emretmek batıldır.

Gayrin mülkünde sahibinin izni olmadıkça tasarrufa cevaz olmayınca bunun hukukî ve mantıkî neticesi olarak gayrin mülkünde tasarrufla başkasına emretmek batıl olur. Bu kaide bundan evvelki kaideden zımnen anlaşılan bu neticeyi ifade etmektedir. Bu kabil emirlerden âmir mes'ul olup hüsnüniyyet sahibi olan memur mes'ul olmaz.

Meselâ, bir kimse yedinde olup başkasına ait olan bir malda şu veya bu suretle tasarruf etmesi için birine emredip de o da âmirin malı zannile emri ifa ederek bundan bir zarar hasıl olsa mal sahibine karşı âmir mes'uldür. Fakat memur, mal başkasının olduğunu biliyor idi ise o halde kendisi mes'ul olur.

Keza, bir kimse müsteciren oturduğu evde ücretle tuttuğu ustaya bazı tadilât yaptırsa mes'uliyet âmire aittir.

Şunu söylemek lâzımdır ki memur, yerine ve vaziyete göre lâzımgelen dikkat ve ihtimamda bulunacaktır, aksi halde hüsnüniyyet iddiasında bulunamaz. Benzeri hallerde vaziyete ve fiilin sureti vukuuna nazaran kimin mes'ul olacağını ve

hüsnüniyyet bulunup bulunmadığını hâkim takdir eder.

İslâm Hukukunda da hüküm böyledir. Şu kadar ki memur hüsnüniyyet sahibi olması halinde kendisi zâmin olup mes'ul tutulduğu mıkdarla âmire rücû eder.

52. Meşrû bir sebeb olmadıkça gayrin malini almak caiz değildir.

Mal kimin ise yedinde bulundurmak ve tasarruf etmek münhasıran o kimseye aittir. Bu hakların diğerine intikali için mal sahibinin rızası gibi bir sebeb lâzımdır. Böyle bir sebep olmadıkça hiç bir suretle bir kimse diğerinin malini alamaz.

Meselâ, bir kimse çalmak maksadı olmıyarak lâtife olmak üzere birinin malini alsa gasb hükmü câri olur; mevcud ise aynen ve müstehlek ise bedelen sahibine iade eder.

Bu asla mebnidir ki, muteber olmayan veya tehakkuk etmemiş olan veya vücudu nihayet bulan bir sebebe müsteniden alınan şeyin iâdesi lâzımdır.

Borçlar Kanununun 63. cü ve müteakip maddelerine bakınız.

İslâm Hukukunda bu gibi hallerde sebebsiz alınan şey borç halinde ise borç, emânet hükmünde ise emânet ve gasb hükmünde ise gasb hükümleri tatbik olunur.

Borçlar kanunu hükmüne muhalif olarak İslâm Hukukunda ahlâka mugayir bir maksad istihsali için verilen şeyler mevcudsa aynen ve müstehlek ise bedelen istirdad olunabilir. İstirdad olunamamak için ileri sürülen sebep kabili müdafaa değildir. Filhakika hukuk münasebetleri daima nazarî esaslarla idare edilemezse de esaslardan inhiraf için mutlaka faide ve maslahat lâzımdır.

Haksız Fiiller

53. Zarar ve mukabele bizzarar yoktur.

Bidayeten başkasına zarar vermek memnû olduğu gibi zarara zararla mukabele etmek de memnudur.

Zarar kanunen muhterem olan maddî ve manevî menfaatlerin haleldar veya zâyi olmasıdır. Kanunun himaye etmediği menfaatler kaidenin şümulü haricindedir. Bir şahsa ceza verilmek zarardır ve bir komşunun gölgesinden istifade ettiği bir ağacı sahibinin kesmesi komşu için zarardır. Fakat bu zararların teallûk ettiği menfaat kanunun himaye etmediği menfaatlerdendir.

Herkesin bir hürriyet ve faaliyet sahası vardır. Bu sahada serbestçe hareket edebilir. Ancak bu hareketlerde kimseye maddî ve manevî zarar vermemek şarttır.

Kanunlarda bu kaidenin bir çok cüz'iyyat ve furûu vardır. Ezcümle Medenî kanunun 661 ve 662. ci maddeleri de bu esasa müteferridir.

661. ci maddenin sarahati üzere bir kimse mülkünü kullanırken hele sınaî işler yaparken komşusuna zarar verecek her türlü taşkınlıklardan çekinmeğe mecburdur. Hususile mazarrat veren ve gayrimenkulün mevki ve mahiyetine ve mahallî örfe göre komşular arasında hoş görülmiyecek dereceyi geçen gürültüler ve sarsıntılar yapmak ve duman ve kurum ve rahatsızlık veren sair toz ve buğu ve koku çıkarmak memnû olduğu gibi 662. ci madde mucebince mülk sahibi hafriyyat ve inşaatta bulunurken komşunun arsasına zarar vererek veya zarara maruz bırakarak veya üzerindeki mebânîyi tehlikeye koyarak ızrar edemez.

Izrarda kasd ve niyyet nazara alınmaz. Kasden ve haksız olarak birinin malını almak memnû olduğu gibi iyi niyyetle izni olmayarak başkasının malini almak da memnudur.

İhmal ve teseyyüb ve tedbirsizlikle kezalik haksız bir surette diğer kimseye bir zarar îkâ eden kimse o zararı tazmine mecburdur. İleride bir kaide halinde bu mes'eleler izah olunacaktır.

Zarara zararla mukabele de yasakdır. Çünki böyle bir muamele her iki taraf için zararı mahz olmakla beraber intikam ve husumet hislerini tahrik ve teşdid edeceği cihetle asla tecviz olunamaz.

54. Zarar izale olunur.

Bu kaide bundan evvelki kaidenin neticesidir. Zarara zararla mukabele caiz olmayınca zararı sureti meşrûada izale zarurî olur. Hukukî hayat ve asayiş ancak bu tarikle muhafaza olunabilir. Bu kaidenin de kanunlarımızda sayısız misâllerine tesadüf ederiz.

Ayıb sebebile mebîi iâde veya noksan kıymetle rücû, müşterek malların cebren taksimi veya satılarak şuyûun izalesi, Şüf'a hakkı, komşunun mülküne zarar veren ağaç dallarının kesilmesi ve diğer mümasil hükümler hep bu kaideye müteferridir. Zararın mümkin oldukça aynen izalesi cihetine gidilir.

Meselâ, gasbolunan bir mal aynen mevcud ise aynen sahibine iâde edilir. Gâsıb kıymetini veririm diyemez. Aynen iâde mümkin değilse bedele gidilir.

Meselâ, bir mal itlâf olunursa aynen iâde mümkin olmadığından itlâf olunan şey mislî ise mislile kiyemî ise kıymetile ödenir.

Burada tatbikatta çokça tesadüf olunan bir mes'eleye temas etmek faideli olur.

Bir bina veya bir gemi veya bir toprak (arz) veya bunlara benzeyen bir mal tahrip olunursa hâlisabıka ircâ mı, yoksa noksan kıymetle tazmin mi ettirilir?

Esas itibarile mes'ele hâkimlerin takdirine ait olmakla beraber şöyle bir zabıta ile mes'eleyi mütalâa etmek doğru olur:

İhtilâfı mucib olmıyacak derecede mümaselet mümkin değilse kıymetle ve mümkin ise aynen iâde ile tazmin olunur.

Farzedelim ki bir dükkân veya bir gemi tahrip edilmiş veya ziraat olunan bir toprakda bazı ameliye yapılarak veya su bırakılarak ziraat olunmıyacak bir hale getirilmiştir. Dükkân ve geminin evvelki gibi inşası suretile ve arzın ameliyelerle eski hale getirilmesi ile mi zarar def edilecek, yoksa tahrip olunan malların tahribi sebebile hasıl olan zarar para ile mi giderilecekdir?

Bu hallerde mümaselet kabil olmadığından bedelle tazmin icabeder. Çünki bilâhare yine ihtilâf çıkabilir ve mutazarrır olan taraf dükkân veya geminin fena malzeme ile ve fena yapıldığını ve arzın eski hali bu şekilde olmadığını ve zararı yapan da aksini iddia ile bu suretle münazaa ve ihtilâf devam edebilir.

İşte bundan dolayı bu gibi hallerde bedelle tazmin muvafık olur. Fakat bir evin kırılan camlarının eskisi gibi takdırılması mümkin olduğundan aynen iade ettirilir. Esasen bu şekilde tazmin misliyyattan olan camları mislile tazmin kabilindendir.

Gerçi kıymetle hükümden sonra malzeme ve işçi ücretlerinde iniş ve çıkış ve bu cihetle taraflardan biri mutazarrır olabilir, fakat bu gibi tehavvüller nadir olmakla beraber benzeri mes'elelerde daima mahzur ve faydalar mukayese olunarak hüküm verilir ve faydası galip olan cihet tercih olunur[80].

55. Kasd, ihmal, teseyyüb ve tedbirsizlikle haksız bir surette âharı ızrar eden bu zararı tazminle mükellefdir.

Mecellede "Mübaşir müteammid olmasa da zamin olur", "Mütesebbib müteammid olmadıkça zamin olmaz" diye iki kaide vardır.

Borçlar kanunu bu mes'eleleri "Gerek kasden ve gerek ihmal ve teseyyüb veyahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye bir zarar ikâ eden şahıs o zararın tazminine mecburdur.

Ahlâka mugayir bir fiil ile ahar kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs kezalik o zararı tazmine mecburdur"

---

80 İslâm Hukukunun mes'eleyi nasıl düşündüğünü Mecellenin şu maddelerinde vazıhan anlamak mümkindir:
917. ci madde: Bir kimse diğerin maline kıymetce bir günâ noksan getirirse noksan kıymetini zamin olur.
918. ci madde: Bir kimse diğerin hane ve dükkân misillû akarını bigayrihakkın hedm etse sahibi muhayyerdir: dilerse enkazını hedm eden kimseye terk ederek mebniyyen kıymetini tazmin ettirir ve dilerse ol akarın mebniyyen kıymetinden enkazın kıymetini tenzil ve kıymeti bakiyeyi tazmin ile beraberi enkazı dahi alıkor.
Fakat gâsıb onu kelevvel bina ediverirse zamandan beri olur.

diye icmal etmiş ve mes'eleyi mübaşeret ve tesebbüb noktasından mütalâa eylemiştir.

Ehemmiyetine binaen bahsi izah ve ayni zemanda mukayese imkânı hasıl olmak için evvelâ Mecelle kaideleri, sonra da Medenî kanunun bu baptaki hükümleri üzerinde durmağı faideli gördük.

Mecelleye göre mübaşir ister muteammid olsun, isterse olmasın yaptığı zarardan mes'uldür.

Mübaşir fiili ile zarar arasına diğer ihtiyarî bir fiil girmiyen kimsedir, diye tarif olunur. Fakat bize göre mübaşiri fiili ile zarar arasına diğer bir fiil veya neticeye müessir bir hâdise girmeyen kimsedir, diye tarif etmek daha doğrudur.

Mübaşir yaptığı zarardan mes'uldür.

Meselâ, bir kimse birinin bir malını itlâf veya evini tahrip etse meydana gelen zararı tazmine mecburdur.

Keza, bir şahıs birinin dükkânına girip de hatâen dükkândaki bir mala çarpıp bir hasar vukua gelse bu hasardan mes'uldür.

Mübaşirin teammüden ve kasden yaptığı zarardan mes'uliyetinin sebebi açıkdır. Teammüd ve kasd olmaksızın vukua gelen zarardan mes'uliyet zarar doğrudan doğruya fiile muzaf olup alelekser bu gibi zararlar bir dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi olmasındandır.

Bununla beraber muhterem ve sıyaneti lâzım olan mal ve kıymetleri, mümkin olduğu kadar sıyanet etmek İslâm Hukukunun ana esaslarındandır. Bunun içindir ki mümeyyiz olsun olmasın küçükler ve mecnun ve mâtuhlar yaptıkları zararlardan mes'uldürler.

Binaenaleyh mümeyyiz olmayan bir çocuk veya akıl hastalığına müptelâ bir adam birinin malini itlâf etse mallarından tazmin ettirilir.

Mütesebbib muteammid olmadıkça zarnin olmaz.

Mütesebbib kendi fiilile zarar arasına ihtiyarî başka bir fiil veya

neticeye müessir başka bir hâdise giren kimsedir.

Teammüdden murad kasd, teaddidir. İhmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik teaddi sayılır. Fakat kusur ve teaddi mefhumunun hududunu tâyin etmek kolay değildir. Bazan bir fiili hiç düşünülmeyen ve muhtemel olmayan hâdiseler takip edebilir ve bunlar muhtelif fiil veya kusur ve tedbirsizliklerin neticesi olabilir. Bu halde mes'uliyet lâzım gelüp gelmiyeceği ve kimin mes'ul olduğu hâdiselerin sureti vuku ve cereyanına göre takdir olunur.

Fukahanın beyanına nazaran mütesebbib iki surette zamin olur:

1—Fiil kasde mukarin ise.

2—Fiilde teaddi varsa.

Meselâ, bir kimse hakkı olmayan bir yerde bir çukur kazup da oraya birinin malı düşerek telef olsa zamin olur. Amma kendi mülkünde kazub da birinin hayvanı düşse bir şey lâzım gelmez. Çünki ne kasd ve ne de teaddisi vardır. Fakat kendi mülkü olsa dahi bir şahıs veya bir şahsın malı düşsün diye bir çukur kazar veya muhafazasız şunun bunun geçtiği veya hayvanların otladığı arazisinde böyle bir ameliye yapıb da bundan bir zarar hasıl olursa mes'ul olur. Çünki birinci halde kasd ve ikincide tedbirsizlik vardır.

Keza, bir kimse diğerinin hayvanını ürkütüp de hayvan zayi olsa müteammid olduğundan hayvan kendisine tazmin ettirilir. Fakat hayvan kendiliğinden ürküp de zayi olsa bir şey lâzım gelmez.

Bunun gibi bir yol müteahhidi inşa etmekte olduğu yolda açtığı çukurlara gelüp geçen düşmemek için tedbir almazsa meydana gelecek zarardan mes'uldür. Çünki bu bir ihmal ve teaddi sayılır.

Kezalik, tedbir alınmamasından dolayı şimendüferin bacasından çıkan kıvılcımlar etrafa düşerek mezrûâta bir zarar verirse idare mes'ul tutulur. Çünki bacadan çıkan kıvılcımların etrafa düşerek harik vukua getirmesi daima ihtimal dahilindedir. Bunun nazara alınmaması tedbirsizlik ve binaenaleyh teaddidir.

Fakat mümkin olan her türlü tedbir alınmış olmakla beraber bacadan etrafa düşen bir kıvılcımdan bir zarar hasıl olursa bu mes'uliyeti icabetmez.

Mecellede şöyle bir kaide dahi görürüz: "Mübaşir, yani fail ile mütesebbib müctemi oldukda hüküm faile muzaf kılınır". Yani mübaşir ile mütesebbib içtima ettiği ve sebeb mübaşeretten ayrı bulunduğu takdirde telef ve zararı mucib olmazsa hüküm faile muzaf olur.

Meselâ, birinin hakkı olmayan bir yerde kazdığı kuyuya bir şahıs birinin malini atup itlâf etse, zaman malı atana terettüp edüp kazana bir şey lâzım gelmez. Çünki kuyu müstakillen ve mutlaka telefe müeddi olmaz. Hatıra gelebilir ki kuyu kazılmamış olsa bu netice olmıyacakdı. Fakat kasden haksız bir fiil ile zararı vukua getiren varken hiç böyle bir netice düşünmeyen ve doğrudan doğruya bir zarar ika edecek mahiyette olmayan fiilinden dolayı bir şahsı mes'ul etmek akla ve hakkaniyete muvafık ve mülâyim düşmez. Bunun gibi bir şahıs diğerine bir adamın mal ve parası olduğu yeri haber verüp de o kimse o mal ve paraları çalsa mes'uliyet münhasıran çalana lâzım gelir.

Mes'ele Mecelle şerhlerinde bu şekilde tasvir ve tefrî olunuyorsa da bu hususda isabetli bir hüküm verebilmek için malların yerini haber verenin maksadım araştırmak icabeder. Hırsızlığı temin ve teshil içünse bunun da mes'ul olması icabeder. Esasen bir işden maksad ne ise hüküm ona göredir.

Delâlet eden, zamin olursa hırsıza müracaat mes'elesi kalır ki müracaat edememek için bir sebeb yokdur.

Sun'u taksirin, teaddinin diğer misalleri için Mecellenin İcare, Emanet, İda ve Âriyet bahislerine bakınız.

İslâm Hukukunun bu mes'elelerde takip ettiği esas ve noktai nazarlar hakkında bir fikir edinebilmek için bu kadar kifayet eder zannındayım.

Borçlar kanununun takip ettiği esas ve noktai nazarlara gelince: Her şeyden evvel söyliyelim ki Borçlar kanununa göre temyiz kudretinden mahrum olanlar kaideten yaptıkları zarardan mes'ul değildir. Ancak Borçlar kanununun 54 üncü maddesinin sarahati

veçhile hâkim bunları îkâ ettikleri zarardan dolayı temamen veya kısmen mahkûm etmek salâhiyetine maliktir. Yalınız mes'uliyet hakkaniyet muktezasından olacaktır. Hakkaniyet hisse uygun olan şey demektir. Binaenaleyh bir aile reisini öldüren veya bir evi yakan gayrimümeyyiz bir çocuk veya bir deli mes'ul sayılmamaktadır. Fakat zararı yapan gayrimümeyyiz zengin ve zarar gören fakir bir âile veya bir şahıs olabilir. Bunun için kanun hakkaniyet iktiza ediyorsa hâkim temyiz kudretini hâiz olmayan kimseyi îkâ ettiği zararın tamamen veya kısmen tazminine mahkûm eder diyor.

Madde temyiz kudretini muvakkaten izaa edenleri müstesna tutmuştur. Bu istisna ile bilhassa sarhoşlar düşünülmüştür. Maahâzâ başka bir sebeble de temyiz kudretini muvakkaten izaa mümkindir. Bunlar yapmış oldukları zarardan mes'ul olur. Şu kadar ki kendi kusurları olmaksızın temyiz kudretini zayi ettiklerini isbat ederlerse mes'uliyetten kurtulurlar.

Meselâ, "B" "A" ya bir zarar ika etmiştir. "B" bu zarara kendisinin zorla sarhoş edilmiş olması veya bir hastalık yüzünden şuurunu kaybetmesi sebeb olduğunu iddia ve isbat ederse mes'uliyetten kurtulur. Birinci halde zaman zorla temyiz kudretinin ziyaına sebebiyet veren şahsa terettüp eyler.

