

# ADALET MANTIĞI VE HÜKÜM VERME SANATI

M.P. FABREGUETTES



ADALET MANTIĞI  
VE  
HÜKÜM VERME SANATI



# ADALET MANTIĞI VE HÜKÜM VERME SANATI

M.P. FABREGUETTES

---



KASIM – 2019

---

# ADALET MANTIĞI VE HÜKÜM VERME SANATI

## Yayına ve Baskıya Hazırlık - Tasarım

T.C. ADALET BAKANLIĞI / Eğitim Dairesi Başkanlığı

Emniyet Mahallesi, Mevlana Bulvarı No:36 Kat: 13 - 14 - 15 - 16

Yenimahalle / ANKARA

Tel: (0312) 219 75 92 - (0312) 219 54 85, Belge Geçer: (0312) 219 64 17

web: edb.adalet.gov.tr / adalet.gov.tr / e-posta: edb@adalet.gov.tr

- Bu kitap, 1945 yılında basılan nüshanın tıpkı basımı olarak yeniden hazırlanmıştır. Dil, imla ve benzer hususlar olduğu gibi muhafaza edilmiştir. Kitabın bu formatta tıpkı basımının amacı kitabı literatüre yeniden kazandırmaktır.
- Kitabın tüm hakları Adalet Bakanlığına aittir. Kaynak belirtmek suretiyle alıntı yapılabilir. İzinsiz çoğaltılamaz.

## Baskı ve Cilt

Dumat Ofset Matbaacılık San. Tic. A.Ş.

Tel: (0312) 278 82 00

ANKARA



# ADALET MANTIĞI

VE

# HÜKÜM VERME SANATI

M. P. FABREGUETTES

FRANSIZ İHTİLÂT MAHKEMESİ REİSİ VE TEMYİZ MAHKEMESİ AZASI  
FRANSIZ AKADEMİSİ VE TOULOUSE KANUNLAR  
AKADEMİSİ AZASI

Adliye Vekillîğince teşkil edilen bir heyet tarafından  
ikinci basıdan Türkçeye çevrilmiştir.

ANKARA  
Yeni Cezaevi Matbaası  
1 9 4 5



## Ö N S Ö Z

Bu eserin birinci tabı, 1914 senesinin ilk aylarında neşrolundu. Biraz sonra, umumi harp patlıyarak, uzun süren imtidadt esnasında, fikir alemi, ve eserleri, başıboş bir halde terk edilmiş bulundu. Terkedilen bu eserlerin istikballeri de son derecede tehlikeye girmiş bulunuyordu. Buna rağmen, bu kitap, 1920 de, mütarekeden bir kaç ay sonra, Presse Judiciaire ile Recueils de jurisprudence'da münteşir tahlilli yazılar neticesinde, daha çok aranır bir hale gelmişti. Mühim bir kısma da, ecnebi memleketler, talip olmakta idiler

Böylelikle, gayri müsait vaziyetlerin tehlikeye düşürmüş olduğu birinci tabı, az bir zamanda tükenmiş bulunmakta idi.

Bu muvaffakiyeti neye atfetmeli?

Bana göre, bunun tek ve kâfi sebebi, eserin hâkime, aynı zamanda, hem kısaltılmış bir şekilde hukukun esas ve katdelerini hatırlatması, öğretmesi, hem de tahammül ettiği vazifeyi ifa için amelî çareler göstermiş olması gibi, bir boşluğu doldurmuş bulunmasıdır.

Mesaimi, hâkimin işine yarıyacak bir nevi «adli klinik» tesisi için teksif etmiş bulunmaktayım.

Göklerin derinliklerinde, en geniş manzaraları, bütünlük ve inceliklerle tesbit etmek istiyen bir tayyareci gibi, ihatalı bir görüş ile, adli faaliyet sahasını kavramak istedim.

Ve bunun için, meslekte geçirmiş olduğum merhaleler, bilhassa yardımcım olmuşlardır. Filvaki, Hukuk Fakültesindeki beş senelik tahsil devreinde, fasılasız bir surette bir (Avoué) nin yanında çalıştım. 24 Eylül 1870 de Müddeiumumilik meslekine girdim. 1873 de tekrar hususi hayata avdet ederek, avukat sıfatile büyük bir baroya kaydolandım. Ve orada, beş seneden fazla bir müddet, ileride gelen bir mevkiî muhafaza ettim. 1878 de tekrar memuriyete dönerek sırasile Nimes ve Lyon'da müddeiumumilik vazifelerini ifa eyledim. Buralarda bana nümune olmak vazifesi görmekle beraber aynı zamanda tecrübelerinden de istifade ettirmiş bulunan başreislerle karşılaşmak saadetine eriştim.



1884 de Toulouse'da başrets, 1896 da Temytz Mahkemesinde äza, bilâhara bu mahkemenin kademli derecelerini ihraz ederek aynı mahkeme tarafından ihtilâflar mahkemesi reisliğine seçildim. Daha sonraları, Temytz Mahkemesinin yüksek komisyonu riyasetine getirildim. Böylelikle kırk senelik ömrüm; raporlar, kararlar yazmak ve bunlardan daha müşkül bir iş olan, äza ve muavınlerin bu çeşit mesailerini tashih etmekle geçti. Bunun içindir ki, tekrar gözden geçirdiğim ve bazı kısımlarını bu yeni tabı için, yeniden ilâve ettiğim «adli mantık ve kaza sanatı» müşahadelerimle tecrübe-rimin bana ilham etmiş olduğu haldelerin hulâsasından başka bir şey değildir.

Ağustos 1925

P. FABREGUETTES

---

# BİRİNCİ KISIM

İmprimis Cognoscendum est quae sit conjunctio hominum, quae naturalis societas inter ipsos: his enim explicatis, fons legum et juris facile explicari potest

Cicero, *de legib.* lib. I.



# BİRİNCİ KISIM

DÜŞÜNME MANTIK VE SANATI — HUKUK FİKRİ — HUKUKUN TEKÂMÜLÜ —  
KANUN NAZARİYESİ — KANUNUN YAZILIŞ TARZI VE VASIFLARI — TEFSİR KA-  
NUNLARI — MAKABLE ŞÂMİL KANUNLAR — KANUNLARIN İLGASI.

## BAŞLAMADAN EVVEL

Adalet herkes, her an için muhtaç bulunmaktadır. Bunun için adale-  
tin hürmet telkin etmesi, itimat ihâm eylemesi lâzımdır. [1]

“Adli kudret kadar, vatandaşlar üzerinde, doğrudan doğruya itiyadi  
şekilde müessir olan hiç bir kuvvet mevcut değildir. Bunun için bu kudret  
kendilerine emanet olunanların seçiminde uyanık bulunmakta, milletin bü-  
yük menfaati vardır.” [2]

Hâkimler, vermiş oldukları kararlarla, omuzlarında, nizama tesis vazifesi-  
nı taşımaktadırlar. Tek bir kararda vekî adaletsizlik, âmmeye tevcih  
edilmiş bir tehdit mahiyetindedir.

Bunun içindir ki bütün içtimai vazifeler meyanda yalnız hâkimlik sınıfı  
daha geniş vasıflarla hassaların bir arada toplanmış bulunmasını istilzam eder.  
Bakınız Lamoignon [3] meslekin azametini nasıl göklere çıkartıyor.

[1] Mirabeau: Adli teşkilât hakkında nutuklar.

[2] Thouret: 21 Mart 1796 nutukları.

[3] Kanun vaznı, nazım vazifesini görmekte, hâcimsizlerinin hakemliğini yap-  
makta ve mutlak bir kudretle bunların servetleri ve en mukad-des hakları üzerinde  
mutasarrıf bulunmaktadır.

Cemiyetin bütün büyük menfaatları hâkimin muhafazası altına vaz olunmuştur  
Bu geniş salâhiyetin, kullanılabilmesi için bu muazzam vazifenin büyütülmesi, yük-  
seltilmesi lâzımdır. Lamennais;

“Bir şahsın, diğer bir şahsı muhakeme ettiğini düşündüğüm zaman, beni  
büyük titreme kaplamaktadır,” diyor.

“Beşeriyetin en güzel vazifesi adalet tevzidir.” Essais sur les mœurs, Voltaire.

“Arzettiği azamet ile ne mükemmel, istilzam ettiği faziletler ve tahlil ettiği  
mesuliyetler ile ne korkunç bir meslek.” Philippe Dupin.

Mütemeddin milletlerde en âli hissin hak mefumu olduğu bir hakikat ise; ilk  
göze çarpan ihtiyaç ilme müstâhit mevzuat ile bitaraf bir adalettir. Bu zarurete ce-  
vap veren müessesese, devlette hiç kimsenin ehemmiyetini azaltamayacağı bir mevki  
işgal eder. Bunun içindir ki bu müessesenin müstakil bulunduğu her yerde, hâkimler  
sınıfı hakiki hürmeti nefsinde cem etmiş olmak hakkına malik bulunur. Hiç bir vazifesi

«Hâkimlik vasfı, çok vadedip az veren, ihtilâm ve renk arz edip bunları ancak zevahir ve gösteride bırakan kof vasıflardan birisi değildir. Filvaki, vazifesini ifa eden bir hâkimin nasıl olmasını düşünürsünüz? Hâkim, kanunu âmir kılmak için yaratılmış bir adama benzemektedir. Fakat bu işi, yüklenmiş olduğu salâhiyetinden ziyade hareketlerinin salâbeti ile daha iyi bir surette ifa eder. Emir ve kumandanın memnuiyetlerine karşı koyan nizam bozuculuk onun nümune olan sükûtü önünde mukavemetten âciz kalır, takdir ettiği ef'âli taklit etmemekten hicaba düşer ve itaati faziletlerinin nümunesi ile telkin etmek istemiyen başka hiç bir kimseye itaat etmez olur. Çok iyi bir hâkim vasfını veren ne erguan ne kürktür: İlim ve dürüstüdü, fazilet aşkı ve adalet gayretidir. Ve bütün bunlar onun şahsına bağlanmış vasıflardır. O, öğülmekten uzaktır. Bu öğülmeyiş, vazifesi dolayısıyla insanların hissiyat ve servetlerine hâkim olmasından dolayı değil, haiz olduğu fazilet yüzünden herkesin «insanların hayat ve servetlerinin bu kadar cesur ve temiz ellere tevdi edilmiş olmasile emniyet altına alındığını itirafa mecbur bulunmasındandır.»

Hukuk ilmi nerede öğrenilir? Nazari olarak üniversiterin fakültele-  
rinde tedris olunur. Fakat hukuk, bilhassa mantıkî bir ilimdir. Bunun için, avoué'ler nezdindeki mesai ile adliye saraylarından başka tatbikat mektepleri mevcut bulunmamaktadır. [1]

fe hâkimlik kadar mukaddes ve güç değildir. Öyle bir vazife ki beşerî zaaf ve ihtirasların fevkinde bulunmak mecburiyetinde olup nefisini muğtâk bir takım mesaiye hasrettiği halde bu mesainin mükâfatını her hangi bir şöhretin debdebesinde değil, ancak vicdanın sakin huzuru içinde bulmaktadır. Öyle bir vazifedir ki, kanunun canlı bir şekilde izahıdır. Kararların muhassalası olan bu kadir izahın etmeli, sağlam ve serbest bir idraktan başka bir şey değildir. Öyle bir vazife ki tahdit edilmiş menfaatların mütayakkız bir hamisi, zulüm, cebir ve hilenin yorulmak bilmez düşmanıdır. İhtimam ve şefkati en âcizlere kadar temdit eden bu vazife, asri cemiyetlerin en muhteşem en korkunç iktidarlarından birisidir. Nihayet bu vazife, zafer ve koremden ibaret ise de, kendisine tevdi edilmiş olan geniş salâhiyeti suiistimal eylediği, vazifelerini unuttuğu takdirde bir afet, bir namussuzluk timsali olmaktan kendisini kurtaramaz. (Jules Favre: Discours du bâtonnat 3/12/1860).

[1] Dumoulin: Leges in scholis deglutuntur, digeruntur in palatio.

«Adliye saraylarile, duruşma celselerinde iktisap olunan tecrübeden azade hukuk ilmi, büyük makinelerin küçük kütada yapılmış tecrübe örneklerine, dâşmanı görmeden yapılan hayali muharebe oyunlarına benzemektedir. Aristo, „Demundo,“ adli eserinde hâkimin, mebadiden başlamak üzere vazifesini yalnız mekteplerde okutulan kaidelere dayanarak ifa etmesini değil, aynı zamanda adliye saraylarında öğrenilen tecrübelere de istinat ettirmesini istemektedir. «Laroche Flavin, Livres des parlements,»

Adli teknik, hiç bir hukukî mevzuu, tamamiyle derinleştirmiş bulunmamaktadır. Bu eserle hâkimlere, vazifelerini ifa için lâzım olan vasıtaları ihzar edeceğimizi ümit etmekteyiz. Filhakika hukukun tatbikatını, kaidelerin mecmuunu bilmektedir ki, hakikata yani hakka vusul için muktazî vasıfları nefsinde cemedebilmek kudreti lakıf etmekte, tabii kabiliyetler kuvvet kesbeylemektedir. Fikir, tezahür sahasına ancak bu vasıfların mevcudiyeti ile erişmektedir.

Adliye dairelerimizin kapılarına kabartma olarak kazılmış bulunan, «Keskin Kılıç», «Kanun Levhaları» terazilerile beraber «Adalet İlahı», Prudhon'un «cürüm kovalayan adalet» adlı meşhur tablosu, bütün bunlar zayıf birer remizden başka bir şey değildir.

Duruşma salonlarile mahkeme kapılarının üzerlerine şu vecizelerin hâk edilmiş olmalarını ne kadar tercih ederim.

*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum unigue tribuendi.*  
Ulpian, L. 10 Tit. *de justitia et jure.* [1]

*Juris Procepta sunt haec: non este vivere, alterum non laedere, suum unigue tribuere,* L. 10 § 1. Tit, *de justitia et jure. jus est ars aequi et boni.*

*Justitia est habitus voluntatis (yahut ut virtus); jurisprudentia habitus intellectus (juris prudentia est scientia).*

[1] Hâkimler kararlarını, doğru, âdil ve yaşayan kanunlara nazaran vermek mecburiyetindedirler.

V. Dupin. Manuel du F. etudiant en droit.

---

## BİRİNCİ BAP

### Düşünmek ve muhakeme etmek mantık ve sanatı

Mantık, aklımızı hakikatı taharriye sevk etmeği öğretir.

Dürüst fikirleri terkip etme temayülü noktasından, mantık, bir sanattır. Zekâ ve bilgi melekelerine yani tecrübe üzerine müstenit esasları vazetmesi veçhesinden ise bir ilimdir. [1]

Böylelikle zekâyı kendi kaidelerine inkıyat ettirmektedir. Adli mevzu-da, kendisinde mevcut adalet hissini, hukuk ilmi ile mevzu edebilen hukukçuya, «iyi bir adliyeci» denir.

Hâkimde bulunması mecburi olan esaslı melekelerden birisi «idrak» hassasıdır. Bentham, «hâkim, ihatası geniş bir adam olmak zaruretindedir. Yüksek felsefeye yabancı bulunmaması, hiç olmazsa, bu güne kadar hukuk mekteplerinde tedsris olunmayan, ancak hâkim için elzem olan

[1] Bentham, Des preuves judiciaires, édit. Dumont LIV, I. chap. X. § II. Sabatier, L'education Juridique et les aptitudes morales, dans son livre: Étude et discours.

Gerçî hâkimin, her şeyden evvel, çalışkan olması lâzımdır. Ve bu müfit mesai, salon hayatının, sıkı fıkî alâkadar olunduğu takdirde, istilzam ettiği dikkat ve nezaket kaideleriyle telif olunmayabilir. Bununla beraber hâkim, mutlak surette, cemiyet hayatı haricinde yaşamak mecburiyetinde değildir. Hemcinslerini salim bir tarzda muhakeme edebilmek fikrini edinebilmesi için cemiyeti tanımış olması lâzımdır. Başka bir ifade ile, katıksız bir nazariyeci daima tehlikededir.

Muhakemesini yapmağa mecbur olduğu hâdiselerde, lüzumlu olan nafiz tahlili yapabilmesi için hâkimin, asrî hayattan kendini tecrit etmemesi lâzımdır.

Cemiyet makinesini harekete getiren çarkların esrarını, faciaları, bunların saiklerini, beşer muthâkesinin hezillerini, bütün bunları tanımak, bilmek hattâ tesbit etmek mecburiyetindedir. Başkalarını muhakeme edebilmek için hayat tecrübesine ihtiyaç vardır. Mutlakiyet üzere kemal, bu dünyaya mahsus değildir. Hâkimin her şeyden evvel, bir insan olması lâzımdır.

Hâkimin, kudretli bir surette yalnız hukuk ilmine vakıf bulunması kâfi değildir. Aynı zamanda bugün, muhtelif suretlerle beşer efkârına hâkim olan iktisadî, içtimai fikirlerde de behre sahibi bulunması iktiza etmektedir.

Şüphesiz, alelâde hayatta münasebettar olacaktır. Ancak, Agnesseau'nun mna-arlarına işaret ettiği gibi, adliye haricinde, hâkim olduğunu çok fazla bir surette hissettirmemeğe adliye dahilinde ise bu sıfatını tamamiyle unutmamağa cehdetmesi lâzımgelmektedir.

ve insanı, fiziki ve mânevi bakımlardan tetkik eden diğer bir ilme vukufu bulunması lâzımdır,» demektedir [1].

Hâkimler çocuk ruhiyatı ile meşgul olmak, onların duruşmadan sonraki vaziyetlerini takip ederek, ahlâki yükselişlerine nezaret etmekle mükelleftirler. Bu iş için itinalı bir surette intihap edilmiş hâkimler, vazifelerinde ihtisas kesbederek istikrar temin ettikleri gibi bu kıymetli vazifeyi ifa için, hususi şahıs ve cemiyetlerin, adalet müessesesine vaki baha değer yardımlarından da istifade etmelidirler. Bu sayededir ki, herkese açık bir mahkemede ekseriya vaki rezaletler nihayet bulacak, mahkeme safbalariyle suçlu çocukların fotoğraflarının neşri men edilecek, bugün çok nadir bir surette endişe uyandıran, tevkif olunarak ailelerine teslimi, ekseriya sokağa atılmak demek olan onüç yaşından küçük çocukların gereği gibi kalkınma ve emniyet altına alınma keyfiyetinin mevzuu olacaklardır.

Himaye müesseseleri, kendilerine tevdi olunan küçüklerin muhafazalarına temin edecek olan yardımlardan cesaret alacaklar, müesseseden kaçan yahut içtimai disipline karşı koyan küçükler için mahkemeye müracaat ederek yeni ve müessir tedbirler istiyebileceklerdir. Büyük iyilikler, umulan yenilikler işte bunlardır.

Sorgu hâkimleri, ağırceza reisleri, kıyas ve istidlâl işlerinde bilhassa birer ruh mütehassısıdırılar. Son zamanlarda ağırceza mahkemelerinde, isticvabatın tarafgirane yapılmadığı yolunda tarizler yapılmaktadır; şüphesiz ki hiç bir kanun metni, katî bir şekilde isticvabatın ne suretle yapılacağını âmir bulunmamaktadır. Bu, bizatihi hâdiselerin mahiyetinde meknuzdur. İttihammenin okunması Juri âzalarını irşat için kâfi gelmez ve müdafaa mevkii, reisin tavzih için mecburi müdahalelerini ekseriya, dolayısıyla vaki iddianame mahiyetinde telâkki eder.

Fikir ameliyeleri, hâdiseleri görüp anlamamıza yardım eder. Fakat bu, çok kere kâfi değildir. Bilhassa, adliye mevzuunda, gözden kaybedilmemesi zaruri olan nokta, muhakeme edilecek olan hâdisenin kendisidir.

İnsan, tamamıyla, ihtisas, zekâ ve irade ile tavsif olunur.

Ruhunun ham maddesi doğuşunda, hareket, duygu, iştiha ve tabii sevklerden terekkep etmiştir. İptidai tesirlerin öğreticiliği sayesinde ki beşer

[1] Burada vukuftan kastettiğimiz mâna, o itmin önemi yani ruhunu bilmek hassası değildir. Buradaki vukuftan maksat, anlayabilmek, zihin küşayış, fikirleri tefekkür edebilme kabiliyetidir.

Liard: Logique, 4 e edit. 1897 E. Boirac, Cours élémentaire de philosophie. 12 e edit. 1898. livre II Logique ch. Lahr. Cours de Philosophie, II e edit. 1911, t. 1, 2 e partie logique P. Malapert, leçons de philosophie 1908, t. 2. logique. Rabiers leçons de philosophie.



zekâsı tahsil ve terbiye ile tekemmül etmekte ve böylelikle tecrübe, müte-  
madi bir tezayüt halinde teşekkül etmektedir. Dimiğ, bu suretle mütevali  
bir halde deposunu doldurmaktadır. Ve duygu (sens) tâbiri, uzavlarımızın  
işaret ettiği mânadan başka bir mefhum almış bulunmaktadır [1].

Düşünce (pensée), ruh ameliyelerinden anladığımız bütün mânayı muh-  
tevidir. Yani, harici mevzuların üzerimizde icra ettikleri intiba ve ihtisaslar  
dışında ruhumuza tesir icra eden dahili ihsaslar mevcuttur. İşte düşünce,  
böylelikle bütün idrak hassalarımızdan istifade ederek müdrîke (entende-  
ment) ye dahil olmaktadır.

Platon düşünme için « ruhun, sesle telâffuz etmeksizin, kendi kendine  
mırıldanarak söylediği sözdür » demektedir.

Düşünce ( pensée ) nin fiilleri dörde irca olunabilir:

1 . Kavramak, fehmetmek ( fikirlerin teşekkülü ), 2 . Muhakeme ve  
ispat etmek, 3 . Hüküm vermek, 4 . Düşünceleri tertip etmek, sıralamak.  
Böylelikle, mantık da, bu tasnife mütenazır olarak dört kısma ayrılır:

1 : Fikirler, 2: Muhakeme, 3: Hüküm, 4: Usul. Düşünmek; zihinde bir  
şey tertip etmek, tefekkür etmektir. Bunun içindir ki, Aristo « düşünmek  
ilâhların işidir » demektedir. Medici'lerin mezarındaki kabartma resim  
ne mükemmeldir. Mikelanjin eseri olan bu resimde duc de Laurent par-  
mağı dudaklarında olarak oturmuş ve tefekküre dalmıştır.

Tefekkür, illetleri ve bunların tesirlerini tâyin etmek imkânını verir.  
Düşünceleri terkîp eder.

Tefekkür, tahayyülün zıddıdır. Tefekkür, mütefekfire eşyanın, kıymet-  
lerinin hakiki mânasile en doğru bir şekilde sıralayabilmesi imkânını verir.  
Ve nihayet tefekkür, efaalin ne suretle tanzim edileceğine dair bir seziş oldu-  
ğuna göre, yapılacak iş için bir hazırlıktan ibarettir.

Tefekkür, ana fikrin ışığı, düşünceyi zayıflatan tahayyülün aksidir.  
Stuart Mill [2] « sureti mahsusada bir müşahede sanatı mevcut değildir; mü-  
şahede için de bir takım kaideler mevcut olabilir. Ancak bu kaideler, icadın  
kaidelerinde olduğu gibi, sadece, fikri mümkün olduğu kadar iyi bir suret-  
te müşahede ve icada ihzar için vaki öğreticilerden ibarettir; binaenaleyh

[1] H. Bergson: L'évolution créatrice.

[2] Zekâ ve nüfuz edebilme kabiliyeti; dâva evrakını iyi okumak, teemmül et-  
mek ve müşahede edebilmek sanatına mütevakkıf bulunmaktadır. Bu, bilhassa bü-  
yük sorgu hâkimleri ile ağır ceza reisleri için böyledir.

Zekâ ile nüfuz edebilme kabiliyetinin tamamile tabii vasıflar bulunduğunu zan-  
netmek hatadır. Her ferdin bu vasıflardan aynı derece nasibedar olmadığı şüphesiz.  
İse de, bunları inkışaf ettirmek lâzımdır.

Bunlar, ferdi terbiyenin usul ve kaideleridir ki insana bir şey yapmağı değil, o şeyi yapabilmek kabiliyetini talim ederler. Bu, uzuvları takviye etmek sanatı olup onları kullanmak sanatı değildir » demektir [1].

Beşerin bütün bilgisinin esası tecrit ( abstraction ) dir [2].

Tecrit hakikatte lâyetfevik olarak birleşmiş olanı ayrı bir halde nazara almak ve keyfiyetleri, içinde buldukları mevzudan müstakil bir surette mülâhaza etmektir. Mücerret fikirler bundan doğmaktadır. Mücerretlik, düşünceden başka yerde mevcut değildir [3].

Mücerredin mukabili müşahhas ( concret ) bir nevi işlenmemiş madde gibidir. Tabiatıta « Müşahhas » dan başka bir şey yoktur. Düşüncelerimizde « Mücerret » den başka bir şey olmadığı gibi. Adli mevzularda iki nevi hukukçu vardır: Bir kısmı, hâdiselere o kadar ehemmiyet atfetmez, mücerrede

[1] Zekâ fikirlerin uygun olmadıklarını mukayese ederek hükümünü verir. " Bir muhakeme neticesi olmayan veya bir mahkemeye peyrevlilik etmeyen hiç bir fikir ameliyesi mevcut değildir " victor Cousin.

Düşünmek, muhakeme etmektir. Muhakeme etmek ise, iki fikir arasında bulabildiğimiz münasebeti ifade eylemektir.

Zekâyı tekemmül ettirmek için ciddi fikirleri ihtiyar edinmek, onu yaymaktan ziyade bir noktada temerküz ettirmek lâzımdır.

Bu gayeye fikir salâbeti ile erişileceği şüpheden âzâdedir.

Bilindiği üzere iki büyük felsefi mektep vardır:

İhsasiyeciler ( Sensualistes ) ile mefkûreciler ( İdealistes ) birinelsi. ( Aristote, Epicure, Diderot, Condillac, Locke, Destutt de Tracy, Laromignière ilâ . . ) hislerimizin, fikirlerimizin yegâne menbâı bulunduğuna fikrinde bulunmaktadır.

Nihil est in intellectu quin prius fuerit in sensu.

İkinelsi ( Platon, Kant, Leibnitz, ilâ . . ) hislerin iptidai malûmatından başka bir şey temin etmediği iddiasındadır. Buna göre fikirlerin büyük bir kısmı, en yüksekleri ahlâki ve fikri tefekkürler, büsbütün başka bir menbadan neşet etmektedir.

Nihil est in intellectu quin prius fuerit in sensu, nisi intellectus.

Bu, fikirlerin vehbi oldukları nazariyesidir. Tabii hukuk müntesiplerini bu ikincî mektep meydana çıkarmıştır.

Ruhaniyeciler, fikrin şahsi olması hususunu, tabiatile ret ve inkâr eylemektedirler. Zihin ise, zekânın faaliyetinden başka bir şey değildir. Sûrat ve canlılıkla kavramak eşyayı, hakiki ışığı ile görmek mevhibesi zihne mahsus bir keyfiyettir.

[2] Tecrit, bir istihale metodu olmamak şartıyla, fikrin faydeli bir ameliyesidir. Fakat tecrit, canlı ve müşahhas mevzularda ortadan çekilmeyerek daimi surette tamami ettiğî takdirde fikir, yanlış ve kısır neticelere varmaktan başka bir şey elde edemez.

[3] Mücerret fikirler en basit olanlarıdır. Beşerin bütün bir bilgisinin esası tecrittir. En basit muhakemeler, bütün mantık, lisanlar, hulâsa bütün malûmatımız fikrimizin bir melekесinin mevlüdü olmaktan başka bir şey değildir.

çok bağlanırlar. Diğerleri nâdiselere, yani, « müşahhas » a bağlanırlar [1]. Bu iki sistemin, ikisi ortalarını bulmak lâzımdır. İşin doğrusu evvele mirde hâdiseleri kıymetlendirmek, bilâhara hukuk ilmine düşen hisseyi vermektir.

Tecritten sonra, iki veya muhtelif mevzular arasında mevcut olabilen münasebetleri taharri eden mukayese gelir.

Mukayese (Comparaison) netice itibarile, iki katlı veya mütenevvi bir dikkatten başka bir şey değildir.

Bu suretle tefekkür, yani düşünce sahibi, tamime (Généralisation) [2] vasıl olmuş olur ki, bu, evvelce yapılmış bir tecrit ve mukayese amelîyesinin mevcut olduğunu farzettirir.

Umumi fikir, (idée générale) gayri mahdud mevzulara tatbik olunarak bunlardaki benzerleri zapteden ve birbirinden vaki farklarını tecrit ederek bu mevzuların bir çoklarını vahide irca eyliyen fikirdir.

Umumi fikirler, ekseriyet itibarile lisan ve tahsil sayesinde elde edilirler.

Adli mevzularda umumi fikirler ilim, teemmül ve mukayesenin neticesidirler [3].

Bazı mantıki fikirler vardır ki bedahet teşkil ederler. Roma hukukçularının işaret ettikleri bu keyfiyet, daima bir hakikat olarak kalmaktadır [4].

[1] Hakikata miyar olarak amelî kıymetli esas itihaz eden felsefe yani pragmatizm'in hareket veçhesi, hayat ve fiiliyattaki müşahhas hakikatın isteklerine göre tevcih edilmiştir.

Pragmatizm, müfatesipleri tarafından, muzır, hâtalı ve suni olarak telâkki edilen zihniyetçi (intellectualisme) sistemlerin zıddıdır. Hakiki felsefe de budur. Maa-haza ileride, pragmatik bir adli mektep mevcut olduğunu göreceğiz.

[2] Tamim (généralisation) : 1: Bir çok hususi fikirleri tek bir fikirde tevhit etmek imkânını bahşederak malûmatımızı sadeleştirir. 2: Konuşma imkânını verir. Çünkü, tamim olmasaydı, her ferdi mevzu için, bir isimhas kullanılması lâzım gelecekti.

3: Eşyayı izah edebilmek, yani umumi bir kaideye bağliyabilmek imkânını vermek suretile ilmin şeraiti meyana girer.

İcat ve terakkilerin esasını tamim hassasının mevcudiyetinde aramak lâzımdır.

[3] Umumi fikirler, iptidai fikirler olan prensipleri tesise hâdim bulunmaları dolayısıyla hukuk için bilhassa lüzumlu bulunmaktadırlar.

Prensibi, canlı bir teşbih ile bir zincirin ilk halkasının raptolunduğu sabit nokta olarak tarif etmek mümkündür.

Medeni hukuktaki prensiplere göre, kanunların saiki sözile, eşhasa bir takım haklar tevzi veya mecburiyetler tahmil ederken kanun vazını sevkeden sebeplerin hakiki bilinmesi kastolunmaktadır.

[4] Aşağıdaki kaideler, hukuk ilminde, tasrih edilmemiş dahi olsalar, mektup-adedilirler:

In eo quod plus sit semper inest et minus. L 110 D. de rez. juris. Az çoğun için- dedir. İtibar çoğadır. Quantitate loco tempore conditione modo. Cüzü küle dahil-

## İKİNCİ BAP

### Hukuk fikri — Hukukun tekâmülû

Bir rahibin, üzerinde ayın yapacağı mihrabı kirletmesi kadar çirkin manzara yoktur. Kanunun menşe, ruh ve gayesini münakaşa — bereket versin ki çok nadir vukubulmaktadır. — ederek gerek ahlâki kıymetini gerekse mantıki ve akli kuvvetini sistemli bir surette reddedenlerin manzarası da, bütün nisbetlerini muhafaza ederek, bu levhaya müşabih bulunmaktadır. Eğer bu nevi nazariyeler, yalnız yapılmak değil, itibar kazanmış olsa idiler, kanunu tatbik eden ve onun tercümanı bulunan hâkimin vicdanı altüst olacak, halkın hüküme inkiyat hassası ile itimadı sarsılacaktı. [1]

Hâkimin vazifesi, hukuk ilmile adâlet aşkını aynı fikirde mezcetmektir. Hukuk, adâlet fikirlerinin muciz ve muhtasar bir şekilde izahından başka bir şey değildir ve olmamalıdır. Bir kelime ile hukuk, iyi duyabilen her ferite mevcut hissiyatı, umumun duyabileceği bir şekle getirmek vazifesile mükelleftir. Ancak böyle olduğu takdirdedir ki bu duygu, gerek şahsi bir menfaat ile, gerekse fena bir tabın ilcasile buna muhalefet etmek isteyen herkese hürmet telkin eder.

Hukuk, — bütün kuvvetimizle söyliyelim — adâlet fikirlerinin izahından başka bir şey değildir. [2]

Güzelin mefkûresi gibi, insanlar üzerine sari bulunan ve beşeri en mükemmel bir içtimai istikamete doğru veçhe veren bir adalet mefkûresinin mevcudiyetine sağlam bir itimat ile inanmış bulunmaktayız.

---

dir. In toto pars condinatur L. 113. cüziyet ve hasusiyet umumda dahildir. Sempër specialia generalis in sunt & 147. Feri esasta mevcuttur. Basit, müfrekkep ve muhtelitin içindedir. Vahdet, kemiyetin; nevi cinsin; keyfiyet, hassa ve natamamiyetler, meşbut buldukları eşyanın içersine dahildirler. Muayyen olan mevzu, gayri muayyen ve gayri mahduda dahildir, Vasıtalar müntehanin, netice prensibin eser illiyetin; irade ve kast de sarıh bir surette tezahür sahasına çıkmış olan fiilin mahiyetlerinde meknuz bulunmaktadırlar.

[1] Hak ve adâletin menşei üzerinde cereyan edecek mübaheselerin kabule şayan buldukları şüpheden varestedir. Ve biz, bu nokta üzerinde teşekkül etmiş muhtelif mezhepleri reddetmek niyetinde değiliz. Bu mezhepler arasında, bize göre esefe şayan hatalar bulunmasına rağmen, hürmet edilecek fikirleri taşıyanları da mevcuttur.

[2] Cousin'e bakınız. Du vrai, du beau, et du bien. Sayıfa 397;

"Müsbet hukukun en fevkslâdesi tabiat kanunlarına muhalif olmıyanıdır. Hiç bir kanun bize haksız bir vazife tahmil edemeyeceği gibi bizden hakiki hakkımızı da nezedeemez, Savigni'nin Systême du droit romain moderne adlı eserinde bahsettiği Communitas juris'e, kanunların tevhiidi ile bütün milletlerin müşterek bir hukuka nail oldukları güne erişecek miyiz?

üphesiz ki hayır, fakat bu, her şeyi inkâr için bir sebep olmıyacaktır.

Hakkın en samimi mânası işte bu adalet mefkûresinde aranmak lâzımdır.

Klasik güzelin (heykeltraşi, resim, müzik, edebiyat) yanında, medeniyetin bizatihi kendisile mütenasip, klasik bir adalete de yer vermek lâzımdır. [1]

Bu eserde medeni hukuk ile Ulpian'ın verdiği mânada meşgul olacağız. «Bütün hukuk şu üç şeye irca olunur: Muhafaza etmek, kaybetmek yahut ferag etmek.» Çiçeron buna «medeni hukuk, her vatandaşa mamelekini muhafaza etmesi için teessüs etmiştir» sözünü ilâve ediyor.

Bu noktadan hukuk bir kanunlar ilmidir. [2]

Yine bu veçheden umumî bir tarzda hukuk, hareket tarzlarının kaide ve nizamlarının mecmuudur. Bu mecmua istinadendir ki insanı, haricî bir ze'ir ile icbar etmek imkân dahiline girebilmektedir. Bu münaseberie hukukun ne suretle telâkki edilmesini yine Ulpian'den soralım:

«Meşruu gayri meşrudan, hakkı haksızlıktan ayıran ve bir adil, hayır ilmi olan adaleti neşrediyoruz, Bundaki gayemiz, beşeriyete yalnız ceza korkusile değil aynı zamanda bir takım ecirler karşılığı iyiliğe sevkettir. Hakiki ve hatasız felsefe, zannedersem budur.» [3]

[1] Bütün mevzuatın esas prensibi, namusluluk ve "faideli, liktir. Sed Naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma, atque immutabilia permanent. Justinien, Instit. 1, 2, 11.

Hemen hemen bütün milleflerde muhafaza edilmiş olan tabii kanunlar, ilâhi bir hükümün mahsulü buldukları için, daimî surette sabit ve lâyetegayyir kalmaktadır.

Cpr. Courcelle—Seneuil: Préparation à l'étude du droit. Walter: droit naturel et politique, Darest: Histoire du droit. Glasson: Histoire du droit. Laforge: Le fondement du droit et de la moral. Demogue: Les actions fondamentales du droit privé. John Oustin: Bibliographie du droit positif.

[2] Omne autem jus, quos utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Justinien. Institut. 1, 2, 12.

Bütün hukukiyatımız, ya fertlerle, ya eşya ile yahut da efalimizle münasebatta bulunmaktadır.

Totum autem jus consistit aut in acquirendo, aut in conservando: aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cujusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet, aut amittet. Titre 41 livre 8. Quod quisque populus ipse sibi jus constituit id ipsius civitatis proprium est, vocatur jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Instit, § 1 de jus nat. gent et civ (1, 2) Çiçeron, Totiques Ch. 5.

[3] Justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur; aequum abiniquo separantes, licitum ab illicito discernantes; honos non solum metu pouael-

Bizim de iştirak ettiğimiz bu mânada adalet, hukuk kaidelerini icra, yani doğru ve müfit olan kanunu tatbik etmektedir.

«Günlük münakasa ve mübahaselerden kurtularak, müsbet mevzuat evamirinin neşet ettiği umumi menfaatlara hakkaniyet ve mantığın vüksek prensiplerine erişmeğe çalışınız.

Ancak bu sayededir ki hukuk, sizin için, hayatı kazanmak için şöylece geçiliveren bir saha olmaktan çıkacak ve içinde yaşamak, son demlerinizi orada geçirmek istediğiniz tad duyulan bir dost yuvası halini alacaktır. Roma hukukşinaslarının uzun müddet hukuku, ilâhî ve insani mevzuların ilmi olarak tarif ettiklerini unutmayınız.

Bu tarifin oniki levha zamanına ait olduğunu ve bilhassa, meşkûk bir kehanet gibi yalnız yapanların anlayıp izah edebildikleri hukukun mukaddes mahallerden neşet ettiği çağın mahsulü bulunduğunu bilmez değiliz.

Bu devirden beri, büyük hacimde lâyikleştirdiğimiz şüphesizdir. Medeni hukuk, ebedi bir surette dinî hukuktan ayrılmış bulunmaktadır. Kanunun menbaları artık fertlerin gözünden saklı değildir. Toplu vatandaşların gözü önünde, gürültülü, fırtınalı bir yerde adeta bir meydanda imiş gibi doğuyorlar. Artık mabeddeki esrar yoktur. Hattâ, bu yokluğun fazla bile olduğu düşünülebilir.

Fakat buna aldanmayınız; hukuk hâlâ bir dindir. Yine tek başına bütün canlılık ve kudretiyle insanların umumunun kalbinde hâkim bulunmaktadır.

Hâlâ inanılan tabii hakkaniyetin bu akideleri olmaz, bütün fiil ve münasebetlerimiz üzerinde nazım tesiri icra eden bu metinler bulunmaz, her gün gözümüzün önünde işleyen bu ananevi teraziler işlemezse bu alil cemiyet tuz ile buz olur. Ve biz, hercümercin yani kuvvet saltanatının tekerrür şahidi olmuş oluruz.» [1]

rum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affertantes. Ulpian D. L. 1.1.1.1.

Ulpian ilâve ediyor:

Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justae atque injustae scientia (Rerum divinarum!!)

Filhakika Roma Hukuku, mabedler, mezarlar, mukaddes eşya, dinî nesnelere mezhep ayinleri, ruhbanın nesp ve tayin keyfiyeti ve bunların haiz oldukları iktidar ile uğraşmakta idi.

Cousin'in du vrai, du beau et du bien adlı eserine bakınız: "Aharın haklarına riayete adalet itlak olunur; her hangi bir hakkın ihlali keyfiyeti ise adaletsizliktir.."

Kanunların tatbiki ve içtimai bağın daraltılması suretile cemiyeti takviye vazifesi, adalete mevdu bulunmaktadır.

[1] Sabatier, Etudes et discours, 257 — 258

Bütün bunlar, günlük işlerimizin tatikası ile mürafaa celselerinde daha sarîh ve daha tam bir surette öğrenilir. [1]

«Müsbet hukuk, akın kabul mecburiyetinde kaldığı bir takım yüksek fikirlerin tesiri altında bulunmaktadır. Kanun vazın, vicdanı rencide etmeden ve otoritesini kaybeylemeden bu fikirlerden tegafül edemez. Hukuk, bu yüksek prensipleri aleniyete koyan ilimdir. Hayatın hakiki amilî akh-selimin mahsulü bulunan ve onsekizinci asırda Kant tarafından yapılan tabii hukukun müdafaası tezi, tenkidi mucip oldu.

Mahaza bu harekete rağmen, kantın mezhebi tessüs etmiş bulundu.

Birbirini takip eden tarihi, nefiyeci ve ispatiyeye mektepleri ananeyi tekrar tesis ettiler. Ve adli mefkûrecilik böylelikle yeniden tesbit edilmiş oldu. İstihale geçirmiş ve gençleşmiş olan bu mefkûrecilik sayesinde ki hukuk felsefesinin bu günkü buhranını halletmek imkânı elde edilebilir » [2]

[1] Quae omnia apertius et perfectissime quotidiâno judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent. Justinien instit. 4,11,6. Rochfoucauld "Maximes" inde: "Mısallerden alınan ders, kaidelerden daha değerlidir.", "demektedir.

[2] J. Charmont, La renaissance du droit naturel. Bu esere Boistel'in Cours de philosophie du droit adlı eserini de ilâve ediniz. Bu muharrire nazaran: "Müsbet hukuk, tabii hukukun örneği olan bir nazariyeden başka bir şey değildir. Müsbet hukukun en iyi şekli, tatbik sahasına konulmuş olan tabii hukukun mümâsili, adeta ikinci nüshası halinde bulunanıdır. Hukuk, vicdanımızda doğan yeni fikirlere yaklaşmadıkça anlaşımak ve izah olunabilmek istidadından mahrumdur."

Cpr. Ledru Rollin: Introduction au repertoire générale du journaux du Palais.. Etude sur l' influence de l' école Française sur le droit au XIX e siècle.

Hukuk nedir? Sıhhati nasıl isbat olunur? Hukukun neşrinde ne gibi gayelerin takibi gerekir? Ledru Rollin' nin cevabını verdiği üç sual bunlardır. Bu zat işe Alman mekteplerinin tekkik ve tenkidi ile başlıyor. Bu mekteplerden birisi felsefe mektebidir. Bu mektep kanun sahasında "fikir" in hâkim bulunduğunu ve hukukun tamamen beşerî bir ibda olduğunu kabul etmektedir. Diğerî tarihi mekteptir ki, felsefi mektebin aksine olarak kanun sahasında ferdin müdahalesini inkâr etmektedir. Bu mektebe göre, ferdin kanunla olan ittisali iç alemindeki mesainin tesirile mevzuatın esarengiz bir surette camiyetlerin bünyesinden zuhura gelmesinden ibarettir. Bunlardan her birisi, hakikatın bir parçasını sezebilmiştir. Adaletin bizatihi mevent olduğu bir hakikat olsa bile, bunun mahsullünü idrak ettirmek hassası, hukukınasa, yorulmak bilmez müstahsile ait bulunmaktadır. M. Boistel'e göre: "Hukuku hi-maye eden mânevi dosur, beşerin şahsının taarruzdan masuniyetidir." Ferdî ve içfimai hukuk bundan sonra yer almaktadırlar. Cpr. Boutroux : de l' idée de loi naturelle dans la science et dans la philosophie contemporaine.

Bugün, artık kanun meddelerinin kuru bir şerhile ıktifa olunmamaktadır. Kanun vaznını harekete getiren ruh aranmakta, bu ruh tenkid edilmekte, nazarılar mevzuatın islahına doğru celbolunmakta, metinler değiştirilmekte, adetlere ve hakka-niyetin isteklerine uyduurulmaktadır.

Ortolan bu fikri tekemmül ettirerek şu suretle yeniden ortaya koyuyor: «İki insan yanyana tasavvur olunamaz ki, karşılıklı olarak bunlardan, amali veya ihmalî ahlâki zaruretler, yani haklar doğmuş olmasın.»

Nefiyeci «Utilitaire» yahut ihtiyariyeci «empiriste», mektep hakikat olan bu telâkkiyi bozmaktadır. [1]

Ihering, haksız olarak, hakları: «kanunla himaye edilmiş olan menfaatlardan başka bir şey değildir.» suretinde tarif ederek lüzumundan fazla ihtisar etmiş oluyor.

Hukukta menfaat unsurunu inkârı düşünmüyoruz; ancak menfaat, esas değil, neticedir. [2]

Ruhaniye (théocretique) mektebince de bu böyledir. O da tabii hukuku reddeder. [3]

Eski Roma hukukşinaslarını okuyunuz. Akıl ve vicdandan nebean eden hakkaniyet kaidelerini metinlere kaydetmekten ve onları dikkatle mütalâa ve tahlil etmekten başka bir şey mi yapıyorlardı? [4]

[1] Nefiye yahut ihtiyariye mektebi çok ileri gidiyor. Bununla beraber mümes-silleri ekseriyeti itibarile yüksek bilgili kimselerdir. İsimlerini sayalım: Epicures, Hobbes, (traité de legislation t. III p. 67; raisons des lois) Bentham, Helvetius, Stuart Mill (buna göre bir hakkın mevcudiyeti, cemiyetle muasır bulunmaktır. İnsanların aynı haklara malik olmasını isteyen yalnız içtimai menfaattir. Bu, esas itibarile haklarda ne müsavat ne de istikrar bulunmadığı fikrini intaç eder.) Ihering (L'esprit du droit Romain, le combat pour le droit, Fondemet de la protection possessoire, Le but dans le droit). V. Guyau. La morale Anglaise Contemporaine.

[2] L'idée du droit adlı eserinde M. Fouillée himaye ve emniyet altına alınmış olan menfaatleri hukuktan ad ve telâkki etmektedir. Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre. Recueil de legislation de Toulouse, 1909 sahife: 54 .

[3] Ruhaniye mektebinin, tabii hakların reddolunmaz bir haemı bulunduğu tabiidir. Zira ona göre, her şey ilâhi hukuktan ibarettir. Bu hususda:

Saint—Simon, Leroux. Saint Martin, Bonald, De Maister, Laurent'in eserlerine bakınız.

Ruhaniyun hakkında, müellifin Société, Etat, patrie adlı eserinin ikinci cildine müracaat ediniz.

[4] Ciceron'un fikri de bizimki gibidir:

Legem neque hominum ingenis excogitatum, naquè scitum aliqbid esse popularum, sea aeternum quiddam quod universum mundum reget, imperandi prohibepdi que sapientia. Ciceron, de Lega Liv. 2. §. 20 dedigine göre keyfi kanunlar daima günün meselesi olagelmıştır. (§ 30)



İmdi, adaletle faziletin değişmez kaidelerinin mevcut bulunması iktiza etmekte ve bunların mefhumlarının tâyin ve tesbit edilmiş olması elzem bulunmaktadır [1]. Bu tabii hukukun —ki bugün itibardan düşmüş bulunmaktadır— taraftarları Platon, Sophocle, Aristote, Ciceron, Ulpian, Tacite dir. Bunlar ilk çağdaki taraftarlarıdır.

Montesquieu, Fichte [2], Kant, Leibnitz, Thomasius, Grotius, Volaire, Rousseau, Spencer ilh. ile yukarıda isimlerini zikrettiğimiz bilgin hukukşinaslardan Boistel, Ortolan da bu asırdaki müdafileridir [3].

---

Est lex iustorum, iniustorumque distinctio ad illam antiquissimam et reum omnium principem expressa naturam, ad quam leges hominum diriguntur, quae supplicio improbos afficiunt defendum et tuentur bonos.

Filhakika akıl ve mantık tabii hukukun ilk esaslarını meydana koyar. Bunlar iptidai kanunlardır ki, bunları öğrenmeden dahi bilmekteyiz. Binaenaleyh, bizim için veladi ve halkidirler. Bu kanunlar bütün insanlarca, hissedilmiş ve öğrenilmiştir. Dixit que semel nascentibus auctor quidquid sive licet.

[1] Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet nisi quid vi aut jure prohibetur. Florentin D. I. 5. 4.

Hürriyet, hak veya kuvvet ile mâni olunmadığı takdirde, herkesin istediğini yapabilmesi şeklinde tecelli eden tabii bir hassadır. Mk 537,544 ile karşılaştırmız.

[2] Kant, "principes metaphysiques de la science du droit (1796)", da hukuk ile ahlâkı tebeddül ettirmektedir. Fiil ile kanunun uygunluğu kanuniyeti, saflık uygunluğu ise ahlâkiyeti meydana getirmektedir.

"Hukuk her ferdin iradei cüziesinin diğerininki ile uzlaşabilmesini temin için herkes tarafından kabul edilmiş esasların heyeti mecmuasıdır. Muhtelif şekillerdeki tatbikatla müsbet hukuk, bundan neşet eder..

[3] Tabii hukuk için Société, Etat, Patrie adlı eserimize cilt.1, sahife 593 ile cilt 2, sahife 789; Matter'in De l'influence des mours sur les lois; Lerminier'nin Histoire du droit; Spencer'in statique sociale P.J.Sthal.'ın Histoire de la philosophie du droit; Spencer'in L'evolution du droit; Jhering'in La philosophie du droit; Dubois'nin l'evolution de la notion du droit naturel anterieurement aux physiocrates; Aguilera'nın L'id e du droit en Allemagne depuis Kant jusqu'a nos jours; Bougl 'nin. Les sciences sociales en Allemagne, adlı eserleriyle almanca Gros ile Rotteck'e müracaat ediniz.

Tabii hukukun yanında, örf ve âdetin mevki alması lâzım geldiğini kabul ediyoruz.[1] Ancak örf ve âdatın tabii hukuka takdim edilmemesi iktiza etmektedir.

Yeni medeniyeci mektebe inanmak caiz olsa idi, örf ve âdeti her şey addetmek icap edecekti.

«Bu mektep, hukukun teşekkülündeki en yüksek mevkiin örf ve âde- te ait bulunduğunu iddia etmektedir. Bu mektebin özünü anlayabilmek için kanun vaz'ına memur kimseleri, resmî ve hususi kanun mütehassısları- nın refakatini terketmek, kendisinin, aşağıdan gelen müsbet kuvvetleri ak- settirmekten başka bir şey olmadığını çok kerre unutan bu güzide sınıf- tan ayrılmak lâzımdır. Hayatın hazinesi olan bu alt tabaka ile alâkası ke- sildiği takdirde bu güzidelerin solarak fena bulacakları muhakkaktır.»[2]

Bu iddiaya göre bütün harekâtın islâh ve tensiki, hukuk ve kanun mütehassıslarını alâkalandırmadan, onları karıştırmadan tanzim olunacak bir keyfiyettir.

[1] *Lex est commune praeceptum L. 1. lit. de Legibus*, Aguesseau'nun *Operum*'ın yedinci cildinin 258 inci sahifesinde "Müşterek mukavele" dediği gibi.

*Consencio omnium les naturae putanda, Ciceron Tuseul Liv. I.*

*Diuturni mores utentium tacito consensu comprobati, legem imitatur. S. 9, instit. de nat. gent. et civ.*

Üçüncü asırda bile hukukşinas Paul, bir halkın ihtiyaç ve itiyatlarının tedricî bir surette değiştiğini, bir biri arkasına gelen kanunların yekdiğerine bağlı bulun- duklarını müşahede etmekte idi. Bunun için: "Posteriorae leges ad priores pertinent nisi contrariae sint," demekte idi. Bakınız: *D. tit. 3 de legibus 28.*

1911 tarihli revue trimestrielle de droit civile mecmuasının 236 cı sahifesindeki M. Perrau'nun; *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé* adlı makale- sine oou takip eden Henri Beaune'nın *Le droit coutumier ünvanlı yazısına* baki- niz.

Kezalik Duclos ve Matter'nın *Influence des moeurs sur les lois*, Lasson'nun *Des instit. originale du droit ile Lyall'ın Etude sur les mesurs juridique de l' Extrême — Orient* adlı eserleri de müracaata şayandır.

*Société, Etat, Patrie* adlı eserimizin birinci cildinin 156 ve müteakip sahife- lerine müracaat.

Bir kanunun şerh ve izahı arz olunduğu takdirde en iyisi, eski zamanlarda o meselenin nasıl telâkki olduğunu tekkik etmek, halkın o husustaki âdetini öğren- mektir. Zira kanunların en mükemmel şarihi örf ve âdettir. Si di interpretatione le- gis quoeratur: *Imprimis inspiciendum est quo jure civitas, retro in ejus modi casibus usa fuisset: Optima enim est legum interpretes consuetudo D.L. 37. tit. 3. Liv. 1.*

*Diuturne consuetudo bro jure et lige inhis quar non scripto descendunt obser- vari solet D.C. 33 Fit. 3, Liv. I*

[2] Ch. Picard, *le droit pur. Les premanences juridiques.*

Pascal'ın şu satırları hakikatın ifadesi telâkki olunuyordu:«Yalnız, akıl ve mantika istinat eden şey mahiyeti itibarile doğru değildir. Zamanla her şey değişir.Bir hakikat olan mantıkla mutlak hakimiyeti vücuda getiren ancak örf ve âdettir. Haiz olduğu kudretin deruni istinat noktası budur.»[1]

Kezalik medeniyeciler örf ve âdete yalnız tabii hukukun kuvvetini bahsetmekle iktifa etmemekte, hemen hemen mektup kanun kudretini de izafe eylemektedirler. [2]

Filvaki halkın istimal tarzı,kanunun en iyi mütemmimidir.Kanunun sakkit kaldığı noktalarda,bizzat kanuna muadil bir nüfuza malik bulunmaktadırdır.«Inventarata consuetudo pro lege non immerito Custoditur»

Fakat ne halkın istimâl tarzının, ne örf ve âdetin kanuna mütevakkıf olmadığını, kanunu ortadan kaldıracı bir kuvvete malik bulunmadığını unut-

[1] Pensées, ch. 4, IV.

[2] Géný, Methode d'interprétation et sources de droit privé positif. Bu müellifin sistemine göre,kanunların neşrinden sonra tevelliüt edecek yeni meselelerin hukuki bir şekilde halli için mektup kanunlarda kâfi bir meta aramak usulünden vaz geçmelidir. Meselenin halini mantiki bir sistemleştirme ile beslenmiş "mahiyeti eşya da aramak lâzımdır,ki bunun için de adalet ve umumi menfaattan ibaret, iki büyük maksada istinat etmek gerekmektedir.

M: Géný nüsbet hukuk menbalarını şu suretle mertebeliştirerek tetkik etmektedir: 1: Mektup kanun 2: örf ve âdet 3; anane ve velâyet yani kanunların neşrinden sonra vücuda gelen kazai içtihatlarla yeni meslekler.

Bilhassa örf ve âdete tahsis edilmiş olan bahse bakınız.

Bu müellif: Hulâsa olarak ananevi olan ve kendisine mübalâğalı bir ehemmiyet atfedilmiş bulunan tedvin usulünü takyit etmektedir.

Kezalik, Saleilles'in: La déclaration de volonté adlı eserile Mallieux'nün L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique ünvanlı kitabına bakınız.

Liège'de avukat olan Mallieux bu eserinde muhtelif mektepleri, bilhassa kanunun mektup olmasına bağlı bulunan Laurent mektebi ile Géný; Saleilles mekteplerini yekdiğerine yaklaştırmaya çalışmaktadır.Bu muharrire göre tefsiri (exégétique) mekteple serbest taharri(libre recherche)mektebini birbirleriyle meczetmek ve bilhassa mütekâmil bir kazai içtihat lüzumunu kabul etmek lâzımgelmektedir.

Gand Üniversitesi Profesörlerinden Venden Bossche, müsbet medeni hukukun yeni nazariyeler bakımından tarif ve izahı mevzuuna ait Discours à la distribution des prix du concours universitaire adlı eserinde hukukua kazai bir şekilde tekâmülüne bağlı bulunmaktadır.

Jean Cruet'nin La vie du droit et l'impuissance de lois.Etude sur le fondement del'elas; Deslandres, revue du droit publique 1908 No. 1. Edmont Picard'ın Le droit pur 1909 senesine ait revue trimestrielle de droit civile mecmuası, Demogue'un La notion sujet de droit ünvanlı eserlerine müracaat ediniz.

mamak lâzımdır [1] «*Consuetudinis ususque longævi non vili auctoritas est; rerum non usque adeo sui valitura momento est aut rationem vincat aut legem*» Bunun içindirki Fransız kanununda, hukuki ve ticari örf, yalnız mukavele kuvvetini haiz bulunmaktadır. Ancak müşterek medeni kanun abkâmını ihlâl etmemesi meşruttur. [2]

«Civiliste» İerin sistemi, bugün çok rağbette bulunan diğer bir mesleke daha yaklaşmaktadır. Bu meslek «hukukun tekâmülü» Evolution du droit' dir.

M. Tanon bu mesleki şu suretle hulâsa ediyor: «Hukukun gayesi, küll halinde nazara alınmış olan cemiyet hayatıdır. Mevzuu, en küçük ihtihâfta dirliği temin için birleşik bulunmaktadır. [3]

[1] Bu hususta müracaat edilecek eserler: Tanon: Lévolution du droit et la conscience sociale. Novicow La justice et l'expansion de la vie. Piéprers: Etude Sur la reforme du droit. Henri Bergson: L'évolution créatrice. Neukamp; Introduction a' histoire de l'évolution du droit. Fomillé: L'idée Moderne du droit. Vaccaro: Les bases sociologiques du droit et de l'état. Eleutheropoulos: Le droit le plus fort; Blaignan: L'idée evolutive du droit. Tarde: Les Transformations du droit. F. Mallieux: L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique. Revue Critique. 1909. t. 38 S. 61 Gaston Richard: L'idée du droit. Brocher de la Flecherie: Les revolutions du droit. Pascaud: Le code civil et les réformes qu'il comporte. Meynial: Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit (revue du Métaphysique et de morale, 1907) Rolin: Prolégomènes à la science du droit: esquisse d'une sociologie juridique. Revue Critique, 1913 P. 59.

[2] Mektup kanunca teyit edilmemiş olan örf, kanun kuvvetini haiz bulunmamaktadır. Bu, gerek kanunun bizzat kendisinin gerekse, tarafların iradelerinin tefsir ve izahında ancak yardımcı unsur mahiyetindedir.

Bu hal, medeni kanuna takaddüm eden örfler için dahi böyledir.

[3] L. 2. au code. Quæ si long consuet, Non est tanta consuetudinis auctoritas, ut rationem vincat aut legem. D. L. 32 tit de legibus. Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producen cum ad consequentias. L.14. tit. 3. Liv

Yeni kanunlarımız, ekseriyetle örfte istinat etmektedir. Fransız medeni kanununun 590,593, 644,645, 663, 671, 674, 1159, 1730, 1738, 1754, 1755, 1758, 1759, 1777, 1780, ci maddelerine bakınız.

Kezalik 20 İktinciteşirin 1823 Tarihli nizamnamenin 45-inci maddesi de bu mahiyettedir.

22 Haziran 1890 tarihinde tadil olunan 9 Temmuz 1889 tarihli kanunun ikinci maddesine: 9 Temmuz 1889, 21 Temmuz 1898 tarihli kanunlarla tadil olunan 1791 Tarihli köy kanununun, 2, 3, 18 ve 21-inci maddelerine bakınız.

Bunlardan başka 16 Mart 1906 tarihli kararnamenin 51 ci maddesile 13 Temmuz 1866 tarihli ticari örf mevzuuna müteallik kanun ve 28 Birincihânun 1916 tarihli iş kanununa da müracaat olunabilir

«Hukukun tekâmülü» meslekinin karşısına, tarihi mektebin «*école historique*» müddeasını koymak gerekir. Buna göre «hukuk, aleyhine baş vurulacak yol bulunmayan teşkilâtlandırılmış bir kuvvetin cebren kurduğu kaidelerdir.» [1].

Bu müddeâ, isabetle söylendiği gibi, Bismark 'ın düsturuna inkilâp etmiş bulunmaktadır: «Kuvvet, haktr, Sicvolo, sic jubeo, sit proratione voluntas»

[1] Tarihi mektebin Önemli mümessilleri mevcuttur: Herder, Vico, Burke, J. Moser, Hugo, Neibhur, Thibaut, Puchta, Merkel, Beseler, Zitelmann. De Creef, Hégel,

Savigny'nin *idées de l'évolution du droit* 'sına bakınız. Savigny ve bütün tarihi mektep, müddevenatı ve umumiyetle mektup kanunların faydasını inkâr etmektedir. Her şeyden evvel aranılması lâzım olan nokta, kanun vazının müşahhas iradesidir. Jhering in tenkitlerine rağmen bu mektep, Almanyada nüfuzunu temadi ettirmekte ve Willenmacht (yahut iradenin kuvveti) hukukun münhasıran esasını teşkil etmektedir. *Société, Patrie, Etat* unvanlı eserimizin ikinci cildinin 12 ve müteakip sayfelerine bakınız. Gerber Almanyadaki nüfuzu dolayısıyla, bu müddeâyı, tasnifte yegane esas olarak, hükmi şahsiyet tezini idbal etmek suretile tecdit etti. Bu tez sebebiyle, devlet; serbest insanlar üzerinde hakimiyet haklarını faili bulunmaktadır. *Herrschaft* (bu hâkimiyet meslekinin ismidir) işte bu suretle tescil etti. Devlet şu halde afakî hukukun bizzat kendisidir Gerber. *Grundzüge eines systems der deutschen staatsrechts I — édition 1865 Herrschaft* yahut hakimiyet hakları mesleğine taraftar olan eserler şunlardır: Laband: *Le droit public de l'empire allemand*. 3 ciltine *Allgemeine Staatslehre* pp. 121—125, 144 — 152, 160, 338. *Systeme der öffentlichen Subjektiven Rechte* pp. 24. Jhering: *Der Zweck im Recht I. ch. 1*. Rehm: *Allgemeine Staatslehre* pp. 33. Orlando: *primo trattato completo di amministrativo t. I. pp. 3*. Cf. Combotheca: *La conception juridique de l'Etat* ve Duguit'yi tenkit için olan *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* p. 158. *Manuel de droit public I. p. 43*.

Sumner Meine eski hukuk (*ancien droit*) adlı eserinde hukukun ilkönceleri, aile muhitine münhasır bulunduğu ve atenin reisi tarafından temsil olunduğunu göstermektedir: «Devletlerin medeni kanunları, mebdinde bir kral — reisin adâlet emirnameleri şeklinde tecelli etmektedir. Bu emirnameler, daha eski zamanlarda her aile reisi tarafından kadınlarına, çocuklarına ve köylülerine verilen mutlak emirlerin bilâhare tekâmül etmiş bir şekilden başka bir şey olmadığını görmekteyiz.

Romada şövalyeliğin mensel şakavet, daha eski zamanlarda ise gasp ve garet idi. Her şeyden ileri görülen kabilenin menfaati idi..»

Görülüyor ki kanunun bütün mantığı; mutlak bir hâkimiyetten ibaret bulunmaktadır.

Biz gerek bu tezi ve gerekse hak ve hukukun münhasıran «halkın hâkimiyetinden» neşet ettiği tezine istinat eden nazariyeyi kuvvetle reddediyoruz[1].

İçtimai hukuk(droit social)adını alan bu ikinci nazariye tamamile tehlikelidir. Sosyalistlerle iştirakiyun (collectivistes) sistemlerinin esasını bu nazariye teşkil etmektedir.

Filvaki bir «içtimai adaletin, justice sociale» mevcut bulunduğunu kabul etmekteyiz.

Hukuk mefhumu, büyük hacimde, eşyanın iktisadi nizamı üzerine müesses bulunmak mecburiyetindedir. «Gayrimenkul mülkiyeti, Fransız kanununda, çok hususi vasıflar arzetmektedir. Mutlakdır. Üzerindeki takyidat pek az olduğu için kolaylıkla ferag olunur. Verasette müsavaten taksim esası tatbik olduğu gibi. Mirasta fevkalâda ikame mencedilmiş, arazinin küçük bir zümre elinde toplanmış olması, büyük arazi kütlelerinin teşekül etmemesi ve mülkiyetin itinalı bir surette taksime uğraması için lâzım gelen tedabir ittihaz olunmuştur. Halen on milyon gayrimenkul parçası bulunduğuna göre bu tedbirleri muvaffak olmuş addetmek icabeder. Bu mülkiyet çok müteharrik bulunmakta kolaylıkla tedavül eylemektedir.

[1] — Demokrasi mektebi hakkında Sociéte, Etat, Patrie ünvanlı eserimizin ikinci cildinin 15 ve müteakip sahifelerine müracaat. Bundan başka müracaat edilmesi lâzım eserler:

Charmoni: Le droit et l' esprit democratique, sources du droit positif à l' épopée actuelle, L' esprit juriste, Royer — Collard — introduction aux codes français; Richand: La socialisme et la science sociale. Emmenuel Lévey: Article sur l' exerecice du droit collectif, Revue trimestrielle de droit civile 1903.

Mably: principes des lois, Maxime Leroy: La loi, Essai sur la theorie de l' autorité dans la democratie. 1903. Bu eserde müellif; yeni kanunların tehlikelerini ispata çalışmaktadır,

Chasserian: Du principe autoritaire et du principe rationele. Ledru — Rollin Bu müellif için hukuk, büyük kitaplar içerisinde itina ile muhafaza edilen, insanlardan küçük bir kısmının diğerlerine tatbik için gayret ve zaman sarfettikleri bir mezhab, veya mektup ananeden ibaret değildir. Bu zata göre hukuk umumi olsun, hususi bulunsun, beşeriyetin bütün harekâtının nazamıdır. Bunun içindir ki, hukuksuz, mülkiyet, hukuksuz ahlâk, hukuksuz müstakar bir hükümet, ve hukuksuz meşru bir saltanat tasavvur olunamaz.

Bu fikirlerle sıkı bir surette bağlı bir devlet adamı bulunan Ledru — Rollin kendisini iktidar mevkiine getirmiş olan bu fikirleri, bulunduğu yerde tutunmak için, inkâr etmeği reddetmiş ve bir nevi cesaretle onları ahenen izah etmekten çekinmemiştir. Öyle bir devirdeki, bir taraftan siyasetle hukuk ilminin ittifakı genç ilmi mektep tarafından, bir hayal olarak telâkki olunmakta ve diğer taraftan salânat idaresinin liberalleri, müstakbel 1840 ihtilâlcileri, fazla rasin bir surette teessüs etmiş bulunan kanaatlerin daima ağır basan yükünden kurtulmak için pek az hazırlıklı bulunmakta idiler.

Bütün bunların arzu edilmiş olması, bu vasıfların bir hizmete cevap verebilmeleri içindir. Fransız mülkiyeti, iktisadi serbest istihlal rejimine tatbik edilmiş bulunmaktadır. Şüphesiz ki, mülk sahibi doğrudan doğruya zeretmeğe icbar olunmamaktadır. Ancak, mülk sahiplerinin sık bir surette değişmeleri sebebiyle vasatî bir hesaba istinad edilmiştir. Alım ve satım kıymetini makul bir hadda bulundurmak için, birisi ekmezse diğeri ekecektir. Ve arazinin aşgari kıymetini düğürmemek gayesile büyük bir ekseriyetin bu ekimde menfaati olacaktır. Bu ekim meşğalesi dolayisile, büyük arazinin güçlkle satılmasından da korkulmamaktadır. Varidat noktasından herkesin arazisine iyi bakması kendi menfaati iktizasındandır. Bu bakım yüzünden harabiyete yuvarlananlar bile yok değildir.

Görülüyorki, mülkiyetin iktisadi vazifelerini serbesti yoluyla temin için yapılması lâzımgelen her şey mahirane bir şekilde hesaplanmış bulunmaktadır. [1]

Müfrit hadlerine kadar erişen bu içtimai kukuk nazariyesi fertcilik ( individualiste ) ve anarşistlik mekteplerinin tevlidine, değilse bile hiç olmazsa fikirlerinin teşekkülüne saik olmuştur.

Anarşizmden bahsetmiyeceğiz: Bu aşağı yukarı, yapılan propagandayı müteakip hâdisde ortaya konan, ilmî bir şekavetten başka bir şey değildir.

"Ferdîyecilik nazariyesi, içtimai hukuk nazariyesinin muzaffer bulunduğu orta çağın sonlarına doğru teşekkül etmiş ve tekemmül ederek ihtilâlde itibarını kaybetmiştir.

Bu nazariyenin en çok revaçta bulunduğu devir, 18 inci asırdır." [1]

Bu nazariye, tabii hukuktan neşet etmiştir. Bütün mesele şahsın ve cemiyetin haklarının birbirile uzlaşmasında mevcut bulunmaktadır. Ve bunu

[1] Hauriou, mülkiyet hukuku, insan kuvvet ve zekasının tabii bir neticesidir.

Aile, izdivaç müessesesine istinat eder. Bunun tabii neticesi de tahsil ve terbiyedir. İştirak zaruri bir şeydir. İptidal şekilleri tertibe sokmak için bundan daha iyi bir şey tasavvur olunamaz.

[1] Hauriou, Jules Simon, Laboulaye, Spencer, Henri Michel (L'idée de l'Etat) Bendant; Le droit individuel, Şahsiyetçi mektebe dahil bulunmaktadır.

Cf. Capitant: Introduction à l'étude de droit; Schatz: L'individualisme économique et social 1907. Fournier, Proudhon, Assolant Hauriou'ya nazaran kuvvetle anarşizmin tesiri altında kalmışlardır.

Pellarin: Fournier, sa vie et sa théorie Proudhon: La Justice dans la révolution. Arthur des Jardins: Proudhon et ses théories Braibant: Le socialisme et l'activité économique isimli eserlere bakınız.

Kezalik Société, Etat, Patrie unvanlı eserimizin cilt 2, sahife 18 ve müteakiplerine müracaat.

halletmek için, tamamile içtimai olan dayanışma «solidarité» nazariyesinin teessüsünü istemge ihtiyac yoktur. [1]

*Netice.* — Böylece bu tetkiki bitirdikten sonra neticeye gelebiliriz.

Bu netice mukaddemeye merbut bulunmaktadır.

Hukukun hakiki anlamda ne suretle telâkki olunması icabedeceği, ne suretle mütalâa edilip nasıl anlaşılması lâzım geleceği mebbasında denilebilir ki hukuk, başlıca tabii hakkaniyet kaidelerinin inikâsından, herkesin zihnine iyi bir surette sokabilmek için müstekar bir şekilde kaideleri tesbit ve metinlere nakletmekten başka bir şey değildir.

Her şeye rağmen, esasları itibarile dokunulmaz ve değişmez karunlar mevcut bulunmaktadır. Bunlar, her kavmin içtimai zaruretlerle ahenktar ola-

[1]“Tabii insanın münzevi olarak hür doğması, diğerlerinden müstakil bir halde, bir serbestiye hatta bu istiklâlden mütevellit bir hürriyete malik bulunması keyfiyeti, hakikata uymayan bir vehimden başka bir şey değildir. Hakikatta insan, bir topluluğun uzvu olarak doğar. Hukukun esasına müteallik bütün nazariyelerin hareket noktası,ferdi içtimai tekâmülün bağları içinde ele almak olmalıdır. „

Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État: Duguît: p. 6.

“İçtimai tekâffülün mevcudiyeti,mahiyeti ve sahası tâyin edilirse,bunun,hukukun ne suretle hakiki esası olduğunu göstermek kolaylaşır. İnsan, cemiyet içinde doğar ve cemiyet içinden gayrı bir şekilde yaşayamaz. Cemiyetin hayatı, kendisini teşkil eden fertleri birbirine bağlayan tekâfül ile kaimdir. Binaenaleyh eşyadan mütevellit bir kuvvet, içtimai insana hareket hattı gösterir bir kaide tâyin etmiş bulunmaktadır. Bu kaide şu suretle ifade olunabilir:

İçtimai dayanışmaya zarar iras edecek hiç bir şey yapmamak ve bu dayanışmayı mahiyeti itibarile tekemmül ve takakkuk ettirecek her şeyi yapmak.

“Bu hareket hattı kaidesi aynı zamanda hem ferdi hem de içtimaidir. Hukuk kaidesi esas itibarile içtimaidir. Şu mânada ki, bu kaidenin mevcudiyeti ancak insanların cemiyet hayatında yaşamalarına vabestedir. Hukuk kaidesi ferdidir. Zira fertlerin vicdanları içerisinde girmiş bulunmaktadır. „ Duguît: Manuel de droit constitutionnel, 1907 t. I. p. 9.

Bu müellife göre, mülkiyet hakkı,“ içtimai vazife, Mission sociale, den meydana gelmiştir.

Duguît'in telâkki tarzına göre içtimai tekâfül mefhumu kâfi derecede tebellür etmiş bulunmaktadır. Dil pelesengi olmuş olan bu tekâfül nazariyesi hakkında biz o kadar kuvvetle söz söyleyemiyecëğiz. Öyle bir nazariye ki, “ mukavelesiz içtimai bir taahhüde, içtimai bir takım alacak ve borçlara istinat etmekte müphem ve gayrı muayyen bir telâkki bulunmaktadır. Bu hususta şu eserlere müracaat edilmelidir:

Bourgeois, la solidarité 1896, Essai d'une philosophie de la solidarité, série de conférences 1901 — 1902. Les applications de la solidarité 1902 — 1903

Tenkidi olarak da şu eserlere müracaat olunabilir:

G. Gavet,solidarisme et quasi. contre sociale. ve Darin, Rauh ve Gide'in eserleri.



rak, günlük iştigalâtının, politika meşgalelerinin haricinde tasarlanan, bütün fertlerin, hiç birisinin koparamıyacağı bir şekilde ruhlarının derinliklerinde taşıdıkları adalet fikirlerine müstenit bulunan kanunlardır.

Hakkaniyet, âdet, örf ve menafidir ki kanun vazının iradesini meşrut kılarak ona emir ve memnuiyetlerinin tariflerini telkin, kanuniyet vasıflarını ilham ederler.

«Fransız medeni kanun metninin büyük bir kısmı Pothier, Dumoulin, Ricard, Lebrun, Furgole, Domat'ya aittir.

Mukaveleye ait ahkâm kaynağını Pothier kanalından geçmek suretile, Roma hukukundan almaktadır.

İştirak, intifa hakkı, irtifak hakkı, mal ayrılığı esasları da böyledir. [1].

[1] Hayatta her şeyin nesebi olduğu şüpheden azade bir keyfiyettir. Hayatta mutlak olan hiç bir şey yoktur. Burada hakikat diye telâkki edilen şey, başka yerde bir hatadan ibarettir.

Filozofların en cürefkârları bile her şeyden şüphe ettikten, her şeyi inkâr ettikten sonra adalet fikrinin, insanların kalbinden çıkarılamıyacağı ve bu fikrin bir mektup mevcudiyeti itiraza uğratacak bütün istihalelere, bütün fırtına ve ihtilâllere rağmen yaşamakta bulunduğunu teslim mecburiyetinde kalmışlardır.

Montesquieu şu cümlesini yazarken ilhamını bu çok doğru fikirden almıştır:

“Kanunlar, eşyanın mahiyetinden tevellüt eden zaruri münasebetlerdir, Esprit des lois, I. Ch. I.

Ve büyük mütefekkir ilâve etmektedir: “Umumiyet itibarile kanun, yer yüzündeki bütün kavimleri idare eden beşerî müdrikeyden ibarettir Her kavmin siyasi, medeni kanunları bu beşerî müdrikenin tatbik olunduğu hususi hallerden başka bir şey olmamak lâzımgelir. „

Bu esaslar, o kadar doğru bulunmakta ve o derecede âmmenin hislerine tercümen olmakta idiler ki, o zamanın vakalarını yazanlar bize, Montesquieu ile aralarındaki rekabete rağmen Voltaire, in Esprit des Lois'ı okuyunca şu suretle sıkışılmaktan kendini alamadığını nakletmektedirler: “Beşeriyet asaletini kaybetmiş idi. Montesquieu onu yeniden bularak iade etti“Ledru Rollinin müşahedeleri de böyledir. Ona göre de Montesquieu “otorite ( sulta ) ile hürriyet arasındaki ilmi uzlaşmanın kâşifidir.„ der.

“Muhtelif kavimleri idare eden kanunlar arasında içtinabı kabil olmayan, ve menşei içtimai bünyeden, her memleketin tâbi bulunduğu siyasi nizamdan ve hatta her mıntakanın ikliminden alan, mecburi ayrılıklar mevcut bulunduğuna tamamiye vakıf olduğu halde nevi beşerin şarii namını alan bu büyük müellif, kanunların, insanlarda cibilli olarak meknuz bulunan tabii adil ve nısfet kaidelerinin sadık bir mâkesi olduklarını ve böyle olmak mecburiyetinde bulduklarını da izah etmektedir.„

“Ve yine, bu kaideleri kati metinler halinde tesbit eden kanunların, ferdler arasındaki münasabetleri sağlam bir surette tedvir için elzem bulunduğunu, ancak bu fikir sahâsı dahilinde düşünülerek kaleme alındıkları takdirdedir ki bütün cemiyetin esahı ve lüzumlu temelini kuracaklarını beyan etmektedir.„

Desmons: Discours à la conference des avocats à la Cour de Cassation,

Macanlay' a nazaran: en iyi kanun vazın, esas kaidelerden başka bir şey görmiyen tamamiye nazri insanla, hususi ahvalden başka bir şey müşahede etmiyen tamamı-e amelî insan arasında salim bir mutavassıttır. History of England, IV. p. 48

Pothier tarafından izah olunan örfi hukuk, karı koca arasındaki mal birliğine ait kaideleri meydana getirdi. Hibe ve miras için de bu zatın koyduğu bazı kaidelerden istifade olundu. Hibe, vasiyet, ikame hükümleri onbeşinci Lulinin emirnameleri netayicindedir.

1667 deki, emirname, delile ait ahkâmı tesis etmiş bulunmaktadır.

Örfi hukukun, mutavassıt mevzuattaki tesiratına gelince: Talâk, evlât edinme borç faizi, taksimde müsavat, aynı hakların intikalinin neşren ilânı ve ipotek tesisi ile mecburi istimlak ve medeni halin tahkiki bapları bu hukuktan alınan ilham neticesidir., [1].

İşte hukukun hakiki tekamülü bu suretle olmaktadır.

Gerçi, kanun bazen, tabii hukuk ile ahlaktan uzaklaşmaktadır. [2] Ancak bu hal, çok nadir istisnalar teşkil etmekte ve kanunlar adalet ve makuliyeti ancak bu suretle kespdebilmektedirler [3]. Kazai içtihad, tesbit etmek mecburiyetinde bulunduğu vaka ve hadiselerin, miktarı itibarile sâhası çok geniş olan bir ilimdir. Hakikaten bu ilmin hudutlarını aklı beşer ile cemiyet içinde daimi mubadele halinde bulunan menfaatların, uçsuz bucaksız tenevvüü teşkil etmektedir.

Mütehassısların ağzında, darbimesel şekline girmiş bulunan esaslar, bu müessesenin özü, temeli mesabesindedir.

[1] V. Berriat Saint— Prix, Lojique juridique.

[2] Bentham “kanun ile ahlâk dairelerinin merkezleri birdir fakat çevreleri bir değildir., demektedir.

Non omne quod licet honestum est L. 144 tit de reg. jur. Ciceron, Pro. Balbo. “Kanunlarla meşruiyet vasfını alan her şeyin, mutlaka faziletli bir hareket olması iktiza etmez.,

Sénèque, de irâ. liv 2, chap. 27. quam augusta innocentia est ad legum honum esse. Quando latus officiorum patet quam juris regula.

...“Faziletin menettiğine, kanun ekseriya müsaade eder.,

Eskiler tarafından müesses her şeyi daima haklı görmeğe imkân yoktur. Bunun içindir ki müesseselerin sebeplerini aramamak iktiza eder. Aksi takdirde inanılan bir çok şeylerin yıkılması icabederdi.

Non omnium quae a majoribus instituta sunt, ratio reddi potest. L. 20. tit de legib. Et ideo rationes eorum quae constituuntur, inquiri non oportet. Aliaquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur. L. 21, de legib. tit.

Buradaki maksat, tabii adalet tarafından emrolunan şeyler olmayıp, medeni kanunun sebebiyle hukukşinaslar tarafından kabul olunan ve elden ele devredilen şeylerdir.

Bu, kanunun emir ve nehiy etmediği şeylerin, fertlerin mutlak idarelerine terk edilmiş olduklarını intaç eder.

1791 tarihli hukuk beyannamesinin beşinci maddesile Fransız medeni kanununun 544, 912, 1123, 1594, 1598 inel maddelerine bakınız.

[1] Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmato sunt L. 188, tit. de reg. juris.

Montesquieu haklı olarak, faydası olmayan kanunların lüzumlu kanunları zayıflattıklarını bevan etmektedir.

## ÜÇÜNCÜ BAP

**Kanun nazariyesi—Vasıfları—Yazılış tarzı—Nevileri—Kararname—tefsir kanunları.—Makale şümül—ilga**

Hâkimlere, böylece ilham ettiğimiz hukukun bu anlamı menşeiini eşyanın zaruretinden almaktadır.

“Misal ve delil olarak, son zamanlarda yüzüncü yılı tesit olunan Fransız medeni kanununu almak istiyorum.

Bir asırdan fazla bir zamandır, medeni münasebetleri bu kanun idare etmekte; 1804 den beri, yekdiğerini takip eden muhtelif siyasi nizamlara ihtilallere, ve zamana mukavemet etmiş bulunmaktadır.

Kuru bir usluup taşıyan bir küçük cilt, tahassul eden bütün fırtınaların üzerinde nasıl kalabilmiştir? Siyasi müesseselerimizle iktisadi menfaatlerimizde vukubulan değişikliklere rağmen nasıl olmuştur da değişmez bir halde kalmış, medeni menfaatlerin taahhüdü mutazanın bütün hallerinde bir rehber, bir ışık vazifesini görebilmiştir?

Çünkü, bütün bir içtimai vaziyete halel getirmeden dokunulması mümkün, her zamana uygun tabii adaletin esas kaidelerini kabul etmiş bulunmaktadır.» [1]

Kanunun denebilir ki her sahifesinde, hemen hemen her maddesinde Montesquieu nazariyeleri ifade edilmiştir.

Bu da gösteriyor ki kanunların evvelâ içtimai huzuru temin etmeleri, bundan sonra, karşılıklı olarak cemiyeti ve ferdi tevzin eylemeleri lâzımdır.

İçtimai kaidelerden birisinin, diğeri lehine olarak ezilmesi, milli huzurun ihlâline sebebiyet verir.

Hâkimler, mütearife olarak şu hususu nazarda tutmak mecburiyetinde-

[1] M. Desmons'un yukarıda bahsi geçen nutkundan: “Âdetlerimizle iktisadi münasebetlerimizde vaki değişiklikler zaruretile bazı tadilatın faydadan halli olacaklarını beyan etmek istemiyorum. Charles Giraud'nun her zaman dediği gibi: “Fansız kanunu ıslah edilebilir, tekemmül ettirilebilir. Fakat Akıl ve mantığın şeması, Fransız cemiyetinde mevcut bulduğukça asla ilga edilmeyecektir.,,

Sabatier, Etude et discours, le code civile.

dirler: Kanunlar, aynı zamanda hakkın paylaşılmasına ve mübadelesine ait adli muamelelerin hakiki hakemleridir [1].

Fertler, bizzat hak almağı hukuk sahasına, ancak cemiyetin adaletini istihsal şartile terketmişlerdir.

Kanuna isyan hakkının hâkimde mevcut bulunmadığı şüphesizdir. Fakat bununla, adaletsiz bir kanuna vatandaşın isyan hakkını tenkit etmek istemiyoruz. Bu hak dünya kadar eskidir [2].

[1] "Yalnız içtimai sulta (otorite) dir ki, kanunlara hüküm tahmil edebilmek kudretini haiz bulunmaktadır. Fakat bu ahkâm, itaat olunmamak tehlikesi içine düşebildiği gibi Hükümet te bu hükümleri eabr için lâzım olan kuvvetten mahrum bulunabilir. Bunun içindir ki, bu kaideleri, kendisinin itaata mecbur olacağı bir şekilde, evvelden halka kabul ettirmek daha akıllı bir hareket olmuş olur.", Hauriou, yukarda ismi geçen eser.

İşte bütün medeni memleketlerde (her yerde cari olmayan referandum haricinde) halkın tecelligâhı, olup kanunları kabul vazifesile mükellef bulunan parlamentoların sebep ve hikmeti budur.

Mommsen diyor ki "Halk, kanun dolayısıyla, kendi kendine bir mecburiyet tahmil etmektedir. Romada, kanunu reyeye vaz için halk intihap meclislerinde toplanır. Hâkim mevkiinde bulunan zat toplanmış olan halka kanunun teklifine rıza gösterip göstermediklerini sorar halk kabulü takdirinde Uti rogas, reddi halinde antiquo yani eski halimizde kalmağı tercih ediyoruz demek suretile cevap verir.",

Mommsen mühim yeni kaideler kurulmak lâzım geldiğinde ve adrogatis, comitiis miras, provacatis ad populun gibi hususi muameleler için kanun fikrine yani meclislerin reyine baş vurulduğunu söylemektedir. Hauriou yukarda ismi geçen eserinden.

Mommsen, droit publique romain, t II. p.116; t VI p.141, 355 No.3; p.353 No. 1; Girard: Traité de droit romain 4 e edition p. 14.

"Asri kanunun da bu vasfı değişmemiştir. O da, dalma halkın rızasını istihsale matuf bulunmakta ve bilyelikle (riayet olunması mecburiyeti) vasfını almaktadır.",

[2] 24 Haziran 1793 tarihli Beşer Hukuku beyannamesinden çok evvel "bu beyannamenin 33 ve 36 inci maddelerinde neşr ve ilân olunan zulüm ve tazyikâ mukavemet, yani isyan hakkı ortaçağ ilâhiyatçıları tarafından "vazifelerin en lüzumluusu ve hakların en muzaddesi", diye aynen nazariye halinde talim olunmuştu., Hauriou aynı eserden.

"Bu ilâhiyatçılara göre ancak, iki şartın tecellisi lâzımdır Birincisi mukavemet veya isyanın alelâde efrat tarafından vaki olmayarak millî bir vasıf arzetmesi, ikincisi ise idareden sadır olan adaletsizliğin el ile tutulur bir halde yahut korku verecek mahiyette bulunmasıdır.,

Saint— Thomas, Opus XX De Regim principi; s. 21,2 qu.92, art.2 ve3.

*Tarif.* — Blackstone «kanun, loi, kelimesi en geniş ve en anlamalı mânasile bir tarzı hareket kaidesidir ki fark olunmaz bir surette, gerek canlı ve cansız cisimlerin, gerekse akıldan nasibedar veya mahrum mevcutların bilcümle efal ve harekâtına tatbik kabiliyeti mevcuttur. Bunun içindir ki hareket, cazibe, zıya, mihanik kanunları denildiği gibi tabiat ve milletler kanunları da denilmektedir.» demektedir.

Milletlerin kanunları, meşru sulta (otorité) dan sadır olan fiillerdir ki, daimi ve mecburi bir şekilde, vatandaşların olduğu gibi, cemiyet bünyesinin de vazife ve haklarını tanzim etmektedir [1].

Bunlar, 1789 dan beri, halihazır Fransız hukukunun asli unsurlarını teşkil eden icrai ve teşrii kuvvetlerin ısdar ettiği maddelerdir.

Böylelikle bir çok umumi ve hususi kanunlar, nizamname ve kararname-ler vücuda gelmiş olmaktadır [2].

«Bir kanun, aynı zamanda bir sistem, bir tarihtir [3].

Montesquieu, «bir rejim (siyasi nizam) halkın artık adalete inanmaz bir hale geldiği derekeye düşünce o rejim mahkûm olmuştur.» demektedir. Duguit'in Manuel de droit Publique adlı eserinin birinci cildinin 671 ci sahifesine bakınız. Société, Etat Patrie unvanlı eserimizin birinci ve ikinci ciltlerinde kanun ve hukuk fikri nazariyesi kuvvetli bir şekilde izah olunmuştur. Kanuna itaat ve hürmet bahsi için de aynı eserimizin ikinci cildinin üçüncü faslına müracaat.

Ferdî haklar nazariyesi için yine aynı eserin birinci cildinin 616 cı sahifesine bakınız.

1773 de Fladelfiya kongresi tarafından ilân edilen Amerika hakları aynı eserin birinci cildinde mütalâa edilmiştir. Kezalik bu hususta şu eserlere müracaat olunması:

Dannou, Essai sur les garanties individuelles. Beaussire: Principes de la liberté civile.

Sarahaten görülüyor ki, bir kanunun örf ve âdete muhalif bulunması uygun görülmemektedir. Quid leges sine moribus? Kezalik quid moris sine legibus denmesi de doğrudur. Kanunların örf ve âdet üzerindeki müteakabil tesirinin ne olduğu M. Berthomieu esaslı bir surette mütalâa etmiş bulunmaktadır.

[1] Kanun,loi, kelimesi okumak, manasına lire'den gelmektedir. Herkes tarafından bilinip evamirine riayet olunması için alenen okunmuş olmak demektir.

Lex a legendo dicitur, quod publicé legitur, ut omnibus nota sit, et ab omnibus observetur. De legis significatione.

Bugün kanunu okunmamakta, neşir ve ilân edilmektedir. Fransız medenî kanununun birinci maddesi, non obligat lex nisi pro—mulgato.

[2] Bunların umumi bir tablosu, ilerde, hukuka müteakillik kısmında bulunacaktır.

[3] Desmons, yukarda bahsolunan eser.

Kanunlar, lügat kitapları gibidir; medeniyetin her terakki merhalesinde hacimlerini büyütürler. Bu, günlük ihtiyaçların neticesi kenliğinden bir doğuştur ki yeni yeni kanunların ve yeni yeni tabirlerin tevlidini intaç etmektedir.»

Müşterek kukuk ve yeni kanunlar. — Yirmi sene evveline kadar medeni hukuk henüz tefevvukunu muhafaza etmekte ve âmir esasatı muhtevi bir müşterek hukuk mevcut bulunmakta idi. İctimai denilen yeni kanunlar, bilâkis, umumi esasları terketmektedir: Bu mevzuat, vaktile müşterek hukuka tâbi vatandaşlar arasında hususi sınıfları istihdaf eden ayrı kaideler vazı suretile bilhassa nafi (utilitaire) olmaktadır. Kanun vazı böylelikle tamamen deruni fikirlerin mantıkından ayrılmakta ve mücerret bir surette afaki olan haricî fikirlere intibak etmektedir [1].

Doğru bir fikrin lüzumu veçhile ilerlemesini, cezri bir surette tekemmül eylemesini inkâr etmek istemiyoruz [2].

[1] «Kanun artık, eskiden olduğu gibi, mücerret bir halde eski metinler içerisinde yaşamamaktadır. Medeniyetin doğurduğu yeni ihtiyaçlara hazırlıklı bulunabilmek zaruretini mevduiyetile çoğalmakta, genişlemekte ve her yere girmektedir. İctimai faaliyetimizin en ufak teferruatına müdahalede bulunmak suretile tanzim etmek istediği yeni münasebetlerin mürekkep bulunması yüzünden zaruri olarak muğlak bir mahiyet iktisap etmektedir. Durmaksızın hareket halinde bulunması, kazai içtihatla devamlı içtihatlar tesisine engel olmakta, tefsir ve izah için vaki mesai yeni baştan başlamak zorunda kalmaktadır. Yardımımızı esirgemediğimiz yüksek kaza makamının işi, hiç bir zaman bu kadar güç ve yüklü olmamıştır.»

Boivin champagneux: Discours à la conférence de la Cour de Cassation 1905.

Ekseriya mahiyetleri cezai olmakla beraber, makûs muafiyetler meydana getirmekte bulunan hususî mevzuata karşı, tedbir ittihaz etmek yerinde bir keyfiyet olmaktadır.

[2] Misal olarak, Fransız Medeni kanununun şirket mukavelesine ait 1832 den 1873 kadar olan maddelerinin ne kadar modası geçmiş ve eskimiş bulduklarını gösterebiliriz.

Bilfarz 1839 cu maddenin son fıkrası, şirketi alâkalandıran bir gayrimenkulde “yenileme, yapılabilmek için, şeriklerin rev birliğini icabettirmektedir. 1853 cü maddede, el emeğini sermaye olarak koyan şeriki, asgari sermaye vazedan şerike benzetmektedir. 1868 cü maddede bütün şerikelerin, üçüncü şahıslar hakkındaki müsavi ve gayri muayyen taahhütlerinde his-selerin nisbetsizliğini nazara almamaktadır. 1865 ve müteakip maddeler, şirketleri bilhassa şeriklerden birisinin vefatı halile, gayri muayyen müddetli şirketlerde şeriklerden birisinin arzusu ile vaki fesihlerde olduğu gibi daimî bir şekilde fesh tehdidi altında bulunmaktadırlar. Bundan başka, bir şerik kendi yerine koyacağı üçüncü bir şahsa hissesini terketmek için, bu hisseyi satamamaktadır.

Bugün hükmüleri geçmiş gibi görünen bu ahkâmın çoğunu, şerikler arasında mevcut olan, affectio societatis, fikri ilham etmiş olmaktadır. Fakat şirketin böyle safiyane bir şekilde telâkki edilmiş olması şekli çoktan ortadan kalk-

Fakat kanunlar da ilimler gibidir. Bir takım hususi kaidelerin çokluğu ile değil, umumi esasların tatbiki ve veludiyetleri dolayısıyla kudret ve şümül ikitsap ederler.

Hakiki bir kaideyi ihmal ve terk etmek asla caiz değildir.

*Kanunların yazılışı.* — Hususi olan mali kanunlarla fertler için bugün umumi ahkâm vazolunmaktadır. İslahat yapmak vesilesile her hususta kanun yapılmaktadır: Elektrikle yapılan reklâmların rengine, Ağır ceza mahkemelerinin teşekkülüne; hattâ Devlet şurasına vaki itirazın müddetine dair yapılan kanunlar gibi.

«Kanun arama keyfiyeti, öyle bir iş haline geliyor ki vatandaş, gözüne bile alamıyor hattâ en tecrübeli hukukçular bile içinden çıkamaz bir hale geliyorlar.

«Fenalık meydandadır. Sebepleri ise meçhul olmayıp, Devlet adamları

---

muş bulunuyor: Daha ameli mülâhazalar bu terakkiyi bugün maziye gömmektedir. Pothier tarafından Roma hukukundan, ve Fransız Medeni kanunu tarafından da Pothier, den ıktibas olunan bütün bu mevzuat artık mücerret birer mevzu olmaktan başka bir mahiyet arzetmemektedir.

Planiol'un *traité élémentaire de droit civile* adlı eserinin ikinci cildinin 692 ç. sahifesindeki tabire göre Roma Hukukundanberi, hukuk bilgilerinin eserlerinde sürüklenen, bu, eskilik, „hayattan çekilmiş,“ bulunmaktadır. Bu mevzuata mukabil Fransada bugün, 1 Temmuz 1901 tarihli cemiyetler, 21 Mart 1884 ve bunu takip eden 11 Temmuz 1906, 29 Haziran 1907, 15 Nisan 1913 tarihli sendikalar ile 4 Temmuz 1900 tarihli karşılıklı ziraî sigorta kanunları mevcuttur.

Diğer taraftan tontinier şeklindeki şirketler fesh imkânını bertaraf ettikleri gibi, sermayeli şirketlerde de gayri mahdut salâhiyet önlenmiş bulunmaktadır. 24 Temmuz 1867 tarihli kanunla bunu tadil eden 1 Ağustos 1898 tarihli kanuna müraعات.

Ziraî kredi için çok mühim gayretler gösterildi: 1: Ziraî kredi şirketleri için 5. İkinci teşrin 1894 ve 20 Temmuz 1901 tarihli kanunlarla 31 mart 1910 tarihli kararnameye; 2: Ziraî kredi mütaka sandıkları için 31 mart 1899, 8 Temmuz 1901 29 Birincikânun 1911 tarihli kanunlara; 3: Ziraî sigorta şirketleri için 4 Temmuz 1900, 14 İkinci kânun 1908 tarihli kanunlara; 4: Ziraî kooperatifler için 29 Birinci kânun 1906, 18 Şubat 1910, 19 Mart 1910 tarihli kanunlara müraعات olunması. Bunlara mukabil, asrımız kanun vazın, sigorta şirketleri muamelâtını tanzim ve nezaret altında bulundurmamak temayülünü reddettiği gibi, anonim şirketler hakkındaki ifratı da tenkit eylemektedir.

rı ile hukuk mütehasısları tarafından uzun zamandanberi, ilân edilmiş bulunmaktadırlar.[1]

Eyvelemirde bilhassa teşrii meclisten zuhura geçen pirojeler— ki bu gün hükümetinkilerini çok miktarda geçmiş bulunmaktadırlar. Bellibaşı kaleme alınmış nakiselerini cami bulunmaktadırlar »

Teşrii meclislerimiz, müşahade ve düşünceleriyle, içtimai istihalenin âmîr bulunduğu kaideleri meydana getirmeğe tamamiyle muktedir, âmme efkârının istilzam ettiği veçhelere vücut vermekte mahir, yüksek kıymetli zevat ile doludur.

En mühim bir esas olan bu noktada, bazan aleyhinde bulunulan reyiam, nadiren yanılmaktadır.

[1] Boivin — Champeaux'nun ismi yukarıda geçen eserinden: "Teşrii mesaide yazılış tarzı hakikaten hatalı veya noksan kaidelerin vücuda gelmesine sebep olmaktadır. Bazan kullanılan lisan hukuk dili değildir. Bazan metin müphem kalmış, en mühim bir mesele halledilmemiş bir halde bırakılmıştır. Yahut da kanunun umumî terkiinde metot, usul fikrini göze çarpmakta veya daha evvelki mevzuatla aralarında düzensizlik mevcut bulunmaktadırlar. Bir kelime ile söylemek lâzımgelirse iyi bir kanunun mümeyyiz vasıfları bulunan vuzuh, sarahat, tertip ve vahdet ekseriya görülememektedir.

Bunun bellibaşı misalini, 9 Nisan 1898 tarihli, iş kazaları kanununda görmekteyiz. Mesleki faaliyetten doğma tehlike kaidelerini kabul etmekle, bütün asil hislerin kayıtsız ve şartsız tasvibine mazhar olan geniş bir tarakki hamlesinin tahakkuk ettirildiği şüphesizdir. "Yeni, tesmiye edebileceğimiz hukuk prensiplerine uygun bulunduğu halde bu kanunun hususî bir jına ile hazırlanmış olduğunu kabul etmek de bir haksızlık olur. Ancak, muhakeme usulünün asliye mahkemesi ile sulk hâkimine ait salâhiyetleri, mururu zamanın başlangıç noktasını, temyiz şartlarını, gösteren maddeler vuzuhuzuluklar ve münakaşa mevzularıyla doludur. Kanunu tatbik edenler bir çok defalar, metin ile, ihzari mesaiddeki beyanlar arasında mevcut ahenksizlik dolayısıyla çok müşkül vaziyetlerle karşılaşmışlardır. Bizzat kanun vazı bile, eskisini tefsir eden yeni bir kanun ile, makabline şamil olmak üzere metnin tamamen reddetmiş olduğu bir mânayı vermiştir.

Bu 9 Nisan 1898 tarihli kanun 7 seneden az bir zaman zarfında üç defa tadilde uğramış bulunmaktadırlar.

1889 tarihli kazai tasfiyeye ait kanun, 1890 dan itibaren tadilde uğramıştır. Bu kanunda şahsi takiplerin taliki meselesi unutulmuş idi.

Sulk hâkimlerinin salâhiyetlerine dair 12 Temmuz 1905 tarihli kanunda, kanunun neşri anındaki füzulî muamelelerin ne olacağına dair izabat unutulmuş, ertesi gün 14 Temmuz'da, mütemmin bir hükmü ilânına zaruret hâsıl olmuştur.

9 Nisan 1910 tarihli amelenin tekaütlük haklarına dair kanunda yapılan tadilat sayılmakla tükenmez. Bu misalleri daha artırmak mümkündür.

Kanunun tanzim tarzı hakkında Rousset'in 1856 tarihli Revue critique mecmuasının 9 uncu cildiyle 1857 tarihli onuncu cildinin 328/334 sahifelerine müracaat.



Ancak, başka hususlarda olduğu gibi bu hususta da sadece gayenin göz önünde bulundurulması—hattâ bu görüş doğru dahi olsa—kâfi değildir. Bu geyeye erişmek için muktazi usul ve çarelere de sahip bulunmak lâzımdır. Hukuk ilmini kül halinde bilmek, aynı mevzuda mevcut kanunları, kazai içtihat ve nazariyeler için vaki mesaiyi tanımak iktiza etmektedir. Usul, terfik ve üslubun da kendine mahsus kaideleri vardır.

Montesquieu: (milletinin kanun vaznı olabilmek iktidarını haiz olan kimse, yapacağı kanunun tertip ve tanzim şekillerinde bazı ihtimamlar göstermek mecburiyetindedir) demektedir [1]. Bütün bunlardan istintaç ederek açıkça söylemek lâzımgelirse, teknik bakımdan kanun tanzimini bir mevzuat ilmi olarak telâkki icabetmektedir.

Bu ilim, irticalen olamaz. Ne hüsnüniyet ne zekâ, ne iktidar, hiç birisi, bu hususta uzun ve sabırlı tettebbuun yerini tutamamaktadır. Bonapart dahi, bütün dehasına rağmen Code civile (Fransız Medeni kanunu) nu Portalis ve Cambacérès'in yardımları olmaksızın vücuda getiremedi.

Yalnız bu kadar da değil, proje, ister hükümetin salâhiyetli daireleri tarafından isterse hukukşinaslar elinde olgunlaşarak icra kuvvetinden mükemmel bir surette çıkmış bulunsun, teşrii meclise girdiği gün büyük tehlikelere göğüs germek mecburiyetindedir [2].

Teşrii makinanın bu intizamsız hareketine haklı olarak girdap vasfı verilmektedir.

Paris şehri çukurlarına mütaallik 12 Nisan 1923 tarihli kanunu neşir ve ilân eden resmî ceride de bu kanunu hükümsüz bırakan bir kararnameye tesadüf etmek mümkün olabilmektedir.

[1] De l'esprit des lois, livre XXIV Chap. XVI.

M. Cormenin, Droit administratif adlı eserinin beşinci tabına yazdığı methalin 26 inci sahifesinde: "Mecmuyeti içerisinde vahdet gösteremiyen, yazılışlarında sarahat bulunmayan, gayelerinde basiretsiz ve tesirsiz,, kanunlardan bahsetmektedir.

[2] Her taraftan müzeyyel maddeler, takrirler, yeni lâyhalar, itirazî teklifler meydana atılmaktadır. Nazari olarak, encümene iade talebinde bulunulabilir. Fakat ekseriyetle, sürati temin bakımından müzakerenin derhal yapılması keyfiyeti kabul edilmektedir. İhtimalki (ve bu ekseriyetle bilhassa mühim lâyihalarda vukubulmaktadır.)müstaceliyet talebi ile ikinci defa okunma keyfiyeti de ortadan kalkacak ve en ehemmiyetli bir mesele hakkında herhangi münasebetsiz bir tadil teklifi ciddi bir tetkika tâbi olmaksızın reye arz olunmuş olacaktır. Böylelikle, münakaşaların karışıklığı içerisinde herşey, tesadüff reylerle irticalen yapılmakta ve bu reyler dolayısıyla projelere iktisadiyatı ilt üst eden yahut gerek prensiplerle olsun, gerek ilttaki ve üstteki maddelerle bulunsun münasebettar olmayan ahkâm girmiş bulunmaktadır. Kanun artık çığırından çıkmış, hiç olmazsa müphemiyet kesbetmiştir. Mecmuyetinde vahdet, yazılış tarzında sarahat, mânasında tesir kalmamıştır. Bütün bunların bir neticesi olarak tatbikında,hatıra gelmez, güçlüklerle maruz kalmaktadır. Boivin—Champeaux, yukarda ismi geçen eserinden.

1914 harbinde ve ondan sonra, mesken buhranı dolayısıyla, ne kadar kanun, kararname ve tamim görüldü. Tesirleri, her vatandaşın; belediye dairesi kapılarına asılmış beyaz kâğıtlar üzerindeki sararmış metinleri okumağa, muhakeme usullerinin çetrefillğine ağâh bulunmağa mütehasir kaldı. Vatandaş emirler, ihtarlar, mühletlerle ünsiyet peyda eyledi. Sulhname, temdit, zam, sukut, neşir ve iân tecdit, fesih ve iptal tâbirleri konuşma diline girdi. En seri, en çıkar yolun hangisi olduğu öğrenilerek, müşteki olmak vasfı itibar kesbetti. Bu acınacak hale nasıl çare bulmalı? Bazıları parlamento harici komisyonlara taraftar bulunmakta [1] bazıları ise, teşrii meclislere, yüksek memurlardan seçilmiş, bir kanun komitesi bağlanmasını teklif etmektedirler.

Bu çareyi niçin uzakta aramalı? Herkesin fikri, teşrii meclislerde daimi, teknik, meslekten yetişme hukukçulardan müteşekkil, umumi ve hususi hukuk kaideleri ile meşbu bir uzvun bulunması dolayısıyla bütün bunların vücuda geldiği merkezindedir. İmdi bu uzuv, Fransada mevcut bulunmakta ve Devlet Şurası namile vazife görmektedir. Kanunların ihzarı, ana-neleri meyanında bulunmaktadır. Tarih, bu vazifenin mükemmelen ifa olduğunu göstermektedir. Binaenaleyh, yardımı istenilecek müessese bu olmalıdır. [2]

[1] Bu komisyonların bilgiç kimselerden kurulduğu şüphesiz ise de fevkalâde betazatle çalışmalarını dolayısıyla, zararları ağır olmaktadır. Ekseriya candan bağlı, ilimle mahmul kimselerden teşekkül etmelerine rağmen başka işlerle de meşgul bulunmaktadır. Salâhiyetleri mevcut ve fakat zamanları mefkuttur. Hâkim mahkemesini, profesör kürsüsünü, avukat dosyalarını terkedememektedirler. Celseler tâlika uğruyor; aylar geçiyor; vazife severlerin cesareti kırılıyor ve eser bundan ıstırap çekiyor.

[2] «24 Mayıs 1872 tarihli tatbikat kanununu yazarlar, Devlet Şurasının müdahalesini derpiş ettiyseler de şüphesiz ki İmparatorluk rejiminden hiç bir şey almak korkusu ile meşbu bulduklarından olacak, filen bakiki surette işleyebilmesi hususunu ihmâl etmiş bulundular. Derpiş olunan bu müdahale ise tamamile tesadüfi ve ihtiyari bir müdahaledir. Teşrii meclislerin canları istediği veya hükümetin arzu ettiği lâyihalarda ancak Şuranın reyine müracaat olunmakta, teşrii meclislerin ise bu hususu hemen hiç bir zaman canları istememekte, hükümetce de çok nadir hal-lerde buna lüzum görülmektedir. Devlet Şurası ile müştereken çalışılıyormuş vehminden başka bir netice vermeden bu ihtiyari havale keyfiyetinin mecburi olması iktiza eder. Bu husus, âmir bir kanunla tesbit olunmalı, bütün kanun lâyihalarını Şuradan geçirmek imkânı olmadığına göre, hiç olmazsa medeni, ticari ve cezai mevzuatın tādillne müteallik lâyihalar, bu mecburiyete ithal edilmelidir. Code civîl'in tekrar gözden geçirilmesi bahsinde, ihtilâfları hal hususunda ihtisas sahibi bulunan Devlet Şurasının büyük bir idari mahkemeden başka bir şey olmadığı ve buna binaen kendisinden karar itihazından başka bir şey istemenin ihtiyatlı bir hareket olmayacağı yolunda yazılar yazıldı. Halen bu müesse-ye tevdi olunan kanun projelerinin sayısı azalmakta, fakat tanzim vazifesile mükellef bulunduğu, umumi idareye müteallik nizamnamelerin sayısı ise gittikçe artmaktadır.

Umumi idare nizamnameleri.— Kanun vazı, kanunu yaparken müşkülât ile karşılaşır karşılaşmaz, kanuna bir madde koyarak tafsilât kısmını umumi bir idare kararnamesine atfetmekte ve böylelikle ameli sahada «tafi mezuat» vucuda gelmektedir. [1]

Şükranla kaydetmek gerekir ki, Devlet Şurası yazış tarzı ve tuttuğu yoldaki vasıfları bakımından, ihtilâfları hal hususunda tahammül etmiş olduğu ağır yüke rağmen, kabiliyetinden bir şey kaybetmediğini ispat etmiş bulunmaktadır.

Esasen mantık da, bilâhare kanun vazınıninkine müsavi bir kudret vermekten se, kanunun yapılışı sırasında Şuranın reyine müracaatın daha müreccah olacağını amir bulunmaktadır.

Nihayet bu müdahalenin millî temsil hâkimiyetine halef iras eder mahiyette bulunmaması lâzımdır. Bittabi ne sekizinci sene veyahut 1852 müessesan meclisine avdet etmek, ne de teşrii kuvvet salâhîyetinin en ufak bir zerresini Devlet Şurasına tevcih eylemek keyfiyeti mevzu bahis değildir. Şuranın yapacağı iş hükümetin ve parlamentonun teşebbüsü ile ortaya konulmuş meselenin esası ile uğraşmak değil ancak kanunların yazılış tarzı ile iştigal etmek olacaktır. Bunu, parlamentonun istiklâlîne el dokunmadan, projenin umum muvacehesinde müzakeresinden evvel alınmış basit bir fikir diye ifade etmek de mümkündür. Bu, çok kerre söylendiği gibi «teşrii eseri yolundan alıkoymiyarak bilâkis yardımcı olan, âmme kanunlarına, onlarla mücadeleyle girmeden yol gösteren, tecrübe ve ziyadan başka hâkimiyet tanımaz, bir rehber, olacaktır. Boivin—Champeaux.

[1] Ancak bu kararname, kanun tarafından mevzu esasları ihlâl etmemelidir. Dupin: T. I No. Hauviou: 1911 p. 566 Dueroçq: 7. tabı t. I No.66 p. 84 (Amelenin tekaütlüğü) C. II Juin 1896, D. 97. I—431 Civ. C. 17 Şubat 1913

Kanun, ancak yeni bir kanunla tadil olunabilir. Nizamname ise, kanunsuz tadil edilebilmektedir. Devlet Şurası: 6 Birinci Kânun 1907

Amelenin tekaütlüğüne ait 5 Nisan 1910 tarihli kanunun 41 inci maddesi, kararname tanzimi işini Devlet Şurasına tevdi etmişti. (ki 25 Mart 1911 de iade olunmuşur.) Ayan Komisyonu, raportörü M. Curvnot vasıtasıyla listeleri tanzimine ait hükümlerin Devlet Şurasınca tesbitini teklif etmekte idi. Fakat mesai nazırı Viviani, İkinci teşrin 1909 tarihli celsede bu formülü reddederek tehlikeye şu mütalâalarla işaret etti: «Devlet Şurasının listelere ait hükümleri tesbit etmesini istiyorsanız, bunu nasıl yaparsın, istikbale doğru yürüdükçe, mütenakız mefâsillerin içerisine girebilmek gayesile, daha mufassal içtimai kanunlar ihzar etmek mecburiyetinde kalacağımız şüphesizdir. «Daha», dediğimize göre en ince hususları, bütün teferruatile buradan tanzim mecburiyetinde bulunmaktadır. Bütün bu teferruat kanunlara koymağa imkân bulamazsak, bizden sonra, Devlet Şurasını müdahale ettirmek mecburiyetinde kalacağız. Bununla beraber Devlet Şurası nedir? Teşrii olmayan idari bir meclistir. Teşrii meclisler, kanunlara esasları vazeder, idari meclisler bu esasları izah ederek tekemmül ettirmek vazifesini görürler. Devlet Şurası ancak teferruatı tanzim eder..»

Bu izahattan sonra, bu suretle kanuniyet kesbeden kanunlarda vuzuh-suzluk, müphemiyet hattâ bazı defa, tenakuz bulunmasına şaşmamak gerekir [1].

Kanun, veciz olmalıdır: *imperatoria brevitatis; simplicitas legibus amica* [2].

Sênèque haklı olarak mukaddemelerle dolu uzun bir kanunun soğuk

[1] *Obscuritas legum quatuor rebus riginem ducit; vel ab accumulatione legum nimia, praesertim admixtis obsoletis: vel a descriptione earum ambigua, aut minus perspicua et dilucida: vel a modis enucleandi juris neglectis, aut non bene institutis; vel denique a contradictione et vecillatione judicioem.* Bacon, *Tractatus de fontibus universi juris.* Aphorisme 52.

*Descriptio legum obscura oritur aut exloquacitate et verbositate earum.* Bacon *loc. Cit. Sect. 10 Aphorisme 65.*

Bir kanundaki hükümlerin müphem olması, uzun olarak yazılmalarından veya ifadelerinde itnab bulunmasındandır.

Bilfarz: 9 Nisan 1898 tarihliş kazalarına müteallik kanun, bazı esaslı noktalar, umumi kaideler vazetmiş, mücerret hükümler tanzimini tercih etmemiş bulunmaktadır. Kanun vazın tarafından istenilen vuzuh-suzluk bir temayüle göre tehlikeden hali değildir. Kanunun ikmâl hususunu kazai içtihadı bırakmaktadır. Böylelikle, kazai içtihadın halledemediği ahvalde kanunun boşlukları meydana çıkmış olacaktır.

Babalık külfetine müteallik 16. İkinciteşrin tarihli kanun Millet meclisinde, münakaşa edilmeksizin kabul edildi. Ayandaki münakaşalar ise çok kısa oldu. Bu, kanunların derpiş etmediği çok ince ve mühim meselelerin mahkeme huzuruna intikallerini intaç etmekte ve bittabi, birbirinden tamamen ayrı hal tarzlarına yer vermektedir.

[2] *Institit. § 8, de leg. agis. succ. Quid enim sic proprium est legum ut claritas.* Kanunlarda sarahattan başka bir şeyin yer almaması lâzımdır.

*Ita ut quidquid ex legali fonte prodierit, in rivulis audientium sine retardatione recurat. Lex wisigoth lib I, Cap. 6. In legibus simplicitas magis quam difficultas placet. Justinien. instit. 7 de fidei hered.*

Kanunların basit olanları, muğlak bulunanlarına tercih olunmaktadır.

*Fabula fucato verborum ornatur auricula;*  
*Integritas legum simplicitate viget.*

Bacon, *aphorisme 7: Optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis.*

Ch. Comte: *Traité de législation.* Filangieri: *Science de la législation.* Bentham: *Traité de la législation 1842* Domat: *Traité des lois civiles, adli eserlere müracaat.*

Daha ileride kanunun tefsir ve izahı ile meşgul olacağız. Buracıkta yalnız şu kadarını söyleyelim ki, tefsir ve izah için en emin yol, kanunun ruhuna (*cur ea lex lata sit*) vakıf bulunmaktadır. Bilfarz kanunun herhangi muhtemel bir hâdiseyi men eder bir hükmü, o muhtemel hâdisenin zevali ile kanunun emelden sakıt olmasını intaç etmektedir.

Fransız medeni kanunu 985, 987, 988 ci maddelerine müracaat.

olduğu kadar işe yaramaz bulunduğunu bildirmektedir. Nihil videri frigidus, nihil ineptius, quam legem cum prologo [1].

Tefsir kanunlarının bazen lahik olmalarına hayret etmemek iktiza eder. [2] Kaide olarak, kanun vazının reyi lahik olan kanunları tefsir ve izah etmemesi lâzımgeldiği bihakkın söylenmektedir. Ancak kanun vazih bulunmadığı, münakaşasını yapan kazai içtihad ile tatbik eden idare makinesi sarih bir surette, kanun vazının maksadına münafi bir izah tarzına kapıldıkları takdirde de kanunu yapanların buna karşı duygusuz kalmaları eserlerinin şeklini değiştirerek mükellef için bir adaletsizlik vasıtası olmasına göz yummalarını lâzımdır? Bu satırlarla yalnız bir faraziye koymamakta, bu halin kesretle vukubulduğunu söyleyerek bir de misal vermek istemekteyiz.

1 Temmuz 1916 tarihli kanunun 9 cu maddesinin son fıkrası, hiç bir zamanda vasatı temettü, gerek patent resülmalinin otuz misli ve gerekse mevzu sermayenin yüzde altısı bulunsun 5000 frangın dununda takyit olunamaz hükmünü vazetmektedir.

Bu metnin sarih ifadeden mahrum bulunduğu aşikârdır.

Patent resülmalinin neye ait olduğu 2 Haziran 1917 tarihli bir kanunla tavzih olunarak bundan maksadın harbe takaddüm eden üç senenin patenti olup tarh esnasındaki vaziyet bulunmadığı takarrür ettirildi. Mevzu sermayelere gelince, bu tarifin ne gibi şeyleri ihata ettiğinin bilinmesi lüzumlu addolundu. Fazla olarak, bu sermayeler yekûnunun hangi zamana göre tayin olunacağı da bilinmek isteniyordu. Bu son suale yüksek komisyon birçok toplantılardan sonra «bu yekûn vasatı temettüün götürü o'arak tayinine esas tutulan tarh müddeti esnasında fiilen mevzu sermayelerin yekûnu bulunduğu» yolunda cevap verdi. (20 Temmuz ve 10 İkinciteşrin 1917 No. 163 ve 209) Fakat Bu cevap kâfi derecede sarih bulunmamaktadır. Mevzu

[1] "Sénéque Epistre 94 de, kanunlarında mucip sebep ve mukaddeme koymuş olması noktasından platon, u ele almaktadır.

Quod legibus suis promia et rationes adjiceret; Legem (inquit) brevein esse oportet quô facilius ab imperitis teneatur: "velut emissa divinitus vox sit jubeat, non disputet"

[2] Tefsir ve tavzih edici kanunlar için şu eserlere müracaat ediniz:

Dalloz: Codeamotê, sous l' art. 2 C. civil No 76 à 108 Aubryet Rau, t. 1, p. 175 Brocher: Etudes sur les principes de l' interprétation des lois p. 67 Valette et Benat Saint — Marsay: aité de la confection des lois. Mailher de chéssat: De l' in ferprétations des lois. 159.

Kanunun tefsiri, kanunu yapan makama aittir:

Kanunların tefsirine müteallik 30 Temmuz 1828 tarihli kanuna bakınız.

sermayeye müstenit vasatı temettüün her tarh müddeti içinde değışebileceği kabul olunmakta ise de tarh müddetinin başlangıcında mevcut ve bir evvelki müddetin sonunda yapılan blançoaya göre tahakkuk etmiş sermayenin mi yoksa bu semaye esas ittihaz olunarak bu müddet esnasında liusule gelebilecek müsbet veya menfi değışikliklerin mi göz önünde bulundurulacağı hususunda bir Şey söylenmemektedir.

Tashiğ veya tefsir kanunları yeni kanunlar olmayıp esas itibarile tashiğ veya tefsir edilen kanunlara merbut bulunmaktadırlar. [1] Tadil edici kanunlar da böyle olup [2] onlar da aynı mahiyeti haiz bulunmaktadırlar.

*Kanunların vasıfları.* — kanunlar ya emir, ya nehiy, yahut da beyan edicilerdir.

Kanunlar, cebri küdrete malik, adli kaidelerden ibarettir. [3]

*Legis virtus haev est imperare vetare, permitttere, punire. L. 7. de legibus.* Nehyedici kanunlar hükümleri hilâfına vaki herşeyi batıl adederler. [4]

Beyan edici kanunların mevzuu, tarafların kendi kendilerine tanzim edemedikleri hallere mahsus mukavele veya sair adli muamelelerden doğan vecibe ve haklar olup bu hükümlerin, tarafların muhtemel iradelerinin bir beyanı Şeklinde telâkki olunmaları lâzımdır.

Bu bizi ağır bir Şey olan kanun mahiyetini haiz kararnamelerden (Decrets — Lois) bahse sevketmektedir. Bu aevi kararnameler, parlamentonun ipka itiyarında bulunduğu muamelelerin icrasına hükümeti salâhiyettar kılmaktadır. Böylelikle, teğrii kuvvete mabsuş salâhiyetlerin mühim bir kısmı, icra kuvvetine tafviz olunmaktadır. Bu hususta da fikirler birbirinden ayrılmaktadır. Birinci fikir sahipleri, bir nevi hükümet darbesi korkusuyla, bu salâhiyetin icra kuvvetine verilmiş olmasına tamamille aleyhtar bulunmaktadırlar. İkinci fikre sahip bulunanlar, teğrii kuvvetin bir zamandanbe-

[1] Demolombe, t. I. No.66 planiol, I, No251. Laurent t.I.No.267 Huc t. I. No.94

[2] Tadil edici kanunlar hakkında müddeumumi Baudouin'ın talepleri ile M. Faye'nin raporuna müracaat ediniz.

[3] Kanun vaznı, belâgat yapmak için ağız kalabalığı ile değil, hâkim bir lisanla ifade mecburiyetindedir. Non disceptatione debet uti sed jure.

Şairin dediği gibi: "Kanunun bir kâhin gibi konuşması kâfidir., Cinayet mahkemesi kararları sakinde ekseriya "bu maddeki hükümlerin âmir bulunmasına binaen., cümlesi bulunmaktadır.

[4] Huc: t. I.No. 198 Toullier; L. I.No. 90 Quod Iex in proeteritum quia indulget, in futurum vetat. L. 72 tit. de legibus.

Ne istikra ve ne de muhakeme yoluyla, men edici bir hüküm tesisine imkân mutasavver değildir. Temyiz mahkemesi kararı.8 Mayıs 1826.

eri, bir kudretsizlik içinde bulunduğunu nazara alarak merkezi kuvvetin demagogik tesirlerin nüfuzu altında zaafa düşmesinden korkmakta ve bu kuvvetin kuvvetlenmesi lâzımgeldiği reyinde bulunmaktadır. Millet Meclisindeki gayritabii münakaşa ve mücadeleler yüzünden, intaç olunmayan bir hayli islâhat projelerini zikretmek kolaydır.

Bir misal zikredelim: Tasarruf temininde herkes müttefiktir. Bunun çareleri hususunda herkes değilse bile büyük bir ekseriyet ayrılmaktadır. Tasarruf etmek demek, çok defa, resmî bir makamı veya bir teşekkülü ilga etmek demektir. Böyle olunca da, derhal siyasi veya intihabi menfaatlar ayağa kalkmaktadırlar.

Velhasıl; kanun mahiyetindeki kararnamelerin mevzuu tahdit edildiği nisbette, keyfi hareket tehlikesinden kurtulunmuş olur. Netekim 1924, senesinde Poincaré tarafından meclise arzulanan üç kararname bu mahiyeti arz etmekte idi. Bunların meclise arzı hususunda fazlaca bir müddet intizar olunmuş olduğu dahi söylenebilir.

*Kanunların makabline şumulü.* — Âme nizamını alâkalandırmıyan kanunların umumiyet itibarile, makabline şumulü yoktur. [1]

[1] Kanunların makabline şumulü meselesi, Fransız medeni kanununun en fena şeklide izah edilmiş noktalarından birisidir. Planiol t. 1, 941

Âme nizamını alâkalandıran kanunlar, makabline şamildirler. Temyiz mahkemesi 7 Mart 1888 S. 83,1,197, Albert Wahl: De La recherche de la paternité. Aubry et Rau t. 1. p. 112.

Netekim 27 Temmuz 1884 tarihli boşanma kanunu, hükme iktiran etmiş ayrılıklara şamil bulunmaktadır. Chambéry, 26 Haziran 1869 D. 69. 2.154.

Bugün meri olan nazariye bu hususta müktesep ve muntazar (expectative) hakların tefriki üzerine istinat etmektedir. Makabline şumulü noktasından müktesep haklara dokunulamamakta halbuki muntazar haklar, kanunla tadil olunabildiği gibi hattâ ortadan dahi kaldırılabilir. [2]

Planiol tarafından da söylendiği vechile müktesep hakların tarifinde tam bir mütabakat bulunmaması dolayışile bu nazariye tamamile tatmin edici mahiyette bulunmamaktadır. Bununla beraber kazai bir içtihadın tatbikatı şu merkezdedir:

a) Şahsın ahvali bir müktesep haktır: Burada bahis mevzuu olan ahval, akrabalık münasebetleridir. Bordeaux, 21 Birincikânun 1886, D. 87, 2, 167. Bu karar evlâtlığın doğum esnasında meri olan kanunlara göre tesbit edileceğini tesbit etmektedir.

Aubry et Rau t. 1. p. 112. Alger 28 Mart 1900, D. 63, 2, 321.

Mirasçılarn sıra ve teselsülünü tadil eden bir kanun neşrine fakaddüm eden bir zamanda açılmış bulunan miras hakları üzerinde müessir olamaz. Rau, 11 Haziran 1906, D. 07, 2, 1.

b) Mukaveleye mâtealifk hususlarda, mukavelenin tanzim olunduğu tarihte meriyet mevkiinde bulunan mevzuatın hükmü ile teessüs etmiş bir hak, münhasıran bu mevzuatın hükmü altında bulunmaktadır.

Makabline şamil olmamak prensibi, Fransız hukukunda, ancak hâkim için bir tefsir kaidesi olup, kanun vazını bağlamadığından, kanun vazının bir kanunun makabline şamil bulunduğunu her zaman için ilânda serbest olduğu, gerek kazai içtihat ve gerekse bilumum müellifler tarafından kabul olunmuş bir keyfiyettir. Planiol şu tarifi teklif etmektedir:

Gerek kanuni muamelelerin şartlarını kıymetlendirmek için olsun gerek-

C. 6 Nisan, 1868, D. 69. 1. 301, 26 Nisan 1906, D. 08, 1, 498, Cpr.

C. 3 Temmuz 1905 ( 4 karar ), D. 90. 1, 522, zımnî hall, 29 Temmuz 1889, D. 90, 1, 109 cpr. C. 7 Temmuz 1901, S. 1902, 1, 518.

c) Âme haklarının tasarrufunu tanzim eden mevzuat hükümleri için de vaziyet böyledir. C. 21 Mart ve 14 Haziran 1900 D. Ol. 1, 383

d) Noterlere ait ehliyetsizlik için C. 27 Mayıs 1901, D. 04, 5, 398 e müracaat.

e) Müruru zaman için, Chambery, 12 Şubat 1869, D, 71, 2, 118 e müracaat.

f) Delil için, C. 7 Temmuz 1874, D. 76, 1, 340a müracaat.

g) 16 İkinetteşrin 1912 tarihli kanundaki babalık külfetinin makabline şamil olması epeyce bir meseledir. Hakikatte bu âme nizamına müteallik bir kanundur.

16 İkinetteşrin 1912 tarihli babalığı tanıma kanununun makabline şümul ve tesiri yoktur.

16 İkinetteşrin 1912 tarihli kanun münasebetle, müktesep, muntazar hak tarifini yapmak, insani bir muhakeme meselesinden ziyade bir his meselesi muvacehesine sevketmektedir. Her şeyden evvel bir babanın çocuğu muvacehesinde, kendi arzusu na göre, kendisine terettüp eden tabii vecibelerden kurtulabilmesinin müktesep bir hak olduğunu iddia etmek kabule şayan bir keyfiyet değildir. Santyen kanunun neşrinde evvel doğmuş olan çocuğa, kanunun tanıdığı dâva hakkını istimal müsaadesini vermek müktesep bir hakka ihlâl edebilir mi? "Meselenin mevzuu hangi müktesep hak olacaktır? „Bu kanun çocuk lehine yapılmış olmasına rağmen müktesep hak çocuğa ait olmayıp bu kanunun tatbik edilmemesinde menfaattar bulunan, baba bulunduğu iddia edilen, kimseye aittir.

Fakat babanın hiç bir hakkı mevcut olmayıp ancak önemi bulunmayan ve nazara alınmayan basit bir menfaati mevcuttur. Bu takdirde müktesep bir hak mevcut değildir, ve olamaz. Aksi takdirde içtimai menfaatin istilzam ettiği tatbikat muvafakiyetsizlikle karşılaşmış bulunacaktır.

Henri Lavollée: CodeManul de la recherche de la paternité P. 61 Albert: Recherche de la paternité, p. 241. Naquet, note Sirey, 1893, 2, 65. Maurice Violette: Recherche de la paternité, P 61.

h) Şirketler için Douai, 8 Temmuz 1895 D. 98, 2, 481 müracaat .

i) Sular için mevzu, 8 Nisan 1898 tarihli kanun için C. 11 Kanunusani 1905 D. 05, . 163, müracaat

j) Fransız hukuk muhakemeleri usulü kanununun 1033 ünefi maddesinin beşinci fıkrasını tadil eden kanun için, 1 Ağustos 1888, D. 98, 1, 516 ya müracaat.

k) Medeni uhval muameleleri için, C. 26 Haziran 1899 D. 1900, 1, 109a müracaat..



se tahakkuk ettirilmiş olan bir hakkın neticelerini kaldırmak veya tadil etmek için bulunsun, maziye avdet istidadını gösteren her kanun makabiline şamildir. » [1]

Ancak herhalde makabline şamil bütün kanunların mevzuları dahilinde maksur bulunmaları lâzımdır. [2] Fakat, makabline şamil olacakları neşir ve ilân edilmemiş dahi olsa, aşağıda yazılı hususlara müteallik yeni kanunlar, neşirlerinden evvel teessüs etmiş bulunan vaziyetlere tatbik olunurlar:

- 1 : Şahsın ehliyetine dair kanunlar.
- 2 : Şahsın hak ve iktidarına müteallik kanunlar. [3]
- 3 : Muhakeme usulüne, vazife ve salâhiyete mütedair kanunlar. [4]

Bu tasnifte herkes müttefik bulunmaktadır.

*Kanunların ilgaı.*— Kanunların ilgası ya sarih, yahut zımni olur. Sarahaten ilgada bir güçlük yoktur.

Zımni ilgaya gelince; böyle bir şey mefruz bulunmamaktadır. Yeni bir kanunun eskisini tadil etmiş olması veya zımnen ilga eylemiş bulunması için muhalefet veya telifsizliği kati ve mutlak bir surette tecelli ettirmesi lâzımdır.

Yeni bir kanunun eski bir kanunu tadil veya ilga ettiğini bilmemesi

[1] T. 1, No. 243.

[2] Merlin 5 e triage § 1.

[3] Aşağıda yazılı kanunların neşirlerine takaddüm eden hadiselerle tatbiki, bu prensiplerin delâletile takarrür etmiş bulunmaktadır.

1: Esareti ilga eden kanun; 2: Boşanmaya müsaade eden kanun "Hattâ neşirinden evvel evli bulunanlara dahi"; 3: Kocanın müsaadesini zaruri kılan kanun; 4: yirmibir yaşı rüşt yaşı olarak tesbit eden kanun. Filvaki bu kanunlar, hukuki ve maddi mevcudiyellerini muhafaza eden geçmişdeki hâdiselere tesir etmemektedirler. Bunlar makabline şamil kanunlar olmayıp, neşirleri anından itibaren, mevcut hukuki vaziyetin istikbale muzaf kısmını tadil etmiş bulunmaktadırlar. Planiol t. 1, p. 98, 99.

[4] Adli teşkilât, salâhiyet ve muhakeme usulüne müteallik kanunlar için şu menbalara müracaat:

C. 21 İkinci teğrin 1826; S. chr. 12 Birinci teğrin 1848, D. 48, 1, 215;

12 Eylül 1856, D. 56, 1, 417. 13 Şubat 1856 D. 65 1, 189, 23 Mart 1868, D. 68, 1, 254, 7 Temmuz 1871 D. 71, 1, 268, 17 Mart 1873 D. 73 1, 471. Montpellier 9 Mayıs 1825. S. chr. Chambéry 7 Şubat 1885 D. 85, 2, 241 F. Devlet Şurası 27 Şubat 1885 D. 86, 3, 86. Note de Naquet S. 86, 2, 169 ve müteakip. Note de Glasson D. 87, 2, 197 C. 29 Mart 1897 D. 97, 1, 255.

oldukça nazik bir keyfiyettir. [1] [2]

Hususi kanun, daima umumi bir kanunu tadil eder. [3]

Umumi mevzuat ile hususi mevzuat karşılaştıkları takdirde tercih olunacak daima hususi mevzuattır. Hâkimlerin, hususi mevzuatta mevcut, ne müphem ne de kifayetsiz bulunan, sarıh bir hükmün ibaresinden, ruh ve manasını izah etmek veyahut o hükme daha mükemmel bir şekil vermek bahanesile, ayrılmalarına asla cevaz yoktur. [4]

[1] Kanun kendiliğinden ortadan kalkmaz:

Per simplicem non usum ex eo quod casu non accedit.

İdarî tatbık ve istimal keyfiyeti, kanunu ilga edemez.

Rouen, 15 Mayıs 1900 D. 02, 2, 169. Cpr. Aix, 19 İkindikânun 1899, D.99,2, 500.

Kanunların tadil sebepleri, eski kanunda nazara alınmış ve meride bırakılmış olan hükümlerle mütabakatta buldukları hallerde, yeni kanun tefsir yoluyla, bu hallere teşmil edilemez. Zira, bu yeni kanun, evvelki kanunun esasen hükümleri altına mevzu bulunan halleri, kendi hükümranlığı sahasına intikal ettirmek tesirine malik bulunmamaktadır.

Thibaut: Théorie d'interprétation lojique des lois, § 20. Mailher de Chassat: Traité de l'interprétation des lois § 107 ve müteakip. Aksine olarak, tadil edici, kanunlar evvelki kanunu meriyette bıraktığı takdirde teşmil imkânı kalmamış olur. Zira bu halde tadil edici kanun istisnai bir mahiyeti haizdir.

Non est novum, ut priores leges ad posteriores trabantur. L. 26, tit. de legibus.

Sed et posteriores leges ad priores pertinent nisi contraria sint. L. 28, idem.

Ve nihayet tadil edici kanunlar, evvelki kanunun mühim bir kısmını ilga eder yeni kanunla müşterek hukuk haline gelerek evvelki hukuka istisnaiyet arzettiği takdirde teşmil yeni müşterek hukuk hükümleri için kabul olunabilir.

V. Mailher de Chassat, yukarda ismi geçen eseri, 126 C.7 Temmuz 1828 S.ehr.

[3] Caeterum in toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem dicatum est. L. 80, tit. de req. juris.

[4] Bu nokta kanunun tefsirine ait kısmında izah olunacaktır.



# İKİNCİ KISIM

Actore non probante reus absolvitur.  
Reus in excipiendo fit actor.  
Frustra probatur quod probatum non  
relevat.



# İKİNCİ KISIM

ADLİYE' HUZURUNDA HAKİKATIN MEYDANA  
KONULMASINA MAHSUS, TATBİKİ MANTIKTA  
DELİL KAİDELERİ

## BİRİNCİ BAP

### Delilin Adli Kaide ve Nevilleri

Şimdi adli mantığın en mühim kısımlarından ikinci kısmını ele alıyoruz.

Hakikatı meydana çıkaracak yolları tetkik ettiği zaman mantık hakikatın ilmi olmaktadır.

Stuart Mill'in, netice olarak mantığı, bir delil ilmi telâkki etmesinde, ciddiden hakkı vardır. [1]

Adli hususlarda hâkim, umumiyetle kendiliğinden delil irat edemez. Kanun vaznının mantıki olsun, olmasın tesbit etmiş olduğu dar kaidelere tâbidir.

İşte o kaideler:

Birinci kaide: *Dâva olunan kimseden, bir mesuliyet binnetice bir müeyyide tevhit eden bir fiil, bir vecibe, bir hak iddiasında bulunan dâvacı, delil göstermek mecburiyetindedir. Beyyine külfeti kendisine aittir. Dâvacı vaziyetine giren dâva olunan da bu kaideye tâbidir.*

Fransız Medeni Kanununun 1315 inci maddesi şu suretle yazılıdır: «Bir vecibenin ifasını talep eden kimse anı ispata mecburdur.»

Münakaşa edilmez ve edilmemiş olan bu kaide fevkalâde makul ve bu yüzden sarih bulunmaktadır. [2] Binaenaleyh meselâ antikalığı iddia olarak bir mal satılmış bulunsa, satıcı tarafından bunun antika olduğu yazılı

[1] Stuart Mill: *Système de lojique déductive et inductive*, p.9.

[2] Actor quod asseverat probare se non posse profitando, reum necessitate monstrandi contrarium non astringit, cum per rerum naturam factum negantis, probatio, nulla sit. C. & 29, de probat et praes.

İddia ettiği şeyi ispat edemiyeceğini bildiren dâvacı, iddiasının aksini ispata dâva olunanı icbar edemez. Zira, inkâr edenin delil göstermesi tabiat kanunları muvacehesinde faydasızdır. Bentham, *Preuves judiciaires* adlı eserinin dördüncü kitabı-

bir surette tekeffül edilmemiş olduğu takdirde, antika olmadığı hakkında delil tedariki müşteriye aittir.

Kezalik 1898 tarihli kanun, hiç bir istisna yapmadığına göre, bir kazada mağdur bulunan amele, kazanın iş mahallinde ve iş zamanında vukubulduğunu ispata mecburdur. Ceza bahislerinde, delil müddeiumumiikle şahsi dâvacıya terettüp ettiği halde *Reus in excipiendo fit actes* kaidesinin, mahiyetleri itibariyle cürmün vücudunu ortadan kaldıracak hallerin ispatı hususunda, maznuna da tatbik kabileyeti vardır.

(Daloz jur. gen. 5. Preuve, No. 92 ve 93).

Dâvacı kendisine terettüp eden delili zikrettikten sonra, dâva olunan kendine tevcih edilmiş bulunan fiile karşı bir defide bulunursa, bu defide gösterdiği fiillerin mevcudiyetini ispata mecburdur.

Bilhassa bir hudut duvarının tahribine ait zarar ve ziyan davası mavahehesinde dâva olunan kimsenin tahrip keyfiyetini kabul ettiği halde yıkılan duvarın üzerinde inşa olunduğu arsanın dâvacıya ait bulunduğunu inkârı halinde, hâkim delil sırasını değiştirerek dâvacıyı, iddia ettiği takdirde, dâva olunan şeyin mülkiyet hakkını ispata icbar edebilir. [1]

İcbar veya tesbit dâvası [2] «jactance ou provocation» asri hukukumuzda ancak şu kayıtlı mukayyet olmak üzere caridir: Dâva olunan, ak-

nın ikinci bahsinde umumiyetle dâvacının lehine umumî bir karine kabul edilmesi hususu için dikkate şayan bir fasıl tahsis etmiştir. İstinat ettiği noktalar: 1: Dâvacının rolü ihtiyar olmasına göre, iddiasında hayıhah bir ilimst mefuzdur. Dâva olunan itiraz ve inkâr etmekle bir şey kayıp etmemektedir. 2: Dâvaların neticeler mukayese olunduktan, dâvacılar lehine buldukları görülmektedir.

Bentham'a göre Béali possesöres ve actore non probante reus absolvitur mesellesini, dâvaların en sıkı mahiyette bulunmaları, içtimai nizami ihlâl etmiş olmaları fikrine atfetmek lâzımgelmektedir. Bentham, aynı dâvalarla şahsi dâvalar arasında fark gözetmiş ve ancak şahsi dâvalarda umumiyetle, dâvacının lehine bir karine kabul etmiş olsa gerektir.

Bentham'ın nazariyesi, umumî düşünceye aykırı bulunmaktadır.

[1] C. 24 İkinciteşrin 1913.

[2] (Action provocatoire) Hasmini dâva açmağa icbar dâvası.

(Action de factance) Resmî ve hususî bir senette ileri sürülen iddiayı cerhedecek olan hakkın hâkim tarafından tayin ve tatbiki için açılan dâva. (Mütercimîn Capitant'dan notu).

si halde dâvanın sukut külfetine katlanmak üzere, muayyen bir mehil zarfında iddiasının delillerini tedarike mecbur tutulamaz. [1]

Delilden anlaşılın mâna, bir hakkın bir hâdisenin bilinmesine, hakikatin tezahürüne isal edecek bütün yollardır. [2].

İspat etmek, mahkeme huzurunda bir tarafın tasdik, diğer tarafın inkâr ettiği bir hâdise üzerinde hakikatı tesis etmektir. [3]

Eşyanın bulunduğu normal ve mutad hali veyahut müktesep bir vaziyeti ihlâl edecek, adliyyeye arz edilmiş bulunan her hangi bir iddia, ispat olunmak mecburiyetindedir. [4],[5].

[1] J.M. Rép. V. Diffamari. Bonnier: No. 255 Dalloz, Repert. V. Faction No. 214. Aubry et Rau: t. VIII. p. 120. Garsonnet: Cours de procéd. 2 inci part. p. 475 texte et note 23. Poncelet: Traité des actions, p. 88, 207. Devilleneuve, siyey. 50, 2, 1 note. Demolombe: Mariage et séparation de corps: t. II No. 346, 347. Ancelot, Revue de législation, 1852 p. 388. Valabruce: Revue critique, 1888 p. 13.

Aix, 12 Temmuz 1813, S. 1814, 2, 234. Grenoble, 15 Şubat 1816, S. chr. Bordeaux, 15 Şubat 1851, S. 51, 2, 288. Caen, 4 Ağustos 1851 S. 52. 2. 216. Angers, 3 Haziran 1863, D. 63. 2. 154. C. 29 Mayıs 1863, S. 66. 1. 338. 18 ikinci teşrin 1878, D. 81. 1. 13.

Bentham: 6 inci kitap 15 inci babis. Mesure à prendre contre la déperdition des preuves.

[2] Deilil "Preuve" kelimesinin muhtelif telâkki tarzları hakkında:

Aubry et Rau'nın 8 inci cildindeki 749, 151 ve 152 inci sahifelerine müracaat.

Præstra probator quod probatum non relevat: bu halde her hususta tatbik olunur. C. 21, 1 inci Teşrin 1902, D. 02. 1, 533. Aubry et Rau 691 note 77 Cpr. G, 15 ikinciteşrin 1853, D, 54, 1, 331. 15 ikinciteşrin 1893, S, 1900, 1, 326. Filhakika delilin gaye-i, hâkimi ikna etmektir.

Baudry La cantinerie: oblig. t. III No. 2057. Aubry et Rau: t. VIII P. 151, 749, 154. Laurent: t 14 No. 89. Demolombe: t 29 No. 182, 213. Bonnier: No. 6. Hue: t 8 No. 21 6. Laurent: t, 14 No. 82, Colombe de san terre: t. 5 No. 276. bis Planiol: t. 2 No. 2 P. 1. Larombière; 1815 inci maddesye dair. No. 3.

[3] Adli hâdise ister mürekkep ister basit olsun.

[4] Hue. No. 218 Baudry - Lacantinerie, No. 2060

Bilfarz senelik tasarrufu ve bu tasarrufa vaki arızanın delili dâvayaçya terettüp etmek'e dir. C. II, İkinciteşrin 1837, S. 63. 1. 171; D. 63, 1. 426. 7 Nisan 1830 S. 80, 1. 414; D. 80, 1, 215, Cpr. C. 20 Nisan 1863, S. 63, 1, 348; D. 63, 1, 189.

[5] Bu hususta: C. de Can, 31 İkincikânun 1843 (Sirey 1843, 2, 151); C. de Cassation, 29 Nisan 1857 (Dalloz, 1857, 1, 191); C. de Caen, 22 Mart ve 15 İkinciteşrin 1859 (Rec. Caen, 1861, p. 243). Mukayese ediniz: Bourgameuf sulh mahkemesi 8 Birincikânun 1896 (Rec. just. Paix. 1897, P. 298).

Bundan başka bakınız; Guillaouard (t. 1. No. 79); Baudry-Lacantinerie et Wahl (t. 1. No. 254 den 253). Adde: C. de Paris, 10 İkinciteşrin 1896 (Sirey, 1898, 2, 249).



Kanunlar.- bizatihi—delilin mevzuunu teşkil edemedikleri gibi asıl hukuk, kanuni kaideler, kezalik delile mevzu olamazlar. Kanun gösterilir fakat ispat edilmez. En fazla, olsa olsa, vuzuhsuzluk ve ipham halinde tefsir ve tavzihi cihetine gidilir. [1]

Medeni kanundan evvel yapılmış mukavelelerin ihlali halinde delilin, medeni kanunun 1715 inci maddesindeki hükümlere rağmen, eski müşterek hukuk mucibince nazara alınacağı umumiyetle kabul olunmuş bir keyfiyet bulunmaktadır.

Asıl hukukun, umumiyetle, delile ihtiyacı yoksa da, ecnebi mevzuat muhteviyatında veyahut mahalli bir örfün mevcudiyetinde tesadüf olunan güçlüklerde delile istinat etmek gerekmektedir. [2]

Bu halde dâvacı,talep ettiği ecnebi kanunun hükümlerinin delilini tedarik mecburiyetindedir. Kezalik iddia ettiği örf ve adetin tesbiti hususu da bu suretle dâvacıya ait bulunmaktadır.

Dâvacı iddia ettiği hak veya kanuni menfaatin, fiili unsurlarının her birini ayrı ayrı tesbit etmek mecburiyetindedir. [3]

Ancak, bahis mevzuu hak ve menfaatin hasmı lehine tadil veya tahdit edilmiş olduğunu ispata mecbur değildir. [4]

Müşbet hâdiseler olduğu kadar menfi hâdiseler de ispata muhtaçtırlar. Menfi delil, her zaman hakkiyle istenilemez. [5]

[1] Demolombe t. 29 No. 183.

[2] Demolombe: ismi geçen eseri. Larombière t. 5 No.17. Aubry et Rau t. 8, §, 749. p. 152.

[3] C. 14 Ağustos 1889, D. 90, 5, 897-898. 17 Birinci kânun 1901, pandectes, 02, 1, 884.

[4] Fransız Medeni Kanununun 115, 557, 567, 768 inci maddelerine bakınız.

Bonnier: No. 89, Aubry et Rau, t. 8, p. 155-156. Laurent: No. 95.

Demolombe: No. 192, Lyon, 28 Şubat 1874, gaz, pal, 84, 2, 160.

[5] "Negantis non probatio est" Vecizesi bugün meri değildir. Hakikatta, ekseriya, zahiri bir nefiy altında, sarih bir tasdik gizli bir iktir. Bilferaz, Fransız olduğunuzu inkâr ediyorum cümlesinde sizin yabancı olduğunuz tasdik edilmiş bulunmaktadır. Muhatale (nitrasi zaptetmek için yapılan hile) dolayisile vasiyetnamenin hükümsüz olduğunu iddia etmeğlim, vasiyetnamede ahliki veya maddi bir rakiseinin mevcudiyetini tasdik'e müsaavidir. Muayyen mehil içinde vesikalarınızı ibraz etmedüğünüzden dâvanızın düştüğünü iddia ederseniz bunu ispat etmek mecburiyetindeyim. Hakikatta, nefye istinat ederek ikame olunan hâdiseler muayyen bulunmadıkları takdirde delil güçtür. Fakat burada kati bir kusur yoktur. Bir şahit bana tesadüf ettiğini tasdik ederse, o anda orada bulduğumu tesbit mecburiyetindeyim. Beçanma ve ayrımlık hususlarında da halde aynıdır. İşte temyiz istida dairesinin 17 Şubat 1913 tarihli bir kararı. "Boşanma iddiasında bulunan kadın talebini evliliğin tahmil ettiği"

Taraflar arasında müşterek bulunan deliller bahis mevzuu olduğu takdirde hâkim, husulü imkânsız bulunan kısmı emredemez. [1]

Mahkemeye arz olunan vesikalar, dâva olunanlardan bir teki tarafından dahi arz edilmiş olsa, müşterek vasfını alarak bütün taraflara ait olurlar. [1]

Defi ve müdafaa. — İddianın delili serdedildikten sonra, diğer taraf; kendi sırasında, ya bir müdafaa (meselâ tediye) yahut bir defi dermeyan eder. İradettiği fiilin tesbiti bu tarafa ait bulunmaktadır.

Bu halde dâva olunan, dâvacı vaziyeti almış olur. *Reus in excipiendo fit actor.* [2]

vecibelerin ifa olunmadığına istinatettirmiş, bu vecibelerin ifa olunmamasının kendi kusur ile bulunmayıp kocasına isnat edilebileceğini ve bu halin boğanmayı icap ettirecek ağır bir hakaret teşkil ettiği yolundaki bu çifte iddia dermeyan olunan hâdiselerin izharına mahsus bilimum kanunî vasıtalarla ispat olunabileceğinden; bayan Minche' in kendisinin her üz bakire bulunduğunu tasdik eder bir vesika ibraz ederek boğanma talebini, evliliğin tahmil ettiği vecibelerin ifa olunmaması sebebine istinat ettirmesine, mahkeme huzurunda bu iddialarını aynı zamanda şahit, tahkikat ve adli tabip rapuru ile ispat etmiş olmasına; ve mahkemenin temyiz olunan kararını istihraç için huzuruna arz olunmuş olan vesikalarla bayan Minche kocalık vazifesinin ifasına mümanaat etmediğini ve bu hususta tâyin edilmiş bulunan üç vukuf ehli doktor vasıtasıyla karı ve kocasının bedeni kabilyetleri üzerinde bazı fenni tetkikat yaptırmak suretile bayan Minche'nin iddialarını ve kocasının müdafiasını tetkik ettirmiş bulunmasına ve bu suretle itihaz olunan kararın mucip sebeplere istinat etmesine ve kanun metnini, temyiz sebebi olabilecek surette her hangi bir şekilde ihlâl eylememesine binaen:

Bu sebepler dolayısıyla...

Temyiz talebinin reddine....

[1] V. Nemo tenetur edere contra se.

Resmî bir muamele veya noter senedi suretlerinin çıkarılması için Fransız hukuk muhakemeleri usulü kanununun 847 ve müteakip maddelerile 852 ci maddesine müraعات.

C. 6 Şubat 1867, S. 67, 1, 109; D. 67, 1, 257. 31 Mart 1898, D. 68, 1, 418.

Taraflardan birisi ateni celsede, üçüncü bir şahıs hakkında cereyan etmiş ve menî muhakeme kararile neticelenmiş bulunan bir dâva vesikalarını arz ettiği takdirde, bu vesikaların evvelinde nakken ede hazır bulunmayan üçüncü şahsın rızası istihsal olunmadan, Lâkim tarafından tetkik edilmesine şikâyet edemez. Req. 25 Temmuz 1904 Gaz. 27 Temmuz. Hukuk hâkimleri, tarafların sarîh rızalarına lüzum olmaksızın, ceza mahkemesi kararlarını da nazara alabilirler. Ancak bunun için tarafların bu kararın duruşmada bahsetmeleri ve bu kararın nazara alınmasına itiraz itmiş olmaları lâzımdır.

Rep. 27 İkindikânun 1909, Gaz. 3 Şubat.

[2] Mantık, vecibe ne surette tahmil edilmişse, aynı tarzda tebriye edilmesini amir bulunmaktadır.

Fransız Medeni kanununun 1315 inci maddesinin ikinci fıkrası şu hükümü vazetmektedir: «Karşılık olarak vecibesinden kurtulmuş olduğunu iddia eden kimse, tediyeyi yahut vecibeden kurtulduğunu intaç eden fiili ispata mecburdur.»

Dâva olunanın, iddia olunan hakkın bidayeten ispatını istemeden, defide bulunmaması akıllı bir hareket olur.

İkinci kaide: *Dâvacı dâvasını, ancak kanunun tâyin ettiği delil yollarına göre isbat edebilir. Hâkim başka türlü delili kabul edemez.*

Hukuk ve ticaret mahkemelerinde [1] kanuni usuller altında ve mahkeme önünde aynı taraflar arasında delil olarak ileri sürülmüş olmadıkça hiç bir hâdise sabit addolunamaz. [2]

Prout quidque contractum est, ita et solvi debet. L. 30 de solut. Allegans fortuitum casum, illum, tenetur probare.

Medicis, quest 13. 1 — partie No. 1.

Ânî zuhura gelmiş bir hal (yahut mücbir sebep) dermeyen eden kimse anı ispata mecbur tutulmuştur. Hile, cebir ve ilh. nin delillerini göstermek isbat edilmez bir taahhüdün hükümsüz bulunduğunu iddia edene aittir. C. 5 Şubat 1894, S.94, 1. 277; D.94, 1. 134.

Kumar dolayısıyla vaki defî de böyledir.

C. 6 Nisan 1869, D.69, 1. 237.

Tediye suretile vecibeden kurtulmuş olduğunu iddia eden kimse için de böyledir.

“İnzalâmış olmasından tahassül eden ehliyet karinesi muvacehesinde, dâva olunanın ileri sürdüğü defiler hususunda dâvacı telâkki olunacağı kaidesi icabı olarak ehliyetsiz olduğunu ve binnetice ihtilâf mevzuu olan senelleri kocasının vefatından evvel imzalamış bulunduğunu bayan Delieux nün ispat ile mükellef bulunması la-zımgelmektedir. Temyiz olunan hükümde bu hususta bir delil ibraz etmediği anlaşıl-mış, karar’la sadece “kocasının ölüm tarihile senetlerin verildiği tarih arasında Bayan Delieux nün istikraz akdetmiş olması güçlâikle kabul olunabilir, zira bu tarihler arasında 4 mart 1903 tarihli satış ile bayan Delieux’ ye 20000 franklık bir gayri menkul satışından 3000 frank nakden tediye edilmiş bulunmakta idi., denilmiş ol-masına binaen Agen istinaf mahkemesi yukarda zikrolunan maddeleri ihlâl etmiş bulunmaktadır. .

C. Civ. 22 İnci kânun 1913.

Şu veya bu halde ne tarz delil iradına müsaade olunduğunu bilmek, medeni hukukta bir meseledir. Ne tarzdaki delillerin kâfi geleceği hususu, muhakeme usulüne ait bir keyfiyettir.

La rombière, sur 1<sup>er</sup> article 1316, No.9 Aubry et Rau t.8. p. 15 3. Demolombe, t. 29 No. 199.

[2] Ticaret mevadında hâkimler, hukukta olduğu gibi kanaatlerini ve kararlarının mucip sebeplerini duruşma haricinde ve taraflar bulunmaksızın edinmiş olduk-

Bunun içindirki adli mânada isbat etmek (prouver), mahkeme huzurunda taraflardan biri tarafından kabul, diğeri tarafından inkâr olunan bir hâdiseyi, münhasıran kanuni yollar vasıtasile zahire ihraç etmektir.

Hâkimin şahsiyetini ortadan kaldırarak kararın esasını teşkil edecek olan vüsuku, kanundan ayrıca lâzımdır. Bu vüsuk tahsisen kanun tarafından kabul edilmiş delilden çıkarılan mantiki tâlilin neticesi olmak, her delilin haiz olduğu ispat edebilme kudreti nisbetinde bulunmalıdır. [1]

ları şahsi malûmatın neticelerine istinat ettiremedikleri gibi bu noktadan hükümlerinde de hiç bir şüphenin mevcut bulunmaması gerektir.

Civ. C. 23 Haziran 1904 Gaz, 8 Teşrin evvel 1904.

Hâkim, yalnız tarafların iddialarındaki hususat ile mukayyet olarak hüküm vermek mecburiyetinde değil aynı zamanda hâdiselerin kanunen hususi haller için tanınmış olan delil tarzından gayri bir şekilde isbatını da kabul etmemekle mükelleftir.

Jurisprud. Constante. C. 31 Birinci Kanun 1878, 25 İkinci Kanun 1881, 23 Nisan 1902. S. 1902, I, 760

[1] Nitekim, Hâkim, kendisine arzolunan resmi senedin sahte bulunduğuna şahsi malûmatile vakıf olsa dahi (sahtakârlık fiili için bir iddia bulunmamak şartile) dâvacının bu senede isnat eden dâvasını reddedemez.

Laurent, t. 19. No. 83, 84. Demolombe, t. 29. No. 201. Aubry et Rau, t. 8. p. 160. Fuzier—Hermana, Preuves No. 5.

Taraflar arasında ihtilâflı bulunan hâdisa hakkında hâkimin, haricen edindiği malûmat kendisini bu hâdisenin kanun yolları vasıtasile isbatını emretmekten varestesiz tutamaz. C. 21 Mayıs 1878. D. 78, t. 236. 8 Temmuz 1885, D. 86, 1, 204. 3 Ağustos 1887, D. 87, 5. 351. Civ. C. 7 Temmuz 1913,

Montpellier 28 İkinciteşrin 1852. D. 53, 2, 292 Bastia, 7 Şubat 1855 D. 55, 2. 188.

Hâkimler kanaatlerini temin için, kanunen muayyen delillerden başka vasıtalarla mürcuat edemezler. Celse harici, tarafların huzuru olmaksızın edindikleri şahsi kanaat muhassalası olarak da hüküm tesis edemedikleri gibi tahkikat icra ettikleri hallerde de kararlarında, esas formalitelere riayet ettiklerini sarahaten göstermedikleride takdirde bu kararları kaenlemeyekün reddolunur. Binaenaleyh bir tarafın iddialarını için münhasıran mahkemeye verilen malûmata ve tahkikat neticesinde istinat edilip bu malûmatın aleni duruşmaya mevzu ittibaz edilerek ve dışlanan şahitlere kanunda yazılı şekilde yemin tevcih olunarak ittibaz olandırığını göstermiyen hüküm nakzedilmeye mahkûm bulunmaktadır.

Civ. C 24 Nisan 1907, Gaz 30 Nisan, 7 Temmuz 1913.

Hüküm mucip sebeplere istinat ettirmek için, duruşmaya son verildikten sonra, müzakere için gizli celse devam ederken verilmiş ve nazarı itibara alınmış olan şahih izahatın (mücaazalı bir hesapta bazı esasların tadili için icabı gibi), tarafların ittilasına tevdi olduğuna münakaşa ve hattâ tadil edildiğinin kararda gösterilmemiş olması nakzi müstelzildir. Civ. C. 6 İkinciteşrin 1907 Gaz 26 Mart 1908

Müddeimümlük tarafından resen yapılmış araştırmaların, taraflara bildirildiğini ve aleni bir celsede münakaşa edilmiş olduklarının, kararda gösterilmemiş olması nakzi müstelzildir.

C 20 İkinciteşrin 1889

İmdi hâkim, dâvası için araştırmalar yapmak külfetinde bulunan dâvacının yerine kaim olamaz [1]. Dâvayı ancak kendisine duruşma esnasında arz olunduğu hal üzere hükme bağlamak zorundadır:

Hâkim tarafların itilama isal olunmuş, aletlen münakaşaya müsait delil unsurlarından başkasını nazarı itibara olamaz[2].

Taraflar delil hakkında kanunun kendilerine tanımış olduğu teminattan her zaman için vazgeçebilirler. Ancak bu vazgeçme keyfiyetinin katı olması lâzımdır. [3]

Üçüncü kaide. — *Delilin muhtelif çeşitleri, tesbit edebilmek hususundaki iktidar derecelerinde kanunen tâyin ve tesbit edilmiştir. Code Civile'in üçüncü kitabının üçüncü fasının altıncı babı «ödeme ve vecibelerde delil» unvanını taşımasına rağmen aynı ve şahsi haklara mahsus delillerle, bütün bu haklara ait tahkik usullerinden bahis bulunmaktadır.[4]*

Hâkim, tarafların rıza ve huzurları mevcut olmaksızın kendiliğinden yapmış olduğu bir keşif neticesinde hüküm tesis edemez. Kezalık hâkim, şahsi tefehhuslarından yardım ummaktan memrudur. Vukuf ehline havale edilen işlerden gayri hallerde (zira hâkim kanunen bir vukuf ehlidir), başkalarının göz ve kulakları vasıtasıyla görüp iştebilmektedir. Şahadet ve delil hâkimin ilminin iki vasıtasıdır.

[1] İngiliz mevzuatında, aksine olarak, juri âzaları hükümlerini kendilerine arz edilen delillere istinat ettirebildikleri gibi hâdise hakkındaki şahsi malûmatlarına da istinat ettirebilmektedirler. Bunun içindir ki işlerinden birisinin münazaalı noktalar hakkında hususi bir bilgisi mevcut bulunduğu takdirde juri kürsüsünden inerek yemin etmek suretiyle şahadet ifa eylemekte ve bu hal kendisini hükme iştirakten memnu kılmamaktadır. The English Lawyer. p. 103.

[2] C. 81 Birincikânun 1878 s. 79, 1, 463; D. 79, 1, 375, 23 Nisan 1902, s. 02, 1, 260, 10 Temmuz 1905 D. 05, 1, 471

Hukuk veya ticaret hâkimi taraflarca salâhiyettar bulunduğu takdirde hukuk veya ticaret dosyalarından gayri dosyalardan da bilfarz bir ceza mahkemesi evrakından veya zabıtaca tutulmuş bir zabıt vârikasından, karineler istibat edebilmektedir. Aksi halde yani tarafların rıza ve muvafakati haricinde böyle bir işe girişerek dosyaları istediği takdirde salâhiyetini tecavüz etmiş addolunacağı gibi, bu dosyaları hâkime tevdi eden müddeumumilik heyeti de aynı suretle salâhiyetini tecavüz etmiş addolunur. Hâkimin tarafların iddialarına rağmen; muhakemenin menî kararına sâna ermiş tahkikat muhteviyatına müracaatı halinde de, sorgu hâkimlerinin yapmış oldukları tahkikatın tamamile gizli olması delaysile, vaziyet aynıdır.

Dijon, 5 Birincikânun 1884, S. 86, 2, 102 D. 85, 2, 44, C. 26 Temmuz 1887 S. 90, 1, 375

[3] C. 22 Şubat 1897, S. 97, 1, 327 D. 98, 1, 144

[4] Lacroixière 1315 inci madde hakkında No.7 Baudry — Lacantinerie t.11 No. 1174 Demolombe: t. 29 No. 181 Laurent t.19, No.81 Colmet de Santerre t. 5.No. 276

Code Civile'nin 1316 ncı maddesi, kanun vazınca hukuk sabasında kabul edilmiş delil usullerini sıralamaktadır.[1]

Umumi delil nazariyesi esas hadları ile ele alınacak olursa, delilin, Fransız mevzuatında başka türlü bir tasnif tarzına tâbi tutulduğu görülür. [2]

Maahaza, tetkikatımızda bu tasnife tâbi bulunacağız. Deliller hukuk, ticaret ve ceza sahalarında tatbik olunmaları bakımından ayrıntılar arz etmektedirler. [3]

Deliller şu suretle tahsis olunabilirler:

1: Yazılı deliller yahut ihtiyatlı bir hareket olarak ihtilafın doğmasından evvel hazırlanmış deliller. Bunlar resmî veya gayri resmî seneler, ticari defterler, sicil kütükleri, zati defter ve kâğıtlar, mektuplar ilh. den meydana gelirler. İspat edebilme kabiliyetleri muhteliftir.

2: Tahkikat evrakından (binaenaleyh şahadetten), mahalî keşiflerden, vukuf ehli raporlarından husule gelen bilâvasıta delil;

3: Kanuni olsun veya olmasın, ancak kanuni olmadığı takdirde ciddi, sarîh ve mutabakat arzeder şekilde bulunması şartile karineyi vücuda getiren bilvasıta delil;

[1] Delillerin nasıl istimal olunacaklarını gösterir kaidelerin hukuk usulü muhakemeleri kanununda yer alması lâzımgelirdi. Code Civile'e ne suretle girmiş buldukları anlaşılmamaktadır.

[2] Çiçeron, Quintilin'le beraber delil hakkında Aristo tarafından yapılmış olan meşhur tasnifi kabul etmekteydiler. Bu tasnife göre delil 1: Suni 2: gayri suni olur.

Birinciler tamamen muhakemeğe istinat edenler, ikinciler ise tabii veya fizikî olanlardır. Bu tasnif asrımız şartıhınca de tekip olunmaktadır. Tefsir ve istinatç, suni delillere müteallik bulmaktadır. Hâkim bu nevi delilleri hemen hiç kontrole tâbi tutmaksızın kabul eder.

Eski müctehitler, delilleri tamam ve bütün diye ayırmakta idiler. Bu iki nevin fevkinde ancak hâdiselerin müşahidetine göre Corpus delicti cürüm eşyası bulumakta idi. Leibnitz: De casibus on perp lexibus in jure civili.

Cujas diyor ki: "delil, hakikat gibi, tektir. Binaenaleyh tamamen hakikat olmayan şey, tamâmîle sahtedir, yarım hakikat olamaz. Bunun gibi, tamam olmayan delil, delilin gölgesinden başka bir şey değildir."

Et praeterea ut veritas ita probatio scindi non potest, quae non est plena veritas est plena falsitas; non semiveritas sic quae non est plena probatio, plane nulla probatio est. Denique jurisconsulti non noverunt nullam probationem semiplenam.

Ceza mevzuatı bugün kanaati temin eden şeylerden yani hakikatin tezahürüne yarayan bütün faydalı nesnelere bâhis bulunmaktadır. Bunlar, umümiyetle cinayet veya cürmü işlemeğe yararmış veya bilfiil işlemiş zannını uyandıran şeylerdir.

[3] Ceza bahislerindeki emare hususunda, karineler bahsine müracaat.

Hâkim, mantıkının hilâfına olarak; kanunun tevatüren ispatı istilzam eylediği. medeni kanunun 443, 503, 1415, 1442, 1449, 1504, 1994 üncü maddeleri hariç olmak üzere; kanaatını bir hâdisenin şayi olarak bilinmesine istinat ettiremez. [1] [2]

Dördüncü kaide. — *Derece hâkimleri, umumiyetle, resmî senetlere itimat etmek mecburiyetindedirler . Bu kayıt haricinde, delilli mutlak surette kıymetlendirirler.* [3]

Yazılı delil hususunda, derece mahkemesi hâkimleri ile temyiz mahkemesinin mütekabil haklarının ne olduğunu bilmek meselesi bir kaide ile hal edilmiş bulunmaktadır. Bu kaideye göre derece hâkimleri taraflarca arzolunan vesikaları, delil bakımından, mutlak surette takdir etmek hakkına malik bulunmakta ve bu hak, arzolunan vesikalarda açık bir tahrifat mevcut olmadıkça temyiz mahkemesince tahdit ve itiraza uğramamaktadır.

Açık tahrifat diyoruz. Zira, buradaki bahis mevzuunun, bir mukavelenin tarafların maksadını meydana koymak için tefsiri olmadığını unutmamak lâzımdır. Buradaki bahis mevzuu bir, vakıanın bir vecibinin, bir borcun sukutunun, ispatı keyfiyettir. İstisnai haller hariç olmak üzere hâkimi, fikir

[1] Tevatür, mevcut olandan ziyade mevcudiyeti mefruz bulunanı tesbit eder. Bonnier t. I No. 1829 Eskifer buna "rumor vicinitatis, derlerdi.

[2] Esas kaide olarak, bir hâdisenin şayi olarak bilinmesi keyfiyeti kanuni bir karine teşkil etmemektedir. Binaenaleyh hâkim bir hâdisenin mevcudiyetini kabul etmek için, şayi bulunduğu noktasına istinat edememektedir.

C. 22 Temmuz 1878 D. 73 1. 460 6 Temmuz 1891 S. 95,1, 403 D. 92, 1, 119, 26 Şubat 1901 S. 02, 1, 325 Paris 9 Mart 1898 S. 33. 3, 256.

Kanun vazı, Medeni kanunun 444, 503 ve 994 üncü maddelerinde, bir hâdisenin şayi olarak bilinmesi halinde tatbik edilecek muhtelif halleri sıralamaktadır. Bu hallerde hâkim, hâdisenin şayi olduğunu göstermek mecburiyetindedir.

Kanunun kullanılması, medeni kanundaki maddelerle istisnai olarak kabul edilmiş olan tevatür beyyinesi, şahsi beyyineden; şahitlerin ifadelerinde olduğu gibi kendilerine malûm, muayyen hâdiselere istinat etmeyip zan ve tahminlere basit dedikönlere müstenit bulunması noktasından ayrılmaktadır. Bu delilin toplanması tahrikatta şahitlerin şahadetine müracaat olunması şeklindedir. Aubry et Rau. t. 8. 761 texte et note 18, p. 298.

C. 17 2 inel Kânun 1838 D. Juriprud Gène. V. Enquete No. 107 Donat 11 Nisan 1884 D. S. Contrat de mariage No. 988

[3] 1 C. 2 Birincikânun 1835 S. 36, 1, 398, 22 Birinciteğrin 1841, S. 42, 1, 170 12 Nisan 1876 S. 77, 1, 75, D, 77, 1, 16, 27 Ağustos 1878, S. 79, 1, 164, D, 79, 1, 78, 1, 87.

Resmî bir senede itimat edilmemek için, umumiyetle, sahtelik iddiasının, mevcut olması lâzımdır.

ve vicdanın kabul etmediği bir delili, müktesep olarak kabule icbara imkân yoktur. [1]

Karinelere gelince; Bunlarda müşkülât yoktur. Hâkimlerin dirayetine terk edilmişlerdir. [2]

---

[1] Crépon: Traité de la cour de cassation No. 10 31, C. 18 Ağustos 1813, 26 İkincikânun 1819, 18 Mayıs 1825, 21 ağustos 1828, S. chr. 9 1. İncikânun 1828 S. chr. 18 Ağustos 1830 8 Ağustos 1834. 1 Nisan 1835 S. 36, 1, 55. 27 İkinciteşrin 1843 B. 44 1, 87 30 Ağustos 1858, D. 89, 1, 213.

[2] Code Civile'in 1349 uncu maddesine bakınız.



## İKİNCİ BAP

Kaziyei muhkeme.— İkrar.— Sorgu — Tarafların  
duruşmada hazır bulunmaları — Yemin.

*İptidai mülâhazalar.*— Bize göre, kaziyei muhkeme, ikrar ve yemin  
asıl delili teşkil etmemektedir. Bu noktadan, medeni kanundaki tasniften ay-  
rılmış bulunuyoruz. [1]

Kaziyei muhkeme defî, dâvanın rüyetini istihdaf eder. İkrar ve ye-  
min ihtilâfı hallederler.

Kanun bizzat bu üç hali kanuni karinenin terki binde dahil telâkki etmek-  
tedir.

Bunlar, şekli de illerdir.

Bunun için, muhtelif asıl delilleri tetkik etmeden önce, bu üç noktayı  
mütalâa edeceğiz.

### BİRİNCİ FASIL

#### KAZİYEİ MUHKEME

*Umumi fikirler.*— Ciceron, Kaziyei muhkemeyi, baklı olarak, Cum-  
huriyetin en sağlam istinat noktası olarak telâkki ediyor.

*Status enim republicae maximae iudicatis rebus continetur.* [2]

Meşhur vecize malûmdur. : *Res iudicata pro veritate habetur.* «Kaziyei  
muhkeme hakikattir telâkki olunur.»

Filvaki, ictimai menfaat, mahkeme kararlarının, hakikatın bir ifadesi  
şeklinde nazara alınmasını âmir bulunmaktadır. Kanun bu kararlara karşı  
itiraz yollarını açık bulundurmaktadır. Ancak bu yollar kapandıktan sonra,  
katiyet kespetsmiş olan karara karşı itiraz sesinin yükselmemiş olması elzemdir.

[1] M. Aubry et Rau t. 8. 749, p, 149. Notes 28, 29.

İkrar, artık delile ihtiyaç hissettirmez, yemin ise delil ve tahkikata lüzum  
olmaksızın ihtilâfa çabukça nihayet verecek bir vasıttır.

Confessio est probatio probatissima. Confessus in iure pro adjudicato est. D. 1.  
de Confess.

[2] Pro julia, NO: 22.

Gerek cezada, gerek hukukta n — inzibati cezalar bittabi hariç — kaziyei muhkeme işte bu esasa müstenit bulunmaktadır. [1]

Yukardaki vecizeyi tasdik ederken şu darbı meseli de hatırlarsak, hiç de mübalağa etmiş olmayız: «Mahkeme kararları, onları istihsal edenlere mahsustur.» Baş Reis Thou'nun mülâhazalarından istinbat olunan bu darbımesel, dâvaların baktına bağlı bulunmakta ve şu darbımeselle teeyyüt etmektedir.: «kötü bir şekildeki uzlaşma, iyi bir şekilde neticelenen dâvaya mürecahtır.» [2]

Temyiz Mahkemesinin de bu neviden, dikkate şayan bir kararı mevcuttur.

Mübaşirin birisi bir kararın tebliğinde, tebliğin hükûta ifade etmesi için üzümlü formalitelerden birisini ihmal ederek bilhassa, kime tevdi edildiğini yazmamak suretile mesuliyetini mucip bir hata irtikâp ediyor. Bu mesuliyet, Mübaşirin omuzlarına, ancak hakiki surette vukua gelen zarar ve ziyanı hududu dahilinde, yüklenmektedir. Bu zarar ve ziyan nedir? Yüksek Mahkeme, bunu takdir için dâvaların «tâli.» indan bahsetmekte ve bu bir hakikat ifade etmektedir. [3]

[1] Cezalarla inzibati müeyyideler, bir yerde toplanabilirler.

C. 12 Mart 1819, S. Chr. 12 Mayıs 1827, S. Chr. 2 Ağustos 1848. S. 48, 1, 629, 21 mai 1851, S. 51, 1, 412, D 51, 1, 274, Garraud: Précis de droit Criminel. no 1361 Ortolan. no 1781 Mangin: no 398 412, Bonnier: No. 895, Le Sellyer: no 677 et 678.

Inzibati kararlarda her hangi bir suretle müruru zaman kabule şayan doğıdır.

[2] Multum lucratur quia lte disceit. Catelan, L. 5 Ch. 46.

[3] 22 Mart 1899 tarihli M. Fabreguetes'in raporuna müstenit red kararında şöyle denmektedir.: «Mübaşır X.e atf olunan tebliğ muamelesindeki gayri nizami hareket dolayısıyla TemyizHukuk dairesinin muameleyi batıl addederek bin netice S. ismindeki karı ve koca tarafından vaki, Paris İstinaf Mahkemesinin 17 Nisan 1886 tarihli karara karşı itirazlarının reddine karar vermiştir.

Mübaşir tarafından ika olunan hatanın, S. ismindeki karı ve koca şikâyetçi buldukları bir hararı temyiz edebilme üstünlüğünden mahrum bırakarak, bu hatanın binnetice (S) adındaki karı ve kocanın, mukadderatı ancak Mahkemenin karara râptedileceği bir zarar ve ziyan sokmuş bulunmaktadır. Bu şartlar altında Mübaşir gerek derece Hâkimi tarafından dâvada arz olunan vesikalara istinaden mülâk bir surette takdir edilmek suretile zarar ve ziyana mahkûm olmasında Temyizi mucip bir sebep görülememiştir. Reddine...

Grasse Hukuk Mahkemesinin 19 Haziran 1912 tarihli hükmünün de bu münasebetle zikrini faydalı görmekteyiz.

İşte Metni:

İbtılafa: sebebiyet veren tebliğattaki hatanın kendisi tarafından işlenildiği tezahür eden. V..., mesuliyetini müstelzim mesleki bir hata irtikâp etmiş, kezalik Mü-

**Adli karar.** — Kaziyei muhkeme, ancak adli bir kararın esridir. [1]  
Bu karar adli otoritenin kendisine arzolunan ihtilafli hallerde, tarafların

başlıkların butları icabettiren muameleleri hududunun hakiki surette tahassül eden zarar ve ziyana inhisarı bir kaide bulunmuştur.

Bu neviden bir mesuliyet dâvasının rüyet eden Hâkimler, bütün ihtimallere göre ibtidâen verilecek kararının, bilahere ne hal itibassı edeceğini araştırmak hak ve vazifesine malik bulunmaktadırlar.

Generale Agricole tarafından Sigorta edilmiş bulunan iki incgin ölümü üzerine Mahalli Mahkemesinin 3 İkinci kanun 1907 tarihli hükmüyle şirketin 525 frank tekliff etmesine mukabil mezkur Şirket 1187 frank tazminata mihküm edilmiş bulunmaktadır. Bu Şirketin karşılıklı olarak ikame ettiği tazminat dâvası Jeneral Agrikolon zararını tamamen ödemek mecburiyetinde olup müteakiben Bouge den zarar ziyân istemeğe hakkı bulmuş müciplere istinaden reddedilmiş bulunmaktadır. İki bin fiarğin tazminini ihtisaf eden bu müteakibi zarar ve ziyân iddiasının kabulü şayan olmadığı İstinaf Mahkemesince karar altına alınmış ve esas itibakimeküzin, Mahalli Mahkemeye nihai beycede hükmü bağlandığı kabul edilerek İstinaf talebi keendlemeyekün ad olunmuştur. İddia Dâvesi tarafından Aix İstinaf Mahkemesinin kararına vaki itirazın kabulü halinde Temyiz Hukuk Dairesince bu kararın nakli imkân dairesine girmiş olacak ye böyle bir hal vukunda Mahkemenin 30 ikinci kanun 1907 tarihli kararındaki hal şekline uygun bir surette dâvanın başka bir İstinaf Mahkemesine nakli icap edecekti, Temyiz talebi İstinafın kabul edilmesi husumet yanlı şekle taalluk etmesine ezazaran mahalli Mahkemenin yukarıda adı geçen tarihteki müciplere istinad etmes, kâf görülmüş bulunmaktadır. Jeneral Agrikolon isbat edemeyerek iddia ettiği Bouge ile kendi acentesi Refbifat arasında gizli olarak ihzar edilmiş hileli bir anlaşmanın mevcudiyeti dâva dosyasından anlaşılmasında binaen itiraz mercii adolunan İstinaf mahkemesi kararının, ilk derece mahkemesini itaetmiş olduğu hükümden başka bir şey olağının mefruz bulunmamaktadır. Jeneral agrikolonun iddiası kanuni mesnedden nahrum bulunup...V.. nin yanlışlığı neticesi tahassül eden mevcud ve muayyen müddeabih 3624, 24 franka ballıg olan zarar ve ziyânın hiç bir veçhile isbat edilmemesi dolayısıyla sukutla bütün tarafların masraflarının Jeneral agrikolon tarafından tediyesi lâzımdır. Hükümsüz olan tebliğattan mütehasıl mesuliyetin...V.. ye tahmilile bu şartlar dahilinde C. niu...V..ye karşı ileri sürmüş olduğu teminat iddiasını tehika mahal olmadığından Jeneral Agrikolon iddia ve talepleri nazara alınmadan...V.. C. haklarındaki taleplerinin reddine.)

[1] Karar (Decision) keemek, bılmak, manasına gelen Decidere, den İştihak etmektedir. Zira her ihtilafda bir düğüm yani bir sykırılık mefruz bulunmaktadır.

Bir tarafın, diğer tarafa her iddiası için, Hâkimler heyetinde sadır olan her adli muamelede karar mevcuttur.

karşılıklı hak ve vecibelerini tâyin ve tespit eden hususî bir kanun gibidir. [1] [2] [3].

Dâva, müdafâ, defî ve karşılıklı iddiaya mahsus düsturlar, Hâkimin araştırmalarını tahdit ederler; Adli bir dâva taksim kabiliyeti olmayan bir küldür. Cüzülerinden hiç birisi ayrı bir tahkikata, ayrı bir karara mevzu teşkil edemez.

Fakat bu, o dâvada belli başlı bir birinden farklı noktaların mevcut bulunmadığı demek değildir. Tot capit & tot sententiae. Dâvanın açıklığını, karşılıklı taati olunan iddialar, Avueller arasındaki tebliğ ve tebellugler muhakeme usulünü teşkil etmektedir.

Bütün bunlar, gerek hâdise, gerek hukuk bakımından, dâvada hallolunmaktadır.

Ferdin hâkime müracaatı, ondan gerek hâdiseye ve gerekse hukuka

[1] Kaza Juris dictio jurisdiction, hak mânasına gelen jus ile söylemek mânasına gelen dicere kelimelerinden çıkmıştır, hakkı ilân, beyan etmek demektir.

Adalet tevzi eden mânasına gelen jus diceus den judex kelimesi yapılmıştır.

Mahkeme, tribunal, kelimesi, halkın bir cüzü mânasına gelen tribus kelimesinden müştaktır. Buna da sebep bir Mahkemenin halkın ihtiyacına kâfi gelmemesidir.

[2] Statuer, Statuere den gelmedir. Emir etmek, muhakeme etmek, kanun tanzim etmek mânasına gelir. Statut kelimesi Statum den mehuz olup kanun mânasını tazammun etmektedir.

[3] İhtilâf, munazaah hal mânasına gelen litige, litigium, den mehuz olup lis ile litis (Dâva) kelimelerinin sevk ve idare etmek demek olan agere ile birleşmesinden husule gelmiştir. Takip etmek poursuivre; litem agere dir.

Ret, itiraz, inkâr, münakaşa, ihtilâf mânasına gelen Contestation şahadet etmek mânasını tazammun eden testatio ile birlikte mânasındaki Cum, ekinde müteşekkildir.

Dâva, Procès, procesus, yürümek, dâvaya ait işler yapmak mânasına procedere den müştaktır. Adli hususlar "Matière judiciaires, ile ihtilâf mevzuunu adli nizama tâbi kılan ve bakılmağa yarıyan her şey kesdedilmektedir. Bu hususlar, Medent, ticarî yahut cezai şekillerde görünmektedirler. Dâva; denilen şey değişik vasıflar gösterir: mukavelelerde, vasiyetlerde, hibelerde hukukî veya buna benzer memnu fiillerde, Devlet muamelelerinde v.s. olduğu gibi.

Dâva, birbirinden farklı, taksim kabiliyeti olmayan, bir birine bağlı v.s. mevzuları muhtevi olmak üzere mücerret veya muhtelit olabilir.

Hulâsa Apollodore ile Valgius'un tarifine göre dâva, bütün cüzüleri ihtilâf mefhumunda birleşen bir fiil, bir hak, bir menfaattır, ki şahıslarla, zaman, mekân, illet, vasıta, hâdise, senet; fiil, rivayet, yazılı ve yazısız nesnelere ihtilâmı istilzam etmektedir. Bu meseleyi bu eserin sonunda "vasıflar, bahsini inceledikten tetkik edeceğiz.

uygun bir karar istisnâli içindir. Hâdiseye müteallik [1] noktalarda hâkim kendisine arz olunan işin hakikat olup olmadığını öğrenmek arzusunda bulunduğunu bilmek lâzımdır. Bu halde verilecek kararın istinat noktası delilden başka bir şey değildir. Hukuka müteallik noktalarda [2] şu veya bu fiile ait kanunun hangisi olduğunu ve bu kanunun muayyen olan faraziye karşısında ne gibi bir hak verdiğini, ne gibi bir vecibe tahmil ettiğini bilmek gerektir.

Dâvacı, bir hakkın mutasarrıfı bulunması dolayısıyla mahkemeden müsbet mahiyette bir hizmet istida etmekte; dâvaolunan bu iddiayı inkârı halinde, hasmın kendisine tahmil etmek istediği vecibeyi kabul etmemek suretile, menfi mahiyette bir hizmet talebinde bulunmaktadır.

Bütün bu meseleler arasında hâkimin vazifesi, tarafların bütün delillerini mümkün olduğu kadar en iyi bir şekilde tophıyarak mukayese etmek ve bu delillerin ispat kuvvetine, alâkalı kanunun hükmüne göre kararını vermektedir.

Kaziyeyi muhkeme, hiç bir kanunda tarif olunmamıştır. Esas kaide olarak, katiyet kesbetmiş her karar, bir kaziyeyi muhkemedir.

Her mahkeme kararı, bir «mucip sebepler» bir de «hüküm fıkrası» kısmına muhtevî bulunmaktadır.

Hüküm fıkrası kararın, münazaalı noktalar hakkında, hâkim tarafından emrolunan hususu muhtevî bulunan kısımdır.[3]

[1] Tatbikatta hâdiseye müteallik noktalardan murat, duruşmaya giriş teşkil eden muamelelerin, ihzari kararların ve tarafların iddia ve müdafaalarının cemî ve telifidir.

[2] Hukuka müteallik noktalarda hallolunacak müşküller vardır. Bakınız: Delloz, Jugements et arrêts supplement, 306. Dijon 31 Birinci Kânun 1901 D. 02, 2. 295

Hukuka müteallik noktalar alelumûm şu suretle anlaşılmaktadır: «Mahkeme filânın müddeiyatını kabul edecek midir? Yoksa onları bilâkis kabule şayan görmeyecek midir? Masraf ve harçlar hakkında ne hüküm verecektir?»

Boitard, Colmet d. Aage et Glasson, 15 e edit t. No. 299 p. 315 Carré et Chauveau t.1.594 Req. 26 floréal an XI, 30 temmuz 1816 Ağustos 1831 7 Ağustos 1839 17 İkinci Kânun 1842 30 2 inci Kânun 1836 D. 56; 1,458

[3] Hüküm fıkrası dispoşitif, disponere den gelmektedir ki sıralamak, nizama koymak, emretmek demektir. Dispoşitif, hüküm ile emrolunan şeydir.

Hüküm fıkrası, münazaalı noktanın hallini muhtevîdir. Solution hal, bir müşkülün düğümünü çözmektir. Solutionner un procès, bir dâvayı halletmek demektir.

Hüküm bir tarafı, diğer tarafa karşı, haklara sahip kılmakta; daha doğrusu bu hakları âmme kuvvetine müstenit icra vasıtasile ifade, beyan ve temin etmektedir.

Hüküm fıkrasız hüküm olamaz.[1].

Kaziyei muhkeme, mucip sebeplerle, hüküm tafsilâtından ziyade hüküm fıkrasında mevcut bulunmaktadır.[2]

Sarih bir hükmün zaruri neticesi olan zımni bir karar, kaziyei muhkemeyi teşkil edebildiği gibi kararın mucip sebeplere; lüzumlu bir bağla hüküm fıkrasına bağlanarak, esas teşkil ettikleri takdirde; mucip sebeplerle hüküm fıkrası dahi kaziyei muhkemeyi teşkil edebilir.

Kaziyei muhkemenin istinat ettiği kararın tatbiki, takdire müteallik hususlar kararda mevcut bulunduğu takdirde, mezkûr kararı veren hâkime müracaata lüzum kalmaksızın kaziyei muhkeme kendisine ikame olunan hâkime ait bulunmaktadır.

Kaziyei muhkeme kudretini haiz olan kararlar bu kararlarda ismi geçen bütün taraflarca, dâvadaki sıfatları ne olursa olsun, kabul edilmiş ve karşılıklı olarak benimsenmiştir.

Kaziyei muhkeme, sarih kararlarda olduğu kadar zımni kararlarda da mevcuttur.[3]

İhtilâflı noktalar üzerine verilmiş hâkim kararı, işte kaziyei muhkemeyi teşkil eden budur.

Aynı taraflar aynı mevzu ve aynı dâva hakkında, birbirini takiben verilmiş yeni karar mevcut bulunduğu ve bu iki karar birbirile telif olunmadıkları gibi müracaat olunacak kanun yolu da kalmadığı takdirde tarafların sükût ve hareketsizlikleri ile birinci karardan vazgeçtikleri farz olunur.

[1] Hüküm fıkrasından mahrum kazai bir karar bir hiçten ibarettir. Bioche; Jugement No. 300 Carré et Chauveau; Question 549 Boitard et Colmet d'Aage: t. 1. No. 301 Pigeau; t. 1. p. 330 Favard de Langlande t. 31 p. 175 C. 4 prairial an 9. s. chr. Besançon 24 Ağustos 1826, Pal. chr.

[2] C. 21 Birincikânun 1830, 12 ağustos 1851

Mucip sebepler; hüküm fıkrası ile birleşir, yani mucip sebeplerin hüküm fıkrasında mesnet olmaları iktiza ederse, mesele başkadır. C. 28 Mayıs 1869 S. 69 1, 422. D. 71, 1; 223, 25 Temmuz 1871, s. 71.1. 100

Baait tafsilâtın hattâ hüküm fıkrasile alâkaları dahi olsa dercine mahal yoktur.

Bir hâdise hakkında verilen bir karar, hiç bir zaman, tafsilâttan madut değildir.

[3] Karar açıkça gösterilmemiş olsa bile mahkemenin kullandığı tabirlerden de istintaç olunabilir. C. 28 İkinciteşrin 1843, 6 Birincikânun 1852 S. 53, 1, 253, D. 53, 1, 50 27 Nisan 1864 s. 64 1; 203 D. 64 1, 72 22 Mart 1882; D.82 1, 185.

Aksine olarak sarahatle beyan edilmiş bir karar, başka bir meselenin iptidaen hallolunacak (bilfarz salâhiyet)kısımına da şâmi olarak o meselenin bilkuvve hallini intaç eder.

rak, sonraki tarihli karar, kaziyei muhkemeyi teşkil ile taraflar için kanun mahiyetini iktisap eder.[1]

Kazai kararlar: Sulh Mahkemelerile hakemlerden sadır olanlar sentence [2]; hukuk, ticaret ve ihtilâf mahkemelerinden sadır olanlar jugement; istinaf mahkemelerile, devlet şûrasından çıkanlar arrêt; [3] belediye meclislerinin verdikleri arrêtè isimlerini alırlar.

Kararlar aynı zamanda vicahi [4] veya gıyabi olurlar.

Kezalik, kararlar, hazırlayıcı karar, karine kararı, kati karar şeklinde bulunurlar.[5]

Karar, verilir verilmez taraflarca müktesep vaziyete girer: *Lata sententia desinit esse judex*. Tashihi mucip, itiraz kabiliyetini haiz maddi hatalar haricinde, o kararı tadile imkân yoktur.

Müphem, meşkûk kararın tefsire ihtiyâç göstermesi, her zaman için varit olabilir.

[1] Dalloz: repertoire pratique; chose jugée, No.247, C. 27 ikincikânun 1857, D. 1857, 82 Civ, C. 15 Mayıs 1892 Pau, 22 1 inci teşrin 1869 D. 1871, 2, 204 Demolombe: contrats ou obligation, t. 1 No. 382 Larombière, 1951 inci madde hakkında.

[2] Sentence; rey, fikir mânasına gelen sententia dan gelmektedir.

[3] Arrêt istinaf mahkemeleri kararlarına verilen unvanıdır ki arrêter durmak mastarından gelmekte ve dâvayı hal şeklini vererek tevakkuf etmektedir. Tadii edici tasdik edici kararlar (arrêt) vardır. Evvelce mühim kararlarla, kırmızı merasim elbisesile verilmiş kararlar mevcut idi. Bir gün maitre Cochin bir istinaf kararını tenkit ederken reis sözlünü keserek "bu karar, kırmızı merasim elbisesile verilen kararlardandır" dedi. Maitre Cochin buna "bu farkın ehemmiyeti yoktur" şeklinde cevap verdi.

Bugün, istinaf dairelerinin birleşmesiyle, kırmızı merasim elbiseleri giyinilmiş olarak merasim ile verilen kararlar mevcut değildir. Fakat bu kararlar, umumiyatle, fazla bir çoğunluk tarafından münakaşa ve tetkik olunmaları dolayısıyla, "iyi" vasfını arzetmemektedirler. Böyle birleşmiş dairelerden müteşekkil celseler için otorite ve vukuf sahibi baş reislerin bulunması lâzımdır. Ancak böyle şahıslardır ki kararın yazılışında ve davanın hallinde nüfuzlarını kullanabilirler.

[4] Vicahi hüküm Partibus contra dicentibus iki tarafın iddia ve mukabil iddialarının karşılaşması ve münakaşa edilmesi neticesinde verilen hükümdür.

[5] Hazırlayıcı kararlarda katiyen kaziyei muhkeme mahiyeti mevcut değildir.

Esası hüküm altına alan karine kararları böyle değildir.

İstinaf edilmiş olan bir hüküm de kaziyei muhkeme kuvveti mevcut değildir. Bu haldeki bir karar, istihal edenin lehine bir karine dahi teşkil edemez. Zira muaklâkta bulunmaktadır; C. 1 Haziran 1892

Hakem Kararları, ilk derece Mahkemesi Reisinin emriyle icrai mahiyeti iktisap etmedikçe, kaziyei muhkeme kuvvetini almağa müsait değildir. C. 6 Mart 1865

Tasarrufa müteallik kararlar, tasarruf dâvalarında kaziyei muhkeme şeklini iktisap edemezler.

C. 28/Ağustos/1853; 18 1 inci Kanun 1853; 11 Nisan 1865

Ancak, kullanılan tâbirlerin müphem ve vuzuhsuz bulunmaları dolayısıyla, [1] kararlarının mâna ve mefhumunu tesbit buhusu Mahkemelere ait bulunduğu takdirde; bu mahkemelerin, kararları tefsir behanesile taraflara evvelce tanınmış ve kaziyei muhkeme teşkil etmiş bulunan bir hakkı istirdat salâhiyeti mevcut değildir.[2]

C. 23/ Ağustos/ 1853: 18 1 inci kânun 1853; 11 Nisan 1865

[1] Kaziyei muhkemeye riayet mecburiyeti Hâkimleri, vermiş oldukları kararların mânasını tefsir ve tâyin etmek salâhiyetinden azade kılmaz.

Hüküm ve kararlar kullandıkları tâbirlerin müphemiyeti dolayısıyla, vücuda getirdikleri neticelerde şüpheyi tevliht ettikleri takdirde, tefsire muhtaç vaziyete girerler. C. 20 şubat 1909. gz. 4 Mart.

Devlet şurasının, şimal orlean kompanyası ile Devlet arasındaki bir dâvada lahik olmuş menfaat teminatına ait 12 ikinci kanun 1895 tarihli iki kararın tefsirine mütaallik 26 temuz 1912 tarihli kararına bakınız.

İşte bu mühim karar; " 12 ikinci kânun 1895 tarihli kararların mucip sebepleri, şu şekilde formülendirilmiş bir nediceyi intaç etmektedir.: Cenup Şimendiferleri Kumpanyası (yahut Paris — Orlean Şimendiferi) için teminatın imtiyaza muadil bir müddet bulunduğunun kabul etmek lâzımdır. Bu teminatın 31 birinci kânun 1914 de nihayet bulacağından bahisle Kompanyayı, bu hususî eshamı üzerine yazınaga davet etmek Nafia Nazırınca, 9 Haziran (yahut 28) 1882 tarihli mukavelelerin Kompanyaya temin ettiği hakların tanınmaması demektir, " Bu neticenin, Kompanyayı mukavelesinde mevcut şartları tadile davet ederek Nezaret kararların iptal eylemeyi hüküm fıkrasında gösterilmemesi, bu hususun açık bir surette hüküm fıkrasında müdemiç bulunmasındandır. Kompanya ların haklarının tanınmasını yegâne müeyyidesi bulunan Devletin zarar ziyana mahkûm edilmesi keyfiyeti de yukarda bahis mevzuu mukavelelerin on üçüncü (Cenup) ve 28 Haziran 1883 tarihli (Orlean) mukavelelerin 14 üncü maddelerinin müteşabih hükümlerinin mânalarını katıyetle tesbit etmiş olmakla tarafların yegâne iddialarına yukarda söylendiği şekilde cevap vermiş bulunmaktadır.

Cereyan eden hale göre, Dâvacı Kumpanyalar, iddialarını; 12 ikinci kânun 1895 tarihli kararın tefsir yolile kendilerine verilmiş olan teminatın imtiyazları müddetine muadil bulunduğu hususunun kaziyei muhkeme teşkil etmesini istemektedirler. „

[2] C. 15 Mart 1905, Gaz 21 mart, 18 2 inci teşrin 1907, Gaz, 20 ikinci teşrin.

Alacaklının lehine, faiz ve esas borçta müşterek olan borçlular aleyhine vaki mahkûmiyet kararı kaziyei muhkeme halini iktisap etmiştir. Tefsir yolile vaki muahhar karar, alacaklının istihsal etmiş olduğu mahkûmiyet kararının borçlulara hisseleri nisbetinde sarî bulunduğunu bildirdiğinden, faiz, ancak dâvanın açılmasından itibaren başlayacaktır. Buna binaen Medeni Kanununun 1351 inci maddesi ihlâl olunmuş telakkî olunarak tefsir kararı nakzedilmiştir.

Civ C. 22 mart 1911 Goz 12 ağustos.

Kazai icthad bu kararın bir çok misallerile doludur.

C. 28 Nisan 1852, 11 Mart 1856, 21 ikinci kânun 1857, 12 ikinci teşrin 1858, 7 Mart 1859, 22 birinci kânun 1863.

Mahkeme, bütün tarafların rızası olmadıkça, resen teklif ettiği yeminin şekli, yemin teklifini Âmir hüküm, İstinaf mahkemesince tasdik olunmuş olsa bile, tadil etmek sıfatını haiz değildir.