Bu mes'eleleri kısaca gördükten sonra haksız fiillerin ne olduğunu tetkik edelim:

Haksız fiiller ya akidlere müteallikdir veya mücerred fiillerden ibarettir. Akidlere ait haksız fiillerin hükümleri umumî ve hususî hükümler meyanında beyan olunmuşdur. Maahâza sarahat olmayan hususlarda haksız fiillere mahsus hükümler tatbik olunur. Burada bunlarla iştigal etmiyeceğiz. Yalınız haksız fiil nedir, ne zaman ve ne gibi şartlar altında mes'uliyeti icabeder, bunları mütalâa ile kaidenin mefhum ve derecei şümulünü tayine çalışacağız.

Mecellede muhtelif bahislerde teammüd, sun'utaksir ve teaddi gibi tâbirler vardır.

Borçlar kanununun zikri geçen 41 inci maddesinde de kasd, ihmal, teseyyüb ve tedbirsizlik tâbirleri vardır. Bir de kanunda

haksız surette kaydı sevk olunmuşdur. Mecelledeki tâbirin tam mânalarını tayin etmek ne kadar zorsa Borçlar kanununun kayıd ve sevkeylediği mefhumların şümûl derecesini anlamak da o kadar zordur. Haksız fiil mefhumu altında toplamak istediğimiz hal ve keyfiyetler ihata edilemiyecek kadar çoktur. Ferdlerin faaliyet ve menfaat sahalarını tâyindeki zorluk ve noktainazar ihtilâfları mes'eleyi iğlâk etmektedir.

Kasd nedir? Lügatte niyyet mânasına olan bu kelime bu mebhasde hakka aykırı bir netice arzu etmek; ihmal, hukuken yapmak lâzımgelen bir şeyi yapmamak; teseyyüb, bir zarara meydan vermemek için sarfı gereken dikkati sarf etmemek ve tedbirsizlik, bir işi yaparken vukuu melhuz neticeleri düşünmiyerek bir zarar vukuuna meydan vermektir ki gerek teseyyüb ve gerek tedbirsizlik pek az farkla ihmal ile ifade olunabilir. Kanun hakka mugayir olan fiil ve hareketleri mucibi mes'uliyet addetmiştir. Hakka mugayir olan fiil ya müsbet veya menfîdir. Menfi hareketler zamanı müstelzim olmak için hukuken yapmak mecburiyeti olmalıdır. Böyle bir mecburiyet olmayan hallerde mes'uliyet yoktur. Ahlâkî vazifelerin yapılmamasında da hüküm böyledir. Denize düşüp boğulan bir kimseyi kurtarmak iktidarında olan bunu yapmadığından dolayı mes'ul değildir. Meğer ki kanunen bu bir vazife sayılmış olsun.

Müsbet fiiller ya kasde mukarin veya ihmal ve dikkatsizlik eseridir. Gerek kasde mukarin olsun, gerekse ihmal neticesi bulunsun haksız olarak gayri ızrar eden veya zarara sebebiyet veren şahıs mes'ul tutulur. Hattâ bazı hallerde evvelden ademi mes'uliyete müteallik yapılacak mukavele batıldır.

Haksız olarak kaydile işaret olunduğu üzere müdafaai meşruada olduğu gibi haklı olarak ikâ olunan zararlardan dolayı tazminat lâzım gelmez: Borçlar K. 52. ci maddesine bakınız.

Açık olan hallerde bir fiilin haksız olup olmadığını tâyin kolaydır. İhmal ve dikkatsizlik iddia olunan hallerde ihmal ve dikkatsizlik olup olmadığının derecesini hâkim takdir eder.

Kalabalık bir yolda kanunen muayyen süratte olsa dahi kaza ve zarar ihtimalini nazara almayan bir otomobilci, bir çocuğa silâh veren bir adam, tababetin usûl ve tatbikatını lâyiki veçhile

bilmeyen bir tabib, hasta hayvanlarını diğerlerinin hayvanları içine bırakıp bunların hastalanmasına sebebiyet veren bir şahıs veya hilafı âde evinde açık bıraktığı mangaldan çıkan kıvılcımdan yangına ve binnetice komşusunun evinin yanmasına sebebiye veren bir kimse vukua gelen zararlardan mes'uldür.

Hülâsa olarak denebilir ki bir zarardan mes'ul olmak için müddeaaleyhe kabili isnad bir kusur olmak lâzımdır. Kusur isnadı kabil olmayan yerlerde mes'uliyet yokdur.

56. Cevaz zamana münafidir.

Hukuken ve ahlâken işlenmesine cevaz ve müsaade olan yerlerde zaman ve zaman lâzım gelen yerlerde müstesnalardan kat'ınazar cevaz yokdur.

Cevaz zamana münafidir kaidesi gibi zaman cevaza münafidir de denmek doğrudur. Çünki kaide olarak daima zaman haksız fiilin neticesidir. Haksız fiil ise memnûdur.

Meselâ, müstecir mecur evi mûtâd veçhile kullanırken kendiliğinden bir zarar vukua gelse veya bir hayvanı bir kimse âriyet alup ondan intifa ederken hayvan telef olsa zaman lâzım gelmez. Amma mağsub yedinde telef olsa gâsıbdan tazmin ettirilir. Bunun gibi bir tabib tıb ilminin kabul ettiği esaslar dairesinde bir ameliye yapub da ameliyeden sonra hasta vefat etse tabib mes'ul olmaz. Amma fennen hiç icab etmediği hallerde veya fennin tarif ve esaslarına muhalif olarak yapılan ameliyeden hasta vefat etse yapan bundan mes'uldür.

Bunlardan başka istisnâen kanunların cevaz verdiği hallerde de hüküm böyledir. Borçlar kanununun 52. ci maddesinin 3. cü fıkrasındaki cevaz bu cümledendir.

Biraz evvel işaret ettiğimiz gibi kaidenin bazı müstesnaları vardır. Iztırar gayrin hakkını iptal etmez kaidesinde izah olunduğu üzere bir kimse tehlikeden nefsini kurtarmak için başkasının malını itlâf etse hâkimin hakkaniyete tevfikan takdir edeceği tazminatla mes'ul olur.

İşte bu mes'elelerde ıztırar sebebile ıtlâfa cevaz olduğu halde yine zaman lâzım geliyor.

Borçlar kanununun 52 inci maddesine bakınız.

57. Hayvanın kendiliğinden yapdığı cinayet ve mazarrat hederdir.

Bu kaide İslâm Hukukunun noktai nazarına göredir. Biraz sonra izah edeceğimiz veçhile Borçlar kanununun kabul ettiği hükümle bunun arasında tevfik edilemiyeeek derecede ayrılık vardır.

Heder demek zaman lâzım gelmez demektir. Kendiliğinden tâbirinden anlaşılacağı üzere hayvanların yaptığı zarardan ancak teseyyüb ve taksir olmaması halinde zaman lâzım gelmez.

Meselâ, bir yerde hayvan bağlamağa hakkı olan iki kimse bu yere hayvanlarını bağlayup da biri diğerini sakat veya telef etse zaman lâzım gelmez.

Nitekim, bir kimsenin hayvanı mer'ada gezerken onun sun'u taksiri olmaksızın diğer bir hayvana zarar iras etse sahibi mes'ul değildir. Fakat teseyyüb ve taksir halinde hayvan sahibi zararı tazmin eder.

Meselâ, yukarıdaki misallerden evvelkinde hayvan sahiplerinden biri hayvanını bağlanmış hayvanların yanına bağlamadan bırakır ve ikinci de süsgen ve saldıran bir hayvanı ihtara rağmen mer'aya bırakup da bu hayvan diğer hayvanlara bir zarar yaparsa tazmin ile mükellef olur.

Bunun gibi bir şahıs hayvanını köy ve şehir içine başı boş bırakup da bir zarara sebebiyet verirse bu zarardan mes'ul tutulur.

Görülüyor ki Mecelleye göre hayvanların cinayet ve zararlarından sahipleri mes'ul olmak için her halde teaddi ve taksir lâzımdır.

Borçlar kanununa gelince: 56. cı madde mucebince hayvanı idare eden, hayvanın yaptığı zarardan mes'uldür. Müelliflerin izahlarına göre mes'ul olacak şahıs hayvanın mâliki değil müstecir, müstaîr ve intifa sahibi gibi hayvandan iktisaden istifade eden ve bu münasebetle hayvan kendi muhafazası altında bulunan kimselerdir. Fakat doğrusu metinden bu mâna anlaşılmaz.

Meğer ki idare eden tâbiri bunların örfünde bu mânaya olsun.

Metin aynen şöyledir: "Bir hayvan tarafından yapılan zararı o hayvan kimin idaresinde ise o kimse hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinayı yaptığını veyahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını isbat etmedikçe tazmine mecburdur.

Bu surette eğer hayvan diğer bir şahıs yahut diğer bir şahsa ait olan hayvan tarafından ürkütülmüş olursa bu kimse onlara rücû eder".

Kimin idaresinde ise tâbirini hancı, çoban, hayvana bakmak üzere tutulan müstahdemlere şâmil bir mânada almak zaman hakkındaki esaslara daha muvafık olur. Çoban ve müstahdemlerin dikkatsizlik ve kusurlarından meydana gelen zararlarda 55. ci madde hükmü tatbik olunabilir.

Son fıkranın mutlak sevkedildiğinden, dikkat ve itinayı yaptığı... ilâ ibaresinden ne kasdedildiği de anlaşılamamaktadır. Belki kanun vazıı bu hükmü koyarken ihmal, tedbirsizlik, teseyyüb gibi kusur mülâhazasile değil hayvan idare edenlerin âzamî dikkat ve itinalarını temin etmek maksadile hareket etmiştir. Tefsire müsaid olan metni daha makul ve mutedil ve hukuk esaslarına uygun surette tefsir ve tatbik etmek hakkaniyet ve adalete muvafık düşer.

Tebean Sabit Olan Hükümler

58. Vücudda bir şeye tâbi olan hükümde dahi ona tâbi olur.

Bir şeyin maddeten cüz'ünü teşkil eden şey o şey'e tâbi olduğu gibi mütemmim cüzüler ve intifa ve istifade için menkul ve gayri menkul bir şey ile esaslı surette birleştirilen şeyler de tâbi sayılır.

Bir binayı teşkil eden kısımları ve bir arsa üzerinde bulunan bina ve ağaçlar birer cüzüdür. Bir şeyin filasıl cüz'ü olmayup yalınız ondan istifade ve intifa için birleştirilen şeyler cüz değilse de bunlar da o şeyin maliyeti bakımından cüz'ü hükmündedir.

Medenî kanun 619. cu ve 620. ci maddelerde mütemmim cüzüleri ve 621. ci maddede cüzü hükmünde olan teferruatı tarif ve beyan etmiştir.

Bu kaide mucebince gerek mütemmim cüz' ve gerekse teferrüat tasarrufda asıl şeye tâbidir. Hattâ mütemmim cüzüler istisna edilmek dahi sahih değildir. Fakat teferrüat istisna olunabilir ve bu istisna ile teferruatın asıl şey ile irtibatı kesilmiş olur.

Bir kaç misal ile kaideyi cüz'iyata tatbik edelim:

Bir hayvan satıldıkta hayvanın karnındaki yavru satışda dahil olacağı gibi bir arsa satıldıkda bina ve ağaçlar ve ağacın üzerinde bulunan meyveler dahil olur. Bunun gibi bina satışında binada tesis olunan dolap ve muşamba gibi teferruat ve bir arz satıldıkta üzerinde bulunan mezruat beraber satılmış olur. Fakat dolap, muşamba ve mezruat istisna edilirse istisna muteber olur.

59. Tâbi olan şeye ayrıca hüküm verilmez.

Bu kaide bundan evvelki kaideden istinbat olunmuştur. Bir şey hükümde diğer bir şey'e tâbi olunca onun için ayrı hüküm olmamak icabeder.

Ancak kaide tâbiiyet vasfı baki olmak şartile mukayyeddir. Tâbiiyet vasfı zail oldukdan sonra tâbi olan şey müstakil bir mevcudiyet iktisab eder.

Meselâ, bir hayvanın karnındaki yavrusu bir evin kapu ve pencere gibi cüzüleri ve bir arsa üzerinde bulunan bina ve ağaçlar ayrıca ve müstakillen satılamaz ve böyle bir satış kanunen muteber olmaz[81].

Fakat yavru doğduktan ve kapu ve pencere binadan ayrıldıkdan sonra satılabilir ve hibe olunabilir. Çünki bunlar, yani yavru doğmakla müstakil bir mevcudiyet iktisab etmiş ve pencereler ayrıldıkdan sonra cüz'iyet kalkmıştır.

---

81 İhtiyaç ve örf ve âdete binaen semere de müstakillen tasarruf olunabilir ve aslın mevcudiyetini teşkil eden akşamdan olmadıkından istisnası da caiz olmak lâzımgelir.

60. Asıl sâkıt oldukda fer'i dahi sâkıt olur.

Gerek maddî gerek hukukî şeylerde asıl sakıt oldukda feri dahi sâkıt olur. Çünki feri ya asıl ile kaim veya ona mürtebittir. Binaenaleyh hal vücudda olduğu gibi ademde de öyle olmak lâzım olur.

Meselâ, asıl borcu ödeyüp veya alacaklı kendisini ibra edüp bu suretle borç sâkıt olunca kefil dahi kefaletten berî olur. Çünki borç asıl, ödeme borcu feridir. Amma kefil ibra olunup da bu suretle ödeme borcu sâkıt olsa asıl borç sâkıt ve asıl borçdan berî olmaz.

Kezalik alacaklı alacağını istifâ veya ibrâ etse işlememiş faiz sâkıt olur[82]. Çünki faizin lüzumu alacağın mevcudiyetine bağlıdır. Alacak zail olunca artık faiz bahis mevzuu olamaz.

Her iki surette rehin hakkı da sakıt ve rehnin iâdesi lâzım olur. Çünki rehin alacağa bağlı fer'î bir hakdır. Diğer feri haklarda da hüküm böyledir. İşte Borçlar kanununun 113. cü maddesi bu kaideye müteferridir. Bu maddede asıl borç tediye ile veya sair suretle sâkıt olduğu takdirde kefalet ve rehin ve sair fer'î hakların sâkıt olacağı gösterilmiştir.

Evvelce işleyen faizleri talep hakkının mahfuz bulunduğu beyan edilmiş veya hal icabından neş'et eylemiş olmadıkça bu faizler talep olunamaz denmiştir[83].

62. Sâkıt avdet etmez.

Yani hukuken vücudu kalmayan şey tekrar vücud bulmaz. Bu kaide istisnasız her yerde kabili tatbikdir. Hattâ maddiyatta dahi böyledir. Maddî bir şeyin sureti nev'iye ve renk gibi vasıfları zail oldukdan sonra tekrar vücuda gelmesi mümkin değildir. Ancak diğer bir hâdise ile benzeri vücuda gelebilir.

Meselâ, bir kimse borçlusunu ibrâ ettikden sonra bundan rücû

---

82 Misâlin işlememiş kaydile takyidi işlemiş faiz feri olduğundandır. İhtirazî kayıd dermeyan edilmedikçe veya hal icabından anlaşılmadıkça işlemiş faizin istenemiyeceği feri' olduğundan değil evvelce tahsil edilmiş sayılmasındandır.

83 Borçların ne gibi hal ve sebeblerle sâkıt olacağı Borçlar Kanununun borçların sukutu hakkındaki faslında yazılıdır.

ile alacağını isteyemez. Borçlar Kanununun 211. ci maddesinin son fıkrası da bu kaideye teferrû eder. Bu madde mucebince mebiy semenin tediyesinden sonra veya tediye akabinde teslim edilmek lâzım gelen hallerde müşteri temerrüd ederse bayi hiç bir merasime muhtaç olmaksızın bey'i fesh edebilir.

Mebiy müşteriye teslim edilmiş ise bayi bu hakkı sarahaten muhafaza etmiş olmadıkça bey'i fesh edüp mebii istirdad edemez.

Görülüyor ki; mebiin teslimi ile fesih hakkı sâkıt oluyor. Teslim ile bu hak sakıt oldukdan sonra artık avdet etmez ve binaenaleyh bayi beyi fesh edemiyeceği gibi semen verildiğinde teslim olunmak üzere geri alamaz.

Müruruzaman veya feragatla sâkıt olan dâva hakkında da hüküm böyledir, yani tekrar ayni şey hakkında dâva açılamaz.

63. Her kim ki kendi tarafından tamam olan şeyin nakzına say ederse sâyi merdud olur. Yani bir kimse kendi rıza ve fiili ile tamam olan hukukî bir muameleyi bozmağa çalışırsa kabul olunmaz.

Muamelelerin nasıl tamam olacağını kanunlar tâyin etmiştir. Tamam olmayan veya rücû kabil olan muamele ve akidleri iptal veya bunlardan rücû mümkindir. Bu kaide kısmen sâkıt olan şey avdet etmez kaidesine ve kısmen de muamelelerde istikrar ve emniyet temini maksadına müsteniddir. Böyle olmasa hiç kimse diğerile muameleye cesaret edemez. Bugün yapılıp yarın bozulan şeylerde zarardan başka bir netice hasıl olmaz ve hukukdan beklenen gaye tamamen fevt olur.

İçtihad

64. Mevridi nâsda içtihada mesağ yokdur.

Mansus olan yani kanunda hükmü açıkça söylenen bir mes'ele hakkında içtihada lüzum görülmez. Çünki içtihad hükmü sarih olmayan mes'elelerde kanun vâzıının maksadını arayup bulmak ve mevzuatın temas etmediği hâdiselerde çalışup bu boşlukları doldurmak için kabul edilmiş bir müessesedir. Sarahat olan yerlerde çalışup yorulmağa mahal yoktur; sarahat mucebince amel olunur.

Sarahat olan yerde içtihada mesağ verilse içtihad ile varılan netice ya kanunun sarahatına muvafık veya muhalif olacaktır. Muvafık ise esasen düşünmeğe ihtiyaç yoktur. Muhalif ise kanunun sarahati karşısında bu içtihadın hiç bir kıymeti olmaz. Bu yoldaki ilmî içtihad ve mütalâalar kanunları intikad mahiyetini geçemez.

Binaenaleyh meselâ; şu mes'elelerde hâkim hilâfında bir içtihad tesis edemez:

1. Mal birliği, mal ortaklığı evlenmenin mahiyeti mahsusasile ve medenî haklara müteallik umde ve esaslara muhalif diye.

2. Ana babanın çocukların mallarından intifa hakları olması ve küçüğün kazancı yanlarında yaşadıkça ana babaya ait bulunması şahsiyet icablarına muhalif olması mütalâasile.

3. Gayrisahih neseb şahsî ve içtimaî bakımdan gayrimakul olması mülâhazasile.

4. Vârisler arasında müteveffanın borcundan müteselsil mesuliyet hukuken kabili izah olmaması sebebile.

5. Fürû varken müteveffanın ana ve babasına mirasdan bir hisse verilmemek insanların arzu ve temayüllerine ve âmme vicdanına mugayir olması mülâhazasile.

6. Mirasda intifa hakkı, hukukî hiç bir esasa uymaması dolayısile.

7. Mirasda iştirâk halinde mülkiyet, mülkiyet ve tasarruf haklarile kabili telif olmaması sebeblerile.

Hâkim kanunun bu babdaki hükümlerine muhalif olarak hükmedemez. Diğer tasrih olunan mes'elelerde de hüküm böyledir. Yalınız ehemmiyetlerine binâen biz yukarıdaki misâlleri intihap ettik.

65. İctihadla içtihad nakzolunamaz.

Yani salâhiyetli bir adam bir mes'elede evvelâ bir türlü içtihad ederek anınla amel ve hükmetse sonra birinci içtihadı değişerek ayni mes'elede başka türlü içtihad eylese evvelki ictihadla vukubulan amel ve hüküm bozulamaz. Bunun gibi bir

müctehid bir hâdisede bir türlü ictihad ve hükmettikden sonra diğer salâhiyetli biri ayni hâdisede diğer türlü ictihad etse evvelki ictihad bozulmaz.

Hulâsa; bir adam kendi içtihadını bozamıyacağı gibi diğer müctehid dahi bozamaz[84]. İctihadla içtihadın bozulmaması zannî ve ayni kuvvette olmasındandır.

Ancak bir hâkim bir mes'elede içtihadına binâen bir suretle hükmettikden sonra içtihadını değiştirse başka bir hâdisede son içtihadile hükmeder. Çünki içtihadın tebeddülü bir nevi nesih ve ilga demektir.

"İçtihadî mes'elelerde hâkimin hükmünü sıyanet lâzımdır" kaidesi bu asla müteferridir. Filhakika mafevk mahkemelerin, içtihada müstenid hükümleri kendi ictihadlarına muhalif olsa dahi nakzetmemeleri lâzımdır.

84 Halife Hazreti Ebû Bekir'in ictihadlarına binâen verdiği bazı hükümler Halife Hazreti Ömer'ini ictihadlarına uymadığı halde o ictihadları nakzetmemişlerdir; 101. ci sahifedeki 40 numaralı haşiyeye bakınız.

ALTINCI KISIM

Bazı Kanun ve Mukaveleler Üzerinde Tefsir Tatbikatı

Burada bazı mefruz ve vâki misâller üzerinde eserde geçen kaideleri tatbike çalışacağız. İzah ve tahlillerimiz geçen kaideleri vâkıalar arasında bir defa daha gözden geçirmekden ibaret olacaksa da tatbikî mahiyeti bakımından her halde faydalı olacaktır. İnsan nazarî olarak bir çok şeyler bilir. Fakat tatbikat karşısında tereddüd ve şüphelere düşer. Çünki nazarî bilgiler dâima mücerred ve mücmeldir. Bu bilgilerin teallük ettiği kaide ve esaslar umumî mevzu ve hükümleri tanzim eder, teferrüata intikal etmez. Hâdiseler ise her zaman basit ve münferid olmaz. Mürekkeb ve hattâ çok karışık olabilir. Tearuz ve ibhamlar da olursa mes'eleler büsbütün müşkül bir mahiyet arz eder. İşte aşağıdaki tahlil ve mütalâalar nazarî mefhum ve hükümleri vakıalar arasında canlandırmağa ve binnetice kanunlarda mümarese teminine yarayacaktır.

Kanunlar Üzerinde Tefsir

1. Evlenme esnasında yapılan teahhütler.

Medenî kanun yürürlüğe girdikten sonra "A" "B" ile evlenirken her ne sebeble olursa olsun boşanma vukuunda karısına 500 lira vermeği teahhüd etmiş ve sonra her ikisinin ihdas eylediği geçimsizlik sebebile boşanmalarına karar verilmiştir.

Taraflar ihtilâf ediyor. Koca, bu 500 lira teahhüdü mehr demek olduğundan ödemek lâzım gelmiyeceğini ve karı mutlak bir teahhüd olduğundan ifası icabeylediğini iddia ediyor.

Hangi taraf haklıdır ?

Mes'elede isabetli bir neticeye varmak için muteber olan ve olmayan taahhüd ve mukaveleleri mütalâa etmek lâzımdır.

Borçlar kanunu kaide olarak 19 ve 20 nci maddelerinde şu hükümleri vaz ediyor:

Bir akdin mevzuu kanunun gösterdiği hudud dairesinde serbestçe tâyin olunabilir. Kanunun sureti katiyede emreylediği kavaidi hukukiyeye veya kanuna muhalif, ahlâka ve âdaba veya umumî intizama veyahut şahsî hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.

20. ci maddede şöyle deniyor: Bir akdin mevzuu ya gayri muhîk veyahut ahlâka ve âdaba mugayir olursa o akid batıldır. Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı, akdi iptal etmeyüp yalnız şart lağv olur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde akidler tamamile batıl addolunur.

İşte kanunun çizdiği hudut, gerek bir akid münasebetile, gerek doğrudan doğruya yapılan mukavele ve teahhüd bu maddelerde tâdat olunan hususlara muhalif değilse muteberdir, aksi halde muteber değildir.

İncelediğimiz taahhüd ve mukavelede ne kanunun sureti katiyede tâyin eylediği kavaidi hukukiyeye, ne kanuna, ne de ahlâka ve umumî intizama veya şahsî hükümlere müteallik haklara muhalif bir cihet yokdur.

Fakat boşanmayı güçleştirmek maksadile koca veya karının malî durumile gayrimütenasip bir para teahhüdü muteber sayılamaz.

Tasvir ettiğimiz hâdise mehr mahiyetinde telâkki olunabilir mi? Yalınız boşanma halinde verileceğine göre böyle bir tefsire mahal yoktur. Çünki mehr yalınız boşanmakla değil, ölümle de lâzımgelir.

Bizce bu mes'elede şüpheye mahal yoktur. Nitekim Temyiz Hukuk Hey'eti Umumiyesi benzeri bir hâdisede mukavelenin

muteber olduğuna karar vermiştir[85].

Asıl üzerinde durulması lâzımgelen mes'ele Medenî kanunun meriyetinden sonra muaccel "peşin" veya müeccel mehr tesmiyesi muteber olup olmamak meselesidir. İşte mühim olan budur. Gerçi Medenî kanunun 110. cu maddesinde "evlenme kâğıdı ibraz edilmeden, evlenmenin dinî merasimi yapılamaz" denerek dinî nikâha zımnen müsâade olunmuştur. Dinî nikâh mehrsiz olmaz. Tesmiye olunursa tâyin olunan mal, olunmazsa mehri misil yani kadının mümaselet muteber olan vasıflarda mümasili için tesmiye olunan mehr lâzımgelir. Ancak bu lüzum diyânîdir. Bundan kadın dâva ederse hükmolunur mânası çıkmaz. Şu halde meseleyi bir mukavele olmak bakımından tetkik etmemiz iktiza eder.

Biraz evvel muteber olan ve olmayan mukavelelere kısaca işaret ettik. Mehr kelimesinin mânasını incelersek şu neticeye varırız: Mehr, gaye ne olursa olsun nikâhda koca tarafından peşin veya müeccel olarak karıya verilmesi sarahaten veya zımnen teahhüd olunan maldır. Demek oluyor ki kelime bir ıstılahdan ibarettir ve evlenme esnasında koca tarafından kadına verilmesi teahhüd olunan mal demekdir.

"Mehr" kelimesi teahhüd ve mukavele mahiyetini değiştiremez. Çünki mehr sözü söylenmeksizin kocanın masarifa medar olmak üzere 500 ve boşanma ve ölüm vukuunda 1000 lira vermeği kabul ediyorum sözile buna bir mehr kelimesi ilâvesi suretile yapılan taahhüd arasında bir fark yoktur[86].

Bundan başka dikkat olunursa Medenî kanun bir çok

---

85 Hâdise, kocanın boşanma halinde karıya 25 altun vermeği taahhüdünden ibaret olup bu paranın mehr olarak taahhüd olunduğu yolunda bir kayıd ve sarahat olmadığı gibi Borçlar kanununun 19. cu maddesi mucebince mezkûr teahhüdün muteber olmamasını mucib bir sebeb dahi bulunmamasına mebni ısrar kararı muvafık ve temyiz itirazları yersiz olduğundan ilâ... 4.2.948 No: 2-6 Umumî Heyet kararı.

86 Fakat Temyiz Mahkememiz mehr namiyle yapılan mukaveleleri muteber addetmemiş ve böyle bir teahhüde müsteniden ikame olunan dâvaların istimâ olunamıyacağı içtihadında bulunmuştur. 85 numaralı hâşiyede naklettiğimiz Temyiz Hukuk Umumî Heyetinin kararının ihtiva ettiği kayıtlardan ekseriyetin ayni fikre mütemayil olduğu anlaşılmaktadır.

mes'elelerde âdetlere uymuş ve hükümlerini ona göre tanzim etmiştir : Mal birliği, mal ortaklığı ve cihaz usulü bu kabildendir.

Medenî kanun 236. cı maddesinde "karı koca evlenme mukavelesile cihaz usulünü kabul edebilir. Bu usûl kadının kendi mallarının bir kısmını âile masrafına medar olmak üzere kocasına terk etmesinden ibarettir" der.

Gayrimüslimler arasındaki "drahuma" âdeti müteâmel bazı farklarla bir nevi cihaz mukavelesidir.

Gerek cihaz, gerek drahuma âdeti kadınların durumlarına göre makul bir şey olmadığı halde kanun bu âdetleri ihmal etmemiştir. Müslümanlar arasında mehr usulü müstahsen ve umumî bir âdet olarak devam etmektedir. Kanunun sarih bir men'i olmamasına göre buna yer vermemek için bir sebeb de yokdur.

2. İkrar halimde müruru zaman.

"A" "B" den on bir sene evvel ödünç verdiği 500 liranın tahsilini dâva etmiş ve dâvalı ödünç 500 lira almış ise de on seneden fazla bir müddet dâva olunmadığından mürüruzaman sebebile dâvanın reddini istemişdir.

Bu ikrar karşısında müruruzamana itibar olunacak mıdır ve kanunlarımızda bu hususda bir sarahat mevcut mudur?

Herşeyden evvel müruruzaman hakkındaki büyük hukukçuların fikirlerini ve müruruzaman mes'elesinin istinad eylediği illet ve sebebi mütalâa etmek muvafık olur.

İslâm Hukukunda biri ictihadî, diğeri Sultanî olmak üzere iki nevi müruruzaman vardır.

İctihadî müruruzaman yani ictihadla hukuk ilminde yer alan müruruzaman ki otuz altı seneden ibarettir.

Gerçi bir hakkın devam ve sukutunun zamanla alâkası olamaz. Otuz altı sene ve daha ziyade müddet geçtiği halde bir hak istifa ve ıskat olunmamış olabilir.

Şu halde üzerinden otuz altı sene geçen bir dâvanın istima olunmaması sebebi nedir? İslâm hukukçularının bu içtihadı otuz altı sene bir hakkın aranmaması istifa veya ibrâ gibi bir sebeble

sukutuna karine teşkil etmesi düşüncesine istinad eder.

Filhakika galib olan budur. Ekseriyetle bir hak otuz altı sene terk olunmaz. İtibar galibedir, nadire değildir.

Bu müruruzaman takyidi, yani hâkimin kaza hakkını takyid kabilinden değil hukukî ve ilmîdir.

Bu hukukda bir de Sultanî müruruzaman vardır ki on beş senedir. Bu müruruzaman tezvire mâni olmak için veliyyülemir tarafından mevzu bir dâva müddetidir. Veliyyülemir bilâ özür on beş sene terkedilen bazı dâvaları istimadan hâkimleri men ve salâhiyetlerini tahdit etmiş oluyor ki takyidi kaza, yani hâkimin vazifesini tahdit kabilindendir.

Yine bu hukuka göre "Tekadümüzaman ile hak sakıt olmaz". Binaenaleyh müddeaaleyh dâvacının dâvası veçhile hâlâ kendisinde hakkı olduğunu sarahaten ikrar ve itiraf ederse müruruzamana itibar olunmayup ikrarı veçhile hükmolunur.

Filhakika biraz evvel işaret ettiğimiz gibi mücerred tekadümüzamandan dolayı hakkın sukutuna hükmolunamaz. Âmmeye ait hususlarda müruruzamana itibar edilmemesi bunun en açık delilidir. Bu sebeble hasım esas hakkında isticvab olunur. Yalnız müruruzaman vardır demesi kabul olunmaz. Amma sarahaten veya bir defi zımnında inkâr ederse ister müruruzaman iddia edilsin, ister edilmesin müruruzamana mebni dâva red olunur .

Mecellenin 1674. cü maddesinin ihtiva ettiği kayıtlara nazaran meselâ; müddeaaleyhin "on altı sene evvel borç olarak 100 lira almıştım, fakat ödedim" gibi bir defi zımnındaki inkârı halinde yine müruruzaman muteber olmak lâzımgeldiği halde vaktile tatbikatta def'e muttasıl ikrara binâen müruruzamana itibar olunmayup hasım def'ini isbata mecbur tutulurdu.

Bu hukukda iktisabî müruruzaman yoktur.

Medenî ve Borçlar kanununda iki nevi müruruzaman vardır. Biri iktisabî, diğeri alacak ve tâbiri diğerle dâva müruruzamanıdır.

Medenî kanunun 638 ve 639, 701. ci maddelerindeki

mürüruzamanlar iktisabî ve yine Medenî kanunun 119, 436, 437, 501, 513, 579, 762 ve 897. ci maddelerindeki müruruzamanla Borçlar kanununun 3. cü babında bahis mevzuu olan ve diğer zabıtalarındaki "müruruzaman" matlabı ile sevkolunan müruruzamanlar bu nevidendir.

İktisap müruruzamanlarında o kadar müddet geçmekle zilyed gayrimenkulde iktisap hakkını ve menkulde mülkiyetini iktisap etmiş olur.

Alacak ve dâva müruruzamanlarında ise dâva istima olunmaz.

İsviçreli ve diğer müelliflerin beyanlarına göre bu müruruzamanlar muayyen müddet zarfında dâva edilmemesi ademi hakka karine olmak mülâhazasiledir.

Borçlar kanununun 140. cı maddesi sarahati veçhile hasım tarafından dermeyan olunmazsa, müruruzaman hâkim tarafından re'sen nazara alınamaz.

Bunlardan başka gerek İslâm Hukukunda, gerek yeni hukukumuzda bir de sukutuhak müddeti denilen bir müddet vardır.

Mecellenin 1034. cü maddesindeki müddet bu nevidendir. Hak bu müddet zarfında dâva edilirse himaye olunur. Bu müddet zarfında dâva edilmezse vücud bulmamış sayılır. Fakat müddet zarfında dâva edilince hak vücud bulmuş olacağından bundan sonra muayyen müddet değil umumî müruruzaman cereyan eder.

Müruruzaman İslâm Hukukunda hâkimlerin vazifelerine taallûk eden bir mes'ele olduğu halde mevzuatı hâzıramıza göre esasa âittir.

Mâahaza bu mevzuata göre de dâva hakkı sâkıt olursa da tabiî hak sakıt olmaz. Binaenaleyh borçlu müruruzamana tâbi bir borcu alacaklıya ödemiş olsa müruruzaman iddiasile istirdadına kıyam edemez.

Takyidi kaza veya esasa ait olmak noktai nazarlarına göre bazı teferrüatta hüküm değişir.

Meselâ; Devletler hususî hukukunda takyid addedildiğine göre mahallî kanunlar ve esasa ait olduğuna göre millî kanun hükümleri tatbik edilmek icabeder.

Bu izahattan sonra sarahaten ikrar halinde müruruzaman defi kabul olunup olunmıyacağının tetkikine geçebiliriz.

Bu mes'ele hakkında kanunlarımızda bir sarahat yoktur, yalınız Borçlar kanununda şu maddeyi görüyoruz: "Aşağıdaki hallerde müruruzaman katedilmiş olur :

Medyun deyni ikrar ettiği hususile faizini tediye veya alelhisab bir mikdar para edâ veya rehin veyahut kefil verdiği takdirde": Madde 133. Fıkra 1.

Fakat bu fıkra müruruzaman hasıl oldukdan sonra ikrardan bahsetmeyüp henüz cereyan ederken vukubulan ikrarın bu bakımdan hükmünü beyan etmektedir.

Kanunda bu bapta başka bir hüküm ve sarahat yoktur.

Şu halde müruruzaman hükmünün illet ve menatını inceliyerek buna göre bir neticeye varmak zarurî görünür.

Zaman ile hakkın devam ve sukutu arasında bir münasebet olmadığını söyledik. Bunun müsellemattan olduğunu sanıyoruz.

Olsa olsa her iki hukukun düşündüğü gibi mes'ele bir karine mes'elesidir. Bu karine olmayınca mes'elenin hikmeti vaz'ı mevcut değil demektir. Sarahaten ikrar olunan bir dâvada ise karineden bahsolunamaz.

Binaenaleyh mes'ele hukuk ilminin mantık ve esasları dairesinde hal olunmak ve sarahaten ikrar halinde müruruzamana itibar edilmemek iktiza eder. Fakat bir defi zımnındaki beyan ikrar sayılamaz, bilâkis bu müruruzamanın delâlet ettiği vaziyeti teyid ve takviye eder.

Esasen böyle bir beyanı ikrar mefhumu altında mütâlaaya da imkân yoktur.

Binaenaleyh müddei bir hak dâva edüp de müddeaaleyh asıl hakkı itirafla beraber bir defide, meselâ, tediye, ibrâ gibi bir müdafaada bulunur ve müruruzaman da iddia eder ve filhakika müruruzaman olduğu anlaşılırsa dâva red olunur.

3. Medenî kanunun 550. ci maddesi.

Vereseden biri müddeti içinde defter tutma istemiştir. Halbuki bu varis murisin sureti verasetine dair veraset vesikası almış olduğu gibi vasiyyetine itiraz etmeyüp kabul etmiş ve bir de senedle istenen bir alacağa karşı terikenin borcu olmadığını iddia ile senedin ibtali hakkında dâva açmıştır.

Mahkeme 550. ci maddeye istinaden bu muameleler red hakkından mahrumiyeti istilzam eylediği mütalâasile defter tutma talebini reddetmiştir.

Bu tefsirde isabet var mıdır ?