*Tefrik.* — Kaziyei muhkemeyi hukuk, ticaret ve cezada olmak üzere tefrika tâbi tutmak lâzımdır.

*I. Hukuk ve ticarete kaziyei muhkeme*

«Code Civil'in 1351 inci maddesi şu şekildedir: Kaziyei muhkeme, ancak hükmün mevzuu hakkında teşekkül eder. İddia olunan şeyin aynı olması, aynı sebebe istinat etmesi, yekdiğerine karşı olan tarafların aynı vasıfları taşımaları lâzımdır.»[1]

C. Civ madde: 802, 840, 843, 1109, 1110, 1147, 1165, 1220, 1235, 1350, Bu üç nevi mutabakatın birleşmiş bir halde bulunması lâzımdır. Bunların yalnız ikisinin bulunması kâfi değildir. Dâvacı hakkında böyle olduğu gibi, dâvaolunan hakkında da böyledir. [2]

*I. — Mevzuda mutabakat.* — Kanun vazınının 1351 inci maddeyi vaz ederken iki gayeyi istihdaf ettiği görülmektedir: a): Rüyet olunmuş bir dâvaya tekrar avdet olunmamak. b): İki Mahkeme kararı arasında kitezatdan ictinap etmek.

Binaenaleyh, mevzuda mutabakat bulunması için, dâvanın biri veya diğesinde, talep olunan şeyler arasında bir münasebet — bilfarz küllün cüzüne münasebeti gibi — bulunması kâfidir. [3]

Trib. civ de la Seine (3e Ch) 26 Şubat 1909. Gaz. 29 Haziran 1909.

[1] Cum quaeritur an haec exceptio (judicati) noceat nec ne? Inspiciendum est an idem corpus sit quantitas eadem, idem jus; et an eadem cansa petendi et eadem conditio personarum, quae nisi omnia concurrant. alias res est. Ulpian D. L 44, 2, 11, 4.

Kaziyei muhkeme defi dermeyan edilebilmesi için, iddianın şahısların ve vasıflarını, aynı bulunması lâzımdır. Bu ayniyet cari bulunmadıkça mesele başka şekil almış olur. MK 1351

[2] Dâva olunanın vaki defi üzerine verilmiş olan hüküm, esas iddia hakkında verilmiş hüküm gibi, kaziyei muhkeme tesirini haizdir. C. 18 Mart 1863. S. 63. 1. 420. D. 63. 1. 193.

Borcun ödendiğini gösteren bilâhara bulunmuş bir makbuza müsteniden vaki defi ile, kaziyei muhkeme halini iktisap etmiş bir mahkûmiyet ilâmına karşı konulamaz, yalnız bunun için, hükümde ödeme vukuunun reddedilmiş olması lâzımdır. Zira bu halde, iddia üzerine kaziyei muhkeme teşkil ettiği kadar aynı kaziyei muhkeme defi üzerine de teşekkül etmiş bulunmaktadır. C. 29 Temmuz 1851. S. 51. 1. 577, D. 51, T. 1.217. Pont, Rev. crit. t I C:257.

[3] Mevzu bazan aynı maddi şeye, idem corpus, bazan aynı miktara. eadem quantitos, bazan aynı hakka, idem jus, taallûk eder.

«Maddi olan şeylerin ayniyetinden buradaki maksat, vasıflarındaki değişiklik ne olursa olsun miktarlarındaki tebeddül ne bulunursa bulunsun azalma ve çoğalmalardan müstakil bir ayniyettir.», Larombiere madde 1351 NO: 34.

Şöyleki: Sürü, azalma ve çoğalmasına rağmen yine sürü olarak kalır. Orman ağaçlarının bütününe veya bir kısmının kesilmesine rağmen yine ormandır. Ev, sökülüp yeniden ve yeni mâlzeme ile inşa edilmiş olsa dahi yine evdir.

Hâkime kıstas olan İhtilâfa, alelekser, kararın hüküm fıkrasındaki tâbirleri kısaltmak, hükmün mahiyetini tesbit etmesi ve tefsir edilmesi bakımından, daha muvafık bulunmaktadır.

2. — *Sebepte mutabakat.* — Sebep ( İlet ) esas müvellil, hakkın temeli, üzerine istinat olunan hüccettir [1].

Vasitalara gelince: Bunlar sebepten tamamen ayrı olup her fiile mahsus hususi saiklerdir.(Delil, beyyine usulü, ilh).

Burada kabule şayan olmıyan yeni iddiaların (Hukuk usul muhake-meleri kanunu madde: 464) yeni olmalarına rağmen kabule şayan, basit vasıtaların tarifi meselesi meydana çıkmaktadır [2].

Şuna dikkat etmek gerektir ki karşılıklı taahhütlerde, vecibelerden birisinin mevzuunu teşkil eden şey, diğer taraf vecibesinin de illetini teşkil eder. [3].

3. — *Taraflarda ayniyet.* — kaziyei muhkeme ancak o dâvada taraf teşkil etmiş olan kimse için mecburidir. Hükümde taraflardan olarak gösterilmemiş olan kimse tarafından kaziyei muhkeme iddiasında bulunulmaz.

Hükümde bir mümessil vasıtasile temsil edilmiş olan kimsenin taraflardan telâkki olunduğu şüpheşizdir. [4] Vukuf ehli adli kuvvetin vekili mahi-

---

"Adedi ayniyete gelince: Bir Ormandan yüz ağaç almak ister, redde uğrarım artık O, Ormandan tek bir ağaç bile alamam.

Hukuki ayniyet. "münhasıran tamamen mümasil şeyden veya mümasil taraflardan birisinden istenilen aynı hakta mevcut olmayıp aynı zamanda, ilk hükmün esasını teşkil eden mevzuun şekil itibarile tamamen aynı olmasa da hi bu hükmün bilkuvve bir parçası bir netice ve rabtası olduğu anlaşılan yeni bir talebin, yeni bir defin mevzuunu teşkil eden hakta da mevcuttur.

Tamamiyetle nazara alınmış hukuk mefhumunda olduğu gibi lüzumlu olan kısmı tamamen ihtiva etmiş,"cüzü külle dahildir., kaidesinin tamamen mutabık bir tatbik şekli meydana gelmiş olur.

Yeni bir dâvanın mevzuunu teşkil eden hak, aynı maddi şeyin bütünü veya aynı miktarı üzerine talep olunmayipta, bu aynı şey veya miktarın tamamının bir kısmına münhasir olduğu takdirde yine hukuki illet mevcuttur." Larombiere, NO: 37.

[1] Aynı mukavele, aynı vecibeye istinat olunduğu takdirde kaziyei muhkeme mevcuttur. Yeni vasıtalara, yeni iddialara, istinat olunması o kadar ehemmiyeti haiz değildir. Üstünlük, ilk ihtilâfın tarihindedir. Anbry et, Raut, . 8 P. 393.

[2] Bu vasıtalar meyânında, ilerde görüleceği vechile, Hâkim tarafından resen itman ettirilen tamamen hukuki, fiili yarı hukuki yarı fiili sebepleri zikir etmek mümkündür.

[3] Ekseriya, bir iddianın hukuki sebebi aynı dâvadaki başka bir arizi iddianın mevzuu rolünü oynadığı vakidir. (defi yahut karşılık cevap gibi) Larombiere,

[4] C. 4 ağustos 1845, S, 46, 1, 40, 1, 40 4 Şubat 1889, S, 90, 1, 21: D. 89, S, 813, et Jurisprud, constante.

yetinde bulunduğundan, bunların vermiş oldukları raporlar, katiyet kesp etmiş bir kararın müeyyidesi buldukları takdirde, dokunulmazlık noktasından kaziyei muhkeme mahiyetindedirler.

Mahkemece tasdik olunan bir raporda, bu raporun mahkemece ittihaz olunacak kararlar doğrudan doğruya alâkadar olmaları kısımlarının infaz kabiliyetinin dâvacılara şâmil olmayacağı hususu iddia olunamaz. Filvaki kaziyei muhkeme, hükmün bütün aksamına, sari bulunmakta, hattâ mahkemenin katî bir şekilde tebellür ettirmediği ve fakat dâva evrakında bilkuvve mevcut bulunan esas iddialara dahi cevap vermektedir.

*Kaziyei muhkeme definin mahiyeti.* — lik derece mahkemesince ileri sürülmüş olsa dahi, dermeyan olunmadıkça, İstinaf mahkemesince resen ortaya konulamaz. [1]

Kezalik, birinci defa olarak, Temyiz mahkemesi huzurunda da dermeyan edilemez. [2]

Fakat bir kerce derece mahkemesi huzurunda dermeyan olunduktan sonra, Temyiz mahkemesine intikal ederek hukuki bir mesele teşkil eder ki bu halde temyiz mutlak murakabesi altına girmiş olur. [3]

---

Kendisine aidiyetini iddia ettiği gayrimenkule hak iddia eder borçlu, kaziyei muhkeme ile, İpotekli alacaklarının bu gayrimenkulün satış bedeli üzerinden, sıra dahilinde ipotekli haklarını ileri sürerek itirazda bulunmasına karşı koyamayacağına ve alacaklarının böyle bir halde borçlu tarafından temsil edilemeyeceğine karar verilmiştir. C. 28 ağustos 1849, S. 50, 1. 149. D. 50, 1, 57.

[1] Müstekar içtihat Bilhassa C. 26 Ağustos 1861. S. 62, 1, 173, D. 61. 1. 427.

[2] Kaziyei muhkeme, ilk defa olarak, Temyiz mahkemesi huzurunda dermeyan olunamaz. C. 26 1 inci kânun 1808, 25 ikinci kânun 1825, 19 Ağustos 1835, 25 Mayıs 1840, 16 Mart 1843, 5 Mayıs 1884, S. 86, 1. 271, D: 84. 1. 223. 4 Şubat 1889. S. 90. 1. 373.

Aubry et Rau, t: 8. 769, p. 402. Demolombe. t 30 no. 379. Larombiere 152 inci madde hususunda no. 152. Laurent t 20. no. 138.

Vazife ve salâhiyeti tâyin eden kararlar usulün 454 üncü maddesi hükmüne göre, istinaf olunma kabiliyetini haizdirler. Kanuni müddetler zarfında istinaf olunmadıkları takdirde kaziyei muhkeme teşkil ederek Temyiz mahkemesine vaki salâhiyetsizlik iddiası kabule şayan görülmemektedir. Civ. rej. 22 Temmuz 1913. Garsonnet 2 inci bası. T. 6. P. 378. no. te 6 ve Dalloz tarafından zikredilen kararlar: supplém, 5; exceptions et fins de non recevoir no. 6.

[3] C. 26 Mart 1902. D. O. 2. 1. 264. 20 İkinci kânun 1886; D. 86. 5. 72.

Hukuk mahkemesi hükümleri kaide olarak, ceza hâkimleri üzerinde müessir değildir. [1]

Ancak; 1: mütekâdim meselenin (meselei müstehire) (bilfarz Orman kanununun 182 inci maddesi.) [2] teşkil ettiği hal ve 2: Maarif Nezaretinin müracaatı üzerine hukuk mahkemesince ihtira beratının sukutuna dair verilen karar [3] ile 3: cezai hâdiseye takaddüm eden ve hukuki bir vasıf tevhit eden hukuk mahkemesi hükmü bu kaideden müstesnadır. [4]

## II. Ceza mahkemelerinde kaziyei muhkeme

Kaziyei muhkemenin, Cinayet, cunha ve kabahat mevaddını alâkalan-  
dıran esasları, ceza usulü muhakemeleri kanununun 3 ve 463 üncü madde-  
lerin de bulunmaktadır. [5]

Bu maddelerin neticesine göre Hukuk Hâkimi, gerek kanuni vasıf bakımından gerekse şahısların iştiraki noktasından, hâdisenin mahiyeti ceza ve hukuk dâvasına müşterek bir esas teşkil ettiği takdirde ceza mahkemesinin katî şekildé ita etmiş olduğu bir hükmü tanımamazlık edemez. [6]

[1] C. 6 Mart 1857. Garraud précis no: 1370 Bonnier. no. 905. 906. Villey p. 444.

[2] V. Fuzier—Hermann, Répert, Brevet d'invention no. 1576

[3] 4. C. 23 İkinci teşrin 1827. S. chr. Griollet p. 248 Bonnier yukardaki eseri.

[4] Ceza muhakemeleri usulü kanununun üçüncü maddesine bazaran "Hukuk dâvası, Ceza dâvası ile aynı zamanda, ve aynı hâkim huzurunda takip olunabildiği gibi, ayrı bir halde de takip edilebilir. Aynı bir şekilde takip olunduğu takdirde kendisinden evvel veya kendisi ile beraber ikame edilmiş bulunan ceza dâvasının katî bir surette karara bağlanmasına kadar talik olunur."

Bu metinden, ceza dâvasının hukuk dâvasını hazırlayıcı mahiyette bulunduğu anlaşılmaktadır.

İmdi, Hukuk Hâkimi, bilâhara sebebi aynı olan, mevzuu aynı bulunan bir hâdisese hakkındaki kararda tenakuza düşmemiş olmak için, cezada verilen hükmü uymak mecburiyetindedir.

[5] Cezada kaziyei muhkeme, Hukuk Hâkimince ceza mahkemesi tarafından katî surette karara raptolunarak halli istilzam olunan bütün hallerde hukuk dâvasına katiyen âmîr bulunmaktadır.

Gerek hâdisenin mahiyeti ceza ve hukuk dâvasına müşterek bir esas teşkilinde, gerek kanuni vasıf bakımından gerekse şahısların aynı hâdiselere iştiraki noktasından, ita olunmuş olan hükmün tanımamazlığına imkân yoktur.

C. 19 İkinci teşrin 1828. D. 5 ci Chose Jugé, no 547; 7 mart 1855. D. 55, 1, 81, 14 şubat 1860, 28 birinci kânun 1863 D. 65, 1, 81, 3 ağustos 1864, 26 temmuz 1865, D. 65, 1, 490, et 492, 10, ikinci kânun 1877. D. 77, 1, 197, 11 temmuz 1822, D. 83, 1, 158, 10 ikinci kânun 1893. D. 93; 1. 34, 84, 30 ikinci teşrin 1898, D. 99, 1, 74; 14 ikinci teşrin 1898 D. 99, 1, 65, 28 temmuz 1905, D. O, 5, 1, 406, 5 Nisan 1909 D. O, 9, 1, 347, Civ. C. 9 şubat 1912, 18 mart 1913. Aubry et Rau t. 8 P, 405 et

Yangın tehlikesine karşı malsahibi tarafından sigorta ettirilen evde yangın zühür ederek evde kiracı bulunan şahıs kaştan yangın çıkarmaktan zanlı olarak ağır ceza mahkemesine tevdi edilmiş, zanlı ikrarına rağmen mahkemede beraet etmiştir. Bilâhara ev sahibi 19 Temmuz 1889 tarihli kanunun ikinci ve üçüncü maddelerine istinat ederek sigorta kumpanyasından yanan evin vücuda getirdiği zararın tazminini istediği takdirde, bu dâvayı rüyet eden hukuk hâkimi, haklı olarak, sigorta kumpanyasından sigorta mukavelesindeki, sigorta edilen kimsenin, iradî olarak işlemiş olduğu fiillerde zarar ve ziyân iddiasının sukut edeceğine mütedair şarta istinaden yapmış olduğu defî ret etmiş bulunmaktadır.

Halbuki, sigorta kumpanyalarının sigorta edilene karşı hakikatta iddia ettiği nokta, beraet etmiş olsa dahi, cürmü teşkil eden unsurlar idi. [1]

siv. Demolombe .i 30: 410, Larombière no. 198 Beudan, Revue critique 1864, P, 452— 516 Merlin, rep. Ve: Chose jugée 15 Questions: Faux, Fuzier— Hermann Reéet. : Chose jugée no: 1053.action civile p.647. Griélot Note.Dalloz Répert: chose jugée no 417

İskele muhafızı tarafından, bir tacir aleyhine, Muhafaza olunan mallarının muhafaza ücretini vermediği yolunda bir zabıt varakası tanzim olunduğunu, bu zabıt varakası üzerine Sulh Ceza Mahkemesince mezkûr muhafaza ücretlerinin verilmesinin ihtiyari olmayıp mecburî bulunduğunu ve kanunen ita mükellefiyeti tacire ait bulunduğunu kabul edilerek tacir para cezasına mahkûm edildiği, ve bu hüküm de kaziyei muhkeme mahiyetini iktisap eylediği takdirde bilâhara ücretlerin tediyesi için Hukuk Mahkemesi huzurunda Tâccar aleyhine açılan dâvada Hukuk Mahkemesi, kaziyei muhkeme teşkil etmiş bulunan yukarda bahsi geçen Sulh Mahkemesi kararı aleyhine bir karar isdar edemez. Civ. C. 5 Şubat 1913.

Bir Deniz müsademesinde, kaptanlardan, aleyhine şahsen ve mensup olduğu kumpanya aleyhine de şahsi hak noktasından vaki iddia üzerine asliye ceza Mahkemesince, yalnız iddia olunan fiillerin cürmü meydana getirmeyen fiillerden olması noktasından değil aynı zamanda bu fiillerin kaptanlara atf olunma kabiliyeti olmadığından bahsile kaptanların tahliyelerine karar verildiği ve bilâhara vapurların mensup buldukları kumpanya aleyhine zarar ve ziyân dâvası ikama bulunduğu takdirde Hukuk Hâkimi, zarar ve ziyân dâvasının istinat ettiği sebepler ceza mahkemesinin karar verdiği hâdisenin aynı olmak şartile, ceza mahkemesince verilip kaziyei muhkeme teşkil eden kararı tanımamazlık edemez. C. Civ. 22 Nisan 1913.

[1] C. Civ 18 Mart 1913

20 Nisan 1863 D. 68. 1. 183. tarihli karardaki mesleki terk etmekle temyiz mahkemesi kazai içtihadında katî bir tekâmül husule gelmiş ve böylelikle Larombière'in fikri de reddedilmiş oldu. O fikir şu idi: "Jüri tarafından, maznunun müccrim bulunmadığının beyan olunması, sadece, o şahsın cürüm işlememiş bulunduğu nun ifadesidir. Fakat bundan bütün sebep ve saiklerin izah olunmadıkları hallerde, maddi fiilin mevcut bulunmadığı, failin o fiilin faili veya şeriki olmadığı mânasını istihraç etmemek lâzımdır."

Cpr. Crim. Rejet, 6 Eylül 1906 Bull. No. 353.

Jüri kararı hakkında Larombier'in yaptığı tahlil ceza muhakemeleri usulü kanununun 837 inci maddesine uymamaktadır. Jüriye sorulan soruların mahiyeti, maznunun

Ceza mahkemelerince verilen kararlarda kaziyei mahkeme, tasdiki ve inkârî olarak, hattâ mahkemede alâkası bulunmayan üçüncü şahısları da alâkalandırmaktadır. [1]

Cezai hususlarda, kaziyei muhkemeye istinaden vaki defî, bir âmme nizâmı meselesidir. Şu mânadaki: beraet etmiş veya mahkûm olmuş olan kimse, aynı hâdiseden dolayı tekrar takibe maruz kaldığı takdirde, derece mahkemesinde dermeyan etmemiş olsa dahi, temyiz mahkemesinde bu defî dermeyan edebilmektedir.[2]

## İKİNCİ FASIL

### ŞEKLİ DELİLLERDEN İKRAR

*İkrar. — Tahkikat. — Tarafların duruşmada hazır bulunmaları.*

Medeni kanunun 1354 üncü maddesine göre: « bir tarafın iddiasına karşı vaki ikrar, ya bir hâkim huzurunda veyahut mahkeme haricinde vaki olur.»

---

kasten evi yakıp yakmadığı hususu idi. Jüri menfi surette cevap vermekle, yangının kasten ika edilmediğini beyan etmiş bulunmaktadır. Hâdisenin ağır bir şekilde vasıflandırılacağı hallerin mevcut bulunduğu da şüphesizdir. İhtiyar bir kız, geceleri yatarken ya bir az şekerli şarap veyahut limonata içmek itiyadında idi. Kullandığı şişeler, yatağı başında bir etajerde bulunmakta idiler. Genç bir kız bulunan ve ihtiyar tarafından kendisine teberruda bulunulmuş olan hizmetçi, bu şişelerin yanına, mutbak levazımını temizlemeğe mahsus bir şişe bakır suyu koymuş ihtiyar kız yanlışlıkla içtiği bakır suyu ile zehirlenerek ölmüştür. Hizmetçi kız cinayet mahkemesine sevk edilerek beraet etmiş isede kanuni mirasçılar 1282 inci maddeye istinaden ayrı bir dâva ikâme etmişler ve bu, dâva kabule mazhar olmuştur. Zira buradaki hâdisenin, mezkûr şişenin, diğerlerinin yanına konulması, zehirlenmeyi intaç eden bariz bir tedbirsizlik olarak telâkki oluması hususudur.

[1] Req. 14 Şubat 1860 D, 60, 1, 161 23 Birincikânun 1863 D. 65 1, 81.

[2] C. 3 Mayıs 1860 D. 60, 1, 519, 14 Mayıs 1880, S. 80, 1, 482 cpn. C. 21 Eylül 1855 Bull crim No. 329 6 Temmuz 1861 id. No. 145

Dâvacılar tarafından, münhasıran paraya ait iddialarda bulunulduğu takdirde ceza mahkemesinde kaziyei muhkemeden istihraç olunan defîâmme nizâmı meselesi olmaktan çıkar. C. 14 Mart 1894 D, 94, 1, 305, 6 Mayıs 1912, D, 1912, 1, 511.

### 1. Mahkeme haricindeki ikrar

Hâkim huzurunda yapılmıyan ikrardır. [1] Yazılı veya sözlü olur.

Ehliyeti olan bir kimseden, ehliyeti bulunmadığı takdirde kanuni mümessilinden sadır olmuş ise sözlü ikrardır. 1355 inci maddeye göre «Hâkim huzurunda olmiyan bir ikrar, şahsi beyyine kabul olunmiyan hallerde tamamile faydasızdır.» 1341. madde ile karşılaştırınız.

Hâkim huzurunda olmiyan ikrar tecezzi kabul etmez vasfını haiz değildir.

### 2. Hâkim huzurundaki ikrar

1356 inci maddenin tarifine göre: «Hâkim huzurundaki ikrar bir tarafın [2] veya hususi mümessilinin mahkeme huzurunda [3] ki beyanıdır.»[4]

[1] Şu ikrarlar mahkeme harici ad ve telâki olunurlar: (Baudry—Lacantinerie No. 2704; contra, Aubry et Rau p. 169) Dâva esnasında taraflarca teati olunmuş hususi bir mektupta, Demolombe No. 495. Baudry—Lacantinerie, Aubry et Rau, Loc cit, Hukuki bir dâva müvasebetile, idare makamlarına verilen bir istida da, vazife ve salâhiyeti olmiyan bir mahkeme huzurunda, Ratione materiae, C. 9 ikinci kânun 1889 s.89, 1, 118, D. 90, 1, 125. Paris (5 inci ch.) 19 İkinci teşrin 1904 Pendectes. 1905 2, 117 bir hâkem mukavelesinde bulunurlar.

Hâkimin mahkeme harici ikrarı kabul veya reddi hususunda mutlak bir serbestisi mevcuttur. C. 25 İkinci kânun 1898.

Baudry—La cantiniev 2 inci edit. 111. 2725 Demolombe t. 30, No. 544 Aubry et Rau t 8 p. 244.

Hâkim haâisedeki zuhul dolayisile, ikrardan rücuu kabul edebilir.

Aubry et Rau, Demolombe, loc. cit. contra, Laurent, t. 20, No. 219 s. Hue L. 8 No. 347 Baudry—Lacantinerie No. 2725.

[1] Hakem huzurundaki ikrar Hâkim huzurunda vaki telâki olunur. C. 20 mart 1860 s, 61, 1, 61, D, 60 1.

Hâkim huzurundaki ikrar, çağırılmış bulunduğu Mahkeme huzurunda olmalıdır. Diğer bir Mahkemede vaki ikrar Mahkeme haricinde yapılmıştır.

[3] İkrar, Dâvanın mevzuuna tasarruf edebilmek ehliyetini haiz bir kimseden tarafında yapıldığı takdirde muteberdir. (Küçüğün, Mahcun, salâhiyeti olmiyan evli bir kadının ve vasiden mahrum bir kimsenin ikrarına itibar olunamaz.) Vesayetten çıkmış bir çoçğun bilfiil yapabileceği muamelelere münhasır olmak üzere ikrarı muteberdir.

Dâva açmağa mezun kılınmış bir kadının ikrarı, bu ikrar hâkimin suâline karşı verilmiş bir cevap degilse, kadını ilzam edemez.

[4] Vasi, küçüğün kanuni mümessilidir. Vasinin ikrarı, şahsen idareye memur olduğu işlerdeki salâhiyeti tecavüz etmemek şartile küçüğ ilzam eder.

İkrar için, vekilin hususi bir salâhiyeti mevcut olmalıdır. C. 26 Temmuz 1901 D, O, 2, 1, 8.

Bu vekâletin tâyin edilmesi gerektir. Aksi halde kanuni temyiz sebebi olur.

Avoué, lerle Huissier,ler inkârdan gayri hallerde işlerini takip ettikleri şahısların müsaadeleri ile hareket) etmiş talâki olunurlar. Demolombe. t.30; No 499 Aubry et Rau

İmzasız bulunan ve mübaşir tarafından muhasım tarafa tebliğ edildiğine dair hiç bir işaret mevcut olmiyan adli bir varakadaki mevcut ikrardan dolayı bu adli varakanın matufu bulunan taraf ilzam olunamaz. C. 26 mart 1888. Pendectes; Tlearet Mahkemesi Avukatları (Agrées) için de vaziyet böyledir.

İkrar, ehliyeti baz bir kimseden veya mümessilinden olsa bile âmme nizamı dolayisile tasarruf edilemeyecek bir hakka mütaallik bulunduğu veya bu ikrar mevzuunun tanınması kanunen memnu bulunduğu hallerde yine mu-teber değildir. [1] [2].

İkrar nasıl olur.—. Hâkim huzurundaki ikrar yazılı veya sözlü olur.

İkrarın tezahür ettiği mahaller, bilhassa, duruşmalarla sorgulardır. Sor-gu ve duruşma, bir delil olarak kabul edilen ikrarı elde etmek için taraf-lara ve mahkemeye kanunen tanınmış iki vasitadan biridir.

### 3. Sözlü İkrar—Yazılı İkrar

**Sözlü İkrar.**— Evvelâ sorguda ikrar. (Hukuk Usul muhakemeleri kanunu 324 ve mutaakip maddeler) Mahkemenin bu tahkikat tedbirini, re-sen icra etmeğe salâhiyeti olmaması gariptir. [3]

Paris 26 I inci Kânun 1884 Gaz, Pol, 85,2,95, Demolombe. Avukatlar için, hatta Avoué'lerin müşareketile dahi olsa, mesele böyle değildir.

M. Garsonnet birinci cildinin 262 inci numarasında : "gerek iddia ve müda-faada bulunan ve gerekse konsultison yapan Avukat müşterisinin vekili değildir, zi-ra vekâlet, öyle bir akitirki bununla bir kimse bir başkasına kendisini temsil edebilme salâhiyeti bahş eder. Müşterisi ile istişarede bulunan, veyahut onun sözlü veya ya-zılı olarak müdafaa vasıtalarını ihzar eden Avukat, O şahsı temsil etmemektedir, demektedir.

C. 19 I inci Kânun 1899. D. 1900, 1, 105. Cps. C. 22 Mart 1870 s. 71, 1. 14, 28 Mayıs 1894, D. 97, 1, 533. Pendests, 94, 1, 516

[1] Baudry — Lacantinerie no. 2700. Demolombe t. 80 No: 481.

[2] Baudry — Lacantinerie loc. Cit Laurent, t. 20 No: 176. Demolombe no. 482 Aubry et Rau p. 175.

[3] Sorgu her nevi Mahkemede, her hususta, hattâ âmme nizamını alâkadar et-miş olsa dahi her nevi kanuni veya gayri kanuni hâdisede (Müruru zaman ile kazı-yei muhkeme müstesna) caridir. Kezalik resmî senetlerde sahtelik iddiasının kabul edildiği haller müstesna olmak üzere ve bütün hususi senetlerde de böyledir.

Sorgusu yapılmak istenilen hâdiseler, sorguya musâit bulunmalıdır, bunu tak-dirde Mahkemeler mutlak surette taktir hakkına maliktirler. Reşit ve haklarına sa-hip olmak şartile, taraflardan her hangi birisi hakkında tahkikat yapılabilir. Tah-kikat dâvanın her safhasında, hattâ istintakta dahi hafî hükme kadar yapılabilir. Muhakeme usulü kanununun 325 inci maddesine göre bütün hâdiseleri muhtevi bu-lunmalıdır.

Mahkeme, bu işe memur edilmiş bir hâkimin raporu üzerine tahkikatın icraas-ını emr eder. Tahkikat müzakere odasında ceryan eder. Tahkikat esnasında ne tah-kikatı isteyen taraf, nede Avouesi, nede mümessili hazır bulunabilir. Sorguya çeki-len taraf, şahsen, verilmiş yazılı cevapları okumaktan gerek istidada yazılı gerekse hâkim tarafından resen tevclih edilmiş olan suallere cevap vermek mecburiyetinde-dir. (Madde 333)

Boucenne: "resen sorulan hakiki sualler, hâdiseleri, şartları ve teferruatı mü-kemmelen tetkik etmiş bir hâkimin ilhamından çıkan suallerdir, demektedir.

Zabıt varakası, istievap olunan kimsenin cevaplarını muhtevi, kendisine okunul-muş ve inzası alınmış varakadır.



Fazla olarak, bu tahkik usulü, fazla muğlaktır. Araştırma ve tefahhusları istilzam eden cevaplarda veyahut, alenen vaki ikrarda mevcut hacale-ti izale için çok ender hallerde baş vurulmaktadır.

Fakat bu usulden, ekseriya bir ikrar elde edilmesi memul değildir. Zira, tahkikatı isteyen istidanın yirmi dört saat evvel tebliğ edilmiş olması ile sorguya çekilecek taraf hazırlanmak için vakit kazanmış bulunmaktadır.

Sorgu için vaki davete icabet etmemek, ve cevaptan imtina eylemek hususları, hâkim tarafından tam ikrar olarak telâkki olunabilir.

Diğer taraftan hâkimler, yapmış oldukları sorgu mahiyetinin bir ikrarı, yoksa yazılı bir delimi veya yazılı mukaddimei beyyinesi olduğunu takdir hakkına malik bulunmaktadırlar. [1]

İhtiyari olan bu salâhiyeti, müphem cevaplar verilmiş olması halinde, daha itinalı kullanmak gerektir. [2]

Tahkikat dolayisile yapılan sorgudaki cevaplar gayrı kabili teczi değildir. Aynı suale verilen cevap tecezzi etmemek üzere cevaplar tefrik olunabilirler.

Duruşmada hazır bulunmak.— (Hukuk Muhakemeleri usulü kanunu 119 ve 428, harç tarifesi kanunu 3/146)

Hakikatın tezahürü için sorgudan fazla, duruşmada hazır bulunmak daha müsaittir Her derecedeki mahkeme, duruşmada hazır bulundurabildiği gibi bunu resen de emir edebilmektedir. Maahaza ekseriyetle bu tedbire baş vurulmamaktadır. Filhakika bazı mahkeme Reislerinin her işte tatbik ihtiyadında buldukları bu usulü suiistimâl etmemek gerektir.

Humbert dâvasında Crawford, ler mahkeme huzuruna davet edilmiş olsa idiler, rezalet vukua gelmiyecekti. Hâkim, mahkeme huzuruna davet için vaki talebi ret veyahut kabul hususunda mutlak bir salâhiyete malik bulunmaktadır. Şahsi beyyinenin kabul olunmadığı dâvalarda dahi, bu hususu emir edebilir. Ancak, delilin memnu olduğu dâvalarla, ikrarda bulunmaktan memnu kimselerin bulunduğu işlerde buna mesâğ yoktur.

Taraflardan birisinin Mahkemede ispatı vücut etmesi emir olunacağı gibi, bütün taraflar için de emir olunabilir. [3] «Ancak üçüncü bir

[1]. Hâkimler, sorguyu tahkikat başka mevzu üzerine emir edilmiş olsa dahi, mukaddime beyyine talâkki edebilirler. C. 13. Temmuz 1895 Pendectes, 96, 1, 246, Reg. 16 nisant 1907.

[2] unutulmuş veya meskût bırakılmış hususlar içinde vaziyet böyledir. C. 14 Şubat 1900. Pendectes, 1900, 1, 216

[3] Hâkim, taraflardan yalnız birisinin ispatı vücut etmesini emir edebildiği gibi, birlikte veya ayrı olarak dinlemek ihtiyarına da maliktir. Bu husustaki salâhiyeti mutlaktır.

Chauveau, quest. 502. Bioche v. comparation des parties no: 6 et 14 Rousseau et Laisney, idem, no.9 et suiv Dalloz v: Instruct. Civile no. 97, 98, Thomine no. 133 et e.

şahsın [1] mahkemede ispatı vücut etmesini bildiren hüküm gününü de tâyin etmelidir. demektir. Tarafların ispatı vücut etmeleri, naip huzurunda vaki olur.

Taraflar, gerek mahkemenin müzakere odasında, gerekse celse halinde isticevap olunabilirler. [2]

Hâkim huzurunda ispatı vücut etme keyfiyeti, tevlit edebileceği ikrardan maada, işin mahiyeti hakkında hâkimi tenvire, veya sair delillerin kıymetini kontrol etmesine de yaramaktadır. İlk derece hâkimleri vermiş oldukları, hükmün mucip sebeplerinde, tarafların birisinin rızalarıyla ispatı vücut etmiş olmalarını ikrar telâkki ederek kararını buna istinat ettirdiği takdirde yeniden bir duruşma yapmak suretiyle ilk derece hâkimlerinin istinat etmiş oldukları ikrarı tahlil ve tefsir etmek vazifesi istinaf hâkimlerine ait bulunmaktadır.

Bu suretle hâkim huzurunda vaki olup zapta geçirilmiş bulunan beyanat yazılı mukaaddemei beyyineyi teşkil eder. [3]

Aleni celsede taraflardan birisinin dinlenmesi keyfiyeti, ihzari tahkikatta, bulunulması bir hüküm ile emrolunur. Tarafların ispatı vücut etmesi demek değildir. Bu bir bekletme, sadece avukatın iddia ve müdafaasını itmam veya ikmal için bir istima olup hasım taraflar mevcut olmaksızın da yapılabilir. Bu husus hiç bir şekle tâbi olmayıp, bunun için mucip sebepli bir karara da ihtiyaç yoktur.

[1] Üçüncü bir şahsın ispatı vücut etmesine mesağ yoktur. Zira, bu tahkikat usullerinden uzaklaşmak olur.

[2] Bu muameleler müzakere odasında da yapılabilir. C. 12 Mart 1878, D. 79, 1, 272; S. 79, 1, 346

Fakat herhalde bu hal bir zabıt varakası ile tesbit edilmelidir. Rousseau et Laisney No. 22 Dalloz No. 108.

İspatı vücut keyfiyetinin celse halinde vukubulduğu hallerde, davanın istinaf abiliyeti mevcut ise, hüküm de, istinaf heyetince veya temyiz mahkemesince, kararın mucip sebeplere iktiran edip etmediğinin anlaşılması için, mucip sebeplerin ve taraflarca verilen izahatın gösterilmiş olması lâzımdır. Aksi takdirde istinaf mahkemesi, yeniden bu ispatı vücut etme hususununemredebilir. Tatbikatta cevaplar zabıt varakasına geçirilmemektedir. Ancak, mahkeme hükmünde bunları hikâyeye etmediği takdirde koenlemyekûn addolunmaktadır.

[3] İlk derece hâkimleri, verilen cevaplardan, ikrar veya yazılı mukaddimei beyyine istihraç için serbesttirler. C. 6 Birincikânun 1905 Gaz. 12 Birincikânun; Cpr. C. 22 İkincikânun 1889.

Taraflardan birisi tarafından, gerek mahkeme dahilinde ve gerekse haricinde vaki beyanatın ikrar vasfını haiz bulunup bulunmadığını serbestçe takdir hakkı derece hâkimlerine aittir. Req. 6 Birincikânun 1905 Gaz.

Hâkim huzurundaki ispatı vücutta taraflardan birisi tarafından tasdik olunanın diğeri tarafından inkâr edilmesi yazılı bir mukaddimei beyyine unsurlarının mevcudiyetinin behemhal istilzam etmez. Yeterki bu inkârın ihtilâfı doğrudan doğruya alâkadar eden diğer sualler de aksi söylenmiş bulunsun. Req. 5 Mayıs 1909 Gaz. 12 Mayıs.

**Yazılı ikrar.** — İkrar yazılı olabilir. Bu takdirde ekseriya, tebligat, istida, ihtar, karşılıklı cevaplar gibi muameleler de mevcut bulunabilir. [1]

**Temyiz Mahkemesinin mürakabesi.** — Hâkim huzurunda taraflardan birisinden sadır olmuş ikrar muvacehesinde Hâkimin bu ikrarı adli kıymetini tetkik etmesi, münasebettar bulunduğu mukaveledeki izah şeklini tâyin eylemesi lâzımdır. Hâkimin bunu yapmamış olması halinde, başka sebeplere dayanmaması noktasından kükümsüz ad olunmağa mahkûmdür.[2]

**Tefsir.** — Hâkim müphem ve karanlık gördüğü bir ikrarı tefsir edebilir. [3] Hâkim huzurunda vaki ikrar kaideleri, ikrar edilmiş bir mukavelenin, diğer bütün mukavelelerde olduğu gibi, Mahkemelerin tefsir sâlahiyetine tâbi bulunmasına mâni teşkil etmemektedir.

Kezalik Hâkim huzurunda vaki ikrarın yapana karşı tecezzi kabul etmiyeceği kaidesi de; mahiyeti bu ikrarla taayyüm eden mukavelenamenin, ilk derece Hâkimleri tarafından tefsir olunmasına ve sahibinden sadır olan ikrar hilâfına büsbütün başka bir mahiyet alacak şekilde tefsirine mâni bulunmamaktadır. [4]

Diğer bir tâbirle, mahkeme huzurunda vaki ikrarın, ikrar kendisinden sadır olana karşı tecezzi kabul etmezse de, bu ikrarla teessüs eden mukavelelerin, derece Hâkimleri tarafından ait oldukları salâhiyet hudutları içerisinde, tefsir olunmasına va bundan mukirrin ikrarı hilâfına bir tefsir mânâsı çıkarılmasına hiç bir mâni bulunmamaktadır.

[1] Temyiz mahkemesi, usulü de murakabe ederek ikrar mevcut olup olmadığına karar ita edebilir. Dalloz Repert. Alph. No. Aven No. 189

Dava olunanın, borcun vücudunu tamamiyle inkâr ettikten sonra, tâli mütalâbatı meyanında, hâkime borcun mevcudiyetini hissettirecek bazı izahatta bulunması biffarz bir miktar tediyatta bulunmağı kabul etmesi gibi haller, ihtilâfı meselenin ikrarı mehiyatında teşâkki olunamaz. Req 1 inci teşrin. 1894, Pauctes, 95,1, 463

Karşı tarafa tanıttirmek ve kabul ettirmek kasdiyle olmamak şartile, iddia olunan hususların mucip sebepleri meyanında zikredilen beyan ve inkârlar Hâkim huzurunda yapılmış birer ikrar olmayıp, basit müdafaa esbabından ibaret bulunmaktadır. C. 29 inci kânun, 1890. Pandectes 80, 1, 392.

Başka bir hükümde, her hangi bir hâdisenin tefsiri dolayısıyla zikredilen hususlar, hakkında hüküm sadır olan tarafca müddeiyatı meyanında zikredilmemiş buldukları takdirde o taraf için vaki bir ikrar addolunamaz. C. 30. Mayıs. 1888 Pauctes.

[2] Civ.C.27 2 inci teş. 1888 Pauctes 89, 1, 359.

[3] C.29 Şubat. 1904 gaz. Pal, 1904, 1, 604 Aubuy et Rau. t.8 9, 179 Laurent No. 216 Huc. t.8 No. 355. Demolombe, No. 529

[4] C.8 Temmuz. 1889 Pauctes, 90, 1, 174 29 Şubat. 1904, Pauctes, 1905, 1, 12 — 17. Mayıs. 1909 gaz 22 Mayıs.

*İkrarın tecezzi etmemesi.*— 1356 nci madde şunu da ilâve etmektedir: (ikrar, yapana karşı bütün kuvvetile cerayan eder) *Aut ex Toto su-mendum, aut et rejiciendum*, ancak tefrika tâbi tutmak gerektir.

Tadil ederek mahiyetini değiştirmek suretile esas vakayı kabul eden ikrar tecezzi etmez. [1]

Tatbikatta böyle bir ikrara mevsuf ikrar denir.

Öyle bir ikrar ki iki hadiseyi cami bulunmaktadır: Esas hâdise ve yeni bir hâdise, ancak (bu halde muhtelit ikrar olur) yeni hâdisenin esas hâdisenin mevcudiyetine istinat etmesi, arızî veya tabîî bir şekilde bunun fer'î bulunması halindedir, ki gayrı kabili tecezzidir. [2]

Diğer bir deyimle, yeni hâdisenin, esas hâdiseye mevzu ve mahiyeti itibarile murtebit bulunmadığı ve onun mevcudiyetine istinat etmediği hal-lerde muhtelit ikrar gayrı kabili tecezzi değildir. [3]

[1] Jurisprud. Constante. C. 30 Temmuz 1901. S. 01, 1, 143, D. 01. 1, 507, 25 Mart 1903. pandectes. 04, 1, 124. Baudry—Lacautnerie, No 2714; Laurent, t, 20 no. 187, Aubry et Rau, P. 175. Demolombe, t, 30 no 511.

İstihkak dâvasında bulunan iddiasına müstenit olarak hiç bir vüsuk sebebi göstermediği gibi müddesah malın satın alındığı hakkında gerçî satış mukavelesi mevcut bulunmadığını kabul etmekte ise de bir malî birisi dâvacıya ita etmek suretile iktisap olunduğunu müdafaaten dermeyan eden dâva olunanın müdafaası kabul olunarak istihkak iddiasını ret eden bir karar, kabuna bir taarruz teşkil etmekte ve medeni kanunun 1315 ve 1356 nci maddelerinin tam bir tatbik şeklini göstermektedir. Pandectes, 1899 1, 440 dava olunanın, bu iki vecihli ikrarı, tecezzi kabul eden ikrarın tavsifi unsurları cami bulunmakta ve istihkak iddiasında bulunan dâvacının iddiasına hiç bir suretle delil teşkil edememektedir. Aynı karara muhtelif mebalîği tahsil ettiği bildiren noterin beyanı, başka bir delile ihtiyâç hissettirmemekte ve bu ikrar tecezzi kabul etmemektedir. Kezalik bu mebalîğin noter tarafından idaresi hususu da ikrarda başka bir yol ile tesbit edilemez Trib. Civ. Bourg 3 Haziran 1902. Pandectes, 1904-Yazılı hiç bir delil bulunmayan ve mevcudiyeti ikrardan başka bir şey ile teyyüt etmeyen bir hayvan sürüsünün satış muamelesi kabul olduğu takdirde satın alınan mezkûr satışın hayvanların hiç bir ayıp ile malûl bulunmadığı yolunda satıcının garantisi altında bu satışın vuku bulduğunu iddiası halinde hâkim, ikrarın tecezzi etmeyeceği kaidesine muhalefet etmeden, bu şekilde vaki beyanı, ikinci kısmının hakikata uygun olmadığı mülâhazasile tefrik edemez. Cass. Civ. 30. Temmuz. 1901 pandectes 1902, 1, 86 bir amele tarafından fioret iddiasında bulunulan bir iş sahibinin hasmı tarafından hiç bir delil ibraz olunmadığı takdirde bu ameleli bir çok seneler gündeliği bir franktan olarak istihdam ettiği ve kendisine mühim miktarda mebalîg tediye ettiği ancak 108 frank kadar ez'î bir borcu kaldığı yolundaki beyanını ikrarın tecezzi kabul etmeyeceği şeklinde telâkki eden mahkeme hükmü medeni ka. 1356 nci maddesine muhalif olmayacağı gibi bilâkis bu maddenin doğru bir şekilde tatbiki mahiyetindedir.

[2] C. 14 2 inci kânun. 1824. 6. Ağustos. 1826. 23. 1 inci kânun. 1835, 6. Şubat. 1838. 28 1 inci kânun. 1851, 18. Mayıs. 1898, pandectes, 98, 1, 276 Demolombe, NO. 521 Laurent No. 193 Baudry, Lacautnerie NO. 2716.

[3] Baudry — Lacautnerie no. 2717 Demolombe, loc. cit. Aubry et Rau p. 177 Contra Huc. t. VIII NO. 353 bis.

İkrar, kazalık, beyan olunan fer'i hadise gayrı sahih veyahut esas hadise ile tezat halinde ise, yine gayrı kabili tecezzi degildir. [1]

Bununla beraber esas vakayı kabul edip ikrardan istifade eden tarafın, gayrı kabili tecezzi olması kaidesine rağmen [2] müdafinin gerek kanuni

İşte misalleri:

Bir mirasçının elden almış olduğu bir hibeyi ikrarına yine bu hibenin diğer mirasçı lehine de matuf bir hak teessüs ettiği yolundaki ikrarı ilâve etmesi halinde bu ikrar, 1356 ncı maddeye göre gayrı kabili tecezzi bir ikrar teşkil etmemektedir. Amiens 3 mart 1898 pantectes 189. 2. 89. yukarıdaki karar temyiz mahkemesince tasdik edilmiş ve aynı zamanda babasına hibe namile elden bir miktar meblâğ aldığı ikrar eden mirasçının bu ikrarına; almış olduğu bu hibeye muadil bir meblâğın kardaşı lehine bir hak tesis ettiğini ilâve etmesi halinde bu iki ikrarın ilgili şahıs, mevzu ve zaman bakımından biri birinden tamamiyle farklı bulunmakta olduğunu da karar altına almıştır.

[1] Pandectes 1901, 3, 92.

Laurent, no. 206 Huc.t. VII No. 335—3 Demolambe No. 528 iddia olunan hadise bu ikrardan gayrı delil vasıtaları ile ispat olunmuş olması ikrarın gayrı kabili tecezzi bulunduğu kaidesine bir istisna teşkil etmektedir. Pantectes, 94,2, 185. Bu ikrar, bu ikrarın ihtiva ettiği hadiselerin muhtelif kısımlarını muhtevi bulunduğu takdirde gayrı kabili tecezzidir. Muhtevi bulunduğu hadiselerden her hangi birisi için muhalif bir delil tesis olunduğu takdirde ikrar kabili tecezzidir. Lyon 8. Mart. 1911 gaz 30. Eylül.

Kendisinden talep olunan meblâğı aldığı, fakat bu meblâğı muhtemel bir komandit şirket namına almış bulunduğunu beyan eden tarafın ikrarı, başka sebepler dolayısıyla henüz mukavele hükümleri mevzubahis olmadan Şirket namına verilmiş bulunduğunun ispatı halinde, gayrı kabili tecezzi degildir. 18 Şubat 1908 Gazette, ikrar edenin mütaakip beyanları arasındaki tezat ve hakikata uymamazlığı dolayısıyla delilin kısmen doğru olmadığına Hâkimin kanaat getirdiği halde de ikrar tecezzi kabul eder. 4. 2 inci kânun 1892, S. 92, 1, 84. Kezalik, derece hâkimleri tarafından tetkik edilen dosya müderezatına nazaran bir birine zıt ve hakikata uymaz olduğu görüldüğü takdirde, alacaklının alacağından ferâğat ettiği hususendeki borçlunun iddiasını ret ve borcun mevcudiyeti hakkında aynı borçlunun beyanını kabul edebilir. Aynı karar.

Tarafların hususi notları, bu notların sahibieri lehine bir delil teşkil etmemekle beraber dosya müderezatından tahaseül eden delili tamamlamak üzere kullanılabilirler. Muhakemenin muhtelif safhalarındaki beyanlar arasında tezat görüldüğü ve bu beyanların hakikata uymadığı dolayısıyla delilin kısmen doğru olmadığına mahkemece kanaat getirildiği takdirde ikrarın tecezzi etmemesi kaidesi bir istisna teşkil eder. Reğ. 32 inci teşrin 1903 gaz. 7.

İkrarın tecezzi kabul etmiyeceği kaidesi taraflar canibinden sabit görülen fiiller hakkında değil, bilâkis taraflardan birisi tarafından inkâr edilen vakıalar hakkında beyhine külfeti kendisius terettüp eden tarafından tesis edilmek mecburiyetindedir.

C. 20 1 inci kânun 1899 Pandectes, 1900, 1, 294.

Diğer bir deyimle, ikrarın tecezzi kabul etmiyeceği kaidesi ancak taraflardan biris tarafından inkâr edilen ve başka delil olmadığı için yalnız ikrar ile ispat edilebilen vakıalar hakkında tatbik edilir.

Eğer sabit ve münakaşa mevzun olmayan bir vakıa mevzubahis ise o vakıayı kabul eden taraf beyanatının o vakıadan ayrılmadan bir başka husus hakkında olduğunu iddia edemez. Aynı karar.

[2] Trib. Civ. de Bazas, 19 Mayıs 1896, 2 Temmuz 1896 tarihli karar. Laurent, No. 207, Demolombe No. 531 eaudry — Lacaninerie No. 2719 Aubry et Rau p. 178.

karinelerle ve gerekse esas vakayı ispat için kullanılan delillerin muhalifi bir delil ile zikir ettiği tâli vakalar hususundaki beyanını ret ve cerh etmek hakkı mevcuttur. [1] Kezalik, ikrarın gayrı kabili tecezzi olması kaidesi, dâvacı hasmın beyanı haricinde bir delil ikame etmek istediği takdirde yine tatbik olunamaz.

Şurasını da işaret etmek lâzımdır ki, ikrarın gayrı kabili tecezzi olması kaidesi ikrarın tam bir delil olarak değil de, bir mukaddime beyyine halinde arz edildiği ahvalde yine tatbik edilemez. [2]

*Hatadan dolayı rücu.*— 1356 inci madde son hükmile: «İkrardan ancak fiili bir hata neticesinde rücu olunabilir. Hukuki bir hatadan dolayı ikrardan rücu caiz değildir.» demektedir. [3] [4]

Şu halde ikrardan ancak fiili hatadan dolayı rücu edilebilir.

### ÜÇÜNCÜ FASIL SEKLİ DELİLLERDEN YEMİN

Burada bahse mevzu edeceğimiz yemin tasdiki yani; geçmiş veya mevcut bir hâdisenin doğruluğundaki samimiyeti teyit için talep olunan veya kullanılan yemindir.

Bir oğlunun babasına mirasının taksiminde kendisine ait olan bazı eshamın satılmasından elde edilen meblâğın kendisine verilmesi hakkındaki dâvada bu talebin reddi için hâkim, karinelere ve bilhassa bedelin tediyesinden sonra oğlun babasına karşı daha az miktarda borçlu olduğunu tanıdığını ve bu esnada iddia ettiği alacağından bahs etmediğine istinaden bu talebi ret ederse bu kararı, oğlun ikrarını tecezzi ettirdiği iddiasile tenkit etmek haksızlık olur. Zira oğlun ikrarı kabili tecezzi değildir, ve mahkeme oğlun ikrarı ile borcunu tecavüz eden miktardaki alacağın itfa edilmiş olduğunu sükûla katul etmiş bulunmaktadır.

13 Nisan 1899 Pandectes, 1900, 1, 9.

[1] Laurent No. 205, 211, Demolombe, No. 532, 533, Aubry et Rau p. 178, 179. C. 10 1 inci Kânun 1901 S. 02, 1, 404, D. O. 11, 407.

[2] C. Birinci kânun 1880, S. 81, 1, 357, 20 inci teşrin 1898, Pandectes 1899, 1, 128, C. Civ 10 uncu kânun 1901 Pandectes 1902, 1, 178.

[3] Hâkim huzurunda vaki ikrarın, fiili bir hata neticesi olduğu ispat olunduğu takdirde bundan rücu edilebilir.

Bilhassa lehlerinde vasiyet olunan kimseler, müteveffanın civar hısımları tarafından açılan vasiyetnamenin iptali dâvasını cerh etmek üzere ilk derece mahkemesinde müteveffanın gayrı meşru bir çocuk olduğu ve bu itibarla ana ve babalarının mümessilleriyle hiç bir kan hısımlığı olmadığını ileri sürse bile; eğer mukabil taraf, İtalyan mevzuatının meri bulunduğu zamanda "Savoie," da icra kılınmış olan müteveffanın ana ve babaları arasındaki dinî nikâhın, başkaca bir tanıma olsa dahi, bir ana ve babadan doğan çocukların nesebini tashih ettiğini iddia ederlerse, istinaf mahkemesi huzurunda, ilk önce iddia etmiş oldukları tabii çocuk olma iddiasını geri alabilirler.

C. Reg. 1 Şubat 1905, Pandectes 1905, 1, 303.

Kezalik bakınız: 7 Temmuz 1858, S. 59, 1, 76, D. 58, 1, 367.

[4] İkrar katidir. Diğer taraf zapta geçirilmesini hâkimden istemese dahi geri alınmaz. Fakat ikrardan bir vakianın basit delil yerine hakkından şarta bağlı bir vazgeçme mânası çıkarıldığı takdirde ikrar, kabul edilmediği müddetçe geri alınabilir. C. 12 Nisan 1869. S. 69, 1, 338; D. 72, 1, 31.

Yemin fevkalâde bir vasıtaadır. Fakat fevkalâdeliğine rağmen tesiri azdır. [1]

Yemin mahiyeti itibarile deynî tasdik ve teyidden başka bir şey değildir. Yemin hâkim huzurunda ve hâkim huzurunda olmaksızın yapılır.

### I — Hâkim huzurunda olmuştan yemin

1357 inci ve müteakip maddeler hâkim huzurunda olmuştan yemini bahis mevzuu etmemektedir. Amma bu sükûta rağmen bu şekilde yemin Fransız hukukunda müstamel olup hukuki neticeler hasıl etmektedir.

Buradaki yemin, ihtiyari olarak tarafların müştterek iradelerinden fahasül etmiş yemindir.

Taraflar, içlerinden birisinin, anlaşıkları şekilde yemin edeceği hususunda uzlaşırlar. Bu suretle yemin etmesi tekarrür eden taraf yemini diğer tarafa ret edemez; ve bu tarafın yemini edadan imtinayı kalı bir neticeyi haizdir. [2]

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 55 inci maddesindeki ifadeye rağmen sulh teşebbüsünde teklif edilen yemin sadece hâkim huzurunda olmuştan bir yemindir. Filhakika sulh teşebbüsü bir mahkeme cetsesi değildir. [3] Kezalik hukuk muhakemeleri usulü kanununun 914 üncü maddesindeki yemin de böyledir. [4] Medeni kanunun 1358 inci ve müteakip maddeleri idari kazaya hiç bir suretle temas etmedikleri için buralarda yapılan yemin de hâkim huzurunda olmuştan yemindedir. [5]

[1] Berriat Saint—Prix, Reflexion set recherches sur le serment Judiciaire, Revue de législation, t VIII, p. 241 et suiv, Charles Carpentier, Etude de législations comparées: du serment.

Pothier'in meşhur sözü hatırlardadır.: "Kırk senedir bu meslekteyim ve sayısız defa yemin teklif edildiğine şahit oldum fakat kendisine yemin teklif edilenin yeminin dinî mahiyetine bağlı kalarak yeminden imtinayı ettiğini gösterdiğini ancak iki kerre görebildim." Numara : 295

[2] Demolombe, t, XXX No. 567 ve müteakip Laurent t XX. No. 226 ve müteakip.

[3] C. 17 Temmuz 1810, S. CHR. DOUAL, 5 İkinci kanun 1854, S. 54. 2; 125, D. 54. 2. 135.

Aubry et Rau, t. VIII, p. 752, p. 181 et 182. Laurent, t. XX no. 228, Demolombe, t. XXX, no. 570 et suiv. Baudry—Lacantinerie, 5 e. édit., t. II, no. 1308.

Sulh teşebbüsünde sulh hâkimi huzurunda teklif edilen yemini eda etmemek ancak barışmağı kabul etmemek sayılır. Yemin etmiştan taraf talebinde veya definde haksiz çıkarılmaz, Trib—civ. Seine, 27 Temmuz 1905, Gaz; 2 Eylül. Yemin etmeyiştin zapta geçmesi yazılı mukaddime beyyine teşkil edemez. Aynı karar.

[4] Carré et Chauveau, quest, 3077.

Turin, 7 Şubat 1807. S. chr.

[5] C. d. Etat, 29 Birinci teştin 1851, S. 52. 2. 154. Baudry — Lacantinerie, loc. Cit., no. 1316 — Demolombe, t. XXX. no. 574. Larombière, sur l'art 1360, no. 14, et sur les art. 1367, 1368, no. 16.

Sur l'art. 1360, no. 14 et sur les art. 1367, 1368; no. 16.

## 2 — Hâkim Huzurunda yapılan yemin

Medeni Kanununun 1357 inci maddesi muhteviyatına göre Hâkim huzurundaki yemin iki nevidir:

1: Bir tarafın diğer tarafa karşı o tarafı dâvada ilzam için teklif ettiği yemin.

2: Taraflara Hâkim tarafından resen verilen yemin: Medeni kanununun 1358, 1359, 1360, 1361, 1366, 1367, hukuk muhakemeleri usulü kanununun 55, 120, metni yemini şu suretle tefrik etmektedir: 1: Taraflardan birisi tarafından diğerine karşı teklif edilen yemin (kat'i yemin) 2: Hâkim tarafından resen verilen yemin, (mütemmin ve «In litem» yemin)

1 — *Kati yemin.* — 1358 inci maddeye göre «kati yemin ihtilâf mevzuu ne olursa olsun teklif olunabilir.» M. K. 1359, 1360, 1361, 1366, 1715, 2275, HM. U. K. 55, 120, 1035.

Kati yemin gerek ilk derecede ve gerek istinafta her hangi bir dâva münasebetiyle teklif edilebilir. M. K. 1358. [1] Fakat, yemin bir delil olduğu için, müruru zaman, kumar borcu; hibe, ipotek gibi kanunen delile müsaade edilmeyen hallerde yemine müsaade edilemez. Keza âmme nizamına taallük eden dâvalarda yemin teklif edilemez. [2] Aynı suretle kanuni kârineye karşı da yemine müsaade edilemez. [3]

Kati yemin, bir ihtilâfı halletmek netice ve gayesi bakımından, tarafların uyuşmalarına [4] benzer. Fakat, kendisine yemin teklif edilen kimşenin imtina edememesi bakımından ondan ayrılır. Bu kimse ya yemin edecektir. Yahut ta diğer tarafa ret edecektir.

[1] Kati yemin her çeşit ihtilâfta teklif edilebilir. Ve huzurunda yemin teklif edilen, hâkim buan takdir etmek ve hakikatın daha doğru izharı ve davanın en iyi halli için lüzumsuz olan unsurlardan temyizden hakkını haizdir. Kati yemin zaruret olmadıkça teklif edilmemelidir. Alger (4<sup>e</sup> ch.), 18 Mayıs 1911, gaz 18 Ağustos.

[2] Kanunun âmme nizamı mülâhazasıyla yemin tevcih eden kimseye dâva hakkını tanımadığı hallerde, kati yemin tevcih edilemez. Bir avue (avue) muhakeme masraflarını tediyesi dâvasında 1807 tarihli kanunun 151 inci maddesine göre dâvasını teyiden göstermeğe mecbur bulunduğu defterlerini ibraz etmeden yemin teklif edemez.

C. 1 Mayıs 1849. journal des avoués, 1850, p. 105.

[3] Aubry et Rau, p. 187. Hue, no 359. Baudry—Lacantinerie no. 2735. Laurent t. XXIX, no. 245. Demolombe. t. XXX, no. 599.

Evlenmein butlanı, ayrılık ve boşanma hakkında bakınız, Srenoble, 19 Temmuz 1888, C. 23 İkinci teşrin 1885, S. 86. I. 179, D. 86, I. 179, D. 862, I. 55.

Kaziyet muhkeme ve otuz senelik müruru zaman hakkındaki kanunî kârineler-de de hüküm aynıdır.

[4] Aubry et Rau, t. VIII, p. 184; Demolombe, t. XXX, no. 580, Hue, t. VIII, no. 357, bis, Laurent, t. XX, no. 290, Baudry — Lacantinerie, 2 edit, obliğ, t. III, no. 2730.

Yemin edebilmek için uyuşmağa ehil olmak lâzımdır. Paris 16 Nisan 1893, gaz. pal. 93, 2, 4, 2, pastie, Toulouse, 25 Mayıs 1885, S. 89. 2. 41.

Bir Avoue hususi bir vekâletname olmadan kati yemin teklif edemez. C. 17 Nisan 1831.



Diğer taraftan, katî yeminde karşılıklı ferağatlar yoktur. Dâva ya kazanılır yahut kayıp edilir. Denilebilir ki katî yemin: 1) şarta bağlı uyuşmadır. Zira yeminin eda edilmesi şartına talik edilmiştir. 2) cebri bir uyuşmadır. Zira kendisine yemin teklif olunan taraf onu kabule mecburdur. Eğer edadan çekinirse hakkını kayıp eder.

Yemin, ancak kendisine teklif olunan kimseye şahsî bir fiilî [1] dolayısıyla teklif edilebilir. MK. 1359.

Yemin ancak taraflardan biri tarafından diğerine teklif olunabilir. Bir üçüncü şahsa teklif olunamaz. [2]

Katî yeminin edası ancak eda edilmesi veya edilmemesi bütün ihtilâfı değilse bile ihtilâflı meselelerden biri hakkında hükmü intaç etmesi gibi katî fiilin mevzuu bahis olduğu zaman emir edilebilir. [3]

Ihtilâfın halli yeminin edasına bağlı olmalıdır. Bu itibarla hâkim tev-

---

Vasiye yemin tevcih edilemez. C. 14 İkinci teşrin 1860. S. 61, I 949 D. I 338. — Lyon, 12 Şubat 1890, D. 91, 2. 247.

Bir Kurumun reisi ancak kurumun uyuşma salâhiyeti dahilinde uyuşabilir. Lyon, 12 Şubat 1890, D. 91, 2. 247.

İflâsta sendik için bakınız: aynı karar Rennes, 29 Mayıs 1858, S. 59. 2. 216.

[1] Hukukî bir mesele dolayısıyla yemin teklif edilemez.

C. 14 Şubat 1898, D. 98, I, 112.

Her fiil, ölüme bağlı arzuların izhar hürriyetini men gibi kullanılacak veya kanunsuz fiiller bile, yemin mevzuu olabilir. Huc t. VIII, no. 360, Laurent, t. XX, no. 250, Baudry—scontinerie, no. 2741 Aubry et Rau, p. 189.

Resmî bir senede karşı ve muhtevasından fazla hususlar hakkında yemin bir resmî memur tarafından resen tesbit edilen hâdiseler hakkında ancak sahtelik iddiasının kabulünden sonra teklif olunabilir.

[2] Dâvada rolü yalnız karısına izin vermekten ibaret olan kocaya yemin tevcih edilemez. Demolombe, t. XXX, no. 587. Laurent, t. XX, no. 238, Aubry et Rau, p. 184, eğer kocanın şahsî bir fiilî mevzuubahis ise yemin teklif edilebilir. C. 10. Mayıs 1842, S. 42, 1. 635.

Adli heyetlere yemin teklif edilemez. Demolombe, t. XXX, no. 588, bir sigorta Şirketi memuruna yemin teklif edilemez. Caen, 30 Haziran 1903, le Drott, 19 birinci Kânun 1903.

Müşterek mirasçı hakkında bakınız: Grenoble. 11 Temmuz 1806 S,chr. Medeni kanun 2275 ve Ticaret kanununun 189. Maddelerinde deriş edilen hallerde, failleri tarafından fiilin bilinip bilinmediğini öğrenmek üzere mirasçılara inanma yemini tevcih edilebileceğini sanıyoruz.

C. 9. ikinci Teşrin 1846. S. 47, I. 45. Laurent, t. XX, no. 249, t. XXXII, no. 516. Huc, t. VIII, 340, Baudry — Lacautinerie, 2738. muhalif rey: Aubry et Rau, p. 188 et 199. Demolombe, t. XX no. 606.

Dul kadınlar ve küçük mirasçıların varisleri hakkında da aynı hüküm ceridir.

[3] Fiilin ihtilâflı mesele üzerinde katî tesiri olması lâzımdır. Paris, 5, birinci Kânun 1895, Gaz, Palais, 96. I, 222.

Laurent, t. XX, no. 254. Baudry — Lacautinerie no. 2739, Demolombe, t. XXX, no. Aubry et Rau, p. 187.

Yemin bu neticeyi katî ve mutlak surette elde edebilecek şekilde teklif edilmiştir. C. 5 et 12 Mayıs 1852, 7 ikinci Teşrin 1893, 13 Mart 1900, D. 1900. I. 264.

cih edilen yemini emir etmemek salâhiyetini haizdir. Bu husustaki salâhiyetleri mutlaktr. [1]

Medeni kanunun 1360 inci maddesine göre «her vaziyette ve hattâ taallük ettiği dâva veya defi hakkında bir mukaddimeci beyyine olmasa dahi yemin tevcih edilebilir.» [2] MK. 1347, 1364.

İhtilâflı mevzu hakkında hüküm verildikten ve bu hüküm katileştikten sonra artık yemin tevcihi mümkün değildir. [3]

Şimdi de medeni kanununun 1361 ve 1362 inci maddelerini gözden geçirelim:

Madde 1361: «Kendisine yemin tevcih olunan ve bu yemini eda etmiyen veyahut hasmına tevcih etmiyen kimseye yahut kendisine yemin tevcih olunan ve onu ret eden hasım dâva veya defi hakkını kayıp eder». [4] M. K. 1358, 1368.

[1] C. 2 Şubat 1819, 13 Nisan 1829, 15 Şubat 1832, 6 Ağustos 1856, I Mart 1809, 6 Şubat 1860, 21 ikinci Teşrin 1861, 17 Mart 1862, 17 ikinci Teşrin 1862, 31 birinci Teşrin 1893, 13 Şubat 1900, S. 02, I, 7; I Ağustos, S. 01. 23, I ikinci Kânun 1908, D. 05, I, 75, Rög. 18 birinci Teşrin 1909, Gaz. 21, Birinci Teşrin 1908, chr. 7 Şubat 1899, Recueil, Gaz. Trib. 99, I. 491. Muhalif karar: Bostia, 12 Nisan 1864, S. 64, 2, 189, D. 64, 2, 88.

[2] Aşağıdaki iki istisna haricinde yemin her türlü kaza mercileri önünde ve hatta hâkim huzurunda tevcih edilebilir:

1) İdari Keza, Şurayı Devlet 29 ikinci Teşrin 1851, S. 52. 2. 154, Dalloz, ve obligations, 5208,

2) Ceza Mahkemeleri. Demobombe, t. XXX, no. 576, Baudry—Lacantinerie, no. 2745. Fakat, başkasının arazisinde izinsiz avlanmak suçlu ile maznun kimseler kendilerine izin verilmiş olduğunu iddia ettikleri vakit arazi sahibine kafi yemin tevcih edebilirler. Caen, 14 Mart 1892, Le Droit I Nisan 1892.

Yemin ilk mahkemede veya istinafta da tevcih olunabilir. Aubry et Rau, p. 190, Laurent, t. XX, no. 255. Baudry — Lacantinerie, no. 2746.

[3] C. 22. Ağustos 1822, S. chr. D. Ve obligations, 5194—4.

Duruşma mahiyetinde, muhakemenin karara kaldığı zamanda da yemin tevcih olunamaz. C. 22 birinci Kânun 1820, D. ve Conclusions, 57—3. Müddeiummi esas hakkındaki mütalâa ve Bourges, 27 ikinci kânun 1845, D. V. obligations, 5259—3.

[4] Medeni kanunun 1361 inci maddesine tevfikeyen kendisine yemin teklif olunan kimse yemini eda veyahut ret etmekle mükelleftir. Aksi takdirde dâvasını kayıp eder. Fakat kendisine tevcih edilen bir suale açıkça cevap vermezse verdiği cevabın bir ret telâkki edilip edilmiyeceğini mahkeme takdir eder. Bilhassa, yemin bir mahkeme huzurunda değil de bir Fransız konsolosluğunda eda edildiği takdirde, kendisine yemin tevcih olunan kimsenin suale hemen aynen cevap vermek mecburiyetinde olduğunun kendisine hatırlatılmış olduğu muhakkak değildir. Bu takdirde, yemine kullanılan tabirler samimi olmayışı veya suiniyete hamledilmiyeğinden edilen yemini tesirsiz saymak ve yeniden bütân sarahatı ile yemin ettirmek lâzımgelir.

Trb. Civ. de la Seine, 27 Şubat 1911, gaz. 29 Eylül 1911.

«Bu parayı aldığımı hatırlamıyorum», sözlerinin yemine muadil olduğuna hükmedilmiştir. Besançon, I Şubat 1856, S. 56. 2, 95, D. 56, 2. 86.

Bu maddenin metni, şerhe lüzum göstermiyecek kadar açıktır.

«Bu taahhüdü hatırlamıyorum» «bu akdi yaptığımı söyleyemem» sözleri; dâvada vaziyetlere göre yeminden çekinme mânasına gelebilir. [1]

Madde: 1362: «yemine mevzu olan fiil taraflardan birinin fiili olmayıp, kendisine yemin teklif olunan kimsenin tamamen şahsi bir fiili ise yemin diğerine ret olunamaz» MK. 1359.

Yeminin hasma reddi; kendisine yemin teklif eden kimsenin bizzat yemin etmesini istemektir. Yeminin reddi için de aynı şartlara ibtiyâç vardır. Bilhassa, kendisine yemin reddolunan kimsenin ehliyeti ve uyuşma salâhiyeti olmalıdır. [2]

Kendisine yemin ret olunan kimse tekrar yemini diğerine ret edemez. [3] Aksi takdirde yemin namütenahi bir şekilde ret olunur gider.

Yemini edadan veya reddeden çekinme zımnî ikrar mahiyetindedir. Ve yemin eda edilmiş gibi hükümler husule getirir. [4]

Diğer taraf katî yeminin yalan yere olduğunu ispat edemez [5] MK. 1963 Fakat Müddeiumumi, medeni kanunun 1341 ve 1317 inci maddeleri müstesna olmak üzere, yeminin yalan yere olduğunu ispat ederek yalan yemin eden kimsenin cezalandırılmasını talep edebilir. [6]

[1] C. 8 Yahut 9 Haziran 1863, S. 63. I. 437, D. 63. I. 468; fakat, parayı aldığı hatırlamıyorum, sözlerinle yemin mânasına geldiğine hükmetmiştir. Besançon, I Şubat 1856. S. 56. 2. 95. D. 56. 2. 86.

[2] Baudry — Lacantinerie, no 2750 et suiv.

[3] Demolombe, t. XXX, no. 625. Laurent, t. XX, no 262, Aubry et Rau, P. 163. Baudry — Lacantinerie, no. 2752.

[4] Demolombe, t. XXX no. 629.

[5] MK. 1363; «teklif veya hasma ret olunaa yemin eda edilince, diğer taraf onun yalan olduğunu ispat edemez ..» MK. 1350 V. S. 1358, 1365; CK. 366.

Aubry et Rau, p. 196 et suiv. Demolombe, no. 661 et Suiv. Hue, t. VIII no. 265, Laurent, t. 20, no 275. Baudry — Lacantinerie, no 2753. Yemin edilen husus hakkındaki senetlerin sahteliği iddia olunamaz.

[6] Medeni kanunun 1363. maddesine tevfikân, yemin teklif eden kimse yeminin yalan yere edilmesinden dolayı zarar ve ziyan dâvası açamazsa da Müddeiumumi aynı dâvası açabilir. Aksi takdirde Ceza kanununun 366. maddesi tatbik mevkiî bulamaz. C. 29 temmuz 1910, Gaz. 7 ağustos 1910.

Hukuk dâvasında yalan yemin dolayısıyla açılan ceza dâvasının neticesi ne olursa olsun, yalan yemin sebeble dâvasını kaybeden taraf hükmü bozduramaz. Ve maznundan tazminat isteyemez. Hukuk dâvalarındaki kaziyei muhkeme katidir. Ceza dâvasının mevzuu münhasıran âmmenin menfaatıdır. C. 21 ağustos 1834.

Bu itibarla, katî yemini teklif eden kimse, Müddeiumuminin açtığı âmme dâvasına iltihak edemez. C. 7 temmuz 1843.

İnzibati tahkikat sırasında yalan yere yemin için bakınız: Argers 14 ikinci teşrin 1855, S. 56. 2. 495; D. 56. 2. 28.

Yeminin edası akdi bir mahiyeti haiz olduğu içindir ki yemin akitletin fesih ve iptali hakkındaki bütün sebeplere baş vurulabilir. [1]

Fakat yemin bir hüküm şeklini haiz olduğu için, ancak hükümler aleyhindeki kanun yollarına müracaat olunabilir. [2]

1364 üncü maddeye göre: « yemin teklif veya hasmarret eden taraf diğer tarafın yemini edaya hazır olduğunu beyan etmesinden sonra teklifinden veya reddinden vaz geçemez. » Fakat bu beyan yapıncaya kadar yemin teklifinden vazgeçmek mümkündür. Yemin teklif eden kimse karşı tarafın beyanından evvel ölürse mirasçıları teklifi geri alabilirler.

Tekrar edelim ki, kendisine yemin teklif edilen kimsenin taahhüt altına girmek veya uyuşabilmek ehliyetine malik olması zaruridir. [3]

Teklif edilen kati yemin eda edilince, ihtilâf hal olunmuş demektir. Yeminden tahassul eden delil tecezzi edemez. [4]

1365 inci maddeye göre: « eda edilen yemin ancak onu teklif eden kimse veya mirasçıları leh ve aleyhine delil teşkil eder. »

«Esas borçluya teklif olunan yemin kefilleri de kurtarmaz.»

«Kefile teklif olunan yeminden esas borçluda istifade eder.»

«Müteselsil borçlulardan birine teklif olunan yeminden diğer müteselsil borçlular da istifade eder.», Son iki halde, müteselsil borçlunun veya kefilin yeminin diğer müteselsil borçlular veya esas borçlu lehine tesir edebilmesi yeminin aynı borç hakkında teklif edilmesine bağlıdır. Yemin müteselsil borç veya kefalet hakkında edilmişse diğerleri lehine tesir mevzubahis olamaz.» Bakınız. MK. 1208, 1287, 2034.

Müşterek alacaklılardan biri tarafından teklif olunan yemin alacağının ancak kendisine taallük eden kısmı hakkında borçluyu borcundan kurtarır.

Borçlu tarafından müşterek alacaklılardan birine teklif olunan yemin, diğerleri lehine de delil teşkil eder. [5]

[1] Aubry et Rau, t. 197 Demolombe, no. 664 et suiv. Huc no. 364. Laurent, no. 278. Rion, II birinci kanun 1885. D. 86. 2. 199.

[2] Huc, locut. Demolombe no. 666 Baudry — Lacantinerie, no. 2761.

[3] 86. Sahifedeki nota bakınız.

[4] C. 18 ikinci kanun 1813. Yeminin tamam olmaması veya bir birini nakzeden kelimelerle edilmesi sebeble tamamen reddedilmesi bölünmesi değildir. C. 8 mart 1852. S. 52. I. 393. D. 52. I. 78.

Kati yemin, teklif edenin diğer taleplerini hükümsüz kılar. bu itibarla, bu kimse Hâkimin yemini emir etmeği reddetmesinden sonra hemen esas hakkında karar vermesinden şikâyet edemez C. II ikinciteşrin 1861, S 68. I. 151. D. 61. I. 465.

Keza, esaslı talebi hakkında yemin teklif eden kimse tâli iddialarından vazgeçmiş sayılır. C. 27. Nisan 1853. S. 58. I. 698. D. 58. I. 198.

[5] Demolombe, no. 682. Baudry — Lacantinerie, no. 2768.

Müteselsil borçkullardan biri tarafından alacaklıya teklif olunan yemin diğerlerine karşı ileri sürülemez. [1] Bu hükümler kaziyei muhkeme önünde aynıdır.

2. *Resen teklif olunan yemin* — Medeni kanununun 1366 ıncı maddesine göre, «Hâkim taraflardan birine ya esas hakkında kararını vermek yahut tazminat mahkûmiyetinin miktarını tâyin etmek için yemin teklif edebilir.»

MK. 1315, 1341, 1353, 1367, 1716, 1924, HM. UK. 120, TK. 17.

Bu maddeye göre resen teklif olunan yemin iki nevidir.

1) Delillerin kifayetsizliğini telâfi için teklif edilen yemin; buna mütemmin yemin denir.

2) Dâva mevzuunun kıymetini tâyin için teklif edilen yemin; buna da miktar yemini denir.

a) *Mütemmin yemin* — Mütemmin yemini Hâkim bizzat taraflardan birine teklif eder. Bu yeminin gayesi dâva neticesinde verilecek hükmü tâyin etmektir. Mütemmin yemin ancak fiili bir mesele hakkında teklif olunabilir. Hukuki mesele hakkında teklif olunamaz. [2]

Hâkim yemin teklif etmek salâhiyetine malik olduğu zaman, umumiyetle kendisine en çok hüsnüniyetli görünen tarafa teklif eder.

Eğer her iki taraf da aynı derecede hüsnü niyetli görünür ve ibraz ettikleri deliller bir birini müsavi derecede cerh ederse hüküm dâvacı talebini ispat edemediği için yemin teklif etmeğe değil fakat iddiayı ret etmeğe mecburdur.

Eğer deliller müsavi değilse Hâkim delili baha kuvvetli olan tarafa yemin teklif eder.[3]

Mütemmin yemin bir uyuşma yemini değildir. Bu bir tahkikat muamelesinden başka bir şey değildir. [4]

[1] Duranton, t. XIII, no. 605.

[2] C. 14 Nisan. 1898, S. 1902. 1. 12. D. 98. 1. 112.

[3] Eğer her şey müsavi ise dâva olunana yemin teklif edilmesi doğru olur. Aubry et Rau, p. 361. Demolombe, no. 708 et suiv, Laurent, no. 292. Baudry — Lacantinerie, no 2772 — Kanun tarafından taraflardan birinin tâyin edilmesi hâlf müstesnadır. TK. 17 Bir talebin ispat edilememesi hâlinde dâva olunanın inkârı müdafaası için kâfidir. Bu itibarla mütemmin yemini dâva olunana teklif eden hâkim dâvacı aleyhine hareket etmiş sayılmaz C. 8 Mayıs 1855.

[4] Demolombe, no 692, 711, Laurent no 296. Aubry et Rau, p. 362. Mahkeme yemin teklifi kararla bağlı değildir, bu kararını geri alabilir. C. 10 birinci kanun 1823, S. Chr.

Hattâ yemin edildikten sonra bile, hâkim hilâfına karar verebilir. Demolombe, loc. cit.

Teklif olunan tarafın yemini edandan çekilmesi hâlinde bile hâkim onu mahkûm etmek mecburiyetinde değildir. Hue, t. VII, no. 371, Aubry et rau, p. 262.

Mütemmin yemin 1367 inci maddedeki iki şart tabakkuk ettiği takdirde teklif olunabilir. Bu şartlar da şunlardır. İddia veya defin haklı olduğunun tamamen ispat edilememesi ve tamamen de delilden mahrum olmamasıdır. [1] Mütemmin yemin tek başına bir delil olmayıp tam bir ispat kudretine malik değildir. Ancak kâfi olmayan delilleri tamamladığı nisbetinde ispat kudretini haizdir. Taraflardan birine hâkim tarafından teklif edilen yeminin edasında diğer tarafın itirazsız ve kayıtsız hazır bulunursa bu hazır bulunuşun yemin teklif eden karara muvafakat mânasına geldiğine hükmedilmiştir. [2] Eğer ihtilâf mevzuu 150 franktan fazla ise, mütemmin yemin de şahadet hakkındaki hükümlere tâbidir. Yarı yazılı mukaddimeî beyyine olmadan mütemmin yemin teklif edilemez.

Bu ihtimalde, basit karineler kâfi sayılmamakta ve mecburi olan ve takviye ile mükellef oldukları yazılı mukaddimeî beyyine yerine geçememektedirler. [3]

1367 inci maddenin aradığı şartların tüccari mevadda zaruri bulunmadığını hatırlatmak lâzımdır. Mütemmin talepler hakkında teklif olunan yemin kati değil mütemmin yemindir.

Yemin teklif olunan mevzuun tarafın şahsi fiili olması zarurideğildir. Onun bildiği bir fiil olması kâfidir. [4].

Yeminin yalan olduğu iddia ve ispat olunabilir. Laurent, no. 297 Aubry et Rau, p. 363. Demolombe, no. 713.

Mütemmin yemin kuvvetini hükümden alır. İstinah üzerine istinaf mahkemesi yeminin yalan yere edildiği sabit olmasa bile hükmü ıslah edebilir. Aubry et Rau, p. 363. Laurent, no. 297.

[1] MK. 1367: "Talep ve defi hakkında hâkimin yemin teklif edebilmesi iki şartla bağlıdır: 1) iddia veya defi tamamen ispat edilmemiş olmalıdır. 2) iddia veya defi delillerden tamamen mahrum olmamalıdır.

Bu iki hâl haricinde, hâkim dâvayı kabul veya reddetmeğe mecburdur., C. 15. Nisan 1885, S. 87. 1. 315; D. 85. 1. 413.

[2] C. 15 Temmuz 1902, Drot 1902. 1. 430.

[3] Bu hususta bakınız: C. 10 Mayıs 1842, S. 1842. 1. 635; D. 42. 1. 223; 24 Temmuz 1845; 1865. 1. 405; D. 1865; 1463; 6 Haziran 1883, S. 1883. 1. 342; D. 1883. 1. 454; 10 Şubat 1896, S. 1896. 1. 72; D. 1896. 1. 351. Besançon, 29, Haziran 1892, D. 1892, 2, 555, Fuzier — Hermann, Code Civi. annoté, art. 1366, no 9. Toullier, t. X, no 407, et. 408, Laurent, t. xx no 235 et suiv. Aubry et. Rau, t VIII, § 767, Demolombe, t. xx, no 693, Baudry — Lacantinerie, t. II, no 1326. Fuzier — Hermann, Rép. no. V. Serment, no 238 et Suiv.

Basit iddialar kâfi değildir. meğerki ibraz edilen senetler muhteviyatı aleyhine yazılı mukaddimeî beyyine yahut kati, sarih ve birbirini tutan karineler veya hile iddiası ileri sürülmüş olsun. Akitlerde mahal ve zaman ayrılığı ne taraflar ve ne 12 Mart 1900 tarihli kanun ve ne de müşterek hukuk tarafından istenilmediğinden imzaların aynı mahalde atılmaması hile karinesini teşkil edemez. Paris (9.ch.) 24 juin 1908. Gez 9 Eylül.

[4] C. 14 şubat 1898, D. 98. 1. 112.

Mütemmim yemin mütemmim bir delil temini gayesile teklif edildiği için katı vakıalar hakkında teklif edilmemek icabeder. [1]

Mütemmim yeminne idare [2] ve nede Ceza [3] Mahkemelerinde teklif edilmez.

Eğer kendisine mütemmim yemin teklif olunan kimse sorulan suale hakikata muğayir olarak menfi cevap verdikten sonra ilâve ettiğikelimelerle menfi cevaba bazı tahditler vazederse yalan yemin maddi fiili ispat edilebilir. Fakat cürmi kast hakkında şüphe mevcuttur. Bundan maznun istifade etmelidir. [4]

1368 inci maddeye göre: „Hâkim tarafından taraflardan birine resen teklif edilen yemin diğer tarafa ret edilemez.“

b) *Miktar yemini*: 1369. uncu maddeye göre Hâkim taraflardan birine mahkûmiyetin miktarını tâyin hususunda da yemin teklif edebilir. [5]

Bu yeminin teklif edilebilmesi için istenilen meblâğın miktarının başka suretle tâyin ve tesbitine imkân olmaması lâzımdır.

Bu yemin, zaruri tevdi (yangın, subasması), yolcuların oteleilere tevdi, hırsızlık, kayıp, tefecilik, Vasinin Defter tutması gibi hallerde teklif edilir.

Hâkim miktar yemininden önce tevatur beyyinesine de baş vurabilir. [6]

---

Katı yeminden farklı olarak, mütemmim yemin, yemin edecek tarafa yabancı şahsi olmayan fiiller hakkında da teklif edilebilir. 1359. madde'nin tahdidi hükümleri hâkimin resen teklif ettiği yemine teşmil etmemelidir. C.8. birinci kânun 1832, S. chr.

Mütemmim yemin dâvada alâkası yalnız karısına izin vermek olan kocaya da şahsi fiili hakkında teklif edilebilir. C, 10 mayıs 1842.

[1] Laurent, no 201, Demoloabe, no. 703, Baudry — Lacantinerie, no. 2776, Aubry et Rau, p, 362.

[2] Baudry—Lacantinerie, no. 277; aksi fikir Cabantons, P. 290, Bazille procéd. adim. p. 123.

[3] Tazminat dâvası ceza dâvasından ayrı olarak hukuk mahkemesinde açılmış ise hâkim resen yemin teklif edebilir. Larombière, t. VII, p. 371. Baudry—Lacantinerie, loc. cit.

[4] Caen (ch. corr.) 7 şubat 1906, Gaz. 30 Eylül 1906.

[5] MK. 1369: "iddia olunan şeyin değeri hususunnaki yemin hâkimin dâvacıya yemin teklif edebilmesi, bu değerın başka suretle tâyiniüne imkân olmamasına bağlıdır.

Hâkim bu takdirde miktarı tâyin için dâvacıya yemin teklif etmeğe mecburdur. „ HMUK. 120 V.S.

[6] Derece hâkimt miktar yemininden başka delil olmadığı hususunu serbesçe tâyin ve takdir eder. Taraflar açıkca istemiş olsalar bile hâkim bu yemini teklif etmeğe mecbur değildir. Garsonnet, t, II, P 603. Tevatur beyyinesi hakkında 54. sahifeye ve 2 numaralı nota bakınız.

Yemin, Eşyanın hakiki kıymeti hakkında eda edilmelidir. [1] Mütemmim yemin gibi, miktar yemini de bir tahkikat vasıtasıdır. [2]

3. *Yeminlerin eda şekli.* — Hukuk Muhakemeleri usulu kanununun 120 ve 121 inci maddeleri yeminin ne şekilde eda edilceğini göstermektedir. [3]

Bu hükümlerin tatbik edilmemesi butlanı mucptir.

Yemin bizzat eda edilmelidir. Mümessil veya vekil yemin edemez. [4]

Herkes yemini kendi dininin icaplarına göre eda etmek hakkını haizdir. [5] Dinsizler müşterek hukukun tayin ettiği şekil dairesinde yemin ederler. Fransız Mahkeme içtihatlarına göre mütemmim yemin yalan olduğu gerek yemin edilen mahkemedeki hükme kadar ve gerek bu hüküm aleyhindeki kanun yolunu takviyede ispat edilebilir. [6]

[1] Yeminden sonra, hâkim yemine mevzu olan değerın ehemmiyetini tadil edebilir. Demolombe, P. 729. Huc, no. 372, Laurent, no. 304 Aubry et Rau, P. 365. Baudry — Lacantinerie, no 278. Bu tadil istinaf Mahkemesince de yapılabilir.

[2] Laurent, no. 304.

[3] HMUK. 120: "Yemin emir eden kararda hangi fiiller hakkında yemin ettirileceği tasrih edilmelidir., HMUK, 55, 121, 470, MK. 1357, ve. ŞÇK. 366.

Bu fiillerin vakularının izahı sırasında zikredilmesi kâfidir. Turin 20 şubat 1808. HMUK 121: yemin duruşma sırasında ve yemin edecek kimse tarafından şahsen edilir. Meşru maserat halinde yemin mahkemenin tayin edeceği hâkim huzurunda evde de eda edilebilir. Zabıt kâtibinin hazır bulunması şarttır.

Eğer yemin teklif olunan taraf çok uzakta ise, bulunduğu mahal mahkemesi huzurunda yemin etmesine karar verilebilir. C. 17 şubat 1836. S. 86. 1. 412.

Her halde yeminin edasında diğer taraf hazır bulunur yahut hazır bulunmasa bile Avue tarafından davet etmiş olmalıdır. avue yoksa yemin gümrü bildiren bir davetiye ile çağırılmış olmalıdır., HMUK. 120, 284. 1635, MK, 1357 ve. S. CK. 366.

[4] Nazariyat ve İctihat bu hususta takerrür etmiştir.

[5] Fakat kaide olarak, herkes umumî şekilde yemin etmekte serbesttir. Kimse başka şekilde yemin etmeğe icbar edilemez.

Mevzuatımız tarafından kabul edilmiş olan yemin şekli şudur. Sağ el kaldırılır ve hâkim huzurunda "yemin ederim," denilir.

Juri azalarının yemini hakkında bakınız: CMUK 312, Şahiller hakkında, CMUK 317.

[6] Larombière (art. 1367, 1368, no. 25); Garraud (p. V, no 2038); Aubry et Rau (t. VIII, § 767). istinaf hâkimi mütemmim yemin ile bağı değildir. Yeminin yalan olduğunu ispat etmeden birinci derece hâkiminin kararını ıslah edebilir Larombière (art. 1367 et 1368 no. 21); Aubry et Rau (t. VII, 767). Baudry — Lacantinerie (t. II, no 1328.)



## ÜÇÜNCÜ BAP

Yazılı delil: Resmî senetler, hususi mektuplar, âdi senetler, istiktap, tüccar defterleri, hatıra defteri, hususi notlar, çetele yahut nümunelik. Asıl nüshalar, suretler. Tekidi senetler. Asli senetler. Gayrimenkule istihkak dâvaları delili.

### YAZILI VEYA ÖNCEDEN HAZIRLANMIŞ DELİL

#### Birinci bölüm

RESMÎ SENETLER. HUSUSÎ MEKTUPLAR. HUSUSÎ SENETLER. İSTİKTAP

#### *Yazılı delil hakkında umumî mülâhazalar.*

Yazılı delil, tarafların veya taraflardan birinin yazılarından ibaret olan delildir. Bu yazılar muhtelif mahiyette olabilir. Şöyle ki: resmî senetler, hususî mektuplar, hususî senetler, hususî notlar, hatıra defterleri, ticaret defterleri. Yazı, bilhassa isbat vasıtası olmak üzere tanzim edildiği takdirde «senet» adını alır.

Delillerin en iyisini teşkil eden bu senetlere ÖNCEDEN HAZIRLANMIŞ delil adı verilir. [1].

Hukukî bir vakıa [2] her türlü yazı ile ispat olunabilir.

Yazılarda riayet olunan sıra «tertip, nizam», ne hakkın, ne de iradenin illetine manî ve müessir değildir. Çünkü senetlerde muhafaza edilen tertip nazara alınmayıp, yapılan şeyin hukûkan doğru ve esaslı olup olmadığına bakılır. [3]

Bir senet, senetlerin usulüne uygun bir surette tanzim edilmiş sayılacağı hakkındaki mantikî karine mucibince, onu ibraz eden lehine bir karine teşkil eder. Senedin iptalini isteyen onun bozuk tarafını ispatla mükelleftir. [4]

[1] Senetler, asıl ve suret; asıl ve tasvitname diye de ayrılır. Senedin hüküm ve tesiri bu taksime göre tahavvul eder. Baudry — Lacantinerie, t. III, No. 2068.

[2] Daha ilerde 156 — 157 inzi sahifelerde bir hukukî vakıa nedir göreceğiz.

[3] Ordo scripturae non impedit causam juris ac voluntatis, L.77, 2 de Legatis. Nec enim ordo scripturae spectatur, sed potius ex jure sumitur id quod agi videtur. L.6, tit. de solut.

Fiunt enim de his scripturae ut quod actum est per eas facilius probari possit, et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem, Pothier, DES OBLIGATIONS, NO. 695.

[4] Duranton, t. XIII, No. 15. Demolombe, t. XXIX, No 222. Thiry, t. III, p. 139. Planiol, t. II, No. 59 vs.

Sarahaten dermeyen olunan senetleri bertarf etmek için esasa karar veren hâkimin, dâvada ibraz edilen senetlerin gayetî kâfi olduğu yolunda bir kararla iktifa etmesi kâfi değildir. Bu mucip sebep pek müphem olduğundan Temyiz mahkemesi hukukî murakabasını kullanmak imkânını bulamaz. C. 19 Şubat 1889, S. 89, 1. 208; D. 89. 1. 347.

Resmî senetler, hususî senetler, ilâ.. meselelerini sırasıyle tetkik edeceğimiz, ancak hususî senetlerden önce hususî mektuplar meselesini incelemeyi müvafik buluyoruz.

Bu mektuplar ticaret kanununun yalnız iki maddesinde bahis mevzuu edilmektedir. ( M. 8 ve 109 ).

Hususî senetlerle meğgu olurken istiktap meselesinden bahis edeceğiz. Istiktap hususundaki kaideler hususî bir mektubun menşei inkâr olunduğu zaman dahi tatbik olunur.

## BİRİNCİ FASIL

### RESMÎ SENET

Medeni kanunun 1317 inci maddesi resmî senedi şöyle tarif eder: «Resmî senet, senedin tanzim edildiği yerde senet tanzimine selâhiyetli resmî sıfatı haiz kimseler tarafından, icabeden şekil ve merasimle yapılan senettir.»

Resmî senet hakkındaki bu tarif çok dar telâkki edilmelidir. [1]

1318. maddeye göre „senedi tanzim eden kimsenin [2] selâhiyetsiz veya ehliyetsizliği veya bir şekil noksanı sebebiyle resmî mahiyeti haiz olma-

[1] Resmî senet tâbirindên şunları anlamak lâzımdır; 1) kanunlar, nizamnameler; 2) muhtelif idarî makamlardan sadır olan tasarruflar; 3) resmî sicillerde yazılı muameleler (ahvalî şahsiye sicilleri, ipotek muhafızları sicilli ); 4) transit tezkereleri; 5) nafia işleri şartname ve keşifnameleri; 6) vazifesinin ifası zımında belediye reisi tarafından yazılan mektuplar; 7) medeni kanunna 88 ilâ 98, 98 ilâ 1001. maddeleriyle 10 fructidor XI yıl tarihli kanunun 2 inci maddesinde derpiş edilen şartlar dahilinde tanzim edilen senetler; 8) hâkim ve müddeumumilerden sadır olan adli tasarruflar; 9) diplomatik vesikalar; 10) noter senetleri, 110, 25 ventôse XI yıl tarihli kanun ve koyduğu kaidelere bak; 11) celpname, tebliğnameler (mübaşirler tarafından tasdik ve teyit olunan hususlar bakımından); 12) bütün taraflarca bir noter yazıhanesine tevdi olunan hususî senetler; 13) vukuf ehli raporları, aşağıda 152. sahifeye bak.

Mememurlar veya resmî sıfatı haiz kimseler tarafından vazifelerinin ifası sırasında resmî evrakta yapılan sahtekârlık ceza kanununun 145, 146 maddelerine göre, diğer şahıslar tarafından yapılan sahtekârlık ise aynı kanunun 147. maddesine göre cezalandırılır.

2. Şu noktaya işaret etmek icabeder ki resmî senetler, ancak vazifesi dahilinde ve selâhiyet dairesinde hareket eden bir memur veya resmî sıfatı haiz kimse tarafından tanzim edilmiş olmak şartıyla resmî senet mahiyetini ahırlar. Demolombe, ciet XXIX, N, 234, 236, 259. Laurent, T. I X, N. 108, 112, 126. Aubry ve Rau, t. VIII s. 199 ve. Baudry — La continerie ve Barde, t. III N. 2070; huc, t. VIII. N. 225. C. 25 İkteşrin 1813, S. chr. 26 İkincikânun 1870, S. 70, 1, D. 71.1, 101, 20 İkincikânun 1874, S. 74. 1. 110 D. 74. 1. 171. 24 Nisan 1901, D. 1. 1. 444.

Resmî sıfatı haiz kimse senedi tanzim sıfat ve selâhiyetini haiz değilse, bu senet esastan batıl olup hususî bir yazı hükmünde değildir. Hue N. 227 Baudry—Lacontinerie, No. 2106, Laurent, No. 123. Aubry ve Rau, p. 218. Demolombe, N. 259.

yan senet, taraflarca imzalanmış olduğu takdirde, hususî senet hükmündedir.» [1] .

Filhakika, ancak şekle tâbi bir mukavele bahis mevzuu olduğu nisbette yahut taraflar akdin teşekkülünü resmî senette tesbit edilmiş olması esas şartına tâbi tuttukları takdire, resmî senedin butlanı aktin butlanını intaç eder.

1319. maddeye göre [2] resmî senet, sahteliği ispat edilinceye kadar [3], her türlü ikrar veya tarafların imzasının mukaddem tahkikinden müstakil olarak, tamamen muteberdir. [4] Taraflar, tarafların mirasçıları ve hukukan halefleri hakkında olduğu gibi, mirasçılar hakkında da tesbit ettiği akdin vücudunu tevsik eder.

Resen ikame olunan sahtekârlık dâvası; hem sahteliği iddia edilen vesika, hem de bu vesikayı tanzim eden veya onun tanzimine her hangi bir şekilde yardım eden ve vesikayı kullanan kimse aleyhine açılır.

Dâvayı hâdise olarak açılan sahtekârlık dâvası yazısının (veya imzasının) sahteliği iddia edilen bir vesikaya taallük eder; ancak, bu vesikayı kullanmak istediğini beyan eden kimsenin, bu vesikanın faili olmaktan dolayı sureti mahsusada ittiham edilmesine hacet yoktur. [5]

Sahtelik dâvasında, hukuk muhakemeleri usulü kanununun 218 inci maddesi mucibince mahkeme zabıt kâtipliğine vaki beyan esaslı bir mersim teşkil eder.

Şu halde, böyle bir beyan yapılmamış ise, bir taraf hasmı tarafından ibraz edilen bir vesikanın sahteliğini iddia etmek istediğini ileri sürerek

[1] Bu senedin M. K. nun 1325 ve 1326. maddelerindeki şartları haliz olması zaruri değildir. 10 İkkânun 1884, S. 85. 1. 166, Douai, 13 Nisan 1902. D. 8.1 66; S. 85. 1. 166.

Fakat üçüncü şahıslara karşı bu senedin tarihi ancak 1328 inci maddenin şartları dahilinde mevsukiyet kazanır. Laurent cilt. IX, No. 284. Demolombe, cilt XIX, No. 248.

[2] 1319 uncu madde: “Resmî senet ihtiva ettiği akti, akit taraflar ve mirasçılarını veya hukukan haleflere karşı tevsik eder., bununla beraber resen ikame olunan sahtekârlık dâvasından dolayı şikâyet edildiği zaman, saht-kârlığı iddia edilen senedin ifası infaz ittihamname tanzimi üzerine talik olunur; arzı olarak yapılan sahtekârlık iddia edildiği zaman mahkemeler hal ve şartlara göre, senedin ifasını muvakkaten talik edebilecektir. K. M. M. 457, 901, 1165, 1167, 1310, 1317, 1320, 1322, 1341, 1353, usul kanunu m. 214 vd. 229, 250, 448.

[3] Hukukşinaslar resmî senede Probationem probatam sıfatını vermişlerdir. Duinoulin şöyle diyordu: Acta publica probant seipsa. Cout. de Paris, tit 1.6, No. 9.

[4] Huc, No. 228. Demolombe, No. 271. Laurent, No. 134. Aubry et Rau. p. 209 vd. 19 İkkânun 1877, S. 78. 1. 169.

[5] Medeni hukuk bakımından dâvayı hadis olarak açılan sahtekârlık dâvası hakkında bak: Hukuk muhakemeleri usulü kanunu M. 214 vd. Ceza hukuku bakımından sahtekârlık hakkında ceza muhakemeleri Usulü K. nun 448 vd.

mahkemelerden ihtilâfın esası hakkında verecekleri hükmü tehir etmesini talabeyleyemez [1].

Bir mahkeme kararında teyit edilen husus, resmî senette yazılı açık ve katî bir husus ile açıkça ve mutlak surette tezkip edilmekte ise, KM 1319 mucibince bir temyiz sebebi mevcuttur.

*Resmî senedin tanzimine iştirak eden tarafların durumu:*

Resmî sıfatı haiz memurun tesbit etmesi vazifesi cümlesinden bulunan bususlara ait beyanları (senedin tarihi, tanzim yeri, merasimin ifası, tarafların aldığı sıfatlar, tarafların beyanları, imzaları) aleyhine ancak sahtelik iddiası yoluna g dileyebilir [2].

Fakat bu memurun, şahsi tahmin ve hükümleri [3] veya havassile idrak ettiği hususlar, meselâ vasiyet edenin aklen salim olduğuna müteallik şahadet gibi [4], bu hükme tâbi değildir.

Bu tahmin ve hükümler, ancak hilâfı ispat edilinceye kadar muteber olur.

Tarafların, senedi tanzim salâhiyetini haiz kimsenin huzuru haricinde senette tesbit edilen akdi tadil eder mahiyette kabul ettikleri fer'i kayıtlar alelâde vasıtalarla ispat olunabilir [5].

Umumiyetle bir senet (ister resmî ister hususi olsun), akdin esaslı unsurlarından başka, alelâde *beyan ve ifadeleri* ihtiva eder.

Tasarruf ile doğrudan doğruya ilgili işler bu beyanlar da taraflar ve üçüncü şahıslara karşı muteberdir. Madde 1326 [6]

Medenî hukuk bakımından "incident,, dâvayı hadis olarak açılan sahtekârlık bahsinde hâkimler eblî vükufa müracaat etmeksizin kendi bilgilerle ihtilâfı halledebilirler. C. 23 Ağustos 1884, S. 36 I 770. 10 Nisan 1883, S. 38 I. 535.

[1] Mustakar içtihat, bilhassa Civ. C. 30 Temmuz 1913 e bak.

[2] C. 22 ilk Teşrin 1902. D.O 2. I. 496. 18 ilk Teşrin 1904, S. 04. I. 512 Cpr. C. Belgique, 10 Şubat 1898, D. 1900 2. 53.

[3] Huc, No, 228. Laurent, No 132. Demolombe, No. 271

[4] C. 14 Şubat 1828, S. chr. 5 Temmuz 1888. 23 Temmuz 1895, S. 96. I. 176; D. 96. I. 198. 21 Şubat 1898. D. 18. I. 160; S. 98. I. 312. 26 son Teşrin 1901. D. 02. I. 45.

[5] C. 4 ilk Kânun 1888, S. 90, I. 81.

[6] Madde 1320: "Gerek resmî, gerek hususi senet, ihtiva ettikleri alelâde beyanlar bakımından dahi taraflar arasında ihticaca salihdir, şu kadar ki beyanın tasarrufta doğrudan doğruya alâkalı olması şarttır. Tasarruf ile alâkası olmayan beyan ve ifadeler yalnız bir mukaddimei beyyine hükmündedir., C, Civ. 1841, 1847.

Tasarruf ile alâkası olmayın beyanlara gelince, bunlar ancak bir mukaddimei beyyine olarak kullanılabilir.

Bu esas hem yeni senetler, hem de eski senetler için caridir [1].

Yazılı bir mukaddimei beyyine mevcut olduğu takdirde tarafların beyan ve akıtlarının samimiyet ve ciddiyeti hilâfı ispat edilmek suretile çürütülebilir [2].

Hiyle bahis mevzuu olduğu takdirde her türlü delil ile hiyle ispat ve resmî senet çürütülebilir.

Muvazaa hususunda da vaziyet aynıdır [3].

Zahiri ve aleî bir muamelenin, kısmen veya tamamen muvazaalı bulunduğu bazan bir muvazaa senedinin yardımıyla tesbit olunur.

*Taraflar arasında muvazaa bir akittir.* Şu halde faiz 150 Frangı aşığı takdirde, bu akıt yazılı beyyine ile ispat edilmek icabeder. Fazla olarak, muvazaa ile hükümsüz bırakılmak istenen zahiri ve aleî muamele dahi yazılı şekilde tesbit edilmiş ise, ihtilâfı faiz haddi ne olursa olsun, bu akdin de daima yazı ile ispatı gerekir.

Bu kaideler tarafların hukukan haleflerine tatbik olunur mu? Başka tâbirle, tarafların hukukan halefleri gizli muvazaa senedini sahitle isnat edebilir mi?

Tahriri bir mukaddimei beyyine ibraz ettikleri takdirde bu suale müsbet cevap vermek tabiidir.

Tarafların hukukan halefleri hattâ alelâde (yani rehinsiz veya müsadak senetsiz) alacaklıları üçüncü şahıs hükmünde olup gizli muvazaa senetleri bunlara karşı dermeyer olunamaz.

[1] Cpr. Baudry — Lacantinerie, No.2083. Demolombe, No. 292 vd. Huc, No. 231 Aubry ve Rau, sh. 214 vd. Laurent, No. 173.

Resmî bir senedin üçüncü şahıslara karşı ihtiva ettiği beyanlar bakımından değil, yalnız tesbit ettiği akıt bakımından muteber olduğu hususu da karar altına alınmıştır. C. 21 ikinci Kânun 1857.

[2] C. 12 ikinci Kânun 1882, 26 Haziran 1883 ilâ *müstakar içtihat*.

[3] Resmî senede karşı daha önce sahtelik iddiası dermeyer edilmeden muvazaa dâvası açılabilir.

Filhakika, resmî senetlere karşı beslenen inan, bu senetlerin ihtiva ettiği akıt, tasarruf ve beyanların sırf muvazaa telâkki edilebilmesine mâni değildir.

Muvazaalı olmasından şüphe edilen bir senede karşı sahtelik iddiasında bulunmaya hacet yoktur; bu yola ancak, muvazaalı bir akitten tamamen farklı bulunan, sahte bir akıt mevcut olduğu zaman muracaat eylemek zarureti vardır. Dumoulin, Nivernais adetleri meclisinin 31 fâsh, 3 madde Merlin, Simulation, I er. Aşağıda (Hukuki naslar, misaller, kısmında *muvazaa* kelimesine bak.

Vakıta, resmî senet, resmî senedi tanzime memur kimse tarafından yapılan veya bu kimsenin huzurunda cereyan eden fiillerin sahteliği iddia edilinceye kadar ihticaca salihdir. Fakat bu senet aleyhine muvazaa dâvası açıldığı zaman artık bir esas cari olmaz; muvazaa, resmî senetler üzerinde hiylenin yaptığı tesirlerin aynını hasıl eder, ve bilhassa, satış şeklinde yapılan bir senette, Noterin gözü önünde bir miktar para sayıldığıının tesbit edilmesi, muamelenin bir satış mahiyetini taşımadığını ve bil fiil sayılarak verilmiş bulunan paranın ancak kanuna karşı hiyle yapmak için kullanılan dolaptan ibaret olduğunu, tarafların alelâde ispat vasıtalarıyla ispat eylemesine mâni olamaz.

K M nin 1321 inci maddesi bu hususta şu hükmü taşır: «Muvazaa senedi yalnız taraflar arasında hüküm hasıl edip üçüncü şahıslara karşı hiç bir tesiri hâiz değildir.»

Gizli tutulan muvazaa senedi resmî senet veya hususi senet şeklinde yapılmış olabilir. Gizli tir muvazaa senedinden bahsedebilmek için 1. zahiri senette ve gizli tutulan senette tarafların aynı olması lâzımdır [1]. 2. Bu iki senet arasında mubayenet ve tenakuz bulunması lâzımdır [2].

Fakat her iki senedin aynı zamanda tanzim edilmiş olması zaruri değildir. Gizli muvazaa senedi zahiri senetten daha evvel veya daha sonra tanzim edilmiş olabilir. Hukuki veya tüccari mesailde taraflar arasında zahiri senet hariç bırakılarak, gizli muvazaa senedi kelime yerine getirilmelidir [3].

Fakat, söylemeye hacet yok ki, hukuka aykırı bir taahhüde, kanuna karşı hiyleye, ilâ. müteallik olan bir muvazaa senedi *taraflar arasında* (inter partes) bile batıldır [4].

Hatâ ve ikrah bahis mevzuu olduğu takdirde, bu fesat sebeplerini her türlü ispat vasıtalarıyla ispat eylemek ve resmî senedi çürütmek kabildir.

[1] C. 25 ikincikâ. 1864, S. 64. 1. 105, D. 64. 1. 282.

[2] Şu halde mukaddem bir akdi izah, teşmil veya tahdit eden senet gizli tutulan bir muvazaa senedi değildir. Laurent, N. 187. Demolombe, N. 308 vd. Aubry ve Rau, p. 263.

Cpr. Douai. 1 Mart 1851, S. 41. . . 09; D. 51. 2. 189. C. 20 kân. 1876, S. 76 1. 155; D. 78. 1. 430.

[3] Baudry — Lacantinerie, No. 2400. Aubry et Rau, p. 266. Demolombe, No. tarafından bu sıfatla yapılan muvazaa senedi, vesayet altındaki küçüğü ilzam eder. C. 29 Senteş. 1830, S. 31. 1. 27.

[4] C. 10 İkincikâ. 1819, 11 Haziran 1 89, S. 69. 1. 371; D. 73. 1. 158.

Resmî senede karşı beslenen güven, taraflar arasında bile, tarafların muhtemel niyetlerini aydınlatmak ve müphem ve iki mânaya gelen şartlara tefsir etmek için, resmî senette mevcut ifade ve beyanlara mübayin olmayan ve bu beyanları tadil etmeye değil, fakat tefsir etmeye matûf vakıalar hakkında esas hakkında karar verecek hâkimlerin şahit beyyinesini kabul etmelerine mâni değildir [1].

*Üçüncü şahısların resmî senede nazaran durumları:* Üçüncü şahıslar, hiçbir tefrik yapılmaksızın, kendilerine karşı dermeyan edilen resmî senetlerin doğruluk ve mahiyetini münakaşa etmek salâhiyet ve sıfatına maliktir [2].

Bunun gibi, muvazaa senedi mevcut ise, üçüncü şahıslar istedikleri takdirde, bu senet nazara alınmadan zahiri ve aleni muamelenin ifası icabeder. Medeni Kanununun 1321 inci maddesi [3].

## İKİNCİ FASIL

### HUSUSİ MEKTUPLAR

*Hususi mektuplar.* — Medeni kanun mektuplar vasıtasıyla ipstat hususunu derpiş etmemiştir. Bu husus Ticaret Kanununun 10 uncu maddesinde derpiş edilmiştir.

Mamafih tüccari mesailde şabit beyyinesi daima kabul olunur. Alelâde karineler için de aynı esas caridir.

Medeni Hukuk mesailinde hususi bir mektubun çok kere bir delil

[1] Bu babta mahkeme içtihatları ve doktrinin müstakardır.

[2] C. 9 Mayıs 1855. D. 55. 1. 240. 13 Mart. 1861, D. 61. 1. 118. Ve esasen, mukavile onlar arasında hüküm hasil etmez. C. 30 İkinciteş. 1840, D. V. Obligation, No. 307.

[3] Baudry — Lacantinerie. No. 2406. C. 20 Nisan 1863. 8 Mart. 1893. S. 93. 1. 193. D. 93. 1. 943.

Şu kimseler üçüncü şahıstır: Hususi, kısmi halefler (muvazaa muamele yapıldıktan sonra taraflarla muamelede bulunan aynı hak müktesipleri, ipotekli alacaklılar, alelâde alacaklılar, C. 15 Temmuz 1866, S. 1900. 1. 483; D. 97. 1. 460; müfelli veya adli tasviyeye uğrayanın sendik veya tasviye memuru tarafından temsil edilen alacaklılar, aynı karar.

Üçüncü şahısların muvazaa senedine vâkıf oldukları ispat edildiği takdirde bu senet onlara karşı da dermeyan olunur. Huc, N. 232. Laurent, t. XIX, No. 192 Baudry — Lacantinerie No. 2411. Demolombe, No. 347, Aubry et Rau, p. 268. Lyon, 21 Haziran 1837, S. 37. 2. 444.

Bununla beraber, üçüncü şahıs, bunda menfaat görürse, muvazaa senedine istinat edebilir. Huc, No. 284. Laurent, No. 193. Aubry ve Rau, p. 269.

— yahut hiç olmazsa — yazılı bir mukaddimeyi beyyine teşkil edebileceğinden asla şüphe edilemez.

**Mülkiyet.** — Esas itibariyle bir hususi mektubu yollayan kimse, o mektubun maliki olmaktan çıkar ve mektup kendisine yollanan kimse mektubun maliki olur.

Karı koca arasında ayrılık, boşanma, nesebin reddi, velâyet, akıl hastalığı, babalık dâvası hallerinde bu esas, bir dereceye kadar, yumuşar. Babalık dâvasında mektup veya sair hususi yazıların delil telâkki edilmesi için bu mektup veya yazıların iltibasa mahal vermeyen bir ikrar teşkil etmesi lâzımdır. Bu husus bizzat 16 santeşrin 1912 tarihli kanunun linci maddesinin 3. paragrafı ifadesinden anlaşılmalıdır. İkrar bizzat babalık keyfiyetine taallük etmelidir. Babalığı iddia edilen zatın ana ile cinsi münasebetini ikrar etmesi kâfi değildir: Wahl, *La recherche de la paternité d'après la loi du 16 Novembre 1912 (16 Santeş. 1912 tarihli kanuna göre babalık dâvası)*: «Eger ileri sürülen mektuplar veya vesikalar açık bir itirafı ihtiva etmemekle beraber babalığı veya kanuni gebelik müddeti esasında ana ile devamlı cinsi münasebeti ikrara delâlet ederlerse şahitle ispat edilmesi mümkün sair mânalı vakıaların ortaya koyacağı açık, ağır ve uygun karinelerle takviye edilebilen bir yazılı beyyine başlangıcı teşkil edebilirler.»

Koca, vasi, baba, bir akıl hastaları evi müdürü ilâ. tesadüfen ellerine geçen veya mektup sahipleri tarafından kendilerine tevdi edilen mektupları, mahrem mektuplar da dahil, ibraz edebilirler.

Nüfuz ve hâkimiyet ve tâbiyet münasebetleri kaideten bu itirafı haklı gösterirler [1].

[1] Akıl hastalarının mektupları hakkında, Labbé, not. 15 S. C. 27, İlk kân. 1675 S. 76. 1.97 koca karısının muhaberatını açmak hakkını haizdir: Nîmés, 6 İkincikâ. 1880, S. 81. 2.54; D.80.2.191. Labbé, Bruxelles, 28 Nisan 1875 altındaki notu, S. 77. 2.161; D. 76. 2. 25. C. 13. Temmuz 1897, D.1900.1. 43. orlean, 19 Mayıs 1900, de 30.2.388.

Fakat mektup yerine varır varmaz veya postaya verildiği veya bir komisyoncuya tevdi edildiği zaman kocanın bu hakkı kalmaz. C. 2 Nisan 1864, S.64.1.423; D. 64.1. 396. Tunus Mahk. 2 Şubat 1887, GAZ. PALAIS. 87.2.C. 7 Şubat 1900, D.01. 1.45.

Buna muhabil kadın kocasının muhaberatını kontrol etmek hakkını haizmidir? Hayır: Rouen, 13 İkincikâ. 1878, S. 79. 2.80; D. 80. 2. 190. Evet: Bruxelles, 19 Haziran 1909, D.1911. 2. 28. C.19 Temmuz 1909, D.09.1.503.

Ana ve baba reşit olmayan çocuklarına gelen mektupları açmak hakkını haizdir. Gu, 11 Temmuz 1866, S.67. 2.151. Vasi de aynı hakkı haizdir.



Bu inhiraftan müstakil olarak, mektup kendisine gönderilen kimsenin malik sıfatını aldığı halde bile, şu iki ihtimali tefrik etmek icabeder: 1. Mektup mahrem değildir, 2. Mektup mahremdir.

1. *İhtimal.* — Hususi mektuplar bir taahhüde taallük ettikleri takdirde senet teşkil ederler, hususi mektuplar girişilen taahhüt ya tüccari, [1] yahut hukukidir.

Esas hakkında karar verecek hâkimler bu mektubun delil teşkil edip etmediğini tâyin hususunda tam bir salâhiyet sahibidir [2].

Bu Hâkimler mektubu tefsir dahi edebilirler [3]

Üçüncü şahıslar, gönderilenin muvafakati ile, mahrem olmayan mektupları mahkemede ibraz edebilirler. Üçüncü şahsın mektuba zilyed olması hâdisesi bu muvafakate delâlet eder, meğerki hilâfı yani mektubun zilyedlik muvafakati olmaksızın üçüncü şahsın eline geçtiği ispat edilsin [4].

[1] Ticaret Kanununun 8 inci maddesi tacire aldığı hususi mektupları paket halinde saklamak ve yolladığı mektupların bir kopyasını bir deftere geçirmek mükellefiyetini yüklemiştir. Aynı kanunun 109 ncu maddesi mektup vasıtasıyla ispat kabul etmiştir.

[2] Esasa karar verecek Hâkim mektupların (mahrem olmasalar bile) mahkemeye ibrazının uygunluk veya maksada elverişliliğini serbestçe takdir eder., C. 3 Şubat 1873 S.73.1.313; D.73.1.468.

Hâkimler, mektupların tam bir delil veya sadece yazılı bir beyyine başlangıcını teşkil ettiği meselesini serbestçe takdir eder.

Bundan başka, hususi mektuplar üçüncü şahıslara karşı, yalnız hususi bir senedin kendilerine karşı ihtiyaca salih olduğu vakıaları tevsik edebilir.

Tüccari mesail müstesna, mektupların tarihi üçüncü şahıslara karşı yalnız medeni kanunun 1328. maddesinde gösterilen şartlardan birisinin tahkikiyle mevsub bir mahiyet alır, bu şartları ilerde göreceğiz. Bak Aubry ve Rau, adı geçen esere bak.

[3] Hukuki mesailde posta damgası mevsub tarih teşkil edemez.

Esasa karar verecek olan Hâkimler mahrem olmayan mektupları tam bir serbesti ile takdir ederler. C.20 İkincikâ. 1938. Pal. 39.1.254. CprC.. 18 Mart 1808 S.C. h., bu Hâkimler mektubun delil teşkil edip etmediği hususunda da karar verirler.

[4] Toulouse, 10 Haziran 1909, D. 09. 292. Cpr Paris, ikinci Kanun 1898. D. 1900. 2. 299.

Fakat, üçüncü bir şahıs hiyle ilele geçirdiği bir mektubu ibraz edemez. C. 21 Temmuz 1862, S. 62. I. 926; D. 92. I. 921. 3 Mayıs 1875, S. 75. I. 197; D. 76 I.188. Mektubu çalmış ise hırsızlıktan cezalandırılır. C. Kanunu. M. 450 Ceza kanununun 187 inci maddesi postaya tevdi edilen bir mektubun, (vazifelerini ifa haricinde olsa bir memur, hükümetin veya posta idaresinin bir memuru tarafından veya onun yarımı ile ortadan kaldırılması veya açılması suçunu derpiş etmektedir.

Şu halde mektup sırrının ifşası alelade şahıslar tarafından işlendiği takdirde, cezayı mucip değildir. Bastia, 12 Ağustos 1849, D. 49. 2. 90. C. 9 ikinci Kanun 1863 D. 63. I 160. Chauvean ve Faustin Hêlie, 3. basım, Cilt III P. 30. Morin bak *Poste aux lettres*, No. 16.

2. *İhtimal* — Mahrem mektup, yollayan ile gönderilen arasındakiâ-  
vada dahi ibraz edilemez [1].

Hele üçüncü bir şahıs bu mektubu hiç kullanamaz.

Mahkemeler bir mektubun mahrem olup olmadığını serbestçe takdir ederler [2].

Gönderilen bir mektup aldığını inkâr ederse, tacirler arasındaki tü-  
cari münasebetlerde, gönderen mektup kopya defterini ibraz ederek bunun  
aksini ispat edebilir mi? Konsolos mahkemeleri karineleri kabul edebilir.  
ler fakar hukuk Mahkemeleri için bu esas cari değildir.

## ÜÇÜNCÜ FASIL

ÂDİ SENETLER İSTİKTAP. ÂDİ SENETLERİN MUHTELİF ÇEŞİTLERİ (İKİ TA-  
RAFA VE BİR TARAF A BORÇ YÜKLEYENLER) MÜŞTEREK HÜKÜMLER (TARİH)

### Birinci Bahıs

#### *Âdi senetlere ait umumî kaideler.*

Mukavele veya anlaşmalar, kanunun açık bir hükmü icabı olarak  
Noter önüne (veya bu hususta vazifeli resmî sıfatı haiz kimse ve memur-  
lar tarafından) tanzim edilmesi icabeden senet ve akitler müstesna, âdi se-  
net şeklinde tanzim edilebilirler.

1322. Maddeye göre: «kendisine karşı dermeyan edilen kimse tarafın-  
dan kabul edilen veya kanunun nazarında kabul edilmiş sayılan hususi se-  
net şeklinde tanzim edilebilirler; onu imzalıyanlarla mirasçıları hukukan  
haleflerine karşı resmî senet kuvvetini ve vüsukunu haizdir.»

[1] C. 5 Mayıs 1897, D. 97. I. 385.

[2] C. 9 Şubat 1881, S. 81. I. 193; D. 82. I. 73. 5 ilk Kânun 1881, S. 83. I. 193 11  
Mayıs 1887, S. 87. I. 264; D. 87. I. 332. 20 ilk Teşrin 1908, D. 09. I. 46. Cpr. Dijon,  
3 Nisan 1868, S. 69. 2. 46. Nancy, 11 Mart 1869, S. 69. 2. 113.

Bir memurdan gelen mektuplar mutlaka mahremdir. denemez C. 28 Mayıs 1900,  
D. 01. I. 471. Nancy, 19 Nisan 1902, D. 08. 2. 29. C. 3 Mart 1879, S. 81. I. 351 D.  
81. I. 212.

Bir hakaret mektubu için de vaziyet aynıdır. Nimes, 30 Nisan 1834. S. 34. 2.  
351. Bununla beraber bak, Orléans, 29 Temmuz 1896, D. 97. 2. 209.

Bir terekede mahrem mektuplar bulunduğu takdirde mahkeme Reisi bunları  
tahrip edebilir. C. 9 Şubat 1881, S. 81. I. 193; D. 82. I. 73.

Boşanma ve ayrılık bahsî için bak Rouen 23 Mart 1864, S. 09. 2. 143. Caen,  
19 Nisan 1865, S. 66. 2. 234.

Bak. *Geny, Des droit sur lettres missives Ludovic Yardel, La lettre missive.*

Kabul edilen senet [1], sahteliği ispat edilinceye kadar, muhtevasının doğruluğu hakkında delil teşkil eder.

Fakat, bu beyanların mânevi doğruluğu hakkında, hilâfı ispat edilinceye kadar muteberdir [2].

Keza tarih de aksi isbat edilinceye kadar muteberdir [3].

Kabul edilmiş olsa bile, senet *ipsojure* bilâbüküm icra hakkı bahsetmez [4].

### 1) İki taraflı âdi senetler

İki taraflı hususi senetlerin vücudu için taraf veya tarafların imzası esastır şarttır [5].

İmza el yazısı ile ve senedin [6] yani bütün suretlerin nihayet kısmına atılır. Bu imzanın usulüne uygun sayılabilmesi için bütün senede şâmil olması ve senet muhtevasının tamamı üzerinde tarafların mutabakatı bulunduğuna şahadet etmesi lâzımdır [7].

[1] Senet kendisine karşı dermeyan edildiği zaman senedi imzalamış olan kişise sukûtu muhafaza eder veya esas hakkında bir müdafaada bulunursa senedi tanımış sayılır. C. 27 Ağustos 1885, S. 35.I.584.

[2] "Yalnız Noter senedinden doğa bilen bazı hakları tevliht etmesi için, resmî şekilde tanzimi gereken bir senet hususi şekilde yapılmış olursa akitleri ilzam eder. Angers, 11 Temmuz 1904. Gaz. 4 Ağustos.

Baudry — Lacantinerie, No. 2342.

[3] Laurent, No. 272. Demolombe, No. 508. Aubry ve Rau, sahîfe 248. Kanunun bir yasağını bertaraf etmek için tarihte muvazaa yapılması hususunda bak, Grenoble, 6 Mayıs 1902, D. o3. 2. 335.

[4] Laurent, No. 276.

Bununla bersber bir hükümde muhtevası tekrar ve resmî ve mevsub bulunduğu beyan edilen bir senet, icrası lâzım bir hüccet teşkil eder. C. 26 Mayıs 1873, S. 73. I. 295; o. 73.I.430.

[5] C. 9 ikinci Teşrin 1869, S. 70.I. 314.

Şahitler önünde konmuş olsa bile bir kaç işareti bir mühür imza yerini tutamaz. Cezair, 12 Sonkânun. 1903. *Y. des Trif.* Alger, 9 Sonkânun. 1904; bunlar hattâ yazılı bir mukaddimeî beyyineye de esas olmazlar. Huc, No. 236 Laurent, No.196. Aubry ve Rau, P. 223. Demolombe, No. 355 vd.

[6] Amiens, 18 Sonkâ. 1899, *Rec. Amiens*, 99 — 8 inci.

Fakat imza önceden atılmış olabilir. Sonradan doldurulmak üzere verilmiş imza beyaz kâğıt ve imzadan sonra bu kâğıtta yazılan mukaveleleri tevsik eder. Fakat bunun için hakikata uygunluğu kanunen itiraza uğramamış ve gerek beyynelerle ve gerek ağır açık, birbirini tutan ve yazılı mukaddimi beyyine ile desteklenen karinelere istinaden bir itiraz yapılmamış olmak lâzımdır. C. 5 Nisan 1864.

[7] Dalloz (Mouveau code civil annoté, mad. 1322, No. 92, Dal, 1895. 2. 340,

Senet metni kurşun kalem ile yazılabileceği gibi yazı rakinesi ile yazılmış veya matbu olabilir [1].

Senet üçüncü bir şahıs tarafından, yabancı veya mahalli dilde, yazılmış olabilir.

Mebliğlar rakamla gösterilmiş olabilir.

Kanunun tâyin ettiği haller müstesna, tarih koymak zaruri değildir [2].

Senedin yapıldığı yerin gösterilmesi yahut tatbikatta görüldüğü gibi imzalar önce (doğrudur ve tasdik olunur) kelimelerinin konması da zaruri değildir [3]. Bununla beraber 1336 maddeye bak.

Buna mukabil, kanun vaznı, umumiyetle iki taraflı âdi senetleri müteaddit senet olarak tanzim etmek mecburiyetini koymuştur [4] 1325 inci madde mucibince 2 «Karşılıklı teahhütleri ihtiva eden âdi senetler, ayrı men-

nda 1—2), bu suretle senedin sonunda değilde kararında mevzu bir imza muteber sayılmamıştır. Dalloz (aynı eser, No. 93 ve 94). Esasen çıkarılabilen ve bir senetten başka bir senede kolayca nakledilebilen makbuz pulu üzerine atılan imza için de evliya ile aydın şey söylenebilir. Paris (7 inci Ch.I — Nisan 1914).

[1] Senede ilâve edilen kayıtlar hakkında da bu esas caridir. Limoges, 17 Haziran 1899, Pandecrés, 1900. 21. Demolombe, No. 364 vd., Baudry — Lacantinerie, No. 2264 vd.

Haşiyelerin imzalanması ve perefte edilmesi zaruri değildir. Lyon, 11 Temmuz 1894, s. 96. 2. 74; D. 96. 2. 34. Seine hukuk mahkemesi 1 temmuz 1902, *La Lo* 24—25 ilkteş. Tashih, ilâve ve çıkıntılar butlanı mucip değildir.

[2] Laurent, No. 205. Baudry — Lacantinerie, No. 2287. Demolombe No. 365, Aubry ve Rau. sh. 222.

[3] Baudry — Lacantinerie, No. 2287. Duranton, t. XIII. No 157.

[4] Müteaddit nüsha olarak tanzim merasimine tâbi olanlar satılacak şey ve bedel üzerinde akid yapıldığı takdirde satış vade, C. 21 ilkkâ. 1846.

Neşredilecek bir eseri almayı önceden taahhüt. C.8 Sontes, 1843.

Sahici muayyen mehil içinde vefa hakkını kullanmadığı takdirde müşterinin arazinin maliki olarak kalamaması ve vefa hakkından mütevellit bütün hukukunda kefilin kendisine halef olması kaydıyla, kefilin bir bey'u vefa bedelini ödeyeceğini mutazammın bir kefalet senedi. C. 14 Haziran 1847. Bir borçlunun alacaklının kendisine verdiği bir mehil içinde borcunu ödemek şartıyla, kendisini mahkûm eden kararın kabul eylediğine müteallik senedi. C. 23 Ağustos 1853. Borçlunun karısı kocasına kefalet etmek üzere senede iştirak eder ve bu kefalet deruhte ettiği borca mukabil karıya kocasının borçları üzerinde kanuni bir ipotek bahşederse, karının kocasının menfaatinden müstakil bir menfaati bulunduğu tabakkuk eder ve binnetice, kabul ve kefaleti mutazammın senet iki nüsha değil, üç nüsha olarak tanzim edilme icab eder. Aynı karar.

Mevcut bir borca, borçlu aleyhine yapılacak takibatın bir müddet geciktirilmesi şartıyla kefaleti tazammun eden senedin iki nüsha olarak tanzimi icabeder. C. 14 Mayıs 1817. Senetlerden birinde senedin aslı nüshaları sayısının gösterilmemiş olması

faat sahibi akitlerin miktarınca asli nüsha olarak tanzim edilmedikçe mu-teber değildir. Menfaati aynı olan şahıslar için bir tek asli nüsha kâfidir. Her asli nüsha senedin asli nüsha sayısını göstermelidir. »

«Bununla beraber senette tesbit edilen akdi kendi bakımından icra ve ifa eden kimse senedin asli nüsha sayısının gösterilmediğini dermeyer edemez» M K 1102, 1338, 1547, 1589, 2011, 2044; C. com. 39. 282. 332.

Akdiñ mevzuu 150 frangı aşmasa bile senedi müteaddit nüsha olarak tanzim merasimine riayet mecburiyeti vardır [11]. Bugün müstakar mahkeme içtihatlarına göre medeni kanunun 1325 inci maddesi mucibince karşılıklı taahhütleri ihtiva eden bir akdi tesbit etmekle beraber, müteaddit nüsha olarak tanzim edilmiyen bir hususi senet batıl değildir. Yazılı mukaddime beyyine hükmündedir.

Fakat kanun vaznının bu dileği :

a ) Sırf bir taraflı hukuki muamelelere [12].

b ) Tüccari senetlere, tatbik olunmaz.

---

o senedi batıl kılar. Baudry — Lacantinerie, No. 416 Demolombe, No. 2284. (Müstakil menfaat sahibi bulunan tarlaların sayısı kadar senet tanzim edilmiştir ) yolunda bir kayıt bize tamamen کافی görünmektedir. Baudry — Lacantinerie No. 2285, No. 215, Laurent aksi fikirdedir. Limoges Hukuk mahkemesi ( Birinci daire ), 17 Şubat 190, Rec. Riyom 1905, 162 bizim fikirimizdedir. Taraflar müstakil ve farklı bir menfaat sahibi olmalıdır. Şu halde müşterek veya müteselsil taraflar için tek bir nüsha kâfidir. C. 15 Temmuz 1879, S. 79. 1. 469; D. 80. 1. 330.

[11]Huc. No. 238. Dalloz (*Nouv. Code. Civil annute,*) mad. 1347, N. 334 vd. C. de Besoncon, 1 Şubat 1839 "Dal. , 1839. 2. 590. ; C. De Bordeaux, 1 Nisan 1889 (Dal. ,1890. 2. 15) ; C. de cassation, 28 Sente. 1864 (Dal. ,1865. 1. 103) ; C. de Lyon, 13 Mayıs 1876 ; Colmet de Santerre (t. v. , N. 288 bis X), Aubry ve Rau (t. VIII, 756. s. 232, metin ve madde 38) ; Laurent (t. 18, N. 529; (Revue critique, t. XXV, p. 481); Dallos (Jur. gen. Suppl. V inci Obligation, 1671). *Contra*: Coulon (Question de droit, t. 1. p. 113) ; Toulrier hakkında Duvergier (VIII, p. 322, Not A) ; de Polleville (Revue puat que, t. XXXIII, P. 508) ; Demolombe (t. XXIX, N. 429).

Fakat bu yazılı mukaddime beyyinenin delil hükmünde olması için kârineler veya şahadet beyyinesi ne takviye ve teyit edilmiş olması gerekir.

[12] Kefil, alacaklının borçluya bir mehil vermesini şart koşar ve alacaklı hiç bir taahhüde girmeksizin kefil tarafından istenen mühlet zarfında borçlu aleyhine takibatta bulunmazsa, kefalet senedinin müteaddit nüsha olarak tanzimine hacet yoktur. C. 3. Nisan 1850.

Fakat, esas itibarıyla bir taraflı olan akit hakikatte tarafları müteakabil taahhütler altına koyduğu takdirde 1325. Madde kabili tatbiktir.

Baudry — Lacantinerie, N. 2276 vd. Aemolombe, N. 401, Dubry ve Rau. 227. icar hususunda bak. Paris, 24 Ağustos 1865, S. 65. 2. 328. Makbuz hakkında. C. 19 ilk teşrin. 1892, s. 92. 1. 568; D. 93. 1. 380. Besançon, 19 sonkân. 1898, S. 98. 2. 48. Orléans, 2. İik kâ. 1853.

Buna mukabil, akıtlardan biri aktin yapıldığı anda bütün borçları yerine getirdiği zaman, hattâ karşılıklı taahhütleri ihtiva eden akıtlar dahi, 1325. madde tatbik olunmaz. Peşin satış için ka: Grenoble, 16 Haziran 1900, *Rec. Grenoble*, 1900. 143. Demolombe, P. 401. Aubry ve Rau, Ssh 227.

Ticari mevadda her türlü beyyine kabul edildiğinden mevcudiyeti esasen ihtilâflı bulunmayan akitlerin muteber olması için müstakil ve ayrı menfaat sahibi olan tarafların sayısı kadar asli nüsha tanzimine hacet yoktur [1].

Esasen şu noktaya iyice dikkat etmek lâzımdırki 1325 inci madde tarafından konulan kaide, hukuki meselelerde bile âmme intizamından mahdud değildir [2].

Bu kaide üçncü şahıslar tarafından bile dermeyan edilemez [3].

Bundan başka, iş bu kaideye riayet edilmemesi senedin butlanını intaç etmekle beraber aktin butlanını intaç etmez; akit, emsali caiz hallerde umumi hükümler dairesinde ispat olunur [4]

Nihayet, işbu butlan, senedin yazılı bir mukaddimei beyyine olarak dermeyan edilmesine mâni değildir [5].

[1] Lyon Caen ve Renaut, Cilt 1. M. 605. Aubry ve Rau, sah. 235, 236. Cpr., Trib.D com. Lyon, 5 Nisan 1904, Gaz. Con. Lyon. 14 Temmuz 1904.

[2] C. 26 son kâ. 1878. S. 79. 1. 445; D. 79. 1. 302. 6 Son teşrin, 1894. S. 95. 1. 87. N. 232. Laurent binnetice, kısmında olsa, akdi yerine getiren taraf, butlanı dermeyan edemez. Demolombe, N. 435. 438. Aubry ve Rau. Sh. 232. 756. Huc. N. 244.

Tahkimname hükmünün temdidini mutazamın hususi bir senedin, iki nüsha olarak tanzim edilmemesinden veya bu hususun zikrolunmamasından dolayı butlanı tarafların "hâkem, huzuruna çıkmaları ile zail olur. C. 13 Şubat 1812. 15 Şubat. 1814; 7 Şubat. 1816.

Senedin iki nüsha olarak tanzim edilmemiş bulunmasından mütevellit butlan, bütün taraflara sureti tebliğ edilmek üzere senedin noter yazıhanesine tevdi edilmesile zail olur. C. 20 İlk kânun. 1830.

Senedin iki nüsha olarak tanzim edilmiş bulunmasından mütevellit butlan, bütün taraflara sureti tebliğ edilmek üzere senedin Noter yazıhanesine tevdi edilmesile zail olur. C. 20 ilk kânun. 1830:

Senet, bütün alâkalıların muvafakati ile Notere tevdi olunduğu takdirde—sonradan alâkahlardan yalnız bir kaçının talebi üzerine bu senet Noterce saklanan senetler arasına konulmuş olsa bile — iki nüsha olarak tanzim edilmemiş bulunmasından mütevellit butlan zail olur. C. 9 Mart 1852.

Bütün alâkahların menfaatına olarak bir üçüncü şahsa tevdi kararlaştırıldığı takdirde, senedin tek bir nüsha olarak tanzimi, haklı olarak kâfi görülmüştür. Lyon, 17 Sontes. 1902 sair bir çok mahkeme kararları.

Tevdi yalnız taraflardan biri tarafından yapılan tevdi yalnız onun hakkında hüküm ifade eder.

[3] Rennes, 1 Mart 1879, S. 79. 2. 197; D. 78. 1. 225 sair mahkeme kararları.

[4] Charolles mah. 9 Mayıs 1901, Gaz. Rec. 1901, 2. 151. Laurent, N. 227. Huc N. 41. Aubry ve Rau, sh. 231 Baudry — Lacantinerie, N. 2288.

[5] C. 28 Sontesrin, 1864. S. 65. 1. 5; D. 65. 1. 105. Huc. N. 242. Laurent, 529 Aubry et Rau, sh. 231. muhalif kanaat; Baudry — Lacantinerie, N. 2290.

## 2) Bir taraflı âdi Senet

Kanun vazı iki taraflı, yahut karşıklı taahhütleri ihtiva eden akitlerle uğraştıktan sonra tek taraflı senetlerle meşgul olmuştur.

Medeni Kanunun iki taraflı akitlerle alâkası olmıyan 1326. maddesi bir taraflı senetleri tanzim eder. Bu madde derki: «Taraflardan yalnız birisine [1] diğer taraf bir miktar para veya kıymetli bir şey ödeyeceğini tazammun eden hususi senet veya vaat, tamamen taahhütte bulunan kimse nin el yazısı ile yazılmalıdır [2]; Yahut hiç olmazsa taahhüt ettiği miktar veya kabul ettiği meblâğı el yazısı ile yazılmalıdır [3].

Küçük tacir, zanaatkâr, çiftçi, bağcı, gündelikçi veya hizmetçiler tarafından verilen senetler bundan müstesnadır. M K madde 1341, 1347, 1353; Ticaret Kanunu, madde 4, 5, 112, 113 [4].

[1] Bu metin yalnız tek taraflı akitlere tatbik olunur. Bak. Baudray — Lacantinerie N. 1311 Limoges, 17 Haziran 1899, *Pentectes*, 1900. 2. 21. Cpr. Bordeaux, 3 Kânunsani. 1832.

1326. madde "bir tek taraftan,, bahsetmekle *yalnız bir şahıs* tarafından deruhte edilen bir borç değil, *tek taraflı bir vadi* kastetmiştir. Şu halde iki kimse tarafından imzalanan bir senet, bu kimselerden biri tarafından yazılan (kabulümdür) veya (tasdik ederim) ibaresini ihtiva etmiyorsa, senet baştan aşağıya diğer borçlu tarafından yazılmış olmasına rağmen, bu ibareyi yazmıyan kimse hâkimından batıldır. C. 8 Ağustos 1815, 6 Mayıs 1816, 22 Nisan 1818.

\* [2] Fakat, kıymeti *kabili tayin olmıyan* bir eşya bahis mevzuu olması ehemmiyeti haiz değildir. Bu hususta müteaddit mahkeme kararı vardır. Keza bak. Huc, N. 245. Muhalif kânaat için bak; Douai, 27 Sonkânun 1903, D. 08. 02. 234. Aubry ve Rau, sahife. 240. Laurent, N. 244. Baudry — Lacantinerie, t. III, N. 2313.

Kefalet senetleri (kabulümdür) veya (tasdik ederim) ibarelerini ihtiva etmelidir. Bu hususta müteaddit karar vardır. Kefalet gayri muayyen bir borca taallük etse bile vaziyet aynıdır. 1 Mart 1805 tarihli temyiz kararı. Taraflardan birisinin bakiyei ödemek taahhüdünü muhtevi hesap kapama senedi — irat tesis senetleri, — ve dia kabul senetleri hakkında da aynı esas caridir. Bak Baudry — Lacantinerie, N. 2315.

Fakat bu esas bir umumî vekâletnameye tatbik olunmaz : C. 6 Şubat — 1861; Makbuzlara da: Demolombe, N. 466 , Aubry ve Rau, sh 241.

Yapmak ve yapmamak borçlarına dahi tatbik olunmaz. Demolombe, N. 465. Cpr. Huc. N. 425. Laurent, N. 239 Aubry ve Rau, Sh. 237.

[3] Taahhütedilen meblâğ tamamen yazı ile gösterilmiş olmak şartıyla "kabulümdür ve tasdik ederim" kelimelerinin aynen yazılmasına hacet yoktur. Cpr. Demolombe, Sh. 452. Fakat bu müellif tarafından kabul edildiği veçhile iş bu ibarelere teadül eden bütün ibarelerin kaldırılması doğru değildir. "... ve için müteberdir." kelimeleri kurşun kalemle yazılabilir.

[4] Çiftçi — bağcı şfâtı kendi topraklarını eken kimselere olduğu kadar başkalarının toprağını eken kimselere de şamilidir. Büyük toprakları olan çiftlik sahipleri çiftçi değildir.

Ve 1328 madde şunları ilâve eder: «senet metninde yazılı miktar, *ka-bulümdür* kelimesinden evvel yazılı miktardan farklı olduğu takdirde, küçük olan miktarın borçlandığı kabul olur, senet kabul ibaresinin tamamen borçlunun el yazısı ile yazılmış olmasının bu hususta ehemmiyeti yoktur, meğerki bu iki miktardan hangisinin hataya müstenit olduğu ispat edilmiş bulunsun [1] » Hukuk Muhakemeleri Usulü M. 1162.

\* 1326. madde de aranan merasimin ihmali, bizzat senedin borç hakkında tam bir delil teşkil etmesine manidir. Fakat senedin butlanını intaç etmez [2] ve batıl senedi ile yazılı mukaddimei beyyine teşkil edebilir[3].

Bitirirken, şu noktaya işaret edelim ki, 1326 madde hükmünü tüccari mesailde tatbik olunmaz [4].

### 3) Müşterek hükümler

1328. Maddeye göre : «adi senetlerin tarihi üçüncü şahıslara [5] kar-

---

Senette "tasdik ederim, kabulümdür, ibarelerinin bulunması mecburiyetinden istisna edilen kimselerin karıları bu istisnadın otomatik olarak faydalanamaz. C.12 son Kânun 1814, 6 Mayıs 1816. Bu suretle bir tacirin karısı, bu sıfatla, bu mecburiyetten istisna edilemez. Aynı kararlara bak. Bir çiftçi veya gündelikçinin karısı için aynı şey caridir. C. 22 Temmuz 1828. Fakat bizzat zirai işletmeler işleten kadını, işbu mecburiyetten muafır.

Esasen mahalli mahkeme, dâvenin hususiyetlerine göre, hayatının ihtiyatlarına göre kadının istisnaya dahil olup olmadığını tetkik salâhiyetini haizdir. Senedi imzalıyan kimsenin iş bu sıfatı, senedin tanzimi esnasında aranır. 1326. Maddedeki sayım tahdididir. Laurent, N. 258. Baudry Lacantinerie, N. 2327. Nans mahke., 18 ilk Kânun 1895, *Gaz Pat* 96.I, 269. *muhâlif kararât*: Lyon mahk., 31 Mart 1898, *Mon. Jud. de Lyon*, 8 Temmuz.

Senedi imzalıyan kimsenin yukarda sayılan mesleklerden birisine mensup olup olmadığını mahkemeler serbestçe takdir ederler.

[1] Senette kabul ibaresi tamamen imzalıyanın el yazısı ile yazılmış olsa bile, bu madde tatbik olunur. Şahit veya karinelerle hatanın nereye ait olduğu ispat edilebilir.

[2] C, 20 ilk Teşrin 1896, S. 97, I, 8. Aubry et Rau, sh. 248. Huc, 97. 247, Laurent, N. 262.

[3] Kabul ibaresi mevcut olmasa bile senet, sair bütün delilleri veya borcun vücuduna müteallik karinelerin kabulü imkânını veren iki nüsha olarak tanzim edilmeyen icar senedi, icar hususunda mukaddimei beyyine teşkil etmez.

[4] C. 28 son Kânun 1834. 17 Temmuz 1837, 30 Temmuz 1868, S. 68.2.28. Bu suretle meselâ, emre mukadder senet vaktinde, C. 7. Mart 1849. S. 49. I. 397; D. 49. I. 77. Huc., 246. Aubry ve Rau, p. 242. Demolombe, N. 473. bu müelliflerin tedrisatına göre tacirler, alelade medeni bir borç akdetmeler bile, kabul ibaresinden muafırlar.

[5] Kendilerine karşı dermeyan edilen hususi senede taraf olarak iştrak etme-



şı ancak bu senetlerin tescil edildiği [1] bu senedi imzalyan [2] kimsenin veya imzalyan kimselerden birinin öldüğü, veya muhtevaları resmi sıfatı haiz kimseler tarafından tanzim edilen mühürleme veya müfredat zabıt varakaları gibi vesikalarda tesbit edildiği günden itibaren kat'iyet kazanırlar.» M K. 690, 695, 1315, 1322, 1690, 1998; Hukuk usul muhakemeleri kanunu, 156, 577, 685.

miş olan ve, senedi imzalyanlardan birisinden veya kanununun hükmü icabı olarak iktisap ettikleri aynı veya şahsî bir hak senedin tarihi haklarında katî mahiyeti haiz olsaydı, hükümsüz kalacak, değişecek veya ortadan kalkacak herkes, bu kanunun anladığı mânada, üçüncü şahıstır.

Şu kimseleri üçüncü şahıs telâkki etmek icabeder: Hakkına halef oldukları kimseden sadır olan ve — kendilerinin iştirak etmediği ve o kimseden iktisabettikleri hakları ortadan kaldırmak veya tadil etmeye mâtuf— bir senet kendilerine karşı dermiyan edilen cüzi halefler, C. 81 son Kânun 1843 S. 43. I. 716. bir Haziran icrai veya gayrimenkul huczi yaptıkları takdirde, *alacaklılar*, Rouen, 22 Hezi 1872, s. 37. 2. 209; B. 74. 2. 38. Fakat üçüncü bir şahsın elinde bulunan malların ve paranın hacizinde aynı vaziyet mevcut değildir. C. 29 ilk Teşrin 1890, s. 91. I. 305; D. 91. I. 475. Muhâlif mütalâa huc. N. 251 Demolombe, N. 551. Laurent, N. 304, Aubry ve Rau, sahife. 257.

Müflisin alacaklıları üçüncü şahıs değildir. C. 15 Haziran 1843, 4. Temmuz 1854, 28 Haziran 1875, s. 75. I. 309; D. 75. I. 469. Lyon — caem ve Renault, No. 2817 Aubry ve Rau, Sh. 255. Muhâlif mütalâa. C. 27 son Kânun 1886 Ann. de dr. comup., 1886 — 87 — 2, sh. 21. Not. Hue, N. 251. Baudry Lacantinerie, N. 2363. Müteveffanın borcunu ödemek şartıyla yalnız üzerine el koyduğu miktar mal için terekeyi kabul eden, bir üçüncü şahıstır. C. 22 Haziran 1818.

İdare hakkının hududu dahilinde ve kanuni mümessil sıfatıyla faaliyette bulunan vasi muvacehesinde reşit ölmüyan çocuk üçüncü şahıs değildir. Bu itibarla, küçüğün malları hakkında vasi tarafından yapılan hususî senetle yapılan icap akdi, vasinin vazifeleri sona ermeden önce kat'î tarih iktisabetmemiş olmakla beraber küçüğe karşı dermiyan olunabilir. Küçük tarafından tarihin yanlışlığının ispat edilmesi hali müstesnadır. C. 8 Haziran 1859.

Bir vekil tarafından imzalanan hususî senetler, ancak vekâletin feshinden itibaren kat'î tarih iktisabetmemiş olmakla beraber, mütekkile karşı tarihleri bakımından muteberdir. C. 19 ikinci Teşrin 1834.

[1] Yabancı bir devlet bürosu tarafından vaki teslim senede kat'î tarih bahsetmez.

[2] Hususî senetlerin üçüncü şahıslara karşı, ancak bu senetleri imzalyanların ölümü ile kat'î tarih iktisabedecekleri yolundaki kaide ile yalnız *akitlerden birisinin* ölümü değil, fakat, bu senetleri *imzalyan üçüncü şahısların*, ezcümle şahitlerin ölümü kastedilmiştir. 8 Mayıs 1827.

*Senedi imzalyanlardan* her hangi birisinin ölümü senedin tarihine kat'î mahiyet verir; velevki imzalayan bir şahit olsun. C. 8 Mayıs 1827, S. chr. Hue, No. 258. Aubry ve Rau, sh. 259

Modeni kanunun 1410 maddesine göre evlenmesinden önce kadın tarafından

Şuraya işaret edelim ki işbu 1328 madde, ne tüccari münasebette [1] ne de ailede makbuzlara tatbik olunmaz.

Değeri 150 frangı geçmiyen akitleri ihtiva eden senetlere de tatbik olunmaz [2].

Akit yaptığı esnada senedin vücuduna vakıf olan kimse kat'i tarihin eksikliğini itirazen ileri süremez. Yalnız hüsnüniyetli üçüncü şahıslar bu hususu dermeyan edebilirler [3]

1328. madde hükümleri tahdididir [4]. Bu madde tarafından derpiş

menkûl eşya almak suretiyle yapılan borçların mal ortaklığı usulüne tâbi olması için gerek bizzat resmî şekilde tanzim edilen senet vasıtasıyla, gerek tescil yolu ile, yahut da *senedi imzalıyanlardan birinin veya bir kaçının ölümü ile*, evlenme tarihinden önce, bu borçların kat'i tarih iktisabetmiş olması şarttır.

Bu şartlar tahdididir, bundan mâda, bir senedin kat'i tarih iktisabeylediği hususu, bu senet muhtevasının resmî sıfatı haiz kimseler tarafından tanzim edilen senette tesbit edilmiş olması ile sabit addedilirse, 150 Frangı aşan bir alacağın mukaddem bulunduğunu ispat sadedinde şahit beyyinesi dermeyan edilemez. Paris (ikinci daire), 11 Nisan 1911,

[31] İşbu maddeyi geniş mânada (*Sensulato*) anlamalıdır. Bu itibarla, kat'i tarih: hususi senet muhtevasının bir Noter senedine, bir mübaşır tarafından tanzim edilen vesikada, bir ilâmda, bir tescil harc tahsildarı tarafından verilen ihtarda, bir haciz zabtında tesbit edilmiş olmasından ileri gelebilir. N Demolombe Baudry — Lacantinerie N. 2367. Cpr. C. 22 Haziran 1858, S. 58. I. 586; D. 58. 1243 *muhaliif müitalâdada bulunanlar*: Kus, N. 254; tarafların kat'i tarihi iktisabeden muhaberesinde. C. 27 Mart 1900. *Le droit*, 10 Temmuz; Vilâyetin bir kararında, C. 9 Mart 1904, D.O.İ. 207; bir müfredat defterinde (Resmî). Lyon 6 Temmuz 1899.

[1] 1328. madde hükmü ticari mesailde kabili tatbik değildir. *Bu hususta bir çok mahkeme kararı vardır.* bundan başka bak. Lyon — Caen ve Renault cilt, III N. 58, Baudry — Lacantinerie, Cilt, II, N. 1222. Aubry ve Rau cilt. VIII, 756, Sh. 262. Bu hükmü ezcümle emre muharrer senetlere kabili tatbik değildir. 7 Mart 1849, S. 46. 397; D. 49. I. 77. Ruhsatname almaksızın teşekkül ettiği için dağıtılan bir dini cemiyetin tasfiyesi Bakiyesi üzerinden tasfiye memurunun tasfiye edilecek mallara el koyduğu sırada tuttuğu defterde mevcut ve tarihî mutlak surette mevzûk ve muntazam bir muhasebeye merbut, faturalara istinaden teslimatından mütevellit bedel talep edilmiştir Cemiyet mümessili Medeni kanunun 1328 maddesine istinat eden faturaları kabul eylemiştir. Reg. 11 Şubat 1913, Lyon — Caen ve Renault. N. 607. Huc. N. 256 Aubry ve Rau, sh. 262. Demolombe, N. 581. C. 29 ilkteşrin 1890. S. 91 305; D. 91. I 475, Boruges, 20 Sontesrin 1895. Fakat, bu karar Hususi mektuplara tatbik olunur. C. 27 Mart 1900.

[2] Huc N. 256 Baudry — Lacantinerie N. 2375.

[3] Baudry — Lacantinerie. N. 2374. Lyon mahk. 12 ilklânun 1894, *Mon. Jud. Lyon* 1895.

[4] Bu madde tahdidî olup misali değildir. C. 27 Mayıs 1828, 28 Temmuz 1858, S. 58 I. 792; D. 58. I. 316

Şu halde kat'i tarih 2. Posta damgası vurulmuş olmasından, Lyon, 3 Temmuz

edilen üç vasıttan birisi tarihe kati mahiyet bahsetmemiş ise, şahit bey-  
yinesi ne karinelerin tarihin vüsukunu isbata ne de aktin doğum tarihini tâyine-  
kâfi gelemeler [1]; — meğerki ispat teklifi, işbu maddeye uygun olarak  
kat'i tarih iktisâbeden bir yazılı mukaddimei beyyineye istinat etmesin.  
— [2]

Aynı şey üzerinde iki muhtelif kimseye aynı zamanda mevcut olmayan  
haklar bahşeden iki senet aynı günde kat'i tarih iktisabetmiş iseler, saat  
itibariyle mukaddem olan tercih olunmalıdır [3].

## İkinci Bahis

### *Âdi senetlerin tanınması. İstiktap*

Kendisine âdi bir senet ibraz edilen kimse imza veya yazısını kabul  
veya inkâr etmek mecburiyetindedir.

Medeni kanunun 1323. Maddesi [4] şu tarifi yapmaktadır:

1 ) Senet, kendisine karşı dermeyan eyenedildiği zaman, imzalayanın ale-  
lâde inkârı kâfi değildir [5].

2 ) Senet, sözde imzalayanın mirasçılara veya hukukan haleflerine  
karşı dermeyan edildiği zaman, ademi kabui hususunda alelâde bir beyan  
kâfidir.

Bunlar hatta imzayı ne kabul ve ne de reddettiklerini beyan edebilir-  
ler [6].

---

1878, S. 74. 2. 225; Bir devlet idaresinin mühür veya damgasında. Demolombe N.  
571; Bir hâkim tarafından imzaın tasdikundan. Laurent, N. 287; imzalayanlardan bi-  
risinin tekfif veya hapsinden Aubry ve Rau, sh. 260, Baudry — Lacantinerie, N.  
2369, Her iki elin felce veya ameliyat neticesinde kullanılmaz bir hale gelmesinden.  
Demolombe N. 478. İstintaç olunmaz.

[1] C. 27 Mayıs 1823, S. Shr. Rouen, 22 Juin 1872, S. 73. 2. 209. Aubry ve  
Rau Sh. 261. Demolombe, N. Baudry — Lacantinerie, N. 2370.

[2] Baudry — Lacantinerie, N. 2384. Demolombe, N. 586.

[3] Baudry — Lacantinerie mâteakıp iki müşteriye satış hali için adı geçen  
yer bak.

[4] 1323. Madde. 2. "kendisine karşı hususi bir senet ibraz ve dermeyan olu-  
nan kimse yazı veya imzasını açıkça kabul veya reddetmek mecburideyetindedir. Miras-  
çuları veya hukukan halefleri, hakkına halef oldukları kimsenin yazı veya imzasını  
asla bilmediklerini beyan ile iktifa edebilirler." Medeni kanun, madde 1324; hukuk  
usulü muhakemeleri, madde 14, 198 ve 199 vd.

[5] Caen, 3 Haziran 1862, C. 26 Temmuz 1864, S. 65. 1. 33; D. 65. 2. 131.

[6] C. 15 Temmuz 1834, S. 34. 1. 649.

Bir senet, imzalayanın mirasçılara dermeyan edilir ve hâkim bu senedin yazı  
ve imzasını tanıyıp tanımadıklarını beyan eylemelerini onlara emrederse onların be-  
yandan imtinayı tanıma hükmünde olup ayrıca istiktaba hacet bırakmaz. C. 17 Mayıs  
1808.

Bir âdi senedin mücerret kendisine dermeyeran edildiği kimse tarafından inkâr edilmesi veya tanın naması keyfiyeti, Medeni kanunun 1324. Maddesi mucibince, bu senedin kontrol ve istiktabını mecburi kılar [1].

Taraflar talep etmemiş olsalar bile, bu istiktap hâkimler tarafından re'sen emredilir veya icra ettirilir.

Yalnız umumi hukuk Mahkemeleri istiktap yaptırmaya salâhiyetlidir[2].

İstisnai mahkemelerin salâhiyetsizliği âmme intizamı kaidesidir. Bu mahkemeler tescil ile mükelleftirler.

*Hâkim tarafından yazının tatbiki.* Hukuk mahkemesi, İstiktap ve yazı tatbikini lüzumsuz veya yersiz görürse bu husustaki talebi reddedebilir [3].

Kendilerini ibraz edilen senedin doğruluğu veya sahteliği hakkında bir karar vermek zaruri olduğu zaman mahkemeler ehli-vukuf tetkikatına veya sair bir tahkik yoluna (meselâ yazının maddiyelini tesbit için, alâkâhların şahsan mahkemeye gelmeleri şeklinde bir anket) gitirmeye hacet kalmaksızın dâva dosyasında mevcut vesikaların yardımı ile, kendiliklerinden yazının tahkik ve tatbikına girişebilirler. Fakat kendilerine ibrazını istedikleri vesikayı — ezcümle vasiyetnameyi — ancak tarafların veya müşavirlerinin hazuruyla tetkik edebilirler.

---

Hakkına ha'ef olduğu kimsenin imzasını tanımadığını beyan eden mirasçı, imzanın hakiki olduğu tahakkuk ettiği takdirde yazının tatbik ve istiktap masraflarına mahkûm edilerek lüzumdur. C. 6 Temmuz 1822; 11 Mayıs 1829

Rehinsiz, alelâde alacaklılar yalnız bu sıfatla hareket ile borçlularının hakkında müstakil ve farklı hususi haklar dermeyeran etmedikleri zaman, borçlunun hukukan halefleri gibi sayılıp üçüncü şahıs addedilmezler. Bu itibarla borçludan sadır olan hususi yazıların tarihi doğrudan doğruya kendilerine karşı muteber olur. Amiens, 12 Mart 1901, *Rev. Amiens*, 1901. 57.

[1] 1824, Madde 2. (bir taraf imzasını veya yazısını inkâr eylediği zaman ve mirasçuları veya hukukan halefleri imza ve yazıyı asla tanımadıklarını beyan ettikleri zaman bu yazının tahkiki ve tatbiki mahkemece karar altına alınır. ”

[2] C. 29 Sontâ 1894, S. 94. l. 240; D. 94. l. 16.

Bu kaideler sair bütün hususi senetler gibi elle yazılan vasiyetnamelere de tatbik olunur. Şuhalde bir vasiyetnamenin yazısını inkâr edene reticesi talep muvacehesinde kabul edilmeyen yazı hakkında istiktap yapılmadan ve yazının hakiki ve sahteliği hakkında, zimnen dahi olsa, bir karar vermek-izin bu vasiyetnamenin infazını emreyihyen bir ilâm nakz olunmak icabeder. C. 27 Temmuz 1909, *Gaz.* 29 Temmuz 1903

[3] Hâkimler ibraz edilen senetleri ve bir ihtilâf esnasında ortaya çıkan hal ve şartları takdir ederek bir vukuf ehli tetkikatına müracaat etmeden kendi bilgi ve kanaatlerine yardımı ile bir yazının inkârını kabul edebilir, “C. 3. Temmuz 1850 S. 50. l. 705; D 501” 210.

Mahkeme sırf münazaaya mahal veren vakıalardan aldığı intiba üzerine karar verebilir ve dâvanın kendisine arzedeildiği ağır, sarıh ve bir birine uygun karinelere göre kanaatini hasıl edebilir.

Kabul edilmiş, aidiyeti münazaalı yazıya yakın, mukayeseye yarayan vesikaların tetkikına istinat edebilir [1].

*Yazı tatbik ve istiktabına dair karar.* — Fakat Hukuk Usulü muhakemeleri kanunundaki şartlar dahilinde Hâkim yazı tatbik ve istiktabına karar verirse, kanun hükümlerine sıkı surette riayet etmekle mükelleftir.

İstiktap: I, inci senetlerin ibrazı [2] ;2 inci vukuf ehli tetkikatı [3]; 3. üncü tahkikat (Anket) suretiyle yapılabilir.

Hukuk Usulü muhakemelerinin 211. maddesi şahadete müracaat edilebileceğini beyan eder. Bu şahadetin yalnız senedin maddiyeti ile ilgili olması icabeder.

İstiktap yapılmasına mütedair kararda münazaalı vesikanın mahkeme zabıt kâtipliğine tevdiî de emrolunur.

*İstiktabın zorlukları.* — İstiktap keyfiyeti daima çok nazik bir amelîye telekki edilmiştir.

Sahtekârlığın türlü neveleri vardır [4].

Hakikatta kurtulması icabeden tek sahtekârlık, taklit yolu ile sahtekârlıktır, (les faux imites) dir.

[1] Esasa karar verecek olan hâkimler bu hususta hatız oldukları salâhiyetle istinaden ve dâvanın bütün vakıa ve vesikalarına göre kanaat hasıl etmekte serbest oldukları için, esasa karar verecek Hâkimler yalnız başlarına istiktaba tevessül ettikleri zaman, hukuk Usulü muhakemeleri Kanununun yalnız ehli vukuf tetkikatına kabillî tatbik bulunan hükümlerine riayete aslâ mecbur değildirler. Re, 7 Ağustos 1912.

İstiktabın sıhhatını temin etmek için mukayeselerin taaddüdü lazımdır. Non autem sola haec od hoc sufficlat seol et ali orum sucribentum forte, aut contra hemtum scripitrade exmientur, ut ex plurimis conparitionibus, tam complerionis, quam subscribentum fork, aut etiam contrahentum, una gudedam celligaturus diçue et efficiatur fides.

[2] Hukuk Usulü muhakemeleri Kanunu zarfının mukayesesini yazılı mukaddime beyanınının bir unsur ve cüz'ü olarak kabul eder.

[3] Vukuf ehli tetkikatı hâkimi bağlamaz.

[4] quistsalsum, gnaeritur, et videtur id esse, si çuis alienam chirographum imitetur, aut libellum, vel rationes intercidet, vel describat nonquiallain ratione metnuntur. C. L. 28 de lexe cori. 47, 10. *Bir kimsenin başkasının yazısını taklit eder,* bu yazının bazı şart ve kayıtlarını ortadan kaldırır, yahut akde veya akdin kayıt ve şartlarına zikredilmemiş bulunan bir husus ilâve ederse sahtekârlık vardır. Ceka K. nu 105. maddesi ve devamı.

Sahtekârlığı iera hususunda — en iyi sahtekârlar; Ressamlar, hakkâklar ve desinatörlerdir. Bunlar arasında hem birbirine benzemiyen yazıları serbesçe kopya etmiye kadar bir çok kimseler vardır.

Birbirini tutmaz yazılar hususunda bu kimselerin baş vurdukları kurnazca ve mahir bir usulü nakledelim, bir kimsenin hakiki el yazısının hâcelerini en calquant, keserek ve birbirine ekliyerek oldukça muvaffak bir el yazısı elde edilir, bu yazının küçük ve ehemmiyetsiz uygunsuzluk ve müsavatsızlıkları da fotoğafta kaybolur.

Daha az kabiliyetli mütahassıslar tarafından yapılan sahtekârlıklarda kuvvet eksikliği, tereddüt, tutmamazlık, ilâ. Vesikadan şüphe edilmesine sebep olur.

Hiylekârlık ve sahtekârlığın ortaya çıkmasında fotoğraf hakiki hizmetler ifa eder. Fotoğraf, hiyleye müsait olmakla beraber hiyleyi de ortaya çıkarır [1].

Hâkimler, duruşma devam ederken ve yazı hususunda vukuf ehlinin raporu alındıktan sonra, işbu raporun tetkikini ve işin münakaşâ ve bir hükme bağlanmasını kolaylaştırmak maksadiyle münazaas vesikanın fotoğrafının alınmasına müsaade edebilirler.

Keza bir Noter nezdinde hifzedilen evrakın asılları içinde bulunan ve mukayeseye yarayan vesikaların fotoğrafının alınmasına da müsaade edebilirler.

Muhakeme ve duruşma ile alakası olmayan üçüncü şahıslara taallük eden Noter senetleri bahis mevzuu olduğu zaman bu senetlerin yalnız yazı bakımından alâka bahş kısımlarını (hususî halde, imzasını) kopye etmek kâfi gelecektir ve bu suretle üçüncü şahısların menfaati mutlak surette himaye edilmiş olacaktır [2]. Mütahassis müellifler (ki ilim adamlarıdır), sahte olmasından şüphe edilen vesikaların daima fotoğrafisinin alınmasındaki ehemmiyeti tebarüz ettirerek kimyevi tetkik ve muayene usulünü ısrarla tavsiye ve işbu vesikayı en müessir ve en uygun kimyevi taamüllerin tesirine tâbi tutmak için kullanılabilecek muhtelif usulleri izah ederler. Bu müellifler, mürekkeplerin satırların, kelimelerin, tetkik ve muayene edilen vesikanın arzettiği en küçük teferruat ve işaretlerin mikroskopla tetkiki hususunda büyütücü aletlerden hakkiyle faidelenmesini tavsiye eyemeyi unutmazlar.

[1]. Bu hal, Achille'ın açtığı yaraları iyi eden, mızrağını hatırlatıyor.

[2]. Ezetimle Coulommers Hukuk mahkemesinin 2 Mart 1900 tarihli kararı ile bak. *La Loi* 28 Mart.

Bugün litoğrafya taşı yerine çinko kaim olmuştur ve Galvanik usuller ve çinko üzerine tıpkı basılır pek yüksek bir sâhâat arz etmekte asıl vâsi-kayı esaslarında faidelendiği fotoğraf sadakatiyle kopye etmektedirler.[1].

Bu, hiyle ve sahtekârlıkları ortaya koymak için kıymetli bir vasıtaadır.

Sahtekârları ortaya çıkarmak hususunda kullanılan bu maddi vasıtalar-dan başka çareler varmıdır?

Bir yazı fizyolojisi varmıdır? Yazı tipleri mevcuttur mudur? Bir yazının aynıyet ve hüviyetini beyana inkân varmıdır? *Kalem darbısı, kalem çekişi* (Le coup de plume) denilen şeye istinat etmek kabil midir? [2]

[1] Çinko üzerine hak usulü ile kopya, aslâ tam mânası ile sadıktır; Bu usul-de her şey, tâbir caizise kimyevi ve mekanik surette olur.

"2 İnce el yazısının aslının fotoğrafisi alınır. Bu suretle ilk menfi kılışe elde edilir; yahut, ilmi tâbirce pek alışkın olınların ifadesiyle söylemek icabeder-se, mürekkeple yazılan sıyah kısımlar bu ilk plak üzerinde şeffaf bir hal alır. Bu kılışe hassas bir madda ile örtüldü müddet bir tavha üzerine nakit olunur ve bu maksûs ameliye sayesinde müsbet kılışe tekrar elde edilir.

Şu halde bu ikinci ameliyeden sonra maddenin üzerinde aslına uygun bir fotoğrafi kılışesi elde edilebilir.

Bundan sonra artık madene kimyevi tesir yapmak zamanı gelmiştir; Bütün be-yaz kısımlar kaybolur ve yalnız tahammuz etmez bir hal alan yazı kabartma ha-linde ayrılır.

Bu muhtelif ameliyelerin tâbi olduğu tamamen mekanik ve pek basit usul sa-yesinde işe her hangi bir hiyle karıştırılmak imkânı kalmadığı görülmektedir. Olsa olsa, el yazısının usulü ihtiva eden kâğıt üzerine diğer bir vesikadan çinko üzerine hak usulü ile elde edilen aatıların ilâvesi düşünelebılır. O zatın bütün sahife üz-e-rinde bir sünger geçirmekle bu hususa anlamak çok kolay olurdu; alelade mürek-kep temizlenir, halbuki matbaa mürekkebi sudan müteessir oluruz. En cahil bir vukuf ehli bile gözleri kapalı bu işin farkına varır.

Görüldüğü ki böyle bir mülahale ile yazı tadil ve tebdil edilemediği gibi, fotoğ-ra-fisi alınmış olduğu için hatalardan aşınmaz. Hakiki vaziyet bilmeyen bir kims-e-nin yazının aslı ile elde edilen kılışeyi birbirinden ayırması hemen hemen imkânsız-dır.

Bir kılışeden, meselâ bir gazetede, kopye çıkarılışı zamanı pek çok nüsha ba-sıldıkdan sonra zamanla harflerin aşınması ve yazının açtılığında bir parça kaybet-mesi mümkündür. — Fakat ne kadar azdır. Aradaki fark hissedilemez derecededir. Biri kalın, diğeri ince uçlu iki kalemlle, fakat aynı eyle yazılan iki yazı arasındaki fark daha büyüktür. —

[2]. Fizyolojik işaretler tâbirinden harflerin ittisâl ve ittibatı, yazının ünvanı manzarası (işlek yazı, işlek olmayan yazı) anlaşılmaktadır, yoksa harflerin kalınlığı değil.

En çok dikkati çeken hususiyet yazının son derece işlek olmasıdır.

Şüphe yok ki, imlâya ait âdetler [1], üslûbun teadül ve tetabuku yanlış ifade tarzlarının, yersiz tâbirlerin tekerürü, tetkik ve tahkikatta mühim bir rol oynar.

Yazı tipleri bulunduğu tamamen doğru bir şeydir.

Sacré-Coeur yazısı şu hususiyetleri arzeden bir yazıdır—daha doğru su yazı idi, çünkü bugün ortadan kaybolmak üzere—: a) muttasıl; b) yüksek; c) hafif; d) bütün harflerin kaide ve zirveleri köşeli yapan; e) kıvrımları bir müselleş şeklinde tamamen kapayan; f) hareketleri mümkün olduğu kadar kaldıran, ve g) kelimelerin sonuna gelen harflerin saklarını uzatan bir yazı.

Bu müessesenin hemen hemen bütün talebeleri kare usulü ile öğretilen bu yazıyı kabul ediyorlardı; bu müessesenin eski talebelerinin hemen hemen hepsi bu yazı usulünü muhafaza ediyordu. Biraz tecrübe sahibi olan kimseler çok kere sıf yazılarını tetkik ederek bir müessesenin eski talebelerini tanıyorlardı. Filhakika pek çok hallerde, insan öğrendiği yazı tarzını ölünceye kadar muhafaza eder.

Hakikatte, usul aynı olduğuna ve bir an'ane teşekkül ettiğine ve bu ananeye sıkı sıkı riyayet etmek nezaket ve kibarlık icabı sayıldığına göre, aynı bir müessese talebelerinin benzer bir yazı sahibi olmasında pek de şaşılacak bir cihet yoktur. Diğer terbiye müesseselerinde de buna benzer âdetler bulunduğu şüphe yoktur.

Hayret edilecek nokta, hayat boyunca insanın alıştığı yazı tarzına bağlı kalmasıdır.

Hepimiz aynı yaşta hüsnühat (güzel yazı) dersi gördük ve güzel yazı vazifeleri yaptık. Fakat bugün hâlâ hüsnü hat üzere yazı yazanlar ne kadar azdır. Her birimiz, çeşitli ve müteaddit sebeplerle ayrı bir yazı şekli edindik. Bir kısım kimseler tabii temayüllerini takip etmişlerdir; diğer kısım

[1]. İmlâya ait âdetlere gelince yazısı birbirine benzeyen kimselerde bu âdetlerin aynı olması çok nadirdir. Herkesin az çok kendisine göre bir gramer bilgisi vardır. Biri aksan işaretlerini ve sediyeleri ihtimamla ve doğru olarak koyar; öteki, bunları ya unuttur, yahut icabetmeyen yere koyar. Harficerler için de aynı şey söylenebilir.

Bu vadide söylenmesi gereken bir husus daha vardır: trés (pek) kelimesinden sonra vasıl hattı (yani — işareti) kullanılmasıdır, trés grande trés petit gibi. 1878 yılında akademi tarafından imlâda yapılan resmî bir değişiklik sebebiyle Fransada bu hususta iki imlâ şekli vardır. Vaktiyle trés kelimesinden sonra vasıl hattı (trédünyon) konurdu; biraz genç olanlar Akademinin kaldırdığı bu işareti kullanmıyorlar. Bu işaret; bir çok kimseler tarafından, bilhassa kırk yaşını geçenler tarafından hâlâ kullanılmaktadır.



kimseler, isteyerek veya dikkat etmeden, hoşlarına giden yazıyı taklit etmişlerdir; — Bu yüzden yazılarda sonsuz bir tenevvü vardır. Bu hususta ilk ve en ehemmiyetli âmil göz önüne getirilince, bu hale şaşmamak icabeder: Mademki birbirinin aynı olan iki insan yoktur, şu halde, nazarı olarak yazı da seciyeye göre farklı olmak icabeder [1].

[1]. *Revue Scientifique*, dergisi sahibi bay Héricourt, Dreyfus meselesinde bahli olarak şunları söylemiştir:

"Bir kalemî tutanı, yazı yazanı bir elin hareketleri umumiyetle diğer hareketlerden başka bir mahiyet taşımaz; Bu hareketler asabi bir tenbihin neticesi olan bir adale sıkışmasının sonuçlarıdır, bu asabi tenbih ise dimağî iş veya beynî işlemesindedir. Doğrudan doğruya münasebettir; orada önce fikirler, sonra hisler hasıl olur, bundan da irade doğer.

"Bu adale hareketleri, aynı cinsten olan bütün varlıklarda müşterek, umumî kanunlara tâbidir; bu hareketler bizzat insanın şahsiyetini teşkil eden dimağî faaliyetin vasfı ile dahi ilgili tahavvüllere dahi tâbidir.

"Bu umumî kanunlar, asabi cihazın, sinirlerin, adalelerin bu tahavvülleri, fizyolojî alanının ta kendisi demektir; bu, asabi cihaz fizyolojisi adaleler fizyolojisi demektir. Bir fizyolojî mütahasssının yazı bahsinde nasıl salâhiyettar olabileceğine dair bir örnek.

"Mesleğim olan fizyoloji mütahasssılığında yazı mekanizmesi ile şahsiyet arasındaki münasebetlerle mütâaddit defa meşgul olmak fırsatını bulmuştum. Yaptığım araştırmalar arasında ortaya koyduğum bir tasnifi zikretmeliyim: Yazıların (sağa yönelen yazılar *dextrogyres*) ve (sola yönelen yazılar — *senestroyres*) olarak tefriki. Bu kelimeler son derece sad'e vaziyetleri ifade eder: Bazan içri kısımlarını daimî bir şekilde sağa bazan daima sola yönelten hususî yazı şekilleri bahis mevzuudur.

"Yazıların bu yolda bir taksimi mühimdir, çünkü bu tefrik sayesinde yazıları derhal, tamamen birbirine zıt, birbirine irca edilemeyen ve tanıması kolay iki kategoriye ayırmak imkânı mevcuttur. Nitekim, bir vukuf ehlinin bu yazı tasnifini değer ve ehemmiyetli fikirince bu tasniften çıkarılacak neticenin tamamen zddi bir netice çıkaracak surette anlamış olduğunu görmekte biraz hayrete düştüm.

"Fihakika, sağa veya sola yönelen bir yazı sahibi, yazısını saklıyarak, yazısının aksî şekilde bir yazı yazabilir demek; bir kimse yazısını değiştirmek suretiyle şahsiyetini değiştirebilir, sınırlarının takabbuzunu ve ruhunu tebdil edebilir demektir. Hatta, yüzünün şeklini değiştirmek isteyen bir kimse gözlerinin rengini değiştirmek suretiyle bu arzusuna muvaffak olur, demeye muadildir.

"Hareketlerin, sırrını mütalâa eden biz fizyolojistler bu gibi şeylere çok alışkınız; tev'î bir hareketi teemülsüz düşünmeden, şüurlü iradî elin başka bir istikamete kaymasına mâni olabilmek için her an muayyen bir istikamete tevcih edilen bir hareketi fark etmesi çok iyi biliriz."

Tav'î hareketleri yaptırın aynı adalî takabbuz değildir. Bu muhtelif hallerde adalenin mekanizması, sinirlerin mekanizması tamamen farklıdır. Ve mikroskopla çizgileri tetkik ederken biz tetkik ettiğimiz çizgilerin otomatik ve tav'î yahut şüurlü ve iradî bir hareketten hangisi tarafından husule getirildiği derhal bildirecek, cevaplayacak durumdayız. Şu halde, bu noktada mutlak surette karar vermek icap ettiğinden bun aimkân vardır; vesikânın aşlını salâhiyetli adamlara tevdi eylemek kafi- dir tetkik ve tahkikattan sonra mutlak bir cevap istihsal olunur.

Şuhalde muhtelif şahıslarda ve muhtelif devirlerde «Sacré -coeur» yazısı denilen yazının yeknasaklığı neden ileri geliyor?

Yazı üzerinde yapılan tesirden çok yazan üzerinde tesir yapılmış olmasından; tâbir caizse umumi terbiye ve keza elin hususi terbiyesi yolu ile muhtelif ferdiyetler aynı tarzda şekil almıştır.

Başka tâbirle asıl ferdiyet ortadan kaldırılmış, sun'i ve yeknasak bir ferdiyet onun yerine kaim olmuştur, bu ikinci ferdiyet, sun'i mahiyetine rağmen daimî bir hal almıştır, çünkü harici tesir, şahsiyetine kolay kalıplanabildiği ve en az kuvvetli olduğu bir yaşta yapılmıştır.

*Manevî sahtekârlık taklîf* suretiyle sahtekârlıktan daha az korkunçtur.

Bu bakımdan bizim Ecole des Chartes de yapılan tedrisat kıymatlıdır.

[17]. Fakat bu mektebin tetkiklerine arz edilen şüpheli vesikaların çoğu

[17]. Bak. Bentham, Pœuvres Judiciaires, 4. kitap, IX fasıl: *Bir yazıcının mesruk olmayışını ispat yolları*. Bu müellif beş doğrudan doğruya delil kabul eder.

Bunlardan dördü hal ve şartlara taallük eden delillerdir: İnci elin benzemeyişi; 2. İnci yazıyı elinde bulunduran hımsenin şüpheli menfaati 3. Sahtekârlığın kâğıt mürekkep veya mühürden istihraç edilen maddî delilleri; 4. Naclî yazının muhtevassından istihraç edilen sahtekârlığın psikolojik alâmetleri; yazının yazıldığı tarihte kullanılmıyan kelimelerin kullanılması; yanlış ve senedi tanzim eden kimse tarafından da bu suretle malûm bulunan vakıaların dercedilmiş bulunması; mukavelenin eski aktillerle ahenksiz bir halde bulunuşu; ibraz edilmesi icabeden bir tarihte bu akdın ibraz edilmemiş bulunması; eserle eserîn kendisine izafe edildiği şahıs arasında bir kabiliyyet ve istidat farkı bulunması; kanaat mahalefeti; müellifin bilmesi icabeden vakıaların garip bir tarzda ihmal edilışı; üslûp ve cümle teşkilindeki farklar.

Eastitü âzasından bay Lœvi Havet, Dereyfus meselesinde yaptığı aydınlatıcı şahadette bu münasebette şunları söyler: “Şimdi dil meselesine geliyoruz. Dil tâbiri ile kelimelerin seçilmesini kast ediyorum. Şüphe yok ki Fransızcayı doğru veya yanlışlar yaparak söylemek hususunda pek çok tarz vardır. Bir sınıfta bir talebeye NO. veren ve kelimelerin veya yanlış veya doğru ifadelerin seçilmesi bakımından not atması icabeden bir profesörün görüşü ile hareket ettim. Bu suretle, “Bordro,, da, Fransızcaı iyice bilmıyen bir kimse tarafından yazılmış gibi görüneni yanlış ifadeler, yersiz ve bozuk değiş şekilleri, bir Alman veya İngiliz tarafından yazılmış hissini veren cümleler var: “Sans nouvelles m'indiquedent que vous désirez me voire, je vous adresse cependant, Monsieur, quelques documents interesan ts „ (Bayım, beni görmek istediğinize dair haber alamamakla beraber size bazı dikkate lâyük vesikalar yollıyorum.) ana dilini bilen bir Fransızın akhna hiç bir zaman “nouvelles, kelimesi gelmez, “sans avis,, der. Bu cümleyi yazan kimse Almanca düşünmüş, Fransızca yazmıştır.

Fakat, tetkikata devam edelim: “Sans nouvelles m'indiquant que vous désirez me voir, je vous adresse, cependant, Monsieur: „

Fakat kendi dilinin terbiye edilmiş ve kendi dilinin gerçekten millî insiyakına malik olan, Fransızcaı iyi konuşan bir Fransız şöyle derdi: “ Quesque j'enai pas re-

için hem asılları kaybolmuştur, hem de zincirleme giden ve menşeyini ve sırasını takip imkânı çok kere mevcut olmayan istinsahlar yüzünden metinleri de tahrif edilmiştir; menşe ve istinsah edildiği zaman daki şartlar tamamen meçhuldür, bu kopyaların yapılmasına sebep olan menfaat ve alâka muammalıdır.

Çu d'avoirs me disant que vous désirez me voir, je vous adresse... , yahut cümleyi keserdi.

Bu "bordro,"nın ifade tarzına beiki üçcari muhabereatta rastlanırsa da edbi üslupta katiyen rastlanmaz; bu sebepten işbu ifade tarzı Fransızca'yı az bilen veya az yazan yabancıların yazılarında görülür.

Biraz daha ilerde bir vesika münasebetiyle şu cümleyi görüyoruz: "Her kitandan sabit bir miktar alıyor — Cbaque corps en reçoit un non bre fixe.. (Sabit bir miktar — un nombre fixe), bütün kitaplar için aynı miktarı, meselâ her kitabın elli alması demektir. Fakat ( Bordro ) yazan kimse bu fakı anlatmak istememiştir; her kitabın açık veya muayyen bir miktar önceden tayin edilen ve bütün nüshaları iade edilip edilmediğini anlamaya müsait bir miktar aldığına ifade etmek istemiştir; Bu da talebenin Fransızca'yı iyi bilmediğini veya yabancı olduğunu profesöre anlatan bir delildir. "Ce document est extrêmement difficile à se procurer,, ibaresine gelince, bu ibare gramere aykırıdır. "Difficile à se procurer,, ibaresinin karşısına bu ifade Fransızca değildir, şeklinde bir mülâhaza ilâve etmiyecek bir tek Fransızca bulunması yoktur.

Başka bir mülâhaza: Bordroyu yazan kimse, elinde pek kısa bir zaman kalması icabeden bir vesikayı muhatbına takdim etmekte ve şöyle demektedir "Si vous voulez y prendre se qui vous intéresse, vous ferez mettre à ma disposition, je le prendrai,, bu ibarede yabancılara mahsus bir ifade tarzıdır Fransızca'nın insiyakına malik olan kimse şöyle derdi: "Je passerai ou j'irai le prendre,, fakat kullanılan ifade tarzı Fransız dilinin normal bir ifade tarzı değildir.

İşte hepsi de son derece saygı dikkat olan beş, altı küçük nokta yazıdan elde edilen katiyete müsavi bir katıyetle, bu "bordro," yı yazan kimsenin lâletiyin bir kimse olmadığını söylemek hakkını vermektedir. Bu vesikayı yazabilecek kimselerin sayısı azdır; Bu kimseler ya Fransızca'yı iyi öğrendikleri için iyi bilmiş kimselerdir. Yahut başka bir dilde düşünen kimselerdir.

Bu vaziyet karşısında bordro kendilerine izafe edilebilecek şahısların çevresi son derece azalmaktadır; Yüzbaşı Dreynus Fransızca'yı tam bir sıhhatle yazmaktadır, bu zatın mektuplarında tek bir yanlış ve lozak kelime yoktur. Misal olmak üzere şu cümleyi zikredeyim: Beni mahfûm ettirenlere bir vazife bırakıycım. İİA. " - J' ai léque à se qui m'ont fait con dan mer avoir, etc., burada çeha iyi yazılmış bir cümle bulunamazdı. Hem bütün yazıları böyledir. Eğer bir kelâj talebesinin vazifesi bahis mevzuu olsaydı, profesör bu yazılara "pek iyi,, derecede not verirdi.

Yüzbaşı Dreynus'un mektuplarında beyhude yere bir kafa sıradım. Buna muhabil, Binbaşı Esterbazy'nin mektuplarında bu kalil yarlıklar sayılmıyacak kadar çoktur. Para sıkıntısından şikâyet ettiği bir mektupta şöyle diyor: "Telles et telles personnes doivent avoir conservé toutes traces de cette affaire,, "Toutes les traces imaginaables,, fikrini ifade etmek için kullanılan bu cümle Aının suvarisine yazdığı

Bununla beraber kullanılan usul bütün bu güçlükleri yenmektedir.

Filan âlim, aslı kaybolmuş bulunan bir merovingien diplomasının tetkikine başlamıştır ve bu diplomanın yalnız kopyalarına muhtalidir; buna rağmen, nezaket ibarelerinin, bazı tâbirlerin kullanılmasına, cümlelerin tertibine göre, bu vesikanın kendisine izafe edildiği hükümdar tarafından verilmediğini ispata ve tanzim edildiği devri tayine, su götürmez bir surette muvafak olur.

Bunlar sert ve muhakkak neticelerdir. Bu neticelerden ancak bu usullere âşina olmyanlar hayrete düşebilirler.

Bu hususta meşhur bir misal zikredelim:

En salâhiyetli şahitlerin ifadesine göre uzun zamandanberi ilim tarihi ile uğraşan istihkâm mühendisi Michel Chasles, 15 Temmuz 1867 yılında buluş şerefi Neuvton'a izafe edilen cazibe kanunlarının «*Pensées*»nin ölmez müellifi tarafından keşfedildiğini göstermek gayesiyle ilimler Akademisine Pascal'ın bir kaç mektup ve notunu tebliğ eyledi.

Bu ilk tebliği takip eden haftalarda yalnız Pascal'ın değil, fakat Neuvton, Galilée, XIV ücü Louis'in ilâ. yeni mektuplarını da Akademiye tevdi eyledi. Akademi gelen mektup ve vesikaları celselerinin zaptına geçiriyordu.

Bu suretle 1867 den 1869 za kadar iki yıl içinde 400 matbu sahife tutan 382 vesika neşretti.

Fakat bu vesikaların hepsi düzme uydurma şeylerdi, nitekim muhtelif âlimler asıllarını görmeden bu vesikaların sahteliğini en katî bir surette ispat eylemişlerdir [18].

---

meşhur mektupta bulunan şu cümle gibidir: "Je serais toutes tentatives pour aller en Algérie. „ Bu kabil cümleler onun şahsına has cümlelerdir.

Alman suvarisine yazdığı mektuptan başka, vatan düşmanlığı taşıyan bir mektubunda şöyle diyor: "Voilà la belle armée de France, hiç bir Fransız löyle bir cümle yazamazdı. Şöyle bir ibare kullanırdı: "La belles armée Française, „ yahut "La belles armée de la France, „

Mektuplarında başka acıip ve hususiyet taşıyan ifadeler var, meselâ iyi bir Fransızca olmayan şu cümle gibi: "Je serais certainement parfaitement heureux, „ Bay Louis Havet izahlarını şu suretle bitiriyor: "Su götürmez bir surette ve en ufak bir tereddüt hissi duymadan denebilir ki, bu yazı bir başı Esterhazy'ye aittir, imlâya ait âdet ve hususiyetler Binbaşı Esterhazy'nin âdelleridir. Büyük harflerle yazılan A üzerine aksan grav işaretini koymak gibi. Nihayet, dil bakımından Bo-dronun Yüzbaşı Dreufus tarafından yazılmış olması tamamen imkânsızdır. Binbaşı Esterhazy tarafından yazılmış olması ise pek tabiidir.

[18] İlk neşriyettan itibaren, neşredilen vesikaları okuyan bir fizikçi bay Dubanel, Pascal'a izafe edilen mektup ve vesikaların kabule şayan olmadığını, çünkü bu vesika ve mektuplar, Pascal'ın ölümünden sonra bulunan öçü ve hesapların latimali ve bunlara vukuf icabettirdiğini beyan etmiştir.

Tetkik etmiş olduğumuz tahkik usullerinin hepsi de ciddidir ve nazarı itibara alınmaları icabeder.

Fakat sırf Graphologie (yazıya bakarak yazı sahibinin karakterini tayin etmek) hakkında aynı şeyi söyleyemeyeceğini Graphologie rahip Michon tarafından bulunan ve Crépien — Jamin, Depoin, Léonce Vié, Varinard Georges de Beauchamp, Albert de Rougement; la baronne Ungern de Sterberg, doktor Héricout, ve Tarde tarafından tekemmül ettirilmiştir [1].

Fakat bu sanat her türlü ilmi katiyetten mahrumdur.

Bir kaç gün sonra uzun tetkikler ve bir kitap basımı dolayısıyla Pascal'ın lisansının hususiyetlerine iyice vakıf bulunan Bay Prosper Faugère Akademiye yazdığı mektupta *Provinciales* müellifine izafe etmek cesareti gösterilen üsluptan şikâyet ediyordu.

12 Ağustos 1867 tarihinde yabancı memlekette bulunan muhabir âzasından ve Newton'un hayatını yazmış bulunan Sir David Brewster'den Akademiye gelen bir mektupta, nesredilmiş bulunan bütün vasikaların "zavalı birer uydurma" dan başka bir şey olmadığı teyit olunuyordu.

Galilée'ni, onu, Pascal ile birlikte Astronomi ve cazibeli arz hesaplarıyla meşgul olmuş gösteren mektuplarının intişarından sonra Glasgow lu astronom Bay Grant, bu vasikaların sahte olduğunu, çünkü bu vasikalarda Galilée'nin bahsettiği yıldızların adı geçen âlimin ölümlünden sonra keşfedildiğini bildirdi.

Evvelki mektupların teyit üzere Galilée'nin yeni mektupları nesredilmesi üzerine Floransalı Bay Govi ve Bay Secci sahtekârlığı bedahet derecesinde ispat ettiler. Bay Chesle bir mânevi sahtekârın kurbanı olmuştur.

[1] Grépioux — Jamin, *La graphologie en exemples. L'écriture et le caractère. Binet, Les révélations de l'écriture. Bertillon, La comparaison des écritures et l'identification graphologique Revue scientifique, 1898. Bak, Bayan R. de Salberg'in Manuel de graphologie usuelle. Gasette des Tribunaux, 3 temmuz 1903.*

Graphologie hakkında ilk fikir Baldo tarafından 1622 yılında nesredilen ve *du moyen de reconnoitre les moeurs et les qualités d'un écrivain d'après ses lettres missives* adını taşıyan küçük kitapta mevcuttur. Geçen asrın La vater'in, daha sonra 1812 de Hocquart'in müdahalesine rağmen bu sanat ancak 1872 den itibaren Michonun çalışmalarına hakiki bir gelişme kaydetmiştir.

Rahip Michon'dan evvel graphologie bir his işi iken Michon onu sistemli bir şekilde saktı.

Bay Tarde *Revue philorophique* de şunları yazmıştır:

"Aşağı yukarı karakter sınıflarına tekabül eden yazı neveleri vardır, bir buhurdan hâmlerle gök yüzüne doğru yönelen ateşli satırlar iyimser tabiatları açığa vurur, halbuki düşük, aşağı sarkan satırlar yorgunluk ve kırılmış cesareti ifade eder. Fakat teferuata girmek bahis mevzuu olunca, yazanın mezîyet ve eksiklerini tasrih etmek icabederse, bu husus artık bir ilim işi değil, bir hads—intuition işidir, insan nasıl doğuştan psikomojik olursa, aynı suretle doğuştan grapholoque olur.

"Yazı, yazanın seciyesinin ana hatlarını ortaya koyduğuna göre grapholoji, geliştirilmesi icabeden vasıfları, kendileriyle mücadele edilmesi gereken eksikleri gös-

Graphologie, fizioloji ve psikolojinin mutlak tabiiyeti altına girmek iddiasındadır. Hakikatte, aynı yazının bir zaman, muhit, fiziolojik ve psikolojik şartlara göre vaki değişmelerine dayanan tahminlere istinat etmektedir. Mütebariz yazı şekillerine, yazı seciyelerinin tefsirine dayanarak insan seciyesini teşhis etmek iddiası, sadece bir falcı iddiasıdır [1].

Filhakika, büyük harflerin, sırf kıvrılmalarının, sırf saklarının şeklinin veya harflerin şu veya bu tarafa bükülüşü, bir yazının umumi vasıflarının; onları yazan kimsede akıl, muhakeme, ilham, mantık, ham hayallere temayül, müvazeneli veya müvazenesiz bir zekâ bir patavatsızlık işten, anlamamazlık, alaycı, mücadeleci, mütecaviz bir ruha delâlet edeceğini kabul ettirmek nasıl mümkün olur? [2]

Yazı *passif* hallerden ziyade *actif* şekil ve tarzları ifade eder; halbuki hafıza, daha ziyade *passif* bir halet olduğundan onun alâmetlerini keşfetmek suretile, terbiyeye yardım edebilir ve yardım etmelidir; esasen bu keyfiyet umumen kabul edilmiştir, bu hususta ısrar etmiyoruz.

[1]. Netekim, Grapholoque'lara umumiyetle iyi gözle bakılmaz. Aldıkları veya kendilerine gönderilen mektupların yazıları arasından kalpleri ve ruhları iskandil etmek iddiasında buldukları için, bu hal onları şaşırtmamalıdır. "Her şeyden evvel bu iskandil keyfiyeti bir saygısızlık ve münasebetsizlik teşkil eder. Bir kimseye mektup yazdığım zaman maksadım en adatıcı vasıtalarla, en parlak bir üslûpla kendim ve meziyetlerim hakkında en yüksek bir kanaat aşılmasıdır; yoksa ne düşündüğümü, ne olduğumun, kendi bendime karşı saklamakta okadar müşkülâta uğradığım kusurlarımı herkese keşfettirmek değildir.

(Hepsi bu kadar değil: yazdığımız zavallı küçük harflere birer birer bakan, onları yalancı şahitler gibi ayrı ayrı sorguya çeken, zaulular gibi biri birile karşılaştıran bu sınıf falcılardan, kâhinlerden birisini gördüğünüz zaman titremeye başlarsınız. Çünkü kendi kendiniz şöyle düşünürsünüz: "Benim yazım berbat; bu bay bana bakarak benim berbat bir huyum olduğu netcesini çıkaracak. Bu yüzden bayanlar tarafından hoş görülmiyeceğim.", Grapholoque'lar istedikleri kadar göründüğe en çirkin yazıların altın gibi kalbe delâlet edebileceğini beyhude söyleyedarsunlar; Onlara itimadedilmiyor. Alphonse Allais.

[2] Dreyfus işinde vukuf ehli olarak çağırılan bay Varinard bu hususta bizi şöyle aydınlatmıştır: "yazı işlerinde vukuf ehli olan Couard ve Belhomme ile *grafolokları* birbirine karıştırmamalıdır. Ben diğer iki ek-pere grafolok sıfatı ile itihak etmişim. Yani diğer vukuf ehli arkadaşlarımdan sırf maddî, sırf yazı şekline, satırların, hatların mukayesesine dayanan delillerine, mânevi, psikolojik bir mahiyet grafoloji taşıyan delilleri ilâve edecektim. Çünkü yazının arkasında, hatların ötesinde ben alâkâlımın şahsiyetini keşif ve tabiatını tâyin ve tasrih ediyorum. Bu farklı iki ilmi birbirine karıştırmamalıdır.