Maddedeki beyan bu şekilde tefsire müsaid görülmez. Evvelâ veraset senedi isteği varislerin tesbiti talebinden ibaret olup alelhusus mirası red halinde dahi böyle bir vesikaya ihtiyaç hasıl olabileceği derkâr olduğundan bunu mirası kabul ve terikede tasarruf telâkkisi doğru olamıyacağı gibi bir vasiyyetnameye itiraz etmemek veya buna karşı diyeceği olmadığını beyan etmek mirası kabulü istilzam etmez. Alacak senedinin iptalini dâvaya gelince; terikenin borcu olmadığını iddia hilâfı hakikat bir iddia ile terikeye gelecek bir zararı önlemek maksadını istihdaf ettiğinden terikenin muhafazasına taallûk eden bir hareketdir.

Binaenaleyh bunu da alelade idareye ve terikenin muhafazasına âit addetmek zarurî görünür.

Bâhusus defter tutma isteyen ileride terikenin mevcut ve borcuna göre bir karar vereceğinden müruruzamanı kat için dâva ikamesi gibi hilafı hakikat bir senedle vâki muârazaya karşı bu senedin ibtâlini davâ etmeği 550. ci maddenin mefhumu muhalifi çerçivesi içinde mütalâa eylemek doğru değildir.

Nitekim Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi böyle bir hükmü bozmuştur[87].

87 Varislerin tesbitinden ibaret olmak itibariyle veraset senedi talep ve istihsali bir vâkıanın vücudunu beyan ve ikrar mahiyetinde olmak cihetiyle, vasiyyeti kabul, mirası iktisab ve red hakkından mahrumiyeti istilzam etmiyeceği gibi Medenî Kanunun 550. ci maddesi sarahati hükmünce bir borcu inkârla bu babta yazılan senedin ibtâlini taleb terikeye âit bir zararı

4. Haricî İkrarla Hüküm.

Müddei on üç ay evvel kardeşim dâvalıya semeni bir sene sonra verilmek üzere 400 liraya bir çift öküz satmış ve teslim etmiştim. Zamanı hülûl ettiği halde mûmâileyh satışı inkârla alacağımı vermemekte olduğundan tahsilini isterim, diye dâva ve müddeaaleyh ise külliyen inkâr etmiştir. Dâvacının gösterdiği şahitler satış zamanında bulunmamışlarsa da on beş gün evvel dâvalı "müddeiye borcumu inkâr etmiyorum, fakat bazı kimselerde alacağım var alınca vereceğim bir kaç ay daha müsaade et" diye borcu yanlarında ikrar eylediğine şehadet etmişler, fakat hâkim satışa delil ve emâre yok diye bu şehadeti kabul etmiyerek dâvacıya ancak bir yemin hakkı olduğu tefhim olunmuş ve isteği üzerine davalı teklif olunan yemini kabul etmiştir.

Bu anlayış ve hüküm doğru mudur? Mes'ele H.U.M.K. 236. cı maddesinin son fıkrasına temas etmektedir. Maksad açık olduğu halde ekseri hâkimler ve hattâ Temyiz Mahkemesinin bazı dâireleri metindeki "İkrarı teyid edecek delâil ve emâre mevcud ise" kaydını ikrara şahit istimaının şartı gibi anlamaktadır. Bizce ibare böyle bir tefsire müsaid değildir. Fıkra "Deliller ve ikamesi" ünvanlı sekizinci faslın umumî hükümlere dair olan birinci kısmındadır. Fıkra aynen şöyledir:

Mahkeme haricindeki ikrarı teyid edecek delâil ve emare mevcut ise hâkim buna binâen hükmedebilir".

İşte bu maddeye göre dâva evrakında veya hâkim huzurunda iki taraftan birinin veya vekillerinin sebkeden ikrarı muteberdir. Ve mukır olan taraf aleyhine delil teşkil eder. Bunda hâkimin takdir hakkı yoktur. Mahkeme haricindeki ikrar böyle değildir. Haricdeki ikrarın sihhat ve ciddiyetini teyid edecek delâil ve emâre mevcud ise hâkim buna binâen hüküm verebilecek ve böyle bir delil ve emâre yoksa veremiyecektir.

Görülüyor ki mevzu ikrara şahit dinlenmek dinlenmemek

önlemek demek olup terikenin idaresine ait bulunduğu halde hilafında mütalaa ile karar verilmesi muhalif ... ilâ ... 13.2.948: 5783 Esas 910 Karar T. 2. H. D.

mes'elesi değildir, ikrarla hükmolunabilüp olunamayacağı mes'elesidir. Bunlar başka başka şeylerdir. Dâvanın şahitle isbatı kabil ise şüphe yoktur ki ikrara şahit dinlenir, değilse dinlenmez. Kanun ne gibi dâvalarda şahit dinlenüp ne gibilerinde dinlenemiyeceğini 287 ve müteakip maddelerde tâyin eylemiştir. Tasvir ettiğimiz dâvada şahit dinlenir. Çünki iki kardeş arasındadır. Mümasil dâvalarda şehadetle dâvalının ikrarı sabit olur ve ikrarın ciddî olup hezl olmadığına delil ve emâre bulunursa hâkim bu ikrara binâen karar verebilir.

Tetkik eylediğimiz dâvada gösterilen şahitlerin ifadelerine göre ikrarın ciddî olduğuna karine vardır. Dâvalının bir takım mazeretle tediye imkânı bulmak için müsaade taleb eylemesi ikrarın alay ve hezl olmadığına karinedir. İşte vazıı kanunun kasdeylediği budur. Amma böyle karine olmaz da bilâkis hezl olduğu anlaşılırsa böyle bir beyana müsteniden hükmolunamaz.

Meselâ, hasım haricde alacaklıya "Bekle piyango çıkacak bol bol alırsın" gibi bir söz söylemiş ise buna binaen hüküm verilmez.

Kanunda mahkeme haricindeki ikrarın hezl olduğuna karine ve emâre bulunmazsa hâkim bununla hükmedebilir dense âdet ve nefselemre daha muvafık düşerdi. Çünki ikrarlarda galip olan sıhhattir, hezl nadirdir. Halbuki kanundaki beyan aksini ifade ediyor.

5. Vekilin kabul ve ikrarının hükümleri.

Müddei müddeaaleyhde ciheti karzdan 500 lira alacağı olduğu halde vermemekde olduğundan tahsilini istemiş, dâvalı vekili müvekkilinin dâvacıya 500 lira borcu olduğunu ve bunu inkâr etmeyüp malî müzayikası sebebile bir kaç ay müsaade istemiş ise de vermiyerek dâva etmiş olduğunu söylemiş; mahkeme dâvalı vekilinin ikrarına binâen müddeabihin tahsiline ve muhakeme masraflarının dâvalıya tahmiline karar vermiştir. Dâvalı bu hükmü temyiz ederek iki sebeble bozulmasını istemiştir:

a. Vekâletnamede vekilin kabule mezuniyeti olmadığı halde hüküm verilmiş olması.

b. Dâva ilk mahkeme celsesinde ikrar edildiği halde masarifi

muhakemenin kendisine tahmil edilmiş olması.

Bu itirazlar varid midir?

Gerçi H.U.M.K. 63. cü maddesinde "Sarahaten mezuniyet verilmemiş ise vekil sulh olamaz ve âhari tahkim veya ibrâ ve dâvadan hiç bir suretle feragat veya hasmın dâvasını ve teklif olunan yemini kabul veya mahkûmünbihi kabz ve haczi fek edemez" der.

Buna nazaran vekil, vekâletnamesinde açıkça mezuniyet olmadıkça hasmın dâvasını kabul edemez ve bu kabule müsteniden hükmolunamaz.

Dâvayı kabul ne demektir, tasvir ettiğimiz dâvada müddeaaleyhin beyanı kabul mahiyetinde midir? Evvelemirde bunu incelemek iktiza eder.

Kanun 92. ci maddede "Kabul iki taraf dan birinin diğerinin neticei talebine muvafakat etmesidir" diye tarif ve izah eder.

Meselâ, bir alacak dâvasında neticei talep müddeabih paranın ödenmesi ve bir satun alma dâvasında neticei talep mebiin teslimidir. Dâvalı istenen parayı ödiyeceğini veya müddeabih malı teslim edeceğini beyan ederse dâvayı kabul etmiş olur.

Bir de ikrar vardır ki bu dâvacının kendisinde hakkı olduğunu beyandır. Görülüyor ki kabul ve ikrar mahiyeten ayrı ayrı şeylerdir.

Yukarıdaki misallerden birincide müddeaaleyh iddia olunduğu gibi dâvacıya borcu olduğunu ve ikincide müddeabihi müddeiye sattığını beyan ederse ikrar etmiş olur. Vereceğini söylesin söylemesin, defi dermeyan etsin etmesin beyanın mahiyeti değişmez. İkrar tecezzi edüp etmemek mes'elesi ayrı bir mes'eledir.

Tahlil etmekde olduğumuz dâvada vekilin beyanı kabul değil ikrardır. Çünki yalınız neticei iddia kabul edilmemiş ve hakkın vücudu itiraf olunmuştur. Binaenaleyh bunun için vekâletnamede mezuniyet olmağa ihtiyaç yoktur. Nitekim H.U.M.K. 236. cı maddesinde "dâva evrakında veya hâkim huzurunda iki taraf dan birinin veya vekilinin sebkeden ikrarı muteberdir ve mukir

olan taraf aleyhine delil teşkil eder" diye mutlak surette vekilin ikrarının muteber olduğu tasrih edilmiştir.

Vekilin ikrarının muteber olup vekâletnamede sarahat olmadıkça kabulünün muteber olmamasının sebebi nedir? Mes'eleyi şu suretle izah edersek hukukî mefhum ve esaslara temamen uygun mütalâa etmiş oluruz.

Dâvaya tevkil cevab ve müdafaayı tazammun eder. Bir dâvaya ikrar veya inkârla cevap verilir. Şu halde dâvaya vekil olan, istisna edilmedikçe ikrara da tevkil edilmiş demekdir. Binaenaleyh ikrarının muteber olması icabeder.

Kabul ise hakkın vücud ve ademivücudundan sükut ile şöylece hasmın neticei talebini kabul eylemekden ibaret olduğundan hakkı inkârla beraber de olabilir. Filhakika mahza mahkemede uğraşmamak için veya herhangi bir sebeble bir dâva kabul olunabilir. Bu cihetle kabul bir nevi sulh mahiyetindedir. Dâva ve husumetin sulha vekâleti tazammun etmediğini söylemeğe hacet yoktur. Yalnız şunu tekrar tasrih edelim ki hakkın vücudunu ikrarla beraber neticeyi kabul ikrardır; bunda da ikrar hükmü cereyan eder.

Kabulü feragatle mütenazır olarak düşünürsek feragatta da hal böyledir. Yani talebin hakka mukarin olup olmaması bahis mevzuu değildir. Çünki kanun feragati de "iki tarafdan birinin neticei talepten vazgeçmesidir" diye tarif eder. Bir kimse hakkı mevcut olduğu halde uğraşmamak veya haricde uyuşmuş olmak gibi herhangi bir sebeble veya hakkı olmadığını anlamış olmasından dolayı dâvasından feragat edebilir.

Bu cihetle hakkı olmadığını beyanla feragat kanunun tarif ettiği gibi bir feragat sayılmaz. Dâvanın hakka istinad etmediğini ikrar addolunur ve dâva bu sebeble red olunur .

İkinci temyiz itirazına gelince: H.U.M.K. 94. cü maddesinde hal ve vaziyeti ile aleyhine dâva ikamesine sebebiyet vermemiş ve ilk muhakeme celsesinde müddeinin iddiasını kabul eden kimsenin masarifi muhakeme ile ilzam edilemiyeceğini tasrih eder. Bu sarahat kabul hakkında ise de kıyasen ikrarda da ayni hüküm

carî olmak, hal ve vaziyeti ile aleyhine dâva ikamesine sebebiyet vermemiş ve ilk muhakeme celsesinde müddeinin hakkını ikrar etmiş olan kimse masarifi muhakeme ile ilzam edilmemek lâzımgelir. Haricde hakkı inkâr etmek veya ikrarla beraber icabını yapmamak gibi bir harekette bulunan kimse dâvaya sebebiyet vermiş demektir.

Tasvir ettiğimiz dâvada müddeaaleyh lâzimüttediye olan borcu müsaade istemek suretile ifadan kaçınmış ve bu suretle dâvaya sebebiyet vermiştir. Binaenaleyh muhakeme masraflarile ilzamı da kanuna uygundur ve itiraz varid değildir.

6. 1785 Numaralı Kanunun Tefsiri.

Bu kanun, vatanî hizmetlerine binâen muayyen zevata bazı kayıt ve şartlarla meccanen gayrimenkul mal verilmesine dairdir.

Metin aynen şöyledir:

Madde: 1 — Vatanî hizmetlerine binaen Esbak Musul Kerkük mebusları ..... beylerin her birile müteveffa ... beyin 1683 No. lı Askerî ve Mülkî tekaüt kanununun hududu dahilinde maaşa müstehik âilesi efradı mecmuuna hâzinece Türkiyede ikamet etmek ve Türk vatandaşlığı sıfatını haiz bulunmak şartile vergiye matrah olan hali hazırdaki senevî gayrisafi iradları âzamî 1200 lirayı tecavüz etmemek üzere meccanen gayrimenkul mal verilir.

Madde: 2. Bu kanun neşri tarihinden muteberdir.

Madde: 3. Bu kanunun hükümlerini icraya Maliye Vekâleti memurdur. 30.3.1931.

İdarî makamlarca, şart tâbiri tapuya tescili gerekli mükellefiyet mahiyetinde tefsir olunarak olsuretle muamele yapılmıştır.

Bunun üzerine . . . tarafından Hazine aleyhine mahkemeye müracaatla 1785 Numaralı kanuna tevfikan İstanbulda muhtelif mahallerde temlik edilmiş olan gayrimenkullerin kayıtlarına "Türkiyede ikamet etmek ve Türk vatandaşlığını muhafaza eylemek ve bu şartlardan biri zail olduğu takdirde tekrar

Hâzineye avdet etmek" şeklinde ve idarî bir tezkere ile meşruhat verildiğinden tapu kanunlarına ve nizamnamesine ve Medenî kanun hükümlerine muhalif olan bu kaydın kaldırılması istenilmiş ve hazine vekili muamele 1785 Numaralı kanunla Borçlar kanununun 242. ci maddesine muvafık olduğundan bahsile dâvanın reddini talep eylemiştir.

Mahkeme, verilen şerh kanun hükümlerine muvafık olduğu gerekçesile dâvayı red etmiş, Temyiz Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesi de 3 Haziran 946 tarihinde ayni kanuna istinad ederek hükmü oybirliğiyle tasdik eylemiştir.

Bu tarzı tefsir doğru mudur?

İsabetli bir sonuca varabilmek için her şeyden evvel kanundaki "şart" kelimesi üzerinde durmak icabeder.

Medenî kanunumuzda "mükellefiyet" ve "şart" diye iki tâbire tesadüf ederiz. Bu kanunun ıstılahına göre mükellefiyet ve şart ayrı ayrı mânadadır.

Mükellefiyet, tasarrufu kabul eden kimseye muayyen bir şey yapmak veya yapmamak borcunun tahmil olunmasıdır. Şart ise bir tasarrufun muteberiyyeti vukuuna tâlik olunan şeylerdir. Nitekim Borçlar kanunu şarta bağlı akdi 149. cu maddede:

"Mevzuunu teşkil eden borcun vücudu meşkük bir hâdisenin tahakkukuna tâlik edilen akid" diye tarif eder ve bu maddenin son fıkrasında "İki taraf hilafını kasd etmedikleri halde şarta bağlı akid, ancak şartın tahakkuku anından itibaren hüküm ifade eder" der.

Bu tâlikî şartın tarifidir. Mükellefiyete, karşı tarafa bir borç tahmil eden bir kayıt olmak itibariyle takyidi şart diyebiliriz.

Eski hukukumuzda mükellefiyet tâbiri yokdu. Gerek talikî ve gerek takyidî olsun şart denir ve Arapcada tâlik (in) gibi ve takyid (alâ) gibi takyid edatlarıle ifade olunurdu.

Türkçemizde alelekser tâlik "ise" ve mükellefiyet "üzere" edatlarile ifade olunur.

Meselâ; "Bana malını hibe edersen şu malımı sana hibe ettim"

ve "malını hibe etmek üzere şu malımı hibe eyledim" gibi ki birincisi tâlik, ikincisi takyiddir. Kaidenin izahına bakınız.

Şimdi kanunun metnindeki "Şart" kelimesinden maksadın ne olduğunu araşdıralım. "Türkiyede ikamet etmek ve Türk vatandaşlığı sıfatını haiz bulunmak şartile .... meccanen gayrimenkul mal verilir" ibaresini tahlil edersek "Bu zatlar Türkiyede ikamet ediyor ve Türk vatandaşlık sıfatını haiz bulunuyorlarsa meccanen gayrimenkul verilecektir. Türkiyede ikamet etmiyor ve Türk vatandaşı sıfatını haiz bulunmuyorlarsa verilmiyecektir" demektir. Cemi ve birlik ifade eden "ve" nin ifade eylediği mânaya göre ibareyi tahlil edersek "Türkiyede ikamet edüp de Türk vatandaşlığı sıfatını haiz değillerse veya Türk vatandaşlığı sıfatını haiz olup da Türkiyede ikamet etmiyorlarsa gayrimenkul mal verilmez" mânası müstefad olur.

Görülüyor ki kanundaki şart kelimesini mükellefiyet mânasına almağa mahal yoktur. Eğer maksad bu olsaydı ibare "Türkiyede ikamet ve Türk vatandaşlığı sıfatını muhafaza etmek şartile ..." şeklinde sevk olunurdu. Halbuki böyle değildir. Bu mülâhaza altında olacak ki tapu kaydında kanundaki "Türk vatandaşlığı sıfatını haiz olmak" tâbiri bırakılarak "Türk vatandaşlığını muhafaza etmek" tâbiri kullanılmıştır.

İzaha lüzum yoktur ki bu iki ifadede lâfızlar arasında olduğu gibi mânalar arasında da fark vardır.

Hülâsa bizce, tâbiri mükellefiyet mânasında anlamağa ifade bakımından imkân yoktur.

Maksadın mükellefiyet olduğunu farz edelim: Bu takdirde bu tapuya şerh verilecek midir?

Medenî kanun tescili lâzımgelen hakları 918. ci maddede şu suretle tadad ve tâyin eder:

1. Mülkiyet

2. İrtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri

3. Rehin hakları

Bunlar aynî haklardır.

919. cu maddede tapuya tescil olunabilecek şahsî haklar tâyin olunmuş ve "Mukaveleden mütevellid şüf'a ve iştirâ ve vefa hakları ve icar ve isticar gibi şahsî haklar kanunun sarahaten tâyin ettiği ..... tapu sicilline şerh verilebilir. Bunlar tapuya şerh verilmekle o gayrimenkul üzerinde sonradan iktisab olunan hak sahiplerine karşı dermeyan olunabilir" denmiştir.

Maddeden anlaşılmaktadır ki kanun tasrih etmedikçe şahsî haklar tapuya tescil olunmaz.

Meccanen temlik ki hibe demekdir. Bunda mükellefiyet aynî değil şahsî hakdır. Hususî kanunda tescil hakkında hiç bir sarahat yoktur. Hususî kanunda sarahat olmayan hallerde umumî hükümlere müracaat zarurî ise de Borçlar kanununda da tescile müteallik bir kayıt olmayup 244. cü maddesinde mükellefiyetlere riayet olunmaması halinde terettüp edecek hüküm tasrih olunmuştur.

Binaenaleyh gerek idarece gerek mahkemelerce 1785 Numaralı kanunun o yolda tefsirinde isabet olmadığı kanaatındayız.

7. Nafaka (muavenet) talebi.

Dâvacı ölen kocası Ahmetten olma ve kendisinden doğma üç yaşında Hüseyin Yılmaz nafakaya muhtaç olup davalı dedesinin servet ve geliri yardıma müsaid bulunduğu halde infak ve iaşeden imtina eylemekde olduğundan mûmâileyh üzerine kadrimarûf nafaka takdir olunmasını talep etmiş ve dâvalı küçüğü infaka kudreti olmadığından dâvanın reddini istemiştir.

Taraflar ittifak edemediklerinden hâkim tarafından re'sen intihab olunan ehlivukuf çocuğun malı ve geliri olmayup dedesi dâvalının malî durumu yardıma müsaid olduğunu ve çocuğun aylık ihtiyaçlarını temin için ayda 15 liraya ihtiyacı bulunduğunu ve dâvalı kolaylıkla bu parayı verebileceğini beyan etmişler, mahkeme buna binâen ayda 15 lira nafaka takdir eylemiştir.

Davalı şu sebeblerle hükmü temyiz etmiştir:

1. Ananın malî vaziyeti çocuğunu infaka müsaid olduğu halde kendisi üzerine nafaka takdir edilmesi.

2. Servet ve varidatı mikdarının isbat edilmemesi.

Bu itirazlar varid midir, bu hususdaki kanun hükümlerini nasıl tefsir etmek muvafıkdır?

Filhakika Medenî kanunun 316. cı maddesinin sarahatına göre nafaka dâvası, bununla mükellef olanlar hakkında, mirasdaki tertip sırasile ittihaz olunur. Ancak tasvir ettiğimiz dâvada dâvalı mahkemede bunu yani ananın küçüğü infaka kudreti olduğunu iddia etmemiş, yalnız kendisinin infak kudreti olmadığını söylemekle iktifa, eylemiştir. Şu halde bu cihete itiraz edebilir mi?

Evvelemirde halli lazım gelen mes'ele dâvanın istimaı için hakkın vücudu ve dâvanın sıhhati için lâzımgelen cihetlerin tasrihi icab edüp etmemesi hususudur. Dâva bir hakkın himayesini hâkimden taleb etmekten ibaret olmasına göre hakkın vücudu ve himaye olunacak bir halde bulunduğunun anlaşılması lâzımdır. Ancak dâva bu mahiyette ise istimâ olunur.

İnkâr olunduğu takdirde tahkikat icrasını istilzam eden hususların beyanı dâvanın istimaı için lüzumlu demektir. Şu kadar ki dâvada bunu beyan kâfidir. İnkâr olunursa tahkik olunur, olunmazsa tahkike lüzum kalmaz.

Meselâ, tasvir ettiğimiz hâdisede dâvacı fakir ve çocuğu infakdan âciz olduğunu iddia edüp de dâvalı buna itiraz etmemiş olsaydı temyizen bu noktaya itiraza hakkı olmazdı. Binaenaleyh dâvacının çocuğu infaka kudreti olup olmadığı sorularak dâva tashih ettirilmemiş olduğundan birinci itiraz variddir[88].

Karşılıklı teahhütlerin ifasını dâvada da mesele böyledir, yani dâvacı kendi teahhüdünü ifa eylediğini veya buna hazır olduğunu söylemek lâzımdır.

Meselâ, beyi karşılıklı teahhüdleri tazammun eden bir akiddir.

---

88 Nitekim Yargıtay mümasil bir hâdisede şu suretle karar vermiştir: Dâvalı büyük baba üzerine kendisi için nafaka takdiri istenen çocuğun nafakaya muhtaç olduğu şehadetle tehakkuk eylemiş ve dâvacı ana fakir ve infakdan âciz olduğunu iddia edüb dâvalı buna karşı bir itiraz ve iddiada bulunmamış olmasına mebni varid görülemiyen itirazların reddile hükmün onanmasına 19.2.948, 991/1092 Yargıtay 2. H.D.

Bey' ile bayi mebiin ve müşteri semenin teslimini teahhüd etmiş olur. Mebiy teslim olunmamasından dolayı müşteri mebiin teslimini dâva ederse semeni teslim ettiğini söylemelidir. Bazı hukukçular bu hususu def'an dermeyan edilmezse hâkim re'sen nazara alamıyacağını söylerler.

Fakat Borçlar Kanununun 81. ci maddesinde "Mütekabil teahhüdleri muhtevi olan bir akdin ifasını taleb eden kimse, akdin şartları ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmak lâzımdır" der. Bu sarahate göre de dâvanın sihhati için kanunî kayid ve şartları ihtiva etmesi gerekli görülüyor.

İslâm Hukukunda da böyledir.

Meselâ; semeni dâva eden mebii teslim ettiğini veya teslime hazır olduğunu ve mebiin teslimini isteyen semeni ödediğini veya ödemeğe hazır olduğunu ve ciheti karzdan alacak dâva eden parayı müstakrızın aldığını söylemesi icabeder.

İkinci itiraza gelince: Bu ve benzeri hâdiselerde servet ve malî iktidar şahidle mi yoksa bilirkişi ile mi isbat olunmalıdır? Servet ve iktidarın çok defa şahadetle isbatı mümkin olamaz. Bir şahsın ne kadar para ve malı olduğu bilinemez, fakat mâli muamele ve mutad sarfiyatından istidlâl suretile bir şahsın malî vaziyeti hakkında mücmelen takdirlerde bulunmak kabildir. Binaenaleyh mes'ele daha ziyade bilirkişilerle hal olunacak hususlardandır. Mâhaza mal ve gelir şahid veya herhangi bir delil ile isbat olunursa kabul olunur.

İstitraden söyliyelim ki şahidle ehlivukuf arasında fark vardır. Görmek, işitmek gibi bir suretle bilgi veren kimseye şahit ve istidlâl suretile ihbarda bulunana ehlivukuf denir.

Meselâ; bir hudud münazaasında hududun taraflarca veya âit olduğu memurca tâyinini görüp bunu mahkemede bildiren şahit ve tarafların ötedenberi tasarruf eyledikleri saha ve mahalden istidlâl suretile hududu beyan eden kimse ehlivukufdur.

İstidlâl ya alelâde bilgilere veya fen ve ihtisasa dayanır. Alelâde bilgi verene ehlivukuf, fen ve ihtisasla verene ehlihibre denir.

Meselâ; bir kumaşın halis veya sun'î ipek olduğunu tâyin edene hukuk örfünde ehlihibre ve tarafların tasarruflarından istidlâlen bir hududu tâyin ve beyan edene ehlivukuf ıtlak olunur.

8. Gıyab Kararının Hükümsüzlüğü.

H.U.M.K. nunun 400. cü maddesinde "Hazır bulunan tarafın karar tarihinden itibaren beş gün içinde harç ve masrafını vererek gıyab kararının gaibe tebliğini istemesi gerektir. Bu müddet içinde istemezse karar verilmemiş sayılır" diye bir hüküm görüyoruz.

Bundan maksad nedir, karar ve tebligat keenlemyekûn olur demek midir, yoksa gıyab kararı verilmemiş gibi addolunur demek midir? Tebligat keenlemyekûn olur demekse hakkında gıyab kararı verilen kimseye yeniden davetiye çıkarılacak, maksat bu değil de yalınız gıyab kararı keenlemyekûn olur demekse evvelki vaziyet avdet etmiş demek olduğundan celse harcı alınarak yeniden gıyab kararı ittihaz olunacaktır.

Acaba maksat hangisidir?

Hakikaten maksad vazıh değil. Bu halde metni tefsir kaidelerine göre yorumlamak icabeder. Tefsir kaideleri mebhasında karine ve delâlet olmadıkça kanuna ilâve yapılamıyacağını ve bir hukukçunun söylediği gibi vazıı kanun söylemediği yerde söyletilmiyeceğini izah etmişdik. İslâm Usulü Fıkıh uleması da tıbkı böyle düşünmüş ve bunu "Nas üzerine ziyade caiz değildir" vecizesile ifade eylemişlerdir. Meseleyi başka türlü düşünmeğe de imkân yoktur. Vazıı kanunu sükût ettiği yerde söyletmek ve nass üzerine ziyade yapmak tecviz edilse kanun ve mukavelelere hiç itimad kalmazdı. Şüphesiz delâlet ve karine olmadığı hallerden bahsediyoruz, yoksa bir mutlakın ıtlakı ve bir âmm'ın umumu lâfız veya mantık veya hal delâleti gibi bir karine ile takyid ve tahsis olunabilir. Nitekim bir çok misâlleri geçti.

Şimdi bu esaslar dairesinde ibareyi tetkik edelim. İbare şu idi: "... bu müddet içinde istemezse karar verilmemiş sayılır". Görüyoruz ki metnin nassı yalınız gıyab kararının keenlemyekûn

olacağını ifade ve mukaddema yapılan davetiye ve tebliğden sükût ediyor. Kanun vazıının maksadı yeniden dâvetiye çıkarılmak olsa idi ibareyi davetiye ve gıyab kararı keenlemyekûn olur diye sevkederdi. Binaenaleyh mevcud metni davetiye çıkarılır şeklinde tefsir etmek kanuna bir kayıd ilâve etmek ve vazıı kanunu söylemediği yerde söyletmek olur. Mâahazâ ekser mahkemelerin anlayışı tekrar davetiye gönderileceği merkezindedir ve Temyiz Mahkememizin içtihadı da böyledir ki bizce tefsir esaslarına uygun değildir.

9. Medeni kanunun 659 uncu maddesine ve şuf'a hakkının tecezzi edib etmiyeceğine dair bir tefsir.

Medenî kanunumuzun şuf'aya âit hükümleri noksan olduğunu bilmünasebe yukarıda söylemişdik. Bu cihetle boşlukların tefsir yolile ikmali zaruridir.

Tatbikatta tesadüf edilen şu iki mes'ele hakkında kanunun nasıl tefsir edilmesi muvafık olacağını mütalâa etmeği faideli bulduk:

1. Bir gayrimenkul iki, üç ... şahıs arasında müşterek iken hissedarlardan biri hissesini muayyen semenle haricden birine yani gayrimenkulde hissesi olmayan birine satmıştır. Şüf'a hakkı sahibi, hakkı şuf'ası sebebile satılan hissenin müşteriden temamını değil de yarısını almak istiyor.

2. Bir gayrimenkul iki veya daha ziyade şahıslar arasında müşterektir, hissedarlardan biri hissesini muayyen semenle hariçten iki veya üç kişiye satmıştır. Şefi, şuf'a hakkı sebebile alanlardan birinden mebiden hissesine isabet eden mikdarı almak istiyor. Öbürlerinin hissesinde şuf'a hakkından vaz geçiyor.

Bu mes'elelerin hükümleri nasıldır?

Bu hususta evvelemirde şuf'a hakkının kabulündeki illet ve sebebi üzerinde tevakkuf etmek ve ayni zamanda müsbet ve menfi verilecek hükümlerin neticesini göz önünde bulundurmak lâzımgelir. Mebde, âhar böyle olursa şuf'a hakkı tecezzi etmez yolundaki sözün mâna ve şümulü belirmiş olur.

Malûmdur ki şuf'a mülkiyet ve tasarruf serbestisi esasına

mugayir olduğu halde ihtiyaca binaen kabul olunmuştur. En başda mülke yabancı bırakmamak gayesini istihdaf eder ve bu mebhasda iştiraki azaltmak mülâhazası da yer alır. Hissedarlık münasebetlerinde şahsiyetin ehemmiyetini izaha ihtiyaç yoktur. Münsif, hakşinas bir şahıs veya hırçın, mübâlatasız bir adamla hissedarlık münasebetlerinde bulunmak elbette bir değildir. İşte böyle melhuz bir zararı önlemek için şuf'a hakkı hukukda yer almış bulunuyor.

Bununla tasvir ettiğimiz mes'elelerin hükmünü tâyin edebiliriz. Müşteri bir şahıstan ibaret bulunması halinde şefiin satılan hissenin kısmen alınmasında ne yabancı şahsı şirket arasına bırakmamak ne de iştirakin azalması faydalarından hiç biri yoktur. Bundan başka meşfuun şayi bir kısmını alup da mütebakiyi müşteriye bırakmak çok defa müşteri için zararı mucib olur.

Farzedelim ki bir ev iki kişi arasında yarı yarıya müşterekdir. Hissedarlardan biri hissesini hariçten birine satmıştır. Şefi satılan hissenin beşde dördünü almağa kalkışırsa müşteriye onda bir hisse kalır. On hissede beş hisseye malik olmakla bir hisseye malik olmak arasında hissenin kıymeti ve tedavül bakımından büyük fark vardır. Binaenaleyh şefiin böyle bir talebde bulunmağa hakkı yoktur.

İkinci mes'eleye gelince: Şefiin müşterilerden biri hakkında hakkını kullanup da diğerlerinden feragat etmesi şüf'a müessesesinin hikmet ve gayesine aykırı değildir. Bu takdirde hem mülke yabancı bırakılmamış hem de iştirak azaltılmış olur. Mebii tefrik etmek neticesi bir zarar da hasıl olmaz. Binaenaleyh müşteri müteaddid olması takdirinde şefi müşterilerden birinden talep edüp diğerinden feragat edebilir. Temyiz Mahkemesinin içtihadı da bu merkezdedir[89].

89 Şüf'a hakkı tapu memuru huzurunda ferağ tarihinden itibaren başlıyacağına ve dâva mevzuu yirmi sekiz parça gayrimenkulden bir kısmında yirmi dörtte altışar ve bir kısmında da yirmi dörtte üçer hisseyi satın alanlardan biri aleyhine dâvacı hissedar tarafından şüf'a hakkının kullanılmamış olması tapuda her biri adına muayyen hisse üzerine kayid ve tescil olunan diğerleri aleyhine kanunî süre içinde açılmış olan şüf'a dâvasının dinlenmesine bir suretle engel teşkil edemiyeceğine ve hükmün dayandığı

Mukaveleler Üzerinde Tefsir

10. Bir vekâletnamedeki kayıdlar.

Amerika'da bulunan "A" (İstanbul'da bulunan bilûmum gayrimenkullerimi idare ve âhare icarla ücretlerini alup bana göndermeğe ve muhtacı tamir olanları tamire ve bundan başka leh ve aleyhimde açılmış ve açılacak her nevi dâvada Türkiye mahkeme ve dairelerinin her kısım ve derecesinde beni temsile, benim yapabileceğim her işi ifa ve icraya âharı tevkile mezun olmak üzere İstanbul Avukatlarından ... nı vekil nasbeyledim) diye vekil tâyin ediyor.

Görülüyor ki vekâletname bir çok kayıdları ihtiva etmektedir. Bunlardan bazılarını tetkik edelim:

Bahsi mahsuslarında hass lâfızların medlûllerinde kati ve yakin ifade ettiğini ve zahir, işitilince mânası hemen anlaşılan söz demek olup hükmü yakîn ifade etmek olduğunu, gerek hass ve gerek zahir olan lâfızlarda delilden neş'et etmeyen ve tevehhüm kabilinden olan ihtimallere itibar edilemiyeceğini izah etmiştik.

Bu vekâletnamede "İstanbul'da" lâfzı hem hass hem de zahir bir lâfızdır.

Hassdır, çünki alemdir. İsmi alemlerin efradı olmadığından bunlar hep hass lâfız aksamındandır.

Zahirdir, zira "İstanbul" lâfzı işitilince hiç düşünmeğe hacet kalmaksızın bundan hemen İstanbul denen şehrin hey'eti umumiyesi kasd olunduğu anlaşılır.

Bu halde İstanbul kelimesi, anlamında kesinlik ve yakîn ifade eder. Binaenaleyh vekil herhangi bir tevil ile müvekkilin başka mahallerde bulunan gayrimenkullerinde tasarruf edemez.

"Bilûmum gayrimenkullerimi" terkibindeki (bilûmum) kelimesi tamim içindir ki müvekkilin İstanbul'da bulunan bütün gayrimenkullerine şâmil olur. Lâkin müvekkilin İstanbulda

---

diğer gerektirici sebeblere göre yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddile hükmün onanmasına 14.6.948 Yargıtay 5. ci H. Dairesi.

âilesinin ikamet ettiği bir evi olduğunu farzetsek, bu ev hâl karinesile lâfzın umumundan hariç kalır. Binaenaleyh vekil bu evi kiraya veremez, fakat tamir ettirebilir. Çünki âmm lâfızlar muktezayı akıl ile örf ve âdetle ve delâleti hal ile takayyüd ve tehassüs eder.

Mutlakın hilâfına karine olmadıkça ıtlakı üzerine carî olup efradından birine veya bazılarına tahsis kılınamıyacağını görmüşdük.

Yukarıdaki vekâletnamede bir "tamir" tâbiri vardır. Mefhum itibarile "tamir" kelimesi alelâde ufak tefek ve esaslı tamirata da şâmil olur. Binaenaleyh esaslı veya ufak tefek tamir kasd olunduğuna delâlet edecek bir karine olmadığından ıtlakı üzere imal olunur. Bu halde vekil esaslı ve ufak tefek tamiratı yaptırabilir. Müvekkil sonradan "Benim niyyet ve maksadım ufak tefek veya esaslı tamir idi" diye itiraz edemez.

Bu vekâletnamenin birinci fıkrası İstanbuldaki gayrimenkullerin idare ve icarına ve onu takip eden fıkra müvekkilin leh ve aleyhinde ikame olunacak her nevi dâvada kendisini temsile aittir. "Her nevi dâvalar" tâbirinden maksad nedir? "Gayrimenkullere müteallik her nevi dâvalar" demek mi, yoksa "mevzuu ne olursa olsun dâvalar" demek midir?

İbarede bu umumu takyide delâlet edecek bir kayıt yoktur. Bilâkis ve "bundan başka" ibaresinden müvekkilin maksadı mevzuu ne olursa olsun her nevi dâva olduğu anlaşılır. Eğer böyle olmasaydı "bundan başka" yerine bu hususda gibi bir kayıt sevkedilmek icabederdi.