"Bordronun Binbaşı Esterhazy'ye ait olmadığı su götürmez bir keyfiyetti. Daha evvel tetkik ettiğim mektuplarına nazaran onun *tabiatini* biliyordum. Bordronun pek usta bir sahtekârın eseri olduğunun *grafoloji bakımından derhal* keşfettim. İlk bakışta çizgiler, satırlar birbirine benziyordu, fakat iki şahsın mizacı ne kadar farklı idi.

Daha aşağıda Dreyfus ilâmına bakınız.

fetmek zordur. Bir grafotok olmasına rağmen G. Héricourt aynı şeyi söyler: «Şunu unutmamalıdır ki canlı varlığın yalnız son kısmı doğrudan doğruya müşahede edilebilir, sükûti haline, gizli kuvvetlerine taallük eden her şey—hafıza bunlardan birisidir—ancak dolayısıyla bilinebilir.»

Hayır, yazı, yazanın meziyet ve kusurlarının yazılı bulunduğu açık bir kitap değildir.

*Netice:* şimdi asıl mânasında yazı hususunda vaki bir ehli-vukuf tetkikatına müteallik bütün zaruri malûmat ve unsurlara vakıf bulunuyoruz [1]. Gayet açık olarak söyleyelim ki, yazıda vukuf ehli tetkikatı bir ilim değildir ve bir ilim olamaz.

Her ilmin metodu, tekniği, aynı zamanda delilleri vardır.

İçinde arsenik bulunduğundan şüphe edilen bir kahve bir kimyaker vukuf ehline gösterildiği zaman bu zat nasıl hareket edeceğini, arseniği nasıl meydana çıkaracağını hemen o anda bilir. Arseniğin vücudunu hâkimlerin gözü önünde ortaya çıkarır, onun gibi diğer kimyakerler de hakikaten arsenik bulunduğunu açığa koyabilirler.

İşte ilim budur.

Fakat yazıda vukuf ehli tetkikatı böyledir ya?

Bu bir sanattır ki onun usulleri bizzat vukuf ehlinin teşebbüs kabiliyetine terk edilmiştir.

Bu usuller, az veya çok, mahirane, bazan da fevkalâde şeylerdir. Bu vukuf ehlinin müşahedeleri bazan mükemmel, çok kerre irce, bazan da son derece zayıftır. Vukuf ehlinin kıymeti ne ise bu müşahedelerin kıymeti de odur; vukuf ehli bir âlim ise yaptığı iş iyidir; vukuf ehli cahil ise yaptığı iş alelâde bir şey olur.

Fakat vukuf ehlinin değeri hakkında kim karar verecek? Bir âlim hakkında bir hükme varılabilir, değerini anlamak imkân ve vasıtaları vardır, fakat, artistler hakkında bir hüküm verilmez; şu halde böyle bir iş katiyet tazammun edemez ve yazı da vukuf ehlinin yapacağı tetkikatta katiyet ve yakın, vukuf ehlinin şahsından öteye gidemiyen bir kanaatin çok mütevazı ölçüsüne girer [2].

[1] Persifor Frajer. *des faux en écriture et de l'écriture*. Gustave Jtasse *Le faux*. Flamant. *Traité sur l'art de réviser les écritures*. Toulouse 1869

[2] Le voyer. *Traité de la preuve par comparaison d'écritures* ve bir vukuf ehli o kadar ileri giderse "yani mutlak surette teyit eder beyanda bulunursa,, o artık bir vukuf ehli değil *bir tarafı tutan şahittir.*„

Ve bu müellif şunu ilâve eder ki yazı işlerinde vukuf ehli tayin edilen zatın fikri ancak bir argümentans a simili et érisimli dir, ve vukuf ehlinin raporundan mütehassil deliluna qaedamı vafını haizdir.

Böyle bir kanaat beraet mevzuu bahis olduğu zaman bir karine olarak kâfi ise de, mahkûm etmek mevzuu bahis olduğu zaman böyle bir şahsi kanaat asla kâfi değildir [1].

Bazı vukuf ehli tarafından ileri sürülen tesadüfi kanaat ve mütalâalar hususunda zikredilebilecek en mâruf misal Dreyfus işidir.

Dreyfus, Paris'te bir yabancı devlet mümessiline gönderilen—ve askeri vesikaların teslim edildiğini, vatana hıyanet fiillerinin işlendiğini gösteren—bir Bordronun faili olmakla ittihâm ediliyordu [2].

İşte XVIII. asrın en büyük hâkimlerinden birisinin kâğıtları arasında bulunan bir not "Milli kütüphane Fransız manüskriber., Parlemantarı müddetunümü Joly de Fleury'nin el yazısı kolleksiyonundan aşağıdaki satırları iktibas ediyoruz:

"Bir kimsenin inkâr ettiği ve tanımak istemediği, fakat o kimsenin eli ile yazdığı ve imzaladığı bir senede dayanarak o kimse aleyhine dâva açmak bahis mevzuu ise o kimse tarafından tanınan—resmî veya hususî—ve yazı tabliğinde esas olacak vesikalarla ispatı müddeâ eylemek lâzımdır. Bunun için vukuf ehli tâyin ve kendilerine bahis mevzuu vesika ve yazı tabliğinde esas oluncak vesikalar tevdi olunur, bunlar vesikaları gördükten, okuduktan, istedikleri gibi tetkik eyledikten sonra hâkim öfünde şahadette bulunurlar. Tabliğatin ortaya koyduğu delilsiz ve işin ehemmiyetine göre hâkim, müttehimin ya tevkif veya ihzaren celbine karar verir.

Bundan sonra müttehim, aleyhine mevcut deliller hakkında sorguya çekilir, vukuf ehlinde müteşakkil şahitlerle yüzleştirilir; bunlar ekseriya müttehimni hiç tanımadıkları için, yüzleştirmede bahis mevzuu vesikaların müttehim tarafından yazıldığı veya imzalandığını iddia edemezler, sadece yazı sanatındaki tecrübelerine ve şahadetlerinde beyan ettikleri sebeplere göre, yazı ve imza tabliğinde esas tutulan vesikaları yazana ve imzalayan kimsenin bahis mevzuu vesikalara da yazdığı ve imzaladığı kanaatinde olduklarını beyan ederler; bunlara beraber bu kimsenin müttehim olduğunu teyit etmezler, çünkü onun ne tablik vesikalarını, ne de bahis mevzuu vesikayı yazdığıni görmüşlerdir.

"Bu sebepten dolayı, bu kabil şahitlere umumiyetle pek ümit edilmez ve ancak zıtları dıymalılığı için tahmini ve meslek bir mahiyet taşıyan bu kabil delillere istinaden müttehimlerin mahkûm edildiği nadirdir.

"Bununla beraber, aksi misaller de vardır; fakat bunlar hem pek nadir, hem de cürmü ağırlaştırıcı sebeplerle birlikte.

"Fakat bir mahkemenin, yazının tablik ve tabliği için tâyin olunan vukuf ehlinin şahadeti üzerine bir kimseni mahkûm etmesi için, hakikatın bütün zevahirinâ mevcut olması şarttır.,,

Bununla beraber bu tarihte Paris'te bir yemini yazı ustaları Loncası vardı. Bu ustaların düsturu şu idi: "Usta olarak yazı öğretmek, ekseriya zabıt kâlibi muavinî olarak başkasının yazılarını kopve etmek, ekseriya Noter gibi imzalamak.,, De Bologne, *Traité des vérifications d'écritures*, 1668.

[2] Temyiz mahkemesi umumi heyeti Dreyfus'u ikinci defa mahkûm eden iki divanı harp kararını tashihan nakzedan meşhur bir kararla "12 Temmuz 1905, S. 1907. I. 49, bu meseleyi sona erdirmiştir.



Alâka verici bir misal daha: Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesi 6 Mayıs 1899 tarihinde verdiği bir kararla Bordeaux matkemesinin İstasyon şefi Fétis, bir adli hata neticesinde duvarlara levhalar asmak suretile alenen tahkir suçundan dolayı on beş gün hapse ve imzasız mektuplarla aleni olmayarak tahkir suçundan dolayı da her biri beş Frank tutan iki para cezasına mahkûm eden 17 Temmuz 1894 tarihli bir ilâmını bozdu [1]. Fétis uğradığı zararı tazmin ettirdi: Devlet kendisine 15 bin Frank zarar ve zi-

Kararın bordronun yazısına tallük eden kısmı şöyledir: "bir taraftan 1899 yılında yapılan tahkikatta ehli-vukuf olarak davet edilen formenla ve vesikalar mektebi profesörlerinden Meyer, Molinier, Giry, işbu vesikanın Dreyfus tarafından değil fakat piyade tabur komutanı Esterhazy tarafından yazıldığını müteffikan beyan etmelerine;

"Diğer taraftan Bordro her istikamette dört milimetrelilik murabbaları ihtiva eden filigranlı, papier pelure denilen bir kâğıt üstüne yazılmış olmasına; 7 İltâ 1897 tarihinde Esterhazy hiç bir zaman asman kâğıdı kullanmadığını beyan etmesine, fakat 1898 soneshrininde kendisine aidiyeti muhakkak ve filigranlı ve murabbalı bir papier pelure denilen kâğıt üstüne yazılmış bulunan iki mektubun yakalanmış olmasına;

"Bu kâğıt ticaretle pek müstamel bir nevi olmamasına ve harici ölçüler ve murabbaların ölçüsü, renk, kalınlık, şeffaflık, ağırlık ve kolası, imalde kullanılan ham madde bakımından bordronun kâğıdına pek büyük bir müşaheret arzemesine;

Esterhazy'nin, müteaddit defa bordroyu bizzat yazdığını açık ve katî surette itiraf etmesine;

"Ceza mahkemesi Reisi 18 Nisan 1904 tarihli kararı ile, Âmirlerinden her türü izahatı almak salâhiyeti ile Bertillon, Valérie Corps, İla. Tarafından yapılan grafoloji ettirilerini incelemek üzere, Esntitü Âzasından İlimler akademesi dâimî kâtibî Darbuz; Paris İlimler Fakültesi Dekan Appel ve aynı fakültede profesör Poincaré'yi vukuf ehli-tâyin ettiğine;

"İşbu üç vukuf ehli tarafından müteffikan tanzim edilen raporda, bordronun Bertillon tarafından vaki yeniden teşkil ve inşasının yanlış ve müracaat ettiği muhtelif karışık ve sakat usullerin bir neticesi olduğu beyan edilmesine;

"Raporda 1 İşbu meselelerde ihtimalî hesap hâidelerinin tatbiki doğru olmadığı, 2. Bordronun yeniden teşkil ve inşasının sakat ve yanlış bulunduğu; 3. İhtimalî hesap kaideleri doğru bir şekilde tatbik edilmediği; bir kelime ile Âmilleri yanlış vesikalar üzerine yanlış muhakemelerde buldukları için bütün bu sistemlerin her türlü ilmi değerden mahrum bulunduğu neticelerine varılmış olmasına;

"Nihayet aralarında bir irtibat tesisine çalışılan iki kartikin her ikisinde, iki vesikanın yakalanmasından sonra yapılmış olduğunu adı geçen vukuf ehlinin ispat etmiş olmasına;

"Ve binnetice, Bertillon ve arkadaşlarının Grafoloji tetkiklerinin müzakere ve münakaşada nazara alınmaması icabeymesine göre bordronun Dreyfus tarafından değil, fakat Esterhazy tarafından yazılmış olduğu tahakkuk eder,....

[1] Bu hazin iş hulâsa olarak şöyle cereyan etmiştir: "1894 tarihinde La Gironde Vilâyetinde Devlet Demir yollarının bir küçük istasyonunda gar şefi olan Fétis, emri

yan ödeyecek, işbu karar Bordeaux'da ve diğer muhtelif Nahiyelerde ilân ve beş gazetede neşredilecektir.

Talih ve tesadüfe bağlı bir mahiyet taşıması itibariyle yazıda expertiz, vukuf ehline bilhassa büyük vazifeler yükler.

Herkesçe tanınan ve bu sıfatla sık sık mahkemelere çağrılan, müte-hassas sıfatiyle alelâde fertlerin bilgisinden ve tecrübesinden faydalandıran ve hâkimin kararı üzerine müessir olabilecek bir işte ihtisasını kiralyan bir vukuf ehli ısrarla araması icabeden teminatı arzetmiyen ve, istimal eden

---

altında çalışan memurlardan müvezzi Saurat'yı hakaret edici sözlerle ihbar etmek üzere müdür ve bir müfettişe iki imzasız mektup yollamakla ithham edildi. Aynı zamanda, aynı mahalde hakaret edici bir levha asılmıştı; Fétis bu levhanın da faili sayıldı.

"Filhakika, Sorgu hâkimi tarafından tayin edilen üç vukuf ehli, imzasız mektuplarla levhanın Fétis tarafından yazılmış olduğunu katî surette beyan etmişlerdi.

"Blaye cümlâ mahkemesinde, Fétis büyük bir şiddetle masum olduğunu beyan etti. Kendisine izafe edilen hareketleri Saurat'ya karşı yapmasının mânen imkânsız olduğunu; çünkü idarî müratebe yolu ile âmirlerine verdiği resmî raporlarda bu müvezziin tavrı hareketini metetmiş ve halta terfiini teklif eylemiş bulunduğunu söyleyerek hâkimlerin dikkatini istedi.

"Bu müdafaa faydasız kaldı. Vukuf ehlinin katî ifadeleri karşısında ve bizzat şeffhlerinin imzasız mektuplardaki yazısına Fétis'in yazısına benzediğini kabul etmeleri üzerine mahkeme, adı geçeni, levha vasıtasıyla alenen hakaret etmekten dolayı on-beş gün hapse, ve imzasız mektuplarda yazılı gayri aleni iki hakarettten dolayı beşer frank para cezasına mahkûm etti.

Mahkûm bu kararı istinaf eyledi. Fakat İstinaf Mahkemesi de mahkûmun suçsuz olmadığına kanaat etmeyerek ilk mahkemenin kararını teyit etti.

Fétis cezasını çekti. Vazifesinden azledildi.

Fakat hapisten çıkar çıkmaz bir adli hataya kurban gittiğini ispat eylemek için çalışmaya koyuldu.

O mahalde bulunan kimselerde kimin, düşmanlık, kin gibi sebeplerle Saurat'ya zarar vermek teşebbüsünde bulunabileceğini araştırdı. Bir gün Bertrant ailesinin mektuplarını gördü. Bu aile âzasından birisinin yazdığı imzasız mektuplar ve levhanın yazısı arasındaki benzeyiş kendisini şaşırttı.

Artık hiç bir şüphesi kalmamıştı. İmzasız mektupların ve levhanın faili bu mektupları yazan kimse idi; bahusus, Bertrant ailesi Saurat'ya karşı bir çok kimselerin ifadesine göre şiddetli bir kin besliyordu.

- 1894 te beyhude aranan saik şimdi keşfedilmişti.

Fétis keşiflerini müddeicumhurluğui bildirdi. Tahkikata başlandı ve üç vukuf ehli, Fétis'e izafe edilerek mahkûmiyetine sebep olan imzasız mektuplarla levhanın, Bertrant ailesinin Bordeaux'da oturan bir âzasına ait olduğunu müteffikân beyan ettiler.

Fakat nasıl tatbikat yapılacaktı?

kimsenin dahi mevsukiyetinden şüphe ettiğini kendisine haber verdiği ve sikalara istinaden faaliyette bulunduğu takdirde, kendisine zarar verdiği üçüncü şahsa karşı mesuliyetini mucip olan ağır bir kusur işlemiş olur.

Tehlikeli ve zarar verecek bir hataya düşmemek ve vardığı neticelere, üstüne aldığı işin istilzam ettiği kıymet ve ihtisasının tazammun ettiği em-

1897 Yılı gelmişti. Anılan levhadan doğan hakaret suçu (ki 1894 de meydana çıkmıştı) çoktan (— üç ay sonunda —) ve imzasız mektup yollamak suretiyle yapılan aynı olayın hakaret suçu ise bir yıl içinde müctemil zamana uğramış bulunuyordu. Bu itibarla iki Bertrand'ı takip etmek imkânsızdı.

Müddetimininlikle mutabık kalan Sorgu hâsini neticede işte iftira suçü mevcut olduğuna karar verdi. Mektuplar Saurat'ın tabii olduğu iddia bir mekuma gönderilmişti. Fakat levha müdâ'eb-tille bir ittihanda bulunmak kabül değildi. İş B'düyet Mahkemesine girdi. Mahkeme imzasız mektupların Bertrand'ardan birisine ait olduğunu kabul etmekte beraber ihbarın iftira suçü olarak cezalandırılması için kanunun aradığı şartların bulunmadığını beyan ederek işi masnunu berset ettirir.

Müddetiminin bu kararı istinaf etti. Bordeaux İstinaf Mahkemesi dikkatli tahkikat yapıp vakuf ehliyat, aralarında bizzat Fetis'in batıl-ılağı bir çok şahitleri dinledi. 1894 de Adil bir hata işlediğini anladı ve bunu ilân etmekte tereddüt etmedi. B'düyet Mahkemesinden ayrı bir mütalâada bulunarak iftira suçunu kabul ve iki Bertrand'ı bir ay hapse mahkûm etti.

Bu karar üzerine Fetis inadet mu'akeme hususunda Adliye Vekâ'etine bir istida ile mâracaat etti. Adliye Vekili Ceza Usulü Muhakemeler Kanununun 443. maddesinin fikrasi mucebince Bordeaux İstinaf Mahkemesinin iki kararına bir birine mübâyin olduğunun ihbar, işbu kararların bozulmasını ve Fetis'in beraset, Bertrand'ların nihai surette mahkûm edilmesi için dâvanın başka bir mahkemeye gönderilmesini talep eyledi.

Fakat Rapor Temyiz Anası Dopré ile mutabık kalan Baş Müddetiminin, Adliye Vekiline şu noksanı haber verdi: Adliye Vekilinin talebine nazaran bozma ancak kısmî bir mahiyet teşkil ediyordu. 1894 kararının levha sebebiyle Fetis'i 15 gün hapse mahkûn eden kısmı bozulmıyacaktı. Çünkü kararın bu levhadan bahsetmeyen 1897 kararı ile mübâyin değildi. Bununla beraber, bu kısım dahi ortadan kaldırılmalıydı. Çünkü anonim mektupları yazanın aynı zamanda levhayı yazdığı herkes tarafından kabul edilmektedir.

Ozaman Adliye Vekiline 443. maddenin yeni vakalara mütesallik 4. fıkrasının tatbik etmemesi fikri telkîa olundu.

Adliye Vekili yaptığı ikinci bir talepte bu yolu tuttu. Filhakika 1894 de vakuf ehli, imzasız mektup ve levhayı Fetis'e izafe etmekle beraber gerek mektuplar, gerek levhaların aynı elden çıktığını beyan etmelerine göre, imzasız mektup ve levhaların Bertrand kardeşlerden birisine ait olduğuna dair vakuf ehli mütalâası, Fetis'in suçsuzluğunu ispat edecek yeni bir vakıa teşkil ediyordu.

Yazı hususunda vakuf ehlinin yaptığı sayısız mâruf hatalar için bak; Mannor, *Plaidoyers et Mémoires*, 1775, cilt XIV, sh. 175 vd.

niyet ve unvanının telkin eylediği salâhiyeti vermek için, gerekli tedbirleri önceden itihâz etmediği takdirde vaziyet aynıdır [1].

[1] Bourges, 8 Temmuz 1901. Bu dâvayı hulâsa edelim: Dul bayan Labouysse Blanc mahkemesinde Blanc Belediye Reisi Beauregard ve yazı eksperti Teyssonniere aleyhine dâva açtı. Beauregard aleyhine yazılan ve hakaret edici sözleri ihtiva eden bir şarkının yazısının yazı mütehassısı Teyssonniere tarafından açıkça bu şehrin mahkemem Noteri olan Labouysse'e izafe edildiğini tesbit ettikten sonra, Blanc mahkemesi, birisi Labouysse'in, diğeri kâtibin eliyle yazılmış iki tatbik yazısına istinâf ederek, Beauregard ve Teyssonniere'yi dul madam Labouysse'e zarar ve ziyan olarak 800 Frank ödemeye mahkûm etti. Bundan başka Teyssonniere'yi hüküm sebebiyle ödemiyeceği bütün bedellardan dolayı Beauregard'a tekeffül ve ora tazminat veremiye de mahkûm eyledi. Teyssonniere bu karar aleyhine Bourges istinâf mahkemesine müracaat etti. İstinâf Mahkemesi kararın son kısmını fesh, fakat diğer kısımlarını teyit eyledi. Bu kararın başlıca mucip sebepleri şunlardır: "Teyssonniere's" gelince:

29 Mayıs 1892 tarihli mektup gibi mahrem bir vesikayı Nan de Beauregard'ın işbu vesikayı kullanmak hakkına malik olup olmadığından emia olmadan kabul eylediği vazife zımında kullanmak salâhiyeti olmadığı;

"Kendisine tevdi edilen sözden tatbik vesikalarının ve bilhassa dosyasında 6 No ile gösterilen ve Labouysse'den başkası tarafından yazılan yazıdan (Bilhassa birisinin çok dikkate lâyık vasfını verdiği) istirtaçlarda bulunmasına hizmet eden istidanın mevzûkiyetini dahî tetkik eylemek vazifesi bulunduğuna;

"Yaptığı ekspertizle, Nan de Beauregard tarafından kendisine yapılan vaat mucibince, gizli kalması gereken hususî bir mütalâadan başka bir şey teşkil ettiği yolunda Teyssonniere tarafından ileri sürülen iddianın beyhude bulunmasına;

"İşbu vadiâ hiç bir suretle ispat edilmemiş olmasına, raporun gerek şekil ve gerek neticelerine göre bu ekspertizin hâkime sunulmak hedefini gösterdiğinin sabit olmasına;

"Yazısı kendinin yazısına çok benzeyen Kâtibinin bir yazısını Labouysse'e izafe etmekle hüsnü niyetle aldanmış olduğunu Teyssonniere'sin hala iddia etmesine;

"Kendi yardımını isteyen kimsenin hareket sahiplerine fena bir ihtirasın dâ karışması mümkün olduğunu düşünerek daha müdebbir ve ihtiyatlı bir şekilde tetkik eylemesi gerektiğine;

"Şüpheli vesikayı kendine gönderirken Nan de Beauregard'ın (Bu istidanın Labouysse tarafından imzalanmış olmasına göre onun tarafından yazıldığına kabule mahal olduğunu, fakat her halde imzalayan nezdinde tahkikat yapacağını) yazmış olması keyfiyeti dikkatini bilhassa uyandırmak icabettiğine;

"Bu tahkikatın neticesini beklemeden bu sözden tatbikat vesikasını münakaşa edilmez bir senet olarak almasına ve kısmen bu vesika üzerine dayanarak bu vesikayı yazan insan olarak kabul edilen Labouysse'in suç sayılan şarkıyı yazdığı neticesine vasil olmuş bulunmasına;

"Mütehassıs sıfatile alelâde fertleri bilgisinden ve tecrübesinden faydalandıran ve Hâkimin kararı üzerine müessir olabilecek bir işte ihtisasını kirâliyan bir vukuf

Bu bahsin netice olacak bu sözleri Barcenne'den [1] alıyoruz. Bu müellif fikrini şu suretle ifade eder: «Her ferdin yazısına orjinal bir karakter verdiği faraziyesinden hareket eden ve bir çok yazıların tetkikinden

ehli, ısrarla araması icabeden teminatı arzetmeyen ve istimal eden kimsenin bile mevsûkiyetinden şüphe ettiğini kendisine haber verdiği vesikalara istinaden faaliyete bulunduğu takdirde, kendisine zarar veren üçüncü şahsa karşı üstüne aldığı işin istilzam ettiği kıymet ihtisasının tazammun ettiği emniyet ve unvanının telkin eylediği salâhiyeti vermek için, gerekli tedbirleri önceden ittihaz ettiği takdirde keza mesul olacağına;

«Teysonnières bu tedbirleri almadığı için, bir takım müşahedelerden sonra, Labouysse'in eseri olmıyan bir istidanın adı geçen tarafından yazıldığı mucip sebebiyle, hakaret edici şarkı müsveddesinin de adı geçen tarafından yazıldığını beyan eylemiş olmasına;

«Kendisine bihakkın zafere edilen şahsi kusurunun Nan de Beauregard'in faaliyetinin bir neticesi olduğunu Teysonnières'in ispat edememesi ve üzerine aldığı işte icabeden dikkat ve ihtimamı göstermiş olsaydı, biraz önce ah en sebeplere binaen, bu kusuru işlemeyeceğine ;

«Nan de Beauregard ve Teysonnières'in, Lapouysse'i zarara sokan kusurunun Bidayet Mahkemesi tarafından hakkaniyete uygun bir şekilde takdir edilmesine;

«İstinat edenlerin işlemiş oldukları şahsi kusur aynı tarafta vuku bulmuş olmasına göre müşterek ve müteselsil bir mahkûmiyeti icabederse de Bidayet mahkemesinin kararında gösterildiği gibi, teysaunières'i Bouregar'dın mahkûmiyetini temin ve ona tazminat vermiye mahkûm eylemek doğru olamayacağına;

«Kusur müşterek ve Teysonnières'in kusuru Bourgard'ın kusurunun bir neticesi bulunmasına göre;

Neticede Teysonnières ve Bouregar'd, Madam Labouysse'e zarar ve ziyan olarak 900 Frank ödemeye ve ayrıca mahkeme masraflarını tazmine mahkûm olmuşlardır.

L. Traité de procédure civile, cilt I, sh. 187.

[1] ihtilâfın tasallük ettiği kıymet 150 Franktan aşağı olduğu zaman alacaklı müddei lehine Hâkimin (Bu defterlere istinat ederek, bu defter muhtevasını taktir ederek ve bu hal şartları mukayese ederek) ağır, sarih ve bir birine uygun karine-er kabul etmesine bu hüküm mani değildir.

Bu karineler, defterlerin muntazam tutulmuş almasından, müşteri tarafından tak-sitlerin ödenmiş bulunmasından, yahut müşterinin celsedeki vaziyetinden doğabilir.

150 Franktan aşağı kıymeti olan meselelerde, Hâkim muvafık bulursa, mütemim yemin teklif edebilir. C. 22 Temmuz 1872, S. 74. 1. 73.; D.73. 1. 110. 10 Mayıs 1892, I. 577; D. 93. 1. 486. Cpr. Aubry ve Rau, Sh. 270. Lysin — Caem ve Revault, cilt 8 sh. V. yokarda Sh. 92 ye bak.

Fakat 150 Frangı aşan işlerde defterler yazılı bir mukaddimei beyyine teşkil etmezler. C. 30 Nisan 1938, S. 38. 1. 437; D. 38. I. 199. 30 İikknun. 07. Gaz. 9 Sonkâ. 1908.

Tacir olmayan eşhas, sarih surette veya zımnen bu maddenin kendisine bahşet-tiği menfaatten vaz geçebilir. çünkü 1329. madde hükmü âmme intizamı kaidesi de-gildir. C. 28 Haziran 1904. Gaz 30 Hazl.

sonra onların aynı elden çıkıp çıkmadığını beyan etmek iddiasında olan bu nevi delilik, talih ve tesadüfe bağlı güçlüklerine karşı akli selim sahibi olanlar şüphe ve tereddüt ile mücehezdir. à simili et verisimili muhake-me, ekseriya aldatıcıdır. Çünkü hakikata benzeyiş ile hakikat benzeyiş ile ayniyet arasında çok büyük fark vardır.

## İkinci Bölüm

TÜCCAR DEFTERLERİ, HATIRA DEFTERLERİ, HUSUSİ NOTLAR, ÇETELE VE NÜMUNELİK, ASIL VE SURETLER, TANIMA VE TEKİT SENETLERİ.

*I. Tüccar defterleri.* — Medeni kanununun 1329. maddesine göre «Ticaret defterleri, kendilerine kaydedilen teslimat hususunda tacir olmıyanlar aleyhine asla delil teşkil etmez, yemin bahsindeki istisnalar mahfuzdur [1].

Fakat tacirler arasında çıkan ihtilâflarda «muntazaman tutulan ticaret defterlerinin, tüccarın fiiller hususuna, tacirler arasında delil olarak kabul

---

Esasa karar veren Hâkim, bir üçüncü şahıs tarafından itiraz edilen bir alacağın mevcudiyet ve nisbetini isbat etmek için bir tacire satış defterlerini ibraz etmek müstesnasını verirse, bu defterin üçüncü şahsa karşı isbat kuvvetini haiz olup olmadığı ve binnetice, Ticaret Kanununun 12. maddesini, yoksa Medeni kanununun 1329. maddesini tatbik edeceği meselesile zarurî surette karşılaşır. Bundan anlaşılıyor ki iş bu maddelerin ihtilâlinden mütevellit temyiz sebebi yeni değildir. C. 20 Şubat 1905, Gaz. 1 Temmuz.

[1]. C. 21 İkteş. 1890, S. 90. 1. 504; D. 91. 1.174.

Tacirlerin defteri tutulması mecburi olan, tutulması ihtiyarî olan defterler diye ikiye ayrılır.

Tutulması mecburi olan defterler şunlardır: *yevmiye defteri, mektup kopye defteri, müfredat defteri.* Yalnız mecburi defterler isbat kuvvetini haizdirler. Laurant, N. 337. Demolombe, N. 593. Laudry — Lacantinerie, N. 2420.

Muntazam tutulan ticaret defterleri ihtiva ettikleri yazıları tacirler arasında tevşik eder. Bu prensip icabı olarak bir tacirin mektup kopye defterine geçirdiği bir mektubu postaya verilmiş olduğu kabul olunur. Mektubun postaya tevdi olunduğu ve gönderilen tarafından alındığı her halde karıce yolu ile isbat olunabilir. Salt—etienne Ticaret Mahkemesi, 25 Mayıs 1910, Gaz. 5 İkteş. 1910.

Bir tacir tarafından muntazaman tutulan defterlerin bu tacir lehine mahkemede delil olarak ibraz edilmesi için tüccarî fiiller zımında bir tacire karşı dermeyan edilmeleri lâzımdır. Şu halde, itiraza uğrayan bir alacağın vücudunu ve miktarını teyit etmeğe için, sadece bu taraflardan birisi tarafından ibraz edilen bir satış defterine istinat eden bir karar, bahis mevzuu tarafın tacir sıfatıyla, diğer tarafa ticaretinin ihtiyaçları için verildiğini isbat edecek mahiyette hiçbir hâdise zikretmemesi itibarıyla, kanunî mesnetten mahrumdur. C. 3 Nisan 1905, Cpr. 80 Nisan 1900, S. 01. 1. 118.

«edilebileceği» ni beyan eden Ticaret Kanununun 12. maddesi kabili tatbik olurdu [1].

Bu suretle medeni kanunun 1330. maddesine göre «Ticaret defterleri tacirler arasında delil teşkil eder; fakat bu defterlerden faydalanmak isteyen kimse iddiasının zararını ihtiva ettiğinden dolayı onları tecziye ettiremez.[2]».

Borç tacir bakımından münhasıran hukuki (gayri tüccari) bir sebebe dayansa bile, aynı kaide tabik olunur.

**2. Hususi notlar, Hatıra defterleri.** — Medeni kanununun 1331. Maddesine göre: «Hususi notlar ve hatıra defterleri [3]. Onları yazan kimse lehine asla bir delil teşkil etmez [4].

Hususi notlar ve hatıra defterleri.

1) Vaki bir ödemenin kabul edildiğini açıkça bildirdikleri bütün hal-lerde; 2) Senet mevcut olmamasından mütevellit vaziyeti karşılamak için

[1] Defterler muntazaman tutulmamış olsalar bile tacirler arasında tam delil teşkil ederler. Lyon — Caen ve Renant, Cilt 3 sh. 68 Demolombe, N. 614; Baudry — Lacantinerie, N. 2427.

Bu defterlerde yazılı hususlar bir üçüncü şahıs, hatta rakip tarafından yazılmış olsa bile bu esas caridir. Bourges, 14 Haziran 1851, S. 51. 2. 737; D. 52. 2. 72.

[2] Defterler gayri muntazam şekilde tutulmuşsa, ihtiva ettikleri beyanlar tecerzi kabul eder. C. 7 Senteş. 1860, S. 61. 1. 709; D. 61. 1. 195. Muhalif fikir. iron bière, 1890 Mart. N. 18. Toulber, Cilt VIII, N. 368. Aubry ve Rau, sh. 409, vd.

[3] Bu defterlere Romalılar Tabulæ derlerdi. Bat. Ciceron, *pro rosio commoedo*, orat. 3. 1.

Hususi notlar, hatıra defteri, bir kimsenin gerek hususi hayatına ait herhangi hâdiselerin, gerek hayatı ile alakalı ve hukuki vakıaların hatırasını muhafaza etmek için yazdığı, imzalı veya imzasız, bir araya toplanmış (cüz, kitap halinde) veya toplanmamış, yazılardır (mütaherrik yapraklar, cep defteri tablettes, karne, defterler) Huc, N. 260, Laurent, N. 244.

Bunların, kendisine karşı dermeyeran olunduğu kimse veya vekile yazılmış olması lâzımdır. C. 9 sonkânun 1842 s. 43. I. 704; C. 11 Haziran 1842, s. 72 I. 261; D. 72. I. 464.

[4] Bunlar yazılı bir mukaddimeî beyyine teşkil etmezler. Huc, N. 260. bu suretle mütemmin bir yemin verilmesine esas teşkil edemezler. N. 347, Laurent; Şahit beyyinesi, C. 9 Senteş. 1842, S. 43. I. 704.

Bununla beraber fâkım hususi notlar ve hatıra defterlerinden bir fikir edinebilir. C. 3 Senteş. 1903. *Gaz. Palais*. 03,2,544. 18 Temmuz 1904 *Gaz.* 26 senteşrin.

Essen 1931. madde hükmü bir âmme intizamı kaidesi değildir. C. 20 Mart 1876, S. 76. I. 419; D. 77. I. 254. 25 sonkânun 1909. *Gaz.* 2 Şubat.

nefine bir borç beyan ettikleri kimse lehine açıkça not ihtiva ettikleri zaman, yazan aleyhine delil teşkil eder.

Bu hüküm yalnız ödeme haline değil, borçlanma haline de tatbik olur.

Söylemeye hacet yok ki aleyhine delil olarak hususi notlar ve hatıra defteri dermeyan edilen kimse bunları tecezzi ettiremez.

Medeni kanunun 1331. maddesi yalnız üçüncü şahıslara taallük eder mirasçılar arasından hususi notlar ve hatıra defteri delil teşkil eder [1].

Ortaklar (şerikler) arasından da delil teşkil eder.

Hâkim, hususi notların ve hatıra defterlerinin ibrazına karar veremez, meğerki bunlar her iki taraf için müşterek olsun [2].

Medeni kanunun 1332. maddesine göre: «Daima alacaklının zilyedliği altında kalan bir senedin [3] kenarına, nihayetine veya arkasına alacaklı

[7] Bu evraka istinat eden kimsenin borçtan kurtulduğunu tesbit eden beyan, çizilmiş veya taranmış olsa bile bu not ve defterleri tutan kimseye karşı tam delil teşkil eder Laurent, N. 352, Hoc, N. 261. Demolombe N. 633. Bilâkis, senet teşkil etmesi icabeden bir beyan bahis mevzuu ise silme veya çizme bu beyanı iptal eder. Laurent, N. 354. Aubry ve Rau, p. 276. Baudry — Lacantinerie, N.2442.

1331. madde, başka vesikalardan, bir aneket, tarafların mahkemede duruşmasından hasıl olan bir delili tamamlamak üzere bu not ve defterlerin istimal edilmesine mâni değildir. C. 31 Mayıs 1881, D. 83.1.58,3 santeğin 1903, D. 04, I, 111,S, 04, I.76. Aubry ve Rau. 758, sh. 274. Laurent Cilt XIX, N. 348. Demolombe, Cilt XXIX, N. 625.

Aleyhine 1331. maddede dermeyan olunan kimse, hattâ yazılı bir mutekaddime beyyineye hacet olmaksızın, kendi lehine ileri sürülen delilleri şahit beyyinesi veya karinelerle çürütebilir. Bak. Demolombe. N. 634, Aubry ve Rau. sh.277. Baudry ve Lacantinerie, N. 2444.

Hâkim, aynı paket, aynı formada, numaralı olup olmadıklarına göre müteharrik kağıtların aile notları teşkil edip etmediğini takdir eder. Baudry — Lacantinerie, N. 2446 vd.

[1] Müteveffanın defterleri, mirasçılar arasında, içlerinden birisine karşı terekenin bir alacağının vücudu bakımından ispat bakımından bütün terekeye şâmil senetler teşkil ederler. C. 16 Mart 1909. *Gas* 23 Mart.

[2]. Demante ve Colmet de Santerre, 2. bası, cilt. ve N. 295, mükerrer. Larombière, mad. 1331, N. 12. Bonnier, N. 746. Demolombe, cilt. XXIX, N. 63 Aubry ve Rau, 758, sh. 278 — 279, not 16 ve 17. Caem, 18 Temmuz 1838. *D. J. Générale, obligation.* 4241. Rennes, 31 Mart 1849. D. 50.5.388. Toulouse, 9 Haziran 1877; D. 7, I.851. Rennes, 6 Şubat 1879, D. 80.2.91. cpr. C. 4 Şubat 1837. C. *J. Générale,* bak. *obligation.* N. 4238.

[3] Alacaklı tarafından senet üzerine yazılan ibrayı mutazammın yazı, senet elinde kalmadığı takdirde, yazılı bir mukaddime beyyine teşkil eder. Laurent, N. 360. Baudry — Lacantinerie, N. 250. Aubry ve Rau, Sh. 280. Demolombe, N. 648.



tarafından yazılan yazı, onun tarafından imzalanmamış ve tarihi de konmamışolsa bile, borçlunun beraetini tazammun ettiği takdirde, muteberdir.

Alacaklı tarafından bir senedin ikinci nüshasının veya bir makbuzun kenarına, nihayetine veya arkasına yazılan yazı için de aynı esas caridir, şu şartla ki, bir ikinci nüsha borçlunun eline geçmiş olsun.»

Hâkim olan kanaate göre bu maddenin lâfzına bağlı kalmak icabeder.

3. *Çeteleler.* — Medeni kanununun 1333. maddesi mucibince satıcının elinde kalan ve «müşteriye tevdi edilen» çeteleye uygun bulunan çeteleler [1] sattıkları veya aldıkları perakende eşyayı bu suretle tesbit etmek itibarında bulunan kimseler arasında muteberdir [2].

4. *Senetlerin asılları ve suretleri.* — Medeni kanununun 1334 ilâ 1336. maddeleri senetlerin suretlerine mütedairdir [3].

1334. maddenin metni şöyledir: “Senedin aslı mevcut olduğu zaman senedin sureti yalnız senedin mahtevasını tevsik eder, senedin aslının ibrazı

Senedin halen alacaklı elinde bulunması, onun daima alacaklı elinde kalmış olduğuna karine teşkil etmemelidir. Şu halde, ibra kaydını ihtiva eden bir emre muharrer senet bedeli tahsil edilmek üzere gönderilmiş ve badel ödenmeden iade edilmiş bulunduğunu ispat eylemek alacaklıya düşer. Demolombe, N. 650. Baudry — Lacantinerie, N. 2451.

Alacaklı, her türlü tahriri mukaddemei beyyneden müstakim olarak, şahit veya alelade karinelerle yazmış olduğu meşruhatı hata ile yazmış olduğunu isbat edebilir. C. 20 Sonkâ 1891, S. 91. 1. 115; D. 91, 5. 426. Huc, N. 264. Demolombe, N. 657. Aubry ve Rau, Sh. 282. Baudry — Lacantinerie, N. 2456. Cpr. C. 23 İkkâ. 1828.

[11] Çetele, bir küçük değnektirki uzunlamasına ikiye yarıılır. ve her iki parça birbirine yaklaştırıldıktan sonra, teslim edilen mal miktarını tesbit üzere, ikisinden birden kertik yapılır. Bu parçalardan birisi satıcıda kalır, buna (Taible) denir öteki parça müşteriye verilir, bu parçaya da ( échantillon ) denir.

İki parça arasında kertik sayısı bakımından mutabakat mevcut olmalıdır. Aksi takdirde satılan mal, ancak en az sayı nisbetinde isbat edilmiş olur. Huc, N. 265-1. Demolombe, N. 667. Baudry — Lacantinerie, N. 2479. Aubry ve Rau, Sh. 283.

[12] Müstehlik nezdinde bulunan çeteleyi ibraz edemezse satıcı nezdindeki çetele sahih sayılmalıdır.

Müstehlik kendisine çetele verilmemesini iddia etse bile aynı esas caridir. Bu fikrin aleyhinde olanlar: Aubry ve Rau, Sh. 283. Baudry — Lacantinerie, anılan eserin anılan yeri.

Bayı, tarafların çetele kullandığını şahit veya karinelerle isbat edebilir; Satılan mal miktarı 150 frangi geçse de bu esas caridir. Aubry ve Rau, Sh. 283. Demolombe N. 671. Baudry — Lacantinerie, N. 2481.

Çeteleyi rıza ve ihtiyarı ile müstehlike teslim eden satıcı satış bedelini tahsil etmiş addolunur. Demolombe, 672. Baudry — Lacantinerie, N. 2482.

[13] Bentham'ın, *Preceves Judiciaires* adlı eserinin VI. kitabının VIII. faslında suretler hakkında itimatlılık uyandıran sebeblere mütedair kısmı okuyunuz.

her zaman istenebilir.», Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu M. 839 Vd. 852 vd [1].

1335. maddenin metni şöyledir: « Senedin aslı artık mevcut olmadığı zaman suretler ancak aşağıda yazılı tefriklere göre muteber olurlar:

«1. İlâmın sureti veya senedin ilk suretleri aslı gibi muteberdir: Hâkimin emri ile taraflar hazır olduğu veya usulüne uygun olarak davet edildiği halde veya tarafların huzurunda ve rızaları ile çıkarılan suretler için de aynı esas câridir.

«2. Hâkimin emri veya tarafların muvaffakati olmaksızın ve ilâm suretinin veya senedin ilk suretlerinin alınmasından itibaren, senedi tanzim eden noter veya haleflerinden biri veya resmî sıfatları sebebiyle senedin aslı kendilerine tevdi edilmiş bulunan kimseler tarafından çıkarılmış olan kadim suretler, senedin aslı kaybolduğu takdirde, ihticaca salihler.

«30 senelik veya daha eski snretler kadim sayılır;

«3. Tanzim tarihinden itibaren 30 yıl geçmemiş suretler ancak tahriri mukaddemeyi beyyine teşkil edebilirler.

«4. Suretin sureti, hale göre, alelade malûmat suretinde de telâkki edilebilir.» [3]

Madde. 1336: «Bir senedin resmî sicillere geçirilen sureti ancak yazılı mukaddimeyi beyyine olarak dermeyan edilebilirler, fakat bu hususta şu şartların tabakkuku da lâzımdır:

[1] Bu madde bütün suretlere hükmün tenfizi icabettiğine müteallik şerhi ihtiva eden ve uygun olduğu selâhiyetli memurca tasvip olunan ilâm suretlerine dahi kabili tatbiktir. Baudry — Lacantinerie, N. 2487. Demolombe N. 678. Aubry ve Rau Sh. 283.

Bu madde, ahvali şahsiye vesikalari ile, mübaşirler tarafından tanzim edilen vesikalara kabili tatbik değildir. C. 10 Haziran 1885.

Kendisine karşı bir suret dermeyan olunan taraf, eğer senedin aslı kendi fiili neticesi kaybolmuşsa bu surete göre neticeyi talepte bulunmak zorundadır. C. 15 Temmuz 1829 S. ahr

[15] . *Senet* sureti tabirinden, tabii, yalnız Notere tevdi edilen resmî veya hususi senet suretleri anlaşılacak icabeder. Demolombe, N. 676.

Bulunamıyan aslı senet artı mevcut sayılmaz. Senet suretini ibrazeden kimse aslın ne suretle kaybolduğunu isbatla mükellef değildir.

Bir senedin fotoğrafla çekilen kopyesi suret telâkki olunamaz. Bununla beraber karnelêr şayanı kabul olduğu zaman, bu kopya suret mahiyetinde kabul olunabilir. Huc, N. 269. Baudry — Lacantinerie, N. 2498.

[3] Suretin suretine alelade malûmat kıymeti izafe edilmesinin neticesi, mitemmin yemin vermek imkânını tevliit eylesesidir. Demolombe, N. 698. Baudry—Lacantinerie, N. 2493. C. Medenî kanun. M. 691, 1334, 1347, Usul Kanunu, M. 203, 844.

«1. Senedin tanzim edildiği zannolunan seneye ait bütün Noter senedi asıllarının kaybolduğu tesbit veya bahis mevzuu senede ait asıl hususi bir kazada zayı olduğu isbat edilmelidir;

«2. Senedin aynı tarihte yapıldığını isbat eyleyen muntazam bir noter muamele defteri mevcut olmalıdır;

«Bu iki şart içtima eylemesi neticesi şahit beyyinesi kabul olunursa, senedin tanzimi esnasında şahit olarak bunan kimselerin, eğer hayatta iseler dinlenmeleri zaruridir.» [1] .M K Madde, 1347, 1353.

5 — *Tanıma ve tekit senetleri.* — Tanıma ve tekit senetlerine gelmiş bulunuyoruz.

1337. maddenin metni şudur: «Tanıma senedi [2] yapılmış olması asıl senedin ibrazı mecburiyetini ortadan kaldırmaz, meğerki tanıma senedi içinde asıl senedin metni tamamen zikredilmiş olsun [3].

«Tanıma muamelesinin asıl senedin metninden fazla ve farklı olarak ihtiva ettiği şeylerin hiçbiri yoktur.

«Bununla beraber zilyedlikle takviye edilmiş, usulüne göre yapılmış bir çok tanımalar varsa ve bunlardan birisi 30 sene müddetle devam etmişse alacaklı asıl senedin ibrazından muaf tutulabilecektir». Mk. 1334, 2263. maddeleri.

Bu maddenin şartları tahakkuk edince hâkim, tanıma muamelesine asıl

[1] Bu madde ne hususi senetlerin tesciline (Lyon, 22 Şub. 1881, C. Chr.); ne de senedin Enregistremen'i için kabili tatbikidir. C. 28 İkkâ. 1858, C. 59, C. 903; D. 59, 1, 470. 28 Soutaş. 1891, S. 95. 1, 902. Cpr. C. 17 Mayıs 1915, S. Chr. 16 Şubat. 1837, S. 37, 1, 642.

[2] Tanıma senedi gerek esas senedin yerine kaim olmak gerek müruru zamanı kesmek için evvelki bir muamele ile (asıl senetle) daha evvel ispat edilmiş aynı bir hakkın tanınması için tanzim edilmiştir.

Asıl senedin yerine tanıma senedinin ikame edil-bilmesi için asıl senedin gaip olması lâzımdır. Huc,n 270. Laurent,n 390. Demolombe,n 713.

[3] Tanıma muamelesinin asıl senedin metninin kopyası olması zaruri değildir. Bununla beraber, başlıca hükümlerinin aynen derç edilmiş olması lâzımdır. C. 15 avril 1867, S. 67, I, 140; D. 67, I, 296.

Eğer tanıma muamelesinde asıl senedin metni sureti mahsusada zikredilmişse bu senedin gaip olması halinde tanıma muamelesi ilk senedi ibraz mecburiyetinden kurtarmaz, onun yerine kaim olmaz. Baudry-Lacantinerie,n 2506.

Fakat yazılı mukaddimesi beyyine kıymetini halzdir. Angers, 19 janvier 1848 S. 43, 2, 340; ve müruru zamanı keser. Baudry-La-cantinerie,n 2507, Demolombe,n 706.

senedin ispat kuvvetini bahşedip etmemekte takdir hakkını haiz olacaktır [1].

Maddenin tatbik sahası mevzuunda hatıradaki tutulacak iki nokta vardır:  
Bu madde:

1 — aynı hakların tanınmasına müteallik muamelelerde [2] meselâ bir irtifak hakkının tanınması muamelesinde;

2 — Ticari muamelelerde tatbik edilmez.

1338. madde mstai şöyledir: «Butlan ve gabin sebebiyle fesih ve iptali kabil olan bir vecibenin tekidi [3] veya tasdikı muamelesi ancak borcun esasının muhafaza edilmiş olması ve gabin sebebiyle fesih dâvasının sebebinin zikredilmesi ve bu dâvanın dayandığı rızadaki fesadın tamir ve telâfisi niyetinin yazılmış bulunması şartıyla muteber olur» [4].

[1] Huc, n 271. Baudry—Lacantinerie, n 2508. Demolombe, n 714. Laurent, n 391, Aubry et Rau, p. 289.

8 mai 1855, S. 57, I, 123.

Bir "tanınma muamelesi", irtifak hakkının tesisini ispat edebilir. Mk. 695 Mad. Aubry et Rau, t. III, n 250, p 130, p 131. note 20; t. VII, p. 167, C. 25 février 1882, S. 83, I, 810: Bu muamelecin borçlu terekenin maliki tarafından yapılmış olması kâfidir. Civ. C. 29 mai 1894, S. 95, I, 132. Böyle bir senedin ispat kuvveti Mk. 1337. maddesinin şartlarına tâbi değildir; ve tanınmanın başlıca varisler tarafından kabul edilmesine ihtiyâç yoktur. C. 21 novembre 1881, S. 82, I, 83; D, 82, I, 478-480 ve âza M. Rivière'in raporu. Cpr. C. 16 décembre I-<sup>er</sup>; S. 64, I, 125. Demolombe, servitudes, t I, n 737 bis. Aubry et Rau, t. III, S. 150, p. 75. C. 29 décembre 1835, S. 36, I, 751.

[3] "Tekit, fesih ve iptali kabil olan bir muamelenin fesih ve iptali hakkından vaz geçilmesidir. Bu muamele iki tarafın muvafakatını istilzam eylemeyen tek tarafı bir hukuki muameledir. Tekit sarîh veya zımnî, kati veya şarta bağılı olabilir. Tekit âdi senetle de yapılabilir. C. 17 août 1853, S. 55, I, 811; D. 54, I, 389.

Sarîh tekit için güçlük yoktur. Zımnî tekide geliface: ihtiyari ifadan müstakil olarak iptal dâvasından vaz geçmek kasdını tazammun eden bütün muamelelerden çıkabilir. C. 6 juillet 1887, S. 90, I, 391; D. 87, I, 317. 7 février 1899, S. 99, I, 224; D. 99 I, 278. Şarta bağılı tekit için Laurant'a bakınız, n 648 Baudry—Lacantinerie, n 1986. C. 18 janvier 1870, S. 90, I, 145; D. 70, I, 127.

İk borca yeni bir şey tâve etmeksizin onu ifiraz edilenler hale koyan tekitlerin tesciline lüzum yoktur. C. 25 novembre 1856, S. 57, I, 117, D; 56, I, 885.

Kaideten tekit fesih ve iptali kabil olan muameleyi derhal takip edebileceği gibi daha sonrada vaki olabilir.

Tekitle muameleden sonra verilmiş vekâlete muadil olan tasdik birbirine karıştırmamak lâzımdır. C. 6 février 1893, D. 93, I, 352.

Zımnî tekit ve senet tanzim edilmedikçe sarîh tekit, bayyın mükellefiyeti ve deliller hususunda umumi kaidelere tâbidirler. Baudry—Lacantinerie, n 2010 ve müteakip.

[4] Tekit edilecek borcun teşhis edilebilmesi için gerek izahatın tekit muamelesinde gösterilmesi lâzımdır. Huc, n 272.

**«Tekit veya tasdik senetleri mevcut olmadığı takdirde borcun muteber**

Tekit muamelesi ayrıca vecibeyi ifsat eden sebepleri, Limoges, 13 décembre 1847, D. v obligat. n 4506 ve bunun tasbihi kast ve niyetini ihtiva etmelidir. Laurent, n 617. Demolombe, n 765. V. C. 18 janvier 1870. 7 février 1899. Précités. Cpr. C. 19 janvier 1830, S. chr.

Tekit muamelesinin şartlarının ve kanuni unsurlarının tayıni hukuki bir mesele olup temyiz mahkemesinin mürakabesine tâbidir. C. 29 février 1888, S. 82, I, 453; D. 88, I, 224. 16 janvier 1882, S. 82, I, 199; D. 81; I, 412. Besançon, 6 février 1901, D. O2, I, 119.

Bu şartların yokluğu halinde vesika yazılı bir mukaddeime beyyine değerindedir. C. 21 avril 1875, D. 75; I, 188.

Bir kimsenin reşit olmadığı bir zamanda yaptığı ipoteğin reşit olduktan sonra tekidi tapuda tescil edilme bile, tekidinden sonra potekli alacaklılara karşı sert edilebilir. C. 25 nov. 1856.

Başkasının eşyası hakkında yapılan hükümsüz bir satışın tekidi üçüncü şahıslara karşı tekit gününden itibaren hüküm ifade eder. C. 12 décembre. 1810.

Bir kimsenin kanuni formalitelere riayet etmeksizin reşit olmadığı bir zamanda yapmış olduğu bir gayri menkul satışı, bu kimse tarafından reşit olduktan sonra tekit edilmesinin reşit olduktan sonra aynı malları bir ikinc defa sattığı üçüncü şahıslar hakkında hüküm ifade etmez. C. 16 janvier 1837.

Kocasının gerek kendi namına gerek henüz reşit olmıyan karısı namına yapmış olduğu ipoteğin evli kadın tarafından muvafakat edilen tekidi, ipotek muamelesinin yapıldığı tarihle, tekit tarihi arasında üçüncü şahısların gayrimenkul üzerinde bir hak iktisap etmemeleri şartıyla ipoteğin tesisi tarihinden itibaren hüküm ifade eder. C. 3 août 1859.

Koca tarafından muhtelif alacaklılar lehine tesis olunan ipoteklerin karı tarafından birbirini müteakıp tekitleri yapılmışsa alacaklılar arasındaki tercih sırası tekit edilen ipoteğin tarihine göre değil, tekit tarihlerine göre hesap edilir. C. 3 Août 1859 précité.

Tekit muamelesinin tekit edilen muameledeki butlan sebeplerini göstermedikçe muteber olmayacağı hakkındaki hüküm gerek fiili ve gerek hukuki sebepler hakkında caridir. C. 20 avril 1859. S. 60, I, 961; D. 59, I, 509.

Tekitte tekit edilen muameledeki rızayı ifsat eden sebeplerin bildirilmemiş olması, tekit edilen muamelenin iptal veya feshi yoluna bağ vurulmadıkça bir butlan sebebi sayılamaz. C. 3 mai 1852, S. 52, I, 447. D. 52, I, 143.

Salâhiyetini tecavüz eden bir vekil tarafından yapılan bir muamelenin tekidi bu muameleyi muteber kılar ve tekitte vekilin yaptığı muamelenin özü gösterilmemiş ve fesih dâvası sebepleri zikredilmemiş olsa bile fesih ve butlan dâvası açılmasına imkân vermez. C. 26 déc. 1815, S. chr.

Fakat 1838. madde ile istenilen tekit edilecek fiillerin bilinmesi vekâlet halinde de esaslı bir unsurdur. Bu bakımdan vekilin kendi namına yaptığı muameleler ve giriştiği taahhütlere karşı müekkilin sükitunun bazı hallerde zimni bir tekit mânasına alınabilmesi müekkilin bu muamele ve taahhütleri bildiğinin sabit olması şartına bağlıdır. C. 27 juill. 1863, S. 663, I, 457. D. 63, I, 460.

bir surette tekit veya tasdik edilebileceği tarihten sonra ihtiyari bir surette ifa edilmiş olması kâfidir [1].

Kanunun tâyin ettiği zamanda ve şekilde yapılan tekit, tasdik, ihtiyari ifa üçüncü şahısların [2] Haklarına hâlel iras etmeksizin bu muameleye karşı yapılabilecek iddia ve defilerden vazgeçmeği tazammun etmez.» MK 724, 816, 888, 1109, 1115, 1120, 1131, 1304, 1311, 1339, 1340, 1554, 1583, 1998, 2012, 2036, 2134, 2135. maddeleri.

Bir borcun âdi tanınması ve borçluyu borcundan kurtarabilecek olan müruru zamandan (veya mehilden) vazgeçme şekil itibariyle 1338. madde ile istenilen esaslı şartlara müşabih hiç bir şart ile takyit edilmiştir.

**1339. madde metni şöyledir:** «Hibedeki şekil noksanı tekit ile telâfi

[1] Bir ihtiyari ifanın hukuki bir muamelenin tekit veya tasdiki mânasına gelebilmesi, edanın muameledeki fesat sebeplerini bilerek ve onları tamir niyetiyle yapmış olduğunun sabit ve muhakkak olmasına bağlıdır. C. 19 déc. 1853; 29 juill. 1856, S. 57, I, 824; D. 56, I, 292; 25 nov. 1857, S. 583, I, 209; D. 57, I, 425. V. aussi C. 27 mars 1812; 5 déc. 1826.

Bu itibarla hukuki muameleyi ifa eden taraflardan birinin sonradan açtığı iptal dâvasında bu tarafın ifa esnasında butlan sebebini bildiği veya bilmesi lâzım geldiği iddiasıyla dâvanın reddi istenilemez. C. 29 juill. 1856 précité, ve mustakar içtihat.

Evliliğin devamı esnasında cihaz mallarından hibe yapan ve bu hibeyi dul kaldıktan sonra ifa eden bir kadın ifa sırasında tasarrufunun malûl olduğu fesat sebebini bilmediğini ispat edemezse hibe muamelesini tekit etmiş addolunur. C. 11. juill. 1850, S. 60, I, 35; D. 59, I, 323.

Tekit ancak tekit edildiği iddia edilen muamelenin hükümsüzlüğünü istemekte menfaati olan şahısların şahsi muamelelerinden sadır olabilir. Netekim mirasçılardan biri tarafından yapılan bir ifa muamelesi diğer mirasçılar hakkında değil yalnız kendi hakkında bir tekit sayılır. C. 12 juin 1889, S. 39, I, 659.

Taraflardan biri tarafından o zaman haiz olduğu sıfatla yapılan ihtiyari ifa, ifadan sonra haz olduğu diğer bir sıfat dolayısıyla bu muamelenin iptalini istemek hakkından vazgeçiş veya muamelenin tekidi mânasına alınmaz. C. 18 août 1840, S. 40, I, 785. Kabul edilmiş olmadıkça bir borcun tediyesi hakkında yapılan icaplar tekidi tazammun eden ifa addolunamazlar. C. 8 avril 1835.

Bir borçlunun tesis etmiş olduğu ipotek ancak ipoteğin min etmiş olduğu borç için ihtiyari bir ifa sayılabilir. C. 20 Déc. 1832, S. 33, I, 344.

[2] Bu maddede üçüncü şahıstan kast edilen, tekidi yapanın âdi, yani teminata malik olmıyan alacaklıları ile kanuni ve mansup mirasçılardır. Baudry—Lacantinerie, n 2022.

“Üçüncü şahısların haklarına hâlel iras etmeksizin” tâbiri bilhassa iptal dâvası hakkını nakletmiş olan kimsenin sonradan yapacağı bir tekit ile hakkını devretmiş olduğu kimseyi devrettiği haktan mahrum edemeyeceği mânasını ifade eder. Mourlon, t. II, n 1594.

edilemez. Şekil bakımından batıl olan [1] hibenin kanuni şekilde yeni baştan yapılması lâzımdır.» MK 816, 892, 931 ve S. 1081, 1092.

1340. madde de şunları ilâve ediyor: «Hibe edenin ölümünden sonra mirasçıları ve lehine vasiyet ettiği kimseler tarafından yapılan hibenin tekit, tasdik, veya ihtiyari ifa muameleleri gerek şekil noksanı gerek bütün diğer defilere müstenit itirazlardan vaz geçmiş olduklarını ifade eder». MK, 1338, [2].

### Üçüncü Bölüm

#### GAYRİMENKULE İSTİHKAK DÂVALARINDA DELİL

İstihkak dâvası açan kimse dâvasının mesnedini teşkil eden mülkiyet hakkını ispata mecbur tutulmuştur. [3].

Mülkiyetin intikaline müteallik resmî muamele hattâ bu muameleye yabancı olan kimseler hakkında dahi delil olarak dermeyan edilebilir.

İktisabî müruru zamanda haklı bir sebep teşkil etmese dahi taksimi ihtiva eden kararlar burada mülkiyeti gösteren bir vesika olarak telâkki olunabilir [4].

[1] Bir hibenin — menkule, gayrimenkule müteallik — şekil noksanlığı hibe edenin ihtiyari ifasıyla düzeltilmediğinden, tekit muamelesiyle de şekil noksanlığının telâfisi yoluna gidilemez, Cass. 6 juin 1821. Aubry et Rau, P, 264. Demolombe n 789.

Yukarıdaki hüküm yalnız şekil noksanları hakkında caridir; ehliyeti ve rizayı alâkadar eden butlan sebepleri hakkında cari değildir. Hue, n 277. Baudry — Lacaninerie, n 1995 Laurent, n 587.

1329. madde vasiyetnamelere de tatbik edilir. C. fevrier 1829 S- chr.

[2] Mirasçıların hibeden haberdar olmaları ve hibenin iptal sebepleri hakkında sükûtu muhafaza etmiş olmaları tekit mânasına gelmez. C. 12 juin 1839, S. 39, I, 659.

Fakat kendisine hibe yapılan kimsenin alacaklısı olan ve bu kimseden borcunun tediyesini iteyen mirasçı hibeyi tekit eder ve bu sebeple iptalini isteyemez hale gelir. Aynı karar.

Tekit mirasçılar tarafından ancak hibe yapmanın ölümünden sonra icra edilebilir. C. 5 janvier 1846, S, 46, I, 422; D, 46, I, 15.

1340. madde vasiyetnamelere, C. 5 fevrier 1829 precite; evlenme mukavelelerine de tatbik edilir. C. 28 avril 1869. S 69, I, 297. D. 6, I, 246.

[3] C. 2 fevrier 1857, S. 57, I, 659. 11 novembre 1861, S. 62, I, 41. 26 mars 1879, S. 78, I, 294. 28 janvier 1884, S. 84, I, 152.

[4] C. 22 juin 1864, S, 64, I, 249. 22 mai 1865, S. 65, I, 359. 27 decembre 1865, S. 66, I, 205. 13 juillet 1870. S. 70.

Mülkiyetini gösteren bir vesika ibraz eden dâvacı bu vesika dâva olunanın zilyedliğinden daha eski olmak şartıyla mülkiyet vesikası ibraz edemiyen dâva olunana tecrîh olunur [1].

Her iki taraf aynı kimseden sadır olmuş vesikalar ibraz ederlerse mesele mülkiyetin intikalinin tekaddümü ile, bu belli değilse vesikaların tarihlerinin tekaddümü ile halledilir [2].

Eğer tarafların ibraz ettikleri vesikalar muhtelif kimselerden sadır olmuşsa dâvacı kendisine mülkiyeti nakleden şahsın, hasmına mülkiyeti intikal ettiren şahsa tercih edileceğini ispat etmeğe mecburdur [3].

Eğer taraflardan hiç biri bir vesika ibraz edemiyorsa ve dâvacı ancak eski zilyedlik fiillerini veya gayri mekûlün durumundan istihraç edilen karineleri yahut, diğer şartları ileri sürüyorsa; dâva olunan gayrimenkûlün zilyedliğine münhasırsın ve şüphe getirmeyecek bir şekilde malik olduğu taktirde dâvacının ileri sürdüğü şartlar ne kadar ehemmiyetli olursa olsun, dâvayı kazanır [4]. dâva olunanın ileri sürdüğü istifade, ve intifa, zilyedliğin esaslı şartlarını tahakkuk ettirmiyorsa tarafların karşılıklı olarak dermeyan ettikleri karinelerin takdiri ve mukeyeseli yapacağı inceleme neticesine göre talebi kabul veya ret etmek hâkime aittir [5].

---

[1] C. 22 juin 1864, S. 64, I, 349. 27. decembre 1865, S. 66, I, 215; D. 46, I, 5.

[2] Aubry et Rau, loc. cit., p. 564, not 8 bis.

[3] Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habere

[4] In pari causa melior est causa possidentis. C. 22 novembre 1847, S. 48, I, 24; 9 decembre 1856, S; 57, I, 588. 10 janvier 1896, S. 90 I, 340. 30 decembre 1872, S. 73, I, 1, 150. 22 decembre 1885, S. 86, I, 196. 9 novembre 1886, D. 47, I, 286.

[5] C. 31 juillet 1832, S. 32, I, 783. novembre 1844, S. 35, I, 70. 26 Aout 1839, S. 39, I, 920. 16 avril 1860, S. 60, I, 801. 10 Aout 1880S; 81, I, 117. 29 Janvier 1884, S. 84, I, 152. İstihkak dâvasında dâva olunan tarafından ibraz olunan senetler her iki taraf hakkında hüküm ifade eder ve hâkim bu vesikalardan delil veya yazılı mukaddime beyyine olarak istifade edebilir. C. 22 mai 1885, S. 65, I, 359; D. 65, I, 473. 31 mars 1868, D. 68, I, 418. 20 mars 1888, S. 39, I, 62.

Aubry et Rau, 5 édit, t. II § 219, p. 565 not 12. Laurent, t. vi, n 165.



## DÖRDÜNCÜ BAP

### Vasitasız delil. Keşif. Ehlivukuf tetkikatı. Şahadet.

Dördüncü bapta vasitasız delil tetkik edilecektir.

Vasitasız delil; keşif, ehlivukuf tetkikatı, şahadetten ibarettir.

### Birinci Fası

#### KEŞİF VE EHLİ VUKUF TETKİKATI

1 — Keşif, hâkimin yanında zabıt kâtibi olduğu halde ihtilâflı meselede bir karar varabilmek için lüzumlu malûmatı toplamak üzere nızalı mahalle gitmesidir.

Sulh mahkemelerinde keşif mecburidir [1]. HMUK 42. Aynı kanunun 295. maddesi asliye mahkemelerinde keşfe ancak iki taraftan birinin talep ettiği hallerde cevaz vermektedir [2]. Bu izahı kabil olmayan bir farktır.

[1] Hukuk mahkemeleri usulü kanunu keşfi yapan sulh hâkimi ise "déscente sur les lieux, yerine "visite des lieux, tâbirini kullanmıştır.

Sulh hâkimleri tarafından yapılan keşif usulleri pek basittir. HMUK 38,41 ve sonraki maddelerine bakınız.

Sulh hâkimi yanında bir ehlivukuf bulundurabilir.

[2] Ancak bir ehlivukuf raporunun icap ettiği hallerde hâkim, buna resen karar veremez bu tebdire müracaatı iki taraftan birinin istemesi lâzımdır.

Nızalı mahallin tetkikının hususi bilgileri istilzam eylediği hallerde, meselâ arazinin mahiyetini takdir, çalışmalarını tahmin, eyi yapıp yapılmadığını, araziye bir zarar lka edilip edilmediğini bir tecavüzün mevcudiyetini anlamak gibi hususlarda bir ehli vukufun rey ve mütalâasına müracaat etmek lâzımdır. Tarafların keşif esnasında hazır bulunmaları usulsüzlüğü önlür.

Hâkimler kanaatlarını ancak kanuni delillere istinat ettirmek mecburiyetindedirler. Bir delilin kanuni addedilebilmesi ancak kanunen emredilen şekillere göre ikame edilmiş olmasına bağlıdır. Bunun neticesi olarak bilhassa, eğer mahkeme hükmünü sadece hususi olarak memur ettiği âzasından birinin yaptığı keşfin neticeleri üzerine istinat ettirmişde, gerek keşfe gerek keşfi yapan hâkim tarafından hazırlanan raporun okunduğu mahkeme celsesine taraflar davet olunmamışlar, bizzat hazır bulunmamışlar veya temsil edilmemişlerse bu hüküm temyiz mahkemesince bozulmalıdır. Esasen temyiz eden tarafın kanuni şekiller haricinde bir tabkikat muamelesinin usulsüzlüğünü ileri sürmekten vaz geçebileceği bir usulî muamele mevcut değildir. Civ. C. 21 octobre 1907, Gaz. 14 décembre.

Tatbikatta doğabilecek bütün güçlüklerden sakınmak için hâkimler, eğer nızalı mahal yakınlarında bulunuyorsa, muayene ve tetkika bu hususta bir şey söylemeksin giderler. Onlar için yapılacak şey kararlarından bu keşiften hiç bahis etmemeleridir.

Keşif hâkimlere kendilerine sunulan nizamı bizzat gözleriyle görüp tahkik etmek imkânını verir.

Keşif kararı üzerine hâkim nizamı mahalle kendisini aydınlatmak üzere yanında bir fen adamı ile beraber gitse da yine burada hakiki mânada bir ehli-vukuf tetkikatı mevcut değildir.

Keşif için hususi bir karar verilmelidir. Hukuk muhakemeleri usulü kanununun 296. maddesine göre keşif heyetine dahil hâkimlerden biri tarafından yapılmalıdır [1]. Fakat keşif mahkemenin kazası sahası haricinde bulunan diğer bir hâkim veya bir sulh kâkimi de yapabilir.

2 — Ehli-vukuf tetkikatına gelince: [2] — Burada bahis mevzuu olan bir fen adamı tarafından yapılan tetkik ve muayenedir.

Mahkeme ehli-vukufuları muhtelif sınıflara mensup oldukça çok sayıda ehli-vukufu ihtiva eden bir liste arasından seçer. Her sene tanzim olunan bu liste liyakatlarını ispat etmiş tatbikatçılarından tereküp eder [3].

Ehli-vukufun rey ve mutalâasına imkân nisbetinde az müracaat etmek lâzımdır. Ne yazık ki bir çok mahkeme reisleri bu yola baş vurarak yükü üstlerinden atmak istemektedirler. Bu hal çok teessüfe şayandır.

Ehli-vukuf tetkikatı adli olabildiği gibi mahkeme harici de olabilir. Biz burada yalnız hâkim tarafından yaptırılan ehli-vukuf tetkikatından bahsedeceğiz.

[1] MK. 126, 453, 1559, 1716; HMUK 935. Lois des 22 frimaire an VII art. 17, 19, 23 aout 1871, art. 11; 28 février 1872, art. 8, etc., etc.

[2] Abric, Guide des experts, 1839, in — 8. Ch. Vasserot, Nouveau manuel des experts, 1845 in — 8. Pigeon, Traité formulaire des expertises, 1836, in — 8. Dejean, Flamand et peltier, Traité théorique et pratique des expertises, 3 édit. 1867, in—8. Durand. Morimbeau, Manuel des expertises civiles, 1898, in—8. Nicias — Gaillard, Revue critique, t. vi, p. 97 et suiv. Louis Malard, Traité complet de L'expertise judiciaire, 1911.

Keza hukuk muhakemeleri usulü şerhlerine ve bilhassa Garsonnetnin şerhine bakınız. 2. édit. t. III; p. 82 et suiv.

[3] C. 25 octobra 1886, Pal. 87, 1159. Aix, 12 mars 1885, Recueil d' Aix 1885, p. 38. Toullier, t; VIII, n. 23. Rolland de Villargues, n. 43. Boncenne, t. iv, p. 261. Chauveau sur Carré, questions 992 et 1157 bis. Rousseau et Laisney, t. iv, Enquete, n. 37. Deme ombre, des obligat. t. vu, n 230, 231. Mourlon et Naquet, 5 édit. n. 503, 546. Valabrégue, Revue critique, 1888, p. 486 et Suiv.

Bu mü ifler ve bu kararlar pek haklı olarak eski ehli-vukuf tetkikatı usulü muamelelerinin bu gün muteber olmadığını kabul etmişlerdir. Contréa: Bounier, n 254. Colmet d' Aage sur Boitard, n 471, en not. Garsonnet, t. 11, p. 551. Nimes, 6 janvier et 20 mars 1808. paris, 27 decembre 1836. Besancon, 31 août 1844. S. 452, 626.

Kanun bazı hallerde hâkimi ehliivukufun rey ve mütalâasını almağa mecbur tutmuştur. Sair hallerde hâkim ehliivukuf tetkikatına lüzum görüp görmemekte serbesttir. Ehliivukuf tetkikatına tarafların talebi üzerine karar verilebileceği gibi resen de karar verilebilir [1].

Ehliivukuf tetkikatı hiç bir zaman müstakıl bir dâva mevzuu teşkil edemez. Filoakika bir tahkik muamelesi dâvadan tecerrüt edemez, dâvadan müstakıl telâkki edilemez [2].

Hukuk muhakemeleri usulü kanununun 429. maddesi hâkimlere bir veya üç hakeim yahut aynı adette ehliivukuf tâyin etmek hususuna salâhiyet vermektedir.

Ehliivukufalara teklif olunan yemin muhakkak yerine getirilmesi lâzım gelen bir usulî muameledir. Yapılmaması muamelelerin butlanını istîzâm eder. Bununla beraber taraflar yeminden vaz geçebilirler.

Derece hâkimleri ehliivukufaların seçilmesinde ve onların kıymetlerinin takdirinde istikiâlâle sahiptirler.

Ehliivukuf hakikatta hususi bilgisi dolayisiyle seçilmiş olup tetkikına arz edilen fiiller hakkında şahadette bulunan bir şahitten başka bir şey değildir.

Ehliivukufalar hakkında müteveffa Dr. Brouardel'in şu sözlerini nakledelim:

«Ehliivukufun en mühim vasfı onun bilgilerinin genişliği değil belki bildiği ve bilmediği şeyler hakkında hakiki bir fikir sahibi olmasıdır. Daha sonra: «yanıldım; çünkü bilmiyordum»demeğe mecbur olmamak için zamanında «bilmiyorum» demesini bilmek ehliivukufun hakiki bitaraflığını, mesleki şerefini teşkil eder.» Eğer ehliivukufun tetkikatının neticesi noksansa, ciddi bir surette yapılmış müşahade ve tetkikatla neticeyi tamamlayacak unsurlar bulmak mümkün olacaktır.

Keşif yapılmasına dair verilecek kararda keşfin mevzuu açıkça tâyin

[1] Ceza dâvalarında en çok tıbbî meselelerde ehliivukufa baş vurulur.

Ehliivukuf seçilebilmek için 30 birinci teşrin 1892 tarihli kanunun 14. Maddesi ve 21 ikinci teşrin 1893 tarihli kararname ile Tâyin edilmiş olan ehliyet şartlarını haiz bulunmak lâzımdır.

[2] Asliye mahkemeleriyle istinaf mahkemeleri resen ehliivukuf Tetkikatına baş vuracakları zaman ancak bir ehliivukuf seçebilirler. Buna mukabil ehliivukuf tetkikatı taraflarca istendiği zaman üç ehliivukuf seçilmesi ve kararda kanunun tâyin ettiği müddet içinde taraflarca seçilmediklerinden dolayı mahkeme tarafında tâyin edildiklerinin zikri lâzımdır. Reşit ve haklarının sahibi olan taraflar tek ehliivukuf tâyinine rıza gösterebilirler, hattâ onları yeminden muaf tutabilirler.

edilmelidir. Ehlivukufun keşfin mevzuunu değiştiremeyecekleri gibi tetkiklerini kendilerine çizilmiş programın dışına da teşmil edemezler [1].

Hukuk muhakemeleri usulü kanununun 323. maddesine göre, hâkimler kanaatlarına aykırı buldukları ehlivukufun rey ve mütalâalarını kabule mecbur değillerdir. Meselâ şahitlerin şahadetlerini bu mütalâalara tercih edebilirler [2]. Her hal ve vaziyette hâkimlerin, kendilerini bir karar verdirmeğe sevk eden unsurlar mevcut olduğunu ve kararlarını bunlara istinat ettirdiklerini göstermeleri kâfidir.

Filhakika hâkim, kanunen ehlivukuftur ve umumiyetle kanunun hâkimi bir ehlivukufun rey ve mütalâasını almağa mecbur tuttuğu haller istisna edilirse, hâkim ehlivukuf tetkikatına bir ispat vasıtası olarak değil, belki şahsi tecrübesini tamamlamak üzere karar verir [3].

İçinde tarafların huzurlarının, ifadelerinin veya muvafakatlarının zikri ve beyan edildiği ehlivukuf raporu sahteliği ispat edilinceye kadar muteber sayılan resmi bir senettir.

Ehlivukufun şahsi takdirlerine gelince: Bunlar her türlü delil ve vasiyetlerle çürütülebilir. Ehlivukufu eğer taraflar seçmişlerse onların vekilleri sayılırlar, bilâkis mahkeme tarafından tayin edilmişlerse tarafların vekili ne de memurudurlar, bunun neticesi olarak ta taraflar, onların kusurlarından dolayı mesul olmazlar.

«Ehlivukufun kusuru tarafların kusurudur» [4] diye karar verilmesi yanlıştır.

[1] Ehlivukufun gerek kendiliklerinden gerek tayin edildikleri kararda sarahaten mezmur kınamaları sebebiyle hakikatin tecellisi için faydalı görecekları malûmatları toplayıp raporlarında zikredebilirler. Bilhassa malûmat edinmek üzere şahit dinleyebilirler, bununla beraber bunu sul'istimâl etmemekte lâzımdır.

[2] Kararı idadi (mütercim'in notu: usulü muhakematı hukukiye kanun mad. 66. lâhika. kavanin mecmuası cilt. 1. S. 535. Kararı idadi, décision interlocutoire karşılığdır.) Hâkimi bağlamaz. Mahkemeler evvelce yapılmış olan bir ehlivukuf tetkikatını nazarı ilibara almayabilirler. C. 29 juillet 1891, D. 92, I. 260.

Şahitlerin şahadet ettikleri esaslı bazı noktalar hakkında bir istinaf mahkemesinin ehlivukuf tarafından tetkikat yapılmasına dair verdiği karar bir kararı icadidir. Bu karar istinaf mahkemesinin, esas hakkında karar verirken evvelce dinlenen ve ehlivukuf tetkikatının samimiliğini ispat ettiği, şahadeti nazara alması mâni değildir. Req 18 décembre 1904. Gaz. 5 décembre.

Hâkimler ehlivukuf tarafından mahkemede usulüne uygun bir şekilde yapılan âkule istinat edebilirler. C. 23 décembre 1891.

[3] Zachariae, § 749 texte, t. iv, p. 431 \*Kararı idadi hâkimi bağlamaz.

[4] Civ. C. 22 juillet 1813.

Ehlivukufun ihmalî tahakkuk ödince—hâdisede bu ihmal yağmur suları me-

Hukuk muhakemeleri usulü kanununun 322. maddesi hâkimlere, mecbur tutmamakla beraber; yeni bir ehlivukuf tetkikatına karar vermek salâhiyetini vermiştir.

Bir mahkeme tarafından tahkikat yapmak üzere vazifeli kılınmış olan ehlivukufiar prensip olarak umumi hukuk kaidelerine tâbidirler ve doğrudan doğruya kusurlarının neticesi olan zararlardan mesuldürler. Fakat katileşen bir kararla tasdik edilen ehlivukuf raporları hakkında bu hükümler cari değildir. Bu ana kadar bizatihi bir otoriteden mahrum olan ve ancak tarafların serbest münakaşaları ve kâkimlerin tasdikına arz edilmiş aielâde mütalâalardan ibaret olan bu vesikalar mahkeme tarafından kabul edildikten sonra hükümle birleşerek onun unsurlarından biri haline gelirler ve bundan itibaren de bu kararın mahiyetini iktisap ederler, katileştikten sonra da onun gibi gayrı kabili itiraz olurlar.

Nasıki hâkimler hakkında verdikleri hüküm ve kararlarından dolayı ancak istisnai müracaat yolları tanınmışsa — bu yalnız hile halindedir — bu vesikaları tanzim eden kimselerde ancak aynı şartlar dahilinde mesul edilebilirler [1].

## İKİNCİ FASIL

ŞAHADET, ŞAHADETİN MEMNU OLDUĞU HALLER VE ŞAHADETİN ŞARTLALI MEMNUIYET KÂIDSİNİN İSTİSNALARI. YAZILI MUKADDİMEİ BEYYİNE

### Birinci Bahıs

#### *Şahadet hakkında umumi mü'âhazalar*

Şahadet tam delil olup vasıtasız delillere dahildir [2].

Şahitlik his, vicdan, akıl gibi ferdî anlayışın üç kaynağını tamamlar. İçtimai adaletin temelidir. Denilebilir ki onsuz adalet olmaz Ceza dâvalarının

---

uzun müddet açık bırakılması neticesi bir mahzene su basmasına sebebiyet vermek şeklinde tabakkuk etmiştir — bundan Ehlivukuf tetkikatını talep etmiş olan tarafları mesul tutmak ve bu ihmal neticesi husule gelen zararları tazmine mahkûm etmek yolsuzdur.

Cpr. Rennes, 16 juillet 1812, j. des avocats, V Expertise, p. 709, t. xii; Dijon, 25 juillet 1854; S. 54. 2. 774; D. 54. 2. 249. Trib. du Havre, 7 novembre 1885, D. 87. 3. 128.

Baudry — Lacantinerie et Wahl, Traité du mandat, n 383, p. 179; Labbé, note son C. 1 décembre 1891, S. 93. I. 499; Sourdat, p. 789; Dalloz supplément, V Responsabilité, n 255 et suiv; Chauveau sur Carré, question 1216.

[1] C. 26 octobre 1914.

[2] Şahadet hakkında: Voltaire, Politique et Législation. Prix de la justice et de

ında hakikati bulmak için daha uygun bir ispat vasıtası mevcut değildir.

Şahit, gerek tesadüfi olarak gerek tarafların talebiyle nizalı bir vakıanın veya hukuki muamelenin yapılması sırasında hazır bulunan ve bilâhara o vakıanın veya hukuki muamelenin mevcudiyeti, tarzı, ve neticeleri hakkında hâkim'e bildiklerini söyleyebilen şahıstır [1].

Hakikî şahit, nizalı vakiayı bizzat kendi hisseleriyle vazih bir şekilde idrak eden kimsedir [2]. Medeni hukukumuzda, cezai mevadın aksine olarak şahadet istisnaen ancak kanunun sarahaten veya zımnen müsaade ettiği hallerde kabal edilir [3].

I — Bir tahkikatta veya mukabil tahkikatta şahit ikame eden taraf, karşı tarafın protostolarına rağmen şahitleri şahadet etmek üzere isbatı vücut ettiklerinde isterse bunları dinletmekten vaz geçebilir. Bundan kendisini men eden hiç bir kanun hükmü yoktur. Filhakika şahit ikame eden taraf deliline dilediği gibi tasarruf eder. İbraz edildiği andan itibaren dâvaya dahil bütün şahıslar için müşterek delil olan ve artık bir daha geri alınmayan bir senetten farklı olarak, henüz vuku bulmamış olan şahadetin varlığı yoktur ve hiç kimse için müktesep bir hak teşkil edemez.

II — Bir hayvanın yaptığı zarardan hayvan sahibinin mesul edilebilmesi için tazminat talep eden tarafın bu zarara sebep olanın dâva olunan şahsın hayvanı olduğunu ispat etmesi lâzımdır [4].

---

l'humanité, article xxii, § 2, des témoins. Bentham, Des preuves judiciaires. Gabriel, Essai sur la nature, Les différentes espèces et les divers degrés de preuve. Solon, Essai historique sur les divers genres de preuves. Toullier, t. viii, n 2. Frégier, de la preuve. Paringault, de la preuve en matière civile. Boiesau, de la preuve par témoins, avec les remarques de Danty, 1769, in—4. Bonnier, Traité théorique et pratique des preuves. De Bourge, de la preuve testimoniale, 1859. in— 8. Desquiron, Traité de la preuve par témoins en matière civile 1855, in—8. Latreille, de la preuve testimoniale et des prohibitions dont elle a été l'objet, 1872. in—8. Lefebvre, de la preuve testimoniale, 1852, in—8. Paillot, de la preuve par témoins, 1887, in— 8. Virgatain, de l'admissibilité de la preuve testimoniale, 1855, in—8. Menesson, de l'admissibilité de la preuve testimoniale, 1869, in—8. Schirmer, de la preuve testimoniale Strasbourg, 1819, in—4. Reuff, de la preuve testimoniale en matière civile, 1819, in—4. De la Grasserie Revue critique 1905, p. 175, 292, 546, 588. Bakınız.

[1] Plantol, t. 11, n 22.

[2] — Baudry — Lacantnerie, n 2512. "Testis debet deponere de eo quod novit et praesens fuit et sic per proprium sensum, non autem per sensum, alterius". Şahit başkalarının hisleriyle değil, kendi duygularıyla idrak ve huzuriyle tanıyıp öğrendiği şeylere şahadet etmelidir.

Şahit, "ex propriis sensibus," şahadet etmeli ve "ex certa con scientia," teyit ve tekit etmelidir.

[3] — Aubry et Rau, § 761, p. 295.

[4] — C. 16 juin 1915.

Kanun vazı hukuki sahada şahadete olan güvensizlik ile [1]. dâvaların çoğalmas ve usuli karışıklılardan çekinme maksadiyle MK. 1341-1346. maddelerini sevk etmiştir [2].

## İkinci Bahıs

*Şahadetin memnu olduğu haller. Medeni kanununun 1341,1342. Maddeleri. Hukuki fiiller, Âdi fiiller.*

*Birinci memnuiyet:*

Bu memnuiyet medeni kanunun 1341 ve 1342. maddelerindedir.

1341. maddeye göre: «miktar ve kıymeti 150 frangı aşan bütün hukuki muamelelerde hattâ vedialarda, bir noter senedi veya âdi senet tanzimî lâzımdır. Senede karşı veya onun ihtiva ettiği miktarın fazlasına taallük eden iddialarla, senedin tanziminden evvel, tanzimi sırasında veya tanziminden sonra vaki itirazlar 150 franktan noksan miktara taallük etse dahi şahitle ispat edilemez; ticaret kanunu hükümleri mahfuzdur»..

MK. 1116, 1131, 1319, 1320, 1347, 1348, 1353, 1372, 1715, 1834, 1923, 2015, 2052; TK. 41,49,109. maddeleri.

Medeni kanunun 1342 maddesi bu hükme: «Dâva esas alacaktan başka onunla birlikte bir faiz ta'ebini de ihtiva ettiği ve mecmunun miktar ve kıymeti 150 frangı aşığı hallerde» 1341. maddede yazılı kaidenin tatbik edileceğini ilâve etmektedir.

Medeni kanunun 1341. maddesinin koyduğu memnuiyeti tetkik edelim: bu madde birbirinden ayrı iki hal derpiş etmektedir ki binnetice iki kaideye ihtiva eder:

1. *Kaide.* — Madde evvelâ miktar ve kıymeti 150 frangı aşan hususlarda şahadeti menetmektedir [3].

[1] — Roma kanunları: "contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur, ve "testis unus, testis nullus", diyorlardı.

Loisel'in institutes adlı eserinde bir darbi meselde: "Şahadetten medet umanışaklı yoktur, çünkü ekseriya kim fazla şahit gösterirse o kazanır", denilmektedir.

Medeni kanunun 1341-1345. maddelerinin değiştirilmesi maksadını güden adli islah komisyonu adına Mare Sauzet tarafından verilen rapora bakınız. Revue critique, 1886, p. 112.

[2] — 7 birinci Kanun 1897 tarihli kanun resit kadına, noter senelerinde ve ahkâmı şahsiyeye müta'lik muamelelerde şahit olmak hakkını, karı ve kocanın aynı muamelede şahit olamayacaklarına dair olan bir tahditte tanınmıştır.

[3] — Miktar ve kıymeti 150 franktan noksan olan hususlarda hâkim şahadeti kabul etmekte kalmaz, hattâ âdi karinelere de baş vurabilir. Trip. d, Amiens, 15 juillet 1899, Rec. Amiens, 1900, p. 9.

Bu kaide, mukavele ve şartnamelerin mevzuunu teşkil edebilen şeyler hakkında da tatbik edilir [1].

Borç altına koyan delil olsun, ibra eden delil olsun [2] hep aynı karıdeye tâbidir. 1341. maddeninin koyduğu memnuiyet vadiada da tatbik olunur.

Bilumum mukaveleler ve şartnameler hakkında tatbik edilen bu memnuiyet, hakikatta hukuki diye tavsif edilen fiillere taallük eder.

\*Miktar ve kıymetleri 150 franğı aşığı için şahitle isbatı mümkün olmıyan hukuki fiillerin hepsi bir takım insan fiilleridirki, bunlar gerek ihdas ve nakilleri, gerek tanıma ve tekitleri, gerek tadil ve itfaları bakımından hak ve borçların zararı ve doğrudan dağruya neticesidirler[3].

Hatta bir taraflı borç yükliyen hukukukı fiiler de kanun koyduğı bu memnuiyete tabi tutulmuşlardır[4].

[1] Bu hususta içtihat ve nazariyat takarrür etmiştir. Aubry et Rau, § 762, p. 300. Toullier, t. ix, n 16 ve 20. bakınız.

[2] Meselâ: kıymeti 150 franktan yüksek olan elden ele yapılan hibeler 1341. maddenin koyduğu memnuiyete tâbidir. C. 9 Août 1887.

Tecdit keza aynı maddenin koyduğu memnuiyete tâbidir.

Henüz icra edilmemiş şifahi kira akdinin mevcudiyeti \*MK. 1715, ne şahadet mede karine ile ispat edilebilir. C. 25 Janvier 1905.

Vekil, borçtan kurtulduğunu şahitle ispat edemez. C. 14 janvier 1896.

Bir gayrimenkulün maliki açığı bir dâvada gayrimenkulünü noter huzurunda dâva olunana sattığını iddia etmekte, dâva olunanı bu hukuki muamelenin ifasına davet etmektedir. Buna mukabil dâva olunan kayıt ve tescil edilmiş âdi bir senede isfihat ederek satışa daha az bir fiyatla vaki olduğunu ileri sürmektedir. Eğer yazılı bir mukaddimeî beyyine gösterilmemişse, eğer ileri sürülen fiillerin sabit olduğu farz olansa bile ihtilâfî satış akdinin dâvacı tarafından iddia edilen fiyat üzerinden yapıldığını göstermiyorsa, dâvacı bu âdi senedin hile ile yapılmış olduğunu şahitle ispat edemez. Riom (2 ch), 13 juillet 1906, Gaz. 16 octobre.

İğfal dâvasında istinat edilen evlenme vâdi delili yazılı bir mukaddimeî beyyineye bağılıdır. C. 10 février 1909, S. 09.1.558 D.; 09.1.157.

Müşterek borçlularına karşı borçta alâkası olmadığını iddia eden müteselsil borçlu iddiasını umumî hükümlere göre ispat edebilir. Bu itibarla eğer borç 150 franğı geçiyorsa, eğer yazılı bir mukaddimeî beyyine mevcut değilse karine ile ispat edemez. C. 2 octobre 1890; D. 91.1.475.

Larombiere, sur 1, article 1213, n 3. Baudry — Lacantinerie et Barde, t. I, n 1278.

[3] Aubry et Rau, p. 299.

Bu fiiller mukavelelere taallük eder. Eğer fiil daha önce veya birlikde yapılmış bir hukuki anlaşmayı icap ettiriyorsa hukuki fiil vardır denilir.

Delile ait hukuki fiil meseleleri bir hukuki mesele teşkil ederler.

[4] Baudry — Lacantinerie n 2522 ET suiv. Laurent, n 406. huc, ne 200.

Damolonbe, n 44. hussi mektup için, Amiens, 13 mars 1902, Rec. Amiens, 1902, 13.



Hukukî fiillere mukabil âdi, «yani mahiyetleri itibarile maddî neticeler arz eden insan fiilleri bulunur. Bunlar ancak arızı olarak bir takım hukukî münasebetlere bağlandıkları zaman ve ancak bu münasebetler sebebiyle hak ve borçlar doğururlar»[1].

Bu âdi fiiller daima şahadetle isbat edilebilirler. Medeni kanunun 1341. maddesi bunları derpiş etmemiştir.

Bundan başka, maddî ve hukukî unsurlardan müteşekkil muhtelif fiillerde vardır[2]. Bunların ihtiva ettiği hukukî unsurlar 1341. maddenin koyduğu memnuniyete tâbidir.

[1] Aubry et Rau, loc. cit.

Adi fiiller şunlardır: İkametgâhın nakli; ödemenin kesilmesi; muvazaa; bir borcun ifası; muvafakat; satışta semenin tahmin ve taksiri; uğranılan zarar; zararın miktarı; karı koca arasında barışma; bir şahsın akli hali, Req. 3 novembre 1903, Gaz. 5 novembre; Şerikler arasında hırsızlık ve yataklık, Req. 24 décembre 1912; hile, Req. 28 Juin 1881; D. 88. 1. 161. 13 juillet 1900, s. 01. I. 359; kanunî mahfuz hissede hile; vekilin vekâletini ıera sırasında yaptığı kusur, C. 31 octobre 1893; vasiyetnameye yanlış olarak eski tarih konulması, yazıların çizilmesi, Paris (5 ch), 28 décembre 1895; vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf, C. 12 mars 1869; cebir, C. avril 1903; nufus kâğıdı ibraz eden çocuğun hüviyeti; keşfin yenildiği, ihtira beratının mevzuunun ayasının daha önce mevcut oluşu; bir şahsın yaşı; zilyedlik, C. 23 mai 1855, s. 56. I. 401; D. 56 1. 57. 7 décembre 1885 S. 88. I. 252; D. 86 1. 267. 16 novembre 1896, D. 97. I. 423; bir mukavelenin normal surette ifası, Amiens, 15 mars 1900, Rec. Amiens, 1900, 144; arazinin ekiliş biçilmesine müteallik muameleler, bir başkasının arazisi üzerine üçüncü şahıs zilyedin ağaç dikmesi veya inşaat yapması fiilî ri; devletin zilyetliğini teşkil eden fiiller; canlı doğan çocuğun nüfus sicilinde 611 gösterilmesi; gömülü şeylerin mülkiyetini baki gösteren fiiller; zilyedliğin başladığı anda maddî vaziyetin aynı olmadığı hakkında kiraçının iddiası. Fikrahakika medeni kanunun 1731. maddesi isbatı mahfuz tutulmaktadır. C. 25 mai 1897.

Mal ayrılığı rejiminde, karı kendisine ödünç olarak verilmiş meblağ ile kocasının borçlarını ödeyerek alacaklılarının alâkalarını kesdiğini şahitle isbata edebilir. Böylece elinde ortaklığın borçlarını ödemek için yetecek varidat bulunduğunu müdafaa ile iktifa eder, ve neticede tasfiye sırasında kendisine tevfiş edilmiş olan menkul malların meşru sahibi olur. Nancye, 30 mars 1901, Le Droit 17 sout.

Adelin mevcut olup olmadığını ve eğer varsa neden ibaret olduğunu bilmek fiilî bir meseledir. C. 23 février 1814, S. chr; 24 juillet 1860 S. 60. I. 897; D. 60. I. 320 Voir Supra p. 20, note I.

Davaya bakan hâkim âdeti meselâ, umûmî kanunlardaki prensiplere veya taraflar arasında yapılmış mukavelelerin sarîh ve kat'i ibarelerine tercih ederse temyiz mahkemesi her halde bunu kontrol hakkını hafızdır, C. 11 février 1840, S. 40 1. 565. 28 mai 1868, S. 40. 1. x 69. I. 33; D. 1. 71 30 Decembre 1873 s. 80. I 199; D. 80. I. 108. mai 1868, S. 69. I. 33; D. 68, I, 471. 30 de'cemre 1879, S. 80 I. 199; D. I. 108.

[2] Aubry ve Rau yukarda Adı geçen eserin 303. sahifesinde şu halleri de sıktırmaktadırlar. Hasılât icarında kiraçı sıfatıyla zilyedlik muameleleri yapıldığı iddiası, mukavelenin ifa edilmemesi, neticesinde filan fiilin akdi bir kusur teşkil ettiği iddiası... V. s. Cpr. Paris, 16 Juillet 1901, Gaz. 17 septembre.

Üçüncü şahıslar ve taraflar. — Medeni kanunun 1541 ve 1353. maddeleri miktar ve kıymeti 150 fraktan fazla olan mukavelelerin isbatı hususunda karinelere müracaatı menetmektedir. Bu memnuniyet yalnız taraflar arasındaki münasebetlerde tatbik olunur[1].

Her ne kadar âkitler arasında şahitle ispat men edimişse de ikrar ve yemin kabul edilir[2].

Mukaveleye yabancı olan üçüncü şahıslara gelince bunlar mukavelelerin mevcut olduğunu adı karinelerin yardımıyla bile isbat edebilirler[3].

İtilâf mevzuu olan şeyin kıymeti nasıl takdir edilir?

Dâvanın mevzuu musayyen bir miktar paradan ibaret olmadığı hallerde bunun kıymetinin 150 franğı aşıp aşmadığını, hâkim tâyin edecektir. Bizzat tahmin ve takdir edemezse ehli-vukuf tetkikatına baş vurur[4].

Tâyin edilmesi lâzım gelen kıymet hukuki fiilin vuku bulduğu zamandaki kıymettir, yoksa dâva anındaki kıymet değildir [5].

Nizalı vakıanın kıymeti, çıkarılmak istinilen hukukî neticelere göre takdir edilmelidir. Eger bu neticeler 150 frankın üstünde bir menfaat arz ediyorlarsa şahadet kabul edilemeyecektir[6].

Muahher vakıalardan tahassül edecek kıymetlerin esas kıymetle birleştirilerek nazara alınması, ancak bu vakıaların cezai şart, faiz şartı gibi âkit yapılırken önceden derpiş edilmiş bulunmasına bağlıdır[7].

Eğer asıl dâva ile faiz veya cezai şart [8] mecmu kıymeti 150. franğı geçerse 1341. madde tatbik olunur.

Borçlunun temerrüdü sebebiyle talep edilen tazminat asıl borca ilâve edilmez Zira bu bir teferruatıdır[9].

[1] Eger dâvacı hukukî muamelede zikredilmiş olan fiyatın hakiki fiyat olmadığını ve ödemelerle tamamlanması lâzım geldiğini beyan ederse bu kaide tatbik edilir. Fihkika dâvacının bu iddiası imzalandığı hukukî muamelenin aksini isbat demek olacaktır. Riom (2 ch.), 13 jüllet 1900.

[2] Huc, n 279. Baudry — Lacantinerie, n 2515. Demolombe, n 10, 12. sahife 75, not I, 86 not I. Bakınız.

[3] İctihat ve nazariyat takarrür etmiştir.

[4] Baudry — Lacantinerie, n 2526. Aubry et Rau, p 311.

[5] C. 5 janvier 1875, S. 75.I. 72; D. 77.I. 29. Amiens. 15 jüllet 1899. Rec. Amiens. 1900, 9. Laurent, n 419. ET 452. Demolombe, N 89. Aubry et Rau, p. 306.

[6] Trip. de la Seine, 13 jüllet 1898. le Droit, 18 jüllet Huc, n 283. Demolombe, n 19 Laurent, n 457. Baudry — Lacantinerie, n 2545.

[7] 1342. madde yalnız dâva gününde vadesi gelen faizleri nazara almıştır. Huc., n 283. Demolombe, n 38. Aubry et Rau, p. 310. Baudry — Lacantinerie, n. 2453.

[8] Laurent, n 455. Aubry et Rau. P. 311.

[9] Demolombe, n. 41 Baudrye — Lacantinerie, n 2537. Aubry et Rau p. 311

2. *Kaide*.—«1341. madde, Senede karşı veya senedin ihtiva ettiği miktarın fazlasına taallük eden iddialarla, senetteki beyanların doğru olmadığı yolundaki iddiaların şahitle isbat edilemeyeceğini ilâve etmiştir. senetteki yanlışlığın ihtiyarı olup olmamasının ehemmiyeti yoktur[1].

Kezalik senette bazı cihetlerin unutulduğu[2], veya senedin tanziminden evvel, tanzimi sırasında veya tanziminden sonra şifahi bir mukavele yapıldığı hususları da şahitle isbat edilemez [3].

Fakat mukaveleyi değiştirmiyen muahhar hukuki fiillerde hal böyle değildir[4].

Maddemiz ancak tam delil teşkil eden senetler hakkında tatbik olunur.

Eğer senedin tarihi yoksa bunu tâyin için şahit kabul edilir[5].

Şahadet müphem bir şartı tefsirde, gayrı vazih bir ifadeye mana vermekte kabul edilebilir [6]. Şahadetin memnuniyeti amme intizamından degildir, taraflar kanuna muhalefetle şahadeti kabul edebilirler[7].

Binnetice eğer karşı taraf şahitle ispata muvafakat etmişse hâkim reşen şahadeti ret etmemelidir [8].

1341. maddenin 2. bendine muhalefetten dolayı temyize müracaat halinde temyiz mahkemesi, senede karşı veya senedin ihtiva ettiği miktarın fazlasına taallük eden iddiaların ispat edilip edilmediğini tahkik edebilmesi

[1] Baudry — Lacantinerie, n 2566.

[2] Meselâs bir meblân veya ödeme mahallinin tâyin edilmesi. C. 5 janvier 1874, S. 74. I. 156; D. 74.I. 12.

[3] Aynı karar, 23 fevriyer 1884, S. 84.2.97.

[4] Bir borcun ödenmesi veya ibrasında olduğu gibi. Baudry — Lacantinerie, n 2568. Aubry et Rau, P 321. Bordeaux, 21 juillet 1899, Rec Bordeaux, 1900.I. 89

[5] Demo'ombe, n 92, 93. Aubry et Rau, p. 323. Contra Baudry Lacantinerie, n 2 72.

Vediade tevdi edilen şeyin kıymeti 150 frankdan fazla olur ve veditanın mevcudiyeti müstevdi tarafından kabul edilmekle beraber müdilin ismi üzerinde ihtilaf olursa, bu cihet şahitle isbat edilebilir. Sein hukuk mahkemesi(5 ch), 23 mars 1903, Gaz. 6 sep'tembre.

[6] Demolombe, n 92, 93. Aubry et Rau, p. 323. Contra, Baudry Lacantinerie, n 2572.

[7] C.24 août 1880, S. 80.I. 413; D.80.I. 447. 21 octobre 1891, S. 95.I.487. I juin 1893, S. 93.I.285; D. 93.I.445. 23. avril 1894, S.98.I. 442. I. 15 décembre 1903, D. 04. 181.

[8] Taraflardan biri satış muamelesini inkâr eder. İlk hâkim tarafından istinat edilen vesika ve vakualara istinaf mahkemesinde, m-deni kanununun 1341 ve sonraki, 1353 ve 1985. maddelerinde yazılı şahadet memnuniyetinin mevcut olduğunu derneyan etmeksizle, itiraz ederse, amme intizamına taallük etmediğinden ilk defa

İçin bu senedin kendisine ibraz edilmesi zaruridir [1].

*İstisna.* — Mukavele veya senedin hile ile malûl olmasından dolayı hükümsüz olduğu anlaşılırsa bu hal taraflar arasında şahadetin memnuiyeti kaidesine istisna teşkil eder [2]. Filhakika hileden mutazarrır olan kimse bu sebeple yazılı bir delil tedarik edememiştir.

*Üçüncü şahıslar.* — Senede karşı veya senedin ihtiva ettiği miktarın fazlasına taallük eden iddialarda şahitle ispat memnuiyeti yalnız taraflar hakkında olup üçüncü şahıslara taallük etmez [3].

*Ticaret işler.* — Bu madde hükmü ticari işlerde hiç bir suretle tatbik edilmez ve şahadet beyyinesi her nevi ticari işde kabul edilir, yalnız kanun vazunun akdin yazılı olmasını sarahaten emrettiği hususlar istisna edilirse, medeni kanunun şahitle ispat memnuiyeti bu hususlara tatbik edilmez [4].

Ticari işlerde hatta üçüncü şahıslara karşı, bilümmük mukavelelerin şahitle ispatı mümkündür.

Ticari bir mukavelelerin icrası bahis mevzuu olunca istinat ettiği karinelere göre bu mukavelelerin şümul ve neticelerini tâyin etmek dâvayı gören hâkime aittir [5].

Bir satış muamelesi taraflardan biri hakkında ticari diğeri hakkında temyiz mahkemesinde bu memnuiyetten istifadesi kabul edilemez. C. 30 décembre 1903, Gaz. 12 mai 1904, ve daha evvel zikredilen kararlar. Huc, n 290. Contrâ Aubry et Rau, p. 295. Demolombe, n 218, 216, 217. Laurent, n 298, 299. Baudry—Lacantinerie, n 2518.

[1] C. 12 mai 1886, pandectes 36, I. 172.

Dâva neticesinde verilen kararda mefruz anlaşmadan bahsedilmemiş olsa dahi bir senedi tatbik etmemek için taraflar arasında muhakeme esasında yapılan bir akdin mevcudiyetine istinat eden kararın bozulması lâzımdır. C. 8 août 1900, S. 03. I. 46.

[2] C. 29 décembre 1902, S. 03. I. 186. içtihat ve nazariyat takarrür etmiştir.

Bir ev satışında, Onu satın alan kimse tarafından gezilip görüldüğü ve bilinmekte olduğu hakkında şahadetin mevcut oluşu bu şahsın, evin gelirinin ehemmiyeti hakkında kendisinin hileli manevralarla aldatıldığını iddia etmesine ve bunun şahitle ispata kalkışmasına mâni olmaz. Alger, 31 janvier 1902. Le Droit, 4 mars.

[3] C. 23 mai 1887, S. 89. I. 407; D. 87. I. 498-499. İçtihat ve nazariyat takarrür etmiştir.

[4] C. 1 août 1810. 11 novembre 1813. 24 mars 1825. 21 juin 1827. 15 janvier 1828. 2 janvier 1843. 25 octobre 1849. D. 99. I. 560. hambéry, 10 juin 1902, la loi, 27 août 1902

[5] C. 18 juillet 1905. Gaz. 20 juillet.

hukuki olduğu zaman bu sonuncu hakkında, satış medeni kanun hükümlerine tâbi olur. Ve ispat ancak bu kanunun tâyin ettiği şartlara göre yapılır [1].

### Üçüncü Bahis

*Medeni kanunun şahadete mütaallik 1341, 1342. maddelerini tamamlayan, 1343—1346. maddelerinin koyduğu memnuiyetler.*

#### *İkinci memnuiyet:*

Tetkik ettiğimiz medeni kanunun 1341, 1342. maddeleri aynı kanunun 1343—1346. maddelerile tamamlanmıştır.

1343 madde: «Bir kimse miktar veya kıymeti 150 frangı aşan bir davayı açtıktan sonra ilk talep ettiği miktarı tenkis etse bile artık şahadet kabul edilmez» [2].

1344. madde: «150 franktan noksan bir meblâğ hakkındaki davada dahi eğer bu miktarın daha yüksek miktardaki ve ancak yazılı delille ispatı lâzımgelen bir alacağın bakiyesi veya böyle bir alacağın bir kısmı olduğu beyan edilmişse şahadet kabul edilemez» [3].

[1] C. 6 mars 1912, S. 1912, I, 216.

Tacirle yanında çalıştırdığı kimse arasında akdedilen mukavele bu şahıs hakkında bir medeni hukuk mukavelesidir. Binaenaleyh, patron yanında çalıştırdığı şahsın işe başladığı esnada kendisinin ticaret yapmakda olduğu mahalde ticaret yapmayacağını taahhüt etmiş olduğunu hattâ ticaret mahkemesi önünde bile şahitle ispat edemez. İşçinin atmakta olduğu yevmiyeden fazla olarak kâra yüzde iki nisbetinde iştirak edeceğinin mukavele-ye şart olarak konulmasının ehemmiyeti yoktur. Zira bu kadar cüzi bir iştirak aselâde bir ücret mahiyetinde olup ticari karakter arz etmez. Paris (4 ch.), 2 mars 1907, Gaz. 4 juillet.

[2] Mukavelelerin aslı gayri musyyen bir kıymette iken dâvacı dâva mevzuunu 150 franktan aşağı bir miktara has ederse şahadetin delil olarak kabul edilmesi yolsuzdur. Civ. C. 9 mai 1904, Gaz 9 maj.

150 frangı aşan bir kira bedelinin ötenmesini, bu olmadığı takdirde kiracının intifa esnasında aldığı semerelerin geri verilmesini talep eden dâvacı asıl dâvasını tenkis etmiş ad olunmamalıdır. Bunlar birbirinden ayrı iki taleptir, binnetice birinci talepte şahadetin kabul edilmemesi bu delilin ikinci talebi ispat için kabul edilmesine mâni teşkil etmez. C. 19 fevrier 1840, S. 40, I. 534.

Bununla beraber ilk önce 150 franktan fazla olan dâvasını sonradan tenkis eden dâvacı eğer ilk talebinin maddi bir hataya müstenit olduğunu ispat ederse şahadet kabul edilebilir. Aubry et Rau, p. 303. Laurent, n 451. Baudry—Lacantinerie, n 2537. Denizolombe, n 45.

[3] 150 franktan fazla olan alacak, alacaklının ölümüyle varisleri arasında taksim

1345. madde: «Aynı dâvada taraflardan birinin ayrı ayrı ve hiç biri hakkında yazılı delil bulunmayan mütaaddit talepleri olupta bunların heyeti macmuası 150 francı geçerse, bu şahıs, alacaklarının sebeplerinin muhtelif olduğunu, muhtelif zamanlarda meydana geldiğini dermeyan etse bile şahadetle ispat kabul edilemez. Megerki bu haklar veraset, hibe ve sair suretlerle muhtelif şahısların muamelelerinden doğmuş olsun» [1].

1346. madde: «Tamamen yazılı delile istinat etmiyen bütün taleplerin birlikte yapılması lâzımdır. Bundan sonra yazılı delile istinat etmiyen talepler kabul edilmez» [2] Cpr. Article 33 §5 de la loi du 27 mars 1907.

Bu madde hükmüne riayetsizliğin müeyyidesi şahadetin reddi değil arzuhalde ihmal edilmiş taleplerin kabul edilmemesi teşkil eder [3].

---

edilip te her birine düşen bisse 150 franktan aşığı olduğu takdirde buhar haklarını şahitle ispat edemezler. Huc, n 284. Laurent, n. 445. Demolombe, n. 46. Aubry et Rau p. 307, Baudry—Lacantinerie, n 2533.

[1] Fakat, iddia edilen mütaaddit hakların kıymetlerini cem ederken, bunlardan senede müstenit olanlarla, haklarında yazılı mukadime beyyine bulunanları hesaba katmamak lâzımdır. C. 10 décembre 1901 S. Oz. I. 407.

[2] 1346. Madde şu hallere tatbik edilir:

1—mütaaddit dâvaların tutarı 150 franktan noksansa; Aubry et Rau p. 315. Baudry—Lacantinerie, n 2554. Contrâ: Demolombe, n 71—72. Laurent, n 463.

2—Alacaklar veraset, hibe ve sair suretlerle muhtelif şahıslardan neş'et ediyor sa; Baudry—Lacantinerie, n 2555. Contrâ: Demolombe, n 71—72. Laurent, n 465.

3—1847 ve 1848. maddeler mucebince ehemmiyetleri ne olursa olsun şahadetle ispatın kabul edildiği dâva bahis mevzuu ise; Aubry et Rau, p. 315. Baudry—Lacantinerie, n 2556. cpr. Civ. C. 18 décembre 1912. Contrâ: Demolombe et Laurent, loc. cit.

Şu hallerde tatbik edilmez:

1—Ticari dâvalarda; Dijon 18 juillet 1940, S. 1913. 2. 83. Hug, n 286. Contrâ: Trib. de comm. de saint—quentin, 15 novembre 1898. Pauctes t9. 2. 262.

2—Mahkemeye başlandığı zaman doğup henüz musacel olmıyan alacaklarda; Laurent, n 466, Demolombe, n 73. Baudryet Lacantinerie, n 2559. Contrâ: Huc, n 286. Aubry et Rau, p 316.

3—Muhtelif mahkemelerde açılan dâvalarda; Demolombe, n 74. Baudry—Lacantinerie, n 2552. Contrâ: Trib. de comm. de saint—quentin précité.

4—Ancak hükuki münasebetlere bağlı buldukları zaman borç doğuran maddî vakıalara müstenit dâvalarda bu maddî vakıalar şahitle ispat edilebilirler. Bruxelles (5 ch.), 25 janvier 1907; Gaz. 4 octobre 1907.

1346. maddenin hükümlerine rağmen dâvalar, ikrar ve yeminle ispat edilebilirler. Trib. civ. de la Saise, 25 novembre 1896, D. 97. 2. 418. Contrâ: Baudry—Lacantinerie, n 2560.

[3] Aubry et Rau, p. 317. Baudry—Lacantinerie n. 2560 Contrâ: Demolombe, n 77. Trib. civ de Toulouse, 15 mars 1900, Gaz. Midi. I. er avril 1900.

Hakkın sakıt olduğu dermeyan edilmemişse hâkim buna resen Lükretmelidir [1].

### Dördüncü Bahis

*1341 ve 1342. maddelerdeki şahadetin memnuiyeti kaidestinin istisnaları, yazılı mukaddime beyyine, 1347. madde, ispat imkânsızlığı, 1348. madde*

*Birinci İstisna; madde: 1347.*

Medeni kanunun 1347. maddesine göre: Yazılı bir mukaddime beyyine mevcut olduğu takdirde yukardaki kaideler tatbik olunmaz.

«Aleyhine dava açılan kimseden veya onu temsil eden [2] şahıstan sadır olan ve iddia edilen vakıanın sübutuna kâfi olmamakla beraber vukuuna delâlet eden bütün vesikalara [3] yazılı mukaddime beyyine denir.»

---

Taleplerin aynı dâvada yapılmış olması kâfidir. Aubry et Rau, p. 314. Demolombe, n 75. Bandry — Lacantinerie, n 2561. Fakat tek dava lâzımdır. Yoksa dâvaların birleşmesine hükmedilerek bunun hükümsüzlüğünden kurtulunulamaz. Dijon, 18 juillet 1910. S. 1918. 2. 83.

[1] Laurent, n 468. Aubry et Rau, n 818 Bandry — Lacantinerie n 2560. Larombière, t. Visur là article n 5. Bununla beraber itiraf etmek lâzımdır ki, 1341. maddeden daha amir ahkâmı ihtiva etmeyen 1346. maddenin neden aynı kaideye tâbi olmadığı lâyikiyle anlaşılmıyor. Dijon, 18 janvier 1910 adı geçen esere bakınız.

[2] Avuenin yaptığı muamele için, C. 4 novembre 1901, S. 02. I. 16; D. 01. I. 528; emrin ibrazı için C. 5. janvier 1893, S. 85. I. 405; D. 83. I. 336; vasi için, C. 23 novembre 1869, S. 70. I. 59; D. 70. I. 24; kanuni vekil koca için, Demolombe, t. XXX, n 135; bir bankerin veya noterin defterleri için, C. 11 juin 1872. S. 72. I. 261; D. 72. 464; bir müdür için, C. 13 juin 1898; D. 99. I. 24; bir mimar için Req. 19 décembre 1904. Basançon, 1 février 1893, D. 93. 2. 599. Bakınız.

Üçüncü şahıstan sadır olan bir senedi taraflardan biri benimserse bu bir yazılı mukaddime beyyine teşkil eder. C. de Milan, 19 janvier 1905. Pandectes 1905. V. 28. Fakat bu kabulün şüpheli olmaması lâzımdır. C. 6. janvier 1891, S. 71. I. 332. 18 juin 1893, S. 99. I. 133; D. 99. I. 24 Cpr. C. 8 août 1860, S. 61. I. 535; D. 60. I. 497.

Noterin şahsen alâkadar olduğu bir iş hakkında tanzim etmiş olduğu senet noter menfaatine bu muameleyi yapan kimse tarafından yazılı bir mukaddime beyyine olarak ileri sürülemez. C. 15 juin 1853.

[3] Bir yazı lâzımdır. Nancy, 24 janvier 1893. D. 95. 2. 132. makbuzlara yapıştırılan pullar üzerindeki basit mühür, veya herhangi bir işaret yazılı mukaddime beyyine teşkil etmez. C. 29 juillet 1902, S. 05. I. 23. 28 mai 1895, S. 99. I. 343; D. 95. I. 527. bakınız.

Medeni kanunun 824, 1320, 1329, 1335, 1341, 1353, 1356, 1360, 1985; Hukuk usulün 54; Ceza Kanununun, 408. maddeleri.

Tatbikatın şümülü. — Medeni kanunun 1347. maddesi gayrı şekli akitlerin ispatına taalluk eder.

Hibeler, vasiyetnameler, ipotek kayıtları bir tarafa bırakılırsa, yazının bir nevi delilden başka bir şey olmadığını gözden uzak tutmamak icap eder.

Bütün yazılar kabul edilebilir. Bordeaux, 8 mars 1889, S. 91. I. 158; D. 91. 21. Bir kağıda yazılmış yazı, C. 30 juillet 1855, S. 56. I. 41; D. 55 I. 332; bir hususi senet taslağı, C. 4 juin 1896; D. 96. I. 456; hususi mektuplar, C. 14 Décembre 1892; S. 96. I. 524, D. 93. I. 489; vasiyetname, sebebi gösterilmeyen hukuki muamele C. 5 décembre 1900, S. 01. I. 229. 3 avril 1905. yazılı mukaddime beyyinedir.

1347. madde mukaddime beyyinenin aleyhine ibraz edilen kimse tarafından imza edilmiş olmasını istememektedir. C. 3 déc. 1818. 14 juin 1864, D. 66. 5. 376.

Bir kimsenin kağıtları arasında bulunan ve bir tediyeyi kabul ettiğini bildiren hesap alacaklı tarafından yazılmış ve imza edilmiş olmadıkça yazılı mukaddime beyyine teşkil etmez. C. 9 nov. 1842.

Bir vesika aleyhine ibraz edilen kimse tarafından tanınır, ve imza ikrar olunursa, temsil edilmiş olsa bile, bu yazılı bir mukaddime beyyine olarak kabul edilebilir. C. 19 déc. 1849.

Senet iki nüsha yapılmamış, bütün lüzumlu formaliteleri ihtiva etmiyor, veya tasdikli değilse yazılı bir mukaddime beyyine teşkil eder.

Cümla ve cinayete müteallik mevadda sorgu hâkimi önünde yapılan maznunun sorgusu bir mukaddime beyyinedir. C. 18 août 1854. ve C. 21 janvier 1843; 22 avril 1854; 9 juillet ve 24 sept. 1857. 28 octobre 1898, S. 1900. I. 250. bakınız.

Fakat maznunun duruşmadaki sorgusu yazılı bir mukaddime beyyine ad olunamaz. Cass. 17 juill. 1841; 23 sept. 1853; 18 août 1854.

Tarafılardan birinin hâdise hakkındaki suallere verdiği cevaplar imza etmemiş olsa bile yazılı bir mukaddime beyyine teşkil eder. C. 22 août 1832; 19 mars 1835; 6 avril 1846; 8 mars 1852; C. 14 fevrier 1900, D. 1900. I. 287. ve C. 6 nov. 1818; 15 mars 1843. bakınız.

Bir hükümde zikr olunan taraflardan birinin ikrar ve tanınması, C. 5 mai 1864.

Ceza dâvalarında zapta geçmiş ve imzalanmış bulunan şahadetler. C. 30 avril 1895.

Uzlaştırma bürosunda kaleme alınmış ve aleyhine dâva edilen kimse tarafından imzalanmış zabıtname ile tebeyyün etmiş olan beyanların yazılı bir mukaddime beyyine teşkil edeceğine hükmedilmiştir. C. 7 mars 1831. Basançon. 21 juillet 1881; S. 82. 2. 180.

Kezalik yazılı mukaddime beyyine bir tarafın şahsen mahkeme huzurunda vâki beyanından da çıkarılabilir. C. 29 nov. 1842. 2 janv. 1943; 7 mars 1843. 24 juin 1876, S. 80, I. 205. 4 novembre 1901, D. 01. 523. Cpr. C. 5 mars 1895, S. 95. I. 456. D. 95. I. 236



Kanunun açıkça talep ettiği haller haricinde eğer yazılı bir mukaddime beyyine ile ispat edilmek istenilen şey şahitle ispat edilebiliyorsa daha kuvvetlenecek ve bir senette yazılmış kadar mecburi bir mahiyet almaktadır.

**Şartlar:** Yazılı mukaddime beyyinenin iki şartı vardır:

1 — Aleyhine dâva açılan şahıstan veya kanuni mümessilinden sadır olmalıdır;

2 — Dermeyan edilen vakıyı tamamen ispat etmemekle beraber vukuuna delâlet etmelidir.

Vosikanın aleyhine ibraz edilen şahıstan veya mümessilinden sadır olduğu gerek yazıdan veya imzadan, gerek yazının karakterinden çıkarılabilir.

İmza veya yazının inkârında istiktap yapılır.

Medeni kanunun 1347. maddesi yazılı mukaddime beyyinenin müessiriyetini tarih bakımından hiç bir şarta tâbi kılmamıştır [1].

Yazılı mukaddime beyyine muhtelif yazılardan istinbat edilebilir [2].

Dâvanın hal ve vaziyetine göre yazının tarihini tesbit etmek dâvayı gören hâkime aittir [3].

Bir hukuki muameleden bunların tescil edildiği defterde bahsedilmesi, hattâ bu hukuki muamelenin metni sarih olarak gösterilmiş olsa bile yazılı bir mukaddime beyyine teşkil etmez [4].

**Temyiz mahkemesinin kontrolü.**—Yukarda bahis mevzuu edilen şart-

---

Noterler tarafından usulüne uygun olarak tasdik edilmiş bilumum beyanlar yazılı bir mukaddime beyyine olarak kabul edilebilir. . Ezcümle, ölümünden sonra tutulan tereke defterinde alâkadar kimsenin yaptığı beyanat. C. 3 novembre 1891. D. I. 963.

Keza taraflardan birinin avnesinin tebliğ olunan lâyihasındaki beyanları veya hâkimin hükmündeki ifadeleri de yazılı bir mukaddime beyyinedir. C. 13 avril 1908 D. 08. I. 363.

Evlenme mukavelesindeki beyanlar da aynı mahiyettedir. C. 9 février 1880, D.81. I. 373

Tarafların yalnız müracaat ettikleri mahkemedeki beyanları değil diğer bir mahkemede vaki beyanları da yazılı bir mukaddime beyyine teşkil edebilir. C. 27 avril 1840.

[1] Req. 27 octobre 1903, D. 03. I. 574.

[2] C. 27 novembre 1893, S. 95. I. 167; D. 94. I. 80.

[3] C. 10 mars 1897, S. 96. I. 493; D. 96. I. 201.

[4] Trib. civ. de Tunis, 16 décembre 1903, J. trip. De Tunis, 1904. P. 378.

lardan birincisi bir hukuk meselesi ortaya çıkarır ki bunun halledilmesi temyiz mahkemesine aittir [1].

Medeni kanunun 1347. maddesinin hükümleri intizamı âmmeden değildir; asıl dâvaya bakan hâkim önünde tatbik edilmesi istenmiş olmadıkça bu hükümlerin ihlâli temyiz mahkemesinde bir bozma sebebi olarak ileri sürülemez [2].

Dâvayı gören hâkimler yazılı mukaddime beyyine teşkil eden vesikayı müstakillen takdir ve tefsir ederler [3].

Hakikata yakın olma. — İkinci şarta gelince bu şart maddi meseleye bağlıdır. Mahkemeler hakikata yakınlığı takdirde ve bunun neticesi olarak kendilerine sunulan vesikaların mana ve mahiyetlerini değiştirmemek şartıyla kararnelerin kabülünde serbesttirler [4].

[1] İçtihat ve nazariyat takarrür etmiştir.

Bir yazının yazılı mukaddime beyyine teşkil edip etmediğinin ve kanunen aleyhine ibraz edilen şahıstan sadır olmuş telâkki edilip edilemeyeceğinin bilinmesi bir hukuki meseledir ki bunun tetkiki temyiz mahkemesinin vazifelerine dahildir. C. 30 dec. 1839, C. 17 mai 1835, Civ. C. 7 décembre 1897, bakınız.

Bu itibarla, kararda bir mukavelenin yapılmış olduğunu göstermek için (dâvada ibraz olunan vesikalardan istintaç olunduğu üzere) demekle iktifa edilmesi halinde kararın kanunî mesnedi mevcut değildir.

[2] İçtihat takarrür etmiştir. Bilhassa Req. 13 juillet 1907, gaz 24 juillet, bakınız.

[3] Larombière, sur l'article 1247, n 27 et suiv.

"Vesikanın bir vakianın vukuuna delâlet edip etmediğinin takdiri tamamen maddi cihete taallük eder. Bu bakımdan hâkim, ibraz edilip kanunun aradığı bütün vasıfları ihliva eden yazıyı yazılı bir mukaddime beyyine olarak kabul edip etmemekte mutlak bir salâhiyeti haizdir." İbrâz edilen vesikanın vakianın vukuuna delâlet edip etmediğini, ve vaziyetlerin sarahatini, ehemmiyetini birbirine uygunluğunu hâkimlerin basiretine ve vicdanına bırakmıştır. C. 11 avril 1826; 6 août 1839; 27 avril, 18 mai et 10 août 1840; 17 mai 1855, 14 juillet 1856. C. 9 janvier 1861; 4 février 1873. 10 mars 1896. 18 juin 1897. 28 novembre 1893. 7 novembre 1899, D. 99. I. 563. 20 juin 1900. 28 novembre 1900, S. 03. I. 79. 18 janvier 1901. S. 04. I. 128; D. 04. I. 295. Cpr. C. 21 décembre 1903, D. 04. I. 94. bakınız.

Yazılı bir mukaddime beyyine mevcut olduğu zaman hâkimler hattâ hükümsüz bir tahkikatı şahahadetten bile karineler istinbat edebilirler. C. 26 juin 1889.

Bir irtifak hakkının daimî olmayan zilyetliği halinde dâvacı tarafından ileri sürülen vesikanın tam bir hukuki delil teşkil etmesi icap etmez. Derece hâkimlerinin mutlak takdir haklarına göre intilâfı zilyetliğin geçici ve muvakkat olmadığına kanaat getirmesi kâfidir. C. 1 février 1892.

[4] C. 9 juillet 1901, Pandectes 02. 1, 116.

Fakat hukuki bir mesele bahis mevzuu olmasa bile, istinaf hâkimlerinin kont olüna tâbi olan ilk derece hâkimleri hakikata yakınlığın ne olduğunu lâıykile takdir etmeleri lâzımdır [1].

Hakikata yakın olma hakikatın bir tezahhürü [2], yani ciddi bir tahminidir.

Hakikata yakın olmanın derecesi vesikalarda mahiyetine göre değişir. Kanunun istediği şartı ihtiva etmediğinden tam delil teşkil etmeyin ve vakıyı tahakkuk etmiş olarak zikreden vesikalarda güçlük yoktur [3].

Sadece şayi beyanları ihtiva eden [4]; yahut açık olarak nizamlı vakıyı kast etmeksizin, aşağı yukarı sıkı bir surette ona bağlı diğer vakıyaları bildiren vesikalarda vaziyet bir az daha nezaket kesbeder [5].

[1]<sup>a</sup> Hakikata benzeyenle benzemeyen; muhtemel ile gayri muhtemelden pek farklı değildir. Bunlar daha ziyade edebiyat, değerleri ise (muhtemel, vesaire.) mantık diline giren tabirlerdir, P. Janet, Traite de philosophie, 6 edit., p. 355.

[2] Keza bunlar aşkâr ve zahir olan şeyden de pek tefrik edilemez. Hakikata yakın olma, hakikatın tezahhüründen başka bir şey değildir. Hakikata yakın bir vakıya, hakkı götünen bir vakıyadır. Sabit ve muhakkak vakıyalardan neşet eden karine ve emareler hakikata benzerliğe hakikatın bütün zevahirini izafe ettirecek kadar mühim ise, hakikata yakın olma hakikatın tezahhürüdür denilebilir. Delil tadarıki bahis mevzuu olunca hâkim, bilinen vakıyalardan meçhul vakıyaları çıkararak karineleri bizzat tesis eder. Bu takdir işinde hâkimin fikirlerine rehberlik edecek kaideleri göstermek bilhassa mantık ilmine aittir. Kanunun hâkime göstereceği yegâne yol; kabule şayan delillerin mahiyet ve karakterine taallük eden kaidelerdir.

Kanunen hâkim delillere, karinelere ve emarelere istinatla karar vermeğe mezuun kılınca; kanunun emirlerine uygun kararlarını vicdani kanaatine istinat ettirecektir. Hâkimin selâhiyeti ne kadar geniş ve hudutsuzsa, her dâvanın hal ve sebeplerini dikkatle ve inceden inceye tetkikten sonra aneek usul ve nizama uygun bir karar vermek vaziyesi de o kadar ehemmiyet kesbeder.

Kanun sadece yazının vakıyanın hakikata yakın olduğunu kanaatını vermesini istemektedir. Hakikata yakınlığın da dereceleri vardır. Fakat hâkimin gerek şahadeli yardımını gerek âdi karinelerle hakikatla hakikata yakınlık arasındaki mesafeyi doldurabilmesi için hakikata benzerliğin mevcut olması kâfidir.

Yalnız hâkim n ütemim delil<sup>a</sup> kabulünü icap ettiren hakikata benzerliğin az olması nisbetinde daha fazla bu delillere müracaat mecburiyetinde kalacaktır.

Hakikata yakın olmanın dereceleri var derken, hâkimin vicdanının müsbet bir kanaatını, gayri vazih şüphesini, gayri muayyen endişesini aklın ve mantığın kâfi derecede karakterize olmuş bir hakikata yakın gibi kabul edebileceğini iddia etmiyoruz. Yazılı mukadime-i beyineye muadil ciddi bir hakikata yakınlık lâzımdır. Bunu, sahte hakkaniyet tehlikelerine sürüklenmekten korunma tedbirlerini almak için hâkime hatırlatıyoruz. Larembiere, sur l'Article 1347, n 12.

Bu fikirleri bundan daha güzel bir şekilde ifade etmeğe imkân yoktur.

[3] Aubry et Rau, p. Baudry — Lacantinerie, n 2605.

[4] Baudry — Lacantinerie, n 2608 ve sonraki-Paris, 3 janvier 1900, D. 02, 2;

100.

[5] C. 12 juin 1899, S. 1900, 1. 126

Vesikadan sadece bir ima çıktığı zaman iş büsbütün güçleşir.

Fakat dâvayı gören hâkimlere tanınmış olan takdir serbestisi onların vazifesini ziyadesiyle kolaylaştırır.

Yazılı mukaddemei beyyineyi tamamlayan karineler: — Bu bahsi bitirirken bir noktaya işaret etmek icabediyor:

Yazılı bir mukaddemei beyyine olarak kabul edilen vesika aynı zamanda karine olarak vazife göremez. Aksi takdirde bir vesika iki kerre kullanılmış olacaktır.

Yazılı mukaddemei beyyineyi tamamlamak hususunda ehemmiyeti olan karineler, vesikadan çıkanlardan müstakil olan hal ve şartların heyeti mecmuasından istihraç edilmek lâzımdır[1]

Yazılı mukaddemei beyyinenin takviye ve teyit edilmesi, (yani gerek şahadet gerek karinelerle sağlamlaştırılması) icap ettiği için yazılı mukaddemei beyyine ile şahadet ve karinelerin bir tutulmasına imkân yoktur. Bunların birbirinden tamamen ayrılması gerekmektedir. Bu hakikatı görmek için biraz mantık kâfidir.

#### *İkinci istisna; madde: 1348.*

«Alaçaklının kendisine karşı taahhüt edilen borç hakkında yazılı bir delil ibraz edemediği her zaman» 1348. madde 1341. maddedeki kaideye bir istisna daha koymaktadır. Bu istisna gayet mantıktır, zira imkânsız şeyi yapmağa kimse icbar edilemez.

#### Kanunumuza göre bu ikinci istisna:

[1] Mesele, evlât edinme bahsinde avukata verilen mahkeme de temsil salâhiyeti evlât edinme muamelesinin ahkâmı şahsiye sicillerine kayıt edilmesini talep etmek salâhiyetini vermiyor (MK 359) ve bu hususta hususi bir vekaletname lâzım geliyorsa, hâkim dâvada bu hususi vekaletin mevcudiyetini tâyin için mukaddemei beyyinenin bulunduğu vesikadan istihraç edilenler haricindeki şart ve vaziyetlerden istihraç edilecek karinelerle delili tamamlamaksızın yazılı mukaddemei beyyinenin unsurlarıyla iktifa edemez. Civ. C. 21 janvier 1913. Cpr. C. 29 decembre 1895, D. 96. I. 149. Dalloz, cote annoté, article 1895, n 238<sup>vt</sup> suiv.

Bir kâtibin alacağını tahsil ettiği hakkında patronundan makbuz istemesinde mânevi imkânsızlık vardır. Caen (1 ch.), 23 Mars 1914.

Pazarlarda, panayırlarda ötedenberi yerleşmiş âdete göre, alım satım biç bir zaman yazılı delille ispat edilmez. Âkit taraflar için yazılı delil temini hususunda mânevi imkânsızlık vardır. Medeni kanunun 1348. maddesi tatbik edilerek şahitle ispata müsaade edilmelidir. Konuşmalar panayırdaki yapılmış, fiyat ve malın tesliminde anlaşma orada olmuş, satış orada bitirilmişse hayvanlar oraya getirilmemiş olsa bile satış panayırdaki yapılmış telâkki edilmelidir. Bordeaux 5 avril 1911.

1 — Şibih mukaveleden [1] ve cürümden veya şibih cürümden [2] doğan borçlar hakkında;

2 — Şabısların sıfatlarına ve halin icaplarına göre yangın, kargaşalık, yıkılma, deniz kazası [3] halleriyle yolcuların otelde [4] ikametlerinde yaptıkları zaruri tevdiilerde,

3 — Senet tanzimi mümkün olmayan gayri melhuz kazalar vukuunda taahhüt edilen borçlarda,

4 — Alacaklının [5] senedi umulmiyan hal veya mücbir sebep neticesi gaip etmesi [6] hallerinde tatbik olunur.

[1] Başkası hesabına vekâletsiz tasarrufla iş sahibi tasarruftan malûmatı olsa dahi onu şahitle ispat edebilir. C. 2 mai 1892, S. 92.1.304; D. 93.1.316. Fakat buna mukabil vekâletsiz tasarrufla bulunan kimse 150 frankdan fazla meblağlar için 1848. maddeye istinatla tediyeye dâvası açamaz. C. 6 fevriyer 1878; D. 78.1.167.

Ödenmesi lâzım gelmiyen bir paranan ödenmesinden hasil olan şibih mukavelede bu madde tatbik olunmaz. Huc. n 296. Aubry et Rau, p. 345. Demolombe, n 553.

[2] Hırsızlık suçunda alacağın mevcudiyetiyle birlikte aynı zamanda cürüm de ispat edilebilir. Trib. d' Amiens, 23 fevriyer 1889, Journal d'Amiens 1889, p. 220. C. 18 jüillet 1900, S. 01, 359.

Fakat bir hukukî muameleye bağlı olan cürümlerde vaziyet başkadır. C.3 mai 1892, S. 92.1.431, D. 93.1.300. Ezcümle: Emniyeti suiistimalde, aynı karar, açık imzanın sui istimalinde, C.5 janvier 1883, D. 83.1.366, hukuk dâvasında yalan yere yeminde, hal böyledir. C. 22 Mart 1878, S. 79.1.238; D. 78, 1, 442.

Hile, C. 3 jüillet 1900, S. 1900, 1, 461, D. 1900,1,412, hata, ikrah, muvazaa şahitle ispat edilebilir. C. 23 juin 1837. Gaz. Pal. 87,2,139.

Şibih mukavelelere gelince: buna verilen önem için, Toulouse, 18 janvier 1902, D. 05, 2,238. bakınız.

[3] Bunlara, su bâsması, deprem, düşman istilası. V. S. dahi ilâve edilebilir. Baudry — Lacantinerie, n 2627. Yangın hakkında, Limoges, 12 juin 1889, pandect, 1900, 2, 355. bakınız.

[4] Eşyaların otel patronuna veya memuruna tevdi bahis mevzuudur. Huc. n 298. Laurent, n 567. Baudry — Lacantinerie, n 2629. Kaplıcaları da ilâve etmek lâzımdır: Rouen, 21 mars 1883, S. 585, 2,167, D. 84, 3, 8. Tiyatroda yer gösteren kadına yapılan tevdiilerde. Paris, 23 avril 1902, D. 03,2,323.

Hâkim, dâvacının sıfatına göre tevdi edilen eşyaların gerek mevcudiyeti gerek kıymeti hususunda takdir salâhiyetini haizdir. C. 23 Août 1864, S. 64, 1. 461, D. 64, 1, 373.

[5] Kanunda her ne kadar yalnız alacaklıdan bahsedilmekte ise de borçluya da teşmil edilmelidir. C. 4 décembre 1823, S. chr.

[6] Dâvacı evveleminde umulmiyan hal ve mücbir sebebi ispat etmeğe mecburdur. kendi kusurunu (ihmal, terahi, V. S.) tazammun eden fiilleri dermeyan edemez. Douat, 14 mai 1908, Gaz. 19 septembre. Laurent, n 571. Demolombe, n 203. Baudry — Lacantinerie, n 2642. Fakat bizzat kendisini yabancı kaldığı üçüncü bir şahsın fiilini dermeyan edebilir. Toulouse, 18 janvier 1897, D. 97, 2, 247.

Bundan mada senedin gaip olduğunu ispat etmesi lâzımdır. Bu ispat bazan müc-

1348. maddede yazılı vesikânın tedariki mümkün olmayan haller tahdidî değildir. Bu madde mahkemelerin içtihadıyla pek geniş bir sahaya teşmil edilmiştir [1].

Bu madde, resmî senetlerle âdi senetlerin, vasiyetnamelerin [2], veya usulî muamelelerin [3], gerek umulmıyan haller, gerek mücbir sebeplerle gaip olmaları halinde tatbik edilir.

bir sebebin (zor kullanılarak alma) isbatıyla karıştırılır, bazan da umulmıyan halin (yangın) ispatına müşabehet arz eder.

Nihayet dâvacı dermeyan eylediği hukukî muameleyi ispatla mükelleftir ve bu ispatı doğrudan doğruya yapabilir. Demolombe, n 211. Laurent n 573. Baudry — Lacantinerie, n 2648.

Eğer gaip olan vesika bazı formalitelere fâbi idise (gerek ispat kuvveti bakımından gerek hukukî muamelelerin müteber oluşu bakımından) dâvacı yalnız bu hukukî muamelelerin mevcut olduğunu değil aynı zamanda formalitelerinin de tamamlandığını ispatla mükelleftir. Montpellier, 7 mai 1900; S. C. 8 décembre 1902, D. O3 1, 93 (burada bahis mevzuu olan vasiyetnamedir) meğerki senet, gaip olmasında menfati olan kimse tarafından ortadan kaldırılmış olsun. Nancy, 22 juin 1895, S. 96, 2, 263. Poitiers, 19 février, 1889, Gaz. Pal. 89,1,403. Grenoble, 6 août 1901, S. O3, 2, 106. C. 2 octobre 1897, S. 98, 1, 128; D. 98, 1, 56. 8 octobre 1902, D. O3, 1, 93.

[1] Paris 23 avril 1902, D. O3, 2, 323. Hue, n 296. Laurent, n 545. Aubry et Rau, P. 344. Baudry — Lacantinerie, n 2620. Demolombe, n 150.

[2] Mücbir sebepler neticesi gaip olan veya bozulan vesikalarını mevcut olduğu hususunun şahitle ispatına cevaz veren 1348. madde hükümleri diğer vesikalar hakkında olduğu kadar vasiyetnameler hakkında da tatbik olunur. C. 12 décembre 1859, S. 60, I, 630; D. 60, I, 334. 12 juin 1882, D. 82, I, 293.

Hattâ vasiyetname müteveffanın ölümünden evvel gaip olsa ve müteveffanın son arzularında hiç bir değişiklik vaki olmasa bile... C. 21 janvier 1903. Gaz. 29 janvier.

1348. maddenin 4. fıkrasının tatbiki; vasiyetnamenin gaip olmasının onun ziyanında menfati olan kimsenin fiilinden meydana gelmiş olması haline bağlı değildir. Gaip olmanın bir mücbir sebepten neşet etmesi kâfidir; yani böyle bir halde alâkalı şahıs hâdiseye yabancı kalmış ve vasiyetten istifade edecek kimseleri onlara hiç bir kusur ispat etmeksizin vesikalarını ibraz etmek imkânsızlığı içinde bırakmıştır. Aynı karar.

Vasiyeti yapanın ölümünden evvel yaptığı vasiyetnameyi yok edebilmesi veya geri alınması yapılmış olan bu vasiyetnamenin alelâde bir taslak olduğunu iddia etmeğe mahal veremez. Vasiyetname tesirlerini vasiyeti yapan kimsenin ölümünden sonra göstermesine rağmen bu tarihe kadar yine bütün kıymetini muhafaza eder; meğer ki, geri alınmış veya vasiyeti yapan kimse hayatında mücbir sebeplerle vasiyetnamenin yok olduğunu bilmiş olsun. Aynı karar.

[3] Bir vesikarın aslının ibrazı yerine eğer bu aslın ziyai mücbir bir sebepten ileri geliyorsa sarih, kuvvetli ve birbirini tutan karinelere baş vurulabilir. Meselâ, hâkimin ölümü dolayısıyla vesikarın gaip olması halinde mücbir sebep vardır. C. 13 déc. 1853.

Ezcümle, hırsızlık, emniyeti suistimal, mücbir sebep hallerini teşkil ederler.

Burada maddi ve mutlak imkânsızlık veya mânevi, nisbi bir imkânsızlık olabilir.

Mânevi imkânsızlık kâfidir [1]. Bu imkânsızlıktan; vesika tedariki hususunda geçici, mevzii büyük bir güçlük ve ciddi bir sıkıntı anlaşılır.

Hâkim mânevi imkânsızlığın mevcudiyetini serbestçe takdir eder [2].

Fakat ileri sürülen imkânsızlık maddise hâkim onu tetkik etmekten imtina edemez [3].

[1] İctihat mânevi imkânsızlık misalleriyle doludur: Babasının evini terk eden bir kız bıraktığı eşyalarının cinsini şahitle ispat edebilir. Bourges, 19 mai 1836, S. chr. Baldızıyla birlikte yaşayan enişte bozdurmak üzere baldızına 500 frank verdiğini ve iadesi lâzımgeldiğini şahitle ispat edebilir. Bourdeaux, 2 mars 1871, S. 71, 2, 221. Bir fabrika direktörü mutat üzere müessesesinde çalışan amelesinden biri tarafından işletilen makinanın mucidi olduğunu şahitle ispat edebilir. Bourges, 24 novembre 1824, C. chr.

Hizmetçilerin aylıklarını veren şahıs onlardan makbuz istiyemeyeceği ve makbuz istemesi parayı verenle alan arasında, hizmetçi ile efendisi arasında bulunması zaruri olan münasebete aykırı düşen bir güvensizlik yaratacağı için bu kimse hizmet ücretini verdiğini şahitle ispat edebilir.

Bir bağçıvanın ağaç sattığı kimse ağacın teslim edildiği gün gaip olduğu takdirde bağçıvan işbu satış akdini ve ağacın kıymetini şahitle ispat edebilir. Paris 9 avril 1821.

Mânevi imkânsızlık kaidesi rahibelerin kiliseye getirdikleri eşyalar hakkında sor zamanlarda kesretle tatbik edilmiştir. Aşağıdaki nota bakınız.

Hile, ikrah yazılı delil tedarik edilmesine imkân vermeyen hallerin başında gelmektedir. Bu hususta yukarıda kâfi izahat vermiş bulunuyoruz. MK. 895, 1116, 1353. Hatada vaziyet ayındır. Aubry et Rau. P. 248.

[2] C. 18 mai 1841, S. 41, I, 545. 21 jüillet 1910. Req. 1 mai 1911.

Din adamları arasındaki karşılıklı mutlak tâbiyet ve metbuiyet bağları dolayısıyla bir rahibin dinî birliğe tevdi ettiği malların kabul edildiği hakkında ve hele o anda ne düşünülmüş ne de düşünülebilen bir iadeyi nazara alarak yazılı bir vesika istemesine mânen imkân olup olmadığının takdiri tamamen ilk derece hâkimlerine aittir. Bu itibarla bu hâkimler duruşma safahatını tamamen mutlak bir şekilde takdir ederek kuvvetli, sarıh ve birbirini tutan karinelere bulabilirler ve kıymeti 150 franktan yüksek olan bu eşyanın hakikaten tevdi edildiğini tesbit edebilirler. Aynı karar.

[3] C. 25 Juin 1900, S. OI. I. 328; D.1900. I. 596.

## Beşinci Bap

### Vasıtalı delil [1]

Kanuni ve âdi karineler

#### *Iptidai mülâhazalar.*

Medeni kanunun 1349. maddesi karineleri «maâlum bir fiilden kanun veya hâkimin meçhul bir fiili tâyin için çıkardığı neticeler» diye tarif eder.

Medeni kanun karineleri deliller arasına koymakta ve biri kanuni diğeri âdi olmak üzere iki çeşit karine kabul etmektedir.

### Birinci bahis

#### *Kanuni karineler*

Medeni kanunun 1350. maddesine göre: «kanuni karineler hususi bir kanun tarafından muayyen bazı fiil ve vakialara atfedilen karinelere dir.

1—Yalnız vasıfları itibarile, kanun hükümlerinin hileli bir surette ihlâl edildiği mefruz olduğu için kanunun batıl saydığı muameleler;

2—Kanunun muayyen bazı vaziyetlerden mülkiyeti veya borçtan kurtulmayı istihraç ettiği haller;

3—Kanunun katileşen kararlara tanıdığı kudret (kaziyeimühkeme) [2].

4—Kanunen tarafların ikrarına ve yeminine tanılan kuvvet [3] kanuni karinelere dendir.

1352. maddeye göre: «Lehiné kanuni karine mevcut olan kimse başka delil göstermek mecburiyetinde değildir. Yemin ve hâkim huzurunda ki ikrar hakkındaki hükümlerle kanunun mukabil delil kabul ettiği haller müstesna olmak üzere, bazı muameleleri iptâl eden veyahut dâva hakkını kaldıran kanuni karineye karşı delil kabul olunmaz».MK 312 ve sonraki, 911, 1099, 1351.

[1] Vasıtalı delil, zihni bir ameliyeye ihtiyâç gösteren delildir.

[2] Kaziyei muhkemeden, ikrardan ve yeminden yukarıda 57 — 96. sahifelerde bahsedilmiştir.

[3] İkrar ve yeminden çıkarılan muhalif delil, âme intizamına tasallük eden kanuni karineler müstesna olmak üzere, bütün kanuni karinelere karşı kabul edilmiş bulunmaktadır. C. 13 janvier 1875. S. 75. I. 244; D. 75. I. 117.



kanuni karine bir delil nevi olmaktan ziyade delilden muafiyet vasıtasıdır. Hulâsa, kanuni karineler kanunen sabit addolunan fiiller olup müşabih hâdiselere teşmiline imkân olmıyan istisnai hükümlerdendir. 1350. maddedeki tadat tahdidi değildir, kanuni diğer deliller de mevcuttur [1].

*Mutlak kanuni karineler*—Mutlak kanuni karine'ler de mevcuttur [2]. Bu karineler şüphe götürmeyen ve aksi iddia olunamıyan karinelere'dir. Lex inducit firmum jus, et habet eam pro veritate. Kanun vazı maddi ve mânevi bir prensibin neticesi olarak muhakkak kabul ettiği için bu karinelere mutlakiyet izafe etmiştir. Bu itibarla bu karineleri reddetmek üzere delil kabul olunmaz ve bu karineler kati bir defî teşkil ederler. Fakat kanunî karinelerin bu istisnai vasfı haiz olmaları ancak bunlara istinaden kanunun bir muameleyi iptal veya bir dâva hakkını tanımaması halinde bahis mevzuudur [3].

[1] MK 1, 185, 312, 341. (Grenoble, 29 juillet 1889,) 552 ve sonraki, 653, 654, 666 ve sonraki; 720 ve sonraki; 911, 919. (C. 29 juillet 1891). 1064, 1100, 1282, 1283, 1338, 1385, 1402, 1499, 1595, 1733. (C. 20 novembre 1885, S. 56, I, 103; D. 55, I, 457), 1903, 2230, 2231, 2262 ve sonraki. 2268, 2275, 2279; TK 117, 365, 366, 367, 446, 638. maddelerine bakınız.

20 ağustos 1881 tarihli kanunun 3 ve 33. maddeleri, 1 temmuz 1901 tarihli kanunun 17. maddesi ile, 14 temmuz 1909 tarihli kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasına bakınız.

[2] Bu kanuni karine ile birlikte karşı tarafa da bir memnuiyet yükletilmiştir. Karinenin neticeleri mukabil bir delille çürütülmez. Bu takdirde karine mutlak kati bir mahiyet alır. Mutlak karinelere Romalılar "Juris et de Jure," derlerdi. Juris derlerdi, çünkü bu karineyi kanun kabul etmişti. De jur derlerdi; çünkü kanun bu karineye istinaden sabit bir hak tesis etmişti ve onu hakikat olarak kabul ederdi.

[3] MK. 312, 313, 472, 653, 666, 670, 911, 1100, 1351, 1596, 1597, 1963, 1974, 1975, 2146. maddelerile, HMUK. 713, TK. 443, 444. maddesile; 25 şubat 1901 tarihli kanunun 7. maddesindeki hükümler mutlak kanuni karinelere'dir.

"Aubry ve Rau diyorlarki: Pater is est quem nuptiae demonstrant (baba ananın kocasıdır.) kaidesinden istihraç edilen nesep karinesinin aksi ancak MK. 312 ve 313. maddelerinde gösterilen hallerde ispat olunabilir.,. Bourdeaux, 31 mai 1893, D. 94, 2, 551, Cpr. C. 9 mai 1864, S. 64, 1, 305; D. 61, 1, 409.

Evlilik esnasında ana rahmine düşen çocuğun babasının koca olduğunu ve sahîh nesebin doğumla teessüs ettiğini kabul eden medeni kanunun 312 ve 313. maddelerinden çıkan netice şudur ki, nüfus kâğıdıyla anasının evli bir kadın olduğunu ispat eden çocuk bionnetice babasının da bu evli kadının kocası olduğunu ispat etmiş olur. Evli kadının çocuğun nüfus kâğıdında kızlık ismiyle yazılmış olmasının ve kocadan başka bir şahsın baba olduğunu söylemesinin ehemmiyeti yoktur. Req. 22 juillet 1913.

Bir taraftan ananın tanılabilecek şekilde hüviyetinin tesbit edilebilmesi kâfidir. Diğer taraftan da baba olduğunu iddia eden şahsın tanıma hakkındaki iddiaları medeni kanunun 335. maddesine göre hükümsüzdür.

Hâkim muhalif bir kanaata vasıl olmuş olsa bile, kanuni karinelerle bağlıdır [1]. Filhakika medeni kanunun 1352. maddesinin ikinci fıkrasına göre: «yemin ve mahkeme huzurundaki ikrar hakkındaki hükümlerle kanunun mukabil delil kabul ettiği haller müstesna olmak üzere, bazı muameleleri iptal eden veya dâva hakkını kaldıran kanuni karineye karşı delil kabul olunmaz».

*Basit karineler.* — Basit kanuni karineler de mevcuttur [2]. Meselâ, bazen kanun taraflardan birini beyyine külfetinden muaf tutar ve karşı tarafı hakikatı ispata ve böylece karineyi çürütmeye mecbur kılar. Bu tak-

---

\*Bir menkul malda ziyed olan kimse lehine tanınan mülkiyet karinesinin aksi ancak hırsızlık ve ziya halinde iddia edilebilir. (C. civ. 2279).

Medeni kanunun 653, 658 ve 670. maddeleriyle kabul edilen hudut duvarlarının müşterek mülkiyeti karinesini çürütmek ancak, yazılı delil, müşterek mülkiyet olmadığı kayıtları veya müruru zamanla kabul olabilir. Aubry et Rau 4 edit. t. VIII, § 750, p.166.

Aynı suretle medeni kanunun 1499. maddesinden istihraç edilen ve evlenme zamsında mevcut menkul malların ortaklığa ait olduğu hususundaki karinenin aksi ancak tutulan eşya defteri „nin ibrazıyla iddia edilebilir. D., v. contrat de mariage, n 2615, Supp, n 980; Aubry et Rau, 4 edit, t, v, § 522, note 29, p 457; Laurent, t, XXIII, n 187; Guillaouard, t. III, n 1479; Baudry — Lacantinerie. Lecourtois et Surville, t II, n 1397.

Keza medeni kanunun 2271 ve sonraki maddelerindeki kısa müddetli müruru zamanlara esas teşkil etmiş olan tediyeye karinesinin borçlu olduğu iddia olunan kimseye yemin teklifi ile aksi iddia olunabileceği 2275. maddede kabul olduğu içindir ki temyiz mahkemesi mustakar bir içtihat olarak bu hususta başka hiç bir delil kabul edilmeyeceğine karar vermiştir. C. 7 nov. 1860, D. 60, 1, 485; 7 janv. 1861, D. 61, 1, 28; 10 avril 1878, D. 78, 1, 253; 26 janv. 1881, D. 82, 1, 59; 22 avril 1891, D. 91, 1, 416, 4 nov. 1891, D. 92, 1, 316; 17 mai 1904, D. 1904, 1, 454, aynı zamanda olarak: Laurent, t, XXXII, n 508 et sniv. Aubry et Rau, t VIII, § 794, texte et note 85, p. 447 Guillaouard, de la prescription, t, II, n 787, D. C. Civ. ann. Sous P art. 1793, n 57 a 61.

Ticari bir şirketin ilân edilmemiş olması halinde kanun, alâkahların şirketin teşekkülünden haberdar olmadıklarını mutlak bir karine şeklinde kabul etmiştir. C. 21 fev. 1832. 29 janv. 1838. 19 avril 1893, S. 94, 1, 289; D. 93, 1, 417. Lyon — Caen et Renault, t. II, n 280 et 359.

[1] Larombière, t. VII, p. 4. Baudry — Lacantinerie, n 2653.

[2] MK 115, 341, 552 ve sonraki. 653 (civ. C. 8 novembre 1905), 654, 720 ve sonraki., 1064, 1282, (c. 14 janvier 1896, D. 1900, 1, 510. 26 fevrier 1901, S. 01, 1, 494). 1283, 1338. 1385, 1402, 1499, 1595, 1733, 1903, 2230. 2281. 2234, (probatis extremis praesumitur medium). 2262 ve sonraki, 2268, 2270 (c. 16 juillet 1889, D. 90, 1, 488. Huc t, X, n 42). 2279, (c. 5 decembre 1876, D. 77,1, 166, 12 mars 1888, D. 88, 1, 404). TK 117, 365, 366, 367, 446. 688. Bakınız.

Halen mer'î olan 28 birinci kanun 1672 tarihli emirnamenin 6 ve 11. maddele-

dirde aksi ispat olunabilen basit bir kanuni karne karışısında bulunuyoruz demektir [1].

1 Temmuz 1901 tarihli kanunun 17. maddesinin ikinci fıkrasında kabul edilen şahısların ikamesi karineleri müsadeli veya müsaadesiz dini birlikler hakkında da kabili tatbiktir. Ve bu kanunun neşriden evvelki muameleler hakkında da neşriden sonraki muameleler gibi caridir.

Kanuni hükümlere muhalif olarak dini birliklerin gayrimenkulleri üzerinde kendilerine bazı haklar tanıtan üçüncü şahıslar, kendilerine bazı haklar tanıyan kimse bahis mevzuu gayrimenkullerin maliki olduğunu zahiren gösteren senetlere malik olsa bile, o kimseyi hakiki malik sanarak öylece hareket ettiklerini ispat edemezlerse, bu hükümler bu üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilir. Bu kaidelerin, 24 Mart 1825 tarihli kanunu 4. maddesindeki hükümlere ve müddetlere riayet edilmeksizin ikame edilen şahıslar marifetiyle müsaadeli kadın dini birlikleri tarafından iktisap edilen mallar hakkında da tatbik edilmesi lâzımdır [2].

---

ri mecbince keşilmiş odunları nehirlerde nakleden şirketler bu nakilden husule gelen zararlardan mesul sayılmışlardır, Civ. C, 15 juillet 1913.

Fabreguettes' in *Traite des Eaux*, t. I, p. 63 ve note. 613 e sonraki note 1.. Plocque, t. III, p. 409 Picard, in *Traite des Eaux*, t. III, P. 487. Pronthon, *dud omaine public*, t. III n 1226. Daviel, t. II XXI. Lp. 412. Beauqut, *Repert. de dr. administratif*, Eaux, n 553. adlı eserlerine bakınız.

Zarara uğrayan kimseye isnat olunan bir kusur veya bir üçüncü şahıs hakkında husule gelen tarafların mâni olamayacağı bir mücbir sebep ispa olduğu takdirde bu karine hükümsüz kalır.

Bilhassa, suların sürüklediği odunların birikmesinden bir değirmen barajına iras edilen zarar bahis mevzuu olduğu takdirde odun nakliye şirketi değirmencinin barajın dört kapısından üçünün ihmali yüzünden kaldırılmamış olduğunu ve bu hadisenin zararlı tesirlerini ispat edebilirse mesuliyetten kurtulabilir. (aynı karar).

Fabreguettes, t. II, p. 389, n 373. Fuzier — Hermann, *Rivirres*, p. 676. *Sourdat*, t. I, p 645. Laurent, t. XVI, p. 262. civ. c. 31 juillet 1905. S. 1909. I, 149.

Kezalik 20 Aout 1881 tarihli kanunun 3 ve 33. 1 juillet 1901 tarihli kanunun 17, 14 juillet 1909 tarihli kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasına bakınız. Baudry—Lacantinerie ve Barde, t. III, n 2260. Bennier, t. II, n 841. Aubry et Rau, p. 162. *texte et note* 5. Laurent, t. XIX, n 615. Demolombe, t. XIX, n 267.

Basit kanuni karineler arasında zabıt varakalarını da saymak lâzımdır.

Bir ipotek muhafaza memurunun sicilindeki senetlerin tevdiini gösteren sıra numaraları bu senetlerin tevdi sırasını gösteren kanuni karinelerdendir. Bu karineyi çürütmek isteyen taraf aksini ispat etmekte mükelleftir. C. 18 decembre 1888.

[1] Alciat, basit kanuni karineleri pek güzel bir şekilde tarif etmiştir: *Probabilis conjectura ex certa signe preventiens quae alie non adducte, pre veritate habetur.* "ex certo signo, tabiri sarih bir delil ve emare mânasınadır.

[2] Bu itibarla ve bilhassa bir dini birliğin reisi olan rahibe tarafından hakikatta birliğin mümessili fakat zahirden malik sıfatıyla yapılan bir istikraz ve bu is-

## İkinci Bahis

### *Kanuni olmayan karineler. Adı karineler.*

Medeni kanunun 1353. maddesine göre: «Kanunun tasrih etmediği karineler hâkimin takdir ve basiretine bırakılmıştır. Hâkim ancak kuvvetli, sarîh ve birbirini tutan karineleri [1] hukuki muameleye hiyle, hud'a sebebiyle itiraz edilmesi hali müstesna olmak üzere, şahadetin mümkün olduğu hallerde münhasır olmak şartıyla kabul edecektir.» MK 913.

Bütün karineler bilinen hakikatla, aranan hakikat arasındaki tabii münasebete istinat eder. Bu münasebetin zaruri olduğu nisbette, karine hakikatı gösterir. Karineye itimat, bilinen fiille bilinmeyen fiil arasındaki münasebete bağlıdır! [2].

Kanun vaznı tarafından konulan kaidenin hulâsası şudur:

1 — Hâkim, temyiz mahkemesi tarafından hükmün bozulmasını göze almadıkça fiili karineyi ancak şahadetin caiz olduğu hallerde kabul edecektir [3]. Ticari dâvalarda hâkim bu kayıtlarla bağlı değildir [4].

---

İkrazla muvazıf birliğe ait gayrimenkul üzerinde tanınan ipotek hakkı mevzu bahis olunca: birliğin feshinden sora ikraz eden, ipotek edilmiş gayrimenkullere müracaat edeceği tehdidiyle borcun tediyesini isterse, gayrimenkullerin hakiki sahibi ile muamele yaptığını hüsnü niyetle sandığını ispat etmek mecburiyetindedir.

Eğer hâkim yukarıda gösterilen hadler dahilinde tebliğ edilen tediyeye emrine karşı tasfiyeye memur kimsenin ilesi sürdüğü itirazı hükümet tarafından hususi surette müsaade edilmemiş olan her türlü istikrazı kadın dini birliklerinin yapamıyacağı hakkındaki 1825 tarihli kanunun ikraz edenin bilerek ihlâl ettiğini ispat etmediği için yet ederse, delil mükellefiyetini birinden alıp diğerine yüklemiş olur. Civ. C. 19 janvier 1914.

[1] Kuvvetli, sarîh, birbirini tutan karinelere eskiden: *indici casis ad probatio-nem, indubitatis et luce clarioribus expedita*. Denilirdi.

[2] D'Aguesseau.

«Karinenin esaslı şartı, istikrar ve netice yoluyla meçhul veya münaazaalı vakıanın delilinin istibrahç edileceği vakıanın kanunen sabit olmasıdır. Eğer bu vakıa kabul ve tasdik edilmemişse, şüpheli veya gayri vazıh ise ondan çıkarılacak olan karinenin de bir kıymeti ve esası yoktur. Esası ve hareket noktasını teşkil eden bu vakıanın kanunen sabit olmasından sonradır ki bu karinelerin kuvvetli ve sarîh olduğu ve birbirini tuttuğu söylenişebilir.» Larombiere, 1853. madde.

[3] C. 20 mars 1866, S. 65, I. 208. 27 déc. 1866, S. 87, I. 204; D. 87, I. 274. Baudry-Lacantinerie, n 2696. Demolombe, n 240. Aubry et Rau, P. 358.

[4] Dâvanın kıymeti ne olursa olsun. C. 30 juillet 1877, S. 77, I. 478; D. 78. I. 290. 11 juillet 1892. S. 92. I. 508. 5 mars 1894, S. 94. I. 418; D. 04. I. 168. 21 Novembre 1909, D. 04. I. 183. Requés, 30 novembre et 28 déc. 1903.

Hattâ hukuk dâvalarında bile elacaklinin yazılı beyyine alınmasına imkân olmadığı veya mücbir sebeplerle senedi gâip ettiği hallerde karine kabul edilebilir. Baudry — Lacantinerie n. 2696.

2 — Yazılı bir mukaddimei beyyine mevcut bulunduğu takdirde hâkim, 150 frangi aşan dâvalarda da karineye baş vurabilir.

3 — Bir hukuki muamelenin hiyle ile yapıldığı iddia olunduğu zaman hâkim daima karineyi kabul edebilir [1].

4 — Bir tek karine kâfidir [2].

5 — Karineler, kuvvetli, sarıh ve birbirini tutar olmalıdır [3].

Eğer bilinen vakıa ile meçhul vakıa arasındaki münasebet birinin mevcudiyetinden diğerinin mevcudiyetini kuvvatlı bir istikra ile istihraç edilebilecek mahiyette işe karine kuvvetlidir. Kanun bu iki vakıa arasında mutlak bir zaruret aramamaktadır; eşyanın tabiatına ve her normal ve makul insana göre fiilin başka türlü olmasına imkân olmamasının ve düşünüldüğü ve düşünülmesi lâzım geldiği gibi mevcudiyetinin nisbi mânada da olsa zaruri bulunmasının anlaşılması kâfidir [4].

Eğer malûm vakıadan elde edilen istikrarlar malûm ve ihtilâflı vakıayı doğrudan doğruya ve sureti hususiyede tâyin edebiliyorsa, karine sarıhtir. Eğer bu kerineden aynı suretle müteaddit ve birbirine zıt neticeler çıkarmak kabil ve böylece farklı ve zıt vakıaların mevcudiyetini istihraç mümkünse karineye sarıh denilemez ve böyle bir karine ancak şüphe ve tereddüt doğurur.

Eğer karinelerin hepsi müşterek veya farklı menbalardan geldikleri halde heyeti umumiyesi ispat edilmesi lâzım gelen vakıayı ispata yarıyorsa karinelerin birbirini tuttuğu söylenebilir [5]. Birbirini tutan karinelerin birleşmesiyle her birinin teker teker haiz olmadığı bir ispat kuvveti meydana gelir. Eğer karineler birbirini tutmazsa yekdiğerini tadil ederler ve hâkimin zihninde şüphe doğurmaktan başka bir şeye yaramazlar

---

5 — C. 14 fevrier 1838, S. 86, I, 67; D. 84, I, 127. 18 décembre 1895, D. 96, I, 184, 4, juin 1896, S. 1900, I, 164; D. 96, I, 456. Cpr. C. 2 fevrier 1870, S. 71, I, 89; D. 70, I, 289. 27 déc 1886 S. 87, I, 204; D. 87, 204.

1341. maddedeki memnuniyet âmîr ahkâmdan değildir. C. 17 déc. 1900. 7 juin 1901, D. 01. I, 397.

[1] C. 20 fevrier 1811 S. chr. 5 août 1902, S. 02, I, 319. Laurent, n 632. İkrâh için de vaziyet aynıdır. C. 6 avril 1903, D. 03, I, 301. Lion 26 juin 1902 Men. jud. Lion, 16 octobre 1903. Mahfuz hisseli mirasçı karineleri ileri sürebilir. C. 2 mai 1889, Pandectes, 89, I 123. Muvazaa için Req. 9 juillet 1901. Bakınız.

[2] Demolombe n 245. Aubry et Rau, p. 359. Baudry — Lacantinerie, n 2698.

[3] Yukardaki notta zikredilen müelliflere bakınız.

[4] Karinenin kuvvetini takdirde hemen daima inanışlarımıza, insan, hayat ve eğya hakkındaki fikirlerimize istinat ederiz.

[5] Birbirini tutan karinelere maksat birbiriyle uyuşan biri diğerini nakzetmiyen karinelere dir.

İspat edilmesi gereken vakıa ile esaslı bir alâkası bulunmayan ve bu vakıayı zaruri bir netice olarak göstermeyen malûm vakıalara dayanan karinelerin serd edilmesi icap eder. Müphem gayrı vazih ve bir çok mânaya gelen ve hakikata yakınlık vasıflarını ihtiva etmeyen karinelere de keza itibar edilmemelidir. Müphem zevahiri yalnız sistemci bir kafanın kabul edebileceği uzak ve belirsiz münasebetleri kılı kırk yaran tefsirlere tâbi tutarak Kâfi emare olarak telâkki etmemelidir. Eğer Müteaaddit karineler mevcutsa hepsi birbirine uygun olmalı, birbirini tekHzip edecek yerde birleşmeli, biri diğerini takviye etmelidir.

Fakat sayı fazlalığı kuvvet yerini tutamaz. Her biri makul bir hakikata benzerlik tesisi için çok zayıf olan karinelerin bir araya gelmeleri yakın tevlit edemez [1].

Bu kitap mevzu olarak hukuki bahihsleri ele aldığından ceza dâvalarının esasını teşkil eden emare [2], alâmet [3], zan ve tahmin [4] ve nişaneler [5], nazariyelerinden tafsîlatlı bir şekilde bahsedilmeyecektir.

[1] Larombiere, t. v. n 6 et 7 Sous l'article 1353.

[2] Emare, delil elde etmek istediğimiz vakıaya bağlı olduğunu sandığımız vakıadan istihraç edilen bir ihtimal neticesidir. Yahut diğer bir söyleyişle, meçhul aramakta yol gösteren bir işaret, malûm bir noktadır. Ve biz bu noktadan araştırmalar yapmak üzere harekete geçebiliriz.

Quae non prosunt singula, cumulata juvant. Her biri başlı başına faydasız olan emareler bir araya gelince delil teşkil ederler.

Muyart du Vouglans emareleri çok yakın, yakın uzak olmak üzere üçe bölmektedir.

Çok yakın emareler, ileri sürülen vakıa ile zaruri bir münasebetli olan emaredir. Yakın emare, arada zaruret olmadan, suçla doğrudan doğruya münasebetli olan emaredir. Uzak emareler ise vasıtalı emarelerdir. Bentham. Preuve s judiciaires. chap. Bonnier, t. II n 830 bakınız.

[3] Alâmet, aynı zamanda olan bir diğer vakıanın da mevcudiyetini gösteren bir vakıadır. Meselâ bir cinayetten sonra bir kimse üzerinde kan lekeleri bulunması gibi

[4] Zan ve tahmin, diğer vakılardan zaman ve mekândan muhakeme neticesinde çıkarılan ve gizli bir vakıanın mevcudiyeti hakkında tahassul eden fikirdir. Id quod per rationes et signa et tempera et hujus medi conjicit, id est cegitat et Colligit.

Zan ve tahmin muhakemenin tahayyülünün bir semeresidir.

[5] Nişaneler, başlı başına bir delil teşkil etmeyen fakat delilin kabulüne yardım eden hal ve vaziyetlerdir.

Nişaneler, ispat olunması lâzım gelen vakıanın tesbiti için bir vakıadan istihraç edilen çok uzak neticelerdir. Karinelere yardım eder, onları kuvvetlendirir. Fakat kendisi doğrudan doğruya bir ispat kuvvetini haiz değildir.

Maznunun aleyhine bütün ithamları ihtiva eden iddianamede esaslı vakıayı ve diğer istikra ve karineleri iyice göstermek lâzımdır.

Cicéron'un pro murena müdafasamesi delillerin münakaşası hakkında gösterilebilecek en güzel bir örnektir.

Bilhassa karinelerin araştırılması mevzuundadırki, hâkimlerin tecrübeli, bilgili ve basiretli olmaları lâzımdır. Hâkim karineleri iyi tartmalı ve kendisine en çok hak kata yakın gibi gözükene hükmüne esas olarak almalıdır. Hile, muvazaa bahislerinde hâkimin zan ve tahmin melekelerini kullanması bir zaruret halini alır. Kasıt meselelerinde de vaziyet aynıdır.

5—Hâkim fiili karinelerin ehemmiyetini ve değerini takdir hususunda mutlak serbestiyi haizdir [1]. Bu mutlak salâhiyet istinaf hâkimlerine ilk derece hâkimlerini ciddi bir surette murakaba etmek vazifesini yüklemektedir.

6—Hâkim, bir karinenin unsurlarını isterse eski dâvalarda [2], isterse, hattâ muhakemenin men'i kararile neticelenmiş olsa bile ceza dâvası dosyalarında [3] arayabilir, polis zabıt varakalarına ve her nevi müşahede ve beyanlara da [4] istinat edebilir.

[1] C. 19 octobre 1897, S. 98, I, 168, 9 novembre 1898, S. 1900, I, 385. Lauret n 638. Demolombe n 243. Aubry et Ran, p. 358.

Larombière diyor ki: "Kanunun koymadığı karineler hâkimin basiret ve dikkatine terk edilmiştir. Hâkim karineleri takdirde mutlak bir serbestiye maliktir ve kanun takdirleri hakkında hâkimden hiç bir hesap sormaz. Hâkim bir nevi jüri âzasıdır. Ve bir delilin kifayeti ve tamamlığı hususunda takip etmeğe mecbur olduğu hiç bir kaide gösterilmemiştir.

Hâkim yalnız kuvvetli sarih, ve birbirini tutan karineleri kabul etmelidir. Fakat herkesin hâdiseleri görüş ve takdir ediş tarzı başka başka olduğu içindir ki; kanun vazının ancak kuvvetli, sarih ve birbirini tutan karinelere başkasının kabul edilmeyeceği hakkında hüküm koyması faydasızdır. Fiili meseleler çok defa ve hiç bir müeyyideye tâbi olmadan hukuki meselelere tefevvuk edecektir. Bu hususta yapılan fiili hataların hiç bir müeyyidesi yoktur ve temyiz mahkemesinin murakabesine tâbi değildir.

Fakat hâkimin salâhiyeti geniş olduğu nisbette hâkim de bunları itidalle kullanmak mecburiyetindedir. Meselenin takdirinde yalnız vicdanına tâbi olduğu içindir ki, adalet ve hakkaniyet hisleri hâkimi her dâvanın farklı hususiyetlerini ciddi ve dikkatli bir surette tetkik etmeğe mecbur kılar. Bu hususta hâkimin hareket tarzını gösterecek kaideleri koymak kanuna düşmez. Bu kaideler tamamen mantık ilminin mevzuunu teşkil eder. Yalnız, mantık ilmi, muhakeme sanatı ile birlikte karinelerin vasıflarını gösterir ve karinelerin hangi şartlar altında kuvvetli, sarili ve birbirini tutar sayılabileceklerini öğretir. Görülüyor ki kanunu bilmek kâfi değildir; kanunu tatbik edebilmek için hâkimin çok kuvvetli hissi sellime, mükenimel bir muhakemeye, yalnız mantık ile elde edilebilecek ve tecrübe ile tekemmül ettirilebilecek olan bir temyiz ve tefrik kudretine malik olması da lâzımdır., t. V, n. 6 ve 7.

[2] C. 8 décembre 1878, S. 79, I, 81, D. 79, I, 23.

[3] C. 22 février 1876, S. 76, I, 168. 28 juillet 1896, D. 97, I, 149.

6 février 1901, S. 02, I, 446, Cpr, Aix, 7 juin 1882, S. 82, 2, 218. Larombière, sur Part. 1316, n 10 Demolombe, t. XXX, n 244. Aubry et Ran, p. 359.

[4] Orléans, 18 juillet 1896, Gaz. Pal. 98, 2, 444.

Hâkimin mutlak takdir hakkının kullanılmasında ve bilhassa hâdisede tazminatın miktarını tayine esas olmak üzere zarar miktarının takdirinde basit karinelere istinat edebildiği hallerde hâkim, her hangi bir ihtilâf mevcut olmadığı halde ve adli vazife haricinde zabıt kâtibinin tanzim ettiği bir vakianın tesbiti zabıtlarından da istifade edebilir.

Bu bakımdan, istinaf kararıyla bozulan bir hükme müsteniden haczedilen menkul malların satıştan evvelki muayene ve tesbiti hakkında tanzim edilmiş olan zabıtvarakasını ancak dâvacının talebi ile yapılmış basit bir vakia tesbiti olarak nazara alan karar tenkit edilemez [1].

Derece hâkimleri kendilerine arzedilen vakıaların ispat kuvvetini takdirde mutlak bir kudrete sahip oldukları için bu sıfatla, aleyhlerine kullanılmak istenilen akitler tarafından yapılmış olmasa bile, dosyadaki bütün vesikalardan istifade ederek kanaatlarını tahassül ettirebilirler [2].

Hâkimin dosyadaki vesikalardan bahsetmesi, mücip sebepler göstermesi demektir [3].

---

[1] C. 12 novembre 1906.

[2] C. 15 Juillet 1909, Gaz. 24 Juillet.

[3] C. 10 avril 1876, S. 76, 1, 269; D. 76, 1, 390. 3 janvier 1888, S. 89, 1, 5; D. 88, 1, 57.

Karinelerin ispat kuvveti dereceleri temyiz mahkemesinin murakabesine tâbi bulunmadığından, hâkim tarafından birer birer tafsil ve tasrihinâ lüzum yoktur. C. 9 novembre 1898, D. 99, 1, 103. 2 août 1904, Pandectes, 05, 1, 192.





# ÜÇÜNCÜ KISIM

*Juris preceptae suis regulas vitae*



# ÜÇÜNCÜ KISIM

HUKUK. HUKUK KAİDELERİ. HUKUKİ VECİZELER

---

## *İptidai mülâhazalar*

Adli mantığın tetkik edilecek iki mühim bahsi daha vardır: 1) Muhakeme etmek sanatı (l'art de raisonner), 2) Hüküm vermek sanatı (l'art de juger).

Fakat, hâkimin faaliyet sahasını iyice tesbit etmeden, yani salâhiyetlerinin nereye kadar uzandığını görmeden önce bu iki bahsi tetkike imkân yoktur.

Kanun hâkimin hareket tarzını hemen daima tâyin eder; akıl ve muhakemesine bazan gem vurur, fakat çok kere, serbestçe hareket etmesine imkân vermeyecek şekilde, onu sim sıkı bağlar.

Bazen de, aksine olarak, hâkim tamamen serbest bırakılmıştır. Hiç bir şeyden korkmıyarak, kendi his ve ihtisalarına uyarak hareket edebilir.

Bunlar birbirinden çok farklı vaziyetlerdir.

Evvelâ muhakeme etmek, sonra da hüküm vermek sanatını izah etmeden önce hâkimin bu farklı rollerini iyice tanımamız, bilmemiz lâzımdır.

---

## BİRİNCİ BAP

### Hukuk Kaideleri ve Hukuki Vecizeler

#### BİRİNCİ FASIL

##### KAİDELERİN VE VECİZELERİN MENŞEİ. FAYDALARI. DEĞERLERİ

Hukuku, yani Temyiz Mahkemesinin murakabesi altında mahkemeler tarafından tatbik olunan kanunları ve hâkimin serbest muhakemesinin ve

Hakkaniyet hissini tatbik sahası olan Fiili, Kasdi ve Hüsûniyeti tetkik etmeden önce, hukukun esas mefhumlarını [1] ve ana kaidelerini [2] incelemenin çok faydalı olduğuna inanıyoruz.

Bu esas mefhum ve ana kaideleri bir araya toplamakla, hâkimlere ve hukukla meşgul herkese çok yarayacak ve katolik rahiplerinin hergün okumağa mecbur oldukları dua kitabı [3] gibi bir kitap meydana getirmiş olacağız.

Hukuk prensiplerini de bilmek kâfi değildir. Kanunlar üzerinde devamlı tetkikler yaparak onları sağımlaştırmak ve hazmetmek lâzımdır.

Her dâvanın halinde değişen ve yanılan intibalara değil, iyice yerleşmiş umumi fikirlere, değişmez ve emin kaidelere istinat edilmelidir.

Hâkimlerin ve hukukçuların hukuki anane ile tamamen meşbu olmaları icab eder. Hataların çoğunun özrü yoktur. Fakat bilgisizlikten ileri gelen hataları yapmak asla affedilemez [4].

Kanunlar tarafından emir, müsaade ve menedilen hususlar hakkında sahih fikirlere sahip olmak için sağlam bir hukuki terbiyeye ihtiyaç vardır [5].

[1] Eski Yunan etimolojisine göre önceden söylemek mânasına gelen (Profêgôméne) hukuki prensip ve kaideleri hulâsa eden bir nevi zaruri mukaddemedir.

[2] Bir defa prensipler kabul edilince, onları sayısız tatbik şekil ve halleri takip eder. Bir prensibin bütün neticelerini derpiş edebilmeği iddia etmek boş bir hayaldir. Justinianus sözlü akidelerin çeşitlerinin sayılamıyacak kadar çok olduğunu söyler (Instit. § 3, de divis, stipul.). Brisson Formüller adlı kitabın altıncı babında bunların altı yüz çeşidini toplamıştır. Lâzım ve esas olan, prensipleri bilmektir.

[3] Makeadımız Roma Hukukunun bugün sebepsiz olarak itibardan düşmüş olmasına karşı protestoda bulunmak değildir.

Nasıl her katolik rahibi her gün, yedi saate bölünmüş olan dua kitabından bir parça okumağa mecbursa ve okumadığı takdirde nasıl ağır bir günah işlemiş sayılırsa, genç hâkimlerin de bu bahiste sıralayacağımız kaideleri her gün okuması öylece lâzımdır diye düşünüyoruz. Biz bu kitabımızla ilk defa olarak bu kaideleri muasır hukukumuzun ışığıyla aydınlatmış ve yine ilk defa makul bir tasnife tâbi tutarak bir araya toplamış bulunuyoruz.

Beklediğimiz biricik mükâfat, araştırmalarındaki sabır ve sebatı takdir edilen bir koleksiyoncuya yapılacak iltifattan başka bir şey değildir.

[4] Bossuet derki: Hata, yanlış doğru sanmaktır, cehalet ise hiç bilmemektir, der (I. XIV.)

[5] İncil bilgi sahibi olmalarını hâkimlere tavsiye eder:

Erudimini qui iudicatis terram. PS. 2, vers. 10.

Hukuki vecizeler kısalıkları itibarile zihinde yerleşmeğe müsait umumî formüller ve hükümlerdir. Tecrübe ve ananenin mahsulleri olan bu vecizeler bir çok hususi fikirleri hulâsa ederler.

Hukuki vecizelere hukukî mesel [1] veya zabıtalar [2] da denir. Pusula kutup için ne ise bu vecizeler de hukuk için odur. Yalnız yol gösterdikleri doğrudur. Fakat istikametin iyice tâyin edilmesi az bir şey midir? Bu vecizelere tembel işi hukuki muhakeme veya münakaşanın temel taşları denilmesi boşuna değildir.

Bakınız d'Aguesseau hukuki vecizeler hakkında neler demiştir: «Mahkeme içtihatlarını ve hukukşinasların düşüncelerini hulâsa eden bu müşterek mefhumlarla dimağımızı ne kadar doldursak yeridir. Hukukla meş-

Erudimini... apprehendite disciplinam. Ps. 21, vers. 10, 12.

Fénelon der ki: «İyi hükmetmek kanunlara göre hükmetmektir. Bunun için de kanunları bilmek lâzımdır». Directions pour la conscience d'un Roi, p. 65.

Eğer hâkim cahil ve tembel ise yicdanı rahat eder mi? Hakiki bir adli ilim mevcuttur. Bu ilim her hâkimin, mevkiine ve vazifesine lâyık olmamağı göze almadıkça, bilmesi lâzım gelen umumî fikirleri, vasıfları, muameleleri ve bilgileri ihtiva eder.

[1] Fransızca "Ladage" kelimesi lâtince "ad agendum," den gelmektedir. Harekete geçmek için mânasına gelen bu tabir hareket tarzını gösteren kaidelere alem olmuştur. Bunlar zamanla darbimesel haline gelen hukuk kaideleridir. Bu vecizelerin mahkemelerde kullanılması hakkında Amelot'un makalesine bakınız: Revue eritique, L. 14, 1856, p. 39.

Hukuki talifi metod hakkında A. Bozzi'ye bakınız.

Edebî ve felsefi sahada, Erasme'nin eski müelliflerden arayıp bulduğu 4000 kaideyi ihtiva eden vecizeler külliyatına bakınız.

[2] Hukukun ananevi vecizeleri hakkında bakınız: Dig. L. 17 de div. reg. juris antiqui.

Loysel, Institutes coutumières, édit. Dupin, 1846. Livre I, tit. I, reg. 22; tit. II, reg. 3. 6, Barbosa. de axiomatibus juris usi frequentioribus. 1676, in — fol.

Briçon, de verborum quae ad jus pertinent significatione, 1721, in — fol. Doct. legum delectus.

Pothier Pandectes'lerinde Roma hukuku kaidelerini tasnife çalışmıştır. Dupin, Prolegomena juris.

Bakınız: Esmeln, Hist. du droit français, 3. e édit. 1898, p. 789.

Perreau Roma hukukunun bazı vecizelerini kaydetmektedir: du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé, Revue trimestrielle de droit civil, 1911, p. 236 et suiv. Berriat St—Prix. Cours de procéd. civile, 5 e édit. 1825, appendice: des maximes de droit. Merlin, Répert. de jurisprudence. Ve Règles de droit, § 2.

P. Wasber. Index des abréviations juridique (Almanca). Berne, 1908, Staempfliet Cie. Goulliart, Exposition des règles du droit ancien, an VII.

gul bir gencin sözlerine yalnız süs değil fakat cevher de katan böyle bir bilgiye sahip olması kadar şerefli bir şey yoktur. [1]

«Kaide» kısa bir tarif, yahut, daha iyisi, tatbik edilebildiği muhtelif ihtimalleri çok veciz bir surette gösteren hukuki bir zabıttır [2].

Cujas'a göre kaide, mutelif hallerde tatbik edilebilen bir prensibin kısa bir tarifte toplanan veciz bir ifadesidir.

Kaide kanunlara dayanır, çünkü kanunlardan çıkarılan prensiplerden teşekkül eder.

İstisnasız kaide olmaz. İstisna mevzuu bahis olunca da kaidenin tesir ve kudreti sifra iner. İstisna, bizzat kaideden çıkarılmalıdır [3].

[1] *Première instruction à son fils*, t. Ier, p. 279.

Bu hususta Leibnitz'in iç hukuk tezini tetkik etmelidir: *specimen difficultatis in jure seu dissertatio de casibus perplexis*.—*Specimen difficultatis in jure seu quaestiones philosophicae ameliores ex jure collectae*.—*Specimen certitudinis seu de conditionibus*. Üçüncü tez şart hakkında 70 hukuki teoremi (dávayı) ihtiva etmektedir. Bakınız: *Revue critique*, 1859 t. XIV, p. 451

*Nova methodus discendae docendae quae jurisprudentia adli ve hukukun güzel bir tamimini ihtiva eden yine Leibnitz'in kitabının tahliline de bakınız.*

[2] *Regula est quae rem, quae est, breviter enarrat: Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae conjectio est, quae simul cum in aliquo vitiosa est, per dit officium suum. Paulus, lib. 6 ad Plautium, de reg. juris.* Hukuk kaideden değil, fakat kaide hukuktan çıkarılmıştır.

*Pothier de kaide hakkında şöyle demektedir: Sen jus quod de aliqua re observatur.*

*Gothofred de şunu belirtmektedir: Nam regulae de facto non respondent sed de jure.*

Mevzuu ile münasebetli bütün halleri ihtiva eden oldukça umumî bir kaide teşkili çok güçtür. Zira, her gün, kaidenin derpiş ettiği şartlardan başka yeni şartlar, vaziyetler tahaddüs edebilirler ve bunlar da kaidenin hükmüne hâlel verebilirler.

Yanlış bir tatbika mahâl vermemek için kabul edilebilecek prensip şudur: Şartlarını, unsurlarını derin bir tetkikten geçirmeden hiç bir kaide zikretmemek, meğer ki kaidenin mevzuu ile meselenin mevzuu her hususta tamamen müşabih olsun.

[3] *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. Aubry et Rau, §238, note 39.* İstisnalar, terpiş edilmemiş olan hallerde, kaideleri tekit ve takviye ederler. *Aubry et Rau, § 452 bis, notes 7 et 21.*

*Perlumque* kelimesi teklif edilen kaidenin istisnaları olduğunu göstermektedir. *Perlumque* umumiyetle mânasına gelmektedir.

*Exceptio est strictissimae interpretationis.* İstisnalar gayet dar bir şekilde tefsir edilmelidir.

İstisnalar, aksülamel yoluyla, prensibi ihlâl etmemelidirler. Menecici kaideler geniş bir surette tefsir edilmemelidirler.

Kaidenin mevzuunun ne olduğu iyice araştırılmalı ve kaide ancak deriş ettiği hallere inhisar ettirilmelidir[1].

Hukuki vecizeler ekseriyetle Roma hukukundan gelmektedirler[2].

Lherminier demektedir ki: «Bu hukukun metod, mantık ve ilmi sistem bakımından eşi yoktur. Metinleri hukuki uslûbun bir şaheseridir. Papinius' un yazdığı gibi bir hukuk bir daha yazılmıyacaktır. Fikir âlemine bütün kaidelerle birlikte hendesi metodun tatbik edilmiş olduğunu insanın iddia edeceği geliyor».

Roma hukuku bize kanuni tariflerin hakiki örneklerini vermektedir. Adet hukukundan ve kilise hukukundan kalan bazı vecizeler de mevcut bulunmaktadır.

[1] Kaideyi çok umumi bir şekilde kabul etmekten çekinmek lâzımdır. Aksi takdirde hataya düşmek tehlikesi daima mevcuttur. Meselâ şu kaideyi ele alalım: *Id quod nostrum est, sine facto nostrô ad alium transferri non potest*. Bize ait olan şey, bizim fiilimiz olmadıkça, bize ait kalmakta devam eder. Bu kaideden bir alacaklının borçlusuna mallarını borçlusuna rağmen sattırılmıyacağı neticesi çıkarılırsa hata edilmiş olur. Çünkü bu kaide emvalini, ister akdettiği borcu dolayısıyla olsun, ister âmme menfaati bakımından istimlak münasebeti ile bulunsun, satmağa mecbur olmıyan kim-selere tatbik edilir.

[2] Gravina haklı olarak Roma hukuku hakkında şunları söylemiştir: *Ratio imperans et armata sapientia, sententiae que philosophorum in publica jussa conver-sae*.

D' Aguesseau (t. Ier, p. 157) Rome hukukunu şabane bir surette hulâsa etmiştir: «Roma hukuku insanlara hükmetmek için yaratılmış olduğuna hükmedilebilen bir kavmin eseridir. Onda her şey yüksek bir aklı, derin bir hisselimin ve bir kelime ile söylemek lâzım gelirse, dünyaya hâkim olan bu insanlara has bulunan kanun yapıcılık kabiliyetinin nişanesini taşır. Sanki romanın büyük mükadderatı henüz sona ermemiştir ve Roma, artık kudretle hâkim olmadığı zaman bile, dünyaya akliyle hâkim olmakta devam etmektedir. Denilebilir ki adaletin esrarını tamamen çözmek ancak Romalı hukukçulara nasip olmuştur. Hasusi hayatlarının karanlıklarında basit fertler olan ve hukukçudan ziyade kanun vazın bulunan Romalılar zekâlarının üstünlüğü sayesinde kendilerinden sonra geleceklerin kanunlarını hazırlamak şerefini kazandılar. O kadar şümüllü ve devamlı kanunlar yaptılar ki, bu gün bile, her millet başı sıkıştıkça onlara koşuyor ve onlarda her zaman doğru olan bir cevap, bir hal çaresi bulabiliyor. Romalıların 12 lâvha kanunlarını ve pretor beyannamelerini serh ve tefsir etmiş olmaları o kadar mühim bir şey değildir. Onlar asıl bizim kanunlarımızın en emin şarîhleridirler. hemen hemen diyebiliriz ki, örflerimizde onların mantığı, adetlerimizde onların aklı hâkimdir ve hattâ onlar için meçhul olan bir yolda yürüsek bile, yine onların koydukları kaideler rehberlik etmektedirler.. Van Wetter, *Pantectes contenant l'histoire. du droit Romain*, 6 Vol. Pinclès, Questions de droit Romain.

*Servatur upique Jus Romanum, non ratione imperii, sed rationis imperio.*

Çujas papinianus' tan şöyle bahseder: *Nemo unquam papiniano aequori potest, nisi per dericulum.*



Medeni kanunu yazanlar vecizeleri muhafaza etmek prensibini kabul ettiler. Yalnız bunlara kanun kuvveti verip vermemek hususunda ayrıldılar [1].

Bu gün muhakkak olan bir şey varsa oda şudur: Bir kanun metnine bağlı olmıyan hukuki vecize ancak düşünüş tarzını takviye eder[2]. Başka hiç bir kuvveti haiz değildir[3].

İşte bu sebeptir ki eserimizde, ancak şarih veya zımni surette bir kanun metninde yer alan bir prensibin ifadesi olan hukuki vecizeleri gös. termiş bulunmaktayız [4].

[1] Malleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, IV, P. 414 et suiv.

Mukayese ediniz: Fay, de la Cour de cassation, n 104. Garsonnet, *Traité de procédure*, t. VI, N 2384 Grépon, no 1910 et suiv.

[2] C. 27 avril 1824. D. Répert, v Saisi e—rret, 188. C. Belgique, 8 juillet 1841. D. Répert., id., 1425—3.

[3] Şayet taraflardan biri iddiasına mesnet olarak bir kanun tarafından teyit edilmıyen bir tabii hukuk kaidesini ileri sürerse hâkim bu talebi reddeder. fakat talebin bir esasla istinat etmediği hakkında bir karar vermek mecburiyetindedir. Demolombe t. ler, n 118.

[4] Bu gün hükümden düşmüş bulunan vecizeler pek çoktur. İşte bir kaç misal: "kimse kendi dâva hakkını düşüremez", Eg. r bir karar hiç bir ihtirazi yapılmaksızın tebellûğ edilmişse kabul edilmiş addolunur. ancak diğer taraf istinaf edebilir.

Qui auctor est, non se obligat. Aubry et Rau, t. V, § 520, note 2. Planiol, t. III, n 1092. C. 16 juillet 1902, S. 05. 1. 22.

Negativa non probant. 48. sahifedeki 1. nota bakınız.

Mortis appellatio intelligitur, de naturali, non de civili. L. 121. D. De verb. Signific. Filhakika kanunlarımız hukuki ölümü kabul etmektedirler.

In principio jure naturali, non datur matrimonium, nisi copula carni. Muasır hukukumuzda bilâkis evlenme işi yalnız kürsü işi değildir.

Dies interpellat pro homine. Bu gün borçlunun temerrüt haline konulması lâzımdır. MK. 1139, Aubry et Rau, § 302, n 85.

Testis unus, testis nullus. Bonnier, 5 édit., n 341 et suiv. Larombière, madde 1858, n 9. Bakınız: *Revue pratique*, t. XLI, p. 101.

Paterna paternis. Halbuki Medeni kanundaki miras hükümleri bambaşkadır.

Mobilium vili possessio. Aubry et Rau, § 185, note 2, et § 182, note 3.

Nemo auditur perire volens. C. 4 décembre 1829, 23 septembre 1837, S. 39, 1, 803. Merlin, v Chose jugée, § 20, n 2.

Neganda est accusatio licentia circumnandi priusquam se crimine excuerint. C. 9 novembre 1905, S. 09. 1. 229. Bakınız: Demogue, *Revue critique*, 1909, p. 211 et suiv.

## İKİNCİ FASIL

### MUTEBER VE MER'İ OLAN HUKUKİ VECİZELERİN HARF SIRASINA GÖRE LİSTESİ

Eski hukukun muasır hukukla alakası bulunan vecize ve tariflerinin tam bir listesi aşağıda gösterilmiştir:

#### Adabı umumiyeye (bakınız: Umumi edep)

##### Adalet [1].

*Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem recipere debet* [2].  
L. 30: D. de jud., 5, 1. Usulüne uygun olarak kendisine dâva arzolan hâkim, yeni bir kanun dâvaya bakmasını menetse dahi, salâhiyetli kalmakta devam eder.

*Eadem debet esse ratio iudiciorum, in quibus videmur contrahere ac conventionum* Pothier, *Obligat.* Part. 4, ch. 3. sect. 3, art. 5, No 55. Mahkeme kararlarının sebep veya maksadı mukavelelerdekini aynı olmalıdır, çünkü mahkeme kararlarında anlaşma yapıyormuşuz gibiyizdir.

---

Olim possessor, odie possessor. C. 6 février et 3 avril 1833. 13 mars 1867, S. 68. 1. 33. 31 mars 1884, D. 85. 1. 210.

Nemo vivet in praeteritum. C. 27 avril 1824, S. 25. 1. 102.

In antiquis enuntiativa probant. MK. 1320.

Pacisci post nuptias, etiamsi nihil ante convenerit, licet. L. 1. princip. D. de pact. Dot 23. 4. MK. 1394.

Qui cadit syllaba, cadit a toto. Filhakika artık bir kelimesine bile dokunulamayan formüller mevcut değildir. Yukarda 98, sahifeye ve ordaki notlara bakınız.

Si jussu iudicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit. L. 13, § 9. D. de acq. Vel amit poss, 41. 2. Aubry et Rau, § 181, note 8.

"Şikâyet edilmeyen butlanın tesiri yoktur.", HMUK. 1029. Halbuki mecburi butlan halleri de vardır. Aubry et Rau, § 37, note 10.

"Mahkeme kâtibinin yolsuz muamelesine kimse kefil olmaz.". Bilâkis yaptığı muamele batıl olan kâtip mesuldür. Yukarda 58 ve 59. sahifelere bakınız.

Cihazı olan kadına karşı kanuni bir faraziye kabul eden quintus mucus kanunu (D. d. don. inter vir et uxor, 24. 1) ilga edilmiştir.

[1] Adaletle müteallik sair meşhur sözler yukarda S. 13 tedir

[2] C. 4 messidor yıl XII, S. 7.2.845. 10 Mayıs 1822, S. 22.1.286. Merlin, salâhiyet bahsi.

Dreyfus davasında Temyiz mahkemesi ceza dairesinin salâhiyetini kaldıran kanun bu kaidenin çok bızın verici bir ihlâli olmuştu.

*Factum iudicis; factum partis* [1].

*De minimis non curat Proetor.*

*Nemo esse iudex in sua causa potest.*

*Ubi iudicat qui accusat, vis non lex valet.*

*Prope est non oequae ut damnet qui damnat nimis.*

*Index damnatur, quum nocens absolvitur.*

*Judex quum causam audire coeperit, litigatorum assertiones vel respansi ones patienter accipiat, ut omnia plena discussione perquirat* [2]. L. 1. C Théodos, de iudiciis.