Şu halde vekil her nevi dâvada müvekkili temsil edebilecektir.

Acaba bu vekâletnameye istinaden bir boşanma dâvasında vekâlet yapabilecek midir? Yeknazarda yapabileceği anlaşılır. Fakat böyle umumî vekâletlerde boşanma dâvası gibi mühim ve hususiyeti olan dâvalar düşünülmez ve ekseriyetle boşanma dâvalarında tevkil tasrih edilerek yapılır. Muttarid olmasa da galip olan budur. Tefsir kaideleri arasında geçmişdi ki itibar "Galib ve şayiadır, nadire değildir". Bizce böyle bir vekâletnameye istinaden

vekil müvekkili boşanma dâvasında temsil edemez.

Vekâletnamede "Benim yapabileceğim her işi" ibaresi vardır. "Her" umum edatıdır. Karinelerden kat'ı nazar medlûlünde şümûl ve istiğrak ifade eder. Fakat vekil H.U.M.K. 63. cü maddesi hükmünce sarahati mahsusa olmadıkça sulh olamaz ve âhari tahkim veya ibrâ ve dâvadan feragat veya hasmın dâvasını ve teklif olunan yemini kabul ve mahkûmünbihi kabz ve haczi fek edemez.

Âmm bahsinde umum ve şümûl ifade edecek durumda olan lâfızların kanun hükmile de tahassüs edeceğini yazmışdık. İşte "her şey" tâbiri zikri geçen madde ile tahassüs eder. Vekilin kim olduğu tasrih edilmiştir. Biraz evvel de söylediğimiz gibi isimler hass lâfızlardan olduğundan anlamlarını kesin olarak ifade ederler. Binaenaleyh vekil mezuniyete dayanarak tevkil etmedikçe müvekkelünbihi şerikine veya herhangi bir şahsa ifa ettiremez. Fakat mezuniyetine binâen herhangi bir zatı vekil tâyin edebilir[90] ve bu vekil doğrudan doğruya müvekkilin vekili olmuş olur. Birinci vekil azline mezun olmadığından bu vekili azl edemez.

Şunu da ilâve edelim ki aharı tevkile mezuniyet, tekrar ifade edecek bir karine ve ibare olmadıkça ancak bir defa kullanılabilir. Fakat vekâlette "Bir ve müteaddit kerre âharı tevkile" gibi bir sarahat olsa idi ikinci ve üçüncü olarak vekil tâyin edebilecekti.

11. İcar müddetinin mebdei.

"A" Ankarada ..... mahalde .... Numaralı evini "B" ye senevi 1000 lira ücret ve beş sene müddetle icar edüb bu icar akdi resmî bir mukavelename ile tevsik olunmuştur. Fakat mukavelenamede

90 Ancak tâyin edilecek şahsın yapılacak işleri yapmağa muktedir ve şayanı itimad olması lâzımdır. Aksi halde vekil bu vekilin fiil ve hareketlerinden mes'ul olur. Çünki vekil vekâleti hüsnü suretle ifa ile mükellefdir. Mezuniyeti mutlak olsa dahi tevdi olunan işi yapmağa muktedir ve şayanı itimad olmayan bir şahsı tâyin vekâleti hüsnü ifa sayılmaz. Amma müvekkil ledelicab tâyin olunacak vekili şahsen tâyin etmiş ise bu halde birinci vekil bunun muamelelerinden mes'ul olmaz.

icarın mebdei gösterilmemiştir.

Bilâhare taraflar icar müddetinin mebdeinde ihtilâf etmişlerdir. Bu ihtilâf ne şekilde hal edilecektir? Mebde mukavele tarihi olarak mı kabul edilecek, yoksa bu ihtilâf hakkında bir tahkikat mı yapılmak lâzımgelecektir? Herşeyden evvel mukavelename mündericatını tetkik etmek icabeder. Çünki mukavelename mündericatı ya inşâî veya ihbarîdir ki buna göre hüküm değişir. Eğer taraflar icar akdini Noter huzurunda yapmış ve mukavelename bu akdi tevsik için tanzim olunmuş ise muhteviyatı inşâî demektir. Bu halde mukavelename tarihi, akid tarihi demek olur. Çünki hilâfı karine ve delâleti halden anlaşılmadıkça bu gibi akidler inikadından itibaren hüküm ifade edeceğinden bu tarih icar müddetine mebde olur.

Mukavelename ikrar mahiyetinde, yani evvelce yapılan bir akdin vukuunu beyan ve ikrardan ibaret ise - ki ekseri mukavelenameler böyledir - bu takdirde icar akdinin tarihini ve mukavele yapılırken mebde' tâyin olunup olunmadığını araştırmak icabeder. Mukavele yapılırken mebde' tâyin olunduğu anlaşılırsa bu tarih, mebde' tâyin olunmamış ise akid tarihi mebde' addolunur.

12. Hasılât icarında akdin âlât ve edevata şâmil olup olmaması.

"A" ile "B" şöyle bir mukavele yapmışlardır:

"A" ..... mahalde ..... hududla mahdud sebze ve meyve bahçesini üç sene müddetle ve senevi 1000 lira ücretle "B" ye icar etmiş ve "B" de bu icarı kabul eylemiştir. Şu cihet sarahaten aralarında tesbit ve kabul olunmuştur ki ücret her sene altı ayda bir iki müsavi taksitle ödenecek ve müstecir mecuru sebze ve meyve bahçesi halinde işletmeğe ve hasılata kabiliyetli bir halde bulundurmağa mecbur olacak ve işletmenin tarzı değiştirilmiyecektir.

Mecur teslim olundukdan sonra taraflar mecurda kullanılan kazma, kürek, sapan, tırmık gibi âlât ve edevatın icarda dahil olup olmadığında ihtilâf etmiş; müstecir akidde zikredilmese dahi teferruattan olduğundan bunlar icarda dahil olduğunu, mucir de

zikrolunmadığından dahil olmadığını iddia etmiştir.

Bu ihtilâf karşısında mukavele nasıl tefsir olunmak lâzımgelir?

Her şeyden evvel mahalli akiddeki örf ve âdete müracaat olunur. Bu gibi âlât ve edevat zikir ve beyan olunmadığı takdirde akidde dahil olmak örf iktizasından ise örf mucebince amel olunur. Çünki âdet bahsinde izah olunduğu üzere maruf olan şey tasrih edilmiş gibidir. Örf ve âdet yoksa Borçlar kanununun 271. maddesinden dahi müstefad olduğu üzere bunlar sarahaten söylenmedikçe icar edilmiş olmaz.

Müstecir bunların da beraber icar edildiğini iddia ederse isbat etmesi icabeder, edemezse mes'ele mucirin yemini ile hal olunur.

13. Muhtelif fıkraları ihtiva eden bir vasiyetnamenin tefsiri.

"A" hayatında kanunî şekilde şöyle bir vasiyyetname tanzim ettirmiştir:

" ..... mahalde ..... hududla mahdud olan arsamı kardeşim "B" ye vasiyyet ediyorum. Ölümümden sonra varislerim tarafından bu arzuma hürmet edilüp tenfizine mümaniat edilmiyeceğini ümid ederim. Bundan başka beyan ederim ki mahalde hudutla mahdut "Emel" namındaki apartman kocam "C" tarafından kendi parasile kendi için yaptırılmış ve kendi mülkü olduğu halde tapuda benim namıma tescil ettirmiştir. Apartman benim değil kendisinindir. Bu apartmanın kocam namına geçirilmesini vasiyyet ediyorum ve .... bankasında bulunan .... liramı ötedenberi tam bir sadakat ve itina ile benim hizmetlerimi gören hizmetçim "D" ye hibe ettim. Ben öldükden sonra bu paranın tamamen kendisine teslimi suretile arzumun yerine getirilmesini isterim".

Vasiyyetci vefat ettikden sonra kardeşi Sulh hâkimine müracaatla bu vasiyyete istinaden "Kardeşim "A" hayatında bu suretle bana bir arsa vasiyyet etmişdi, fakat bu hududlarla mahdud arsa olmayup ayni mahalde başka iki arsası olduğundan

ve arsanın hududlarını beyanda hata bulunduğundan mevcud arsalardan biri hakkında vasiyyetin tenfizini isterim" diyor.

Filhakika mütevaffanın o yerde tarif ettiği gibi bir arsası olmayup başka hudutlarla mahdud ve ayrı ayrı iki arsası vardır.

Acaba bu vasiyyeti imal mümkün müdür? Belki vasiyyetci bu arsalardan birini kasdettiği halde hudutlarını beyanda hataya düşmüştür. Bu mümkündür. Fakat hangi arsayı kasdettiğine dair hiçbir delil ve karine yoktur. Bu cihetle bu vasiyyeti imal mümkin değildir. Binaenaleyh "İmâli mümkin olmayan söz ihmal olunur" kaidesine binaen bu tasarruf imal olunub diğer arsalardan hiçbiri hakkında tenfiz olunmaz, meğer ki bütün varisler musalehi tâyinde ittifak etmiş olsunlar.

Mütevaffaya âit burada yalınız bir arsa olsaydı beyan olunan hududlar sehiv ve hataya haml olunarak belki vasiyyetin bu arsa hakkında imâli mümkin olurdu.

Vasiyyetnamenin ikinci fıkrası apartmana taallûk eden bir beyan ve arzudur. Bu bir ikrar mı, yoksa vasiyyet midir?

Görülüyor ki vasiyyetci apartman kocasının mülkü olduğu halde namına tescil ettirdiğini beyan ediyor ve hibe ve beyi gibi bir sebeble kendisine temlik olunduğunu iddia etmiyor.

Filhakika tapuda da arsa ve binanın iptidâen vasiyyetci namına tescil olunduğu görülüyor. Şu hale göre isminin müstear olduğunu beyandan ibaret olan bu tasarrufu vasiyyete haml mümkin değildir. Gerçi bir vasiyyet tâbiri varsa da mütekaddim beyan ve ikrar karinesile bu kelimeyi hukukî mânada vasiyyet değil tavsiye mânasında tefsir etmek lâzımgelir.

Vasiyyetnamenin son fıkrası bankadaki paranın hizmetçisine vasiyyetini mutazammındır. Gerçi tasarruf hibe lâfzile varid olmuşsa da bunu hibe olarak telâkki ve tashihe imkân yokdur. Bir defa hibede kabul lâzımdır. Bundan başka elden hibeler vâhibin bir şey'i mevhübunlehe teslimile tamam olur. Burada para teslim edilmemiş, bilâkis ölümden sonra teslim olunacağı kaydedilmiştir. Tasarrufu hibe teahhüdüne haml de mümkin değildir.

Binaenaleyh buradaki hibeyi vasiyyet mânasında anlamak zaruridir. Kaidedir ki akidlerde lâfızlara değil mâna ve maksada itibar olunur.

14. Vasiyyetnamedeki şartların hükmü.

"A" yine kanunun tâyin eylediği şekilde şöyle bir vasiyyet yapıyor, vasiyyetname iki şahsa şu şekilde vasiyyeti muhtevidir:

"Filan ile evlenmek şartile kızım ..... ye metrûkâtımdan 5000 lira verilmesini ve başkasile evlenmemek şartile karım ..... na da ... mahallede kâin ... Numaralı apartmanımı vasiyyet ediyorum".

Medenî kanuna göre şartlı ve şartsız vasiyyet muteberdir[91], şu kadar ki 499. cu maddede tasrih olunduğu üzere gerek doğrudan doğruya, gerek muhtevi olduğu şartlar itibarile kanuna muhalif veya ahlâka mugayir olmamak şarttır. Kanun veya ahlâka mugayir olan veya böyle bir şartı ihtiva eden vasiyyet iptal olunabilir. Kanun tasrih etmemiş olsa dahi mevcud hukukî esaslarla bu hükmü anlamak kolay olacaktır.

Yukarıdaki vasiyyette nefsi tasarruf itibarile kanun ve ahlâka muhalif bir cihet yokdur. Çünki bir mikdar para ve apartmanı ölüme muzaf olarak temlikden ibarettir. Yalnız tefsire muhtaç olan şartların muteber olup olmaması kaziyyesidir.

Görülüyor ki musi kızına vasiyyette tâyin eylediği şahıs ile evlenmesini ve karısına vasiyyette de karısının evlenmemesini şart ediyor. Bu şartların hükmü nedir? Muayyen şahıs ile evlenmek ne kanuna ne de ahlâka muhalifdir ve binaenaleyh birinci şart muteberdir. Kızı o kimse ile evlenirse 5000 lirayı alır, evlenmezse alamaz. Şu kadar ki bu şart musalehe bir mecburiyet tahmil etmez, isterse evlenir, isterse evlenmez.

Evlenmemek şartı ise ahlâka mugayir değilse de âmme menfaatine ve bu cihetle kanuna muhalifdir. Binaenaleyh karıya vasiyyet iptal olunabilir.

---

91 Medeni kanunun 462. ci maddesine bakınız.

Şart batıl ve lâğv addedilerek bu vasiyyet tenfiz olunamaz, böyle bir muamele ise vasiyyetcinin arzusuna mugayirdir.

Çünki apartmanın verilmesine ancak evlenmemek şartile razı olmuştur.

15. Terditli vasiyyetlerde muhayyerlik ve mahfuz hisse aranmamasına dair vasiyyetçinin temennileri.

"A" hayatında şekle uygun olarak şöyle bir vasiyyet yapmıştır:

''Hayatımın son demlerini geçiriyorum. Malimden ... lira teçhiz ve tekfinime sarf edilmesini ve .... lira da Kızılaya verilmesini arzu ve vasiyyet ederim. Bundan başka ... mahalde ... hududla mahdud evimin veya ... mahalde .... hududla mahdud dükkânımın oğlum .... a verilmesini isterim. Ben öldükden sonra bu vasiyyetim de, oğlumun arzusu dairesinde tenfiz olunsun. Diğer varislerimin tenkis talebinde bulunmıyacaklarını ümit ederim".

Bu vasiyyetname üç türlü vasiyyeti ihtiva etmektedir:

1. .... lira teçhiz ve tekfinine,

2. .... lira Kızılaya,

3. Ev veya dükkânı oğluna.

Vasiyyet olsa da olmasa da teçhiz ve tekfin terikeden her şeyden evvel tesviyesi lâzımgelen bir masrafdır. Şu kadar ki müteveffa bütün varislerin muvafakati olmadığı takdirde ölünün içtimaî mevki ve malî durumuna göre maruf olması lâzımgelen mıkdardan fazla vasiyyet etmiş ise bu fazla tasarruf nisabı dahilinde olmak lâzımgelir.

Kızılaya yapılan vasiyyet sarihdir. Bunda tefsire muhtac bir cihet yokdur.

Mütevaffanın oğluna yaptığı vasiyyete gelince: görülüyor ki bu terdidli bir vasiyyetdir. Ev ve dükkânımdan birini vasiyyet ediyorum sebkindedir. Bunu (veya) edatından anlıyoruz. Edat bahsinde izah ettiğimiz veçhile bu edat yerine göre multelif mânalarda kullanılır, fakat asıl olarak iki şeyden birini ifadeye mevzudur.

Binaenaleyh vasiyyetcinin arzusunu bu dairede tefsir etmek lâzımgelir.

Bu ibareye göre vasiyyetci hangisi olduğunu tâyin etmeksizin ev ve dükkândan birini vasiyyet etmiş oluyor. Bunun muteber olduğunda şüphe yokdur. Çünki hangisi olursa olsun bunlardan birinin oğlunun mülküne geçmesi müteveffanın arzusuna muvafık olacaktır. Yalnız mes'ele vasiyyetin ev hakkında mı yoksa dükkân hakkında mı tenfiz olunacağındadır. Vasiyyetnamede "Oğlumun arzusu dairesinde" ibaresile hıyar hakkı vasiyyet olunana âit olduğu tasrih edilmiş oluyor. Böyle bir sarahat ve karine olmasa dahi tercih hakkı musalehe aittir. Çünki hıyar ya vasiyyetciye veya kendisine vasiyyet olunana sabit olacaktır. Bunun hâkim tarafından kullanılacağına dair bir hüküm ve karine yoktur. Eğer vasiyyetci hayatında vasiyyet olunan şey'i tâyin etseydi muteber olacakdı. Mademki tâyin etmeden ölmüşdür, bu hak için musaleh teayyün etmiş olur, şu halde musaleh ev ve dükkândan hangisini tercih ederse vasiyyet onda tenfiz olunur. Yalınız birini seçdikten sonra dönüp de diğerini isteyemez. Çünki irade beyanile muamele kat'ileşmişdir.

Diğer varislerin tenkis dâvasında bulunmamaları yolundaki beyan şöylece bir temenniden ibarettir. Varisler bu arzuya hürmeten tenkis dâvasında bulunmayabilirler. Fakat buna mecbur değildirler. Çünki tenkis kanunun katî surette tâyin eylediği bir hakdır. Müteveffa bu hakkı vasiyyetle de bertaraf edemez.

16. Vasiyyetnamede mübhem ve meskût noktalar.

Bir kaç çocuğu olan "A" el yazısile bıraktığı vasiyyetnamede "oğlumun birine şu malimi vasiyyet ediyorum" diye yazmış fakat hangi oğluna olduğunu beyan etmemişdir, veyahut yalınız "oğlum" diyüp isim yerini boş bırakmıştır. Bu vasiyyet muteber midir, vasiyyetcinin kasdetiiği şahıs şahitle isbat edilebilir mi?

Filhakika vasiyetnamelerde mübhem lâfızlar tefsir ve musinin maksadı teharri olunmak lâzımgelir. Fakat kaidedir ki tefsir herhangi tarik ile kelimenin ifade ettiği medlûle münhasır olacaktır. Bunun haricinde ne kasd olunduğunu tahkik eylemek tefsir kaidelerine uygun olmaz.

Binaenaleyh arz ve tasvir ettiğimiz bu vasiyyette vasiyyetcinin ne kasdettiği şahitle isbat edilemez. Bu tecviz edilse kanunen yazı ile yapılması lâzım olan bir şeyi yazılmaksızın yapmak mümkin olacağı vaziyeti hasıl olur. Bunun kanun vazıının maksadına muhalif olduğu açıktır. Bu halde vasiyyet hükümsüz kalır.

Yazılı olarak yapılması kanunun emri iktizasından olan mukavele ve tasarruflarda da hüküm böyledir. Teferrüattan olup esasa müessir olmayan hususlar müstesnadır.

17. Bir kefaletnamenin tefsiri.

"A" "B" ye şöyle bir mektub yazmıştır: "C" ye, 10,000 liraya kadar münasip vâde ile veresiye mal satmanızı tavsiye ederim. 10,000 liradan fazla mal satmamak şartile satacağınız malin bedeline kefilim".

Görülüyor ki bu mektub bir şartla kefalet teahhüdünü muhtevidir. Borçlar kanununun 484. cü maddesi sarahati mucebince kefalet akdi şekle tâbi teahhütlerdendir. Kanunî şekle uygun olmak için hem tahrirî olmak, hem muayyen bir meblâğı ihtiva etmek lâzımdır[92].

Tahrirî olmak demek yazılı olmak demektir. Tâbir, resmî gayri resmî sened suretinde tefsir edilemez. Böyle bir tefsir mutlak olan tahrirî lâfzını takyid olur. Yukarıda izah olunduğu üzere takyid karinesi olmadıkça mutlak olan lâfızlar takyid edilemez. Burada ise öyle bir karine yokdur.

Binaenaleyh mektubla ve telgrafname ile yapılan kefalet teahhütleri muteberdir. Yeter ki imzalı ve muayyen teahhüdü mutazammın olsun.

Bu kefalette şu kadar liraya kefilim diye bir mikdar gösterilmemiş ise de mektubun evvelinden kefalet olunan mikdarın 10,000 lira olduğu anlaşılmaktadır. Esasen mekfulünbihin açıkça gösterilmesi şart olmayub zımnen ve delâleten anlaşılması veya bir ameliyei hesabiye ve mantıkiye ile tâyini kabil olması kâfidir. Burada acaba

92 Kefaletin sıhhati şekli tahririye riâyet etmeğe ve kefilin mesul olacağı muayyen bir mikdar irâesine mütevakkıfdır. Madde: 484.

mıkdar nedir diye uzun boylu düşünmeğe ihtiyac yokdur. Lisan kaidesile kefalet olunan mikdar anlaşılmaktadır. Mektub şöylece bir tavsiyeden de ibaret değildir. "Kefilim" diye açıkça teahhüdü mutazammındır. Yalınız bir tavsiyeden ibaret olsa kefalet telâkki edilemiyecektir. Ancak bu kefalet bir şartla takyid olunmuşdur. 10,000 liralıkdan fazla mal vermemek. Bu kefalet lüzum ifade etmek için bu şartın tehakkuku lâzımdır. Mekfulünleh fazla mal satarsa kefil 10,000 lira hakkında dahi ilzam olunamaz.

18. Eksiltmeye iştirâk: Fiyat teklifinde hata.

Hâdise "A" ..... Komutanlığınca 23 ton gliserin hakkında yapılan eksiltmeye iştirâk ile beher tonuna 700 lira muhammen kıymet takdir edilen gliserine 630 lira fiyat teklifini tekarrur ettirdiği halde teklif mektubuna hataen 63 lira olarak yazmıştır. Bu hatasını anlayınca aynı gün istida ile Komutanlığa müracaatla hata sebebile icabından vazgeçtiğini bildirmiş ise de nazara alınmıyarak 1285 liralık teminatı irad kaydolunmuştur.

Bu vaziyeti göre ihale ve teminatı irad kaydetmek doğru mudur?

Beher tonuna 700 lira kıymet takdir olunan bir şeye 63 lira bedel ile talep vukuu aklen müstebaddır. Akıl ve basiret sahibi hiç bir kimse böyle bir pazarlığa girişmez. Bu cihetle teklif mektubunda 63 lira yazılmış olması sehivden ileri geldiği aşikârdır.

Binaenaleyh müracaatın kabulü lâzımgelirdi. Nitekim iş mahkemeye intikal etmiş ve mahkemece hata iddiasının sübutuna mebni ihalenin feshine ve irad kaydedilen teminatın iâdesine karar verilmiş ve Yargıtay Ticaret Dairesi mahkemenin bu kararını 8.5.942 tarihinde tasdik etmiştir.

19. Eksiltmeye iştirâk: Fiyat teklifimde hataya dair diğer bir misal.

"A" ..... İdaresine vermiş olduğu 18.8.941 tarihli kabul mektubunda ihale olunan ve beher metre mikâbına 180 kuruş muhammen bedel konulan 15000 metre mikab balastın beher

metre mikâbına 15 kuruş 50 santim noksanile talip olduğunu yazacak yerde zûhulen mutlak surette bu miktar taşa 15 kuruş 50 santim ile talip olduğu şeklinde yazmıştır.

Mektub açılub okunduğu sırada "A" işde sehiv olduğunu beyanla maksadını izah etmiş ise de dinlenmemişdir.

Bundan evvelki beyan gibi bu işde de hata olduğu derkârdır. Nitekim "A" mahkemeye müracaat etmiş ve mahkeme ihalenin feshile irad kaydolunan teminatın tahsiline karar vermiş ve bu karar Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesinin şu kararile tasdik edilmiştir:

"Mahkeme zabıtnamesile diğer dâva evrakı mündericatına ve temyiz edilen hükmün dayandığı mucib sebeblere ve dâvacı mektubu açılub okunduğu sırada maksadını izah ve mektubun yanlış yazıldığını beyan etmesine rağmen, dâvalı tarafından muamele yapıldığı, münakaşaya iştirak eden şahitlerin ifadeleri cümlesinden bulunmasına ve davacının sarih ifadesine bakılmayub mektubun mündericatına muamele bina edilmesine ve böyle bir muameleye müsteniden teminat akçasının zabt ve müsadere olunmasında isabet olmayacağına mebni yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddile usul ve kanuna uygun ve mucib sebeblere müstenid bulunan hükmün tasdikine 13.12.943 tarihinde oybirliğile karar verildi".

20. İş teahhüdünün müddetden evvel feshi, alınmış ücretler.

Bir kimse ayda 500 lira ücretle usta okulu inşâat ve murakabe işinin ifasını 1.4.943 tarihinden işin ikmaline değin teahhüd etmiş ve bir müddet çalışdıktan ve çalıştığı müddetlerin ücretini aldıkdan sonra henüz inşaat hitam bulmadan 7.10.943 tarihinde gönderdiği bir mektubla akdi bir taraflı olarak fesh ettiğini beyanla işden uzaklaşmıştır.

Bu hale göre aldığı ücretleri iâde etmesi lâzım mıdır ve kendisine bu hareketinden dolayı zaman lâzımgelecek midir?

Aylık olarak tesmiye olunan ücret teahhüd ettiği hizmetin aylık ücretinden ibaret olup işin ikmalinden evvel terk halinde

alınan ücretlerin iadesi şart edilmemiş olmasına göre bu ücretleri istirdada mahal yoktur. Tazminata gelince: Bunun için Ticaret kanununun maddei mahsusası mucebince ihtar lâzımdır.

Nitekim Şirket kendisine ödenmiş olan Haziran, Temmuz ve Ağustos 942 ayları ücreti cem'an 1334 liranın faiz ve vekâlet ücretile birlikde tahsilini istemiş, fakat mahkeme: Tahsili istenilmekde olan para dâva olunanın vazife gördüğü müddete âit tesviye edilmiş aylık ücreti olduğu davacı vekilinin ikrar ve kabulile anlaşılmış ve hizmet akdi müddeti ve işin mevzuu devam ettiği sırada müddet ve işin ikmâlinden evvel işin ve vazifenin terkedilmesi halinde davacı Şirketçe tesviye edilmiş olan aylık ücretlerin istirdad ve iâdesi mecburiyeti hakkında bir kayıd mevzu ve münderic bulunmamış olduğu mucib sebebile dâvayı red etmiş ve Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi de 11.12. 944 tarihinde:

Aylık olarak kararlaştırılmış olan ücretin kül itibarile mukavele edilen ve inşaatın devamlı müddetini şümulü içine alan bir teahhüd ücretinin taksitlerinden ibaret bulunduğu iddiası kararda gösterildiği üzere taraflar arasında teâti edilen mektublar mündericatının sarih medlülleri itibarile varid görülmediğinden bahsile bu hükmün tasdikine karar vermiştir.

21. Bir ziraat ortaklık mukavelesi.

"A" ve "B" şöyle bir mukavele yapmışlardır:

Tarla ve tohum "A" tarafından verilecek ve ''B" bir çift hayvan ve ziraat âletlerile tarlayı ekecek ve meydana gelecek hasılât müşterek olacaktır. Şöyle kararlaştırılmış ki hasılatın nısfını tarla sahibi alacak ve âkidlerden herhangi biri temamen veya kısmen taahhüdünü ifa etmezse diğer tarafa zarar ve ziyan olarak 500 lira verecektir.

Mukavele bu kadardır. Hasılat meydana geldikden sonra taraflar şu hususlarda ihtilâf ediyorlar:

1. "A" hasılattan tohum çıktıktan sonra kalanın nısfı "B" ye âit olduğunu ve "B" de kendisine tamam hasılatın nısfı verilmek icabettiğini ileri sürmektedir.

2. "B" "A" nın hasılâtı biçmek ve harmana taşımak gibi zarurî işler için ihtiyar ettiği masrafa iştirâkini talep eylemekte ve "A" bunu kabul etmemektedir.

3. "A" 120 kile tohum verdiği ve tarlası müsaid olduğu halde ancak 100 kilesini "B" nin ekdiğini iddia ile mukavele mucebince 500 lira zarar istemekte "B" de ancak bu kadar ekebildiğini ve bir çift hayvanla bundan fazla ekilemiyeceğini beyan ve zarar ve ziyan lâzımgelmiyeceğini iddia etmektedir.

Bu ihtilâflar nasıl halledilmek iktiza eder?

Söylemeğe hacet yoktur ki kanunun gösterdiği çerçive içinde bu ve emsâli işlerde yapılacak mukavele ve şartlar muteberdir. Mukavele olunmayan, meskût bırakılan hususlar hakkında umumî hükümler ve Borçlar kanununun 523. cü ve müteakip maddeleri dairesinde muamele olunur.

Mukavelede hasılatın nasıl taksim olunacağı gösterilmiştir. Gerçi hasılâtın nısfı tarla sahibine verileceği tasrih edilerek diğer tarafın hissesi tasrih edilmemiş ise de beyanı zaruret yani sükût bahsinde izah olunduğu üzere bir cihetin sarahaten söylenmesinden diğer cihet tereddüdsüz anlaşılırsa beyan edilmiş sayılır.

Bu mukavelede hasılâtın müşterek olacağı kaydedildikten sonra nısfının tarla ve tohum sahibine verileceği gösterilmiştir ki bu beyandan zarureten diğer nısfın obir tarafa verileceği müsteban olur.

Çünki beyan mutlak bir surette hasılât diye irad edilmiş ve tohum çıktıkdan sonra diye bir kayıd sevkolunmamışdır.

Binaenaleyh tarla sahibinin tohum çıktıkdan sonra kalandan hisse iddiası mesmû olamaz.

"B" nin masrafdan hisse talebine gelince: Bu mes'elede her şeyden evvel memleketteki yani mukavelenin yapıldığı yerdeki örf ve âdete müracaat olunur ve örf ve âdet ne ise o suretle amel olunur. Çünki "âdet muhakkemdir", örfen maruf olan şey şart edilmiş gibidir.

Âdet yoksa hasılatın meydana gelmesinde icabeden işler

teahhüd edilen amelin teferruatından olduğundan çiftçinin bundan dolayı bir şey istemeğe hakkı olmaması hatıra gelir.

Maruf mes'elenin şifahen şu veya bu şekilde konuşulub kararlaştırıldığı iddia olunursa bu iddia her türlü beyyine ile kabili isbattır.

Çiftçinin kısmen teahhüdünü ifa etmediği yolundaki ihtilâfın halli için kusur olub olmadığı hakkında usulen tahkikat yapılır. Kusur sabit olursa işin tahammül ve hasılâtın ve kârın mikdarına göre münasip tazminatla hükmolunur. Mukavelede tâyin olunan zarar fahiş ise hâkim bununla mukayyed olmaz. Borçlar kanunu Madde: 161.

22. Harb tehlike ve muhatarası mukavelenamesi.

Lakankort Sigorta Şirketi Türkiye acenteliği ile mün'akid sigorta poliçesinde yazılı kayıd ve şartlar dairesinde harb tehlike ve muhatarası içinde vukubulacak kazaya karşı (14,400) liraya sigorta edilmiş olan . . . motörü İzmir'den aldığı üzüm hamulesi ile İstanbul yolile Burgaz'a gitmekte iken Ayastafanoz civarında görülen hüviyeti meçhul bir denizaltı tarafından batırılmak tehlikesinden kurtulmak için süratle sahile doğru kaçarken karaya oturup batmış olduğu halde Sigorta şirketi hâdise harb rizikosundan mütevellid olmayub sigorta poliçesi şümulü haricinde kaldığından bahsile sigorta bedelini ödemekten imtina etmekte olduğu beyan ve iddiasından neşet eden ihtilâf motör sahibi tarafından sigorta bedelinin tahsili talebile vukubulan dâva üzerine İstanbul Asliye Üçüncü Ticaret Mahkemesine intikal etmiş ve mahkemece gemi jurnalinden alınmış deniz raporu ve 10344 sayılı sigorta poliçesi ve İstanbul mıntaka liman reisliğinin 28.7.944 tarihli yazısı ve batma hâdisesinin mahiyetini belirtmek için mütehassıs bilirkişilerin 7.12. 944 tarihli ve ayrıca ek raporları mündericatına ve gemi adamlarının Deniz raporunu teyid eden ifadelerine göre motorün İstanbul - Burgaz seferinde ve Karanlıkdere ile Yalancı zirve arasında bayrağı belli olmıyan denizaltı saldırışında gemi ve yükü kurtarmak için kaçışı ve bu riziko yüzünden karaya yakın seyrederken battığı anlaşılmış olmasına mebni sigorta poliçesinde yazılı dâvaya konu olan

14.400 lira sigorta bedelinden batık motordan çıkarılan makine ve gemi eşyasının değeri olan 3500 lira indirilerek geri kalan 10.900 liranın müddeaaleyh şirketten alınarak davacıya verilmesine ve hükmedilen paraya 18.5.944 dâva tarihinden itibaren aslını geçmemek üzere senevi % 5 faiz yürütülmesine 13.4.945 tarihinde karar verilmiş ve bu hüküm her iki taraf vekilleri canibinden temyiz edilerek Yargıtay Ticaret Dairesince:

Sigorta poliçesinde yazılı hükümlere göre uzaktan görülen denizaltının bir harb hareketi yaptığı anlaşılmadıkça harb muhatarası mevcuddur denilemiyeceği ve hâdisede uzaktan görüldüğü bildirilen denizaltının böyle bir hareket veya teşebbüsde bulunduğu hakkında bir delil husule gelmediği ve davalı vekili Ulaştırma Bakanlığının bu gibi olaylar hakkında talimatı olduğunu söyleyib celb ve tedkikini istemiş olmasına göre bu cihetin adı geçen Bakanlıktan sorulması lâzımgeldiği halde bu cihetlerden ve Kaptanın telgrafına dayanan kusur iddiası noktasından soruşturma ve inceleme gereği gibi istikmal edilmeksizin vaki olan kazanın bir harb hareketinden ileri geldiğinin ve dâvalı Sigorta şirketi tarafından tazmini lâzımgeldiğinin kabul edilmesi kanun ve sözleşme hükümlerine uygun görülmediği gibi sözleşme hükmünce tazmin lâzımgelmesi takdirinde kurtarılmış olan makine vesairenin kurtarılması için sarf edilmiş olan veya benzeri kurtarmalarda sarf edilegelen ücret ve masrafların nazara alınması gerekli iken bu masraflar hesab edilmeksizin sigorta bedelinden kurtarılan eşyanın bütün kıymetinin indirilmiş olması da yolsuz ve her iki tarafdan ileri sürülen itirazlar bu bakımlardan yerinde olduğundan temyiz edilen hükmün zikri geçen noktalardan bozulmasına karar verilmiştir.

Bunun üzerine mahkemece eski kararda ısrar edilmiş ve ısrar kararı temyiz edilmekle Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca:

Motorün 21 Nisan 944 günü sabah İğneada Limanından kalkarak Karanlıkdere önlerinde ve karasularda sahile müvazi ilerlerken sancağı meçhûl bir denizaltı tarafından kovalanması üzerine bizzarure yolunu değiştirib âzamî süratle sahibi doğru seyretmek suretile harb muhatarasından kaçınılırken karaya oturduğu ve hâdise günü sisin denizde rüyete müsait olduğu bilirkişi ve deniz raporu muhteviyatı ve şehadet ile

gerçeklenmiş ve bu kabil olaylarda deniz vasıtalarının hareket tarzlarını mübeyyin bir talimat olmadığı Ulaştırma Bakanlığının yazısından anlaşılmış bulunduğuna ve sigorta poliçesi ile ona ilişik Klozlar münderecatına ve motor sahibinin Kaptana denizaltının top attığı şeklinde ifade vermesi için telgraf keşide etmiş olduğu yolundaki savunma kovalamanın sübutu karşısında esasa müessir olamıyacağına göre harb muhtarasının kabulüne ilişen bozma sebebine karşı verilen ısrar kararı usul ve kanuna uygun ve temyiz itirazları yersiz olduğundan uyulan hususa aid hükmün incelenmesi için dosyanın Yargıtay Ticaret Dairesine gönderilmesine 2/4/947 tarihinde karar yerilmiş ve bu kararın dahi tashihi karar suretile tedkiki dâvalı şirket tarafından taleb edilmekle tashihi karar talebinin de reddine karar verilmiştir.

Burada üzerinde durulan mesele "Harb tehlike ve muhatarası" anlamlarıdır. Esasen ihtilâf da bundan neşet etmiştir. Sigorta şirketi hâdisenin tehlike içinde vukubulmadığını, motor sahibi aksini iddia eylemiştir. Yargıtay Ticaret Dairesinin kararına nazaran tehlike mevcud sayılabilmek için ihtimal ve korku kâfi olmayıp teşebbüsatı harbiye ve tecavüzkârane bir hareket lâzımgelecek ve Genel Kurulun kararına nazaran tehlikenin vücuduna hüküm için ihtimal ve âdeten korku kâfi olacaktır. Tehlikenin lügat mânası ne olursa olsun filhakika kelimeden kasd olunan mânaya göre benzeri hâdiseler nazara alınarak vaki korku ve ihtimal ile tehlikenin vücuduna hükmedilmek iktiza eder. Rus ve Alman tahtelbahirlerinin cevalân ettiği bir sahada birdenbire hüviyeti meçhûl bir tahtelbahir görülmesi ve bunun motor üzerine doğru hareket etmesi hali tam bir tehlike ve muhatara hali olduğunda şüphe yoktur. Bu vaziyette kaptanın gemi ve içindeki insan ve yükleri kurtarmak için en ehven bir tedbire baş vurması şüphesiz makul bir harekettir. Bu cihetle mahkemenin ve Hukuk Genel Hey'etinin tefsirleri örf ve istimale ve tarafların mukaveleden kasdeylediği gayeye nazaran muvafık görünür.