[1] Zamanımızda, hüsünîyetle yanılmış olan hâkim, hiç bir dâvaya muhatap olmamaktadır.

Bununla beraber Roma hukukunda vaziyet başka türlü idi. Si iudex bitem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est, et utique pecasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re oequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit. L. 6, tit. 13. liv. 50 Şayet bir hâkim bir dâvada fena karar vermişse, bu fena kararından dolayı esas itibarile mesul değildir; lâkin, her ne kadar bir akit mucibince mesul değilse de, şüphe yok ki kendisini, dikkatsizlik sebebi dahi olsa, nisafata aykırı olarak karar vermiş addedebiliriz: kendisine borç tahmil eden sebebe müsteniden açılacak dâvaya bedel, salâhiyetli hâkimin kendisine vermeği doğru bulacağı cezaya mahkûm olacaktır.

Hâkimlerin mesuliyeti hakkında Muhakeme Usulleri kanununun 505 inci ve müteakip maddelerine bakınız.

[2] *Patientia pars iustitiae est* (Pline le jeune, lib. 6, Epist. 2).

*In iudiciando criminosa est celeritas.*

*Nihil est quod caute simul agas ac celeriter.*

*Prope est ut libens damnet qui damnat cito.*

*Properare in iudicando est crimen quiescere, ad poenitendum properat qui cito iudicat.* Pothier Syrus.

*Iusta atque iniusto audire magistratum debet, aynı müellif.*

*Id enim non est constantis et recti iudicis, cujos animi motum vultus detegit.* L. 19. tit. de officio praesidii.

Çiçeron, Murena için şöyle demiştir: Sapiens praetor, qualis is fuit, offensionem vitat aequalitate decernendi; benevolentiam adpurgit, lenitate audiendi. Oratio Pro Murena N. XX.

Çiçeron, Pro coecina nutkunda, fas. 27, Aquilius'ten bahsederken şöyle der: *Juris civilis rationem nunquam ab aequitate sejunxit.* Bak. Pomponius, D. liv. 28, de servit proed. rustic.

*Sed et et cognoscendo nequè excandescere adversus eos quos malos putat, nequè precibus calamitosorum illacrimari oportet; id enim non est constantis et recti judicis, cujus animi motum vultus detegit. Et summam ita jus reddet, ut auctoritatem dignitatis ingenio suo augeat.* L. 170, tit. 17, liv. 50. Adalet icra eden hâkim kötû diye telâkki ettiği kimselere karşı kendisini hiddete kaptırmamalı, ve kendisine talihsizliklerini arzedenlerin göz yaşlarını görerek yumuşamamalıdır; bu hissiyat ruhunun hareketlerini asla belli etmemesi icap eden bir hâkimin vekarına uygun düşmez; bir kelime ile, hâkim kabiliyetlerinin parlaklığı ile yükseltmeğe mecbur olduğu seciyesine karşı gösterilmekte olan saygıyı kendisine celp edecek surette adalet icra etmelidir.

*Judex actionis, judex est exceptionis.* Dâva hâkimi, aynı zamanda müdafaa hâkimidir (hiç bir kanun hükmü kendisini bu müdafaayı tetkik etmekten mennetmiyorsa). Yukarda «defiz kelimesine bakınız.

*Non debet actori licere, quod reo non permittitur.*

*Ubi nulla mora intelligitur, ibi, nulla poëtitio.*

*Sententia debet esse conformis libello [1].* L. ut fundus, 18, tit. communi dividuendo.

*Si judicas cognosce, si regnas jube.* Hüküm vermekte isen dâvaya bak; yok idare etmekte isen, o zaman emret.

*Universi judices intelliguntur judicare, cum omnes adsunt.* L.37, D. tit. 1,biv,44

Mahkemeye mensup tekmil hâkimier hazır buldukları için, karar cümlesince verilmiş sayılır.

*Tantum devolutum quantum appellatum.* İstinaf intikal ettirici bir tesiri haizdir. *Adhuc sub zudice lis est.* Horace, art. Poëtique, V. 78. *Lata sententia desinit esse judex [2].*

**Âdet (Bakınız: Örf)**

**Aktlerin, hibelerin ve vasiyetnamelerin tefsiri.**

*Aktler. — Ambiguo loquitur, si utrum dixerit non appareat, nam*

[1] Uit., C. fideicommissar... libertat. Kanunu talepten başka bir hususa karar veren,yani talep neticelerine dayanmayan hâkimi deli talâkki ediyor: nullum quidem judicem ita esse stultum putamus, Hukuk Muha. Usulü Kan. madde 480 No. 3 ile yukarda 60. sayfaya bakıla.

[2] Seu bene, seu male judicaverit, officio functus est. D. 55 incl kanun. tit. de rae Jud. Bir kerre karar verildikten sonra, tefsiri hali müstesna olmak üzere, artık tashih olunamaz. Yukarda, 63 üçüncü sahifeye bakınız.

*ambigua est oratio quae pluribus modis accipi potest.* Cujas, Liv. 5.

*Obscurum pactum nocet et in cujus fuit potestate legem apertius conscribere* L. 9. D. de reg. Juris. L. 10, de reb. dub. L. 39, de pact. Alacaklı mukavelelerin yazılmasına nezaret etmemiş olmanın ve borcu tek-til şümlü ile delilsiz bırakmanın neticelerine katlanmalıdır.

*Semper in obscuris, quod minimum est sequimur* [1] Ulpian, Lib. 15, ad Sabinum.

*Semper in stipulationibus et in coeteris contractibus id sequimur quod actum est, aut si non apparet quod actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in qua actum est frequentatur.*

*Quid ergo si neque regionis nos appareat, quia varius fuit, ad id quod minimum est redigenda summa est.* Ulpian, L. 15 ad Sabinum [2].

Mukavelelerde daima akitlerin niyetlerine göre hareket etmeğe çalışırız. Şayet bu niyet açık olarak ifade olunmamışsa, muamelenin yapılmış olduğu memlekette en ziyade tatbik edilen ne ise ona uymaktayız; lâkin, şayet o memleketin âdeti kendisi hakkında katı bir hüküm verilemeyecek kadar değişik ise mukavelede yazılı para miktarını asgari olarak tes-bit etmelidir.

*Veteribus placet, pactionem obscuram, vel ambiguam, venditori et qui locavit nocere; in quorum fuit potestate legem apertius conscribere* L. 39 D. tit. 4, lib. 2.

Atalarımız mukavelelerdeki kapalı ve müphem ifadelerin satıcı veya mucir aleyhine tefsir edilmesi lâzımgelseğine, zira daha açık surette maksatlarını ifade etmek ellerinde bulunduğu karar vermişlerdir [3].

[1] Gaius, lib. 3, de legatis, ad edictum urbicum:

*Semper in dubiis benigniora profereuda sunt* Tereddüt halinde, daima en mü-lâyim yolu takibetmelidir.

*In obscuris, inspicere solera quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet.* Paul, lib. 9, ad edictum.

[2] Mukavelelerin ve vasiyetnamelerin tefsiri kaideleri romalı hukukşinasların gâh ratio disputandi (ita vulneratus kanunu 2.9 ad legem aquiliam D. 2 §, 51) ve gâh auctoritas juris scientiae (si sevrum kanunu, 91. D. de verlorum obligationibus, 45.1.) dedikleri şeylerdir.

Bu tefsir esaslarının namuskâr ve faideliden başka gayesi yoktur.

*Placuit in omnibus rebus, praecipuum esse justitiae aequitatisque, quam Stricti Juris rationem.* Placuit kanunu 8. de judiciis kanunnamesi 3.1. Bundan başka Fili-us kanununa bakınız. D. 17, de injusto ... testamento, 28. 3.

Bu iki kanunun kabul ettiği kaide, kullanılan ibareler mâni olmadıkça strictum jus ve legum subtilitas üzerine dayanan tefsirin terk olunarak namuskâr ve faideli olandan çıkarılan tefsire bağlanmak lâzımgelseğidir.

[3] *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur*

*Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quoreâ de qua, agitur, in tuto sit.* L. 3 § 1, D. tit. 10, lib. 50. Müphem tâbirleri akde hüküm ifade ettirecek şekilde anlamalıdır [1].

*Iniquum est perimi pacto, id de quo cogitatum non est.* Ulpian, D. L. 3 *de Transact.* Bir mukaveleye düşünülmemiş olan bir neticeyi hasıl ettirmek adalete uygun değildir. Medeni kanun, madde 1156.

*Bona occasio est coetra quoetendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri.* Ulpian, Dig, L. 13, *de leg.*

Aynı faideli gayeye mâtuf olan mukavele şartlarını tefsir ile veya içtihat ile tamamlamak iyi olur. Medeni kanun madde 1156 ve sonrakiler. 1135 inci madde ile karşılaştırınız.

*Quod in gratiam alicujus introductum est, non debet durtori interpretatione vert in ejus perniciem.* L. 25. D. *de legibus* Bir kimseye menfaat temini maksadiyle mukaveleye konulmuş olan hüküm, sert bir tefsir yüzünden aleyhine dönmemelidir.

*In toto jure generi per speciem derogatier, et illud potissimum habetur quon ad speciem directum est.* cinsiu nev'e muhalefet ettiği bir prensip olup, daima âkitler arasında tahsisen kararlaştırılmış olan ne ise ona itibar lâzımdır.

**Mukaveleler.**— Mukavelelerin tefsirine dair olan kaideleri pothier'nin pandectes de Justinien adlı eserinin de diversis regulis juris antipui başlıklı Digeste bölümünden alıyoruz [2]:

I. — 1° Bir akdin ihtiva ettiği teknil noktalar, tasrih edilmemiş olmasına rağmen, temin edilmiş sayılır [3].

2° İbarelerde ipham varsa, söylenmesi lâzımgelceği farz olunan şey söylenmiş sayılır (yani tarafların pek muhtemel olarak yapmak istedikleri şeye en uygun gelen tefsiri kabul etmelidir) [4].

*quae rei gerendae aptior est.* Julien, D. L. 67. *de reg. juris.* Bir tek tâbirin iki mânaya geldiği hallerde onu işin görülmesine en uygun gelen mânada almalıdır. Medeni kanun, madde 1158.

[1] In re obscurâ melius est favere repetitioni quam adventitio lucro.  
Tereddüt halinde, açtığı dâvadan muayyen bir menfaat istihsal edecek olan kimseden ziyade kaybetmek tehlikesinde bulunan kimse lehine karar vermelidir.

[2] Pandectes, Bérard—Neuville tercümesi, C. XXV, S. 23—24, § VIII.

[3] L. 3, tit. *de reb. cred.*

[4] L. 21, tit. *de reb. dub.*

3<sup>o</sup> Mukavelelerde tarafların ifadelerini değil niyetlerini göz önünde tutmalıdır: bundan dolayıdır ki şayet bir belde meclisi kiranın kiracının mirasçısına intikali şartıyla bir araziyi kiraya vermiş ise, kiracının mirasçısına ait olan bu hakkı (musalehten bahsedilmemiş olmasına rağmen) musalehine nakil edebileceğine karar verilmiştir [1]

4<sup>o</sup> Satışlarda aynı zamanda tarafların söylemiş olduklarından ziyade, ne yapmak istemiş olacaklarına bakmak lâzımdır [2].

5<sup>o</sup> Bir şartın ibareleri müphemiyet arzетmekte ise, en muvafık yol bahis mevzuu olan şeyi idame ettirmektir [3].

6<sup>o</sup> Tereddüt halinde, daima tarafların hüsnüniyetle akde girişmek suretiyle düşünmüş olacaklarını farzetmelidir, meğerki yazmış oldukları şey açıktan açığa kanuna aykırı olsun [4].

7<sup>o</sup> Vesikalar muhtelif mânalara gelen tâbirler ihtiva etmekte iseler, onlardan tarafların yapmak istedikleri şeye en uygun gelen mânayı çıkarmak icap eder [5].

Aynı zamanda hakkaniyetin yumuşaklığına en uygun düşen mânayı arzeden tefsiri kabul etmelidir [6].

II. — 1.<sup>o</sup> Kapalı tarzda ifadede bulunmuşsa ibarelerin hakikate en uygun gelen mânalarını almalı, veya en ziyade mutad olarak vukua gelen ne ise onu ifade ettiğini kabul etmelidir [7].

2.<sup>o</sup> Taahhütlerde ve sair akitlerde daima yapılmış olanı bakarız. Şayet sebeplerine müşkülâtla nufuz ediyorsak, mahallî âdete müracaat ediyoruz; âdet yoksa veya değişik ise, taahhüt edilmiş olan parayı asgari haddine indiriyoruz [8].

III. — 1.<sup>o</sup> Taahhüt edilmiş olan şeyi anlamak lâzımgeldikte, tereddüt taahhüdün lehine yapılmış olduğu kimsenin aleyhine tefsir olunur [9].

[1] L. 219, tit. de verb. signif.

[2] L. 6, § L, tit. de contrah. empt.

[3] L. 80, tit. de verb. signif.

[4] L. 21, tit. de reb. dub.

[5] L. 67, Julien, lib. 87, digest.

[6] L. 168, Paul, lib. 1, ad Plaut.

[7] L. 114, Paul, lib. 9, ad ed.

[8] L. 34, Ulpian, lib. 45 ad Sabin.

[9] L. 26, tit. de reb. dut.

2.o Satış akitlerinde vuzuhsuzluk satıcı aleyhine tefsir olunur ve tarafların niyeti dâva için en uygun olan surette izah olunur[1].

3.o Borç mevcut olup olmadığı araştırılırken, en ufak tereddüt halinde menfi şekilde karar vermeliyiz; ve borçlunun heraat eidp etmediğini anlamak icap etmekte ise müspet neticeye meyil etmeliyiz [2].

IV.— Akdin içerisinde anlaşılmanın mânası üzerindeki her türlü tereddüdü kaldırmak için kullanılan, selâhat, umumen mer'i olan kaideleri ihlâl etmez [3].

V. — Bir mukavelenin icrası iş sahibinin veya salâhiyetli vekilinin arzusuna terk edilmişse, bir hüsnü niyet akdinde, icra hususunun namuslu bir adamın eline bırakıldığı farz olunur [4].

Taahhütlerde umumiyetle borcun doğduğu ibarelere bakmak lâzımdır, ve tarafların yapmış göründükleri şeye bakarak anlaşmalarda bir ecil veya şart mevcut olduğu neticesini çıkarmamalı; ve hiç bir zaman sarahaten adı yazılı olmıyan bir şahsın müdahalesine tahammül etmemelidir[5]

*Vasiyetnameler. — In testamentis plenius voluntates testantium interepretantur. Paul, lib. 3, ad Sabinum.* Vasiyetnamelerde , vasiyetçinin iradesi engeliş surette tefsir olunur[6].

[1] L. 172, Paul, lib. 5, ad Plaut.

Eskiler mukavelelerin kapalı veya müphem oluşunun satıcıya ve kiralanan şeyin sahibine zarar verdiğine, ztra bunların açık olarak maksatlarını ifade edebileceklerine veya ifde etmeleri lâzımgeldiğine karar vermişlerdir, D.L. 139 tit. de pactis.

Açıka beyan edilmemiş olan borç, yok sayılır, ve hiçbir hüküm ifade etmez, çünkü lehine taahhüt olunan kimse onu daha şümulü surette ifade etmekte serbest bulunuyordu; ve aksi hallerde de, borçlunun daha şümulü izahta bulunması tecviz edilmezdi. (Tabirler itibasa mahal vermemekte ise, borçluya bunların izahını istemesi içia izin verilmez).

[2] L. 47, tit. de obligat. et act.

[3] L. 81, papiniet, lib. respons.

Faraza, şayet lehine taahhüt yapılan kimse, yaptığı akdin bir hükmünü aydınlatmak için, kendisinin umumî hukuk kaidelerine göre alacaklı bulunduğu yabancı bir şeyden akitte bahsetmişse, bu yüzden, yine kendisine umumî hukuk icabınca ödenmesi lâzımgelip de bahsetmemiş olduğu sair şeylerden vazgeçmiş olmaz.

[4] L. 22, § 1, Ulpian, lib. 28, ad Sab.

[5] L. 126, § 2, tit. de verb. obligat.

[6] In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat quod volumus.

Itaque qui aliud dixit quam vult; neque id dicit quod vox significat, quia non vult; neque id quod vult, quia id non loquitur, D. L. 3, tit. 5, liv. 34.



*Tam stricte voluntates defunctorum interpretandan sunt.* D. L. 12, § 2, *de legibus*. Müteveffanın iradesi dar bir surette tefsir olunmamalıdır.

*Ne propter nimiam subtilitatem verborum, voluntates contrahentium aut morientium impediuntur.* L. 1, C. *ut act ab herd* Kelimelerdeki inceliğin âkidin, veya vasiyetçinin arzusunun hüküm basıl etmesine engel olmasından kaçınılmalıdır.

*Sempervestigia voluntatis sequimur testatorum.* L. 5, C. *de hered. instit.* Daima vasiyetçinin arzusunun emarelerini takip etmelidir.

*Ex ipsomet testamento, non aliunde.* Bir vasiyette yazılı hükümlerin delilini hâkim münhasıran vasiyetnamede aramalıdır.

### **Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi.**

*Confusio potius eximit personam ab obligatione, quam extinguit obligationem.* L. 71, D. *de fides* (46. 1). MK 1301/3, 1209.

**Âmme nizamı** (Kanun kelimesine bakınız).

*Privatorum conventio juri publico non derogat.* L. 45 §1, *de his qui not, infam.* Med. Kan. Mad. 6.

### **Artırma**

Artırma üstüne artırma yapılamaz.

### **Asıl**

*Perempta pirincipali obligatione accessoria quoque evanescit*[1]. D. L. 43, *de solut.* Asıl borç sakıt olunca, fer'i borç artık mevcut kalmaz.

Bir hüküm iki mânaya geldiği takdirde, ona ilk bakışta haiz olduğu mânayı değil, vasiyetçinin ona vermek istemiş olduğu mânayı atfetmelidir. Bundan ötürüdür ki, şayet vasiyetçi düşündüğünden farklı olarak maksadını ifade etmekte ise, kullandığı tâbirlerin hakiki mânaları ile, ele alınmaları lâzım geleceği neticesine varmalıyız.

*Conjunctionem enim non nunquam pro disjunctione accipi, Labeo ait; ut in illa stipulatione, mihi haeredique meo; te haeredemque tuum.* L. 21, tit. 18, liv. 50. Labeon diyorki, bağlayıcı bir eki ayırıcı bir ek gibi telekki etmek mümkündür, meselâ benim ve mirasçım için; sizin ve mirasçınız için şartlarında olduğu gibi (burada bağlayıcı ve ayırıcı veya yerine konmuştur).

[1] Asıl borç neye derler? fer'i borç neye derler?

Birincisi ikincinin varlığının dayanmakta olduğu temeli teşkil ettiği takdirde iki borçtan biri asıl, ve diğeri fer'i olarak talâkki edilmelidir. Bu ayırma, meselâ kaza derecelerinin tesbiti için önemlidir. Aşağıki hallerde iki borç arasında böyle bir münasebet mevcuttur:

*Quae accessionum locum obtinent,extinguuntur, cum principales res peremptae fuerint.* D. L. 2, tit. 8, liv. 33. Teferruat yerini tutan şeyler asıllarile birlikte yok olur.

*Accessio cedit principali.* Ulpian [1]. D. L. 34. 2. 19. 13. MK 565.

*Non debet, cui plus licet, quod nimis est, non licere.* Ulpian, 21, D. de reg. juris.

*Accessorium sequitur, maturam rei principali.* Pothier, Instit. Contum. 2, I, reg. 14.

### **Babalık**

*Pater is est, quem nuptiae demonstrant* [2] Paul D. tit. 2, L. 4, 5. MK 312.

### **Bedahat (Bakınız Mantık)**

### **Bina**

*Superficies solo cedit.* Binalar arazinin mütemim cüzü olur.

1 — Biri diğèrinin kanunî neticesi ise; zarar ve ziyan, onun ödenmesini talep ettiren asıl borcun fer'î bir borcunu teşkil eder;

2 — Borçlardan biri diğèri nazara alınarak teşekkül etmişse ve ona vasıtanın gayeye bağlanması gibi merbut ise. — Cezai şart, kefalet, rehin, ipotek için durum böyledir. İkinci neviden fer'î borçların akibeti, umumiyetle bağı bulunduğları asıl borcun akibetine tâbidir. Medeni kanun, madde 1227, 1281, 1287, 1294, 1801, 2012 § 1. Birinci neviden fer'î borçlar için vaziyet aynı değildir. Başkasına ait malın satışı batıl olmakla beraber, zarar ve ziyan fer'î borcu müteber kalır, zira sebebi asıl borcun butlanındadır.

[1] İş kazaları hakkındaki mevzuat ziraat işletmelerine, işletme sahiplerine "ta'cir" sıfatı verilebilse dahi, kabili tatbik değildir. Trib. Civ. Nogent—le—Retro, 19 Senteşrin 1909 D. 1910, 5, 23. Trib. Civ. Ambreret. 30 ilkkânun 1909; D. I. 911. 2. 350. C. 6 Nisan 1909, Rec. Gaz. Des Tribunaux 1909, 2 sem. I. 153. Ancak, bir ziraat işi iş kazalarına tâbi bir ticaretin fer'î ise ne olacak? bu halde 1898 tarihli kanun ziraat çalışmada vukua gelen kazaya tatbik olunur. Faraza bir çayırda hayvan beslenmesine tahsis edilen otu yükletirken yaralanan bir işçi 1898 tarihli kanuna tâbi bir teşebbüs hizmetinde bulunduğu için mezkûr kanundan istifade edebilmiştir. C. 4 sonkânun 1905, D. 1910, I. 452. 8 senteşrin 1910. 24 sonkânun 1912. Req. 17 Mart 1913.

Temyiz mahkemesince müteaddit defalar teyit olunmuş prensibe nazaran, 1898 tarihli kanuna tâbiyeti talep ettiren işçinin gördüğü işin mahiyeti olmayıp, bu işi kendisi için görmekte olduğu müessesenin mahiyetidir. C. 9 ilkkânun 1905, D. 1940. I. 475. 29 ilkkânun 1908, D. 1909. I. 510. 5 ilkkânun 1910, D. 1911. 5. 232. Ticari meselelerde, ferî nazariyesi salâhiyet bakımından başta gelen bir mevki tutar. Bir ta'cir işçileri menfaatine, kendini her türlü mesuliyetten kurtarmak için, sigorta yapıyor. Sigorta şirketi ta'ciri ticaret mahkemesinde dâva edebilir, zira sigorta sayesinde bu sigortalı ticaretini ve kârını düzeltmektedir. Bu sigorta o ticaretin fer'idir.

[2] Aubry et Ran, § 545, not 8.

### **Birleşme (Bakınız: Mukavele)**

*Triplici modo conjunctio intelligitur: aut enim re per se conjunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum. Palus, D. 50 16, 142.*

Birleşme ya yalnız fiillerle, yahut fiiller ve söz veya yazılarla yahut da yalnız söz ve yazılarla olmak üzere üç şekilde yapılabilir.

### **Borcun nakli**

*Delegare est vice sua alium reum dare creditori. MK 1271, n. 2.*

**Borç** (vecibe kelimesine bakınız)

### **İndâ (Borç olmıyan şey) (indû)**

*Indebitum est non tantum quod omino debetur, sed et quod alii debetur si alii solvatur; aut si quod alius debeat, alius, quasi ipse debeat solvet. Paul D. L. 9 de condit. Indeb.*

Borç olmıyan şey, sadece hiç bir suretle borçlu bulunulmıyan şey olmayıp, aynı zamanda birine borçlu bulunulan şeyin bir başkasına ödenmesidir; veya, bir kimsenin borçlu imiş gibi bir başkasının borçlu olduğunu ödemesidir. Madde 1235, 1376, 1377.

*Melius est non solvere, quam solutum repetere.*

*Bona fides non patitur ut bis in idem exigatur* (Defi mefhumuna bakınız).

*Qui quis sciens indebitum dedit, hoc Marte ut postea repetret, repetere non possit. L. 50, D. de condict. Ind. 12, 6 [1].*

### **Bölünebilme [2] (Bakınız: Taksim edilemezlik)**

*Quidquid ligatur solubile est.* Bağlı olan her şey çözülebilir. Novel. le, 22, chap 3.

[1] Larombière, 1376 ıncı madde şerhi, No 26.

[2] Bölünebilme bir şeyin birbirinden ayrı muhtelif parçalara taksim edilebilmesidir. Para ve hububat bölünebilen eşyadandır. Kemmi olan bütün borçlar da bölünebilirler.

MK 1220: "Bölünebilen borç alacaklı ve borçlu arasında taksim olunamazmış gibi ifa olunmalıdır. Taksim edilebilme ancak mirasçılar hakkında nazara alınabilir. Zira mirasçılar alacaklı ve borçlunun mümessili sıfatiyle borçlu veya alacaklı oldukları kısımlar hakkında alacaklı veya borçludur." Bakınız: MK 124, 832, 870 ve sonrakiler, 883, 1989.

*Res eodem modo dissolvi possunt, quo fuerunt colligatae.* Eşyalar nasıl birleştirilirlerse öylece ayrılırlar.

*Quamvis enim quis pro parte vivere non possit, tamen alimenta dividua sunt; id rest, quibus atimur pro parte, sive a pluribus prae-*

MK 1221: " Aşağıdaki hallerde yukarıki maddedeki prensibin borçlunun mirasçuları hakkında istisnaları mevcuttur:

- 1) Eğer borç ipotekli ise,
- 2) Eğer borç muayyen bir mevzu taallük ediyorsa,
- 3) Eğer muhayyer borçlardan birinin mevzuu taksim edilmez bir şey ise,
- 4) Eğer mirasçılardan biri bu sıfatıyla borcun tamamını ifasından mesul ise,
- 5) Akdın mahiyetinden, borcun mevzuundan, taahhüdün gayesinden ve tarafların niyetinden borcun kısmen ifası mümkün olmadığı anlaşılırsa. C. 15 mars 1886.

İlk üç halde borç mevzuu olan şeye veya ipotek edilmiş gayrimenkule sahip olan mirasçı hakkında o şeyin ve o gayrimenkulün bütünü için takibat yapılabilir. Diğer taraftan bu mirasçının diğer mirasçılara karşı rücu hakkı vardır. Dördüncü halde yalnız borçtan mesul olan mirasçı, beşinci halde her mirasçı hakkında borcun tamamı için takibat yapılabilir. Diğerlerine rücu hakkı mahfuzdur. MK 872, 1020, 1135, 1192, 1221, 1245, 1302, 1939, 12103, 2114.

Mahkeme haricinde bir uyuşma veya bir hâkim kararı mevzu bahis olunca taksim edilebilip edilememek meselesi de ortaya çıkar. Eğer mevzu taksim edilebilir bir şey ise alacak veya borcun da tahsim edilebilir olduğuna karar verilmiştir. C. 21 juillet 1852, S. 52. 1. 491.

Gayrimenkullerde topyekûn bir ibalenin taksim edilemeyeceği aşikârdır. Limoges, 11 mars 1848, S. 48. 2. 389, 28 juillet 1848, S. 49. 2. 332. Besançon, 2 février 1855, S. 55. 2. 689.

Fakat ayrı ayrı araz parçaları mevzu bahis olunca iş değişir. Aralarında bir iştirak olmadan tamirat yaptıran bir gayrimenkulün müşterek malikleri borcun tamamından mesul değildirler. C. 28 juin 1851, S. 51, 1. 603.

Taksim prensibi mahiyeti itibariyle taksimi kabil olan gayrimenkullerin istirda-dı dâvalarında da tatbik olunur.

9 Birincikânun 1905 ve 13 Nisan 1908 tarihli kanunlardan anlaşıldığına göre kanun vazın burada umumî hükümlere dayananan istihkak, fesih ve rücu dâvalarını ilga etinek istemiştir.

Karı koca mallarının idaresi münasebetiyle açılan iade dâvası hususi bir dâvadır ve tamamen kabil taksimdir. Binaenaleyh icra edilmemiş mükellefiyet veya borç-mevzuu bakımından taksimin kabil olup olmadığına bakılmaz. Eğer iade talep etmek hakkı itesaddit mirasçılara aitse her biri dâvanın mevzuu olan şeyleri ancak kendi hakkı dahilinde yani hissesine düşen nisbette isteyebilir. Eğer iadesi istenilen şey taksimi mümkün olmayan bir şey ise buna nihayet vermek üzere satış suretiyle suyuun izalesi cihetine gidilir. Rouen, 20 mars 1912.

*stari possunt, ut natura et experientia docent. Dumoulin, Extricat, labyr divid. et indiv., 2 epartie, n 238 [1].*

**Bölünmezlik. (Şüyu) ( Bak. İtibat, bölünebilme ).**

*Non fuit, nec adhuc est in universo juris oceano, turbulention profuador et periculstor, pelagus hoc dividuorum et individu orum tractatus. Dumoulin. Hukuk Okyanusunda bu bulunabilir ve bulunamaz. Borçlar kitabından daha fırtınalı, daha derin ve daha tehlikeli deniz yoktur ve hiç bir zaman olmamıştır [2].*

*Extrictio labyrinthi dividui et individui. Dumoulin: Bölünebilir ve bölünemez çıkmazının tanzim ve tensikî müşkülâtı [3].*

*Quoedam necessaria, quoedam naturalis, quoedam accidentalis [4]. Dumoulin, de divid. et individ., part, 3 Nos 57 ve 75. M-deni Kanun madde 1217 [5].*

[1] Bir kimsenin kısmen yaşaması mümkün değilse de yiyecekler kabili taksimdir. Yani yaşamamızı temin eden şeyler, tabiat ve tecrübelerin gösterdiği gibi, bir veya müteaddit kimseler tarafından temin edilebilir. Mukayese ediniz: Potiher, de divid et indiv. tit. III, n 224 et 238. Aubry et Rau, § 553, note 15.

[2] Mütevazî olmak gerek: Dumoulin'in mütalâanamerinin baş tarafına umumiyetle şöyle yazdığı iddia olunmaktadır: "Ben ki herkese öğretirim, ve hiç kimse bana hiç bir şey öğretmez." Ego qui nemini cedo, et a nemine doceri possum ! ! !

[3] Bölünmezlik çeşitli haklara ve muhtelif hukuki durumlara tatbik edilebilecek bir haldir.

Bölünmez demek ne demektir? Parçalara ayrılmıyan, tefrik olunmıyan demektir.

Şüyu ile bölünmezliği birbirine karıştırmamak lâzımdır.

Şüyu, ekseri hallerde, kolaylıkla kabili taksim olan ve hakikatte, ilgililerden her birinin menkul sermayede olsun, şayan tasarruf olunan gayrimenkulde olsun, muayyen olan payına göre parçalanmış gibi gözüken menfaatlerin müştereken idare ve intifa olunduğu fiili bir vaziyettir.

Bölünmezliğe gelince, bu işleyişe ulaşmak, yalnız ve tek bir menfaatten başka bir şey fark etmek imkânsızlığıdır ki, ilgililer bir tek ve aynı taraf teşkil etmekte olduklarından mahkemelerde birbirlerini temsil ederler ve karşılıklı olarak haklarını muhafaza ederler.

[4] Medeni kanunun 1217 inci maddesi: "Mevzuunun teslim edilirken veya ifa sırasında maddî olarak veya fikrî surette bölünmeğe elverişli bir şey veya bir vakıa oluşuna göre borç bölünebilir veya bölünemez vasfını alır" . . Medeni kanun madde 1202, 1218, 1219, 1220, 1221, 1267, 1305, 1313, 1383, 1668, 2083, 2183, 2249.

Haktan bahsettiğimiz sırada bölünmezliğin muhtelif tatbikatını tetkik edeceğiz. Bununla beraber, bundan sonraki nota bakıla.

[5] Tabii bölünmezlik aynı haklarda olduğu kadar şahsî haklarda da mevcut olabilir.

Bölünmezlik ya zaruri, ya tabii, yahut ta arızidir [5].

*Individua tamen est in jure et in intellectu.* Bölünmezlik hukuktan çıkabileceği gibi niyetten de çıkabilir. Medeni kanun madde 1218, 1219 [1].

*Individuitas solutione proesupponit obligationem esse dividuam tam activequam passive.* Dumoulin, *de divid. et indivit.*, part. I, no 242. Medeni kanun madde 1218.

Bölünmezlik halleri şunlardır:

Seçim işlerinde itiraz. C. 22 haziran 1880, S. 1. 427; D. 81. 1. 31. Şayan kullanılan sular. C. 11 Mart 1867, S. 67. 1. 300; D. 67. 1. 352. Mücbir sebep. Montpellier, 8 İkkânun 1871, S. 72. 1. 138; D. 72. 1. 25. Rehin mukavelesi. Colmar, 28 İkkânun 1839, Pal., 40. 1. 431; Medeni kanun madde 2983; Propter indivisam pignoris causam, est tota in toto et toto in qualibet parte. Dumoulin; de divid. et individ. part.2, no 9 ve part.3,no28, Medeni kanun madde 2114, fıkra 2; ipotek mukavelesi, merhunun bölünmezliği sebebiyle; ipotek malın içinde bir bütün olduğu gibi her cüz dahilinde de bir küt teşkil eder. Medeni kanun madde 2114, fıkra 2; geçit hakkı; senedin verilmesi; bir vesikanın iadesi; hesap vermek mükellefiyeti; bir akdin hüsnü niyetle icrası; bir hukuki muamelede bulunmak vecibesi ( meselâ, bir ipoteklin tescilini istiyecek olan noter; bir itiraz lâyhası verecek olan avukat; bir istinaf arzualini tebliğ edecek olan mübaşir); bir at teslimi; gümüş bir tabak itası; kaziyel muhkemenin tesiri; mururu zamanın kat'i veya tatili; ikrar; kanuna karşı ve âmme intizamına karşı hile, Bordeaux, 4 Nisan 1829, P. chr.; Araya başka şahıs giren teberuun butlanı; Pau, 24 Temmuz 1878, S. 78. 2. 282. Takibin butlanı; Alger, 24 Haziran 1870, S. 71. 2. 213; butlan dâvası; C. 15 Nisan 1902 Pandectes 04. 1. 305; medeni hale dokunan meseleler; evlenmenin butlanı; C. 8 Mart 1875, S. 75; 1. 171; D. 75; 1. 171; D. 75. 1. 482; babahğin reddi, C. 9 Mart 1847; D. 47. 1. 137. Paris, 9 Şubat 1846, S. 49. 2. 401; D.46.2.189; nesebi sahih olmıyan çocuğu tanıma. Nimes, 7 Mayıs 1879, D. 79. 2. 133; bir notere temlik olunan münzaalı hakların temlikinin butlan dâvası, Riom, 17 Haziran 1880, D. 2. 37; taksim (fakat yalnız şeklini tâyin mevzuu bahis olduğu halde) C. 12 İkteşrin 1878, D. 78. 1. 459 — veya taksimin yepiden icrası dâvası mevzuu bahis olduğu takdirde C.22 sonkanun 1863, S.68. 1. 209; D. 68.1.109 Usul tarafından yapılan taksim:Taksime dahil olan mirasçılar içim, mirastan feragat suretile, çocuklardan birinin unutulmuş olması, dolayısıyla hasil olan butlandan kurtulmaları imkânı taksim suretile vaki hibenin bölünmez oluşuna aykırı düşer. Mirasçılardan gayri mevcut sayılması icap eden bu taksimin kendilerine bahsettiği malları mevhubunleh sıfatile muhafaza etmeleri kabul olunamaz (Medeni kanun madde 1078). Lyon, 6 Mart 1878 D. 1878.2.65. C. 25 Şubat 1856, D.1856. 1. 13. Baudry—Lacantiniere et Colin, Tr. des donations, C. II, no 3685; bunun aksine olarak bölünmez bir şey fikri bakımdan bir taksime mevzu olabilir.

Ariège mintakasında vaktile çok ayı yakalanmakta idi ve ayıcılık sanatı kazançlı bir işti. Ayıcılıkla meşgul bir aile babasının kızlarına cihaz olarak canlı bir ayının budunu veya omuzunu verdiği evlenme mukaveleleri gördüm. Bunun mânası hayvanın teşhirinden elde edilecek hasılâtın bir kısmında hef bir kızın hakkı olacağı demektir.

[1] Medeni Kanununun 1218 inci maddesi: " mevzuu mahiyeti itibarile bölünebilir bir şey veya bir fiil dahi olsa, eğer bu mahiyetin borçta nazarı itibare alındığı

Ödemenin bölünmezliği borcun gerek alacaklı ve gerekse borçlu bakımından bölünebilir olmasını icap ettirir, Medeni Kanunun 1218 inci maddesile mukayese ediniz.

*Ea qui in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus delentur.* Marcellus D. L. 192, de reg. juris Medeni Kanun madde 1222

vaziyet borcu kısmen ifaya elverişli kılınmıyorsa borç, bölünmez bir borçtur. „Medeni Kanun, madde 2083.

Madde 1219: “ teselsülün şart edilmiş olması borca asla bölünmezlik vasfını bahşetmez. „ Medeni Kanun, madde 1200, 1222.

Burada bölünmezlik ya tarafların (yani insanın) iradesinden, yahut da kanun yapıcının iradesinden çıkmaktadır.

Mevzuu bahsolunan kasdî bir bölünmezlik olup bizzatı bölünebilen bir şeye tatbik olunur.

Bu çeşit bölünmezlik ulumsal ve yapma olduğundan çeşitli kısımlara ayrılabilir; ve dereceleri bulunabilir.

Bu bakımdan, iki taraflı veya tek taraflı bölünmezlikler, asıl borca veya fer'i borca taallük eden bölünmezlikler mevcuttur.

Kasıt bölünmezliği dolayısıyla ki ressam, heykeltıraş, mimar bir tablo, bir heykel, bir ev yapmak taahhüdüne girmektedirler. Filhakika, hilâfı açıkça şart edilmiş olmadıkça, bir eserin bir parçasının bahis mevzuu olaeği anlaşılabilir.

Malum olduğu üzere edebî eserler, operalar, müelleflerinin ölümü üzerinden bir müddet geçtikten sonra, âmme malları arasına girerler. Müstereken meydana getirilmiş bir operanın şiiri ile bestesinin bölünemeyeceği esası tatbik edilmektedir. Bunun neticesi olarak, müşterek müelliflere veya mirasçılara ait olan haklar devam ettiği müddetçe eserin tekâm' hususu mülkiyet mevzuu kalır. Paris (4 fa'cû daire), 9 ilkkânun 1905, Gaz. 24 şubat 1906.

Demiryollarında nakliyat hususunda kat'i fiiretiler ( asıl resim, yükleme ve boşaltma resimlerinde dahil) vardır. Bu halde bir kül ve bir götürü iş mevcuttur: kat'i ücret bulunamaz ve meselâ boşaltma bizzat malın gönderildiği kimse tarafından yapılmış olsa dahi, hiç bir tenzilat yapılamaz.

İçtihadın tesis etmiş olduğu hesabı carinin bölünmezliği bu esasın genişletilmesinden başka bir şey değildir. Paris 27 sonkânun 1855; D. 55. 2. 241. Poitiers, 10 şubat 1857. D. 57. 2. 152. U. 29 soneşrin 1871 S. 72. I. 70. C. Kasıt bölünmezliği hakkında şu kararlara bakınız: C. 7 nisan 1858. S. 58, I. 663. D. 58 I. 253 17 ilkkânun 1859. S. 60 I. 524; D. 60 I. 28. Mahiyetleri itibarıyla bölünebilir emtia- nın parça parça teslimi kararlaştırılmış olan bir satış, tarafların kasından açıkça teza- hür etmedikçe, bölünmez, sayılamaz. Bu kasıt ispat edilmedikçe, ilk teslimin mev- zunun teşkil etmiş olan emtia- nın kökü cinsten olması tekâmîl satışın feshini mahkûk gösteremez. Bordeaux Ticaret Mahkemesi. 15 nisan 1901, Mémorial Bordeaux, 1901. I. 165.

Bununla beraber, Medeni Kanunun 1220 inci maddesine göre: “bölünebilecek mahiyette olan borç, alacaklı ile borçlu arasında bölünememiş gibi ifa olunmak lâ- zım, geldiğini de üsütmiyalım.

Bu cihet izaha muhtaç değildir, zira aşkâr olan bir neticedir.

ilâ 1225 [1]. Bölünemiyen borçların mirasçılardan veya borçlulardan her biri tarafından tamamı ödenmek lâzımdır. Medeni Kanun 1221.

*Quae separationem non admittunt in totum viciantur.*

Birbirinden ayrılamıyacak haldeki mukavele şartlarının tamamı mualleldir [2].

*Individuum contractu.* Mukaveleye göre bölünmez olma[3]. Madde 1218. Bundan maksat kasdı bölünmezliktir. Bak. Madde 1222 ilâ 1225.

[1] Et sic videtur esse potius incongruitas. et insufficientia solutionis quam individuitas. Dumoulin, de divid. et ind. part. I, no 243 ve 256.

Bunun gibi, bir beyi akdinde semenin muayyen bir şahsa ödenmeğe tahsis edileceği şart kılınmışsa, ödemede bölünmezlik var demektir.

Ödemenin bölünmezliği bir bölünmezlik olmaktan ziyade bir ödeme ahenksizliği ve kifayetsizliği gibi tezahür etmektedir.

Mevzuu bakımından bölünmez olan bir borç, ifa edilmemek halinde zarar ve ziyan borcu haline inkılap etmekte ise, bölünebilir hale gelmiş olur. Paris (5 inci daire). 25 Temmuz 1892. Pandectes 93. II, 100.

[2] Bir muamele muhtelif şartlara tabi müteaddit borçlar ihtiva etmekte ise, koşulan şartı ifa imkânsızlığı neticesinde borçlulardan birinin infisahına karar veren mahkeme hükmünün tarafların mutabakatlerine muvafık surette ifa edilmiş olan borcu iptal etmekten çekinmesi yerindedir C. 12 Temmuz 1888. Pandectes, 89, 1, 27.

Aynı suretle, muhtelif tarihlerde münakit ve aynı kâğıt üzerine yazılmış iki mukavelelerin gerek mevzuunu teşkil etmiş olan emtia sebebi ile, gerek bizzat akdin mahiyeti sebebi ile hiç bir bölünmezlik vasfı arzetmiyen birbirinden ayrı, müstakil taahhütler teşkil ettiği ve binaenaleyh, her iki mukavele şartlarının icra sırasında birbirine karışması icap eylediği anlaşıldıkta, vakıa hâkimlerinin bu mukavelelerden birinin, taraflarca kullanılmış bulunan tecdit tabirine rağmen, asla diğer mukavelelerin sukutuunu istilzam etmiyeceğine karar vermelerinin isabetli olduğu hüküm altına alınmıştır. C. 20 soukanun 1891. Pantectes 91, I, 283.

Bu yolda karar verilmekle mukavelelerin mahiyetini tebdil etmiş olmayıp sahip oldukları müstakil takdir hakkını kullanmaktadırlar. Aynı hüküm,

[3] Medeni kanunna 1222 inci maddesi: "bölünmez bir borcu birlikte yüklenmiş olanlardan her birisi, borç müsteselsilen taahhüt edilmiş olmasa dahi, onun tamamından mesuldür.", Medeni kanun madde 1668, 2083, 2114, 2249.

Madde 1223. "bu çeşit bir borç yüklenmiş olan kimsenin mirasçıları için de durum böyledir.", Medeni kanun, madde 872. 1213. 1939.

Madde 1224. "Alacaklının mirasçılarından her birisi bölünmez borcun tamamının ifasını isteyebilir.",

Yalnız alacağı tamamını bağışlayamaz; şey yerine onun bedelini alamaz.

Şayet mirasçılardan biri kendi başına alacağı bağışlamış veya şeyin bedelini almış sa, kendisi ile birlikte mirasçı olan bağışlanan veya tahsil edilen kısmı gözönünde tutarak bölünmez olan şeyi isteyebilir.", Medeni kanun, madde 1219, 120, 1668, 1939.



*Minor relevat majorem in individuis.* Bölünmez olan hususlarda ferî aslı meydana koyar [3]. Medeni kanun 109 ve 710.

### Butlan

*Ea queeraro accidunt, non temere in agendis negotiis computantur.* Julienlib. 29 *digestorum.* Ancak çok nadir olarak husule gelen şeylerin tahmin edilmediği bahanesiyle, daha kuvvetli sebepler mevcut olmadıkça, bir muamelenin butlanına karar verilmemelidir. Medeni kanun, madde 900, 1172 ile karşılaştırınız.

Butlan yolları Fransada muteber değildir. Butlana karar vermesi, onahükmetmesi mahkemeden talep olunmak zarureti vardı. Hukuk muhakemeleri Usulü kanunu, madde 366, 692.

*Quod ac initio vitiosum est, non potest tractu temporis conualescere.* D; L. 29, *de reg. Jur.* Paul, lib. 8 *ad Sabinum* [1].

*Quod nullum est, nullum producit effectum* [2].

Batıl olan hiç bir hüküm doğurmaz. Muamelenin tamamı batıldır. Bununla beraber, bu sözü mutlak manada almamalıdır. Bazan, bir hukuki mu-

---

Madde 1225:“ Borcun tamamı kendisinden istenen borçlunun mirasçısı kendisi ile birlikte mirasçı olanları haberdar etmek için bir mehil isteyebilir. Meğerki borç ancak kendisine müracaat olunan mirasçı tarafından ödenebilecek nevinden olsun. Bu takdirde, kendisi ile birlikte mirasçı olanlara rücuda muhtar olmak üzere, tek başına mahkûm edilebilir.., Medeni kanun, madde 1670; H. M. Usulü Kanunu, madde 122.

[3] Bu kaide teşmil olunmalı ve bölünmez bir mevzua dair olan tekml davalara tatbik edilmelidir. Alt tarafa bakınız.

[1] Bu kaide hem vasiyetnamelere, hem de mukavelelere tatbik olunur. Medeni kanun madde 1304 e bakınız. 24 ağustos 1867 tarihli kanunun 8 inci maddesi ile karşılaştırınız. Bir küçük veya mahcur tarafından tanzim olunan vasiyetname, birisi vasiyet etme yaşına girdikten, ve diğeri, mallarının serbesçe idaresine malik olduktan sonra ölmüş bulunanlar dahi muteber olmaz. Bana ait bir şeyi vasiyetname ile gene bana bırakmaları halinde vaziyet aynıdır, bana teberru olunan şeyi bilâhara başkasına temlik etmiş olsam dahi, teberru muteber olmuş olmaz. Mukavelelerde, satış ticarette bulunmayan bir şey, meselâ, cümhuriyete ait bir mal taahhüt etmiş isem, mukavele anından sonra, tashih ettiğim şey bir kanun mucibince temlik edilmiş olsa dahi mukavele batıldır.

Temlikine cevaz olmayan bir şeyin satışının, satışa engel olan sebebin kalkması halinde hüküm ifade etmesi mümkündür. Meselâ, temlik tasvip eden bir ilâm istihsal etmeksizin bir küçüğün mallarını satın almış isem, küçüğün rüste erişmesi ile icazet vermesi halinde satış muteber olur.

[2] Barbosa. 164. belit. Aubry et Rau, § 37, not 19, § 336, not 1' § 551, not 33. Daha ileride butlan nazariyesine bakınız. Alt tarafta s. 278 de âmme intizamı vasiyetlerine bak. C. 10 sonkanun 1865. S. 65. I. 110, Bay Labbe nin notu. Sirey 84. I. I.

amelenin iptali, muteber olmuş olsa idi husule getireceği hükümlerden bir kaçını yaşatmakta devam eder. Meselâ: 1 — Batıl evlenmede; 2 — Fiili şirketlerde; 3 — Müruru zamanın kesilmesinde; 4 — Polişenin usulsüzlüğünde 5 — teberru olunan şeyin temlikininin batıl olması sebebi ile teberruun geri alınmasında; 6 — Ortaklar için üçüncü şahıslara karşı şirketin butianını iddia etmek imkânsızlığında; 7 — Zahiri mirasçının icra ettiği muamelelerde 8 — in pari turpitudine cessat repetitio kaidesinin tatbikinde 9 — İddet müddetine riayette; 10 — Batıl bir evlenmeden husule gelen nesebin ispatında.

Bu muhtelif neticelerin muteber kalması üç sebepten ileri gelmektedir: hüsnü niyet, mesuliyet mülâhazası, zahirilik fikri (tekmül hayatta kalma halierini bu son fikir izah eder). Adaletsizliğe müntehi olduğu haller de mantığı terk etmek lâzımdır.

### Cihaz

*Interest reipublicae dostes mulierum salvas esse.* Bu kaide cihaz usulünün temel taşıdır.

Ana baba cihaz vermekte mükellef değildirler.

**Ceza meseleleri** (Kanun kelimesine bakınız).

*Poenalia non sunt extendenda. Et alias non est eadem ratio.* Med. kanun. madde 451 [1].

*Poenae molliendoe potius quam asperandoe satius impunitum relinqui (acinus, quam inno centum damnare).* Ceza meselelerinde müsamahaya meyil etmelidir; ve bir masumu mahkûm etmedense bir suçluyu affetmek evlâdır.

Ceza dâvası hukuk dâvasını durdurur. Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu madde 3, fıkra 2; Hukuk Muhakemeleri Usulü kanunu, madde 239, 240. Bununla beraber, Medeni kanunun 327 inci maddesi ile karşılaştırınız.

*Electa unavia, non datur recursus ad alteram* (Defi kelimesine bakınız).

[1] Ceza meselelerinde, odioe restringenda, non ampliandae kaidesine göre, kanunun cinayet ve cürüm olarak vasıflandırmadığı bir vakıyı kıyas veya tefsir yolu ile ele almak ve cezalandırmak mümkün değildir. L. 10, § 1, D. de reb. dub. L.55 ve 56, 192, § 1. D. de reg. jur. L. 18, D. de lege. L. 32, 42, D. de poenis. Ne tümevarıma, ne de âmme intizamına istinad edilebilir. Nulla poenasine lege. Ceza kanunu, madde 4. Montesquieu, Esprit des lois, liv. 6, chap. 3, Beccaria, § 4. Rosâi, Dr. pénal, t. I, s. 10. Merlin, Répert. Kanun § 10. Aubry et Rau, § 490, not 5; § 494, not 12; § 515, not 16. C. 8 Eylül 1809, s. chr. 20 şubat 1821, s. chr. 19 İlk Teşrin 1821, S. chr. 19 mart 1831, s. 31. I. 115, 7. Haziran 1831. S. 31. I. 235. 26 mayıs 1837, S. 37. I. 487.

## Cevher

*Mutata forma, propè intermit substantiam rei. L. 9, ad exhibendum.* Şekil değiştirmiş olan şey adeta cevherini de değiştirmiş demektir. Meselâ bir teberru nev'ini değiştirdiği takdirde artık mevcut olmaz. Bu kaide eşyanın cevherini maddi şekillerinde gösteren istoacı felsefenin prensiplerinden çıkar.

## Dâva

Hâkim karar vermek için dâvanın açıldığı zamanı nazara almalıdır. Bu kaide sadece beyan edici kararlara tatbik edilip ihdas edici kararlar hakkında tatbik olunamaz. Bu sonuncu kararlar makale şâmil değildirler. Hâkim dâvanın haklılığını takdir etmek için, vakıaları kararını vermekte olduğu sırada ne halde mevcut iseler o halde nazara almalıdır. Faraza, hissedarların talebi üzerine 24 temmuz 1867 tarihli kanunun 37 inci maddesini tatbik suretile bir şirketin infisahına karar veren ve bir tasfiye memuru tayin eden karar bu mahiyeti arzeder. İstikbalde netice doğuracak olan bu çeşit tedbirlerin isabeti alınmış oldukları zamana göre taktir olunup, mazide, yani dâvanın açılması tarihinde takdir olunmaz (24 temmuz 1867 tarihli kanun, Madde 37).

**Dava hakkı:** (Bak. İrtibat, dâvaların ayrılması, Hak Hukuk, Defi, Dâvalarında birleştirilmesi, Delil, Mukabil Dâva)

*Actio nihil aliud est quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur* [1]. Bak. D. L. 51, tit. *de act. et oblig.* Justinianus, *Institutes*, 4,6.

[1] Bu tarifi "bize ait bulunan, kelimelerinin ilâvesile tamamlamalı ve" dâva, bize borçlu olunanı veya bize ait bulunanı mahkemeden isteme hakkıdır, denilmelidir. (Çevirenin notu: Mecelle 1618. maddesinde dâvayı, bir kimsenin diğer kimseden hazuru hâkimde hakkını talep etmesi şeklinde tarif etmiştir).

Fransızca *action* kelimesinin doğru olmayan iki mânası daha vardır. Bunlardan birincisi, bize borçlu olunanı veya bize ait olanı elde edebilmemiz için takip edilme yoldur, diğeri de mahkemeden bir talepte bulunmaktır. Garsonnet, 2 édit., t. I, n 289, 293. Hudelot et Metman: *Des obligations*.

Ancak kullanılacak bir hakkı olan kimse dâva hakkına maliktir. Dâva hakkı hakkın meydana gelmesiyle birlikte adli talepten önce ve hakkın kullanılmasından ibaret olan bu talepten müstakil olarak vücut bulur.

Dâva hakkı ve hak aynı menşelerden gelmezler. Fazla olarak mevzuları da aynı değildir.

Menşeleri aynı değildir, zira hak kanundan yahut mukaveleden doğduğu halde, dâva hakkı için daha fazla bir şey lazımdır. Dâva hakkının mevcut olması için hakkımızın tanınmaması, ona karşı gelinmesi lazımdır. Hak hâkli bir fiilden, dâva hakkı ise haksız bir fiilden doğar. Başkasının hakkını tanımamak daima haksız bir fiildir. Bu bakımdan, dâva hakkı teyit edici bir haktır.

*Postulare autem est desiderium suum vel amict sui, in Jure, apud eum qui jurisdictioni praest, exponere, vel alterius desiderio contra-*

Mevzuları da daima aynı değildir, zira borcun mevzuu muayyen bir şey olduğu halde, dâva hakkı bazan muayyen bir miktar paranın teminini istihdaf eder.

Bir diğer farkı da belirtmek yerinde olur: Hakkın sahibi her zaman dâva hakkına veya bu hakkını kullanma ehliyetine malik değildir (mahcurlar, küçükler, evli kadınlar).

Roma hukukunun aksine olarak, Fransız hukukunda bütün dâvalar hüsnüniyete istinat eder, yani hâkim dâvacının dileklerinden hangisinin kabul veya reddedileceğini takdir eder: quantum, vel quid aequus, melius. Fakat hâkim dâvacının taleplerine ilâveler yapmaz ve istenilmeyen hususlar hakkında hüküm veremez. (Çevirenin notu: Hükümde sebki dâva şarttır. Mecelle 1829). Verilmesi lâzım gelenden fazlası istenilmişse, talebi lâzım gelen miktara indirmek lâzımdır. Bu hal dâvanın reddi için bir sebep teşkil etmez.

Dâva hakkını ne muhakeme ile ve ne de muhakeme usulterile karıştırmamalıdır.

Keza dâvacı bakımından, şu üç türlü vazgeçmeyi itina ile ayırdetmek lâzımdır: Dâva hakkından vazgeçmek, dâvadan vazgeçmek, muayyen usulî bir muameleden vazgeçmek.

Garsonnet ve César — Bru Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 403. maddesinin yalnız dâvadan vazgeçmek, yani dâvacının açmış olduğu dâvayı takipten vazgeçmek hususunu ele aldığını ve bir diğer dâva açmak hakkını mahfuz tuttuğuna söylemektedirler. *Traité de procédure*, t. IV, n 2493 et suiv.

Bu müellifler aynen şöyle demektedirler: Maddede derpiş edilen şekiller bütün dâvanın terkinin icap ettirmeyen ve taraflardan birinin dâvaya ait bir muamele dolayısıyla kendisine terettüp eden haktan vazgeçtiğini gösteren ehemmiyeti az ve basit muameleler hakkında kabili tatbiktir... Bu vazgeçmenin muteberiyeti diğer tarafın kabulüne bağlı tutulmamıştır... Diğer tarafın bu vazgeçmeyi kabul etmemek suretile, hasmının lüzumsuz veya usulsüz addedip faydasından vazgeçtiği bir muameleyi muteber saydırmağa icbar etmesi cidden haksız ve gayri makul olurdu., *Op. cit.*, t. IV, n 2510.

Aynı suretle, dâva olunanın yapmış olduğu usulî muamelelerin hepsinden veya bir kısmından vazgeçmesi de 403. maddedeki mânada bir vazgeme değildir. Bu itibarla, dâvacı tarafından kabul edilmesine ihtiyaç yoktur.

Boitard ve Colmet — Daage'nı belirttiği gibi, "vazgeçen ve vazgeçmekte menfaati bulunmaz umumiyetle dâvacıdır ve dâva olunanın vazgeçebilmesi ilk lâhzada insana mânasız bir şey olarak gözükmektedir. Dâva olunan mahkûmiyete razı olabilir, sonradan hakikati ve dâvacının iddiasının haklı olduğunu kabul edebilir. Fakat bunlar hakiki mânasile vazgeçme değil, müdafaaanın terki, veya isterseniz, bir nevi muvafakattır., Boitard et Colmet — Daage, *Leçon de procédure civile*, t. I, n 589.

Muvafakat halinde ise "vaziyet gerek iddia ve gerek mukabil iddia ile ve onları kabul eden kararlar tesbit edilmiştir. Mukabil tarafın ne kabul etmeğe ve ne de aksini ileri sürmeğe hakkı yoktur., Muvafakat edenin iştirakile her şey bitmiştir. Dallozğ *Jurisp. générale, Acquisement*, n 26.

*dicere*. Ulpianus, D L. 3. I. 6. Bir talepte bulunmak, kaza hakkını haiz kimse huzurunda kendisinin veya dostunun arzusunu izah veya bir diğeri- nin arzusunu ret ve cerhetmektir.

*In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus qui nobis, vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare, facere, praestare, oportere.* Gaius, com. 4 § 2.

Dâva hakkı, bize verilmesi lâzım geleni mahkmeden istemek hakkıdır.

Eğer dâvacı diğer tarafın bir borcunu ileri sürerse veya bir alacağını isterse dâva şahsidir. Eğer bir kimsenin bize karşı gerek mukavele, gerek suç dolayısıyla borçlu olduğunu, yani vermek, yapmak veya temin ve tedarik etmek mecburiyeti olduğunu iddia ediyorsak, dâva yine şahsidir.

*In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi agendi, aequamve ducendi, vel altius tollendi, vel prospiciendi.* Gaius, § 3.

Eğer dâvacı alacaklı olduğunu iddia etmiyor ve kendisile dâva edilen arasında hiç bir borç ve alacak münasebetini ileri sürmüyorsa dâva aynıdır.

*Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam* [1]. Anstitutes § 20, *de action.* Muhtelit, yani hem şahsi ve hem de aynı olan dâvalar da mevcuttur.

---

Chauveau şöyle demektedir: “dâva olunanın muvafakati yahut dâvasının taleplerini kabulü... Dâvanın sukutu hususunda... Vazgeçmenin bütün neticelerini durdurur. Bu bakımdan aynı prensiplere tâbidir, fakat vazgeçme gibi kabul edilmek mecburiyetinde değildir. Çünkü dâvacının kabulü, muvafakat edilen karar ve ilâmın suretinin çıkarılmasında zımnen mevcut addolunur”.

Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, t. III, P. 446; Berriat Saint-Prix, *Cours de proc. Civ.* P. 364; Merlin, *Questions de droit*, v *Effets publics*, et *Nouveau Répertoire*, v *Contrat judiciaire et Acquissement*. Rousseau et Laisney, *Dict. De procédure*, v *Acquissement*, n 38. Kaza bakımzı; *Civ. Req* 16 juin 1913 (*affaire d'enregistrement*).

[1] Bu metin bir çok ihtilâflara yol açmıştır. Açık gibi gözükür, fakat aynen, harfiyen kabulüne imkân yoktur.

Bu hususta Pothier'in ne düşündüğünü araştırırsak *Introduction générale aux coutumes* adlı eserinin 121. Paragrafında şunları dediğini görürüz: «Hem şahsi hem de aynı mahiyette olan hakiki mânada dâvalar mevcuttur. Böyle üç dâva sayılabilir: komşular arasında hudut tashihi dâvası, mirasçılar arasında mirasın taksimi dâvası ve nihayet mirastan başka bir şey hakkında taksim dâvası. Bu dâvalar aynı dâva veya istihkak dâvası mahiyetindedirler; çünkü hudut tashihi dâvası vesilesile bir kimse komşusunun bir kısım arazisini ister, mirasçılar veya müşterek malikler mi-

*Actiones quae in fraudem creditorum facta sunt.* Instit. liv. 4, tit 6, § 6. MK 1167. Alacaklının haklarını ihlâl eden muamelelerin iptali davası, ancak borçlunun hile ile sattığı gayrimenkullerin tekrar borçlu memleketine girmesi hakkındadır. Bu dâva alıcılara karşı muayyen bir meblâğ ödemeleri için açılan bir dâva değildir.

Menfaat yoksa dâva hakkı da yoktur [1].

Anane haline gelen bir prensibe göre, bir dâvanın kabul edilebilmesi için onu açan kimsenin o dâvanın açılmasını haklı gösterecek bir menfaati bulunması lâzımdır.

Umumiyetle kabul olunduğuna göre, dâvaya sebep olan menfaat vasıtasız yahut doğmuş ve halen mevcut bulunmuş olmalıdır.

Menfaatin mali olması şart değildir. Tamamen mânevi bir menfaat dahi bir dâva açılması için kâfidir.

Mahkemeler «menfaat yoksa dâva hakkı da yoktur» prensipini vasiyetname meselelerinde tatbik etmek fırsatını bulmuşlardır.

Aşağıda naklettığımız karardaki hâdiseye benzer hallerde verilmiş olan bazı kararları zikredelim[2]:

I. Bir kimsenin bir dâvaya müdahale edebilmesi için, velevki muhtemel olsun, bir menfaati bulunması lâzım ve kâfidir[3].

---

rasta veya müşterek şeydeki hisselerini isterler. Bu dâvalar aynı zamanda şahsî dâva mahiyetindedirler; çünkü şahsî bir münasebetten doğarlar. Hudut tashihi dâvası, komşulek münasebetinin komşular arasında doğurduğu, bir akidden meydana gelmiş gibi, biri istediği zaman diğerinin hududunu tashihi etmesi hakkındaki şahsî tahhüdüden ileri gelir. Taksim dâvaları müşterek veya iştirak halinde malikler arasındaki münasebetten doğar ve her biri müşterek olan veya iştirak halinde bulunan miras veya sair şeyi diğeri talep ettiği zaman taksim etmek mecburiyetindedir”.

Pothier bu kadarla kalmamakta, aynı ve şahsî mahiyetli haiz olan başka dâvaları, meselâ vefa hakkından doğan dâvayı, bedelin ödenmemesi sebebiyle beyli akdinin feshi dâvasını ve gabın sebebiyle fesih dâvasını da göstermektedir.

[1] Roma hukukî sistemi hukukta menfaat lüzumunu işte bu vecize ile göstermiştir: “Menfaat yoksa dâva da yoktur” Zira Bu vecizeden şu netice çıkabilir: Menfaat yoksa hak da yoktur. C. 4 jüllet 1888, pandectes, 89. I. 84. 31 jüllet 1889, pandectes, 90. I. 32. 1 er jüllet 1891, S. 92. I. 227. 13 décembre 1893, S. 94. I. 300. Cpr. C. 18 jüllet 1888, S. 90. I. 57; D. 89. I. 9. 3 août 1896, S. 97. I. 350.

[2] Bir vasiyetnamenin iptali ancak üçüncü şahısları faydalandırıyorrsa, iptâl dâvası açılmaz. C. De cassation, 10 jüllet 1883, Dalloz 1884. I. 1509; 6 Mars 1895, Dalloz, 1895. I. 237, C. d’Anges, 21. Mai 1894, Dalloz, 1895. I. 237.

Bir kimse bir diğeri vasiyetname ile mirasta mahrum olmadıkça, vasiyetnamenin iptalini istiyemez. C. De pau, 21 février 1835, Dalloz, Jur. gen. ve Action, n 192.

Fazla olarak bakınız: Dalloz, Code de proc. Civ. annoté, art 59, n 112 et suiv.

[3] Dalloz, Nouveau Code de procédure civile annoté, article 339, n 156 et suiv. Fakat bir hakkın muhafazası için yapılan müdahalenin masrafları müdahile

*Non valet agere. Dâva açmağa hakkınız yoktur.*

*Actio non datur cui nihil interest.*

*Qui es, et quid pettis? Roma' da* pretorlar dâvacılara bu suali sorardı. Bu sual bu gün de taliklerde ve kararlarda sorulmaktadır.

*Actori incumbit onus probandi.* Beyynine külfeti müddeiye aittir.

*Is qui actionem habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur.* Dig. L. 15, *De reg. juris*[1]. Bir malı tekrar ele geçirebilmek için dâva hakkına malik olan kimse o şeyin zilyedi sayılır[2].

Fransa'da(kraldan başka) kimse namına dâva açılmaz[3].

II. Bu kaide bir dâvanın müvekkil hesabına fakat kendi namına hareket eden vekil tarafından açılmasına mâni değildir. Diğer bir tâbirle kendi namına hareket eden kimse dâvayı kendi namına açabilir. Fakat taraflar, eğer menfaatları varsa, hakiki vaziyeti açığa vurmak hakkına maliktiler.

Hiyle olmadıkça ve dâva edilen için bir zararı bulunmadıkça, böyle bir

---

ait olmalıdır: Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 2 édit., t. III, § 937, 223; Glasson, Colmet — Daage et Tissier, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, 2e édit. t. 1er, n 872, p. 935. Bu prensipler istinaf-taki dâvalara müdahale için doğrudur. Elveriş ki ilk mahkemedeki taraflardan bulunmuş olmasın; Dalloz, *nouveau Code de procédure civile* annoté, article 466, n 18 et suiv. İşte yukarda söylenilen neviden dâvaya müdahale eden Paris şehrinin vaziyeti böyle idi. Fakat Paris şehiri ile dâva olunan arasında ve mevzu müdahale mevzuunun aynı olan bir diğer dâva görülmekte idi. İstinaf mahkemesi bu vaziyet dahilinde bu taleplerin esası hakkında karar veremezdi. Bir dâvanın iki mahkemede görülememesi kaidesi buna imkân bırakmazdı. Karşılaştırınız: Dalloz, *sözü geçen eser*, art. 171, n 1 et suiv.

[1] Aubry et Rau, § 608, note 33.

[2] Bununla beraber, ve pek haklı olarak "minus est actionem habere, quam rem," deniliyordu.

[3] C. 27 janvier 1890, *Pandectes*, 80.1.354. C. 6 novembre 1900, D. OI. 1.686. Paris, 10 décembre 1901, D. O5.2. 128.

Bu vucize âmme nizamına taallük etmez ve dâvada dâvacısına kendi isminin gösterilmesi lüzumunu ifade eder. Dâvacı kendisini temsil ettirmek üzere başkasını tevkil edebilir.

Bu kaide âmîr ahkâmdan değildir. C. 8 mars 1892. *Pandectes*, 93.1.137. Paris, 10 décembre 1901, D. O5. 2. 128.

C. 9 messidor an X. 29 octobre 1824, S. chr. 9 novembre 1830, D. Répert., v *Lettre missive*, 22. 6 avril 1831. 8 avril 1836. 17 mai 1847 D. 47.4.7. 4 juillet 1849, D. 51.5.64. 21 février 1851, D. 51.1.194. 10 janvier 1883, S. 83.1.252; D.84.1.58.

Crépon, t. II, n 1970 et suiv. Garsonnet, t. VI, n 2386 et suiv. p. 420.

Faye, n 104, Aubry et Rau, § 748, notes 2 et suiv.

vekil vasıtasıyla dâva açılmasının memnu olmadığı hakkında verilmiş kararlar mevcuttur.

Keza, üçüncü şahıslara zarar vermeyen ve böylece bir vekil tarafından açılmış olan dâvanın hakiki menfaattar kimseler lehine tesirler husule getirebileceğine de hükmedilmiştir. Bu itibarla hakiki menfaattar her zaman vekil yerine geçebilir ve bu andan itibaren vekile karşı ileri sürülebilen şahsi defiler hakiki menfaatlara karşı dermeyan edilemez.

*Actor sequitur forum rei.* HMUK 2,3,59. Dava dava olunanın ikametgâhı mahkemesinde açılır. Aynı kanunun 420. maddesiyle mukayese ediniz.

İkametgâh şahsın yerini tutar. HMUK 68.[1].

*In eo quod, vel is qui petit, vel is a quo petitur lucri facturus est, durtior est causa petitorts.* pomponius, tit. 2 ad Sabnum.

Davacının veya dava olunanın menfaati mevzu bahis olduğu zaman, dâvacının talebi daima daha az iltifat görür. MK 1315.

*Judex actionis est judex exceptonis.* Esas dâvaya bakan hâkim defiler hakkında da karar verebilir. Hâkim, prensip itibarıyla, bütün dâva hakkında bu itibarla müdafaalar, en geniş mânada alınan defiler ve dâva olunanın ret talebi ve mukabil dâvaları hakkında hüküm verebilir.

Bu kaida hiç bir kanun metninde açıkça yazılı değildir. Fakat bu kaideyi ihlâl eden istisnai bazı metinler kabul etmek suretiyle kanun ve zı onu zımnen kabul etmiş bulunmaktadır.

Bu kaidenin şumulü umumi mahkemelerde, hususi mahkemelere nazaran, daha geniştir. Hususi mahkemeler iki prensiple takyit edilmişlerdir:

Birinci prensip: Hususi mahkemeler kendilerini vazifeleri haricinde bir meseleyi halletmek mecburiyetinde bırakan hâdiseler veya müdafalar hakkında hüküm veremezler.

İkinci prensip: Sair hâdiseler ve müdafaalar hakkında hususi mahkemeler karar verebilirler. Meğer ki kanunun bir hükmü onları bundan menetmiş olsun.

*Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*

Zapta karşı tekeffül eden istihkak dâvası açamaz.

Bu kaidenin mânası şudur: İstihkak iddiasına maruz kalan kimse, eğer bu kimse kendiliğinden yahut alacağı devraldığı kimse dolayısıyla dâva olunan kimseye malın zaptına karşı kefalet vermeğe mecbur ise, dâvacıya

[1] V. Aix, 23 novembre 1908, S. 1910, 2.6.



karşı tekeffül defini ileri sürebilir [1]. Bu defî tecezzi edemez. meselâ satıcının mirasçısı müşterinin elinden malı zabt için bir dâva açamaz [2].

*Omnes actiones qua morte aut tempore pereant, semel inclusae iudicio salve permanent.* L. 159 D. *de regulis. juris*

Bu vecizede «morte» tâbirile şahsa bağılı dâva haklarına işâret edilmiştir. «tempore» ise sukutu hak için kullanılmıştır.

*Qui ex persona auctoitis uditur, uti debet cum sua causa, suisque vitis.* L. 13 §1 *de acq. vel amit poss.* [3].

*Quod peudet, non est pro eo quasi stt.* L. 100. *De his qui not infam.* Bakınız: MK 1181, 1185.

*Nihil interest, ipso jure, quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.* L. 112, *De reg. juris.* L. 50 tit. 17 [4].

Bir defî ile cerhedilebilen dava hakkına malik olmanın hiç bir kıymeti yoktur.

*Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipendum* [5].

*Actiones quae tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae per-*

[1] Pothier. *iC. de vente* n 165. Merlin, *quest. v Hypothèque.* § 4 bis n 6. Aubry et Rau, 5 *édit.*, t. II, § 219 et note 27, p. 568. Troplong, *de le vente*, n 446. Duvergié, *de la vente*, t. I, n 353.

C. 24 janvier 1826, S. 261. 887.

Malın zaptı, dâvayı kazanarak bir mala sahip olmaktır. Fransızca *évincer* kelimesi mahkemede kazanmaktan (*vincere*) den gelmektedir.

*Evincere est aliquod vincendo sufferre.*

*Evincere a vinendo in iudicio dicitur.* Pothier, *Pand. Justinianus*, Liv. 21, tit. 2, n 10.

\**Quem de évictione.*, en meşhur vecizelerden biridir. Bazı tatbik şekilleri hakkında bakınız: Aubry et Rau, § 219, note 27; § 266, note 4; § 294, note 56; § 537, notes 31 et 34; § 685 ter, note 4. *Civ. C.* 13 mai 1912, *Gaz.* 21 mai.

[2] Aubry et Rau, t. IV, p. 370. Baudry — Lacantinerie, t. III, n 54.

Meselâ, 9 Birinci Kânun 1905 ve 15 Nisan 1908 tarihli kanunlara göre dâvanın yenilenmesi dinî bir tesisin müessisine veya mirasçılarında aittir. Eğer müessis talik talebinde bulunmuşsa, tamamen şahsî olan yenileme dâvası hakkı onun mansup mirasçısına geçer.

[3] *C. Civil*, art. 2236, 2237, 2282. Pothier, *donat. entre vifs*, p. 127.

[4] Bu itibarla hiç dâva hakkına malik olmamak, bir defile cerhedilmiş bir dâva hakkına malik olmaktan daha iyidir.

[5] Aynı şey.

*rmament* [1]. D.L. 139. *De reg. juris*. Kısa zamanda sukut eden dava hakları eğer bir hükümle tesbit edilmişlerse hiç bir zaman sakit olmazlar.

*Actioni non natae non prescribitur* MK 2257.

*Contra non valentem agere, non currit praescriptio* [2].

*Electa una via, non datur recursus ad alteram* [3]. Eğer dâvacı evvelâ ceza dâvası açmışsa, bir hüküm verilmediği müddetçe, dâvasını hukuk mahkemesine nakledebilir.

*Una via electa* kaidesi ancak ikinci dâvanın mevzu ve sebebi aynı olduğu zaman ileri sürülebilir.

*Una via electa* kaidesi ceza mahkemesinde şahsi dâvacı olarak suçtan doğan zararın tazminini istiyen dâvacıya karşı ancak aynı dâvacının aynı suçtan dolayı tazminat talebi ile hukuk mahkemesinde de dâva açması halinde dermeyan edilebilir.

*Una via electa non datur recursus ad alteram* kaidesinden istihraç edilen dâvanın reddi talebi muhakemenin başında yapılmalıdır. Ceza mahkemesinde davanın esası hakkında müdafaada bulunan maznun ceza mahkemesindeki dâvayı kabul ederek bu kaidenin neticelerinden vazgeçmiş sayılır.

III. *Una electa non datur recusis ad alteram* kaidesi ticaret mahkemesinde şirketin feshi ve mesuliyet davasını açtıktan sonra, 24 Temmuz 1867 tarihli kanunun 15. maddesi mucibince yapılan takibat esnasında, ceza mahkemesinde şahsi hak davası açan ve hiyleli vasıtalarla elde edilen ödemelerin iadesini istiyen tarafa karşı ileri sürülemez.

Muhakeme esnasında yapılan hâdisé iddiası veya mukabil iddia dâva arzualindeki iddialar gibi adli bir talep mahiyetindedir.

[1] Aubry et Rau, § 215, note 76; § 544 bis, note 6, Planiol, t. 1, n 1062 et note Tissier, S. 1911. 2. 49. Valabrègne, Revue critique, 1879, p. 519.

[2] Civ. req. 28 juin 1870.

[3] C. (chambres réunies), 10 juillet 1854, D. 54.1.225. C. 12 juin 1890, S. 92.1.480; D. 90.1.489.

*Electa una via...* kaidesinin ileri sürülebilmesi için biri hukuk diğeri ceza mahkemesinde açılmış olan iki dâvanın taraflarının, mevzularının ve sebeplerinin aynı olması lâzımdır. Crim. C. 1 février 1913.

C. 16 novembre 1861, S. 62.1.656; D. 62.1.155. 23 mai 1868, S. 68.1.370. 19 mai 1893, S. 94.1.425; D. 95.1.105. 20 décembre 1895, D. 96.1.535.

Cezai sahada bunun aksine olan şu kararlar mukayese ediniz: C. 30 avril 1827. Tanon: rapport sous C. 17 janvier 1885, S. 85.1.284.

Haksız mal iktisabı dâvası (*actio de in rem verso*) "*nemo locupletior*," kaidesine istinat eder [1]. Temyiz Mahkemesi bir içtihat kararında, haksız mal iktisabı dâvası için kanunî hükümler bulunmadığı gözönünde tutularak bu dâvanın, bir başkası zararına zengin olmayı meneden hakkaniyet kaidesine istinat ettirilmesi icap edeceğine karar verdi. Bundan çıkan netice şudur ki bu dâvanın açılması hiç bir muayyen şarta bağlı değildir. Kabul edilmesi için de dâvacının fedakârlığı veya şahsî bir fiili ile dâva olunana bir menfaat temin ettiğini ileri sürmesi kâfidir.

Gayrimenkul zilyedinin tecavüzün menine dair açtığı dâvaya karşı açılan tecavüzün meni dâvasının hükmü yoktur [2].

İtiraza mukabil yapılan itirazın hükmü yoktur. HMUK 165.

Artırmaya karşı artırmanın hükmü yoktur. HMUK 710.

Haciz üzerine haczin hükmü yoktur. HMUK 611, 780.

İadei mukame üzerine iadei muhakemenin hükmü yoktur. HMUK 503.

Dâva açanın hakkından emin olması yani her hangi bir istinatgâhı olması lâzımdır. *Qui agit, certus esse debet.*

*Non bis in idem.* Meselâ, vergi üzerine vergi olmaz.

I. Bir kere vergi mevzuu olan mukavele veya bunun tadilinin ikinci bir defa daha vergi mevzuu olamayacağı kaidesi malî ahkâma hâkim olan bir kaidedir. Répertoire général de jurisprudence müellifinin işaret ettiği gibi, bu kaidenin iki neticesi vardır: Mukavelenin sayısız suretleri çıkarılabilir, bunlar yeni bir vergi mevzuu olmazlar; diğer taraftan bir mukavelenin vergiye mevzu olmasıyla bu mukaveleye bağlı olan veya ondan zaruri surette istihraç edilen diğer hükümler de vergiden muaf olurlar.

22 Üçüncü ay VII. yıl tarihli [3] kanun 11. maddesile bu prensipi kabul etmiştir. Bir hukuki muamelenin ihtiva ettiği müstakil hükümler kadar hususi vergilere mevzu olabileceğini söylemekle bu kanun, bir muamele nin müteaddit hükümleri müstakil değil ve zaruri olarak biri diğerinden istihraç olunabiliyorsa bir tek vergi istenebileceğini sarîh surette göstermiştir. Diğer taraftan bu kanun aşağıdaki hususları bir yeni vergi gibi değil de formalite ücreti olarak nazara almış ve tek vergiye tabi tutarak birinci kaidenin tatbik şekilleri arasında addetmiştir:

[1] Bu vecize ilerde iktisap bahsinde tetkik edilmiştir.

[2] Imbert, L. 1, ch. 16, n 11. Haüriou, ch. 32, C. 17 mars 1819, S. chr.

[3] Bu tarih 12 Birinci Kanun 1796 tarihine tekabül eder (çevirenin notu)

1 «Butlan sebebiyle veya sair sebeplerle yeniden yapılan ve mukavel mevzuunda veya kıymetinde bir değişiklik yapmayan muameleler» ( Mad. 68, § 1, no 7 )

2 «Şekle uygun görülen yeni irat senetleri veya irat tanımları» (Mad. 68, § 1, no 44 ).

3 «Şekle uygun muamelelerin tasdiki» (Mad. 68, § 1, no 38 )

4 «Bir artırmada mal kendisine ihale edilen kimsenin şartları ifa etmesi yüzünden yapılan ikinci artırmada fiyatın eski ihale fiyatından yüksek olmaması» (Mad. 68, § 1, no 8 )

5 «Evvelce yapılmış ve tescil edilmiş muamelelerin icrası, ifası ve it. mamını ihtiva eden hukuki muameleler» (Mad. 68, § 1, no 6 ).

II. *Non bis in idem* kaidesinin muhakkak olan bir diğer neticesi de şudur: Eğer müteakip iki hukuki muamele bir tek intikal, bir tek mukavele mevcut sayılacak derecede birbirinin aynı ise birinci muamele üzerinden alınmış olan vergi ikinci üzerinden alınacak vergiye mahsup edilir. Bir çok malî kanunlar bu şekilde mahsup muamelelerine müsaade etmişlerdir. 22 Üçüncü ay VII. yıl kanununun 69. maddesinin yedinci paragrafının birinci bendine göre ikinci defa artırmaya konulan ihalelerde ikinci ve müteakip ihaleler, eğer birinci ihalenin vergisi alınmışsa, onu aşan kısımları için nis. bî intikal vergisine tâbidir. Aynı suretle, aynı maddenin ikinci paragrafının 9. bendine ve 26 İkincikânun 1892 tarihli kanunun 15. maddesinin 1 numaralı bendinin ikinci fıkrasına göre giyabi hükümlerden alınan mahkeme masrafları, itiraz üzerine yapılan duruşma masraflarından ve keza mahkeme kararile alınan harçlar, tasdik kararlarına inhisar eden bir istisna ile, istinaf kararından alınacak harçlardan mahsubu icra edilir. 23 Ağustos 1871 tarihli kanunun 5. maddesine göre % 1 vergiye tâbi olan kredinin paraya çevrilmesinde alınması lâzım gelen verginin tasfiyesinde kredi açılması esnasında alınmış olan vergiler nazara alınır.

*Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere* [1]. Julianus, D. Lib. 15, hâkim huzurunda iddialarda bulunanın, hüs-nüniyetle hareket ettiği farzolunduğundan hiç bir zarar tevhit etmediği kabul olunur. Bakınız MK 1382.

*Nemo videtur dolo exequi qui ignorat causam car debeat non petere.* Bir dâva ikame edenin hiyle ile hareket ettiğinden ve kendisine karşı ileri sürülen defterleri bilmediğinden şüphe edilemez.

[1] Fakat, ilerde 1382. maddedeki hatadan bahsederken göreceğimiz gibi sui-niyetli dâvacı zarar ve ziyân ödemekle mükelleftir.

*Quod quis suo nomine exercere prohibetur, id nec per subjectam personam agere debet.* L. 2, § 1 de adm. rer. ad civil. MK 911, 1596.

**Dâvaların ayrılması** (Bakınız: dâva)

**Dâvaların birleştirilmesi** (Bakınız: dâva)

**Defi:** (Bakınız: Dâva hakkı)

*Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quo cum agitur: quia exceptione utitur.* D. L. 9, tit. I, lib. 44.

Dâvanın kabul olunmamasını isteyen kimsenin dâvacının iddiasının esasını haklı gördüğü farzolunamaz.

*Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio quae opponi cujusque reisolet, ad excludendum id quod in intentionem condemnationem ve deductum est [1].* Ulpianus, D. 44. 1. 2.

*Cessante enim causa exceptionis, cessat et exceptio.* Defi sebebi kalmayınca defi de kalmaz.

*Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.* L. 1, tit. I, liv. 44.

Bir defi ileri süren veya dâvanın kabul olunmamasını isteyen kimse de bir nevi dâvacı sayılır.

*Appellatur autem exceptiones, aliae perpetuae et peremptoriae, aliae temporales et dilatoriae.* Justinianus, Instit. 4, 13, 8. Bazı defiler daimi ve katidirler, bazıları da muvakkat ve tehiredicidirler. Karşılaştırınız: HMUK 166 ve sonrakiler, 174 ve sonrakiler, 186, 187.

*Non solum autem ex tempore, sed etiam ex persona, dilatoria exceptiones intelliguntur.* Galus, Comment. 4, § 124. Defiler yalnız zaman bakımından değil, fakat şahsi bakımdan da tehir edici sayılırlar. HMUK 174 ve sonrakiler. Bu defiler dâvanın başında ileri sürülmek lâzımdır.

*Peremptorias exceptiones omissas ab initio, antequam sententia feratur opponi posse.* Vazgeçilmiş olmadıkça, önce mevzu bahis edilmeseler bile, kat'i olan defiler hükmün tefhimine kadar ileri sürülebilir.

*Cui damus actiones, eidem exceptionem competere multo magis dixerit.* Dâva hakkı olanın defe de hakkı vardır.

[1] Defi, dâvacının iddialarını cerhetmek için ileri sürülmesi âdet haline gelen dâvanın kabul edilmemesi talebi gibi bir şeydir. HMUK 166 ve sonrakilere bakınız.

*Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum [1].*

*Omnes exceptiones, quae reo competunt, fidejussori quoque etiam invito reo competant.* L. 19. D. de except. et praescrip. 41. 1. MK. 2012/1, 2036.

Paranın ödenmediği defî Medeni kanunun 1304. maddesine tâbi olan bir butlan defidir [2].

Akdin yerine getirilmediği defî, kirayı istiyen ev sahibine karşı kiracının ileri sürdüğü ev sahibinin kendi borcunu ifa etmediği yolundaki defidir.

Dâva hakkının başkasına devredilmiş olduğu defî için Medeni kanunun-2037. maddesine bakınız.

[1] Plantol, 5 édit., t. II, n 1291. Chambéry, 25 juillet 1889, S. 93. 2. 33. Grenoble, 6 mai 1902, D. 03. 2. 335. Civ. C. 26 juin 1911 (aff. de Gatellier). Karşılaştırmız: Civ. C. 31 mai 1911 (aff. Fabre). Bakınız; Civ. C. 18 juillet 1910 (aff. Gavoly).

Bu kaideye uygun olarak, Medeni kanunun 1304. maddesindeki 10 senelik müruru zaman defî suretiyle butlan iddiasında bulunan kimseye karşı ileri sürülemez.

Colmar, 26 mai 1812. Pau, 4 février 1830. Bordeaux 1 er juillet 1830, S. 31. 2. 75. Paris, 21 avril 1836, S. 37. 2. 17. Bordeaux, 4 avril 1843, S. 43. 2. 422. Toulouse, 9 juillet 1859, S. 59. 2. 407; D. 52. 2. 101. Agen, 7 juillet 1886, S. 86. 2. 139.

C. 1 er décembre 1846, S. 47. 1. 289; D. 47.1. 15.21 juin 1880, S. 81. 1. 297; D. 81. 1. 108.

Aubry et Rau, t. IV, § 339. Larombière, sur l'article 1304, n 34. Demolombe, t. XXIX, n 137. Dâva sçmağa salâhiyet olmaması halinde de aynı hüküm caridir.

Her hangi bir dâva sçhkten sonra dâvanın reddi için defî olarak dermeyan edilen bir mukavelenin nisbî veya mutlak butlanını cevaben iddia eden kimse hakkında bu kaide tatbik edilemez.

Req. 18 mai 1886, D. 87. 1. 121.

Larombière, t. V, p. 314, sous l'art. 1304, no 5. Aubry et Rau, t. VIII, p. 424

[2] Toulouse, 18 novembre 1836, S. 37. 2. 324.

Baudry—Lacantinerie et Barde, 3 édit., t. XIII, n 961, paris, 17 juin 1911, Gaz. 23 novembre 1911.

C. 13 messidor an XII, 1 er bromaire an XIII, 13 termidor an XIII. 6 décembre 1808. 11 février 1832, S. 32. 1. 666. 11 juin 1846, 12 juin 1890, D. 90. 1. 489. 4 août 1894, D. 97. 1. 266. C. 10 décembre 1844, D. 45, I. 66.

Larombière, art. 1351, n 74.

Bakınız: Dalloz; Répert., v obligations, n 1988., D. Périodique 64. I. 217 note.

*Electa una via, non datur regressus ad alteram [1].*

Dava bir kerre hukuk mahkemesinde açılınca artık ceza mahkemesine müracaat edilemez.

Davaya bakan hâkim defe de bakar, yani bütün müdafaa vasıtalarını tetkik salâhiyetini haizdir. Bu kaide umumdür ve sulb hâkimleri de dahil olduğu halde her derece mahkeme hakkında tatbik olunur [2].

*Quem de evictione tenet actio, eumden agentem repellit exceptio.* Zapta karşı tekeffül eden istihkak dâvası açamaz. (Bakınız: Dâva)

*Bona fides non patitur ut bis in idem axigatur [3].*

Aynı şey iki kerre istenilemez. Hüsnüniyet buna mânidir.

**Delil:**

*Actore non probantea reus apsolivitur [4].*

*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.* L. 2. D. tit. 2, liv. 32 [5].

*Frustra probatur quod dropatum non relevat [6].*

*Idem est non esse et non probari [7].*

[1] Dava kelimesine bakınız.

[2] Bakınız: C. 11 avril 1836, S. 36. I. 696. 9 février 1847, S. 47. I. 443. 27 juin 1860, S. 61. I. 511. 22 juillet 1861, S. 61. I. 951, 15 mai 1865, S. 65. I. 419. 26 juillet 1898, S. 99. I. 29. 10 décembre 1909. S. 02. I. 20. 22 octobre 1901, S. 02. I. 21. Karşılaştırınız: C. 23 juillet 1868, S. 69. I. 116. 6 mars 1872, S. 72 I. 12'. 27 avril 1875, S. 75. I. 273. 24 août 1881, S. 82. I. 160. 24 juillet 1895, S. 96. I. 16.

[3] Bir alacağın iki kerre istenmesine müsaade edilemez.

HMUK 541 ile karşılaştırmız.

Non bis in idem kaidesi bilhassa tescil-hukukunda mevzuu bahis olur. Bakınız: C. 5 juill et 1820, D. jurisprud. générale, v Enregistrement, n 4075, note I. 30 juillet 1862, S. 62. I. 99; D. 62. I. 869. 28 octobre 1889; 91. I. 545. Civ. C. 28 octobre 1899 15 janvier 1913, Gaz. 24 Janvier 1913. D. 59. I. 339 ad notam. Journal de l'Enregistrement, art. 26, 796. Journal des notaires, 1907, P, 506.

65. Sahifeye de bakınız,

[4] Delil hakkındaki tetkikiimize müracaat. Yukarda S. 47 ve son. Garsonnet, § 538, not 11.

[5] Med. kan. mad. 1315. Aubry et Rau, § 749, not 13. Yukarda S. 47 ye bakınız.

[6] Aubry et Rau, § 694, not 77.

[7] Non esse est non apparere, sunt unum et idem. yukarda S. 47 ye bakınız.]

Mahkeme önünde sabit olmayan şey yok farz olunur. In ipsia probationibus tota iudicii, vis ita est. Is enim qui probare non potest nihil habet, et ubi probatio deficit, per inde est ac sic illud quod non probatur. Non esse et probari non posse, vel non esse idemsnat, et qui non probat, dicitur jus carere. Mascardus, de prob. in proemioquaest. I, no 12.

*Nemo enim auctor esse potest in rem suam.* D. L. 18, liv. 5.

*Illa scriptura nihil probat pro scribente.* Bu elyazısı onu yazan kimse için hiç bir şey ispat etmez. medeni kan. madde 1331.

*In expectionibus dicendum est reum partibus actoris fungi appor-tere; ipsum quoe expectionem velut intentionem implere.* D. L. 19, de probat., 22, 3. Defilerde dâva olunan dâvacı gibi hareket etmeli ve sanki esas mesele imiş gibi defini ispat etmelidir, demek icabeder [1].

*Quod produco non reprebo* [2].

*Nemo tentur edere contra se* [3]. C. L. I, de edendo 2, 13, 3. Hiç kimse bir vesikayı kendi aleyhine ibraz etmeğe mecbur değildir.

*Edenda sunt omnia, quoe quis opud judicem editurus est: non tamen, ut et instrumenta, quibus quis usurus non est compellatur edere.* L. 25, D. tit. ult., de solut. matrim. Hâkim huzurunda ibraz olunmak istenen teknil vesikaları elde etmek lâzımdır; lâkin kullanılmak istenmiyen vesikaları göstermek mecburiyeti yoktur. Hukuk muhakemeleri usulü kanunu, madde 847 ve sonrakiler, 852. Bu kannun 480 inci maddesinin 9 ve 10 numaraları ile karşılaştırınız.

*Secundum allegata et probata, judex judicare debet.* Bu söz 1453 şubat tarihli Montil—lez—Tours emirnamesinde yazılıdır [4].

*Quod in re pari valet, valet in hac quoe pars est.* Cicéron, Topiques, 22.

### Düşünee:

*Cogitationis nemo patitur. de poenis:* Bir şeyi sadece düşünmüş olmak ceza müeyyidesini icap ettiremez. Digeste'in 10 uncu kitabı.

### Ecâl:

*Neque enim magnum damnun est, in mora modici temporis,* L. 21, de judic.

*Dies termini non computatur in termino. Dies a quo non computatur in termino Dies adquem.* HMUK 1033.

*Dies interpellat pro homine* [5].

[1] Yukarda S. 49 a bakınız.

[2] " S. 49 a "

[3] " S. 49 a "

[4] Aşağıda şahadet beyyinesinin takdiri adlı teklifimize bakınız.

[5] Bakınız: MK 1146. C. 12 mars 1877. S. 78. I. 298, 6 janvier 1869. S. 69. I. 309; D. 69. I. 207. 23 février 1858, S. 58. I. 600; D. 58. I. 390. 16 mars 1853, S. 53. I. 361; D. 53. I. 101.



«Borcu müectel olan kimse borçlu sayılmaz». L. 41. D. *de verb. obligat.* 4), I [1].

**Ehlihire:**

*Dictum expertorum nusquam transit in rem judicatam.* Dumoulin, in consuet., tit. 6, § 79. Hâkim bizzat ehlihibredir ve sair ehlihibrenin rey lerini kabul etmiyebilir.

**Ehliyet:**

*Infans nonneptus pro nato habetur, quoties de commodis ipsius partus agitur* [2].

*Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* [3]. MK 1398.

**Evlât edinme:**

*Adoptio imitatur naturam* (4).

**Evlenme** (Cihaz. Babak kelimelerine bakınız).

Bedenle evlenme, borçlarla da evlenmiştir. Med. kan. Madde 1409.

*Habilis ad muptias, habilis videtur ad omnia pacta quae appont in talibussolent.* Dumoulin [5].

[ ] Aubry et Rau, s 303, note 9.

Nihil peti potest ante id tempus quo per rum naturam persolvi possit, et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti non potest.

Kararlaştırılan şeyin, umumiyetle henüz teslim edilebilmesi mümkün olduğu zaman veya taraflarca tespit edilen mühletten önce dâva açılmaz.

Eğer borcunu mevzuu bir arazinin semereleri ise, bu semereler için takibat ancak mahsulden sonra yapılabilir. Zira mahsul zamanından önce borçlunun borcunu ifa edebilmesi imkânsızdır.

Borcun tediyesi için borçluya bir mühlet varılmışse, bu müddetten önce borçlu hakkında takibat yapılamaz.

Barbosa, axiome 11. Aubry et Rau, § 544, note 6. C. 27 févrieri 1815 MK 2260.

[2] L. 26. D. de stat hom., 5, l. 3 C. de posthumis. g. 29 MK 392,725,906.

Laurent, t. VIII, no 358. wahil, Des successions, I,207. Aubry et Rau, § 53, note I; § 69, notes 3 et 28; § 568, note 27.

[3] Bu kaide yalnız reşit olmyanlar hakkında tatbik olunur.

Bakınız: C. 7 novembre 1826, S. chr. 24 décembre 1856, S. 57. I. 245; D. 57. I. 18. 5 juin 1889, S. 89. I 413. 21 juin 1892 (chambres réunies), S. 94. I. 449; D. 92. I. 369. 10 mai 1898, S. 99. I. 433; D. 99. I. 388. Aubry et Rau, § 73, note 18; § 502, note 12.

[4] Aubry et Rau, § 555, note 16.

[5] C. 10 ilkkânun 1867. S. 68. I. 121; D. 67. I. 475. Pal. 68. 281, tahtında Riom istinaf mahkemesi kararı vardır.

### **Evlilik birliği:**

Koca evlilik birliğinin hâkimi ve reisidir (Âdet hukukundan gelen bu vecize bugünkü hukukumuzda girmiştir).

### **Faraziye (yapıntı)**

*Cantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero.* Altaserra, *de fict. juris, tr. I, chap. 5.* Yapıntı, yapma olan halde, doğrunun doğru olan halde haiz olduğ tesirin aynıdır.

*Fictio non operatur ultra casum fictum.* pothier, *Commun* no 78. Bir yapıntı teşmil olunamaz.

*Quod representatio nunquam est de personâ vivente, sed tantum de parente mortuo naturaliter aut civiliter.* Dummlin, *Cout. Du Maine, Madde 241.* Hiç bir vakit hayatta bulunan bir şahıs mirasta temsil olunmayıp, ancak tabii veya medeni bakımdan ölü bir hısım temsil edilir. Medeni Kanun. Madde 744.

*Subrogatum capit naturam subrogati*[1].

*Nemo contra se subrogare censetur.* Meddeni Kanun. Madde 1252. *In iudicis universalibus pretium succedit loco rei*[2].

*Qui per alium fecit, per se ipsum facere videtur.* Medeni Kanun. Madde, 1998 1341.

*Qui mandat, ipse fecisse videtur.* Medeni Kanun. Madde 1998.

*Ratihabitio mandati œquiparatur.*

*Factum executoris (veya vasiñn), factum pupilli.* Medeni Kanun 352.

[1] Aubry et Rau, 619 §, not 34. Aynı ikame için Medeni Kanunun şu maddelerine bakılmalıdır: 747, 766, 1066, 1067, 1069, 1407, 1434, 1435, 1553, 1559.

Bir şahıs veya bir şeyi başka bir şahsın veya başka bir şeyin yerine geçiren hukuk faraziyesi mühim bir âmme itibari unsuru olan ikamedir.

Şahıslar arasında ikame alacaklıya ait tekmil hakların ve dâvaların borçlu yerine ödemede bulunmuş olan, ona para temin etmiş olan üçüncü şahsın nefine olarak intikal etmesidir. Bu ikame, gâh akdi, gâh kanunidir.

Bundan başka bir de Adli denilen ikame şekli vardır. Bu ikame bir kimseye borçlusuna ait dâvaları mahkeme huzurunda kullanmak hususunda bahşedilen salâhiyettir. Medeni Kanunun 1166 ıncı maddesi.

Hukukta misli (fungibilitis, fungi kelimesinden gelir ki ödemek demektir) şeyden ne kasdetmek lâzımdır? Bu tâbir kullanılmakla istihlak olunan ve aynı cins, nevi ve miktarda (yiyecek, para, mayiler, ilh...) Diğer şeylerin kendi yerlerine ikame edilebilecek olan şeyler hakkında kullanılır.

*Genus nunquam perit* Aubry et Rau, § 684, not 26.

[2] Temyiz. 3 Şubat 1841, S. 41, I. 209. Dijon, 30 Temmuz 1898, S. 94. 2. 185 ve bay Saleilles'in haşiyesi.

Aubry et Rau. § 575, 4, 9, 10, 12 numaralı notlar; § 608, 36, 49, notlar; § 750, not 7.

**Feragat** (Hukuk, İtiraz kelimelerine bakınız).

*Ad jura renuntata non datur regresus.* Bu kaide ancak henüz kabul edilmemiş olan feragat halinde tatbik edilmelidir. Zira, feragat, kaide-ten, lehine yapılmış olduğu kimse tarafından kabul edilmiş olmadıkça, geri alınabilir. Medeni kanun madde 1211, fıkra 3, 1364. Hukuk muhakemeleri Usulü kanunu madde 4.

*Renuntiatio non proesumitur. Renuntiatio est strictissimoe interpretationis.* Feragat mefruz olamaz. En dar tefsire tâbi tutulmuştur [1].

*Taciti etexpressi idem est iudicium.*

Zımnî feragat, kanun tarafından farzolunan feragat sarîh feragata muadildir. Med. Kanununun 181, 186, 273, 1115, 1210, 1325, 1338 inci, Ticaret kanununun 105, 435 inci maddelerini mukayese ediniz.

Hiç kimse kendisine ait olandan feragat etmiş farzolunamaz. L. 54, tit. de legatis.

### **Fesih**

*Resoluto jure dantis resloitur jus accipientis.* Bu kaide mirasın taksiminde tatbik olunur. Bir miras taksiminin iptali üçüncü şahıslara müessirdir. Müşterek mirasçıların muvafakat etmiş oldukları temlik muameleleri, devir ettikleri haklar fesih sebeбіle sakıt olur [2].

### **Filî**

*Modica facti differentia, magnam inducit juris diverstatem.* Hâdisedeki ufak bir değişiklik içtihadta büyük bir tebeddüle sebep olmağa kâfidir.

*Facti magis quam juris, quaestio est.* Bu hukuki olmaktan ziyade fiilî bir meseledir.

*Certiorari non debet qui haud ignorat* [3].

### **Haciz**

Haciz üzerine haciz caiz değildir.

### **Hak** (Bakınız: Hukuk)

[1] Faraz, ipotek tescilinin kaldırılması, terkinli alacaklıya ipotek hakkını kaybettirmez, meğerki böyle bir netice sarîh olarak senetten çıksın. Aubry et Rau, § 281. not 35.

[2] C. 22 ağustos 1877, S. 78. 1. 145; II. 1. 481; 21. haziran 1882, S. 84. 1. 259; D. 83. 1. 853; Montpellier. 10 sonkânun 1878; S. 78. 2. 313, D. 84.2. 35; Riom, 10 ilkkânun, 1886, S. 88.2.158; D. 88.2.21. C.26 Temmuz 1887, S. 87. 1. 277, D. 89. 1. 71.

[3] Aubry et Rau, § 269. note 44.

**Hakkaniyet** (Bakınız: Hukuk, Adalet, hürriyet, kanun) *In omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda est.* Paulus, lib 15, *quaestionum*. Her şeyde, fakat bilhassa hukukta hakkaniyeti göz önünde tutmak lâzımdır.

*Placuit in omnibus rebus praecipuum esse justitiae aequitatis que quam stricti juris rationem* [1]. L. 3, C. de *judic.*

*Valeat aequitas quae in paribus causis jura desiderat... quod in re pari valet, valeat in hac quae pari est* Ciceron.

**Haksız sebep** ( Bakınız: iktisap)

**Halefiyet** (Bakınız: Faraziye)

**Hata**

*Non videntur qui errant consentire.* L. 57, de *obligationis et act.* MK 1109 ile mukayese ediniz.

*Ignorantia excusatur; non juis, sed facti* [2]. L. 9, de *jur et facti.* ign. L. 11, §4, de *his qui not.*

[1] 17. Sahifeye ve hakkaniyet bahsine bakınız.

Jus enim semper quaerendum est aequabile, neque enim aliter jus esset. Ciceron, De offic. lib. 2, cap. 12. No 4.

Qui aliter jus civile tradunt, non tam justitiae, quam litigandi tradunt vias. Ciceron, de legibus, lib. I.

Aequitatem legis homo sequi debet, non proprii capitis.

Credo fuisse tempora aliquando quae solam et nudam justitiae haberent aestimationem. Sed quoniam haec ingenii in diversum trababentur, nec unquam satis constitui poterat; quod operteret, certa forma, ad quam viveremus. instituta ut. Hanc illi auctores legum verbis complexi sunt; quam si mutare, et ad utilitates suas pervertere licet, omnis vis juris, omnis usus eripitur, nam quid interest, nullae sint, an incertae leges.

Quintilien. Déclam., 264.

Dum. Cout. Paris, lit. I, §51, pl. 2, no 87, d' apres Balde.

[2] Herkesin kanunu bildiği farz olunur. Bu umumî kaide mer'i hiç bir metinde yazılı değildir. (5 Birinciteşrin 1870 tarihli kararnameinin 4. maddesini tetkik ediniz). Bununla beraber bu kaide hukuki hatanın, taraflardan birinin rızasını tâyi-ne muayyen bir hukuki kaidenin bilinmesi sebep olmuşsa, fiili hata gibi mukaveleyi batıl kılacağı kabul etmemize mâni teşkil etmez.

Toulouse, 18 juin 1821. S. chr. Grenoble, 24 juillet 1830. S. chr. Limoges. 8 décembre 1837, S. 39. 2. 27. Nazariyatta bu noktada hiç bir ihtilâl yoktur.

Müşterek bir hata vasfını haiz olduğu zaman, hukuki hatayı ileri sürmek müm-kündür. C. 13 germinal an XII, S. ch. Aşağıdaki nota bakınız.

*Error communis facit jus* [1]. D. L. Barbarius Philippus; *de officiis*. Müşterek hata bir nevi hukuk yaratır.

### Hibe

*Donatio est ea quae a vivante et ea mente ut accipientis fiat quod nullo modo per dispositionem contrariam revocetur.* D. L. t., *de donat.*, 39, 5. Hibe bir kimse tarafından, geri almak mümkün olmamak üzere ve hibe yapılan kimseyi malik kılmak niyetile yapılan bir teberrudur. MK. 894.

Verilen mal geri istenilemez. [2] MK 894, 943 ve sonrakiler.

*Nemo liberalis nisi liberatus.*

*Invito beneficium non datur.* Paulus, lib. singulari *de assignatione libertorum*. Bir hibeyi kabul mecburiyeti yoktur.

**Hibelerin tefsiri** (Bakınız: Akitlerin hibeleri ve vasiyetnamelerin tefsiri)

[1] Burada umumî bir hata mevzuu bahistir. Bu yanlış kanaat okadar umumîdir ki tashihi hemen hemen imkansız gibidir. Bu esaslı kaide Devlet Şurasının 7 Temmuz 1807 tarihli bir mütalâasında da zikredilmiştir.

Bakınız: Sirey, *Lois annotées*, 1<sup>ere</sup> serie, p. 748.

Bu kaidenin tatbik edildiği haller pek çoktur.

Bu kaide Roma'da bir kölenin yanlışlıkla hür bir adam sayılmasında tatbik edilirdi.

Bakınız: Sénèque, *épistol.* 128; *Recti aput nos tenel error ubi publicus factus est.* Valabrègue: *Reue critique* 1890, p. 30.

Bu kaidenin vasi hakkında tatbikatı için Aubry et Rau, § 115. note 11; Mirasçı sanılan kimse hakkında, C. 8 juillet 1877 S. 78. 1. 28; D. 77. 1. 429; malik sanılan kimse hakkında, C. 20 juillet 1910, D. 90. 1. 392 ye bakınız. Bu son bakımdan bilhassa hüsnüniyetli üçüncü şahısların dinî birlikler mümessilleriyle olan münasebetleri hakkında bir çok makkeme içtihatları mevcuttur. C. 17 juillet 1907, S. 07. 1. 401. 17 decembre 1907, S. 08. 1. 396. 12. juillet 1909, D. 1. 392. Bu kararlar bu mümessillerin muvafakat ettikleri ipoteklerin müteber olduklarını hakkı olarak kabul etmiştir.

Noter huzurunda şahadet eden kimse hakkında şu karara bakınız: C. 28 juillet 1831, S. 32. 1. 174.

Salâhiyeti bulunmayan evlenme memuru huzurundaki nikâh hakkında şu karara bakınız: 7 aout 1883, S. 84. 1. 5; D. 84. 1. 5.

Hüsnüniyetle akdölünen batıl nikâh hakkında da Medeni Kanununun 201 ve 202. maddelerine bakınız.

Muvafakat hakkında: C. 24 mars 1807, S. chr.

Umumî kaide hakkında şu kararlara bakınız: C. 16 mai 1874, S. 74. 1. 471; D. 74. 1. 412. Alger, 27 decembre 1905, D. 08. 2. 193.

[2] Aubry et Rau, § 699, note 5; § 707. Dujardin'in bir etüdünü tetkik ediniz! *Revue critique*, 1868, t. 33. pages 207. 317.

**Hiyle (Bakınız: Hüsünüyet, kusur)**

Hiylenin en iyi tarifini Labéon yapmıştır: «*Omnem calliditatem, fallaciam, mechinationem ad circumveniendum fallendum, decipiendum, alterum adhibita.* L. 1, § 2, *de dolo malo*, [1]. Hiyle hüsünüyete muhalif olan şeydir: *Quia bona fides contraria est fraudi et dolo.*

*Nemo enim videtur fraudare eos qui scium est consentiunt.* L. 187. D. *de reg. juris* [2]. Bakınız: MK 1112.

*Illud nulla pactioe efficit potest, ne dolus praestetur.* Ulpianus, D. 50. 17. 23. Bir kimsenin hiylesinden mesul olmayacağı hakkında yaptığı muamele muteber değildir. MK 1151.

*Fraus omnia corrumpit* [3]. Huda bütün hukuk kaidelerini ihlâl eder.

*Fraudis interpretatio, semper in jure civile, non ex eventu duntaxat sed ex consilio quoque desideratur.* Papinianus, D. 50. 17 et 79 [4].

*Dolus ei duntaxat, nocere debet qui admisit.* Paulus, L. 9 *quae in fraud. Credit.* Hiyleden yalnız onu yapan zarar görmelidir.

*Fraus inter propinquos facile praesimitur.* Yakın hısımlar arasında hud'a kolayca mefruzdur.

*Nemo de improbitate sua consequitur actionem.* L. 12, § 1, *de partit.* *Alterius circumventio, alii non praebet actionem.* L. 49, *de reg. juris.*

---

Verilen mal geri istenilmez kaidesi mukavele serbestisine muhaliftir. Binaenaleyh tereddüt halinde çok dar mânada tefsir etmek lâzımdır. Demolombe, t. XX. no 420. Aubry et Rau, t. VII, p. 366. Duranton, t. VIII, no 477. Demante, t. IV no 67 bis I. Troplong, t. II no 1211. Aksine mütalâa: Laurent, t. XII, no 409. Baudry—Lacantinerie, t. II, no 487.

[1] MK 1116, 2059. Mamefiş alım satımında yapılan küçük desise ve sanıaları hiyleye benzetmek doğru değildir. In venditionibus et locationibus, licet se invicem circumsc. scribere. L. 16, § 4. D. *de minor XXV annis* 4. 4., L. 22, D. *loc. cond.* 19. 2. L. 8, C. *de rescind. vind.* 4. 44.

Mukayese ediniz: C. 81 janvier 1853, S. 1. 349. 12 janvier 1863, S. 63. 1.249. Riom, 12 mai 1884. S. 85. 2. 13.

Huc, t. VII, no 36. Larombiere, art. 1116, no 5. Demolombe, t. XXIV, nos 178 et 179.

[2] Bakınız: MK 1112.

[3] Bu kaidenin tatbik edildiği haller pek çoktur. Mukavelelerde hüsünüyetten bahsederken bunları göreceğiz.

[4] Hukukta hiyle yalnız neticeye göre değil, failin niyetine göre de takdir edilmelidir.

*Generaliter cum de fraude disputatur, Non quid habeat actor, sed quid per adversarium habere non potuerit considrandum est [1].* Papi-  
nianus, lib. 31 *de quaestionum*.

**Huda** (Bakınız: hiyle)

**Hudut**

*Eantent laudes, Termine sancte, tuas; omnis erit, sine te, litiglo-  
sus ager.* Ovide, *Mëtam.* Ey mukaddes hudut: Senin methini ilâ edelim.  
Eğer sen olmasaydın bütün topraklar ihtilâflı olacaktı. MK 646. 12 Tem-  
muz 1905 tarihli kanunun 7. maddesinin 3. bendi.

**Hukuk**

*Jus pluribus modis dicitur, nuo modo cum id quod semper æ-  
quum et bonum est dicitur, ut est jus naturale, altero modo, quom  
omnibus aut ploribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile [2].*  
*D. de justitia et jure, I, 1.*

*Jus autem circa tria, objecta versatur; nam omnia jus quo utimur,  
vel ad personas pertiment, vel ad res, vel ad actiones. L. I, de stat.  
hom. Instit. § 12, de jure nat. et gent. et civ.*

*Jus naturale est, quod natura docuit. L. I, § 3, tit. de justitia et  
jure.*

*Jus civile, proprie dictum est, quod ex legibus... decretis princi-  
pum, auctoritate prudentventium venit. Privatium, quod ad singularum*

[1] Umumiyetle hiyle mevzuu bahsolunca yalnız müddeinin halen elinde mev-  
cut olana bakılmaz. İhtilâflı şeyden, boçlunun suiniyetile mahrum olmasaydı, elde  
edebileceği bütün menfaatlar da nazara alınır.

Bu kaide malikin istediği gayrimenkulü iade etmek ve fazla olarak onun uğra-  
dığı kayıp dolayısıyla istemeğe hakkı olduğu tazminatı da ödemek mecburiyetinde  
olan suiniyetli zilyedler hakkındadır.

Aynı suretle haksız olarak zilyetliğine geçirdiği gayrimenkulü iadesine mahkûm  
olan kimse yalnız hakikatan elde ettiği semereleri değil, fakat o kimsenin zilyed ol-  
ması halinde elde edecek olduğu semereleri de iade ile mükelleftir. Zilyedin elde  
edebileceği kira gibi sair istifadeler hakkında da aynı hüküm caridir.

Satıcı sattığı şeyi muhafaza ederse, akdi bir üçtuncü şahsa tasdik ettir-  
meği taahhüt eden ve tazminatla mükellef tutulmasına rağmen bu taahhüdünü ye-  
rine getirmiyen kimse hakkında yine aynı kaide tatbik olunmak lâzımdır.

[2] 14. ve sonraki sahifelere bakınız.

Cicero "sumus ad justitiam natî nec opinione sed natura constitutum est jus,  
diyor. Adalet hissi insanlarda doğuştan mevcuttur. Voltaire de

"Adalet ve kanunlar en katı yürekliere bile kendilerini duyururlar," diyor (Oreste).

*utilit, atem publicum jus est quod ad statum rei publicae spectat.* L. 1,7,38. tit. *de legibus*[1].

*Jus gentium est qui gentes humanae utuntur.* L. I, § 4. *de legibus.*

*Quod quisque juris in aeternum statuerit, qui ipse eodem jure utantur.* L. I, *de justitia et jure* [2].

*Est quidem res sanctissima civilis sapientia; sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonesta: quaedam enim, tametsi honeste accipiuntur, inhoneste tamen petuntur.* Ulpinauns, D. 50, 13,I, §4 et 5. Hukuk ilmi hakikaten mukaddes bir şeydir. Kıymetini para ile ölçmek onu çok aşağılatmak olur. Unutmamalıdır ki şerefle kabul edilebilen fakat şerefle istenilmeyen şeyler mevcuttur.

Ciceron hukuku şöyle tarif eder: *Aequitas constituta iis qui ejusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas.* Bakınız: Tropiques, chap II [3].

*Imprimis cognoscendum est quae sit con juctio hominum, quae naturalis societas inter ipsos: his enim explicatis, fons legum et juris facili explicari potest.* Cicéron, *de legibus.* lib. I.

*Natura enim juris nobis explicanda est, aequae ab hominis repentenda natura.* Cicéron, *de leg.* I, 5. Hukukun mahiyetini izah için insanın mahiyetini izah etmek lâzımdır.

*Ergo omne just, aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo* L. 40, D. *de legibus.*

*Iude jus nostrum constat, aut ex scripto, aut sine scripto.* L. 6, § I, *de justitia et jure.*

*Licet vim vi repellere.* Cebre karşı cebir istimaline müsaade olunmuştur L. 12, § I, tit. *quod met causa.* L. 45, § 4, *ad leg aquiliam.*

[1] Quod quisque populus ipse sibi Jus constituit, id ipsius proprium civitatis est; vocaturque Jus civile, quasi Jus proprium ipsius civitatis. L. 9, ff.d. t.

[2] Bu meşhur beyanname pretor beyannamelerindeki çeşitliliğe son verdi. Pretorlar vazifelerinin devamı esnasında, başlangıçta neşrettikleri beyannameden ayrılmıyorlardı.

[3] Büyük hatip bir başka yerde de şöyle demiştir: *Est non scripta, sed nata lex; quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripimus, ha usimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti; non instituti, sed imbuti sumus.* 17. Sahifeye ve notlarına bakınız.

*Ratio naturalis ... les quaedam tacita.* Paulus, *de bonis damu.* 7.



*Spoliatus ante omnia restituendus* [1]. Fakat hakkın bizzat ihkakına müsaade olunmamıştır.

*Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.* L. 8, *de legibus* [2].

*Jura constitui oportet in his quae ut plurimum accidunt, non quae ex inopinato.* L. 3, *de legibus*.

*Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* [3].

*Non debeo melioris conditioni esse quam auctor meus a quo jus in me transit.* D. L. 175, *de reg. jur.*, 50, 17, 1. Bana hakkını devreden kimseden daha iyi şartlara malik olmamalıyım.

*Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur.* L. 55, D. *de reg. jure*.

*Nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet.* L. 151, D. *reg. jur.*[4].

*Neminem laedit qui jure suo utitur.* D. L.129, 155, § 1.

*Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest* [5]. L. 174, § 1, *de reg. juris.*, 50, 17. MK 791, 1130, 1453, 2220 ile mukayese ediniz. *Mefruz haklar* umumiyetle redde imkân vermezler, çünkü hakikatta nenüz bir hak mevcut değildir.

[1] Bu kaide zilyedliğin iadesi için açılan dâvanın essasını teşkil eder.

At vero adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere. L. 4 ad leg. aquil. Ciceron, pro miloue, no 9. D'Aguesseau, t. X, part. 2, p. 265 in fine. Bakınız: MK 328, 329. Bakınız: sahife 29.

[2] Orat. Catonis, pro lege oppia, dans Tite—Live. Ciceron, pro, domo, no 43; Pro Sexto. no 65; In Verrem, no 41.

Drayfus dâvasında Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesinin salâhiyeti bir kanun ile kaldırılmak suretile bu kaide ihlâl edilmiştir.

Bakınız: L. 4 et 6 mêm titre.

[3] Civ. C. 13 novembre 1912, aff. Lebel. Aubry et Rau, § 176, note 11; § 490, note 52; § 685 ter, note 3.

[4] Fakat hakkın suiistimali mevzu bahis olduğu takdirde bir diğer kaide tatbik edilir: *Expedi enim reipublicae, ne sua re quis male utatur.* Herkesin kendine ait olanı suiistimal etmemesi âmmenin menfaati icabıdır. İlerde kusur bahsine bakınız.

*Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea quae non facit.* L. 121, D. *de reg. juris.* 10 17. Bakınız: Aubry et Rau, § 444, note 1. |

Hakkını faydalı bir şekilde kullanmayıp izrar kasdile hareket eden kimse hakkını suiistimal etmiş sayılır.

[5] Aubry et Rau, § 700, note 16.

*Jus civile, vigilantibus scriptum est; non negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditur.* Paulus, ex q. causis majores, 16.

*Melius est jura intacta servare, quam vulnerata causa remedium querere* [1].

*Nemo ex suo delicto, meliorem suam conditionem facere potest.* L.134, tit *de reg juris.* Ayrıca bakınız: L. 175.

Her derdin hukukta bir devası vardır. Yani daima mahkemeye baş vurulabilir.

*Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* [2]. Ulpianus, 54. *de reg. jur.*

*Id quod nostrum, est, sine factę nostro, ad alium transferre non potest.* MK 545.

*Causa domini, multiplicari non potest.* İstemek hakkını haiz olan kimse reddetmek hakkını da haizdir.

*Ejus est nolle, qui potest velle.* L. 3, tit. 17, liv. 50.

*Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere.* D. L. 21, tit. 17, lib. 50. Daha fazla yapmak hakkını haiz olan kimse daha az yapmak hakkını da haizdir.

*Nemo juri suo renuntiasse facile praesimitur; nullus demere de suo censetur.* Bir kimsenin hakkından vazgeçtiğini kolaylıkla farzetmeğe imkân yoktur. Bir kimsenin hakkını terkettiği ise asla farzolunamaz.

*Nemo cogitur jure suo uti.* MK 2232.

*Quod potuit non fecit* [3]. Kimse hakkını iskat etmez

## Hukuki Muamele

*Verba volant, scripta manent.*

*Expressa, nocent, non expressa non nocent.* L.195, D. *De reg. juris.*  
*Cum superflua non nocent.* L. 17, D. *De testam* [4].

[1] MK 618/2, 865, 882, 1447. Huc, t. VII, no 186. Demolombe, t. XXV, no 96. Laurent, 216, no 390.

[2] Aubry et Rau, lère édit., § 176, notes 8 et 11, § 386, texte, no 1.

Bu kaide Fransız hukukunda Romadakinden daha fazla bir şümüle maliktir. MK 954, 963, 1183, 1673, 1681.

Bu kaide Medeni kanunun 2125, 2182: 2 ile Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 717. maddesine de girmiştir.

[3] Aubry et Rau, § 229, note 1.

[4] Bu vecize bir adli kararda mevcut bulunup lüzumundan fazla olan muely sebepler hakkında kullanılır.

*Utile per inutile non vitiatur.* L. I, § 5, D. de verb. sign.

*Non solent quae abundant, vitiare scripturas,* L. 94, D. de reg. juris.

*Nec enim ordo scripturae spectatur, sed potius ex jure sumitur id quod aegi videtur.* L. 6, D. de solutione.

*Locus regis actum* [1].

*Tempus regit actum.*

*In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus.* L. 144, § I, D. tit. 17, liv. 50 [2].

*Media tempora non nocent* [3].

## Hürriyet

*Libertas inestimabilis res est.* paul. lib. 2 ad edictum.

*Est libertas quidem facere libet, nisi quod vi aut jure prohibetur.* D. L. 14, tit. 5, liv. I. Justinien, instit., I, 3. I. Hür tâbirinin kendisinden çıktığı hürriyet, herkesin, kuvvetle veya kanunla menedilmiş bulunmadıkça, dilediğini yapmak hususundaki tabii salâhiyetidir.

[1] Dalloz, Code civil annoté, MK 8, no 280 et suiv.

Aubry et Rau, § 81, p. 167 et suiv. ; § 78, p. 509, 510, note 46; § 183 bis, note 42; § 468, note 20; § 661, note 1.

Bu kaide tamamen ihtiyaridir. Tarafların aksini kararlaştırmaları mümkündür. Paris, 13 janvier 1887, Pandectes, 87. 2. 132.

Şekli muamelelerde dahi cari olan Locus regit actum kaidesi Devletler arası Hukuku ihtilâflarında poliçeler hakkında tatbik olunur. Poliçelerin muteberiyeti ancak yazıldıkları memleketlerin kanunlarına uygun olmasına bağlıdır. Audinet, Princ. élém. du dr. int. pr., 2 édit., n 750. Bu müellifin zikrettiği eserlere de bakınız.

Bu prensipten şu netice çıkar: Almanya'da çekilen poliçe ödenecek paranın miktarını göstermese bile Fransa'da muteber sayılacaktır. C. 18 aout 1856, S. 1857. I. 586. Paris, 10 avril 1867. Journal des Tribunaux de comerce, 1868. 455.

Daha geniş bir mesele olan Devletlerarası Hukukta hukuki muamelelerin şekli ve Locus regit actum kaidesi hakkında Audinet'nin yukarda adı geçen eserine bakınız (nos 344 et suiv. ).

Locus regit actum kaidesi hukuki muamelelerin yalnız şeklini tâyin eder. Ahkâmî şahsiye meseleleriyle alakası yoktur. Bu meseleler şahsi statüye göre halledilir. Rouen, 25 juillet 1908, D. 07.2. 257. V. Paris, 2 décembre 1898, D. 99. 2. 177. C. 14 juin 1899, D. 1900. 1. 45. C. 28 décembre 1892, D. 95. 1. 81.

[2] Bir akdin muteber olup olmadığını anlamak için, yapıldığı zamanı nazara almak lazımdır.

Aubry et Rau, § 49, no 4. Laurent, t. I, no 201. C. 23 juin 1813. S. chr.

[4] Aubry et Rau, § 83 bis, note 6.

*Sub lege libertas* [1].

**Hüsnüniyet** (Bakınız: Hiyle) [2].

*Fides bona, contrario est fraudi et dolo.* L. 3 ult. D. tit. *Pro reo*. L. 5, Code, de rescind. verd. [3]. Hüsnüniyet hiyle ve hüd'aların müddidir.

*Grave est fidem fallere* [4]. L. 1. tit. *de constituta pecunia.*

*Bona fides extgit ut quod conventi fiat.* L. 21. tit. *de locatt.*

Hüsnüniyet anlaşmaların yerine getirilmesini icap ettirir.

*Bonae fidei non congruit, de apicibus juris disputare.* L. 29, § 4, tit. *de mandati.* Hukukun kurnazlıkları, incelikleri hakkında münaakaşa etmek hüsnüniyete muhaliftir.

*Bona fides non patitur ut bis idem exigatur.* Gaius, D. L. 57. *de Regal. juris.* Hüsnüniyet bir edanın iki defa istenilmesini kabul edemez.

*Bona fides est illaesa consciencia putantis rem suam esse.* Voët, *De usucap.*, n 6. Pothier, *Pandectes*, t. II, p. 149, no 77.

Hüsnüniyet, bir şeyin kendisine ait olduğunu zanneden kimsenin samimi kanaatıdır. MK 533, 596.

*Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est.* Paulus, lib. 18. *ad edictum.* Zilyedin hüsnüniyeti mülkiyeti gibidir, meğerki kanun aksini kabul ede [5]. MK 549.

**İcab**

*Pollicitatio est soltus offrentis promissum.* D. L. 3, *de pollicit.* İcab yalnız teklifte bulunanın vadidir.

**İcbar**

*Nemo potest cogi ad factum.* MK 1142.

[1] Forum et Jus. Bu meşhur söz Berryer'in en güzel müdafaasemelerinden birinde bir leit — motif gibi ortaya çıkmaktadır.

[2] İlk derece hâkiminin salâhiyetlerini ileride tetkik ederken millî hukukumuzdaki hüsnüniyet nazariyesini tamamen izah edeceğiz.

[3] Cicéron, *de officiis*, lib. 3, nos 60, 61.

[4] Cicéron, *de officiis*, lib. 1, nos 81, 82.

[5] Hüsnüniyetle bir şeye zilyed olan kimse malikin bütün haklarına sahiptir. Mala elkoyan üçüncü şahıslara karşı dâva açabilir ve zilyedi bulunduğu şeyin bütün emareleri onun olur.

**İçtihat** (Hukuk, Adalet, Kanun maddelerine bakıla).

*Generaliter non exemplis, sed legibus iudicandum est* Justin. L. 15, C. de Sententiis.

*Judex ab auctoritate rerum, perpetuo similiter iudicaturum, non facile recedere debet.* İçtihat iyice belli olduğu takdirde hâkim ondan ayrılmamalıdır.

*Non ex multitudine auctorum; propter honorem splendidissimi papiniani* [1]. Eger peşinen bir mesele hakkında reyini beyan etmişse, sair müelliflerin, sayıları çok dahi olsa, içtihadı bir yana bırakılmalıdır.

### **İhtiyar**

Mülkiyet hakkının normal icrasını teşkil etmeyen ve tamamen ihtiyari olan fiiller ne zilyedliğe ve ne de iktisabi müruru zamana esas olurlar. MK 2232.

**İkrah** (Hile kelimesine bakınız).

*Vani timoris justa excusatio non est* [2].

### **İkrar** [3].

*Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.* L. 1, tit. 2. liv. 42, de confessis. Hâkim huzurunda ikrar edenler hakkında o anda hüküm verilmiş gibidir. Bunlar adeta kendi mahkûmiyet hükümlerini okumaktadırlar.

*Aut et toto sumendum, aut ex toto rejicientur.* Hâkim huzurunda ikrar ya tamamen kabul ya tamamen reddedilmelidir. MK 1356.

[1] Justin, de veteri jure, 1, § 6.

Netekim, Temyiz mahkemesi medeni hukukta Aubry et Rau'nun, Hukuk usulünde Garçonnet'nin, İdare hukukunda Dueroç'un, Ticaret hukukunda Lyon—Gaen et Renault'un reylerinden kolay kolay ayrılmamaktadır. Bunlar mahkemenin tercih ettiği müellifler.

[2] Hakkı bir korku mevzuu olmadıkça mânevî ikrahtan bahis olunamayacağı aşikârdır. Med. Kan. madde 1116, 1653.

Korku ya ağırdır, ya hafif. Bu vakur insanı dahi ürkütmeğe yetecek kadar kudretli sebeblere dayanmakta ise korku ağırdır, ölüm korkusu veya bir namussuzluk gibi. Bu korku vazih olarak ispat edildiği takdirde sebep olmuş bulunduğu muameleyi batıl kılar, ancak butlanın, neticede müstakil bir takdire malik olan hâkim tarafından karar altına alınması lazımdır.

Sadece iradenin kullanılmasına mâni olmayacak tehditlere veya sair sebeplere istinat eden korkuya, zayıf korku nazarı ile bakılır.

[3] İkrar hakkında yukarıda 73-83. sahifelere bakınız.

*Qui non potest donare, non potest confiteri.  
Nemo auditur referenti nisi constat de relato.*

*Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare.* Paulus, lib. 54. *ad edictum* [1]. Sükût daima ikrar demek değildir. Fakat sükûtun inkâr mânasına geldiği de her zaman doğru değildir.

### İktisap

*Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus.  
Ubi periculum, ibi et lucrum collocetur.* L. fin., § 3, C. de furtis.  
*Aequum est, ut cujus participavit lucrum, participet et damnum.*  
L. 55, fin, pro socio.

*Jure naturael equus est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locuplettozem.* Pomonius, L. 206, D. de reg. jur. 50, 17 [2].

Bu o kadar haklı ve o kadar bedihidir ki mermere yazıp her mahkeme kapısına asılrsa yeridir [3].

[1] Sükût etmek ikrarla inkâr arasında kalmak demektir. Bazı haller vardır ki orada sükût ikrar mânasına gelir. Meselâ açıkça muhalefet ederek bir neticenin husulüne mâni olunulabilecek hallerde sükût edilmiş olmasını hakiki bir muvafakat mânasına almak lâzımdır. Keza huzurunda eşyalarımın terhin edilmesine ses çıkarmamam halinde onları bizzat ben terhin etmiş sayılırım.

Bilâkis, muhalefetim ile neticenin husulüne mâni olamıyorsam, sükûtum hiç bir zarar tevliit etmez. Bazı haller vardır ki muamelede hazır bulunan kimsenin sükûtunu hakiki bir muvafakat gibi telâkki etmeğe imkân yoktur. Modestinus bunun bir misalini vermektedir (Digeste. de pignoratitia actione):

Bir borçlu alacaklısına arazisini uzun müddetle kirahıyor. İcarın hitamında o bnce alacaklı bu toprakları oğluna vasiyet ediyor ve bu toprakların kendisine ait olduğunu ve borçlusundan satın aldığını söylüyor. Borçlu da bu vasiyetnameyi şahit sıfatıyla imzalıyor. Şimdi bu kimsenin vasiyetnamesinin bu hükmüne muvafakat edip etmediği sorulmaktadır. Modestinus borçlunun hukuki muamelede şahit sıfatıyla bulunmuş olmasının kendisine hiç bir zarar vermiyeceği fikrindedir ve alacaklının vasiyetnamesinde bahis ve vukuunu iddia ettiği beyi akdini kabul ettiği söylenemez demiştir. Zaten çok defa şahitler çok defa vasiyetnamelerin muhteviyatını bilmeden imza ederler ve imza kendisine kabilli isnat olıyan bir fiilî hatadan başka bir suretle izah edilemez.

Şayet kaununun âmir hükümleri bahis mevzuu ise (HMUK 171, 173) o zaman sükût vazgeçme mânasına gelir. Carré et Chauveau, p. 747.

İtiraz, istinaf, temyiz mehilleri hakkında da aynı hüküm caridir. Eğer hiç bir barekette bulunulmazsa hak sakit olur.

[2] Pothier'de bir çok misaller vardır. Bakınız: Obligations, no 449; Propriété, no 170; Donat. entre mari et femme, no 58.

Cicéron, de officiis, lib. 3, cap. 10 no 42. MK 555.

[3] Laurent, t. VI, 176. Acçaries, t. 11, 807, 963. Aubry et Rau, § 235, note 8.

Haksız iktisap dâvası (*Actio de in rem verso*) bu kaidenin bir tatbikidir [1]. Bu dâva hakkaniyet prensipine istinat eder. Bir kimsenin mamelekinin haklı bir sebep olmaksızın başkası zararına zenginleştiği ve zarara uğrıyan kimsenin de zararını telâfi için hiç bir dâva hakkına malik olmadığı hallerde bir kimsenin başkası zararına zenginleşmeyeceği kaidesinin kabulü hakkaniyet icabındandır.

*Qui certat de damno vitando, antepoenendi est et qui certat de lucro captando.* Bir zarara mâni olmağa çalışan kimse bir menfaat teminine çalışana tercih edilmelidir [2]. (Çevirenin notu: defi mefasıt celbi menafiden evlâdır. Mecelle 30)

*Cum de lucro duorum quaeratur, mellor est causanpossidentis.*

Taraflardan hangisinin haklı olduğunda tereddüt edilirse ziyed tercih olunur.

*Eum sequi debent commoda, quem sequentur incommoda* [3].

*Lautius vixit, non est locupletior.* Çok lüks bir hayat sürdü, fakat artık zengin değildir [4].

[1] De in rem versum dâvası hakkında bakınız: Aubry et Rau, § 256 bis, note 15; § 326, note 5; § 578, Loubers'in makalesi, *Revue critique*, 1912, p. 396 et suiv. Baudry-Lacantinerie et Barde, des obligations, t. III, 2 e partie, p. 1064, no 2827. Karşılaştırınız: C. 15 juin 1892, D. 1892.1.596.

Haksız iktisap dâvası evli kadın aleyhine de açılabilir. Evli bir kadına ödünç veren kimse bu muameleye kocanın izni lâhik olmadığı fakat bundan kadının daha önceki bir borcunu ifa suretiyle istifade ettiği takdirde muamelenin butlanına rağmen ikraz edilen meblâğın iadesini dâva edebilir. C. 24 janvier 1855. S.56.1.56.

Fakat arsa sahibi ile kararlaştırılan plân mucibince götürü olarak bir bina inşasını taahhüt eden kimse plân üzerinde yapılan değişiklik ve ilâveler bahanesile fiyatın artırılmasını talep edemez, meğer ki bu değişiklik ve ilâvelere yazılı olarak müsaade etmiş ve yeni fiyat üzerinde de arsa sahibile mutabık kalmış olsun.

Haksız iktisap dâvası ancak bir kimsenin mamelekinin haklı bir sebep olmadan bir başkası aleyhine zenginleştiği ve bu başkasının da zararını telâfi için bir akitten, şibih akitten veya cürüm veyahut şibih cürümden doğan bir dâva hakkına malik bulunmadığı hallerde açılabilir.

İstisna akdinde mütaahhit mukarrer fiyattan fazlasını istemek bahanesiyle haksız iktisap dâvası açamaz. MK 1793.

C. 16 juillet 1890, S. 94.1.19. 2 décembre 1891. S. 92.1.92; D. 92.1.181. 31 juillet 1895. 18 octobre 1904, S. 07.I. 465; D. 05.I.119. 20 mars 1905, *Pandectes* 05.I.277. Civ. C. 13 novembre 1912. Karşılaştırınız: Douai, 9 avril 1900, D. 01.2.1. Bordeaux, 7 août 1900, Rec. Bordeaux 1901.I.51.

[2] Aubry et Rau, § 313, note 18; § 613, note 31.

[3] Par debet esse ratio commodi et incommodi. Aubry et Rau, § 302, note 62.

[4] Bu kaide müteveffanın miras hissesinden fazla olarak yalnız iratları üzerindeki bir teberruda bulunması halinde tatbik edilir.

**İmtiyaz** (İpotekler kelimesine bakınız).

*Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae: et ideo quaedam ad heredes transmittuntur quae causae sunt: quae personae sunt, ad heredes non transeunt.* Modestinus, lib. 8, ad regularum.

*Privilegia non ex tempore, sed causa estimantur.* İmtiyazlar tarihlerine göre değil, sebeplerine nazaran tasnif olunurlar, madde 2096.

**İpotek** (Bölünmezlik, İmtiyaz kelimelerine bakınız).

*Hypotheca est tota in tota et tota in qualibet parte*[1] Medeni Kanun madde 1221/1, 2114.

*Potior tempore, potior jure.* İpoteklerin sırası üçüncü şahıslara karşı müessir olmamaları için yaptırılan tescillerin tarihleri ile tayin edilir. medeni kanun madde 2134.

*Plus est cautionis in re, quam in persona.*

**İrtibat**

*Praetor dixit ne causae continentia dividi non debet.* § L. 10. C. de judic. Murtabit dâvaları ayırmamak lazımdır. Bakınız: HMUK 155, 181, 184, 251, 288, 719, 720, 733... [2].

*Par in parem non habet imperium.* Aynı dâvanın yahut murtabit bir dâvanın başka başka mahkemelerde açılması halinde merci tayini yoluna gidilir [3].

**İrtifak**

Hüccetsiz irtifak olmaz.

Paris âdetince konulmuş bir esastır

*Quilibet fundus praesumitur liber a servitutibus* [4].

*Servitutum non ea natura est, ut aliquis faciat quis, sed ut liquidati patiatur, aut non faciat* [5]. L. 15, § 1, D. serv., 8. I.

*Servitus nunquam in faciendo consistit.* Bir irtifak hiç bir zaman şahsi bir vecibe doğurmaz. Medeni Kanun madde 686, 697 ve 698.

*Servitus servitutis esse non potest* [6]. L. 33, § 1, D. de serv. Proed. inst. 8. 3.

[1] L. 6, de distract. pign. fash. 8, 28. Demolombe, cilt XXVI, no 524.

[2] Aşağıda kanunun ihlali bahsine bakınız.

[3] Mercei tayini hakkında, bakınız: HMUK. 368 ve sonrakiler, Ağustos 1737 tarihli emirname. Faye, p. 686 ve sonrakiler.

[4] Aubry et Rau, C. III. S. 189, 142, 190, 191 ve not 27; C. II, S. 142 ve 256.

[5] Aubry et Rau, § 247, not 22.

[6] İrtifak mevcut olmak için arazinin muhtelif maliklere ait olması lazımdır. Hâdim gayrimenkulün sadece irtifakın kullanılmasına riayetle mükelleftir. Hiç bir



*Res propria nemini sua servit.*

**İstirdat** (Bakınız: dâva hakkı, iktisap, defi, müruru zaman)

*Vindicatio rem sequitur.*

**İstinaf**

*Appellatio extinguit iudicium.* İstinaf üzerine dâva yeni baştan başlar. HMUK 16, 457.

**İtiraz** [1] (Ferat kelimesine bakınız).

saman bir şey yapmak (ut faciat) ile mükellef değildir. Yalnız bir şeyin yapılmasına (ut patiatur) veya yapılmamasına (ut non faciat) müsaade etmekle mükelleftir.

İrtifak hakkına sahip olan istifade eden gayrimenkul malikine gelince, bu hakkın istimalini temin için lüzumlu olanları yapmakla mükelleftir. (in faciendo, in habendo in. prohibendo) Planiol, C. I, No. 175; Huc, t. IV, No. 260. Demante et Colmet de Santerra. C. 2, No. 487.

Çansa perputna dan maksat yalnız irtifakin ileride kullanılmasını temin için oldukça sabit ve devamlı bir vaziyettir.

[1] Aubry et Rau, § 545, not 17. Toullier, C. VI, No. 806, 809 a bakınız.

Şu veya bu muamelenin, şu veya bu hâdisenin neticelerine katlanmak istememeğe, hasım tarafın sözlerini ve ifadelerini varit veya doğru olarak kabul etmek istememeğe dair olan beyana itiraz denir. Şu veya bu hakkın derhal kullanılmamış olması onun terk edilmediğine dair olan beyana ihtirazi kayıt adı verilir. ihtirazi kaydın hükümü bir hakkı veya bir ret sebebini kabul yahut ta onlardan ferat etmek karinesini çürütmektir. İhtirazi kayıtlar çoğu zaman zımnî bir itiraz ihtiva ederler. Lâkin alelade ihtirazi kayıtlar dermeyanı ihtirazi kayıt sahibine ne menfaat, ne de zarar vermez. C. 10 İlkânun 1902, D. 03. 1. 119. C. 19 Sontegrin 1839. D. 90. 1. 295 ile karşılaştırınız. Bunun aksine olarak, bir itiraz ihtirazi kaydı muhtevi olmaz, (meselâ, hasım canibinden iddia olunan bir vakıya karşı itiraz halinde olduğu gibi).

İtirazlar ve ihtirazi kayıtlar katî olmalı, umumi tâbirlerle ifade olunmamış ve gayri müphem olmalıdır. Modern hukukumuzda ihtirazi kayıtların bilhassa nakliyat meselelerinde ehemmiyeti vardır. Bazan bizzat nakliyeciden (mâkbuz üzerinde, bagaj pusulası üzerinde tesbit edilen ihtirazi kayıtlar); bazan gönderilenden sâdir olurlar. Ticaret kanunu madde 105. Bununla beraber eşyanın bir şey söylenmeksizin ve ihtirazi kayıt dermeyan olunmaksızın kabul edilmesi malın ayıplı olduğunun veya gönderenin kusurunun ispatı hakkını ortadan kaldırmaz. Civ. C. 15 Sontegrin 1897, D. 98. 14. 127. Metinde nakle ettiğimiz kaideye tevfikân bilhâzır infaz olunan bir mahkeme kararına karşı itiraz beyhudedir; ilâma müstenit hacze karşı itirazda bulunmakla beraber taksitler ödemek, onu kabul etmek demektir. Yeni bir vekil tutma talebinin kendisine hâdisi şeklinde arz olunan mahkeme, hâdisedeki karşı taraf gelmediği takdirde mahkeme aynı karar ile hâdisi ve esas hakkında hüküm vermezse de, bu takdirde, hiç olmazsa, hususi şerait icabınca muhakemeyi yeniden cereysna başlatan böyle bir karara itiraz olunamaz. (Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu madde 349, 350 ve 351.). Avukat tutması gereken tarafın yeni vekil tayin etmiş olması ve bu suretle dâvada temsil edilmiş bulunması halinde tatbik olunamaz.

*Protestatio actui contraria non operatur.* Bir senede muhalif olan itirazın hiç bir kıymeti yoktur.

**KANUN** (Hata. Kanunun tefsiri. Adalet kelimelerine bakınız).

*Quo contra leges fiunt, nullus sunt momenti* [1].

*Quod contrat rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.* Paul, lib. 54, *ad edictum*. L. 141, *de reg. juris*. Âdi hukuka muhalif surette tesis olunmuş bir kaideden netice çıkarılmamalıdır.

*Verba (legis) cum effectu sunt accipienda.* L. 5. tit. *ne quis eum qui in jus voc est, vi eximat*.

*Quo rerum naturâ prohibentur, nullâ lege confirmata sunt.* Colons D., lib. 17. Tabiat kanunlarına aykırı olan şeye kanunlar tarafından müsaade olunmaz.

*Jura sanguinis, nullo jure civili perimî possunt* [2]. Pomponius, D. L. 4, *ad Sabtinum*. Kanun kandan çıkan hakları ihlâl edemez.

*Dura lex sed lex.*

*Summum jus, summa injuria* [3].

*Sic volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas* [4].

*Inciute est nisitotâ lege prespectâ, una aliquâarttcula proposita, judicare vel respondere.* D. L. 24, *de leg.* 1. 3. Bir kanunu baştan sonuna kadar tetkik etmeden her hangi bir kısmı üzerinden hüküm vermek veya mütalâada bulunmak hukuka aykırı olur.

---

Bu gibi hallerde yeni vekilin dermeyan edeceği ihtirazi kayıtlar, bızatlı vekil tutulması hâdisesine muhalif bulunmakta ise, tesiretsiz sayılmalıdır. Civ. 20 Sonkânun 1913.

Umumiyetle, mübaşirler veya vekiller tanzim ettikleri evrak altına şunları yazmaktadırlar: "Her türlü fiilî ve hukukî ihtirazi kayıt ile.. Bu teamül haline gelmiş müphem bir düsturdur ve müphem olduğu için de hükümde caiz değildir.

Ab initio voluntates, ex post facto necessitates L. 85, D. de reg. Juris. Başlangıçta (akdi yazmak için) irade şarttır. Lâkin, akit teşekkül ettikten sonra (hâdiseyi mütaakip) zaruretlar kendini kabul ettirir.

[1] Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. L. 38, tit. 4 liv. 2. İletide âmmeye intizami bahsimize bakınız.

[2] Kandan çıkan haklardan maksat, aynı kandan mürekkep olan şahıslar arasında tabiatın kurduğu rabita, samimi münasebettir. Bu rabita şahsa o kadar bağlıdır ki herhangi bir muhakeme hükmi ile zayıf düşemez. Fransa, medenî ölümü mucip olan ölüm cezası, bu mahkûmiyete uğrayan kimseyi kanunun cumhuriyeti tertip eden fertler lehine kabul etmiş olduğu mirasçılık hakları gibi tekmiil vatandaşlık hükümden mahruma ederse de, tabiatın insanlar arasında hisimlik dolayısıyla tesis ettiği bağları sala yok edemez.

[3] Cicéron, de officiis, t. X. 33.

[4] Quod quisque populus sibi jus... V. Loaré, Législat, II, S. 246, 247, No 8.

*Concreta ratione legis, censetur correctâ lex ipsâ* Kanunun sebebi onun ruhu, ve binaenaleyh tekmiil kanun demektir [1].

*Lex interpretatone adjuvanda.* L. 64. tit. *de condit et dem.*

*In poenalibus causis benignius interpretandum est* [2]. Ceza kanunları maznuna en elverişli surette tefsir olunmalıdır.

*Ubi lex nom distinguit, nec nos distinguere debemus* [3].

*Lex statuit de eo quod plerunqu fit* [4].

*Quod semel aut bis extitit, protermittunt legislatores.* Paul, 6, *de legibus.*

*Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio.*

*In toto jure, generi per speciem derogatier.* Papinien 80, *de regulis juris.*

*Specialia generalibus derogant.*

*Posterior derogat priori* [5].

*Soepè enim proeambulum arripit non nulla ex maximè plausibilibus, et speciosis ad exemptum, cum lex tamen multo plura complectatur: aut contrâ lex restringit, et limitas complura, cojus limitati-  
onis rationem, in proeambulo inse non fuerit opus. Quare dimensio et latitudo legis ex corpore legis petenda; nam proeambulum soepè aut ulma aut citrà cadit.* Kanunların baş taraflarındaki istilâhlar metnin yazılışındaki teminatı arzetmez.

*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta proeterita revocari; nisi nominatim et de proeterito tempore et adhuc pendentibusnegotiis cautum sit.* L. 7, C. *de legibus* [6].

[1] Kanunun dayandığı sebep kanun koyanın gayesini bulup çıkarmağa yarar. Mailhier de Ohassat, S. 137, not 2.

[2] Rauter, c. I. S. 59. Merin, ceza kanunları. Merlin, Répert., Hâkim, No 6, nihai. Cornot, c. I. S. 87. Legraverend, Législa. crim., introduction, S. 6. 19 İkteğrin 1821, S. chr. 6 İkkânun 1828, S. chr. 6 Sontesrin 1831, S. chr.31.1.393.

[3] Yukar da S. 37, 38 e bakınız.

[4] C. 17 brumaire yıl VII, S. chr. 24 Şubat 1809, S. 30 Temmuz 1811, S. chr. Aubry et Rau, § 515. not 45; § 540, not 55; § 610. not 10; § 619, not 3; § 626, not 12; § 629, not 9; § 675. not 12; § 703; § 743, not 3; § 757, not 55; § 762, not 35.

[5] Yukarda S. 41, 42 ye bakınız.

[6] Cicéron, part. orat., 3. Bacon; aphorisme 47. Medsni kanun, madde 2.

*In rebus novis Constituentis evidens esse debet utilitas, ut recedatur ab eo jure quod diu oequum visum est.* L. 2, ff. de constit. princ. [1].

*Scire leges, non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.* Paul ve Ulpian, D. L. 29 ve 30, de legibus [2].

*Necesse ignorantia juris* [3].

*Personam sequitur lex personalis, sicut cicatrix in corpore* [4].  
Şahsi kanun, şahsi tabiatı tıpkı vucuttaki yara yeri gibi, takip eder.

*Patere legem quam ipse fecisti.*

### Kanunların tadili

*Generi per spectem doregatur.* Hususi bir hüküm umumi bir hüküm tadil eder.

### Kanunun tefsiri

*Verba cum effectu sunt accipienda.* L. 5, tit., ne quis eun qui in jus voc ut, vi escistimat [5]

*In re dubia, melius est verbis edicti servare.* L. 1, §20, tit., de exerci act. Tereddüt halinde en iyisi kararnamenin hükümleri içerisinde kalmaktır.

[1] \*Kanunlarımızı daha mükemmel hale koymaktaki zorluğa, ve bu yıkılışın tehlikesine gelince, tekerlegimize bir civata takıpta onu burada da durdurabilecek olsaydım, bunu memnuniyetle yapardım. Vaziyetimizde en kötü bulduğum cihet istikrazsızlıktır; ve kanunlarımızla müesseselerimizin, tıpkı kıyafetlerimiz gibi, hiç bir muayyen şekil alamayıştır., Montaigne, chap. de la Présomption.

[2] Kanunun dayanmakta olduğu sebeplerden ve kanun koyanın fikrinden. İradesinden, takip ettiği gayeden çıkarılan tefsir çok naziktir ve scire leges ... kaidesine rağmen kuvvetli bir kat'iyet bahşetmez.

C. 27 İlkânun 1893. s. 94. 1. 513; D. 94. 1. 297 ile karşılaştırınız.

[3] Usulüne göre çıkarılmış olan kanun her kes için mecburidir. Yukarda s. 88 e bakınız.

Dereux, Etude critique de l' adage: Nul n'est censé ignorer la loi, Revue trimestrielle de droit civil, 1907, s. 513 ve son.

[4] Bu kaide şahsi hal için pek mühimdir.

[5] Saint--Paul, Epitres'lerinde, C. II. 3. 6. Şöyle der: "Lafız öldürür, lâkin ruh canlandırır.,"

Bu betitten maksat, bir kanunun, bir nizamın tefsirinde lafzı, mânaya körü körüne bağlanmayıp, tâbirler altında gizli bulunan hakiki niyeti kavramağa çalışmak lâzımgeldiğidir. Türkler, lafız ile ruhu anlatmış olmak için: "Kur'anın bazan hayvan, bazan da insan sureti vardır, diye bir ata sözü kullanırlar.

*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*[1].

*Summum jus, summa iniuria* D. *liv de interpretatione juris*. Kanunun pek sıkı bir tefsirini ekseriye nisafete aykırı düşer.

*In ambigua voce legis, eâ potius accipiendâ est significatio quoe uttio caret; proesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit* [2]. L. I, tit, de legibus.

*Optima est legum imterpres consuetudo* L. 37, D. *de legibus*.

*Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio* [3]. "Bu kaide" *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* kaidesine aykırı değildir.

*Ubi eadem ratio, ibi idem jus*[4].

**Karar** (Bakınız: Adalet)

**Karar tashihi**

*Rescindant ve récisoire dâvaları bir arada açtılamaz* [5].

**Karine** [6] ( Delil kelimesine bakınız).

*Presumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*. Karine ekseriya husule gelen halden çıkarılır.

[1] Kanunun ruhunu kavramak için ibarelerinin katıyetine bağlanmak kanuna hile yapmak demektir.

Paul' un kudretli ifadesi ile medeni hukuka karşı iftirada bulunmaktır: Non oportet jus civile calumniari, nequee caplari.

Kanunun maksadı aranmalıdır (cur ea lex ista sit): Quae enim lex, quod sententiaconsultum, quod magistratus edictum suod foedus aut pactio, quod (ut ad Privatas res redeam) testamentum, quae judicia, aut stipulationes, aut pacti et conventi formula non infirmari potest, si ad verba rem deflecteravelimus Consilium autem eorum, qui scripserunt, et Rationem et auctoritatem relinquamus? Cicéron, pro A. Caccina, cap. 18.

Bununla beraber, kanun ruhunun bu suretle araştırılmasında, yalnız meini aydınlatmak gözönünde tutulmalıdır: nondebere posteros rationem legis quocerere, sed eam quasi Dei vocem et praeceptum observare.

[2] Fakat öyle kanunlar vardır ki onların hakikaten maksatları aranır: Non omnium quae a majoribus instituta sunt, ratio reddi potest D. L, 20, tit. de legibus Bak. Yukarda S. 27 not 2.

[3] Dar tefsirin esasını teşkil eden bu kaidenin hakiki mânası için Laurent, c. 1, 273, son kısmı. Aubry et Rau, E ci bası. . c. I. S. 195, § 40, a bakınız.

[4] Aubry et Ranu, § 808, not 12, 15.

[5] Rescindant, aleyhine kanun yoluna başvuruolan bir kararın bozulması demektir. rescisoire, bunun islahı yani dâvanın esasının tetkikidir. 1867 emirnamenin 18 babı.

[6] Yukarıda S. 181 ve son bakınız.

*Sumit pro vero prae; id est antequam aliunde probetur.* Karine, bir şeyi başkaca ispat edilmeden önce hakikat imiş gibi telâkki ettirir.

*Contrâ non valentem agere non currit praescriptio.*

Dâva etmek imkânsızlığı içerisinde bulunan kimse aleyhine müruru zaman işlemez. Bu söz vaziyet üçüncü şahıslar hakkında da tatbik olunur.

**Karışma (iki şeyin birbirle — sı)**

*Superficies solo cedit* MK 552.

**Kaza** (Bakınız: zarar ve ziyan, Tazminat)

*Casus fortuitus est quod nullum concilium humanum praevidere potest.* Ulpianus. Mücbir sebep, bir borcun ifasını mutlak şekilde men eden bir halin bulunması halidir. Borcun ifasını güçleştiren fakat imkânsız kılmayan bir mâni mücbir sebep telâkki olunamaz [1].

Meselâ harp hali mücbir bir sebep addolunamaz.

*Casum fortuitum definitur, omne quod humano caepto praevide-ri non potest, nec cui praevisto potest resisti.* Vinnius, *Pratit. juris*, liv. 2, ch. 64.

Mücbir sebebi, insanın tahmin edemeyeceği yahut tahmin etse de mukavemet edemeyeceği bir hal olarak tarif ediyoruz. MK 1148 ile mukayese ediniz.

*Casus a nullo praesentur.* Kimse mücbir sebep dolayısıyla mesul tutulamaz. MK 855, 1148 ve 1302 ile mukayese ediniz.

*Quod enim contingit casu improvise obsque omni culpa, nemini imputare potest.*

Mücbir sebep tesirile husule gelen ve kimsenin kusuru bulunmayan hal-lerden dolayı size bir isnadda bulunulmaz.

*Casum sentit dominus.* Malik mücbir sebeplere katlanmak zorunda-  
dır. MK 1631, 1647, 1730, 1772, 1784, 1882, 1929.

**Kaziyel muhkeme**

*Res iudicata pro veritate habetur* (yahut) *accipitur* [2]. L. 207. D. *de reg. Juris*. MK 1350.

*Quaelibet controversia, actione unica peragitur, et cuilibet actioni unus, finis, nempe iudicatum. Quo percato, nullus amplius alteri de eadem re actioni locus est.* Pothier, *Pandectes*, ad. L. 6, *supp.* Aynı mevzu hakkında iki dâva olamaz.

[1] Bihassa bakınız C.29 février 1884, S. 84.1. 358.

Baudry — Lacanerie et Barde, obligation, 3e édit., t.I, no 456.

[2] Aubry et Rau, §769, notes 84 et 111. Yukarıda 57 ve sonraki sahifelere bakınız.

*Pars est in toto, totum non est in parte* [1].

### Kefalet

*Pluscautionis est in re, quam in personam.* Rehin kefaletten eviştir.

**Kiracı** (Yangın mefhumuna bak)

*Eo jure utimur ut quae in praedia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit.* D.L.4, in quibus, caus pign. 20, 2. Şehirlerdeki gayrimenkullerin kiracıları tarafından getirilmiş ve yerleştirilmiş olan eşyanın hukukan, sanki zımni olarak kararlaştırılmış gibi, rehin yerine geçeceği kabul edilmiştir. Medeni kanun 1- 2102.

**Kusur** [2] (Bakınız: Nasihat, hukuk)

*Quod tibi fieri non vis alteri ne feceris.* Sana yapılmasını istemediğin şeyi sen de başkalarına yapma. MK 1382, 1383.

*Culpa caret, qui sevit, sed prohibere non potest.* L. 50, D. tit. 17 lib. 50. Bir kimse bildiği fakat menedemediği kötü bir hareketten mesul tutulamaz.

*Malitiosus non est indulgens.* celsus, L. 38 de rei vindicta. *Qui stultus dolo malo, ad iudicium proferat, videtur moram facere.*

*Imperitia culpa ad numeratur* [3]. *Gaius*, Lib. 5 ad edictum provinciale.

*Culpa est inmiscere se rei ad se non pertinenti.* *Pomponius*, lib. 27, ad sabinum. Bir kimse bir güne menfeati bulunmayan bir işe ka-

[1] Larombière, madde 1351, no 47. Laurent, t. xx, nos 40 et suiv., 57. Aubry et Rau, t. VIII, p. 389, note 80; 390, note 83. Yukarıda 65. sayfaya bakınız.

[2] Mayort de Vouglans Roma hukukuna istisnat eden ve hukuki bir kıymeti olmayan altılı bir tasnif yapmıştır. Imprudentia, infirmitas negligentia, nimis suavitio, misericordiae immoderata.

[3] Roma kanunu tecrübesizlikle bilhassa meşgul olmuştur. Imprudentia arte facta non succurritur. Quia unusquisque peritiam in ota suo praestore debet Amelienin cahilliği mazeret değildir. Çünkü herkes kendi mesleğinin icap ettiği bilgilerle mücehhez olmak mecburiyetindedir.

Kabiliyetinden fazla bir şey yapmağa taahhüt eden kimse, cehaletinden ileri gelen zararları tazmin ile mükelleftir. Kararlaştırılan bir bedel mukabilinde bir bina inşasını taahhüt eden mimar inşadan dolayı on sene müddetle mesuldür.

Yanlış bir ölçü aldığı için işini tekrar yapmağa mecbur olan diğerleri iki misli ücret istiyemez. Çünkü iki misli çalışması kendi kusuru yüzündendir. Hatta hatası sebebiyle ev sahibini zarara sokmuşsa onu da tazmin ile mükelleftir. İstiktap için 136. sayfaya bakınız.

riştiği takdirde kusurludur [1]. Medeni kanunun 1372 inci maddesine bakılmalıdır.

*Culpa est. vel levissima, vel levis. vel lata*[2].

*In lege aquilia, levissima culpa venit.* Bir kimse çok hafif kusurundan dolayı dahi mesuldür.

*Culpa lata, dolo oequiparatur.* Ağır kusur hile ile aynı şeydir. L.29, pr. Mand. *Culpa lata proxima dolo.*

*Qui jussu judicis aliquid fecit, non videtur dolo fecere, quia parere necesse habet.* L. 167 § 1, paul, lib. 49.

Gerçekten, hâkimin hükmüne uymaktan başka bir şey yapılmaz.

*Nemo ex suo delicto, meliorem suam conditionem facere potest.* Ulpian, rg.ejur., 134 § 1.

*Iniquum est damnosum cuique esse officium suum.*

*Quod quis ex sua culpa damnus sentit, non intelligitur damnus sentipnon* L. 203. D.de reg. jur.

*Proprium factum nemo impugnare potest.*

*Scienti et volenti, non fit injuria.*

### **Küçük**

*Restituitur minor non tanquam minor, sed tanquam laesus.*

### **Mahal**

*Locu regit actum*

[1] Bu demektir ki, iradi bir surette işini görmekte olduğumuz kimseye karşı dava hakkına sahip olmak için o işi faydalı bir şekilde görmüş olmak lazımdır. Yoksa üstünüze vazife olmıyan bir şeyle uğraşmış olmak dolayısıyla kusurlu sayılırız.

[2] Akdî kusur hususunda Medeni Kanun bu ayırmayı muhafaza etmiş görülmektedir. Ayırmanın sadece hukuki cürüm hususunda veya şibih — cürümler (Medeni Kanun, madde. 1382) dolayısıyla yapılmış olduğunu idida etmek beyhude olur. Filhakika, Medeni Kanununun 804. 1137, fıkra 2, 1374. maddelerine ve 1928 inci ve 1992 nci maddeleri ile memzucen 1927 inci maddesine, 9 nisan 1898 tarihli kanunun mazur görülemeyecek kusura dair olan 20 inci maddesinin 2 inci ve 3 üncü fıkralarına bakılmalıdır.

Rau et Aubry, 5 inci basım, cilt IV, S. 162, not 26 ya müracaat.

Culpa, culpa in abstracto ve culpa in concreto diye ayrılır. Birirelci ihtimamla ve basiretli bir aile babasının takınacağı tavra kıyasla mutlak bir manâda takdir olunur; ikincisi, kendi sine isnat olunduğu kimsenin şahsî alışkanlıklarına göre, nisbî bir manâda takdir olunur. 1382 inci maddenin tatbiki için bu ayırma yapılmaz. Bu son halde her kusur mesuliyet doğurur.



Bir muamelenin şekli, şartları, onun yapıldığı mahallin kanununa göre tayin olunur.

### **Mahkeme İctihatlari (Bakınız: İctihatlari)**

#### **Mal**

*Bona dicuntur ex eo quod beati, id est beatus faciunt; beare enim est prodesse* D. 50. 16. 49.

Onlara faydalı oldukları yani insanların işine yaradığı için mal diyoruz, zira faydalı olmak bir işe yaramak demektir.

*Bona que tangi non possunt, ea quae in jure consistunt.* Justinianus, Instit, 2, 2. 1. Elle tutulabilen mallar ve bir hak şeklinde tezahür eden mallar. MK 529.

*Nam, si solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, in hoc loco proprio bono appellabuntur* [1]. *Bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno* [2]. Ancak borçlar çıktıktan sonra kalan kısım malları teşkil eder.

*Fructus non sunt, nisi deductis impensis* Gelirler veya semereler masraflar çıkarıldıktan sonra hesaplanır.

*Ubi emolumentum, ubi onus; ubi periculum, ibi et lucrum collocetur.*

#### **Mâna**

*Verba debent accipi secutum subjectam matriam.*

Mâna ahvâle göre taayyun eder. Meselâ, «mirasçı» tâbiri kanun maddelerinin muhtelif ihtimallerine göre farklı mânalar arzeder

#### **Mantık kaideleri**

*Cessante causa cessat effectus* [3]. İliet mürtefi olunca, tesir de kalkar.

*Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

[1] Hukuki bütün olan mamelekte borçlar da dahildir. Pasif aktiften fazla olsa bile mamelek yine mevcut sayılır. Aubry et Rau, §578, note 10. L. 8. perae, D. de bon poss., 37,1.

[2] Aubry et Rau, §534, note 11; § 537. note 124.

[3] Aubry et Rau, § 550. no 19.

İpotek tesisi meselesinde Civ. C. 12 sontoğrin 1912, Gaz. 19 sontoğrin. kara rına bakınız.

*Intoto et pars continetur [1].* D. L. 113, *dereq. juria*, 50. 17.

*Si vinco vincentem te, a fortiori te vincam [2].* Furgois, *substit.* Mad. 19.

*Qui me portior est, cum ego te superaturus sim, multo magis ad verus te obtinere debet.* Scaevola, D. 14, § 3, *de divers. Temp. Praescrip.*

*Qui potest majus potestet minus.* Fazlasını yapan, azına da muktedirdir [3].

*Inclusio unius, exclusio alterius.* Bir şeyin zikredilmesi, diğerinin tutulması demektir.

*Quid est de una, negat de altero.* Bir şeyi iddia eden, diğerinkar ediyor demektir.

*Ad actu ad, possibile valet consequentia.* Filen tahakkuk etmiş olan her şeyin, mücerret bu sebeple, mümkün olduğu ispat edilmiş demektir.

*Quo consensu contrahuntur, contrario sensu pereunt.* Riza ile teşekkül eden akitler hilâfına bir riza ile sona ererler.

*Quod ex re mea suprest meum est.* Bana ait şeyden bakiye kalan benimdir.

*Utile per non utile non vitatur.*

*Contra negantem principia, non est disputandum.*

*Certioratus non est certiorantus.* Dia değiştirmiş bir adama telkinde bulunmak faidesizdir.

*Quo sunt eadem un tertio, sunt eadem inter se* İki şey bir üçüncünün aynı ise, aralarında ayniyet vardır.

*Melius non habere titulum, quam habere vitiosum.* Kötü bir hüccet sahibi olmaktansa, hiç bir hücceti olmamak evlâdır.

*Quod nullum est, Bullum est, nullum producit effectum [4].*

[1] Azolan daima fazlasını içerisindedir. Bak Mercadé, *Revu de législation*, 1843, C. III, S. 316 ve son.

Major aemin puastio (veya par), minore ad se terahit D. L. 54, *de judicis.* Asli mesele en cüzi veya tâli meseleyi kendisine tâbi kılar. Medeni kanun, madde 548.

[2] Aubry et Rau, §619, not 53. Larombière, 1351 birinci madde şerhi, No 155.

[3] Aubry et Rau, § 711, not 51.

[4] Lâkin bu kaidenin mutlak olmadığını da tebarüz ettirelim. Gene, meselâ, bir şirket batıl olduğu takdirde, ortaklar, aralarındaki münaasebetlerde, sanki şirket hiç

*Quem sequuntur commoda, eundem debet sequi incommoda.* Nispet, külfet mukabilidir.

*Nescit vox missa reverti.* Söylenen söylenmiştir.

*Mellus est pauca dividere quam totum perdere.* Şöyle böyle bir anlaşma şüpheli bir dâvadan evlâdır.

*Ex duobus malis minimum elegi.* İki şerden ehveni tercih olunur.

### Menfaat

*Ubi periculum, ibi et lucrum collocatur.* Muhataraya katlanan menfaati almalıdır.

### Menkuller

Menkullerde zilyedlik, mülkiyet demektir[1]. Medeni kanun, madde 2279.

Menkuller ipotek sebebi ile takip olunamazlar [2]. Medeni kanun 2219.

*Quae parata sunt ut imponantur, non sunt vendicilia.* L. 17§ 10, D. deact. emp. vend.19.1.

İnşaat için, bir araya getirilen malzeme, yapıda kullanılmadıkça menkul kalmakta devam eder. Madde 532.

«Menkullerde zilyedlik, mülkiyet demektir» kaidesi ancak elden teslim edilebilen maddi menkullere tatbik olunur ve gayri maddî menkullere ve, binaenaleyh, ticarethanelere teşmil edilmez.

Filhakika ticarethaneler yalnız maddi eşya ile dahililerindeki emtialardan ibaret olmayıp, bir de ve bilhassa müşteriyi veya işleklik derecesini, firmayı ve işgal ettikleri gayrimenkuller üzerindeki kira hakkını da ihtiva ettiklerinden elden teslimin bahis mevzuu olmadığı hukukî küller teşkil ederler ve, 17 mart 1909 tarihli kanunun 3 üncü maddesi hükmünce, satışları üçüncü şahıslar muvacehesinde yazılı olarak tesbit edilmek ve suret veya ilân şeklinde remî ilânlara mahsus bir gazetede neşredilmek lâzımdır ki bu sayede satın alanlar hakikî malik ile akde girişip girişmediklerini kolaylıkla anlayabilmektedirler. Böyle olunca, ticarethane (döşeli otel) maliki tarafından bir üçüncü şahsa usulsüz olarak (müdürlük sıfatı dolayısıyla) sadece vaziyet bulunan birisinin yaptığı satışın (veya ilk alıcı tarafından ya-

---

mevcut olmamış gibi harekete mevzundurlar. Bilâkis, şirket alacaklıları: 1 — Şu veya bu kanuni neticeyi istihsal maksadıyla şirketin butlanını ileri sürebilirler 2 — Buna rağmen, kendilerine karşı bu butlan dermeyeran edilemeksizin, alacaklı olarak kaldıklarını farzedebilirler

[1] Aubry et Ran § 174, note 7; § 181, note 5, § 183, p. 15, po 3; § 207, note 33; § 445, note 24.

[2] Aubry et Rau, § 256, 256 bis, 263 bis, note 88.

pılan ikinci satışın) butlanı hakkında açılmış bir dâva mevzuu bahis olduğu takdirde, hâkimin bu dâvayı birbirini takip eden alıcıların, zahiri malik ile hüsnü niyetle akde girişmiş oldukları için Medeni kanunun 2279 uncu maddesindeki kaideyi ileri sürmek hakkına sahip olacakları bahanesi ile, reddetmesi yolsuzdur.

**Mesuliyet** (Hukuk. Hata kelimelerine bakınız).

*Alteri ne faceris quod tibi fireri non vis.* Sana yapılmamasını istemediğin şeyi başkasına yapma. Medeni kanun madde 1382, 1383.

**Miras** (mirasçı, mirasın kendiliğinden intikali, Vasiyetname kelimelerine bakınız).

*Jura sanguinis nulla jure civili dirimi possunt.* L. 6, de reg. jurts.

### **Mirasçılar [1], Mirasçılık,**

*Veteres enim hoeredes pro dominis appeabant. Instit. tit. de hoeredum qualit. et different.* Mirasçının tasarrufu tâbiri malikin tasarrufu ne ise o demektir. Fühakika, heres malik demek olan herus kelimesinden çıkar.

[1] Ab intesta mirasçılar dahi denilen kanuni mirasçılar, doğrudan doğruya (réguliers) ve vasıtah (irréguliers) mirasçılar olmak üzere ayrılırlar.

Kan hısımları dahi denilen doğrudan doğruya mirasçılar üç sınıfa ayrılırlar. 1—ferî'ler; 2—Usul; 3—civar hısımları, Madeni kanun 731.

Vasıtah mirasçılar ölünün şahsını temsil etmeksizin ona halef olanlardır. Bunlar: 1—nesebi sahih olmıyan çocuklar, 2—sağ kalan eş, 3—devlettir.

Bu son mirasçılar mahkemeden istihkak ilâmı almağa mecbur iseler de, ölü diriyi zilyet kılar, kaidesinden istifade ederler.

Hukuk dilinde mirasçılar tabirinin umumiyetle sarih bir mânası olup bu kelime ölünün, lehlerine vasiyette bulunulan kimseler hariç olmak üzere, tabii haleflerine şâmindir.

Fakat, malî kanunda olduğu gibi Medeni Kanunda da bu kaidenin istisnaları vardır.

Faraza, Medeni Kanununun 1122 inci maddesi "anlaşmanın mahiyetinden hilâfi anlaşılma dıkça veya anlaşmada hilâfi tasrih edilmiş olmadıkça herkes kendisi ve mirasçılarını veya kendisinde hakları bulunan şahıslar lehine hareket etmiş sayılır," demektedir. İmdi, teknil müellifler bu metni tatbik etmek lâzımgeldikte mirasçılar kelimesinden yalnız kanuni mirasçılarını değil, lâkin vasıtah mirasçılar, vasiyet yolu ile kâilî mirasçılar veya lehlerine vasiyette bulunulanlar ve evlenme mukavelesi ile kendilerine müstakbel mallar hibe edilmiş olanlar da dahil olmak üzere, teknil kül-

*Hereditas pro parte adiri nequit.* Mirasçılık yalnız kısmen kabul olunamaz. Ölü diriği zilyed kılar [1]. Medeni kanunun 724 üncü maddesi.

*Coheres portionem coheridis renuntiat, licet invitus adquirit* [2]. Her kim ki terekeden 5 akçe değerine kadar mal alır mirasçı tasarrufu yapmış olur [3]. Medeni kanun madde 779.

*Quit sunt generationes, tot sunt gradus* [4].

*Parcendum hoeredi; in dubio pro hoerede respondendum* [5].

*Fructus argent hoereditatem* [6].

*Fructus abonoe fidei possessore preceptis non augent hoe reditatem, sed patrimonium possessoris* Medeni kanun madde 549,550.

**Miras haklarının kendiliğinden intikali** ( Hazinece ilga edilmiştir .

---

li mirasçılarını anlamak icap eder. Dalloz, J. G. Bak. Obligations, 314; Haşiyeli Medeni Kanun, 1122 inci madde haşiyesi, no 3; Demolombe, cilt XXIV, no 261, 273, 275; Aubry et Rau, 4 üncü basım, cilt IV § 346, metin ve not 4; Baudry-Lacantinerie et Barde, Trité des Obligations, cilt I, no 212; Aubry et Rau, 5 inci basım, cilt II, § 175, metin ve not 6, s. 97.

Aynı şekilde, malî kanunlar vazın bazan mirasçılar tâbiri altında aielâde murisleri kasetmiş bulunmaktadır. Meselâ VIII inci ihtilâl yılının 22 frimaire tarihini taşıyan kanunun 24 üncü maddesi mirasçılar, mevhubulehler veya musalehler tarafından miras beyanlarının yapılması lâzımgelen müddetleri gösterdikten sonra son fıkrasında şu hükmü sevk ediyor: "Frausa dışında ölen şahısların miraslarının beyanı için tespit edilmiş olan müddetlerin son altı ayından önce mirasçılar mallara vaziyed edecek olurlarsa, vaziyed gününden itibaren geçecek olan altı ay içerisinde beyanın yapılması lâzımdır.,

Bu metinde mirasçılar tâbirinin asıl mirasçı olanları muhtemel kimselerden maada musalehlere de şâmil olduğunu anlamak için maddenin tamamını okumak kâfidir.

5 Şubat 1901 kanunu iki hükmünde mirasçı kelimesini kanuni mirasçı veya vasiyet yolu ile mirasçı demek olan halefler manasında kullanmaktadır: bu kanunun 7 inci maddesini tefsir eden ve onu musalehlere tatbik eden 25 santeşrin 1907. C. Civ. 27 mayıs 1913 kararları buna mutabıktır.

[1] Loisel, Liv. II, tit. V, reg. I. Aubry et Rau, § 582, not 2; § 609, 1. ve 14 numaralı notlar.

[2] Aubry et Rau. § 609, not 9.

[3] Loisel, Liv. II, tit. V, reg. 3.

[4] Aubry et Rau, § 67, s. 339.

[5] Aubry et Rau, § 712, not 10.

[6] Aubry et Rau, § 624, not 27.

*Mortuus facit possessorem vivum sine ulla apprehensione.* Tiraqueau. Ölü diriye, kendisine en yakın olan mirasa ehil varisini ziled kılar. ( Bu varis ) hiç bir male el atmaksızın mirasçı olur. Medeni kanun madde 724, 1004 [1].

*Saisina facit stiptem.* Kendiliğinden intikal zürriyet yaratır.

**Mukabil dâva** (dâva hakkı, itiraz kelimelerine bakınız).

*Reconventio est matua rei petitio, ad petitionem actoris redacta.* Mukabil dâva, dâva olunanın dâvacının talebine merbut veya muhalif olarak ileri sürdüğü bir taleptir.

**Mukavele** (Bakınız: Umumi edep, haksız sebep)

*Juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae.* Instit. tit. de obligat., liv 3, MK 1134.

*Est pactio duorum plurimumve in idem placitum consensus.* Dig. L.1, § 2, de pactis. Mukavele, iki veya daha fazla kimselerin aynı taahhüt hakkındaki rızalarile meydana gelir, MK 1104.

*In consensu requirimur et voluntas et potestas.* MK 1124.

*Do ut des, do ut facias, facto ut des, facto ut facias.* Sen veresin diye veriyorum. Sen yapasın diye veriyorum. Sen veresin diye yapıyorum. Sen yapasın diye yapıyorum. MK 1102.

*In omnibus obligationibus in quibus dies non ponitur, presenti die debetur.* Pomponius, lib. 5. ad Sabinum. Ecel meşrut olmadığı takdirde, borcun hemen ifası talep olunabilir.

*Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut necessitate, aut ex peccato: 1<sup>o</sup> re obligamur, cum res ipsa intercedit; 2<sup>o</sup> verbis cum praecedit interrogatio, et sequitur congruens responsio; 3<sup>o</sup> re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit; 4<sup>o</sup> consentientes in aliquam rem, ex consensu obligari necessario ex voluntate nostra videmur; 5<sup>o</sup> lege obligamur, cum obtemparentes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut contra facimus; 8<sup>o</sup> ex peccato obligamur, cum in facto quaestionis summa constitit; 9<sup>o</sup> etiam nueus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit; 10<sup>o</sup> sed et nutu solo pleraque consistunt. L. 12, D. quibus modis obligamus [2].*

[1] Değişmez bir nizamla ölü diriye yakalar ki en yakın varisidir hem de mirasın ehlidir.

[2] Bir şey dolayısıyla, sözie yahut aynı zamanda her ikisile, yahut rıza ile yahut kanun tarafından yahut zaruret icabı yahut da suç dolayısı ile borç altına gi-

*Debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest.* Kendisinden arzusu hilâfına para istenilen kimseye borçlu denir. MK 1315/2.

*Fiunt scripturae ut per eas quod actum facilius probari poterit, etsine his autem valet quod actum est, si habeat probationem.* Galus, Dig. 22,4,4. Yazılı şekiller muhtevalarını kolaylıkla ispat etmek için kullanılır. Yazılı olmayan anlaşmalar da muteberdir, fakat ispat edilebilmeleri lâzımdır. MK 1317 ve sonrakiler.

*Quod ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis* [1]. MK 1134/2. İsmarlıyan paraları öder [2].

*In obligationibus semper quod minimum est prosumitur.* MK 1162. Borcun borçluya en hafif şekilde olduğu farz olunur.

*In totum omnia quae animi destinatione agenda sunt, non nisi verita et certa scientia perfecti possunt.* Papinianus, lib. 24, quaestionum. Rızanın mevcut olmadığı ispat olunduğu takdirde bu rızaya dayanan hukuki muamele batıl sayılır.

*Nihil consensui tam contrarium est... quam vis atque metu.* Ulpianus, lib. 2, ad edictum. Cebir ve ikrah kadar rızaya muhalif olan bir şey yoktur.

*De se quemque promittere oportet.* L. 83, D. de Verb. oblig., 45, 1. *Alteri stipulari nemo potest* §§4 et 18, Instit. de inutilibus stipulationibus 3. 19 [3]. Bakınız: MK 1119.

*Ubi verba conjuncta non sunt, sufficit alterutrum esse factum* [4].

neriz: 1) Bir şey dolayısıyla borçlanırsınız. Meselâ bir şey bize teslim edilmiştir. 2) Sözle borçlanırsınız. Meselâ size soculan bir mevzuu uygun cevap vermişsinizdir. 3) Hem söz hem de eşya ile borçlanırsınız. Meselâ eşyanın teslimi muayyen kelimelerin kullanılmasıyla birlikte olmuştur. 4)... Rıza ile borçlanırsınız. İhtiyarî olarak vadettiklerimizi ifa mecburiyetindeyiz. 5) Kanunen borçlanırsınız. Kanunun emrettiği şeyi yaparak veya yapmıyarak borç altına gireriz. 6) Suç dolayısıyla borçlanırsınız. Bir kimsenin fiili, suç teşkil ederse mesul olur. 7) Basit rıza ile borçlanırsınız. Muayyen kelimelerle izah edilmesi lâzım gelen rızanın basit şekli bile bir borç doğurmağa kâfidir. 8) İradenin mevcudiyetini gösteren emareler vasıtasıyla inikat eden bir çok vecibeler de mevcuttur.

[1] Aubry et Rau, § 243, note 34; § 495 — 496, note 4.

[2] Bu Meselenin izahına lüzum görülmemiştir.

[3] Aubry et Rau, § 343 ter, note 1.

[4] Murtabat borç (Obligation conjonctive) nedir? Gayrı murtabat veya muayyen borç (Obligation disjonctive ou alternative) nedir?

Murtabat borç, taahhüdün mevzuunu ve maddesini müsavi şekilde teşkil ettiklerini göstermek üzere, bir irtibat ile birleşmiş iki veya daha fazla şeyi ihtiva eden borçtur. Murtabat borcun mevzuu ayrı ayrı borç olan bu şeyleri bir hukuki muamelede birleştirmektedir. Yukarıda birleşme kelimesine bakınız.

*Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur; sed peti priusquam dies venerit non potest. Justinianus. Instit. B 15, 2.* «Müeccel borç borç değildir». Müeccel olmyan borç hakikatta borçtur, fakat vadesi gelmeden ifası istenilemez. MK 1185 ve sonrakiler.

*Obligatio quamvis initio recte constituta, extinguitur, si incidert in eum casum a quo incipere non poterat. L. 140, D. de verb. oblig, 45. 1 [1].*

*Nemo cogi potest praecise ad factum.* Bu hukuki vecizenin mânası şudur: Bir şey yapmak borcunun ifasına borçlu doğrudan doğruya icbar edilemediği gibi hâkiminde medeni kanunun 1149.maddesine göre alacak-hya verilmesi lâzım gelen tazminat ölçüsünü aşan mahkûmiyet kararları ile borçluyu dolayısıyla icbar etmesi de mümkün değildir [2].

*Impossibilium nulla obligatio.* Celsus, D. de reg. juris, 185. MK 1172.

*Res perit domino. Res perit creditori. Debitor rei certae intecieu rei liberatur.* MK 1302 [3].

---

Gayri murtabit borç iki veya daha fazla şey vadedildiği veya taahhüt edildiği halde aynı mukavele ile borçlunun bunlardan ancak birini vermeğe mecbur tutulduğu borçtur.

Borçlu ödemek istediğini seçer denildiği zaman seçim hakkını muhafaza ettiği bu iki şeyin mevcut olduğunu kabul etmek lâzımdır. Bu iki şeyden biri bulunamazsa, borçlu mevcut olanı vermeğe mecburdur.

Bu borçlara muhayyer borç adı da verilir. MK 1189 ve sonrakiler.

Bu borcun hususiyeti, yahut kelimesinin kullanılması veya her borç mevzuundan önce ister kelimesinin tekrar edilmesidir.

Muhayyer borçların tefriki meselesi salâhiyet ve vazife bahislerinde ehemmiyetini gösterir. C. 31 juillet 1850, D. 50. I. 244. 25 février 1867, S. 67. I. 97. 27 mai 1878, S. 79. I. 281. Orléans, 9 Mai 1863, D. 63. 2. 109. Curasson, t. I, no 205. Pabon t. IV, P. 413.

Borç mevzuları yerine borçlanan kimseler nazara alınırsa murtabit alacaklılar veya borçlular tâbirile her biri kendi payı için olmak şartile birlikte hareket eden alacaklar veya borçlular anlaşılır.

Diğer taraftan, vasiyet bahsinde kanunî veya mansup mirasçılar, birlikte olsalar dahi, inzımmam usulünden istifade ederler. Zira mirasa nail olanların hissesi tek başına mirasa nail olanın hissesine inzımmam eder.

[1] C. 9 janvier 1856, S. 56. I. 129 et 145.

[2] Demolombe, t. 24, no 488 et suiv. 494. Laurent, t. 16, no 197. Larombié-re art. 1143, no 1. Aubry et Rau, 24, § 299, P. 64. Baudry — Lacantierie et Barde, t. I, no 440. Huc. t. 7, P. 186. Laurent, t. 16, no 302. Bruxelles, 5 avril 1880. D. 82. 2. 81. Fakat, bakınız: D. 78. I, 20.

[3] Saleilles "Théorie de l'obligation" adlı eserininin 201. sahifesinde şöyle demektedir:



*Nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare.* Kimse kendiliğinden borcunu ortadan kaldıramaz. Bakınız: MK 1234.

*Res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest.*  
MK 1105, Mukavelenin hükümlerine dair bulunan bu vecizeden mukavele

“Roma hukukunun bu sahada, her akit için hususî hal şekilleri koymak yolunu tutmuş olduğu kâfi derecede belirtilmemiştir. Alım satım hakkında Roma hukukunun verdiği hal suretinin tamim edilmesi yanlış bir hareket olmuş ve bu hal suretinin bütün akitlet için kalde olmaktan çok uzak bulunduğuna ve istisna teşkil ettiğine dikkat edilmemiştir.”

Bahsolunan kalde “hasarın borçluya ait olması, kâidesidir. “Roma hukuku, muhakkak ki, bu kaldeyi bir şey yapmak borçlarında tatbik ediyordu.”

Ne kadar veciz olursa olsun mücerret sözleri bırakalım ve müşahhas hal şekillerini ve müsbet neticeleri araştıralım. Roma hukuku şöyle tercüme edilecek bir kanun koymuştur: Borçlu, kusuru olmaksızın, taahhüdünü ifa edemeyecek bir hale gelirse borcundan kurtulur, yani hiç bir zarar ve ziyan ödemekle mükellef olmaz. Fakat alacaklı da alacağından kurtulur, yani o da mukabil taahhüdü ile bağlı değildir.

Şu halde, hasarın borçluya ait olduğunu kabul etmek doğru sayılabilir mi? Olsa olsa ifa imkânsızlığı maddî bir kayıptan ileri geldiği takdirde bu kaybını tazmin ettiremeyeceği için borçlunun hasara katlanması lâzım geleceği söylenilebilir. Fakat borçlunun hasar borçlu sıfatı ile değil, fakat malik sıfatıyla katlandığına da işaret etmek doğru olur.

Bir misal verelim. Bir eşyanın muayyen bir bedel mukabilinde bir yerden bir yere naklini taahhüt ettim, yani bir şeyi yapmak borcu ile borçlandım. Eşyaları taşımağı tasarladığım gemim battı. Muayyen mühlet zarfında bir diğer gemi kiralamağa da imkân yok. Nakil borcundan kurtulurum, fakat bedel üzerindeki hakkımı da kaybederim.

O halde hasara katlanıyorum dediğim zaman siz ne anlıyorsunuz? Geminin kay-bından mı bahsediyorsunuz? Gemi bana ait olduğu için, nakil mukavelesi olmasa dahî yine bu kayıp bana ait olacaktı. Mukavelenin icrasından kazanacağım kârdan mı bahsediyorsunuz? Fakat nakil muamelesinden diğer taraf ta kazanacaktı. Şimdi o da kârından mahrum olmuştur.

Res perit creditorı kaldeyi ve onun “hasar alacaklıya aittir, şeklindeki tefsiri bir hakikat ifade eder.

Muayyen bir şey satın alan kimse o şeyin kaybına malik sıfatıyla katlanmazdı, zira Roma’da teslim borcunun doğması ile, bizde olduğu gibi, mülkiyet derhal intikal etmezdi. Muayyen bir şey satın alan kimse o şeyin kaybına alacaklı sıfatıyla katlanırdı, çünkü alacağının mevzuu kalmamış bulunmakta idi. Fakat kendi borcu baki kalıyordu. İşte ancak bu halde hasarın alacaklıya ait olduğunu söylemek yerinde olabilir.

Böylece, müşahede ettiğimiz iki hal sureti tamamen zıt neticelere varacaktır.

Ben B. ye atımı terk ediyorum. Onun da mukabilinde tarlamı sürmesi karar-laştırılmıştır. Roma hukukunda do ut facias nevinden isimsiz bir mukavele. Benim borcum muayyen bir şey. Alacaklımın borcu ise bir iş, bir fiil. Farzediniz ki mukavelenin ertesi günü B. çalışmaya hale geldi. Bana karşı borcundan kurtulmuş-tur. Fakat buna karşı ben de hayvanımı muhafaza edebilirim.

kısımında bahsedilmesi yerindedir. Fakat delil bahsinde bu vucize kabili tatbik değildir. Bir hukuki muamelenin delili ile mukavelenin hükümlerini birbirine karıştırmamak lâzımdır. [1].

**Muvazaa** ( Mukavele, hile kelimelerine bakınız).

*Plus valet quod agitur, quam quod similitur* [2]. Bu kaide iki ve-

Mukabil faraziyyeye gelelim. B. ye teslim etmeden önce, atım öldü. Fakat bu hal B. nin tarlamı sürmesi borcuna hiç bir suretle tesir etmeyecektir.

Birinci hal sureti iptidal adalet hislerine ve amiyane mantika uygundur. Hukuki terbiye görmeyen bir kimsə derhal bu cevabı verecektir. Ben mukabilinde bir şey almak için bir vaitte bulundum. Eğer bir şey alamıyorsam sözümü geri alabilirim. Bu bir nevi muvazane kavuşturudur. Karşılıksız bir şey olmaz.

Fakat diğer hâl suretini müdafaa için de deliller yok değildir. Verilmesi icabeden şeyin kayıbtan doğan hasar kazanç ihtimalinin mukabil bir ıvazından başka bir şey değildir. İstifade edecek kim ise hasara da onun katlanması lâzımdır. (Çevirenin notu: bir şeyin nefi zamanı mukabelesindedir. Mecelle 85. Külfet nimete ve nimet külfete görür. Mecelle 88). Borç bir kerre doğdu mu artık müstakil bir mevcudiyet kazanır ve birinin düşmesi diğerine tesir etmez. Bu hal suretinin bir de tarihi sebebi vardır. Roma'da mukavele mevzuu bir borç yaratmak idi. Hukuki bağ doğunca bu mevzu tahakkuk etmiş sayılırdı.

Bu sebeplerin hiç biri bizi tatmin etmemektedir.

Birinci sebep ancak tesadüfe bağlı mukaveleler için varit olabilir. Fakat her iki tarafın karşılıklı vaitlerde bulunduğunu ve her iki tarafın emniyeti ve tashhütlerin tamamen icrası esas olan akıtlar hakkında bu sebep ileri sürülemez.

İkinci sebep te ayrı ayrı iki stipulatio ile teşekkül eden Roma hukukunun ilk zamanlarına ait şekli akıtlar hakkında varit olabilir. Çünkü her taahhüt müstakil bir mahiyet arzettiğinde idi ve bir diğerine bağlı değildir. Fakat hüsnüniyete dayanan akıtlarla rızai akıtlarda hal böyle değildir. Borçlar birlikte doğar ve ayrı ayrı nazara alınmaları mümkün değildir.

Tarihi sebebe gelince, insanların Gaius veya Justinianus zamanından beri çok değiştiğini kabul etmek lazım gelecek. Roma'lı bir köylü bir at veya koyun tedarik etmek için belki mukavelede hayvanın kendisine teslimini isterdi. Fakat hayvanını alamadığını ve üstelik bedelini ödemesi için mahkemeye çağırıldığını farzedelim. Hâkimin "neden şikâyet ediyorsun? Mameleketi bir alacak ile zenginleştirdin, sözüne karşılık "peki ama borcunu ifa etmedi, diyen köylüye hâkim "o başka mesele, derse köylünün bu cevaptan memnun kalacağını tasavvur etmek bile güçtür.

İşte meşhur kaidenin hakikate uymadığını bu misal de göstermektedir.

Böyle bir kaidenin haklı olduğu asla iddia olunamaz. Bu kaide ancak Roma'da akıtların iptidal şekillerine ait tatbikatın, şekil değiştirmelerine rağmen, devamıyla izah olunabilir. Bugün için tamamen antika mahiyetindedir, modası çoktan geçmiştir, hadleri dahilinde tutmak ve başka hâdiselerde tatbik etmemek lâzımdır. Bakınız: Aubry et Rau, § 343 ter, note 1, § 355 bis, note 22. Fenilloléy, rapport a la C. de Cassation.

[1] Aubry et Rau, 4 e édit. t. VIII, S. 766--359. Baudry--Lacantinerie et Barde, des obligations, 2 e édit. t. III, no 2699.

[2] Aubry et Rau, § 36 s. 177.

ya daha ziyade şahsın, bir şeye bir başka şeyin görünüşünü vermek için anlaşmalarına veya uyuşmalarına (simul) taallük eder. Medeni kanun madde 900, 1131, 1320.

Hukukta samimi olmayan bir akde veya bir akit hükmüne muvazaalı tâbir olunur.

Muvazaanın gayesi ekseriya üçüncü şahıslara karşı gizlemek ise de, hud'a dediğimiz şeyden farklıdır; daha doğrusu cinsin neviden ayrılması gibi farklıdır. Filhakıka, muvazaa bir akdin, başkalarına zarar vermek tasavvurundan mücerret olarak, tarafların menfaati dairesinde düşünülmüş gizlenmesidir; halbuki hud'a bir üçüncü şahsın haklarını elinden almak, bu hakların kullanılmasını felce uğratmak gayesini taşıyan her türlü muvazaa demektir. Merlin, Simulation'a bakınız. Muvazaanın hükmü, bu hallerde umumiyetle ve ister istemez böyle bir ayıp ile malû olan akdin iptal edilmesidir.

Muvazaaların çoğu halde mevzuu yasak edici bir kanunun hükmünden, bazı malî tekliflerin ödenmesinden, akitlerden birisini alacaklıların mütebelerinden kurtarmaktır. Rolland de Villargues, No 2.

Muvazaa ile malû olan akitler bu muvazaanın kendisini zararlandıracağı şahısların, ve binaenaleyh bilhassa, akdin taraflarından birinin veya diğerinin alacaklılarından her birisi tarafından bozdurulabilir.

Kanuna karşı hile için bak: C. 30 Senteşrin 1826 (Umumi heyet), 7 Mayıs 1838, 14 Senteşrin 1848;— Murabaha hakkında, C. 28 Haziran 1881, 3 Nisan 1824, 18 Şubat 1829, 23 İkkânun 1853, 26 Senteşrin 1858;— hile hakkında, C. 31 Temmuz 1833, 2 Mart 1837, 23 Senteşrin 1838, 8 Sonkânun 1889; İkraah hakkında, C. 5 Şubat 1828, bir ticarethane satışında semenia gizli tutulması hakkında, C. 9 Sonkânun 1850.

Satıcı olduğunu iddia eden kimsenin mirasçıları noter huzurunda vaki para sayımına dair kaydın uydurma bir sahne olduğunu ve satıcının bir şey almadığını ispat edebilirler. C. 30 Mayıs 1900, D. 1900. 1. 454.

Bir akdin muvazaalı olduğu haklarını ihlâl gayesi güdülmüş olan üçüncü şahıslara karşı yapılmış olduğu noktasından başka hiç bir şey ifade etmez; akdin hakikate uygunluğunu asla ortaya resmi de olsa, bir akdin mevcudiyeti üçüncü şahıslara karşı hiç bir şey atfolunamayacağından kendilerine karşı yapılan işgalin şahitlerle ispatına cevaz verilmek lâzımdır. Pothier, Oblig. No 766; Dumoulin, § 23, cont. de Paris, glose 2. No 19; Merlin, Rép. Bk. Simulation, § 3, Mart. 1; Touillier, C. IX, No 165 ve 184.

Bu itibarla, 1667 emirnamesinin mer'iyeti sırasında akitlerin muhtevası hilafını ve bu muhtevadan ziyadesini ispat etmek hususunda cari olan yasağın muvazaa haline tatbik olunmayacağına karar verilmiştir. C. 9 şubat 1808. Chardon, hile ve işgal, C. II, No 53.

Bununla beraber, ıvazlı akde girişmiş bulunan üçüncü şahısları, vaziyeti bilerek hareket etmiş olmaları, bir muvazaanın neticeleri ile müzlem addetmek için, muvazaayı tatbikte menfaattar olan şahıslar hakkında onun tesbiti için lüzumlu delillerden çok daha müsbet bir takım delillere ihtiyac vardır. Caen, 1 Ağustos 1844. J. du Palais, 1844. 2. 261.

Lâkin muvazaa dâvasını alacaklılara medeni kanunun 1167 inci maddesi ile tanıyan iptal dâvası ile karıştırmamalıdır.

**Proesumitur simulatio ex qualitate rerum, locorum, personarum (1),  
vicidi tate actuum contractum multitudinose (1). Muvazaa: hâdiselerin, ye-**

Bu dâvanın neticesi ciddi, ve fakat hud'âlî akitlerin iptalidir; halbuki birinci dâvanın gayesi kanunun tatbik edilmemesi için yapılmış olan akitleri muvazaalı diye ilân ettirmektir. Chardon, Dol et fraude, C II, No 6 ve son. ve fas. 2, No 13; Zacharioe, t. II, S. 341, not 2.

Bundan maada, iptal hakkındaki dâva sadece fer'i bir dâvadır ve yalnız borçluyu aciz haline getirmiş olan akitler için bahşolunmuştur; halbuki muvazaa dâvası bu iki şartla bağlı değildir.

Gene bunun gibi, birincisi ancak iptali istenen akitten önceki zamana ait alacaklara sahip alacaklılara verilmiş bir dâva iken ikincisinde vaziyet bundan farklıdır. Buna bir akdin malûl bulunduğu muvazaanın, sıfatları akitten sonra meydana gelmiş olan alacaklılar tarafından dahi ileri sürülebileceğine karar verilmiş olduğunu da ilâve etmelidir. Bordeaux, 20 Temmuz 1848, J. du Palais 1849, 1. 603.

Medeni kanunun taksime itiraz etmemiş olan alacaklının taksimin icrasından sonra ona itiraz edemeyeceği yolundaki 882 inci madde hükmü taksimin itiraz etmeyen bir alacaklının muvazaa sebebiyle taksimi bozdurmak istemesi haline tatbik olunamaz.

Şayun kaldırılmasında da vaziyet aynıdır.

Hileden âri bulunau, ve bir kanun yasağında kurtulmak maksadını görmiyen muvazaalı akitler tarfların icra olunmalarını istedikleri şekilde muteber kılmahtırlar. Bir akitte tekml akitlerin riza göserdikleri muvazaa, neticesi ve gayesi üçüncü şahısların haklarını izrar etmek olmadığı müddetçe sahtekârlık sayılamaz. C. 8 Şubat 1811. Muvazaalı diye kabul olunan bir sebep ifade eden akit, hakiki sebebe istinat etmek istiyen kimsenin bu hakiki sebebinin ispat etmesi halinde batıl olmaz. Bu çeşit bir akit, hakiki sebebi tâyin sadadinde şifahî beyyineyi ve alelade karîneleri şayanı kabul kılmakla yazılı bir beyyine başlangıcı teşkil eder. C. 3 Nisan 1905, D. 05.V. 8; 28 İkteşrin 1912.

[1] Araya bir yabancıyı sokarak bir ehliyetsize her türlü hibede bulunulmasını yasak eden Medeni Kanunun 911 inci maddesi "ana babayı, çocukları ve ferilerini ve ehliyetsiz eşini, yabancı diye telâkki eder.

Diğer taraftan, 1099 uncu maddeyi tamamlayan 1100 üncü madde eşler arasındaki "yabancı şahıslar vasıtası ile, yapılan her türlü aşırı hibeyi batıl addetmekle "eşlerden birisinin çocuklara veya diğer eşin başka bir evlenmeden dünyaya gelmiş olan çocuklarından birine vaki olan hibelere, ve vahip tarafından diğer eşin hibe güânde mefruz mirasçısı bulunduğu hismlara yapılan hibelere,, de bu mahiyeti görmektedir.

1 Temmuz 1901 tarihli kanunun 17 inci maddesine gre: "hayatla vaki veya vasiyet yolu ile, ıvazlı veya ıvazsız, doğrudan doğruya veya bir yabancıнын araya sokulması sureti ile, yahut ta sair bir dolambaçlı yoldan yapılmış, kanuna uygun olarak veya aykırı surette kurulmuş bulunan cemiyetlere 2, 6, 9, 11, 13, 14 ve 16 no maddelerde yazılı mükellefiyetlerden kurtulmak maksadını güden tekml tasarruflar batıldır.

"Hilâfı kabili ispat olmak kaydı ile aşağıki varlıklar dinî birlikler menfaatine araya sokulmuş yabancı sayılılar:

rin, şahısların mahiyetinen, yakınlığından ve birbirini takip edişinden ve bir de ortadaki aktinlerin çokluğundan istihraç olunabilir.

“ 1 — Kendilerine satış yapılmış olan veya hibe veya teberruda bulunulan azalar. Şu kadar ki, hibe veya teberruların müteneffil tasarrufla bulunmasını furu veya usul hususlarından bir mirasçı ise muamele caizdir.

“ 2 — Cemiyet tarafından işgal edilmekte olan herhangi bir gayrimenkule malik bulunan ve kısmen veya tamamen birlik mensuplarından teşekkül eden âdi veya ticari şirket ortağı;

“ 3 — Gayesinin kanuna uygun olmadığına karar verildikten sonra cemiyet tarafından işgal edilmekte olan gayrimenkuller malikleri.

“Bunlara gerek müddeimumumiliğin ve gerekse her alâkadarın talebi üzerine karar verilebilir.”

25 Şubat 1901 tarihli kanunun 3 üncü maddesinde tereke borçlarının bölünmesini kabul etmekle kanun koyan, bu mevzuda yapılması kolay olan hilelere mânil olmak ve sırf hayali borçlarını olsun, ölüm gününde hakikaten sakit olmuş bir zatın metin olsun tenzilini önlenek için teferuatlı tedbirler almak zaruretinin duymuştur.

Bir taraftan vergi mükellefleri yalnız mahkemede müteveffa aleyhine delil teşkil edebilecek tasarruflarla azaltılmasını istedikleri borçların varlığını ispat, ve bu maksatla her tasarrufu ibraz, resmî şekilde yapılmış değilse, aslına uygunluğu tasdikli bir suretini vermeğe mecbur olmayıp (madde 4); aynı zamanda kanun idare memurlarına bu kimselerden alacaklıların mirasın açıldığı sırada borcun mevcudiyetini müeyyit bir tasdik senedi ibraz etmelerini istemek salâhiyetini vermiştir (madde 6); bundan başka, yaptığı beyan usulsüz surette bir borcun tenzilini intaç etmiş olan mirasçı hakkında ve sahte tasdikte bulunmuş olan sözde alacaklı hakkında çok ağır cezalar tertip etmiştir (madde 9); nihayet tahsil memuruna mükellefler tarafından serdolunan delâilîla taksiri hakkını vermektedir, şu mânada ki bu memur talep olunan tenzilâtı icradan imtina edebilir. Yalnız ölüm sırasında henüz vadesi gelmemiş olan ve resmî vesika ile tesbit edilmiş bulunan borçlar mevzuu bahis olur da delâilin kifa-yetsizliğine kani bulunursa imtina edemez. Esasen tarafların tenzil tatebinin haksız olarak reddi neticesinde usulsüz surette tahvil olunan verginin istirdadını temin için iki yıl içerisinde mahkemeye müracaat etmek salâhiyetleri mahfuzdur (madde 5). Bak. Binet, Revue de l' Enreg. , No 2905.

Diğer taraftan, kanun koyan muayyen bir takım hallerde tenzil ihtimalini bertaraf etmiş ve gâh mutlak bir surette, gâh hilâfi kabili ispat olmak kaydı ile gerek muvazaa ve gerekse borcun sukutu hususlarında kanuni karineler koymuştur.

Bu istisnaların tahdidî surette sayıldığı 7 inci madde ezvümle şu hükümü ihtiva etmektedir: “bununla beraber, şu borçlar tenzil olunmayacaktır: 1—.....; 2— müteveffa tarafından mirasçılara veya araya sokulan şahıslar lehine yapılmış olan borçlar. Medeni Kanununun 911 inci maddesi son fıkrası ile 1100 üncü maddesinde gösterilen şahıslar araya giren yabancı sayılırlar. Şu kadar ki, borca resmî bir senetle veya mirasın açılmasından önce aktitlerden birinin ölümünden gayri bir sebeple muayyen tarih iktisap etmiş olan hususi bir senetle razı olunmuşsa, Hibe veya teberrua nail olan mirasçılara, araya sokulmuş yabancı sayılan şahısların bu borcun cidiyetini ve mirasın açıldığı günde mevcudiyetini ispata hakları vardır.”

**Mücbir sebep** (Bak. Kazara hâdis olan hal).

**Mülkiyet** (Dâva, temlik, Hak, Zilyedlik, Mururu Zaman, İstikak, İrtifak kelimelerine bakınız).

*Dominium ex naturaliti possessione coeptisse Nerva filius ait.* Paul, D. L. 41. 2. 1. § 1.

Nerva Fils mülkiyetin tabii zilyedlikten doğduğunu söyler.

*Rem in bonis nostris habere intelligimur quoties possidentes, exceptionem amittentes, ad recuperandam eam actionem habemus.* D. L. 52, de acq. rer. dom.

Bir şeyi elimizde bulundurdukça bir defa; veya kaybettiğimiz zaman tekrar ele geçirebilmek için bir dâvaya sahip isek o şey bizim malımızdır.

*Jus utendi, fruendi, abritendi, quatenus juris ratio patitur.*

Mülkiyet, kanunun müsaade ettiği ölçüde, kullanmak, faydalanmak ve telef etmek hakkını gerektirir. Medeni kanun, madde 544.

*Aio hanc rem esse meam.*

*Ut legassit super pecunia tutelavoe suoe rei, ita jus eso.* Ulpian, D. reg juris, II § 14 [1].

**Müruruzaman** (Zilyedlik, Mülkiyet kelimelerine bakınız).

*Bono publico usucaplo dominia essent quum sufficeret dominis ad inquieren das res suas statuti temporis spatium.* D. L. I, de usucap, Müruru zaman, bazı şeyler üzerindeki mülkiyetin, muayyen bir zaman fasılası maliklerine bunları talep etmeleri için kifayet ettiği halde, uzun müddet veya daimi surette şüpheli kalmaması maksadile âmme menfaati namına kabul edilmiştir. Medeni kanun, madde 712: 2219, ve 2229 ile karşılaştırınız.

*Tempora conjuguntur, veya continuantur.* D. L. 14 de div. temp. proescrip. 44, 3. Zilyedlikler yekdiğerile birleşir. veya temadi ederler. Medeni kanun, madde 2235.

*Juri publico non proescribitur.* Med. Kan. madde 6.

*Tantum proescriptum quantum possessum.*

*A persona ad prsonam non fit interruptio, nec active nec passive* [2] Müruru zaman ancak sadır olduğu kimse ile onun haklarına halef

[1] İşbu kanun mülkiyet hakkını sarih olarak kabul etmemiştir: *Dicat testator sic erit lex.* Med. Kan. mad. 544 ve son. ve 711 ve son.

[2] Aubry et Ru, § 214 s. 499. Trib. civ. de la Seine (I. daire), 16 temmuz 1913 (Thouvenel — Süveys kump. dâvesi). C. 28 haz. 1870. 18 santeğ. 1884, D. 85. 1. 101.

olanları müstefit kılar; buna karşılık ta ancak vukua gelmiş olduğu kimse ile haklarına halef olanlara karşı dermeyan olunabilir.

D' Argontré, Cont. de Bretagne, mad. 206, fas. 3, No. 19.

Med. Kan. mad. 2242 ve son, 2257 ye bakınız.

*Contra non Volentem Ogere non currit praescriptio* [2].

Serbest hareket imhânı olmıyan kimse aleyhine müruru zaman cereyan etmez. Bu kaide bir şeyi elinde tutan üçüncü şahıslar hakkında da caridir.

### Nasihah.

*Consilii non fraudulenti nulla obligatio est, caeterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit.* L. 47, D. de reg. Juris, 50, 17 [1].

Hüsnüniyetle nasihat veren kimse bu nasihatından mesul değildir. Fakat hataya düşürmek için nasihat verdiği anlaşılırsa hile dolayısıyla hakkında takibat yapılabilir.

*Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam.* L. 75. D. de reg. juris.

---

Bak. Dalloz, hukuk müruru zamanı (22 yıllık cetvel), No 215 ve son. Ceza kanunu No 66 da B. Garreau şunları yazıyor.

«Takibe mani olmuş olan sebep her ne olursa olsun muayyen mehil zarfında açılmamış olan âmme dâvasını sakit addetmek lâzımdır zannederim. (Ceza da'resi 5 temmuz 1912) Temyiz mahkemesi içtihadı bilâkis, iddia makamını dâvayı açmaktan memnudur. her hukukî veya maddî mania müruru zamanın cereyanını durduracağı yolundadır. Temyiz mahkemesi contra non valentem agere non currit proscriptis, sözünü ceza meselelerinde umumi ve mutlak şekilde tatbik etmektedir.

[1] Mukayese ediniz: Delvincourt, t. I, p. 270. De Frémicville, t. I, 39.

Umumiyetle hüsnüniyetle verilen nasihatlardan dolayı mesuliyet terettüp etmez. Mese'â işletilecek sermayeniz var. Size, faize vereceğiniz yerde arazialmanızı tavsiye ediyorum. Neticeden mesul değilim.

Non enim qui hortatur, mandatoris opera fungitur, L. 20, de his qui not, infam.

Bakınız: Horace I, epistol. 18, V. 76.

Fakat, paranızı tanımadığınız bir şahsa borç vermenizi tavsiye edersem ve onun hakkında kefalette bulunarak yazılı nasihatım olmadan sizin bu paraları ona vermeyeceğinizi anlaşılırsa, bu takdirde tarafımdan verilmiş bir nevi kefalet vardır ve neticeden mesul olurum. D. L. 6, mandati.

Nasihatım olmadan suç işlemeyecek olan bir kimseye suç işleme nasihatını versem, suç işleyen kimseğin cezasıyla bende cezalandırılıyorum. Digeste, L. 11, § Attilienus, de injuriis.

### Nesebin tashihi

*Tanta vis est matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium, legitimi habeantur.* Cap. 6, decret grégqui filii surit legitimi, 4, 17. Medeni kanun mad. 331. Burada sonradan evlenme ile nesebin tashihi mevzuu bahistir.

### Nevi

*Semper specialia generalibus insunt.* Husus umumda dahildir.

### Ölü

Ölü diriyi zilyed kılar,

Bu, 8 temmuz 1925 tarihli malî müvazene kanununun hilâfına bir hüküm koyduğu ve tenkitleri mucip olduğu mirasın kendiliğinden intikali esasının tatbikidir.

### Örf ve Adet

*Praetera sine scripto jus venit quod usus approbavit. Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur.* Instit. §9, de jure et gent., L. 32, de legibus [1].

*Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur. Et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum.* L. 32, §1, ff. de legibus [2].

*Mos namque retinendus est fidelissimae vetustatis.* L. 18, C. de testam [3].

*De quibus causis, scriptis legibus non utimur; id custodire oportet quod moribus et consuetudine inductum est.* L. 32, ff. de legibus.

*Et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est.* D. L. 32.

*Sed si nec id quidem appareat, tunc jus quo urbs Roma utitur, servari oportet.* D. L. 32.

*Attamen non tam spectandum quidem Romae factum est, quam quid fieri debeat.* L. 12, ff. de offic. praesidis.

*Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est; verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.* L. 2, C. quae sit long. cons.

[1] Örf ve âdet hakkında 19 ve 20. sahifelere bakınız.

[2] Cicéron, de officiis, lib. I, no 148.

[3] Sénèque, de vita beata, C. I.

[4] Chassan, ad consuet. Burgund. de censibus, rubr. XI, § 3, no 28.



*Quum de consuetudine civitatis, vel provinciæ confidere quis vide-  
tur, primum illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliqu-  
ando iudicio consuetudo firmata sit.* L. 34, de legibus.

**Para** (Bakınız: Dâva).

*In pecunia, non corpore quis agitatz, sed quantitatem.* L. 14, §1,  
D. de solut. 46, 3. MK 1895.

**Rıza** (Bakınız: Mukavele)

*Solus consensus obligat* [1].

*Silentium non est consensus, nisi lex loqui jubent.* Sükât, muva-  
fakat demek değildir [2].

**Satış** (Mukavele, Tefsir kelimelerine bakınız).

*Aliquando tamen sine re venditio intelligitur, cum quasi alea emi-  
tur.* pomponius, L. 8, § I Bâzan, satışta bir mal bulunmaz, bir tali satın  
almakta olduğu gibi. Medeni kanunun 1104 üncü maddesinin 2 inci fıkrası  
ile 1964 üncü ve ondan sonraki maddelerini mukayese ediniz. Medeni ka-  
nunun 1598 inci maddesine bakınız.

*Non videtur esse celatus, qui scit, neque certiorari debet qui non  
ignoravit.* L. I, § I, D. de act. empt. et. vend., 19, I. Med. Kan. mad.  
1629 [3].

### **Semereler**

*Fructus horeditatem augent.* Tereke mallarının semereleri bu kaide  
icabınca terekeye ilâve olur bu semereleri kendine mal etmiş olan mirasçı  
beş yıllık müruru zaman def'inde bulunamaz.

### **Sihriyet**

*Affinitas in conjuge superstite non debetur,* Droit canon, *décree-  
tales*, p. 2, ch35, quest, 10 [4].

[1] Aubry et Rau, § 306, note 4.

[2] Aubry et Rau, § 240 note 4.

[3] C. 7 şubat 1832, S. 32. I. 690. 20 haziran 1843, S. 43. I. 789. 2 mayıs 1864,  
S: 65. I. 1. 581. 21 nisan 1874, S. 74. I. 243.

[4] Sihriyet evlenmenin zevalile ortadan kalkmaz. Halbuki Roma hukukunda  
(L. 3 § I, D. de postulando) ve âdet hukukunda vaziyet tamamen aksine idi.  
Bunun içindir ki Loïse "kızım ölürse dâmadım da ölmüş demektir," demişti.

## Şahitler

### *Testio umus, testissnullus*

Bu darbu mesel hemen hemen değerini kaybetmiştir; bununla beraber, bir mahkeme dâvacının bir tek şahit dinletmiş olduğu, tahkikat neticesinde dâvayı retetmiş olmasından dolayı muabaza olunmaz, mahkemenin dayandığı sebep bir tek şahidin bir hâdisenin umumen bilinmekte oluşunu tekzip edemeyeceği idi. Bezane çon istinaf mahkemesi bu yolda karar vermekle neticede mutlak bir takdirde bulunmuştur.

### Şart (Bakınız: Umumi edep)

*Actus conditionalis, defecta conditione nihil est.* Taliki şart tahakkuk etmediği takdirde mukavele kanun nazarında hiç yapılmamış addolunur. MK 1179.

*Conditio semel ekixtem retrorahitur ad initium.* Şart tahakkuk ederse hükümleri şartın kabul edildiği andan itibaren tâyin olunur [1]. MK 1179.

*Actus conditionalis, defecta conditione, nihil est.* D.L. 8, de pericul, et comm. rei vind, Şart tahakkuk etmezse, Şarta bağlı akit hüküm ifade etmez. MK 1168.

*Quicumque subconditione obligatus curaverit, ne conditio existeret, nihil ominus obligatur.* L. 85, §7, de verbor. Obligat.

*Impossibilium, nulla est obligatio.* Celsus, lib. 8, Digestorum.

*Contraheutes, qui eam adjiciunt, contrahere velle non creduntur, sed potius jocari vel insanire, est enim indicium animi jocantis, aut insanientis, non volentis* L. 31, D. de obligat. et act. Bir mukavele yaparken taahhütlerini tahakkuku imkânsız şartlara bağliyanların ciddi bir akit yapmak istediklerine inanılmaz. Bu şartlar daha ziyade alaycı ve şakacı bir kimse karşısında bulunduğumuzu gösterir.

[1] Şarta bağlı borç, her hangi bir şart altında yapılan borçtur. Şarta bağlı borçların bir çok çeşitleri mevcuttur: Tesadüfe bağlı şartlar, tahakkuku tesadüfe bırakılan şartlardır. İradeye bağlı şartlar, taraflardan birinin iradesine bağlı tutulan şartlardır. Muhtelif şartlar, taraflardan birinin ve üçüncü bir şahsın iradesine bağlı olan şartlardır. Sarıh şartlar, hukuki muamelede tasrih edilmiş şartlardır. Zımni şartlar, mukavelelerin mahiyetinden anlaşılan şartlardır. Kanuna bağlı şartlar, kanunun tâyin ettiği şartlardır. Fiilî şartlar, hukukî muameleden istihraç edilen şartlardır. Hale ait şartlar, hale taallük eden şartlardır. İstikbale ait şartlar, istikbale taallük eden şartlardır. Talikî şart, derpiş edilen fiilin tahakkukuna kadar ifayı talik eden şartlardır. İnfisahi şartlar, tahakkuk ettiği zaman borcu ortadan kaldıran şartlardır. Müsbet şartlar, bir fiilin tahakkukuna bağlı şartlardır. Menfi şartlar, bir fiilin tahakkuk etmemesine bağlı şartlardır. Zaruri şartlar, vücudu elzem bulunan ve tahakkuk etmemesi veya mevut bulunmaması halinde borcu ortadan kaldıran veya ifayı imkânsız kılan şartlardır. Bak. MK 1168—1184, 1040, 1041.

*Atque adeo conditio impossibilis ultimis voluntatibus adjecta, pro non scripta habetur, quasi testatori extiterit vitio linguae, aut modo scripturae, via nemo de morte cogitans ludere velle censendus est* L. 3, D. de cond. et demons [2]. MK 900, 1172.

Ölmek üzere bulunan bir kimsenin vasiyete müteallik tasarruflarındaki tahakkuku imkânsız şartlar lisan ve yazı hatası sayılır ve yazılmamış addolunur, zira ölüm karşısında bir kimsenin şaka yapabileceği akla getirilemez,

*Dies incertus conditionem in testamento facit.* L. 75, D. de cond. 35. MK 1040.

**Şekil** (Bak. Resmî muameleler).

*Sermo rei, non res sermone subjicitur* [1]

Şekil asla takaddüm eder.

**Şekli muameleler.**

*Forma dat esse rei* [2]

*Non tantum quod probationem, sed quod formam.*

*Sine substantia actus consistere non potest*

**Şirket** (Mukavele, Hukuk kelimelerine bakınız).

*Cassius repondit societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum, alter damnun sentiret, hanc societatem leoninum selltum appellare.* D. L. 29 § 2, Pro socio. Cassius şerilerden birisinin tekmil kazanca malik olacağı, değerinin bütün zararı yükleneceği bir şirket kurulamaz diye cevap verdi. İşte; bu arslan paylı dedikleri bir şirket olmuş olur. Medeni Kanun madde 1855.

**Şüyu** (Bakınız: Bölünmezlik)

Tabii hukuk (Bakınız Hukuk)

**Takas**

*Compensatio debiti ex pari specie licet ex causa dispari ad mittitur.*

Takas ancak aynı mahiyetteki borçlar arasında yapılabilir.

[1] Aubry ve Rau bu kaidenin medeni hukukumuzda yer bulmasını esefle karışılmaktadırlar. § 692, note I.

Umumi edebe aykırı şartar hakkında yukarda... sahifeye bakınız.

[2] Bu kaide hibe, ipotekli borçlar, evlât edinme, gayrimişru çocuğun tanınması, boşanmanın sicille kaydı... gibi hallerde tatbik edilir.

Şekli muamelelerde muteberiyet şekle bağlıdır.

Aubry et Rau, § 37, note 4; § 588 ter, notes 3. et 7.

*In causa depositi, comparationem locus non est.* Paulus. Kendisine bir şey tevdi edilen kimse takas talebinde bulunamaz.

**Taksim (Dâva, bölünebilme, mirasçılık, mirasçılar, bölünmezlik kelimelerine bakınız).**

*Judicium duplex. in familie erciscundoe jndicio, unusquisque heredum etrei, et actoris partes sustinet.* L. 2, § 3, D. de famil. exis. 10. 2. Hukuk Muh. Us. Kan. mad. 967.

Taksim dâvası her bir mirasçıya ferden tanınmış karşıklı bir dâvadır. Her birisi dâvacı ve dâva olunandır. Yeni dâva mevcut değildir ve Muhakeme U. Kan. 464 üncü maddesi tatbik olunamaz.

### **Talep ve iddia**

«Âli Mahkemede taraflar her bakımdan iddialarını serdetmeğe mecburdurlar» vecizesinden maksat nedir?

Bonfils meseleyi şöyle tavrız ediyor:

«Bu vecize istinaf halinde dâvanın reddini talep etmiş veyahut vazifeszlik ve salâhiyetsizlik iddiasında bulunmuş olan tarafın dâvanın esasına ait talepte bulunmıyacağı yahut itiraz yoluna gidemeyeceği mânasına alınmamalıdır. Vecizenin mânası bam başkadır. Bu vecize ile, o da kusurlu bir şekilde olarak, gerek istinaf eden ve gerek mukabil taraf bakımından müteakip istinafların membu olması prensipi anlatılmak istenilmiştir. İstinaf yoluna başvuran kimse bir karar verilmezden önce, evvelki hüküm hakkındaki bütün itirazları bildirmelidir. İstinaf kararından sonra, müddet geçmiş olmasa bile, evvelki hüküm hakkında yeni bir istinaf talebinde bulunamaz.

Aynı suretle, diğer taraf ta mukabil istinaf talebi ile aleyhinde olan hüküm hakkındaki itirazlarını serdetmeğe mecburdur. Müddeti dahilinde olsa bile sonradan müstakil bir istinaf talebi yüksek mahkeme huzuruna gelemmez.»

Bonfils şöyle devam etmektedir: «İstinaf mahkemesinin kararları duruşmalı olabileceği gibi tarafların hazır bulunmaması sebebiyle yahut da bir talep olmadığı için gıyabi olabilir. Burada hüküm mânası, itiraz, şekil, müddet ve neticeleri hakkında umumî hükümler tatbik edilmesi icap eder [1] »

[1] Bonfils, *Traité de Procédure civil.* nos 1419 et 1420.

Garsonnet de bu fikirdedir: 2e édition, t. VI, 2117, p. 58, note 14. Civ. C. juin 1917.

*Causa judicati inditoidua est.* Kaziyei muhkeme gayrı kabili tecez-  
zidir [1].

*Tot capita tot sententia.* Bir hüküm ile müteaddit hususlar halledil-  
mişse, bunların her biri müstakil mahiyet arzeder. HMUK 406 [2].

*Non bis in idem* (Defi kelimesine bakınız).

*Tantum judicatum, quantum litigatum.*

*Res inter alios judicata aliis non nocet* [3].

### Tarif

*Omnis definitio in jure civili periculosa est parum est enim, ut  
non subverti possit*[4]. L. 202, tit. de reg. juris. Filhakika şartlar sayısız  
çeşitler arzederler: modica enim circumstantiae varietas, totum plerumque  
jus immutat.

C. 18 février 1914. Yeni talep defi âmir hükümlerden olmadığından istinat  
mahkemesince doğrudan doğruya nazara alınmaz. Dâva tarafların istedikleri hadler  
dahilinde hükme rapt edilmek lazımdır.

Müddeinin iddialarının birinci derece hâkimine arzedilen ihtilâftaki taleplerde  
bir tadil yapıp yapmadığı araştırılmaksızın ve yeni bir talep gibi telâkki edilerek  
bu bakımdan reddi istenilmeksizin, mukabil taraf sadece red talebinde bulunursa  
ikinci derece hâkimleri yeni talep defini kendiliğinden ileri sürdükleri takdirde salâ-  
hiyet tecavüzünde bulunmuş olurlar.

[1] Garsonnet et César Bru, 2e édit., t. VI, §§ 2538 et 2543.

[2] Bu kaide bilhassa mahkeme kararlarında ve adli mukarreratta tatbik olunur.

[3] Kaziyei muhkeme tarafından olmuayanlar hakkında ne lehte ne dealeyhte  
tesir eder. *Res inter alios judicatae, neque emolumentum afferre, his qui judicio non  
interfuerunt, neque praejudicium, solent irrogare.* L. 2. C. quibus res judic. et  
toto tit. eod.

Mevzuu aynı olan dâvalarda kullanılan bu vecize, ihtilâf mevzuunun farklı ol-  
duğu ve yalnız, hükme bağlanan bir mesele ile hükmedilecek hadise arasında bir  
müşabehet iddiasına istinat edildiği hallerdede evleviyetle tatbik edilmek lazımdır. Bu-  
nun içindir ki kanun aynı neviden bir dâvada verilen kararın bize ne faydalı olabile-  
ceği ni ve ne de zarar verebileceğini tasrih etmektedir. Simili negotior L. 4, eod.

Kaziyei muhkeme hususunda yukarda 57. ve sonraki sahifelere bakınız.

[4] Düşünceler — Pensées adlı kitabında pascal şöyle demektedir: “Hendesede  
ancak, mantıkçıların ismi tarif dedikleri tarifler vardır. Yani eşyalar, herkes tarafın-  
dan tanınmış terimler şeklinde ve onları açıkça gösteren isimler verilerek suretile,  
tarif edilmiştir. Ben de ancak bu şekildeki tariflerden bahsedeceğim.

Bu tariflerin faydası bir çok kelimelerle ifade edilebilecek bir şeyi bir tek ke-  
lime ile ifade etmek suretile sözleri kısaltmasıdır. O şeye verilen isim başka hiç  
bir mâna ifade etmez ve eğer başka mânaları da varsa yalnız kullanılan mânaya gel-  
diği itibar olunur”. Birinci kısım, mad. II.

## Tashihi karar (Bakınız: Karar tashihi)

### Teyakkuz

*Jus civile vigilanti bus scriptum est. L. 24 quoe in fraud cred. Me-*  
deni hukuk teyakkuz sahipleri için konmuştur.

"Tarifler şu şekilde meydana gelir: 1) Mukayese ile. Bir şeyin diğer bir şeyle olan müşterek unsurlarını veya diğer şeyden olan farklarını dikkatlice araştırdığımız zaman mukayese yapmış oluruz. 2) Bazı hususiyetlerden tecrit suretile. 3) Aynı hususiyetlerin tadili suretile. 4) Bu hususiyetlerin terkibi suretile.

Meselâ iki kimsemin alış veriş yaptığını görüyorum. Hareketlerini tafsilatle takip ediyorum. Görüyorum ki birisi diğerine bahsolunan şeyi veriyor. Diğeri de bahsolunan parayı teslim ediyor. Böylece tahsil suretile alımsatım akdi hakkında sarih bir fikir sahibi oluyorum.

Şimdi bu akdi diğer akitlerle mukayese edersem görüyorum ki, tarafların karşılıklı ve birbirine mutabık rızaların lâzım olduğu noktasında onlara uymaktadır. Bu rızanın ticarete mevcut bir şeye taallük etmesi ve o şeyin mülkiyetinin para karşılığında nakledilmesi hususunda onlardan ayrılmaktadır.

Bu mukayese neticesinde şu tarifi elde ediyorum: Alım satım, ticarete bulunan bir şeyin muayyen bir meblâğ mukabilinde mülkiyetinin nakli akdidir.

Buradan fiyat unsurunu çıkarırsam akitlerin umumî tarifini elde etmiş olurum: Ticarete bulunan bir şeyin mülkiyetinin nakli hususunda bir akit.

Eğer o şeyin parasız verildiğini tasavvur eder ve bunu fiyat unsuru yerine korsam hibe akdinin tarifini yapmış olurum.

Nihayet, daha bazı şartlar ve hususiyetler meselâ muayyen bir zaman sonra parayı geri vererek sattığım şeyin istirdat edilebilmesini ilâve edersem, iştirâ hak-kile satış tarifini elde ederim. Dupin, Réflexions sur l'étude du droit.

Bir tarif üç vasfı haiz olmalıdır: 1) Kısa olmalıdır. 2) Vazih olmalıdır. 3) Uygun, yani emsalini cami ve ağıyarını mâni olmalıdır.

Medenî Kanunumuz bir çok tarifleri ihtiva etmektedir.

Aubry ve Rau kanundaki, meselâ 532, 534 ve 535. Maddelerdeki tarifeleri tetkik ederken, şöyle demişlerdir: "Bu tecrübe muvaffak olmamıştır. Ve olmasına da imkân yoktur. Zira bu müşahedelerin kanunî tarif halinde önceden halledilmesi kabil değildir."

Bakınız: discours de waldeck — Rousseau, sirey, lois annotées, 1902, P. 240. colonne 2.

Ticaret kanununun 332. maddesi sigorta akdini tanzim eder. Mükerrer sigorta ise 342. maddede sadece zikredilmiştir. Buna mukabil Temyiz Mahkemesi bu akdi de tariften çekinmemiştir (Civ. Rejet 12 février 1913).

Küçük sanat erbabı tarifî hakkında bakınız: Civ. C. 6 mai 1913.

Ruben de Conder'nin notuna bakınız: Sirey 1912. I. 553, S. C. 26 juin 1912.

Bazı tarifler de çok cürekâranedir. Meselâ 27 Birincikânun 1817 tarihli Belçika Kanunu Belçikada ikamet edenleri orada yalnız ikâmetgâhı olanlar değil fakat ser-vetlerinin de makarrı bulunanlar olarak tarif etmiştir.

Bundan dolayıdır ki, hilesiz olarak kendisine ödeme yapılmasını temin eden bir alacaklının, diğer alacaklılara bir şey vermesi lâzımgelmez.

**Tazminat** (Bakınız: zarar ve ziyan)

**Tebliğ** (Faraziye kelimesine bakınız).

*Paria sunt non esse et non significari* [1]. Mevcut olmamak ve kendisine tebliğ yapılmamak aynı şeydir [2].

**Teamül** (Âdet kelimesine bakınız).

**Teferruat** (Bak. Asıl)

**Tefsir** (Bakınız: Akitlerin, hibelerin, vasiyetnamelerin tefsiri, kanunun tefsiri).

**Tekit**

*Confirmatio nihil dat. Tekit borca yeni bir şey ilâve etmez* [3].

[1] Demolombe, C. XVI, No 670.

[2] Barbosa, 162 inci belit.

Şüphe yok ki, bir kararın ancak tebliği, istinaf müddetini cereyana başlatır. Eğer istinafa başvuran karşı tarafa kararı bizzat tebliğ ettirmişse, kendisi aleyhine müddet ancak kendisine yapılacak mukabil tebliğden başlayacaktır. Dalloz. Nouveau Code de procédure Civile annoté, madde 443, No 769. 22 frimaire yıl VII kanununun 65 inci ve 27 ventose yıl IX kanununun 17 inci maddeleri rüsumat dairesince görülmekte olan cibayeti bu idare mevdu hususlara ait dâvaların tahkikatının duruşmasız ve karşılıklı surette tebliğ olunacak lâyihalar ile cereyan edeceğini hüküm altına almaktadır. Kanun verilen lâyihaların tebliğini emretmektedir.

Bu hükmün faidesi kolayca anlaşılır. Zira ancak tebliğ sayesinde ihtilâf halinde bulunan taraflardan her birisi karşı tarafça serdolanın hususlara müttali olmuş ve böylece bunlara cevap vermek vaziyetinde bulunmuştur. Bundan dolayıdır ki, tebliğ edilmemiş mütalâalar veya lâyihalar üzerine verilmiş kararlar iptal edilebilir. (C. 18 sonkânun 1808, S. chr. 2 inci cilt, S. 449; 31 sonkânun 1814; S. chr. 4 üncü cilt S. 527; 18 sonkânun 1818; 10 Şubat 1819, S. Chr. 6 inci cilt, S. 26; 28 Mayıs 1823, S. Chr. 7 inci cilt, S. 525; 23 Mart 1837, Bull. Civ. No 62, S. 88. I. 185; D. 88. I. 176). "Bu son kararda ezcümle, lâyiha tebliğinin ifa edilmemek halinde kararın hükümsüzlüğünü icap ettiren esaslı bir merasım olduğu yazılıdır".

Ve tebliğ edilmesi lâzımgelen yalnız lâyihalar olmayıp bizzat kararlar dahi tebliğ şerhini ihtiva etmek lâzımdır. Yoksa, karar batıl olur.

İşbu esas Temyiz Mahkemesinin devamlı bir sıra kararında yer almış bulunmaktadır. C. 24 Temmuz 1894, S. 94. I. 471; D. 94. I. 556; 4 Temmuz 1898, S. 98. I. 469; D. 99. I. 81. 17 Temmuz ve 19 sentserin 1901, D. 02. I. 29 ve 563. deki kararlar altındaki notlara bakınız.

[3] C. 27 juillet 1818 S. 19. I. 126.

*Jus sumitur non a confirmante sed, a confirmatae.* Tekit edilen borç tekit tarihinden değil, hukuki muamelenin yapıldığı tarihten itibaren muteber olur.

Meselâ evli bir kadın tarafından kocanın müsaadesi olmadan yapılan borç, kocanın ölümü üzerine dul kalan kadın tarafından tekit edilmiştir. Keza reşit olmıyan bir küçüğün reşit olduktan sonra tekit etmesi halinde de vaziyet aynıdır. Fakat eğer hukuki muamele mutlak ve esaslı bir butlan ile malûl ise, bu kaidenin tatbikına imkân yoktur [1].

### Teklif

*Oblatio sine pecunioe consignatione non valet.* Med. Kan. Madde 1257,

### Temlik (Bakınız: Mukavele)

*Alienare videtur qui patitur usucapi.* Mülkiyet hakkını iktisabi müruruzamana uğratan kimse, temlik etmiş addolunur. Karşılaştırınız: MK 2219 v. d. *Alienationis verbum etiam usucapionem continet.* D. L. 26. de verb. Signif. 5<sup>o</sup>, § 16. Temlik tabirinde âdi müruruzamanla iktisabi müruruzaman da dahildir.

**Teselsül (Birleşme, Bölünebilme, bölünmezlik kelimelerine bakınız).**

*Aliud est teneri in solidum [2] aliud totaliter.* Dumoulin, Part; 3, No 112. Müteselsilen borçlu olmak başka şey, bölünmez surette borçlu olmak başka şeydir.

*In correis debendi vel credendi qualitas solidi personalis est; sed qualitas solidi in individuis realis est.* Demoulin, part. 2, No 222. Borçlular, müteselsil alacaklılar için teselsülün sebebi şahsidir; lâkin bölünmezliğin sebebi aynıdır. Medeni Kanunun 1219 uncu meddesi ile karşılaştırınız.

### Umumi edep

*Facys quae laedunt pietatem, existimotionem, verecumdam nos-*

[1] C. 3 floréol an XIII S. 5. 2. p. 345. C. 24 brumaire an IX. 20 novembre 1807. 17 mars 1812, 6 mai 1813.

[2] Teselsül nedir, müteselsil borç ne demektir? Bir çok alacaklıdan her birisine borcun tamamını ödemek hakkını veren (alacaklılar arasında teselsül); veya bir çok borçluya bir arada borçlu oldukları şeyi bir tanesinin hepsi için ödenmesi mükellefiyetini yükleyen ( borçlular arasında teselsül) borç demektir. Medeni Kanun madde 1197, 1200.

Teselsülün mevcut farzedilemeyeceği mantıkla kabul olunan bir neticedir. Bir cürümden veya şibihcürümden tevellüt eden borç daima müteselsildir.



*tram, et ut generaliter dixerim quae contra bonos mores sunt, nec facere non posse credendum est.* Papinianus, D. L. 15, de condition ins- tit. Vazifemizi, hükmümüzü, ar ve hayamızı ve umumiyetle söylüyorum, umumî edebe mugayir olan fiilleri yapabileceğimizi sanmamalıdır.

*Conditiones contra edicta, imperatorum, aut contra leges, aut quae leges vicem obtinent, scriptae, vel quae contra bonos mores, vel derisoriae sunt, aut hujusmodi, quae pretores improbaverunt, pro non scriptis habentur, et perinde, ac si conditio haereditati, sive legato adjecta non esset, capitur haereditas legatumve.* D. L. 54, tit. 7, liv. 26.

Prens emirnamelerine, kasunlara, kanun kudretinde olan kararlara, umu- mi) edebe mugayir olan veya asılsız yahut pretorlar tarafından menedilmiş bulunan şartlar yazılmamış farzolunur. Mirasçı ile lehine vasiyet olunan kimse bu şartlar yokmuş gibi vasiyetname ile kendilerine bırakılanı alabi- lirler. MK 900 [1]. Fakat 1172. maddeye de bakınız.

*Nemo auditur turpitudinem suam allegans [2].*

*Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest* L. 1. §2, D. de cond. ob. turp. vel. inj. cam.

*Ubi autem et dantis et accipientis turpitudinis versatur, non posse repeti dicimus [3].* L. 3. D. de cond. ob. turp. vel inj. cum. 4

[1] Fakat, hukuki muamelelerdeki veya ölüme bağlı tasarruflardaki gayri müm- kün olan yahut kanuna veya adaba mugayir bulunan şartları yazılmamış kabul eden Medeni Kanunun 900. maddesi âmîr ahkâmdan değildir. Hükmü koyanın niyetini araştırmak, tahlil etmek lâzımdır

Bu itibarla eğer şart teberruun ilcaî âmîli olmuşsa bütün muamelenin batıl ol- duğunu kabul etmek ve 900. maddeyi tatbik etmek lâzımgelir.

C. 8 juin 1863, D. 63. I. 429. 7 juillet 1863, D. 68. I. 446. 17 juillet 1883, D. 84. I. 156. 28 juin 1887, 88. I. 435. 8 avril 1889, D. 90. I. 205. 26 mai 1894, D. 95. I. 217. Civ. C. 23 juillet 1913.

Bu hallerde vaziyete göre halledilmesi lâzım gelen fiili bir mesele mevzuu ba- hâstir. Ve bu vaziyetlerin takdiri Temyizin mütrakabesine tâbi değildir.

C. 7 juillet 1863, D. 63. I. 446. 7 décembre 1885, D. 87. I. 324. 3 novembre 1886, D. 87. I. 157. 8 avril 1889, D. 90. I. 205. 20 mai 1894, D. 95. I. 217.

Bir şartın ilcaî âmîllerden olması halî ile şartın sarıh veya âmîr olduğunun veya teberruun batılını tehdidile vazedilmiş bulunduğunun beyan edilmesi halinî tafrik etmek lâzımdır. Bunlar aynı şeyler değildir.

[2] Bu vecize hakkında bakınız: C. 29 décembre 1829. 1er août 1844 et 31 juil- let 1844, S. 44. I. 584. 11 février 1884, S. 84. I. 265. 25 janvier 1887, S. 87. I. 224. C. 17 juillet 1905, S. 09. I. 188.

[3] Sebabi ahlâka mugayir veya haksız olan bir mukaveleye istinaden ihtiyarî olarak ödenen meblâğın istirdadı mümkün olup olmadığı meselesi ihtilâfîlidir.

**Vasiyetname** (Hibe, Tefsir, Mülkiyet kelimelerine bakınız).

*Dicat testator, sic ecit lex Vasiyetimin arzusu bir kanundur.*

*Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum.* Ulpian L. 4, de alim. leg. Vasiyetçi son nefesine kadar arzusunun değiştirebilir. Med. Kan madde 895, 1035, 1037.

*Uti legassit super pecunia tutelavoe suoe rei ita jus esto,*

*In eo qui testatur, ejus temporis, quo testamentum facti, integritas incertis, non corporis sanitas exigenda est.* D. L. 2, tit 1, Liv. 28. Vasiyetnamesini yaptığı sırada vasiyetçinin akli başında olmalıdır; kendisinin bedenen sıhhatli olması aranmaz.

*Nisi falsoe et dlosoe suggestiones adhibitoe sint* [1] Furgole, Testa m, ch. V, sect. 3.

*Sub impossibili conditione, vel alio modo factam institutionem placet non vitiari.* D. L. 1, tit 7, liv 28. İmkânsız bir şartla, veya sair bozuk şartla yapılan mirasçı nasbı batıl değildir. Med. Kan Madde 900.

*Obtinuit impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas.* D. L. 3, tit 1, liv 35 Vasiyet yolu ile tasarruflara ilâve olunan imkânsız şartlara en nihayet yazılı değilmiş gibi riayet edilmesi neticesine varıldı.

*Neque imperare sibi, neque se prohibere quisquam protest.* L. 51, *receptis* Bir vasiyetçi tasarruflarından rucu etmekten önceden ferâğat edemez. Med. Kan. Madde 1035, 1037.

---

Bir fikre göre istirdat kabildir. Besançon, 6 mars 1895, S. 95. 2. 196. Baudrey — Lacantinerie et Barde, res obligations, I. no 316. Paris, 12 juin 1912.

Bir diğer fikre göre de sebebi haksız olan mukaveleye müsavi surette iştirak eden taraflardan hiç birinin bir talepte bulunmağa hakları yoktur. Ne ifasını isteyebilirler, ne de yapılmış olan ifa dolayısıyla verilenin istirdadını talep edebilirler. C. 1 er avril 1895, S. 96. I. 289 et note Appert. C. 4 janvier 1897, S. 98. I. 309. 17 juillet 1905, S. 09. I. 188. Nancy. J janvier 1893, S. 94. 2. 206. Riom. 30 nov. 1893, S. 94. 2. 75. Alger, 9 mai 1891, S. 94. 2. 302. Trib. Civ. Lisieux, 21 janvier 1903, S. 1903, 2. 182. Pau, 23 février 1905, Baudry — Lacantinerie et wahl, du lo- sage, 3 e édit., t. II, no 4149. Baudrey et Barde, Des obligations, 2 e édit., I. no 311. wahl, Le courtage matrimonial, Revue trim. 1904, 471. Demogue, Revue trim. 1904, 853. Beudant. Contrats et obligations, no 251.

İstirdadı kabul etmiyen İstida Dairesile kabul eden Hukuk Dairesi arasında da ihtilâl vardır. C. 25 janvier 1887.

[1] Aubry et Rau, § 293 bis, not 14, 15 .

Vasiyetçiyi kandırma ve kendisine tesir etme halleri ancak hile ile vaki olmuş ise haksız sayılır. Medeni Kanununun 895, 901, 909 1116 inci maddelerine bakınız.

*Ex ipsomet testamento non allundé* (2). Bir vasiyetname ancak içerisindeki unsurların yardımı ile tashih olunmalıdır.

### Vasiyetnamelerin tefsiri (Bakınız: akitlerin tefsiri)

**Vecibe** (Mukavele, Tefsir kelimelerine bakınız).

### Vekâlet

*Ratihabitio mandato oequiparatur*

*Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione. Ulpian lib. 10, disputationum.* Bir muamelede hazır bulunup başka birinin kendisi namına hareket etmesine muhalefet etmeyen kimse, ona izin vermiş sayılır; ve şayet rızasını beyan etmemişken, kendisi için ya pılan muameleye icazet verecek olursa, sanki önceden salâhiyet vermiş gibi mesul olur.

### Vesayet

*Interest pupilli ne tutela per plures spargatur.* L 3, § 6, D. de adim et per tut. 26, 7. Med. Kan. madde 402 ve son.

[2] Gayri muayyen tarih taşıyan elyazısı ile vasiyetname esas itibarile tarihsiz imiş gibi telâkki olunmak lâzımgelir ise de, tarihin muayyen olmayışı istenmiyerek vaki olmuşsa, bizzat vasiyetnamede yazılı unsurlardan faydalanmak ve kökleri bizzat vasiyetnamede bulunan dışını şartlara başvurmak kaydı ile, hâkimlerin hakiki tarihi bulmaları tevzih olunmuştur: C. 16 şubat 1909, Rec. Gaz. Des tribunaux, II. 1909. I. 44. 13 sonkânun 1902, Pand. 1903. I. 277. 9 temmuz 1885. S. 888. I. 479. Req. 5 mart 1923.

Medenî Kanun musalehin tâyni hakkında hiç bir hüküm ihtiva etmiyor. Vasiyetçinin musalehi hakiki ismi ile göstermesi lâzımgelmez: Şüpheye mahal bırakmayacak surette tâyn etmesi kâfidir. Binaenaleyh bu mesele hukukî olmaktan ziyade ilmi bir meseledir. Vasiyet yolu ile bir tasarrufun mânası ve şumulü üzerindeki tereddüdün ancak vasiyetnamede yazılı kayıtlarla izale olunabileceği hakkındaki kaide tereddüdün yalnız tasarrufa mevzu teşkil eden şahsa taallük eylemesi halinde kabil tathik değildir; musalehleri tâyn hususunda vasiyetçinin kullandığı tabirlerden husule gelen şüpheyi silmek için mahkemeler hâdisenin şartlarına göre hareket edebilirler ve etmelidirler. Temyiz M. h. I. mart 1897 (S. 97. I. 272).

Musalehin işinin ve ikametgâhının gösterilmesi ile kendisinin kâfi surette tâyn edilmiş olduğuna: Bruxelles İsti. Mah. 2 — bubat 1885 (Pasic., 1885. 2. 118. Bir oda hizmetçisine veya bir ev hizmetçisine yapılan teberrurların, ahval ve şeraiti göre, vasiyetçinin vasiyetname tarihinde veya ölüm gününde hizmetinde bulunan şahıslar için yapılmış olması şeklinde anlaşılabilir: Gand İsti. Mah. 8 şubat 1888 (Pasic. 1888. 2. 185) karar verilmiştir; Huc (C. VI, No 316). Baudry — Lacanerie et Colin (C. II, n 1842 bis).

*Tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco habere debet* L. 27, D. de adm. et per tut., 26, 7 Med. Kan mad 456 ve son

*Tutor a se ipso exigere debuit* [1].

*Factum titoris, factum pupillis.* L. 20, C. de reg gest, 2,19.

### (Yangın)

*Incendia plerumque culpa inhabitantium fiunt.* Medeni kanun 1733.

### Yemin [2]

*Jusjurandum vicem rei judicatoris obtinet; non immerite: cum ipse quis judicem adversarium suum de causâ suâ facerit, deferendo ei jusjurandum.* D. L.1, tit. 5, liv 44.

Hâkim huzurunda yapılan yemin, haklı olarak kaziyei muhakeme sayılır zira bir taraf hasmına yemin tevcih etmekle onu kendi dâvasının hâkimi durumna sokmaktadır.

### Zarar ve ziyan

*Damnum emergens et lucrum cessans.* MK1149.

*Quantum cujus intersit in facto non in jure consistit.* Paulus, lib 5 ad sabinum. Zarar ve ziyanın miktarını tesbit meselesi hukuki değil, tamamen fiili bir meseledir.

*Quatenus cujus interest, in facto, non in jure consistit.* Paulus, lib. 5, ad Sabinum. İstenilen tazminat haktan ziyade fiile göre tâyin olunur. [3].

*Is damnum dat qui jubet dare ejus vero nulla culpa est cui parere necessesit* Emrile zarar ve ziyan sebep olan kimse fail addolunur. ve rilen emri reddetmek imkânına malik olmıyan kimseye hiç bir mesuliyet terettüp etmez.

[1] Orléans, §1 Ükkânun 1852. S. 53. 2. 712.

[2] Yemin hakkında, yukarda 84 üncü sahifeye bakınız

[3] Bu kaidenin mânası şudur: İstenilen tazminat hakkında bir ihtilâf çıktığı zaman vakıalara bakmalı ve talebin sıhhatini dâvacıya ispat ettirmelidir. Diğer her lâhza değişen muhtelif şartlara bağlı olduğu için kanun vazı zarar ve ziyanın tâyini için sabit kaideler koyamazdı. Hâkim ikame edilecek delillere veya delil yoksa zarar göre-in yeminine göre zararın ne kadar olduğunu takdir edecektir.

Borçlunun kusurila veya mukavelenin ifasında gecikmesi sebebiile uğranılan bütün kayıplara hukuk dâlinde zarar (interesse) denir.

**Zilyetlik** (Müruru zaman, mükellafiyet kelimelerine bakınız).

*Posidere autem possunt quae sunt corporalia* L. 3, qroced. D. de acq vel amitt. Poss 41. 2. Maddi olan şeylerin hepsi de zilyetliğe elverişlidir L. 4, § 27, D. de acq res dom 41. 1.

*Nulla possessio acquirit, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum* [1] L. 153. D. de Reg. Juris 50. 17. zilyetlik ancak onun terk etmek iradesi ile veyahut onu teşkileden vaziyetin istenildiği şekilde iadesini imkânsız kılan bir maddî engel ile kaybolur.

*Animo retinetur possessio* [2] Paul. D. L 41, 3, 4. 11 zilyetlik niyet ile muhafaza olunur. Medenî kanun, madde 2228.

*Probatis extremis, proesumitur medium* Medenî Kanun, madde 2234.

*Diutina possessio quae prodesse coeperat defuncto, et hoeredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat proedum alienum. Quoq si ille initium justum non habuit, hoeredi et bonprum possessori, licet ignorant, possessio non prodest* [3]. § 12 Instit. de usucap.

*Mala fides superveniens ( id est scientia rei aliena ) non impedit usucapionem.* L. 1, § 3, C. de usuc. transf., 7, 31. Med Kan 2269 la karşılaştırınız

*In part casuâ melior est casua possidentis* [4].

[1] Adiptascimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore. L. 3, § 1, D. acq. vel amin poss. 41. 2. Zilyedliği iktisap için yeni unsurun birleşmesi lâzımdır: Maddî vakıa ( corpus ); zilyedliği kendisine ait olarak muhafaza etmek niyeti ( animo ). C. 17 Mayıs 1862, S. 62. 1. 711; 12 Şubat 1889, S. 90. 1. 13; Paul, Sentent, lib. 5. 2. 1. Marsedâ, 2228 inci madde hakkında No 6, 1. 257; Laurent, C. XXXII, No 268.

[2] Licet possessione animo acquirit non possit, tamen solo animo retineri potest. L. 4, C. de acq. vel. ret. poss. 7. 32.

[3] Mal bir mirasçının veya herhangi bir müsalehin eline geçecek olursa muvakkat oluş zilyedliğe mîrbut kahr. Laurent. C XXXII, 359.

[4] Aubry et Ran § 219, not, 9; § 945, not 11.

Dâvacı malik bulunduğunu iddia ettiği bir şeyi istemekte ve fakat iddiasını ispatta yarıyacak kâfi delilli bulunmazsa, dâva olunanın zilyedliğini ispat için hücceti bulunmazsa da zilyedliği makbul tutulur. Şayet iki şahıs aynı satıcıdan aynı şeyi ayrı ayrı satın almışlarsa, bunlardan zilyedliğe sahip olan, diğerinden sonra satın almış olsa dahi, tercih olunur ( tescil hali müstesnadır ).

*In part causâ possessor potior haberi debet.* Paul, D. lib 19, ad edictum. İki taraf taleplerini aynı kuvvette bir hüccette dayandırmakta iseler daima zilyed lehine hüküm verilir.

Menkullerde zilyedlik, mülkiyet demektir (Menkuller kelimesine bakınız)

Zilyedlik ve mülkiyet dâvaları bir arada bulunamaz [5].

---

[5] Non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit., L. 12, § 1., D. de acquis vel amin. poss. 41. 2.

C. 4. 16 Şubat 1881, D. 31. 1. 413;88;1. 462. 18 Temmuz 1886, D. 87. 1. 74; S. 89. 1. 251. Bir kimse yalnız zilyedlik dâvasından vazgeçmiş sayılabilir.



# DÖRDÜNCÜ KISIM

In omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda sit.

Fraus omnia corrumpit.

In contractus voluntas spectatur ad quod intendit.

Semper vestigia voluntatis sequimur testatorum.





# DÖRDÜNCÜ KISIM

FRANSIZ VE ECNEBİ KANUNLARI  
KANUNLARIN TATBİKİ VE TEFSİRİ

## BİRİNCİ BAP

Fransada mer'i kanunların tablosu.

Ämme nizamına müteallik  
Kanunlar.

Hâkimin kanuni vazifesi.

### Birinci Bahis

*Fransa ve müstemlekelerinde mer'i kanunlar.*

Fransada mer'i kanunlar bütün ana kanunlarımızla bunlarla ilgili ve bunları tamamlayan bilumum kanunlar [1] ve diğer bütün kanunlarımız ve kararnamelerimizdir.

Bunlar şunlardır:

1<sup>0</sup> 1848 muvakkat hükümetinin; Reis Prens'in (2 birinci Kânuu 1851 den, 29 Mart 1852 ye kadar); Milli Müdafaa hükümetinin [2] (4 Eylül 1870 den, 8 Şubat 1871 ye kadar) kararnameleri.

2<sup>0</sup> Birinci ve İkinci İmparatorlukların (sénatus - consulte) leri.

3<sup>0</sup> Devlet Şurası tarafından, Konsüllük ve Birinci İmparatorluk devirlerinde, kanunların mânasını tesbit için serd olunan mütalâalar.

4<sup>0</sup> Usulüne tevfikân akit ve tastik edilmiş beynelmilel muahedeler [3].

5<sup>0</sup> Konsüllük ve Birinci İmparatorluk devirlerinde neşredilen (tanzimi

[1] Aubry et Rau, 8 édit., t. I, p. 10 et suiv.

[2] Milli müdafaa hükümetinin kararnameleri, hattâ Almanya ile olan harple alâkası bulunmayan mevzularda bile, millet tarafından kabul edilen bir kuvvetin tasarruflarının haiz olduğu mecburilik vasfına sahiptirler. C. 8 juin 1871, D. 71. I. 80.

[3] Bu beynelmilel muahedeler ämme intizarına mütealliktirler.

Meselâ, 15 Haziran 1869 tarihli Fransa-İsviçre anlaşması böyledir. Trib. Civil de la Seine (4 e ch) 29 février 1893, *Pandectes*, 93.5.47.

bir karaktere sahip olanlar hariç) ve Sena tarafından ilga edilmeyen karar-nameler [1].

6<sup>o</sup> İkinci İmparatorluk devrinde, 1852 den sonra, neşredilen ve Sena tarafından ilga edilmeyen kararnameler.

1789 dan evvele ait olup ilga edilmeyen fermanlar [2].

7<sup>o</sup> Cezayir, Tunus ve Fransız Hindistanındaki müslüman hukuku.

8<sup>o</sup> Teşrii vekâlete müsteniden, âmme ideresine mütâaillik olarak, çıkarılan kararname ve nizamnameler.

9<sup>o</sup> Kanunların icrası için Devlet Reisi tarafından neşredilen kararnameler.

10<sup>o</sup> Demir yolları tarifelerini tasdik eden vekâlet kararları.

Aksine olarak, bir kanunun tatbikına mütedair vekâletler tamimleri mahkemeler için hiç bir mecburilik vasfına sahip değildir [3].

*İlhak* — Bir arazinin Fransaya ilhakı, ilhak olunan tab'aların evvelce yapmış oldukları akitlerden doğan haklarda hiç bir değişiklik husule getirmez. Sadece bu haklara mütâaillik dâvaları Fransız kazasına tâbî kılar; Fransız mahkemeleri de bu dâvaları ilhaktan evvel tâbî oldukları kanunlara tevfikân halletmeğe mecburdur [4].

*İşgal*. — Bir vilâyetin düşman kuvvetleri tarafından işgalı Fransız medeni ve ceza kanunlarının hükümlerini bertaraf etmez; bunlar, harbin icaplarının emrettiği hususî ve sarîh bir ilğaya mevzu teşkil etmedikçe, âmir buldukları müeyyidelerle fransız tab'ası için ittibat mecburi olarak kalırlar (5).

[1] Misal: 27 parairial sene X tarihli konsüller kararı *kanunlar bültenine* it-hal edilmiş ve Sena huzurunda hücûma uğramamış olduğundan 28 frimaire sene VIII tarihli esas teşkilât kanununun 21 inel maddesi mucibince kanun kuvvetini haizdir. C. 4 février 1910 (2 e espèce), D. 1911.1. 17.

[2] Bir kısım eski emirnameler mer'iyette kaldılar.Ezcümle bak Douai, 18 mai 1900, D. O2. 2. 813. Bizim *Traité des Eaux* kitabımıza müracaat ediniz.

[3] Yerleşmiş tatbikat ve nazariyat: C. 18 mars 1901, D, O1. 162.

[4]. C.26 juillet 1899, D. 05. 2. 189. Paris, 10 décembre 1901, D. 05. 2. 128 et note 5, 2.165.

Adliye Vekili tarafından imzalanmış ve mühürlenmiş ve divanı muhasebata ib-raz edilmiş, Sardunya Kralının imzasını havi, bir kiral tezkeresi, 1770 tarihli Sar-dunya esas teşkilât kanunu zamanında teşrii bir karaktere sahipti C. 23 juin 1903, D. 08. 5. 523.

Kanuni ipotek hakkında bak. :Alx, 16 décembre 1869, D. 71. 2. 74; maden imtiyazı hakkında bak. :C. 17 mars 1878, D. 73. 1. 471. Cpr.C. 12 août 1867, D. 87. 1. 373.

[5] Nancy, 27 août 1872, D.72. 2. 1885. Cpr. Metz, 29 juillet 1871, D.71. 2. 182.

**Kanunilik.** — Burada yapmayıcağımız bazı tefrikle mahfuz kalmak şartı ile, mahkemeler kendilerinden tatbiki istenilen kararnamelerin, nizamnamelerin, idari talimatnamelerle zabita talimatnamelerinin, kanunların infazı sadedinde ittihaz edilen vekâfetler kararlarının (messlâ: demir yolları tarifeleri) ilâ. kanuniliğini tetkik etmek hakkını haizdirler [1]. Lâkin, beynelmilel muahedeleri tefsir edemezler.

## İkinci Bahıs

### *Ecnebi kanunlar*

Kaideten yabancı kanunların Fransada hükmü yoktur[2].

Bu sebeple ecnebi bir kanunun yanlış tatbiki sadece, Temyiz mahkemesinin kontrolü dışında kalan, hatalı bir takdirdir.

[1] Mucip sebepleri ile sarahatan tahdit olunan ve harp hadiselerinden doğan bir vaz'iyeti karşılamak maksadı ile acele ittihaz edilen bir kararname, hükümleri umumî tabirlerle ifade edilmiş olsa bile, tatbik edilirken sadece gösterilen hallere inhisar ettirilmelidir. Trib. corr. de la Seine, 23 décembre 1870, D. 70. 3. 119.

[2] Temyize müracaatı mümkün kılan kanunun ihlâli, ecnebi kanunu fransız kanununa atf yapmış olsa bile, fransız kanununun ihlâlidir, ecnebi kanununun değil. C. 28 avril 1886, S. 36. 1. 749; D. 63. 1.313. 9 novembre 1846, S. 47. 1. 55; D. 46. 1. 338. 9 novembre 1868, S. 69. 1. 122. 12 novembre 1872, S. 73. 1. 17; D. 74. 1. 168. 23 février 1874, S. 74. 1. 145. 11 novembre 1885, S. 89. 1. 69; D. 86. 1. 257. 26 février 1890, D. 90. 1. 225, 2 août 1897, D. 98. 1. 377. 17 janvier 1899, D. 99. 1. 329. 329. 30 octobre 1905, D. 06. 1. 305.

Bunun iki sebebi var: birincisi, bir muahedenin kat'i hükümlerinin ademi mevcudiyeti halinde ecnebi kanunun tatbikini temin etmek mahkemelerimize asla terettip etmez; ikincisi, ki bu birinci kaidenin sadece bir neticesidir, ecnebi bir kanunun tesbit ve tefsiri maddî mes'elelere benzetilmelidir, böylece esas hâkiminin mutlak selâhiyeti dahiline girer

Bununla beraber, eğer şahsi hâl (Medeni kanun, m. 3), aktlerin şekli (aynı kanun, m. 43, 170, 999), yahut *beynelmilel bir muahedenin riayetini mecburî kıldığı* bir yabancı kanun mevzu bahis ise, aynı zamanda bir fransız kanunu ihlâl edilmiş olacağından, ecnebi kanunun ihlâli sebebi ile hüküm nakzedilebilir.

Filhakika Fransızlarla ecnebiiler arasındaki ihtilâflarda, eğer taraflar atıfta bulunmuşlarsa, ecnebi kanunun tatbiki lâzımdır; şu şartla ki bu tatbik Fransada âmme intizamına aykırı olmasın. Civ. C. 19 juin 1894. *Pandectes* 95. 5. 11. Cpr. Aix, 27 mars 1890. *Pandectes* 90. 2. 282.

Âmme intizamı her davacının hâkimler bulabilmesi ve her ihtilâfın kanunen muayyen bir kazaya arz edilebilmesi imkânını icabettirir. Dijon, 7 avril 1887, *Pandectes* 87. 2. 184.

Aşağıdaki hallerde vaziyet başka türdür:

1o Eğer beynelmül bir mütahede yabancı bir kanuna Fransada kanun kuvvetini veriyorsa;

2o Eğer yabancı bir kanunun ihlâli Fransız kanununa mügayeret teşkil ediyorsa [1];

3o Eğer kanun vazı yabancı bir kanunun hassatan kastettiği bir mesele hakkındaki hükümlerini kendisine mal etmiş bulunuyorsa (Fransanın Hindistan, Cezayir ve Tunus müstemlekelerindeki yerli halka tatbik edilen islâm hukuku gibi) [2].

### Üçüncü Bahis

#### *Âmme nizamını alâkadar eden kanunlar*

Kanunlar ya emredici, ya nehyedicidirler, yahutta âmme nizamındandırlar. Kanunların haiz oldukları kuvvet alelâde hususi menfaatlara, veya aksine olarak âmme menfaatlarına taallük edip etmediklerine göre değişir [3].

Hâkim için mühim olan cihet âmme nizamını ilgilendiren kanunların hangi kanunlar olduğunu bilmektir; bu kanunlara aykırı hareket edilemez; bunlar ne her hangi bir feragata [4], ve ne de muteber bir cezai şartta mevzu olamazlar.

[1] Fihakika, müstemlekelerimiz olduğunu unutmamalıdır; meselâ Cezayir gibi Orada islâm hukuku tatbik edilmektedir. Bu mevzuda mukayese ediniz: C. 25 mars 1873, S. 73. 1. 333; D. 73. 1. 251.

[2] Bununla beraber, esas hâkimi müslüman örf ve teamülünü, bir şeyle mukayyet olmaksızın tefsir eder. C. 18 juillet 1876, S. 76. 1. 451; D. 76. 1. 497. 12 février 1879, S. 79. 1. 121; D. 79. 1. 84. 3 juillet 1893, S. 95. 1. 118 ve aza Bay Babinet'ın raporu; D. 93. 1. 494. Cpr. C. 20 janvier 1896, S. 97. 1. 33 ve not.

Bak. 1 birinci teşrin 1854, 31 birinci kanun 1859, 13 birinci kanun 1866, 10 eylül 1886, 17 nisan 1889 kararnameleleri.

Madagaskar hakkında 24 ikinci teşrin 1898 tarihli kararnamenin 23 üncü maddesine bak.

Annam hukukunun Hindicinde tatbiki için de keyfiyet ayındır. C. 5.

Umumiyetle Temyiz Mahkemesine göre bu hususi mevzuatarda (zilkredilen misalere Senegal, Hindicini ve sairiyi ilâve etmek lâzımdır.) Esasa bakan hâkimler tam salâhiyeti haizdirler. C. 5 juillet 1899 précité. Keza bak.: C. 11 novembre 1885, S. 89. 1. 69; D. 86. 1. 257. 6 décembre 1893, S. 94. 1. 317; D. 94. 1. 303.

[3] Yukarıda S. 38 ve 39 a bak.

[4] Baudry—Lacournerie et Lafourcade, *Des personnes*, t. I, no. 268. Hiç bir tasdik mümkin değildir. C. 30 janvier 1839, S. 39. 1. 393; D. 39. 1. 90 19 octobre 1892, D. 92. 1. 593 lahiri.

Temeli, milli düşünüşün uzvu olan kanun vaznı tarafından, cemiyetin arzu olunan şekilde idamesi için lüzumlu addedilen fikirlere dayanan her kanunu âmme nizamını alâkadar eden kanun olarak anlamak lâzımdır.

Kanun vaznı tarafından hiç bir miyyar irae edilmemiş olduğundan [1] âmme nizamı vasfını Temyiz mahkemesinin içtihatlarından çıkarmak icap etmektedir.

Şu kanunlar âmme nizamındandırlar:

1<sup>o</sup> Esas teşkilât kanunları ve siyasi kanunlar.

2<sup>o</sup> İdari ve adli kuvvetlerin tefrikine [2], idari kuvvetin salâhiyetine (nafıa işleri, milli satışlar, idari mukaveleler ilâ.) mütedair kanunlar.

3<sup>o</sup> Adli teşkilât kanunları [3];

Mahkeme ve hâkimlere salâhiyet veren ve muhtelif kaza derecelerini vazedenler [4].

---

Cezai şart hakkında bak.: C. 22 jüllet 1874, D. 75. 1. 453.

Bir kısım kanunlar umumi adabın inkişafına, halkın idaresi altında yaşadığı siyasi rejime göre değişir, tebeddüle uğrar.

Hattâ, teslim etmelidir ki, âmme intizamına mütedairdir dediğimiz kanunlarımız bile sık, sık istihalelere mâruz kalyorlar; bu gün âmme intizamından addedilen şey ertesi günü bu vasfını kaybediyor.

Esasen Temyiz mahkemesi, artık, "kaziyei mahkeme, âmme intizamını alâkadar eden bir defî değildir diyerek mantıklılık iddia etmiyor. İspat kaideleri için bu anlaşılabilir; fakat kaziyei mahkeme âmme intizamını fevkalâde alâkadar eder.

[1] Yukarıda S. 67, not 3 e ve S. 71, not 1 e bak.

[2] C. 1<sup>er</sup> avril 1845, S. 45. 1. 363. 24 juin 1851, S. 51. 1. 673; D. 51. 1. 196. 21 janvier 1852, S. 53. 1. 39. 26 août 1856, S. 57. 1. 28; D. 56. 1. 340, 25 avril 1860, S. 60. 1. 635. 4 avril 1866, S. 66. 1. 433. 12 août 1867, S. 67. 1. 447. 7 juin 1869, D. 69. 1. 301. 28 janvier 1902, S. 03. 1. 10; D. 04. 1. 143. 9 avril 1906, 25 juin 1907, D. 07. 1. 337.

[3] 30 Ağustos 1883 tarihli kanunun 1 inci maddesine göre, her hususta, butlan müeyyidesi tahtında, İstinaf mahkemelerinin kararları en aşağı beş veya daha fazla tek adette hâkimler tarafından verilmek lâzımdır.

Bundan dolayıdır ki, hususiyle bir ilâmın münderecatından, çift âdette ve gayri kâfi miktarda toplanmış hâkimler tarafından verildiği anlaşılıyorsa, bunun bozulması lâzımdır. Civ. C. 4 août 1913.

[4] İşte bu bakımdan âmme intizamı meseleleri:

*Kanunî müddetin geçmiş olmasından dolayı istinaf talebinin kabul edilme-  
mesi*, C. 17 novebre 1903, D. 04. 1. 109. 2 jüllet 1908, D. 08. 1. 440.

*Vasifesizlik*, C. 28 juin 1870, D. 70. 1. 311. 5 juin 1872, D. 72. 1. 231. 11 jüllet 1882, D. 83. 1. 350; 5 novebre 1889, *Pandectes*, 93, V. 47; meğerki kaziyei mahkeme halini almış bir hüküm mevzuu bahis olsun, C. 22 février 1876, S. 76. 1. 168. Yukarıda S. 62 ye bak.

4° Polise ve emniyete mütedair kanunlar (Medeni kanununun 3 üncü maddesi, — ve bu kanundanberi kabul olunan mümasil kanunlar)[1].

Ceza kanunları.

5° Fertlerin şahsi hallerine, aile ve cemiyetteki ehliyetlerine müteallik kanunlar [2].

---

*Kasa dereceleri*, C. 22 janvier 1901, D. 02. 1. 110.

*Temyiz istidasının mesmu olacağına dair verilen kararın kanuni müddeti zarfında tebliği*, C. 3 août 1897, S. 01. 1. 502.

Kanunun husumet ehliyeti için müsaadeyi şart kıldığı hallerde bunun ademi mevcudiyeti. C. 3 décembre 1855, D. 55. 1. 456. 31 juillet 1878, D. 78. 1. 381.

Bilâkis şunlar âmme intizamından değillerdur:

*Hâdise ve hukukla karışık vazifesizlik iddiası*. C. 9 février 1891. 13 janvier 1904, D. 04. 1. 303.

*Çift kaza derecesi kaidesinin ihlâli*, C. 15 janvier 1877, D. 78. 1. 256. 11 décembre 1888, S. 89. 1. 80.

*Sulh teşebbüsünün yapılmamış olmasına dayanan defî*, C. 3 décembre 1898, D. 79. 1. 23.

*Salâhiyetsizlik itirazı*, C. 22 janvier 1877, D. 77. 1. 310.

*Bir dâvanın diğer bir mahkemede de derdesti rüyet olduğu defî*, C. 3 décembre 1900, S. 04. 1. 10.

*Hukuk mahkemelerinin ticari bir davaya bakamayacakları defî*, C. 16. D. 16. 1. 46. 5. 46.

*Nihâi hükümden evvel ara kararları aleyhine istinafa gidemeyeceğine mütedair Hukuk U. M. K. nun 451 inci maddesinin ihlâl edilmiş olması defî*,

C. 3 avril 1845, S. 71. 2. 25 note; 17 mai 1893, *Pandectes* 95. 1. 273. Chambéry, 30 mars 1870, *loc. cit.* Crépon, T, I, No. 877.

İlk olarak istinafta ileri sürülen ve müddeasaleyhin itirazına uğramıyan bir talibin yeniliği defî. C. 11 novembre 1885. S. 89. 1. 69; D. 86. 1. 257. 29 mai 1902, D. 03. I. 100.

Kaziyel muhkeme defî. C. 11 décembre 1895, S. 97. I. 227; D. 96. 1468. Yukarda S. 67 not 3 e bak. S. 71 not not 1 ile mukayese ediniz.

Medeni kanununun 1325 ( yukarda s. 110, not 4 e bak.), 1341 ve müteakip ( yukarda S. 159, not 7, S. 182, not 4 e bak. ), 1715 ve müteakip maddeleri hükümlerini ihlâlî. C. 8 juin 1896, S. 97. 1. 178; D. 97. 1. 464. 11. février 1902, D. 02. 1. 158. 20 octobre 1903, S. 04. 1. 36; D. 04. 1. 42.

[1] Meselâ: demir yolları kumpanyalarının işlemlerini tanzim eden hükümet nizamâtı âmme menfaatlarını alâkadar ettiklerinden hilâflarına hareket olunamaz, C. 24 mars 1886, *Pandectes*, 86. 1. 134.

Ezcümle; işe (hıfzıssıha, emniyet); cenâbilerin Fransada ikametlerine; su'î muamele gören ve mânen terk edilen çocuklara (24 Temmuz 1899 tarihli kanun); gemi, iskele ve rihûma yaşaşmaya mütedair kanunlara bakınız.

Ceza mahkemeleri usulî kanununun 3 üncü maddesine bak.

[2] C. 4 novembre 1901, S. 03. 1. 273; D. 02. I. 85; 3 mars 1902, S. 02. I. 167; D. 03. I. 81. 30 mai 1902, S. 03. 1. 178; D. 02. I. 348.

6° Şahsi ve dinî hürriyetleri bütün tecavüz ve tehditlere karşı koruyan ve şahsiyeti her surette himaye eden kanunlar [1].

Burada umumi âdâp mevzuubahistir.

7° Ticaret ve sanayi hürriyetini temin [2]; ve mürabahayı men'eden kanunlar.

Aix, 18 décembre 1896 S. C. 24 janvier 1899, D. 1900. 1. 533. Amiens, 26 juin 1902, S. O4. 2. 34. 16 ikinci teğrin 1912 tarihli kanuna bak.

[1] Gayesi bir dinin kabulü veya ademi kabulü olan bir şart yazılmamış addolunur.

Bunun gibi, meselâ, papaz olmamak şartı da. Baudrey — Lacantinerie, *Donat. est tam.* I, 176. Aksi, Laurent, t. XI, no. 504. Demolombe, t. XVIII, no. 259.

Aşağıdaki hallerin âmme intizamına mugayir olduklarına hükmedilmiştir: Bir cemiyetin. gerek bir âzanın, ihracına karar verilecek içtima davet ve kendisini müdafaaya imkân verilmeden, ihracına karar verileceğine; gerek, ruznamede bir âzanın, inzibati mülâhazalarla, ihracına karar verilmesi hususunun konuşulacağı bildirilmeden umumi heyetin fevkalâde içtima davet edileceğine; gerek, umumi heyetin fevkalâde içtimaında ihracına karar verilen âzanın itihaz edilen ihraç kararının iptalini mahkemeden talep edemeyeceğine dair nizamnameleri hükümleri. Bak. Trib. civ. Seine, 17 décembre 1907 (*Rec. Gazette des Tribunaux*, 1908, I ersem., 2. 308, avec note). Mahkemelerin ihracı haklı gösteren mucip sebepleri takdirleri hakkında bak.: Trib. civ. Lyon, 12 juin 1902, (*Dict. de jurispr. gjn. en matière de chasse*, par Baudouin, Jaffeur et Radot, V° *Société de chasse*, no. 21, p. 399); Trib. civ. Seine, 2( novembre 1912, *Gaz.*, 20 décembre et la note; Trib. civ. Nice, 4 décembre 1912, (*Rec. Gaz. des tribunaux*, 1913, persem., 2. 14, avec note).

Evlenmemek şartları yazılmamış addolunur.

Paris, 1er avril 1862, D. 62, 277.

Lehine muayyen bir malda ölüme bağlı tasarrufta bulunulan ihtiyar bir kimsenin büyük servetini korumak mevzuubahis olduğu vakit bu şartlar muteberdir. Caen, 16 mars 1875, D. 76. 2. 237.

Üçüncü bir şahsın müsaadesi ile evlenmek şartı batıldır. Paris, 7 juin 1849, D. 49. 2. 151; — yahut üçüncü şahsın göstereceği birisi ile. — aynı karar.

Evlenmemek şartına gelince, eğer şayanı hürmet muhtık sebepler varsa muteberdir. C. 22 décembre 1896, S. 97. 1. 397; D. 98. 1. 537. Req. 26 mai 1910. Caen, 24 juillet 1894, D. 95. 2. 269. Bak.: *Répert. du notariat*, 1910, art. 16, 639.

Şahsi hürriyeti alâkadar eden şu şartlar batıldır: falan kimse ile beraber ikamet etmek; — ikametgâhını filân yerde tesis etmek; — şu veya bu mesleğe intisap etmemek. Cpr. 23 janvier 1877, D. *Supplèm.*, V° *Disposit.*, no. 50.

[2] Medeni kanunun 1780 inci maddesi, ticaret ve sanayi hürriyetine muhalif olduğu için, zaman ve mekân tâyin etmeksizin, umumi olarak, bir sanayii icradan feragatı men ediyor.

Bunun gibi bak.: C. 25 mai 1839, S. 1869, 1. 308. 9 mai 1838, S. 1838. I. 320 Toulouse, 27 avril 1893; Paris, 21 décembre 1886; douai, 3 mai 1887; 4 juillet 1858, S.1891. 1. 113.



8<sup>o</sup> Mülkiyeti, malların serbest tedavülünü temin eden kanunlarla, [1] servetle in daimî surette müsavatsızlığını idameye mâruf anlaşmaları nehyeden kanunlar.

Taksim bahsinde, mahfuz hisseye mütedair hükümler âmme intizamından dırlar; fakat hisselerin teşkilini tanzim eden kaideler bu vasıfta değildir.

9<sup>o</sup> Âmme menfaati için inhisar vaz'eden kanunlar.

10<sup>o</sup> Vergiye tâbi şeyleri tâyin ve resimlerin tahsilini temin eden kanunlar [2].

11<sup>o</sup> Ehliyetsizlerin himayesini tanzim eden kanunlar [3]. 5 ağustos 1914 tarihli kanun gibi, kâğıt paraların mecburi tedavülünü kararlaştıran kanun

---

Hususiyle, bir şirket mukavelesinin, infisah halinde şeriklerden birinin, hiç bir vakit, gerek doğrudan doğruya, gerek bilvasıta şirketin mevzuunu teşkil eden işe mümasil bir ticarethane tesis ve işletmeyeceğine mütedair kaydı, ticaret ve sanayi kâriyeti ve münafi olduğu cihetle batıldır. Paris, 6 jüillet 1893. S. 1894. 2. 100. Lyon (3<sup>e</sup> ch.), 26 février 1913.

Aynıyle, şeriki, rızası ile şirketten ayrılması veya ihraç edilmesi halinde, yukardaki tarzda bir memnuiyet koymak suretiyle bir şey yapmamağa mahkûm eden kayıt da âmme intizamına mugayir olduğundan batıldır. Hissedara, şirkete getirdiği sermayenin bir neticesi imiş gibi, zorla kabul ettirilen, istikbalde, kendi hesabına, getirdiği sermayeye müşabih, ticarethaneler tesis ve işletmeyeceğine ve bunlarla doğrudan doğruya veya bilvasıta alâkadar olamayacağına dair kayıtsız ve şartsız memnuiyet için de keyfiyet böyledir. Trib. de la Seine, 25 juin 1895; *Journ. des Trib. de com.*, 1896, p. 1679; Paris, 3 novembre 1898, *Rev. des soc.*, 1899, p. 229.

[1] Meselâ: ikamelerin memnuiyeti; müstakbel miraslar üzerindeki anlaşma ya sağ, ilâ. ilâ. Huc, t. I, no. 29. C. 27 août 1874, D. 75. 1. 15. 23 novembre 1874, D. 75. 1. 68. 5 jüillet 1875, D. 76. I. 38. 27 janvier 1886, S. 85. 1. 160. 11. janvier 1887, S. 887. 1. 225. mutlak surette devredememek memnuiyeti âmme intizamına mugayirdir. C. 24 janvier 1899, D. 1900. 1. 533. 16 mars 1908, D. 05. 1. 126. Paris 9 mars 1900, D. 01. 2. 505. Meğer ki bağışlıyanın veya üçüncü bir şahsın *meşru* menfaati için konulmuş olsun. C. 8 novembre 1897, S. 1900. 1. 499; D. 98. 1. 47.

Muvakkat bir zaman için devretmek memnuiyetinin gayesi tasarrufta bulunmanın veya üçüncü bir şahsın menfaatını korumak ise bu takdirde muteberdir. C. 9 mars 1888, D. 68. 1. 309. Eğer devretmek memnuiyeti sadece mükâfatlandırılanın nefine konulmuş ise, daimî imiş gibi telâkki ve bu sebeple yazılmamış addedilecektir. C. 24 janvier 1899 précité. Alacaklının, 1078 inci maddedeki formalitelere riayet etmeksizin, rehni mal edinmesine müsaade eden kayıt âmme intizamındandır. C. 4 mars 1902, D. 03. 1. 215.

[2] C. 11 janvier 1909, D. 09. 1. 81.

[3] Bahse mevzu olanlar küçükler, mahcûrlar ve evli kadınlardır.

Medeni kanunun 215 ve 218 inci maddelerine göre evli kadın kocasının, onun âdemi muvafakı halinde hâkimin müsaadesi olmadıkça husumet ehliyetini haliz de-

lar da âme intizamı ile alakalı kanunlardır. Fazla olarak ceza kanununun 471 inci maddesinin 11 numaralı bendi «millî madeni ve kâğıt paraları tedavül kıymetleri üzerinden kabul etmeği» suç olarak vasıflandırıyor.

12<sup>o</sup> Sınıf mes'uliyetleri; devletin tekaüt, dul' yetim ve malûl maaşlarını; çalışma şartlarını tanzim eden kanunlar [1].

13<sup>o</sup> Dini meclislere, cemiyetlere, kilise ile Devletin ayrılığine taallük eden kanunlar [2].

14<sup>o</sup> Bazı tasarrufların mevcudiyetini mutlak şekillerin yerine getirilme-

---

ğildir. Bu kaide âme intizamındandır; karı, yahut mirasçılar, dâvanın her halinde, hattâ ilk olarak Temyiz Mahkemesi huzurunda, bu şekle riayet edilmemiş olmaları ileri sürerler. C.15 novembre 1895, D. 75. 1. 535. Civ.C. 29 octobre 1912.

Bundan dolayıdır ki, hususiyile, iki eşin iflâsı hakkındaki bir karar, eğer asliye mahkemesi ilâmı ve bunun, yalnız karının istinafi üzerine, kabul eden istinaf mahkemesi hükmü, koca veya hâkim tarafından karıya husumet ehliyeti tanındığına bir kaydı ihtiva etmiyorsa kadın hakkında bozulmak lâzımdır. Bu son karara bak.

Medenî kanunun 1405, 1542, 1549 uncu maddelerini mukayese ediniz.

Bir nesebin reddi dâvası için usulî olarak bir vasi tayini âme intizamını ilgilendirir. C. 24 novembre 1880, D.87.1.52.

Ticarete ehil kılınmayan bir küçük tarafından girişilen taahhütlerin ticarîlik vasfını haiz olamayacaklarına dayanan iddia için de vaz'iyet böyledir. C. 8 décembre 1885, D. 87. 1. 492.

[1] İş kazaları hakkındaki 9 Nisan 1898 tarihli kanun, C. 6 août 1902, S. 08. 1. 183; D. 02. 1. 580, 14 mars 1904, D. 04. 1. 553; amele tekaütlüğü hakkındaki 5 nisan 1910 tarihli kanun; Civ. C. 21 juillet 1909, *Gaz.* 12 décembre. 21 juin 1910, *Gaz.* 29 septembre. 8 novembre 1911. *Gaz.* 23 février 1912. 3 juillet 1912, *Gaz.* 28 août; iş şartları hakkındaki 28 birinci kanun 1910 tarihli kanun.

Bununla beraber, iş kazaları hakkındaki kanunun her hükmü âme intizamını ilgilendirmez.

İşçilerle iş verenlerin karşılıklı münasebetlerini tanzim eden teşriî hükümler âme intizamından iselerde, bu prensip bir taraftan iş verenle işçiler, diğre taraftan kazaların sözde failleri arasındaki ihtilâflara kabili tatbik olamaz; bu ihtilâflar, 1898 kanununun 7 inci maddesi mucibince, umumî kaidelere tâbidirler (execümle yeni ispat ve defî vasıtalarının Temyiz Mahkemesinde ileri sürülmemesi gibi). Civ. C. 29 février 1913.

Kanunun koyduğu usule gelince, biz bunu intizamı âmmeyi alakadar eder zannediyoruz. *Aksine*, Rennes (terc h.), 2 — Novembre 1901. *Gaz.* 18 mai.

[2] 1 temmuz 1901, 4 birinci kanun 1902, 17 temmuz 1903, 7 temmuz 1904, 9 birinci kanun 1905, 2 ikinci kanun 1907, 19 temmuz 1909 tarihli kanunlar.

16 ağustos 1901, 28 ikinci teşrin 1902, 2 ikinci kanun, 14 şubat, 17 haziran, 29 birinci kanun 1905, 19 ikinci kanun, 16 mart 1906, 12 temmuz, 30 ikinci kanun 1909.

sine tâbi kılan; yahut şirketlerin tâbi olacakları şartları tanzim eden kanunlar [1].

15<sup>o</sup> Ahlâk ve âdaba ve kanuna aykırı mukaveleleri meneden kanunlar. Medeni kanunun 6, 1131, 1133; hukuk usulü muhakemeleri kanununun 83, 1004 üncü maddeleri [2].

(Ahlâkın kanunlar üzerinde tesiri vardır. Bundan dolayıdır ki ahlâk ve âdaba tecavüz âme nizamını alâkadar etmektedir.)

Ahlâk ve âdaba müteallik kanunlar hakiki kanunlardır.

[1] 1 ağustos 1898 tarihli kanunla tadil edilen 24 temmuz 1867 tarihli kanun muhtelif butlanlar koymaktadır.

Mukayese ediniz: C. 10 janvier 1865, S. 65. 1. 110. Toulouse, 6 mars 1893, D. 93. 2. 504.

Meselâ 24 temmuz 1867 tarihli kanunun 7 ve 41 inci maddelerine bakınız. C. 1er février 1881, S. 83. 1. 415; D. 82. 1. 24. 21 juillet 1885, S. 85. 1. 448; D. 87. 1. 212.

Bununla beraber, kaideye istisna olarak, şirketler üçüncü şahıslara karşı butlan iddiasında bulunamazlar; ve diğer taraftan kaideten âme intizamı; alâkadar eden bir butlanın düzeltilmesi kabil olmamakla beraber, on senelik mürrura zamanla mu-teberiyet kesbeder. 1 ağustos 1898 tarihli kanun.

[2] Bu mukavelelerin neler olduğu hakkında bak.: aşağıda bap 3, fasıl 2 nin ortası. Bir muamelenin murabaha vasfı hakkında bak.: Civ. C. 26 juin 1888, *Pandectes* 89. 1. 5

İllet mefhumu hakkında bak.: Artur, Paris, 1908; Briessaud, Bordeaux, 1879; Tim-bal, Toulouse, 1882; Saferiadès, Paris, 1897; *Cauty, Essai d'une definition de la cause*, Rev. crit., 1886, P. 44; Bardin, *Des conditions illicites et impossibles*, 1887 Girard—Ri-baud, *Justification de la théorie de la cause admise en jurisprudence*, *Revue générale du Droit*, 1905, P. 47.

İlletin gayri meşru karakteri her türlü delil ile ispat olunabilir. C. 21 mars 1898.

Yukarıda, sahife 209 da, hukukun temel kaidelerine tahsis olunan fasılda, ahlâk ve âdap hakkındaki: *Nemo auditur allegans turpitudinem...* kaidesine ve bunun neticelerine bakınız.

28 marse 1885 tarihli kanun umumî esham ile diğer esham üzerine yapılan vade-li satışa müteber addediyor. Fakat bu kanun Medeni kanunun 1965 inci maddesini meriyette bırakıyor ki, buna göre kanun kumar ve bahisten mütevellit bir alacağın tahsil için dava hakkı bahsetmez. Bu sonunca hüküm âme intizamındandır.

Douai (2<sup>e</sup> ch), 8 mai 1913, Gaz, 19 septembre 1913. C. 5 juillet 1876, D. 77. 1 264. 24 juin 1885, D. 86. 1. 35. 6 novembre 1888, D. 89. 1. 146. C. 10 mars 1890, S. 92. 1. 10.

Baudry—Lacantinerie et Wahl, *Traité du jeu et du pari*, no. 110. Dalloz, *Code de annoté*, article 1965, no. 1 ve müteakip.

16 Makabline şâmil kanunlar: bunlar umumiyetle âmme nizamından dırlar.

Böylece âmme nizamını alâkadar eden kanunların sıraya konulmuş bir listesini vermiş oluyoruz [1].

*İtirazlar. Âmme nizamı.*— Âmme nizamına müstenit itirazlar ilk olarak Temyiz Mahkemesinde dermeyen olunabilirler [2].

Fakat «eger bu itirazlar, doğrudan doğruya, kendiliklerinden istinaf hâkimlerinin dikkat nazarını çekecek vaziyette değilseler ve bu hâkimlere yerinde olup olmadıklarının tahkiki için gösterilmemişlerse vaziyet başka türüdür» [3].

Temyiz Mahkemesi de, temyiz olunan hükümdeki hâdiselere dayanmaları şartı ile, sırf hususi hukuku ilgilendiren sebepleri re'sen nazara alabilir [4]

[1] Delil bahsindeki kaideler (Medeni kanun m. 1341, 1347) âmme intizamından değillerdir. *Yukarda* s. 163, 170 e bak.

[2] Crépon, *Traité de la Cour de cassation*, t. I, p. 350. Faye, *La Cour de Cassation*, P. 230. Şöyle deniliyor: «eger sebepler bedihi iseler, yani dâvanın mahiyeti, yahut talebin mevzuu, yahut tarafların vaziyetleri ve nihayet hüküm fıkrası itibarıyla istinaf hâkimlerinin dikkat nazarını çekecek mahiyette iseler.», Rau, C. 22 décembre 1880, S. 82. 1. 367; D.82. 1. 174. 9 juillet 1885, S.97. 1. 133; D.96. 1.85.

[3] C. 12 février 1871, D. 72. 1. 315 ve âza Rau nun raporu.

Esas hâkimlerinin, amme intizamına taban, ileri sürülen sebebin dayandığı vakaları, muameleleri, senetleri ve vesikaları görmüş olmaları icabeder. C. 13 janvier 1904, S. 04. 1. 128; D. 04. 1. 303. Dalloz, Supplém., Ve *Cassation*, no. 427.

Meselâ kanunî müddetin müruru sebebi ile istinaf hakkının düşmesine dayanan sebep için vaziyet böyledir. C. 13 février 1896, S. 96. 1. 184, De. 96. 1. 352.

Bundan başka sebebin kaziyel muhkemeyi bertaraf etmemesi icabeder. C. 22 mai 1900, S. 1900. 1. 368. *Yukarda* S. 57 ve müteakibe bak.

Âmme intizamını ilgilendiren sebeplerin neler olduğu hakkında *Yukarda* S. 281 ve müteakibe bak.

1. 15 birinci kanun 1914 tarihli kararnamenin 2 inci maddesinin koyduğu defî (müddetlerin had müddetince taliki) âmme intizamından değildir; bu sebeptir ki eger taraflardan hiç birisi mezkûr haktan istifadeyi istinaf mahkemesinde istemişlerse, ilk olarak Temyiz Mahkemesinden bunu talep edemezler.

II. Askere alınan bir müddeaaaleyhin dâvasına hazır bulunan müşterek borçlularının dâvalarından teferikini, mahakemenin selâmeti bakımından, reddetmek salâhiyeti, ihtilâfın ahvalini serbestçe takdir eden hâkime aittir.

[4] C. 30 mars 1885, S. 86. 1. 167; D. 86, 1. 110. 5 février 1896, S. 96.1. 217; D. 96. 1. 269.

Meselâ vazifesizlik iddiası için vaziyet böyledir. C. 23 novembre 1885, S. 88. 1. 224; D. 86. 1. 56.

Medeni kanunun 1163 üncü maddesinin ihlâli iddiası, bir hükme karşı serdedilen hukuki bir temyiz sebebi teşkil eder.

C.23janvier 1903, S. 03. 1. 312; D. 03. 1. 88.

## Dördüncü Bahis

*Hâkîmin umumî mahiyette hüküm vermekten ve hükümetin kanun ve tasarruflarını tenkit etmekten memnuiyeti.*

*Umumî mahiyette kararların memnu oluşu.*—Medeni kanunun 5-inci maddesi mucibince: «Hâkimlerin kendilerine arz olunan ihtilâflar hakkında umumî ve kaide koyacak tarzda hüküm vermeleri memnudur» [1].

*Hâkîmin tebaiyeti.*—Paskal—bu bakımdan—Haklı olarak hâkîmin tâbi olması lâzım gelen kaideyi çiziyor: «Adalet—diyor—teessüs etmiş olan bir şeydir; ve böylece, mademki mevzudurlar, vazolmuş olan bütün kanunlarımızın, tetkik edilmeksizin, doğru, âdil telâkki edilmeleri lâzımdır. Halka kanunların doğru olmadığını söylemek tehlikelidir; zira o bunları doğru bildiği içindir ki itaat ediyor. İşte bu sebeptendir ki, halka nasıl üstlerine âdil oldukları için değil, üst olduklarından dolayı itaat ediyorsa kanunlarda *kanun oldukları için* üstlerine itaat eder gibi itaat etmek mecburiyetinde olduğunu söylemek lâzımdır. Bunu bu suretle anlatmak mümkün olursa her türlü isyan önlenmiş olur.» [2].

Hâkimler kanunları, idari makamların tasarruflarını tenkide koyulmağa ne mecbur nede mezundurlar [3].

[1] Parlamenlar dsn farklı olarak mahkemeler kararlarına tahaddüs edebilecek bütün müşabih hâdiselere tatbiki kabil bir nizamnamenin kuvvetini atfedemezler.

Tam olgun bir hazırlıktan sonra Parlamenlar tarafından tanzimî mahiyette verilen kararlar hususî bir merasime tâbi olarak verilmekteydiler. Bunlar teşriî kararlar, tasarruflar idiler; krallık hükümeti tarafından bir ferman veya emirname ile tanzim edilmeyen hususlarda Parlamen'ın mıntakası dahilinde kanun kuvvetini haiz idiler.

[2] Kalben bir kanunu tasvip etmiyen, hoş görmiyen hâkim—kendisinde bunun harfiyen tatbikçısı olarak kalmak kuvvetini hissetmiyorsa—istifasını vermelidir. Nitekim, 1881 de ruhani meclislerin dağıtılmasına müteallik kararnamelerin tatbiki sırasında böyle olmuştur.

[3] 1 Temmuz 1901 tarihli kanun ile (ruhani meclislerin dağıtılması), 9 birinci Kânun 1905 tarihli kanunun (Kiliselerin ve Devletin ayrılması) tatbiki münasebetile bazı mahkemeler teessüfe şayan muahazelerde bulunmaktan çekinmediler.

Mahkemeler idari makamlara karşı da tenkitlerde bulunamazlar.

Crim. 8 décembre 1865, *Bull.* 283. 25 novembre 1869, *Bull.* 242. 24 mai 1873, *Bull.* 146. 13 juin 1879, *Bull.* 196. 5 août 1886, *Bull.* 288. 20 novembre 1888, *Bull.* 347. 2 mai 1892, *Bull.* 168. 14 avril 1899, *Bull.* 79.

Vazifeleri dışında bunu yapamayacakları gibi [1];evleviyetle kararlarında da yapamazlar [2].

Bir kısım edebiyat, eski veya yeni bir kısım filozoflar hâkime mürebbi vazifesini görmemelidir. Hâkimin, ihtimamla, *hakaret âmiz şüpheden, garip telkinlerden* sakınması lâzımdır [3].

Fakat, karar veya hükümleri sebebiyle inzibati bakımdan takibe maruz kalan hâkimler bu karar veya hükümlerin kendi fikirlerine aykırı olarak verildiğini ispat ederek töhmetten kurtulmak hakkına sahiptirler [4].

[1] 20 Nisan 1810 tarihli kanunun 49 ve 50 inci maddeleri; 30 Ağustos 1883 tarihli kanunun 14 üncü maddesi.

[2] 27 ventöse sene VIII tarihli kanunun 80 inci maddesi şöyle der: "Hükümet, memuru mahsus vasıtasıyla, ve alâkadar tarafların hukukuna zarar, vermeksizin, hâkimlerin salâhiyetlerini tecavüz teşkil edecek hareketlerini, yahut onların vazifeleri münasebetle işlyecekleri suçlarını temyiz mahkemesine—İstida dairesi—bildirir. Bu daire lâzım görürse bu muameleleri iptal eder,."

Bir yüksekte nezarat tedbiri. Fays, no. 457.

Hüküm fıkrasında Temyiz Mahkemesinin noktaî nazarına uymakla beraber, esbabı mucibe kısmında bu içtihadı (müddeiumumi ticari bir dâvayı rüyet edecek olan hukuk mahkemesinin mütemmim bir cüz'dür) karşı gelen, onu hakkaniyete, kanunun lâfzına ve ruhuna ve fazla olarak hükmü veren hâkimlerin sarsılmaz, derin kanaatlarına aykırı diye ilân eden kararın mucip sebeplerinde salâhiyetin tecavüzü vardır.

C. req. 2 avril 1851. *Pandectes*, t. III, 1. 169.

Bir mahkeme: 1° Temyiz mahkemesinin içtihadını tenkit ederse; 2° kanunla müyîn edilmiş bir kararı vermekten çekinirse; 3° bir kararı icradan imtina ederse yine selâhiyetin tecavüzü mevcuttur.

[3] Montaigne, bu koyu pironiyen, "bütün teminatlarla alay ediyor; meselâ, davalara karşı kanunların taaddüdü ve sözde adaleti ile bir büyük çare koymak isteyenlere hücum ediyor; sanki dâvaları doğuran şüphelerin kökünü kesmek mümkün imiş gibi sanki kararsızlığı durduracak zan ve tahminleri zaptedecek sedler mevcut imiş gibi Bu münasebetle diyor ki: dâvamı bir sürü kanun ve nizamlarla mücehhez olan hâkimlere tevdi etmekten işe sokaktan ilk geçene arz etmeği tercih ederim, Pascal, *Pensées, Première Partie*, art. XI. Anatole France, Montaigne in bir tilimidir. Taine, *Notes sur Paris* de: "Kanun selâmlanan ve yanından geçilen haşmetli bir heykeldir; içtihat her yirmi senede bir değişiyor,," demegi teeviz ediyor.

Edmond ve Jules de Goncourt, *Idees et sensations*, ilâve ediyorlar: "kendi kendime yer yüzünde adalet nasıl doğdu diye soruyordum. Bir gün ruhtımdan geçiyordum. Çocuklar oynuyorlardı. En büyüğü şöyle dedi: "Bir mahkeme yapmak lazım... Mahkeme benim,,"

[4] Brillou, *Dictionnaire des arrêts*, III, V° *Juges*, no. 10, Carnot, *Discipline judiciaire*, p. 12. La Rocheffavin, *Règlement*. Chap. 1, art. 11. C. 15 prairial an. XI, S. chr. 1. 1. 810. 9 mai 1809.

**Kanunun tefsiri.** Bununla beraber hâkim kanunun gayri vazih yahut gayri kâfi olduğunu bahane ederek hüküm vermekten imtina edemez [1].

İhdaslarındaki sebep itibariyle, mahkemeler için, kendilerine arz edilen ihtilâflara tatbik ederken, kanunları tefsir etmek bir zarurettir.

**İçtihadı hürmet:** — Hâkim sadece kanuna değil, Temyiz mahkemesinin içtihadına da riayetle mükelleftir [2].

[1] Medeni kanunun 4 fince maddesi, bizzarure, 15-24 Ağustos 1780 tarihli kanunun 10 ve 12 inci maddelerini ilga etti. Bu maddelerde şöyle deniliyordu:

Madde 10: "Mahkemeler doğrudan doğruya, yahut bilvasıta teşri kuvvetin icrasına hiç bir suretle iştirak edemezler."

Madde 12: "Mahkemeler gerek bir kanunu tefsir, gerek yeni bir kanun yapma zaruretine kani oldukları her zaman teşri uzvuna müracaat edeceklerdir."

Hâkimlere tahmil edilen, kanunu müphem, karanlık, muğlak ve gayri kâfi gördükleri her defa Parlmana müracaat mecburiyetinden ne gibi betaat ve müşkülât (ne gibi suiistimal dememek için) doğacağını kolaylıkla tasavvur etmek mümkün.

"Bu aramızda musibetli *Rescrits* mevzuatını yenilemek olacaktı. Zira, kanun vaznı hususi şahıslar arasında çıkan ve şiddetle çalkalanan ihtilâfları hal için müdahale ederse sürprizlere karşı mahkemelerden daha fazla masun olmaz. Kararı ıslah edilebilecek ve tazminat dâvasına mevzu olabilecek bir hâkimin mahdut, korkak ve ihtiyatlı bir keyfi hareketinden hiç mesul olmıyan müstakil bir kuvvetin keyfi hareketinden daha az korkulabilir.", Portalis, *Discours*.

*Opportet leges dominas esse, si sint rect scriptae; magistratus autem EDICERE debet de illis de quibus leges exquisit aliquid decernere nequasunt, eo, quod non facile sit semone generali singulos casus comprehendere.* Aristot. *Polit.* III, 11.

Kanunun tefsiri hakkındaki kaideler daha ilerde tetkik edilmiştir.

[2] *Manuel de droit électoral* isimli eserinde arkadaşımız M. Faye nazariyesini teyit için yalnız bir tek temyiz kararı zikrediyor.

\* — Mukaddemesinde diyor ki—: Bu bir tek karar kâfidir; kararların adedi onların otoritelerini artırmaz; Temyiz mahkemesi kendisini teşkil eden kanuna, Fransa'nın her tarafında içtihat birliğini temine, sadık kabıyor ki bu da onun bir defa kabul ettiği görüş tarzında sebat etmesi ile mümkün olabiliyor. Azalarından her biri bu yüksek prensibe nymak ve şahsi fikirlerinden fedakârlık etmek zaruretine nüfuz etmiş bulunuyorlar; iki veya üç fırsatta bir tenkitte bulunmayı cai gördük; eğer kaidenin bu ihlali bir kaç hâkimî yerleşmiş bir içtihadı karşı itirazı tecrübe teşvik etse idi hemen, hemen buna nadim olacaktık; hâkimlere, *bizzat tarafların menfaatleri* için, metinde yazılı tamamıyla nazari fikre değil, kanuna temyiz kararı tarafından verilen mânaya uymağı nasıl tavsiye edeceğimizi bilmiyoruz."

Bundan daha iyi söylenemez.

## İKİNCİ BAP

**Kanunun ihlâli ve yanlış tatbiki. Kanuni mesnedin yokluğu. Kanunun tefsiri ve yanlış tefsiri.**

### *Umumi mülâhazalar*

Adli kararlar dört bakımdan Temyiz mahkemesinin kontrolüne [1] mâruz kalabilirler.

- I. Kanunun doğrudan doğruya ihlâli ve yanlış tatbiki.
- II. Kanuni mesnedin yokluğu.
- III. Kanunun yanlış tefsiri.
- IV. Hükümlerin mübayeneti.

Birbirini takip eden üç bapta, bu ilk üç hukuki ihlâli gözden geçireceğiz. Hüküm ve kararların mübayenetini ihmal edeceğiz [2].

[1] Nakzédilen hüküm katî olarak mevent değilmîş addolunur; ve taraflar mütebâilen hükümün verilmesine hemen takaddüm eden zamandaki vaziyetlerini almış bulunurlar. C. 9 mai 1905. S. 07. 1. 364. Hükümden evvelki muameleler müteber kahrılar. Fakat hükümün neticesi olan her şey (muameleler, karar) (gerek infaz, gerek netice) doğrudan doğruya bertaraf edilmiştir; ve her hangi bir tefrik yapılmaksızın batıl olmuştur.

Binnettece nakız hakkında bak.: C. 8 janvier et 5 mars 1895, D. 95. 1. 288, 128. 5 juillet 1900, S. 01. 1. 29, etc.

Temyiz kararı nakzédilen hükme istinaden alınan bütün şeylerin iadei icra suretiyle istirdadını istemek ve masrafları talep etmek için icrai kabiliyeti haiz bir vâsikadır. C. 22 janvier 1822. 30 août 1832, D. 83. 1. 244.

Yüksek mahkeme bir hükümü nakzettiği vakit dosyayı başka bir mahkemeye gönderir. Fakat, 1 Nisan 1837 tarihli kanuna göre bir defa nakzédilen hüküm aynı sebepten dolayı bir defa daha nakzolunursa dosyanın yollandığı mahkeme temyizini görüşüne uymağa mecburdur.

[2] Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 504 üncü maddesindeki şartlar dâhilinde kendisini gösterdiği zaman hükümlerdeki mübayenet temyiz sebebi teşkil eder Muhtelif mahkemeler mevzuu bahistir.

Beş şart zaruridir: 1<sup>o</sup> yekdiğerine mütebayın hükümleri ihtiva eden kararlar; 2<sup>o</sup> bu kararların nihai olması; 3<sup>o</sup> aynı taraflar arasında verilmiş bulunması; 4<sup>o</sup> aynı mevzuu taallük etmeleri; 5<sup>o</sup> aynı delillere müsteniden verilmeleri. Sadece bu temyiz sebebini göstermekle iktifa ediyoruz. Bak. Faye, no. 115.

Bu tlan müeyyidesi tahtında konulmuş kaideler ihlâl edilmiş ve mütebayın kararlar aynı mahkemeden verilmişse Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 480-2<sup>o</sup> maddesi mucibince iadei muhakeme mümkündür. Req. 17 janvier 1834.



## Birinci Bölüm

### KANUNUN İHLÂLİ VE YANLIŞ TATBİKİ

#### *Iptidai mülâhazalar*

Kanunun ihlâl ve yanlış tatbikinin temyiz sebebi teşkil etmesi için yazılı kanunun mutlak bir hükmüne aykırı hareketin mevcudiyeti lâzımdır [1]. 22 frimaire, sene VIII tarihli kanunun 60 ıncı maddesi.

a) Hükümlerinden birine aşikâr bir şekilde aykırı hareket olduğu vakit kanun *ihlâl* edilmiştir. Yüksek mahkeme tarafından kullanılan tâbir veçhile «hâkim doğrudan doğruya bu hükme muhalif harekette bulunmuşsa».

b) Fakat, kanun yanlış tatbikle de ihlâl edilebilir.

Hâkimin kanunun hükümlerini kanunla derpiş olunan hususların haricine teşmil etmesi veya bunları tahdit eylemesi halinde yanlış tatbik vardır [2].

Birinci halde (*ihlâl*), meselâ bir akdin kaidelerini yanlış olarak tatbik eden hâkim mevcut akde tatbiki gereken hükümleri ihlâl ediyor demektir.

İkinci halde (*yanlış tatbik*), hâkim kanunu muhtevası dahilinde tatbik etmiyor.

[1] Burada mevzu bahis olan bir kanunun prensiplerinin tatbikidir, yoksa tefsiri değil. Garsonnet, § 1105, Crépon, t. II, no. 1716 et suiv.

Aubry et Rau, t. I, p. 260. Budry—Lacantinerie et Honques—Fouresde, t. I, no. 264, C. 20 décembre 1891, S. 95. 1. 262; D. 92. 1. 543.

Kanunun ihlâli, tam mânâsıyla, bir salâhiyetin tecavüzü değildir. C. 29 janvier 1901, D. 01. 157.

Enebi kanunu hakkında *yukarıda* s. 269, 270 e bak.

Hüküm fıkrasındaki hukuki hata bir nakız sebebidir. C. 28 octobre 1907, D. 1907, D. 1910, 1. 292.

Bu hata, eğer hücumu uğrıyan hükmün müvellidi ise, yani bunu haklı gösteriyorsa, netice itibariyle hüküm üzerinde müessir oluyor demektir.

Bununla beraber şunlar temyize müracaat imkânını vermezler:

1<sup>o</sup> Eğer hüküm fıkrası hukukan doğru ise mucip sebeplerde mevcut hukuki hata. C. 2 juillet 1890, S. 91. 1. 177. 5 août 1890, S. 1. 343. 18 février 1891, S. 91. 1. 384. 19 décembre 1892, S. 95. 1. 225; D. 93. 1. 145. 18 décembre 1894, S. 98. 1. 486; D. 95. 1. 365.

2<sup>o</sup> Bir kanun hükmünün hatalı olarak bir karara mesnet diye sikkedilmesi; eğer bu karar tatbiki gereken hükmü ihlâl etmiyorsa. Cass. Turin, 9 mai 1882, S. 82. 4. 33.

3<sup>o</sup> Tâli yahut zait bir mucip sebep. Bu nokta ileride 5 inci kısımda, mucip sebepler, kararlar, hükümler münasebeti ile daha fazla tafsile tâbi tutulacaktır. Yukarıda s. 199 a bak.

[2] Carré, *Compét.*, t. VIII, p. 155. Garsonnet, § 1104, Crépon, t. III, nos. 1 et suiv.

Bazı def'a bir-metnin yanlış tatbikından tatbik edilmesi lâzım gelen bir başka metnin dolayısıyla ihlâli hadis olur.

c) *Yanlış takdir* temyiz sebebi teşkil etmez.

Yanlış takdir, ibraz edilen senet ve vesikaların ve dâvanın ahvalinin fena takdir olunmasıdır.

Hâkimin düşünüş tarzı ne kadar yanlış görünürse görünsün temyize sebep olamaz.

Merlin bu münasebetle şöyle diyor: «Yüksek Mahkeme, hiç bir vakit, bir kararı sadece mantika aykırıdır, kanun kuvvetini haiz olmamakla beraber muhakkak surette her keşçe kabul edilen prensipleri rencide etmiştir diye nakzedemez [1].»

Lâkin, ancak kanun hilâfına hareket mevcut olmadığı müddetçe böyledir.

*Kaide.* — «Kanun muhtelif mahkemelerin kazasını kati surette tahdit ediyor; ve yine kanun mahkemeleri, her birisi için tayin ettiği, gerek hukuk kaidelerine, gerek usule, gerek hüküm vermiye mütedair şekillere uymağa mecbur tutuyor.

Salâhiyetinin hududunu tanımayan yahut tecavüz eden; yahut tatbikten imtina, ihmâl veya yanlış tatbik suretiyle yazılı kanuna aykırı harekette bulunan; yahut adli şekillerden inhiraf eden; hattâ, yahut taraflar namına hareket eden adli memurların irtikâp ettikleri yanlışlıkları tashih veya iptal etmesi lâzım gelirken bunu yapmıyarak kendisine mal edinen her mahkome, ister kendisine isnadı kabil bir kusur, ister sadece bir hata olsun, koyfi hareket etmiş olur. Bu suretle âmme intizamını ihlâl ve aynı zamanda hak sahiplerini bu nizamın onlara bahşettiği teminat yahut haklardan mahrum bırakmış olur.

Kasden, yahut kasıtsız olarak bir hataya düşmüş bulunması ehemmiyeti haiz değildir.»

---

[1] Merlin, *Questions*, V<sup>o</sup> *Cassation*, § 87. Civ. rej. 3 pluviôse an x. karakteri kanun tarafından tayin edilmeyen bir akdın mahiyeti üzerinde hata temyiz sebebi teşkil etmez; bu sadece bir yanlış takirdir.

Civ. C. 24 avril 1844, Crim. C. 16 février 1884.

## BİRİNCİ FASIL

KANUNİ ŞEKİLLER. KUVVETLERİN TEFRIKI. İDARİ SELÂHİYET DEVLET SATIŞLARI NAFİA İŞLERİ. DEVLET MUBAYAALARI. (ADLİ VAZİFE VE SELÂHİYET.) GECİKDİRİCİ VE KAT'İ DEFİLER. BÖLÜNEMEZLİK. İRTİBAT. USULİ MUAMELELERİN BUTLANI. DELİLE MÜTEALLİK KAİDELER. BİHLİ VUKUF TETKİKATI. ŞAHİT İSTİMÂI.

### Birinci Bahis

*Muhakemenin tera mahalli. Aleniyet. Mahkemenin kuruluşu. Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 141 inci maddesi. 20 Nisan 18-10 tarihli kanunun 7 inci maddesi: Mucip sebepleri göstermek mecburiyeti.*

*Kanunî şekiller.* — Adli kararların — Usulüne uygun olmaları bakımından muhakemenin icra edileceği mahalle; celselerin aleniliğine [1]; Hükmedecek olan mahkemenin kuruluşuna; hâkimlerin ehliyet, adet[2] Ve dâvanın her celsesinde hazır bulunmalarına; avukatların, müddeiumuminin dinlenmesine mütedair esaslı kaideler konulmuştur.

Bu şekillerin gayesi, bilhassa, vatandaşların kanunun kendilerine gösterdiği hâkimlerden başka hâkimlerin önüne celbedilmelerine mâni olmaktır.

Bu şekiller hassatan «müdafaa hakları» na taallûk etmektedirler. Haklarımızın, mallarımızın teminatıdır; bunlar zayıfın kaviye mukavemet etmesini, onun taarruzlarından korunmasını temine yarıyacak imkânları başı için kavi ile zayıf arasına konulmuş mâniâlerdir. Bunların ihlâli taallûk ettikleri kanunlara *mugayeret* teşkil eder.

[1] Muhakemenin bu husus için tahsis edilen binalarda yapılması icabeder.

Bu kaidenin istisnaları şunlardır: 1<sup>o</sup> Sulh mahkemelerinin kararları; 2<sup>o</sup> Müstacel hallerde derhal halli icabeden talepler; mahkemedən ayrılmığı lüzumlu kılan tahkikat muameleleri. Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 8, 808, 1040 maddeleri. 26 birinci teğrin 1790 tarihli kanunun 7 inci kısmının 2 inci maddesi. 29 ventöse an IX tarihli kanunun 9 uncu maddesi.

Aleniyet meselesinde, Temyiz Mahkemesi ceza dairesi celsenin aleni olduğunu göstermiyen kararları nakzediyor. Her iki hukuk dairesi ise "celse" kelimesinin kullanılmış olması aleniliği ifade eder diyor.

[2] Devamlı içtihat.

Meselâ, eger iş verenlerle işçiler arasındaki ihtilâfları halleden heyetin kararı, karara iştirak edenlerin adlarını göstermekle beraber, bunların iş veren mi yoksa işçi mi olduğunu göstermiyorsa, usule uygun olduğu anlaşılamiyacağından nakzedilmek lâzımdır; zira, bu husustaki kanunun âmme intizamından olan hükümleri gereğince, bu heyetin yarım yarıya iş veren ve işçi mümesillerinden terekktüp etmesi icap ederdi. Civ. C. 7 avril 1913.

Bu şekillere riayetsizlikler karara takaddüm ederler Bundan dolayı diğer bütün temyiz sebeplerinin başında gelirler.

Hâkimin hukuk usulü muhakemeleri kanununun 141 inci maddesine uyması ve kararlarının mucip sebeplerini göstermesi için de vaziyet böyledir. 20 nisan 1810 tarihli kanunun 7 inci maddesi [1].

## İkinci Bahıs

*Kuvvetlerin tefriki, İdari salâhiyet. Nafta işleri. Devlet satışları. Devlet mübayaaları.*

*Kuvvetlerin tefriki* — 16—24 nisan 1790 tarihli kanun (Kısım II, m. 13) kuvvetlerin tefriki esasını koyuyor: İdari ve adli. 16 fructidore senesi III tarihli kanuna da bak.

İdari bir tasarrufun kanunsuzluğu ancak idari kuvvet tarafından karar altına alınabilir.

Keza, yalnız idari kaza, idari kuvvet, idari tasarrufları tefsir edebilir[2].

[1] Bu sonuncu noktalar ilerde, hükümlerin yazılması bahsinde, geniş bir tarzda tafsile tâbi tutulacaktır.

[2] Laferrière e göre "idari tasarruflardan âmme kudretinin icrasına taallük eden ve burdan dolayı da vatandaşların iktidarlarının fevkine çıkan muamele ve işleri anlamak lazımdır".

Laferrière, t. I, p. 298. Simonnet, no 484.

Adli kuvvet idari bir tasarrufu tefsir edemez. C. 21 juin 1843, S. 43. t. 382, 28 août 1860, S. 61. 1. 52. 26 juillet 1881, S. 82. 1. 210; D. 81. 1. 376. 9 août, S. 87. 1. 407. 28 avril 1890, S. 94. 1. 444. 3 mars 1891, S. 91. 1. 204. 3 janvier 1894, S. 94. 1. 128. 28 juillet 1896, S. 97. 1. 449. 21 mars 1899, S. 1900. 1. 443. 15 Octobre 1898, S. 1900. 1. 7. Trib. Des conflits, 3 février 1894, S. 96.3. 9; D. 96.3.8.

Gerek âmme emlâkının hudutlarını tâyin ve tesbit, gerekse bu emlâki tesis eden idari tasarrufları tekdîr etmek tek başına idari kuvvete aittir Trib. Des conflits 29 juillet 1851, S. 52. 2. 73; D. 53. 3. 1. C. 7 juillet 1888, S. 90.3. 48, Cpr. C. (mottifs) 6 novembre 1866, S. 66. 1. 422.

Devlet Şûrası 2 août 1860 (Mazeline) D. 61. 3. 58; Pal., 60. 905. 11 mai 1900, S. 1902. 3. 90.

Gerçi adli kuvvet Medeni kanunun yolların âmme emlâkından olması hakkındaki 538 inci maddesi hükmünün bütün neticelerini takbik etmek salâhiyetini haiz isede, hâttâ hususi bir şahısla bir komün arasındaki ihtilâf münasebeti ile bile, bunun için idareden sâdir olan tasarruflar üzerinde her hangi bir ihtilâfın bu-

Şüphesiz, mahkemelerin idareî tasarrufları tatbik etmeleri mümkündür; fakat bunların açık ve muayyen olması lâzımdır [1].

Eğer bu mahkemeler bu kabil tasarrufların icrasına mâni olurlar, bunları kontrol ederler ise salâhiyetlerinin hududunu aşmış bulunurlar.

Bu iki halde, tefsir ve mâni olma hallerinde, bu mahkemeler her halde salâhiyetlerini tecavüz etmiş olurlar.

Bu kaideye istisna olarak kayıt ve tescil bahsinde adli kuvvet mutlak bir salâhiyete sahiptir; 22 frimaire sene VII tarihli kanunun 65 inci maddesi mucibince bu kuvvet idareî tasarruflar, yahut bunların icrası münasebetiyle veva neticesi olarak yapılan mukaveleler dolayısıyla ödenmesi gereken resimlerin tediyesinin icap edip etmediğini tâyin için bu tasarrufların mahiyet ve vüs'atini tefsir eder [2].

---

lanmaması şarttır. C. 17 mars 1857, D. 57. 1. 23. *Pal.*, 57. 262. Cpr. C. 12 décembre 1894, D. 96. 1. 97; S. 96. 1. 183. 4 décembre 1894, D. 96. 1. 97; S. 97. 1. 179.

Vakta ki idareî tasarrufların mânası (meselâ, sıraya konulmaya, sıranın bozulmasına mütedair kararlar gibi) müphemdir, idareî kuvvet bunları tefsir edinceye kadar, adli kuvvetin hüküm vermiyerek beklemesi lâzımdır.

Civ. 25 C. octobre 1898, D. 1900. 1. 485. 12 décembre 1894, S. 96 1. 122. 3 avril 1889, D. 89. 1. 452. 24 avril 1887, S. 88. 1. 312. 16 décembre, 1885. S. 87. 1.410. 7 février 1883, S. 85.1. 269.

Féraud — Giraud, *Code de la Séparation des pouvoirs*, t. II. p. 264. Dalloz, *Supplément, V<sup>o</sup> Domaine public*, no . 46; V<sup>o</sup> *Compétence administrative*, nos. 237 et 306. Cpr. Tribunal des conflits, 4 juillet 1896, D. 98 3. 26. etc., etc. C. 15 juin 1892, D. 92. 1. 381. Tri. des conflits, 25 avril 1888, D. 89. 3.52.

Bunun gibi meselâ, bir hudut tâyini dâvasında, adli kaza, sarîh ve muayyen iseler ve bir müşkilât arzetseniyorsa, mirî arazinin terk ve ihalesine müteallik vesikaları tatbik edebilir. Fakat bu vesikaların ihtilâfa mevzu olan hükümlerinin tefsiri zaruri ise tacrafların idareî kazaya yollanması ve neticeye kadar beklenmesi icap eder. C. 1er août 1912.

Hususiyle hukuk mahkemeleri ihale ve imtiyaz vesikalarındaki hudutları değiştiremezler, bunlara yeni tahditler ikame edemezler, mevcut olanları daraltamazlar.

İdareî kuvvet tarafından tefsir edilinceye kadar, bu mahkemelerin dâvanın esasına hükmetmemeleri lâzımdır. Aynı karar.

[1] Vazih ve muayyen idareî tasarrufların tatbiki hakkında bak.: C. 7 février 1854, S. 55. 1. 80. 6 juin 1882, 17 juin 1890, S. 91 1. 213. 17 novembre 1890, S. 94. 1.441. 3 juillet 1893, S. 94 1. 762. 29 mars 1891, S. 91. 1. 262. 16 novembre 1904, D. 07. 1. 346. 10 mai 1905, S. 07. 1. 335. 3 décembre 1907, D. 08. 1. 424.

C. 11 février 1880, S. 80. 1. 377; D. 80. 1. 113. 8 février 1886, S. 86. 1. 484; D. 86. 1. 190.

[2] Civ. C. 16 mai 1905, *Gaz.* 23 mai.

Temyiz Mahkemesi bu nazariyeyi muhtelif defalar tatbik etmiştir. Ezcümle, bir çok kereler, belediyyeye bağlı bir içtimalî yardım müessesesinin idaresi ile hususi

Fakat, adli bir karar idari bir tasarrufu tefsire kalkışmak suretiyle kuvvetlerin tefriki esasını ihlâl etmiş ir diye ileri sürülen nakız talebi, eğer bu tasarruf ne bu kararın tarafların iddia ve müdafaalarını gösteren, ne de mucip sebepleri ihtiva eden kısmında zikredilmemiş ve Temyiz Mahkemesine de ibraz olunmamışsa reddedilmek lâzımdır; zira bu takdirde mezkûr mahkeme ihtilâf mevzuu olan tasarrufun basit bir tatbikinin mi, yoksa tefsirinin mi yapıldığını tahkik etmek imkânına sahip değildir.

Kuvvetlerin tefrikını ilgilendiren her şey âmme intizamındandır [1].

*İdari salâhiyet.* — Muhtelif kanunlar bazı meselelerden çıkan ihtilâfların hallını idari kazaya terk etmektedirler.

a) *Nafia işleri.* — En başta 28 pluviôse sene VII tarihli kanunun

şahıslar arasında yapılan mukavelelerin hükümlerini bunların bir bey veya istisna akdi olup olmadığını, C. 1 er juillet 1835, S. 35. 1 615. 4 août 1869, S. 70. 1. 36; D 70. 1. 36. 23 novembre 1870, S. 71. 1. 165; D. 70 1. 145; bu hükümlerin beyi yerine bir Tram pa karakterini gösterip, göstermediğini, C. 1er juillet précité; icar diye tavsif edilen bir akdin hakikati halde bir menkul bey'i ve teslimi bulunup bulunmadığını, C. 28 avril 1856, S. 57. 1. 53; D. 56. 1. 202. 24 et 28 novembre 1860, S. 61. 1. 186; D. 61. 1. 39 et 40. 25 juin 1877, S. 77. 1. 322; D. 77. 1. 364 22 novembre 1880, D. 81. 1. 169. 31, juillet 1883, D. 82. 1. 245. 29 avril 1896, D. 96. 1. 414; içtimai yardım müesseselerinin komisyonlarının müzakerelerinin dahiî idareyi ilgilendiren basit birer vesika mı, yoksa elde hibe hakkını veren vesikalar mı olup olmadığını, C. 19 mai 1874, S. 74 1. 390, et 1er février 1882, S. 82. 1. 228; D. 82. 1. 329; nafia işlerine müteallik taahhüt ve imtiyazlara konulan muhtelif kayıtların bir birlere bağlı veya bir birinden ayrı tekelî edilmelerinin lâzım gelip gelmediğini C. 12 juillet 1875, D. 75. 1. 341. 5 février 1889, D. 89. 1. 198. 20 mai 1890, D. 90. 1. 349 tesbit ve tâyin için tefsir etmiştir.

Keza Temyiz Mahkemesi idarî tasarrufları bunlardan tahsilî gereken resmî tâyin etmek için değil diğer mukaveleler üzerine mevzu resimlerin muacceliyeti delilini aramak için de tefsir etmekte tereddüt etmiştir. Temyiz Mahkemesi 3 mayıs 1841 tarihli kanununun 58 inci maddesinin tatbiki icap edip etmediğini tâyin etmek vaziyetinde bulunduğu zaman<sup>da</sup> keyfiyet hususiyetle böyle idi.

Ezcümle, idari kuvvetin tasarruflarını tefsir suretiyledir ki, Temyiz Mahkemesi, bir mezbahanın inşası için lüzullî sahanın alınmasına müsaade etmekle beraber Bunun âmme menfaati için yapıldığını zikretmeyen bir kral emirnamesine müstenit bir satın alma mukavelesini, belediye meclisi tarafından bir içtimada, muamelenin âmme menfaatını ilgilendirdiği tesbit olunmasına ve satın alınacak sahanın ifrazı plânlarının kanuna tevfikân tanzim edilmiş bulunmasına rağmen, vergi muafiyetinden istifade ettirmemiştir. C. 30 janvier 1854, S. 54. 1. 207; D. 54. 1. 75.

Nihayet böyle bir tefsire koyulmak suretiyledir ki, Temyiz mahkemesi aksine olarak, her hangi bir satın alma kararı olmamasına rağmen, âmme Menfaatını bildiren kararnamede gösterilen parsellerin alınmasına mütedair muameleleri muafiyetten istifade ettirdi.

[1] Yukarıda 271 inci ve bunu takip eden sahifelere bak.

4 üncü maddesi hükümlerini söyliyelim. Buna göre bu hususta Vilâyet İdare Heyeti salâhiyettardır.

Bir işin nafia işi vasfını haiz olması için bunun, muhakkak surette, umumi bir yolda veya âmme emlakinden madut bir gayrimenkulde icrası lâzım gelmez.

Bunun umumi menfaat gayesi ile ifası kâfıdır. Filhakika, nafia işlerinin karakteri işlerin mevzuuna tâbidir; yoksa bunlarla birlikte yapılması gereken bir takım muamelelerin yerine getirilmesine değil [1].

Bunun gibi bir nafia işinin bakım ve idamesi de bir âmme hizmeti teşkil eder [2].

Nafia işlerinden mütevellit zarar ve ziyanların tazmini dâvaları, bunların doğrudan doğruya yoksa rücu mahiyetinde olarak açıldıklarını tefrika lüzum olmaksızın, münhasıran Vilâyet İdare Heyetlerinin vazifeleri dahilindedir [3].

Eğer işletmedeki kusur muhafazadaki kusurdan tefrik edilemez bir vaziyette ise adli mahkemeler bir nafia işinin işletilmesinden mütevellit ihtilâfları tetkik edemezler.

Aksi ahvalde vazifedardırlar [4].

Bundan başka, başarılı bir nafia işinin idame edilip edilmeyeceğini kararlaştırmak yalnız başına idareye aittir.

Ne idari kaza, ne de adli kuvvet nafia işlerinin kaldırılmasını, yahut tadilini emretmeğe salâhiyettar değillerdir [5].

[1] C. 1 er décembre 1902, S. 1905. 1. 182.

[2] Şurası muhakkak ki, bir nafia işi itmamından sonra bunun inşa ve işletmesindeki kusurlardan dolayı bir zarar ve ziyana hususle getirise, adli kuvvet bu zarar ve ziyanın tazminine matuf dâvaları rüyet edemez. Riom, 13 janvier 1913. İhtilâf Mahkemesi, 14 ikinci kânun 1911.

[3] İhtilâf Mahkemesi, 20 temmuz 1889, D. 91. 3. 11. 8 temmuz 1893, D. 94. 3. 64. Civ. C. 18 décembre 1907, Gaz. 23 mai 1908.

[4] Bak. İhtilâf Mahkemesi, 1 mart 1873, 6 mart 1901. Civ. 5 mayıs 1885, Req. 15 temmuz 1903 Civ. C. 5 mayıs 1913 (8 karar). Civ. C. 2 haziran 1913.

[5] Adli kuvvetin vazifesizliği hakkında bak., 21 haziran 1874, D. 75. 1. 184, 21 biri nei kânun 1880, D. 81. 1. 431. 10. İkinci kânun 1883, D. 83. 1. 460. 29 Birinci teşrin 1888, 89. 1. 104; D. 89. 1. 191. 14 nisan 1889, D. 99. 1. 142. 16 temmuz 1900, S. 1900. 1. 505. 4 temmuz 1904.

İdari kazanın vazifesizliği hakkında bak., Devlet Şurası 4 mayıs 1870, S. 72. 2. 84. 9 nisan 1893, S. 95. 3. 79. 20 ikinci kânun 1896, S. 93. 3. 126. 15 mayıs 1891, S. 93. 3. 60. 10 mayıs 1905, S. 07. 3. 65. 17 haziran 1907, S. 09. 3. 133.

İhtilâf Mahkemesi, 12 mayıs 1877, D. 77. 3. 66. 20 temmuz 1889, D. 91. 3. 11.

Tasarruftan mahrum edilmek (yani mülkiyete tecavüz olunmak) mevzu bahis olmadığı vakit bir nafia işinin iras ettiği zararın giderilmesi için verilecek tazminatı tesbite tek başına Vilâyet İdare Heyeti salâhiyettardır [1].

Lâkin nafia işleri sebebiyle tasarruf hakkının nez'i bahse mevzu olduğu her vakit adli kaza tazminatı takdire salâhiyettardır [2].

b) *Devlet satışları.* -- 28 pluviôse sene VIII tarihli kanunun 4 üncü maddesi mucibince milli satışlardan çıkan ihtilâfları İdare Heyeti halleder [3].

Eğer bir milli satışın metni muğlak ve tefsire muhtaç ise bu tefsir adli mahkemelerin vaziyeleri dışında kalır.

Keza, bütün bunlar hep âmme intizamındandırlar.

c) *Devlet mübayaaları*—İdari mukaveleler (yani hususi şahıslarla devlet, vilâyetler, komünler âmme müesseseleri arasında yapılan akitler) sa-

[1] Meselâ, eğer bir çeşme komünün âmme emlakı meydanına 10 haziran 1793 tarihli kanundan sonra dahil olmuşsa, ve bu çeşmenin eski maliki olan kimse akan sularını hususi bir şahsa terk emişse, ve bu şahıs bunun senelik zilyedliğine sahip bulunuyorsa, kendisine müdahale eden komüne karşı müdahalenin men'i davası açabilir.

... Ve hâkim zilyedliği muhik göstermek için müracaat olunan vesikalara istinaden (1786, 1765 tarihli vesikalar) zilliyetliğin muvakkat olmadığına karar verebilir.

Akan suların zilyedliği müstakil bir zilyedlik olduğundan karışık addolunamaz; buından dolayıdır ki haklı olarak hususi şahsın senelik zilyedliği vikaye edilmiştir.

Lâkin bu su bu hususi şahsın nezdine umumi bir yolun altına döşenmiş tah-tezzemin bir mecradan geçerek akıyorsa ve komünün reisi bu mecrayı bozduarak yaptırdığı yeni bir yol ile suyu komünün nefine olarak ve âmmenin istifadesine tahsis edilmek üzere başka bir istikamete sevkettirmiş ise müdahalenin men'ini tetkik edecek olan hâkim eski hâlin iadesi kararı veremez. Hilâfına hareket ederse 28 pluviôse sene VIII tarihli kanunun 4 üncü maddesini ihlâl etmiş olur. Civ. C. 8 nisan 1913

[2] C. 24 décembre 1872, D. 74. 5. 510. 13 juin 1898, 11 décembre 1906. C. d'Etat 21 juillet 1866, D. 67. 5. 443. 15 juillet 1898, Lebon, p. 559.

Trib. des conflits, 1 er mars 1878, D. 73. 3. 65. 18 mars 1882, D. 83. 3. 83 29 juin 1895, Lebon, p. 559.

Cpr. Trib. des conflits, 16 décembre 1882, D. 83. 3. 116. 7 mai 1892, S. 94. 3. 38; D. 93. 3. 87. 4 décembre 1897, S. 99. 3. 96. 8 novembre 1902, S. 65. 3. 75. 28 novembre 1902, S. 05. 3. 75. 28 novembre 1903, Lebon, p. 739.

Fakat adli kuvvet işlerin ortadan kaldırılmasını emredemez.

[3] C. 1 er juillet 1836. 21 juin 1843. S. 45. 1. 582. 17 janvier 1859, D. 59. 1. 174. 28 août 1860, S. 61. 1. 52. 28 février 1877, S. 78. 1. 453. 9 août 1887, S. 87. 1. 407.

C. d'Etat, 26 décembre 1902, D. 95. 3. 32. Trib. des conflits, 17 novembre 1851. 1 er mai 1875.



dece istihlak olunacak şeyleri ve mevzuları değil aynı zamanda âme hizmetleri için lüzumlu muhtelif maddeleri, nakiyatı, insan kuvvetini temin gayesine de matufdurlar.

Bu kabil mukaveleler — bağlı şartnameleri ile birlikte—*neve'l şahsına münhasır*, bîzatihî tam addolunan idari mukavelelerdirler.

Devletin yaptığı mukavelelerden mütevellit ihtilâfların halki idari kuvvete aittir. Komünler ve vilâyetler tarafından yapılan akitler için vaziyet başka türüdür [1].

Şunu söyliyelim ki, bazı ahvalde, bir idari mukavele mi yoksa nafia işleri mukavelesi mi mevzuu bahis olduğunu bilmek çok zor ve mühimdir.

d) *Amele tekaütlüğü*. — 5 nisan 1910 tarihli kanun iki nevi salâhiyet tanıyor: idari ve adli.

e) *Komün mallarının taksimi*. — Komünler arasında, komün mallarının taksim tarzından mütevellit bütün itirazlar, ve bundan doğabilecek her türlü şikâyetler 17 haziran 1793 tarihli kanunun 1 ve 2 inci (bap V) maddeleri mucibince idari mahkemelerin salâhiyetlerine dahildirler; bu tabirlerden bir komün halkının komün mallarının bir kısmından istifadeye, bunun neticesi olarak kabul edilen taksim tarzına müteallik iddialara dayanan ihtilâflı bütün noktalar hakkında verilecek kararları anlamak lâzımdır. Bundan dolayı ormandan odun kesme mevzuunda şahsi ehliyet mes'elelerinin halli idari kazaya aittir.

Devlet Şûrası ile Temyiz Mahkemesi arasındaki bazı görüş farklarından sonra, bugün, taksim ihtilâfı idari olduğundan idari kazanın, ancak bir Medeni hukuk meselesi mevzuu bahis olduğu zaman, işi rüyet etmiyeceği kati olarak kabul edilmektedir.

## Üçüncü Bahis

### *Vazifesizlik, salâhiyetsizlik, salâhiyetin tecavüzü.*

Adli kuvvet nazara alındığı takdirde, sulh mahkemeleri, işçilerle işverenler arasındaki ihtilâfları halleden hey'etler, ticaret mahkemeleri istisnai mahkemelerdir.

Hukuk mahkemelerine gelince, bunlar umumî kazayı teşkil ederler.

[1] Devlet hakkında bak., C. d' Etat, 26 décembre 1890, D. 92. 3. 66. Cpr. C. 8 juillet 1889, S. 90. 1. 473; D. 89. 1. 353. Civ. C. 7 mars 1904; vilâyetler ve komünler hakkında bak., C. 10 novembre 1874, S. 75. 1. 56; D. 75. 1. 216. Req. 27 décembre 1897. Tribunal des conflits, 28 janvier 1899. Laferrière, t. I, p. 139.

Bu taksimden ihtilâfın nev'ine göre salâhiyettar kaza tefriki, yani vazifedar mahkemeler bölümü ortaya çıkıyor.

Salâhiyetin tecavüzü salâhiyetsizlikle karıştırılmamalıdır.

Salâhiyetin tecavüzü kanunun hâkim tarafından yapılmasına müsaade etmediği, yahut yapılmasını menettiği şeyleri ihtiva eder [1]; aelâhiyetsizlik, hususiyle, hâkimin aynı derecede başka bir hâkim tarafından rüyet edilmesi lâzım gelen bir ihtilâfı halle kendisini salâhiyettar görmesi keyfiyetine tatbik olunur.

Umumi mahkemelerin müteakib salâhiyetlerinin tâyininde hareket noktası esas bakımından salâhiyetsizlik (=vazifeszizlik) ve yer veya şahıs bakımından selâhiyetsizlik (=selâhiyetsizlik) tefrikidir.

### 1. Mutlak selâhiyetsizlik

Bir mahkemenin, salâhiyetleri dışına çıkmamakla beraber, kanun rüyetini başka bir mahkemeye bıraktığı işi tetkik etmesi halinde vazifeszizlik mevcuttur.

Vazifeszizlik bızatihi kaza derecesine istinat etmektedir; âmme intizamından istihraç olunan sebeplere dayanmaktadır.

Vazifeszizlik âmme intizamını alâkadar eder. Yanlış olarak dâva kendisine arzedilen hâkim re'sen vazifeszizlik kararı vermeğe mecburdur. Hukuk usulü muhakemeleri kanunun 170 inci maddesine bak.

Hukuk mahkemeleri için gerek sulh mahkemeleri [2], gerek iş verenlerle işçiler arasındaki ihtilâfları halleden heyetlerin vazifelerine dahil mevad hususunda vazifeszizlik mevcuttur.

Aksine olarak, ticari ihtilâflar için hukuk mahkemeleri tam bir kaza salâhiyetini haizdirler; tarafların vazifeszizlik iddiasında bulunmaları lâzımdır.

[1] Sulh hâkimi tarafından verilen bir karar aleyhine müracaat için yalnız başına کافی bir sebep olan selâhiyetin tecavüzü hâkimin, kanunla tahdit edilen, otoritesinin hududları haricine çıkmasıdır; yoksa tatbiki ile mükellef bulunduğu bir kanunu yanlış tefsir etmesi değil.

28 Mart 1838 tarihli kanunun 15 inci maddesi mucibince sulh hâkimleri tarafından verilen nihai hukuk kararları aleyhine ancak salâhiyetin tecavüzü halinde Temyiz Mahkemesine müracaat olunabilir.

Müstakar içtihat. ezetümle bak. C. 25 Janvier 1904, 17 Juillet 1905, 14 mai 1907.

[2] C. 4 Août 1819, 18 Juin 1825, 16 mars 1841, 12 mars 1889, S. 91. 1. 513. 8 novembre 1889, S. 91. 1. 516; D. 90. 1. 9.

İşte bazı misaller:

Sulh hâkimleri kendilerine bırakılan işlerde tam bir kaza hakkına sahiptirler; kanunun sulh hâkimlerine gerek nihai olarak, gerek istinafi kabil olmak üzere

Münhasıran inzibati mevzular hakkında vazifedar kaza mercileri de mevcuttur [1].

İstinaf Mahkemeleri birinci derece kaza merciine arz edilmiyen, yahut muntakalarına dahil mahkemelerden sadır olmıyan işlere bakmazlar Keza kaza mahkemelerinin istinafen hükmettikleri dâvaları da rüyet edemezler.

Ticaret mahkemeleri medeni ihtilâfları tetkik edemezler.

Vazifeleri cümlesinden olmıyan hususlarda sulh hâkimlerinin vazifesizliği âmme intizamındandır [2].

Vazifesine dahil bir talebin ciddi olmadığını, sadece bir geciktirme vasıtası olduğunu ileri sürerek, hâkimin vazifesinin hudutlarını değiştirmeye salâhiyeti yoktur [3].

İstisnai mahkemelere gelince, kazideten, bunlar sadece tâyin olunan hususlarda vazifedardırlar.

---

hükmetmek salâhiyetini tanıdığı hususlarda taraflar bu vazifeyi arzuları ile başka derecede bir mahkemeye devredemezler.

Kanunun hallini birinci derecede sulh hâkimine tanıdığı bir ihtilâf, tarafların sulh hâkimine arz edilmemiş takdirde, ne ikinci derece hâkim olan hukuk mahkemesi tarafından, ne de bir üçüncü derece kazayı teşkil eden istinaf mahkemesi tarafından halletilmez.

Ve sulh hâkiminin vazifesine dahil olmıyan bir işi istinafen tetkik eden hukuk mahkemesi vazifisizlik kararı vermeye mecburdur. C. 16 mars 1841. Dalloz, *Jurisprudence générale V<sup>o</sup> action Possessoire*, no. 573. Cpr. civ. rej. 4 août 1819, Civ. c. 17 avril 1837, D. *Jurisprudence générale eodem verbo*, no. 634, 635, 621. 14 mars 1883, D. 83. 1. 408. Civ. C. 29 novembre 1904, D. 05. 1. 252. 31 octobre 1910. *Gas.* du 11 mars.

Bununla beraber bu vazifesizlik sulh hâkimlerindeki gibi mutlak bir karaktere sahip değildir. C. 19 fevrier 1894, S. 98.1.262; D. 94.1.220. Bordeaux, 17 juillet 1889, D. 90.2.142. Garsonnet, t. II, n. 416.

[1] Avukatlar hakkında inzibati ceza tâyini talebi 20 ikinci Teşrin 1822 tarihli nizamnameye konulan hususî hükümlerle tanzim edilmiş olup vazihan gösterilen şartlar dahilinde ve içlerinde hiç bir vakit hukuk mahkemesinin dahil bulunmadığı mercilerin idari yahut adli mahiyette bir kontrolüne tâbidir.

Bundan dolayı hususi bir şahıs tarafından bir avukat aleyhine baro Reisine vaki olan şikâyeti baro Reisi inzibat meclisine tevdi etmeye lüzum görmezse, şikâyetçi hukuk mahkemesine müracaatla mahkemedan baro Reisinin şikâyeti mezkûr meclise tevdi icbar edilmesini istiyemez; babusus baro Reisinin kararı müddeiumumînin yüksek tasdikından geçmişse.

Şu hale göre, bu şartlar altında bu gayelere matuf bir talep vukuunda mahkeme re'sen vazifesizliğe karar vermelidir; zira, vazifesizlik kaza derecelerini ilgilendirdiğinden âmme intizamındandır.

[2] C. 14 juin 1863, S. 63.1.496. 18 août 1880, S. 82.1.462. 30 novembre 1881, S. 83.1.467. 3 août 1895, S. 95.1.839. 5 fevrier 1896, S. 96.1.217.

[3] C. 9 fevrier 1876, S. 76.1.461. 24 août 1881, S. 82.1.160; D. 83.1.28. 1 er avril 1889, S. 89.1.455; D. 89.1.462. 30 avril 1889, S. 89.1.456; D. 89.1.462.

Lâkin, bunun zıddına olarak, umumi kaza sureti mahsusada bir kanunla kendisiinden alınmayan bütün mevzulara şâmilidir.

Meselâ, biri umumi, diğeri istisnai iki kazanın telâhükü halinde, ister birbirinden ayrı fakat yekdiğerine murtabat taksimi gayri mümkün mevaddı ihtiva eden bir dâva, ister bir maddeye inhisar etmekle beraber mahiyetleri farklı ve her birinin ehemmiyeti derecesi tâyin edilmemiş iki murtabat unsurdan müteşekkil bir dâva mevzu bahis olsun, umumi kazanın istisnai kazaya galebe çalarak dâvanın heyeti umumiyesini rü'yet etmesi icabeder [1].

Şunu hatırlatalım ki, vazifedar olmadığı iddia olunan hâkim dâvanın esasına ancak vazifesizlik def'ini hususi bir kararla ret ettikten sonra hükmedebilir; hâkimin vazifedar olup olmadığını antıyabilmesi için dâvanın esasını tetkik etmesi icap eden hâllerde tabiatıyla kevfîyet böyle değildir [2].

Mesele, tarlaların meyvelere, mahsullere iras edinen zarar dolayısıyla açılan bir dâvada tesbit ve izhari icabeden şey mülkiyet veya irtifak haklarına teslûk ediyorsa sulh hâkiminin dâvadan tamamiyle elini çekmesi lâzımdır.

Yalnız ihtilâfın bizzatîhi irtifakın mevcudiyetine taallûk ettiği zamanda değil, irtifakın mevcudiyeti kabul olunmakla beraber bunun vîsâfi, istimal tarzı dâvanın mevzuunu teşkil ettiği vakitte de irtifak hakkının münazaalı olduğunu kabul etmek icap eder.

Sulh hâkiminin mülkiyet iddiasına mütedair bir mesele hakkında karar itilâz etmesi mevzu bahis olduğu takdirde de vaziyet böyledir. C. 5 mars 1860, S. 60.1. 876. 5 mai 1868, D. 68.1.315. 5 juillet 1870, D. 70.1.312. 7 juin 1886, D. 87.1.107. 13 décembre 1887, D. 87.1.456. 15 février 1897, D. 97.1.582. Carasson, no. 278. Cruppi, *Commentaire de la loi de 1905*, p. 94.

[1] Meselâ, bir talep muhtelif maddeleri ihtiva ediyorsa ve bunların bir kısmı sulh hâkiminin diğeri bir kısmı hukuk mahkemesinin vazifesine dahil bulunuyorsa ve bütün bunlar yekdiğerine murtabat ise heyeti umumiyesine hükmetmek vazifesi sulh hâkimine değil hukuk mahkemesine aittir.

C. 24 avril 1866, S. 66.1. 285; D. 69.1.259. 15 janvier 1869, S. 69.1.103; D. 72.1.199. 21 janvier 1) O3, S. O4.1.77. 9 mars 1903, S. O4.1.401. 25 novembre 1903, S. O6.1.340. 5 février 1907, S. O7.1.305. Cpr. C. 28 juillet 1873, S. 73.1.440; D. 74.4.22.

[2] Şurası müstakardır ki, bir mahkeme bir vazifesizlik def'inin yerinde olup olmadığını anlamak için dâvanın esasına müracaat edebilir. Dalloz, *Nouveau Code de procédure civile annoté*, madde 172, no. 70 ve müteakip.

Diğeri taraftan, eğer vazifesizlik def'i butlanına karar verilmesi istenilen bir akde istinat ediyorsa evleviyetle mahkeme işin esasını tetkik ve takdir mecburdur. C. 24 février 1903, D. 1903.1.189. C. 5 juillet 1898, D. 1898.1.432.

Hususiyle medeni kanunun 14 üncü maddesi mucibince rızanın fesadı sebeplerinden birisine ve âmme intizamına mugayerete dayanan bir mukavelenin iptali talebi karşısında kalan Fransız hâkimi mukavelede bulunan ve akdin yapıldığı memlekette muteber olan ihtilâfın hakemle halli şartına tebean ileri sürülen vazifesizlik itirazı hakkında karar vermezden önce ihtilâf mevzu mukavelenin muteber olup olmadığını araştırmaya mecburdur; zira onun butlanı, zaruri olarak, ihtilâfın hakemle halli şartının da butlanını icap ettirir. Civ. C. 8 janvier 1913. Bak. not: Dalloz, 1909.2.39.

Vazifesizlik def'i mutlak olmakla beraber, yalnız olarak vazife kararı veren hükümün kanuni müddeti zarfında istinaf edilmemesi sebebiyle bu vasfını kaybedebilir [1].

## 2. Nisbi selâhiyetsizlik.

Esas bakımından selâhiyetsizliğin, yani vazifesizliğin yanında şahsi yahut yer bakımından selâhiyetsizlik ( nisbi selâhiyetsizlik ) mevcuttur.

Bir kimse tâbi olmadığı bir hâkimin huzarına celp olunursa bu hâkim esas itibariyle dâvayı rüyete vazifedar olsa bile şahsi bakımdan selâhiyetsizlik vardır [2]. Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 168 ve müteakip maddeleri bu yolda bir defide bulunduğu takdirde dâvanın selâhiyet-  
tar mahkemeye yollanması meselesini tanzim ediyor.

Selâhiyetsizlik aynı kaza derecesinden olan mahkemeleri alâkadar eder; ferdi menfaat mülâhazalarına dayanır.

Bundan dolayı bu def'i dâvanın başında serdedilmek lâzımdır [3]

## Dördüncü Bahıs

*Bir dâvanın diğer bir mahkemede derdesti rüyet olması. İrtibat. Tekeffül. Bölünmezlik.*

Hâkim, vazife ve selâhiyet meselelerinin yanında, kısaca gözden geçireceğimiz diğer bazı meselelerle de karşılaşabilir.

[1] Dalloz, *Supplém. V<sup>o</sup> Exceptions et fins de non-recevoir*, no. 6. Garsonnet 2e édit., t. VI, P. 378 et suiv., note 6 et les arrêts cités. Grépon, t. I, nos. 777 et suiv., 802 et suiv. Yukarıda 82 inci sahifeye ve buradaki nota bak.

C. 11 juin 1902, *Pandectes* O2. 1. 447.

[2] Hususî anlaşmaları ile mahkemenin nev'ini değiştirmekten âciz olan taraflar dâvalarını, muteber bir surette, selâhiyetsiz bir mahkemeye tevdi edebilirler. Bu takdirde selâhiyetin tevsi mevzuu bahis olur.

Ticaret mahkemelerinin mahal bakımından selâhiyeti hakkında hukuk usulü muhakemeleri kanununun 420 inci maddesine bak.

[3] Selâhiyetsizlik iddiası, eğer, diğer bütün defilerden ve müdafasılardan evvel dermeyan edilmemişse bir daha ileri sürülemez.

Meselâ, dâvaya esas teşkil eden senetteki yazının yahut imzanın inkârından sonra selâhiyetsizlik iddiasında bulunulursa vaziyet böyledir.

*Bir dâvanın diğer bir mahkemede de derdesti rüyet olması*.—Hukuk dilinde bir ihtilâfın evvelce bir mahkemeye arz edildiği ve fakat henüz bir karara bağlanmadığı halde diğer bir mahkemeye arzını anlatan *bir ihtilâfın diğer bir mahkemede de derdesti rüyet olması* meselesi bu arada en başta gelir [1] Bu hususta hukuk usulü muhakemeleri kanununun 171 inci maddesi «eğer daha önceden diğer bir mahkemeye aynı husustandolayı talepte bulunulmuşsa dâvanın oraya yollanması talep ve emrolunabilir» hükmünü koyuyor[2].

Çok yerinde olan bu hükmün gayesi tarafları füzuli masraflardan korumak ve bilhassa aynı mesele hakkında mütebayın iki kararın çıkmasına mâni olmaktadır.

Dâvanın diğer bir mahkemede de derdesti rüyet olması sebebi ile yeni dâvanın oraya yollanması talebi bir selâhiyetsizlik defii teşkil eder. Esas cevap verilmezden önce serdedilmezse bir daha dermeyan edilemez.

[1] Bu (*de lis, litis, pendens*) kelimesi esas itibarıyla muallâk dâva mânasını ifade etmektedir

[2] Bir dâvanın diğer bir mahkemede de derdesti rüyet olduğu keyfiyetine dâyanan bir talebin haklı olması için üç şart lâzımdır: 1<sup>o</sup> muhtelif *iki mahkemeye* yapılmış *iki talebin* bulunması; 2<sup>o</sup> bu dâvaların *taraflarının aynı* olması; 3<sup>o</sup> bu taleplerin *aynı mevzuat taallük ve aynı sebebe istinat* etmeleri: *Eadem personae, eadem res, eadem causa petendi*. Yukarıda 212 inci sahifeye bak.

Talep tâbirinden dâva arzıhalinin diğer tarafa tebliğ ettirilmesini ve mahkemede hazır bulunması için davetiye çıkarılmasını anlamak lâzımdır. Bir uzlaşma teşebbüsü, bir mütekebil dâva metnimizin mânasında talep değildir.

Hangi mahkemenin daha evvel dâvaya el koyduğu tebliğ tarihi ile tâyin olunur.

Eğer müddei ilk olarak işe vaziyet etmiş olan mahkeme huzurunda vakı taleplerinden feragat etmişse dâvanın başka bir mahkemede de derdesti rüyet olması halli yoktur.

Feragat esnasında, evvelce müddeasaleyh tarafından vekil tâyin edilerek müddei vekiline bildirilmediği için teşkilî tarafeyn yapılarak dâvaya başlanmamış ve bu sebeple feragat de kabul edilmemiş olsa bile bunun ehemmiyeti yoktur. Douat, 1 er mai 1868, D. 70.2.35; S.69.2.317. Trib. de Lyon, 9 juillet 1870, D. 71. 3. 34. Rousseau et Laisney, no. 92. Bioche, V<sup>o</sup> *EXceptions*, no. 132.

Dâvanın diğer bir mahkemede de derdesti rüyet olduğu defii ikinci dâvaya el koyan mahkemede serdedilmek lâzımdır.

Bununla beraber, müddei, isterse, böyle bir defide bulunmaz; merci tâyini yolu ile dâvaya el koymuş olan iki mahkemeden yüksek dereceli mahkemeye müracaatta bulunur. Hatta dâvanın diğer bir mahkemede de derdesti rüyet olduğu definde muvaffak olamamış olsa bile bu yola baş vurabilir. Zira bir kaza ihtilâf mevzuabahistir.

Eğer mahkemeler aynı istinaf mahkemesinin muntakasına dâhil iseler merci tâyini istinaf yolu ile istenebilir; fakat aksine olarak mahkemeler aynı istinaf mahkemesine tâbi değil iseler bu takdirde asıl merci tâyini yolunun takip edilmesi icap eder.

Eğer kanunun aradığı şartların hepsi mevcut ise ve dâvanın evvelce işe el koyan mahkemeye gönderilmesi talebi dâvanın başında serdedilmişse hâkimler buna karar vermeğe mecburdurlar.

*İrtibat.* — Dâvanın diğer bir mahkemede de derdesti rüyet olması hâlinde farklı olarak irtibat meselesi de kenîni gösterebilir; ve en çok tesadüf olunan hal de budur. Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 171 inci maddesi mucibince irtibat dâvanın diğer bir mahkemeye gönderilmesi talebini haklı gösterir. Lâkin, dâvanın diğer bir mahkemede de derdesti rüyet olması hâsinden muhtelif noktalarda ve bilhassa irtibatın iki talep arasındaki basit bir rabıtayı [1], müşabih münasebetleri icap ettirmesi hususunda ayrılır.

Kanun irtibatı tarif etmediğinden mahkemeler bunun mevcut olup olmadığını halin icaplarına göre takdir ederler.

Fakat, hukuk bakımından, iki iş arasında irtibat bulunması için bu işlerdeki menfaatin birbirinin aynı olması lâzımdır. Mevzuun aynı olmasına ihtiyaç yoktur; esasın aynı olması kâfidir [2]; aynı mes'elelerin tetkiki lüzumu yeter.

Diğer taraftan kısmi nakız halinde nakzedilen noktalarla, tasdik edilen noktalar arasında irtibat bulunup bulunmadığını takdir istinaf hâkimine aittir; keza bunun neticesi olarak infazın kabili tecezzi olup olmadığını takdirle tasdik edilen hususlar hakkında icraya müsaade edip etmemek de

[1] İrtibat = *Connexité* rabıta, bağ mânasını ifade eden *connexion* kelimesinden müstaktır. Adeta birlik, ittihat demektir, hakikatta vasıtasız bir yakınlıktan doğar. *Fukarda* 212 inci sahifeye bak.

[2] Meselâ, bir kira bedellerinin tediye dâvası ile kiracının kiralananı istifaadesinin ihlâlinden dolayı açılan mütekebil bir dâva murtabıttırlar. *Beudant, Contrats et obligations*, nos. 43 et 645; *du Louage*, no. 514.

Filhakika kiracının kiralayı ödemek borcunun illeti kiraliyanın ona temin edeceği istifade olduğundan kiracı kendisine vad edilen bu faidelenme temin edilmedikçe tediye ile mükellef değildir.

C. 3 janvier 1883, D. 83. 4. 415. 4 février 1889, D. 90. 1. 121. 5 mars 1894, D. 94. 1. 509.

Hattâ bunun gibi, bir boşanma dâvası esnasında taraflardan birinin diğerinin dâvanın devam ettiği müddet zarfında oturmağa mezun olduğu mahalle hakaretamin isnatları ihtiva eden mektuplar göndermesi sebebi ile açılan bir zarar ziyan dâvası ile bu aynı vakalara dayanan bir mütekebil dâva murtabıttırlar. Bundan dolayıdır ki bu sonuncu dâvaya hükmetmeğe salâhiyeti olan mahkeme birincisini hükmetmek için de salâhiyetlidir. *Civ. rej.* 8 avril 1913.

Lâkin mütemmim diye iddia edilmesine rağmen, asıl dâvanın mesnedi olan akde istinaden açılmıyan ve binnetice aynı illete sahip olmıyan bir dâva murtabit telâkki edilemez.

[1]. (Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 472 inci maddesini mukayese ediniz.)

Keza, işaret edelim ki, biri umumi diğeri hususi iki kazanın telâhuku halinde, vaktiyle de söylediğimiz gibi, umumi olanı, esas itibariyle, hususi olanının salâhiyetine dahil murtabit meseleler hakkında da selâhiyettardır [2].

*Tekeffül.* — Birbirinden ayrı, ve binnetice murtabit olmaları mukavelerinin mavzuubahis olduğu dâvaların haricinde, Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 181 inci maddesi esas dâvayı rüyet eden mahkemeye tekeffül dâvası için de selâhiyet tanıyor.

Bu hükmün tatbiki için asıl dâva ile rücu dâvası yekdiğerine öyle sıki bir bağla merbut olmalıdır ki, tekeffül talebi asıl dâvanın teferruatından olarak telâkki edilebilsin [3]. Netice itibariyle, burada bir irtibat meselesi mvzuubahistir.

[1] C. 21 mars 1842, S. 42. 1. 298. 12 novembre 1862, S. 63. 1. 214; D. 63. 1. 244. 10 décembre 1883, S. 86. 1. 15.

Temyiz mahkemesi neticeî zaruriye olarak nakzettığı zaman bu prensipleri tatbik ediyor.

C. 26 novembre 1879, S. 801. 198; D. 80. 1. 63. 25 juin 1883, S. 84. 1. 110; D. 84. 1. 126. *Yukarıda* 289 uncu sahifedeki nota bak.

Fakat, tâbiyet bağı öyle olmalıdır ki temyize hedef olan kısmın nakzından sonra bozulan hükmün geri kalan kısımlarının muhafazasını tasavvur etmek mümkün olmasın.

C. 25 mars 1889, D. 90. 1. 227. Civ. C. 17 décembre 1912, iş kazaları hakkında.

[2] *Yukarıda* 303 üncü maddeye bak.

[3] C. 22 décembre 1869, D. 70. 1. 55. 4 jnillet 1889, D. 90. 1. 376. Civ. C. 23 décembre 1912. Rennes, 30 juin 1890. D. 92. 2. 308. Cpr. Sirey, Code de procédure annoté, article 181, no. 14. *Yukarıda* 263 üncü sahifeye not. 3 e bak.

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 181 inci maddesine göre "vaki tekeffüllerinden dolayı kendilerine dâva ihbar olunmuşlar esas dâvanın rüyet edildiği mahkemeye müracaata mecburdurlar". Bu, rücu dâvası asıl dâvasıya bir mecburiyet, tâbiyet bağı ile bağlı olduğu takdirde böyledir. Bundan dolayıdır ki esas hâkimleri tarafından tesbit edilen maddî vakalara, şartlara nazaran asıl dâva ile bu dâvanın müddeaaaleyhi tarafından üçüncü bir şahıs aleyhine, ona attettiği bir kusura istinaden, açılmak istenilen dâva arasında her hangi bir irtibat yoksa bu madde tatbik sahası bulmaz. C. 28 octobre 1885, D. 86. 1. 73; D. 92. 2. 308, note 2. Civ. C. 23 décembre 1912.

Tekeffül edenle kendisine karşı tekeffül olunan dâvalarında birbirlerine zaruri bir tâbiyet bağı ile bağlıdır. Bunlarda, hem birine, hem diğeri, asıl müddeaiye karşı aynı hakları ve binnetice aynı müracaat yollarını bahsederek bir taksimi gayrimümkün menfaat çıkmaktadır.

C. 16 İkinci Kanun 1843, S. 43. 1. 158. 28 İkinci Teşrin 1854, S. 55. 1. 744; D. 54. 1. 416. 2 Şubat 1875, S. 75. 1. 337; D. 75. 1. 253. 11 Haziran 1877, S. 78. 1. 445. 7 Nisan 1879, S. 80. 1. 296; D. 80. 1. 226.



**Bölünemezlik.** — İrtibat ve tekeffül bölünemezlikle karıştırmamak lazımdır [1].

Taksim olunamıyan ihtilâfta dâvaya girilmiş olan müteaddit tarafların menfaatleri öyle bir küll teşkil eder ki bunun içinde her kese, aynı zamanda müessir olmıyan, bir dâva bulmak mümkün değildir.

Bazan bizatihi ihtilâfın mevzuu taksime müsait değildir; bazan da alâkadarları birbirine bağıyan ve tatbikatta koparılmasına imkân olmıyan bağ-buna müsaade etmez [2].

## Beşinci Bahis

### *Geciktirici ve katli defiler*

Defiler muhtelif mahiyettedirler [3].

a) *Geciktirici*, yahut sırf şekli alâkadar eden defiler. 1<sup>o</sup> defter tut-

[1] *Yukarda* 239 uncu ve müteakip sahifelere bak.

[2] *Yukarda* 249 uncu ve müteakip sahifelere bak.

Taksimi kabil olmıyan, yahut müşterek borçlarda müşterek borçlulardan birisi tarafından yapılan istinafa diğerleri de istifade ederler; bu hal bu borçlulara kanunî müddetinde istinafa müracaat etmemelerinden dolayı zayıf ettikleri haklarını isde ettiği gibi taraflarından hükmün yerine getirilmiş olması sebebi ile karşılaşacakları katli defiden de kurtarır.

C. 30 Ağustos 1852, S. 52. 1. 807. 22 ikinci kanun 1868. S. 68. 1. 269; D. 68. 1. 109. 12 Haziran 1872, S. 72. 1. 228; D. 73. 1. 22. 13 İkinci kanun 1886, S. 66. 1. 199; D. 84. 1. 259. 9 ikinci teşrin 1882, 27 1894, 4 şubat 1895, 14 mayıs 1901, 9 ikinci kanun 1905, S. 05. 1. 160. Cpr. C. 12 ikinci teşrin 1862, D. 63. 1. 244. Toulouse, 27 août 1864, D. 64. 2. 162.

Temyiz mahkemesi kararlarında kullanılan formül şudur: "hakkın ve menfaatin taksim olunması.."

C. 5 ikinci teşrin 1890.

Temyize müracaat için de vaziyet aynıdır. Taksimi mümkün olmıyan bir hususta verilen nakız kararından hüküm olunan taksimi gayri mümkün mevzuda menfaatleri olan bütün tafflar istifade ederler.

Nakzolunan noktanın tabii neticesi olan veya ona bizzarure bağlı bulunsan hususlar da ortadan kalkarlar.

C. 29 Germinal an XI. 11 nisan 1853, D. 53. 1. 141. 18 mayıs 1897, D. 98. 1. 97. *Aksine*, Civ. C. 30 birinci kanun 1908. Yüksek müdafaa haklarına istinat ettiği iddia eden bu sonuncu karar, bize göre, teessüfe şayan bir hata teşkil etmektedir.

[3] *Yukarda* 232 ve müteakip sahifelere bak.

ma talebi; 2<sup>o</sup> dâvanın ihbarı, Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 175 ve bunu takip eden maddeleri; 3<sup>o</sup> vesikaların tebliği, Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 188 ve 192 inci maddeleri [1], ilâh...

b) Ret ve iskati mucip kat'i defiler:

Bu sonuncular hükme kadar dermeyan olunabilirler; keza ilk olarak istinafta da ileri sürülebilirler [2].

Bunlar esası ilgilendiren diye vasıflandırılan defilerdir, — ve dâvalarda çok büyük ehemmiyetleri vardır.

---

[1] Bunun için hukukusulü muhakemeleri kitaplarına bak.

[2] İşte bu defilerin bir tadadı:

Âmme intizamından olan butlanlar. Garsonnet, 2<sup>e</sup> edit., t. III, § 905, p. 170. Glasson 2<sup>e</sup> edit., t. I, no. 656, p. 711.

Ehil olmıyan bir hâkim tarafından yapılmış olan bir tahkikatın butlanı. Glasson et Colmet d'Aage, zikri geçen eser.

Evlencemeye müsadeyi ve ya itirazı mucip muamelelerin butlanı.

Kanunî müddetlerden sonra yapılan istinaflarla usulsüz itirazların hükümsüzlüğü. Müddetinden sonra yapılan itirazların hükümsüzlüğü.

Tarafların, iddialarına mesnet olarak, mahkemeye ibraz ettikleri vesikaların butlanı (senetlerin, mukavelelerin, icra kabiliyetini haiz senetlerin, aile meclisi kararlarının ilâh, hükümsüzlüğü).

Reddi icap ettiren defiler : menfaatin, husumet ehliyetinin, gerekli müsaadenin (evli kadın, komün, âmme müesseseleri) ehliyetin ademi mevcudiyeti, kaziyet mahkeme.

Tahriri vesikanın, yani delilin bulunmaması.

Müruru zaman (eğer muteber bir şekilde bundan feragat edilmemişse), Medeni kanun, m. 2234.

Müddetleri ne olursa olsun medeni hukuk sahasındaki bütün müruru zamanlar burada mevzuu bahistir. C. 5 haziran 1810, S. chr. 16 ikinci teşrin 1842, S. 43. 1. 243. 27 haziran 1855, S. 55. 1. 825.

Eda edilmiş yemin.

Feragat yahut suh.

Nakil olunan balyaları ihtirazi kayıt dermeyan etmeksizin tesellim etmek. Ticaret kanununun 105 inci maddesi. *Yukarda* 265 inci sahifedeki nota bak.

Temyiz mahkemesi bu defilerin mahiyetleri üzerinde mürakabesini icra etmektedir.

## Altıncı Bahis

### *Usulî muamelelerin butlanları [1]*

Hukuk usulü muhakemeleri kanunu, yahut hususi kanunlar tarafından tayin olunan kanuni usulî muamele şekilleri biç bir suretle hâkim tarafından ihlâl edilemez [2].

Burada bahse mevzu olan butlan kanununun bir emrine veya nehyine karşı gelen bir muamelenin dışarı olduğu hükümsüzlük, yahut tesirsizliktir.

Mücerret hukuk mevzuu bahistir; kanun emrediyor, ona itaat etmek lâzımdır.

[1] Avukatlar konferansında söylediği bir nutukta temyiz mahkemesi nezdindeki avukatların reisi Bay Desmonts haklı olarak şöyle demiştir:

"Kanunlarımızda, hemen, hemen her adımda, hukuk dâvalarında uyulması gereken mecburî kaideler koyan maddelere rast gelinmektedir.

"Abî Müstehzilerin tenkit gayreti burada ne kadar faaliyet gösteriyor. Bunlar şekil meselelerinden öyle bir istihfafla bahsediyorlar ki! Hakaret âmiz bir lisanla bu şekilleri usulî münasebetsizlikler diye vasıflandırıyorlar. Ve hiç olmazsa, en azı, bunların eskimiş, köhne şeyler olduğu mütalâasında bulunuyorlar.

"Bu şekil meselelerine kendimizi kuvvetle bağlayarak temyiz mahkemesinden bu kaidelerden birini ihlâl yahut tanımayan hükümleri nakzetmesini istiyoruz; ve böylece bu müstehzileere karşı, mübalâğalı denilebilecekten fazla, bir incelik gösteriyoruz.

"Bu şekli istihfaf edenlerin hatası ne kadar büyüktür! Bilmiyorlar, anlamıyorlar ki alay ederek maskaraya çevirdikleri bu şekiller mahkemelerde işi olanlar için en başta gelen, en esassî teminatlardır.

"Bilmiyorlar ki, bütün bu şekiller doğrudan doğruya müdafaa hakkını alâkadar etmektedirler; ve başca gayeleri, mümkün olduğu kadar geniş miqyasta tam ve mutlak müdafaa hürriyetini temin ve muhafazadır.

"Şu baide bütün dünyada bundan daha hürmete şayan ve mukaddes bir şey var mıdır? Taraflara bir hakkın serbest istimalini temin eden bu cüz'î teminatta onlardan alınrsa, bununla, medeni olsun, cezai olsun, her dâvada hâkim olması lâzım gelen ve bütün diğer mülahazaların fevkinde bulunması icap eden adâlet mefhumuna, doğrudan doğruya, en büyük bir darbe indirilmiş olacaktır.

"Mademki sizlere kanunlarımızda yazılı şekil müteallik kaidelerinin gayelerinin müdafaa hakkını ortadan kaldıracak veya azaltacak vukuu muhtemel, umulmadık hâdiselere karşı tarafları emniyet altına almak suretiyle adâletin mutlak tecellisini temin etmek olduğunu göstermiş bulunuyorum, bundanda anlıyoruz ki hukuk ve adâlet her zaman, her yerde bir arada, beraber bulunuyorlar."

[2] Şirketlerin şekle müteallik butlanlarında vaziyet böyledir. Lyon, 25 nisan 1885, D. 86. 1. 116. Paris, 29 birinci kânun 1885.

Lyon—Caen et Renault, t. II, nos. 215 et 4178. Houpin, t. II, no. 1021. Floucaud —Penardille, t. I, no. 149. *Revue des Sociétés*, 1886, P. 144.

Usulî butlanlar bazan *in agendo*, bazan da *in amittendo* dırlar.

Medeni kanundan farklı olarak hukuk usulü muhakemeleri kanunu, açıkça, kanun tarafından sarahatten butlanı emredilmiş olmadıkça hiç bir tebliğin yahut usulî muamelenin butlanına kavır verilemeyeceğini kabul ediyor. Hukuk usulü muhakemeleri kanunu, m 1030 [1]

Butlan tâlebi yalnız esas dâva yolu ile değil, def'i yoluyla da, fer'an da ileri sürülebilir.

Meselâ, böylece, şirket babsinde, iflân yapılmaması, sermayenin dörtte birinin tediye edilmemesi ilâh. sebebiyle şirketin butlanı def'i şirketin mevcudiyetine tâbi bir menfaat münasebetiyle açılan bir dâva esasında da ortaya çıkabilir; hattâ bu dâva hukuk mahkemesinde açılmış olsa bile. Rennes, 6 mart 1869, S. 69. 2. 254; D. 70. 2. 224. Paris, 29 birinci kânuş 1885, S. 86. 2. 41; D 89. 1. 205.

Lyon—Caen et Renault, t. II, p. 1214. Houpin, t. I, no. 543; t. II, no. 1921. P. Pont, t. II, no. 1238.

Iflâs için de böyledir. Ticaret mahkemesince karar verilmemiş olmasına rağmen, taraflardan birinin iflâsın mevcudiyeti yolunda ileri sürdüğü def'i hukuk mahkemesi t'rik edebilir.

Ceza mahkemeleri de aynı hakka sahiptirler. Crim C.9 mai 1902, S 05.1.60.

[1] Nazarı dikkatî edelim ki, 1030 uncu madde sadece muamelelerin zatına bağlı butlanlarla meşgul oluyor; yoksa ne şahsan tarafların ve ne de onları temsil eden adli memurların sıfatlarına taallük edenlerle değil. Bunlardan birinin veya diğlerinin bazı muameleleri yapmak, yahut bunları muntakaları haricinde ifa etmek hususundaki ehliyetizlikleri hususi kanunlara tâbidir. Carrê *Lois de la procéd.*, quest. No. 3392; Boitard, t. III. P. 492; Thomine, 1030 uncu madde hakkında, t. II. 689.

Diğer taraftan dikkat etmelidir ki, 1030 uncu madde taraflar namına hareket eden memurların yaptıkları usulî muameleleri ilgilendirmektedir. Bu madde vatandaşların haklarının tesis ve müdafazası için konulmuş diğer muamelelere, meselâ, gayrimenkul rehînlerinin tescillerine teşmil edilemez. Carrê, ques. 3393.

Kanunun ne men ve ne de bahsetmediği muamelelere gelince; bunlar hiç bir takyide tâbi olmaksızın 1030 uncu maddeye tâbidirler. Bazı ahvalde hileli telâkki olunabilirler, fakat butlana asla karar verilemez.

Ezümle, haklı olarak, müteaddit müddei ve müddeazaleyhler tarafından müştereken hazırlanan ve fakat bunlardan bazıları tarafından istinaf aızuhali, mademki imza mecburiyeti hiç birkanunda yazılı değildir, imzalamıyanlar hakkında hükümsüz telâkki edilemez diye hükmedilmiştir. Tréves, 5 şubat 1810.

Hukuk usulü muhakemeleri kanununda beyan edilmiş olmamakla beraber bazı kaidelere riayet edilmemesinden mütevellit butlanlar mevcuttur [1].

Meselâ, icraî haciz faslında bir tek defa butlandan bahsedilmemiştir. Fakat şüphe yok ki alâkadarlar kanunun koyduğu şekillerin, usullerin yerine tercih ettikleri başka şekilleri ikame edemezler [2].

Her hangi bir tebliğin veya usuli muamelenin butlanı, vazifesizlik def'i hariç, diğer bütün müdafaa ve defilerden önce dermeyeran edilmek lâzımdır; aksi takdirde muteber olurlar. Hukuk usulü muhakemeleri kanunu m. 173 [3].

Tebliğdeki butlanların esaslı olup olmasının ehemmiyeti yoktur; 173 üncü madde böyle bir tefrik yapmıyor; esasen tebliğin haiz olması lâzım gelen bütün unsurlar kanun tarafından butlan müeyyidesi tabtında istenilmektedir.

[1] *Butlan müeyyidesi altında* tâbiri mutlak ve zarurî değildir. Kanun bir muamele muteber değildir, muamele yoktur, muamele hüküm ifade etmez, yahut yapılmamış sayılır dediği vakitte butlanı kastediyor kabul etmek lâzımdır. Bioche, Dict. pr., V<sup>o</sup> Nullité, no. 10.

Lâkin sadece kanun emir veya nehyedici bir ifade tarzı kullanıyor diye usulî bir muamelenin butlanı kabul edilemez. Bioche, zikri geçen eser, no. 21; Carré, quest. 3392.

[2] Esaslı butlanlarla, *arzi, tali, fer'i* butlanları ayırmak lâzımdır.

Diğer bir tabiriyle, kanun vazının bir usulü korken niyetinin ne olduğunun, nasıl bir vaye küttüğünü ve bu usulü riayetsizliğin neticelerini ve boğulması mümkün tebliğeleri aramak lâzımdır. — Eğer bunun yerine getirilmemesi ile takip olunan gaye bertaraf edilmiş ise, ve usulü muhakemenin idaresi tamamille bozulmuşsa *esaslı butlan* vardır

Aksine olarak, eğer, irtikâp olunan usulsüzlük sadece biraz gecikmeyi, ve bazı masrafları ve az çok büyük bir müşkülâtı isabettirmekle beraber kanunun arzusunu bertaraf edecek kadar vahim değilse sadece *tali* bir butlan mevcuttur; ve böyle bir butlana sarıh bir hüküm olmadıkça karar verilemez. Boncenne, *Théorie de la procéd. civ.*, t. III, p. 271, et *Regime comm.*, t. I, page 390; Carré et Chauveau, quest. 3392.

İhmal olunan usulün esaslı veya tâli olup olmadığını tayin hususunda şüpheye düşüldüğü vakit muamele muteber telâkki edilmek lâzımdır. Carré et Chauveau, zikri geçen yer; Berriat, p. 139.

[3] Davanın hali tahriri taleple tespit edilmiştir; yoksa muhakeme esasındaki şifahi beyanlarla değil. *Yukarıda* 60 ıncı sahifeye bak. Bundan dolayıdır ki arzuhâlinde yazılı butlan sebebini tafsil ve izah edecek yerde esasa girişen avukat butlan iddiasından sarfı nazar etmiş sayılmaz. Esasen avukatın müekkilinin arzusuna muğayir ne itiraf ve ne de müsaadekârlıkta bulunamaması kaidededir. C. 30 mayıs 1810. Favard, t. II. p. 462; Merlin, V<sup>o</sup> *Saisie immobilière* §. 6, art. 2, no 11; Carré, quest. 741, *Yukarıda* 74 üncü sahifeye nota bak.

Şüphe yok ki, dâvanın her halinde, her vakit serdi mümkün defillerle, âmme intizamını alâkadar eden defiler mevzuubahis değildir.

Keza *muhakeme esnasında* yapılan muameleler de mevzuubahis değildir. Bu muameleleri yapan taraf bunlardan istifade etmek isterse buna karşı butlan talebinde bulunulabilir.

Kaide olarak butlana mahkemeler tarafından karar verilmek lâzımdır. Hukukumuzun eski *Fransada butlan yolu yok iptal yolu vardır* ana kaidesi bu gün de mer'idir. Bundan dolayı, bir muamele ancak hâkim tarafından butlanına karar verildikten sonra hüküm ifade etmez esası daima bakidir [1]

[1] Ezcümle, meselâ, Hukuk usulî muhakemeleri kanununun 686 inci maddesi mutlak bir kıymeti haiz değildir; buna rağmen butlana mahkemece karar verilmek lâzımdır.

Kaideten hâkimler re'sen usulî bir butlana karar veremezler. Filhakika, müddel v-ya müddelaaleyhin sükûtu irtikâp olunan usulsüzlüğü bertaraf eden bir ferâgat olarak telâkki edilmek lâzımdır. Carré, quest. 747; Bioche, V<sup>o</sup> *Exception*, no. 201.

Müddelaaleyhin gıyabında olmasının ehemmiyeti yoktur. Rennes, 11 temmuz 1812, Carré, quest. 748.

Butlan, umumiyetle, ancak bunda doğmuş, ha'î hazırda mevcut, bir menfaati olan taraf canibinden telebolunabilir. Bioche, V<sup>o</sup> *Nullité*, no. 27.

Bundan başka, butlanı maucip usulsüzlüğün bunu ileri süren tarafın zararına irtikâp edilmiş olması lâzımdır.

Usulüne tevfikan butlanına karar verilmiş olan bir muamele, asla, hiç bir vakit, yapılmamış addolunur; hiç bir hüküm tevliit etmez. Batıl bir usulî muamele ne mürrun zamanı ve nede sukutu hak müddetini katetmez. Borçluyu mütemerrit vaz'iyete koymaz.

Bununla beraber, usulî butlanlar ancak usul'süz muamelelerle bunların zararı neticesi olan muamelelere tesir eder; usul'üz olarak açılan dâvayı yahut kullanılan hakkı bertaraf etmezler. Bioche, V<sup>o</sup> *Nullité*, no. 46.

Eğer müddeti geçmemişse alâkadar kimse batıl muameleyi yeniden yapabilir. Boncennet, III, p. 266; Merlin, zikri geçen eser.; Chauveau, yukarı bak.

Meselâ, gıyaben verilen bir hükmü tebliğe memur mübaşir, evvelce yaptığı tebliğin usulsüzlüğünü anlarsa, kendiliğinden bu tebligatı yeniden ıera edebilir. C. 26 ikinci teşrin 1810, Carré et Chauveau, t. II, quest. 750; Merlin, V<sup>o</sup> *Signification* no. 12.

Lâkin, hususiyetle borç için hapsi icap ettiren bir hükmü tebliğe memur mübaşirin, yaptığı usulsüzlüğü düzeltmek için, bu tebliği yeniden yapmağa salâhiyeti olmadığına hükmedilmiştir. Rennes, 28 birinci kânun 1814 (Depincée c. N...).

Butlanına karar verilen vesikalara kaleme alan avukat, avne, kâtip, mübaşir gibi resmî sıfatı haiz kimseler hâl ve vaziyetin icabına göre izibati cezaya çarptırılacakları gibi tarafların bu yüzden maruz kaldıkları zarar ve ziyân ödemeğe de mahkûm edilebilirler. *Yukarıda* 53 inci ve müteakip sahifelere bak.

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 366 ve 692 inci maddeleri ile bu prensibe iki istisna kabul edilmiştir. Bu maddelere bakınız.

Fakat bu istisnalar kaideyi teyit etmektedirler.

Dâvalarda takip olunan usul heyeti umumiyesiyle Temyiz Mahkemesinin mutlak kontrolüne tâbidir [1].

### Yedinci Bahis

*Delile müteallik kaideler. Ehlivukuf tetkikatı.  
Şahit istimat.*

Delil bahsinde hâkim âmir hükümlerle mukayyettir. Bunlara uymağa mecburdur. Bu hususları evvelce tetkik ettik [2].

Ehlivukuf tetkikatı, şahitlerin istimatı esaslı merasime tâbidirler. Mahallinde keşif ve tetkikat için de vaziyet böyledir [3].

### İKİNCİ FASIL

KANUNİ MAHİYETLERİ VE BUTLANLARI BAKIMINDAN MUKAVFLELER,  
HİBELER VASIYETLER. HAKLI BİR SEBEBİ OLMİYAN HUKUKİ  
MUAMELELER. AKİTTEN DOĞAN KANUN, AKDİ KUSUR.

*Kanuni tarifler.*— Kanun vazın bazan tarifi de kanuna koyar. Bu takdirde tarif kanunidir ve herkesia bu tarifi kabul etmesi lâzımdır [4].

Bunlar muhakkak surette bu muamelelerin harç ve masraflarını ödemeğe mecburdurlar; bu paraları alâkadar taraflara yüklemeye imkân yoktur. Hukuk usulü muhakemeleri kanunu, m. 1031.

[1] Bunlar *muhakeme zabıtatıdır.*

Ezcümle bak., C. 6 birinci kânun 1886, *Pal.* 86.1.387; burada şu okunmaktadır:

“Hükümde, diğer bütün sahtelik iddiaları arasına karışmış olan bu iddia hiç bir surette tasrih ve tâyin edilmemiştir denildiği halde bu iddianın serdi için kullanılan ve Temyiz Mahkemesince kontrol edilen ifade tarzına nazaran bu iddianın arzu edildiğinden daha vazih ve muayyen olduğu anlaşılmaktadır; bundan dolayıdır ki hüküm İstinaf Mahkemesinde ileri sürülen iddiaları tagyir etmiştir..”

[2] Bu hususları *yukarda* 45 inci ve müteakip sahifelerde izah ettik.

[3] *Yukarda*, s. 150 ve devamı, s. 156 ve devamı.

[4] Ancak kanunda bir tarif bulundukcadır ki temyizın murakabesinden bahsolanabilir. Meselâ tecdit (MK 1271), takas (MK 1289), alacaklıya halef olma (MK 1250, 1251) hakkındaki tariflere bakınız.

Keza Medeni Kanununun 1356. maddesi de hâkim huzurunda ikrarı tarif etmektedir. Bu itibarla Temyizin murakabası mevzuu bahistir. 78. sahifeye bakınız.

**Kanunî tavsifler.**— Birinci ve ikinci derece hâkimleri hukuki muamelelerin tavsifleri hakkında kanunî bir hüküm mevcut ise, bunları istedikleri gibi tavsif edemezler. [1].

Bir hukukî muamelelerin tavsifinde tarafların ona verdiği isim değil, fakat muamelelerin mahiyetine bakılmalıdır. Bir hukukî muamelelerin mahiyeti ihtiva ettiği hükümlere bağlıdır. Bir hukukî muameleyi tabî olduğu tasniften ayırmağa ve başka kaidelere tâbî tutmağa imkân yoktur.

Temyiz Mahkemesi meselâ satış adı verilen bir akdi rehin, hibe adı verilen bir muameleyi miras taksimi veya vasiyet, trampa diye adlandırılan bir akdi de hibe olarak kabul edebilir.

---

Bakınız: Faye, no 154. Burada bu misallerle ıktifa ediyoruz. Tarif bahsi için 220. sahifedeki 5 numaralı nota bakınız.

[1] Temyiz Mahkemesi, mutaberiyetlerini tâyin eden kanunla olan münasebetleri bakımından mukavelelerin vasfını tâyin eden istinaf mahkemesi karar ve hükümlerini murakaba etmek hakkına malikdir.

Eğer mukaveleye yanlış bir isim verilmiş ve dahil olmadığı bir zümreye idhal edilmişse asıl tabî oldukları kaidelere tabî olmamakta, yahut tabî olmadıkları kaidelere tabî tutulmakta olduklarından Temyiz Mahkemesinin bu kararları bozmaktan çekilmesi bu müessesenin gayesine muhalif olurdu. Müstekar içtihat da böyledir: C. (Ch. réunies) 26 juillet 1828 D. Répert., V<sup>o</sup> Cassation, no 168, note 1. Karşılaşırınız: C. 4 juin 1849, D. 49. 1. 307. 31 mars 18608, D. 63. 1, 247 (MK 792 için), Civ. C. 28 décembre 1807, D. 1910. 1. 292. Civ. C. juin 197, S. 08. 1. 158.

Aşağıdaki mevzular için bakınız: Mirasın miris tarafından taksimi: C. 4 juin 1849, D. 49. 1. 307. 31 mars 1868, D. 63. 1. 247; MK 792: Civ. C. 28 décembre 1907. D. 1910. 1. 292. Civ. C. 16 juillet 1913; Muvazaalı hibeler: C. 7 février 1898, D. 01.1. 68. Rep. 22 avril 1913. C. 26 avril 1898, D. 93. 1. 359. 11 février 1896, D. 96. 1. 153; aile reisinin tevcihile teessüs eden irtifak hakkı: C. 24 juillet 1877, D. 78. 1. 342; satış gizliyen kira akdi (iflâs neticelerini önlemek üzere muvazaa): Rep 26 février 1913.

Bunun aksine olarak, aynı murakaba altında, 21000 franklık bir makinenin iki Sene zarfında ve ayda 125 frank kira ile ve müddetlin hitamında peşin 14000 veya 24 taksitte 15000 frank mukabilinde müşteri tarafından satın alınabilmesi şartile tesliminde, derece hâkimleri kanunun her hangi bir hükmünden kurtulmak için meselâ müşterinin alacaklılarını düşünerek yapılmış bir satış akdi görülebilirler.

Son zamanlarda oldukça nazik bir mesele tabaddüs etmiştir. Bir bankanın muayyen bir bedel mukabilinde kasa veya bir kasa gözü kiralamasında hukukî muamelelerin mahiyeti nedir?

Mahkeme içtihatlarında ve nazariyatta bu mesele uzun zaman ihtilâfları mucip oldu ve icar mı, vedia mı olduğunu karar verilemedi.

Bazı müellifler vedia akdi olduğunu, zira kasanın sahibi olan bankanın kendisine emanet edilen eşyayı itina ile muhafaza etmekle mükellef bulunduğunu, o eşyayı kullanmadığını ve kendilerine tevdi eden kimselere tamamen iadeye mecbur olduğunu söylerler ve bu mükellefiyetlerin vedia akdinin vecibeleri olduklarını,



Muamelelerin hukuki mahiyetini tâyin hususunda medeni Kanunun 1585 ve 1586. maddelerini misal olarak alalım [1].

Tartılabilen, sayılabilen ve ölçülebilen mallar hakkında bir mukavele bahis mevzuu olunca 1585 veya 1586. maddelerden hangisine girdiğini tâyin etmenin büyük bir ehemmiyeti vardır. Zira 1585. maddeye giriyorsa hakiki bir alım-satım akdi vardır, 1586. maddeye giriyorsa mülkiyetin nakli bahis mevzuu değildir [2]

İcar ile alakası olmadıklarını ilâve ederler. Lacoïnta, les expositions internationales universelles, no 42; Clunet. Journ. Droit intern. Privé, 1878, P. 81 et 197; Lyon — Caen, P. 446.

Bazı müellifler ve hemen bütün mahkeme içtihatları aksi kanaattedirler ve asâit bir kira akdi bahis mevzuu olduğunu kabule mütemayildirler. Bu mukaveleye göre kredi müessesesinin müşterisi kendisine kiralanan kasanın veya gözün anahtarını almakta ve bildiği gibi tasarruf etmektedir. Bakınız: Trib. Civ. Seine, 7 novembre 1900, D. 1901. 2. 443; Trib. Civ. Nîmes, 21 décembre 1899, D. 1901. 2. 441; Montpellier, 19 mars 1901, D. 1902. 2. 25 ( Valery'nin notu ); Paris (Jere ch. ) 12 février 1903, Rec. Gaz. des Tribunaux, 1903, 2 sem., 205; ler juillet 1903, D. 1903. 2. 272.

Bu teze muhalif bir karar: Trib. com. Seine, 21 juillet 1899, D. 1902. 2. 28. Bir benzerine rastlanamayan bu karar, kasa kiralama akdinin isimsiz akitlerin evsâfını haiz olduğunu kabul etmektedir.

[1] MK 1585: „Eğer eşya küll halinde satılmayıp ta sayıya, tartıya veya ölçüye bağlanmış ise satış akdi natamamdır, yani satılan şeyin nefi ve hasarı sayı, tartı veya ölçü ameliyesinin hitamına kadar satıcıya aittir. Fakat ahı taahhüdün ifa edilme- mesinde halinde sayılmasını, tartılmasını veya ölçülmesini veya tazminat verilmesini istiyebilir..

MK 1586: „Eğer eşya küll halinde satılmışsa, henüz sayılmamış, tartılmamış veya ölçülmemiş olsa bile satış akdi tamam olmuştur..

[2] Hasarın mülkiyet hakkının bir mütemmimi olduğu ve medeni kanun vazırın „Casum senetit dominus,, yahut „res perit domino,, kaidesini muhafaza etmek istediği umumiyetle kabul edilmektedir. 217. sahife-tekî 3. nota bakınız.

Bu itibarla, 1585. sahifede yalnız hasar meselesi mevzuu bahis olsa dahi, bu metne istinaden satıcının sayı, tartı ve ölçü muamelesinin sonuna kadar satılan şeyin mülkiyetini muhafaza ettiği kabul olunmaktadır.

Planloi diyor ki: „kanun mülkiyetin intikalinden bahsetmiyor. Fakat kanun içinde hasar ve mülkiyet birbirine bağlı bulunmaktadır.. Traité élémentaire du droit civil t.II no 1363; Bakınız: Marcadé, Explication du Code Napoléon, art 1: 85—1586, § 8; Championnière et Rigault, Traité des droits d'enreg., t. III, no 1863; Aubry et RAU, 5 e édit., tV, § 849, note 41; Baudry—Lacantinerie et Saignat, De la vente et de l'échange, no 150.

Mahkemeler de bu yolda tefsir ettiler: C. 24 mars 1860, S. 61. 1. 778; D. 60. 1. 199; 1 er juillet 1874, S. 77. 1. 119; D. 76. 1. 478; 24 déc. 1875, S. 76. 1. 238; D. 76. 1. 91. 7 janvier 1880, S. 82. 1. 463; D. 80. 213 1. et 215; D. 95. 1. 469. 1 Temmuz 1880 tarihli kararda aynen şöyle denemektedir: „Medeni Kanunun 1585. maddesi hükümlerine göre bir eşyanın tartıya bağlı satışından tartı muamelesi yapılmadıkça satılan şeyin mülkiyeti alıcıya intikal etmez..

Tatbikatta bu tefrik çok güç olabilir, fakat mesele hukuk bakımından çok basittir.

Kül halinde satışta, eğer satılan şeyin veya bedelin tayini için saymak, tartmak ve ölçmek gibi muamelelere lüzum yoksa, mülkiyet derhal intikal eder. Bu itibarla derhal tesbit edilen bir bedel mukabilinde ölçüsüz veya ağırlığı tayin edilmeksizin kül halinde nazara alınan eşya satılırsa, meselâ bir kimse ambarında mevcut bütün buğdayını veya deposunda bulunan şarabını muayyen bir bedel mukabilinde satarsa, kül halinde satış akdi yapılmış olur [1].

Keza satıcının ormanından çıkan bütün mantar mahsulünün muayyen bir bedel mukabilinde satılmasında, mahsuller henüz sayılmadığı, tartılmadığı veya ölçülmediği halde, kül halinde satış akdi mevcuttur [2].

Keza kül halinde nazara alınan eşyanın muayyen bir tek bedel mukabilinde satılmasında, kül halindeki eşyanın muhtemel ölçüsü de ilâve edilse, yine kül halinde satış vardır denilir [3]. Zira bu miktarın bildirilmesi tamamen işaridir ve bunun neticesi, eğer noksan çıkarsa satıcının gösterilen miktarı tamamlaması veya bedelden tenzilât yapması olup fazla çıktığı takdirde bedel farkını istemeğe hakkı yoktur [4].

Buna mukabil, satılan şeyin tayini veya bedelin tesbiti için tartma, ölçme veya sayma ameliyelerine lüzum varsa, ölçüye, tartıya ve sayıya bağlı satış vardır ve 1585. maddeye göre mülkiyetin nakli tehir edilmiş olur.

Birbirine benzeyen eşyadan ibaret büyük bir kitle içerisinde alınmak üzere muayyen bir miktar veya ölçüde eşya satıldığını farzedelim. Satılan eşyalar müşteriye teslim edilmek üzere sayıldıkça, tartıldıkça veya ölçüldükçe taayyün edecektir. Gayrı muayyen olan mevzu bu ameliyeler neticesinde belli olmakta ve bu andan itibaren alım satım akdi tamamlanmakta ve mülkiyet müşteriye intikal etmektedir.

Diğer taraftan, tartıya, sayıya ve ölçüye bağlı satışların mevzu olan eşya sayılmadan, tartılmadan ve ölçülmeden önce de tayin edilebilir. Meselâ muayyen ambarda mevcut tuzların hepsinin yüzer kilosu veya muayyen bir depodaki fiçiler içinde bulunan şarapların fiçisi, yahut hududu tayin edilen bir arazinin metre murabbaî şu kadardan denilerek satılması halinde olduğu gibi. Bu takdirde muayyen bir şey satılmıştır. Fakat diğer taraflar-

[1] Troplong, t. I. n° 92. Baudry — Lacantinerie et Saignat, n° 146. Guillouard, t. I, n° 29.

[2] C. 25 février 1896, D. 96. 1. 151.

[3] Troplong, loc. cit. Baudry—Lacantinerie et Saignat, n° 158. C. 24 août 1880. Dalloz, jurisprud. générale, v° Vente, n° 271.25 février 1896 (2 e arrêt), D. 96. 1.151.

[4] Dalloz, Jurisprud. générale, v° Vente, nos 270, 272.

dan birisi veya iki taraf müşterinin ödiyeceği meblâğı tâyinde esas olan ağırlığı, sayıyı veya miktarı bilmiyorsa, tarafların bedel hakkındaki anlaşmalarının tahakkuku için saymak, tartmak veya ölçmek lâzım gelecektir. Bu ameliyelerden önce kararlaştırılan rakam, ancak muayyen bir ölçü, tartı veya sayı vahidinin fiyatıdır [1].

Bu misallerde görüldüğü gibi, tartı, sayı ve ölçme ameliyeleri akdin muteberiyeti için zaruri bulunmaktadır. Zira akdin esası unsurlarından olan mevzuu veya bedeli bu ameliyeler tayin ederler. Bunlar yapılmıya kadar nefi ve hasarın intikali ve mülkiyetin devri bakımlarından satış akdi tam değildir.

Görülüyor ki sayıya, tartıya ve ölçüye bağlı satışlarda bedeli tediye borcunun ne vakit doğduğunu tayin etmek güç değildir.

Mülkiyet kendisine intikal etmedikçe, müşteri aleyhine bir borç terettüp etmez. Alım satım akdinin karşılıklı ve iki taraflı mahiyeti bakımından, bedel borcunun mevcut olması için satılan şeyin mülkiyetinin alıcıya intikal etmesi lâzımdır, zira satıcının taahhüdünün mevzuunu teşkil eden bu mülkiyet intikali müşterinin borcunun sebebinin teşkil etmektedir [2].

[1] C. 24 mars 1860, S. 61. 1. 77 8; D. 60. 1. 199. 26 avril 1870, D. 71. 1. 11. 7 janvier 1880 (1 er arrêt), S. 82. 1. 463; D. 80. 1. 129 et les notes.

Planiol, t. II, n<sup>o</sup> 1363 et note 1, Baudry — Lacantinerie et Saignat nos 148, 150. Laurent, t. XXIV, n<sup>o</sup> 139. Demante et Colmet de Santerre, 2e édit. n<sup>o</sup> 7 bis. Trp-long, t. I, n<sup>o</sup> 90. Pothier, de la vente, n<sup>o</sup> 808.