Bahis Üzerine Tahlilî Fihrist*

Bahisler **Sahife**

Ali Himmet Berki'nin Kısa Hayat Hikayesi V
Takdim VII
Teşekkür IX
Ön Söz 3
Kanunların muhtevası: 3
Tefsir ilmi ve lüzumu: 3-4
Kanun yapmak san'atı: 4
Eser'in te'lifi sebebi: 5

Birinci Kısım
(7 - 72)
Mukaddime
(7 - 13)

Birinci Fasıl

Tefsir 7
Tefsir hakkında muhtelif nazariyeler: 7-9
Hâkimlerin takdir hakkı: 7-8
Lâfzî, Ruhî ve Mantıkî tefsir: 9-10
Yazılış, Ünvan, Matlab ve Virgüllerin delâleti: 10

İkinci Fasıl

Hukukun Menbaları 11
Toplu yaşama zarureti: 11
İnsanın tabiatı: 11
İctihad başda Devletin hakkıdır: 11-12
Teşrîin tabi olduğu esaslar: 12-13

---

* Bu fihrist müellif tarafından hazırlanmış olup, sayfa numarası verilen bahislerin bir kısmı metin içerisinde başlıklandırmaya tabi tutulmamıştır. Yayına esas alınan nüshada eksik bulunan son 30 sahife ise tarafımızdan ilave edilmiştir (e.n.).

Kanunların Anayasaya muhalefeti: 12
Semavî ve Beşerî teşrî: 13

Birinci Bab

Sözün Mânaya Tahsisi İtibariyle Kısımları

(14 - 39)

Birinci Fasıl

Hass Lâfız 14
Hassın tarif ve misâllerle izahı:14 - 15
İsmi alem, ismi cins, ismi nevi, harf ve fiiller, Ayn, nevi, cins: 14-15
Hassın mucebi, ihtimaller ve misâllerle izahı: 16-18
Mutlak ve mukayyedin tarif ve izahları: 18-19
Mutlak ve mukayyedin hükümleri ve misâllerle izahı: 19-20
Mutlak ile mukayyedin tearuzu halinde hükümleri: 20-22
Emir: tarif ve izah: 22-23
Emrin mucebi: 23
Mutlak ve Mukayyed emir ve hükümleri: 24-26
Emrin zıddında hükmü: 26

Ek

Birinci Fasıl

Nefsi Vücup, Vücubu Eda 27
Vücub, Vücubu Eda: 27-28
İslâm hukukunda Eda ve Kaza ve nevileri: 28

Ek

İkinci Fasıl

Memurda Kudret 29
Memurda kudretin lüzumu: 29
Kudretin Nevileri: 29
Nehi ve hükmü: 29-30
Mutlak, mukayyet nehi: 31

İkinci Fasıl

Âmm lâfız 32
Âmmın tarif ve misâllerle izahı: 32
Âmmın (Her, hep, ne, ne zaman, nerede, hangisi, kim) gibi edatların medlûlü: 33-35
Âmmın tahsisi: 35-36
Âmm ile hass arasında tearuz: 36-37

Üçüncü Fasıl

Müşterek 38
Müşterekin tarif ve izahı: 38
Müşterekin hükmü: 38-39

İkinci Bab

Sözün İstimal İtibariyle Kısımları

(40 - 43)

Birinci Fasıl

Hakikat 40
Hakikatin târif ve nevileri (Hakikati lügaviye, hakikatı ıstılâhiye, hakikati örfiyye, mürtecel ve menkul): 40-41
Hakikatin hükmü: 41

İkinci Fasıl

Mecaz 42
Mecazın tarifi: 42
Mecazın hükmü: 42-43

Üçüncü Bab

Delâletler

(44 - 53)

Birinci Fasıl

Sükûtun Delâleti 44
Sükûtun beyan olduğu yerler ve misallerle izahı: 44-46

İkinci Fasıl

Sözün Delâleti 47

Sözün muhtelif delâletleri (ibaresiyle delâlet, işaretiyle delâlet, delâletiyle delâlet, iktızasiyle delâlet) ve misâllerle izahı: 47-49

Üçüncü Fasıl

Vuzuh ve Hafa itibariyle lâfızların nevileri 50

Zahir, Nass ve müfesser lâfızlar ve hükümleri 50

Dördüncü Fasıl

Mübhemiyet itibariyle sözün kısımları 51

Hafî ve Mücmel lâfızlar, hükümleri ve misâlleriyle izahı: 51-53

Dördüncü Bab

Sahih ve Muteber Olmıyan İstidlâller 54

Mefhumu muvafakat ve muhalefet ve nevileri ve bunların tafsili :

1. Mefhumu isim: 55, 56
2. Mefhumu sıfat: 55, 57
3. Mefhumu şart: 56, 57
4. Mefhumu gaye: 56, 57
5. Mefhumu istisna: 56, 58
6. Mefhumu hasr: 56, 58

İslâm hukukçularının içtihadları: 55

Beşinci Bab

Beyan ve Nevileri 59

Beyanın nevileri ve hükümleri: 59

1. Beyanı takrir: 59
2. Beyanı tefsir: 60
3. Beyanı tağyir: 60

İstisnai münfasıl: 61

İstisnai muttasıl: 61

İstisnaimi şartları: 61-62

Nesih ve İlga: 62-67
Kanunların sureti ilgası: 62
- Tamamen ilgası: 62
- Kısmen ilgası: 62
Umumî kanunla hususî kanunlar ilga edilmiş olur mu? 63
Umumî ve hususî kanunlar: 64
Kanunların makabline şümûl ve ademi şümûlü meselesi: 65

Ek

Bazı Kelime ve Edatlar 68
"Ve" edatı : 68-69
"Ya","veya" edatı: 69-70
"Yok" edatı: 70
"Lâkin" edatı: 70-71
"Ancak","yalnız" edatı: 71
"Hemen","derhal" edatı: 71-72

İkinci Kısım
(73-98)

Ruh ve Mantık Bakımından Tefsir 73
Kanunları idare eden esas ve kaideler: 73
Hükümlerin illet ve menatları: 74-75
Beyyine külfeti ve yeminin kime ait olduğunun tâyini hakkındaki esaslar: 75-77
Medenî kanunun 6 ncı maddesinin tahlili: 76
Medenî kanunun 23 üncü maddesinin tefsiri, feragat caiz olan ve olmayan haklar, misâllerle izahı: 77-79
Evlenme ehliyetini haiz olmayan küçüklerin evlenmelerinin hükmü ve kanunun meseleye taallûk eden maddelerinin tefsiri: 79-81
Medenî kanunun 150 nci maddesinin tefsiri ve bu hususdaki içtihad ihtilâfları: 81-82
Medenî kanunun 109 uncu maddesinin tefsiri ve evlenme akdinin in'ikadı: 82-84

Medenî kanunun 271 inci maddesi ve bununla alâkalı maddelerin tahlil ve tefsiri: 84-86

İslâm hukukunda bir akdin taraflarını bir şahsın tevelli edebildiği haller: 84-85

Vasiyyetnamenin şekil ve tanzimine aid kanun hükümlerinin tefsiri ve bu hususdaki Tevhidi İçtihad Kararı ve tahlili: 86-91

Kanunî şuf'ada hakkı şuf'anın hissedarlar veya hisse adedine göre olup olmıyacağı meselesi ve bu hususa dair Tevhidi İçtihad Kararı ve tahlili: 91-94

Ek

Örf ve Âdet 95

Örf Ve Âdet ve Teâmül tarif ve izahları ve farkları: 95-96

Âdetin muhtelif nevileri (iyi, fena, umumî, hususî): 96-97

Örf ve Âdetin şartları: 97-98

İslâm hukukunda örf ve âdetin mevkii: 97

Üçüncü Kısım
(99-110)

Resmî Tefsirler
(99 - 103)

Birinci Fasıl

Kazai Tefsir 99

Hüküm ve kuvvetleri itibariyle tefsirin nevileri: 99

Kazaî tefsirin lüzum ve ehemmiyeti ve tabi olduğu asıllar ve hududu: 99 - 100

İslâm hukukunda hâkimlerin içtihad salâhiyeti: 100

Kazaî tefsirlerin mevridine mahsur olup hâkimleri taksiyd etmediği ve içtihadın tebdili: 100-101

İçtihadla içtihadın nakzolunamıyacağı ve Temyiz Mahkemesinin mahkemelerin içtihadlarını murakabesi: 101-102

Tevhidi içtihad müessesesi ve tevhidi içtihad kararlarının mabihilimtisal olduğu: 101 -103

Mahkeme kararları mecmuaları: 102

Nizamnamelerin Tefsiri: 103

İkinci Fasıl

Teşriî Tefsir 104

Teşriî tefsir: mahiyeti, hükmü, makabline Şâmil olduğu: 104

Teşriî tefsirin faideleri: 104-105

Teşriî tefsirin mahzurları: 105-106

Teşriî tefsire müracaat usulü: 106

Teşriî tefsire lüzum olmayan hallerde B. M. Meclisince verilen kararlar ve bunların mahiyet ve hükümleri: 106-108

Kanunlarda hata ve tashihinin hükümleri: 109-110

Dördüncü Kısım
(111-119)

Kıyas 111

Kıyasın tarifi, lüzum ve ehemmiyeti: 111-112

Kıyas yolu ile istidlalin nasıl olacağı: 112-113

Hükümlerdeki ibhamm tavzihi ve tenakuzun refi: 113-114

Yargıtay kararları hakkında tavzih talebi: 114-115

Kıyasa mani olan haller: 115-117

Kıyasın asıl unsurları:

1. Hükmün mevzuuna mahsus olmak: 116

2. Makisünaleyh olan mesele kıyasa muhalif olarak sabit olmuş olmamak: 116-117

3. Makisünaleyh olan meselenin hükmü bir illet ile muallel olmak ve illet kasır ve natemam olmamak: 117

Ek

Hukukun Yardımcı Kaideleri 118
Zaruret, Hacet, Meşakkat, İstihsan: 118
İstihsan: 118-119

Beşinci Kısım
(120-203)

Tefsir Kaideleri

Külli Kaide ve zabıtaların ehemmiyeti 120
1. Zimmet mefhumu ve **"İnsan zimmetle muttasıftır"** kaidesinin misâllerle izahı **121**
2. "Ölümle zimmet zail olur" kaidesinin izahı: 124
İslâm hukukunda ölüye zimmet isbat olunan haller: 124

İrade ve İradenin Tezahürü

3. "Bir işden maksad ne ise hüküm ona göredir".... 125
Niyet ve maksad: 125
Ceza Hukukunda: 125
Hususî Hukukda: 127
4. Umuru bâtınadan olan bir şeyin zahirdeki delili o şey makamına kaim olur..... 127
5. Akidlerde lâfza değil, mâna ve maksada itibar olunur...128
Muvazaa ve müstear: 129
Namı müstear iddiaları hakkında tevhidi içtihad kararı: 130
6. Söz mümkin ise imâl, değilse ihmal olunur 133
7. Mütecezzi olmayan bir şeyin bazını zikretmek küllünü zikretmek gibidir 135
8. Mutlak ıtlakı üzere cari olur; meğer ki takyid karinesi ola 136
9. Hazırdaki vasıf lağv ve gaibdeki vasıf muteberdir..... 137

10. Sâkite bir söz isnad olunamaz. Lâkin marizi, hacette sükût beyandır 139
11. Sual cevabda iade olunmuş sayılır 140
12. Zâhir olan sözlerin tefsire ihtiyacı yoktur 141
13. İbareler ve hükümler kül halinde mütalâa ve tefsir olunur 143
14. Sarahat karşısında delâlete itibar yokdur 146
15. Yazı ve beyan sözle beyan gibidir 147
16. Dilsizin tarifi ve "dilsizin işaret-i mâhûdesi lisan ile beyan gibidir" kaidesinin izahı **..... 148**
17. Tercümanın sözü kabul olunur 149

VAAD VE ŞARTLAR

18. Vaadin tarifi, nevileri, hükümleri ve **"akid yapma vaadi muteberdir"** kaidesinin izahı **..... 149**
19. Şartın tarifi, nevileri, hükümleri ve **"şartın sübutu halinde ona muallâk olan şeyin sübutu lâzım gelir"** kaidesinin izahı **..... 152**
20. Şartlara mümkin olduğu kadar riayet olunur 153

ÖRF VE ÂDET

21. Âdet muhakkemdir 155
22. Âdet ancak muttarit veya galip oldukta muteber olur 156
23. Örfen mâruf olan şey şart kılınmış gibidir 156

İŞLERDE KOLAYLIK GÖSTERİLMESİ

24. Meşakkat teysiri celbeder 157
25. "Bir iş zıyk olunca müttesî olur" kaidesinin izahı **..... 158**
İslâm hukukunun başka hukuktan me'huz ve mülhem olmadığı: 159
26. İbtidaen tecviz olunmayan bekaen tecviz olunabilir ... 159

IZTIRAR HALİ

27. Zaruretler memnu olan şeyi miibah kılar 160
28. Zaruretler kendi mikdarlarınca takdir olunur 161
29. Zarar kendi misli ile izale olunamaz..... 161
30. Iztırar gayrın hakkını ibtal etmez 163
31. Hâcet umumi olsun, hususî olsun zaruret menziline tenzil olunur 163
32. Bir özür için caiz olan şey o özrün zevaliyle bâtıl olur 164
33. Manî zail oldukda memnu avdet eder 165

DAVA HAKKI

34. Hak himaye olunur 165
35. Dâva muhtemellissübut olmak şarttır 166
36. Dâvanın sübutu halinde üzerine bir hüküm terettüp etmek şarttır 167

İSBAT HUKUKU

37. Beyyine müddei ve yemin münkir üzerinedir 167
İslâm hukukunda müddeiye yemin tevcihi: 169
38. Beyyine zâhir ve aslın hilafını isbat içindir 169
39. Sıfatı arîzada asl olan ademdir 170
40. Beraati zimmet asıldır 171
41. Bir şeyin bulunduğu hal üzre kalması asıldır 172
İslâm hukukunda mefkud ve istishab: 173
42. Kadim kıdemi üzere terk olunur 174
43. Bir emri hadisin en yakin zamana izafesi asıldır 175
44. İkrarın tarifi, nevileri, hükümleri ve **"Kişi ikrarile ilzam olunur"** kaidesinin izahı **..... 176**
45. Höccetin nevileri, hükümleri ve **"Beyyine höcceti müteaddiye ve ikrar höcceti kasıradır"** kaidesinin izahı...**178**

46. Bürhan ile sabit olan şey ayânen sabit gibidir 180
47. Senede müstenid olan ihtimal ile höccet kalmaz 180
48. Hatası zahir olan zanna itibar yokdur 181

MÜLKİYETİN HÜKÜMLERİ

49. "Herkes mülkünde istediği gibi tasarruf edebilir" kaidesinin izahı **..... 181**
Mecellenin bu hususdaki hükümleri: 183
50. Bir kimse gayrin mülkünde anın rızası veya velâyet ve vesayet gibi bir sıfatı olmadıkça tasarruf edemez 184
Âdeten rıza, delâleten rıza: 185
51. Gayrin mülkünde tasarrufla emretmek bâtıldır..... 186
52. Meşru bir sebeb olmadıkça gayrin malını almak caiz değildir 187

HAKSIZ FİİLLER

53. Zarar ve mukabele bizzarar yokdur 187
54. Zarar izale olunur 189
Mislile tazmin, aynen iade: 189-190
55. "Kasd, ihmal, teseyyüb ve tedbirsizlikle haksız bir surette aharı ızrar eden bu zararı tazmin ile mükelleftir" kaidesinin izahı: 190
Mübaşir, Mütesebbib tarif ve hükümleri: 190
Bu hususda İslâm hukuku ile Borçlar Kanunumuzun mukayesesi: 193-194
Kasd, ihmal, teseyyüb, tedbirsizlik tarif ve hükümleri: 195
56. Cevaz zamana münafidir 196
57. Hayvanın kendiliğinden yapdığı cinayet ve mazarrat hederdir 197
Bu hususda Mecelle ile Borçlar Kanunu hükümlerinin mukayesesi: 197-198

TEBEAN SABİT OLAN HÜKÜMLER

58. Vücudda bir şeye tâbi olan hükümde dahi ona tabi olur 198

Teferruat ve mütemmim cüzüler: 198-199

59. Tâbi olan şeye ayrıca hüküm verilmez 199

60. Asıl sâkıt oldukda fer'i dahi sâkıt olur 200

62. Sâkıt avdet etmez 200

63. Her kim ki kendi tarafından tamam olan şeyin nakzına sây ederse sâyi merdud olur 201

İÇTİHAD

64. "Mevridi nasda içtihada mesağ yokdur" kaidesinin izahı **... 201**

Bu hususa dair Medenî Kanundan misâller: 202

65. İçtihadla içtihad nakzolunamaz: 202

Altıncı Kısım

(204-241)

Bazı Kanun ve Mukaveleler Üzerinde Tefsir Tatbikatı

Kanunlar Üzerinde Tefsir

(204-241)

1. Evlenme esnasında yapılan taahhütler 204

Mehr, Drahuma ve Medeni Kanunun mer'iyetinden sonra mehr tesmiyesi muteber olup olmadığı: 206

2. İkrar halinde müruru zamana itibar olunup olunmıyacağı 207

Müruru zaman ve nevileri, sükûtu hak müddetleri ve bu husularda İslâm Hukuku ile Medeni Hukuk hükümlerinin mukayesesi: 207-210

3. Medeni Kanunun 550. ci maddesinin tefsiri 211

4. Haricî İkrarla Hüküm 212

5. Vekilin Kabul ve İkrarının Hükümleri 213

6. 1785 Numaralı Kanunun Tefsiri 216

7. Nafaka (Muavenet)Talebi 219
8. Gıyab Kararının Hükümsüzlüğü 222
9. Medeni kanunun 659 uncu maddesine ve şuf'a hakkının tecezzi edib etmiyeceğine dair bir tefsir 223

Mukaveleler Üzerinde Tefsir

10. Bir Vekâletnamedeki kayıdlar 225
11. İcar müddetinin mebdei 227
12. Hasılât icarında akdin âlât ve edevata şâmil olup olmaması 228
13. Muhtelif fıkraları ihtiva eden bir vasiyetnamenin tefsiri 229
14. Vasiyyetnamedeki şartların hükmü 231
15. Terditli vasiyyetlerde muhayyerlik ve mahfuz hisse aranmamasına dair vasiyyetçinin temennileri 232
16. Vasiyyetnamede mübhem ve meskût noktalar 232
17. Bir kefaletnamenin tefsiri 234
18. Eksiltmeye iştirâk: Fiyat teklifinde hata 235
19. Eksiltmeye iştirâk: Fiyat teklifinde hataya dair diğer bir misal 235
20. İş teahhüdünün müddetden evvel feshi, alınmış ücretler 236
21. Bir ziraat ortaklık mukavelesi 237
22. Harb tehlike ve muhatarası mukavelenamesi 239