[2] Temyiz Mahkemesi aşağıdaki kararında bunu kabul etmiştir. Şeker kamışı müstahsilleri on sene zarfındaki bütün mahsullerini fabrikada teslimde taayyün edecek kiloya ve on beş günde bir neşredilen piyasa fiyatlarına göre bedeli tayein edilmek üzere, bir fabrikaya satmağı taahhüt etmişlerdi. Temyiz mahkemesi ilk mukavelenin satıcı lehine atacak doğurmağa kâfi olmadığına karar vermiştir: "Temyiz olunan kararda mukavelenin yapıldığı tarihte müstakbel mahsullerin mülkiyetini nakleden bir satış olmadığı, yalnız müstahsiller için vadesi gelince mahsulü teslim etmek mecburiyetini ihtiva ettiği, mülkiyetin fabrikada her tartı muamelesi yapıldıkça intikal ettiği ve 1873 senesindeki mahsul 1874 yılında kaldırıldığı için La Favorite ihalesi zamanında La Dillon fabrikasının mülkiyetinde bulunmadığı haklı olarak kabul edilmiştir. 1868 — 1869 mükavelesi hükümlerine göre La Dillon fabrikasının 1874 mahsulüne malik olmadığı kabul edilince, fabrika tarafından yapılan 28817 frank ve 30 santimlik avansın, mezkûr satış bedelinin önceden tediyesi olarak kabul edilmesine imkân yoktur., C. 7 janvier 1880.

Yalnız bedelin tayini tartı muamelesine tabi olsa bile, bu muamele satış akdinin muteberiyeti için zaruridir. Baudry—Lacantinerie ve Saignat diyorlar ki: "Sayma, tartma ve ölçmenin bedelin veya satılan şeyin tayini için akdin tahakkukuna talik edildiği bir şart gibi zaruri olduğunu zanaetmiyoruz. Bu daha ziyade bedelsiz vücut bulmayan satış akdinin muteberiyet unsurlarından biridir. Eğer bu unsur yoksa satış da yoktur. Satış olmadığı için de mülkiyet müşteriye intikal etmemiştir., De la vente et de l' échange, n<sup>o</sup> 150.

Bu şartlar altında, Temyiz Mahkemesinin kanuni tavsifin tatbikatını murakaba etmesini haklı bulmak icap etmektedir [1].

**Hukuki muamelelerin butlanı.** — Burada usulî butlandan değil, doğrudan doğruya hukuki muamelelerin butlanından bahsedilecektir [2].

[1] Bu husustaki mahkeme içtihatları tetkik edilirse, 1585. maddede derpiş edilen akdın hukuki mahiyeti hakkında hiç bir tereddüde mahal kalmaz. Tarafların yaptığı mukavele tartma, eşya yahut ölçme muamelesine kadar taliki şartla bağlı bir satış akdi olarak nazara alınmamıştır.

"Kül halinde satış, bedelin ölçüye tabi olmadığını, fakat önceden ve kül halinde tesbit edildiğini farzettirir.", Planiol, t. II, no 1363, note 1; Lyon—Caen et Renault t. III, no 132.

Baudry—Lacantinerte ve Ssignat diyorlar ki: "Eğer bedel bir ölçü, tartı veya sayı ile tayin edilecekse 1585. maddenin tatbik edileceğini ve akdın bu mânada tamam olmadığını zannetmekteyiz. Satılan şey tayin edilmiştir, fakat bedel herüz tayin edilmemiştir. Bedel ancak sayı, tertî ve ölçüden sonra taayyün edecektir. Bu amelîye yapılmadıkça satış akdinin bir unsuru noksandır ve kanun hasarın intikali bakımından akdi tamam saymamaktadır. Eğer eşya bedeli tesbit için zarurî olan muameleden önce yok olursa bundan satıcı zarar görür, zira bedeli isteyemez. Bedeli tayin etmek mümkün olmadığına göre zaten ne isteyebilir ki?," no 148.

Troplong muayyen bir arazinin muayyen bir vahidi şu kaddardan diyerek genişliği tayin edilmeden yapılan satışın da bedel hususunda tarafların rızalarının skit günü birleşmediğini pek iyi göstermiştir: "her ne kadar mevzu muayyen ise de bedel tamamen meçhuldür, satıcı, bu araziyi şükadera satın aldım diyemez. Çünkü bu arazinin kaç hektar olduğunu bilmemektedir. Onu bu bilgisizlikten kurtaracak olan şey ölçü muamelesidir. Bu itibarla ölçmeden önce mülkiyetin intikali bahis mevzuu olamaz.", De la vente, no 329.

Temyiz Mahkemesi doktrindeki bu fikri kabul etti. Yukarıda zikrolunan 24 mart 1860 tarihli Ceza Dairesi kararı 1585. maddenin şümül ve hükümlerini mükemmel bir şekilde tasrih etmektedir. Ölçü vahidi şu kaddardan denilerek muayyen bir şeyin satışı mevzuu bahis olan bu kararda bir taraftan bu şekilde ki şahısların kül halinde satış olmadığı, diğer taraftan ölçme muamelesinden önce mülkiyetin intikal etmediği zikredilmiştir.

[2] Kanunda zikrolunan butlan hakkında Aubry ve Rau diyorlar ki: "Kanun tatbik eden uzuv sıfatıyla hâkim, kendisine arzolunan hâdisede fiilî müşahedelerine istinaden, kanunun fevkine çıkarak, kanunun metninden veya ruhundan neşet eden bir butlana karar verememezlik edemez. Mahkemeler şüphesiz ki lehine şart veya formalite konulmuş olan kimselerin menfaatlarını ihlâl eden ve bu itibarla kanun vaziasının varmak istediği gayeye vasil olmağı güçleştiren bir netice hasıl olmadığı takdirde bu şart veya formaliteye riayetsizliğin butlanı, icap etmeyeceğini kabul edebilirler ve etmelidirler de. Fakat kaidenin ihlâlinin butlanı tevhit etmediğini söylemek başkadır, kaidenin ihlâli halinde dâvacıya bir zarar terettüp etmediği bahasına ile kaide olarak hükmedilmesi lâzım gelen butlanın hükmedilmemesi yine başkadır.",

Misal: Zarara iştirak mecburiyeti kâra iştirak hakkının bir mütemmimidir ve bu kaide şirket mukavelesinin ruhunu teşkil etmektedir. Medeni kanunun 1855. maddesi şirketlerden birisinin zarara iştirakini tanımayan mukaveleyi batıl addedmektedir. Bir

Butlan bir ceza olduğu için, kanunun sakit olduğu hallerde butlana hükümlenemez [1] Fakat kanun vazının fikrinin sarih bir surette bildirilmiş olmasına da lüzum yoktur [2]. Bu bakımdan butlan, sarih ve zımnî olarak ikiye ayrılır.

İhlâli halinde kanun tarafından sarahaten butlan hükmü konulmamış, fakat muamele'nin mahiyeti icabı butlan iktiza eden şekiller bahis mevzuu olduğu takdirde, temyiz yolu açık bulunmaktadır.

Böylece kanun hükmüne göre bir muamele batıl ve yapılmamış telâkki olunabilir [3] ve bu butlan o muamele'nin hüküm ifade etmesine mâni olur.

**Butlan âmme nizamını bazan aîâkadar eder, bazan etmez [4].**

---

komanditerin aksiyonlarını almak ve ona sermayesini faizle geri vermek hususunda konulan bir şartın, bu şart bir şirket şikinde değil de daha önce, müstakillen yalnız bazı şerikler arasında yapılmış bir skitte bulunsa bile, bu madde hükmüne mahalif olduğuna hükmetmek lâzımdır. C. 14 juin 1882, S. 1882. 1. 428; D. 1884. 1. 228, Keza bakınız: Trib. civ. Lyon, 26 juin 1901. Rec. Gaz. des Tribunaux, 1902, 1<sup>er</sup> sem., 2. 118.

Bakınız: Hémond, Théorie et pratique des nullités de Soc'étés.

[1] Butlanın ispat edilmesi lâzımdır. Kıyas tarikiyle butlana hükümlenemez.

[2] Aynı kanun vazının açıkça kaydettiği hallerde değil, fakat ona muadil bir mâbir kullandığı hallerde de butlan vardır Meselâ, kanun şu sözlerle de butlana işareti etmiştir: borcun hiç bir hükmü yoktur (MK 1131), muamele'nin hükmü yoktur (MK 1821) hükümsüzdür (MK 1430), hiç bir hüküm ifade etmez (MK 1974), muteber değildir (MK 984, 1050, 1338, ...), mecburi değildir (MK 142 ), yapılmamış telâkki olunur (HMUK 156, 488), akit yapılmamış sayılır (MK 1587, 1592). Perrin, traité des nullités, p. 117 et 210; Rolland de Villargues, Vo nullité, nos 31 et 32; Duranton, t. XI no 529; t. 1<sup>er</sup>, p. 450.

Keza kanun "kabul edilmez, kabul edilmeyecektir, ..., dediği zamanda da butlan var demektir.

Kanunun, hakkın düşmesini kabul ettiği yerlerde evleviyetle butlanın mevcudiyetine hükümlenir. Perrin, P. 210 et 212.

Fakat "meburdur, mükelleftir, kelimelerinin bulunduğu kaidelere riayetsizlik muhakkak butlanı istilzam etmez. Perrin, p. 200.

[3] Butlan, kanunun metninden veya ruhundan tahassul eder. Bu bakımdan butlan sarih veya zımnî olarak ikiye ayrılır

Aubry et Rau, 5e édit., t. 1, § 37, p. 181 ve sonrakiler.

Hukukun umumi zabıtaları bakımından yahut ta kanun vazının tah'sen istihdaf ettiği gayeye vasıl olmak için riayet edilmesi zaruri olan kaidelerin ihlâli halinde zımnî butlan mevcuttur. Bir muamele'nin butlanı, muamele'nin vasfına değil, mahiyetine bağlıdır. 199. sahifeye bakınız.

[4] Âmme nizamı hakkında 281 ve sonraki sahifelere bakınız. Orada söylediklerimize şunları da ilâve edeceğiz:

Butlan, bir diğer bakımdan da, nisbi ve mutlak olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak butlan, esas gaye itibarile âmme menfaatını alâkadar eden kanunların ihlâatinden neşet eder [1]. Nisbi butlan ise ancak muayyen şahısları (küçükleri, mahcurları....) alâkadar eden kanunlar ihlâi edildiği zaman meydana gelir.

Butlan, bir başka bakımdan, hâkim kararına ihtiyaç gösteren ve göstermiyen diye ikiye ayrılmak istenilmiştir [2].

Butlan daimi ve geçici olarak ta tasnif edilir [3].

Butlan dâvasını kabul eden karar, batıl saydığı muamelenin hiç bir hüküm ifade etmemiş olduğunu tesbit eder [4].

*Butlan sebepleri.* — Butlan sebepleri yedi grupta toplanabilir:

1) Tarafların rızalarının bulunmaması [5].

2) Tarafların ehliyetsizliği [6].

---

Sırf hususî hukuk kanunlarının fevkiye çıkabilen kanunlar, meselâ muamelelerin şekli hakkında kanunlar, komünleri, evli kadınları, mahcurları, reşit olmıyanları alâkadar eden kanunlar, ancak müddeiummîi huzurile dâvası görülebilen menfaatlara taallük eden kanunlar, âmme nizamını tali derecede alâkadar eden kanunlar sayılmak lâzımdır.

[1] Âmme nizamını alâkadar eden bütün kanunlar mutlakdır. Fakat bu kaziye-nin aksi sahîh değildir. Mutlak olmıyan bütün butlanların âmme nizamını alâkadar ettiğî söylenemez.

Mutlak butlan ile nisbi butlan arasındaki farkı kanun tayin eder. Eğer kanunda, kanun vaznesin maksadını araştırmaya lüzum olmadan kayıtsız şartsız bir muamele-nin batıl olduğu hakkında bir hüküm mevcutsa, bu butlan muayyen kimselere tahsis edilmediği ve alâkadar herkes tarafından iddia edilebileceği için mutlakdır.

[2] Fransa'da böyle bir tefrik yapmağa mahal yoktur, çünkü tarafların bizzat haklarını ihkak etmelerine imkân olmadığından butlana hâkimin karar vermesi lâzımdır. C. 15 févriér 1854, S. 54. 1. 272. Yukarda 258. sahifeye bakınız.

Metin üzerinde yapılan tefrikin tatbikatta hiç bir kıymeti yoktur. Butlan dâva-sı ile iptal dâvası hakikatta aynı şeylerdir.

[3] Daimi butlan, malîl hukuki muamelenin mevcudiyetine daimi bir engel teğ-kil eder. Geçici butlan ise, geçici bir engel doğuran butlandır. Meselâ, evlenme-memnuiyeti gibi.

[4] Bazan batıl bir skit ta hüküm ifade edebilir. Resmî ve hususî senetlerden bahsedén 99 ve 112. sahifelere ve Medeni kanunun 1347. maddesiyle 167 ve sonrak-i sahifelere bakınız.

[5] 810. sahifedeki 1 numaralı nota bakınız.

[6] 286. sahifedeki 2 numaralı nota bakınız.

Hibe yapmak ve kabul etmek ehliyeti hakkındaki kaideler âmme nizamına taallük eder. Bu itibarla bir kimsenin hibe yapmak veya kabul etmek hakkından vazgeçmesine müsaade edilemez.

- 3) Taahhüdün mevzuunun mahiyeti [1].
- 4) İmkânsızlık [2]. Hakkı bir sebep bulunmayışı.
- 5) Akde iştirak eden resmî memurun salâhiyetsiz olması [3].
- 6) Şekil noksanı.
- 7) Mali kanunların ihlâli.

Burada ancak hakkı sebep bulunmaması ve şekil noksanı sebeplerinden, o da muhtasar olmak üzere, bahsedeceğiz.

1) *Hakkı bir sebep bulunmayışı*. — Medeni kanunun 6. maddesine göre «mukavele ile, âmme nizamını ve umumi âdabı alâkadar eden kanunlar ihlâl edilemez». Aynı kanunun 1133. maddesine göre de «Kanun tarafından menedilmiş veya umumi âdaba ve âmme nizamına mugayir olan sebep haksızdır».

Mukavele veya şartın vasfı hakkında Temyiz mahkemesinin murakabe salâhiyetini haiz olmasını kabul etmekte asla tereddüt edilemez.

Şu ihtimalleri farzedelim:

Bir akit suç mevzuu teşkil edebilir[4]. Bu takdirde tereddüde mahal yoktur.

Suçta alâkası olmasa bile, akit haksız [5] ve bu itibarla menedilmiş olabilir.

[1] 65. sahifeye bakınız.

[2] Burada bahise mevzuu olan maddi ve mutlak imkânsızlıktır. Zira mânevi imkânsızlık daha ziyade haksız veya kanun ve âdaba mugayir şartlarda mevcuttur ve zira lehine vasiyet yapılan veya teberrüde bulunulan kimsenin ileri sürebileceği nisbî imkânsızlık, konulan şartı yazılmamış addettiremez. Rouen, 16 novembre 1875, D. 76. 1. 154. Baudry—Lacantinerie, Donations et Testaments, I. 120.

İmkânsızlık taraflardan yalnız biri hakkında mevcutsa, şart yalnız bu taraf hakkında yazılmamış addolunur ve mütebaki şartlar muteber sayılır. Aubry et Rau, 4 e édit., IV, 302, p. 64. Demolombe, XVIII, 223.

Eğer imkânsızlık şartın ifası için konulan müddetin kısalığından ileri geliyorsa bu şart ancak o müddet için yazılmamış addolunur. D. Req. V<sup>o</sup> Disposit. 105.

Bir şartın imkânsızlığı, hibenin yapıldığı tarihe göre hesaplanır. Besançon, 20 déc. 1893, C. 17 juin 1896, de. 90. 1.

[3] 99. sahifeye bakınız.

[4] Suç teşkil eden akitle misaller:

Murababa akileri; bir suçun cezalandırılmamasını temin için yapılan akitle; resmî memura vazifesini suiistimal ettirmek üzere yapılan akitle; iflâsta hususi menfaatler, memnu piyangolar, ihaleye iştirak edenlere mâni olmak için yapılan taahhütler. . .

Faye, no 143 ve sonrakiler.

[5] Memnu akitle hakkında 285. sahifedeki 2 numaralı nota bakınız.

Suç teşkil etmeyen, fakat haksız olan akitle misaller:

Her iki taraf için haksız olması da şart değildir. Bir taraf için haksız olması kâfidir [1].

Butlan ya bir dâva ile yahut bir defa olarak ileri sürülebilir [2].

Dini birlikler namına hareket eden kimselerin yaptıkları hibe ve vasiyetler; müstakbel miras hakkında mukavele; ölünceye kadar hizmet akdi; datmi iratların satın alınması memnuiyeti, evlenmede rıza serbestisine dokunan anlaşmalar; rekabet serbestisine hâlel veren veya bir meslekten bir kimseyi meneden mukaveleler; noterin yaptığı muamelede alâkâlı bulunması; beş seneden fazla bir zaman için izalei çuyuu meneden anlaşma.

Bir erkeğin metresiyle münasebetini idameye yarayan kerz akdi, sebebi haksız olduğu için, batıldır ve bu butlanı bunu bilen borç verene karşı da ileri sürülebilir. Faye, loc. cit.

[1] Taraflardan birinin menfaati bakımından haksız sayılan akitler:

Karı koca mallarına müteallik mukavelelerin evlenmeden sonra değişmeyeceği hakkındaki hükümler (karı koca arasında bir şirket mukavelesi); kanunun sırabaten derpiş ettiği haller haricinde karı koca arasında alım satım; ihtiyari mal ayrılığı, evlilik esasında karı koca arasında teberrülerin geri alınmaması, ihtiras veya içtimai nizami ihlâl için vasiyetname ile evlenmemek şartının konulması. Poitiers, 21 janvier 1901, D. 02. 2. 52. Pisanio, 5 e édit., t. III, no. 304 et 3040, 3041. Cpr. Req. rej., 11 novembre 1912, D. 19 L 3. 1. 105 et la note. 8 avril 1913, Gaz. z 31 août. 284. sahifedeki 3 sayılı nota bakınız.

Ashında ahlâka mugayir olmıyan ölüme bağı bir iratta, iradın yapıldığı kimseye evlenmemek şartı konulmuşsa bu şart yazılmamış ad olur ve irat yapılan kimsenin üç ayda bir evine ve onun ölmünden sonra noterine parayı almak üzere gelmesini şart koşan kimsenin eski münasebetlerini muhafaza eden bir durumu ölmünceye kadar muhafaza etmek istediğini hâkim kabul edebilir ve bunun tâyin edilebilecek bir his olduğunu ileri sürerek şartı ahlâka mugayir addedebilir. Req. 8 avr. 1913.

Çocuğu olması halinde hibenin feshini istemekten vâhibin kendini menetmesi şartı; kolektif şirkette şerikler arasında teselsül olmayacağı hakkındaki hüküm; karı koca malları hakkındaki mukavelelerin kanuna mugayir bir hükmi (karı kocadan birinin aktifinde bulunandan daha fazla bir nisbette ortaklığın borçlarından mesul olması, kadının ortaklığı kabul veya reddetmesi salâhiyetini tanımayan şartlar, kadına kanuni ipotekin hakkını kullanma imkânının verilmemesi); şeriklerden yalnız birine bütün kârı veren yahut şirkete hisse olarak getirilen malların zarardan mesul olmayacağını kabul eden şirket mukaveleleri; 7/12 nisbetindeki gâbide feshi istemekten vazgeçme şartı; alacaklına haciz formalitelerine riayet etmeksizin gayri menkullerini satılabilmesi hakkında borçlunun kabul ettiği şart; tahakkuk etmemiş olan müruruzamandan vazgeçiş; kendisine rehin verilen kimsenin merhuma malik olması kaydı. Faye, nos 143 et suiv.

[2] 223. ve sonraki sahifelere bakınız.

Müruruzaman hakkında me'eni kanunun 1304. maddesine, tasdik ve tekit hakkında 146. ve sonraki sahifelere bakınız.

Turpidudinem suam allegans vecizesi hakkında 210. sahifeye, quae temporalia ... vecizesi hakkında da 233. sahifeye bakınız.



2) *Şekil noksanı*.— Akdin teşekkülü için lüzumlu olan şekillerle akdi daha sağlam, daha emin yapmağa yarıyan şekilleri birbirinden ayırmak lazımdır. Birinciler esaslı, ikinciler arızî veya tali şekillerdir.

Hukuk bahasında, şekil noksanının telâfisine imkân mevcut değildir.

Resmî senetlerde lüzumlu olan formalitelere riayet edilmemesinden ileri gelen butlan âmmе nizamını alâkadar eder [1] ve bu itibarla Temyiz Mahkemesinin mürakabesine tâbidir.

İvazla bir muamele şekline sokulmak istenilen bir hibe, şekil noksanı dolayısıyla iptal edilemez. İvazlı bir muamele şekline giren hibe, bu muamele- nin icap ettiği şekle riayet edildiği takdirde muteber sayılır, fakat esas bakımından da hibeler hakkındaki hükümlere tâbidir, bu itibarla taraflar- dan birinin mukabil ivazından müstakil olarak, bir tarafa bir menfaat ter- min edebilir. Meselâ hibe bir satış mukavelesi şeklini aldığı takdirde be- delin mefruz olduğu bahanesite hibe akdi batıl sayılamaz veya bedelin kay- dı hayat ile irat şeklinde olması ve mefruz müşteri yani teberru yapılan kimse lehine kabul edilen çok müsait şartların hakikatta teberru yapan kimse lehine hiç bir istifade temin etmediği ileri sürülerek hibe akdi hâ- kümsüz sayılamaz [2].

Akitlerden, ihtira beratından ve vasiyetlerden doğan kanun .— Meder- ni Kanununun 1134. maddesine göre «kanuna uygun olarak yapılan akitler [3] taraflar hakkında kanun hükmündedir». Şahitlerin dedikleri gibi, akitler

[1] Kanun bir vakianın tesbiti için hususi şekiller kabul etmişse bu şekiller esas- ındır. Bunlara riayet edilmediği takdirde muamele batıldır. (vasiyet, hibe, ipotek, karı koca mallarına ait mukavele, ahkâmı şahsiyeye mütenevvis muameleler). 200. sahifedeki 3 sayılı nota bakınız.

Resmî vasiyette okuma mecburiyeti: C. 10 janvier 1888, S. 88. 1. 519; D. 88. 1. 56.

Bazı akitler de ya noter, ya resmî memur yahut kanunla tayin ettiği hâkim huzurunda yapılır.

Diğer bazı akitler de yazılı olarak yapılmak mecburiyetindedir.

Vasiyetler kaideten yazılı yapılırlar.

Larombière, t. II, MK 1156, no 5; Demolombe, t. XXV, nos 8 et suiv; Lau- rent, t. XVI, no 508; Baudry — Lacantinerie et Barde, t. I, 2 e édit., nos 655, 573.

Medeni Kanununun 970. maddesi muclibince yazılı vasiyetlerde tarih ve imza bu- lunmak lazımdır. Eğer hakikî tarihi vasiyetname muhteviyatı veya tarafların ileri sürdüğü vasiyete merbut unsurlar sayesinde tesbit mümkün değilse, yanlış tarih ih- tiya eden vasiyetler batıldır. Req. 10 mai 1905. Gaz. 11 mai.

[2] Bu hususta içtihat tekarrur etmiştir. Civ. C. 8 décembre 1912, 9 juillet 1879

[3] Mukaveleler hakkında 215 ve 216., borçlar hakkında 215., teselsül ve tecezal edememezlik hakkında 240 ve 271. sahifelere bakınız.

bir nevi hususî kanun mahiyeti almaktadırlar. Filhakika bu madde akitle-ri kanun seviyesine çıkarmaktadır. Larombiere ile birlikte diyebiliriz ki, bir akitten doğan borç medeni kanundan daha önce mevcut idi, kanun vazn onu hazır buldu ve ifası, takibi hakkında hükümler koymakla iktifa etti. Tabiidir ki mukavelenin haklı olması yani âmme nizamına veya bir kanun hükmüne mugayir olmaması lâzımdır.

Hususî kanun mahiyetinde olan mukavele vazih, sarîh, tereddüde ma hal vermez ve açık olunca, hâkimler onu tatbik etmekle mükelleftirler. Bu kaide bilhassa sigorta meselelerinde pek çok tatbik edilir. Hâkimler mukaveledeki bir hüküm yerine kendi eserleri olan bir hükmü koyamazlar. Tefsir bahanesile mukavelenin mahiyetini değiştiremezler [1]. Fakat mukavelenin hakikaten tefsire ihtiyâç gösterdiği hallerde birinci ve ikinci derece hâkimlerinin mutlak salâhiyeti olduğunu da ilerde göreceğiz [2].

Keza ihtira beratlarında da hüküm böyledir. Derece hâkimleri beratı tebdil ve tağyir edemezler. İhtira beratı bir mukavele olmadığı halde, mahkeme içtihatları ihtira beratlarından doğan bir kanun mevcut olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır [3].

Vasiyetlerde de hâkimlerin açık ve sarîh olan bir şartı değiştirmelerine müsaade edilemez [4].

**Akdt kusur.**— Akidden doğan mesuliyet hakkındaki kaide Medeni Kanunun 1137. maddesinde yazılıdır. Fakat bu maddede ancak mukavelede bir hüküm bulunmadığı halde tatbik edilmek üzere, Borçlunun mukellef olduğu dikkat ve ihtimam ve mesul olduğu kusur hakkında kaideler konulmuştur. Eğer bu hususlarda bir mukavele varsa, mesuliyeti azaltsa da çoğaltsa da ona baş vurmak lâzımdır [5]. Fakat mukavele ile borçlunun hiylesinden ve

[1] C. 7 décembre 1975. 15 avril 1872, S. 72. 1. 232; D. 72. 1. 176. 28 mars Mukavelenin temyiz mahkemesine ibraz edilmiş olması lâzım geleceği pek tabiidir. C. 27 octobre 1886. S. 88. 1. 105.

[2] Mukavelelerin tefsiri bahsine bakınız: S. 244 ve sonrakiler.

[3] C. 29 juillet 1891, D. 92. 1. 191. 19 décembre 1895, D. 96. 1. 165. İhtira beratının tahlili ve mevzuu Temyiz Mahkemesinin mürakabesine tâbidir. Berattaki müddetler kayfi olarak tahdit edilemez.

Keşfin yeniliği, berat mevzuunun aynıının evvelca mevcut oluşu, derece hâkimleri tarafından yapılan mukayeseler Temyizin mürakabesine tâbi değildirler.

[4] C. 2 décembre 1879, S. 81. 1. 118; D. 80. 1. 69. 4 février 1884, S. 84. 1. 429; D. 84. 1. 247. 19 février 1884, S. 85. 1. 314; D. 84. 1. 338. 18 nov. 1884, S. 85. 1. 126; D. 85. 1. 317. 15 mai 1889, S. 90. 1. 308; D. 89. 1. 378. 18 avril 1905.

[5] Planiol, t. II, no. 245. Laurent, t. XVI, no. 230. Baudry — Lacantinerie et Barde, n° 360. Larombiere, art. 1137, n° 12.

ağır kusurundan doğan mesuliyetinden kurtulmasına imkân mevcut değildir [1].

Mukavelede kusur hakkında bir hüküm olmadığı takdirde kanun 1137. maddenin ikinci bendi ile mesuliyet derecesinin akdin nev'ine göre az veya çok olabileceğini kabul etmiştir. Bu halde her nevi akit hakkındaki kanuni hükümlere müracaat etmek lazım gelecektir [2]. Fakat her halde

---

Karşılaştığımız: Hugueney, Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation correctionnelle.

Akdi kusur hakkında 236. sahifedeki 2 sayılı nota bakınız.

Akdi kusur hakkında mahkeme içtihatlarına en çok şirket ve demiryolu ile mübalele hususlarında rastlanır.

Şirketler: Şirkete ve şirketlere ait dava haklarını tefrik meselesi müteaddit sistemlere ve mahkeme içtihatlarına yol açmıştır. Bu mesele hakikaten çok muğlak-  
tır. Bakınız: Fuzier: Herman, Répert., V<sup>o</sup> Sociétés commerciales, n<sup>os</sup> 5074 et suiv.

Fakat hangi sistem kabul edilirse edilsin ve tatbikattaki güçlük ne olursa olsun, bir anonim şirket idare meclisine yahut komandit şirkette idare edenlere karşı ila-  
redaki kusurlarile şirketin zararını mucip oldukları iddiasile açılan tazminat dâva-  
ları şirkete terettüp eden bir dava hakkıdır. Eğer şirketin zararından ayrı şahsi bir  
zarar mevcutsa buna istinaden açılan dava da şahsi bir davadır. Bu hususta Fuzi-  
er — Herman'ın zikrettiği müelliflere bakınız: n<sup>os</sup> 5088, 5090.

Demiryolu ile nakliye: 14 Birinciteşrin 1890 tarihli Bern milletlerarası anlaş-  
masının 41. maddesi mucibince geç teslim eden nakliyeciyi hiylesinden ve ağır kusu-  
rundan mesuldür.

Ten yiz Mahkemesi Hukuk Dairesi 27 İkincikâsun 1913 ve 21 Nisan 1913 tarih-  
lerinde eski içtihadına dönerak, nakliyecinin nakledilen yolcunun dâçar olduğun ka-  
zadan mesul olduğunu, fakat nakliyecinin mücbir sebep veya yolcunun kusurunu is-  
pat ederse mesuliyetten kurtulabileceğini kabul etmiştir. MK 1137, 1147.

[1] Hiyle için bakınız: Planiol, n<sup>o</sup> 324. Larombiere, art. 1137, n<sup>o</sup> 13.

Baudry — Lacantinerie et Barde, loc. cit. Ağır kusur için de bakınız: planiol,  
no 245. Libb6, note au Sirey, 1876. 1.337. C. 13 mars 1876, D. 76. 1. 449.

Görülüyor ki akdi kusur ağır ve hafif olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. 1137.  
madde orta bir mesuliyet kabul etmektedir. Bu maddede derpiş edilen ku-ur orta  
tıpte iyi bir idarecinin yapmayacağı kusurdur. Akdi bakımdan pek hafif kusurlar,  
mesuliyeti mucip değildir. Pek hafif kusurdan mesuliyet ancak 1382. maddedeki  
halde (haksız fiillerde) mevcuttur. 236. sahifeye ve 2 sayılı nota bakınız.

Fakat kanaatımızca derece hâkimleri akdi kusuru takdir hususunda mutlak bir  
serbestiye malik değillerdir. Fiilleri müşahede ve tesbitte hâkim serbestir. Fakat  
Temyiz Mahkemesi de bu fiillerden kusurun tevellüt ettiğini söyleyebilir. Her halde  
uzerece hâkimlerinin kusurun ağırlığını takdir salâhiyetleri mutlaktır.

[2] Bakınız: MK 601 ve sonrakiler, 804, 1146 v. s., 1182, 1372, 1374, 1728 v.  
s., 1788 v. s., 1874 v. s., 1880, 1832, 1915 v. s., 1927 v. s., 1962, 2072.

İhmalile bir dava hakkının kaybedilmesine sebep olan avukat mesuliyetini mu-  
cip bir kusur işlemiştir. Müvekkilinin masraflarını ve muhtemelen dâçar olduğu

mevzuu bahis akit haricinde kıyas yoluna gidilemez ve bu takdirde 1137. maddedeki kaidenin tatbik edilmesi icap eder [1].

Yeni Medeniyeciler mektebi, batıl veya natamam akitler yapmağı akdi bir kusur olarak telâkki etmektedir [2].

---

zararlarını tazmin ile mükelleftir, Aix, 26 octobre 1900, D. 1900. 2. 480; C. 20 juin 1904, D. 1904. 1. 376; Alger (1 er ch.), 15 juillet 1909, Le droit, 3 décembre.

Hâkimler, avukatın ihmali ile müvekkile bir zarar terettüp edip etmediğini, işin esasını tetkik ederek, eğer istinaf talebi kabul edilseydi istinaf iddialarına karşı ne karar verilmesi lâzım geleceğini araştırarak tahkik etmek hakkına maliktirler. Grenoble, 12 juillet 1898, D. 1899. 2. 252.

[1] Medeni Kanununun 1245, 1562, 1567, 1732, 1807, 1810, 1811, 1789, 1790 ve 1850. maddelerinde derpiş edilen hallerde de hüküm böyledir.

[2] Laurent, t. XVI, no 226. Baudrey — Lacantinerie et Barde. t. I, no 359.

Burada bahis mevzuu olan culpa in contrahendo'dur. Baudrey — Lacantinerie et Barde, n° 362.

## ÜÇÜNCÜ BAP

### KANUNİ MESNEDİN BULUNMAMASI

#### Binci Bahis

#### *Kanuni mesnedin bulunmaması hakkında umumi mülâhazalar.*

Kanuni mesnedin bulunmaması halile saik bulunmaması halini birbirine karıştırmamak lâzımdır. Kanuni mesnedin bulunmaması esasa ait bir meseledir.

Kanuna sarîh bir muhalefet olmasa bile temyiz mahkemesinin bozmakta tereddüt etmediği haller vardır. İşte bu hüllere kanuni mesnedin bulunmaması hülleri denir [1].

Aşağıda gösterilen on halde kanuni mesnet mevcut değildir:

1) Hâkimin sabit gördüğü vakta kanunun tatbikını icap ettirecek kanuni vasfı haiz değilse [2].

2) Kararda sabit görülen vakia hakkında kanunun tatbikâtını mürakabeyi mümkün kılacak nisbette kâfi sarahat bulunmıyorsa [3].

[1] Temyiz Mahkemesi Hukuk Dairesi eskiden beri kullandığı "kararın kanuni mesnedi görülmemiştir, formülü yerine son zamanlarda daha doğru olan "kararı kanunen haklı gösterecek sebep yoktur, formülünü kullanmaktadır.

[2] C. 10 avril 1811. 19 mars 1888 21 férier 1887, S.1.420; D. 87.1.476. 12 avril 1888 (3 arrête). 31 octobre 1887, 4 décembre 1888, S. 90.1.524; D. 88.1.458. 23 décembre 1889, D. 90.1.169. 30 décembre 1890.

Faye, nos 58, 119 et suiv.

[3] Meselâ istihkak dâvâlarında kaide olarak derece hâkimleri ibraz olunan vesikaları, ileri sürülen ve basit karineler husule getirebilen ziyedlik fiillerini serbestçe takdir edebilirlerse de bu salâhiyetlerinin istimalinde bu vesika ve fiilleri Temyizin karardaki kanuni mesnedi mürakabe etmesine müsaade edecek şekilde sarahatle göstermek mecburiyetindedirler.

Ziyedlik fiillerinin şekli ve devamı filhakika bir irtifak hakkının yabut müsterek mülkiyetin veyahut mülkiyetin unsurlarını teşkil edebilir. Mahkemeler takdir haklarını kullanırken etraflı karar vermeğe ve hükümlerini haklı gösterecek mucip sebeplere istinat etmeğe mecburdurlar. C. 29 octobre 1899, D. 1900.1. 253. 28 Fevrier 1877, D. 77.1. 455.

Istihkak dâvâlarında eğer ibraz olunan vesikalar nizalı mülkiyeti ne bir tarafa ve ne de diğerine atfetmiyorsa ve ileri sürülen ziyedlik fiilleri ne bir taraf ve ne

3) Gerek yanlış anlıyan hâkimin hatasile, gerek bir başka noktanın hâl suretine göre hâkimin o meseleyi tetkika mahal görmemesile ihtilâflı meseleyi halletmiyen bir mucip sebep ileri sürülmüşse [1].

4) Kararda mucip sebepler, Temyiz Mahkemesinin mürakabesini yapmasına müsaade etmeyecek kadar çok umumî veya çok müphem yazılmışsa[2].

de diğeri için hakiki bir ziyedlik teşkil etmiyorsa basit karineler karşısında bulunuyor demektir ve hâkimler kullandıkları takdir salâhiyetlerini haklı gösterecek mucip sebeplere istinat ettirmek mecburiyetindedirler.

Bu takdirde "dâvada ispat olunan fiil ve vaziyetlerden mülkiyet emarelerini çıkarmak, karşılıklı ileri sürülen karineleri karşılaştırmak ve neticeye göre talepleri haklı bulup bulmadığını göstermek vazifesi mahkemelere terettüp etmektedir."

Req. 29 Janvier 1884, D. 84. 1. 314. 7 mars 1877, D. 78. 1. 216.

Eğer hâkimler bu araştırmayı yapmazlarsa, kararın kanunî mesnedi olmadığına karar verilir.

Bir hizmet akdinin suiniyetle feshedilip edilmediğinin ve fesihden zarar doğup doğmadığının takdiri de müstakillen derece hâkimlerine aittir. Fakat derece hâkimleri suiniyeti ve kusuru gösteren filleri Temyizin mürakabesini mümkün kıtacak şekilde tasrih etmek mecburiyetindedirler. C. 22 Juillet 1902, S. 04. 1. 27. 28 mars 1904. D.1904.1. 192.

[1] Mirasın ölümünden evvel taksimi muamelenin 1/4 den fazla gabin dolayısıyla

iptalî dâvasında, dâvaolunana tahvil edilen mükellefiyetlerin ehemmiyetini ve bilhassa miras taksim eden kimse lehine kaydı hayatla irat mükellefiyetini nazara almadan dâvaolunanın hissesi hakkında hiç bir hüküm yürütmeksizin iptal talebini kabul eden kararda hukuki mesnet yoktur. Zira "Temyiz Mahkemesinin müstakar içtihadına göre miras taksim eden lehine kabul olunan kaydı hayatla iratlar, teberru edilen mallardan istifadenin bir karşılığı telâkki olunmaktadır," Civ. C. 8 Janvier 1913.

Müktesep mallara münhasır mal ortaklığı rejiminde evlilik evasında ıvazla iktisap edilen menkul ve gayrimenkul mallar, müktesep mallar sayılır. Zati menkulere kıyas yoluyla tatbik edilebilen Medeni Kanun'un 1481 ve 1485. Maddelerinde gösterilen formalitelerin yapılması ile ve zati eşyanın temlikinden elde edilen para ile ve onunun yerine konulmak üzere alınan mallar müktesep mal sayılmaz. Bu takdirde iktisapta kullanılan para ortaklığa gelmediği için ortaklığı mukabilinde bir şey vermek te icap etmez. Bu itibarla müktesep mallara münhasır mal ortaklığı rejimine tâbi evli bir kadının mirasını tasfiye eden mahkeme kararı, demiryolu tahvillerini, bunların evlilik esnasında zati mallarını satan kadın tarafında yerlerine konulmak üzere aldığı mucip sebeple, mirasçılara aynen verir ve ayrı zamanda bu mirasçılara bu tahvilât dolayısıyla ortaklığın borçlulu kabul ederse tezada düşmüş olur ve kanunî mesnetten mahrum sayılır. Civ. C. 27 julo 1912.

[2] Bir vasiyetname ile muayyen bir aile üyüleri arasında müsavaten taksim edilmek üzere muayyen bir meblağın vasiyet edilmesi halinde böyle bir vasiyetin, vasiyeti yapan kimsenin aileyi geniş manasına alecağı kabul edilemeyeceğine göre, gayrîmuayyen şahıslara yapılmıştır diye muteber sayılmadığına karar verebilmek için derece hâkimleri bir taraftan bu husustaki takdirlerinin istinat ettiği ve diğerk taraf-

5) Dâvada ileri sürülen ve sabit olduğu takdirde kararın mahiyetine değıştirecek olan bir vakıa hakkında kararda hiç bir şey söylenmemiş ise [1].

6) Mucip sebebin muğlaklığı yüzünden hâkimin fiili bakımından mı yoksa hukuki bakımdan mı karar verdiği anlaşılıyorsa.

7) Sabit görülen vakıalar hakkında başka kanuni hükümlerin de tatbiki icap ediyorsa.

8) Tatbik edilen kanuni hükümler sabit görülen vakıalar hakkında kabili tatbik değilse.

9) İstinaf mahkemesi, haksız olarak, kendisi tarafından evvelce verilmiş olan bir ara kararını kaziyei muhkeme olarak kabul etmişse.

10) Ehli vukuf raporuna istinat eden bir kararda raporda sabit görüldüğü söylenen bir vakıanın rapor münderecatına göre sabit olmadığı anlaşılırsa [2].

## İkinci Bahıs

### *Hâkimin sabit gördüğü vakıada kanun tatbikini icab ettirecek kanuni vasfın bulunmaması*

Yukarda zikrolunan bu on adet kanuni mesnedin bulunmaması halinden birisini yani hâkim tarafından sabit görülen vakıanın, kanunun tatbikini icap ettirecek kanuni vasfı haiz olmaması [3] yahut sabit görülen fiilden hâkimin kanuni neticeleri çıkarmaması halini tetkik edelim.

---

tan nizalı vasiyeti muteber telâkki edememelerine sebep olan vaziyetleri izah etmeğe mecburdur ar. C. 1 er février 1904.

Vazifesini ifa eden bir memura karşı müessir fiilden dolayı verilen bir mahkûmiyet kararı, müessir fiilin ne olduğunu göstermezse ve komisier kâtabinin suça hedef olduğu sırada vazife ifa etmekte olduğunu gösteren vaziyetleri tasvir etmezse, kanuni mesnetten mahrum sayılır. C. cerim. 13 février 1913.

Bir tazminat davasında esas, vasıtasız zararlar mevcut olan bir haktır. Bu itibarla zarara uğrayan şahıs dâvacının müktesep hakkını gösteren müşahedeleri ihtiva etmeden tazminata hükmeden karar da kanuni mesnedi olmayan bir karardır. C. Crim. 7 février 1913.

[1] Bakınız: Faye, P. 37.

[2] C. Crim. 8 décembre 1911. Gaz. 12 dèc.

[3] Temyiz mahkemesi hukuk dairesinin 10 şubat 1913 tarihli bir kararı bu noktayı çok güzel izah etmektedir.

\*Bir tazminat talebi senetlere istinat ettiği ve bu talebe karşı senetlerin suç mahsulü olduğu dâvâi dermeyan edildiği takdirde, hâdisede olduğu gibi senetlerin

a) *vaktaların kanunî vasfı*.— Bir fiilin muayyen bir netice doğurması için icap eden şartları tâyin ve tarif suretiyle hâkimin riayet etmesi lâzım gelen şartları kanun bazı hallerde göstermiştir. İşte bu hallerde fiil kanunî vasfı haizdir denilir [1].

basit kusuru gösteren kısımlarına istinat ederek kararını veren hâkimin bu kısımları iyice tasrih etmesi lâzımdır. Aksi takdirde temyiz mahkemesi, hâkimin esbât görüldüğü vakıtalara kanunî vasıflarını verip vermediğini, basit kusur dediği halin definde bahsolunan suç'u fiil olup olmadığını tabkik edemez. Bu itibarla Riom istinaf mahkemesi Bayan Pommerol hakkında verdiği mahkûmiyet kararında, istinat ettiği nizalı mektubun parçalarını iyice tasrih ve işaret etmeli idi Bunu yapmadığı içindir ki kararı haklı gösterecek bir sebebe istinat etmiştir ve yukarda zikredilen maddede hükümlerini ihlâl etmiştir."

[1] C.16 octobre 1840, pal. 41. 2. 439. 23 janvier 1832, S. 39. 1. 666. 7 janvier 1835. 3 avril 1849, D. 49. 5. 268. 4 août 1851, S. 51.1.662. 5 mai 1851, S. 52. 1.522; D. 52. 1.135. 22 novembre 1865, S. 66.1.23; D. 66.1. 108. Civ. C.15 janvier 1873.

Meselâ ikrah medeni kanunun 1111—1115. maddelerine uymalıdır.

Katî yeminin kabulü ve kanunî neticesi medeni kanunun 1358 ve sonraki maddelerile kaidelendirildiği için hukukî meselâlerdendir.

Mahkemece kabul edilen hatanın eşyanın mahiyetine taallük etmesi lâzımdır. MK 1110.

Medeni kanunun 1653 maddesi bir zabıttan haklı olarak korkak müşterinin bedeli ödememesine müsaade etmektedir. Temyiz mahkemesi korkunun haklı olup olmadığını murakabe etmektedir. C.18 aout 1875, D.76.1. 31.

Yazılı mukaddemei beyyinede (MK 1347, yukarda 170. sahifeye bakınız), tasdikte (MK 1388, yukarda 146. sahifeye bakınız), kanunî irtifakta da (MK 649, Req. 2 août 1898, S. 99.1.75 et la note) hüküm aynıdır.

Müruruzaman iddiasının istinat ettiği zilyedliği gösteren fiillerin hukukî şümûlünü tâyin meselesi hukukî bir mesele olup temyiz murakabesine tâbidir. Bu murakabenin yapılabilmesi için de derece hâkimlerinin bu fiilleri kararlarında sarahatle göstermeleri lâzımdır.

Keza hâkimler zilyedliğin kanunî vasıflarını da tanımamazlık edemezler. C. 22 mars 1876, S. 76.1.270; D. 76.1.673. 18 mai 1892, S.92.1. 857; D.92.1.297. Bakınız; MK 2229. Faye, n° 154.

Temyiz mahkemesi, mahkemelerin serbesçe takdir ettikleri müebir sebep hallerini (MK 1148) murakabe etmektedir. C. 22 janvier 1877, D. 77. 1. 321. 29 mars 1842, S. 82 1.346. 29 février 1884, S.84. 1.358. 16 novembre 1892, D.98.1. 325. 4 mai 1898, Bulletin civil 1898, n° 76. C. 3 avril 1883, D. 84.1.21.

Ticaret kanununun 631. maddesine göre tacir olmak ve ticaret mahkemelerine tâbi bulunmak için ticaret yapmak ve ticareti mutat meslek edinmek lâzımdır. Bir kimseye tacir vasfını veren hâkimin bunu hangi fiil ve hâdiselere istinat ettirdiğini göstermelidir ki temyiz mahkemesi bu tavsifin unsurlarının hukukî vasfını murakabe edebilsin. C.12 décembre 1899, D.1900. 1.111. 14 mai 1892. Karşılaştırınız; C.27 juillet 1891, D.92.1.160.



Bir fiilin kanuni vasfı, kanunen bir hüküm ifade edebilmesi için haiz olması lâzım gelen şartların heyeti mecmuasıdır.

b) *Kanuni neticeler.* — Derece hâkimleri mevcudiyetlerini kabul ettikleri mukavelelerin kanuni neticelerini tâyinde serbest değillerdir [1].

Filhakika fiilin bir kanun metnine uyup uymadığını tetkik eden hâkim serbest değildir. Dupin'in pek güzel dedeği gibi «kanun, hâkimin muhakermesinin istinat ettiği kaziyelerden biridir.»

Kanun vazınının, tarafların sükûtundan veya muayyen bir fiil ve hareketi yapmamalarından mâna çıkararak taraflara mukaveleler veya o anda veya hiç bir zaman düşünmedikleri fikirler tahmil etmesi de mümkündür. Zımnî mukavelenin mevcudiyetini kabulde daha ileri giderek, kanun vazını bazı hususi akitlerde hususi şartlar bile tâyin eder.

Küçük akitleri ihtiva eden baptaki hükümlerin büyük bir kısmı hususi mukavelelerin bir zeylinden başka bir şey değildir.

### Üçüncü Bahıs

#### *Kusur (MK 1382 ve sonrakiler)*

Temyiz Mahkemesinin kanuni mesnet görmediği hallerin başında, kusur hakkındaki Medeni Kanunun 1382 ve sonraki maddelerinin tatbikatı gelmektedir [2].

---

Eğer kanunda bir tarif yoksa, hâkimler takdirlerinde serbesttirler. Meselâ medeni kanunun 1326. maddesinde kullanılan (rençber) in ve amele tekaüdipleri hakkındaki kanunda (küçük patron) un tarifi mevcut değildir.

220. sahifedeki 5 sayılı nota bakınız.

[1] Bu itibarla, temyiz mahkemesi, mahkeme tarafından serbestçe takdir ve kabul edilen vaziyetlerden, hâkimi kanuna göre fiillerin gerek vasfı gerek tavsifi ve gerek mevcudiyetlerinden neşet eden hukuki neticeleri hakkında umumî bakımdan, istihraç edilmesi lâzım gelen neticeleri elde edip etmediğini araştırmak hakkını haizdir.

Bir satış akdi mevcut olduğuna göre, temyiz mahkemesi, derece hâkimlerinin satıcı ve alıcıya terettüp eden kanuni netice olan vecibelerin mahiyet ve şümül hakkında hata edip etmediklerini tahkik edebilir. C.8 mai 1850, D.50.1.269. 15 janvier 1873, D. 73. 1.180. 24 juillet 1877, D.77.1. 342.

[2] Madde 1382: "Fiille bir diğerine zarar iras eden kimse bu zararı tazmin ile mükelleftir.."

Madde 1883: "Bir kimse yalnız fiille değil, fakat ihmali veya tedbirsizliği ile bahis olduğu zarardan da mesuldür.."

Madde 1384: " Bir kimse yalnız kendi fiille değil, fakat hareketinden mesul

## Birinci Bent

### Umumi mülâhazalar

Bir kimsenin hukukan mesul olması için kusuru bulunması şarttır. Fakat bu kusurun derecesinin az olması insanı mesuliyetten kurtarmaz. Kusur pek hafif olsa bile mesuliyeti müstelzimidir. Ancak hâkimler böyle hallerde, tazminatı takdir ederken daha insafî davranırlar.

Haksız fiilden mütevellit mesuliyet kadî mesuliyetten farklı bulunmaktadır. 330. sahifeye bakınız. Bu iki nevi mesuliyetin birlikte tahakkuk etmesi de kabildir [1].

Hiyle veya muadili mevcut olmadıkça, bir kimsenin kusurlarından mesul olmadığı hakkında bir sigorta mukavelesi veya buna müşabih her olduğu kimselerin fiillerinden veya muhafazasındaki eşyadan tevellüt eden zararlarından da mesuldür..

"Baba ve kocanın ölümünden sonra ana, kendisiyle birlikte yaşayan ve reşit bulunmayan çocuklarının iras ettikleri zararlardan mesuldür.."

"Kullanıldıkları hizmetler esnasında hizmetçilerinin veya memur ettikleri kimselerin yaptıkları zararlardan hizmetçilerin efendisi veya o kimseyi o işe memur eden kimse mesuldür.."

"Öğretmenler, küçük sanat sahipleri, nezaretleri altında bulundukça talebelerinin ve çıraklarının yaptıkları zararlardan mesuldürler.."

"Baba, ana, öğretmen ve küçük sanat sahibi mesuliyete sebep olan fiili önlümediklerini ispat ettikleri takdirde mesuliyetten kurtulabilirler.."

Madde 1385: "Nezarette bulunan veya nezaretten kaçmış olan bir hayvanın yaptığı zarardan, kullanmak üzere, idaresinde olduğu müddetçe, sahibi yahut onu kullanan kimse mesuldür.."

Madde 1386: " Bir binanın fena yapılmasından yahut bakımındaki kusurdan dolayı yıkılması neticesinde husule gelen zarardan binanın sahibi mesuldür.."

[1] İcabında akdî mesuliyetle haksız fiil mesuliyetinin içtima edebilmesi hakkında nazariyatta bir temayül görülmektedir. Çünkü haksız fiil mesuliyeti kanun tarafından konulmuş olup her türlü mukaveleden mukaddemdir ve mukaveleler tarafından hapsedilemez. Planiol'un tezi, D. 1907. 2. 97, 2e colonne; Bonnet, Responsabilité delictuelle et contrat, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1912, p. 421.

Planiol, doktrinde mesuliyetin ikili mesuliyetinin nazara alındığını yazmaktadır, t. II. no 875. Bakınız! Lyon — Caen tezi, S. 1895. 1. 129; Chavegrin, S. 1896. 2. 225, Esmein, S. 1900. 2. 57.

Mahkeme içtihatlarının bu hususta tavazzuh etmiş bir sistemi henüz mevcut değildir. Mağdur ile fail arasında bir akdî mevcut olduğu takdirde haksız fiilden doğan mesuliyeti bazan kabul etmemekte (C. 12 juillet 1893, S.S. 1895. 1. 126; Paris, 17 janvier 1905, D. 1907. 2. 97), bazan da kabul etmektedir (Rennes, 20 mars 1893, S. 1894. 2. 86; Bordeaux, 8 juillet 1909, D. 1912. 2. 49).

hangi bir akit ile hükümler koyması, kanun ve âdeme nizamı tarafından menedilmemiştir [1].

Fakat hukuki bir kusur bahis mevzuu olduğu zaman hâkimlerin başvuru-  
racakları metinler yalnız 1382 ve 1383. Maddelerinden ibarat değildir.

1382 ve sonraki maddelerin tatbiki için gerekli şartlar: —1382. Mad-  
denin tatbiki için üç esaslı şartı haiz bir kusura ihtiyaç vardır:

1) Haksız bir fiil,

2) Fiilin dâvaolunana isnat olunabilmesi,

3) Dâvacıya iras edilmiş olan (doğrudan doğruya veya vasıtalı) bir zarar.

1384, 1385, 1386. Maddelerdeki kusurlar da aynı şartlara tâbidir. Yal-  
nız 1382 ve 1383. Madde ile 1384, 1385 ve 1386. Maddeler arasında esas-  
lı bir fark mevcuttur [2].

[1] Bir kimseyi bir işe memur eden kimse onunla yapacağı mukavele ile ken-  
disinin memurunun hafif kusurlarından mesul olmaktan kurtarabilir. Civ. C. 28 oc-  
tobre 1903, Gaz. 27 janvier 1904. Notlara bakınız: S. 78. 2. 77; 86. 2. 97; 04. 2.  
282.

Bir komün belediye reisinin polis vazifelerine taallük eden hususlarda kendi  
yerine hususî bir şirket koyması caiz değildir ve alınan tedbirlerin kifayetsizliğinden  
ve bunlardan husule gelen zararlardan dolayı üçüncü şahıslara karşı mesuliyeti ba-  
kidir. Bununla beraber komün ile bir teşebbüsün mümessilli arasındaki münasebet-  
lerde bu kimsenin muamelenin icrasının bütün mükellefiyetlerini tahammül ettiği  
ve bütün hasardan mesul olduğu kararlaştırılabilir. Böyle bir kayıt muteberdir ve  
hüküm ifade eder. Civ. C. 23 octobre 1912. Karşılaştırınız: C. 31 décembre 1900, D.  
1903. 1. 17. 30 avril 1907; D. 07. 1. 240.

Hâdisede motosiklet yarışı mevzuu bahistir. Yarış esnasında belediye reisi ta-  
rafından diğer polis memurları ile birlikte yarış tertip eden şirket emline verilmiş  
olan bir "kurtarıcı" yarışa iştirak eden bir motosikletin çarpması neticesinde ölmüş  
tür. Açılan tazminat dâvasında, alâkahların itiraz etmediği bir kararla komünün me-  
suliyetten muaf tutan hâkim, yarışı tertip eden şirketi bütün zarardan mesul tu-  
tarsa bu karar kolay kolay tenkîf edilemez.

Fakat, diğer taraftan, kendi kusurlarından olduğu gibi, bir kimsenin mukave-  
le ile, memur ettiği kimsenin ağır kusurlarında mütevellit mesuliyetten kurtulması  
kâbil değildir. Memur kendisine tahmil olunan vazifeleri ifa ederken kendisini me-  
mur eden kimsenin idare ve otoritesinde bulunan ayrıldığı takdirde mesuliyetten mu-  
kavele ile kurtulma kâbidir.

Tanınmış bir şirketin idare meclisinde artık bulunmadığı halde, bir istihbarat  
bürosu tarafından bu kimsenin el'an âza imiş gibi gösterilmesi ağır bir kusur vasfını  
haizdir. Req. 27 novembre 1911.

[2] 1384, 1385 ve 1386. maddelerin şümülü kısaca şöyle haâsa olunabilir:

Madde 1384:

Baba, uşağın efendisi ve bir kimseyi memur eden kimse hakkında bu madde ile  
kabul olunan mesuliyet onların faili oldukları mefruz bulunan şahsî kusurlarına is-

Bir kimsenin muhafazasile mükellef olduğu eşyadan tevellüt eden mesuliyetten bahseden 1384. maddenin birinci fıkrası dâvacının zarar ile eşya arasında bir illiyet münasebetinden başka bir delil göstermesini lüzumsuz kılan bir kusur karinesi kabul etmektedir. Bu karinenin çürütülmesi için mücbir bir sebebin veya mağdurun kusurunun mevcut bulunduğunun ispat edilmesi lâzımdır.

tinat eder. Bu itibarla zarara uğrıyan kimse hukuk mahkemesinde, doğrudan doğruya, zarar failini takip etmeden de mesul kimse aleyhine dâva açabilir. Baudry—Lacantinerie et Barde, Des obligations, t. II n. 2933. Sourdut, t. II, n. 805.C. 2 décembre 1881, D. 82. 1. 191. Bordeaux, 18 mars 1878, D. 80. 2. 37.

Nafia işlerinde müteahhifk yapan bir kimseye teslim ettiği ve bir memuru ile nezâret altında bulundurduğu vincin sahibi, zincir kopması ile husule gelen kazada amelelerin yaralanması halinde, kopan zinciri hiç bir inşa kusuru olmadığını ve kullanılmadan mütevellit aşınmaya rağmen kaza esnasındaki ağırlıktan daha fazlasına tahammül edebileceğini ve makinenin normal şekilde kullanıldığını ispat ederse 1384. maddedeki kanuni karineyi mücbir sebep yüzünden çürütmüş sayılır. Req. 29 avril 1913.

Yolda durmuş olan bir nakliyat arabasının, sahibine veya memuruna atfolunabilecek bir kusur olmadan, yüklü diğer bir arabanın çarpması neticesi bir mağazanın samlarını tahrip etmesi halinde, mağaza sahibi tarafından nakliyat arabası sahibi aleyhine açılan haksız fiil dâvasını hâkim, üçüncü bir şahsın fiilinden ilerigelen mücbir bir sebebin mevcudiyetine dayanarak, reddedebilir. C. 31 Juillet 1905, D. 05. 1. 522. Gaz. 2 aout.

Bir uşağı efendisinin hukuki mesuliyeti, istihdam ettiği kimsenin kendisi tarafından seçilmesine ve bu iki kimse arasında karşılıklı bir tâbiyet ve meibuyet münasebeti olmasına bağlıdır. C. (Ch. crim.) 8 mai 1908, D. 1909. 1. 135. Dalloz, Nouveau Code annoté, ert. 1384, no 304. Karşılaştırınız C. 11 Juillet 1913.

İstihdam edenin hukukan mesul olabilmesi için zarar veren fiil ile müstahdemnin vazifesi arasında bir münasebet bulunması da lâzımdır. Müstahdemnin fiili vazife ifası esnasında yahut vazifesinin icrası dolayısıyla yapılmışsa, istihdam eden mesuldür, aksi takdirde yani zarar veren fiil ile müstahdemnin vazifeleri arasında hiç bir münasebet mevcut değilse istihdam edene mesuliyet terettüp etmez.

Eksir hallerde tâbiyet bir hizmet akdinden snlaşılır. Fakat otomobil kazalarında ekseriya otomobil sahibi ile şoförü temin etmiş olan otomobilli yapan veya kirahyan müessesesi arasında kaza esnasında otomobili kullanan ücretli şoförün kimin hizmetinde olduğu meselesi tahaddüs eder. Bir mesele daha: otomobili sahibi dostlarından birinin otomobili kullanasını istemiş veya kullanmasına müsaade etmişse ve dostunun kimseden emir almadığı için tâbilitik metbuluk münasebeti mevcut olmadığını ve bu itibarla kendisinin mesul olmadığını iddia ederse ne olacaktır?

Şoförün içtimai durumunun otomobil sahibi ile şoför arasında muvakkat bir tâbilitik münasebeti kurulmasına mâni olmadığına ve otomobil sahibinin mesuliyetinin tahakkuke debilmesi için muvakkat şoförüne bazı talimat vere bilmesinin kâfi olmadığına karar vermek lâzımdır. Zira mutazarrır veya mirasçılar kazadan evvel ne şoförü ve ne de otomobil sahibini tanıyorlardı; bu itibarla hakikaten verilmiş olan emri hiç bir zaman ispat edebilecek vaziyette değillerdir. Bu takdirde 1348 ve 1353.

Çok geniş tâbirler kullanılmak suretile yazılmış olan 1384. maddenin birinci fıkrasının hayvanlara ve binalara şümulü yoktur, çünkü birinciler 1385 ve ikinciler 1386. maddenin mevzunu teşkilederler. 1384. madde bunlar haricinde, muhafazalarından yani mülkiyet ve istimallerinden bazı mükellefiyet doğan bütün cansız cisimler hakkında tatbik olunur. Sebep oldukları zarardan mesul olmak bu mükellefiyetler arasındadır.

---

maddelerdeki kaideler tatbik edilmeli ve emirlerin mevcudiyetini gösteren karine-lerin takdiri hâkimin kıyaset ve basiretine terkedilmelidir.

Kaza esnasında otomobil sahibinin otomobil içinde bulunması, arabayı bizzat sevk ve idare etmese bile, bu hususta şoföre lazım gelen talimatı vermek hakkına malik olduğunu gösterir, bu hak ta şoför ile kendisi arasında, 1348. maddenin tatbikını icap ettiren münasebeti tahakkuk ettirir.

Bu hal sureti 8 Mayıs 1908 tarihinde Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesinin koyduğu kaideye uygundur ve daha önce eri de müteaddit hadiselerde tatbik edilmiştir. Bilhassa bakınız: Trib. civ. Seine, 6 février 1907, Rec. Gaz. des Tribunaux, 1907, 2e sem, 2. 141, avec note. Bordeaux, 12 Juin 1906, Rec. Bordeaux, 1908. 1. 151.

At yarışları şirketinin muhafazasıle mükellef tutulduğu bir barakanın yıkılmasından 1384. madde mucibince mesul sayılabilmesi, ancak bu yıkılışın kendiliğinden olmasına ve üçüncü bir şahsın müdahalesi bulunmamasına bağlıdır. Trib. Civil de la Seine (1re Ch.), 30 avril 1910.

Keza yarış mahallerinin inzibat ve emniyetinin temini, 2 Haziran 1891 tarihli kanun ve 7 Temmuz 1891 tarihli kararname ile Dahiliye Nezaretine ait bulunduğu içta At yarışları şirketi memurlarının nezarettteki ihmalleri de 1384. maddenin tatbiki için esas tutulamaz. Aynı karar.

Koca karısının yaptığı suçlardan veya ika ettiği zararlardan dolayı hukukan mesul değildir. C. 9 juillet 1807, 6 juin et 16 août 1811, 13 mai 1813, 18 novembre 1824, 20 janvier 1825. Fakat şu kararlara da bakınız: C. 31 juillet 1807, 23 décembre 1818, 27 février 1827.

Devlet öğretmenin yaptığı zararlardan dolayı 20 Temmuz 1899 tarihli kanun gereğince mesul bulunmaktadır. Ancak talebenin uğradığı kazanın mücbir sebepten ileri geldiği ispat olunduğu takdirde devlet bu mesuli yetten kurtulabilir. Mesul tutulan devlet, ancak öğretmenin muayyen bir kusuru mevcut olduğunu sarıh bir surette ispat etmek şartile, öğretmene rücu edebilir.

Paris, 1 er juin 1908, D. 1908. 2. 249; Aix, 20 juin 1905, D. 06. 2. 441; Trib. Civ. Toulouse, 13 décembre 1906, Le droit, 13 février 1907. C. 19 mai 1909, Gaz. 22 mai, Bordeaux, 1 er juin 1908, D. 08. 2. 249. Aix, 20 juin 1910, Rec. Gaz. des Tribunaux, 1910, 2e sem. 2. 99.

Karşılaştığımız: Montpellier, 26 mars 1908, Mon Midi 10 mai 1908. Toulouse, 11 novembre 1908, Le droit 25 février 1909. Trib. civ. Narbonne, 15 janvier 1909, idem 19 mars 1909. Dijon, 20 juin 1910, Rec. Gaz. des Tribunaux 1910, 2e sem. 2. 272. Trib. civ. Périgueux, 28 avril 1910, idem 1910, 2e sem. 2. 310.

20 Temmuz 1899 tarihli kanun ancak bir talebenin üçüncü şahsa yaptığı zararlar hakkında tatbik edilir. Yalnız öğretmenin mesuliyetini icap ettiren zararlar hak-

Şunu da işaret edelim ki, cezayı mucip olan suçlar hukuki mesuliyet için lüzumlu olan kusurdan daha fazlasını ispat ederler. Suçlar hakkındaki hükümler mevzuumuz-haricinde bulunmaktadır. Bu hususta cezai hükümlerle hukuki hükümler arasında büyük farklar mevcuttur.

Cürümler hakkında müruruzaman on, cünhalar hakkında üç ve kaba-batlar hakkında bir senedir. Ceza kanunları ile tesbit edilen müruruzaman hükümleri, hakaret ve söğmede olduğu gibi, münhasıran bir suça istinat eden ve hukuk mahkemesinde açılan tazminat dâvalarında da caridir.

Eğer medeni kanunun 1382 ve müteakıp maddelerine dahil fiillere istinat edilmekte ise müruruzaman otuz senedir.

kında bu kanun tatbik edilmez. Meselâ öğretmenin bir pencere kapatmağa bir talebeyi memur etmesinde (talebe bu vazifeyi yaparken yaralanmıştır) öğretmene atfedilecek bir kusur yoktur, çünkü ders esnasında hademe sınıfa girmekle muvazzaf değildir ve ancak derslerden önce ve sonra sınıfları havalandırmakla mükelleftir. Req. 24 février 1909, Gaz. 26 février.

İlk mektebin bir talebesi tarafından diğer bir talebeye yapılan zararın ölenmesine imkân olmadığı hakkında delil gösterilmediği takdirde öğretmen yerine devleti ikame eden 20 Temmuz 1899 tarihli kanunla tadil edilen Medeni kanunun 1384. maddesi gereğince devletin mesul olduğunu tâyin etmek derece hâkimlerine düşer. Req. 19 mai 1909, Gaz. 22 mai.

#### Madde 1385:

Dâvacı zararın hayvan tarafından yapıldığını ve hayvanın dâva olunan tarafından istimal edildiğini ispat etmeğe mecburdur. C. 29 janvier 1906, S. 06. 1. 235; D. 07. 1. 71. 11 mai 1908, S. 08. 1. 216. Karşılaştırınız: C. 28 novembre 1904, S. 06. 1. 188.

bu'nları ispat ettiği takdirde, dâva olunanın kusurlu olduğuna dair bir karineye istinat edebilir.

Mesul şahıs da bu karineyi, mücbir sebebi veya umulmıyan hali yahut mağdurun kusurunu ispat ederek çürütebilir. C. 9 mars 1886, D. 86. 1. 208; S. 86. 1.244. 1 er février 1892, S. 92. 1. 128; D. 92. 1. 501. 28 novembre 1904, S. 06. 1.488; D. 05. 1. 253. 5 février 1906, S. 06. 1, 402; D. 06. 1. 96.

Bir üçüncü şahsın fiilini de mücbir sebep gibi telâkki etmek lâzımdır. C. 31 juillet 1905, D. 05. 1. 532.

Mağdurun kusuru hakkında şu kararlara bakınız: C. 8 janvier 1894, S. 94. 1. 184; D. 94. 1. 403. 18 décembre 1899, S. 1900. 1. 404; D. 1900.1. 132. 14 mai 1900, S. 1900. 1. 453; D. 1900. 1. 272. 11 mars, 2 juillet 1902, 20 janvier 1904, S. 04. 1. 320; D. 04. 1. 568. 5 février 1906.

Bir kimsenin mülkünü kapalı tutmağa ve orada gece gündüz serbest bırakılmış köpek bulundurmağa hakkı vardır. Oraya girmek isteyenler kendiliğinden kapıyı açmamalı, zili çalarak ev sahipleri tarafından kabul edilmelerini beklemelidirler. Bir dâvada hâdise şöyle cereyan etmişti. Kapı dışarıdan açılmasına imkân olmıyan bir tertibat ile kapalı bulunuyordu. Bir kimse kapıyı çalmadan veya kapıcıyı çağırmadan elini parmaklıktan sokarak kapıyı açmağa çalıştı ve yalnız bu yüzdea kazaya

Gürülüyor ki, işlenen fiilin mahiyetinin büyük ehemmiyeti vardır. Meselâ bir taraftan ceza kanununun 319 ve 320. maddeleri bütün dikkatsizlik tedbirsizlik; nizamata risyetsizlik, ihtiyatsızlık fiillerini ihtiva etmektedir. Her fiil bu maddeye girmektedir. Diğer taraftan, bu maddelerin cezalandırıldığı fiillerin (taksiri adam öldürme ve müessir fiil) mevcudiyeti halinde kusurun hafifliği mesuliyeti kaldırmaz, yalnız cezanın azaltılmasını icap ettirebilir.

Bir müessese şefinin 9 Nisan 1898 tarihli kanun mucibince tazminata mahkûm edilmesi üzerine bu kimse tarafından kaza sebebi olan dikkatsizlikten mesul üçüncü şahıslar aleyhine açılan rücu dâvasında üçüncü şahıslar üç senelik müruruzaman defini ileri sürdükleri zaman, mevzu bahis fiil

---

uğradı. 1885. maddenin mesul tutulan hayvan sahibine attığı kusur karnesi hâdisede mevcut değildir. "Bir mülk sahibi, mülküne habersizce girmek isteyenleri ikaz etmek üzere daimî memurlar bulundurmamakla mükellef değildir.", Paris, 8 juillet 1903, Gaz. 1903. 2. 318, 2e sem.

Şaşırması bir hayvanı tutmak üzere atılan kimse yaralandığı takdirde sahibi aleyhine tazminat dâvası açabilir. Metz, 19 février 1863, S. 63. 2. 123; D. 63. 2. 153. Paris, 10 mars 1892, S. 92. 2. 255; D. 94. 2. 115. Amiens, 9 janvier 1895, S. 97. 2. 211; D. 95. 2. 359. Paris, 23 février 1896, S. 97. 2. 107; D. 96. 2. 312. Paris, 17 novembre 1906, Le Droit, 11 novembre.

Burada bir dereceye kadar vekâletli olmadan başkası hesabına tasarruf hükümleri de ileri sürülebilir.

**Madde 1386:**

Bakınız; C. 19 avril 1887, D. 88. 1. 27. Req. 29 avril 1913.

Medeni kanunun 1386. maddesine göre zarara uğrayan kimse yalnız inşa kusurunu ispatla mükelleftir. Bu takdirde bina sahibi kusur işlemediğini ispat etmek suretile mesuliyetten kurtulamaz. Şahsi kusuru olmasa dahi mesuliyeti bakıdır. Fuzier Herman, Rép. V<sup>o</sup> Responsabilité civile, nos 950 et suiv. C. 29 mars 1908.

Fakat bu kaidenin diğer bir kaide ile birlikte tatbiki de lâzımdır. Bina sahibi bina mesuliyeti, binanın nezareti altında olmasına, yani komşuya zarar veren inşa kusurlarına çare bulmak, binaya lüzumlu ihtiyacı göstermek mükellefiyetine dayanmaktadır. Bu itibarla müelliflerin ve mahkeme içtihatlarının da kabul ettiği gibi henüz inşası bitmemiş ve bu yüzden yalnız müteahhidin ve mimarın nezareti altında bulunan bir binanın yıkılmasından bina sahibi mesul değildir. Aubry et Rau, t. IV, p. 448. Demolombe, t. XXXI, no 660. Lyon, 20 janvier 1883. D. 1883. 2. 199.

Müzayede ile satışa çıkarılan bir binanın, ihale üzerinde kalan kimsenin bedelli ödememe-i üzerine, bir ikinci ihaleye konmasından önce yıkılması halinde, ancak ilk malik aleyhine dâva açılabilir. C. 14 décembre 1896, D. 1897. 1. 153. Bu karar altında Appleton'un notuna bakınız. Civ. C. 26 février 1913.

Keza kaza binanın satılmasından önce vukua geldiği takdirde, dâvanın yeni malike değil, bina kusursuz olsa ve kendisinin nezarete hiç bir ihmali olmasa bile eski malike karşı açılmalıdır.

haricinde dâva olunanın mesuliyetini icap ettiren başka fiiller sabit görülmediği takdirde, hâkim bu müruruzaman defini reddedemez ve hâdisedeki dikkatsizliğin suç teşkil edecek kadar vahim olmadığını, bir şibih cürüm sayılması lâzım geldiğini ve bu suretle medeni kanunun 1382. maddesine dayanan bir dâva mevzuubahis olduğunu iddia edemez [1].

## İkinci Bent

### *Kanuni kusur nedir? Bu kusur neye ait bulunur?*

Medeni kanunun 1382 ve 1383. maddeleri tarafından müeyyidesi tâyin edilen kusurun hiç bir kanuni tarihi mevcut değildir.

M. Planiol bu kusuru şöyle tarif ediyor: «Daha evvel mevcut bulunan bir taahhüde veya borca her türlü mugayeret» [2].

Hukuki mesuliyet üzerinde durduktan ve kusurdan ne anlaşıldığını ara-  
dıktan sonra şu neticeye varıyor: «en iyisi hâdisatı müşahhas yüzleriyle ele

[1] C. 2 février 1904, D. 04. 1. 175. Civ. C. 6 décembre 1912.

Eğer hukuki mesuliyet dâvasını açanlar 1382. maddeye istinat edebileseydi, ceza dâvası ile tazminat dâvasını aynı müruruzamana tâbi tutan usul hükümlerinin tat-  
bik edilmesine hiç bir zaman imkân hasil olmazdı.

Dikkatsizlikle yaralamaya sebebiyet halinde mağdur suçtan önce mevcut bir hakka değil, bizzat suça istinat ettiği için açılan tazminat dâvası suçu hatırlar. Kanun vazının istediği ise âdeme dâvasının müruruzamana uğramasından sonra tazminat dâvası dolayısıyla suçun hatıralarının hafızalarda canlanmamasıdır.

Karşılaştırınız: C. 7 février 1910 et rapport de M. Fabrehuettes, Rec. Gaz. 1910. 1. 103, D. 1910. 1. 201, note de M. Nast. 28 avril 1896, D. 96. 1. 330. Bu teze mühalif: bir karar: C. 15 avril 1889, D. 80. 1. 136.

[2] Revue critique, 1905 s. 283 ve sonrakiler. Bak. Yukarda, s. 253 ve not, Littré, kusuru şöyle tarif ediyor: «bir prensip veya kaideyi ihlâl veya ihmal et-  
mektedir».

Kanunun medeninin 1382 ve 1383. maddeleri umumiyet itibariyle tam ve kısmî medeni suçları derpiş etmektedir.

Adi kusur fikrine aynı zamanda hem tam ve hem de kısmî medeni suçlar-  
da raslanır. Geny. Revue trimestrielle de droit civil, 1902 s. 316 ve sonrakiler.

Tam ve kısmî medeni suçları ayırt etmek lâzımdır. Kanunveya hakkaniyetin aklî-  
dine tahmil ettiği taahhütlere bir tecavüz teşkil eden her fiil, eğer kendi serbest irade veya ihtiyarının neticesi olup kötülükle ve zarar vermek suretiyle yapılmış ise, tam bir medeni suçtur.

Bilâkis, eğer, bu kanuna aykırı fiil, kötü niyetle değil, yalnız bir hafiflik, ih-  
mal, tedbirsizlik, dikkatsizlik, hata, ihtiyatsızlık, cahillik neticesi olarak ika edil-  
miş bulunursa basit bir kısmî suç vardır.



almak ve, pekte iyi anlaşılmasızın bu kadar çok bahsedilen “maruf” kusurların nelerden ibaret olabileceklerini mahkeme içtihatlarında, insan tecrübelerinin bu büyük hazinesinde aramaktır» [1].

Ona göre, tetkik edilince, bu kusurları üç sınıfa ayırmak mümkündür:

*1 — Doğruluk bakımından kusur:*

«Buradan mevzubahis olan vicdan ve hüsnüniyetin men ettiği mânevi kusurlardır» [2].

[1] Herkes kendi şahsi kusurundan mesuldur ve bir kazanın müsebbiplerinden biri, kendi mesuliyet hissesinden kurtulmak için, diğeri aleyhine bir teminat davası açamaz.

M<sup>te</sup>addit kimseler tarafından işlenen tam ve kısmi medeni suçlarda daima müteselsil mesuliyete hüküm olunmalıdır. Filhakkâ, Kusurların bir birine müsevi olmaları, tek başlarına olsalar dahi, her birinin, husule gelen zararın tamamını hasıl etmesine mâni olmayacağından, herkesin hissesi ile zarar arasında doğrudan doğruya bir münasebet tesis eden, müşterek hareketlerden doğan tek bir borç mevzuu bahistir.

[2] Tam veya kısmi medeni suç teşkil edebilecek manevi kusurları saymak çok uzun olacaktır.

İşte bazı misaller:

a) Karısının zinası sebebiyle boşanmaya hükümlendiği takdirde, mahkeme içtihadlarının, karı veya suç ortağı aleyhine, kocaya tanıdığı zarar ve ziyân davası 1382. madde dairesinde hallolunacaktır: Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, beşinci baskı, cilt, I, No 33 ve 34; Dalloz. *Nouv. Cod. Civ. Ann.*, mad. 1382 No. 690 ve sonrakiler.

1382. maddenin koyduğu umumi prensibe göre, hâiz olduğu hüküm ve nüfuzu bir kocayı vazifelerini yapmaktan alkoymak için kullanan, ve onun mukavemetini, ısrar veya tenkitle yenmeğe muvaffak olan bir kadın, terk edilen kariya karşı, kendi kusur ve hareketleriyle, ona verdiği zararın tamiri ile mükelleftir. Seine birinci hakuk mahkemesi kararı, 17/Haziran/1913.

Mamafih bu nevi hareketlere hâdiselerin hakikatinde ve tabii oluşunda ancak nadiren raslandığından ve adiyen zina münasebetleri, sadık olmayan kocanın suç ortağı kadının tesirine maruz kaldığını söylemeğe imkân olmasızın, karşılıklı bir meyl neticesinde teşekkül etmiş ve suç ortağı kadın erkeğin arzularına nymuş olmaktan başka bir şey yapmamış bulunduğundan, bu mesuliyet ancak pek istisnai hallerde tezahür edebilecektir.

Hususiye, bu mesuliyet, kocayı karısını ve evlilik ocağını terke sevk için, hâiz olduğu durum veya nüfuzundan her hangi bir suretle istifade ettiği sabit olmasızın dahi, karının şikâveti üzerine, nikâhsız kadın edinmek suçunun ortağı olarak, cezalandırılabilir bir kadına tevaccüh edemez. Böyle bir halde, meşru kadın, kocasının eski suç ortağı aleyhine açtığı zarar ve ziyân davasını kazanamayacaktır. Aynı karar.

b) Prensip itibarıyla, kız ve kadınlar, iftâl edildikleri iddiasıyla, zarar ve ziyân talebinde bulunamazlar. C. 10/Mart/1808.

Tenkili kanunlar tarafından cezalandırılan âdi cürüm ve cünhalar dışında, ceza kanununun meşgul olmadığı, fakat hukuki münasebetler bakımından müsaade edilemeyecek, tamamen manevi, ahlâkî kusurlar fiilen mevcut bulunmaktadır.

Fakat, ictimai durumundan istifade ederek, fakir ve masum ve kendinden çok daha küçük bir genç kıza, müdafaaya imkân bırakmayan manevralar kullanarak işgal eden ve yine kırmak istediği gayri meşru bağlar içinde tutmak için çirkin vasıtalarına baş vuran kimse, onun hakkında, yapılan haksızlıktı tamir için meşru ve mahkemenin icrasını emretmek zorunda kalacağı bir taahhüde esas teşkil edebilecek kısmi bir medeni suç işlemiş olacaktır. C. 26/Temmuz/1864. 7/Mart/1904. Pand. 05. 1. 555.

c) Bir umumî ev işletme, bunu yapanı, bundan zarar gören komşulara zarar ve ziyan ödemeğe mecbur bırakacak bir kusur teşkil eder. C. 3/ Birinci kânun/ 1860; 2/Ağustos/1861.

d) Evlenme vadi bir hüküm ifade etmez. Fakat bunu yapana hukuki mesuliyetini mucip olabilir.

e) Bir Öğretmenin derste, talebeleri karşısında orduya söğmesi, talebelerinin ve onların ebeveyninin dinî telakkilerine tecavüzü ve sözleri içinde müstehcen imallarda tuluması, pek alâ. bu genç kafalarda zararlı ve neticeleri acıklı olabilecek il. tibatlar bırakabilecek mahiyettedir:

Binaenaleyh, mevzu bahis sözlerle çocuğuna verilen zararın tamirini istiyen bir aile reisinin bu öğretmen hakkında açacağı zarar ve ziyan dâvası haklı ve meşrudur. Dijon (birinci mahkeme), 28 Birinci Kânun/1908, Gaz. 30/İlk kânun.

f) Emir almaksızın ve kabul etmek için emir almamış bulunan Büyük—Sark'a (masonların müfessillerinden müteşekkîl merkezî meclisi), üçüncü bir şahsa, hâdisede orduya mensup yüksek rütbeli bir subaya, ait lekeleyici bir fiş göndermek fiilî mânevî bir ızrar teşkil eder, ve her türlü maddî zarar dışında bile, zarar ve ziyân verilmesini haklı gösterecek mahiyettedir. Bilhassa, mevzu bahis fiş, ait bulunduğu subayın namus ve şerefini rencide ettiği takdirde ve büyük — Sark'da yalnız mevcudiyetile, harbiye nazırımın hususî kalemî ile daimî münasebette bulunup, subaylar hakkında burayı tenvir eden çok nüfuzlu şahısların zihninde, bu subay için fena bir intiba hasıl etmesile bu böyledir. Mane hukuk mahkemesi kararı, 11/Nisan/1905. Gaz. 15/Nisan; 20/Mart/1907, Gaz. 25/Mart.

g) Umumî yol üzerinde yaralanıp hastahaneye kaldırılarak, bir doktorun veya bir tıp talebesinin nezareti haricinde, yalnız basit bir hastabakıcı tarafından, kaza günü ve müteakip günlerde, tedavi edilen çocuk; eğer bilâhara, icap eden hususî ve seri tedavilerin yapılmamış olması yüzünden, tatanozdan ölürse, hastahane idaresi mes'uldür. Aix (birinci mahkeme kararı), 19/İlk teşrin/1911. Gaz. 23/Son teşrin.

h) Bir tahvil ihracını ve bu tahvillerin satılmasını temin etmek için, tahvil alıcılarda yanlış olarak doğrudan doğruya kendisi ile münasebette buldukları intibasını hasıl edecek ve haiz olacakları haklar hakkında onları yanıltacak mahiyette, bazı hareketlerin, bu tahvilleri hakikatte çıkararı bir elektirikle tenvir şirketi tarafından yapılmasına müsamaha gösteren belediye, mesuliyetini mucip bir kusur işlemiş olacaktır. Aix (Birinci mahkeme kararı), 20/Mayıs/1908, Gaz; 13/Ağustos.

**Meselâ, bunlar: boşanma, ayrılık, igfal, terk vesaire hususundaki haksızlıklar olabilirler.**

i) Hakarete uğriyan şahıs tarafından vaki ihtarı dinlemiyerek hakaretimiz yazılarının neşrine devam eden bir gazete tabii, bu şahsa karşı mesuliyetini mucip bir kusur işlememiştir.

Bu kusur hakaretimiz yazıların neşrinden dolayı gazetenin sahip — neşriyat müdürü hakkında yapılacak cezai takibatta aynı mahiyette olmayan, bir zarar ziyan dâvasına esas teşkil edebilir.

Cezai takibatın, tahkir edilen şahsa, uğradığı zararı tamamen tamir imkânını verdiği iddia olunamaz. Req. 4/İkinci Teşrin/1912.

j) Boşanma dâvası, Medeni Kanununun 1382. maddesinin tatbikına ve dâvayı açan tarafa, eğer bu taraf diğer taraf aleyhine, boşanma talebinin mevzuundan ayrı olarak, kendisine zararı dokunan mevcudiyetini ispat ederse, zarar ve ziyan hükümlenmesine mâni teşkil etmez.

k) Bir mücevhercinin, polis talimatına uygun olarak, çalınmış mücevherlerin fiyatını ikametgâhta ödemesi, onu her türlü mesuliyetten kurtarmağa yetmez.

Mücevherleri hakiki kıymetinden çok daha aşağı bir fiyatla satın aldığı ve edaayı yaptığı ikametgâhın ciddi, şahsi ve satıcının itibarını muayyen bir nisbette temin edecek mahiyette bir istikrar sıfatı arz edebilecek vaziyette olup olmadığını araştırmadığı takdirde kendisini malı çalanın takibine maruz bırakacak mahiyette bir kusur işlemiştir. Seine (Beşinci suppl.) hukuk mahkemesi kararı, 20/İkinci Kânun/1909, Gaz. 25/temmuz.

l) Bir içki yerinde, muayyen bir mahsulden isteyen bir müstehlike istenen mahsulden başka bir mahsul vermek ve böylece, müstehlike haberdar etmeksizin, istenen mahsulün yerine bir başkasını ikame etmek içki yeri sahiplerinin, istenen mahsulün sahibi lehine olarak zarar ve ziyana mahkûm edilmesini mümkün ve haklı kılabacak bir haksız fiil teşkil eder. Req. 30/Birinci Kânun/1912. Paris, 18/İkinci Teşrin/1904, D. 05. 2. 7. 0. 2. 0. Temmuz/1904, Annales de la propriété industrielle, 1904, s. 357. Pouillet, Tailleur et Carlo, Traité des marques de fabrique, altıncı bası, No. 905.

Hilenin tenkili hakkındaki 1/Ağustos/1905 tarihli kanun, tüccarlara hileye karşı kendilerini müdafaa etmek kolaylığını bahşetmekle beraber, hiç bir şey böyle bir şüpheye imkân vermediği takdirde, bu tenkilin harekete getirilmesine de müsaade edemez; ve bundan başka tüccarın elinde malın musayyesine imkân veren nâmunelerde vardır. Böyle bir vaziyette, hüsünîyeti kabul edilen diğer bir tüccar aleyhine olarak, hilenin tenkilini harekete getiren tüccar zarar ve ziyana mahkûm edilebilir. Bordeaux (Birinci mahkeme kararı), 13/İkinci Kânun/1913.

m) Alacaklı olmadığı bir kimsenin alacaklarının tahsiline elindeki bütün imkânlarla mâni olan ve onu mali müşkülâta sokarak ticaretinin işlenmesini ızarak etmek için faaliyetinde bulunan kimse, bu faaliyetten zarar gören kimse lehine olarak zarar ve ziyana mahkûm edilmesine imkân veren bir kusur işlemiş olur. Req. 4/Mart/1903, Gaz. 11/Mart.

Bir alacaklı haklarının bir kısmından vaz geçmek ve alacağının yalnız bir parçasını ismek hakkına sahip olmakla beraber, bu tenzile, ancak gayri meşru bir akit neticesinde ve gayri meşru bir menfaat elde etmek için razı olduğu takdirde bir

Bununla beraber her gün görülen, büyük miktardaki mesuliyet dâvaları arasında mânevi bir mesele ortaya koyanlar ancak pek küçük bir azlık teşkil ederler.

2 — *Ehliyet bakımından kusur:* «burada bahse mevzu olan ehliyet noksanları, dikkat kusurları ve hukukî sahada meslekî beceriksizliklerdir (bu sonuncular noterlerin, dâva vekillerinin, mübaşirlerin, şanj ajanlarının, ipotek muhafızlarının, iflâs memurlarının vesaire kusurlarıdır) [1].

kimse kıymî medeni suç işlemiş olur. Taallose (İkinci mahkeme), 26/Mayıs/1911. Gaz. 27/Eylül.

Bilhassa, ipotekli bir alacaklı ihalenin az mühim bir fiyatla kendisine yapılımasını temin için, müzayedeye ve artırmaktan çekimlerini hususunda kendileri anlaşarak, aynı gayrimenkul üzerinde kayıtlı diğer alacaklıları kısmen tatmin ettiği takdirde bu böyledir. İlhakika böyle bir hareket âdeme nizamına muhaliftir, müzayidelerin doğruluğuna zarar verir ve malı satılan borçlunun ve alacaklılardan, kâfi iktidarları olmadığı için artırmıyarak, sunî olarak azaltılmış bir satış fiyatından, hiç birhisse elde edememek tehlikesine maruz kâzaların menfaatlerini tehlikeye düşürür. Binaenaleyh böyle bir hareket, bundan zarar gören alacaklıya zarar ve ziyân dâvası açmak hakkı verir. Aynı karar.

[1] Yalnız bazı misaller vereceğiz:

a) Belediyeye ait bir ormanın işletilmesinin kolaylaştırılması için yardımcı bir yolun inşası esnasında akıntıyı kapatan kayaların dereye yuvarlanması yüzünden dere taşarak üçüncü bir şahsın arazisini su bastığı takdirde belediye bu su basmasından mesuldür. Req. 16/Birinci Kânun /1913, C. d'Etat, 11/İkinci Teşrin/1898, D. 1900. 3. 14.

b) Otomobilin sebebiyet verdiği bir kazadan doğan mesuliyet 1382. maddeye göredir.

10/Mart/1899 tarihli kararname otomobilci aleyhine bir kusurun mevcudiyeti faraziyesini tesis etmiş değildir; üzerine dâvasını istinat ettirmek istediği kusuru ispat etmek kazanın mağduruna düşmektedir. Bordeaux, 26/İlk Teşrin/1909, 23 Mart/27/Temmuz, 20/ İlk Teşrin 1910, Recueil de Bordeaux, 1910. I. 216 ve 359. Poitiers, 17/İkinci Teşrin/ 1909. Caen, 10/ İkinci Teşrin/ 1909. Amiens, 6/ Haziran/ 1907.

Bir sebep mevcut olmadığı halde, yolun sağını terkedip solundan gitmekte iken, yolun bu kısmı üzerinde bulunanlara kâfi derecede dikkat etmiyerek bir kazaya sebep olan arabacı oldukça mühim bir kusur işlemiş olur. Geneve 9/Mayıs/1904, Gaz. 4/ Eylül.

Tedbirsizce dar bir yere, bir araba ile yalun kenarı arasına, giren ve tehlikeyi gördüğü halde makinesinden inmeyen bisikletli de bir kusur işlemiş olur. Aynı karar.

c) Bir yolcu, biletçinin yokluğunda, dur işaretini kendisi çekerek yolcu arabasının suhanlığından indikten sonra arabanın gerilemesi neticesi yuvarlanırsa, kazanın büyük kısmı itibarile yolcunun tedbirsizliğinden ileri geldiği kabul olunmakla beraber, çar arabacının, beygirler tekrarı hareketine geçince arabanın zaruri olarak bir gerileme yapacağı ve binaenaleyh durulmaması lazım gelen bir yerde—hâdisede bir

«Bu kusurların birinci neveleri münasebetile, bunlar, diyor M. Planiol, maddi veya fikri becereksizlik hareketleridir.»

meylin orta yerinde—durduğu sabit olursa, yolcu nakil şirketi kısmen mesul tutulabilir. C. Req. 24 İkinci Teşrin 1909.

Elinde bir paket ve kucagında bir çocukla bir kadının merdivenden yolcu arabasının üst katına çıkmakta olduğunu bildiği halde, arabanın tekrar hareketinden doğabilecek tehlikeden salim bir vaziyete geçtiğinde emin olmaksızın, hareket işaretini veren kondoktorun tedbirsizlik veya ihmali mevcuttur. Maamafih kocağında bir çocuk ve elinde bir paket bulunduğu halde arabanın üst katına çıkmak isteyen yolcu kadını tarafından bu suretle işlenmiş olan tedbirsizlik kondoktorun mesuliyetini mühim miktarda azaltmış olmak gerektir. Seine (11.) mahkeme, 1 Temmuz 1909

d) Bir armatör tarafından fikri sorulan bir banker, şahsi bir menfaat için ve kötü niyetle, bir tüccarın ödeme kabiliyeti hakkında yanlış malûmat verir ve bu malûmatın yanlışlığı, bu malûmatı devre armatörün salâhiyetli olduğu, ve işin devamı için az bir müddet sonra, kendi haklarına sahip ve yerine kaim olmak üzere teşkil ettiği bir şirkete bir zarar verirse, bu yanlış malûmat verme fiili, bundan zarar gören şirkete karşı, failinin mesuliyetini mucip bir medeni kusur teşkil eder.

Zararın genişliğini, şirket tarafından tedbirsizlik vaki olmuş ise, mes'uliyetlerin taksimini, verilecek tazminatın şekli ve ehemmiyetini tâyin etmek esasa bakan hâkime aittir. Req. 27 mart 1905, Gaz. 30 mart.

e) Bir mahzen deliğini tenvir etmeksizin gece vakti açık bırakan kiracının bu hareketi mahzenin mathalini koruyan bir parmaklık mevcut olsa dahi bir kusur teşkil eder. Fakat, mahzene düşen mağdurun, tehlikesini bildiği bir korıldorda ışıkla gezmek fiili, kaza müsebbibinin mesuliyetini, müşterek kusur nisbetinde azaltır. Toulouse, hukuk mahkemesi, 8 Mayıs 1908, Gaz. 24 Eylül.

f) Yardımcı adli memurlar hakkında bir çok kararlar verilmiştir.

Noterler—kendi fiillerine raci olmakla beraber, noterler tanzim etmiş oldukları senetlerde husulüne meydan verdikleri hükümsüzlüklerin sebep olduğu zararlardan, esas itibarile, bütün hallerde, zaruri olarak mes'ul değillerdir. Bu bakımdan, hâkimler noterin mesul olup olmayacağını ve ne nisbette mesul olacağını tâyin hususunda hudutsuz bir takdir hakkına malik bulunmaktadır. C. 27 İkinci Teşrin 1837; 20 İkinci Kânun 1841, yine bak. C. 25 Ağustos 1831.

Tanzim ettiği senetlere resmî mahiyet vermekten ibaret olan yardımcı adli memur vazifesinin mesuliyetlerini tecavüz eden bütün hallerde noterin mesuliyeti vekil olmak sıfatına bağlıdır. C. 14 Birinci Kânun 1841.

Noterler tanzim ettikleri senetlerden taraflar lehine olarak doğan hakların muhafazası için lüzumlu merasimin ifasına ancak muamelenin takibi ve bu merasimin ikmalî ile tanzif edildikleri nisbette mecburdurlar. C. 14 Şubat 1855.

Bir satış mukavelesi tanzim eden noter bu mukavelelerin suretini çıkarmak ve kaydını yaptırmakla, ancak bu merasimin ifası için vekâlet aldığı takdirde, mükelleftir. Bu hususta hiç bir vekâlet almamış ise, bu merasimin yapılmamış olmasından dolayı kendisine hiç bir mesuliyet teveccüh edemez. C. 4 Temmuz 1847.

Bir noter, yalnız noter olarak değil, aynı zamanda vekil veya iş güder olarak hareket ettiği takdirde bir sermayenin yerleştirilmesine dair tanzim ettiği mukave-

Bu, tavgif edildiği vazifeyi, ehliyetsizlik, dalđınlık veya unutkanlık neticesi, kötü yapan bir at, bir araba, bir otomobil, bir lokomotif, bir gemi, kondotokrunun halidir.

lenin takibinden ve icrasından mesuldür. C. 19 Haziran 1850; 14 İkinci Knn 1856; 19 Mart 1856; 26 Nfsan 1856. Yine bak. C. 19 Mart 1845.

Lzml memblğın temini için tavassutta bulunan eski bir noter tarafından hüküm ve Şartları tesbit ve senetleri tanzim edilen bir ödünç mukavelesi mevzuubahis olduğu takdirde, eğer bu noter, girişilen taahhütlerin hukuki değerleri hakkında doğru olmıyan beyanlarla, menfaatlarının nezaretini tamamen kendisine terk etmiş olup, bu hususlarda kfli bilgisi bulunmıyan ve henüz rüşte vasıl olmuş olup annesinin himayesinde bulunan, bir genç kızın hataya düşmesine sebep olursa bir kusur işlemiştir ve zarar ve ziyan ödemeğe mecburdur.

Req. 11 Birinciknn 1905, Gaz. 17 Birinciknn. Cpr. C. 3 Ağustos 1858, D. 58. I. 374. 9 İkticiteŐrin 1904, D. 05. I. 102. 16 Şubat 1910, S. 1910. I. 557. 9 Mayıs 1911, Gaz. Reueil, 1911, I. 121.

Eğer noter, iyi olmadığını bildiği bir işe, sermaye vermeğe müŐterisini ikna etmiş işe, evleviyetle mesuldür. C. 29 Birinciknn 1847.

Fakat noter, ödünç verenin vekili sfatiyle hareket etmiyerek yalnız taraflar arasında husule gelen anlaşmayı tevsik ile iktifa etmiş işe, mukavelesini tanzim ettiği bir sermaye yerleŐtirmenin neticelerinden mesul değildir. C. 30 Haziran 1852. Maamafih bak. C. 8 Ağustos 1858.

Avueller — İcra takibinde bulunan bir kimse tarafından takip dilenin hüviyetini kati surette tesbit etmiyerek yanlışlıkla borçludan gayrı bir kimseye bir ödeme emri tebliğ ettirilmesi hukuki mesuliyetini muclp olabilecek bir kusur teşkil eder.

Tescilin vaktinde (iki aylık müddet Medeni kanun madde 252) talep edilmemesi yüzünden bir boşanmanın hükümsüz kalmasında kusuru bulunan kimse, bu kusurun zararı muclp neticelerinden mesuldür. Bilhassa, karı kocadan biri lehine bir mirasın açılması halinde, eğer terekeye dahil mallar, boşanma vaki olsa idi, tamamen ona intikal edecek yerde, devam etmekte bulunan evlilik birliğine intikal ettiği takdirde bu mesuliyet mevcuttur. Troyes hukuk mahkemesi, 9 Mayıs 1900, D. 1903. 2. 477.

Bu esaslar evvel, kendisine vaki usulüne uygun müracaata rağmen, kusurlu olarak, evlt edinme mukavelesini veya boşanma hmn tescil etmiyen nüfus memuru hakkında tatbik olunur. C. 15 Haziran 1909 ve Troyes hukuk mahkemesi 9 Mayıs 1909, Bundan sonra bu esaslar bu merasımın ihmali onları yerine getirmekle teavgif edilen bir vekile izafe edilebildiği takdirde de kabili tatbiktirlir.

Aldığı talimata rağmen müzayedede arttırmıyan avue mukavelevi bir kusur işlemiştir.

Mübaşir — Kanunen ifası gereken merasımın yerine getirilmemesi yüzünden hükümsüz kalan bir istinaf istidası tebliğ eden mübaşir, tebliğ ettirene karşı bu hkmszliğiğn neticelerinden mesuldür.

Böyle bir halde mübaşirin mesuliyetine dair verilecek karar istinaftan beklenen neticeye bağlıdır. Mahkeme, mesuliyeti tesbit için, istinaf talebinin değerini tet-

Yolun serbest olup olmadığını bir sonraki istasyondan sormadan tek hatlı bir demir yolundan bir trenin geçmesine müsaade eden bir gar şefi kusurludur. Elleri altında bulunan mal veya sandık ve kutuları kıran veya zarara uğratan kamyoncu veya ticaret işçisi kusurludur. Bir pastacı fena kalaylanmış bakır kaplar kullanmakla kusurlu olacaktır. Bir mimar, üzerine bina inşa ettiği temelin sağlamlığını tetkik etmeyi ihmal etmesinden dolayı kusurludur.

Bir formalitenin unutulması, bir kontrolün ihmali, bir kaydın ihmali veya fena yazılmış olması, vesaire ..., adli yardımcı memurlar veya diğer memurlar veya diğer memurlar tarafından işlenen ehliyetsizlik kusurlarıdır».

— 3 Kanunilik bakımından kusur: «Bunlar kanun tarafından amelî faide bakımından menedilen hareketlerdir [1].

kikle mükelleftir. C. 27 Mart 1911, Recueil Gaz., 1911, İkinci sümestir I. 88. Lyon. 7 Ağustos 1902. S. 02. 2. 292. Bak. Yukarda s. 65.

g) Tabip: 1882ve 1883. maddelerin mesuliyet prensibi, sanatlarının icrasında sebebiyet verdikleri kazalar itibariyle, işlenen kusurların hâkim tarafından takdiri, tıbbî nazariyeler ve metotların tetkikini veya tamamen ilmi meselelerin münakaşasını değil yalnız her hangi bir meslekin icrasının tâbi bulunduğu sağ duyu ve ihtiyatlılık kaidelerinin tatbikını gerektirdiği nisbette, tabiplere de kabili tabiptir. C. 21 Temmuz 1862.

Tabibin, umumiyetle, mesleki bir kusurundan, yalnız açık bir ehliyetsizlik, büyük bir beceriksizlik, her sanat erbabının bilmeğe mecbur olduğu şeylerde bir cahillik gösterdiği, yani bir kelime ile, herkesin görebileceği ve tabip olarak değil insan olarak hesap vermeğe mecbur olduğu ağır bir kusur işlemiş bulunduğu takdirde mesuliyetine karar verilmektedir. Dalloz, Nouveau code civil annoté, mad. 1383, No. 1565 ve sonrakiler.

Bînaenaleyh tabibin, prensip itibariyle, teşhis hatalarından mesul olmadığına karar verilir. Caen, 5 Haziran 1844. D. V. Responsabilité, No. 129. Metz, 21 Mayıs 1867, D. 67. 2. 110. Havre mahkemesi, 5 Birincikânun 1889, D. 91. 2. 281. Bourgoin mahkemesi, 29 İkincikânun 1896, D. 96. 2. 406. Radyoterapi tedavisine gelince, bak. Paris beşinci mahkeme, 22 Sontesrin 1913, Gaz. 19 Şubat.

Bir hastayı bir kan alma ameliyesi esnasında yaraladığı halde, tedaviye devam etmekten istinkâf ederek bu hastayı isteyerek terk eden tabip, bu yara neticesinde hastanın mâruz kaldığı kol kesilmesi sebebiyle ve bu zararın önemi ölçüsünde mesul tutulabilir ve zarar ve ziyana mahkûm edilebilir. C. 18 İkincikânun 1835. Operatörün mesuliyeti hususunda bak. M. Mérignac'ın notu. D. 07. 2. 41.

Bu hususta mahkeme içtihatları için bak. Edmond Binoche, De la responsabilité civiles des médecins et chirurgiens; Gaz. 28 Mayıs 1911.

[1] Paris ve polis müdürlüğü salâhiyetine dahil beldelerde otobüslerin sevk ve seyrine ait polis müdürlüğü talimatnamesinin 273. maddesi otobüslerin hizmetinde bulunan biletçilere, otobüslerini durdurmak mecburiyetini yalnız "alınacak veya indirilecek bir yolcusu bulunduğu takdirde tahmil etmektedir. Bu iki ihtimalden birincisi, binmek istediğini işaret eden yolcuyu kastetmektedir. Fakat hiç bir işaret

«Mülk sahipleri, arazileri üzerinde her istediklerini yapamazlar. Komşularını rahatsız ve ızrar edeceği için bir sürü hareketten men edilmişlerdir [1]. ( Zararlı maddelerin depo edilmesi, çit çevirmek mecburiyeti, Gayri sıhhi veya uygunsuz tesisler, inhidam tehlikesi vesaire) [2].

vermeksizin, bir yolcu sahanlığa sıçradığı takdirde, biletle, kendisinden istenmedikçe, şoföre durmasını emretmeğe lüzum görmeyecektir. Bu son halde üst kat merdivene nişne turmanmak için sahanlığı terk etmeden evvel yine otobüsün durmasını talep etmeyen yolcu, bu çıkışı esnasında düştüğü takdirde, otobüs şirketinden zarar ve ziyan istemek için otobüsün durmadığını ileri süremez. C. Civ. 25 Temmuz 1906, Gaz. 8 Ağustos. Paris Birinci mahkeme, 22 İkincikânun 1904, Gaz. 26 Haziran.

Bir virajı içten veya dıştan olarak dönmek hususunda seyrüsefer emniyetine (polisine) dair nizamnameler olduğu gibi, Otomobillerin seyrine ait 10 Mart 1898 tarihli kararnamede meskûttur. Bu tarzda viraja giriş ancak, 'araba muvakkaten bulunması lüzum gelen yerde veya tarafta bulunmadığı için nizama bir aykırılık teşkil eder. Fakat, araba viraja evvelce hiç bir haber verilmeksizin ve şoförün sürati idareye muktedir olamaması yüzünden bu şekilde girmiş bulunuyorsa hiç şüphesiz ortada bir kusur vardır. Hatta bu, yukarda adı geçen kararnamenin 14 ve 15. maddelerine açık bir tecavüz teşkil eder: 14. madde, otomobili idare eden daimi surette sürate hâkim bulunacaktır demektir; o, otomobilin bir kaza sebebi [olabileceği her vaziyette otomobili yavaşlatacak veya durduracaktır. Ve 15. maddede otomobilin yaklaşmasının lüzumu halinde, bir bora ile bildirilmesini âmirdir. Bunlar, yol kavuşaklarında evleviyetle tatbik edilmesi mecburi olan ihtiyat tedbirleridir.

Bak. Poitiers. 17 Son teşrin 1909, Gaz. Pal. 1909.2. 603. Adde: Rouen 16 Nisan 1908. Gaz. Pal. 1908. 2. table, V. Resp. civile, No. 34 — 35; Sedan hukuk mahkemesi, 16 Haziran 1908, Gaz. Pal. cod. Coc. ve V. No. 38 ve sonrakiler, Caen, 28 Birinci teşrin 1912.

Sert bir dönemeçte borusunu kullanan bir şoför bir kusur işlemiştir. Riom, 21 İkinci teşrin 1912, Gaz. 3 Nisan. Nîmes birinci mahkeme, 31 Mart 1913.

İkaz işareti hakkında bak. İmbrecq: code du chauffeur, No. 104, 108.

[1] Tehlikeli, kullanışsız, gayri sıhhi müesseseler sebep oldukları zarar; tamir ile mükelleftirler.

Tehlikeli, gayri sıhhi kullanışsız müesseseler arasında tasnif edilmemiş olan bir sınaî müessese tarafından sebebiyet verilen zararlar da, bu evleviyetle böyledir. C. 27 İkinci teşrin 1844. 20 Şubat 1849.

Hususiyle, bir atelye tarafından çıkarılan gürültü, pek şiddetli, komşular için pek büyük bir rahatsızlık sebebi olduğu ve komşuluk mükellefiyetlerinin mutat ölçüsünü geçtiği takdirde zarar ve ziyan talebine yer verebilir. C. 20 Şubat 1849.

[2] Bir maden imtiyazı sahibi işletme ameliyelerinin, toprak üstü sahibinin imtiyazdan evvel veya sonra yaptırdığı inşaata, verdiği zararları tamir ile mükelleftir. C. 3 Şubat ve 11 Haziran 1857. Yine bak C. 4 Son kânun 1841. 20 Temmuz 1842. 16 Son teşrin 1852.

Bu mesuliyet, işletme sanatı kaidelerine uygun olarak işlese ve imtiyaz sahibine ameliyelerin icrasında hiç bir beceriksizlik veya ihtiyatsızlık izafesi mümkün olmasa dahi mevcuttur. Burada umumi hukuk esasları tatbik olunmaz. C. 16 Son teşrin 1852.



Umumi yolla.ın iki tarafından mülk sahibi olanlar hiç bir surette yolla tecavüz edemez ve yolu bozamazlar... ».

*Hülâsa.* — «zannetmem ki, diyor M. Planiol, bilhassa, bütün mahkeme kararlarının dikkatli bir tetkikından sonra bu üç sınıftan hiç birine sokulamıyacak mesuliyet doğurucu zararlı bir hareket bulunabilsin; ben böyle bir tek hareket bulamadım..».

## Üçüncü Bent

### *Temyiz Mahkemesinin Mürakabesi*

Kanun — evvelce de gördüğümüz gibi — kusuru tarif etmemiş olmakla beraber, temyiz mahkemesi, aşağıdaki hususlarda, adli kararların kontrolü hakkını mahfuz tutmaktadır:

1. Tesbit edilen fiillerin hakikaten bir kusur teşkil edip etmediği; esasen bakan hâkimler tarafından, fiilin müşahadesinden istihraç olunan neticelerin hukuki olup olmadığı [1].

[1] Sourdât, cilt I No. 132. C. 27 Mayıs 1868, D. 68. I. 404. 28 İkinci kanun. 1879, D. 79. I. 151. Civ. C. 2 Ağustos ve 8 İkinci teşrin 1911. Bu hususta içtihatlar esasen sabittir.

Bir kaç misal:

Bir zarar ve ziyan talebi bir seri yazıya istinat ettirildiği ve bu talebe karşı bu yazıların suç mahiyetlerine matuf itiraz ve retler dermeyan olunduğu takdirde, mevzu bahis hâdisede olduğu gibi, hâkim kararını bu yazıların yalnız basit kusur mahiyetini haiz olan kısımlarına istinat ettirirse, göz önünde tuttuğu bu kusurları tasrih etmek vazifesi ona düşer.

Fihakika, bu tasrihin fiikdanı halinde, temyiz mahkemesi, hâkimin göz önünde tuttuğu eihetlere kanunî vasıflarını verip vermediğini ve bunun neticesi olarak, basit birer kusur olarak kabul ettiği fiillerin, hakikatte, zarar ve ziyan talebine karşı dermeyan edilen defî ve retlerin bertaraf etmek istedikleri suç mahiyetini haiz fiillerden olup olmadıklarının mürakabe edemez: Civ. C. 10 Şubat 1913.

İçinde, vahşet halinde yaşayan dişi ve erkek geyiklerin bulunduğu bir ormanın sahibi, kendi fiil veya ihmali ile, zararlı bir hale gelebilecek surette, gerek toplanmalarını, gerek çoğalmalarını temin ettiği sabit olmadıkça, bu hayvanlara tarafından komşu arazinin sahiplerine ika edilen zarardan mesul olmaz.

Binaenaleyh, bir komşu tarafından ileri sürülen zarar ve ziyan talebini kabul için, bir taraftan yalnız bu komşu tarafından, uğranılan zararın ehemmiyeti olmasından mevzu bahis hayvanların aşırı çokluğu neticesine varan, ve, diğer taraftan orman sahipleri aleyhine kusur veya ihmallerini gösteren her hangi belirli bir hâdiseyi tebarüz ettirmeksizin "kâfi tahrip vasıtaları kullanmış olduklarının anlaşılması", nı kayıt etmekle iktifa eden bir karar kanunen doğru bir karar değildir. Civ. C. 10 Şubat 1913.

Hattâ, hâkim tarafından açık olarak müşahade edilen fiillerin bahse mevzu olması da lüzumlu değildir.

Delil irası teklif edilen hallerde esasa bakan hâkimler, zikredilen hâdiselerden bir kusurun mevcudiyeti anlaşıldığı takdirde, bu hâdiseleri bir kusurun sübutunda maddi hadiselerin rolü olamayacağı iddiasile, reddedemezler[1].

Tesbit ettiği fiillerin hukuki neticelerini çıkarmaktan çekinen bir hüküm temyiz tarafından bozular. Hususile, fenerleri yanmamış olduğu halde ve arabacının dikkatini çekmek için birincisinin ( gece devriyesine çıkmış bir jandarma ) mükerrer ihtarlarına rağmen üzerine atılan bir arabanın kollarile gece vakti yaralanan bir at mevzuababıs olduğu takdirde, bu hâdiseleri tesbit ettiği ve bunlarda bir kusur ve sebeple netice arasında bir illiyet bağı bulduğu halde müddeaalayhia mesuliyetinin sabit olmadığını bildiren hüküm bozulacaktır. Civ. C. 13 İkinci Kânun 1908. Gaz. 16 İkinci Kânun.

İnşa edilmekte olan bir değirmenin yıkılmasile bir işçi aleyhine husule gelen kaza muvacehesinde ve mağdurun mümessillerine karşı değirmen sahibini kısmen mesul tutmak için, hâkimler muhtelif ahvale ve bilhassa, binanın pilânlarını bir mütehasısa yaptırdıktan sonra bu plânlarda tahta olarak dörpüş edilen döşeme yerine kendiliğinden beton döşeme koydurması, ve sonra inşaatı iki ayı mütaahhide taksim ettiği halde bunları hiç bir müşterek idareye ve işlenen bazı ihtiyatsızlıkları önliyecek mahiyette hiç bir mürakabeye tâbi tutmamış olması, ve nihayet inşaatın ikmal ve binanın teslimini beklemeksizin, gayrimenkul içine, acele bir surette, mühim bir ağırlıktaki sınaî tesisatı yerleştirmiş bulunması hususlarına istinat edebilmişlerdir.

Müşahadelerine nazaran kaza üzerinde kat'i ve bilvasıta bir tesir yaptıkları saik olan bu fiillerin bir araya gelmesinde adı geçen değirmen sahibi aleyhine verilen mahkûmiyeti haklı gösterecek mahiyette bir kusur bulmak suretile, temyiz edilen bu ilâm, ihtiva ettiği hükmü kanunen meşru kılmış bulunuyordu. Civ. ref. 29 Şubat 1913.

Verdiği malûmata dayananarak ve doğruluğuna inanarak, gayrı müsait şartlar içinde yazıhanesini satın aldığı bir meslektaş aleyhine bir noterin açtığı zarar ve ziyan dâvası, mahrem olarak malûmat istemesi üzerine, aleyhine dâva açılan noterin, tamamen namuskârane bir surette ve samimiyetle, kendisine sorulan, şahsi görüşünü bildirdiğini ve ozamana kadar mükemmel olduğu kabul edilen bir âmme memurunun seciye, gidişat ve muamelelerinin takdirinde kendisine hiç bir ihmâl veya hafiflik izafe edilemeyecek surette, tamamen hasbî bir maksatla hareket ettiğini bildiren bir hükümle haklı olarak reddedilmiştir. C. 1 Temmuz 1909. Gaz. 4 Temmuz 1909.

Otelde işçisile birlikte pansiyoner olarak kalan ve işçisinin borcunu ödiyecek halde bulunmadığını ve evvelce bir başkası için yaptığı gibi, kefaletini kabul etmek niyetinde olmadığını otelciye bildirmemiş olan bir patron, muhafaza ettiği bu basit sükûtundan dolayı otelcinin bu işçiyte uzun bir kiredi açmış olması karşısında medeni kanununun 1382. maddesi gereğince kendisine izafe edilebilecek bir kusur işlemiş sayılmaz. C. 10 Mayıs 1909. D. 1911. 1. 439.

[1] Şahadetle zikredilen delillerde sayılan fiiller — sabit oldukları takdirde, — izafe edildikleri tarafın bir kusurunu teşkil edecek mahiyette iseler bunların isabetli olmadıklarını beyan etmekle, hâkimler Medeni Kanun 1382. maddesini ihlâl etmiş olurlar.

Ancak, hiç bir hukuki meseleinin halli bahsemevzu olmadığı takdirde ki, fiillerin (hâdiselerin) isabetli olup olmadığını ve delillerinin kabulünün icap edip etmediğini, takdir esasa bakan hâkimlere aittir.

Diğer taraftan esasa bakan hâkimler, kusurun «ağırılık» derecesini takdirde tamamen serbesttirler [1].

C. 30 Temmuz 1901. S. 1902. I. 396.

Filhakika, ileri sürülen kusurun kanunen teşhis edilmiş olup olmadığını bilmek hukuki bir meseledir.

C. 19 Mart 1888, S. 90. I. 397. 22 Birinci teşrin 1890, S. 90. I. 532 Cpr. C. 27 Mart 1901. S. 1901. I. 228.

Bir otel müdürü aleyhine, çalıştığı yerde sebze artıkları üzerine basmak suretile kayarak düşüp yaralanan, mutfak hizmetindeki bir kız tarafından açılan bir zarar ve ziyan davası karşısında; oteldeki ve başka yerlerdeki itiyatlar hilâfına olarak, düşmenin vuku bulduğu yerin, oğün, kepek veya hızar talaşı ile örtülmediğini ve bahse mevzu olan artıkların toplanması için hiç bir kâp hazırlanmamış olduğunu ispat eden müddei müddeinin delillerinin isabetsiz bularak reddeden hüküm, ileri sürülen fiillerde müddemiş kusur mahiyetini tanınamamış olmasından bozulacaktır. Civ. C. 10 Şubat 1913.

Bir kazanın neticelerinden mesuliyet davasında kusur teşkil eden belirli bir fiilin bu kazaya zaruri ve tabii olarak sebep olduğu veya kazayı ağırlaştırdığı iddia ve ilk hâkimler tarafından du iddia tahkik ve kabul edilmiş olursa, istinaf mahkemesinde hükmün tasdikını talep eden müddei, bizzat bu talebi ile bu fiilin delilliğini vermiş bulunur. Bu suretle, böyle bir halde, istinaf mahkemesi, müddeinin iddiasının gerçekliğini kabul etmemiş "olmaksızın dahi "müddeinin iddiadan başka bir şey yapmadığı, bahanesile bu iddiayı reddedemeyecektir. Civ. C. 18 Temmuz 1904, Gaz. 28 Temmuz.

Kaza sebebiyle açılan bir zarar ve ziyan davasında mağdur, ispat edilebildikleri takdirde müddaaaleyhin kusurunu ortaya koyabilecek fiiller ileri sürerse, delil ikamesi teklifini ret için, esasa bakan hâkimlerin, diğer her hangi bir sebep göstermeksizin, müddei tarafından kaza hakkında şimdi söylenenlerin ilk defa jandarmanın hazırlık tahkikatında söylediklerinden farklı olduğunu ve bu hazırlık tahkiki evrakının tetkikinden "müddaaaleyhe hiç bir kusur ve ihmalin isnat olunamayacağı kanaatini, edindiklerinin bildirmeleri kâfi gelmeyecektir. Filhakika, hâkimler tarafından nazarı itibare alınan ve ileri sürülen fiillerin kusur vasıflarını ortadan kaldıracak mahiyette bulunan şartları bildirmeyen bu kadar müphem bir formül, temyiz mahkemesine, hakkı olan murakabeyi icra etmek imkânını veremez. Civ. C. 22 İkinci Teşrin 1910. Gaz. 30 İkinci Teşrin.

[1] C. 21 İkinci kânun 1903, D. 03. I. 105. 24 İkinci teşrin 1903, D. 06. I. 243. 15 İlk Kânun 1903, D. 09. I. 88 ve not.

14 İlk teşrin 1890 tarihli Bern milletler arası mukavelesinin 84. maddesi hükmünce, eşyanın tamamen veya kısmen ziyâ halinde demir yolları tarafından verilecek tazminat, cari fiâta veya cari fiat mevcut olmadığı takdirde, bu eşyanın naklinin kabul edildiği yer ve zamanda aynı cins ve vasıftaki eşyanın mutad kıymetlerine göre hesaplanacaktır Bundan başka ödenmiş bulunan, kumrük, nakliye vesaire ... masrafları ilâveedilecektir.

Bu suretle karar vermekle, yüksek mahkeme, belki de mutlak bir man-tığa uymuş olmuyor.

2— Bu haksız fiilin, müddealeylehe isnadının kanunen mümkün olup olmadığı.

Haksız fiilin müddealeylehe isnat olunabilmesinin, yani bu fiilin ondan sadır olmasının, onun serbest irade ve kararından ileri gelmesinin lüzumu- açıktır

Meselâ, başkasını ancak zarar görenin kendi kusuru ile mutazarrır eden bir fiil haksız bir fiil teşkil edemez [1].

Esasa bakan hâkimler tarafından nazarı itibare alınan fiillerin sabit oldukları kabul etmekle beraber temyiz mahkemesinin bu fiillerin kanunen müddealeylehe isnadının kabil olmadığına karar vermek hakkına sahip bu- lunduğu aşikârdır.

Bu tazminatın evvelden tahdidî kaidesine yalnız iki istisna koymuştur: 1. E- ğer teslimde elde edilecek bir menfaat beyanında bulunulmuşsa 34. cü maddenin tâyin ettiği tazminattan fazla olarak, beyan edilen menfaalla tutarını tecavüz et- memek şartıyla, bir zarar ve ziyau da hükmolunur. (mad. 38); 2. Eğer husule gelen zararın sebebi demir yolları idaresine ait bir hile veya ağır bir kusur ise, verilen tazminat husule gelen zararın tamamına kadar çıkabilir ( 41. Mad. ) fakat, mahke- meler bu hükmü ancak sebebin mevcudiyet şartlarına göre ağır kusuru teşkil eden ve göz önünde tutulan fiilleri tasrih etmek şartıyla tatbik edebilirler ve bilhassa, umumi bir ifade ile "zarar ancak aşırı bir ihmalden, bir ihtimam veya dikkat nok- sanından ileri gelebilir" demekle iktifa edemezler, Civ. C. 23 Nisan 1913.

Aktli kusura ait bulunmakla beraber bu hal tarzını hatırlatmaya mecbur oldu- ğumuzu kabul ediyoruz. Kaideler, aynıdır.

[1] Demir yollarının bir yolu katettiği yerlerde yolu kapayan müteharrik kol- ların iki tarafındaki küçük kapılardan geçen kimse sırf kendi ihtiyatsızlığının kur- banı olabilir. Demir yolları nizamnameleri bu kimselerin hususi hiç bir nezarete tâbi tutmıyarak, adı geçen küçük kapıların kullanılmasını bunlardan geçenlerin ken- di mesuliyetlerine terk etmiş olduğundan, bu cihetten demir yollarına bir mes- uliyet tevaccüh edemez.

Buradaki bekçinin nezareti yalnız yolun arabaların geçmesine mahsus olan kısmı üzerinde mecburidir.

Esasa bakan hâkimler, tesbit ettikleri fiillerden, kazanın yalnız, beden ve akılca sıhhatli bir insan olan ve az bir dikkatle, gayri makul bir korkudan kendini koru- yabileceği ve böylelikle kazaya tek sebep olan düşüncesiz hareketi yapmaktan çeki- nebileceği halde bu dikkati göstermiyen mağdurun ihtiyatsızlığından ileri geldiği ne- ticesini elde ettikleri takdirde, haklı olarak, Medeni kanunun 1382. maddesini tat- bık etmezler. Req. 11 İkinci Kânun 1909, Gaz. 19 ikinci Kânun. Şahsi ihtiyatsız- lığının neticelerini başkasına tahmil etmeğe imkân yoktur: bir hava fişekçisinden, hava fişeklerini bir direğe bağlamak için bir ip alan ve bu ipi kendini bir yere kal- dırmak için yani verildiğinde ayrı bir maksat ve yapacağından başka bir iş için kullanan bir kimse hakkında, haklı olarak, bu suretle karar verilmiştir.

Böylece, başkasını ızzar etmek niyetinde olmaksızın, kendi hakkını kullanmaktan başka bir şey yapmayan kimse, bu hakkın tabii ve nizami kullanılmasının sebebiyet verdiği zararı tazmine mecbur tutulamaz [1].

Aynı suretle, şikâyet [2] veya dâva, mahkemeye dâvet, mahkemede

[1] Bir nazırın yardımını istemek için Paris'e gelen bir öğretmen, görüşme müsnadesini ve imkânını elde edemediği takdirde, yaptığı faydasız masraflardan dolayı, bu nazırdan zarar ve ziyan istemek hakkına sahip değildir. Riom Sulh mahkemesi 25 İkinci teşrin 1905, Gaz. 3 Birinci Kânun.

Bir patronun, yanından çıkarmış olduğu bir amele hakkında, kendisine vaki müracaat üzerine, her türlü ızzar niyetinden âzade olarak ve tam bir hüsnüniyet ve samimiyetle, mahrem bir surette, malûmat vermesi; bu malûmatın, o amelenin malûmatı alan kimse tarafından işten çıkarılmasını intaç etmiş olsa bile, mesuliyetini mucip bir kusur olarak ileri sürülemez. Req. 14 İkinci teşrin 1910, Gaz. 17 İkinci teşrin.

Bir patronun memur ve işçilerinden işlerinin muhafazası veya bazı şahıslar veya müesseselerle devamlı münasebette bulunmak şıklarından birini tercih etmelerini istemek hakkı, eğer bunu istemesi için ciddi ve meşru sebepler mevcutsa, inkâr edilemez.

Binaenaleyh, bir patronun işçi ve memurlarını bir şaraphaneye devamdan men etmesi, bu tedbir, şaraphâne sahibine zarar vermek maksadile değil, bilâkis bizzat patronun kendi ifecari menfaatlarının korunması maksadile alınmış olduğundan, bir zarar ve ziyan dâvasının açılmasına mahal veren bir haksız fiil teşkil edemez. Seine Ticaret mahkemesi, 7 Nisan 1904. Gaz. 20 Mayıs.

Kötü niyetle ve ızzar maksadiyle yazılmış olduğu sabit olmadıkça bir tiyatro tenkit makalesi muharririnin mesuliyetini mucip olamaz.

Bu kötü niyet, ve bilhassa tanınmış imzalarla diğer bazı gazetelerin piyesi met-hetmiş olmalarında, hiç bir suretle, istihraç edilemez. Seine birinci hukuk mahkemesi, 11 Şubat 1908, Gaz. 12 Şubat.

[2] Bir suçun mağduru, adliyeye müracaat ederek suçlunun meydana çıkarılmasına yarayacak ahval ve maddî hâdiseleri bildirmek hakkına sahiptir. Yapılan şikâyet hüsnüniyetle, suçun faili muhtemel olduğu bildirilen şahsa, ne kadar zarar verirse versin, şikâyetin ihtiyatsızlık, küstahlık, hafiflikten âzade olarak yapıldığı sabit olduğu takdirde, bu şahıs mağduru hiç bir mesuliyete muhatap tutamaz. Seine Üçüncü Hukuk Mahkemesi, 3 Şubat 1904, Gaz. 5 Haziran.

Adli mercine bir suçu ihbar ve masum bir şahsı bu suçun faili olarak gösteren kimse, kötü niyet ve ızzar kastıyla hareket etmedikçe, zarar ve ziyan ödemeğe mecbur olmamakla beraber, mahkemeler daima, ihbarın yapılmasındaki veya tevkifin husulünü dâvetteki hafifliğin medeni Kanununun 1382. ve 1383. maddeleri mefhumuna giren bir kusur teşkil edip etmediğini tetkik ve takdir edeceklerdir.

Bilhassa, yanlış bir benzetişle, aldanmadığını temin eden her hangi bir tedbire, daha evvel baş vurmazsınız, bir kahvenin tam ortasında, bir şahsı malını çalan kimse olarak tevkif ettiren bir hırsızlık mağdurunun misalinde hal böyledir. Seine Beşinci yardımcı hukuk mahkemesi, 12 Birinci Kânun 1906, Gaz. 17 Mayıs.

Yardımcı adli memur (noter, avue vesaire) aleyhine müddei umumiye küstahça verilen bir şikâyet, haline göre, bu memur tarafından bir zarar ziyan dâvasının açılmasına mahal verebilir. Andelys, hukuk mahkemesi, 23 Şubat 1904, Gaz. 29 Şubat.

**müdafaa [1], kötü niyetli veya şeytani bir hareket veya, en aşağı, hileye**

Bu dâvanın açılması için şikâyetin kötü niyetle ve ızar kastıyla yapılmış olması şart değildir. Şikâyetinin haksız olduğu müddeianumuce kabul edildiği takdirde ihtiyatsızlık veya affı mümkün olmayan bir hafiflik, şikâyet edenin hukuki mes'uliyetinin kabulü için kâfidir.

Okur yazar olduğu ve iddialarının gerçeklik derecesini mürakabe için lüzumlu bütün vesikalar eli altında bulunduğu halde, şikâyetçi hâdiseleri yanlış bir surette izah etmişse, affı mümkün olmayan hafiflik vardır.

Boşluğu, ehli vukuf tarafından tamamen ispat edilen bir şikâyetle ısrar etmesi şikâyetçi için, 1382. maddeye göre zarar ve ziyan ödemesini intaç edecek bir kusur teşkil eder. Ornéans, 16 Haziran 1910, Gaz. 19 Temmuz.

[1] Dâvasına hakverdikten mada, müddet tarafından dâvanın kötü ve incitici bir surette kullanıldığını müşahade ve aleyhine hiç bir kusur mevzu bahis etmeksizin ve tazminata hükümlenmesini mucip bir sebebi göstermeksizin müddeialeyhi ayrıca zarar ve ziyana mahkûm eden hüküm bozulur. Civ. C. 30 Birinci Kânun 1907, Gaz. 12 Şubat.

Mahkeme masraflarından maada, müddeaaaleyhi, talebe mukavemetinin mübalâğah ve incitici olduğunu müşahade etmeksizin ve kararının bu kısmı için mucip hiç bir sebep göstermeksizin, ayrıca bir tazminata mahkûm eden hüküm bozulacaktır. Civ. C. 2 Ağustos 1905, Gaz. 6 Ağustos.

Mahkemede bir talepte bulunan bir kimse bu talep şeytani veya kötü niyetli bir hareket veya hiç değilse hileye muadil kaba bir hata teşkil etmedikçe, zarar ve ziyan ödemeği mucip bir kusur haline inkilâp etmeyecek bir hak kullanmış olur. Ve, kaziyet mahkeme def'i dermeyanile reddi mümkün bir talepte bulunan müddei sırf bundan dolayı, hileye muadil ağır bir kusur işlemiş sayılamaz. Civ. C. 6 İkinci Kânun 1909, Gaz. 12 Şubat.

Adliyede bir dâvanın açılması, şeytani veya kötü niyetli bir hareket teşkil etmedikçe, zarar ve ziyan vermeği mucip bir kusur haline inkilâp edemez. Binaenaleyh, ilk hâkimler kararını tasdik ettikten sonra, istinaf edeni, yalnız, dâvasının istinafa intikal ettirdiği, ve böylece celp edilenin buna bağlı menfaatlarını muallakta tutmak suretiyle tamire mecbur olduğu bir zarar ika ettiği bahanesiyle zarar ve ziyana mahkûm eden istinaf hükmü temyizde bozulacaktır. Civ. C. 24 Nisan 1907, Gaz. 7. Mayıs.

Mahkemede müdafaa, şeytani veya kötü niyetli bir hareket teşkil etmedikçe, zarar ve ziyan vermeği mucip bir kusur haline inkilâp etmeyen bir haktır. Ceza mahkemesi, 31 ilk Kânun 1908, Gaz. 30 Nisan.

Aleyhine verilen hükümü istinaf ederek mahkûmiyetlerinin bir kısmından kurtulan kimsenin bu istinafi, mütekaddim mahkeme safhalarında devamlı surette hâzır bulunmamış olmasına rağmen, "incitici ve yalnız uğraştırıcı" sayılamaz. Binaenaleyh, bu kimsenin, bu ehetten, zarar ve ziyana mahkûm edilmesi kanunen meşru gösterilemez. C. 26 ikinci kânun 1899, S.1901.1.353. 6 ikinci teşrin 1900. S.1901.1.235; D.1901.1.12.22 İkinci kânun 1902, S.1903.1.533; D. 1904.1.237. 27 temmuz 1903, D.1903.1.488.14 mart 1905, D.1905.1.270. 30 mayıs 1907, Gaz. 1 haziran.

Fakat, rakiplerine tatbik ettiği usullerin öğrenilmesi imkânını vermek suretiyle, müddeialeyhin zarara uğramasına sebep olan kütahane ve incitici bir takip

muadil kaba bir hata [1] teşkil etmedikçe, kusur teşkil edecek mahiyette görülmezler.

teşkil eden bir taklit dâvası ve bunun neticesi olarak icra edilen bir haciz müddei-  
nin zarar ve ziyana mahkûm olmasını mucip olabılır. Req. 10 temmuz 1911, Gaz. 13  
temmuz.

İlk menfaati ile zarar ve ziyan talebi arasındaki mubalâgalı nisbetsizlik, teh-  
dit ve taaruzlarının devamı müddeti, bitmez inatçılığı ve dâvaya sebep olan hâdiseler-  
lerin müddeinin bilhassa müddeaaaleyhlerin istirahatlarını bozmak maksadını oldu-  
ğu kadar haklarındaki kötü ve şeytani düşüncesini de tebarüz ettirdiğini beyan  
eden karar müddeinin mahkeme masraflarından fazla olarak zarar ve ziyana da  
mahkûmiyetini kafi derecede izah etmektedir. C.28 birinci kânun 1898 Req.23 birin-  
ci teşrin 1908, Gaz.26 ikinci teşrin.

Dâvasının küstahlığı ve müddeaaaleyhin bir çok teşebbüslerine sebep olması  
onu ızzar eden müddeiyi hâkim zarar ve ziyana mahkûm edebilir. Req. 10 mart  
1909, Gaz. 11 mart.

Eğer "düşüncesizce,, tâbiri yalnız hükmün, talebin ciddi olmadığını izah için  
tesbit ettiği hâdiselere değil aynı zamanda, asliye mahkemesinde açığı benzer bir  
dâvada uğradığı pek yeni muvaffakiyetsizlikten uyanmış olmasının icap etmesi key-  
fiyetine de işaret ediyorsa, "düşüncesizce,, bir dâva açtığı için bir dâvacıyı zarar  
ve ziyana mahkûm eden bir istinaf mahkemesini mahuzze etmek mümkün değildir.  
Fihakika, istinaf mahkemesi bu şartlar altında yeni bir dâva açan müddeinin bir  
kusur işlemiş olduğunu kabul edebilir ve binaenaleyh onu zarar ve ziyana mahkûm  
edebilir. Req.29 ikinci teşrin 1905, Gaz. 7 birinci kânun.

[1] Evvelce de söylediğimiz gibi, mahkemede müdafaa, şeytani veya kötü ni-  
yeli bir hareket veya hiç olmazsa hileye muadil kaba bir hata teşkil etmedikçe  
zarar ve ziyan talebine yer veren bir kusur haline inkılâp etmeyen bir hakır. Ve,  
bu vaziyet karşısında, bir dâvacının, zarar ve ziyana mahkûmiyetini haklı göstere-  
bilmek için dâvanın bir suistimal vasfını haiz olduğunu gösteren hiç bir sebep zik-  
retmeksizin ve mahkûm edilen taraf aleyhine hakkını kullanmakta işlediği bir ku-  
suru tesbit etmeksizin sadece dâvayı "kanuna, hukuka aykırı,, diye vasıflandırmak  
kâfi gelmeyecektir. Civ.C.7 temmuz 1910, Gaz. 14 temmuz.

Bir mahkeme, bir hilesini müşahade ve tesbit etmeksizin, bir tarafı, duruşma  
tazminatı, yersiz masraflar vesaire denen zarar ve ziyana mahkûm edemez. Bu, bil-  
hassa, zarar ve ziyan, diğer tarafın, bir dâvanın istirdadı mümkün olmayan seyahat,  
sıkıntı, vesaire gibi masraflarını ödemeğe matuf olduğu takdirde böyledir. Pau,  
18 mayıs 1910, Gaz. 18 ikinci teşrin.

Müslihane bir keşif veya muayene veya ehli-vukufça yapılacak bir tetkike işti-  
rakten imtina eden bir taraf adliyyeye müracaat etmek hakkını kullanmaktan başka  
bir şey yapmış olmaz ve sırf bundan dolayı zarar ve ziyana mahkûm edilemez. Civ.  
C.4 temmuz 1905, Gaz. 22 birinci kânun.

Dâvaya karşı müddeaaaleyhin mukavemeti, müddeinin para ve zaman kaybına  
sebep olan, istenerek ve aranarak ihdas edilmiş, hâdiselerle tebarüz ettiği takdirde,  
yalnız bunu tesbit etmek, bir zarar ve ziyana mahkûmiyete kanuni bir temel ver-  
meğe yeter. Req. 14 mart 1905, Gaz. 16 mart.

Fakat, bütün bunlar, pek makul olan, «hakkın suüstimali» [1] Tezinin mahfuziyeti şartile kabul olunmalıdır.

Esas itibarile, herkesin hakkı, diğerinin zararının başladığı, meselâ, bu zararın iyi komşuluk kaidelerinin icap ettirdiği müsamaha hududunu hemen tecavüz ettiği yerde durur [2].

### 3 — Esasa bakan hâkimin tesbit ettiği hâdiselere göre müşterek veya

[1] Hakkın suüstimali hakkında bak: Appert, sirey, 1901.2. 217 ve not; Char-mont, Rev. Trim. dr. Civ., 1902, S. 113; aynı, Rev. Crit. exam. Doctrim, 1905, S. 325; Saleilles, bullet. Soc. et législat., 1905, S. 325; Desserteaux, rev. Trim. Der. Civ., 1906, S. 119; César. Bru ve Morin, la responsabilité, la faute, le risque, l'abus du droit (annales des Facultés d'Aix, haziran 1906); Josserand, Dalloz, 1906.2. 105, Not: Cod, 1906.2. 73; planiol, du fondement de la responsabilité (rev. Cirit., 1905, S. 277; 1906, S. 80); Traité de droit civil, cilt. II, No. 870 ve sonrakiler. Julliot, de l'abus du droit dans ses applications à la locomotion aérienne.

[2] Taraflardan birinin diğeri aleyhine müracaat ettiği hukuki vasıtalar, sırf kendiliklerinden, kanun anlamında bir cebir, ve, esas itibarile, bu, müracaatın neticesi olan mukavelenin iptali için bir sebep teşkil edemeyecekleri doğru olmakla beraber, bu kaide, mahkemelere, hakikatte alacaklının hakkını kanuna uygun surette kullanıp kullanmadığını veya hakkını suüstimal edip etmediğini tetkik etmek salâhiyetinden mahrum edemez. Vaziyete göre, hâkimler, müracaat olunan vasıtalarda, borçludan mübalâgalı vaatler koparmak için kullanılan, rızayı ifsat edecek mahiyette haksız bir şiddet görebilirler. Req. 10 ikinci teşrin 1908, Gaz. 12 ikinci teşrin.

Patronlarının "index,e konduğunu arkadaşlarına bildirmek için ilân yapıştırmak yoluna müracaat eden sendikali işçiler esasını kanundan alan bir kararın icrasının nizamî bir şeklini kullanmaktan başka bir şey yapmış olmazlar. Fakat, böyle bir halde, ilân yapıştırmak hakkının memba ve hududlarının tarafların karşılıklı talep ve şikâyetlerinin sadece serdedilmesi teşkil eder. Eğer, buna hileli manevralar, iftira, hakaret veya sövme mahiyetinde isnatlar karıştırılırsa, meşru bir hareket bir suç veya haksız bir fiil haline kalbedilmiş olur.

Matbasını başkasına yalnız arıyeten tevdi etmek fiili tabii mes'uliyetini doğuramaz, fakat kendi hesabına bir kusurun mevcudiyeti anlaşılırsa, bu mes'uliyet kabul olunabilecek bir hai alır. Nimes 30 İkinci Kânun 1907, Gaz.2 Mayıs. Paris Se-kizinci mahkeme, 22 Mayıs 1913, Gaz. 24 Birinci teşrin.

Vasiyetnameyi vaktinde ibraz etmemek suretiyle, kendi aleyhine bir kira mukavelesinin iptali dâvasının açılmasına sebep olduğu gibi aynı zamanda, varissiz kalan mirasa bir kayyım ve bir yedieminin tayinini de zarurî kılan ve bu vasiyetname ile mirasçı tayin edilmiş bulunau kimse mes'uliyetini mucip olacak zarar ve ziyana mahkûmiyetine sebep teşkil edebilecek mahiyette bir kusur işlemiş olur. Seine, beşinci hukuk mahkemesi, 14 İkinci Kânun 1904, Gaz. 27 Haziran.

Mahkeme, maznunları berat ettirdiği takdirde, bunların talebi üzerine, bir zarar ve kötü niyetin mevcudiyetini tesbit ettiği takdirde, şikâyetçiyi zarar ve ziyana mahkûm edebilir. Cass. crim. 17 temmuz 1909. Gaz. 25 Temmuz 1909.



karşılıklı kusur mevcut olduğunda takdirde, zararın hakiki sebebinin nedem ibaret bulunduğu [1].

4 — Mahkemeye muracaat edenin tabii, kanunî veya akdî vaziyeti sebebiyle üçüncü bir şahsın kusurunu yüzünden zarara uğramış bulunup bulunmadığı.

Filhakika, zarar ve ziyan dâvası, doğrudan doğruya veya bil vasıta zarar gören her şahsa aittir [2].

Binaenaleyh, Temyiz mahkemesi, bir kimsenin (menfaatinin mahiyeti itibariyle) mahkemeye müracaata haklı olup olmadığına karar vermek hususunda murakabe hakkına sahip bulunmaktadır.

5—Müddeide verilen zararlar kusur arasında bir illiyet bağının mevcut olup olmadığı ve uğranılan zararın halen mevcut ve katî bulunup bulunmadığı [3].

[1] C. 28 Şubat 1910, S. 1911, 1. 329 ve M. Appert'in notu.

Bundan şu netice çıkarkı, hâkimler, mağdurun ihtiyatsızlığının, uğradığı zararın neticelerinin kendisine rucu edebilmesini intaç edebileceğine karar veremezler. C. 20 Ağustos 1879, S. 80. 1. 55. 28 Ağustos 1882, S. 85. 1. 19. 10 İkinci teşrin 1884, S. 85. 1. 129. 7 Ağustos 1895, S. 96. 1. 125. 11 İkinci teşrin 1896, S. 96. 1. 228. 28 Mart 1900, S. 02. 1. 259.

[2] C. 22 Mayıs 1903. Le droit 26 Haziran 1903. Req. 6 Mayıs 1912 C. 7 Mart 1911. Paris birinci mahkeme, 26 İkinci teşrin 1909.

Aubry ve Rau, cilt 4. S. 748, § 445. Rauter. cours de legislat. Crim Cilt 2, S. 444. Huc. Cilt 6, No. 420. Laurent, Cilt 20 No. 534. Larombiere, 1583, cü maddeler hakkında, No. 86. Demolombe, cilt 36, No. 673 ve sonrakiler. Bu sonuncu müellif 674. cü numaralarının sonlarında, Medenî Kanununun 1382 ve 1383. cü maddeleri doğan dâva kanunî veya aktî her hangi bir istlâf haricinde mevcuttur.

Sigorta mevadında kararlaşanda bu idi. Bir yangının neticelerinden sigortahı tazmin eden sigortacı, yangının falli aleyhine bir dâva hakkını haizdir.

C. 22 Birinci Kânun 1852, S. 53. 1. 509; S. 53. 1. 49' D. 53. 1. 93. c. 12 Ağustos 1872, D. 72. 1. 293. Jura ağır ceza mahkemesinin 28 Haziran 1884 tarihli kararıyle mukayese ediniz, S. 85. 2. 219; S. 85. 1258.

Dalloz, Repertoire, v. Resp. No. 34 ve sonrakiler. Supp., No. 213 ve sonrakiler. epr. crim. ret, 23 Haziran 1829, D. 59. 1. 359. Dalloz, Repertoire, v. assurances, supp., No. 226. Fauzier — Hermann, repertoire, v. Dommages — interets, No. 55 ve sonrakiler. Ansurances en geneeal, v. 526.

Muhsif reyicini: Amies, 7 Birinci Kânun 1902. Paris 26 Mart 1891 27 Mart 1903 S. 03. 2. 257. 21 Mart 1905. Le droit 7 Haziran 1905. Bordeaux, 14 Ağustos 1889. Rec. de Bordeaux, 1889. 1. 550.

Hitier, D. 03. 2. 313 ve Capitant, rev. trim. de dr. Civ. 1903, S. 37 ve sonrakiler.

[3] İlliyet bağının tesbiti butlan tahdidıyla emredilmiş bulunmaktadır. C. 19 Mart 88, S. 90. 1. 397. 14 Mart 92, S. 92. 1. 523; D. 92. 1. 343. 13 Haziran 94,

Bu itibarla, Temyiz mahkemesi aşağıdaki hususlara karar vermek için mürakabe hakkını mahfuz tutmaktadır:

a) Kusurlu zarar arasındaki münasebetin müddealeylehlerin müteselsil mesuliyetlerini intaç edebilecek kadar yakın bulunup bulunmadığı [2];

S. 94. 1. 364; D. 94. 1. 565, 30 Mart 1908, S. 08. 1. 392. 26 İkinciteşrin 1907, D. 08. 2. 139. 14 Şubat 1898, D. 1900. 1. 73 ve Rau'nun raporu, 31 Birincikânun 1902, D. 08. 1. 126.

Basit bir faraziyenin yalnız ifade edilmiş olması kâfi değildir.

1890 kanununun tatbikını takdir ve kabul ettikten sonra, hâkim, tesbit ettiği hadiselerden, acil bir ihtiyacını tatmin için sınıftan ayrılan (ve bu ayrıldığı esnada bir kaza husule gelen) öğretmenin, devlet tarafından aleyhine açılan teminat davasına esas teşkil edebilecek ve medeni kanunun 1382. maddesi mefhumuna girebilecek mahiyette bir kusur işlediğinin sabit olmadığı neticesini, hele, öğretmenin yokluğu ile kaza arasındaki illiyet bağı üzerinde bir şüphe mevcut olduğu takdirde, çıkarabilir. Aynı birer esasa dayanan mesuliyetlerin tatbikına ait bu takdirler arasında hiç bir zıddiyet mevcut değildir. C. 19 Mayıs 1909.

[2] Bir suç veya bir haksız fiilin başlıca faillerinin, müşterek faillerinin, feran zimethallerinin müteselsil mesuliyetleri esası hakkında bak: müsbet olarak. C. 11 Temmuz 1826, S. chr. 29 Şubat 1836, S. 36. 1. 293. 7 Ağustos 1837, S. 37. 1. 889. 12 İkincikânun 1863, S. 63. 1. 249. 23 Ağustos 1869, S. 69. 1. 469. 17 Temmuz 1872. D. 73. 1. 205. 10 İkinciteşrin 1879, D. 98. 1. 310. 14 Şubat 1898, D. 1900. 1. 73. 26 İkinciteşrin 1907.

Baudry—Lacantinerie ve Barde haklı olarak şöyle diyor: "mesuliyet taksim edilse idi 1382 ve 1383. maddelerin tatbik kabiliyetleri temin edilmemiş olurdu. Karşılıklı mesuliyet hisselerini tesbite imkân olmıyan ve birisi ödeme kabiliyetinden mahrum bulunan iki şahıs tarafından sebebiyet verilen bir zarar farzedelim. Ödemeğe kabiliyetli olanın kusurunun bütün zararın husulüne kâfi gelmiş olması ihtimal içinde iken her birinin hissesine tazminatın ancak yarısını ayırmak geniş ölçüde adaletsiz ve açık olarak, yukarıda zikredilen kükümlere aykırı olmaz mı idi,?"

Bak. Larombiere, Madde 1202, No. 22. Aubry ve Rau, § 445, S. 749. Demolombe, Cilt 26, No. 291, 293.

Müşterek bir kusurdan müteaddit şahısların mesul olduğu hallerde, mesullerden her birinin husule gelen zararın tamirine ne nisbette iştirak edeceğini tayin etmek mahkemeye aittir. Req. 18 İkincikânun 1905, Gaz. 24 İkincikânun.

Cpr. C. 24 Temmuz 1878, S. 79. 1. 463. 11 Temmuz 1892, S. 92. 1. 505, D. 94. 1. 1205.

Müteaddit şahısların kusuru ile husule gelen zararın bir fiilin tamiri, mukavelesiz olarak husule gelen külfetlere dair prensipler gereğince, bu fiile iştirak edenlerin kusur hisselerini ayrı ayrı tayin etmek mümkün olmadığı takdirde, mağdur lehine olarak, her biri için tazminatın tamamına hükümlenmek lâzımdır. Ve, hâkimin, herkesin kusurunun ağırlık derecesini takdir ederek, haksız fiilin müşterek faillerinden her biri hakkında tazminatın tutarını gayri müsbet surette taksim etmesi de pek ehemmiyetli değildir. Req. 26 İkinciteşrin 1907, Gaz. 28 İkinciteşrin.

b) Şu veya bu takdir esasının hakikaten hâkimin istinat edebileceğinden olup olmadığı [1];

c) Şu veya bu beyan veya tavsifin, bizzat temyiz edilen hükmün tesbit ettiği hususlarla tezat halinde olup olmadığı;

d) Hâkim tarafından hükmedilen şu veya bu mahiyette tazminatın hakikaten kendi salâhiyetlerine dahil bulunup bulunmadığı.

---

[1] Bir mahkûmiyete karar vermek için, aralarında bir fark gözetmeksizin, iki ayrı mesuliyet sebebi kabul etmiş bulunan bir hükmün temyizde bozulması için bu sebeplerden yalnız birinin varit görülmemiş olması kâfidir. Civ. 19 Şubat 1890, D. 94. 1. 24. 13 Biricikâanın 1898, 7 Şubat 1906. C. 26 İkinciteşrin 1906, Gaz. 2 Mayıs.

## DÖRDÜNCÜ BAP

### Kanunun tefsiri ve yanlış tefsiri

#### *İptidai mülâhazalar*

Kanunları tefsir etmek hukuk hâkiminin vazifesidir [1].

Kanunun her yanlış tefsiri, bizzarur, kanunun bir ihlâlidir [2].

Temyiz mahkemesi mahkemeleri yeknesak bir içithada irca suretile kazâ tefsiri tanzim eder [3].

Birbirinden tamamen farklı iki faraziyenin tetkik edilmesi iktiza ezmektedir:

1 inci faraziye: Hâkim, kanunun sükûtunu telâfi ve ikmal etmek için, kıyas tarikile, derpiş edilmemiş hususata kanunu tatbik eder. Bu tevsiî (Extensive) tefsirdir.

2 inci faraziye: Hâkim, bizzat metni vuzuhsuzluk, (obscurité) müphemiyet (ambiguité) hallerinde tefsir eder.

Bu asıl mânada tefsir olup, gerek ibarevi (grammaticale) gerek mantıki (logique) olur.

Bu faraziyeleri, sıra ile, tetkik edeceğiz.

## BİRİNCİ FASIL

### KANUNUN TEVSİİ TEFSİRİ

#### Birinci Bent

##### *Tevsiî tefsire müteallik umumi mefhumlar*

Çok defa, hâkim, kanunun evvelden keşif ve tahmin etmemiş olduğu hususata, hallere onu tatbik etmek mecburiyetindedir [4].

[1] Yukarıda Sh., 286—288—297 ye bak. Mamafih Sh., 286 N: 3 e bak. Kanunun tefsiri nazariyesine metin şerhi (herméneutique) denir.

[2] Tarbé Sh. 52.

[3] İşte temyiz mahkemesinin formüllerinden bazıları:

"Bu metin esas dâva hâkimlerinin (Juges du fond.) ona atf ve isnat ettikleri tefsire müteallik olmadığı cihetle,..."

"Sarih ve katî bir metne rağmen, kanun var'ının iradesinin sırf indî bir şekilde tefsir olunmasına binaen "ilâhîr..."

[4] Aubry et Rau, Cil. I Sh. 40. Hortensius St—Alban: Logique Judiciaire.

Bu suretle hâkim (tevsit tefsir) işini yapar.

«Bugün yüz yaşını aşmış olan medenî kanun elân canlı ve hâlâ takdire âyık bir eserdir.

«Fakat, her beşer eseri gibi, onun da, senelerin müruru ve içtimai tahavvüllerin daha barizleştirdiği ve esasen müelliflerinin de keşfi tahmin etmiş oldukları bir takım noksanları, boşlukları vardı [1].

«Mahaza kanun, metninde lâfzan gösterilmemiş olsa bile; bilkuvve ruhuna dahil bulunan bütün hallere kabili tatbiktir.

«Aksine olarak, bir kanunun hükmü, metnin hakikatta ihtiva eder görüldüğü, fakat ruhile telif olunamıyan hallere kabili tatbik değildir. [2]

[1] «Kanunu medeni lâyhasının taktimi münasebetile müellifler tradetikleri «Discours préliminaire», de:

«Her şeyi tanzim, her şeyi önceden keşif ve tahmin etmek iddiasından ibaret «tehlikeli ihtirastan çekindik. Cemiyetin ihtiyaçları o kadar mütehavvil, insanlarına «baraketi o derece faal, menfaatleri o kadar vâsidir ki kanun vaz'ı için her şeye çare bulmak imkânsızdır. Fazla olarak zamanın tesirini nasıl tahdit etmeli? Hâdiselerin cereyanına veya âdetin hissedilmez ilerleyişine nasıl karşı koymalı? Yalnız tecrübânın bize ifşa edebileceği şeyi nasıl evvelden bilip hesap etmeli?... Bir kanun, «ne kadar mükemmel görünürse görünsün, hâkime arzolanacak gayrimelhuz binlerce «messilden sonra ancak tekemmül eder. Zira kanunlar, bir defa kaleme alındımı, «nasıl yazılmışlarsa öylece kalırlar; insanlar, bilâkis, hiç rıhat durmaz; daima hareket halindedirler; ve tesirleri ahval ve şerait ilcasile muhtelif surette tadile uğrayan bu tevakküfsüz faaliyet her an yeni bir kombinasyon, yeni bir hâdise, yeni bir «netice doğurur. Kanunların tatbikını sevk ve idare etmek, onların umumî ruhuna «nüfuz etmiş olan hâkime, hukukçuya düşen bir vazifedir.» Diyorlardı. Portalis, Discours Préliminaire.

[2] Birinci reis M. Ballot — Beaupré, Medeni kanunun yüzüncü yıl natku Discours du centenaire du Code civil: Le droit gazetesinin 31 Teşrinievvel ve İkinci Kanun 1904 NO. larına bakınız.

«Kararı, bir taraftan, bir metin üzerine istinat ettirmek zarureti, şüphesiz, «indiligi ihtidit ve binaenaleyh bir teminat teşkil ettiği diğer taraftan, Medeni kanunun, bana göre, mahkemelere ihtilâfati hal için bir imkân tedarik etmek maksadile, daima, çok sayıda oldukça umumî veya hayli elastiki ahkâm ihtiva ettiği noktasına nazarı dikkati celp etmek isterim (Bu ibareyi içtihadı muhakimden bir çok «misaller takip etmektedir). İctihadı muhakim bahsettiğim terakkileri, gerek eski «suistimaller tesiri ile konulmuş veya kadim ananelerden mülhem olmuş hükümler aleyhine hareket, gerekse bizzat kanun hükümlerini tafsil suretile tahakkuk ettirmiştir. Metin her hangi bir müphemiyet arzeder. mâra ve şumûlî üzerinde bir «takım şüpheler varit elur, diğer bir kanun hükmü ile karşılaştırılınca, muayyen «bir ölçüde, nakız veya tahdit edilir, yahut aksine olarak tafsil edilebildiği takdirde. «O zaman hâkimin en geniş salâhiyetlere sahip olduğu kanaatindeyim; hâkim, yüz «sene evvel kanun müelliflerinin şu ve ya bu maddeyi yazarken maksadı ne olduğunu masırrane aramakla vakit kaybetmemeli; aynı madde bu gün onlar tarafıdan «yazılma idi nasıl olacağını kendi kendine sormalı; bir asırdan beri, Fransanın ef-

Bir metnin ruhu, afaki olarak değişmez isede, ıstılahın felsefi mânada zarurî bir tekâmüle maruz kaldığı söylenebilir.

Metin işlenebilir bir hal iktisap eder. «Bununla beraber aşının ağacın gövdesine intibakı ve neşvünema bulması lâzımdır.»

Binaenaleyh, Roma hukukçusunun tavsiyesine tevfikân, hayirhab bir cevap ve bir tefsir fırsatını yakalamak için musaraat olunmalıdır: *Rapelenda occasio est, quoe prebet benignius responsum; benignius leges interpretandoe sunt.*

Fakat korkulacak derecede muhîli fazilet olan zoraki tefsir = interprétation forcée'den sakınmak gerektir.

Zoraki tefsir, kanun müellifinin tasavvur etmediği bir terakkîyi kanunla tahakkuk ettirmeğe gayret eden tefsirdir.

“kânında, âdatında, bilgisinde iktisadi ve içtimai halinde tesir icra etmiş olan bütün değişiklikler muvacehesinde adalet ve aklın insanlık bakımından, hür bir suretle, asri hayatın realite ve zaruretlerine metot uydurmak hususunda icap ettirdiği şeyi kendi kendine kararlaştırmalıdır. Bu zarurî tekâmül hususunda, Medeni kanun hukukçalarını elinde emsalsiz kudrette bir alettir; o, Kâh bir prensip vaz eder ondan en mütenevvi faraziyelerde sadece mantiki neticeler çıkarır; kâh bir prensibin mevcudiyetini tazammun eden bir hal tarzı verir, bundan prensip istihraç olunur ve yeni faraziyeler elde etmek maksadile müşabih neticeler çıkarmak üzere yeniden prensibe doğru gidilir; kâh birbirlerinden ayrı ve uzak olsa bile bir takım maddelerin cem ve telifi suretile iş bu maddelerden birinin şiddetli hükümlerini tahfif ve noksanlarını tahşih imkânını verir...”

Biz M. Ballot — Besupré nin bu izahatına Portaliz'in kisi ilâve edeceğiz:

“Kanun vazılarına mahsus bir bilgi = Science mevcut olduğu gibi hâkimler için de vardır. biri diğerine benzemez Kanun vazının bilgisi her mesele hakkında müşterek saadete en elverişli prensipleri bulmaktan ibarettir; hâkimin bilgisi bu prensipleri hususi faraziyelere mutadil ve makul bir şekilde tatbik ederek mevkiî icraya koymak, onları delandırıp budaklandırmak, genişletmektir; lafız sakti olduğu vakit kanunun ruhunu telkik etmek ve zaman, zaman esir ve asri olmak tehlikelerine düşmemek ve köfelik ruhu ile inkijyat etmemektir.

“Kanun vazının içtihadı muhakime karşı uyarık olması lâzımdır; o vasıta ile tenvir edilebilir, ve kendi yönünden onu tashih edebilir; fakat bir içtihadı muhakimin mevcudiyeti de lâzımdır. Mevadi hukukiyei terkîp eden bunca nuhte ifmesail sonsuzluğu içinde ve işbu mesail için verilen hüküm, ahvalin en büyük ekseriyeti itibarile, katî bir metnâ tatbikundan çok, neticeye götürün müteaddit metinlerin, işbu metinlar böyle bir neticeyi muhtevî olmasalar bile, cem ve telifidir; kanundan vazgeçilemediği gibi jürüprüdanstan da vaz geçilemez. Binaenaleyh, makul bir mevzuat plânında yer alamıyan nadir ve olaganüstü hâllerle, vazın kanunun birgünâ işgal etmemesi lâzım gelen çok mütehavvil ve pek ihtilâllı tafsilâtı ve önceden keşif ve tahmin etmek için beyhude yere gayret sarfolunacak veya aceleci bir tahminin = prévoyance bilatehlike tarife muktedit olamayacağı bütün mesaili içtihadı muhakime terk ediyoruz.

“Portaliz; Discours préliminaire

«Diğer taraftan Metin hiç bir müphemiyet arzetmediği, âmîr bir şekil altında sarîh ve katî ise, hâkim ona serfuru ve ifaate mecburdur; eğer hâkim bu mutavaatı göstermezse, en iptidai bir vazifede kusur eder ve böyle suiistimaller, taammüm suretile, hakiki bir anarşi doğurur [1].»

Temyiz mahkemesinin tevsii tefsire mütedair içtihadatının tetkiki pek büyük fayda arzeder.

Hiç bir memleket jürisprüdansı kanun önünde Fransa mahkemelerinden daha çok serfuru etmiş değildir.

Temyiz mahkemesinin kanunu tadil etmeği asla düşünmemiştir; ve bunun delili, bir fakım boşlukları doldurmak mümkün olmadığından bu noksanları itmam ve ikmal için müteaddit kanunlarda müdahale etmek mecburiyetinde kalmış olmasıdır.

Buna mukabil Temyiz mahkemesi müşabehet tarikile tefsir prensibini pek hâkimane bir şekilde tevsî lehine tatbik etmiştir. [2]

[1] Ballot — Beaupré; loc. cit.

[2] Fransa, da, içtihadı muhakim; bilhassa sigorta mevadında ve Medeni kanununun 1119 uncu maddesi yardımı ile dirki hakkaniyete uygun tevsî işini başarmıştır. Kanun, bu mebhasta hiç kaide koymamıştır.

Elden hibeye müteallik içtihadı muhakim hibe şartlarının şiddetine çare bulmak hususunda da bir vasıta olmuştur.

Kezalik bu cümleden olarak şunları da zikredelim:

Gayrı kabili ferağ cihaz ve İncluse Nazariyesi;

Kadına verilen zımmı vekâlet;

İkamelerin şiddetini bertaraf eden mükellefiyetli teberru, şartlı teberru nazariyesi;

Apparent = zahiri mirasçının muamelatının müteberiyeti;

Miras sebebiyle istibkak davasında ( hüsniniyet ) sahibi müteadealeyleh tarafından semerelerin iktisabı;

Hüsnüniyeyle yapılan batıl evlenme = le mariage putatif;

Mameleklerin tefriki;

Nefî ve hasarlı satışlar ( Medeni kanununun 1599 uncu maddesince butlanı kabul edilmiş olmasına rağmen);

Nişanlanma nazariyesi;

Müserifin idare salâhiyeti;

Naktiyecinin yolucuyu mahalli maksuda = destination sağ ve salim götürmek vechesi. Civ rejete 27 Kanunu sani 1913. 9 Nisan 1913

De la Grasserie'nin de la fonction et desjurndiction decassation en législation comp're'e'sine bakınız. Müellif temyiz mahkemesinin içtihadatının tekâmülünü tasvip etmektedir.

Temyiz maakemesinin tesis ettiği hal tarzları şiddetli itirazlara kapı açmıştı; bazıları tarafından tasvip edilenler, diğer bazılarınca hararetle ret ve cerh edilmiştir.

Bir basım olan M. Géný «Tefsir usulü ve müsbet hususi hukukta kaynaklar — la méthode d'interpretation et les sources en droit privé positif» ne dair pek şayanı dikkat eserinde, bir taraftan, taknine mubalâgalı bir ehemmiyet atfolunduğu mülâhazasındadır. Ona göre, bütün hususi hukuku Medeni kanunda aramak arzusu tabiatı eşyaya ve kanun müelliflerinin maksatlarına muhaliftir. Yeni fikirler hamlelerinde, eski metinler ianesile fikirlere verilen hal tarzile sectedar edilirler. Sanayiî terakkisi, içtimai tahavvüller eski kanunla hukukan tanzim olunmazlar.

Diğer tarafların M. Géný'ye göre müsbet hukuk sistemi, mahdut sayıda bir takım mantık kotegorileri içine sıkıştırılamaz [1].

[1] M. Géný bu suretle iki menfi neticeye varır: 1 — Mektup kanunu hukuki hal tarzlarının dereceli kıfayede bir kaynağı olarak telâkki etmekten vazgeçmek lâzımdır; 2— Mücerret mefhumlar ve sırf mantiki inşaalar sistemi, afaki kıymeti olmayan bir takım hal tarzları ilhâm etmiye müsteit, fakat işbu hâl tarzlarının iç kıymetini tohartız ettirmeye gayri müsteid bir keşif vasıtasından başka bir şey temin itmeğe gayri muktedirdir. Velhasıl müellifin ananevi metodlara karşı bilhassa serzenişte bulunduğu cihet, bu usullerin dogmetik gidişi ve yarı — riyazi sefidir. Onun arzu ettiği şey, ( ilhamlarını hukukun ananevi hayatını besleyen yüksek adalet ve içtimai fayda esaslarından almak suretile sırf teallük ettiği işin bizzat gayesine tâbi kılınan ) daha elastiki bir tefsir tarzıdır. Bununla beraber kendisine yapılabilen şiddetli itirazı küçümsemiyor: Bu metod hâkimin geçici heves Caprice ve indilğine cevaz verecektir. M. Géný ne kadar cüz'i olursa olsun, ferdî inadiyeti himaye ittiğini inkâr etmektedir. Adalet ve içtimai faydanın icaplarını meydana koyabilen ve hâkime, kanun noksan bıraktığı takdirde, kararlarını tevfire hadim işığı temin etmeğe kabiliyetli objektif unsurları mumaaleyh ayırt ve tavsif etmeğe çalışmaktadır.

M. Géný böylece mektup kanun, örf, anane veya otorite («Otorite,, ile, kanundan sonra doktrin ve Jürüs pürüdans sahasında teşekkül etmiş olan noktayı nazarlarına heyeti mecmuasını kastetmektedir.) namı altında silsilevi nizam şeklinde sıraladığı müsbet hususi hukukun muhtelif şekli kaynaklarını karşılıklı kuvvetlerine göre sırası ile tefrik ve takdir etmeye doğru gitmektedir. Nihayet mevzuu bahis şekli kaynaklar, kendilerine mahsus olan kudreti tecavüz etmeden hukuki hayatın bütün Desirata — dileklerini tatmin edebilecekleri kanaatında olduğundan, tefsirin, mantiki bir sistemleştirme ile birleşmiş tabiatı eşyada istinadgâhım bulması lâzım geldiğini beyan etmektedir. Yukarda, Sh. 19 ve mütt. Bakınız.

M. Géný'in eserinde mantığın sistimaline müteallik olan fasla bak.

\* Von İhering bu maksatla cazibeli bir fikir olan gaye fikrini teklif etmiştir. ( Yukarda, Sh. 18 ve mütt. ) Bu yoldan gidecek hal kaidesini ( la règle de solution ) meydana çıkarmak için her hâdisede varılacak gayeyi aramak kâfi gelecektir. M. Géný bu formulün sadece dâva hadlerini çoğalttığı kanaatındadır, çünkü bize hâkim olan gayetin pek açık ve pek berrak bir şuurunu istikzâm etmektedir. M. Génýe



M. Albert Schutz [1] kısmen M. Gény'nin mektebine mensuptur. Ona göre hâkimin vazifesi metinleri daima mütahavvil ihtiyaçlara uydurmak yahut hali hazırın hâdiseleri ve içtimai ihtiyaçları ile nakzeilecek olan kanun hükümlerini tadil veya ilga etmek de değildir. Hâkim, herşeyden önce, metinlere ve onları sevk etmiş olan kanun vazının iradesine hürmet ve reayetle mükelleftir [2].

Bize gelince, bu neviden doktrinlerin şaşmaz hasımları olarak kalıyoruz. Haksız olarak, mantıki, yarı — hendesi denen eski tefsir usulüne avdet olup hâdiselerin müşahedesi üzerine ve kısaca tekâmüle müstenit asri ilim metodu ile tezat halindedir.

Ahiren neşredilmiş İsviçre Medeni kanunu Temyiz mahkemesinin içtihadına ve bizim noktayı nazarımıza tamamen uygundur. Cenevre üniversitesinin Jübilesi münasebetile mezkûr üniversitede Profesör M. Martin bu mesele hakkında, alakabahş bir tetkik neşretmiştir [3].

Müellif yeni İsviçre Medeni kanunun hâkimin salâhiyetini, ehemmiyetli bir şekilde, genişlettiği ve ona yepyeni bir teşebbüs kudreti bahşettiği vakasından hareket etmektedir.

---

nazarında, adalet ve umumî fayda mânasını tayin ve tasrih etmeğe çalıştığı iki afakı nazımdır.. Sireyde bu güzel kitabın tahliline bakınız.

Salelles'in Introduction à l'étude du droit civil allemand ile 1910 da serbest içtimai ilimler kollejinde verilmiş derslerinde ve les méthodes Juridiques, le mûraعات ediniz, Cil. I, in — 8 ( Bu eserde M. Gény'in medeni kanunun tefsir ve tetkik usullerine müteallik bir dersi de vardı )

[1] Albert Schatz L'individualisme économique et social, paris, 1907, armand Colin.

[2] Aşağıdaki atıflarla mevzuun bibliografisini tamamlıyoruz. Cèsar Bru, M. Lambert'nin la fonction du droit civil et la fonction dynamique de la jurisprudence, Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, Cil. XXVII, 1904 ; Cil. XXX, 1906. Merlin; Répert. Interprétation, N.3 Dissertation par sirey 1824. 2. 18. Isnbert, Revue de législation et de jurisprudence, I, Sh. 241, Faucher, De la législation en matière d'interprétation des lois en france, Paris, 1835 Cil. I. in— 8. Mailher de Chassat, De L'interprétation des lois. Paris, 1845, Cil. I. in — 8. Delele; Interprétation deslois, paris, 1852 Cil. 2. in - 8. Laurent; Cil. I. Ns. 268 ilâ 279. Aubry Et Rau, 5 ci tabı, Cil. I. § 89 mükerrir, Sh. 187 ve müteakip. Acher, Etude de L'interprétation des textes du Code civil, par la méthode historique, Revue générale de droit, de législation et de jurisprudence, 1907. Van der Eycken, Méthode positive de L'interprétation juridique. Paris, 1907 Félix Alcan. Franciseo Degni, L'interpretazione della lege. Naples, 1909, 2 ci tabı.

Rumpf, La Loi et le juge. Brutt, L'art d'appliquer le droit. Hugueney, Quelques livres récents sur la méthode D'interprétation, Revue critique 1908, cil. XXXVII, Sh. 436. ve müteakip.

[3] Alfred Martin, Observationsur les pouvoirs attribués au jugepar le code civil Suisse. Ceneve, 1909, et Cie.

Filhakika, yeni İsviçre Medeni kanununun birinci maddesine göre hâkim, müellifin altı numarada hulâsa ettiği bir takım salâhiyetlere sahip ve aynı zamanda bir takım vazifelerle mükellef olup bunlardan bizi burada ilgilendiren yalnız birincisidir: « kanunu lâfız ve ruhuna göre tefsir etmek, yani kanun hükümlerine hakiki mânasını ve hakiki şümülünü vermek ve halli matlup olan hâdise hususi bir hükümle doğrudan doğruya nazara alınmamışsa, o hâdiseye kabili tatbik olan bir kaideyi kanunda bulmak, ilâ, ilâ, »

### İkinci Bent

#### *Tevsîi tefsire ulaşmak için istidlâl ( Argumentation )*

Şimdi bize kanunun tevsii tefsirinde kullanılan delilleri ( Arguments ) ve istidlâl usulünü tetkik etmek kalıyor.

Delil ( Arguments ) bir veya müteaddit kaziyeden bir netice çıkarmaya yarayan bir muhakemedir.

Delilin mevzuu, evvelce, hakikat olarak kabul edilmemiş olan şeyi hakikat gibi kabul etmeye zihni icbar etmektir [1].

Tevsîi tefsirde dört delil kullanılmıştır. Şöyleki:

1 — A Pari (Ratione) (kıyas yoluyla) çıkarılan delil

2 — A Contraio (Sensu) (mefhumu muhaliften) çıkarılan delil

3 — A Fortiori (Ratione) (İktiza evleviyet yolu ile) çıkarılan delil

4 — A Majori ad minus (umumdan hususa intikal yolu ile) çıkarılan delil

Bu dört delilden her birinin, sıra ile şekli istimalini ve şümülünü tetkik edelim.

1 — A Pari (Ratione, yani müsavi bir sebepten mülhem) delil.

Bu delil, mantıkta bir kaziyenin ispatı için müşabih diğer kaziyeyi teş-

[1] (Delil) tabiri Latince (Arguere) den, ikna etmek, itham etmekten çıkarılmıştır. Burada delil ikna etmek mânasında kullanılmıştır.

İtham etmek mevzubahs olduğu vakit delil hem bir vasıtayı ispat hem hatta bir emmare = İndice veya bir tahmin = conjecture'dir.

Her ne kadar bu eserin beşinci kısmında Delillerden bahsedecek isek te biraz sonra mantıklı tefsire ait, a generali sensu; a ratione legis strita, pro subjecta materia, a raprica; ab inutilitate legis ab absurdum, ab auctoritate, veya ihzari çalışmalardan çıkarılan delilleri tetkik edeceğimiz gibi tevsîi tefsire müteallik dört delili öne almamak ve tetkik etmemek bizim için mümkün değildir.

kil eden sebeplere benzer sebeplere istinat olunduğu vakit istimal olunur [1]. Bu delile (A simili) benzerlik veya (A disisimiri) delil denir.

Filhakika en iyi tefsir vetirelerinden (procédés) biri tefsir edilecek metnin aynı hususa veya müğabih hususata mütaallik diğer kanun hükümleri ile birlikte tetkik etmektir [2].

Metni tağyir etmeksizin, derpiş edilen faraziye ile münazuinfih hâdisa arasında — teşrii metinle münazaah kaziye arasında—mevcut olan münasebeti (alâka) yı tebarüz ettirmek lâzımdır.

Bu suretle umumi kanunda bulunan umumi kaideler sebep benzerliği (parité de raison) mevcut olduğu ve hususi kanunda ne sarih bir istisna ne

[1] Aubry et Rau § 544 mükerrir No.16

Hukuk eserlerinde a pari delil cbr (birleştiriniz) işareti koymak suretile gösterilir.

Tezat (opposition) olmadığını göstermek için non obstat nec obstat tabirleri kullanılır.

Bacon XX inci hikmetinde (aphorisme) pek mükemmel olarak diyor ki:

(Proclivis est extension legis ad casus post notos, qui in rerum natura non fuerunt tempore legis tati. Ubi enim casus exprimi non poterat, qui a tunc nullus erat, casus omisissus habetur pro expresso, si similis fuerit ratio.

Atque de extensionibus legum, in casibus omisissis haec dicta sunt. nunc de non exemplorum dicendum.!!

[2] Roma hukukunun iki vecizesi bu muhakemeyi ilham etmelidir, şöyle ki:

ubi eadem est legis ratio; ibi eadem est legis dispositio; — et exemptio firmant regulam in casibus non excerptis. Exceptio est strictissima ac interpretationis. LL. 14 ve 15 D. de legibus 1. 3. Yukarda Sh. 240 bakınız.

Kıyas tarikiyle hükmetmek, müşabehete' hadiseler arasında mevcut olan münasebetlere göre hükmetmektir. Kıyas tarikiyle muhakeme: 1 — neticeler arasında olması iktiza eden münasebetten, sebepler beyninde olan münasebete binaen; veya sebepler arasında olması lâzım gelen münasebetten, neticeler beyninde olan münasebete binaen hükmolunduğu vakit; 2 — Vasıtaların müşabehetindeaen, gayenin müşabeheti çıkarıldığı vakit; 3 — Kısmi bir müşabehet küllî bir müşabeheti tecviz ettirdiği vakit; Yapılır. Cpr. Civ. C. 3 Haziran 1913. Reis M. Falcimaigne'nin raporuna bak. Cicéron, Topique 22: Quod in re pari valet, valet in hac quae pars est. — Valet aequiyae quae paribus in causis paria jura desiderat.

Kezalik, Digeste, de Non possumt omnes articuli sigilatim legibus comprehendí Julien, de legibus, 12.

Kezalik Digeste, de Non possunt omnes articuli sigilatim.

Aşağıdaki 13 kanunu da pek sarihdir: (Pediüs' a göre, kanun bir husus hakkinda bir hüküm sevk ettiği vakit, onu tefsir yoluile veya aynı neticeye münser olan hususata tatbik suretile tevsi etmek müsaait bir fırsattır.)

de telif olunmazlık bulunmadığı takdirde işbu umumi kaide hususi hallerde tatbik olunurlar[1].

Kezalik âmme hukuku bir hususi hukuk kanunun mâna ve şumulünü izaha yardım edebilir [2].

Bu delil faraziyelerin benzerliği üzerine istinat ettiği cihetle, benzerlik nakıs (Gayri tam) olduğu vakit bu delil sarfı nazar etmek lâzımdır.

Ceza mevadında, tam bir benzerlikten bile istihraç yapılamaz.

Bu delil şeklini ret ve cerh etmek için, kanunen verilen hakkın münazaalı haktan daha az menfaatli yahut kanunen tanınmıyan hakkın reddi mevzu bahis olan haktan daha çok menfaatli olduğu ileri sürülür [3].

Temyiz mahkemesinin pek çok kararlarında A pari delilin nümune formüllerine rastlanır [4].

---

Kanun müşabih bir halde, daha geniş bir hak bühşhaştığı takdirde, bu vaziyet münazaalı hadisede istenilen daha cüz'i bir hakkın kabulünü tazammun eder. Qui potest plus, potest minus.

Bacon XI ci hikmetinde de processu ad similia, et extensionibus legum unvan h III cü kısmında şöyle beyan mütelaâ etmektedir. "In casibus omiseis, de ducenda est norma legis a similibus; sed cautés, et cum iudicio Circa quond servandae sunt regulae sequentes. Ratio prolifica, consuetudo sterilis esto. Nae generet casus. İtaque quond contra rationem juris; receptum est, vel etiam ubi ratio ejus est obscura, non trahehendum est ad consequentias.

XXI ci hikmetede bakınız. Interpretatio ejus extensiva esto et amplians.

[1]C. 4/Mart/1807. 17/ Temmuz/1811 S. chr. 8 Haziran 1812 S. chr. 9 Haziran 1855, S. 56. 1. 561 Mahaza: C. 22 Nisan 1854, S. chr. 3 Kânunievvel 1831, S. 32. 1. 349.

[2] — Bacon, 8 No. lu Hikemiyatında haklı olarak: sub tutela juris publici latet us privatum.

Mailher de Chassat, nua madde 1. Rakam, 1, Kısım 2, No. 14, Cil. 1 Sh: 38 ne bakınız.

Hibe mevadında müfessir kanun vazininin maksadını tayin ve takdir etmek için şubat 1731 (Ordonnance) na muracaat edebilir, zira medeni kanun aşağı yukarı tamam men ondan mülhemdir. Bauey — Lacantinerie, Cil. 11 N. 350.

[3] — Berriat Saint — Prix Traité de logique judiciaire, Sh. 62.

şte bu formüllerden dört misal:

"... Maddelerinin takribi aralarında esaslı bir fark tabarız ettirdiği cihetle.,

"... Maddelerinin cem ve telifinden anlaşılacağı üzere.,

"Medeni kanunun şahsi bir ikame haline müteallik 1250. maddesinin 2. para ğ rafının istibdal (Remploi) mevadında bir gûna mahalli tatbiki olmadığı cihetle.,

"Müşabehet sebeplerine biazen bu metin hadiseye kabili tatbiktir; çüakü filhakika...,"

2 — a contrario ( Sensus ) delil [1].

Kanun muta bir faraziye hakkında menfi kaziye şeklinde hüküm sevk ettiği takdirde, şüphesiz, tahdidî bir surette meseleyi tanzim eder; ve o zaman ucontrario delil kabule şayandır [2].

Hukuku adiyeye adı verilen şeyi teşkil eden umumî prensiplerin tatbikini temin etmek maksadile, istisnai bir hükümden hareket olunduğu takdirde ancak akli ( rationnel ) olan a contrario delilin, umumiyetle, ihtiyatlı bir şekilde istimali lâzımdır [3].

Bilfarz medeni kanunun, 21, 52, 2194. maddelerinde raslanan (halel getirmeksizin = sans préjudice) tâbiri a conritario delile imkân bahşetmek için kullanılmıştır [4]. Aynı kanunun 966. maddesile mukayese ediniz.

3 — A fortiori (Ratione) delil.

Bu kelimeler, öziden küllinin, az malum (Moins évidande) bir şeyden çok malûm bir şeyin istintaç edildiği muhakemelerden çıkarılın neticeden önce kullanılır [5].

[1] - Bu delil hakkında, Ciceron, Topiques, 9 ve 15. Furgole, Substit. madde 14. Merlin, Dictionnaire de droit, 16 Hortensius St — Alban. bak.

[2] Berriat Saint — Prix; Sh. 72

Kanun, taban tabana zıt iki faraziyeden yalnız birisini derpiş ve onu müsbet bir şekilde tanzim ettiği takdirde; aksi faraziyeyi farklı bir şekilde tanzim etmek istediği hakikata daha yakındır.

Bu hususta üç muhtelif Roma Vecibesi ile karşılaşırız; a) qui dicit de uno; negat de altero; qui de uno negat, de altero dicit b) Inclusionem unius. Fit exclusio alterius. c) İstisna kaideyi teyid eder: Exceptio fimat regulam in casibus non exceptis.

A contrario delil acı istihzaya sebep olmuştur: Exceptio est strictissimae interpretationis. Yukarda Sh. 249/bakınız, Bu suretle istisnai mesail (Ceza, Sukutu hak, İmtiyaz ilâhîr ) mevzu bahis olduğu takdirde, a contrario delilin istimali kabildir. Merlin, Repert. et Quest. V a contrario istihraea müracaat ediniz.

XIV. hikmette Bakanın deyişine göre: non placet procedi per simili tadinem. Nam ut exceptio firmat Vim legis, in casibus non exceptis ita enumeratio infirmat eam, in casibus non enumeratis.

[3] Berriat Saint — prix. Zikri geçen eser. Hortensius St — Alban. Zikri geçen eser.

[4] Medeni kanunda bir çok lâzumsuz veya eski hukuktan münbais bir tored-düdü önlemek gayesile konmuş hükümler vardır. Medeni kanun: 1138 inci madde ile 1115 inci; 1130 ile 794 üncü; 1172 ile 6, 1388 ve 1389 uncu; 2093 ile 1195 şi; 1134 ile 1505 inci; 1692 ile 2112 inci maddeleri mukayese ediniz.

Aubrey et Rau, § 214 N. 16; § 215 N. 35; § 427, N. 4.  
§ 452, N. 6; § 468; N. 19; § 526; N. 13; § 544; mükerrir, N. 16; § 550 mükerrir, N. 8; § 628; N. 30; § 704; N. 27, 29; § 743; N. 7. § 750, N. 5. § 751; N. 42.

[5] A fortiori delil hakkında, Aubry et Rau § 545; N. 31, § 558; N. 2. § 582, N. 29; § 616, N. 32.

4 — A majori ad minus delil vasıtasile bir kanun hükmü derpiş etmediği faraziyelere teşmil olunur. Bunun sebebi bu faraziyeler içinde kanun hükmünün sarih olarak zikrettiği faraziyelerden daha üstün (émiment) bir derecesine raslanmasından ve kanun kükmünün bu üstün dereceyi tanımak etmek saikiile konulmuş olmasından dolaydır [1]. Bu delil a pari delile pek yaklaşıp.

## İKİNCİ FASIL

### KANUNUN BASİT (İBAREVİ VE MANTIKİ) TEFSİRİ

#### Birinci Bent

##### *Umumi tefsir mefhumları*

İstimpl edilen yazılış tarzı bizatihi sarih ve tam bir mâna arzetmediği, veya tamamen kanun vazının maksadını ifade etmediği vakit kanunun basit denilen tefsirine müracaat olunur [2].

Başlıca basit (âdi= Ordinaire) tefsir usulleri: Aynı hususa müteallik metinlerin takribi, ihzari çalışmaların ve mukaddem hukukun tetkiki, ve kanunun şümulü tevsi veya taddit edildiğine göre tatbikının doğuracağı neticelerin takdiridir.

Bu nevi tefsirin iki tarzı vardır:

Biri ibarevi (lisan teamülleri ve nahiv kaideleri yardımıile) tefsir, diğeri mantiki yani akli (raisonnée) tefsir.

A -- İbarevi tefsir şüphesiz en emin usuldür [3].

İbarevi tefsir (terimlerin oldukça müphem mânası veya oldukça hatalı

---

Kanunen bir hakkın tanınmaması, evliyetle daha avantajlı bir hakkın ademi kabulünü tazammun eder.

Ridiculum eum qui minoribus (Honoribus) paene causa prohibitus sit, ad majores aspirare: majoribus prohibitus, minores petere non prohibetur Ulpian, 7 § 22, de Interdictis.

Berria Saint — prix zikri geçen esere bakınız.

[1] Aubry et Rau 5 inci tabı. Cil I; Sh. 195 ilâ 197. Laurent, Cil. I. Nos 276—279; Cil. XIV. N. 365.

[2] Temyiz mahkemesi, itina ile, umumî bir takım prensipler koymaktan ihtiraz etmektedir. Mücerret formüllerden içtinap etmektedir. Temyiz mahkemesi daha ziyade muhtelif hâdiseler dolayısıyla lâhik olan kararlarının heyeti umumiyesi iledir. ki bir kanuna izafesi leabeden mânayı tebarüz ettirmektedir. Aubry et Rau, 5 inci tab, cil. I. Sh., 193.

[3] Aubry et rau, 5 inci tab, cil. I. Sh., 193—194: (Kanun terimlerinin hakiki mânasını tâyin etmek için, terimlerin avam dilinde sahib oldukları mânadan çok mu-

bir cümle inşası sebebiyle) vuzuhsuz veya nakıs bir metnin hakiki mânasını tâyin ve tasrih etmek icap ettiği vakit tatbik olunur.

B -- Tarzı tahriri bizatihi açık ve tam olmakla beraber kanun vazının maksadını ifade etmeyen bir kanun hükmünün tatbik sahasını tevsi veya tahdit etmek mevzuubahis olduğu vakit, mantıki (ki beyanı=Déclarative dahi denilir) tahlile müracaat olunur [1].

Mantıki tefsir gerek tefsir edilecek metnin aynı hususa veya müşabih hususata müteallik diğer kanun hükümlerile takribinden, gerek sebebi vaz'ı (ratio legis) i teşkil eden ihzari çalışmalarından çıkarılacak sebeplerden, gerekse, nihayet, kanunun şümulü tevsi veya tahdit olduğuna göre, tatbikının doğuracağı neticelerden ibarettir.

Bir kanun hükmünün bir madde numarası göstererek atıf yaptığı kanun hükmile ademtelifi teşriî metnin maddi hatasından münbais ise, hâkim, hakikatte, bir hükmün hangi maddeye atıf yaptığını tetkik ve beyan edebilir [2].

Fakat sırf maddi bir hatayı düzeltmek bahis mevzuu olmadığı takdirde hâkim, teşriî bir hükmü hiç bir bahane ile tadile mezum değildir; bu-

tat olarak kanun vazını tarafından kullanıldıkları teknik mânaya ehemmiyet vermek ve bilhassa terimlerin bulunduğu metnin ruh ve mevzuunu nazarı itibara almak lâzımdır.) Diyorlar.

Temyiz mahkemesi karar formüllerinde bu tarzı iyice tebarüz ettirmektedir: (Madde... Hükmünü koyduğuna göre bu ifadelerden anlaşılıyor, —... Maddenin terimleri sarih ve katî oldukları cihetle...,—

Maddenin terimleri mutlak olmasına ve ... den bahseden kısım... den bahseden kısmı tefrik etmeye müsait olmasına binaen...

[1] Yalnız mantıki tahlili çok ihtiyatla kullanmak lazımdır.

[2] C. 14 kânunnevel 1832, D. Répert., V<sup>o</sup> Jeu—Pari, N. 101, 7 temmuz 1854, D. 55. 5. 266, 18 haziran 1891, S. 91. 1. 425; D. 92. 1. 77. 20 teşrinnevel 1896, S. 91. 1. 505; D. 92. 1. 57. Nimes, 19 mart 1896, S. 96.: 186. Dijon, 20 kânunnevel 1897, S. 97.: 61.

Bir kanun, hataen, mülga bir kanunun bir maddesine atıf yaparsa, hâkimler için, bu atıf maddi bir hata teşkil ettiğine ve mülga kanunu tekrar mer'i kılmak tesirini haiz olmadığına hükmetmek icap eder. Rennes, 18 nisan 1898, D. 93. 1. 573.

Bazı metinler vardır ki ifade (expression) hatırlarından dolayı tashih olunur (1408, 1424, 1507 inci ilâh ... Maddeler) veya bu metinlerden bazı kelimeler çıkarılır (madde 187); metinlerin tarzı tahriri tadil olunur (madde 408); gösterilen ameliyelerin tertibi değiştirilir (madde 922); 1021, 1599 uncu maddelerde bakınız.

Kanun metninde maddi hata misalleri: Ticaret kanununun 213 ceza kanununun 477, 3 mayıs 1841 tarihli kanunun 50, 29 temmuz 1881 tarihli kanunun 60 uncu maddeleri. C. 13 haziran 1891, S. 91. 1. 425; D. 92. 1. 57. Cpr. Dijon, 20 temmuz 1896, S. 97.: 61; D. S. C. 11 mayıs 1897, 97. 1. 367.

nunlabeled bâkim kanuna, ihtiva etmediği bir hükmü, mevzu bahis teğri-i hükmün tarafından istihdaf edilen maddeler sayısına, işbu maddeler arasında bulunmayan bir metni, eklemek suretinde ilâve ve işbu müsabihah veya ilâveli metne göre, münazaalı meseleyi hal ve fasletmeye mezundur [1]

## İkinci Bent

### *Kanunun mantiki tefsirinde kullanılan delil usulü*

Yukarda, tevsii tefsir bahsinde, dört delil tarzını, yani: a pari, a contrario, a fortiori, a majori ad minus istihraçları tetkik etmiştik. Bu hususta oraya müracaat olunmalıdır. Bu deliller mantiki tefsire de tatbik olunurlar. Bu sununcu tefsire has olmak üzere müstamel diğer başka deliller de vardır.

Şimdi tetkik sırası onlara gelmiştir.

Bunlar yedi tanedir, şöyleki:

5 — A generalis sensu delil.

6 — Ratione legis stricta delil.

7 — Pro subjecta materia.

8 — İhzari çalışmalardan çıkarılan delil.

9 — Ab inutilitate legis, et ab absurdum delil.

10 — (İçtihadı muhakim delili) ab auctoritate delil.

11 — A rubrica delil.

Sırasıile onları tetkik edelim.

[1] Evvelce zikredilmiş olan C. 20 Tegrinevvel 1881 kararına bakınız. Aksi mânada: Req. 11 Mayıs 1887, D. 97. 1. 367. bakınız. Aynı mânada C. 22 Tegriniani 1865, D. 66. I, 109 daki karar altında müddeiumumi Fabrenin istintaçlarına da bakınız.

Bir kanun hükmü açık ve katî bir mâna arzettiği vakit, terimlerle iktifa etmek ve tefsir babanesile şumulünâ asla tahdit etmemek müvafıktır. Bu, temyiz mahkemesinin müstemirren tebarüz ettirdiği bir pîrensiptir: \*24 Şubat 1899 tarihli bir karar: Kanunun tefrik yapmadığı yerde, onun mânasını tâğyir edecek ve mevzuundan onu uzaklaştıracak olan bir takım tefrikler ve istisnalar ihdas olunamaz, diyor. Kanunun lâfzı açık ve katî olduğü zaman müracaat olunacak yalnız kanunun lâfzıdır, S. Collect nouvelle 3. 1. 27.

\*Kezalik hukuk daireei bir tescil meselesi münasebetile kanun hiç bir tefrik yapmıyarak âmir ve mutlak bir şekilde ifade edilmişse, kanunda birtakım istisnalar ihdas etmek mahkemelere ait değildir, diyor. C. I tegrinevvel 1880, Sir. coll. Nouv. 9010599, Conf. C. 10 Şubat 1812, Sir. Coll. nouv. 4. 1. 26.

Kezalik başka bir karar: mânası açık ve katî olan vergi kanunlarının harfiyyen tatbik edilmeleri iktiza ettiği, ve tefsir babanesile işbu kanunların yapmadıkları bir-



5 — A generali sensu delil. Bu delil kanun terimlerinin umumiyetinden çıkarılır [1].

«Kanunun sebebi tanzimi (illeti = motif) bizzat kanundan çıkmalıdır, bununla beraber illetin şekli terimler halinde ifade edilmesi zaruri değildir illetin açıkça kanundan anlaşılması ve yalnız kanuna o illetin izafe oluna bilmesi kâfidir» [2].

6 — Ratione legis stricta delil.

Bu delil kanun terimlerinin tahdidi üzerine istinat eder.

«Ne bir şey ilâve nede tay olunabilir.

Metin bazı eşkâl veya şerait ihtiva etmediği surette, aşikâr olarak, iş bu eşkâl veya şeraiti nazara almamak hususunda bir delâlet ifade eder.

Metinde muayyen bir şart emredilmişse, bundan başka bir şartın ve-takım tefriklerin o kanunlara ithali caiz olmadığı cihetle ... diyor). C. 6 Nisan 1887 S. 87. I. 484

Bu sebeple Temyiz Mahkemesi bilhassa mali kanunları tatbik mevkiinde kaldığı bütün hallerde, metin hiçbir müphemiyet arzetmediği vakit metnin lafâz mânasile iktifa etmiştir. C. 7 Ağustos 1869, S. 56. I. 349, D. 55. I. 448, 28 Mayıs 1859, s. 59. I. 695, D. 59. I. 464. 23 Haziran 1859, S. 691. 364. 13 Teşrinisani 1872, S. 73. I. 41. 19 Şubat 1873, S. 73. I. 137. 24 Ağustos 1874, S. 75. I. 129. 24 Şubat 1875, S. 75 I. 181. 9 Kânunusani 1877, S. 77. I. 134. 23 Nisan 1877, S. 77. I. 279. 6 Haziran 1877, S. 77. I. 321. 10 Mart 1879, S. 79. I. 132. 9 Nisan 1879 S. 79. I. 477. 13 Kânunusani 1880, S. 80. I. 278, 22 Kânunusani 1883, S. 84. I. 168 27 teş-rinsani 1889, S. 90. I. 537, 29 Mayıs 1894 (2 karar), S. 94. I. 519, ilâ...

[1] Bu delil üzerine müstenit Temyiz mukarreratından bazı formüller:

«Bu memnuniyetin umumî ifadâtından, cihâtefrık ... filân hale olduğu kadar... filân halede tatbik olacağı anlaşılmalıkta olduğu cihetle... ,

„Bu maddenin hükmü, tâbirlerinin umumiyeti içinde bütün amelîyeleri kuaak-lamakta bulunduğu cihetle;

«Kanunda hiç bir hüküm bu tefriki tecviz etmemesine binaen;

«İşbu kaidenin umumî olmasına ve ..... na bilhassa tatbik olunmasına binaen;

«Bu metinlerin heysti mecmuasından anlaşılacağı üzere...

Aşağıdakileride zikredelim;

«Bu maddenin hükümleri... şuaa muhalif düşmediği cihetle....»

30 Mart 1887 tarihli kanun imtiyazla verilmiş gayrimenkullerde mevcut olması muhtemel olan sanat veya arkeolijik kıymeti olan şeylerin Devlete ait olduğunu kararlaştırmak suretile, neşir ve ilânına tekaddüm eden imtiyazları da hedef ittihaz eylemiştir. Bundan çıkan netice 1844 de imtiyazla verilmiş bir arazide 1910 da ken-di arazisi üzerinde bir fert tarafından bulunmuş bir heykelin (hadisede Apollon Pythieu=inin mermiden bir heykeli mevzu bahis idi) Devlete ait olduğudur. Req. 7 Nisan 1913.

[2] Mahdut olmayan bir hüküm ne tahdit edilmeli nede umumiyetine muhalif tefriklere tâbi tutulmalıdır.

ya bir cüzûn gayenin istihsali için kâfi gelebileceğini istidlâl muvafıktır. Metin, gerek koyduğu kaidenin tatbik olunacağı hâllere, gerekse kaidenin istisna ettiği halleri, tahdidi olarak, tadatettiği takdirde, bundan makul olarak diğer, tatbik veya istisna hâllerin kabul etmek memnuiyeti istidlâl olunur» [1].

Hukuki mevadda imtiyazlar, sukutu haklar, mükellefiyetler amir ahkâm-  
dan maduttur. Onların tatbiki noktası noktasına olmak icabeder.

Mali mesailde, kıyas bahanesiyle, sarih ve muayyen hâller için konmuş olan bir kanun hükmünü, derpiş edilmemiş diğer hâllere teşmil ve tatbik etmek için bir takım istidlâller yapmak caiz değildir [2].

«Mamafih, M. Naquet, malî kanunların ruhunu araştırmadan, lâfzında ısrar etmek icap eylediğini zannetmenin büyük bir hata olacağını yazmaktadır. Bilâkis, her şeyden önce ve her hususta kanun vazunun maksadını aramak lâzım geldiği prensip iktizasıdır» [3].

[1] Maher de Chaussat, de L'interprétation des Loix, Sh. 136

[2] Berriat Saint — Prix, Logique judiciaire, Sh. 72

1101 ilâ 1168 inci maddeler yalnız irade tefsirlerine mütealliktir. Bu metinlerin umumi ifadesine rağmen onlardan butlan istihraç olunamaz.

Kanun müsrife malını ferağ etmeyi (Medenî kanunı madde: 513) men etmekle beraber onu vasiyet etmekten menettiği çok şüphelidir.

Yüksek temyiz mahkemesinin mükarrerat formüllerinden bir kaç misal:

«... Tarihli kanun, ikinci maddesinde 19 Nisan 1831 tarihli kanunun 33 üncü maddesine tahdidi bir atif yapılarak istisnai bir şekilde ... hususu tanımlı etmekte ise de ne sarih ne de zımni olarak temyizi davaya müteallik umumi kaideleri ihlâl etmiştir.

Kanun bazı ahvalde, müsavat kaidesinden uzaklaşırsa da, kaide hilâfına vaz olunan istisnalar, hâkim tarafından, hukuka adiyé prensipleri içine sokulmak bahanesile, tevsi edilemez; bu tefsir kaidesi bilhassa... kabili tatbik olduğu cihetle...

Ticaret kanununun 262 inci maddesi. Bu madde sarih ve katî olduğu, hakikat-  
ta, madde... hükmü vaz etmekle beraber, şümülü kendisine takaddüm eden madde tarafından tahdit edildiği, ... filân hal vukuuna atıf yaptığı ve maddenin yegâne mevzuu da tayin ve tasrih etmekten ibaret olduğu cihetle, "Bu maddenin metin ve ruhu onun şümülünü tahdit ettiği göre, ...", Gaye ... olduğundan ve bu sebeble...

4.C. 11 Teşrinisani 1822, s. Chr. 31 kânunuevvel 1823, s. Chr. 4 Nisan 1827, S. Chr. 18 kânunuevvel 1828, s. Chr. birinci kânunu 1830. s. 31.1.57. 10 Mart 1846, s. 46. 1. 316. 2 Ağustos 1853, s. 53. 1. 532. 23 Kânunusani 1854, s. 54. 1. 247. 23 Haziran 1869, s. 69. 1. 364. 19 Şubat 1873, s. 73. 1. 137. 13 Teşrinisani 1872 s. 73. 1. 41. 23 Nisan 1877, s. 77. 1. 279. 6 Haziran 1877, s. 77. t. 321. 10 Mart 1879, s. 79. 132. 9 Nisan 1879, s. 79. 1. 477. 13 Kânunusani 1880, s. 80. 1. 278. 22-Kânunusani 1883, s. 83. 1. 423. 27 Teşrinisani 1889, s. 90. 1. 537. 29 Mayıs 1894. s. 94. 1. 519. 21 Teşrinisani 1898. s. 99. 1. 193. 15 Nisan 1899, s. 99. 1. 498. Cpr. C. 7 Ağustos 1855, s. 56. 1. 349. D. 55. 1. 448. 23 Mayıs 1859, s. 59. 1. 695. D. 59. 1. 464. 13 Teşrinisani 1872, s. 73. 1. 41. 24 Ağustos 1874, s. 75. 1. 129.

[3] Naquet, Traité des dr. d'enregis. 2 ci tab. Cil. 1. n. 22. D. J. G.

Tarife tesisine meyzuniyet veren ve bu neviden tahsilâtı gösteren kanun ve nizamnameler, zaruri olarak, tahdidi bir vasfı baizdir [1].

(Müstesna kaza selâhiyeti veren) vazife kanunları tahdidi bir mânada tefsir olunmalıdır. Muhakimi adiyeye selâhiyet veren kanunlar, bilâkis en geniş mânada, tefsir edilmelidir [2].

Bu delili ret ve cerh etmek için, başka bir metinden veya teşrii bir unutmayı kabule imkân veren bir hukuk prensibinden şart veya münazaalı muafiyet istihraç olunur [3].

7 — Pro subjecta materia delil. Bu delil metinlerin mevkiinden çıkarılır [4].

---

Suppl., V Enregistrement n. 88 ve müt., wahl, Traité de dr. Fiscal. Cil. 1. n. 67 ve C. 17 Şubat 1900, s. 1900. 1. 331. altındaki nota bak.

Bizzat temyiz mahkemesi kanunun ruhuna müteaddit defalar istinat ve metni tenvir etmek maksadıyla sık sık ondan mülhem olmuştur.

C. 29 Kânunuevvel 1868, S. 69. 1. 133. 14 Teşrinisani 1877, S. 78. 1. 44; D. 78. 1. 5. 28 Kânunusani 1880, S. 81. 1. 479. 7 Temmuz 1885, D. 85. 1. 453. 27 Şubat 900, S. 1900. 1. 531 ve M. Wahl 'in yukarda zikredilen notuna bak; D. 1900.

[1] 873. Civ. C. 27 Mayıs 1913.

Bu son hadise de kıyas tarîkile vazih ve sarih bir metinle tecviz edilmiş bir isci tenayı tevsî etmek mevzuu bahs olmayıp, 25/Şubat/1901 tarihli kanunun 7 inci maddesinin ilk paragrafının 2 numarasında yazılı ve mânası iki türlü anlayışa sebebiyet verebilen (Mirasçılar) tabirini münferit olarak okuyacak yerde, gerek aynı maddenin müteakip paragrafı ile gerekse aynı kanunun diğer muhtelif metinleri ile mukayeseli surette okuyarak işbu tabire kanun vazının vermek istediği şümulü doğru olarak taysin etmek mevzuu bahis idi.

Bu vaziyette mahkemeler lâfzî ve dar tefsir ile mükellef değildir; Terimin bulunduğu hükmü vaz'a sebep olan kanunun ve ruhun umumî münasebet ve shenglini nazara itibara alarak kullanılan terimin mânasını aramak hulasa kanunu "Secundum subjectam materiam meselenin mevzuu lehine tatbik etmek münasiptir. Bu tefsir prensibi hakkında müşavir M. Voisi'nin 7/Teammuz/1885 tarihli karara sebebiyet vermiş olan dâvadaki raporuna bakınız, Jaunal, Enreğ. N. 22486.

[1] C. 14 Kânunuevvel 1831, S. 32 1. 137, ve müstakar içtihat.

Şimendöfer tarifelerinin harfiyen tatbiki iktiza edip hususile yük vagonu tedariki maksadile kumpanyalara karşı vuku bulan taleplerde taammülün emrettiği kuyut ve şurutun tarifelerde fıktan istidlâl yolu ile telâfi ve ikmal olunamaz. C. 2 Kânunusani ve 12 Mart 1906, D. 03. 1. 422. 30 Kânunusani 1907, D. 1910. 1. 66. Civ. C. 18 Mart 1913, 25 Haziran 1913, D. Répert. Pratique V<sup>o</sup>. Chemins de fer, N. 367 ve müteakip

[2] Douai, 14 Heziran 1834, S. 34. 2. 413.

[3] Berriat, Saint — Prix, Horiensue St — Alban, zikri gecen eser.

[4] Pothier. Obligations, N. 206.

Temyiz mahkemesi bu husuta kati mahiyette formüller kullanmaktadır[1].

8 — İhzarî çalışmalarından çıkarılan delil.

Burada gerek metnin mütevali tahavvülâtından, gerekse mukaddem mevzuattan çıkarılmış taliller mevzuubahistir. Mahkeme kararlarında halk mesellerinden başka Roma kanunlarını zikretmek eskimiş bir âdettir. Maa-haza halk meselleri pek nadiren zikrolunur [2].

Şûrayı Devlet müzakereleri ve Trübüna'nın mütalâaları pek büyük faydayı muciptir.

Her iki mecliste irat edilen resmî nutuklarda vaziyet aynı değildir. Zira hatipler sırf şahsî fikir ve mütalâalarını söylerler.

Hükümet raportörleri ile komiserleri tarafından serd ve beyan edilen mütalâalarda vaziyet aksinedir [3].

[1] İşte temyiz mahkemesinin mukarerat formüllerinden bazıları:

" Medeni kanunun maddesi ... Hükümünü vazettiğinden, bu istisnai hükümler kendi sahâsı içine sıkı bir şekilde hasredilmeleri iktifa ettiği cihetle;

" ..... inci maddeleri hâdiseye tatbik etmek onların mânasını zorlamak ola-cağı cihetle;

" ..... inci maddesinde ..... diyor bu hükhümden pek âlâ ..... anlaşılırsa-da, bundan istihraç olunamazki . . .

" 20/Temmuz/1899 tarihli kanun, hukukan, Medeni kanunun 1884 üneü mad-desi mucibince maarif mensuplarının mükellef oldukları mesuliyet yerine devletin kayıtsız ve şartsız mesuliyetini koymaktan başka bir maksadı haiz olmamasına; bu-nunla beraber işbu kanun, medeni kanun tarafından bahşedilen hakkı dâvanın istî-mal şartlarını hiç bir vechile tadil etmemesine; memurlarının fiilinden dolayı devlet aleyhine ikame edilen dâvaları idari kazaya hasreden prensibe istisna olan, zikri ge-çen kanun, ikinci maddesile, derpiş ettiği münazaalar hakkında, muhakimi adiyeye evvelce tanınan vazife ve salâhiyeti muhafaza etmesine; diğer taraftan, usule müteal-lik hususî hiç bir hüküm koymamasına ve bu stikût hasebile, usul hukuku hukuku adiyeye kaidelerine tâbi kalmakta olmasına binaen, zarar mağdurları kendilerine evvelce tahmil edilmemiş olan bir takım eşkâle riayete mecbur değildirler; bu itibarla em-lâki devlete müteallik dâvalarda, mukaddem bir teminat akçası tevdiini emreden 28 Teşrinievvel ve 5 Teşrinisani 1790 tarihli kanunun 3 üneü babındaki 15 inci maddeyi hâdiseye tatbika mahal yoktur.

[2] Ynkarda Sh. 198 ve Müt. bakınız. Bunun mânası halk mesellerinden mül-hem olunamayacağı demek değildir. Bilâkis!

[3] Fenet, Rec. Compl. des travaux préparatoires du Code civil, 15 Cil. 15, in--8 Locré, procès verbaux du Conseil D'Etat; Cil. 5, in--4. Législat. civ et comm. de la France, Cil. 31 in--8.

İhzarî çalışmaları aşağıdaki tertibe göre tetkik etmek lazımdır:

1 — Kanun lâyhaları; 2 — Müzakereler; 3 — Esbabı mucibiler; 4 — Raporlar.

Kunun vazı koyduğu kanun hükümlerini eski veya mutavassıt hukuk mevzuatından istinbat ettiği takdirde, onun işbu kaynaklara sadık kalmak istediği mefruzdur [1].

«İhzari çalışmalar» dan muktebes delil yardımıyla yalnız kanuna tefsir etmek değil fakat aynı zamanda onun boşluklarında telâfi olunabilir.

«Metinler sakit olduğu takdirde, mevzuubahis delilimiz, hukuki bir kaziyeyi ispat etmek hususunda yegâne müessir bir vasıtaadır. Delile bütün şumulünü vermek için istinat edilen kararın yeni kanun neşrolununciya kadar meriyette kaldığını ve ihmali arzu olunamadığını ispat etmek icap eder. Zaten, çok defa, ihzari çalışmalar eski metni ilga etmek niyetini izhar ederler» [2].

Temyiz mahkemesi, ihzari çalışmalardan istiane mevzuu bahis olduğu zaman, fevkalhad ihtiyatlı davranır. Şu son senelerde, Temyiz mahkemesi ihzari çalışmaları zikretmemeye dikkat eder görünmektedir [3].

---

Hükümet tarafından teklif edilmiş bir kanun lâyhasının müzakere sırasında müdafaa etmek üzere hükümetçe tavzif edilmiş hatiplerin nutukları, umumiyetle, sağlam bir esas teşkil eder.

Esbabı mucibeler büyük bir ehemmiyet arzeden istidlâl vasıtalarıdır.

Raportörün mütalâaları büyük bir şumulü haizdir.

Her iki meclisin müzakeratı az kanaat bahşdır.

[1] Filhakika, mutlak şekilde yeni olan kanun azdır. Medeni kanun eski müteliflerden, ordonnasilardan, eski âdattan Roma hukukundan Parilmanların içtihadından, muhakim projelerinden iktibas edilmiştir.

Kaynaklardan, eski olanı daha kadim olanına tercih etmelidir. Misal; mektup hukuk Roma hukukuna tefevvük eder; âdat ta Roma hukukuna kabili tercihtir. Yıkarda Sh. 31 ve Müf. Bakınız.

Bununla beraber kanun muharrirlerinin bu veya şu membadan mı iktibasta buldukları şüpheli olmamak icap eder.

[2] Berriat Saint—Prix, zikri geçen eser.

[3] Maahaza mucip sebepleri bakımından ihzari çalışmalara raptolunan eski bir çok kararlar vardır:

( ..... inci maddeyi metin ve ruhuna uygun olarak tatbik etmiştir; filhakika bu madde ..... yı beyan etmeyip sadece ..... yı ifade eylemektedir; mebus Vallette'nin teklifi üzerine bu yazılış tarzının kabulü temyizi dâva usulüne müteallik bir tadil ve islah lâyhasının tevdi ile aynı zamana tesadüf ettiği cihetle; binnetice, bu veçhile mânalandırılan hüküm mantıkidir çünkü . . .

«Gerçi kanun vazı istihdam edeni böyle bir salâhiyetle mücehhez kılmak ve işbu salâhiyeti istimale mecbur etmek düşüncesinde idisede, bunda ısrar etmemiştir;

« ..... inci maddenin metninde veya Medeni kanunun ihzari çalışmalarında kanun vazının bütün ananelerle kati—alâka ederek ..... ı istediğini tasavvura hiç bir şey imkân vermemektedir.

Kararnamenin esbabı mucibesinden anlaşılıyor ki yeni hükümlerin gayesi . . .

Bu tevsika (Visa) sadece iş kazalarına veya dinî teşekküllerin tasfiyesine ve Kilise (Eglise) ile devletin ayrılmasına mütedair kanunlarda tesadüf olunur.

9 — Ab inutilitate legis delil.

Âmme emlakının, dinin, insanlığın, mukavele serbestisinin ve bu nevîden diğer esbabın tecviz ettikleri hususu himaye eden,—ve hükümleri bir kaç şahıs lehine olan kanunlar, zikri geçen sebeplerin hakkaniyete muttasıl mahiyetinin müsaadesi nisbetinde vüsatla tefsir olunmalı, ve ne sert bir şekilde tefsir, nede işbu kanunların himaye etmek istediği şahıslara zarar verebilecek tarzda tatbik olunmalıdır [1].

10 — Ab auctoritate delil.

Hukuki mesaide en sık kullanılan delil budur.

Bu hususta evvelâ doktrinin reyine müracaat edilir. Müellifler pek çok olup ekserisi bihakkın şöhet kazanmıştır [2].

Kezalik içtihadı muhakede müracaat olunur.

[1] Meriin Répert; V<sup>o</sup> Loi §10, V<sup>o</sup> Interprétation N. 3

Filhakika, metin müteaddit tefsire müayit ise, temkinli bir tatbiki mümkün kılalı tercih etmek münaşıptır. Potius ut valeat Quam ut pereat, Julien de rebus dubiis 12.

Temyiz mahkemesi indinde, mazharı itibar olan müellifler bilhassa şunlardır: Medenî hukukta: Aubry — Et Rau — Planiol; hukuk usulünde: Garçonnet Ve Cesar—Bru; ticaret hukukunda Lyon — Caenve Renault; idare hukukunda: Duerocq'nun yedinci tabı.

M. Boivin — Champeaux, Temyiz mahkemesinde avukatlar konferasında irat ettiği bir nutukta doktrinden bahsederken öyle demiştir:

“Doktrine hakkı olan tazimî göstermeden düşüncesini hatırımdan bile geçmez. Kürsü veya mahkemedeki günlük mesaisile iktifa etmeyerek bize yollar hazırlayan, dört elle istifade ettiğimiz derin vukufun bereketli kaynaklarını bizim için açan o profesörlere, hâkimlere ve yahut teselli veren (venger esse) notlarla, bir kaç saniyelik mağlûbiyetimiz sırasında bizi teselli eden o Haşiye (arrétistes) cilere hudutsuz bir şükran borçluyuz. Bütün mesaili hukukiyede hakiki ilim, hakiki vuzuh hakiki mantık şaheserleri olan kitaplar (onları söylemeye lüzum görmüyorum) vardır Onları tetkik ediniz. Şundan bundan toplamak suretile hareket eden Bayat tasnifçilere müracaat etmeyiniz; birincilere tamamile itimat ediniz; fakat basit kitapçuları tetkik ile vakit kaybetmek değil onları açmaya bile yeltenmeyiniz. Adalet terazisinde fikir ve mütealâsı o derece ağır basan o müellifler bile her zaman hatadan salım değildiler. yanlış oldukları hakkında tam kanaat hasıl ettiğiniz taadırde. onların reylerini pervasızca çürütmeye çalışınız. Hukuk alimi, bir tatbikatçı olmadımı, çalışma odasında bir eser yazarken, nazariyeciliğin bütün tehlikelerine maruzdur. O boşlukta hareket eder; onu istifraçlarında bulunduracak, çok aşırı gittiğinden veya yanlış yol tuttuğundan haberdar edecek hiç bir şey mevcut değildir. Fakat hâdise ile temas vuku bulunca her şey değişir. “Bizzat kanuna bir güne muhallf olamıyan kanunun ayrılmaz arkadaşı,, hakkaniyet tarafından mahkûm edilen neticelerin abesliği sabit olur ve hâkim; bilâtereddüt kendi fikrine mahkûm eder.”

İçtihadı muhakim de bilhassa yüksek temyiz mahkemesinin kararlarından evvelelerde; heyeti umumiyenin; sonra hukuk dairesinin (Hususile nakız kararları); Bilâhare istida dairesinin kararlarına istinat olunması muvafık olur [1].

İstinat mahkemelerinin kararları sadece nisbi bir otoriteyi haizdir.

[1] Aubry et Rau, Sh. 39 Sh. 191 bakınız.

Mesaili hukukiyeyi açıkça tespit eden temyiz mahkemesinin içtihadını hemen hemen kanuna teşbih etmek lâzımdır. Yukarda Sh. 288, 268 ve Nota bakınız.

M. Boivin — Champeaux kararlarından bahsederken pek yerinde olarak öyle demiştir: “Kararlardan bile şüphe etmek gerektir. Şüphesiz kararların hepsi verildiği zaman iyidir ve ekserisi katidir. İçlerinde muvakkat olanları da vardır. İçtihat vasıtasıyla yaratma sahasında, temyiz mahkemesi bütün meseleler hakkında daima hakiki hal tarzlarını derhal bulup çıkaramıyor. Yeni bir kanuna atfedilen mâna bazı defa farkına varılamamış ve kabule gayri şayan neticelerle karşılaşılıyor. Karar mecmualarını açınız pek uzaga gitmeden, Bilfarz. hayat sigortasına müteallik hususdada, hukuk dairesi 29,6/1896 da Sigorta edilmiş sermayenin ihtiyatın hesabında dahil hesap edilemeyeceğine karar vermek suretile nokta nazarını tasrih ettiği gibi 30 teşrinisanı 1901 de, Ceza dairesi büyük senayide mesaiye mütedair kanunun altı ay evvel yapımı, oldüğü tefsirine taban tabana zıd bir tefsirini yapmıştır. “Kararları bulup meydana çıkarmak kâfi değildir; onları okumasını da bilmek lâzımdır. Acemilerin; bazı defa ihmal ettikleri hâdiseyi maddeye ve bu hususta esashi bir rol oynar. İşin nazari tarafının hudutlarını o çizer; ilk bakışta, mütentakız görünen kararları, bu hususta çok ileri gitmeksiz, hâdiseyi maddiye izah eder. Dosyada sehven bırakılmış bir lâyhayı bir karar yerine alarak, en şayanı hürmet mecmualarımızdan biri aynı hâdisi hakkında vaktile biri reddi temyiz (Rejet) nin diğeri nakız kararı (Cassation) nun iki kararını tab etmiştir. Karar altına yapılan not onları teif ve tasvir etmiştir. Hâsiyeci; bu meselede asla unutmamanız icap eden tenkit fikrinden kusur etmiştir.

“Hülâsa, içtihadı muhakimde ani değışmeler nadir olmakla beraber; o tabii şekilde ağır tekâmül yolu ile hareket eder. Ekseri menfaatimiz içtihadın mânasını meydana çıkarmak olacaktır; O zaman hâdisi hakkında verilmiş bütün kararları tanımaya, birbirleri ile mukayese etmeye onları; tecrit edilmiş olarak değil. fakat silsileyi teakibi içinde tetkik etmeye mecbur olacaksınız. Fakat bu kadar araştırma, bu derece tahkik, bunca zahmet ve zaman bir dâvayı müdafaa etmek için mi diyeceksiniz! Tamduraklı söz söylüyor veya sizi korkutmak mı istiyoruz? Hayır. Hakikatın ta kendisini söylüyorum. Eğer kendinizi bu cehte ve onu aşkla yapmağa maktedir hissetmiyorsanız, başka bir yol tutunuz. Yolların az meşakkatli ve daha yükseğe göttireni vardır. Muhasir sosyalist şeflerinden birinin istediği tembellik hakkı bizim için yoktur. Mesleğimizin esasi kanunu sabırdır. Mesleğin eşigi aşıldığı andan itibaren, eğer işlek bir yazihane emeli besliyorsanız. sosyalislerin istediği günde sekiz saat çalışmaktan ibaret her ümidi kestiniz. Ekseriya hafta bağı istirahatını bile fedaya hazırlanınız. Buna karşılık olarak, size ne büyük nskdi menfaatler, nede şöhet şaşasın tekeffül ederim. Fakat müşterilerinizin itimadına lâyık olur, meslektaşlarınızın hürmetini kazanır. hâkim sizi hayır bahhkle dinler; hâkime lâyikiyle hazırlanmış bir lâyiha getirme suretiyle; yükünü hafifletiniz. Her şey üstünde mükâfatların en güzelini ve size kifayet edebilenini bizzat kendi içinizde bulursunuz; Vazifenizi yerine getirmiş olmanın şauru..”

Ne Temyiz veya istinaf muddei umumileri neticeyi taleplerinde ne de Temyiz mahkemesi müşavirleri raporlarında hemen hiç istinaf kararlarından memem hiç istiane ve istichat etmemektedirler [1].

eski veya yeni bir içtihadı muhalefet, sadece bu sebepten dolayı, kanunun bir ihlali diye telakki edilemez. Binaenaleyh temyizi mucip esbaptan değildir. Eski bir Parleмент' nin bir tayıni merci kararı mevzuubahs olsa bile yine şayanı ehemmiyet değildir.

Bu mülahazalar yardımıdır ki kazai kararları tetkik etmek iktiza eder.

Bir kararı zikretmeden önce, her hali kârda, onu tetkik, hâdiseye nüfuz, hükmedilecek hâdisiye ile kararda geçen hadiseyi mukayese etmek lâzımdır, [2].

Hukuk dairesinin veya Heyeti umumiyenin bir kararını küçümsiyerek bir taraf lehine hükmetmek ona en kötü hizmeti yapmaktır. Yukarda Sh. 287, 288 No. Bak Münaziünfih olmakla beraber yüksek Temyiz mahkemesinin müktesep ve sabit bir içtihadı ile halledilmiş bir meselede, bu içtihadı nazara almamak muamele yapan Noter mesuldür. C. 24 Temmuz 1890, S. 93. 1. 251. 2 Kânunusani 1885, S. 86. 1. 97. 9. Teşrinisani 1904, S. 05. 1. 229. 25 Kânunusani 1910. S. 1910. 1. 149; D. 1910. 1. 177.

1. C. 27 Ağustos 1812, Chr. S. 23 Kânunusani 1816. S. Chr. 11 Ağustos 1825, S. Chr. 13 Temmuz 1830, S. Chr. 113 Kânunusani 1830, S. chr. 27 Kânunuevvel 1830, S. Chr. 24 Temmuz 1832. S. Chr. 2 Mayıs 1836, S. 86. 1. 942.

Esmelin, Lajurisprudence et la doctrine, Revue trimestrielle, 1902, Sh. 11 ve müt. Meyial, Les recells d, arrêts et les arrétistas ( Livres du centenaire ), 1, Sh. 375 ve müt. ), Dupin, Jurisprud. Des arrêts, Opuscules de jurisprudence, 1851 tabı, Sh. 486. Perreau, Revue trimestrielle, 1911, Sh. 284 ve müt. Merlin, REP., V, Autorité, N. 111; V Arret, N. 7. Hortensius de Saint — Alban, Logique Judiciaire, Sh. 75.

[1] Üst mahkemelerin ve mahkemelerin az çok yekdiğerine mutabık kararlarının heyeti mecmuası hukukan riayeti mecburi bir kaide teşkil etmez.

Le Droit gazetesinde 2 Mayıs 1882 tarihli nushasında M. Mercier, nin nutkuna bakınız.

Judex ab auctoritate rerum perpetuo Similiter Judicatum, non facile recedere debet vecizesini bu mânada anlamak lâzımdır. Şüphesiz içtihadı muhakim emsalı doktrin fikir ve mütalâaları, bir nevi peretör hukuku yaratmak suretile mahkemeleri takyit etmeğe müstenittir, fakat işbu emsal ve mütalâaların hata ve mahzurları açık bir surette görünürse, mahkemeler bunlara muhalif hareket edebilirler.

Horace haklı olarak:

Mamafih aksi yolun ifratından sakınmak lâzımdır. Hulasa içtihadı muhakim Callistrate tarafından ( De legibus ) de naktedilen Sêvere emirnamesini bu mânada anlamak icabeder.

Kararlar örnek alınacak makbul misaller olarak zikrolunup yoksa kendilerine mutlak surette inkiyat etmeği gerektiren kanunlar olarak değil.

Binaenaleyh halihazır taamül zıddına hareket etmekten uzak olarak, bil'akis kararların taamüle uyarak birbirleriyle uyuşabilmesi lâzımdır.

[2] \* Binaenaleyh haşiyecinin vazifesi sırf bir hadise hukukiye için hükmedilmiş olan şeyi bütün hâdiselere teşmil etmenin doğuracağı tehlikeden okuyucusuna haberdar etmek ve onun bu suretle, cahil veya anlayış kıt kimselerin, prensip iti-



Bilhassa haşiyeli kanunlar yardımı ile (pekelverişli silahtır) hareket, ve bilâ tefrik ve temyiz zikretmekten içtinap olunmalıdır, bu suretle (Harmê-nepidê) i büyük jacques (Cujas)ı, Rebuffé, ü zikreden ve Pêripatétique [1] ilâh: nin otoritesini ileri süren müdafii hatırlamalıdır.

Kararın hâdisesi maddiyesi içine, kemâli itina ile kapanmak ve ileri gitmektense geride kalmak lâzımdır; zira Kanunun mevcut olmadığı yerde, her şey şüphelidir; şüphe halinde ise, ihtiyat aşırı cüretten evlâdır.

Aksi takdirde kıyas bahanesile: derece derece ilerlemek zorunda ka-larak, niçayetilemir hareket olunan prensibe en muhalif neticelere varılır [2].

---

barile memduh bir kararı, neticeleri bakımında tehlikeli hale sokabilecekleri süis-timale karşı uyanık tutmaktır.

Haşiyeci César'ın sözünü hatırlamalıdır.. Omnia mala exempla ex bonis initiis Orta sunt: sed ubi imperium ad ignaros aut minos probos pervenit, novum illud exem-plum ab dignis et idoneis ad indignos et non idoneos transfertur. Sallust. In Ca-tilin. cap. 51.

İyi bir haşiyecinin bütün vazifeleri, Journal des audiences in ilk cildini müel-lifi Dufresne nin şu methiyesinde toplamışa benziyor:

Onun vusukuna hiç bir şey irişememiştir. O yalnız celselerde hazır olmakla kalmamış, fakat aynı zamanda fiili ve hukuki sebepleri azami sarahatla yazmak ve nakza uğriyan istinaf kararlarının ekserisini nakletmek suretile hakikatın kanunları-na kılı kırk yararcasına tabaiyyet etmiştir. Hâdiseyi maddiyenin iyice vazih görün-medığı dâvalarda meslektaşlarının ve hatta tarafların lâyhalarını vakıa meselesini kavramak ve onu hakiki çehresile göstermek maksadile tetkik zahmatini ihtiyar et-miştir, Dupin jurisprud. des arrêts

[1] Racine, Plaidens, III, Sc.

[2] Dumoulin, Şu büyük sözleri söylemiştir: modice festi differentia magnaam inducit juris diversitatem.

Bu sebeplerdir ki Adliye sarayında münferit karar (arrêts d'espece) tâbiri kul-lanılır. Haşiyecilerin hakiki ilmî indî bir şeklide tamim yapmamak, evveleminde, hâdiseyi hedef ittihaz etmekten ibarettir. M. Labbé haşiyecilerin numunei imtisali olmuş ve (Sirey) deki monogrefleri haklı olarak şöhret bulmuşlardır.

M. Dupin kararların zikir şartlarını 10 kaide halinde hulâsa etmiştir; (asri) mukarrerat mecmualarının (Sirey, dalloz) ve adli gazetelerin (Le Droit, Gazette des tribunaux) ilah... vusuku bu kaidelerden bazılarını daha az zaruri kılmaktadır.

1 inci kaide: kararları sarîh kanun hükümü olmadığı takdirde ancak zikretmek lâzımdır.

2 inci kaide: hâdiseyi açık olarak halleden kanun mevcut olmazsa kararlara müracaat olunabilir. Fakat bu kararları zikirden mukaddem hepsini görmüş olmak lâzımdır.

3 üncü kaide: bütün kararları yalnız bir haşiyecide görmek kâfi değildir, onları kendi aralarında muvacehe etmek iktiza eder.

4 üncü: kaide bazan muhtelif mecmularda aramalar yapmak ve onları muvacehe et-mek kâfi gelmez; hattâ bir kararın tahkiki, kararın atfolunduğu istinaf veya temyiz mahkemesinin kayıtlarına müracaatı icabettirecek kadar hayli ehemmiyet arzedebilir.

11 — Ab absurdum delil [ 1 ].

Bu delil kanunu, başka suretle tefsiri halinde, abes veya mantıksız olacağı vakiasından alınmıştır.

12 — A rubrica delil

Bu delil pek tali mahiyettedir.

Kanunların başlık ve unvanları ne müzakere nede reye tâbi olmadı-  
ğından, başlık veya unvanın umumiyeti sebeble, bir kaç halin hepsini ih-

5 inci kaide: muhtelif haşiyeciler arasında teşettüftü ara vukuunda onlardan birinin dâvada bir avukat, bir hâkim olup olmamasına ve aralarında tercihi mucip başka her hangi bir sebep mevcut bulunup bulunmamasına dikkat etmek lâzımdır.

6 uncu kaide: muhtelif kararlar arasında, temyiz mahkemsininkini tercih edi-  
niz; istinaf mahkemelerinin kararları ancak ikinci derecede gelirler.

7 inci kaide: bir tek karar zikretmek, ondan içtihadın mevcudiyetini istidlâl  
hususunda kâfi değildir.

8 inci kaide: bir karara istinat eden kimse hâdiselerin ayniyetini ispat etmesi  
lâzımdır; kararın kabili tatbik olduğunu reddeden kimse hâdiseler arasındaki fark-  
ları tebarız ettirmesi icabeder.

9 uncu kaide: hâdiseler arasında, kararın her türlü tatbikini defetmeğe müste-  
id fark yoksa, onun tesirini çoğaltmak maksadile, kararın kuvvetini arttırmağa müs-  
teit ahval ve şerâite (reisın, raportörün, müddeumuminin isimlerini) dikkat  
nazarı çeki ebilir.

10 uncu kaide: yekdiğerine muhalif kararlar mevcut olduğu tekdırde müm-  
künse onları teif veya en iyi hükmetmiş olanların hangileri olduğunu göstermek  
icabeder.

[ 1 ] Bernardin de saint — Pierre, ab absurdo faraziyelerin hem eğlenceli ve  
hem faydalı olduklarını yazmaktadır: “ Bir hakikatı ispat etmek için tasavvur olu-  
nan prensibe muhalif bir prensip farzetmekle işe başlandığı ve bu faraziyeğe göre  
muhakeme yapılırsa aklın kabul edemeyeceği bir neticeğe vrrıldığı takdirde, (obabsurdo)  
usule tevfikân ispat yapılır.

“bu muhakeme usulünde haizi ehemmiyet olan nokta iki kaziyenâ sadece yek-  
diğerine muhalif oldukları değil ne vakit mütezed bulduklarını tâyin etmektedir.

„ İki kaziyeye tezat halinde oldukları takdirde, birinin doğruluğu diğertinin yan-  
lışlığını ve mütekebilen birinin yanlışlığı diğertinin doğruluğunu intac eder.

\*Çok defa, mütezed kaziyeye müteaddit farklı haller arzeder; kaziyenin yanlışlı-  
ğı ispat edilmesi için, bu hallerden her birinin yanlış olması lâzımdır: zira bir hal  
doğru olsaydı la proposée = netice yanlış olmazdı.

„ Binaenaleyh \*zikri geçen hallerden her biri sırasile ve yanlışlığı ispatı husu-  
sunda söylenen usule tevfikân mülâhaza olunacak, kabul edilen bu kaziyelerden  
her birinin doğru muhakeme yolu ile gerek bizatihi abes, gerekse faraziye ile veya  
faraziyenin neticelerinden birile mütezed bir takım neticelere müncer olduğu ispat  
olunacaktır.

tiva eden bir kanun hükmünü, bilfarz işbu hallere hasır ve tahdit etmek maksadile arubrica delilden istifade suretile istihrac yapılamaz. Mamafih başlık ve unvanlar büsbütün ihmal olunamaz [1].

Abes meydana çıktığı vakit, mantıkla onun hatasını hal etmek istemek ona fazla kıymet vermektir.

[1] Valette ve Benat Saint—Marsy, traité de la confection des la fontaine lois, ch. 9

Brocher, études sur les principes gén. De l'interprétation des lois, sh. 67 ve mütt. Merlin, V loi, § 10, 2.C. 30 temmuz 1911, S. chr. 14 kaşunievvel 1821 S. Chr. 8 şubat 1840, S. 40. 1. 651.

19 şubat 1918 tarihli bir temyiz kararında, hukuk dairesi şöyle karar vermiştir:

“Bütün bahri akıtları tanzim eden 1681 tarihli ordonnance, in cilt 11, 1, 3 ütüñ 11 inci maddesinden iktibas edilmiş olan ticaret kanununun 262 inci maddesinin terimleri umumi mahiyettedir. Ve bahriye teşkilâtında olanların nefine vaz edilmiş olan hükümleri, her hangi növı seyrisofer için tutulmuş olursa olsun, işbu şahıslara kabili tatbikdir. Binaenaleyh işbu bahriyeliler tenezzüh gemilerinde çalışmak üzere girmiş oldukları takdirde, zikri geçen hükümlerin himayesinden mahrum edilemezler.”

Bu 262 inci madde *deniz ticareti* başlığı altında bulunmaktadır; ve tenezzüh yat sahipleri tüccar değildirler. Yüksek temyiz mahkemesi başlığı hiç nazarı dikate almamıştır.

Cujas, bilakis, başlıklara: Claves legum adını vermektedir.



## BEŞİNCİ KISIM

Jus est ars aequi et boni.

Juris praecepta sunt haec: Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

Itaque providendum est, ut judicia emanent, matura deliberatione prius habita.

# BEŞİNCİ KISIM

HAKKANİYET. VAKIA. HÜSNİYET. RIZA. HUD'A- NİYET. İRADE TEFSİRİ

HİLE

## BİRİNCİ FASIL

HAKKANİYET

Ancak kanunun sakit—Olduğu vakit, [1] Hâkimler onun sükûtunu telâfi ve ikmal etmeleri iktiza eder [2].

Hâkim daima batırlamıdır ki vazifesi kanuna tevfikân hükmetmeğe münhasır olup, yoksa kanun hakkında hüküm vermek veya kanunu yapmak değildir [3].

[1] — Yukarıda, sh. 289 ve müteakib, sh. 13. sh. 46 ya bakınız.

Esas dâva hakimleri ekser zaman metinlerle mahduttur. Kanunların koyduğu sabit ve mutlak kaidelece tevfikân hâkimlerin icra ettikleri adalet, *mücerret veya hukukî* bir adalettir.

Oporet leges dominas esse, si sint recté scriptae; magistratus autem edicere debet de illis de quibus leges exquisité aliquid decernere nupuant, qad non facile sit sermone generali singulos casus comprehendere. aristote, Politique, III, 11.

[2] — Hakukun şiddeti diye anılan, bir parça sert görünen kararları, bu şiddet kanun için lüzumlu olduğu ve kanunun ondan neşet ettiği aşikâr olduğu taktide, hakaniyete mühtlif haksızlıklar gibi telâkki etmemek lâzımdır.

“Bununla beraber hukukun sertliği veya şiddeti kanunun esaslı ve ayrılmaz bir neticesi değilse, kanun tamamen bertarafedilmeden veya hafifçe tadile uğramadan tahammül edebileceği tefsir ile gayesini hasıl ediyorsa, o zaman lafzın taleb eder görüldüğü bu şiddete hakaniyeti tercih etmek ve müfessirle dar ve hasın hareket tarzından çok kanunun ruh ve maksadını takib etmek lâzımdır.”

Domat, Lois civiles, liv. Birinci bölüm, 2, n. 4

Quod quid perquam durum est; sed ita lex scripta est. Ulpian, qui et a quib. man. D. 12, § 1.

[3] — Teşkilâtı esasıye kanuna göre müzekerâ ve neşri ilân edilmiş bir kanun, teşkilâtı esasıyeye uygunsuzluğunu tetkikle onun hükümetüz bırakmayan mahkemeler tarafından mutlaka tatbik edilmelidir. C. 11 mayıs 1833, schr. laurent. Cil. Ln. 31

Kanunun mânası müsbet ve muayyen ise mahkemeler, ne kadar kuvvelli olursa olsun hiç bir mülâhaza ile, onun tadil veya tatbik tahdid edemezler. C. 3 kanunusani 1826, S. Chr.

Dupin, Jurisprud. Des arrêts, n. 16 ve müt. Mailher de chassat, de l'interprétation des lois. Sh. 193. Ranson, l'art de juger, sh. 52

Casimir Delavigne, haklı olarak: «Hukuk insanların hakaniyet aleyhine bulmuş oldukları en güzel keşiftir» demiştir.

Filhakika bu, niyet temizliğinin kâfi olmadığını gösterir.

Yanlış malûmata sahip efkârı umumiyenin, kendini kanunun [1] Üstüne koyabilen ve şahsi görüşlerine göre hükmedebilen bir hâkimi «iyi hâkim» diye tavsif edebilmesini düşünmek teessürü mucibdir.

[1] -- Tabiaten bir parça tenbel olan la fontaine, nin: «Eşek arısı ve bal sinekleri» adlı masalında başka bir şey tavsiye etmediğini biliyorum. Şair hâkimin« pek kaba adam olduğunu, zanneder ve hukukî bakımdan, bir parça tesirsiz diye tavsif olunabilen şu hisse ile sözünü bitirir:

Allaha şükür ki bütün dâvalar böylece hallolundu!

Bunun üzerine Türklerin usulü takib olundu!

Mücerred hissi selim bizim için kanun yerini tutacaktı!

Bunca masrafa artık lüzum kalmıyacaktı!

Biz yenecek yerde parçalanıyoruz.

Uzun taliklerle için için eriyoruz;

O hale geliniyor ki sonunda istirdye hâkimin kabukları dâvacıların oluyor.

Şüphesiz hiç bir şey bu kadı adaletinden daha kolay ve daha müessir değildir!

Böyle bir hâkim kararlarının mucip sebeplerini göstermekten bile muafır; kâhinler asla mucib sebep göstermezler. Kezalik (Anatole France) sını meşhur bergeret si: «Kötü kanunlar iyi hâkimler tarafından tatbik edilseydiler çok korkmazdım. kanunun elastiki olmadığı söyleniyor; bunu zannetmiyorum. Müsamahaya imkân vermeyen metin yoktur. Kanun ölüdür. hâkim yaşayan bir varlıktır. Bu yaşar olmaklık hâkimin kanun fevkinde sahip olduğu büyük bir avantajdır! Diyor.

Nasıl olur da hoş müstehzi kanun ölüdür! Diye bilir?

Caligula devrinin hukukçularına karşı onları sadece hakkaniyete tevfikân rey vermeğe icbar edeceğini ihtar etmekten daha büyük bir tehdid tasavvur edememişti. Bunun ifade ettiği mâna kanunları fesih ve ilga edeceğini beyan etmekle müsvavi idi. De Juris quoque consultis, quasi scientiae eorum omnem usum abaliturus, sacpé jactavit, se meherclé effecturum, ne quid respondere possint pra eter, aequum. Sueton, in Calig, Cap. 34.

Hayır; hâkim kanunun kölesi olmalıdır. Yukarda Sh. 286 ve müt. bak Et quidem imprimis illud observare debet judex ne alliter judicet quam quod legibus; aut constitutionibus aut meribus proditum est. Justin Instit. 4, 17.

D'Argentré diyor ki: «kendini kanundan daha hâkim göstermek isteyen hikmet delidir. Sırf kanuna tevfikân hükmetmek için nasib ve tâyin edilmiş olan sizler nasil olurda kanun hakkında hüküm verirsiniz? kendinizi kanunlardan daha hâkim tasavvur etmekle, onlara hakaret ediyor ve amme hukukuna karşı âlemin var zannettiği vicdanlarınızı katılaştırıyorsunuz. Ya kanunlar hakkında hüküm vermekten vazgeçiniz veya kanunlara göre hükmediniz. \* Argentreus, in antia. consuet. Brit. s § 328, glosei n. 5. ve in nov. consuet, made, 627.

Hakkaniyet bir çok tarzda anlaşılır.

Yüksek ve hukuki bir manada hakkaniyet (de *Dequitas ode, oequus, müsavi, denk*) şahıs tefriki yapmayı, veya hukuki sebeplerden gayri sebeplerle hareket olunmayı meneden, tevzii (her kese kendi hakkı olanı veren) Adalet (*justice distributive*) dir [1].

Başka bir mânada, — herkes tarafından umumen kabul edilen mânada— hakkaniyet kanunun lâfzına göre değil fakat tabii bir doğruluk hissine tevfiқан icra edilen adalet (*justise exercée*) dir. Burada mevzuubahs olan hakkaniyet «zihni = *cérébrine*» hakkaniyettir [2].

Bazan bu tabir kanunun şiddetine teban değil, fakat makul bir itidal ve mülayemetle verilen adalet mânasını da ifade eder.

---

Saint — Augustin, de: non licet iudicibus de legibus iudicare sed secundum ipsas. demiştir.

Bedadımız da bunun için: "Allah bizi Parlement, nın hakkaniyetinden muhafaza buyursun," diyorlardı. Adliye sarayının bu darbi meselesi Charondas tarafından, *responses*, liv. 4, fasıl 77.

Sevva François I tarafından zaptedildiği vakit şahıslı kraldan, lütüf olarak artık hakkaniyetle hükmemedilmemesini istemişlerdir.

[1] — *Aequitas enim nihil aliud est, quam jus quod lex scripta prætermisit*. Cojas, tit. 1. lib. 2, de feudis.

[2] — "Hakkaniyet hâkiminin psikolojisi kanun hâkiminin (juge du droit abstrait, psikolojisi kadar şayanı dikkattir. Eğer hâdisei maddiyenin vaziyeti başka bir karar verilmesini ilhamı ediyorsa, umumi ve riayeti mecburi kanun hükümleri hakkaniyet hâkimini tiksindirir ve kendisine hakiki adaletsizlikler gibi gelirler; hatta bu hükümler ona beyhude incelikler gibi görünür. Hakkaniyet hâkimi pek amelî zihniyete sahip ve binaenaleyh nazariyeden az zevk alır. O kanunsuz hükmetmeyi memnuniyetle karşılar ve kendisince, taşıdığı iyi niyet taraflar için kâfi bir teminat gibi görünür. Kanun mennetmekle beraber, usul karışıklıkları yüzünden şahadet delilli ikame edilmiş bulunuyorsa, niçin zahir olan vüsuku reddetmelidir? hakkaniyet hâkimi, eşhas hakkında kendi gizli tercih veya sırf şahsi intibalarına kapılarak kanunu bir tarafa bırakmak tehlikesine mâruz olduğunu görmemekte haksızdır." De la Grasserie, Des différentes justices. Aynı müellifin: La Psychologie du magistrat *Revue du Palais*, 15 temmuz 1905 e bakınız. M. Drloux, onun de la préparation aux fonctions judiciaires adlı eserine, aynı mecmuada, 15 Ağustos 1905 e bakınız.

Bu hakkaniyete indî olduğu için «zihni — *cérébrine*,» denilmiştir. Papinien'in üzerine nazarı dikkati çektiği şey de budur. *quam ideonon malé cerebrinamx judicium quidam vocarunt*.

"Tabii hakkaniyet bize başkasına ait malın her zilyedinin onun sahibine ne zaman talep edilirse edilsin iade etmesini emreder. Fakat hukuki hakkaniyet bu umumi prensibi hâkimane bir şekilde tashih etmiştir. Bu prensibi bilâ tahdit kabul etmek, eşyanın mülkiyetini ebedi olarak muallakta tutmak ve binnatice cemiyeti karışıklık içine atmak olurdu. Binaenaleyh, muayyen bir kaç sene sonunda, malikin şey üzerinde sahip olduğu haklardan vaz geçmiş addolunacağı ve zilyedin, ister hüsnü niyet ister sui niyet sahibi de olsun artık rahatsız edilmeyeceği ne de istifade hakkını istimal ederken müdahaleye mâruz kalmıyacağı prensibe getirilen bu itidal sayesinde olmuştur." Dupin *regles de droit*.



İngilterede hakkaniyete müstenid mevzuat (Equity) iptidai dar hukukun (Commun law) boşluklarında teşekkül etmiştir, ve dar hukuk ona sadece çerçevelik vazifesinden başka bir şeye yaramaz. Hakkaniyete müstenid mevzuat dar hukukun butlanla malul edebileceği bir çok muamelelerin muteberiyetini kabul etmiştir.

(Seçme hükkâm kadrosu (çünkü bu kadronun sayısı az, ücreti fazladır) ve ırkının sağlam ananeleri sayesinde, İngiltere hakkaniyete müstenid mevzuattan şikâyet etmilyebilir).

Bizim Fransız mevzuatında, bilâkis, hakkaniyet hâkimi (juge de équité) yalnız iki tanedir: uzlaştırıcı hakemler (arbitres amiables compositeurs) [1] ve (300 frangın dunundaki işlere baktıkları vakit) sulh hâkimleri [2]. Fakat, diğer taraftan, vazifedar oldukları ihtilâflar hakkında hüküm vermek zaruri olduğuna göre, mahkemelerimiz. Malum olduğu üzere, kanunun sakit müphem veya gayri kâfi olduğu bahanesile tarafları ihkakı hak etmekten imtina edemez (Medeni kanunun 4 üncü maddesi) [1]

O zaman mahkemeler hiç bir metinle bağılı olmadıklarından hakkani-

[1] — Uzlaştırıcı olarak nasbedilen hakemler itiraz götürmez bir şekilde hukuk kaidelerine tevfikân hükmetmekten muafırlar. Filhakika hukuk usulü muhakemeleri kanunun 1019 uncu maddesi: "hakemlerin ve intihap edecekleri üçüncü mahkemelerin, hakem mukavelesi kendilerine uzlaştırıcı gibi hüküm vermek salâhiyetini vermedikçe, hukuk kaidelerine göre karar vereceklerini yazmaktadır.."

Hakemler. bu maddenin tatbiki suretile, 30 senelik zilyedliğe ve taraflardan biri canibinden dermeyen edilmesi muhtemel olan müruru zamana müstenid iddiayı reddedebilirler. C. 31 Teşrinievvel 1811, D. Repert., V. arbitrage, n 1020 muhtelif tatbik halleri üzerinde mukayese yapınız, C. 27 Şubat 1828, S. chr. 27 İkinci teşrin 1837, S. 38. I. 255. 25 Haziran 1845, p. al. 49. I. 703. 27 Kanunusani 1879, S. 79. I. 344.

[2] — Sulh hâkimi 300 frank dunundaki mevât hakkında hakkaniyete müsteniden hükmeder. (Filhakika, bu gibi mevadda, kanunun ihlâli sebeble temyizi dâva mevzu değildir). Fakat bu istisna gitgide mahdudlaşmaya doğru gidiyor. İstisnafa tâbi dâvalarda bu istisna asla mevcut değildir. 25 mayıs 1838 tarihli kanunun 15 inci maddesine bakınız.

Sulh hâkimi, menşesinde bilhassa bir muslih idi.

Patronlarla işçiler arasındaki ihtilâflara mütedair 27 kânunvevel 1892 tarihli kanun, sulh hâkimine gerek taraflardan birinin talebi üzerine, gerekse resen müdahale salâhiyetini vermektedir. Kanun aynı zamanda, taraflar hakem tayinini kabul ettikleri takdirde hakemlerin tayinine mütedair bazı eşkâl de tespit etmektedir.

[1] — İhkakı haktan imtina temyizi dâva sebebi teşkil eder. Hâkim aleyhine şikâyete de imkân verir. Madde: 505 — 4 üncü bent hukuk usulü muhakemeleri kanunu. Yukarda Sh, 295.

yete müsteniden hükmederler [1].

Burada hakkaniyet kendini tabii aklın vicdan ve doğruluğa tabi olan kaidelerinin hakiki şekliyle tezahür eder [2].

Hatta kanun, bazı arızı teferruat hakkınd [3] keyfiyeti hâkimin reyine veya basiretine terkettiği takdirde bile, çok defa zaruri olan bu serbestinin sadece akla ve tabii hakkaniyete tabi olmamasından anlaşılmalıdır.

Bu hukuki hakkaniyetin tahakkuku bahsinde, Roma Hukukçuları, istidallalarda fevkalâde bir muhkeme kudreti, şaşmaz bir mantık, tefsir de hudutsuz bir elestikiyet, en saf, çok defa en ince tahlil, nihayet hakiki hukuk tipi, sürükleyici bir sıhhat ve vuzuhta bir dil getirmişlerdir [4].

Roma hukukçuları iyi, kuvvetli düsturlarını tabii hukukun en saf kaynaklarından çıkarmışlardır. Bir hakkaniyet majistrasının, hakiki «iyi hâkim» in en güzel tasviri pretörlükte meslekdaşı bulunan Cicéron tarafından yapı-

[1] — Eger kanun, mukavele sakıt veya tereddüdü mucip ise bu boşluk hakkaniyetle telâfi ve ikmalolur hæcææquitas suggerit, et si jure Quod legibus omis- sun est, nin omittetur religione judicantium L. 13, tit. de legibus.

on possun omnes articuli singillatim, aut legibus, autsenatus consulti cempren- hen di. L. 12, de legibus.

[2] — Efkârı umumiye nazarıada hakkaniyet,gördüğümüz veçhile, pek indî bir şeydir: birine haklı görünen diğerine haksız görünür; ve her biri hüsnü niyetle, kendi reyin o kadar müsavi kuvvette delillerle müdafaa eder ki insan çok defa ikisinden hangisine hak vereceğini tâyinde müşkülât çeker. Bu, Henri IV ün, iki dâvacıyı dinledikten sonra: “her ikisinin de hakkı var., dediği şeydir.!

[3] — Bazan kanun, hâkimlere hakkaniyete müsteniden muayyen karar verme salâhiyetleri bahşeder. İşte buna alt misaller: Suların tanzimi, Medeni kanun madde 645; bir boşluğa verilen tecil, aynı kanun 1244, 1625, 1900 uncu maddeleri; resen teklif olunan yemin, 1367, 1369 üncü maddeler, yukarda Sh. 92 ye bak. Ayrılık veya boşanma hallerinde çocukların muhafazasına muteallik tedbirler, aynı kanunun 320 inci meddesi; ayrılık halinde kadının ismi, aynı kanunun 311 inci maddesi masrafların tevzi veya takası hukuk usulü muhakemeleri kanunun 130, 131 inci maddeleri, tadili tediyat sırasında yapılmış muamelelerin iptali, ticaret kanunun 447 inci maddesi; kumar ve bahis borçlarının tenzili, medeni kanunun 197 inci maddesi; şerikleri; arasında hisse teşkili, 1854 üncü madde ilâh...

[4] — Yukarda Sh. 188 e bak.

Doğruluk ve hakkaniyetin menbaı her insanın hissi ahlâkisindedir. Hakkaniyet doğruluktan daha yumuşaktır, doğruluk bir parça daha serttir. Hakkaniyet sahibi olan adam tabiatı icabı kalbinin ilhamlarına uyar; doğru adam aklının istikametine itaat eder.

Hakkaniyetin bu meselesi hakkında, Mommsen nin Droit public romain de, Cil. 1, hâkimliğe dair şayanı dikkatle felsefe bakınız.

mış olan Aquilius Galus ün portresidir [1].

Adaletin sevk ve idaresinde, hakkaniyetten daha beter bir şey yoktur, zira hakkaniyet bütün hisler gibi sadece değişen bir histir. Binaenaleyh fertlere göre tamamıyla tehalüf eder; ve aynı bir şahısta yaşanan anın intibalarına ve ruhi temayüllerine göre değişir [2].

## İKİNCİ FASIL

### VAKIA VE DELİLİ

Prensip itibariyle, esas dâva hâkimi vakıaları araştırmak ve tebyin etmek hususunda mutlak salâhiyeti haizdir [3].

Bu suretle esas dâva hâkimi, serbestçe, bir vakıanın (Fiil veya ihmal) varlığını veya yokluğunu; kezalik işbu vakıaya, kanunen kabili isnat bir kusur vasfı izafe etmeği mucip olabilen ahval ve şeraiti takdir eder.

[1] —“Hususi hukuku tabii hakkaniyetten asla ayırmamış; o kadar çok doğruluk ve namuskârlığa sahip ki kararları ilmin emrettiğinden çok tabiatın mülhem olmuşa benzeyen (qui ita justus et bonus vir est, ut natura nan disciplina consultos esse videatur) o kadar bilgi ve maharet sahibi ki sadece kafasındaki malmûmatı değil kalbinin vasıflarını da hususi hukuka medyun görünen (ita peritus ac prudens ut ex jure civili, non scientia solum etiam bonitas nata videatur); nihayet kabiliyeti o kadar geniş ve istikameti o derece mükemmel ki insanın bizzat kendini kavrayan, böyle bir kaynaktan yalnız saf ve berraktan başka bir şey elde edilemeyen bir kimsenin otoritesine çok mümaşaat olunabilir. (11 ejus lantum est ingenium, ita prompta fides, ut quidquid inde haurias, purum liquidamque te haurire sentias,,.

Bu madalyon, arkasına hakkedilecek şu efsane ile hulâsa olunabilir: Vir bonus jurisque përitus.

[2] —Bu hususta Aguesseau ne söylüyor dinliyelim:

“Hâkim kudretinin tehlikeli silâbı, her gün yeni kaideler vücuda getirmek cüreti olan bu indî hakkaniyet—böyle söylemiye cevaz varsa—her dâva için hususi bir muvazene ve has' bir ağırlık teşkil eder. Eğer hakkaniyet bazan kanun vaznının gizli maksadına nüfuz etmek için mahir gibi görünürse, de, bu o maksadı teşhis etmekten çok onu bertaraf etmek içindir; hakkaniyet kanun vaznının maksadını sadık bir papazdan daha ziyade gafflete düşüren bir düşman o larak iskandil eder. Kanunun lafzını ruhu ile, ruhunu lafzı ile çürütür; ve bu zahiri tezat ortasında hakikat gözden kaçır, faide kaybolur ve majistra vaziyete hâkim kalır..”

[3] — Hâkim kanunen şahsi kanaatine müsteniden karar veremezse de (Sh. 50 bak) bundan hâkimin taraflarca müsbet ve muhakkak olan veya kabul ve itiraf edilen vakıaları takdir edemiyeyeceği mânası çıkmaz.

Her—ne kadar iflâsa hükmetmek ve onun tasfiyesini neticelendirmek yalnız ticaret mahkemelerinin salâhiyeti cümlesinden ise de, hukuk mahkemeleri bir tacirin tatili tediyatını tebyin etmek ve bu hali fiilinün istilzam ettiği kanuni neticeleri çıkarmak salâhiyetini haizdir.

Civ. C. 22 Şubat 1888, B. 88. 1. 1. 311. 29 Nisan 1889, D. 90. 1. 19. Crim. C. 6 Mayıs 1902, S. 05. 1. 60.

Bütün basit (Kayıt ve şarttan ari = faits purs et simple) [1]. Vakıalar, yani bir mukaveleye merbut veya mürekkep (Mudil = Complexes) olmyan vakıalar hâkimin takdir salâhiyetine dahildirler.

Bir şahsın ikametgâhının nerede bulunduğunu tâyin meselesi esas itibarıyla bir meseleyi maddiye olup unsurları sadece esas dâva hâkimlerince tâyin olunabilir.

Binaenaley Medeni kanununun 104 üncü maddesine tevfikan yapılmış beyanat bulunmadığı takdirde, ikametgâh değişmesinin delili, sırf esas dâva hâkimlerinin tesbit ve takdir edebilecekleri ahval ve şeraite bağlıdır [2].

Eğer esas dâva hâkimleri: 1— Bir iş kazası neticesinde ölen çocuğun ana ve babasından her ikisinin olgunluk çağında ve çalışmaya muktedir olduklarını; 2 — kaza mağduru kendi ücretini onlara vermekte idise, bu tevdiatın büyük bir kısmı itibarıyla kendi işe; ibate ve bakım masraflarını

[1] — Hukuki, mürekkep, basit vakıaların tefriki hakkında, yukarıda Sh. 159, 160, 332. sahifelere bakınız. Bu sahifelerde vakıaların tam bir tadadına raslanabilir.

Diğer misaller: Mukarenette bulunmaktan daimi ve sistemli bir şekilde intifa tahkiramiz olduğu takdirde, bir boşanma sebebinin, vaziyete göre ağır bir tahkir olup olmadığını serbestçe takdir esas dâva hâkimlerine aittir: C. 19 Kânunusani 1889, 2, D. 1892. 1. 424; Dalloz Jur. Grén suppl.; V. divorce N. 77. Req. 17 Şubat 1913; Gaz. 2 Temmuz.

Gabının mevcudiyetini tâyin bir meseleyi maddiyedir. C. 7 Kânunuevvel 1819, D. J. G. V obligation, N. 240 Larombière 1305 inci madde altında N. 15 (Kaza mevadında) işin devamı veya devamsızlığını tâyin etmek meselesi bir meseleyi maddiyedir. Civ. C. 3 Nisan 1913.

Bu mesele hakkında: Temyiz mahkemesinin 12/Kânunuevvel /1877 (Sirey 1878. 1.18.); 24 Mart 1896 (Sirey 1897. I.305.); 26 Teşrinisani 1900 (Gaz. Des Tribunaux, 4 Kanuni evvel 1900); 17 Mart 1903 (Rec. Gaz. Des Tribunaux 1903, 2 inci hafta 1.56); Paris mahkemesinin, 4 Şubat 1876(Sirey, 1879

[2] .305); Fuzuer Hermann(C.Civ. Haşiyeli 102 inci madde, Nos. 10 ve Müt) Kararlarına müracaat olunabilir.

Hususile zabıtların ikametgâhı hakkında: Paris mahkemesi, 6 Ağustos 1866 (Sirey 1866.2. 254); Trib. civ. Gien, 6 Şubat 1900; Trib. civ. Lyon, II Temmuz 1900 (Mon. Jud. Lyon, 8 Kânunuevvel 1900).

Bir müstemlekede kain malları, mali vergiden muaf tutan bir kanun, Fransa da bulunan mallar hakkında her türlü tesirden mahrumdur. (Rec. Gaz. Des Tribunaux 1911 ikinci hafta, I. 122 Not. la birlikte)

Temyiz mahkemesi, 4 Mayıs 1911

C. 12 Kânunusani 1916

karşılığını ve kendi yönünden sırf bir teberru teşkil ettiğini tesbit ve tâ-yin ettikleri takdirde, meseleyi maddiye hal ile mükellef hâkimler, hak-lı olarak, ebeveynin çocuklarına barolmadığı ve binaenaleyh hiç bir ranta hakları bulunmadığı neticesini çıkarabilirler. ( Madde 3 ŞG, 9 Nisan 1898 tarihli kanun )

Esasen bu hâdisatın tâyin ve tesbiti ve takdiri Temyiz mahkemesinin murakabesine tâbi değildir.

Bu takdir Temyiz mahkemesinin kontroline dışında kalır [1].

Bir mukavelenin bir ecel veya bir şartla muallel olup olmadığını tâ-yinde bir meseleyi maddiye [2].

Fili bata, yani bir vakıanın yanlış takdiri, umumiyet itibarile, temyizi dâva sebebi teşkil etmez [3].

Şuda varki fiili bir hata bir muameleyi adliyeden anlaşılırsa, kontrol hak-kını haiz olan Temyiz mahkemesi bunu nazarı itibara alabilir[4]. Filhakika

[1] — Müstakar içtihat.

Bununla beraber, bir farz, istinaf edilmiş bir hüküm bir takım vesaik veya va-kıalar tadat ederek bunlara müsteniden keyfiyeti ispatın yapıldığı mütalâasında bu-lunursa ve aleyhine istinaf edilen salifüzzikir hükmün tasdikını talep ederse, istinaf mahkemesi müstenifi aleyhin kâfi derecede delil ikâme etmediği sebebi mücerredesile hükmü tadil ve islâh ederse kararını kanuni bir şekilde esbabı mucibelendirmiş ol-maz. Civ. C. I Temmuz 1913.

[2] — C. 14 Haziran 1898, D. 99. I. 310. Dalloz Nouveau C. Civil Annoté madde 1168, Nos. 28 ve müt.

[3] C. 23 Teşrinisani 1824, S. Chr. 13 Kanunuevvel 1826, S. Chr. 30 Mayıs 1874, S. 76. I. 352; 25 Teşrinisani 1874, S. 76. I. 445; D. 75. I. 353.

Yakarda Sh, 281 ile mukayese ediniz.

Bir kararın fıkrai hükmiyesinde yapılan maddi bir rakkam hatası, hâdisede ol-duğu gibi, is'af olunca neticeyi taleplerle tediyesine hükmolunan masarifi muhake-menin bizzat ibarelerinin mukayesesinden anlaşıldığı takdirde, temyizi dâva sebebi olarak kabul edilemez. Civ. Req. 29 Şubat 1913

[4] Temyiz mahkemesi neticeyi taleplerin, davatîyelerin, dâva evrakının eh-livkuf raporlarının ifadatına tamamilen muhallif olan vakıaları tashih edebilir.

M. Garsonnet adli muameleler tâbirinden: (İster hâkimin gıyabında) (dâva arzu-hali gibi) veya huzurunda (neticeyi talepler gibi) veya ister onun otoritesile (hüküm gibi) yapılmış olsun, bir nizamı halline müncer olan muamelelerin anlaşılması icap et-tiğini yazmaktadır. 2 inci tab. CII. II 565.

C. 23 Messidor an IX, S. Chr. 22 Mayıs 1815, S. Chr. 30 Ağustos 1820, S. Chr. 4 Nisan 1831, S. Chr. 17 Nisan 1837, S. 37.I.29,20 Kanunuevvel 1864 S. 65.I.9;D. 65. I.24. 6 Kanunuevvel 1836, S. 87.I.165; D. 87.I.339. Civ. C. 31 Mayıs 1907; Gaz. 6 Haziran.

Mukayese ediniz: Rennes, 13 Ağustos 1821, S. Chr. D. Répert., V. Conclu sions, No. 66

usul muamelelerinin hepsi onun kontroline tâbidir.

Kayıt ve tescil hususunda; Temyiz mahkemesi fiilî tasdikleri tashih salâhiyetini haizdir [1]. Maahaza kayıt ve tescile müteallik verilmiş ve huzurunda itiraz edilmiş kararları mahkemenin hatası zahir olduğu veya işbu hata açıkça ispat edildiği takdirde ancak tadil ve ıslah etmek hususunda murakabe hakkını kullanır. Temyiz mahkemesi, hata sağlam ve reddi gayri kabil deliller ile ispat edilmedikçe, vakıa takdirine müstenit bütün hükümleri muhafazada tereddüt etmemektedir [2].

Esas dâva hâkimleri ecnebi kanunu tefsir ederken, inikas tarikile, bir Fransız kanununu ihlâl etmedikçe vakıa hakkında beyanı mütealâa eder vaziyettedirler [3].

Esas dâva hâkimi vakıaların tâyin ve takdirinde serbest isede, bu vakılardan ne gibi hukuki ve kanuni neticeler iştikak ettiğini tâyin hususunda serbest olmadığını hatırlatmalıyız.

Bu serbestiyi hâkim vakıaların kanuni sıfatını tâyinde evleviyetle haiz değildir [4].

Delil, karine, vakıaların şayanı kabul veya dâvaya muvafık olması, eh divukufa havale ( yani bunun faydalı veya faydasızlığını tâyin ) hususunda, esas dâva hâkimlerinin takdiri kezalik serbesttir.

Esas dâva hâkimleri dermeyan edilen vakıa iddiasının reddini, sadece bu vakıaların ne dâvaya muvafık ne de şayanı kabul olduklarını ve dâva zımında ibraz edilmiş olan vesaik ile daha şimdiden, tezkib edildiklerini beyan suretile kâfi derecede muhik göstermiş olurlar [5].

---

[1] C. 14 Şubat 1870, S. 70. I. 136; D. 70. I. 394. 28 Kânuni sani 1873, S. 73. I. 227; D. 73. I. 207. 2 Temmuz 1890, S. 91. I. 177; D. 91. I. 377. 29 Tem. 1912.

[2] C. 24 Mart 1846, S. 46. I. 317 10 Mart 1868, S. 68. I. 272; D. 68. I. 465. 30 Tem. 1868, D. 68. I. 176. 28 Kânunusani 1873, S. 73. I. 227; D. 73. I. 307. 18 Ağustos 1873, D. 74. I. 258.

[3] Civ. rej. 22 Teşrinievvel 1913 (Rothschild dâvası)

[4] Yukarda Sh. 317 ve müt., 336 ve müt. Bakınız.

[5] Müstekar içtihat. Req. 23 Mayıs 1905, Gaz. 25 Mayıs Hüsnüniyet ve Suiniyet. Hile ve Hud'a. Rıza fesatları. Hakka mugayir illet.

## ÜÇÜNCÜ FASIL

HÜSNÜNİYET VE SUİNİYET. HİLE VE HUD'A. RIZA FESATLARI.  
HAKKA MUGAYİR İLLET.

a — *Hüsnüniyet.*—Medeni kanunun bir çok maddelerinde hüsnüniyet, ekserya, fiili duruma, bizzat hak hüküm ve kuvvetini bahşetmek tesirini haizdir [1].

Hüsnüniyet nedir?

Hüsnüniyet doğru, samimi niyet olup ademi düristi'nin, murailiğin, sakte-  
liğin zıttıdır.

Hüsnüniyet hakkaniyet müteradifi olarak ta istimal edilir.

Nihayet hüsnüniyet kendi hakkına tevfikân, yani meşru bir şekilde hareket ettiği kanaatında olan bir şahısta mevcut itikadı ifade eder [2].

Hüsnüniyet daima mefruzdur; suiniyeti ispat onu iddia edene terettüp eder. Medeni kanun madde 1116, 2266.

[1] Misallar: Hüsnüniyetle yapılan batıl evlenme, Medeni kanun Madde 200; Zilyedlik ve müruru zaman; madde 138, 549, 550, mukaveleler, madde 1135; Menkul mallar, Madde 1141; Hüsnüniyet sahibi borçlu, madde 1268; Hüsnüniyetle tediye, madde 1240; İstirdat, madde 1233; Beyi, madde 1599, 1643, 1646; Şirket madde; 1869; Vedia, madde 1935; Vekâlet, madde 2009; Hüsnüniyet sahibi alacaklı hakkında borç olmıyan şeyin istirdadı, madde 1375.

[2] Medeni kanunun 2265 inci maddesinde bahis mevzuu olan hüsnüniyet iktisabı mülkiyet vasıtası olan sebebin (Tasarruf sebebi = Titre) kendisini malik kalmış olduğu hakkında zilyette mevcut meşru inaçtan ibarettir; ve zilyed bu meşru inaçta sırf hakiki malike muamele yapmağı düşünmüş olması haizdir.

Hamiline moharrer bir tahvilin hüsnüniyet sahibi hamili kendisine mahsus bir hakla mücehhez olup sırf şahsına ait olan veya senedin müddasından çıkan defllere maruzdur. Binaenaleyh tahvilât ihraç etmiş olan bir şirketin iflâs sendiği tahsilât hamiline karşı gefek tahvilâtın maksadı ihdası olan bir imtiyaza şirketin malik olamıyacağından; gerekse bu senet ihracının usulen yapılmıyacağından münbais tahvilâtın ihracına müteallik bir sebep fıkdasından çıkarılmış bir def'i kabule şayan bir şekilde dermeyan edemez. Bu itibarla bu tahvilleri sendiğe iade ile mükellef olmıyan hamile, müflis şirket işbu tahvillerin muacciliyet kesbeden kuponlarının tutarını tediye etmeğe mahkûm edilmek icap eder. Ra. 27 Mayıs 1913.

Hukuki adiyede bir borçlu alacaklısına başkasının malını rehin olarak veremez: Dalloz. Nouveau Code civil annoté, madde 2073, No. 55 ve madde 2077 No. 3. 28 ilâ 30. bununla beraber alacağı rehinele temin edilmiş olan alacaklı; hüsnüniyeti sebebiyle, Medeni kanunun 2279 uncu maddesine ve "Menkullerde zilyedlik mülkiyete kari-  
nedir." Vecizesine istinat edebildiği takdirde, başkasına ait malın rehin olarak tevdi müteberdir. Temyiz mahkemesi 12 Mart 1888, D. 1888. 1. 404. 2 Mart 1893, D. 1893. 1. 193. Paris, 19 Kânunuevvel 1899, D. 1901. 2. 321. C. 25 Mart 1901, D. 1907. 1. 342. Guillonard, Traité du gage, 2 inci tabı No. 42. Baudry — Lacantinerie et de Loynes, du nantissement des privilèges et des hypothèques, Cilt.1. No.93 Aubrey et Rau Cilt.4 Sh. 701 Dissertation de M. Valery. D. 1901. 2. 321.

Medeni kanunun 2280 inci maddesi yalnız hüsnüniyet sahibi zilyedi himaye eder.

«Hususi hukuka müteallik kanun (Laloicivile) vicdanları tahkik ve teftiş etmez; fikirler onun sahasına dahil değildir; onagöre, kötülük ispat edilmedikçe; iyilik daima sabittir.» [1].

Bu sebeple esas dâva hâkimlerinin (Ahval ve şeraite, akitlerin mahiyetine, tarafların mevki ve sıfatına göre namütenahi tahavvül eden) Bu noktada üzerindeki takdiri serbestir [2].

Hüsnüniyete müstenit akitlerle mücerret hukuka müstenid akitler esasını kabul eden Roma hukukundan farklı olarak, bizde medeni hususatta olduğu kadar ticari mevadda da yalnız hüsnüniyete müstenit mukaveleler esası vardır.

Mukavelelere mütedair olan içtihadımuhakimin her parçası, bir dereceye kadar hâkimlerin hakkaniyetine terk edilmiştir [3], Zira medeni kanunun 1135 inci maddesi: «Mukaveleler, borcun mahiyetine göre, hakkaniyetin, taamülün veya kanunun tazammun ettiği bütün avakibile mükellef kılarlar. «Demektedir.

---

Binaenaleyh "senedat cirosunun veya muamelâtı adiyede intikalin yapıldığı yere, posta vasıtasıyla, itiraz bülteninin bulunduğu veya varması icap ettiği günden sonra yapılmış olan ciro veya intikal, muterize karşı hepsi suiniyeyle yapılmış ve hüküm ifadesi etmekten mahrum olarak telakki edilir, yalnız hamil olan üçüncü şahıs bayii aleyhine ve tavassutle cironun yapıldığı şanj memuruna karşı rücu hakkını muhafaza eder. (15 Haziran 1872 tarihli kanunun 12 inci maddesi).

Müsaade edilmeyen bir dini teşekkülün mukrizülismi (préte — nom) ile yapılmış muamele tasfiye memuruna karşı dermeyan edilmesi için diğer şartlardan başka, üçüncü şahsın hüsnüniyet sahibi olması lazımdır. C. 20 Temmuz 1910. 29 Teşrinisani 1912, Gaz. 1 Mart, 1912.

[1] Potilise, Exposé des motifs du C. sivil.

[2] Mustakar İstihad, C. 13 Kânunievvel 1830 tarihli karara bakınız.

[3] C. 12 Mart 1877, S. 78. 1. 293. 17 Temmuz 1878, S. 79. 1. 54. 17 mart 1880 S. 80. 1. 367. 15 Haziran 1880, S. 81. 1. 461; D. 81. 1. 270. 27 tem. 1881, D. 82. 1. 25. 25 haziran 1883, D. 84. 1. 79. 16 Şubat 1884, S. 85. 1. 188; D. 85. 1. 95. 29 nisan 1885, D. 86. 1. 239. 4 Ağustos 1885, S. 85. 1. 361, D. 86. 1. 194. 1 Ağustos 1883 S. 86. 1. 20; D. 83. 1. 357. 26 temmuz 1875, S. 77. 1. 412; D. 76. 1. 199.

Medeni kanunun 1167 inci maddesi mucibince, tacir olmıyanlar arasında bir alacaklıya alacağının mahafazasını temin etmeğe mütedair olan muamele, âkitler beyninde, diğer bir alacaklıya haksız bir zarar vermek maksadile, hileli bir anlaşma mevcut olduğu takdirde ancak iptal edilebilir. Bu muamelenin, butlan talebini müsbit olarak dermeyan olunan hileli bir maksattan mülhem olup olmadığını araştırmak ve serbestçe takdir etmek esas dâva hâkimlerine aittir. Reg. 6 Kânunusani 1913.

Medeni kanunun 1166, 1167 inci ve ticaret kanunun 446, 447 inci maddelerine bakınız.



1134 üncü madde: «Mukaveleler hüsnüniyetle ifa edilmelidir» hükmünü koymakta olup bu, hileleri ve desiseli efal ve harekâtı, gayri ahlâki usulleri desisekârane niyetleri, gizlemeleri, sükûtle geçiştirmeleri, yanlış beyanatı ve hulustan ari muvazaaları bertaraf etmektedir [1].

b. — *Rıza* mukavelelerin muteberiyeti için elzem şeraiti esasiye arasında, rıza ön safı işgal eder.

Rıza hile ile aldatılmıya müstaittir. Rıza bir hatadan neşet edebilir. Gerek gayri mümkün ve gerek hakka mugayir bir sebeple karara sevkedilebilir. Bu faraziyelerin tetkikini süratle gözden geçirelim.

1 — Hile ve hud'a. — hile, hud'a bütün hukuk kaidelerine istisna teşkil eder. *Fraus omnia corrumpit* [2].

1109 uncu maddeye göre: «Rıza sırf hata sebeble verilmiş veya cebir neticesi zorla istihsal veya hile ile aldatılarak elde edilmiş ise, muteber bir rıza asla mevcut değildir [3].»

Hile [4]. zarardide edilmek istenen bir şahsı aldatmak sanatıdır; hud'a, muamele şekli ile, hâkimleri veya üçüncü şahısları aldatarak, kanunları ihlâl etmek sanatıdır.

Hile diğer tarafı işgal etmek, gafil avlıyarak elde etmek ve aldatmak için bir takım efal ve harekât şeklinde tezahür eder.

[1] Sigorta — hüsnü niyetin bilhassa hâkim olmasını icabettiren akittir — mevadındadır ki sükûtle geçiştirmelere, yanlış beyanata tesadüf olunur. Muvazaa hakkında, yukarıda sh. 273, not ve aşağıda Sh. 409 Nota bak.

[2] Hud'ayı tekeffül etmekle mükellef olunmıyan bir akit mevcut değildir, O suretle ki bir mukavelede hud'anın tekeffül olunmamasına razı olunmuşse, böyle bir mukavele ümumi ahlâk ve adaba mugayir düşeceği ve kötülük yapmağı davet edeceği için muteber değildir.

Mamafih bu, hud'a ile malûl olan geçmiş bir hadise üzerinde uzlaşılabilmesne ve hud'adan doğacak hakkı dâvadan vaz geçilmesine mâni değildir. LOİ 154 Pragrat 2, Diğeste, de Pactis.

[3] Rıza hakkında esas dâva hâkiminin salâhiyetine dair C. 17 teshrisani 1908e bak. Esas dâva hâkimi serbest bir takdircidir.

[4] İctihadı muhakim. C. 21 Kâvunuevvel 1886, S. 87. I. 117. 11 Mayıs 1887, S. 87. I. 456; D. 87.I. 398; ve mustakar doktrin. Planiol, cil. II, N. 1069 bakınız

Hile bir kurnazlık, desiseli bir maharet olup bir kimseyi aldatmıya yarar. Yukarıda Sh. 229 bak. Hud'a bütün hukuk kaidelerine istisna teşkil eder.

Meselâ, şirket mevadında, Hoapin, cil. 12. No. 972. Pont, cil. II, N. 1758. Boistel, N. 341. Tripiet, cil. II, Sh. 449.

Hile butlanı intaç etmek için kati olması lâzımdır [1].

Medeni kanunun 1116 ıncı maddesinin ifadesine göre, akidlerin butlanına bir sebep teşkil eden hile, ifade ve beyan edilen taleplerden ve mubalâğalı malûmattan daha ziyade, rızanın istihsalini intaç eden desiseli manevraları tazammun eder. Ticarethane satışında, bayi tarafından diğer her hangi bir hareket haricinde, temettüün mubalâğası desiseli bir fiil teşkil etmez. Zaten sıfatları itibarile müşteriler, kendilerine arz edilen rakamları tahkik etmekle ve söylenilen şeyi kontrolsüz kabul etmemekle mükelleftirler; bu tahkiki bu kontrolü yapmamakla, ihtiyatsızca hareket etmiş olduklarından bunun mesuliyeti sırf kendilerine aittir.

Hile ispat edildi mi, sırf esaslı olmıyan vasıflara veya bir tarafın rızasını vermeğe bais olabilmiş olan tâli sebeplere taallük ettiği takdirde bile şayet bu fiil ve hareketler olmaksızın aldanan tarafın akit yapmıyacağı muhakkak ise, her muamelei hukukiyeyi, her mukaveleyi hile ifsat eder. Esas dâva hâkimleri hile ve hud'a fiillerini serbestçe tâyin ve takdir ederler. Fakat:

1 — Esas dâva hâkimleri hilenin inşai unsuru olarak ileri sürülen vakıaların dâvaya uygunluğunu ve vahametini takdir etmek ve hususile, bu vakıaların akdin kati (Déterminant) sebebi olup olmadıklarına karar vermek hususunda serbestiseler de, bu vakıaların kanunî karakterini, yani taraflardan biri canibinden istimal olunan vasıtaların gayri meşru fiilî hareketler olarak tavsif edilmeleri icabcedip etmediğini tâyin hususunda murakabe hakkını icra etmek Temyiz Mahkemesine aittir.

2 — Batıl bir akdin tasdiki için elzem kanunî şartları muhtevi olduğu yolunda ileri sürülen vakıa ve efal hakkında esas dâva hâkimlerinin takdirini hukuki bakımdan, murakabe etmek Temyiz Mahkemesine aittir.

Bir gayrimenkulü iktisap eden kimse bayiine borcunu vermemiş olduğundan mumailayh bayi haciz şartnamesine hiç bir yazılı beyanda bulunmadan, usul hukukunun 694 üncü maddesinin kendisine bahşettiği hakka istinaden mevzuu bahis gayri menkulü, zabtetmesi vakıasının, bu husus hakkında hâkimlerin her hangi bir hadisei maddiyeyi takdiri yoksa, hileye va-

[1] Umumiyetle hile, diğer rıza fesatları olan, cebir, hata gibi, yalnız taraflar arasında değil, fakat butlan bakımından herkese karşı (erga omnes) netice hasıl ettiği kabul olunmaktadır.

Medeni Kanunun 1116 ıncı maddesine göre: "taraflardan biri canibinden yapılan manevralar • kabildendir ki bunlar olmadan taraf diğerin akit yapmıyacağı aşikâr olduğu takdirde, hile mukavelenin bir butlan sebebidir.."

kıf olduğunu tazammun etmediğinin takdiri bilhassa Temyiz Mahkemesine aittir [1].

2 — *Cebir* (Violence) — Cebir [2] Medeni kanununun 1112 inci maddesinde tarif edilmiştir: «Cebir makul bir insan üzerinde tesir yapacak mahiyette olduğu ve şahsını veya servetini mühim ve hazır bir zarara mâruz bırakmak korkusunu ilka edebildiği takdirde mevcuttur. Bu hususta, tarafların yaşına, cinsiyetine ve vaziyetine bakılır».

3 — *Hata* — Hata da rızadaki bir fesattır. Bütün âkit tarafların rızası karşılıklı (Mutabık) olmak lâzımgelirse de, borç takabbül eden tarafın rızası bilhassa elzemdir, ve rızadaki hata, netice olarak borcu batıl ve hükümsüz kılar. Bununla beraber hatanın bir butlan sebebi olması için, aktedilen borç münasebetinin illetine, makudunaleyhin cevherine (esasına), yahut hiç olmazsa âkit yapılmak istenen kimsenin şahsına taallük etmesi lâzımdır [3].

Fakat, taraflardan birinin hatası akdin iptalini intaç ettiği takdirde, bu iptal diğer tarafa zarar iras etse bile, mutazarrır taraf, hüsnüniyetle hareket etmiş ve hata talibi butlan olanın kusurundan doğmuş ise, zarar ve ziyan istemiye hakkı vardır [4].

[1] 4 Teşrinisani 1913.

Cebri terkîp ve teşkil eden vakıaları esas dâva bâkimleri serbestçe takdir ederler. C. 5 Ağustos 1840, S. 40. 1. 907; D. 40. 1. 300.

[2] Medeni kanununun 1110 uncu maddesinde hedef ittihaz olunan hata, o mahiyette bir hatadır ki, onsuз taraflardan birinin âkit yapmıyacağı mezcum olduğu takdirde makudunaleyhin cevherine müteallik ve bu sebeple akdin butlanını mucip olarak talâkki edilmesi icabeder.

Binaenaleyh ve hususile iş kazasına müteallik mevaddan, mağdurun, patronu ve onun sigortacısı ile mahkeme reisi önünde, kazanın kendisi için ücretini azaltacak mahiyette daimî hiç bir çalışma iktidarsızlığını intaç etmemiş olduğu zannı ile yapmış olduğu anlaşma, eğer bu hatalı zan anlaşma duruşmasından önce mahkeme kalemine ehli vukuf tarafından verilen ve birinci rapordaki mülahazaları tashih ve daimî çalışma iktidarsızlığını gösteren ikinci raporda serd ve beyan edilen müşahedelere tarafların ve bâkimin duruşma sırasındaki ademî vukufundan neşet ediyor sa, iptal edilmek lâzımgelir. Civ. C. 28 Şubat 1913.

Hususiyile, müfettiş yahut serbest sigorta dellali vezaifini icra etmek üzere kendi vazifesinden ihtiyariyle istifa etmiş olan memurlarından biriyle bir sigorta kumpanyasının bazı istisnai menfaatler vermek suretiyle yaptığı mukavelenin, şayet kumpanya bu ivazlı imtiyaza, eskiden olduğu gibi, sırf bahis mevzuu memurun yardımını tahtı emaniyete almak maksadiyle razı olmuş ve memur mukavelenin biricik ve katî sebebi olan hatayı bir müddet tenmiye ettikten sonra, cehdügayret ile vazifesiyle meşgul olmazsa, işbu mukavelenin butlanına hükmedilmelidir.

[3] C. 13 Kânunusani 1864, D. 64. 1. 152. civ. Rej. 28 Şubat 1912. Besançon, 18 Teşrinisani—1872, Req. 30 Temmuz 1872, B. 73. 1. 380. pothier, Traité des obligations, n. 19. Aubry et Rau, § 343 mükerrir, metin ve not 5. Laurent, Cil. V Nos 594, 599 Larombiere, Madde 1110, N. 12. Hoc, Cil. VII, n. 27 in Fine. Demolombe,

4 — *Gayri mümkün şart:*

Maddi imkânsızlık bir butlan sebebidir [1].

5 — *Hakka mugayir illet, sahte illet* — İlietten âri sahte bir illetle yapılmış mukaveleler iptal edilebilirler [2].

Cil. XXIV. n. 103. D. emante et Colmet De Santerre, Tab. 2, cil. V, n. 16 mükerir, 18. Baudry—Lacantinerie et Barde, Cil. 1. n. 60.

Butlan kararı istihsal eden kimse diğer tarafa karşı bir günâ kusur işlememiş se hiç bir tazminatla mükellef değildir. Amiens, 11 Mayıs 1854, D. 59. 2. 147.

İstihsal edilen butlan kararı (aleyhine butlan kararı verilen) taraf kendisinin sahip olduğu haklardan fazlasını nakil ve devir edemediği cihetle üçüncü şahıslara karşı da dermeyan edilebilir. Fakat bu hususta da, butlan kararı aian tarafından bir hatanın işlenmemiş olması lâzımdır.

Besançon, 1 Mart 1864, D. 64. 2. 61.

Bir taraftan, desiseli olmıyan bir takım muvazaalar mevcuttur. Ve kanun nazarında bile hiç bir vakit mucibi takbih değildirler. Muvazaa hakka mugayir bir maksadı haiz olmıyan bütün ahvalde hal böyledir. Muvazaa kimseye zarar vermediği takdirde, kanun nazarında asla merdud değildir. Bu itibarla, kanunun açıkça yapımıya müsaade ettiği şeyin bilvasıta yapmağa tecviz ettiğini katde olarak yazolunabilir.

Kendisine gizleme veya muvazaa isnat olunan kimsenin gizlemekte menfaati yoksa, desise şüphesi zail olur. Eğer bir kimse bilvasıta yapmış olduğu veya höyle yapıldığı iddia olunan hususu açıktan açığa yapabildiği takdirde bundan en nihayet bir muameleyi yapmak hususunda mevat müteaddit şekiller arasında en uygunu olarak hükmettiği şekli intihap etmiş olduğu neticesi çıkar. Yukarda Sh. 268 ve notlarına bakınız.

Diğer taraftan, mahiyetleri itibariyle, asla muvazaalı yapılamıyan ve sırf mevcudiyetleri sebebiyle doğru olarak telâkki edilmeleri iktiza eden bazı muameleler vardır. Meselâ, evlenmeğe ehliyetli bir erkekle bir kadın arasında kanunen aktedilmiş bir evlenme, eşler arasında, kanuna uygun olarak hükmedilen boşanma bu kabil-dendirler. Bu mahakemenin neticesi olarak, kanunen aktedilmiş bir evlenmeğe, ölü eşin mirasçuları tarafından muvazaa sebebiyle itiraz edilemez. C. 30 Ağustos 1808, Rey C. Broisin. Cpr. Favarb de Lan glade Rép. , v. Simulation.

Bununla beraber, evlenme kanunen memnu bir muameleyi, meselâ hasta tarafında doktoruna yapılmış bir hibeyi (Medeni kanun madde, 909) örtmek, gizlemek, maksadiyle aktedilmiş ise, mahkemeler evlenmeyi muteber olarak kabul ile beraber kanuna muhalif muameleyi tptal edebilirler.

Çocuklar anneleri tarafından imza edilen bir borcun muvazaa olduğunu ispat etmek için, mumalleyhanın, nikâhsız karı koca hayatı sürdüğünü ispata salâhiyetli değildirler. Grenoble, 18 Kânunuevvel 1818, Schr.

[1] Yukarda Sh. 330, n. 5 e bakınız.

[2] İfade edilen sebebi sahte olan, fakat hakiki sebebi gerçek ve meşru bir muameleden ibaret olan borç muteberdir. C. 10 Kânunusani 1898, S. 1902. 1. 492. Req. 28 Teşrinievvel 1912.

Hakka mugayir bir illete istinat eden mukaveleler batıldır [1].

c — Esas dâva hâkimlerinin salâhiyetleri, mukaveleler — Esas dâva hâkimleri:

1 — (Sahte tavşif, kanuni bir tarife muhalefet, akdin kanunen muayyen bariz unsurlarına riayetsizlik halleri müstesna) bir mukavelenin hususiyet ve mahiyetini arayıp meydana çıkarmak [2];

2 — Bir mukavelenin ifa edilmemiş olarak telâkkı edilmesi icabedip etmediğine karar vermek;

3 — Bir mukavelenin hüküm ifade etmesinin nihayet bulduğuna karar vermek [3];

4 — Sebebiyet verilmiş zarar olduğuna, bunun sebebinin neden ibaret bulunduğu binnetice zarar ve ziyan lâzım geldiğine ve nisbetinin ne olması icabettiğine karar vermek [4];

Sebeup olarak (mukabilli malen alınmıştır) diye yazılı emre muharrer bir senetten tarafların niyeti, hakiki ve ciddi bir kefalet mukavelesi olduğu dâvanın vakıalarından anlaşıldığı takdirde, işbu emre muharrer senet muteberdir. C. 10 Kânunisanı 1898 yukarda zikri geçen. Cf. C. 9 Teşrinisani 1898, S. 1900. 1. 335.

Hukukta, taraflar arasında, kendi aralarındaki bir müddeanın illet sahteliğini ispat etmek için yazılı bir mukaddime beyyine lâzımdır. C. 21 Haziran 1887, Pandectes, 87. 1. 318. yukarda Sh. 72 — 78 bakınız.

[1] Yukarda hakka mugayir ve adabı umumiyeye muhalif bütün sebepleri tetkik ettiğimiz 213, — 214, — 289, — 290, 290 mei Sh. lere bakınız.

[2] Bir mukavelenin, âkitlerin iradesine nazaran, bir tarafını yoksa her iki tarafa da borç tahmil ettiğine karar vermek hususunda mahkemeler serbesttir.

C. 26 Temmuz 1854, D. 54. 1. 297. C. Belçika, 18 Teşrinisani 1833, D. V Cassation, 1599.

[3] Bizzat mukavelenin mevcudiyetini kabul veya onun ademini mevcudiyetini teyit ve tasdikı, serbest olarak, esas dâva hakimlerine aittir.

[4] Ceza kanununun ihlâlinden doğan zarar hususunda ceza hâkimleri verilmesi iktiza eden tazminat miktarını serbetçe takdir ederler.

Mustakar içtihat Crim. C. 12 Nisan 1907, Gaz. 18 Nisan, 30 Mayıs 1908, Gaz. 5 Haziran 1908, Gaz. 24 Haziran.

Fakat, medeni kanunun 1149 uncu maddesinin tatbikında esas dâva hâkiminin serbest olduğu söylenemez. Bu madde zararı ziyan içine "mahrum kalınan kâr, lucrum cessans, rı ithal etmekle beraber, mâhrum kalınan kâr tâbiri alacaklının akitten istihsal etmediği tasavvur ettiği her şeyi değil, fakat sadece bu akdin hakiki olarak hasil edeceğini ispat ettiği şeyi ihtiva eylediği prensip iktizasıdır. Dalloz, Nouv. C. civil annoté, mad. 1149, nos, 15 ve 16.

Bir ihtimali (chance) kazanmaktan bir şahsı mahrum eden kusur veya ihmal o şahsa bu ihtimalin temin edebileceği kârın miktarını kusur veya ihmal failinden ancak ihtimalin kendisine elverişli bir şekilde tezahür edeceğini ispat etmek şartile talebe imkân vermektedir.

5 — Müddealeyhin kusuru ile zarar arasında münasebet mevcut olduğunu tâyin etmek;

6 — Tarafların karşılıklı kusurlarının vahametine veya zararı ziyanın miktarı üzerinde tesir icra etmeğe müsteit olan tarafların içtimai ve mali vaziyetlerine müteallik ahval ve şeraiti tesbit ve takdir etmek [1];

7 — Hüsnüniyet veya suiniyetin inşai vasıflarını tebarüz ettirmek [2];

8 — Bir mukavelenin bir ecel veya bir şarta muallâk olduğunu beyan etmek [3].

Bir istinaf kararında kabul edilen takdiri kıymet esası, hâkimin kabul edebileceği esastan (base) olup olmadığını aramak. bilâkis, Temyiz mahkemesine aittir. Temyiz mahkemesi, bu hususta, vakıa mahkemesinin serbest takdiri ile iktifa ederek murakabe hakkından feragat edemez. Dalloz, Jur. gén. suppl., V Responsabilité, n. 246 C. 30 Temmuz 1877, D. 1878. I. 24. Limoges, 24 Mart 1896, D. 98. 259.

Meselâ, bir şehirde bir koşuya iştirak etmesi icabeden bir at bu şehre nakle dilmek üzere bir şimendöfer kumpanyasına teslim edilmiştir. Bir tehhür neticesi olarak, at koşuya iştirak edememiştir. 24 Mart 1896 tarihli (D. 1898 2. 259) kararile Limoges istinaf mahkemesi, at sahibinin kumpanyadan talep ettiği zararı ziyan içine atının kazanacağı mükâfat miktarını ithal etmeğe, "evvelce at nasıl bir mükâfat kazanmış olursa olsun bu muvaffakiyet sırf ihtimale müstenit olduğundan, hakkı bulunmadığına karar vermişdir

[1] Bir niza, ekseriya mudildir. (A) ve (B) ihtilâf halinde olup (A) (B) nin işlediği bir kusurun tazminatı olarak zararı ziyan istemektedir. Fakat (B) (A) nin da kusuru olduğunu ispat ediyor; bundan müşterek bir kusurunun mevcudiyeti neticesi çıkar. Bu takdirde, hâkim sadece bir farka hükmeder.

[2] Yukarda Sh. 403 ve müt. bakınız.

Hangi vakıaların sigortadan istifadenin sukutunu intaç edecek mahiyette bir sü-kütla geçiştirme teşkil ettiklerini takdir etmek hıpusunda esas dâva hâkimlerinin selâhiyetine mütedair, C. 14 Mayıs 1908, S. 04. I. 509. 14 Teşrinvası 1905, S. 08. I. 235. 9 Teşrinievvel 1908, S. 09. I. 15. 16 Teşrinvası 1908, S. 09. I. 238 Bak.

C. 14 Haziran 1898, D. 99. I. 310. Dalloz, Nouv. C. annoté, mad. 1168, nos 28 ve müt. bak zaten bu mesele bu faslı takip eden IV üncü fasılda tetkik ettiğimiz tefsire mütealliktir.

[3] İş sebebiyle hâdis olmuş ve sanayide müstahdem bir amelenin ölümü ile netice-lenen kaza halinde, eğer muğdur ne bir eş ne de çocuk bırakmamışsa, 9 Nisan 1898 tarihli kanunun üçüncü maddesi amelenin usulünden her birine muvaleyhin senelik ücretinin % 10 nu kaydı hayat şartile irat şeklinde tahsis etmektedir. Fakat şu şart-la ki usulün, ölüm zamanında, çocuğa bâr olmaları lâzımdır. Bu şartın tahakkuk edip etmediğini tâyin hususunda, mahkemeler dâvacıların vaziyetinin takdirinde pek geniş bir selâhiyete sahiptirler. Binaenaleyh hüküm mağdurun baba ve anasının hiç bir malûliyeti olmıyan 39 ve 53 yaşlarında kimseler olup baba 3,5—6 frank günde kazandığını ve kendilerile birlikte ikamet eden çocuklarının onlara sadece kendi la-şesinin tutarını tecavüz etmiyen bir para vermekte olduğu cihetle ana ve babanın çocuğa bâr olmadıklarına ve irat hakkına kesbi istihkak etmediklerine karar ver-mektedir. Req. 23 Temmuz 1913.

Bu mesele bir vakia meselesidir.

9 — Niyeti teyit ve tasdik etmek;

10 — Tefsirini yapmak [1].

## DÖRDÜNCÜ FASIL

### NİYETİN TAKDİRİ VE TEFSİRİ

( MUKAVELELER, HİBELER, VASIYETNAMELER )

a ) *Niyet* — Esas dâva hâkimleri tarafların — veya taraflardan birinin niyetini aramakta serbestir [2].

Niyet, şu veya bu fiili icra etmeğe mahsus tasarlanmış kasıttır. Niyet aynı zamanda bir kimsenin arzusu, isteği ( “Musi'nin arzuları” dahi denir ) dir.

Müstecirin miktarı istihsali, kendisine icar edilmiş olan madenin işletmesini, muayyen bir zaman önce, durduğu takdirde bir şartı cezai takarrür etmiş ise, vakıyı takdire salâhiyettar olan hâkimler, mukavelenin mâna ve şumulünü serbestçe takdir suretile, bu şartı cezaiyenin müstecire kabili inat ve miktarı istihsalde olduğu gibi, aynı devre zarfında işletmeği katî olarak inkıta ettirecek mahiyette, bütün hâdiselere tatbik olunacağına karar verebilirler [3].

I — Bir sigorta poliçesinin hükümlerini serbestçe tefsir etmek, meselâ suya düşen ve ihtikan neticesi iki saat sonra ölen sigortalının, her hangi bir hastalık neticesinde ölümü hariç tutan poliçe hükmüne rağmen sigorta bedeline hakkı olduğuna karar vermek esas dâva hâkimlerine aittir, hâdisede, ölüm sokuttan sonra derhal vuku bulmuş olarak telâkki edilmiştir.

II — Poliçede yazılı eşkâl ve müddetlerde, tazmin hakkının tâbi olduğu bütün şartların yerine getirildiğini ispat etmiyen sigortalı bir sebebi mücbirin buna mâni olduğunu isbat ettiği takdirde, sigorta bedelini zayi etmez.

[1] Bu iki meseleyi aşağıdaki IV üncü fasılda ayrıca tetkik edeceğiz.

[2] Cezada, niyet irade ile karışır.

[3] C. 30 Kanunuevvel 1912.

Her zaman söylenen bir darbimesel: Niyet fiildir, diyor; bunun mânası fiil ve hareketlerin kıymeti veya kıymetsizliği onları telkin eden niyete bağlıdır.

Ve asıl dāvaya bakan hâkimler, bu mücbir sebebin tevellüd ettiği unsurları, mutlak olarak teebit ederler [1].

Tarafardan birinin diğerine karşı olan taahhüdünün ehemmiyet ve şümulünü, onların maksatları ve mukavelenin hükümleri dahilinde, araştırmak asıl dāvaya bakan hâkime aittir [2].

Kezalik, o, mukavelenin kısmen icra edilmesi halinde bunun, fiil ve maksada müteallik ahval ve şeraite nazaran, mukavelenin feshini mucip olup olmayacağını takdir etmek selâhiyetini haizdir [3].

[1] C. 30 1. Kânun 1917

[2] Sabit içtihat. C. 10 mart 1903, D. O 3. I. 485. Req. 14 Şubat 1904, Gaz. 17 Şubat, 30 I. Teşrin 1905, D. O 6. I. 305. 2 Mayıs 1906, D. O 6. I. 428. Temyiz edilen kararda hükmedilmiş bulunan kasıt meselesine Temyiz Mahkemesi dokunmaz. Adliye Sarayında denildiği gibi asıl dāvaya bakan hâkim animus et facti (kasıt ve fiil) hakkında hüsrüm verirken selâhiyeti mutlakdır.

Bir mukaveleyi bir alım satım veya kira akdi seciyesini arz edip etmediğini takdir edecek olan hâkim, mukavelenin hükümlerine, tarafların maksadına ve dāvaya müteallik ahval ve şeraite istinat ederek farz ve iddia edilen aylık kiranın, itfa payı dahil olduğu hâlde, kısmen mecurun intifasının ücretini ve kısmen satış fiyatının bir parçasını ihtiva ettiğine karar verebilir, ve bu suretle mezkûr fiatı tesbit eden mukavelenin bir kira akdi olmayıp bir taksitle alım satım akdi gibi telâkki edilmesi lâzım geldiği netice sine varabilir. Rep. 3 Temmuz 1913.

Tarafların müşterek maksadına ve tefsir edilecek akdin hükümlerine nazaran mukavelelerin mâna ve şümulünü tâyin etmek ve hususile bir akdin götürü bir seciye arz etmesi itibarile bir tâli mukavelesi teşkil ettiğini beyan etmek mahkemelere aittir. C. 27 Haziran 1910, Gaz. 1 Temmuz 1911.

[3] Birkaç misal şikredelim:

İfa edilmiyen bir taahhüdün ehemmiyet ve şümulünü, tarafların müşterek maksadını takdir ederek araştırmak, kabul edilmiş taahhütlerin icra edilmemesi sebebiile mukavelenin feshi talebinin arz olunduğu hâkime aittir. C. 18 Temmuz 1907, Gaz. 24 Temmuz.

Mukavelenin feshini meşru kılmaya mümkün olan ahval ve şeraitin ağırlığını, iras edilmiş zararın şümulünü, ifadan imtina eden tarafın imzasıl kabule ve tasdik ettiği taahhütlerin mâna ve ehemmiyetini, tarafların maksadını, ihtilâfî mukaveleye istinat ederek takdir etmek mahkemelere aittir. Bu suretle, hadisede bir istinaf mahkemesi, bir sigorta şirketinin, yegâne mer'î olan muadil bir mukaveleyi nazara alması reddederek iptal edilmiş bir mukavelenin icrasına devam etmek suretile mukavele şartlarının icra edilmediğini gösteren ve bir sulistimal teşkil eden, tatbiki şayan hareketlere tevessül ettiğine karar verebilmiştir. C. 18 Nisan 1904, Gaz. 20 Nisan.

Bir istinaf mahkemesi, tarafların, müşterek maksadını tefsir ile, aralarında yapılmış bir akdin ne bir şirket ve nede münhasıran bir navlun mukavelesini tazammun etmemekle beraber, mevzuunun meşru olması sebebiile, bütün çok taraflı akideler gibi, bu akdin de Medeni Kanunun 1184 cü maddesinin şümulü içine girdiğine karar verebilir. Diğer taraftan, bu şartlar altında, icradan imtina eden tarafa karşı mukavelenin feshine karar veren istinaf mahkemesi, teşebbüsün talie bağı bir seciye-yi haiz olması sebebiile, taraflardan hiç birinin zarar ve ziyana mükellef olmadığına hüküm verebilir. C. 13 II. Teşrin 1906, Gaz. 15 II. Teşrin.



Aynı kaideler yalnız mukavselere değil, fakat vasiyetnamelere de tatbik edilirler [1].

"Katiyen iflâs ilân edilmeyeceği ve mahkemeden musaddak bir mukavelename elde edeceği,, şartına bağlı olarak bir tacirin alacaklılarını temin için yüzde şu kadar bir garamennin üçüncü şahıslar tarafından taahhüt edilmiş olması halinde, asıl dāvaya bakan hâkim ancak adli tasfiyenin Seine Ticaret Mahkemesinde yapılacağı ihtimalini derpiş etmiş olan üçüncü şahısların bu ihtimalin tahakkuk etmesi sebebiyle taahhütlerinden kurtulmuş olduklarını beyan edebilir. C. 2 Ağustos 1909, Gaz. 4 Ağustos.

Bir levâzım mubaayasının ihalesi için tanzim edilmiş olan şartnamenin bir hükmünün mana ve şumülünü takdir etmek dāvanın fiil kısmına bakan hâkimlere aittir. Binnetice, bu hâkimler ancak taahhütnamelerin bir defa komisyon bürosuna tevdi edilmelerinden sonra zaruri olarak açılmış bulunmaları icabettiğini ve müteakiben geri alınmayacaklarını ve bu tevdiden itibaren taahhütnamelerin onları imza edenlerin katî taahhütlerini teşkil ettiklerini bu hükümlerin birinden istihrac ettikleri vakit mutlak olan tefsir salâhiyetlerini kullanabilirler. C. 9 Mayıs 1904, Gaz. 12 Mayıs.

Muhtelif kimseler arasında münakit mukavele ile koşu meydanları işletilmesi için teşkil edilmiş bir şirkette mezkûr koşu meydanlarının idaresini yalnız olarak deruhte eden bir şirikin, 1 Nisandan 31 1. Teşrine kadar olan koşu mevzimi zarfında, aylık olarak ödenmek üzere, senelik muayyen tahsisat alacağı kabul edilmesi halinde ... Taahhüt edilen tahsisatın ancak şirket tarafından elde edilen varidat üzerinden ifraz edilebileceğini mukavelenin muhtelif hükümlerinin telifinden tevellüt ettiğine karar veren hâkimler bu mukavelenin hükümlerini tağyir etmeden tefsir etmişlerdir. Bu tefsir, onların mutlak olan salâhiyetleri dahiline girer, ve, binnetice, Temyiz Mahkemesinin mürakabesine tâbi değildir. C. 12 Mart 1906, Gaz. 21 Mart.

Asıl dāvaya bakan hâkimler, mutlak bir tefsir ile, ölen bir kimsenin dul kalan karısı da dahil olduğu halde "müteveffanın hatırasını korumak için hiç bir fedakârlıktan çekinmeyeceği karar vermiş olan, âkidlerin, bazı şartlar altında, müteveffanın bütün borçlarını ödiyeceklerini taahhüt eylediklerini beyan etmiş oldukları bir aile mukavelesinin, tarafların maksadına ve akdin hükümlerine nazaran, dul kadının cihazından mütevellit alacağını, diğer müşterek âkidler tarafından ödenmesi lâzım gelen alacaklar meyanına ithal etmeği kastetmemiş olduğu mânasında tefsir edilme-i lâzım geldiğine karar verebilirler. C. 26 II. Kânun 1909, Gaz. 3 Şubat.

[1] İşte bir kaç misal:

Biri dinî bir mükellefiyete, diğeri fakirlere yapılacak yardımlara tahsis edilmiş iki hisseyi ihtiva eden daimî bir iradın bir komune (Fransada nahiyeye tekabül eden idari bir teşkilât parçası) vasiyet edilmesi halinde asıl dāvaya bakan hâkim, dinî mükellefiyet sebebiyle, vasiyetin birinci kısmının hükümsüz olduğunu beyan ettikten sonra, vasiyetnamenin hükümlerinin ta kendisinden, vasiyet edilen şeylerin taksiminden, tahsislerin vazih bir surette yapılmış olmalarından ve kısmîlere tarzından istihrac edilen, ve vasiyetçi tarafından derpiş edilen istimal tarzının kısmen veya tamamen icrasına riayet edilmemesi sebebiyle düçar olunacak fesih cezasının bu iki iradadan ancak tahsis ciheti değiştirilecek olana ait bulunacağına dair olan, vasiyetçinin maksadına istinat ederek mumailayhin mirasçılarının, geçmişte olduğu gibi, fakirlere yapılacak yardımlara tahsis edilmiş irat kısmının edasıyla mükellef olduklarına karar verebilir. Req. 3 Temmuz 1913.

Meselâ bir vasiyetnamenin hükümlerile diğer bir vasiyetnamenin veya aynı müstefit lehine sonradan yapılmış bir hibenin hükümleri arasında, yeni teberru dolayisiyle mukaddem vasiyetnamenin hükümlerinin butlanını mucip zaruri bir tenakuz veya uygunsuzluğun mevcut olup olmadığını bilmek meselesi bir fiil ve kasıt meselesidir ki bunu, vasiyetçinin iradesini, dâvaya müteallik ahval ve şeraiti ve akdın hükümlerini, mutlak bir tefsir ile, hal etmek asıl dâvaya bakan hâkime aittir [1].

Asıl dâvaya bakan hâkimin kasıt hakkında haiz olduğu mutlak salâhiyet aynen hibelere de şâmilidir [2].

Bir karar, el yazisiyle vasiyetnamenin yanlış olmasının vasiyetçinin basit bir dikkatsizliğinden ileri geldiğini, ve bu dikkatsizliğin bilcümle ahval ve şeraitten, fiilen, sabit olduğunu beyan ettikten sonra, şüphe halinde, artık, vasiyetçi tarafından ifa edilmiş tarih hatasının iradî olup olmadığını ispatı külfetinin kime teveccüh edeceğine araştırmaya mahal yoktur. Asıl dâvaya bakan hâkimler bir vasiyetnamenin yazıldığı mahal gibi gösterilen yer ile vasiyetnamenin tarihi arasındaki uygunsuzluğu şüpheli gösterecek mahiyette hiç bir emarenin mevcudiyetini tebarüz ettirmedikleri takdirde, ihtilâflı olan vasiyetnameye ne kararla izafe edilmiş olan ve ne de vasiyetçi tarafından atılmış bulunan tarihte mumaileyhin vasiyetnamesini yazdığı yer olarak gösterdiği mahalde kendisinin bulunmadığını şahitlerle tesbit etmek gayesine matuf olan talepleri reddedebilirler. C. 16 Şubat 1909, Gaz. 28 Mayıs.

De enjus (mucis) bir kimseye, üçüncü bir şahsa kaydı hayatla bir irat temini şartıyla bir intifa hakkı vasiyet ettiği takdirde hâkim — vasiyetçinin samimi fikrinin katıyetle istihraç edilmemesinden dolayı bu şartın aynen tatbiki lâzımgeldiğine karar verildikten sonra — intifa hakkından istifade edebilmek için, bu hak sahibi tarafından taahhüt edilen irat temini şahsı vecibesinin, intifa hakkı sahibinin daha evvel vefatı halinde, mumaileyhin mirasının bir borcunu teşkil ettiğine karar verebilir, ve binnetice, bu son feraziye dahilinde kaydı hayatla iradın tediyesinin kuru mülkiyet sahibine tahmilini reddedebilir. C. 23 Şubat 1909, Gaz. 25 Şubat.

Bir vasiyetnamenin ibaresindeki bir şartın tediyesinin tâyini esas itibarile bu şartı koyan kimseinin kasdına bağlıdır, ve böyle bir ibarede mevcut kasda mütedair olan her mesele dâvaya fiilî kısmına bakan hâkimin mutlak olan takdir hakkına taallük eden bir irade tefsiri meselesidir. C. 5 Nisan 1909, Gaz. 11 Nisan.

Koca, zeyl bir vasiyetname ile ikinci karısına, vefatı zamanında kanunun mezbur lehine tasarruf etmesine müsaade ettiği bilcümle şeylerin tam mülkiyetini bıraktığı mukaddem bir vasiyetnameden tevellüt eden hakların tefvizî için, hissesini terkîp eden bütün malları seçmek hakkını verdiği — ve mukavelesiz evlenmiş karı kocanın mallarının idare şekli olan, ve karı tarafından kabul edilmiş bulunan, mal ortaklığından bu karının istihsal edeceği menfaat bahis mevzuu olduğunda, de enjus (mucis) un ilk evlenmesinden doğmuş bir çocuğun mirasını taksiminde hazır bulunması sebebiyle, mallara ortak olan karının lehine bulunan, bu menfaat tenkise tâbi bir teberru teşkil ettiğinden, bu suretle tanzim edilmiş vasiyetteki seçme hakkının, vasiyetçinin fikrine göre, bu menfaate şâmil olup olmayacağı meselesi kendiliğinden tahaddüs ettiği — takdirde, bu meseleyi, asıl dâvaya bakan hâkimler, ibarenin sarîh olmaması sebebiyle zaruri bulmuş, ve ibareyi tağyir etmedikçe, mutlak olan bir, tefsir ile müsbet şekilde hal edebilirler. C. 17 Nisan 1904, Gaz. 24 Nisan.

[1] Civ. C. 18 I. Kânun 1907, Gaz. 27 I. Kânun.

[2] Karı koca arasındaki bir hibeden, vasiyetnamede olduğu gibi tasarruf eden

Bu suretle, meselâ, bir hibe mukavelesinin hükümlerine, eşyanın mahiyetine ve tarafların açık maksadına göre kaydı hayatla bir irat hibesinin mevcudiyet ve menfaati, bir müddetle değil, fakat, lehine hibe yapılan kimisenin evlenmemesi şartıyla mukayyet bulunduğu yolundaki bir istinaf mahkemesinin takdiri mutlak olduğundan Temyiz Mahkemesinin murakabesine tâbi değildir [1].

Hâkimin salâhiyetlerinin tahdidi. Tağyir. — Her ne kadar taraflar arasında mün'akit mukavelelerin mâna ve şumulünü tâyin etmek hâkimlere ait isede, onlar sarîh ve kati bir hüküm karşısında buldukları zaman, bu hükmü tefsir etmek bahanesiyle açık bir surette tağyir edemezler [2].

Tağyir etmek: bir şeyin kendisine has olan seciye ve mahiyetini değiştirmek, başka şekle sokmaktır.

Bundan başka hâkimler kendilerini tarafların yerine ikame edemezler [3].

b) *Tefstr.* — Tarafların maksadını takdir eden hâkimlerin, bunun neticesi olarak, onların taahhütlerini de tefsir etmeleri lâzımdır ve edebilirler.

Taraflar çok defa mevcudiyetini kabul ettikleri bir vecibenin, bir yazının mânası hakkında mutabık değildirlen. Hattâ denebilir ki adli dâvaların pek büyük bir miktarını bu ihtilâflar teşkil ederler.

---

kimse tarafında tasrih ve imza atılmış ve yazılmış bir mektupla rücu edilebileceği çoğunise de, yazının metnine ve münderecatının mahiyetine göre, mektubu yazının mekeadının ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmak olup olmadığına mutlak bir surette karar vermek esas dâvaya bakan hâkime aittir. C. 26 II. Teşrin 1906, Gaz. 29 II. Teşrin.

[1] Req. 8 Nisan 1913, Gaz. 31 Ağustos.

[2] Yukarda, 333 ve müteakip s. görünüz.

"Hayalî bir hakaniyet araştırmak suretiyle mukaveleleri ihlâl etmekten sakınmalıdır. Hüsnüniyet ve hakkaniyet kaidelerine irca etmek bahanesiyle kanun hükümünde olan mukavelelerin lafzî mânalarından uzaklaşmamak lâzımdır., Toullier, eîd VI, no 339.

Bununla beraber, Temyiz Mahkemesi ancak bir tağyirin mutlak bedaheti karşısında murakabe hakkını kullanır.

[3] Âkit taraflar mukavelelerin unsurlarından ancak biri üzerinde anlaşmışlarsa bu mukavele natamamdır. Hâkim, mukavelede mevcut olmayan diğer esaslı unsurları tamamlamak için kendisini tarafların yerine ikame edemez.

Bir mukavelelerin ibaresi müphem veya meşkûk ise bu ibareyi tefsir için ticari örf ve kaidelerden istiane edilebilir, fakat âkit tarafların mutlak bir sükûtu muhafaza etmiş olmaları halinde, mukaveleyi muteber kılmak için, hâkim salâhiyetlerini tecavüz etmezsiniz, bu kaideleri kabul eden tarafları icbar edemez. Taraflar mukavelelerin muhtelif esaslı unsurları üzerinde anlaşmamışlarsa hâkim sadece mukavelelerin mevcut olmadığını tesbit ile iktifa etmelidir. Orléans, 12 Temmuz 1906, Gaz. 24 I. Teşrin.

Tefsir müphem veya meşkûk olan bir şeyin izahıdır [1].

Ya bir müphemiyeti, iltibası, mübayeneti gidermek; veya yerinde kullanılmamış bir tâbiri tashih etmek [2]; veya muhtelif mânalar arasından hakiki mânayı seçmek; veya iyice düşünülmeden kullanılmış bir ifadedeki mübalâgayı tahdit etmek; cümleler arasında intizamı, hükümler arasında ahengi tesis, akdın hey' eti umumiyesinin hakiki ve tabii mânasını tesbit etmek lâzımdır [3].

Ancak mânası açık olmayan bir şey tavzih olunur, çünkü orada fikirler natamam bir surette arz edilmişlerdir.

Anlaşılması güç olan şey izah edilir, zira orada fikirler kâfi derecede ani olarak yekdiğerlerinden istihraç edilmemişlerdir [4].

Kezalik, asıl dâvaya bakan hâkimler mevcudiyetini bizzat tanımış oldukları bir mukaveleyi kanuni hükümlerinden ve zaruri neticelerinden iskat edemezler. Yukarıda 316 ve müteakip s. görünüz.

[1] Kanunların ve mukavelelerin tefsiri hakkında yukarıda 248 ve 380 ve müteakip s. de söylediklerimizi görünüz.

Hatırlatalım ki doktorlara göre: glose: tefsir veya şerh mânasınadır. Exégése (tefsir) de synon: bir izah, bir şerhten ibarettir. Incillin tefsiri, katolikler, yahudiler, protestanlar ve aklıyan tarafından muhtelif şekilde anlaşılmıştır.

[2] Etimoloji, kelimelerin menşinden çıkarılmış izaha denir. Etimoloji âlimi iptidai tâbirlerin ashada niçin filâh şeylere tatbik edilmiş olduklarını, ve bunlardan müştak ve mürakkep tâbirlerin nasıl geldiklerini, terkip ve iştikakın tesiriyle mânalarının ne olduğunu tetkik eder. Etimoloji kısmen gramer kaidelerine istinat eder.

Hukuki tefsirde ekseriya etimolojik mânaya dikkat etmemek lâzımdır. Hususiyile bahis mevzuu olan maddenin ta kendisi tefsire rehberlik eder: Verba intelligentia secundum (substratum) materiam.

Kelimelere nisbetle mânalarda şöyle bir tefrik yapılır: 1. kelimenin mücerret bir şekilde nazara alınmasına veya bir eümle içinde bulunmasına göre mutlak mâna, izafî mâna; 2. kelimenin mutad mânasında alınmasına veya bir mecazî ihtiva etmesine nazaran hakiki mâna, mecazî mâna; 3. müşahhas mâna (güzel bir iş yapmak), mücerret mâna (iş zarfıdır); 4. geniş mâna, dar veya hususi mâna... Kelimelerin kullanılmasını ve mükâleme kanunlarını gramerciler değil örf tesbit eder ( a vulgo usu loquendi). Multa reascentur quae jam caedera, cadent que quae nunc sunt in honore vocabula, si volentibus, quam penes arbitrium est et jus norma loquendi. Horace, art. Poétique, V. 72.

[3] Mânalar şöyle tefrik olunur: tabirlerin tabii kıymetinden tuvellüt eden lâfzî mâna, mecazî (remzî, manevi) mâna; ismen gösterilmiş bir ferde tatbik olunan muayyen mâna, gayri muayyen mâna (gayri muayyen üçüncü şahıs zamirinin kullanılması); hususi bir hale tatbik etmek için bir metnin normal mânasının değiştirilmesi halinde muktebes mâna; müphem mâna veya ipham.

[4] Medeni kanunun, iradenin tefsirine müteallik, yani bir akdî yapanlar tarafından meşkûk tâbirlerle ifade edilmiş bulunan bir fikri aydınlatmağa tahsis edilmiş, metinleri meyanında 1589, 1628 ve müteakip, 1692, v. s. maddelerini zikrederim.

Contrats d'adhésion.

Katılma mukaveleleri (Contrats d'adhésion) (iş akdi, nakliye, sigorta mukaveleleri) bahis mevzuu olduğunda hukuki muamelelerin dar mânada, aynen ve lâfzan tefsiri, bu mukavelelerde âkitlerden yalnız biri tarafından yazılmış olan bir şartın harfiyen tatbiki diğer tarafa sıkı bir vecibe tabmil ettiğinden, ağır bir mahzur arzeder.

Tefsiri asıl dāvaya bakan hâkimlere ait olduğundan binnetice asıl dāvaya değil evrak üzerinde müstacel işlere bakan hâkim esasta duruşmaya istilzam eden bir akdi tefsir edemez [1].

Tefsir kaideleri. — Medeni kanunun mukavelelerin tefsirine müteallik 1156 ve müteakip maddeleri Roma hukukunun koymuş olduğu pek hâkimane ve gayet mantiki kaidelerin ancak tekrarından ibarettirler [2].

Mamafih bunlar sıkı ve âmîr kaideler olmaktan ziyade kâkimler için istişari mahiyette bir takım vasayadır.

Binnetice, ihtilâflı bir mukaveleyi, bu vasayayı nazara almadan, ahval ve şerait ile taayyün ederek, diğer kaidelere göre izah eden bir hüküm aleyhine temyiz yoluna müracaat edilemez. Asıl dāvaya bakan hâkimin bu husustaki salâhiyeti mutlakdır [3].

Binaenaleyh 1156 ve müteakip maddeler âmîr hükümlerden değildirler.

Evleviyetle bunların tertibinde takip edilmiş sıraya riayet hâkimler için mecburi değildir.

Mamafih bu, asıl dāvaya bakan hâkimlerin bu hâkimane kaideleri ihmal etmeleri için, bir sebep değildir. Onların bu kaideleri kendilerine «veçbe» olarak tâyin etmeleri için bu kaidelere vakıf olmaları lâzımdır [4].

[1] C. 23 Haziran 1905, D. 05. 1. 326. De Belleyme, 3. tabı, s. 386 ve müteakip.

[2] Yukarıda s. 248 ve 249 görünüz.

[3] C. 18 Mart 1807, S. chr. 24 Şubat 1868, D. 68. 1. 808, 10 Şubat 1892, S. 93. 1. 409; D. 92. 1. 248. Req. 27 Şubat 1905, D. 08. 1. 838. Civ. rej. 11 İ. Kânun 1907, D. 08. 1. 481. 25 İI. Kânun 1909. D. 09. 1. 291, v. s, v. s.

Aubry et Rau, 947, noi 3. Laurent, cilt XVI, no 500 ve 510. Demolombe, cilt XXV, no 37. Colmet de Santerre, cil V. no 79 bis. Toullier, cilt VI, no 338. Larombière, 1156 mci madde hakkında, no 2 ve 4. Huc, cilt VII, no 175. Baudry Lacantinerie et barde, 2. tabı cilt 1. no 555 ve 573.

Meselâ bir akdin şartlarını ve bu şartların bir irtifak hakkı tesis edip etmediğini, etmişse şümulünün ne olduğunu araştırmak ve beyan etmek gayelerine matuf mahkemelerin haiz olduğu tefsir salâhiyeti hakkında C. 29 Haziran 1891, S. 95. 1. 7; D. 93. 1. 39. 18 İI. kânun 1892, S. 92. 1. 120; D. 92. 1. 128. 11 Temmuz 1894, D. 95. 1. 127. 11 Mart 1896, D. 96. 1. 824, ilâveten kasit hakkında yukarıda zikrettiğimiz misalleri görünüz.

1900 tarihli Alman medeni kanunu, bizim medeni kanunumuzun hukuki muamelelerin tefsirine mütedair metinlerini inkişaf ettirmiştir.

[4] Gör. Doreux: özel hukuki muamelelerin tefsiri.

1156 madde, mukavelenin tarafların kanunu olduğunu beyan eden 1134 üncü maddenin zaruri bir neticesidir. Taraflar bazı kelimeleri yerinde olmıyan mânada kullanmış olabilirler, bu takdirde onların nisbî durumuna, sıfatlarına, mesleklerine ve evvelki münasebetlerine nazaran maksatlarının araştırılması lâzımdır [1].

1157 inci maddeye göre [2], tereddüt halinde bir akdi, kendisini ilga edenden ziyade bir hüküm izafe eyliyen mânada tefsir etmek lâzımdır. Akdin ta kendisini yok edecek bir tefsir kabul edilemez. Böyle bir tefsir kendisine her halde bir hüküm atfedilmesi lâzım gelen akdi ortadan kaldırır.

Mutlak bir surette anlaşılması kabil olmıyan ibare ve şartların yazılmıyş gibi telâkki edilmeleri lâzımdır.

Kaidemiz, şeklin tefsiri hakkında değil, esasın tefsiri hakkında tatbik olunur.

---

İşte bu müellifin fikirlerinin hulâsası: "Temyiz mahkemesinin halen takip ettiği nazariyat muahazeden âri değildir. Kıstası müphemdir; zira, "vazih âkit kadar müphem bir şey yoktur.; bundan başka temyiz mahkemesinin haklarında hüküm vermekten imtina ettiği, mutad olarak kullanılan, bir çok şartları binnetice, mahkemeler tarafından gayet muhtelif surette tefsir edilmişlerdir. Nihayet temyiz mahkemesi, fiilî kısım hakkında, kendi tefsirini asıl dâvaya bakan hakimlerinki yerine ikame ettiği vakit, kabul ettiği tefsir gayet lâfzidir, ve bu suretle, hatalı olmak tehlikesine mâruzdur.."

M. Dereux hâkimin hakkaniyet kaidesine tevfikau hüküm vermesi lâzım geldiğinden bahseden M. K. nun 1135 inci maddesine istinad ederek bundan, kanunu mutlak olarak tefsir ile mükellef olan. Temyiz mahkemesinin, hakkaniyetin kabulünü emrettiği hal şeklini, bizzat beyan etmek mecburiyetinde olduğunu istihraç ediyor.

Müteakiben müellif mahalli örflerin ve devletler hususi hukukunda kanuların arasındaki ihfilâfı doğurduğu tefsir güçlüklerine geçiyor; hangi mahal veya memleketin örf veya kanunları diğerine üstün olmalıdır? Burada dahi M. Dereux içtihadı tenkid etmek fırsatını buluyor.

Kitabın en mühim kısmı, müellifin aktillerin tefsiri hakkında bütün nazariyeleri gözden geçirip tenkid ettikten sonra, kendi nazariyesini izah eylediği son kısım dır. Hâkim tarafların katî olarak tezahür eden iradesine riayet etmeğe mecburdur; fakat hâkime arz edilen mesele taraflarca derpiş edilmemiş olduğu takdirde hakkaniyet ve umumî menfaat kaidelerinin üstün olmaları lâzımdır.

Bu muahaze veya mutalâaların büyük bir kısmı bize haklı görülmemektedirler,

Kezalik Brugli: Önceden sanış ve İtalyan Medeni kanununun 1124 ve 1131 inci maddeleri tarafından tanzim edilmiş mukavelelerin tefsiri kaideleri. Rivista di diritto commerciale, 1907, 11, s. 46. ya müracaat ediniz.

[1] Madde 1156: "Mukavelelerde tâbirlerin lâfzî mânalarından ziyade âkitlerin müşterek maksadının ne olduğu araştırılmak lâzımdır.,, Gör. M.K.mad. 1109, 1134, 1135, 1175, 2058.

[2] Madde 1157: "Bir şartın iki mânaya gelmesi halinde, bunlardan hiç bir neice tevliit etmiyeni değil, bir hüküm ifade eden müteber tutulmamalıdır.,,

1158 inci maddeye göre [3], tarafların maksadını meydana çıkarmak için, her şeyden evvel, mukavelenin seciyesine bakmak lâzımdır.

Yalnız, bu hususta, kendiliğinden teşekkül etmiş örfler, tarafların mukavele akdederken takip ettikleri gayeye, hakikate en yakın bir surette tekabül ederler. M. K. Madde 1159 [4].

Binaenaleyh, bir taahhütte, mukavelenin akdedildiği memlekette cari olan örfün kabul edildiğini farzetmek lâzımdır; meğer ki mukavele başka yerde icra edilmiş olsun, bu takdirde o mahallin örfüne müracat edilmiştir.

Bir mukavelenin, sadece tefsiri noktasından, dermeyan edilmiş bir örfün, hâkim tarafından tanınmaması nakzı mucip değildir [5].

Şayet örf kâfi değilse, veya hiç yoksa, veya örfler arasında mübâyenet bulunursa, borçlunun lehine olarak karar vermek lâzımdır.

Meşkûk olan ibarelerin, mukavelelerin tâyin edilmiş icrası tarzına göre, izahı lâzımdır.

Maddemizin görüşü bakımından, örf yalnız tefsiri değil, aynı zamanda taahhüdün tâli şartlarını da tâyin edebilir. Mad. 1160 (kirada ve ticari mukavelelerde olduğu gibi) [1]; hattâ munzam bir vecibe bile yaratabilir. [2].

Lâkin tarafların evvelce sarahatla derpiş ettikleri hususata veya bir kanunun katî bir hükmüne karşı mahalli örf muteber olamaz [3].

İhtilâflı bir şartı tefsir etmek için gerek ona tekaddüm eden ve gerekse ondan sonra gelen diğer bütün şartları nazar aalmak lâzımdır [4]. Madde 1161.

[3] Madde 1158: "İki mânaya gelen tâbirlerin, mukavelenin mahiyetine en uygun olan mânası nazara alınmalıdır.."

[4] Madde 1159: "Şüpheli olan şey mukavelenin yapıldığı memlekette mâruf olan mânaya göre tefsir olunur.. M. K. 671, 1753, 1758. Gör. Baudry et Barde, cilt I, no 562. Gör. yukarda, S. 199 not 2. 220 ve notlar.

[5] Larombière, mad. 1160, no 4. Demolombe, cilt XXV, no 19, Baudry—Lacantinerie et Barde, no 563.

[1] Madde 1160: "Mukavelenin akdi esasında, tasrih edilmemiş olsalar bile, örfen tanınmış olan şartların mukaveleye ilâve edilmeleri lâzımdır.. M. K. mad. 1155.

[2] C. 15 Şubat 1860, D. 60. 1. 403.

[3] C. 26 Mayıs 1868, D. 68. 1. 471. 80 Birinci kânun 1879, D. 80. 1. 108.

[4] Madde 1161: "Her birine akdin tamamından tevellüt eden mânayı vermek suretiyle, mukavelelerin bütün şartları yekdiğerlerinden tefsir olunurlar.."

Tarafların maksadını, bizatihi akdin dışında, sair yazılarda, ve dâvaya müteallik olan ahval ve şerait içersinde araştırmaya hiç bir şey mâni değildir. C. 3 Temmuz 1889, S. 92. 1. 370; D. 90. 1. 250.

Katde olarak aynı bir akdin bileümle şartları bölünmez bir bütün teşkil eder-

Şüphe halinde, mukavele, lehine taahhüt yapılan kimsenin aleyhine tefsir olunur. Madde 1162 [1].

Şüphe daima borçlunun lehine tefsir edildiğinden — meselâ — bir makbuzun müphemiyeti onu vermiş olan kimsenin lehine tefsir olunur.

1162 inci maddenin koymuş olduğu prensip ancak başka bir kaidenin mevcut olmaması halinde tatbik edilmelidir. Diğer bütün tefsir vasıtalarının kâfi bulunmaması lâzımdır [2].

1163 üncü madde, 1156 inci maddenin [3] zaruri bir neticesidir. Nihayet 1164 üncü madde [4] “tavzihi” veya “tahdidî” veya “dar mânada” tefsire mütedair bir kaide koymaktadır.

---

ler; binaenaleyh terkip edilmiş olmaları lâzım gelen bu şartlar o derece bir birbirlerine bağıdırlar ki, inkısam delilî akidden istihrac edilmedikçe, bir kısmı icra ve bir kısmı reddedilemez.

Bir mukavelelinin hakiki mânasını meydana çıkarmak için, ve hususiyle taraflardan biri veya diğeri tarafından öne sürülmüş olan tefsir, doğruluğunu, kendisinin delâlet ettiği akli ve mantiki neticelerde bulduğu takdirde, mukavelelinin umumi ahenk ve insicamını tetkik etmek ve onu, tarafların akit esnasında riayet ettikleri muhtelif hükümlerle mukayese etmek zaruridir. Paris, 13 Şabat 1894, D. 94. 2. 430.

Bir akdin maddelerinden her biri, bir mahzur tevhit etmeden, müstakil olarak icra edilebilirse, bir maddenin diğeri tarafından ilga edilmiş olduğu güçlüğü kabul edilmelidir. Bir mübayeneti kolayca kabul etmemek, vevlki kısmen olsun telif imkânı mevcut olduğu takdirde, tefsiri tercih etmek lâzımdır. Mevcut iki şartın telif edilememesi halinde, bunlardan hangisinin icra edilmesi lâzımgeldiğini takdir hususunda, hâkta mutlak bir salâhiyete maliktir. Baudry—Lacantinerie et Barde, Cilt I, no 568, Cpr. Bordeaux 5 II. Kânun 1833, S. chr.

Bir akdin mukaddemesi akde tekaddüm eden yazıların metni bu akdin mânasını tâyine kezalik yardım edebilirler. Mukaveleye müterafik olan ahval ve şerait hakkında da keyfiyet ayındır.

C. 21 Mayıs 1828, S. chr. 29 II. Kânun 1834, S. chr. 30 Haziran 1841, D. v. obligation 868—1. Toulouse, 13 Şubat 1880, D. eodem verbo, 869, 865—1.

[1] Madde 1162: “Şüphe halinde, mukavele, lehine taahhüt edilen kimsenin aleyhine ve müteahhidin lehine tefsir olunur.”

Bu kaidenin tatbikatını ihtiva eden mad. 1187, 1190, 1142 fık. 2 görünlüz.

M. K. mad. 1802 mukayese ediniz.

[2] C. 13 Şubat 1883, D. 84. 1. 83—84.

[3] Madde 1163: “İnikadı esnasında kullanılan tâbirler ne kadar umumi olurlarsa olsunlar, bir mukavele ancak tarafların taahhüt etmeği kasdetmiş oldukları tezahür eden hususâtı ihtiva eder.” M. K. mad. 2048, 2049.

Tatbikata mütedair olarak, C. 20 I. Kânun 1832, S. chr. 25 Nisan 1853, D. 53. 1. 161. 5 Ağustos 1856, D. 57. 1. 37. Agen, 24 Şubat 1825, Paris, 1 Mayıs 1891, S. C. 10 Mayıs 1893, D. 94. 1. 530.

[4] Madde 1164: “Bir mukavelede vecibenin izahı için bir hususun tasrihi, taahhüdün tasrih olunmayan hususlara teşmil edilmemesi istenildiği mânasını tazammun etmez.”



Hâkim — idari muameleler müstesna [1] — her nevi akitleri tefsir etmek vazifesini haizdir. Binaenaleyh, hattâ resmî bir senet bile bahis mevzuu olsa, Medeni kanunun 1341 inci maddesini ihlâl etmemek şartıyla, bu akdin şumulünü kati bir surette tâyin eden fiillerin ispatına müsaade edebilir [2].

Tarafların mukaveleye tâyin ettikleri icra tarzı tefsirlerin en iyisidir [3].

Temyiz Mahkemesi, tescil hususunda bile, asıl dâvaya bakan hâkimlerin tefsir salâhiyetine hürmet eder [4].

*Tağyir.* — Fakat, asıl dâvaya bakan hâkimlerin salâhiyeti ancak meşhûk veya müphem akitler bahis mevzuu olduğu, veya, akitlerdeki boşlukların doldurulması veya meşhûk bırakılmış noktaların tamamlanması icabettiği takdirde serbesçe icra olunur [5].

Temyiz mahkemesinin murakabesine tâbi olmadan hâkimlerin, ne bir irade tefsirini mukavelenin vazih ve müsbet hükümlerinin yerine ikame et-

---

Ancak, sadece tazyihî olan bir hususun, tahdidi veya dar mânada olan bir şeyden, a priori (önceden), tefriki imkânsızdır. Yalnız bir izahta bulunmak veya bir takyit ve tahdit ifade etmek istenilip istenilmediğini, bizatihi akdin, ve akde takaddüm eden, müterafik olan veya müşahhar bulunan ahval ve şeraitin tahtlilinde araştırılmak lazımdır. Larombière, mad. 1164 hakkında, No 3. Laurent, cilt XVI, No 513. Demolombe, cilt XXV, No 32.

[1] İdari muameleler hakkında, gör. yukarda, S. 294 ve müteakip.

[2] C. 13 II. Kânun 1886. Baudry — Lacantinerie et Barde, cilt I, No 585. gör. yukarıda S. 103 — 104.

[3] Laurent, cilt XIII, No 1. Aubry et Rau, cilt VII, S 413, §708. Coin — Delisle,

[4] Tescil hususunda, müteaddit kararlarla teyit edilmiş olan, Temyiz Mahkemesinin murakabe hakkının inkâr edilemeyeceği doğrudur; fakat Temyiz Mahkemesi bu hakkını ancak mahkemesin hatasının zahir, veya açıkça ispat edilmiş, bulunduğu vakit, temyiz edilen hükmün islahı için istimal etmektedir.

“Hukuk Dairesi, Temyiz Mahkemesinin her ne kadar akitlerin hakiki seciyelerini muhafaza etmelerini temin için, bu akitler hakkında kullanılmış olan takdiri tadil etmeğe hakkı varsa da, mezkûr mahkeme buna, ancak, ilk hâkimlerin takdirin kanunî tefsir kaidelerine mübâyin olması ve kanuna bir muhalefet arz etmesi halinde, tevessül etmelidir demiştir.” C. 7 —II. Kânun 1895, S. 35. 1. 540.

Bunun içindir ki Temyiz Mahkemesi, hatanın mevcudiyeti sabit ve reddi kabul olunmayan delillerle tesbit edilmemiş, fiillerin tefsirlerine istinat eden bütün hükümleri tasvib etmekte tereddüt etmemektedir. C. 24 Mart 1846, s. 46. 1. 317. 10 Mart 1868, S. 68. 1. 272. 30 Temmuz 1868, D. 68. 1. 176. 28 II. Kânun 1873, S. 73. 1. 227. 18 Ağustos 1873, D. 74. 1. 258. 30 Nisan 1884, S. 85. 1. 37; D. 84. 1. 420.

[5] İşte Temyiz Mahkemesi tarafından kullanılmış olan düsturlardan misaller:

1 inci düstur: “Tarafların bu mütebayın iddiaları, ihtilâflı noktanın ne vazih ve ne de kâfi olmadığını ispata kâfi gelmekte, ve, istinaf mahkemesini akdin şumulünü doğru olarak tâyin etmek mecburiyetinde bırakmaktadır.”

melerine, ve ne de, bu hükümleri keyfi olarak tadil eylemelerine müsaade edilemez [1].

*Hibeler.* — 1156. ve müteakip maddeler tarafından konulmuş olan kaidelerin hibelere tatbiki kabildir [2].

Ölüme bağlı olmayan bir hibede, tarafların iradesini tefsir bahis mevzu olduğunda, onların, bu hususta, kasdetmiş oldukları kanuna muracaat etmek lâzımdır [3].

---

2 inci düstur: "İhtilâflı şart iki mânaya geldiğinden... İstinaf mahkemesi bu şartı, salâhiyetlerini tecavüz ve Medeni Kanununun 1184 üncü maddesini ihlâl etmeden tefsir edebilmiştir."

3 üncü düstur: "Paris İstinaf mahkemesinin, bu ahval ve şeraite nazaran, evlenme mukavelesi hakkındaki tefsiri, mukaveleyi tağyir etmediğinden, netice itibariyle, mutlak ve bütün istinaf taleplerinin reddini haklı göstermektedir."

4 üncü düstur: "Tarafların hepsinin talepleriyle... Tabkiki için kendilerine müracaat edilmiş olan asıl dāvaya bakan hâkimler... den dolayı..."

"Bu takdir mukavelelerin tefsirinden ve tarafların maksadından istidlâl edilmiş olduğundan dolayı mutlak; gerek mukavelelerin serbestisi kaidesiyle, gerek işletilmesi hâlinde ihtira beratlarının hususi mahiyetiyle telifi kabul olmayan hiç bir şey arz etmemektedir."

5 inci düstur: "Temyiz edilen karar... beyan ettiğinden... bu tefsir Temyiz mahkemesinin murakabesine tâbi değildir; ve bu noktada temyiz edilen kararı haklı göstermektedir; filhakika, bir taraftan lehine muayyen bir şey vasiyet edilen kimsenin vasiyenameye mutavassıt bir şahıs gibi gösterilmiş olup olmadığını tanımak, delillere ve ahval ve şeraite nazaran dāvanın fiili kısmına bakan hâkimlerin mutlak salâhiyetleri cümlesindedir; diğer taraftan İstinaf mahkemesince kabul edilmiş olan tefsir akdın hükümleriyle mütebayin değildir...."

[1] Görünüz, yukarda, s. 332, 333.

[2] Hibe faslındaki boşluklar, umumi bir surette, mukaveleler ve akdî vecibeler faslının hükümleriyle tamamlanmalıdırlar.

Filhakika, hibe bir mukaveledir. Demolombe, cilt XVIII, no 10 ve müteakip. Laurent, c. no 99. Coin—Dejise, mad. 894 hakkında, no 7.

C. 23 Mart 1815, S. chr. 27 Nisan 1822, S. chr. 26 Mayıs 1835, S. 35. 1. 353, 24 I. Kanun 1844, S. 45. 1. 198. 16 II. Teşrin 1859, S. 60. 1. 246. 9 Nisan 1872, S. 72. 1. 178; D. 73. 1. 28. 9 Şubat 1880, S. 80. 1. 293; D. 80. 1. 202. 19 II. Teşrin 1890, S. 97. 1. 454 cpr. C. 9 Temmuz 1888, S. 92. 1. 338; D. 89. 1. 366.

[3] Audinet, no. 688. Hue.-c. VI. no 261. Champommun, s. 683.

Şayet taraflar aynı milliyetten iseler, bunların müşterek millî kanunlarına müracaat etmek istemiş olduklarını farzetmek lâzımdır. Şayet ayrı milliyetten iseler akdın yapılmış olduğu mahallin kanununa müracaat edilmesini arzu etmiş oldukları kabul edilmelidir.

Bruxelles, 15 Şubat 1829, Pasierisic, 19. 309. Aksi fikirdet Bar, c. II, s. 118,

Bununla beraber, tarafların iradesine gelince, hâkim tercihan onların hi be akdindeki kasıtlarını araştırmalıdır [1].

Medeni kanunun, hibe hakkında, 1157 inci maddesinin tatbikından, şüphe halinde teberru, ölüme bağlı bir hibeden ziyade, sağolanlar arasında bir bağışlama gibi mülâhaza etmek lâzımdır [2].

Hibeden rücuun caiz olmaması katî bir kaidedir, ve, kanunun, bu hususta vazettiği istisnaları tahdidî bir şekilde tefsir etmek lâzımdır [3].

---

no 285. Alman Temyiz mahkemesi, 6I . Teşrin 1886. Bolze, Praxis des Relehsgerichts (Alman temyiz mahkemesi içtihadları), no 19. Louisiana İstinaf mahkemesi, 1858 ve (1871 Clunet, 75, 134). Louisiana İstinaf mahkemesi 1859 (Clunet, 75, 41 ve 134).

[1] C. 6 Hazirpn 1855, S. 55. 1.407; D. 55. 1.243.

Fakat onlar bunu diğer aktiflerde de, ve meselâ bu suretle bir mektupta da arayabilirler.

C. 80 II. Teşrin 1880, S. chr. Demolombe, c. XX, no 34. Toullier hakkında, Duvergier, c. III, no 177, not 6.

Nonobstat: Med. K. madde 981.

Burada bir teberru bahis mevzuu olduğundan Medeni kanunun 1602 inci maddesi hibe hakkında tatbik edilemez. Douai, 1 Temmuz 1837; S. 88. 2. 22.

Bundan başka, asıl dâvaya bakan hâkim tefsir bahanesiyle hibedeki bir şartı tağyir edemez. C. 17 Haziran 1896, S. 98. 1. 438.

[2] Rolland de Villargues, no 21.

Şüphe halinde, mukavelenin hükmü lehine hibe yapılan kimsenin aleyhine bile tefsir edilmelidir: Nemo censetur donare: (Hiç kimse malını hibe etmiş farzedilemez).

Dar hukuktan madut olması dolayısıyla bir hibe, hibe edenin sarahatle beyan etmediği şeylere teşmil edilemez.

C. 23 II. Teşrin 1830, S. chr. 17 II. Teşrin 1847, Pal. 47. 2. 664.

Bourges, 7 Nisan 1814, S. chr. Bruxelles, 7 Mayıs 1817, S. chr. Douai, 31 I. Kânun 1840, Pal. 41. 1. 188. Orléans, 9 I. Kânun 1829, S. chr. Doulouse, 28 II. Teşrin 1832, S. 33. 2. 53. Rennes, 15 Mart 1821, Pal. chr. Bordeaux, 6 Ağustos 1834, S. 35. 2. 61. Paris, 1 Haziran 1812, pal. chr. Bordeaux. 27 Mayıs 1841, 2. 41. 217.

[3] 1157 inci madde hususiyile ikameler hakkında tatbik edilmiştir.

Takdir salâhiyetinin kullanılmış olduğu hallere mütedair içtihat gayet mebzûldür. İşte bunlara ait muhtelif misaller:

Vasiyetçinin iradelerinden istidlâl edilmiş fiilî muclp sebeplere istinat ederek, resmî bir kâğıdın biri yüzüne, diğeri arkasına yazılmış, ve aynı gün tarihli, iki vasiyet-nameden, birinin diğerini iptal ettiğine karar vermek asıl dâvaya bakan hâkimlere aittir. C. 5 Nisan 1905, Gaz. 11 Nisan,

Mahkemeler bir vasiyetnamenin müphem veya meşkkûk olan şartlarını tefsir etmek hususunda mutlak bir takdir salâhiyetini haizdirler; bu takdirde onlar kelime-lerin lafzî mânasına bağlanmadan vasiyetçinin maksadının ne olduğunu araştırmalıdır.

**Vasiyetnameler.** — 1156. ve müteakip maddelerin vasiyetnamelere müteallik ahkâma da tatbiki kabildir [2].

Mesela, mallarının idaresine yabancı olan vasiyetçinin, hakikatte zilyed bulunmadığı bir saha üzerinde kâin bir araziyi vasiyet etmesi halinde, bir taraftan da, mumaileyhin, gayrimenkulün mevki ile bunu işgal eden kimsenin ikametgâhi arasında bir müphemiyete sebebiyet verdiği dâvanın delillerinden istihraç edildiği takdirde mahkemelerin aynı suretle tefsirde bulunmaları lâzımdır. Arras hukuk mahkemesi, 9 Ağustos 1905. Gaz. 1 Eylül.

Şayet vasiyetçinin fikri, mumaileyh tarafından yapılmış olan tasarrufların ta kendilerinden tezahür eden, ve zorluk yalnız kullanılmış olur tâbirlerin yerinde bulunmamasından tevellüt ederse, bu tefsir hakkı kolaylıkla icra edilir. Aix (1. ch.), 9 Mart 1905, Gar. 25 Nisan.

Şayet ben şarabımı vasiyet edersem, vasiyetnamemde bu şarabı ihtiva eden kaplar hakkında bir şey dememekliğime rağmen, ayat zamanda mezkûr kepleri da vasiyet etmiş addedilirim. Kanun 3. dijestte, vino et tritico legato.

Kezalik sürümün istimalini vasiyet etmekliğim halinde, kuzuların ve yünün lehine vasiyet yapılan kimseye ait olmadıkları muhakkaktır, fakat bu takdirde vasiyet mumaileyh için faydasız olacağı cihetle, gübresinden istifade etmesi için kendisine bu sürüyü tarlasında otlatmak hakkı verilir. Hattâ ondan istimali için zaruri olan sütü de istihsal edebilir. Kanun 12, parag. sed et si pecoris. dijestte, usu et habitatione'yi görünüz.

Vasiyetçinin, karısının lehine olarak gayrimenkuller üzerinde "karının, tesadüfen, yeniden evlenmesi halinde, bu gayri menkullerin yabancı ellere geçmemesi için mumaileyhin çocuklarına avdetini derpiş eden, bir şartla takyit edilmiş tasarrufunu ihtiva eden bir vasiyetnamenin karşısında asıl dâvaya bakan hâkimler, bu şartın; mezkûr gayrimenkullerin yabancı kimselere satılmasının mutlak surette men'ini ihtiva edenn, bir hüküm olmayıp, sadece lehine vasiyet yapılan karının ikinci defa evlenmesi ihtimaline binaen, iafisahî bir şartla takyit edilmiş, mülkiyet üzerinde ölüme bağlı bir tasarruf teşkil ettiğini mülâhaza edebilirler. C. 26 Mayıs 1910, Gaz. 12 I. Teşrin.

Alelade hukuki mânasında aile, yekdiğerlerinden veya müşterek bir asıldan gelen kimselerin heyetiumumiyesidir.

Vasiyetnamenin hükümlerine nazaran, des eujue (muris) un "aile, sine muayyen bir şey vasiyet edildiği takdirde, asıl dâvaya bakan hâkimler, aile kelimesinin mânasını mutlak bir şekilde tefsir ederek, vasiyetçinin iradesine göre, bu tâbirin hattâ mirasçı olmak hakkını haiz bulunan derecedeki akrabaya hasredilmeyeceğini, fakat münhasaran mumaileyhin karısının ve yakın akrabasına, ve, sarih bir surette mirastan ıskat edilmiş olan birinin ihracıyla geriye kalan, tabii mirasçılara tatbik edilmesi lâzımgeldiğini beyan edebilirler. C. 19 I. Teşrin 1908, Gaz. 20 I. Teşrin.

De eujus (muris) külli bir vasiyeti ihtiva eden ilk vasiyetnameyi müteakip muayyen mallar üzerinde tasarrufta bulunarak muhtelif vasiyetler yaptıktan sonra, "geriye kalanı aileme bırakıyorum, ibaresini ihtiva eden ikinci bir vasiyetname yaptığı takdirde, dâvaya müteallik unsurlarını yardımlarıyla, vasiyetçinin, teberruundan istifade ettirmek istediği ailesi ferdlerinin kimler olduğunu araştırmak, ve ailesini manup. mirasçı tayin etmek suretiyle, de eujus(muris) (un birinci külli vasiyetinden

Vasiyetnamesine dair hükümlere konulmuş olan şartlar hakkında, vasiyetçinin hakiki maksadının ne olduğuna, tefsir yoluyla, karar vermek; ve hususile bunların ihtiva ettikleri teberruların mevzu ve şumulünü araştırmak için mahkemeler mutlak bir tefir salâhiyetini haizdirler.

rücu etmek iradesini izhar etmiş bulunduğunu beyan etmek asıl dâvaya bakan hâkimlere aittir. C. 10 I. Kânun 1906, Gaz. 13 I. Kânun.

"Amca, hala, dayı ve teyze torunları, kelimelerinin kanunen kat'i bir mânası yoktur: bunların akrabalık nizamı içinde, öz amca, hala, dayı, ve teyze çocuklarını derhal takip edenler olduğu, zaruri bir şekilde, anlaşılmalıdır, ve bu tâbiri kullanmaktan vasiyetçinin ne kasdetmiş olduğunu beyan etmek, bir vasiyetnamede mün-demîç bulunan mezkûr tâbiri tefsir edecek hâkimlere aittir. Carî lisanda, öz amca, hala, dayı ve teyze çocuklarıyla bunların öz torunlarından çok uzak bulunan akrabaları, hususî bir şekilde tesmiye için, amca torunları adı altında göstermenin âdet olduğuna, ve vasiyetçinin adetleri ve asıllarıyla karabet dereceleri ne olursa olsun, vasiyetnamede gösterilmiş olan kimselerin fîruunun hepsini teberruundan istifade ettirirmediği, kasdetmiş olduğuna, asıl dâvaya bakan hâkimler karar verebilirler. C. 18 Şubat 1912.

Vasiyetçi tarafından kullanılmış olan "öz kardeşler çocukları, öz kardeşler torunları", tâbirlerine dair asıl dâvaya bakan hâkimlerin takdir salâhiyeti hakkında şunlara müracaat olunabilir: C. I Mart 1897, S. 1897. I, 272. 19 II. Teşrin 1895, S. 1896. 1. 121; 7 Temmuz 1900, S. 1911. 1. 20.

Vasiyetçi servetini "amca, hala, dayı veya teyzesi çocuklarından her hangi birinin evlâtlarının en büyüğüne", vasiyet ettiği takdirde, mezkûr külli vasiyetten bu en büyük çocuğu istifade ettirmek için, amca, hala, dayı veya teyze çocuklarından her birinin evlâtları arasında en büyüğünün hangisi olduğunu aramak lâzımdır. Rennes (1. ch.), 27 II. Teşrin 1906, Gaz. 9 II. Kânun.

Kanunî bir mirasın akdî mirastan tekat edilmiş olmasının, beklenilmeyen bir zamanda açılmış olan kanunî mirasa da şamil olup olmadığını bilmek meselesi hakkında, vasiyetçinin ne kasdetmiş olduğunu araştırmakla mükellef olan asıl dâvaya bakan hâkimler, bu mirasın iskatinin tam, mutlak ve kayıtsız olarak yapılmış olduğuna, ve bu iskatin külli vasiyetten muteberiyetine bağlı bulunmadığına, ve vasiyetçinin mezkûr mirascıyı kat'i bir surette mirasından mahrum etmek fikrinde olduğunu vasiyetname hükümlerinin kâfi derecede ifade ettiğine karar vermek suretiyle tevessül ettikleri tefsir, vasiyetnameyi hiç bir şekilde tağyir etmediği takdirde, mutlaktır. C. 19. II. Teşrin 1906, Gaz. 20 II. Teşrin.

Bir istinaf mahkemesi, vasiyetçinin iradesini mutlak bir tefsir ile, hükümlerini tağyir etmediği, bir akdî, ancak mirasa dahil malların kayıtsız ve şartsız olarak kanunî intikale avdetini istilzam eden bir irade tezahürünü ihtivâ ettiğini beyan ile, binnetice, mezkûr akdîn muteberiyetinin Mâdenî Kanunun 971 maddesinde yazılı şekillere riayete mütevekkif bulunmadığına karar verebilir. C. 20 II. Kânun 1908, Gaz. 12 Şubat.

Vasiyetnamenin tefsiri hususunda hâkimin vazifesi, her şeyden evvel, tasarruf eden kimsenin iradesini araştırmaktan ibarettir. Bu araştırmanın, vasiyetnamenin kendisi tarafından doğrudan doğruya temin edilmiş bulunan unsurların yardımıyla, bu unsurların kifayetsizliği halinde, vasiyetnamenin özüne has olan mülâhazalarla yapılmış olması lâzımdır [1].

Bu suretle bir vasiyetnamenin tefsiri ex testamento non aliunde (hariçten değil, vasiyetnamenin içinden) yapılmalıdır [2].

Fakat şurası muhakkaktır ki (Temyiz Mahkemesinin mütehavvil olduğu tarihin tesbiti hususundan sarfınazar) hâkim vasiyetnamenin metninin kendisinde, zimnî bir surette, fakat oldukça vazih bir şekilde, derpiş edilmiş bulunan mukaddem vesikalara ve vakıalara müracaat eylesine müsaade eden hukuki esası bulabilir [1].

---

Vasiyetçinin "kardeş ve hemşireleriyle erkek ve kız yeğenlerine, yapılmış olan vasiyetin kanunu intikal nizamını yani usul ve halefiyet itibariyle taksimde sağ olan kardeş ve hemşirelerle evvelce ölmüş bulunan kardeş ve hemşirelerin, halefiyet suretiyle yerlerine geçen, çocuklarının haklarını kayıtsız ve şartsız olarak, teyid etmiş gibi telâkki edilmeleri lâzımdır. Bu fıkra, evvelce ölmüş bulunan kardeş hemşire çocuklarının, ne sağ olan kardeş ve hemşireler birlikte, ne de ailenin muhtelif âzaları olan kardeş ve hemşireler, erkek ve kız yeğenlerle bir arada baş itibariyle taksime iştirak edecekleri mânasında tefsir edilemez.

[1] Vasiyetnamenin bir maddesine küllî vasiyet müessesesi seciyesini ret ve onu cüz'î bir vasiyet gibi mülâhâza etmek için, mezkûr maddenin aynen hükümlerine istinad ederek, vasiyetçinin iradesinin ifadesini, mumaileyhin vasiyete mütedair eserinin tamamının içerisinde araştırmış olan, dâvanın fiilî kısmına bakan hâkimlerin tefsiri, vasiyetnamenin hükümlerini tağyir etmedikçe, mutlakdır ve Temyiz Mahkemesinin murakabesine tâbi değildir. Req. 23 Mayıs 1905, Gaz. 25 Mayıs.

Bir kimsenin, vasiyetnamenin bir maddesinde lehine muayyen bir şey vasiyet edilen şahıs gibi tavsif edilmiş olmasına rağmen, hâkim bu maddenin şumûlünü takdir için, onu kendisini takip eden diğer maddelerle mukayese edebilir, ve tefsir bahanesiyle gerek mücerred ve hatta müphem kalmış bir tabire ve gerekse harici ahval ve şeraitte istinat etmekten imtina ederek vasiyetçinin servetinin tamamını kendisine muayyen bir şey vasiyet bulunduğu iddia edilen kimsenin lehine tasarruf edilmiş olduğuna karar verebilir. C. 9 İ. Kanun 1907. Gaz. 11 İ. Kanun.

[2] Gör. Yukarıda, S. 277, not 8.

[1] Şayet hâkim teberruların mevcudiyetini ve teberrudan istifade eden kimselerin tâyinatını haricen değil, bizatihî vasiyetnamenin metninde bulmak mecburiyetinde ise, bu kaide, vasiyetçinin teberrudan istifade ettirmek istediği kimseleri tâyin için kullandığı tabirlerin manasında şüphe hasıl olduğu takdirde, mahkemelerin dâvaya mütedair olan ahval ve şeraitin yardımıyla mumaileyhin hakikî maksadının ne olduğunu tahkik etmelerine mani teşkil etmez. C. 1 Şubat 1904, Gaz. 23 Haziran.

Bununla beraber, vasiyetnamenin metni kendi kendisine kâfi geldiği ve başka bir yardıma ihtiyaç göstermediği takdirde, bu tefsir tarzına müracaat etmek lüzumsuzdur.

Vasiyetçinin iradesi daima mirasçının lehine olarak tefsir olunur.

---

Bir vasiyetnamenin ibareleri, vasiyetnamenin ihtiva ettiği bir hükmün bizzatı mevzu hakkında bazı tereddüde sebebiyet verdikleri takdirde, hâkim bu tereddüdü gidermek için, vasiyetnamenin münderecatına ve vasiyetname haricinde de cujus (moris) un maksadını tanımağa elverişli bütün delillere müracaat edebilir, ve bu tefsir, vasiyetnamenin hükmünün ibarelerini tağyir etmediği takdirde, mutlakdır. C. 29 Nisan 1907, Gaz. 2 Mayıs.





# ALTINCI KISIM

Errare humanum est,  
Perseverare diabolicum,  
Fateri probe divinum.

# ALTINCI KISIM

DURUŞMADA HÂKİM. İSTİKLÂL. BİTARAFLIK. DİKKAT. İFİDAL.  
HÜKMOLUNACAK İHTİLÂF. TALEPLER. İDDİALARIN SERD  
VE MÜDAFAASI. MÜDDEİUMUMİLİK. MÜZAKERE.

İhtilâfin mahiyet ve ehemmiyetine göre, bazan sulh hâkimi, bazan esnaf loncası, bazan ticaret mahkemesi, veya bazan hukuk mahkemesi—yani muhtelif kaza mercileri—hüküm verirler.

Hukuk mahkemesi, sulh mahkemelerinin ve esnaf loncalarının kararlarına karşı istinaf merciidir.

Nihayet, birinci derecede verilmiş olan hukuk ve ticaret mahkemelerinin hükümlerine karşı, istinaf mahkemesine müracaat olunur.

## BİRİNCİ FASIL

DURUŞMADA HÂKİMİN İSTİKLÂLİ

### Birinci Bent

*İhtilâflı meselenin vaz'ı*

Hususiyle bir hukuk mahkemesine ikame edilmiş dâva ile meşgul olalım. Dâvanın takip etmek zorunda olduğu muhtelif safhaları tetkik edelim; ve bilhassa hâkimlerin rol ve vazifelerini araştıralım.

İşte duruşmaya çıkan mahkeme.

Mahkeme: reis, hâkimler, müddeiumumi, zabıt kâtibi veya zabıt kâtibi muavini ile tam teşekkül halindedir.

Evvelce tesbit edilmiş olan iş celbedilmiştir. Celsede hazır bulunan zabıt kâtibi (veya zabıt kâtibi muavini) celsenin başladığı saati derhal (zabıtname denilen) bir deftere not eder. O, aynı şekilde, celsenin, kaldırılacağı zaman, hangi saatte bitmiş olduğunu da not edecektir. O, zabıtnameye, hazır bulunan hâkimlerin isimlerini, cereyan edecek hâdiseleri ( tarafların geldiğini veya gelmediğini, şahitlerin dinlenmesini, talepleri, iddiaların serd ve müdafaasını, müddeiumumiliğin mütalâasını), verilmiş olacak kararları kaydedecektir.

28 II. Teşrin 1900 tarihli kararname, evvelce hiç bir resmiyeti olmayan, ve münderecatı hilâfı: sabit oluncaya kadar muteber bulunan, zabıtnameyi

tanzim etmiştir [1].

Bu zabıtnameyi ne (hâkimlerin mevcut bulduklarını idari surette tesbite mahsus) devam cetveli, ne de, bilhassa duruşma zaptı ile karıştırmamak lâzımdır [2].

Roma'lı pretör dâvacıya: Tu quis es et quid petis? — veya cur contraxis? cur debetur? (Kimsin ve ne istiyorsun?—veya niçin akit yaptın? niçin borçlusun?) derdi.

Bugünkü hâkimlerimizin bu ihtimamı göstermelerine lüzum yoktur. Avuveler (bu domini litis'ler) dosyaları hâkimler için hazırlar, ve avukatlar dâvayı izah ederken iddialarını teyiden evrak ve vesikaları onlara arzederler.

Hâkim dâva hakkında, a priori (önceden), fikir edinmemelidir. Hattâ katî bir adalet için, hâkimin, taraflardan ve dâvadan bahsedildiğini ilk defa mahkemede işitmesi zaruridir [3].

## İkinci Bent

### *Hissî safsatalar, ihtiras.*

*Hissî safsatalar.* — Hâkimin rubu menfaat, izzetinefis, hırs tanıma-mandır.

La Logique de Port—Royal'de «hissî safsatalar» (boş iddialar, ihtiraslar, haris hayaller) haklı olarak yanlış muhakemeler fashında tadat edilmişlerdir [4].

*Vicdan.* — Evvelemirde, hâkimin vicdanı [5], her türlü tesirden masun olmalıdır.

[1] Karar veya hükmün müdereceati, zabıtname müderecatından üstündürler. C. 19 Mayıs 1828, 10 Mayıs 1859, S. 60. 1. 996; D. 59. 1. 422. 18 I. Kânun 1878, S. 79. 1. 219.

Zabıtname bir hâkimin mevcut bulunduğunu kâfi derecede tesbit ettiği halde, bir hüküm sureti mumailayhin dâvanın bütün celselerinde hazır bulunduğunu zikretmez. C. 17 I. Teşrin 1888, S. 91. I. 346; D. 89. 1. 133.

[2] Hükümlerin tefhimi münsebetiyle duruşma zaptından daha ilerde bahsedeceğimiz, 1900 kararnamesindenberi duruşma zaptı, zabıtnameye üstün değildir.

[3] Görünüz, yukarıda, S. 68 ve 69.

[4] La Logique de Port—Royal, kısım III, fasıl XX.

[5] Ruhiyatta şuur, ruhuu bizzat kendî hakkındaki bilgidir. Kendimizde cereyan eden şeyin müşahede ve tesbitidir. Bu bakımdan şuur fikirlerin kaynağıdır.

Fakat (burada bahis mevzuu olan) ahlâk bakımından şuur, bilâkis yalnız hâdiselerin oldukları gibi takdiri vazifesi değil, bu hâdiselerin ahlâki iyi ve fena mefhumu noktasından da kıymetlerinin takdiri vazifesidir.

Ahlâki şuur hâdiseleri arasında fikirler ve hisler tefrik edilirler.

Vazifesinin büyüklüğü, muhafazasına tevdi edilmiş menfaatlerin ehemmiyeti, muhakeme edilenleri hâkimin niyetlerinin temiz olduğuna inandırmak zarureti, mahkemeler huzurunda bütün vatandaşların müsavat ihtiyacı itibarıyla adalet hakikaten ruhani bir kutsiyet teşkil eder, bütün bunların hepsi, hâkimin yüksek vazifelerine nüfuz etmesine yardım eder [1].

Binaenaleyh, mert bir adamın, mümtaz, fakat ruhan fena uğurlmuş, bir hukuk şinastan daha iyi olduğu daima şayi olmuştur [2].

İhtiras. İstiklâl. — Mesleğinde muvaffak olmağı iltimastan bekliyen, şeref ve mevki sahibi kimselere, iktidarda bulunanlara dalkavukluk eden hâkim, hakiki bir hâkim değildir [3].

Evvelâ fikirler: iyi (ahlâki ideal), vazife her hangi bir fiili yapmak, veya ondan sakınmak zarureti mefhumlarına taallük ederler.

Fiil bir defa tahakkuk ettikten sonra, değerli veya değersiz olmanın tasvibi, takbihi fikirleri gelirler.

Bu fikirler mânevi haz, nedamet, vicdan azabı, takdir veya ademi takdir hissiyle bir arada vicdan hükümlerine sebebiyet verirler.

[1] Yukarda 2.—7. 251 inci sahifelerde adalet ve hâkimi tarifimizi gördünüz, ve 396—400 üncü sahifelerde hakkaniyetten bahseden faslı okuyunuz.

Siyasi bir rejime ne kadar bağlı olunursa olunsun, evvelâ adaletin lerası lâzımdır. "Mahkeme hüküm verir, hizmet etmez," (Ségulier).

"Evet, Berlinde hâkimlerimiz olmasaydı!," Meşhur sözünü Andriux'nün "le Meunier sans souci," adlı piyesine borçluyuz. "Sans souci," parkınız büyütülmesi profeslerinde, civardaki bir değirmen sebebiyle, canı sıkılan Frederik, değirmenciye çağırarak bu yeri kendisine satmasını istiyor. Değirmenei teklifi ret ile mukavemetinde inat ediyor:

Değirmenciye karşı Frederik hiddetle birden:

"—Değirmen senin, peki, fakat inadin nedeni

"Satin almak isteğim, benim iyiliğimden!

"Şayet istersem onu zorla alırım senden,

"Bil ki hükümdarım ben.—Zorla almak kolaydı,

"Evet, amma Berlinde hâkimler olmasaydı!,"

[2] Hâkim kuvvetini bizzat kendinde aramalı ve istinat edeceği yer vicdanı olmalıdır; kötü iptilâları tanımaması ve onlara tahakküm etmesi için hâkimin, bunların fevkiye yükselmek cesaretine sahip olması lâzımdır. Dupin'in nutku.

Fakat bazan "vicdan da diğerleri gibi bir hâkimdir, kolayca uyur, denir. Bu tarzın asla doğru olamaması lâzımdır.

Bonum jus dicis: İmpetrare oportet qui sequum postulat. Plante.

[3] Onun gayretine rehberlik eden sırf menfaattir: Menfaati için meslekdaşlarının değerini düşürmeğe kadar ileri gider, siyasi rejime onların kendisinden daha az bağlı olduklarını sinsice telkin eder, ve onları şüpheli göstermeğe çalışır.

Bu kötüleme onda bir kaide haline gelir.

Cari olarak: «Yalnız servet, istiklâli temin eder,, diye konuşulduğunu bilirim.

Bu asia doğru değildir [1].

Müstakil seciyeler henüz daha mevcuttur ve hâkimlerin çoğu—Hattâ denebilir ki ekserisi—Siyasi nüfuzların istipdadını, boyunduruğunu reddet-tiren ruhi salâbet ve hüriyete sahiptirler [2].

---

Bu andan itibaren artık o müstakil bir hâkim değildir; "sefil bir menfaat pe-rest,, dir.

O yalnız istiklâlden değil, ehliyetten de mahrumdur. İhtirasla tahrik edilmiş, gururla kemirilmiş, hile ve desise ile heyecana gelmiş bir halde, kendi sadakat ve bağlılığına güvenebileceğini, her vesile ile teyit ederek hareket eyler. Vilâyet ve kaymakamlık dâirelerini sık sık ziyaret, ayan âzalarını, mebusları, nüfuzlu gazete direktörlerini izaç eder, adliye vekâletinin iç odalarında bu "yükselmeğe haris,, namzetlerin arkalarından sürükledikleri parlamento müntesipleri görülr.

Guizot "siyaset mahkeme salonlarına girdiği anda adalet oradan çıkmak dır,, demiştir.

Emirle hüküm veren kimse bir alettir, bir hâkim değildir.

Ölmez hikâyeci "muktedir veya zavallı olduğunuza göre mahkemenin kararı sizi ak veya kara çıkaracaktır,, demiştir.

Şayet Balzac yaşasaydı— Interdiction adlı eserinde—Asil çehresini nakrettiği büyük namuslu adam popinot'un yerine bu gün daht birden ziyade hâkim Camusot'ya tesadüf edecekti.

[1] Maamafih hâkimlerin vaziyetlerini islah etmek lâzımdır. Sınıflar ihdas et-meli; çalışanları, ehliyet gösterenleri, ahbablıktan ve düzenbazlıktan kendilerini uzak tutanları ihtimamla tefrik etmelidir.

[2] Esaslı çareyi tâyin usulünde, hâkimlik makamlarının azaltılmasında ve ad-li heyetin insicamında aramalıdır.

Adliye vekiline kabul ettirilmiş bir terfi cedveli, ancak gayet mahdut isimleri ihtiva etmek şartıyla hakikaten, tatmin edici neticeler verebilir.

17 Nisan 1906 tarihli malî kanununun 38 inci maddesinin tatbikına dair 13 şubat 1908 tarihli kararnamenin şimdiye kadar altı defa tadil edilmiş olduğunu müşaha-de etmek teessüfe şayandır (10 I. Kanun 1908, 9 mart, 28 haziran 1910, 10 nisan, 18 ağustos 1912, 20 haziran 1918 kararnameleri).

10 I. Kanun 1908 tarihli sarrien kararnamesi yegâne mantıklı ve hakkaniyete uygun olan kararnamedir.

Kazai kuvvetin istiklâline dair şartlar, yani hâkimlerin lâyen'azillîği, hakkın-da hemen her şey söylenmiştir.

Görünüz: Odilon Barrot, Fransada adli teşkilât, 1872, 1 cilt in—8, Bertrand, Fransa ve İngilterede kazai kuvvet, 1878, in—8. Bexon, Fransada kazai kuvvet ve lâyen'azillîği. Bitsch, hakiki adli islahat, Colfavru, adli islahat, 1883, coumoul, ka-zai kuvvet, 1912, in—8. Münferit hâkim, 1881, in—8. E. Dupont, müntehap hâkim-lik, 1882, in—8. Gavinet, adli teşkilât hakkında tetkikler, 1866, in—8. Henrion de pansey, Fransada adli nüfuz ve hâkimiyet, 1843 in—8. Jousserandot, Fransada kazai

Fakat yegâne tehlike orada değildir.

D'Aguesseau, her hangi bir kaziyenin hakikat olduğunu önceden ve tetkik etmeden kabul ettiren, fitri boş sanıları memnuniyetle saymıştır.

Kin ve gareze olduğu kadar, muhabbete karşı da hassas olmamak lâzımdır. Mizaç ve seciyenin şiddetli temayüllerine karşı koymalıdır [I].

Pascal, Pensées adlı eserinde haklı olarak: «Muhabbet ve kin adaleti tahrif ederler... Fakat öyle kimseler bilirim ki, insan ruhunun diğer bir garabeti sebebiyle, bu izzetinefis telâkkisine düşmemek için, bilâkis, dünyanın en adaletsiz insanları olmuşlardır. Gayetle haklı bir dâvayı kaybettirmek için en emin çare, bu dâvayı o kimselere en yakın akrabaları tarafından tavsiye ettirmektir». Diye işaret etmektedir.

### Üçüncü Bent

#### Tarafgırtlık

a) Hepimizin, önceden verilmiş kararlarımız, batıl itikatlarımız vardır.

Bunlar kazanılmış veya intikal edegelmiş nazariyeler ve kaziyelerdir.

---

knvvet ve teşkilâtı, 1878, in—8. Hâkimlik, 1880, in—8. Lally Tollendal, hâkimlerin lâyen'azıllığına dair mütalâa, 1816, in—8. Malepeyre, Fransada hâkimlik ve ıslahat projeleri, 1900, in—18. Martin — Sarzeud, hâkimliğin lâyen'azıllığı hakkında tarihi araştırmalar, 1883, 2. Tabi. Moulin, adli teşkilât hakkında tetkikler, 1835, in—8. Pascapf (H.), Kaza birliği, 1892, in—8. Picot, Fransada adli ıslahat, 1831, in—16. Russat, Fransız hâkimliği ve aleyhinde bulunanlar, 1870, in—8.

Revue pratique, c. XXXII, s. 82; c. XL, s. 505 ve müt.; c. XLif, sl. 67 ve müt.; s. 848 ve müt.; c. XLIV, s. 299.

Gör. Revue critique, c. XXXI, 1848, sahife 345 ve müteakip; cilt XXXVII, es-kiseri, s. 289; c. I, yeni seri, s. 134. 749; c. IV, s. 360.

Revue des deux--mondes: 15 Şubat, 15 Mart, 1 Ağustos. I I. Teşrin 1871; 15 Temmuz 1879, I I. Kânun 1880; 15 II. Kânun 1881; 1 Ağustos 1882; 15 Mart 1884; I II. Teşrin 1895; I II. Kânun ve 15 Mart 1896, 15 Haziran, 1 Temmuz 1897.

Hâkimlerin lâyen'azıllığı, hâkimlerden daha ziyade muhakeme edilenler için lâzım ve zaruridir.

Fakat, Bazı misallerle, hâkimlerin ihtirası tahrık ve tehyic edilmiş olursa ve adli meeleک bazen iltimas, entrika ve siyasi himayelerden tevellüt edebilirse lâyen'azıllık prensibi neye yarar.

[I] Çiçeron, Antoine'ın ağzından: "Bazı adamlar, hükümlerinde hakikatten, akıldan, hukuk kaidelerinden, kararların nüfuz ve hâkimiyetinden, kanunların ılcasından ziyade kin veya sevginin, arzu veya hiddetin, ıstırap veya sevincin, ümit veya korkunun, hırs veya dalâletin tesirine kapılmaktadırlar, diyor. De oratore, II, XLII.

Vanvenargues, de la connaissance de l'esprit humain, adlı eserin ikinci kitabında: Hükümî, ihtiraslarına üstün olan hemen hemen hiç kimse yoktur, demiştir.

Mümkünse bunları yeniden tetkik etmek, menşelerini ve mevcudiyetleri sebebini araştırmak lâzımdır [1]. Ruhun ananevi olan bu temayülleri bazan zaruridirler, bazan da, şiddetle münakaşayı mucip hakikat karineleri tesis etmeleri itibariyle, teessüfe şayandırlar.

b) Bitaraflık zekâ ve ahlâkın bir muhassalasıdır.

Bitaraflık [+] umumiyetle kullanılan, tarafsızlıktan [++], veya kaygısızlıktan tamamen başkadır.

Bitaraflık, şahsi menfaatten tecerrüt, doğruluk ve sadakatten mütevellit batını bir fiili tazammun eder [2].

Bitaraflığın sadır olduğu iradi metanet ve seciye kudreti, büyük çapta görüşlerin, fikri yükselmenin ve kariha genişliğinin muhassalasıdır.

[1] Boşınan, evvelce takarrür etmiş ve tahkik edilmeden kabul olunmuş bir fikirdir.

Voltaire hakkı olarak: "Boş inanlarımızı biz hükümsüz olarak kabul ederiz," diyor. Dictionnaire philosophique, Préjugés (boş inanlar) kelimesi.

Meselâ dinî toplulukların dâvasına bakarken bir mezhepsizin veya isyankâr serbest bir mütefekkirin taşkın ruhiyle hareket edilirse, bir mürteci muhakeme için tamamiyle aksi istikamette siyasi fikirlerden ilham alınırsa, nihayet mülkiyet dâvasında sırf ihtilâlcî sosyalist fikirlerle hüküm verilirse, hâkimlik vazifeleri nasıl ifa edilebilir; hulâsa (mesleki yeminimizin beyan ettiği veçhile) "dürüst ve namuslu bir hâkim gibi," nasıl hareket olunabilir !!!

Ne yazık ki sigorta ve şimendüfer şirketlerini, dilediği gibi haraç ve angaryaya tâbi imişler gibi telâkki eden hâkimler tanırım. Gene öyle hâkimler vardır ki malî şirketlere a priori (önceden) daima mesul nazariyle bakarlar.

Esnaf loncalarının âzaları hakkında 1907 tarihli kanun, 45 ve müt. maddelerinde, hâkimlerin siyasi tezahürlerini ve kendilerine verilen direktifle mukayyet olmalarını derpiş etmek mecburiyetinde kalmıştır.

8 Mart 1912 tarihli kanununun 53 üncü maddesi teemmüle şayandır.

Kezalik bir ceza dâvasında, ancak mesleğinde ilerlemekten başka bir şey görmek istemiyen Brioux'nun bu kırmızı elbiseli hâkimi hakkında ne denir. [3]

[2] Bir insan ancak bitaraf olduğu takdirde hakikaten yüksektir.

Bitaraflık "hükümün doğruluğu," diye tesmiye edeceğim şeyde hulâsa olunur.

Bu bakımdan hâkimin acizleri—ihtiras veya boş sanılardan ayrı olarak bir çok sebeplerden iferi gelebilir.

Bazan fevri ve şiddetli bir sebep karara hâkim olur. Tahrik etmesi dolayısıyla bu sebebin tesiri altında muarazadan kaçınılır. İzzetinefis ve inat ortaya çıkarlar.

Bu takdirde aksülamele galebe etmek ve mizacının şiddetli temayüllerine hâkim olmak lâzımdır, ve, madem ki başkalarını idare etmek ve onları muhakeme etmek iddiasında bulunuluyor, o halde kendi nefsi üzerinde müessir olmak ve sıkı bir mürakabeye tâbi bulunmak muafaktır.

Hakiki bir şekilde "tenkit," bissi, ancak temkinli hareketin ve ruhi inzibatın bir muhassalasıdır.

[+]: Impartialité. [++]: Neutralité.

D' Aguesseau'nun bahsettiği dostluğun, asri [1] ve içtimai münasebetlerin mahsulü olan bu «hissi kararlar», a temayülden sakınmak lâzımdır. Burada hâkim yaşayışındaki âdetler ve tesis ettiği münasebetlerle çevrilmiş bir haldedir.

Bu takdirde hâkim müşahhas bir adalet icra eder [2].

Binaenaleyh, kaide olarak, bir hâkimi, menfaatlerinin, çocukluk dostlarının ve ailesinin bulunduğu, kendi memleketine tâyin etmemek lâzımdır.

«Dar bir kaza dairesinde dâvası olmıyanlar bile ekseriya tanınır. Bu şahsi tanışmadan niçin istifade edilmesin? Bundan başka bazan yanılan, fakat ekseriya doğru olan umumi efkâr da buna ilâve edebilir. İstihar, müşahhas adaletin en mühim unsurlarından biridir.

Nihayet, ancak eşyaya mütedair olan ve tahkikat icrasiyle veya evrak üzerinde hüküm verilen dâvalarda bile, hâkim, bu defa umumi bir surette, dâvacılardan tanıdığı biri veya diğer lehine olarak, tesir altında kalabilir; hattâ hâkimin kendisile gerek dertleşmek, gerek tebrikleşmek suretile dâvacılardan biriyle olan şahsi işinden dolayı, bu kimsenin seciyesini öğrenmesi sebebiyle, tesir altında kalması mümkündür.

«Hiç olmazsa kendi kendisini reddetmesi lâzım gelirken, hâkim, bu tanıdığı kimseden, intikam almağa kalkışırsa, hiç şüphesiz, denebilir ki, bir haksızlık ika eder. Fakat keyfiyet daima böyle değildir, hâkim kötü bir his muhafaza etmiyebilir, fakat sadece bir seciyeyi açık bir surette görmek imkânını elde edebilmiş olduğundan bu kimsenin aynı suretle başkalarını da ızzar edebileceğini düşünerek şahsi tecrübesini yalnız iyi bir adaletin tecellisi için kullanır.

«Hâkimin kendi kendisini her halde reddetmesini mucip gibi görünen bu nokta hakkında kolaylıkla ahdanılabilirliğinden, bu ciheti iyice meydana çıkarmak için ince bir ruhi tahlilde bulunmak lâzımdır. Fakat o, vaziyeti herkesten daha iyi bildiğini iddia eder, ve daha mükemmel muhakeme edebileceğini düşünür» [3].

[1] Hususiyile kadınların testriden sakınmak lâzımdır.

Flavbert, Pensées adlı eserinde hakkı olarak şu ciheti kaydetmektedir: «Kadınlara fazla düşkün olan hâkim, adaletten uzaklaşmağa gayet yakındır.»

[2] Dâvacıların ziyaretleri hakkında M. Edmond Cléray'nin, Revue du Palais 15 Mart 1905 deki bir makalesini görünüz. Bkz. le Moniteur du 4 mai 1841, mebus Luneau'nun nutku.

[3] Raoul de la Grasserie, De la justice distributive adlı eserinde: «Bu hususta yapılması mümkün olan en vahim süilistimallerden biri denebilir ki bu malûmatın bilvasıta kullanılmasıdır, yani taraflar hakkında sahip olmadığımız şahsi malûmat yerine dost ve arkadaşlarımızın edindikleri bilgiyi ikâmet etmektir. Filhakıka, çok defa muhakeme ettiğimiz insanlar yabancılarımızdır, bu takdirde onların seciyelerine



Müşahhas adaletin hukukta güçlkle yer alması memnuniyete şayandır.

Hukukta kendiliğinden tahaddüs eden meselelerin ekserisi, eşyaya mütedair olanları, tamamiyle afakidirler.

Bununla beraber, kanun, meselâ bir hâdisede hüsnüniyetin mevcudiyetini talep, veya suiniyeti tecziye eylediği, hile veya desise ile meşgul olduğu vakit, esasen bu sahaya da şahıslara dair bazı mülâhazalar karıştırmış bulunmaktadır.

Mukavelelerin tatbikında, çok defa, henüz afaki karar üzerinde taayyün etmeden, hüsnüniyet veya suiniyet meseleleri ortaya çıkarlar [1].

Diğer meseleler: Medeni hal, boşanma veya ayrılıklar, vasiyetname ve mukavelelerin tefsirleri meseleleri, umumiyetle, şahısların kolayca nazara alınmasını icabettiren, ruhi haletlerin takdirine ihtiyaç gösterirler.

Meselâ, boşanma dâvasında yalnız ortaya dökülmüş vakıalara nazaran değil, fakat fertlerden edinilen şahsi malûmata göre de karı kocadan biri sevimli veya sevimsiz görünecektir.

Şayet deliller açık ise, hiç şüphesiz başka bir şeyle meşgul olmaya mahal yoktur; fakat deliller daima sarih değildirler, bu takdirde edinilen intiba onlara renk verir ve şu veya bu delili daha fazla aydınlatır.

Netice.— Hülâsa hâkim, makamına otururken, fikren, hakiki bir hâkim olmak için, meşgul olmalıdır.

Kanun tarafından tâyin edilmemiş sebeplerden dolayı taraflarca reddedilmemiş olan hâkim kendiliğinden istinkâfa salâhiyattar olabilir. bu istinkâfın mucip sebeplerini mutlak olarak takdir etmek, istinkâf etmek arzusunu beyan eden hâkimin mensup olduğu mahkemeye aittir [2].

---

uygun olarak nasıl hareket etmelidir? onlar önümüzden ancak bir lâhza geçmektedirler. Fakat bunun bir çaresi vardır, bu da muhakeme edilemeleri tanıyan ve kendilerine itimadımız olan kimselerden edineceğimiz malûmatla şahsi bilgimizi genişletmektir. Bizim bu kimseleri aramağa ihtiyacımız yoktur, onlar kendiliklerinden gelirler; bu suretle tavsiyeler doğar. Bu usul, her ne kadar, haklı olarak, takbih edilmekte ise de, iyi tarafları yok değildir. Tanımadığımız müttehemin, daima namuslu olarak hareket etmiş olduğunu bize bildiren kimse dürtüst ve tecrübeli bir adamsa, niçin bu iyi şahadetten müteessir olmayalım, ve başkası tarafından verilen bu malûmatı, gerek cezaları hafifletmek, gerek deliller arasında bir tefrikte bulunmak için, doğrudan doğruya elde edeceğimiz bir bilgiye benzetmiyelim? Bu fikir doğrudur, fakat tatbikatta kolayca bozulmuştur. Çoğalan ve teminat arzetmiyen tavsiyeler, namütenahi derecede artan iltimasları vücuda getirirler..

[1] Raoul de la Grasserie'den alınmıştır.

[2] C. 9 I. Kanun 1889, D. 90. 1. 65. 6 I. Kanun 1898, Civ. rej., 29 II. Kanun 1913, Bir hâkim asla reddedilmesini beklememelidir. Viedanında en ufak bir endişe hissettiği anda derhal çekilmelidir.

Ve bu istinkâf talebi kabul olunduğu takdirde, mahkemeyi tamamlamak için çağırılmasına lüzum hasıl olan hâkimin (veya avukatın) hey'ete işti-rakini haklı göstermek için, karar veya hükümde istinkâf talebinin kabul edilmiş olduğunu zikretmek kâfidir.

## İKİNCİ FASIL

### İŞLERİN GİDİŞİ. TALEPLER. İDDİALARIN SERD VE MÜDAFAASI.

a) Reis, umumi liste defterine kaydedilmiş olan işlerin bitirilmesi hu-susuna dikkat etmelidir. Kanun tarafından müstacel olarak beyan edilenler müstesna olmak üzere, reis işleri kayıt numaralarına göre listeden çıkart-malıdır [1].

Dâvayı vicahi kılmak için, avueller vasıtası ile, lâyhaları sekiz gün ev-velde aldirtmak gayet amelidir. Bu suretle celsenin ziyasına meydan veril-mez. Buna "esasların vaz'ı" denir.

Lâyhalar alındıktan sonra, muhakeme için tâyin edilen günde, hiç bir avue hüküm almağa gelmediği takdirde, hâkimler isterlerse dâvayı listeden tayyedebilirler [2]; isterlerse onu müzakereye koyarak vesaikın kaleme tev-diini emrile, taraflardan biri bu vesaikı tevdi ettiği takdirde, hüküm vere-bilirler [3].

e) Dâva istidası, dâvanın ilk ve esash vesikasıdır. Vazifesizlik hakkın-da, gayet mühim rol oynar.

[1] Hâkimler, hiç bir kanunu ihlâl etmemek şartıyla, tarafların iddia ve müda-faa vasıtalarını hazırlamak için kâfi derecede müddete malik olmuş bulduklarını düşünerek, bir dâvayı sırasından evvel listeden çıkarabilirler. Listedeki bu çıkarma-ya reis tarafından, talep üzerine ve müstaceliyete binaen, önceden verilmiş bir ka-rarla müsaade edilmiş olması zarurî değildir. C. 10 Şubat 1840, S. 40. 1. 984.

[2] Lâyhalar alındıktan sonra muhakemenin yapılması için tâyin edilen günde hiç bir avuenin gelmemesi halinde dâvanın listeden tayyedeleceğine dair 30 Mart 1808 tarihli kararnamenin 29 uncu maddesi hükmü tamamilen ihtiyardır. C. 5 Ağus-tos 1844, S. 45. 1. 236; D. 45. 1. 20.

Vesikaların tevdiini emretmek daha muvafıktır, zira listeden geri almanın ye-gâne müeyyidesi listeye yeniden koyma masraflarıdır.

[3] Hâkimler vesikaların tevdiini emrederken, hükmü tefhim edecekleri günü, butlan müeyyidesi altında, tesbit etmeğe mecbur değildirler. C. 5 Temmuz 1881, S. 82. 1. 20; D. 82, 1. 169.

c) Lâyhalar dâva istidasını tasrih ve izah ederler [1].

Adli usul ve kaidelerde lâyhaların yazılması kadar mühim bir şey yoktur. En güç olan eserlerden birisi budur [2]. Temyiz mahkemesi barosu 14 I. Kânun 1923 tarihinde vilâyet barolarına aşağıdaki mütalâaları göndermiştir:

## I

### *Hüküm ve kararların talep ve vaktalara att kısmının ve lâyhaların yazılması.*

«Bir karar aleyhine temyize müracaat noktasından, hususiyle temyiz sebeplerinin yeni olmasından istihraç edilmiş, her türlü dâva hakkı bulunmamaması sebebiyle dâvanın reddi lâzım geldiği defini önlemek, ve mucip sebeplerin noksanlıklarını esaslı bir şekilde tebarüz ettirmek için aşağıdaki hususları ehemmiyetle nazara almalıdır:

«1. Dermeyan edilmiş defi ve sebeplerden her birini, lâyhaların yalnız mucip sebepler kısmında değil, fakat, her şeyden evvel, taleplere dair netice kısmında ve ayrı maddeler halinde sarîh olarak beyan etmelidir;

[1] C. 28 II. Kânun 1891, D. 92. I. 53. 10 Mayıs 1892, D. 93. I. 486. 9 Ağustos 1895, D. 96. I. 204.

Taleplerin rolü hakkında yukarıda 60 ve 61 inci sahifelere, ve müteakip izahlara Bkz.

İhtilâf halini tesbit eden son taleplerdir. C. 28 II. Kânun 1891, D. 92. I. 53. 10 Mayıs 1892, D. 93. I. 489. Mezkûr 9 Ağustos 1891.

Âmme nisamına dair olan sebepler bahis mevzuu olmadıkça, taraflar, asıl dâvaya bakan hâkimlerin önünde hiç bir veçhile dermeyan etmedikleri iddialarını Temyiz Mahkemesi önünde serdedemezler.

C. 9 ve 16 II. Kânun 1901, D. 03. I. 501 ve 124. 5 Ağustos 1901, D. 05. I. 89. 29 Mayıs 1902, D. 03. I. 100. 13 II. Kânun 1903, 21 Mart 1904, S. 04. I. 216. 13 Şubat 1905. Civ. rej. 31 Temmuz 1913.

[2] «Bir insan fiilini bütün ahval ve şeraiti ve teferruatile birlikte nazara almak ve ona tatbiki kabil olan kanun kaidesini aramak; her hangi bir iddiayı ispat için bütün sebepleri, veya daha ziyade bu iddianın muvaffakiyetini âmîl olması lâzım gelen sebebi meydana çıkarmak, mukavemet imkânı olmayan bir şekil noksanlığını, dâva hakkı bulunmadığı sebebiyle dâvanın reddi lâzım geldiği defini dermeyan etmek, kesin bir emsal ile sılmek, üzerinde en asil sistemlerin bile parçalanacakları bu çakılları her hangi bir hasmın yoluna serpmek bayağı ve kıymetsiz görünebilir; Bunu beraber, işin içinde pişmiş olanlar, san'atın sırlarını öğrenmiş bulunanlar, içtihadın en ince noktalarını bilenler için bunlar, yeni yetişenlere anlatmağı tecrübe bile etmeyeceğim, katışıksız, vicdan azabından âti ne saf zevklere dir.,»

Sabatier, Etudes et discours, s. 256, 257.

"2. Bu lâyhaları müntazam bir şekilde tebliğ etmek, ve onları hük-  
"mün talep ve vakıalar kısmına, tamamen, veya hiç olmazsa taleplere dair  
"olan netice kısmını, tebliğ tarihini zikretmek suretile, aynen dercetmek  
"lâzımdır.

"Hukuki kısım lâyihalarda serdedilmiş olan defî ve sebeplerin mündo-  
"recatını aynen tekrar etmelidir.

"Nihayet, işaret edilegelen gayelere mâtuf tashihleri mucip olabilen  
"bütün hallerde, vasıflara karşı itirazı ihtimâmla müdafaa etmek münasıptır.

"Çok defa, istinaf edilen taraf, istinaf talebinin keenlemyekûn, ber halde  
"esastan ari olduğunun beyan edilmesini istemekle iktifa eder. Bu kabil  
"talepler, umumi olmaları itibarile, serdedilmiş olan defî ve sebeplerin bi-  
"rinci derece mahkemelerinde hakikaten ibraz ve dermeyan edilmiş olduk-  
"larını tesbite kâfi değildirler. Binaenaleyh, istinaf edilen taraf için,  
"hükümün sadece tasdikını istemek yerine birinci derece mahkemesinde ileri  
"sürülmüş olan talâpleri sarîh bir şekilde tekrar etmek gayet mühimdir.

"Yukarda zikredilen hususlar, bilhassa fer'î taleplere tatbik olunurlar;  
"bir taraf, umumi bir surette hasmın iddiasını cerhettikten sonra, fer'î  
"olarak, bu iddianın miktar, teferrüat, icra tarzı, v. s. sini de inkâr etmek  
"istediği bütün hallerde, fer'î taleplerin dermeyan ve tesbit edilmiş olmalı-  
"rı lâzım ve zaruridir.

## II

### *Ceza dâvalarında temyiz yoluna müracaat*

"Cinayet, cünha veya kabahat mevaddı hakkındaki dâvalarda, evrakın  
"Temyiz mahkemesi kalemine gelmesini müteakip derhal hüküm verilabilir.

"Binnetice, Temyiz mahkemesinde müdafaada bulunmak için bir avu-  
"katın vekâletine müracaat etmek isteyen taraflar, keyfiyeti ona, kararı  
"temyiz ediler mahkemenin kalemine temyiz talebinin beyan edildiği anda  
"bildirmeleri lâzımdır.

## III

### *İstimplâk işlerinde temyiz yoluna müracaat*

"İstimplâk işlerinde, dosya evrakının, 3 Mayıs 1841 tarihli kanunun 20  
"inci maddesi ahkâmına nazaran, temyiz talebinin tebliği tarihinden itiba-  
"baren 15 gün içinde Temyiz mahkemesi Hukuk dairesine gönderilmesi  
"lâzımdır.

"Bu hususta temyiz talebinin yapıldığı mahkemenin başkâtibi, dosyayı  
"bu talebin tebliğinden itibaren 24 saat zarfında irsal edileceği yere

“göndermekte mekellef olan Cumhuriyet Müddeiumumisine tevdi etmeğe mecburdur (29 mart 1879 tarihli sirküller tarafından ihya ve itman edilmiş olan Adliye Vekilinin 27 eylül 1845 tarihli sirküleri (D. 1846, 3, 18), ve Baş müddeiumumainin 20 II. Kânun 1887 ve 10 mayıs 1897 tarihli sirküleri).

“Bu hususta, çok defa vaki olan gecikmeleri önlemek için, alâkalı tağaflar, bu sirkülerin icrasını müteyakkız bulunmağa, ve lüzumu halinde ait oldukları merci'ye onları hatırlatmağa davet edilmişlerdir.»

Hâkimin nazara almaktan maharetle içtinap edememesi için, bir nev'i “ültime tom mahiyetinde olması icadeden taleplerin netice kısmına ihtimam etmek lâzımdır.

Talepler tarafların iddialarını aynen tekrar ederler. Hâkim ancak duruşma celsesinde dermeyan edilmiş olan talepler hakkında hüküm vermekle mükelleftir.

Dâva esnasında, taraflardan; müddei dâva istidasından veya ilk taleplerinden tevellüt eden iddiasını; dâva olunan müdafaaların, defilerini, mukabil iddialarını tadil edebilir.

Fakat, tebliğ zarfından tevellüt eden iddianın esası aynı kalmalıdır [1]. Bir iddianın yerine diğer bir iddia ikame edilemez.

Binnetice, talepler ilk iddianın izabı olmalıdırlar; veya bilkuvve orda

[1] Duruşma celsesindeki talepler, dâva istidasındaki lerini teyid etmedikleri takdirde, hâkim bu sonuçlar hakkında hüküm vermekle mükellef değildir.

Bununla beraber, bu, her şeyden evvel, maddî bir meseledir.

İşte Hukuk Dairesinin bir kararındaki düstur: “Mahkemenin hükmetmiş olduğu veçhile, bu talepler ilk dâvanın yerine hiç bir suretle yeni bir dâva ikame etmemiş; ilk dâvayı izah, ve sadece dâvanın bîdayetinden beri dermeyan edilmiş olan, sermayenî ademi tahakkukunun, içinde tahassul ettiği şhval ve şerait sebebile, yalnız bir feshi sebebi değil, şirketin butlanı sebebinde teşkil ettiği dair bulunan bir delilli tertip ve dermeyan eylemiş olduklarından; ve ileri sürülen sebep birinci derece kâkimlere arz olunan iddiaya dahil bulunmaması dolayısıyla mezkûr hâkimler bu ciheti izah ederek “sermayelerin mevhum olduğunu» müddeinin ispat etmediğini beyan etmiş bulduklarından, binnetice, takdimî gayrı kabil bulunmayan mezkûr taleplerin, yeni iddiaları muhtevi bulduklarının tahkiki isap etmediği cihetle. İstinaf mahkemesi bu taleplerin diğer kısımları hakkında olduğu gibi, bu kısmı üzerinde de esas hakkında karar vermekle mükellef bulunduğu; asıl dâvaya bakan hâkimlerin bu tarzda hareket edecek yerde 2 temmuz 1907 tarihinde dermeyan edilmiş olan taleplerin hepsinin kabule şayan olmadıklarını beyan etmiş olduklarından, temyiz edilmiş olan hüküm bu noktadan, yukarıda işaret olunan kanununun met'ini, yanlış tatbik suretile, ihlâl eylemiştir..”

mündemiç bulunmadırlar; veyahut da fiilin ayniyeti dolayisile veya bir ir-  
tibat alâkasile ona bağlanmadırlar [1].

Maamafih, hasım tarafı itrazda bulunmazsa dâvanın tadili kabildir.

30 Mart 1808 tarihli kararnamenin 70 inci maddesi, alelade işlerde,  
avueleri duruşmadan en az üç gün evvel lâyihaları tebliğe mecbur etmek-  
tedir.

Bununla beraber, bu tebliğat butlan cezasıyla müeyyet değildir [2].

Tantum judicatum, Şuantum, conclusom Secundum allegata et producta  
jindex judicare deebt [3].

Talepler bir çok nevidir. Bunlar: asli, fer'i veya çok fer'i, — alternatif,  
munzam veya mütekabil olabilirler.

Bozulan kararın gönderildiği mahkemeye müracaat eden taraflar, yal-  
nız eski taleplerini tekrar etmek hakkını değil, iddianın mevzuu tadil e-  
dilmiş olmadıkca, bozulmuş olan hükmün itasındanberi gerek yeniden ta-  
haddüs etmiş vakıalardan, gerek bu hususta verilmiş bulunan karar veya  
hükümlerden tevellüt eden yeni sebeplere istinat edebilmek hakkını muha-  
faza ederler.

Hâkimler, tarafların taleplerine ait muhtelif kısımları tanzim ederken  
takip etmiş oldukları sıra ile bağlı değildirler.

Mantıkav, fer'i denilen taleplerin, asli denilen taleplerden daha evvel  
tetkiki icabettiği takdirde, hâkimler evvelâ fer'i talepleri tetkik edebilirler;  
veya hattâ fer'i talepler dâvanın intacı için daha seri ve daha emin bir  
vasıta temin ederlerse asli talepleri tamamile ihmal edebilirler [4].

[1] 313. ve 315 sahifelere bakınız.

Bu suretle, meslâ, şirketin müşterek ve müteselsil bir borcunun tediyesi için  
bir şirket mahkemeye celbedildikten sonra ona karşı münferit ve asıl borçlu imiş  
gibi hareket edilemez. C. 5 Mart 1894, S. 98. 1. 349; — Şahsi bir vecibe için dâva  
ettikten sonra, aynı bir vecibe-iddia olunamaz. C. I Pratrial (Fransız inkilâbı za-  
manında 20 Mayıstan 18 Hazirana kadar olan 9 cu ay) Sene XII; — dâva istidasın-  
da beyan edilen vasıftan gayrı bir vasıfla dâva olunan kimse aleyhine hareket edil-  
mesi kabule şayan değildir... V. S. V. S.

[2] Lâyihaların katıyen tebliğ edilmedikleri mahkemeler ve hattâ Divanlar var-  
dır. Celsede okunarak mahkemeye verildikten sonra kaleme tevdi edilmiş bulunan bu  
lâyihaları orada avueler kararların talep ve vakıalara mütedair olan kısmını yar-  
mak için istinsah ederler. Bunlar teessüfe şayan eski usullerdir ki taraflar için teh-  
likeli olabilirler.

[3] Aubry et Rau, 4. tabı, L. 3, S. 153.

(Hâkim ancak mahkemede sert ve dermeyan edilmiş fer'i taleplere hükmeder)

[4] C. 22 Mart 1869, S. 69. 1. 261; D. 69. 1. 448. Bu bâdisede fer'i denilen  
taleplerin mevzuun ihtilâflı vasiyetname akdinin sahteliği teşkil ediyordu. Bu  
sahteliğin bir defa kabul edilmesi, akdın bizatihi kendisinin vasiyetnameye dair bir  
hükmün seciyelerini haiz olup olmadığını tetkikten vareste kılar.

Asli talepleri kabul eden hüküm, fer'i iddia hakkında izahta bulunmaktan istinkâf edebilir [1].

Fakat mahkeme, asli talepleri reddederse, fer'i talepleri tetkik etmeğe mecburdur [2].

Yeni taleplerin dermeyanı ve lâyhaların tebliği müddeiumumiliğin mütalâası alınmadan önce mümkündür.

Müddeiumumiliğin mütalâası alındıktan sonra dermeyan edilen talepler geç olmaları itibariyle kabul olunamazlar.

Bu kaide vesikaların ibrazına da tatbik olunur[3].

Fakat evvelce serdedilmiş olan talepleri tavzih eden not veya lâyhaların mahkemeye tevdi mümkündür. Hâkim bunları kabulden imatina edemez.

Tarafların, ikrar ve kabullerini muhtevi olan ve kendilerini temsil eden

1] C. 9 Temmuz 1828; 13 Ağustos 1833, S. 33. 1. 615; D. v. hüküm ,no 107 1.

[2] Tahakkuk etmemiş mühyen bir hale muzaf olarak şarta bağlı ve fer'i bir şekilde ittihaz edilmiş olan talepler, der piş edilmiş bulunan halin tahakkuk etmemesi halinde keenslemeyekün addedilmeleri lâzımdır. C. 26 Temmuz 1875, S. 77. 1. 412; D. 76. 1. 199.

Meselâ bir alımsatımın muteber olduğunu iddia eden tarafın, fer'i olarak alımsatımın yarısının muteber olduğunu iddia etmesine ihtiyacı yoktur.

Şayet hâkim, yarısı için butlanın mevcudiyetine karar verirse, bilmukabele, muteber olan diğer yarısı için alımsatımı idame etmek mecburiyetindedir. C.3 Ağustos 1819, S. chr.

[3] Muhakemenin bittiği bildirildikten sonra, ihtilâf halı katî surette tesbit edilmiş olduğundan, 30 Mart 1808 tarihli kararnâmenin 71 ve 72 ci maddeleri, hâkimler duruşmanın açılmasına emir veya müsaade vermedikçe, avvelerin tamamlayıcı veya izah edici yeni taleplerde bulunmalarına cevaz vermemektedir.

Yeni talepler ikame edilmiş dāvaya mütââllik iseler, hâkimler, hükümün tefhimine kadar, gerek tarafların muvafakatile, gerek re'sen, duruşmanın yeniden açılmasına emir veya müsaade edebilirler. Cambrai H. mahk. 5 May. 1904, Gaz. 14 Tem.

Şayet hâkime, huzurunda ittihaz edilen son taleplerle vazedilmiş meseleler hakkında müracaat edilmişse, hâkim ancak bu talepler tarafından kendisine arz edilmiş bulunan meseleler hakkında hüküm vermeğe mecburdur, bununla beraber muhakeme masrafları bakımından evvelki talepleri nazara almak hâkime aittir, şu mânada ki yanlış bir surette tesis ettiği bir iddiayı tadil ettikten sonra yerine yeni mânada ki yanlış bir surette tesis ettiği bir iddiayı tadil ettikten sonra yerine yeni talepler ikame eylemiş olan taraf ilk iddiasında dāvayı kaybetmiş gibi muhakeme masraflarına mahkûm edilebilir. Req. 29 II, kânun 1913.

avueler tarafından tebliğ edilmiş bulunan lâyihalar tahriri bir beyyine başlangıcı teşkil edebilirler [1].

Sarih ve açıkca arzedilmiş hiç bir mucip sebep irae etmiyen müphem talepler hakkında, mahkemeler hüküm vermekle mükellef değildirler.

Dâvanın fiili kısmına bakan hâkimin, mutlak bir salâhiyeti haiz olmadığı hâllerde, tarafların taleplerinin icabettirdiği hukuki tefsirde bulunmak temyiz mahkemesine aittir.

Filhakika usule taallük eden (adli muameleler; muhakeme zabıtları denilen) unsurların hepsi temyiz mahkemesinin murakabesine tâbidir[2].

[1] Bkz. Yukarda, S. 80, not 4, adde. C. 4 II. Teşrin 1901, Pandektler, 1908. 1. 167.

Gerek kendilerini temsil eden avueler tarafından, tebliğ edilmiş olan, lâyihalarda, gerek bütüm veren hâkimlerin teminatı altında bulunan bir karar da mün-demiş olan tarafların beyan veya kabulleri, aleyhine serd olunan kimseden sadır olmuş gibi telâkki edilmelidirler, binaenaleyh, bu beyanlar ayrıca, dermeyen edilmiş bulunan vakıayı hakikat gibi gösterdikleri takdirde, yazılı bir beyyine başlangıcı teşkil edebilirler. Bir kimsenin vekillinden sadır olan yazı, bu kimse aleyhinde serdolunduğunda yazılı bir beyyine başlangıcı teşkil edebilir. C. 13 Nisan 1908, Gaz. 15 Nisan.

Bir tarafın mahkeme huzurunda temsili, ancak dâvayı tahkik etmek. lâyihaları tanzim ve imza eylemek hakkını yegâne haiz olan avueye aittir. Bkz. yukarda. s. 80. not 4.

Hiç bir karar metni, mahkemelere, manif çıkan bir avuenin yerine bir avukat ikamesine müsaade etmemektedir (hâdisede, manii çıkmış olan avue tarafından serdedilmiş bir itiraz hakkında talepte bulunmak için).

Âme nizamından olan bu kaidenin, vevaki tarafların muvafakatlarıyla bile olsa, ihlâl edilmesi, bu suretle dâvada, usulsüz olarak sadır olmuş bulunan hüküm batlanını mucip olur. Civ. C. 10 Şubat 1918.

[2] Sabit nazariyat ve içtihat. Bkz. yukarda, s. 314 ve not 1.

Binnettece ve hususiyle mukabil talepler bahis mevzuu olduğunda, istinaf hâkimlerinin takdiri hilâfına olarak bu mukabil taleplerin serdedilmelerine sebep olan haysiyeti muhil isnadların, yalnız asıl dâvaya değil, aynı zamanda ona yabancı fiillere de taallük ettikleri mezkûr taleplerden istihraç edildikleri takdirde (1500 franktan fazla) mukabil iddia, dâvayı kabili istinaf kılınmış gibi telâkki edilmelidir. C. 31 Mayıs 1907, Gaz. 6 Haziran, Cpr. Civ. rej. 11 II. Teşrin 1918.

Dâva olunan, kati mahiyette taleplerle asıl iddiaya karşı mukabil bir iddia dermeyen etmesi halinde, hâkimler bu def'i resmen teyit ile iktifa etmiyerek onun hakkında sarih bir şekilde hüküm vermelidirler. Rennes, 13 Ağustos 1821, S. chr.; D. Répert., v. Talepler no 64 — 1.

İşte Hukuk Dairesinin kararlarından düsturlar:

\*Mademki iddia mevzuu... Değil, fakat... Olduğu...



Dâva olunan, umumiyetle, gerek icabı halinde, salâhiyetsizlik itirazını [1], gerek Usul kanununda derpiş edilmiş olan diğer muhtelif defileri,—hususıyla husumet itirazını,—ve türü butlan sebeplerini itirazen dermeyan etmeği ihmal etmez [2].

Fakat dâva olunan, unutkanlık veya bilgisizlik dolayısıyla, vazifesizlik meselesini ileri sürmediği takdirde, hâkim bunu res'en nazara almağa mecburdur [3].

İşte lâyhalar okunmuş ve muhakeme başlamıştır.

Hırsın tevlit ettiği tehlikelerin yanında, iddiaların serd ve müdafaası tarafından sürüklenmek tehlikesine işaret edelim.

d) İddiaların serd ve müdafaası.—Hakikaten öyle avukatlar vardır ki, onların tecrübeden geçmiş kabiliyetleri, kendilerinden daha az muktur, daha az belîğ bulunan bir meslekdaşına karşı kullanıldığı nisbette o derece büyük olan, bir kuvvettir.

Avukat iddiaları nasıl serd ve müdafaa etmelidir?

Hâkim anlamalıdır: binaenaleyh vuzuh lâzımdır.

Diğer dâvalar dolayısıyla hâkim sıkışık vaziyettedir, binnetice kısa ve veciz olmak zaruridir.

Her gün saatlerce dinlemek mecburiyetinde olan hâkim, iddiaların serd ve müdafaasının kendisini fazla sıkmasını ister, binaenaleyh bunun değişik ve ölçülü olması lâzımdır.

Avukatın izahları hükmedilecek işin doğrudan doğruya hallini istihdaf ettikleri takdirde ancak hâkim üzerinde müessir olurlar. Bu vazifenin kolaylaştırılmasına mâtuf olmıyan gayretler onun üzerinde hiç bir iz bırakmazlar. Hattâ, bu gayretler uzun sürerlerse hâkimi sinirlendirir ve sıkıcı bir huzursuzluk tevlit ederler.

---

"Fakat, maddemki, kararın bu takdiri, X... ın birinci derece mahkemesindeki talepleri hakkında vukna getirdiği değişikliği tanımıyor;

"Fakat, mademki, hükmün talep ve vakıalara ait kısmında zikredilmiş olan, X... ın istinaf talepleri bu suretle tanzim ve tahrir edilmişler...; mademki temyiz edilen karar bunların mâna ve şümullünü tanıtmamış;

"Madenki gâya mukabil olduğu ileri sürülen iddia hakkında....,"

"Mademki bu suretle hükmederken ..... teemmül edilmeksizin....."

[1] Bkz. yukarda, S. 315 ve 316.

[2], Bkz. yukarda, S. 315 ilâ 320.

[3] Bkz. yukarda, S. 288 ve 307. Filhakika âmmé nizamından olan bir husus bahis mevzuudur.

Binaenaleyh, avukat meseleyi mümkün olduğu kadar basitleştirmeye çalışmalıdır. Hâkim önceden dâvaya ait malûmat sahibi olmadığından onun mühim olan noktasını bilmez. İşte bu noktayı tebarüz ettirmek lâzımdır. Binneticce, dâvanın, mühim olan noktaya, özlü ve sağlam bir şeye irca edilmesi lâzımdır.

Evvelce fazla meşgul bir avukat iken halen hâkimliğe geçmiş bir kimse sıfatıyla, fikrime nazaran, takip edilecek plân şudur: 1. Hükmolunacak meselenin basit olarak iraesî; 2. gayet mücmel umumi mülâhazalar; 3. neticelerin istidlâliyle ana kaidelerin hatırlatılması; 4. maddi meselelerin hulâsatan izahı; 5. asıl itirazın münakaşasına girişmeden evvel tâli itirazların münakaşaya ve reddi; 6. dermeyan edilen sebeplerin, gittikçe çoğalan bir sıra dahilinde tadadı ve teferrüattan olanları ihmal ederek kararı müeddi sebeplerle ispat; 7. netice [1].

[1] M. Boivil—Champeaux, 24 II. Teşrin 1906 da, Temyiz mahkemesi avukatlarının konferansında verdiği bir nutukta bu kaideleri mükemmel bir surette hulâsa etmiştir:

"Nutkunuzun yazmanız lâzımıdır veya değil midir? Bu soru bana, hiç olmazsa baromuz dahilinde, abes görünüyor. Mahkemelerimizin önünde yapacağımız gayet girift münakaşalarımızda yalnız plânı değil, aynı zamanda delillerin iradına dair muhakeme tarzımızın başlıca fikirlerini dahi evvelden yazı ile tesbit etmenin lüzumu hakkında herkes müttefektir. Binaenaleyh ancak ikinci derecede izahlar için şüphe hâsıl olabilir ki bu hususta sabit hiç bir kaidenin konamıyacağını tahmin ederim. Bu cihet mizaçlara bağlıdır.

"Bu ölçü dahilinde, daha şimdiden, irticalen yani hazırlanmadan güzel bir tarzda söz söylemek hususunda kendinize güvenebiliyorsanız, canlı ve kuvvetli ifadeler tabii bir şekilde size geliyorlarsa, yazmayınız. Şayet, bunun aksine olarak, yazmadığınız için kekeleyerek, durmak, kelimeler aramak ve onları bulamamak zorunda kalıyorsanız, siz de yazmak mecburiyetinde olanlar sınıfındasınız. Bundan dolayı fazla endişe etmeyiniz; irticalen konuşanlarımızın en parlaklarından bir kaç tanesinin bile ithal olunabileceği bu sınıf hayli çok kalabalıktır. Yalnız, kanaatimce onlara imtisalen sizin de yazmamış gibi iddia ve müdafaada bulunmanız lâzımdır.

"Eğer okuyan veya ezbere söyliyen bir adamın tavır ve ifadesini haiz iseniz, hâkimle katiben münasebet tesis edemezsiniz. O, daima nazarlarınızın kâğıt üzerinde değil kendisinininkilerde olmasını, ve zekânızın hafızanıza değil, kendi zekâsına tevaccüh etmesini ister. Bu suretle, ilmi meselelerin münakaşasına mahsus olan üslûptan sakınmanız lâzımgeldiğini anlatmak isterim.

"Mahkeme parmaklığı önünde bir kitap okur gibi konuşmak ağır bir kusurdur. Yazılı olan cümle iddiaların serd ve müdafaasına tevafuk etmez. Duruşmada ifadenin ahengini bozar ve hayalliyet eder. Bir kelime ile burada sanat, bu uğurda yazıhanenizde sarfetmiş olduğunuz mesaiyi gizlemek, irticalen konuşmanın sıcaklığını, zindeliğini sade ve seri akışını nutkunuza işleyerek tabiatı taklit etmektir. Bedihidir ki burada ancak ilk tecrübeleriniz için konuşuyorum. Yavaş yavaş alışarak yazmak, veya hiç olmazsa tamamen yazmak, ihtiyacından kurtulacaksınız . . ."

Camus "avukatlık mesleği hakkında mektuplarında, konuşmak sanatı ne yirmi.

Bu programı tatbik eden avukatın, mahkemenin teveccühünü kazanmasından dolayı taaccüp etmemek lâzımdır.

Bu hususta en iyi yapabileceğimiz şey ancak Temyiz mahkemesi avukatları birliğinin reisi Maitre Sabatier'nin meslekdaşlarından biri tarafından yapılan portresini aynen tekrar etmektir:

«O, dosya üzerinde ciddi bir surette hazırlanmadan katiyen mahkeme-ye girmezdi, sözündeki vuzuh ve sarahat, ve, delillerin iradındaki her tür-«lü mukavemet imkânını selbeden mantikiyle temayüz ederdi».

ne de hattâ eli derste öğrenilemez. Bu kıymetli hüneri nasıl iktisap etmelidir? “Diyor, ve ilâve ediyor: “Sözüne veya yazılarına, ikna edici bu letafeti, dinleyicilerin zekâsında hiç bir şüphe bırakmayan bu vuzuhu, dikkatinin kesileceği andan daha fazla onu meşgul etmeyen bu sarahati, tamamıyla ezerek yok etmek için itirazların zafifini yakalayabilmek maharetini; nihayet teshir eden, sürükleyen ve mukavemet imkânı bırakmayan bu kuvveti vermek hünerini nasıl kazanmalıdır? Az kaide, çok örnek,. İşte hakikat buradadır.

“Örnekler ise çoktur. Asrın büyük avukatları kitabının müellifleri, eski çağlardan bahsetmemektedir, yirmi isim zikretmemişler midir? Ve hiç şüphesiz, onlara karşı yapılması mümkün olabilen yegâne tenkid, daha fazla isim zikretmemiş olmalarıdır. Hattâ baromuzda bile daima, erişmek istediğiniz sınıftan üstünlüğe malik olduk. Onları tetkik ediniz; ve oolar hâlâ mahkemelerde iddia ve müdafaada bulunuyorlarsa, kendilerini dinlemeğe gidiniz. Nütuklarını nev-ama teşrih ediniz. Pîlânlarının tahlîlinden, her şeyi bir ana fikrin izahına nasıl irca etmesini bildiklerini, her şeyin teselsül ve birbirini takip ettiği, yekdiğerine bağlandığı ve aynı bir kaideden neşet eylediği muhakeme tarzını nasıl vücuda getirdiklerini görünüz. Üstüba aynı zamanda kuvvet ve hareket veren bu sürat ve parlaklığın neye mütevakıf olduğunu kendi kendinize sorunuz. Hulâsa, Onları bilâhara kendi cümlelerinize hakketmek için usullerini kavramağa ve sırlarına nüfuz etmeğe gayret ediniz. Nasihatlar, bizzârar tamamîle şahsî olan bu incelemeden elde edeceğiniz menfaatin yanında hemen hiç bir şey hükmündedir.

“Buna mukabil, temyiz mahkemesinde iddia ve müdafaada bulunmak noktasından, diğer bir ifade ile usul bakımından, bir işi tetkik etmek tarzını, size, meslekte eski olan bir zat, faydalı bir şekilde, bir kaç zaman için gösterebilir.

“Böyle bir mevzuun ehemmiyeti üzerinde ısrar etmek ihtiyacını hissetmiyorum. Şüphesiz, hatip olarak doğmamışsanız, usul size istidat verecek, sizi büyük bir avukat yapacak değildir; Fakat o mesaimiz için lâzım ve zaruridir. Yüksek kabiliyette bile olsanız, onsuz hiç bir neticeye varamazsınız. Yapacağınız her şey, mukadder olarak; sathî ve eksik olacaktır. Oun sayesinde, hattâ az kabiliyetli bile olsanız, zararsız bir şekilde, en müthiş bir hasımla mücadeleye girişmeğe muktedir olacaksınız.

“Onun esaslı kaidelerini bize veren felsefedir. Reisimiz Sabatier'nin sizi bizzat burada dediği gibi hukuk ilmine ilk fikirlerini, nazımkaidelerini ve reddi mümkün olmayan mütearifelerini felsefe temin eder. Bir avukatın akıl ve muhakemesini idare etmesi için nazara almağa mecbur olduğu kaideleri hezalik o temin eder.

“Her dâvada fiilî ve hukukî kısım vardır.

“Farzedelim ki, konferasta münakaşanızın mevzuu münhasıran hukukî bir mü-

« Mütakiben, hâkimler dâva hakkında derhal ciddi bir bilgi verecek tarzda, vazih, kısa ve veciz bir ifade ile vakıaları izah eyerdi. Sonra, siddiaların serd ve müdafasına ait başlıca gayretini; haklı olarak, iddiasının cisbatına mâtuf olan muhakemesinin teselsül ve nizamina sarfettiği cihetle beyan eyleyeceği fikirleri birbirlerine muntazam bir surette bağlar ve her birini «sarih bir şekilde ifadeye çalışırdı. Onun tarafından müdafaa editen «bir tez güzel bir fikir birliği arzeder, ve muayyen mutalardan hareket ederek muntazam muhakemelerle, itirazı kabil olmıyan taleplere varmak «hususunda delillerin iradındaki muhakeme tarzı, bu fikir birliğine daha «fazla salâbet ve kudret verirdi.

«Münakaşası kuvvetli idi, canlı ve hareketli olarak konuşurdu. Hayal «itibarile mütevazı, fakat zarif bir şekilde doğru, gösterişsiz olduğu kadar «ihmalen de ari bulunan lisanı, fikri tekâsüf ettiren, ve onu tam yerinde

bahsedir. Fıllî kısım hakkında endişeniz azdır. Ancak hatırlatmak için o müla meşğul olursunuz. Ciddi bir davanın iddia ve müdafasında bulunacağınız gün keyfiyet tamamen başka türdür. Temyiz mahkemesi önünde fıllî kısmı nasıl mükaşa etmek lâzım geldiğini bara söylemişiz? Onun asıl dâvaya bakan hâkimler tarafından mutlak olarak tespit edilmiş bulunması esaslı bir kaide değildir?

\*Şüf hesiz, İstinaf mehkemesindeki meslekdaşlarınız gibi, müşterinizin telmih ve tecahütleriyle mücadele edecek değilsiniz; Fakat, fıllî kısım, çok defa, kararda müphem ve gayri vazih değildir? o halde, gayet dikkath olunuz. Gayretli çalışarak vücuda getirdiğiniz bir eserde, kaidelerin, müelliflerin, kararların ağırlığı altında hasmınızı ezer, cevaptan âciz bir hale getirirsiniz. Artık onun yapacağı yegâne şey teslim olmaktadır. Hattâ konuşmağa bile cesaret edecekmidir? Onun, sükûnetle yerinden kalkarak, zikrettiğiniz kaidelerle nütuk oluğunu, müelliflerin bin defa haklı bulunmuşunu, şayet verilmiş olsalardı kaidelerin lügîn dahi aynı şekilde verilmeleleri lâzım geleceği, fakat meselenin maddi unsurlarını sizin farzettiklerinizin aynı olmadığını beyan eylediğini görürsünüz. O, kararın bir köşesinde sinsi bir surette saklanmış olan bir satır, hattâ bir kelime ile, bir nefesle yıkılan bir iskanbi kâğıdından yapılmış bir şato gibi, bütün başarı gayretlerinizi devinmiş olacaktır.

«Binaenaleyh, her şeyden evvel feillî kısma ehemmiyet veriniz. Onu bütün teferruatı ile tavrıza, en ufak hususiyetlerine kadar tetkika, ve bütün inceliklerini tasrihe çalışınız. Muntaz bir hâkimin, İstida dairesinde rapor olduğu zaman, temyiz edilmiş bir kararın başından sonuna kadar eliyle istinaf ettiğini işittim. Misal, nümune ittihaz edilmeğe lâyıktır. O bize temyiz mahkemesinden, ve onun içinden gelmektedir, daha yüksek bir yerden gelmesine imkân yoktur. Hiç olmazsa kararı tahlil ediniz ve hulâsasını yazınız, aksi takdirde biraz evvel işaret ettiğim, heklentimiyen acı hadiselerle mâruz kalırsınız.

«İşte fıllî kısma hâkim oldunuz. Şimdi hukuki kısma da hâkim olmanız, icap emektedir.

\*Ancak bir metni tefsir etmek bahis mevzuu ise, sağ-duyu kâfi gelebilir. Fakat, ekseriya zorluk çok daha uzaktadır. Sağlam bir temel üzerine istinat etmek için bir çok meselelerin halini tesbit etmek, onlardan her biri hakkındaki kaideleri meydana çıkarmak ve bunlar tereddüdü mucip iseler içtihad ve müelliflerin fikirlerine müracaat etmek lâzımdır. Burada dahi ne kadar çok metodlu şüphe, tenkit ruhu sizin için zaruridir: „

•bir ifade ile hakkiyle kavratan, velhasıl, kelimelere daha derin bir mâna «veren kudrete malikti. Nutkunda mühmel bırakılmış veya fazla olan hiç bir «noktanın tebarüz ettirilmesine imkân bırakmayan bir tamamıyla mevcuttu».

İddiaların sert ve müdafaasını anlaşılma bir hale getiren mütemmim cümleler kullanmamalıdır; mümkün olduğu kadar az nakillerde bulunmalı, bilhassa okumalardan çekinmelidir. Canlı ve seri hareket tarzını ifrata varda dırmamak ve yeknesak ifadeden tevakki etmek lâzımdır. Mühim olan şeyi ağır bir surette, teenni ile söylemelidir. Nihayet, meseleye başka bir istikamet vermekten sakınmalıdır. Bu hâkimi rahatsız eder. Mevzula alakası olmayan, sırf süs kabilinden bulunan parçaları tayyetmelidir. Dâvanın çerçevesi dahilinde ölçülü bulunmak lâzımdır.

Hâkim, avukatlara itimatsızlık göstermemekle beraber — ki bu boş bir hareket olurdu — baronun şu veya bu, hususile müstakbel vekil olması bahis mevzuu bulunan [1], âzasile mümkün olduğu kadar samimi münasebetlerden çekinmeli ve bu hususta müteyakkız davranmalıdır.

[1] Büyük avukatların değerli kabiliyetinin hâkimi meftua bıraktığı veya heyecana getirdiği çok defa vakidir.

Bu kapılmalara, herkesce mâlum olan arkadaşlığın tesiri altında kalmayı ilâ ve etmemek lâzımdır "Filânca avukat hâkimin kulağıdır., Dedikodusunun yapılmasına meydan vermemek lâzımdır. Hususile hâkimler üzerinde tesir icra etmek için, dâvacılar tarafından seçilen, eskiden Adliye Vekilliği yapmış olup tekrar o mevki'ye gelecekmış gibi geçinen avukatlar hakkında kezaik ne denir. 24 Haziran 1913 te baro reisliğine seçilmiş olan Me Henri Robert, 1903 senesinde bir gün, siyasi bir avukat tarafından müdafaâ edilmiş bir sermayedara karşı, müvekkilinin hukukunu müdafaâ ederken şöyle demiştir: "X... adaletin tesirinden yakasını kurtarmak müerim ümüdile müdafaasını, meslektaş olmak itibarile gayet şerefli, fakat bilhassa siyasi bir adama tevdi etmişti.

"Binaenaleyh, siyasetin halen dahi Adliye aleminin yaralarından biri olduğunu addediyorum. Burada ne taltif edilmek endişesinde, nede terfiye susamış bulucan hâkimler huzurunda konuşuyorum.

"Fakat; ne için, zengin olan her hangi dâvacı (büyük malî işlerde, ondan bahsetmekliğim için şahsî bir menfaatin yoktur.) Menfaatlarının müdafaası için eski bir vekil, hattâ eski bir başvekil arayacaktır? Çünkü o, avukatın ehliyetinin değil, fakat siyasi adamın nüfuzunun kendisine dâvasını kazandıracakını menfur bir tarzda hesap etmektedir.

"Biz, karşılarına eski bir vekil çıkarılmasından dehşete düşen ve onlara karşı müdafaada bulunmak için gözde olan diğer siyasi bir adamı seçen, müşterileri tarafından mesleğimizin şerefi olmuş adamların, eski baro reislerinin terkedilmiş olduklarını gördük....

Celsede Hazır bulunan avukatlar bu fıkrayı hep bir ağızdan tekrar edebileceklerdi. Her şeyi ifsat eden siyaset, yazıhanelerini tahrip ediyordu.

Hievin şaheseri olan bir makalede Le Palais gazetesi, avukatlık mesleğinin istikbalini şöyle göstermiştir: asrın sonundan evvel, parlamento müntesipleri büyük işlerin müdafaalarını inhisarlarına alacaklar, diğer avukatlar adli müzaheret dâvalarını taksim edecekler ve şayet servetleri yoksa açıktan öleceklerdir.... Me Léouzon Le Duc'un makalesi.

## ÜÇÜNCÜ FASIL

DURUŞMADA HÂKİMİN MESLEKİ VAZİFELERİ. DİKKAT. SÜKÜNET.  
İTİDAL. HAYIRHAHLIK. SADELİK.

*Dikkat.* — Fransada ceza ve hukuk dâvalarında muhakemelerin şifahi olması mutlak bir kaide bulunduğundan, hâkimin gayet büyük bir ihtimamla dinlemesi lâzımdır.

İddiaların serd ve müdafaasında dikkatli olmak için gözlerini avukatın dudaklarından ayırmamak lâzımdır. İyi dinlemenin ve anlamamanın çaresi budur.

Filhakika celse (audire) x), mâna itibarile, tam yerinde olarak; tarafları dinlemek fiilini ifade eder.

Bu mânada: “hâkim celseyi açar», «taraflar celseyi takip ederler». Huk. Muhakemeleri Usulü Kanunu, Mad. 8 [1].

Mme de Stael doğru olarak: «mütefekkir adamın hakiki kuvvetlerinin dikkat [2] ve tecrit,, olduğuna işaret etmiştir.

Her türlü harici meşgaleyi atmak, ikame edilmiş dâvadan başka bir şey düşünmemeye karar vermek [3], yanındakilerle konuşmaktan çekinmek, uyumak veya uyulamaktan sakınmak lâzımdır[4].

Rahvet bastığı zaman derhal kalemi yakalılarak mütemadiyen not alınız. Mücadele etmenin çaresi budur.

[1] Fakat celse kelimesi, celsein in'ikad ettiği yer mânasına da anlaşılmakta ve dinleyiciler (samitin,) kelimesi oradan gelmektedir.

X) Audire, lâtince dinlemek mânasıdır. Fransızca audience; celse, auditoire; samitin demektir.

[2] Evvelâ, dikkat — yani ihtimam, teemmül, düşünme — sabırla muvazi yürüyen vasıflardır.

Maudsley, Physiologie de l'Esprit (Herzen'in tercemesi, s. 294) adlı eserinde: “Dikkat ruhun teşekkül ve inkişafının esaslı şartıdır; ve her hangi bir mevzu üzerinde tefekkür, ancak bu mevzu üzerinde dikkatle kendisini tesbit etmesini öğrenmesiyle müsbir neticeler verebilir., der.

Descartes'a göre: «hads ile idrak, rahu, anladığı şey üzerinde hiçbir şüphe bırakmayan, gayet açık ve sarih idraktır.»

[3] Para, menfaat, aile sıkıntıları içinde mustarip olan hâkim, fikren celsein çok haricindedir.

[4] Dikkat halinde bütün düşüncesini dâvaya teksif etmesi için hâkimin büyük bir kudret sarfetmesi lâzımdır.

Hâkimlik mevkiinde saatlerce süren uzun bir müddet asla oturmamış olanlar dikkat ve itina ile dîyalîyen kimsenin yorgunluğunu takdir edemezler.

Celse esnasında mektup yazmak, iddialar serd ve müdafaa edilirken gazete okumak Adliye — veya muhakeme edilenlerin itimadı aleyhine işlenmiş hakiki suçlardır.

Dikkatini yaymaktan sakınmak esaslı bir kaidedir. Dikkati bazı mühim fiillere temerküz ettirmek lâzımdır. Kezalik hakiki hâkim ibraz edilmiş versikalardan, dermeyen olunmuş sebeplerden not alır.

Faideli bir şekilde "dinlemek" için ruhunuza hâkim olunuz, fikirlerinizin tedaisi amelîyesini tanzim ediniz.

Bu amelîyeyi, intizam dahilinde tekrar başlamak ve temadi ettirmek için yeni olan her mülâhazada kesiniz.

Hatibe karşı ne teslimiyet, ne de mukavemet göstermemekle beraber, onun muhakeme tarzını muvakkaten kabul ediniz.

**Hayırhahlık.** — "Hayırhahlık, hayatın alelâde münasebetlerinin bilmem hangi boş ve soguk bayağılığı arasında umumiyetle hoşlanılan nezaketten daha fazla; ve teklifsizlik ve kayıtsızlığı itibarile dostluğun temin ettiği münasebetlere mahsus gibi görünen ve açık bir samimiyet ilham eden iltifattan daha az bir şeydir. Kezalik o, istihfaf edici bir soğukluktan, ve ekseriya muhataralı olan bir lâubalilikten uzak olarak, asla kendisinin değil, dai-

"Hâkimlerin uykusu her zaman hicviyecilerin muhayyelesinin işlemesine vesile olmuştur.

Racine, Plaideurs adlı eserinde şu mükâlemeyi yapıyor:

Léandre — Fakat, baba, nerede uyuyacaksınız?

Pierre Dandin, — Celsede.

Bir gün paris Mahkemesinde bâkimlerin üçte biri dinliyor, diğer üçte biri konuşuyor, sonuncu üçte biri de uyuyordu. O vakit, Baş Reis de Harlay: "Eğer konuşan baylar, uyuyan baylar gibi yapsalardı, dinliyen baylar işitebilirceklerdi .. Demişti.

Doktoruna muayeneye giden bir hâkime isnat edilen şu cümle meşhurdur: "Doktor hâkime, neyinizvar? der. — Cevap: Çok hastayım, celsede uyum kaçıyor."

Diğer bir hikâye: gayet müşkül malî bir hukuk meselesi hakkında cereyan eden muhakemenin dehşeti esnasında 11 ci Hukuk dairesinin dinleyicilerini teşkil eden ve adaletin himayesine iltica ederek sıcak salonda uyumak için gelmiş bulunan sekiz serseriden ikisi, zaman zaman avukatın müdafaaasını ihlâl edecek derecede, çok fena horluyorlardı.

Öyle ki bir aralık reis mübaşire:

Uyuyanları dışarı atınız; diye emretti.

Sonra, terbiyeli bir şekilde horlayan meslekdaşlarından birine hafifçe müstehzi bir nazarla bakarak yavaşça ilâve etti:

"Fakat yalnız dinliyecilere mahsus kısımda bulunan uyuyanları.."

Henri Rochefort'un şu tarzı de kezalik malumdur:

Mahkemeyi teşkil eden üç hâkimden biri dinler fakat işitmez; diğeri işitir fakat dinlemeyiz; nihayet üçüncüsü hem dinler hem işitir fakat anlamaz.

ına başkalarının ehliyetine karşı dikkatli bir hürmetin hakiki ifadesi olmalıdır” [1].

*Itidal.* — Reis de Lamoignon derdi ki: “onlara (dâvacılara) zaruri olan şeyleri beyan etmek hürriyetini ve lüzumsuz olanları söylemek tesellisini verelim. Dâvaları olmak dolayısıyla duçar oldukları talihsizliğe, hâkimleri tarafından fena karşılanmak bedbahtlığını da ilâve etmiyelim. Biz onların sabırlarını tecrübe için değil, onların haklarını tahkik etmek için tâyin edilmiş bulunuyoruz”.

Bu, usaç verinceye kadar avukatların dinlenmesinin lâzımgeldiği ve bedahat karşısında, hususile münakaşasında inkıtaa uğrıyan avukata hak verildiği takdirde, “anlaşıldı” diyerek sözün kesilebilmesi demek değildir.

Hiç bir şey uzun uzadıya konuşan, delillerini usandırıcaya kadar durmadan tekrar eden ve asla bitirmesini bilmiyen avukatlardan [2] daha çok acınacak vaziyette değildir. Fakat onlara karşı mümkün olduğu kadar sabırlı olmağa nefsi zorlamak lâzımdır [3].

İtidal hakiki hâkimin nasibi ve mesleki vasıflarının tekemmülüdür.

Esas itibarile, ifrat ve mübalâğalardan insanı uzak tutan, fazilet ve temkin bahis mevzuudur.

[1] Perivier: Poitiers’ye İstinaf Müddelimumisi olarak girişli nutku.

Pline bir yerde demiştir ki: Müsamaha, adaletin bir kısmını teşkil eder.

[2] Reis Lamoignon’ın hayatı, S. 36

Pothier, muasırlarının söylediklerine nazaran çok fena bir reisti: Celse esnasındaki ihtarları; tarafların sözünü kesmesi hakiki münazaalar tevhit ediyordu.

[3] Açık ve katı bir ifade ile doğru hedefe giden avukatların sözünü asla kesmemelidir. M. Falateuf de bu avukatlar meyanında idi. Bicaenaleyh, kendisini muhtasar söylemeğe davet eden bir reise derhal ve sert olarak verdiği cevabının muvaffakiyeti derhârdır: “İhtisar etmek yerine, bitiriyorum:” Ben, iyi dâva; sen, iyi hâkim; karar ver. . . .”

Kezâlik, avukata daima “vakıya geliniz, vakıya. . .” Diyen eski mahkeme reisine verilen şu cevapta hatırlanmaktadır. Sabrı tükenen avukat: “Vakıya vukua getirilmiş bir çocuktur. Onu ika etmiş olduğu söylenen kimse, vakıya inkâr ediyor; işte vakıya. . .” Diyerek ansızın ve sert bir şekilde müdafiasını bitirmiştir.

Bazı avukatların uzun uzadıya konuşmaları, Sénéque’in (in Apolocynt.) de, alâay mevzuu olmakta ve orada S. M. I. yı şu hayretli mucip kolaylıkla metheder görünmektedir:

Quo, non alius,  
Potuit citius  
Discere causas;

Unâ tantum  
Parte auditâ,  
Saeps et neutrâ.

Lâtfle olarak “uyutucu, diye anılan öyle avukatlar vardır ki, sözlerindeki yeknesaklık ve hususile “traşçı, tekrarlarile en metin kimselerin dahi nihayet gayretini kırar ve onları uyuturler. Uyuyanların bazıları mazurdurlar, ve Rochefort: “Bazı avukatların görevliğinden bitap düşmüş, hâkimlerden bahsetmekte laksız değildir.



ıncan dışarıya veya sancıya karıştırmıyalım. O, daha ziyade, ferasete ve ölçülü harekete yaklaşır.

Mümeyyiz vasıfları sükûnet ve souk kanlılıktır.

*Sükûnet.*— Hâkim dinlerken tamamen sakin olmalıdır; çehresi, intibalarının hiç birini belli etmemelidir[1]. Ona, hareketler veya vakitsiz mülâhazalarla intibalarını ifşa etmesi menedilmiştir. Reyini daima gizli tutması lâzımdır.

*İhtiyat.*— Nihayet ihtiyattan bahsedelim. Bilgi ihtiyat telkin eder [2]. Ehliyetsiz, cahil olan bir adam hemen daima kendini beğenmiştir. O, malûmatlı ve düşünceli bir kimseden daha fazla kendine itimat gösterir.

Sadelik.— Birinci derecede mühim olan bu vasfı az kaldı unutuyorduk. Kibir kadar gösterişten de sakınmak lâzımdır [3].

[1] Fikrini baş hareketlerle ve çehre oyunlarıyla ifşa etmeğe müsaade edilmiştir: *Id enim non est constantis et recti iudicis, cuius animi motum vultus detegit* L. 19, ff. de officio Praesidis.

Albi'de eski müddeiumumî olan maruf avukat, M. Léon Lyon—Caen, nahak yere satışa çıkarmadığı, „Souvenirs du jeune âge,“ adlı eserinde ikinci İmparatorluk devrinde Paris İstinaf mahkemesile Seine mahkemesinin hâkimlerinin bir çoklarının potrelerini çizmiştir. İşte reis Cazenave'nin portresi: „O, Baş reis Devienne yanında, birinci dairede çok uzun müddet hâkimlik yaptı ve büyük dâvaların ekserisinin kararlarını yazdı. Mussamahakâr ve iyi kalpli olup en büyük hâkimler zümresindeydi. Haricen görünüşü gayet sakindi ve intibalarının keşfedilmesine imkân bırakmazdı. İltimas ve tavsiye için kendisine yaklaşılması mümkün değildi, ve vicdanı her türlü şüpheden varestedir.“

[2] Bana, temyiz mahkemesi barosunun en büyük nurlarından olan bir avukat tarafından serd edilmiş mülâhazayı daima hatırlıyacağım. Kendisine sorduğum bir suale cevaben: „Şüphesiz, onu biliyorum! Fakat size cevap vermeden evvel onu tetkik etmeliğime müsaadenizi rica ederim.“ Diye mukabelede bulundu.

[3] Lyon—Caen'in zikrettiğimiz kitabında şunları okuyoruz:

„Eski Rejimde başreis olarak değiştirilmemiş bulunan Başreis Davienne'ye gelelim. O reisliğin bütün vasıflarını haizdi . . . . .Sevimli, gayet çekingen ve ihtiyatlı olmakla beraber huusu halinde büyük bir nezaket gösterir, hatîa tekebbür ve küstahlıktan pek az bir farkla, ananelerin icap ettirdiği merasim ve teşrifatı takip etmemeyi severdi. Celseyi talik etmek istediği vakit, eski mahkemenin adetini idame bahanesile, avukatın müdafaasını veya cümlesini beklemezdi. Birdenbire ve hiç bir şey söylemeden sert bir tavırla kalkarak tevekküf edilmesi için elle işaret eder ve âzaları tarafından takip edilerek ağır bir eda ile salonu terk ederdi.“

Bununla beraber, bu hareket tarzını Parisin diğer bir başreisinininkine tercih ediyoruz.

Saat biri çeyrek geçiyordu ve avukat (dâvanın katli vesikası mahiyetinde olan akdın Orléans'da yapıldığına işaretle müdafaasını serd ediyordu. Bu ismin zikredilmesi üzerine başreis: „Orléans, tren, yarım saat duracak. İstasyonda büfe vardır,“ ?? diyerek ayağa kalktı.

## DÖRDÜNCÜ FASIL

### MÜDDEİUMUMİLİK VE İŞİN MÜZAKEREYE HAHALESİ

İşte iddia ve müdafası yapılmış dâva. Hâkimin hüküm vermesi lâzımdır.

Müddeiumumilik.— Fakat, müddeiumumiliğin bir talepte bulunmak istemesi mümkündür [1]. Re'sen müdahaleyi mucip olan bütün dâvalarda müddeiumumiliğin, kanunen, söz alması lâzımdır. Diğer işlerde müdahalesi, ancak nazik veya çok mühim olan dâvalarda vaki olmalıdır [2].

İddia Makamı, dâvayı ana hatlarıyla tekrar ortaya koymalı, kısaca vakıaları izah etmeli ve onlardan hukuki fikri meydana çıkarmalıdır. O, arz edilmiş olan sistemleri münakaşa, bunlardan birini nasıl kabul ve diğerini nasıl reddettiğini ispat, nihayet dâvanın düğüm noktasını iyice gösterdikten sonra, sarik bir şekilde iddiasını beyan etmelidir.

Müzakereye havale.— Mübakeme edilmiş olan dâvanın intac olduğunu farzedelim. 30 mart 1808 tarihli kararnamenin 87 inci maddesi hükümlerine

[1] M. de Lacretelle eserlerinde (Tableaux de talents littéraires), Restorasyon (Fransa ihtilâlinde sonra, Bourbons hanedanının tekrar tahta geçmesiyle açılan devir: 1814 — 1830) devrine ait tımtırıklı bir üslûp kullanmakla beraber müddeiumumilikten mükemmel bir surette bahsetmektedir: "Evvelâ adli münakaşalara verdiği ihtisamı, ve bir kararname isdar edeceği anda adaletle ifa ettiği hizmeti gördünüz.

"İki vatandaş, bir birlerine karşı, zıd menfaatların icabettirdiği bütün feraseti, büner ve ehliyetlerin istilzam ettiği bütün kudreti sarfetmiş bulunuyorlar. Üçüncü bir hatip zühür ediyor: Onu duymak için toparlanınız ve onu, itimatlılık göstermeden ve hürretle diyleyiniz; onun adalet ve hakikatten başka gayesi yoktur; o bütün söylenen şeyleri tekrar izah ile tekdîr eder; müteakiben vicdanına sît hükmünün mucip sebeplerini beyan eyler; ve bazen, bu hususi ihtilâfın içinde bir âmme menfaati görerek onun lehine, diğerlerine üstün olan bir mütalâa serdeder; bu suretle, adalet bilcümle hususi hakların, umumî menfaata nazaran tanzim edilmesini emreden ana kaideye, fasılasız bir şekilde, sevk ve davet edilmiş bulunur.

"Hakikatı arayan, karar veren, himaye eyliyen, sevk ve idare eden adaletin kendiliğinden harekete geçmesine imkân olmayan bir kuvvet olduğunu da keza lek nazara alınız; ona, amelîyelerini harekete getiren, kolaylaştıran bir rehber lâzımdır. Adaletle verilmiş olan rehber nedir? Bu rehber, hiç bir şeye karar vermiyen ve her şeyi ihzar eden müddeiumumidir; bu itibarla iki muhtelif makam hiç durmadan yekdiğerlerine yardım ederler ve mütevezin bulunurlar; bu suretle adalet müteharrik olmadığı halde her tarafa bereket eder, nihayet o, bu suretle iyi kurulmuş adli bir nizam üzerine istinat eder; binnetice karşısında çizilmiş bir yol ve muayyen bir hedef bulur..

[2] Bugün işler o kadar çoğalmıştır ki, müddeiumumilik ancak bunların mühim olanlarında talepte bulunmalıdır. Mümkün mertebe o, mahkemeden tecerrüt etmeli ve büro manzarasını almamalıdır..

nazaran, müddeimummülîğin mütalâasının ve dâvanın müzakereye konmasından sonra dahi taraflar evevki taleplerini teyiden notlar tevdi etmek ve tavzihlerde bulunmak veya mütalâalar dermeyan edebilmek hakkını haiz iseler de, yeni lâyhalar teblig etmeleri, ve evvelce bitmiş olan muhakemeyi yeni bir saha üzerinde tekrar açmaları memnudur [1]. Artık muhakeme bitirmiştir. Reis ne yapmalıdır?

O — tarafların iradelerini tescile mütedair olan hükümler müstesna-mulat olduğu üzere müzakere odasına çekilmeli midir?

Şüphesiz, evet! bu ne âkilâne tedbilerden biridir [2].

Salonun gürültüsü içinde, bizzat celsede, müzakere etmek muvafık değildir. Hususiyle iş bir az uzun sürecek münkaşayı mucip ise, umumun muvacehesinden tecerrüt etmek tercihe şayandır. Hâkimler gayet alçak bir sesle müzakereye bulunsalar bile, dinleyiciler, iş sahipleri fikir aykırılıklarını sezebilirler. Bu takdirde, karar ehemmiyet ve nüfuzundan kaybeder.

Filhakika, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 3 üncü maddesi, hükümler «derhal tehim edileceklerdir» fıkrasını ihtiva etmektedir. Fakat kanunun bu hükmü mecburi değildir.

Mahkeme, tâyin ettiği bir hâkimin raporu üzerinde müzakereye karar verdiği takdirde, onun, raporun hazırlanmış olacağı göstermesini talep eden aynı kanunun 93 üncü maddesi, mahkemenin hey'et halinde müzakereyi emretmesi hususunda tatbik olunmaz [3].

Seine Ticaret Mahkemesi Reisi Me Porte ( muahhar bir tâyin merasimi esnasında ) “ iyi hâkim seri hüküm veren hâkimdir ” demiştir.

[1] “ Geç hüküm veren iyi hüküm verir, acele hüküm verender, kısa karar çıkar. „ Loisel, Instit. Cout.

Kezalik d'Aguesseau dan istiare ettiğim gayet doğru olan şu küllî kaideyi hatırlatmak isterim: “ Vazifelerine vakıf olan hâkim, kararı “tehir yerine tecil etmekte daha çok mahzur bulunduğunu bilir. „ Dikat. XIV. mercuriale (Çarşamba günleri Adliye heyetinin toplantısında söylenen nutuk).

Catilina da Voltaire demiştir ki:

“ Çok acele hüküm ekseriya adil değildir. „

Kezalik halkın hikmeti şu darbimeseli doğurmuştur: «Gece nasihat getirir. „

“ Bayle haklı olarak demiştir ki: „ Descartes'ın, aldanmaktan sakınmak için, eşya-yı son itina ile tetkik edinceye kadar hüküm talik etmekten başka yapılacak bir şey yoktur, küllî kaidesi dünyanın en makul kaidesidir; Hüküm vermekte isticalden „daha mebzul daha hata kaynağı yoktur. „

Lettre à son frère cadet, 3 II. Teşrin 1678, LXVI. in — 4. tabı.

Yunanlılar büyük binaların kapıları üzerine:

İtimatsızlık içinde olduğunu hatırlat diye yazarlardı.

[6] C. 24 Haziran 1818, S. chr.

Bu ifade Gazette du Palais'nin adli muharririnin küçük bir makalesini mucip olmuştur ki — ihtirazi kayıtlar altında olmakla beraber — aynen dercedilmesi lâzımgeldiğini zannediyoruz:

“Formül güzeldir, ve biz onu ziyadesile tasvip edebileceğiz.” Galerie “du Palais” nin son nüshasında ağır bir adaletin faideleri hakkında söylediğimiz şeyle bu tasvibimizin bir birine uymadığı boş yere bahane edilerek bize çatmak vesilesi aranmasın.

“Bir dâvanın uzaması hiç kimse için faideli değildir: Bilakis dâvaların çoğalması, bedava olan adaleti değil, umumiyetle ona erişmek vasıtası zannolunan şeyi lüzumundan fazla tahmil ederek gayet pahalaştıran, resmî kâğıt, kaydiye resimleri masraflarıyla sair nakdi tezahürlerin çoğalması neticesini doğurur.

“Binnetice dâvaların çoğalmaları, dâvacıların cesaretini kırmak tehlikesini arzeden işlerin yığılmasını önlemek için, çabuk muhakeme edilmeleri lâzımdır. Yeni Ticaret Mahkemesi Reisi “iyi hâkim seri hüküm veren hâkimdir” veciz formülü ile pek güzel bir surette onu anlamış ve ifade etmiştir”.

Hükümün tefhim edileceği günü evvelden tesbit etmeğe lüzum yoktur. İşin artık müzakereye konmuş olduğunu farzediyoruz.

Dosyalarla mücehhez olan reis, duruşmadaki notlarının da yardımile, onları tetkik etmelidir. Reisin kararı hazırlaması lâzımdır.

Bu suretle muhakeme etmek ve hüküm vermek ve karar yazmak sanatının tetkikine geçiyoruz.

## BEŞİNCİ KISMA EK

### *De officio iudicis*

#### *E Baconū sermonibus excerptum.*

*Mémintisse debent iudices esse muneris, sui juri dicere, non autem jus dare: Leges, inquam, interpretari, non condere. Aliter, deveniet eorum auctoritas simile quiddam auctoritati illi quam sibi vindicat Ecclesia romana [1]; quae praetextu interpretationis scripturarum, etiam addit aliquid quandoque, et immutat; et pronunciat quod non invenit; atque specie antiquitatis, introducit novitatem. Iudicem oportet esse potius eruditum quam ingeniosum venabilem quam gratiosum; magisque deliberativum quam confidentem.*

*Atque omnia integritas, iudicum quasi portio est virtusque propria. Maledictus sit (inquit lex) qui terminum terrae movet antiquum. Sané qui lapidem fines distinguentem transponit, culpā non caret. Verum iudex injustus ille est, qui praecipue terminos immutat, cum de teris et rerum proprietate iniquam fert sententiam. Una certe iniqua sententia plus nocet quam exempla plurima. Haec enim rivulos tantum inficiunt, illa autem fontes. Itā ait salomon: Fons turbatus et vena corrupta est justus cadens in causā suā coram adversario.*

*Officium iudicis relationem habere possit partim ad litigantes; partim ad advocatos; partim ad scribas et ministros justitiae subitus; partim ad principem vel statum supra.*

*Primo quantum ad Causas et Litigantes. Sunt (inquit scriptura) qui iudicium verunt in absinthium: Sunt etiam certé qui illud verunt in acetum. Injustitia enim illud reddit amarum; Mora acidum. iudex strennus hoc praecipue agit, ut vim et dolum compescat. Quorum vis magis perniciosa est quanto apertior; dolus quanto oritior et occultior. Adde etiam lites contentiosas, quae evmī debent, ut cirapula curiarum. Iudicem decet viam parare ad justam sententiam, qualem Deus parat; valles exaltando, colles deprimendo. Eodem modo, quanto ex alterutrā parte videt iudex manum elatam, velut in prosecutione impertunā, captionibus malitiosis, combinationibus, patrociniis potentum, advocatorum disparitate, et similibus; tum elu-*

[1] Hic sermonem agnoscit Anglicani auctoris. Burada Anglikan kilisesinin münemesilli tanrıyıor.

*cescit virtus iudicis in aequandis iis quae sunt inaequalia; ut iudicium suum veluti in aëre planâ sondare possit.*

*Qui fortiter emungit, elicit sanguinem: Cùmque torcular vini premitur fortius, vinum prodit acerbum, acinum sapens. Itaque caveant sibi iudices ab interpretationibus legum duris, et illationibus aliè petitis. Neque enim peior est tortura quam tortura legum. Praecipue in legibus poenaliibus curae iis esse debet ne, quae in terrorem latae sunt, vertantur in rigorem, neve in populum superinducant imbrem illum, de quo scriptura: pluet super eos laqueos. Etenim leges poenales, si severe executioni demandentur, sunt similes imbri laqueorum, cadenti super populum. Itaque huiusmodi leges, si vel dormiverint diù, vel temporibus praesentibus minus quadrent, à iudicibus prudentibus, in executione earum, reprimantur:*

*Judicis officium est, ut res. ita tempora rerum, (etc).*

*In causis capitalibus. Decet iudices (quantum lex permittit) in iudicio meminisse misericordiae: Et cum severitate exemplum, cum pietate personam tuam. Quantum ad Advocatos qui causas agunt. Patientia et gravitas, in causis audiendis, iustitiae est pars essentialis [1], Et iudex nimium inter loquens minimè est cymbalum benè-sonans. Non laudi est iudici, si primus aliquid in causâ inveniat, et arripiat, quod ad advocatis, suo tempore, melius audire potuisset: Aut acumen ostendet, in probationibus vel advocatorum perorationibus nimis cito interrumpendis, aut anticipet informationes quaestionibus, licet ad rem pertinentibus.*

*Judicis partes in audiendo sunt quatuor: 1<sup>o</sup> probationum seriem ordinare; 2<sup>o</sup> advocatorum, et festium, prolixitatem, repetitionem, aut sermones extra rem moderari; 3<sup>o</sup> eorum quae allegata sunt medullam, et quae majoris momenti sunt recapitulare, seligere et inter se componere; 4<sup>o</sup> et demum sententiam ferre. Quicquid ultra haec est, nimium est; et oritur, aut a gloriâ et loquendi aviditate; aut ab audiendi impatientiâ aut à memoriae debilitate; aut à defectu attentionis sedatae et aequabilis. Saepès numero mirum est visu quantum advocatorum audacia sicut iudices valeat; ubi contra iudices, imitationem Dei (in cujus tribunali sedent), superbos comprimere et humiles erigere, deberent sed etiamnum magis mirum est, iudices advocatis quibusdam prae caeteris immoderate et apertè favere. Quod necesse est ut*

[1] Patientia quae pars magna iustitiae est, Plin. Jun. lib. 6 epist. 2. Vide, Jurispr. des arrêts, s. XI. Vide etiam supra not. Ad. Aph. 91.

*merces advocatorum augeat et multiplicet, atque simul suspicionem corruptionis et obliqui ad iudices aditus induat.*

*Debetur advocato à iudice laus aliqua, et commendatio, cum casus bene aguntur et tractantur; praesertim si causam suam cadat. Hoc enim apud clientem existimationem advocati sui tuetur, et simul opinio ejus de causa sua prosternit.*

*Debetur etiam reipublicae reprehensio advocatorum moderata; ubi callida nimis praestant Consilia: aut supina apparet negligentia aut levis informatia, aut indicata importunitas aut impodens defensio.*

*Advocatus autem illud tribuat iudici, ne illi obstrepet, aut se rursus in causam agendam callidi insinuet, potquam iudex de re pronuntiaverit. E contrario autem, iudex se causae mediae, et nullatenus proratae non ingerat; nec clienti occasionem praebet, ut advocatos suos, vel probationes ad plenum non auditas, conqueratur.*

*Quantum ad scribas et Ministros. Sedes justitiae veluti locus sacratus est; ubi non tantum sedes ipsa, sed et subsellia, et praecinctus sedis scandalo et corruptellis vacare debent. Etenim (ut ait scriptura) non colliguntur uvae ex spinis: Neque justitia suaves suos fructus edere potest inter verpres et dameta scribarum et ministrarum rapacium et lucris inhiantium.*

*Curiarum asseclae pravi sunt quatuor. Primo, seminatores litium, qui curias tumescere faciunt, populum tabescere. Secundo, qui curias contentionibus circa jurisdictionem implicant; neque vere sunt (ut habentur), amici curiae, sed parasiti curioe; curias inflando ultra terminos; propter micas et compendia propria. Tertio, ii qui possunt conseri tanquam crutarum manus sinitira: Homines, qui curiarum processus legitimos, diverticulis, et versutis distorquent; justitiamque in lincas obliquas, et labyrinthos trahunt. Quarto, expliatores et exactores foederum, qui tritam similitudinem confirmant curiarum ad rubum; quo, dum ovis tempestatem fugiens se recipit, velleris partem amittit.—Contra, scriba antiquus, in anteactis curiarum peritus, in actis ipsis concipiendis cautus, et in negotiis curiae solers, dignus est curiae egregius; et saepe iudici ipsi viam monstrat. Quantum vero ad principem, aut Statum. Iudices, ante omnia, in memoriam fixum tenere debent versiculum ultimum duodecim Tabularum romanarum: Salus populi suprema lex; et pro certo ponere, leges, nisi sint in ordine ad eum finem, res esse captiosas, et oracula male inspirata. Itaque bene succedit, cum Rex [1] Aut Sta-*

[1] Rex, si velit, consulat iudices in negotiis difficilioribus; à iudicibus vero, de sententiis ferendis non consulatur Rex, sed tantum Lex.

tus saepius cum iudicibus deliberat, et rursus cum iudices principem et Statum saepius consulat. Ille, cum inter deliberationes politicas interviniat quaestio juris; hi, cum in subjecto legali interveniant considerationes status. Contingit enim haud raro ut res in iudicium adducta versetur circa meum et tuum, et nihilominus consequentia a ius ad rationes Status penetret. Intelligo sicut ad rationes Status pertinere, non solum; si quid ad jura regalia impedita spectet verum etiam si quid innovationem aliquam minus tutam, aut exemplum periculosum introducat; aut si manifesto portionem aliquam populi majorem gravet. Neque quisquam infirmi iudicii existimet justas leges adversus politica vera aliquid antipathiae habere. Sunt enim haec duo veluti spiritus et nervi, quorum alter in alteris moventur. Recordentur etiam iudices Salomonis thronum leonibus utrinque suffultum fuisse: Sint sanè leones. sed leones sub throno caventes, ne aliquid ex iuribus regalibus impetant aut convellant. Posteremo, ne sint iudices tam ignari juris et praerogativae suae, ut cogitent non sibi relinqui tanquam muneris sui partem principem—Palem, sanum et prudentem legum usum et applicationem. Etenim in animum revocare poterunt dictum illud Apostoli de lege humanis legibus majore: Nos scimus quia Lex bona est, modo quis eam utatur legitime.







# YEDİNCİ KISIM

Credidi, propter quod loquutus sum.  
...Haec exemplaria...nocturnâ versate ma  
nu, versate diurnâ.

# YEDİNCİ KISIM

MUHAKEME. HÜKÜM

## BİRİNCİ BAP

- Dosyanın tetkiki, Muhakeme. Usul. İstidlâl.  
Tâilî ve İstikra. İhtimallerin hesabı

### *İptidai mülahazalar*

Şimdi mantığın üçüncü ve dördüncü kısımlarına yani muhakeme etmek ve hüküm vermek San'atına temas edebiliriz.

Filhakika yalnız düşünmek ve müşahede etmek [1] san'atını değil, fakat kanuni delilin bütün vasıtalarını da tanıyorduk; ve—onları ikinci kısımda tetkik ederken—gerek faydalarını ve gerekse kuvvetlerini takair ettik [2].

Burada,—bir demeti bağlar gibi— onları bağlamaya ve onlardan netice çıkarmaya yarıyan esaslı vasıta ile meşgul olacağız.

Her şeyden evvel halledilecek meseleyi açık bir şekilde anlamak; ve bunu takiben, bu mesele hakkında akla gelen fikirleri tasnif etmek zaruridir. Bu takdirde bertaraf edilmesi lâzımgelen fikirler uzaklaştırılır; demet tekrar yapılır; fakat artık yalnız iyi başakları ihtiya eder.

Muhakeme bizi malûmdan meçhule götüren fikri faaliyettir [3].

İnsan, tahsil ve mümarese ile, fikirlerini seçilmeğe, tertip edilmeye bir kısmı diğer bir kısmı tarafından tarif ve izah edilmeye mecbur eder.

M. Sabatier mükemmel bir ifade ile demiştir ki: «Hukuk ilmi ve hususile tatbiki hukuk ilmi kadar karışık, ince, mütemevviç bir ilimde rahat etmek için yalnız sağlam bir akıl lâzım değildir; her vaziyete uyabilen bir mu-

[1] Bakınız. Yukarda, s. 12 ve müteakip. Mantığın birinci kısmını teşkil eden düşünmek ve müşahede etmek sanatı.

[2] Bak. Yukarda, s. 51 ilâ 173.

[3] Akıl öyle bir melekedir ki insan onun vasıtasile tanıyabilir ve hüküm verebilir. Bantain doğru olarak işaret etmiştir ki: «Akıl ancak zihnün nazarıdır. Zihnün malûmdan meçhule doğru kattığı nîtemadi ve mütevali yola (muhakeme etmek) denir. Pascal: «Adalet ve hakikat o kadar ince iki uçtur ki aletlerimiz çok körleşmiş oldukları için onlara tam olarak temas etmezler. Eğer temas ederlerse sıvri ucu ezerek ve doğrudan ziyade yanlışın üzerine istinat ederler.» Demiştr.

hakeme, kuvvetli bir hüküm ve maharetli bir tefekkür halitası, umumi fikirleri kavramak için çok miktarda açık fikirlilik ve hususi fikirlerin en nazik farklarına varmak için pek çok incelik, prensiplere çok sağlam bir bağlılık ve istisnalara karşı bir nevi zaaf ve bunların arkasında büyük bir mantık ve bazı mantıksızlıklar lâzımdır. Bir hukukçuya lâzım olan zihni el ile dokunulabilir bir şekilde gözümün önüne getirmeye çalıştığım zaman nadir bulunur derecede sıbhatla işliyen dakikliğe ve sonsuz derecede hassasiyete malik bir nevi alet tasavvur ediyorum ki bununla beşerî faaliyetler tahlil edilir ve ölçülür [1]. »

Delillere ve dâvanın ispatına zemin teşkil eden bütün hakikatı bulma vasıtalarını, bütün katiyet âmillerini keşfeden akıldır. Akıl onları açık bir nizam dahilinde, aralarındaki münasebet ve kuvveti kolayca ve tam bir halde farkettilerecek şekilde tertip eder; bunu müteakip talilin her kısmında fikirler arasında münasebet tesis eder ve onları bağlayan zincirin muhtelif halkaları vasıtasile birlikte arzettikleri büyük vahdeti göstererek mecmuundan doğru bir netice istihraç eder ve aranan hakikatı meydana çıkarır.

Her hukuki muhakemenin sağlamlığı için, her dâvada, ispat edilmeye muhtaç olmayan sabit bir noktanın [2] bulunması lâzımdır.

Umumi tez olarak, dört şey kat'î kabul edilebilir:

1. Havassın sahasına giren şeyler, — görgü, işitme;
2. İnsanların ekserisi tarafından üzerinde ittifak edilen şeyler,
3. Kanunlarla veya örfen taayyün etmiş bulunan şeyler,
4. Evvelce ispat edilmiş olmak veya hasım tarafça aksi iddia edilmemek suretiyle her iki tarafın mutabık kaldıkları şeyler.

Dâvalarda, yukardaki 3 üncü ve 4 üncü kategorinin haricinde, [3],

[1] Sabatier. Etudes et discours, s. 286. Stuart Mill. La Logique déductive et inductive, s. 273.

Charron, Traité de la sagesse, liv. 1. chap. 14 çok doğru olarak; «... tetkik etmek ve karıştırmak, muhayyilenin baktığı şeyleri pişirme ve hazmetmek akıldır...» diyor.

«Zihnimizin muvafakatını tayin etmek bahis mevzun olduğu zaman, bir fikir edinebilmek için, leh vealeyhteki fikirlerin kıymetini ölçmek lâzımdır... Dupin, Jurispr. des arrêts.

[2] Quintilien bize üzerinde lüzumundan fazla düşünölemiyecek olan bir kaide vermiştir: Ratio probationem praestat quâ celligitur aliud, et quae quod ut dubium. der id quod dubium non est, confirmat. Quintilien lib 5, cap. 10.

[3] Yukarda 53. üncü ve müteakip sahifelerde gördük ki hâkim kendi şahsi bilgisine müsteniden hüküm veremez. (1. inci kategori) Ancak bazı istisnai hallerde tevattürü kabul edilebilir. Ba. yukarda S. 51 not.

Hâkim için mutad sabit noktalar meselâ resmî senetler veya âdi senetler, dâva zabıtnamesi, ehli vukuf raporları, şahitlerin yazılı ifadeleri, kanunen salâhiyetli memurların tuttukları zabıt varakaları, ilh. dir.

Bunların her biri muhakeme için bir hareket noktası olabilir. Ekseriya, hakikatte, senetler münazaalı, raporlar itiraza uğramış, şahadet münakaşa edilmiş olacaktır. Fakat hâkim bu tenkitlerden hareket eder ve onları kalburadan geçirdiği zaman seçtiği ve alıkoyduğu şeyi kendisi için kazanılmış olarak hatırında tutar.

## BİRİNCİ FASIL

### DOSYANIN TETRİKİ, USUL

*İlk tetkik* — Reis için yapılacak birinci şey tarafların karşılıklı neticei taleplerini ve tebligatı ihtimamla okumaktır.

Neticei talepler, bildiğimiz gibi; hükmün esasıdır. Kararın hüküm fıkrası neticei taleplerle tam bir rabıta arz etmelidir [1]. Ne sehven unutmalar ne de telepten fazlaya hüküm.

İki tarafın neticei taleplerinin her parçasını dikkatle kaydetmek lâzımdır. Sonra reis usulün «Çalışığından» kendini kurtarmalı ve ihtilâfı, hüküm edilecek noktaları iyi bir şekilde vaz etmelidir [2].

Bu yapıldıktan sonra; muhtelif evrak ve vesikaları almalı, onları tahlil etmeli; dermeyan edilmiş olan bütün vaktaların hakikat ve sıhhatını tahkik etmelidir; nihayet, eğer icap ediyorsa, mümkün olan maksat ve tefsirleri araştırmalıdır.

Dâvanın unsurları böylece tasrih edildikten sonra, hâkim hangi kanun metninin tatbik edilebileceğini düşünmelidir. (Eğer böyle bir metin mevcut ise); o zaman bu kanunu ve onu tefsire yarayan şeyleri (nazari eserler ve içtihatlar) tetkik etmelidir.

Her dâvanın nesci vakıaların zincirlenmesi ve onların hukuk ile olan sıki münasebetlerinden ibarettir. Vakia hemen daima hukuka tefevvuk eder [3].

*Usul.* — Ana kâide, — bir kere iki dosya tetkik edilip öğrenildikten

[1] Bak. yukarda Sa. 424 ve müt. ve onun atıfları. Sententia debet esse conformis libello.

[2] Fransız hukukunda münazaalı mesele denemey budur. Roma'lılar: Causse conjectio, qua litigatores antequam ageretur causa; rem per indicem exponerant et causam in breve suam cogebant.

[3] Bak yukarda, Sa. 371 ve mütte.

sonra—usuli sırayı [1]. sıkı bir surette tetkik etmektir, yani tahlil [2]. bunu takiben terkîp [3]. ve bunlar Descartes tarafından konmuş olan kaidelerden ilham almak suretiyle yapılmalıdır [4].

Bacon, Stuart Mill ve başkalarının tevafuk, tefazül ve bakiye usullerine gelince, onları ihmal etmek icap eder, çünkü bu usuller müdafaa bulunan her iki tarafın münasebetlerinin hikâyesini ihtimamla tashih ettikleri ve ibraz ettikleri vesikaları dikkat ve itina ile ölçtükleri ve kasden vakıaların teselsülünü gizledikleri bir dâvada hüküm vermek mevzuu bahs olduğu zaman çok şüphelidirler.

Descartes'ın usuli sırası, herşeyden evvel, tasnif ve taksimi ihtiva eder.

*Tasnif* — Burada mevzuu bahis olan ilmî tasnif olamaz; Felsefi tasnif de bahis mevzuu değildir. Hiç bir tabii tasnif fikri, üstelik, kabul edilemez; olsa olsa sun'î bir tasniften bahsolunabilir.

O halde akli bir tasnif bahis mevzuudur.

Dosyadaki evrak evvelâ zaman sırası ile tasnif olunur. Usuli vesikalar hakkında da vaziyet böyledir [5].

[1] Usul, bilgiye yahut hakikatin isbatına vasil olmak için zihnin makul yürütüşüdür. Mürekkebi basite irca ederek, neticeleri sebeplere, sonuçları prensiplere bağlayarak nakıs ve müphem mefhumların yerine vazih ve tam fikirler koymak lazımdır. Bunların hepsinin tam olarak birleştiği bir usul karanlık ve müphem olan şeyi aydınlatmanın en iyi vasıtasıdır: *Tantum series juncturra que pollet.*

[2] Ekseriya müphem mütaların yerine basit ve idaraki kabil unsurlar koyan tahlil ile başlamak lazımdır.

[3] Sonra terkibe müracaat olunur. Terkipte zihin eser veya neticelere varmak için sebep veya prensiplerden hareket eder.

Terkip, mudilin basitten doğduğuna dair olan mantiki (zaruret) kavramına muvafık eder. Terkip, avukatın, raporörün eseridir. Bütün deliller, bütün evrak evvelâ birleştirilir.

Bilâkis tahlil, hâkimin eserinin başlangıcıdır. O, bunu takiben terkîp yapar.

[4] Descartes'ın *discours de la méthode* adlı eserindeki nazariyest malumdur:

"Bütün insanlar doğruyu yanlıştan ayırtmek hususunda müsavi bir melek sahibidirlir. Usul sayesinde açık ve emniyetli bilgilere vasil olunur. Descartes'ın usulü dört kaideye istinad eder: 1 — Açık bir surette doğru olarak tabınımayan bir şeyi doğru olarak kabul etmemek. 2 — Güçlükleri ne derece inkişam ettirmek mümkünse o kadar parçalara ayırmak. 3 — Derece derece basitten mürekkebe doğru giderek fikirlerini tertip dahilinde sevkemek. 4 — O kadar tam saymalar ve o kadar umumî gözden geçirmeler yapmalı ki hiç bir şeyin unutulmadığına emin olunsun.

[5] Reisler hukuk işlerinde, dosyaları daima iyi tasnif edilmiş bir halde bulmazlar. Bununla beraber, sureti umumiyede kabul etmek lazımdır ki Paris Barosunun avukatlarının dosyaları bir usul dahilinde tertip olunmuştur. Ekseriya bu dosyalar ev-

**Taksim, tali taksim.**— Taksime gelince, iyi olması için şunlar lâzımdır:

1. Taksim edilen şeyin parçaları taksim olunan şeyin tamamını teşkil etmelidir.

2. Taksimın parçaları bir birlerinden farklı olmalı ve biri diğerine tecavüz etmemelidir.

3. Taksim, mevzuun mahiyetine uygun şekilde yapılmalıdır.

4. Taksimden evvel, taksim olunacak fikri her türlü karanlıktan kurtarmağa ihtimam etmelidir.

Zaruri olan tali taksimlere Taksimın kaidelerini tatbik etmek lâzımdır; yalnız bu tali taksimleri ihtiyaç olmaksızın çoğaltmaktan çekinmelidir; zira çok küçük şeyleri anlamak çok geniş şeyleri anlamak kadar güçtür ve çok uzağa götürülen bölümler taksimın mutlak yokluğu kadar zararlıdır [2].

Bununla beraber işaret edelim ki, girift bir tahkikatın müteaddit ehli vukuf raporlarının taksiri bahis mevzu olduğu zaman, mevzuunu teşkil eden noktalar hakkında başında notlar bulunan, muvafık ve muhalif şahadetlerin tadatını yahut san'at adamlarının muhtelif fikirlerini ihtiva eden tali taksimler lâzımdır.

rakın sırasını gösteren çok vazih rakam veya harflerle ve birbirinden ayrı zarflarla hukukçuların eserlerinden iktibas edilmiş parçaları yahut zikri geçen kararları müdafaaların muhtelif kısımlarının mufassal tahlillerini ihtiva ederler.

Bu belki Pariste dâvaların uzak tarihlere müteaddit atıflarda bulunmağa müsaait olmasından ileri gelmektedir. Bu yüzden avukatlar müdafaalarını böyle esaslı surette tanzim etmek lüzumuna duyarlar.

Birinci sınıf bir iş adamı olan eski bir Avue haklı olarak çömezlerine: „İyi tasnif edilmiş, iyi tanzim olunmuş bir dosya kazanılmış bir davanın yarısıdır.“ diyordu.

Ceza dâvalarına gelince — ki onlarla burada meşgul olacak değiliz mutad olarak gayet açık bir fibrist ile çok defa iyi tasnif edilmişlerdir.

Müddeiumumi muavizlerinin yazılı iddianameleri, İdhamnameler bu dosyaları terkîp ederler. Reislerin mesaisi bu suretle kolaylaştırılmıştır.

[2] Dupin, Manuel de l'Étudiant en droit, S: 225. "Bu Sénèque'in ibtidarıdır:

Dividi illum, non concidit, utile est. Nam comprehendere quemadmodum maxime, ita minima, difficile est. Quidquid in majus crevit, facilius agroicitur, si discessit in partes: quæ ut dixi, Innumerabiles esse et parvas non oportet. Idem enim vi tibi habet nimia, quod nulla divisio. Simile confuso est; quidquid usque in pulverem sectum est." Epist. 89.



## İKİNCİ FASIL

### BİR VEYA İKİ KAZİYEDEN BİR NETİCE ÇIKARMAK SURETİLE MUHAKEME

Farzedelim ki dosyanın tetkiki ikmal edilmiş ve usulî sıraya sıkı bir surette riayet olunmuştur. Tasnif böylece tesis ve tahakkuk ettirildikten sonra muhakeme ederek neticeyi çıkarmaktan başka yapacak şey yoktur [1].

Bu hâkimin bir veya iki kaziyeden bir netice çıkarmak suretile düşün-  
neceği zamandır.

Hukuki sahada, delil [1] [2] katı bir prensibe veya ispat olunmuş bir hâdiseye dayanır. Zihnimizi icabi bir hükmü kabule, ancak bu hükmün bir prensibin hususi bir tatbikından, vakıanın bir neticesinden ibaret olduğu gösterildiği nisbette zorlayabiliriz. Deliller, ihtiva ettikleri katiyetin nevine göre, istidlâli ( Zarurî ve mutlak hakikatlere istinat ettikleri zaman ); ya-

Netice hakkında bu fasıl takip eden tâlile alt üçüncü fasla Bakınız. Sa : 458 ve müt.

[1] Delil hakkında yukarda S. : 359 ve notuna Ba. Delil, ispat ve iras etmeğe çalışan sırf muhakemeye ait bir iştir. Cicéron'un *partitions oratoires* adlı eserinde dediği de budur. "Probabile inventum ad faciendam faciem,,. delil yalnız bir hakikatı göstermeğe değil, fakat bir hatayı da ispat etmeğe yarar.

[2] Argument kelimesinin karşılığı olarak (Delil) kelimesini kullandık. Fakat he-  
men söyliyelim ki bu kelime Argument kelimesinin tam bir karşılığı değildir. Littre Kamusundaki tarifine göre bu kelimenin mânası (Bir veya iki kaziyeden bir netice çıkarmak suretiyle düşünme) dir. Bu sözlerle kast edilen şey hakkında biraz izahat vermek faydalı olacaktır. Çünkü bu kısmın devamınca gerek bu kelime gerek Ar-  
gumentation kelimesi müteaddit yerlerde sık sık geçecektir.

Düşünmek için her şeyden önce zihnimizde fikirler mevcut olmalıdır. Meselâ zarar, hukuk, mugayeret gibi fikirler zihnimizde mevcut olmadan (başkasına bir zarar vermek hukuka mugayırdır) hükmüne vasil olamayız.

1. Başkasına bir zarar vermek hukuka mugayırdır. 2. Hukuka mugayir olan bir şeyin neticelerini izale etmek lazımdır. 3. O halde zararı izale etmek veya tazminat vermek icap eder. Dedığımız zaman bu sonuncu hükme varmak için daha evvel bir ve iki ile gösterdiğimiz hükümlere varmış bulunmalıyız. Burada görülüyor ki zihnimizde başka üç çalışma oluyor: 1— Fikir (Idée). 2—Hüküm (Jugment). 3 — Muhakeme (Raisonnement). Ruhiyat ilminin böylece isimlendirdiği bu çalışmaların mastıkta ifade ve karşılıkları şunlardır: 1 — Had (Terme). 2— Kazıye (Proposition). 3 — Delil (Argument).

Buradaki delil kelimesi Argument kelimesinin ilmi mânada tam karşılığı değildir. İzah ettiğimiz veçhile Argument Littre kamusundaki tarif veçhile bir veya iki kaziyeden bir netice çıkarmak suretiyle düşünme'dirki yukarıdaki misalden bu eihet açıkça anlaşılmaktadır. (Tercüme edenin notu).

hut muhtemel [1] ( mümkün veya izafi bir hakikatın kaziyelerine istinat ettikleri zaman ) ismini alırlar.

Ret olunamaz mahiyette delillere istinat etmiyen istidlâli delil dinleyiciyi güçlkle ikna etmeğe muvaffak olan bir muhakeme tarzıdır. Fakat aksine olarak Hâkimin vicdanında mühim bir rol oynar.

Bu en eski tasniften ayrı olarak delilin muhtelif nevileri vardırki şunlardır:

a) Kabli delil ki katî bir prensipten, bir mütearifeden, bir hakikatten hareket eder.

b) Bâdi delil. Bunu tecrübe temin eder. Meselâ mahkemenin bir kararına taraflardan birinin mutavaat etmesi veya bir vekâlete icazet vermesi, batıl bir muameleyi teyit etmesi veya rızası ile vecibesini ifa etmesi [2] lib. Gibi hallerde bâdi bir delil mevzuu bahistir.

c) Mütekaddim, müterafik ve netice mahiyetinde olan deliller. Bundan maksat bir vakıya tekaddüm eden, terafuk eden veya onu takip eden ve onu tanıtmaya yardımcı olan ahval ve şeraittir. Meselâ; Bir tüccar emvalini düşük fiatla satıyor. İşlerinin bozuk gitmesi, ona karşı evvelce yapılmış olan icra takibat mütekaddim vakıalardır. İktisap edenin sıfatı, gösterdiği tehalük, muamelenin gizliliği müterafik alâmetlerdir. İktisap edenin ziyedliği iktisap etmemesi netice mahiyetinde bir alâmettir.

d) Ad hominem delil. Bir kimsenin evvelki söz veya fiillerini ileri sürerek şimdiki sözünün aksini ispat etmek. Bu şifahi münakaşada kullanılan bir delildir.

e) Ad concessionem delil. Bu esas dâvaya müessir olmıyan bir hususta hasmın dediğini kabul etmektir.

f) Nevî ve cins delili. Meselâ bütün menkul mallara ait bir vasiyetin parayı veya tohumları da ihtiva ettiği veya bir sürünün vasiyeti bir salgın hastalıktan sonra sürüden sağ kalan biricik dişi koyuna da şâmil olduğu veya bütün bir gayrimenkulün teslimini talep eden ve dâvayı kaybeden kimsenin bunu müteakıp aynı arazinin bir kısmını aynı sebebe müsteniden talep ve dâva edemeyeceği ileri sürüldüğü zaman cinsten nev'e veya külden cüz'e doğru bir vakıya istinat edilmiş olur [3].

[1] Muhtemel delil, bilhassa, şifahi hususlarda müstemeldir. Fakat kendi kendini sorguya çeken ve delilleri içinden münakaşa eden Hâkim zihni cedeliyat dahi yapar.

[2] Bak. yukarda Sa.: 203 not. 265 not.

[3] Bak. yukarda sa: 70 Not 2.

Neviden cinsde doğru muhakeme mukni olmaktan uzaktır, zira cüz hakkında doğru olan şey küil hakkında doğru olmayabilir. Böylece meselâ primus bütün menkul mallar hakkında kenli lehine bir tasarrufa malik ise bundan; her nekadar menkul nev'inde dahil ise de tam bir surette menkul eşya nevinden olmayın, mücevherlere de hakkı olduğu mânası çıkmaz.

g) Sebep ve netice delili. Bundan maksat sebebi bulmak ve bunun hasıl ettiği neticeyi görmek ir. Kusur bahsinde Temyiz mahkemesi kararları sebep ve netice münasebetini daima tatbik etmektedir[1].

h) Mümasalete müstenit delil, veya müşabehetler. Şüphesiz müşabehtin tam olması lâzımdır [2].

i) Ademi müşabehetler delili. Bir koca malik olduğu bütün parayı karısına vasiyet eder. Vasiyette alacaklar dahil değildir. Filhakika, bu alacakları tahsil için açılacak dâva «para» diye tavsif edilemez.

j) Zıd şeyler delili. Bundan maksat iki vakianın aynı zamanda mevcut olmasının imkânsızlığından çıkarılmış olan istikrâ'dır [3].

k) Bu ıstılâh cırtveline kanunun tefsirine dayanan de il'eri de ilâve edelim: Apari delil (Müşabih ballere aynı hükmü tatbiki); a contra o sensu delil (maddenin mefhumu muhâlifinden istid'âl), à fortiori delil (evleviyet tariki ile mâna çıkarmak), âmajori adminus delil (küil hakkında doğru olan cüz hakkın da da doğrudur), à generali sensu delil (metnin umumi mânasından istihraç), à ratione legis strictâ delil (Maddenin esbabı mucibesindeki gayeye göre istid'âl), prosubjectâ materiâ delil, Metrin kanuniyet kesbetmesine tekaddüm eden hazırlayıcı mesaiye göre istid'âl, ab inutiliate legis delil, ab absurdum delil, ab auctoritate delil, a rubricâ delil [4].

Fakat tekrar ediyoruz, eğer hâkimin zihninde hal edilecek meselenin vaziyeti vazih bir şekilde tesbit edilmemiş ise bir veya iki kaziyeden bir netice çıkarmak suretyle düşünmek kabil değildir.

Diğer Muhtelif kaziyelere ayrılmıyan umumi kaziyeler, kaideten, tasavvur olunmaz. Halbuki, ekseri zaman, bu kaziyelerden gayrı kabili ret olan bazıları mevcuttur. O haide hücum etmek istenilen kaziyeyi münakaşa etmek istemiyen kaziyeden ihtimamla ayırmak lâzımdır[5].

[1] Bak. yukarıda sa: 350 ve 351 ve notlar.

[2] Bak pari delili hakkında yukarıda sa: 363 ilâ 371 ve notlar.

[3] Bak. Hortensius St.—Alban et Bérriat Saint—Poix; Logique judiciaire, passim.

[4] Bak. bu deliller hakkında yukarıda Sa: 351 ilâ 377; 365 ilâ 393.

[5] Bilhassa Hukuk Fakültelerinin Doçentlik müsabakalarında yapılan budur.

(İmtihan eden bir sual sorar. Namzedin bu suale cevap vermesi ve mîlmeyyizin istinat ettiği sugra ve kübrayı ret ve cerah etmesi lâzımdır. Namzedin cevabı

Temyiz mahkemesi avukatlarından ve bu baronun şöhretlerinden biri olan M Sabatier'nin sarıh bir şekilde ifade ettiği de budur. «Temyiz edilen karar — diyordu — üç esas kaziyeye ile hulâsa olunabilir. Şöyleki... » Ve bu kaziyeleri tetkik ve münakaşa ediyordu.

İstidlâî delilere avdet edelim. Bunlar arasında, sun'î delilin aksine olarak tabii veya harici delili ilk sıraya koymak lâzımdır. Hukuki mesail.

şu şekillerde olabilir; 1 — per concessionem. eğer mümeyyizin kübra ve sugrası kabul edidiği takdirde sualın cevabı tsayyün etmiyorsa. 2 — per instantiam. Bu umumi kaziyede ifade olunan şeyin aksine delil göstermeği ve bu suretle bu umumi kaziyenin külli ve istisnasız olmadığını ileri sürmeği ifade eder. 3 — per inversionem olabilir. Yani namzet, cevabının tammânası ile kendisine karşı konan kaziyeden iştikak ettiğini ispat ederek muhatabını kendi delil ile ilzam eder. 4 — nihayet bir tefrik ve bir tahdit teklif ederek olabilir. Yapılan tefriki kısa bir şekilde izah etmek ve müteakiben onu delile tatbik etmek ve bundan ba delile yapılması arzu edilen tahdidi çıkarmak lâzımdır.

Hulâsa; Mümeyyiz, namzede ihtar ederek ona şunu söyleyebilir: Hangi kaziyeye cevap veriyorsunuz? onu kabul mü ediyorsunuz, yoksa inkâr mı ediyorsunuz? Tefrik mi ediyorsunuz? Ve ith...).

Talebe bir kere suali hallettimi Profesör eğer muvafık görürse bu suretî halle muhalif deliller serd eder ve bunı ref ve cerh eder.

Ve evvelâ; 1. Eğer talebe bütün delili kabul etmiş ise profesör bu delilin, esas tezin bilvasıta veya bilâ vasıta aksini söylemediğini göstermeğe mecbur olacaktır; 2. Eğer namzet per instantiam cevap vermiş ise profesör kendi ileri sürdüğüne sözde zıt olan nevil rin onunla hiç bir münasebeti olmadığını, yahut namzedin, profesörün deliline muhalif olarak deliller irat edeceği yerde ancak fikrini ifade ettiğini ispat etmesi icap edecektir. 3. Eğer profesörün istinat ettiği delile dayanarak namzet Profesörü ilzam etmek istemişse profesör dâvanın kaziyeden ileri sürdüğü kaziyeler neşet etmediğini gösterecektir. 4. Nihayet, eğer namzet tefrik usulüâi istimal etti ise profesör bu tefrikin esasın âri olduğunu veya istinat olunan delile katiyen uymadığını göstermeğe çabşacaktır.

Namzedin bu cevaba dahi delillerle hücum etmeğe ve yeni muhakeme tarzlarına karşı yeni bir hal suretî vermeğe hakkı vardır. Böylece iki taraftan her biri için artık makûl surette karşı koyacak hiç bir şeyi kalmayıncaya kadar bu devam eder. Artık hiç bir makûl şeyi kalmayıncaya kadar diyorum, zira her ne kadar bitaraf kalan dinleyiciler sonuna kadar sürülen ve adeta mat olanı suhuletle fark ederlerse de münakaşa etmek zevki için münakaşa edenler daima karşı koyacak bir şeye maliktirler.

Bir teze muntazam surette hücum etmek ve onu müdafaa etmek için zaruri olduğunu zannettiğim kaideler işte bunlardır. Bu kaidelere tamamen uymak suretiyle iki şeyden birinin vukubulmaması imkânsızdır: Bunlardan biri profesörün istinat ettiği delili ispat edemez vaziyete düşmesi, diğeri namzedin profesörün istinat ettiği delili istemiyerek kabul etmesi veya herkesi kendine güldürmesidir. Bu, hakikatin hangi taraf a olduğunu kestirmek hususunda artık tereddüt edilmemesi için kâfidir. Dupin, Réflexions sur l'étude du droit, S. 159 ve mât.

de bu fevkalâda mükemmel bir delildir. Çünkü ahvali adiyede resmî bir senede, ikrar edilmiş âdi bir senede veya sübut bulan vakialara veya daha iyisi bir kanun metnine istinat eder.

Bu yalnız tabii bir delil değil fakat bilhassa hakiki surette şekle uygun delildir, yani mantık kaidelerine mutlak surette muvafıktır[1].

Bu hareket noktalarının ve mukaddemlerin yardımı ile muhakeme yürütmek suretiyle filân hakikatten; filân müşahededen veya filân vesikadan bunların içlerinde sıkı veya zımnî bir surette gizlenmiş olan her şey istintaç olunur. «İstintaç olunur» dedik, bu bizi tâlil in tetkikına sevk ediyor.

### ÜÇÜNCÜ FASIL TÂLİL VE KAİDELERİ.

Hâkimin zihni şimdi «tâlil» için yani katî tahlil için hazırlanmıştır. Konuşma Lisanında, halbuki, o halde, binnetice, ilh... gibi kelimelerin o kadar sık istimali de gösterdiği gibi, tâlil zihnin ençok alışık olduğu üsullerden biridir. Bu, hulâsa olarak, mütekaddim bir istintacın genişlemesinden başka bir şey değildir. Tâlil bir esasa istinat etmek için mütearifelerin (Meselâ hukuki naslar gibi [2] ve mevzuaların [3] mevcudiyetini farz eder.

[1] Kazıye, bir tasdik veya bir nefidir. Bir hakkın mevcudiyetini kabul veya inkâr eden kazıye hukukî bir kazıyedir.

Tezyil (Le Corollaire), kâfi derecede ispat olunmuş bir kazıyenin teyidi için ilâve olunan delildir. Tevsian bu zarurî ve bedihî bir neticedir denir. Netice, muhakemenin yardımı ile bir prensipten veya bir vakiadan yapılan istintactır. Temyiz mahkemesi kararlarında şu formüllere rastlanır: «Bundan şu netice çıkar; bundan şu istintac olunur... ilh.,»

[2] Sun'î delil tesadüfi şartlardan çıkarılan delildir. Bu daha ziyade hitabette kullanılan bir delildir.

Hukukî nasdan maksat, (non bis in idem) yani aynı suç için iki defa muhakeme olunamaz. Veya (Summum jus suman in jura) yani kanunun lüzumundan fazla sıkı surette tatbiki haksızlıklar doğurur, gibi kısa ve katî hukuk kaideleridir. (Tercüme edenin notu).

[3] Mütearifeler, kemiyetler arasındaki zarurî münasebetleri ifade eden bedihî, zarurî ve küllî kazıyelerdir. (Kül cüz'den büyüktür) (iki şey üçüncü bir şeye müsavî olunca o iki şey yekdiğerine de müsavî olur) gibi kazıyeler mütearifedir. Mevzualar, delilsizce kabulüne muvafakat edilen fakat mütearifeler gibi zarurî ve bedihî olmayan kazıyelerdir. Mütearife ile mevzuanın farkı birinin kabli diğerinin badi olmasıdır. Mütearifeler kablidirler çünkü, tecrübelerini yapmadan sıhhatleri zihnen kabul ve idrak olunabilir. Mevzuaların sıhhatlerine ancak bir takım tercübelerden sonra muvafakat edildiği için badi'dirler. (Tercüme edenin notu: — Mantık, Yücel).

Her ne kadar tâlil, istikra ile müteaddit müşâbehetlere malik ise de bunlar bir biri ile karıştırılamazlar [1]. İstintac etmek, netice çıkarmak ve istidlâl etmektir [2]. Meçhul vakıalar malûm vakıaların zımında mevcut oldukları zaman onlar talil vasıtasıyla ayrılırlar. Bu takdirde değişmez kabul edilen bir kaziyeden neticeler [3] çıkarılır.

Kanun vazının koyduğu prensipler kati hareket noktalarıdır; her hâdiseye hâkim tarafından tatbik edilmeleri lâzım gelir; ve hâkim onları hâdiseye tatbik ederek tâlilî mantık faaliyeti yapar. Fakat bununla beraber bu mantıkî tâlil mutlak bir katiyet ifade etmez, zira kanunlar ilmîne müsbet vakıalar kumanda eder.

Kıyas asıl tâlilin en kısa şeklidir. İstidlâlde kıyasın istimâli — yazılı olsun, zihni olsun — zaruridir. Kıyas üç kaziyeden müteşekkildir ki bunların üçüncüsü ikincinin yardımı ile birincisinden istihrac edilir [4]. Bu suretle kıyas iki mukaddem ve bir neticeyi ihtiva eder. Bu iki mukaddemin üç haddi vardır. İki mukaddem karışıklıklı olarak ihtiva ettikleri münte-haya göre kübra veya sugra ismini alırlar. Sugra, neticenin failidir. Kübra, bunun mahmulüdür (attribut).

Kıyasta eğer kübra yanlış ise netice de yanlış olur. Tatbiki muhakeme ve müşahede ile insan tâlilin istidlâlî yanlış yola sevk eden safsatalarını yahut fasit kıyasları farketmeğe muvaffak olur [5].

[1] Ba. Daha aşağıda istikraya tahsis edilmiş olan beşinci fasıl

[2] İstintac etmek, sebepleri tafsilâtı ile göstermek manasına da gelir. Hâkim, keşdisine ilham veren sebepleri ifşa etmez. Onları müzakerede istihrac ettikten sonra yazılı kararında ifade eder.

[3] Netice, muhakemenin yardımı ile bir Prensipten (veya bir vakıadan) yapılan istintacdır. Bu, hâkikatta mantki bağıdır. Bundan maksat diğer bir kaziyeye o kadar bağı bir kaziyedirki birincisi kabul edildiği zaman zaruri olarak diğerini kabul etmek lâzımdır.

[4] Eksariyâ kıyası teşkileden üç kısım yerine bir kısım fazla yani mutavassıt bir kaziyeye mevcuttur. (ki böylece doğru kaziyenin içinde münderiçtir). Bu takdirde kıyas değil kıyası müselsel mevzuu bahistir. Kıyası matvi (L'enihymem) mukaddemlerden birinin yani tevli' edici kaziyelerden birini ortadan kaldırmak suretiyle vücut bulur. Misal: Gayrın zararına olarak mal iktisap etmeği men eden bir prensip vardır, bu prensip şu tarzda ifade edilirse budanmış olur. İş sahibi, vekilinin zararına olarak mal iktisap etti; o halde ona bir tazminat vermekle mükelleftir."

Kıyası matviyi sık sık kullanmamak lâzımdır.

[5] Başlıca dört tâlil safsatası mevcuttur:

1. Meselenin tağyiri,
2. Musadere alel' maflup (müddeayı dehil ittihaz etmek hatası);
3. Dairei fasîde;
4. Hadlerin meçkûkiyeti, iki mânaya gelebilmeesi.

Safsata yanlış ve aldatıcı bir muhakemedir' ki onun yardımı ile insan hasmını aldatmağı tecrübe eder. Batıl kıyas da yanlış bir muhakemedir; fakat hüsnüniyetle yapılır.

N havet, tatil, iltibas [1] içinde ihata olunduğu zaman, hakikati ve kuvveti tezahür etmez.

Bu safsatalardan her birini tetkik edelim;

1. Meselenin mevzuun tağıyiri. — Bunda muhakeme ya lüzumundan fazla şeyler ispat eder yahut lâzım olan şeyleri ispat etmez; yahut istenilen şeyin yanı başında başka bir şey ispat eder.

İzah etmek ve müdafaa etmek ile mükellef olduğu meselenin esnasında gayet bariz bir bilgisizliği olan bir avukatı yakalamaktan daha hazin bir şey yoktur. Muhakeme yürütmek, müzakere odasında müzakere etmek için mevzuu iyi bilmek lâzımdır. Demek oluyor ki hâkim, hüküm edilecek olan dâvaya iyice nüfuz etmelidir. Zaten, ancak bu suretle vazifesini yapar.

2. Müsadere alel'matlub. — Bunun şekilleri şunlardır; a) asıl ispat edilmesi matlub olan şey ispat edilmiş gibi kabul edilir. b) Cüz'i surette ispat edilmesi icap eden şey küllî bir surette ispat olunmuş gibi kabul olunur.

c) Cüz'i surette ispat edilmesi icap eden şey cüz'i surette ispat edilmiş gibi kabul olunur.

d) küllî kaziyeyi teşkil eden bütün cüzî hakikatlar ispat edilmiş gibi kabul olunur.

e) Kendi neticesine zaruri olarak bağlı olan bir şey talep veya kabul olunur.

Müsadere alel'matlub münakaşalı olan şeyi doğru olarak kabul eder.

Müsadere alel'matlub hakkında Ba. Pothier, Communauté, n. 352.

3. Dairei fasile. — Bu müsadere alel'matlubun bir derece ilerisidir. Dairei fasile, ispat edilmesi lâzım gelen şeyi sabit farzetmekle kalmaz fakat ispat edilmek istenen şeyin evvelce prensip olarak kabul edilmişliği ve şimdi prensip olarak kullanılan şeyi ispat için kullanıldığını unutarak iki kaziyeden birini diğer vasıtasıyla ispat eder.

O halde dairei fasile çifte bir müsadere alel'matlub. Bu, dermeyeran edilen bir vakıanın delili olarak kendi yardımı ile ispat edilmiş olan kaziyeye tarafından bizzat ispat edilen bir kaziyeyi delil olarak göstermekten ibarettir. Bu da çıkmaz bir dairenin içinde dönmektir.

Kitabı Mükaddes'in kudsiyetini Kilisenin otoritesi ile ve kilisenin otoritesini Kitabı mükaddes'in kudsiyeti ile ispat etmek gibi.

4. Hadlerin meşkükiyeti (grammatica fallacia). — Mantıklar safsatasının esaslı sebeplerinden birinin hadlerin meşkükiyeti olduğunu kabulde mütefiktiler. Meşkükiyeti alel'umnu müteadilat tefsirlere yol açmağa müsaid bir mânâya maliktir.

[1] İltibas tpham veya meşkükiyet ile karıştırılmamalıdır. İltibaslı sözün iki mânâsı vardır. Biri tabii, diğeri yalnız söyliyenin zihninde mevcut olan kasden değiştirilmiş mânâ. Ba. Yukarıda sa. 384 ve 335.

## Birinci Bent

### *Kanunun tatbiki ve bunun tazammun ettiği taliller*

Kanun ve kanundan çıkarılacak taliller.—Müteakip bentte vesikalar veya şahadet veyahut vakıalar üzerine istinat eden muhakeme tarzını tetkik edeceğiz.

Vesikaların veya vakıaların tahkikından sonra tatbik olunması icap eden kanunu araştırmak ve tatbik etmek hâkimin vazifesidir.

Kanunun ispat edilmeyip serdolunduğunu evvelce söylemiştik [1].

Farz edelim ki kanun tefsire muhtaç olmasın, sarih ve açık olsun.

Mademki hâkimin kanunu tatbik etmesi isteniyor, binnetice hâkimin serbestçe muhakeme edilmiş bir izahtan ziyade hukukî bir ispata girişmesi lâzımdır.

Hâkim, kanunu ihfâl etmekten, yanlış tatbik etmekten, kanunî mesned mevcut olmadığı halde ahkâm çıkarmaktan içtinap etmelidir. Hâkimin rolü buradadır.

Müsbet hukukta, kıyasın kübrası, mevcudiyeti ve mecburi kaide oluşu kati olan bir kanuna istinad ettiği için umumiyetle gayri kabili münakaşadır.

Bununla beraber bazan kanunu tefsir etmeğe mahal vardır, ve biz bu tefsiri yukarda tetkik ettik [2].

Böylece:

Kimseye ait olmıyan şey ilk işgal edenin olur.

İbadete tahsis edilmiş olan şeyler kimseye ait değildir.

O halde bu nevi şeyler ilk işgal edenin olur.

Bunun gibi:

Bütün Yunanistan Atinsya itaat eder.

Atinalılar Temistokl'e itaat ederler.

Temistokl karısına itaat eder.

Karısı torununa itaat eder.

O halde bütün Yunanistan Temistokl'ün torununa itaat eder.

Nihayet denilebilir ki her ne kadar zararlı fiilleri cezalandırmak lâzımsa da insanlar hürdürler; ve her ne kadar tek gözlüler ve körler mevcutsa da insanlar açık görüşlüdürler. Bazı iltibasların bazan çok mahir olan tuzağına düşmemek için iki taraftan teşkil olunan kaziyelere çok dikkat etmek ve neticenin hakikaten prensipten çıkıp çıkmadığını görmek lâzımdır. Bu yapılmazsa şaşırarak tehlikesine mâruz kalınır.

[1] Ba. Yukarıda sa: 53.

[2] Ba. Yukarıda sa: 284, 354 ve müt., 363 ve müt.



Demek oluyor ki mahkeme içtihadlarına uygun olan usul tâlîî usul-  
dür [1].

## İkinci Bent

### *Talîî kanundan neşet edenlerden başka hukuki tatbikatı*

Mukaveleler (Senetler). — Resmî senetler ve imzası kabul edilen âdi senetler için umümiyetle bunları münakaşa etmeğe mahal yoktur. Bizzat kendileri ispat vasıtasıdır.

Bununla beraber onları tefsir etmeğe lüzum olabilir, ve biz, daha yukarıda bu tefsirle iştiğal ettik. Bunun gibi hâkime niyetleri araştırmak da düşer [2].

Ehli vukuf tetkikatı. — Ehli vukuf tetkikatına gelince, biliyoruz ki Hâkimi takyid etmezler; ve o, bizzat hakkın ehli hibresidir [3].

Ehlihibre tetkikatı neticesinde ifşa edilen vakıalar değişmez farz olunarak Hâkim onların üzerinde talîî yolile muhakeme yürütecektir.

Mahallen keşif icrasını da izah ettik [4]. Bu muamelede yapılan tesbitler hareket noktası hizmetini göreceklerdir.

Şahit. tahkikat. — Bir çok dâvalarda şahide müracaat olunur. Fakat şifahi beyyinenin kabulü için vakıaların dâvaya uygun, şayanı kabul ve ka-

[1] P. Janet, *Traité de philosophie*, 6. tabı, sa: 494; (Mahkeme içtihatları, istinad edecekleri prensipleri araştırmaya mecbur değildir. Bu prensipleri mevzuattan hazır olarak almaktadır; Bunlar yazılı kanunlardır. Mihanikte hendese dâvalarının doğru olduğu farz edildiği gibi bunlar da doğru olduğu farz edilen dâvalara benzerler. Bundan başka mahkeme içtihatlarında, hendese olduğu gibi, mütearifeler ve tarifeler vardır; Ve ekseriya tarifi bizzat kanun verir.

Demek ki hukuk ilminin kanunun tatbikatını istintaç etmek veya muhtelif kanunları uzlaştırmaktan başka mevzu yoktur, ki bu da talîîî işidir. Leibnitz: (Hukukçuların müteadit iyi ispatları olduğunu... ve ispata çok yaklaşan bir tarzda muhakeme yürüttüklerini) bize söyler. Ba. *Essais*, IV, II (Malûm olan esaslı kaziyelere müsteniden fikir yürütmeğe ispat veya bürhan (Démonstration) derler. — Terâdime edenin notu—.

Mütearifeler veya hukuki naslar hakkında yukarıda sa: 177 ve müt.

[2] Bak. yukarıda sa: 396

[3] Bak. yukarıda sa: 144 ve müt.

[4] Bak. yukarıda sa: 142, 143. Hukuk usulü muhakemeleri Kanun 252 inci maddesi.

naatbağ olmaları lâzımdır [1]. Dermeyan edildikleri dâvada sadır olacak hüküm üzerinde her hangi bir şekilde müessir olacak mahiyette bulunmayan vakıalar filhakika hiç bir ehemmiyeti haiz değildirlir [2].

Esas dâvaya bakacak olan hâkimler şahadetin dâvaya uygun, şayanı kabul, ilh. gibi vasıfları hakkında serbest takdir hakkına maliktirlir ve delil ikame etmek talebini kabul veya ret hususunda da keza serbest takdir hakları vardır [3].

Bunun gibi, tahkikat icra edildiği zaman şahitlere karşı teveçih olunan ta'ınları ve şahitlerin ifadelerini takdir etmek hususunda hâkim tamamen serbesttir [4].

Şahadetin ve mübrez vesaikin takdiri munhasıran esas dâvaya bakan Hâkimlerin salâhiyeti dahilindedir. Bunlar kendilerine dermeyan edilen vakıaların delili hakkında celse münakaşalarına göre edindikleri kanaati uyandıran unsurlara dair hesap vermezler; ve vicdanlarında delilin bazı unsurlarını diğer bazı unsurlarına tefevvuk ettiren sebepleri istintac etmeğe mecbur değildirlir,—tabii bu vakıaların müdafinin ifadelerinde kanuni bir mahiyet arz edip etmedikerini yahut Temyiz mahkemesinin kontrolünü icra ettiği bu vakıaların kanuni neticeler tevhit edip etmediği hususlarında kendi düşüneceleğini izah etmek şartile [5].

Bununla beraber Hâkime rehberlik edecek mülâhazalar da mevcuttur.

[1] Neticeye isal eden kuvvetli ve katî şekilde ispat eden bir vakia kanaat bahşir. Bir vakia, ihtilâf ile doğrudan doğruya alâkadar ve sabit olduğu takdirde dâvanın neticesi üzerinde bir tesir icra edecek mahiyette ise, dâvaya uygun ve şayanı kabuldür.

[2] Bak: yukarıda sa: 55

[3] Temyiz kararı 28/Nisan/1878, D. 74. 1. 174, 8/Temmüz/1874, D. 74. 1. 335, 26/Mart/1877, D. 78. 1. 475, 3/Mayıs/1886, D. 87. 1. 16, 16/Mart/1887, D. 87. 1. 211, 27/Mayıs/1901, S. 01. 1. 228.

Bir tazminat talebini reddini haklı göstermek için bir tahkikatın neticelerini takdir ederek tazminat talep edenin kocasının ölümünü intac eden kazanın hangi şartlar altında vukua geldiğini ispat etmediğini beyan eden Hâkimlerin vakia hakkındaki mütalâası Temyiz mahkemesinin kontrolünden hariç kair. Temyiz kararı: 14/Haziran/1904 Gaz. 29/Eylül.

[4] Temyiz hukuk D. 4/T. Sani/1913.

[5] Ara kararı Hâkimi bağlamaz. Hâkim dâvanın vesaikinde ve eyleviyetle bizzat tahkikat evrakında hakkında şareti mahsusada delil ikame edilen vakıalardan başka kanaatini nyandıracak unsurları araştırmakta serbesttir. Bu noktada mahkeme içtihatları ve nazariyat daima böyledir. Ba. Paris (5.Sch), 11/Mart/1904, Ga. 16/Haziran.

Hukuki denen delilin mevzuu taalluk ettiği vakıaların doğruluğu hakkında Hâkimi Hâkim sıfatile ikna etmektir. Gerek tecrübenin mâtalarına veya mantğın kaidelerine göre, gerekse kanunun hükümlerine göre Hâkim için bu vakıaları katî olarak kabul etmek hususunda kâfi miktarda kanaat unsurları mevcut olduğu andan itibaren gaye tahakkuk etmiştir [1].

Bununla beraber bu delil asla mutlak katiyete sevk etmez.

Sebebi şudur: Bu delil daima mânevi bir delildir, eğer tamamsa adif bakımdan katî telâkki olunur. Fakat çok tehlikeler arz eder [2].

Reid, şahadetin otoritesini insanın, ihtiras veya menfaat yüzünden yalan söylemeğe sevk edilmediği zaman, hakikatı söylemeğe olan meyline istinat ettirir.

Fakat İskoçya'nın muharrir unutu yor ki mevcut olmaması mümkün olan yalanın yanında ekseriya şahidin hatası vaki olabilir ve ekseriya vakidir.

Şahadetin sıhhati bakımından, esas itibariyle, pek çok miktarda şahidin öğrenebildikleri ve her biri muhtelif surette ilgilenmedikleri bir vakıaya şahadet ettikleri zaman aynı hata üzerinde veya aynı yalanda birleşemediklerini kabul etmek lâzımdır [3].

Bu kayıt altında (böyle beraberlikle) tam delil mevcuttur denilir.

Bununla beraber, eğer yalnız bir şahidin şahadeti hâkimin zihninde kanaat tevlit ederse kararına esas teşkil edebilir [4].

Filhakika bu, şahit ifadelerinin rakam ile sayılmayıp tartılmasından ileri gelir [5]. Şahit, bizzat kendi zatında tetkik edilmelidir [6].

[1] Larombière sur l'art. 1315, n 2. Aubry et Rau, t. VIII, § 749, p. 152.

Fuzier — Hermann, v. Prueve, n. 4.

Ba. Bentham: Preuves judiciaires. Liv. I, chap. VIII: Des fondemes de la persuasion négative ou des raisons de ne pas croire. Chap. XVI: Modes d'exprimer différents degrés de persuasion. Liv. II, chap. II: Des sûretés ou garanties qui rendent le témoignage digne de foi.

Şahadet hakkında Ba. yukarda sa: 156, not: 1, Zikredilmiş olan muhtelif muharrirler.

[2] Hoc ego philosophi non arbitror testibus uti; qui aut casu veri, aut malitia falsi fierique esse possunt. Cicéron, de divinatio, hv. 2, § 27.

[3] Ba. Janet, loc. cit., sa: 502. aynı vakıa üzerinde şahitlerin çokiğu büyük bir teminatır.

[4] Temyiz kararı. 22 T. sani/1315. S. chr.

Tek şahit hakkında Ba. Bentham, Livre VI, chap. XIV.

[5] Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimonium fidem, et testimonia quibus lux veritas adsistit, L. 21. § 3, in fine, D. de testib.

[6] Plurimum quaque in excutiendâ veritate etiam vox ipsa, et cognitionis su-

Şahit naklettiği şeyi gördümü? Onu anlayacak haldemi idi? Az çok moza gitmek için aldanması, yahut bizi kasten aldatması için hiç bir sebep yok mu?

Şahadet, mutavassıtların adedi arttıkça kıymetinden kaybeder. Şahadet ağızdan ağıza intikal ettikçe hatanın bu mütevali şişkinleşmesi La Fontaine tarafından les Femmes et le secret (Kadınlar ve sır) adlı masalda hareket haline konmuştur. Menbaadan uzaklaştıkça delil kuvvetinden kaybeder.

İşitmeğe müstenit şahadet aslı değildir. Bentham rüyete müstenit şahit ile mahkemede şahadette bulunan şahıs arasında beş mutavassıtın bulunduğu Calas usulünü zikrediyor [1].

---

bitilla diligentiâ adfert, nam et ex sermone, et ex eo, quâ quis constantiâ, quâ trepidatione quid diceret, vel cujus existimationis quisque in civitate suâ est, quædam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt. L. 10, § 5, D. fit. 18, liv. 48.

In testimoniis autem dignitas, fides, mores, gravitas, examinanda est; et ideo testes qui adversus fidem suam testationis vacillant audiendi nun sunt. L. 24, tit. 5, liv. 22. Şahitlerin şahadeti hakkında şahidin vakarını, hüsnü niyetini, ahlakını, ağırlığını tetkik etmelidir. İfadesinde tereddüt eder veya ifadesini değiştiren şahidin şahadetine itimat edilmemesi bundandır. Fakat umumiyet itibarıyla hâkim (Şahidin sıfatı müstesna) şahitleri tanımaz. Yalnız tananlar hâkimi tevvir eder; testibus non tesmoniiis greditur.

Séneque'nin şu düşünceleri hakkında da vaziyet aynıdır: (Sesin ahengi, ince bir tefrik yapmakta gösterilen ihtimam hakikatin araştırılmasında size ekseriya büyük bir yardım ifa edebildikleri gibi konuşan kimsenin ifade ediş tarzı, metaneti, titremesi, vatandaşlarının muhitinde herkesin müstenit olduğu şöhret bu aynı hakikati tenvire yarayan ışık parçalarını keşfetmek hususunda size yardım ederler.)

Bundan başka bu kaide ancak basit muhakeme usulünde ve ceza işlerinde tatbik olunabilir. Bu gibi işlerde hâkim şahidi celsede doğrudan doğruya istima eder.

[1] Præves judiciorum, Liv. VI, chap. 6.

Bentham inanılmazın, gayri muhtemel ve gayri mümkünün münakaşasına bir sıra alâkalı fasıllar tahsis etmiştir. Bentham bu fasıllarda bir mahkemenin niçin ve hangi noktaya kadar rüyete müstenit şahadete dayanan vakıaları, şahitlerin adedi ve kuvveti ne olursa olsun, sadece bu vakıaların gayri muhtemel olduğunu veya mefruz imkânsızlığını ileri sürerek ret edebileceğini araştırır.

Ba. Preuves judiciaires, t. II. Sa: 179 ve müt.

Stuart Mill, Système de logique, t. I. sa: 254 ve müt. adlı eserine bakınız. (Peisse'nin tercümesi). Bu muharrir bu eserde fehmi ve idraki kabil olmayan şey nazariyesine derin bir şekilde nüfuz ediyor.

Gayri muhtemel ve gayri mümkün hakkında Ba: Montesquieu, Esprit des lois, L. XII, chap. 5.

## DÖRDÜNCÜ FASIL

İstikra, Karineler Ve ihtimallerin hesabı

### Birinci Bahis

#### *İstikra. Karinelerin takdiri*

Hâkim, bazı hallerde, bildiğimiz gibi, kanunun „hâkimlerin malûm bir vakıadan meçhul bir vakıaya doğru istihraç ettikleri neticeler“ (Medeni Kanun M.:1349) diye tarif ettiği karinelere müracaat serbestisine malik tir[[1].

Karineler bahsinde — İngilizler *cross-examination* (mütekabil istintak) dedikleri — istikra müstakillen hâkimdir[2].

Bedahet, çok nadir bir şeydir. Ekseriya malûmdan meçhule doğru istitniacda bulunmak lâzımdır.

Malûm vakıalar meçhul vakıaları ancak muhtemel göstermekte iseler istikraya müracaat etmek yani meçhul vakalara varmak için malûm vakılardan hareket etmek lâzımdır.

İstikra, kullanılması nazik bir mantık ameliyesidir ve tâlilde olduğu gibi daima safsata ve fasit kıyaslardan çekinmek lâzımdır[3].

[1] Bak. Yukarıda sa: 165 ve müt. Orada karineler nazariyesi tamamen tetkik olunmuştur.

[2] İstikrai mahakeme hakkında Ba. le Novum organu inde Bacon, et la Logique de Stuart Millil.

[3] Bak. Yukarıda sa: 165, not 1.

Dört türlü istikra safsatası mevcuttur:

1 — Fallacia accidentis safsatası. Bunun mânası şudur: Bir şey hakkında kendisine arız olarak gelen şeyle hüküm vermemek lâzımdır. Bir kaç doktorun hatasını Tıbbı, bir kaç hâkimin hatasını hâkim sınıfına atfetmek gibi.

2 — a non causa pro causa safsatası. Hayalî bir sebep esas olarak alınır, bir vakıanın sebebi olarak ona refakat eden veya ondan evvel vukua gelmiş olan diğer bir vakıanın alınması halinde bu hal vaki olur. Cum hoc ergo propter hoc; ou post hoc, ergo, Propter hoc.

3 — a dicto secundum, quid ad dictum simplicite safsatası. Mükasam mânadan müçtemi mânaya ve müçtemi mânadan mükasam mânaya geçmek vakıasıdır.

4 — İstikrayı nakız safsatası. Cüzüllerin bir kısmından umumi bir netice çıkarılmak, filvaki taksim veya tasnif esse itibariyle yalnız tâlilî bir mantık ameliyesi değil bilhassa istikrai bir mantık ameliyesidir.

Burada da tasnif ve taksim yapılması lâzımdır.

Karine, hulâsa olarak, münazaalı vakıayı istikranın veya diğer malûm vakialardan istibrah edilgen neticelerin yardımı ile ispat etmeğe mâtuf olan bilvasıta delildir. Bu mânevi delildir.

Halbuki mânevi delil, veznedilmesi kabil olmıyan şeyler üzerine yani ancak istikra ile öğrenilen hisler, fikirler üzerine istinat eder.

Bu sebeptendir ki mânevi delil ancak nâkıs bir delil sayılır. Bununla beraber zaruridir ve insan ef'ali mevzuu bahis olduğu zaman ondan vazgeçilemez.

Faraziyelerin düşünölmüş tahkikinden sonra aklının ve hükmünün istikametini kendi özünden çıkararak mümarese sahibi naziz bir fikir için mânevi delilin esası zannedildiği kadar zayıf değildir. Faraziye vakıaların önünde gelir. Bir faraziyenin iyi olması için:

- 1 — Vakıalara istinat etmesi,
- 2 — Hiç bir vakıa ile hilâfı ortaya konulmamış olması,
- 3 — Verimli olması, yani yeni vakıaların keşfini temin etmesi lâzımdır [1].

Hakiki istikra, vakıaların ona öğrettiği şeyin ötesine gitmemelidir. istikra tahkik olunmuş bir faraziyedir. Filhakika istikra asla mücerret bir muhakeme değildir.

Locke haklı olarak işaret ediyor: “Dünyada halâ, idraki, muayyen bir faraziyenin kalıbı içine atılmış gibi olan ve onun dışına çıkmaksızın orada kendisini hapseden bir sınıf insan mevcuttur. Onlara hangi sebepler dermeyan edilirse edilsin düşüncelerinin hatadan ibaret olduğuna onları ikna edebilecek ihtimallerin kendilerine temas etmesine asla müsaade etmezler [2].”

[1] İnsan bütün tasavvurlarını faraziyeler olarak kabul etmeli ve mesaisinin sonuna varmadan evvel, onları prensip olarak vaz etmemelidir.

Beklemek ve bütün münakaşalar n'hayet bulduğu zaman istidlâlde bulunmak lâzımdır. Hâkimin nefsinde bir avukata malik olması icabeder.

Böyle bir zihnin daima nezaret edinmesi gerekir, çünkü onun şaşırıp kaldığı ve vakıadan faraziyeye geçtiği an daima kolaylıkla farkedilmez. Hemen daima elinin altında bir Port — Royal mantığına malik olmak lâzımgolecektir. (Port — Royal mantığı 1662 de Arnauld et Nicole tarafından yazılmış meşhur bir eserdir, dört kısım ihtiva eder, birinci kısım fikirlerden ikinci kısım hüküm ve kaziyeden, üçüncü kısım muhakeme ve kaidelerinden, dördüncü kısım da Usulden bahseder. — Tercüme edenin notu —)

[2] Lock liv. 4 chap. 20, § 11. Ranson, L'art de Juger.

Bu sebeptendir ki kanun vaznı, hâkimlere yalnız ciddi, kati, bir birine uygun karinelerin kabul etmelerini sarahaten tavsiye etmektedir [1].

Doğruluğa benzeyiş nazariyesi, tahriri bir mukaddemei beyyine nazariyesi istikraya bağlanırlar [2].

Bizzat kanun vaznı kanuni karineleri tesis ederek istikra yapmaktadır. [3]

İstikrai faraziyeyi mümaselite yaklaştırmak lâzımdır [4].

## İkinci Bahis

### *İstikra, İhtimallerin hesabı.*

İhtimallerin hesabı, riyaziyede, evvelâ ihtimallerin müsait mütalârının, gayri müsait mütaları ile muvazenesinden doğmuştur [5]

[1] Bak. Yukarda sa: 168 ve müt.

Farazi veya kabli usul sebepleri farz eden ve yalnız malûm vakıaları değil mümkün vakıaları da ihata eden keyfi ve tahminî bir istikrardır. Faraziye, tamim edilmesi halinde, malûm vakıaları aşar. Hakikaten şayanı kabul farazi bir muhakeme tarzının mevcut olması için faraziyenin vakıalar üzerine istinat etmesi (ve asılsız olmaması) hiçbir vakıa tarafından tezkip edilmemesi ve büyük bir sadeliğe malik olması lâzımdır.

Teerübe ile doğrudan doğruya tahakkuk ettirilebilen ilmi faraziyeyi umumi olarak kontorolü kabil olmiyan hukuki faraziye ile karıştırmayalım.

[2] Bak. Yukarda sa: 172 ve müt. Orada mesele taramea tetkik olunmuştur.

[3] Bak. Yukarda sa: 186. Not 1.

[4] Faraziyenin şekillerinden biri mümasellettir. Bu, farkla karışık bir benzemendir, umumiyetle dünyada istikra denen şey bir mümaseleten başka bir şey değildir. Bu kayıt altında kendimizi vazih ve meşru mukayese yerine hayal ve kuruntuyu ikame eden yanlış mümaselletlerden koruyalım.

Mümaselet hakikatte ayniyetten ayniyete veya müşabihten müşabihe geçerek muhakeme yürütmek yerine farkların yanında oldukça büyük bir müşabehet mevcut bulunduğu takdirde, müşabihten farklıya doğru istidâlde bulunan gayri tam bir istikradan başka bir şey değildir. Adeta nâkis çift bir istikradır.

Hukuki bakımdan, Bak. a Pari, a simili delil. Sa: 359

[5] Bu hesap bilhassa riyaziyede kabli tatbiktir. Meselâ, bir zar atarak Cihar üzerine bahse girilir. Zarın altı yüzü vardır; altı hal mümkündür, bunlardan bir hal müsaittir. İhtimal  $1/6$  dir. Oyuna tatbik olunan ihtimal (riyazî limit) namını alır.

Bunu takiben bu hesap beşerî hayatın hâdiselerine teşmil olundu. [1].

İhtimallerin hesabı, yardımlarile ihtimallerin hesap olunduğu kaidelerin beyeti mecmuasıdır. Bir hâdisenin ihtimali, müsait hallerin tadadı ile takdir ve mümkün hallerin tadadı ile tâyin olunur.

İhtimal, bilgi ile bilgisizlik arasında mutavassıt bir haldir.

Ben muhtemel olarak varım denmez; ben muhakkak olarak varım denir.

Riyaziyattan, günlük hayattan hukuki meseale geçilerek bunun ihtimallerin hesabına tâbi olduğu iddia edildi.

Laplace, d'Alembert, hendeseci gibi, ihtimallerin hesabını hukuki kararlarata tatbik ettiler.

Onlara göre her hâkim, içinden beyaz ve siyah yuvarlakların çekildiği bir çemece ile temsil olunur.

Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités* adlı eserinin yedinci sahifesinde fikrini şöyle ifade etmektedir: Tesadüfler nazariyesi, aynı nevinden hâdiselerin muayyen adette mümkün hal veya hâdiselere yani mevcudiyetleri hakkında aynı derecede kararsız olduğumuz hâdisata irca ve ihtimali araştırılan hâdiseye müsait olan halleri tâyin etmekten ibarettir. Bu adedin bütün mümkün hallerin adedine nisbeti bu ihtimalin ölçüsüdür. Bu ölçü bir kesirden ibarettir, bunun sureti müsait hallerin adedi ve mahreci bütün mümkün hallerin neticesidir..

Ruleto, brice (her rekten 13 kartın dört oyuncu arasında tevzi için) tatbik edilen bu nazariyedir.

[1] Beşerî hayatın hâdiselerine hesabı ihtimalinin tatbikında, vefiyat tablosu denen şey üzerine istinadedea hayat sigortası müessesesine tesadüf ediyoruz. Fakat Laplace hesabı ihtimaliyi tıbbi tedavilere de tatbik ederek mübalâğa gösterdi. Ba. Claude Bernad, *Introduction à la médecine expérimentale*, 2 inci kısım, chap. 2, § 11. Ba. Bu hesabın dreyfus dâvasına tatbiki hakkında yukarda sa: 133, notun sonu.

Bu nazariyeyi kolayca anlaşılabilir bir hale sokmak için saint Gravesande'in *Introduction à la philosophie* adlı eserinde verdiği misal şudur: Chap. 17, 592: "Bir adam içinde 84 Holandalı 12 İngiliz ve 4 Alman olan bir gemiden çıkar: Eğer bu adamın milliyetini bilmiyorsam bunun bir Holandalı, bir İngiliz, bir Alman olması için mevcut olan ihtimal sorulur. Herkes ilk nazarda ihtimalin Holandalılar lehinde olduğunu görür; fakat hesabı ihtimali bize bu ihtimalin hakiki kıymetini öğretir. Bu misalde bütün hallerin miktarı 100 dür. O halde her milliyet için ihtimal derecesi Holandalılar hakkında 84/100, İngilizler hakkında 12/100 ve Almanlar hakkında 4/100 ile yani birinci hal için 25 de 21, ikinci: 25 de 3, üçüncü hal için 25 de 1 nisbeti ile ifade olunacaktır. Binnettece, bu adamın Holandalı olması için dörde karşı 21 ihtimal mevcuttur diyebileceğim".



Voltaire, Condorcet, Poisson da bu tezi inkıfâf ettirdiler [1].

«İhtimaller veya sebepler gayri müsavi surette taksim edildiği zaman kendi lehinde en çok ihtimal veya sebebe malik olan tarafa en muhtemel (probabilius) veya sadece muhtemel denir.

[1] Voltaire, politique et législation. Essai sur les probabilités en fait de justice 1772. Adlı eserinde:

«İhtimallerin tetkiki hâkimlerin ilmidir, kararlarının temeli olmak itibarile otoriteleri kadar hürmete lâyık bir ilim. Bir hâkim hayabını ihtimallerin bir kısmını diğer bir kısmı ile tartmakla, onlara hesap etmek, kuvvetlerini takdir etmekle geçirir. Hukukta açık bir şekilde ifade olunmuş bir kanuna tâbi olmayan her şey ihtimallerin hesabına tâbidir. Cezada, bahir bir surette ispat olunmayan her şey aynı tarzda ona tâbidir; fakat esaslı bir farkla: Hayatın ve ölümün farkı, bütün bir allenin şerefl ve hacaleti arasındaki farkla.

Eğer iltibası bir vasiyetnameyi, bir evlenme mukavelesinin iki mânaya gelen bir maddesini izah etmek, mirasa, ticarete ait müphem bir kanunu fevsir etmek bahis mevzuu ise mutlak surette karar vermeniz lâzımdır ve bu takdirde en büyük ihtimal size yol gösterir. Bahis mevzu olan ancak paradır.

Fakat bir vatandaşın şerefini ve hayatını ref etmek mevzuu bahis olduğu zaman vaziyet aynı değildir. O vakit en büyük ihtimla kâfi gelmez. Niçin? Çünkü eğer bir tarla iki taraf arasında münazaalı ise umumi menfaat ve hususi adalet bakımından taraflardan birinin tarlaya sahip bulunması sarahaten zaruridir. Tarlanın kimseye ait olmaması mümkün değildir, fakat bir adam bir suçla ittihâm edildiği zaman en büyük ihtimal üzerine cellâda teslim edilmesi sarahaten zaruri değildir. Devletin ahengini bozmadan yaşaması mümkündür. Aleyhine olan yirmi zahiri şeyin lehine olan bir tek görünüşle muvazene hasıl etmesi mümkündür. Burada ihtimaliye mesleğinin bir halî yalnız bir mevcuttur..»

Voltaire'in muhakemesinin mabadini metinde okuyunuz.

Bu muharrir 1772 de bir kap mareşalinin dâvasında nouvelles probabilités en fait de justice. i yazdı.

D'Alembert, doute et question sur le calcul des probabilités, édit. de 1821, t. I, 2. éme partie, p. 451 et suiv. poisson, recherches sur la probabilités des jugements en matiérx civile et criminelle, 1837, in —4, bouchez, l'art de juger. Cpr. Yukarda. P. 58 not.

Şu esere de bakınız: Condorcet, Essai sur les probabilités en fait de justice, oeuvres completes, 1804, t. VI, p. 391. Condorcet, voltaire'in yukarda zikredilen eserini şu suretle tahlil ediyor: «Hukuki delillere ihtimallerin hesabını tatbik etmek fikri, bu fikrin icrasındaki fayda kadar mahiranedir. Bu fikrin hakiki devlet adamlarının bilmedikleri, veya mühimsemedikleri ve felesofların kafasında doğan tasavvurlardan biri gibi bir tarafa alınmayacak kadar çok yeni, mübtezel fikirlere çok uzaklaşmış, bilhassa tefekkür ve ilimlerin tahsili sayesinde iktisap olunan bilgilerin ehemmiyetini duyurmağa çok yaradığı hiss olunur.

« M. de voltaire başka türlü muhakeme yürütüyordu. Fakat bu meselelere tatbik olunabilen hesap nev'ine yabancı olduğundan ancak takip edilecek yolu işaret edebildi. Ve bu eseri yalnız bu görüş dahilinde okumak lâzımdır

Sebepler müsavî olarak taksim edilmiş ise ve mutlak (veya nim mutlak) muvazene tesessüs ediyorsa, zihni hale şüphe tesmiye olunur. İki zan aynı derecede muhtemel olduğu zaman vaki olan şey şüphedir.»

Mânevi bakımdan zanların tartılması bir ihtimal hesabından başka bir şey değildir demek doğrudur; ve binnetice bundan neşet eden hüküm ancak hakikate bir karinedir.

Renouvier mükemmel surette: « Delillerin nihayet bulduğu yerde ihtimaller başlar » demiştir.

Her ne kadar şahadetin otoritesi şahitlerin adet ve evsafına ve vakıaların mahiyetine göre değişirse de ihtimallerin hesabı şahadetin doğruluğuna tatbik olunamaz.

Bu gibi hallerde hiç bir riyazi formül mümkün değildir. Bununla beraber, Şahadetin ağızdan ağıza geçerken zaiflediğini söylemek doğru olur.

## İKİNCİ BAP

### Hüküm

#### BİRİNCİ FASIL

#### HÜKÜM VE DERECELERİ HAKKINDA UMUMİ BİLGİLER.

*Hukuki mantık* — İtirazları hallederken — yalnız düşünmek, ispat etmek yani ikna etmek gayesine varmağı değil, fakat, faaliyetinin zirvesi

“ İhtimallerin hesabında kat'iyet vahit ile tayin edilir, yani ihtimali araştırılan hâdiseyi ihtiva eden veya bu hâdisenin hiç dahil olmadığı mümkün kombinasyonların adedi bire müsavî farz olunur; bir kesirle ifade olunan hâdisenin ihtimali, hâdisenin içinde vukua geldiği kombinasyonların adedidir. İhtimal, muvafık veya muhalif kombinasyonların adedinden müstakil fakat hâdiseyi intac eden kombinasyonların adedi ile onu asla intac etmiyen kombinasyonların adedi arasındaki münasabete tabi olduğundan hâdiselerin adedini daima sabit bir rakamla ifade etmeğe mecbur olunmuş ve hesapları daha basitleştirdiği için vahit intihap edilmiştir.

“ Meselâ kendi lehine 30 da 8 veya 300 de 80 veya 450 de 45 ihtimale malik olmak şüphesiz aynı şeydir; böylece bütün bu hallerde ihtimallerin her hangi bir adedini vahit farz ederek 1/10 kesri müsait hallerin miktarını ifade edecektir.

“ Bir hâdisenin hakikatının lehindeki kombinasyonların adedi muhalif kombinasyonların adedinden çok daha büyük ise hâdiseye mümkündür denir. Bu miktarlardan birincisi diğerine nisbetle tezayüt ettikçe hâdisenin ihtimali de o derecede büyür, ve eğer muhalif hâdiseye kat'i surette imkânsız değilse asla erişilemiyen vâhide daha fazla yaklaşımı tayin etmek gayri kabili tera sanılan bir ihtimale mânevî kat'iyet (yakın) tesmiye olunur.

“ Bu düşünceler, yarım — delil, çeyrek — delil tabirlerinin ne kadar mânasız olduklarını, hangi hatalara mâruz bıraktıklarını ve delillerin tetkikinde riyazi lisani kullanabilmek için hukukçuların ekserisinde noksan olan bilgilere ve henüz hiç yapılmamış olan araştırmalara lüzum bulunduğunu göstermeğe kifayet ederler..”

Mukayese ediniz yukarıda sa: 53, not. Bouchez L'art de juger.

Bak. Yukarıda sa: 110 ve müt. Yazıların muayenesi.

olan hükmü hedef ittihaz eder. Ekseriya nazik bir tahlille doğruyu yanlış veya hatadan ayırır.

Adli bakımdan ( ifade olunacak karara taallüku cihetinden ) mantık, üçüzlü bir manzara altında görünür: Şahıs [1], vakıa, hukuk.

Vâkı'a (Anlaşma, her hangi bir vâkıa, ilk.) bir defa iyi vaz olunduktan sonra Hâkim onun müsbet ve muhakkak olup olmadığını tahkik etmeli ve kararını vermelidir.

Prensipier, vâkıalar vazih bir surette vaz'edildiği veya muhakkak, sabit olarak kabul olundukları zaman netice daha kolay olur.

Netice veya isbat muhakemenin vardığı kaziyedir [2]; ve kamiye, kısaca, ifade edilmiş hükümdür.

---

[1] İşte Lacroix'nın Calcul des probabilités adlı eserindeki muhakemesi.

" Her insan için şahadette yalan nisbeti onda bir olduğunu farz edelim: bu takdirde ilk şahidin ifadelerindeki doğruluk  $\frac{9}{10}$  kesrine müsbet olacaktır. Bu birinci şahit vakıayı bir ikinci şahide nakletsin. Bunun şahadeti evvelkinin  $\frac{9}{10}$  undan ibaret olacaktır, binnetice  $\frac{9}{10}$  un  $\frac{9}{10}$  nu. Aynı muhakemeyi üçüncüye, dördüncüye ve ilh. tatbik ederek ihtimal suretteki 9 ve mahrecteki 10 un her biri müteselsilen üçüncü, dördüncü ve beşinci kuvvete yükseldiği kesirlerle ifade olunacaktır. Altı mütavassıta malik olur olmaz artık, ancak  $\frac{47}{100}$  yani  $\frac{5}{10}$  den veya yarımdan az olacaktır. O halde, yanlışlık ihtimali hakikat ihtimalinden daha çok bulunacak, böylece hattâ oldukça mahdut bir zamanda hakikat ihtimali o kadar zayıf olacaktır ki adeta lâğvedilmiş bulunacaktır. Hakikatte bu muhakeme pederden oğula naklolunan fakat daima yalnız bir kişiden yalnız bir kişiye intikal eden bir şahadet durumuna tatbik olunur. Ve yukarıdaki hesap hemem daima olduğu gibi az çok müteaddit ve hemzaman şahadet mevzuu bahis olduğu vakit tashih edilmelidir. Bu halde azalış çok az süratle olacaktır. Fakat, bundan dolayı hâdiseye aynı kanunları daha az tatbik edecek değildir.

Bak. bu istikamette, Laplace, sa: 135 ilâ 144.

[1] Umumi olarak hukukta müdafaada bulunan şahıs Hâkim tarafından nazara alınmaz ( Bak. Yukarıda sa: 415 ve 420, ), tarafların bizzat mahkemede bulunmaları, ve muhakemede bir birlerine sualler tevcih etmeleri veya hacir, velâyetin nez'i halleri müstessa. Buna vasiyetname mesailinde müteveffanın şahsını ilâve edeceğiz.

Aksine olarak adli tabiiplerin ( müracaat mahalleri ) ikinci nevi sun'î delil teşkil eder. Bak. Yukarıda sa: 51, Not 2. Bunlar her dâvada, bahis mevzuu olan fiil hakkında bir karara sevk eden sabit bir noktaya varmak için bilhassa şahıstan istihraç olunurlar; lehinde veya aleyhinde delil irat etmek istenen şahıs ve o şahsın zati tetkik olunur. Aile, tâbiat, terbiye, servet, gidis, yaşayış tarzı, yaşma şartı, meslek, yaş, cinsiyet böylece tetkik olunur ve ilh...

Bilhassa ceza işlerinde müracaat mahalleri istimal olunur. Bu mesailde her şey nazara alınmağa lâyıktır; hattâ duruş, ses, jestler, hareketler. Fakat hukukta vaziyet böyle değildir. Şahitler hakkında söylediklerimize bakınız.

[2] Bak. yukarıda Sa 460.

«Hakikatin araştırılmasında, beşeri zihin harici şartlarla ve insanın» dış alemden aldığı intibalarla geçen bir terazi ile mukayese olunabilir. Onda daima vâkıları tartmak için zaruri olan kuvvetler mevcuttur. Delilin karşısında bizde hasıl olan ve hareketi vicdan terazisinin ibresi tesmiye edeceğimiz şey'e nakl'eden itme az veya çok kuvvetli olabilir. Bağzan az şiddetli olur, şüpheyi tevlit eder. Bağzan seri ve gayri kabili mukavemet olur, kefeyi indirir ve aşağıda tutar; Bu bütün sıklığı ile harekete gelen kat'iyet (Yakiya) dir» [1]. Bedahet, kat'iyet ne kadar nadirdir!

Bedahet: «fulgor mentis animum tapiens» gözlerimize çarptığı zaman ne kadar mes'ud olurur.

O zaman vuzuh gözlerimizi kamaştırır.

Umumiyetle ilimde ekseriya riyazî katiyete varılır. Fakat hukuk ilminde, vaziyet tamamen başkadır. Filhakika iki türlü kat'iyet, bu zihnimizin hakiki, sabit, olduğu gibi tanınmış bir vâkıyı kabulüdür. Bunun haricindekiilerin hepsi manevî kat'iyettir. Sırf akli olan bu kat'iyete (bürhan veya ispat) denir [2].

Manevî kat'iyet hakkında Royer—Collard: «Ona dair hiç bir şey bilmiyorum, fakat ondan iminim» diyebilmiştir. Filhakika aklın tahdid edilmiş olduğu haller mevcuttur.

Katiyet, kendi zatında daima mutlaktır.

Bunun bir derece aşağısında (kanâat) bulunur.

«Samimi bir kanaatiniz varmı?» Ceza işlerindeki juri âzasına kanunun sorduğu sual budur.

Delillerin, mucip sebeplerin kuvveti zihnin muvaffakatını tevlit eder. Gayrin şahadetine itimat edilir; inanılır. Araştırmalardan ve ciddi bir tetkikten sonra hakikatı tesbit edilen filân şey sabit sayılır,

Balzac işaret ediyor: «Kanaat, en büyük iktidarına vasil olan beşer iradedir, Sebep ve netice hep birden kanaati tevlit eder, kanaat en soğuk ruhları duygulandırır, o kitleleri kavrayan bir nevi sessiz hitabettir.»

D'Aguesseau doğru olarak, «Kanaat idrak üzerinde ve ikna irade üzerinde müessirdir» demiştir.

[1] Mittermaer, De la preuve en matiere civile. trad. Alexandre, sa: 68.

Hayal ve hataın doğurduğu tabte ışıklara karşı uzun müddet mücadele ettikten sonra hakikatı elde ettiğini düşünmek ve derinmi bir hazdır.

[2] Bizce malûm ve müsellemler esaslı kaziyelere müsteniden fikir yürütmeğe (bürhan) veya (ispat) derler. Bu daha ziyade riyazizatta kullanılır. Bürhan, riyazi mabdelerden, prensiplerden ancak doğru neticeler çıkarmağa yarayan bir taddir. (Tercüme edenin notu).

Nihayet son mertebede zan gelir. Bir zanna malik olmak, tamamen inandırıcı olmıyan muhtemel sebepler üzerinde karar vermek demektir [1].

Kabul etmek lâzım gelir ki ekseriya basit bir zan üzerine Hâkim hüküm vermeğe mecburdur. *judicium tâbiri* zan mânasına gelir.

Hülâsa.—Söylediklerimizi hulâsaedelim: «Hüküm tesmiye edilen şey, beşeri zihnin bir melekesidir, düşünen insan bunun vasıtasile iki şeyden birini diğerle dikkatla mukayese ederek onların arasındaki müşabehat veya ademî müşabeheti öğrenir.

«Bir şeyi sarahaten veya kendi fikrimizde tavsif ettiğimiz her kaziye bir hükümdür. Zira o şeyin idrâk ettiğimiz veya ifade ettiğimiz gibi olduğuna karar vermek için o şeye has olan vasıf hakkında edindiğimiz fikir ile onu mukayese etmeğe mecburuz» [2].

## İKİNCİ FASIL

### HÜKMÜN SİHHATİ. KARAR VERME ZİHNİYETİ. AKLİSELİM.

Yaratılıştan yanlış düşünen zihinler mevcut mudur?

Hallolunamaz mes'ele.

Karar vermek kabiliyeti olmaksızın anlamak kabiliyeti hiç bir şey değildir. Muhakkak olan şey hiç bir zihnin bir diğerine tamamen benzemeyişidir. Biri ateşlidir ve kendi ferasetine güvenerek çok çabuk hüküm verir [1]. Diğerini incelikle doludur, farkları benzeyişlerden daha iyi kavrar.

Beriki bilâkis ağır ve haraketsizdir. Bu ağırlık teessüf olunacak bir nakisedir. İhtiyatkârlık şüphesiz karar verme meyline münhasır olmamalıdır. Bununla beraber o, ne içtinap [3] ne de kararsızlık haline tereddü etmemeli.

[1] *Digeste* de hukuki zorlukları ifade eden şu formuller bulunur: *vivendum, dubito, defendi potest?* Burada ihtimallere yaklaşıyoruz.

[2] *Ponce'*, *Des jugemens*, sa:172.

«Bir muhakemeyi vücutta getiren hükümlerin tevalisi bir kısmı diğer bir kısmının içinde mahpus olan ve mütevali surette oradan çekilen dörbün borularına benzer. Bir boru onu ihata eden diğer bir borunun içinden her çıkarılışında onun bir temadisi olur ve boru o kadar uzar.» *Destutt—Tracy, Loquique, ch.1.*

Muhakemenin en emin tarzı doğru olarak tanınmış kaziyeyi tebarüz ettirmekle onun şüpheli kaziyeye ile münasebetini his olunabilir hale getirmekle ve birincinin ikinciyi ihtiva ettiğini veya ona sevk ettiğini göstermekle olur.

[3] Maalesef meseleleri bilhassa dışundan tetkik ve takdir eder. Muhakeme ettiğinden fazla tasdik eder. Hata ihtimalleri 3 karşı az tedbir alır.

dir. Filhakika Hâkimin nihai eseri zaruri bir hükümdür. Hâkim karar vermemelik edemez. Bir hüküm lazımdır. Hüküm vermek Hâkimin içtinabı mümkün olmayın vazifesi, bu hükümü almakta muhakeme edilen şahsın mutlak hakkıdır. Medeni ka. mad. 4 [1].

Şüphesiz tereddüde müsaade vardır: Tereddüt, düşünmenin temadisinden neşet eder.

Fakat bunun nihayetsiz tereddüt haline inkılap etmemesi lazımdır [2].

Kararsızlık umumiyetle canlı muhayyelelerin nakîsesi ise de zayıf zekâlardan dahi neşet eder. Mutavassıt adamların hükmü onların serî ve emin bir surette bir intihap yapabilmelerine müsaade edecek şekilde kâfi derecede vazih olmadığı gibi yeter derecede emniyetli de değildir [3].

Muahakak ki iradenin icra kabiliyetinin yüksek ve alçak dereceleri vardır. Bu iktidar fertlere veya aynı ferdin içinde bulunduğu şartlara göre mütehavvil budutlar dahilinde istimal olunur.

[1] Hâkim dâvacının talebini bu talebin bir kanun metni ile müeyyidelendirilmediği bahanesi ile ret edemez. Huc, t. I, 179. Laurent, t. I, n. 256. Baudry et Huğues Fourcade, 3. édit., t. I, sa: 237.

Bu takdirde hak ve nısfet kaidelerine göre karar vermesi icap eder.

Hâkimin müstakbel kararının mesnedi olmak üzere kanun vazından resmî bir tefsir talep etmek için bir dâvanın hükmünü talik etmesi memnudur.

[2] D' Aguesseau, Saint—Simon'un şahadetinde müşkilâtın babası idi. Bununla beraber işaret ederim ki çok fazla serî kararın mahzurları vardır. Uzun müddet hüküm veremeyiş kararı inkışaf ettirir. Fakat Hâkim biraz şeniyet hissini kaybeder. O zaman katıyeti, tahlil ve vakıların teemmülünden ziyade hafızasının ona hatırlattığı mütekaddim hâdiselerin içinde arar.

[3] Bununla beraber irade bazan zekânın darlığından ziyade enerjî noksanına devallet eder. Burada bir nevi kendi nefsinî terk etme, bir sakatlık mevcuttur.

Kararsızlıkta bir tenbellik zemini de vardır. Kararsız, aletumum yapmaktan ziyade yapmamağa, ilerlemekten ziyade durmaya meyyaldir.

Genç Hâkimlere çalışma zevkini vermek, onları sebatlı cehitle meşgul etmek kararsızlıkla mücadele etmekte muvaffakiyat yoludur, kanun vazı, sarîh metinlerle, bu ruhî meyle karşı gelmektedir. Hukuk. Us. Mu. Ka. nun 506 ıncı maddesinin ifadesine göre: "Hâkimler taleplere cevap vermeyi esingedikleri, veya dâvaları münasip şekilde ve sırası ile muhakeme etmeyi ihmâl ettikleri zaman ihkaki haktan istinkâf mevcuttur. Aynı kanunun 507 ve müteakip maddeleri takip olunacak usulü tanzim ediyor.

Hâkimlerin mesuliyeti hakkında Revue du Palais'nin 10/Mart/ 1905 tarihli nüshasında M. Morizot—Thibaut'un Hâkimlerin mesuliyeti hakkında çok şayanı dikkat bir tetkiki vardır.

Eskiler bize üzerinde dikkatli düşünülmesi lâzım gelen misaller verdiler [1]. İradeyi terbiye ettiler. Faaliyeti, hükümü felce uğratan o uğursuz kararsızlığa muvaffakiyetle hücum ettiler.

Ağır, kararsız bir tabiat tek hâkim de, çok anlayışlı bir seçme ile ve bir İngiliz hâkimine müşabih maaş bağlamak suretile varılacak olan bu ideal Hâkimde, çok tehlikeli olur.

Filhakika kararsız zihnin sıkıntısına bakınız: Dâvacının şüphesiz hakkı var, fakat dâva edilen de belki haksız değil.

Böylece birinden diğerine gider ve zıt iddiaları uzlaştırma sebeplerini, mevcut olmadıkları halde, bulmağa gayret eder.

Muhtelif hal suretleri kabli olarak rüchanı haizdir. Zira, kararsız hâkim birisine haksızlık izafe etmekten kaideten nefret eder. Muhtelif hal sureti bu hâkimin nazarında şu faideyi haizdir: Taraflardan birine tamamen dâvayı kazandırmıyorsa da diğer tarafa da dâvasını tamamen kaybettirmez.

Netice: Kararsız hâkim, kimseyi memnun etmez. Ve bazı defa tamamen aldanmağı bertaraf etmek için daima yarı yarıya aldanır [2].

Tahlil edilebilecek olan bir çok başka seciye farkları mevcuttur ve her defa çok muhtelif istidatlara mâlik bulunan insanlar akli selimlerini aynı şekilde kullandıkları kanaatine sahiptirler.

Filân hâkim inatçı ve musirdir. Aldandığını asla itiraf etmeyecektir. Diğer filân hâkim, basit bir şekilde arzolunan fikirlere karşı insiyaki bir itimatsızlık veya istihfaf duyduğu için garip noktai nazarılar müdafaa etmekten hoşlanır. Karşık hal suretlerine gidişinin sebebi daima tefahur veya kimseye benzememek için değildir. Tenkit için hususi ve hâkim bir zevk onu oraya götürülebilir. Kabul etmek icap eder ki bu tenkit zevki münakaşalarda daima lüzumsuz değildir. Çünkü onları canlandırır ve hücum ettiği sebeplerin kıymetini hissetmeğe zorlar.

Bu, tek hâkimde tehlikeli olabilir. Bu muhtelif fikir ve tabiatlardan bazılarını sağlamaştırıran diğerlerini tadil ve tecdit eden hukuk ilminin bu müşterek kılavuzunu, kanuna itaat borcunu kaldırınız, ancak zihinlerinin temevvücünü kaydedersiniz.

[1] Hakiki surette irade mevcut olması için evvelâ arz edilen gayeyi anlamak lâzım geldiğini eskilerden öğreniyoruz. Bundan sonra zıt sebep ve illetleri açık bir surette tasnif ve tetkik etmek lâzımdır. Kuvvetli ve emin irade sebeplerin intihabına istinat eder. İradî fiil aydınlatılmış kudrettir.

[2] Bu hâkim daima zararı taksim "yolunu?", bulur. Ne kadar küçük mahkemenin bu garip tevzii adalet zihniyeti ile hareket eden reisi vardır.

Her biri aynı hakkaniyet levhası altında kendi seciyesine ve mizacına uygun bir adalet vücuda getirecektir. Bu suretle artık akıl değil ânın intibahı hükümleri telkin edecektir.

Bu temayüllere karşı mücadele etmek lâzımdır. Bu yapılabilir. Zihin inzibat altına alınan bir melekedir.

Zihin fazla olarak bir mertebeler silsilesine mâliktir. Bunu merdivenin altından başlayarak tasnif edeceğiz:

1. Doğru zihin,
2. Âdil zihin,
3. Emin zihin (zirvede).

Doğru zihin. — Doğru zihin [1]. hiç sapmadan dos doğru gider. Eğer zan mevzuu bahis ise doğrunun nerede olduğunu, eğer hareket ve fiil mevzuu bahis ise hangi tarafı iltizam etmek lâzım geldiğini apaçık görür. Ne rakik noktalarda, ne de müşkül cihetlerde tevakkuf etmez. Bu sağlam akla uygun doğruluktur.

Âdil zihin. — Âdil zihin yalnız doğru olanı değil, yanlış olanı da görür. Doğru zihnin bir nevi sevki tabii ile uzaklaştırdığı itirazın zaafını niçin takip ettiğini bilir. Doğru zihinden âdil zihne nasıl geçmelidir? İspatın muhtelif tarzlarını bilmek suretiyle. Delilin serd formüllerini müşahedeye, usule sıkı surette riayete kendini alıştırmak lâzımdır. Zihnini çalıştırmak, firenlemek, evrakı, şahitlerin ifadelerini dikkatle tekrar okumak ve onların arasında irtibat tesis etmek lâzımdır. Böylece yolu çizdikten sonra o yol düzleştirilir ve yaşayabilir hale sokulur.

Âdil zihin ferasete temyizi ilâve eder.

Feraset, kavramak, anlamak, bir şeyi diğer bir şeyden tetkik etmek, basit zekâvetlerle keşfetmek vasfı;—zekânın nüfuzu (sürati intikal), ferase-

[1] Nicole doğru zihnin tipidir. *Essais de morale* adlı eserinde İndî hükümlere (*jugements téméraires*) tahsis edilmiş olan kısmı okumalıdır. Mme de Sévigné de (Bu eserden bir buyyon yapıp onu içmek lâzım gelir) demektedir.

[2] Âdil zihin delillerin kıymetini ölçer, halbuki doğru zihin hemen neticeye koşar. Âdil zihin doğru zihnin vereceği kararı iyibir tarzda kaleme alır. Âdil zihne mâlik olan kimse ekseriya dirayet ve fetanet sahibidir. Dirayet ve fetanet doğruluk içinde doğruluktur. Pascal, *Pensées* adlı eserinde ince zihni hendesi zihnin zıddı olarak almaktadır.

Büyük muharrirlerimiz arasında Voltaire en yüksek derecesinde âdil zihnin seciyesini arzeder.

Gujas çok âdil zihin sahibi bir hukukçudur. Eskilerden bunun en hakiki tipi Papinien'dir.



ti de geçen meleke—bütün bu kabiliyetler âdil zihin tarafından inkişaf ettirilmişlerdir.

Temyiz sayesinde (animi judicium) zihin, eşyayı diğerleriyle karıştırmamak üzere tefrik ve tecrit eder.

De Latena [1]. bunu çok iyi tarif etmiştir: «Sihhat, zekâyı, doğru görme melekesinin istimalini işletir.»

Perso kudretli hulâsasında temyiz hakkında mükemmel surette şunları söylemiştir: «Et veri soeciem dignoscere calles . . . Rectum discernis ubi inter curva subit . . .»

Temyiz, mükemmelleştirilmiş ferasettir. Bu iki vasfın, feraset ve temyiz içtimai ile bilhassa mükemmel sorgu hâkimi temayüz eder.

Emin zihin.— Emin zihin [2] en zor hallerde değişmez şekilde sıhhat ve doğruluğu, gösteren zihindir ki kendine karşı önceden her nevi ihtiyati tedbiri alır ve halletmesi icap eden itiraz ve muhalefetleri evvelden hissederek.

Âdil zihnin vasıflarından fazla olarak emin zihin ölçü, nüfuz, incelik ve kuvvete mâliktir. Ölçü emniyette dahildir, zira o, irtibatsızlığın düşünlmemiş hükmün zıttıdır.

Nüfuz, derinleştirir ve deler; uzak, derin görür. Emin bir zihin bir münakaşada sathi bir zihne cevap verdiği zaman ne kadar heyecan duyulur.

Vazih bir fikir gibi görünen berrak bir su gibidir, önce muhakeme yürütmeden hakiki derinliği görünür.

Marmontel: «İncelik, zihnin narinliğidir. Bu, rakik münasebetleri kavramak istidadıdır.» demiştir. Kuvvet, mânevi dinçliği ve zekânın kudretini temsil eder.

Gaye, her hâkimin emin bir zihne sahip olmasıdır. Fakat, bu katiyen mümkün değildir.

Akliselim.—Hâkimin akliselim sahibi bir insan olması da kâfidir. Fakat asla sürçmeyen ve bilhassa hakla kanunun mutlak sezişinden neşet eden o yanılmaz akliselimi nerede bulmalı?

[1] De Latena. Etude de l'homme, Sa: 76.

[2] Emin zihin, muhayyalesini ihtimamla zapteder. İnceliğe, sürate hiç bir şeyi terketmez. Her şeyden evvel muvazenesini muhafaza eder.

Meselâ Medeni K. nun 1382 inci maddesinin tatbikından çıkan meseleler emin bir zihin isterler. Ne zaman kusur vardır? Kusurun zarar ve münasebeti nedir? Bu noktaların hepsi için zihnin emniyeti lâzımdır.

Philippe Dupin ekseriya en emin zihinlerden biri olarak zikrolunur.

Daniel Stern: «Aklîselim zihnin kapıcısıdır, vazifesi şüpheli fikirlerin ne girmesine ne de çıkmasına müsaade etmemektir [1]». demiştir.

Descartes daha evvel: “Aklîselim, doğruyu yanlıştan tefrik etmek me-  
lekesidir” demiştir. Bu bakımdan aklîselim bizzat akıl ile karışır [2].

Hatırlatalım ki, müstamel ve daha mütevazi bir mânada, büyük kültürü  
olmadan iyi muhakeme yürütmek kabiliyetine aklîselim denir [3].

Sulh hâkimlerinde [4], hâkimlerde, jüri âzasında bulunması istenen bu  
türü aklîselimdir.

---

[1] M. Sabatier, Etudes et discours, Aklîselime Havvariyuna ait inelin sözünü  
tatbik ediyor: “Siz nâsın uzusunuz.” (Tuz, bozulma ve tefessuhten koruma hassa-  
sını haiz olduğu gibi havvariyun da nâsı, ahlâk fesadından korumak vazifesile mû-  
kellefti. Bu cümle ile kastedilen mâna budur. Tercüme edenin notu).

[2] “İmparatorluğun mahvına rağmen ihtişamları el’an baki kalan Roma ka-  
nunlarının o kadar sağlam çıkmasına sebebi beşerî hayatın efendisi olan aklîselimin  
bu kanunların her yerinde hâkim bulunmasıdır.

Başka hiçbir yerde tabîî hakkaniyet prensiplerinin daha güzel bir tatbiki gö-  
rülmemektedir. “Bossuet, Histoire universelle, S. 173. Ba. yukarda S. 196.

[3] Bu artık aklîselim değildir, meğerki seviyesi az yüksek ve tamamen pra-  
tik bir hakikatlar silsilesinin takdiri bahis mevzuu olsun.

[4] Bu takdirde, basit bir surette tecrübe görmüş bir zihin bahse mevzudur. Fa-  
kat hukukî mes’eleler vaz olunur ve ciddi malûmata ihtiyaç hasıl olur olmaz bu ne-  
vi aklîselim artık kâfi değildir. Sulh hâkiminin basit aklîselim sahibi bir insan o-  
larak telakksinin, onun salâhiyeti son derecede genişlediğinden ve en ciddi müş-  
küller ona arz edildiğinden beri, modası geçmiştir.





# SEKİZİNCİ KISIM

## SEKİZİNCİ KISIM

MÜZAKERE. HÜKÜM. HÜKÜMÜN YAZMAK SANATI. MUCİP  
SEBEPLER. HÜKÜM TEFHİMİ KALEME TEVDİ.  
HÜKÜMÜN BAŞLIĞI. TEMYİZ SEBEPLERİ.  
MUHAKEMENİN İADESİ.

### BİRİNCİ FASIL

MÜZAKERE. MÜNFERİT HÂKİM

Şimdi, mahkemenin müzakere odasında ve müzakere edeyiz.

*Müzakere* — Temyiz mahkemesinde vaki olanın aksine — evvelâ reyini beyan eden [1], enaz kıdemli hâkim ile başlar.

Adedin muadeletini bertaraf etmek için, cetvel sırasında sonuncu hâkim, hazır olmasına rağmen, reyini beyan etmemelidir [2].

Reisten başka diğer hâkimlerin müzakere de takdir bakımından ne kadar aşağı şartlar içinde bulduklarına derhal işaret edelim.

Onlar, umumiyetle, evrakı, duruşma sırasında okunmuş olmalarından başka suretle bilmezler. Tarafların netice talepleri hususunda bile, bunların istimai sırasında aldıkları seri notlardan husule gelen hatıralardan başka bir şeyleri yoktur [3].

[1] Henüz vazifesine başlayan genç bir mahkeme azası hakkında Mme de Delfand'nın fikrasi malûmdur; bu âza enaz kıdemliydi.

(Müzakere odasında M. de Thou ona: qu'opinez — Vous (reyiniz nedir) diye soruyor. Cevap: quand les autres auront copine, je copinerai (ötekiler ahbaplık edince ben de edeceğim!!!) [\*].

Eğer vahametini izale edebilirse diyelim ki bu, genç azanın iştirak ettiği ilk muhakeme idi.

[2] C. 6 ikinci kânun 1908, D. 02.1. 449.

Bir mahkemenin üç hâkimi arasında reyler dağılırsa, ekseriyeti temin için değil fakat iki yeni hâkim davat etmek lazımdır. Dijon, 23 ikinci kânun 1900. G.z. Pal., 1900. 1. 308. Narbonne hukuk mahkemesi 13 birinci kânun 1900, Mon. Lyon, 2 şubat 1901.

[\*] — Tercüme edenin notu — Bu fıkroda, okunuşları aynı olduğundan (qu'opinezvous — reyiniz nedir?) sualini, genç hâkimin (copinez — Vous ahbaplık ediniz) şeklinde anlamış olduğuna işaret edilmek isteniyor.

[3] Umumiyetle, ancak istisna mahkelelerinde bütün hâkimlere teksir edilmiş nüshalar dağıtılır. Bu nüshalar da ancak hükmü ihtiva ederler.

Temyiz mahkemesinde, temyiz edilen kararın teksir edilmiş nüshaları, temyiz sebeplerini ihtiva eden lâyiha ile beraber dağıtılır.

Şüphesiz, rey beyan etmeden evvel mahkeme reisinden dosyaların kendileirne tevdiini talep edebilirler.

Fakat o zaman işler sürüncemede kalır ve her şey teşevvüşe uğrar [1]. İşte müzakere başladı.

Âzaları üzerine yüklenmiyerek, her şeyi tanzim etmek (kötü bir saltanat iddia etmeden) reise aittir [2].

Bu, nazik ve ekseriya nankör bir iştir.

Reis kuvvet bulmak için şu vecizeyi düşünebilir:

Non bonum est hominem esse solam [3] ki bu vecize, yalnız, münferit hâkim aleyhine bihakkın demeyam olurakidir [4].

[1] Hâkimlerimizin, hâkim muavini olarak mesleğe dahil oldukları sırada sakinacakları iki tehlike vardır:

1 — Müzakerede beyanı reyden istinkâf, yani reisin reyine iltihak etmek itiyadı;

2 — Sistematik fikirler beyan etmek.

İkinci tehlikeye mâruz kalmak müracehtir. İstinkâf (kavuk sallamak hâdisesi) iradesizlik tevliit eder. Bak. yakarda, sahife 502.

[2] Müzakereden evvel yazılmış kararını okuyarak hissiyatını bildiren, otoritesini zorla kabulettiren reislere ne demeli?

Bu, hâkim yetiştirilmenin en fena tarzıdır. Bu reislere, âzalarının yetiştiricisi olduklarını ve hürmetkâr, zeki madunların yenilik getiren gayretli'ne, melekeleri muvazenesizlerin müfsit müzacasını karıştırmamak mecturiyetinde olduklarını unutmuyorlar.

Reis, hâkimin şu mütalâasını tefekkür etmelidir:

Errare humaum est, Perseverare diabolicum. Fateri prope divinum.

Reis, şairin şu sözlerini tahattur edebilir ve etmelidir:

Aldandığımız zaman, tatlılıkla kabul edelim.

Gafletimizi tanıyalım.

Bir hatayı itiraf etmek daha şereflidir,

Onu yapmış olmak hicabından.

[3] Veciziye rağmen münferit hâkim taraftarı olduğumuzu beyan ederiz.

Pascal ile beraber düşünüyoruz ki: (Çoğunluğu rey en az dirayellilerin reyidir.) İnsanların kararlarındaki tenevvü, müzakere yapan bir heyette ittihak beklemeğe asla müsaît değildir. (Tot capita, tot sensus) darbı meseli çok doğrudur.

[4] Bir dâvaya bakmağa, onu tahkik etmeğe, onun hakkında hüküm vermeğe tavzif edilen tek bir hâkim, o dâvaya, tebn il' adaletin esas şartı olan süratle zarar vemedem dosyaları okuyamıyan mahkeme âzalarından, daha fazla dikkat, daha fazla fikir sarfeder.

Umumiyetle, Reis işi hulâsa etmeli ve münakaşaya program teşkil edecek olan basit bir karar taslağı yapılmalıdır.

Bu taslağın mucip sebepleri ve fıkrayı hükmiyesi tamamen gözden geçirilmelidir.

Mucip sebeplerin, hükmü yazana ait olduğunu söylemek hatadır. Hüküm yazan, mucip sebepleri karartıştırılan şekilde kaleme almalıdır.

Reis mucip sebeplerin (hâkimi) değıldir.

Bir müzakerde hâkim, noktai nazarı nasıl ifade etmelidir? Hoş gitmek sanatı yani, bir dinleyici kütlesine kendini beğendirmek sanatı burada mevzuu bahis olamaz. Bununla beraber, şurası bedihidir ki sert kıran, biçen bir tazda reyini beyan eden kimse, refiklerini incitir ve onları bu şekilde ifade olunmuş bir mütââyı kabul etmemeğe sevk eder. Espri sahibi bir zatın: (reyin kabul edilmemesi küçük mikyasta bir tokattır) dediğini de unutmamalıdır.

Hç şüphesiz, bir reyin metin bir şekilde ifade olunması lâzım ise de muhalif fikirleri idare etmek endişesi de duyulmalıdır. Casimir Delâvigne, (L'École des vieillards, ihtiyarlar mektebi) inde haklı olarak diyor ki:

Tehevvüre kapılan aklın hatası mukadderdir.

İtirazlara mahâl bırakmamağa yahut onları cerhetmeğe gayret ederken ad hominem delilden tavakki edilmelidir.

Hukuk ilmi mevzuubahis oldukta, nazariyatta en muteber müellife (ad-  
verecundiam delil), mahkeme içtihatlarında seçkin kararlara (ad auctoritatem delil), istinat edilmelidir.

Bütün bunlar açık ve ihtiyatlı bir muhakeme ile tafsil edilmelidir.

Bu, Kant'ın esası delil diye gösterdiği ad Judicium delildir.

Burada hoş gitmek sanatı değıl, bilhassa ikna etmek sanatı mevzuu baistir [1].

---

Efkârı umumiyenin önünde, şefliğin önünde filen mevcut bir mesuliyet lâzımdır.

Tek hâkimin eseri, derin yahut sathi, karışık yahut açık ve usullü, bilgili yahut bilgisiz fıri tefrik ve takdir etmeğe imkân bahşeder. O eser, hâkimin fikri kıymetinin, idrakinin, otoritesinin tam ölçüsünü verir.

Tek hâkimin faaliyeti selâmet verici bir tahriktir.

Siliame yok, gizleme yok. Duruşmanın idaresi, işin tetkiki, kararın verilmesi, esbabı mucibenin yazılması, hükmün tefhimi birbirlerine bağıdırlar ve bir tekadama eseri olmalıdırlar.

İhtiyati tedbirlere bakan hukuk mahkemesi reisi halen bir tek hâkimdir. Nizam ve tekâlf hâkimi (Juge aux ordres et aux contributions); istimlak jürisi müdir hâkimi (magistrat directeur du juri d'expropriation); sâlih hâkimi de bir kişidir.

[1] — İknâ etmek, bilmek ve dayamak demektir ve bu iki hazine ancak cesaretin, tafakkürün ve mesainin malıdır.



Her mahkeme kararına tekaddüm etmesi lâzım olan müzakereyi kanun hiç bir harici şekil şartına tâbi tutmamış olup bunun neticesi olarak müddei umuminin taleplerinden sonra ittihaz olunan karar, (mahkeme, bütün evrakı mahkemeyi görüp ve müzakerelerini yaptıktan sonra aşağıdaki kararını vermiştir...) suretin- de bir meşruhatı ihtiva ettiği zaman, bu şekle riayet edilmediği iddia olunamaz [1].

Müzakeratın mahremiyeti bizim hukuku âmmemizin esaslı bir prensibidir [2].

Jules Favre. Avukatlar konferansı, 1861.

Montaigne'nin 3 üncü kitap 8 inci fasıl (Art de conferer, müşavere etmek sanatı) ni okumalı; ve Pascal'ın hikemiyatındaki, şu öğütlere keza nüfuz etmelidir:

"Asıl mânasile, mükemmel ve metodlu delillerle sevkinden başka bir şey olmayan ikna etmek sanatı şu üç esaslı kısımdan mürekkeptir: kullanılacak terimleri açık tariflerle izah etmek; mevzu bahis olan şeyleri ispat için bedihi prensipleri yahut mütearifleri önce sürmek; tarifi, tarif olunanın yerine koymak.

"Bu metodun sebebi aşkârdır; çünkü ispat edilmek istenen şeyi öne sürmek, ve kolay anlaşılmiyan tekmil terimler vaktile sarahaten tarif edilmeden, ispatıta girmek beyhude olacaktır; ispat için zaruri olan bedihi prensiplerin ispatı tekaddüm etmesi de lâzımdır, zira temel sağtamlaşırılmazsa bina da sağtamlaşırılmaz; ve nihayet ispat ederken tarifleri, zihnen, tarif olunanın yerine koymalıdır, çünkü aksi takdirde terimlerde tesadüf olunan muhtelif mânalar sul isimâl oluna bilir, bu metoda riayet olununca muhakkak itminan verileceğini anlamak kolaydır, çünkü terimler tamamen anlaşılmiş ve tariflerle şüpheden tamamen kurtulmuş ve prensiplerde gösterilmiş olduğundan, şayet ispat ederken tarifler daima tarif olunanın yerine zihnen konmuşsa, neticelerin yenilmiyen kudreti bütün tesirlerini göstermekten geri kalmıyacaktır.

"Binaenaleyh bu şartlara riayet olunarak yapılan bir ispat, en ufak bir şüpheye asla mâruz kalmaz, ve bu şartlar içinde yapılmıyan ispatlar asla kuvvetli olmazlar.,,

Bu, münakaşalarda biraz hararet gösterilmesine de cevaz olmadığı mânasına gelmez; Neque enim disputari sine reprehensione potest (Cicéron). Bakınız, Molière, (Mâlade imaginaire, muhayyel hasta), II, 5. V.

Mahkeme müzakeresi, şayanı memnuniyettir ki bir nutkun reyleri asla değıştirmedeği siyasi içtimalara benzemez.

Bu bakımdan, (Filis natürel, gsyri meşru oğlu) nin mukaddemesinde Alexandre Dumas fils diyor ki: "başkalarının fikirleriyle mücadele etmek beyhudedir. Bir münakaşada bezan insanları yenmeğe muvaffak olunabilir fakat onları ikna etmeğe asla. Fikirler çivi gibidirler ne kadar üstüne vurulursa o kadar içeri kaçarılar. Bütün iktidarımız hakikat zannettiğimizi söylemekten ibarettir. İnsanlar rakamları verir, mizanını zaman yapar.

[1] Crim. C. 3/ Şubat/ 1905, Gaz. 12/Şubat.

[2] C. 24/Şubat /1837, Bull. Crim. 61 Sahife, 74, 9/Haziran/ 1843. Bull Crim. 135, sahife 233.

Bununla beraber şayet hüküm, hükümet hakkında bir takbihi; inzibati bir kusuru ihtiva ediyorsa bu karara iştirak eden hâkimler kararın yazılmasında bulunmadıklarını yahut yazıldığına vakıf olmadıklarını ispat edebilirler.

## İKİNCİ FASIL

### ADLİ KARARLARIN ESASLI ŞEKİLLERİ

#### *Umumi mülâhazalar*

Her adli hüküm [1], bir kıyasî mantıkî şekilde, kübra ve suğrasında hüküm altına alınması mevzuubahis vakıaları, tatbik edilecek metinleri vazetmekle başlıyan ve Fıkraî hükmiye denen neticeye mantıkan vasıl olan bir (Raisonnement, muhakeme) olmalıdır.

(Parlements de France, Fransız mahkemeleri) nam eserinin XIII üncü kitabının 629 ve müteakip sahifelerinde La Rocheffavin şöyle diyor: "bir kral müşaviri, matlup biçümle mümtaz vasıfı eümlesinden olarak, sadık ve sükuti olmalı ve İmparator Léon'un nasayihine uygun olarak meclisleri, müzakereleri ve kararları... gizli tutmalıdır."

29/Temmuz/1881 tarihli kanunun 89 uncu maddesi biçümle mahkemelerin, dabilî müzakerelerinin anlatılmasını yüz franktan iki bin franka kadar para cezasıyla menetmektedir. Chassan, cilt I, sahife 670. Fabreguettes, I, sahife, 55. Le Poittevin, cilt 2, No. 992, sahife 596 ve müteakip.

Cpr. Merlin; Rép., Opinion, XI. Pigeau, I, sahife 140. Garçonnet, I, No. 281. Chauveau quest. 584, 589.

Bir kararın ne gibi bir ekseriyetle verilmiş bulunduğunun neşri suçtur. Chassan, I, No. 979, sahife 672. Barbier, cilt II, No. 752, — bir Juri âzasının, kabul edilen esbabı muhaffefinin mucip sebeplerini ifşa eden mektubunun neşri suçtur. Seine mahkemesi, 21/Haziran/1864, D. 64. 3. 91, — yahut verilen bir Juri kararından şahsî mesuliyeti sıyırmaya çalışan bir Juri âzasının mektubunun neşri suçtur. Seine mahkemesi, 26/Mart/1884. Cpr. C. 21/Nisan/1827, Bull. Crim. 91. 18/ Ağustos/1881, Bull. 182. 7/2 inci kanun/1842, Bull. 8. 24 Şubat/1837, Bull. 61. 9/Haziran/1848, Bull. 135. 28/Mayıs/1847, Bull. 18/Ağustos/1882 Bull. 112.

[1] hüküm kelimesi hakkındaki şerhinin iptidasında Dalloz şöyle diyor:

"Biz burada hüküm kelimesini mutlak mânasında ve bir ismî cins olarak alıyoruz; hüküm, takdirine havale olunan bir mesele üzerinde her hangi bir mahkeme yahut hâkim tarafından verilen her türlü karar mânasına gelir. „ Jurisp. Gén., v. cilt., No. 1

M. Glasson keza diyor ki: "kelimenin en geniş mânasıyla, hüküm bir mahkemenin hattâ bazen bu mahkemenin bir uzvunun kararıdır. " Précis de procédure civile, 2 inci tabı, cilt 1, No. 476.

Hattâ hâkim tasdik etmekle iktifa etse dahi yine bir hüküm vermiş olur. Tasdik bir muamelele mahkeme tarafından tasvip ve takviyesidir. Dalloz, Jurisp. Gén.,

Tekmil adli kararlar haddi zatında dört esaslı şekle tâbidir:

1 — Yazılması ve mucip sebepler;

2 — Tefhim;

3 — Tahriren tesbit;

4 — Kaleme tevdi; Hükümün başlığı.

### ÜÇÜNCÜ FASIL

#### HÜKÜMLERİN YAZILMASI

Hüküm kimin tarafından yazılmalıdır? — Hüküm tahriren tesbit olunmalı [1]; ve başka bir hâkimi tevkil etmediği takdirde reis tarafından kaleme alınmalıdır [2].

Bir raportör olduğu zaman kararı hemen daima raportör yazar. Temyiz mahkemesinde karar projesini daima raportör hazırlar.

Zabıt kâtibinin daima hâkime refakat etmesi mecburiyetini koyan hukuk U. M. K. nun 138 inci maddesi, mücerret bu hükmile, hâkimin söylemesi üzerine zabıt kâtibinin yazacağına delâlet ettiği, adliye nazırının 27/Eylül/1908 tarihli teklifi üzerine verilen maliye nazırının 11/2 inci teş-

V. Homologation. Tasdik tam mânâsıyla ancak, muamelemin kati olması ve biletümle neticelerini hasil etmesi için adli otoritenin müeyyidesinin zaruri olduğu zaman mevcut olur. Tasdik, kendisine arzolunan projeleri tadil etmek yahut tasvip etmemek hakkını mahkemeye verir.

Tasdik merasimi, gerek tasdik olunacak muamelemin bünyesi gerekse âkitlerden bir veya bir kaçının küçüklüğü yahut ehliyetsizliği sebebiyle kanun tarafından emrolunabilir Tasdik yapılmıyca karar mukavele hükümünün tehir olunacağına dair, reşit ve haklarını istimalde salâhiyettar tarafların beyan ettikleri iradelerinden de tasdik zarureti doğabilir. Mukavele yapanlar taahhütlerini böyle veya şöyle muayyen bir şarta tâbi kılmakta serbesttirler; o halde, meselâ, mahkeme tarafından muamele tasdik olunma nâçha bir taksim veya bir tasfiye ile müzlem olmayacaklarına dair şart koşmalarına hiç bir mani yoktur.

[1] Bir hükümün mevcudiyeti için bu esaslı bir şarttır. Hüküm yazılı olmalıdır. Garsonnet, cilt, III, § 442. Carré et Chauveau, question 589 Pancet, cilt, 1, sahife 221.

Umumiyetle mahkemeler, kararlarına (attendus, binaen) ile başlarlar. Bazı mahkemeler, bilhassa Parisliler, idari mahkemelerin kullandıkları (Considerant, sebebiyle) lâbiriini kullanırlar Gayrı kabili içtinap olmakla beraber bu (attendus, binaenler), (Considerants, sebebiyeler) şekli, iyi muharrirlerle yıldıkları (qui, ki) ve (que, ki) nin mükerreren kul anılmasını teşkil ettiği için kabul etmek lâzımdır.

[2] Bazı mahkemelerde hükümün yazılması avukat yahut avucelere bırakılmaktadır.

rin/1908 tarihli kararında beyan olunmaktadır [1].

Hükümün kısımları.— Müessesan meclisinin 16/ Ağustos/1790 tarihinde çıkardığı bir kanunun 5 inci bab 15 inci maddesinde: «bundan böyle gerek istinafa ve gerekse ashiyeye müteallik kararların yazışı dört ayrı kısmı ihtiva edecektir:

« 1 inci kısımda tarafların isim ve sıfatları beyan olunacaktır.

« 2 inci kısımda dâvayı teşkil eden maddi ve hukuki meseleler açıkça vaz olunacaktır.

« 3 üncü kısımda tahkikat ile sabit olan yahut kabul edilen vakıaların hulâsası ve hükmü tevhit eden mucip sebepler ifade olunacaktır.

« Nihayet, 4 üncü kısım, hükmün fıkrai hükmiyesini ihtiva edecektir.» [2]

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 141 inci maddesine de bak.

Yazış usulü.— Hiç bir yerde adli kararların mantıki bir tarzda yazışına müteallik kaide ve hükümler bulunmamaktadır. Biz, müessesan meclisinin gösterdiği yolu takip edeceğiz.

## Birinci Bahis

### *Tarafların isim ve sıfatlarının beyanı*

1/Haziran/1921 tarihinde, mahkemei temyiz reisi evvelinin, 1 inci reis ve reislere gönderdiği bir tamimde dâvadaki tarafların gösterilmesi hakkında talimatlar vermiş idi.

Her ne olursa olsun, bu hal, mes'uliyetin ancak muvakkaten yer değiştirmesinden başka bir şey olamayacaktır, çünkü yazarken mahkemenin maksatlarını, hattâ hüsnüniyetle, tebdil edebileceklerinden avukat yahut avue tarafından kaleme alınan hükmü, reis yahut hâkimlerin en ince bir ihtimam ile muhakkak tekrar gözden geçirmeleri lâhım-ılecektir.

Garsonnet, cilt III § 459 not 1. Poncet, cilt 1, sahife 230. Pigeau, cilt. 1, sahife 702. Ma-sabian, cilt 1, sahife 104.

MM. Dupuy—Du'temps, Brisson et Pourquery de Boisserin tarafından mebuslar meclisine (9/Kânun-ı evvel/1893 tarihli toplantısında) aız olunan kanun layıhasında: "Hükümün tekmil yazışı r ise aittir.", denilmektedir.

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun ve harç tarifesinin tadiline mütedair bulunan bu kanun teklifinin hükümler babı, madda 28 e bakınız. J. Officiel 9/ inci Kânun/1893 tarihli toplantı zabtının ilâvesi, sahife 62.

[1] Demangeat. Revue pratique, 1834 cilt, 55 sahife 118.

[2] Bak. Me Jaccoton, Revue critique de Législation, cilt, VIII, sahife 44 ve müteakip.

« 27/2 inci Teşrin/1790 tarihli kararnamenin 12 inci maddesi hükümlerine  
« göre, «hükümlerin başlığında dâvalılara hiç bir vasıf verilmeyecek; başlığa;  
« onların yalnız soy ve aile isimleriyle memuriyet yahut mesleklerinin ismi  
« yazılacaktır.» Bundan dolayı (duc, comte, baron, marquis, seigneur, mon-  
« seigneur, vesaire.) gibi derebeyliğe ve zadegânlığa ait yahut bunlara ben-  
« zer hiç bir vasıf mahkeme kararında yer alamaz. 6/Temmuz/1810 tarihli  
« kararnamenin 38 inci maddesi «mahkeme reisleri kararların tefhiminde ta-  
« ratları, ancak adları ve soy adları ile gösterilecektir» hükmünü kezalik  
« koymuştur. Metin şöyle devam etmektedir: « Mahkeme reisleri yalnız,  
« tarafımızdan yahut haleflerimiz canibinden tevcih olunmuş bulunacak  
« (prince, duc, conte, baron, yahut chevalier) unvanlarıyla, keza tarafımızdan  
« tevcih olunan rütbelerini ve tarafların hal ve mesleklerini ilâve edebi-  
« lirler.» Fakat bu ilâve, tarafın unvan ve rütbeleri taşımak hakkını ispat  
« etmesile mukayyettir [1]. Hattâ (monsieur, madame, mademoiselle) tâbir-  
« lerine müsaade olunmamıştır; Bunların yerine (le sieur, la dame, le demo-  
« iselle) tâbirleri kullanılmalıdır. Bundan başka (6 fructidor an 11) 23/Ağustos/  
« 1794 tarihli kararname (II germinal an XI) 1/Nisan/1802 tarihli kanuna  
« göre soy yahut aile ismi layetegayyerdir: hükümetin müsaadesi olmadan  
« bu isimlere hiç bir değişiklik yapılamaz. (De) yahut (Du) izafet edatı za-  
« degânlık vasfı değildir, bu edatın hakikatta hiç bir mânası yoktur ve  
« merbut olduğu isme hiç bir hususi sıfat vermez. Bir çok kararlar bunun  
« böyle olduğunu kabul etmiş olmasına rağmen bu edatın kullanılması  
« umumileşmektedir. Bazan, edat isimden ayrıdır, bazan, en çok tesadüf olundu-  
« ğu üzere, edat isme bağlanır ve arkasından bir arazi yahut menşe ismi ge-  
« lir ve sonra soy adı kaybolur. Vatandaşların hakiki isimlerini muhafaza  
« etmeleri intizamı âmmeyi alâkadar ettiğinden, müddei umumilik, 18/Ni-  
« san/1810 tarihli kanunun 46 inci maddesi mucibince hukuk mahkemesi-  
« ne resen müracaat edebilir; hattâ müddei umumilik, vatandaşları, nüfus tez-  
« keresinde yazılı olandan başka soy adile muamelâtta gösteren yahut baş-  
« ka soy adlarını suret ve derkenarlarda beyan eden memurları (6 fructidor  
« an 11, madde 4) ve «haksız olarak bir şeref payesini kendisine mal etmek  
« maksadile alenen bir unvan alan, nüfus kayıtlarının kendisine tahsis et-  
« tiği ismi tebdil, tahrif yahut tadil eden kimseyi» cünha mahkemesine sevk-  
« edebilir. (ceza kanununun 259 uncu maddesinin 2 inci paragrafı, 18/Meyis-  
« /1852 tarihli kanun).»

[1] Adliye nazırı M. de Royer nin 19/Haziran/1858 tarihinde müddei umumlilere gönderdiği, yukarıda bahsi geçen kanunun 38 inci maddesini not halinde zikreden, bir tımmi şöyle nihayet bulmaktadır: «Bileümle mahkemeler, nüfus memurları, noterler ve umumiyetle bütün memurların bundan böyle, hükümler, resmî senet ve resmî muamelelerde, taraflara, ancak taşımağa hakları olduğunu ispat edecekleri unvan ve isimleri izafe etmeleri için zaruri olan tedbirleri lütfen alınız ve muavinlerinize emir veriniz.» (Bull. off des instructions et Circulaires du Ministère de la Justice, cilt 2 (1841—1862), sabife, 898—899).

İsmi tahrif ettiğinden, hiç şüphe yok ki izafet edatına da bu hükümler tatbik olunur. Fakat müddeiumumilik müstakil bir dâva açmaktan çekinmektedir. Bundan dolayı mahkeme kararının tarafları, kanunun hükümlerine uygun olarak göstermesi zaruridir. Bir unvan yahut izafet edatının zikrinden, tebdil, tahrif yahut tadil edilmiş bir ismin gösterilmesinden mütevellit bozuktuk kaziyei muhkemenin hüküm ve nüfuzile şüphesiz örtülmemiştir, fakat 3 üncü şahısları hataya düşüren ve alâkadarlara, gayrı kanuni amellerine devam etmeleri için bir vesile temin eden, bir nevi adli tevcih, fiilen, mevcuttur. Mahkeme kararı bazan yalnız soy adını zikreder; bu beyan şahsın hüviyetini tâyine kâfi gelmez ve muayyen bir müddet geçtikten sonra aynı soy adını taşıyanlarla bir karışma hasıl olabilir; en çok kullanılan küçük isimle mesleğin ilâve edilmesi lâzımdır. «Falan evkat tarafı» tâbiri çok fazla vuzuhsuzdur. Soy adı, müstenif yahut müstenifinalayh sıfatı bir kerre gösterildi mi, artık bunları müstavebe ile kullanmamak icap eder; münhasıran tarafların soy adı kullanılırsa kararın anlaşılması daha kolaylaştırılmış olur.

## İkinci Bahıs

### *Maddi ve hukuki meselelerin izahı*

Davetiye ve neticei talepleri takrip ederek, hâkim, fiili meseleleri ve hukuki noktaları vazedecektir.

Hüküm verilecek mevzu ve tatbik olunabilecek maddeler hakkında verdiğimiz tafsilâta tekrar dönecek değiliz. Mahkemei temyiz nezdindeki müddeiumumi tarafından gönderilen ve metni aşağıda bulunan 28/Nisan 1944 tarihli tamimi zikrederim:

«Yeni kanunları teklif eden şahsın ismine göre göstermek âdeti, gerek resmî raporlara ve gerekse mahkeme kararlarına bile girmektedir. «Böylece 2/Temmuz/1850 tarihli ve ehli hayvanlara yapılan fena muamelelere müteallik kanuna Grammont kanunu, 26/Mart/1891 tarihli ve cezaların hafiflendirilmesine ve şiddetlendirilmesine müteallik kanuna Bérenger kanunu, 1/Temmuz/1901 tarihli ve cemiyet mukavelesine müteallik kanuna «Waldeck—Rousseau kanunu, 17/Mart/1905 tarihli ve ticaret kanununun «103 üncü maddesine bir paragraf ilâvesine müteallik kanuna Rabier kanunu ismi verilmektedir. Bu âdet gayrı hukuki ve şayanı eseftir. Hakikatte, kanunun, teklif veya lâyiha metnine tevafuk etmesi pek nadirdir; hatâ çok defa esaslı noktalarda bile farklı olur. Sonra, her ne kadar kanun «ya bir parlamento âzasının yahut bir nazırın teşebbüsü ile çıkmakta ise «de, hukukan, o münhasıran teşrii kuvvetin eseridir. Nihayet, bu tarz gösterme, kanunun ne tarihini ne de mevzuunu belli etmediğinden metnin «aranmasını çok müşkilleştirir. Binaenaleyh, kanunların münhasıran tarih

«yahut unvanlarıyla gösterilmesine müteallik anaçenin tekrar ele alınması-  
na ve şiddetle muhafaza edilmesine dikkat etmenizi rica ederim.

«Müddeimümi, Louis Sarrut.»

Hükümün heyeti umumiyesi, ihtilâfın mevzuunu ve tarafların sübut sebeplerini bildirdiği zaman hükümlerde tarafların neticeî taleplerinin bulunmasını istiyen Hukuk usulü muhakmeleri kanununun 141 inci maddesi hükümü yerine getirilmiş olur [1].

Filî ve hukukî noktaların izahı, mahkeme içtihatlarına göre âmir bir hüküm değildir. Keza, bu izahın neticesi taleplerden farklı ve ayrı olması katiiyen zaruri değildir [2].

Davanın arzettiği ve tarafların neticeî talepleriyle havale olunan bütün meseleler, hakkında, hâkimler, muhakemenin iadesiyle karşılaşmamak için, dikkatle hüküm vermelidirler [3].

Fakat, hâkimler yalnız bu meseleler hakkında söz söyleyebilirler, aksi takdirde—ilerde göreceğimiz veçhile—(ultra petita, talepten fazla) hüküm vermiş olurlar ve hükümleri muhakemenin iadesine maruz kalır.

### Üçüncü Bahıs

*Filî ve hukukî tetkikin neticesi. Mücîp sebepler, hükümlerin yazılışı.*

Hâkim, meselâ bir ehli vukuf tetkikatı üzerine karar verir ve bu tetkikatı tasvîp ederse bundan sabit olan hususları ve neticeleri istihraç etmeli; şayet bir şahadet mevzuubahis ise şahit ifadelerini tahlil etmeli, onları münakaşa etmeli ve suretî halli için seçtiği şekli izah etmelidir.

[1] Müc'p sebepler, hükümün ruhudur. Anima et quasi nervus sententiae, Bohmer, Jus Eccles. Proleg., Kitap 2, bab 17, sahife 4.

[2] Müc'p sebeplerin noksanlığı mahkemel temyizce kabul edildiği zaman, vazifesini ihmal eden nüfus memurunun mâruz kaldığı cezaya kıyasen, hâkimi para cezasına çarphıracak bir hükümün kanuna sokulmasını, memnuniyetle, görmek isterdik.

[3] İstinaf edilen hükümün başlığında mevcut filî ve hukukî noktaların teğrihi, şayet istinaf kararı sarahaten buna atıf yapıyorsa, istinaf kararının sukunun yahut beyanlarında ki kifayetsizliği telâfi eder.

C. 2/Nisan/1872, D. 72. I. 362. 18/İkinci kânun/1881, D. 81. I. 244.

Hâkim tarafından gösterilen müc'p sebepler biraz ihtimamla yazılınca, bu sebepler, duruşmanın vaziyeti hakkında bilinmesine ihtiyâç bulunan biçümle hususları ve halli talep olunan filî ve hukukî meseleleri ihtiva etmiş olur.

Bunun için, filî ve hukukî noktaların kısaca izahı—ki bu da mühimdir—, ek-

Hâkim, senetleri, taahhütleri, delilleri V. S. takdir ederken aynı şekilde hareket etmelidir.

Hususiyle (*pièces de la procédure*, usulü muhakeme evrak ve senetlerini) yani (*écritures du procès*, dâvanın yazılarını) esasa hüküm veren hâkimlerin dilekleri gibi takdir edemeyeceklerine burada işaret edelim.

Kendisine havale olunan kararda işaret edilen usulü muhakeme evrak ve senetlerinin, asıl hukuki mahiyetlerini vermek temyiz mahkemesine aittir [1].

Hükümlerin iyi yazışı 3 C, (yani: *complet* = tam, *clair* = açık, *concis* = veciz) nazariyesiyle temsil edilmiştir.

Yazış, müstekirren in melius olarak yapıldığından, yazılmış olan sahifeleri, ilk tesirlerini soğutmak için bir kenara bırakmak [2], ve onları ancak 2, 3 gün geçtikten sonra, tekrar tetkik için, ele almak daima iyidir. Joseph de Maistre haklı olarak demiştir ki: iyi olan hiç bir şey çabuk olmaz.

Şu halde muvafık surette nasıl yazmalı?

İki usul vardır: ya, umumi veçhelerini muhafaza ederek her delil tertibini ayrı olarak tetkik etmek, yahut, maharetli bir yan yana koyma ile onları teşrik ve tevhit etmek.

a) (*Séparation*, tefrik) usulü denen birinci usul kolayca yapılabilir, büyük bir zahmet istemez, ve karışıklığa mâni olur.

seriya mucip sebeplerle telâfi olunabilir. Hatta, yalnız hüküm fıkrasıyla—yahut hiç olmazsa hükümün heyeti umumiyesiyle aynı neticeye varılabilir.

C. 23/Mayıs/1838, S. 38. I. 617. 2/Nisan/1839, S. 39. I. 392. 8.2 inci/teğrin/1842, S. 43. I. 46. 8/Nisan/1850, S. 50. I. 356. 9/Nisan/1856, S. 56. I. 733; D. 56. I. 303. 19/ Temmuz/1876, D. 77. 5. 269. 26/Mart/1889, D. 90. I. 135; S. 2. I. 197. 6/Ağustos/1906, D. 1907. I. 32.

Boltard, Colmet d'Age et Grasson, Cilt. I. No. 372. Rodière, cilt 1, sahife 267. Bloche, Vo Jugement, No. 378, 379 ve 381. Garsonnet, cilt 3, § 486, sahife 387 metin ve not II.

[1] Müstakar mahkeme içtihatları. Bilhassa C. 31/2 inci kânun/1812 bakınız.

[2] Horace'ın, (*Art Poétique*, şiir sanatı) isminde ki eserinde genç şairlere el yazılarını dokuz sene bir kenara bırakmalarını tavsiye ettiğini düşününüz. *Nonnumque Prematur in annum . . .*

Şüphesiz, bu müstaklimesentlik gülünçtür.

Fakat, birinci yazışı unutmak için muhakkak کافی bir zamanın geçmesi lâzımdır. Üçüncü bir şahsın eseri imiş gibi onu tekrar okuyabilmek lâzımdır. Bu suretle daha iyi ayıklanır.



b) Fakat, (fusion, imtizaç) denen ikinci usul, muhtelif delil tertipleri ni sıkı surette birbirine bağlar. Bu usul kudretli ve yüksek kabiliyetlere hastır. Tahrir sanatını elde etmek emeli besleniyorsa bu usule doğru temayül etmelidir. Burada intikaller ve pilâun tertibi büyük bir rol oynar.

Paragraf tarzında bir taksim yapmak ekseriya zaruridir.

Kabul ettiği neticei talepleri, aslından hiç ayrılmıyarak, muntazaman kopya etmekten reisin mümkün olduğu kadar içtinap etmesi lâzımdır. Bununla beraber iyi ifade olunmuş, çok açık mantiki bir tarzda tertipli neticei talepler için vaziyet başkadır.

### Birinci Bent

*Mucip sebepler, mucip sebeplerin yokluğu, zımnî mucip sebepler, mucip sebeplerde tenakuz*

Bir talebi kabul yahut reddetmek için meselâ, talebi yapanın iddiaları ve talepleri kabul olunmamış yahut dâvası reddolunmuştur demek kâfi değildir, niçin böyle hüküm verilmiş olduğunu söylemek lâzımdır.

Burada, bir iadei muhakeme sebebi olan ileri göreceğiz "hüküm vermeği ihmal" hali yoktur.

Hâkimin istinat ettiği delillere mucip sebepler denir.

20/Nisan/1810 tarihli kanunun 7 inci maddesi mucibince mucip sebepleri ihtiva etmiyen hükümler batıldır.

Şu halde mucip sebeplendirmek, diğer bir ifade ile tarafların neticei taleplerinin her maddesine cevap vermek lâzımdır. Yukarda bahsı geçen 1921 tarihli tamiminde tenyiz mahkemesi 1 inci reisi, mucip sebepler meselesine aşağıdaki şekilde işaret etmiştir.

« Bilecümle hükümler, neticei taleplerin her maddesi hakkında mucip « sebep göstermelidir; mucip sebep yokluğu (20/Nisan/1810 tarihli kanun « nun 7 inci maddesine muhalefet) iddiası kılışehaline girdi; bu iddia çok « defa kabul olunmaktadır. İstinaf mahkemesinde serdedilen yeni neticei « talepler, hususile dikkati çekmelidir. Duruşmalarda, bazan, bu taleplere « hiç temas edilmemektedir; bunların terk edildiklerini karar tasrih etmez « yahut tesbit etmezse nakza mâruz kalır. İstinaf kararı, asliye mahke- « sinin mucip sebeplerini kabul etmediği halde, hükmü tasdik yani (con- « firme le jugement, hükmü tasdik) kelimelerile iktifa ettiği zaman bida-

« yet mahkemesinin mucip sebepleri istinaf mahkemesininkilerle yekvücut  
« telâkki edilmez. Hükümün tasdikine mütedair olan neticeî talepler istinaf  
« mahkemesini, şayet hükmü tamamen islâh ederse, bidayet mahkemesine  
« tevdi edilmiş bulunan bilcümle noktalar hakkında mütalaasını beyan et  
« meğe mecbur kılar [1]. Tazminat olarak bir miktar paranın tediyeğine  
« müteallik mahkûmiyeti, yahut hukuken harç kabilinden olmayan bir mik-  
« tar hazine alacağına mahkûmiyeti haklı göstermek için zaruri olan mu-  
« cip sebepler hakkında 24/Nisan/1914 tarihli tamimi hatırlamak lâzımdır;  
« bu tamim aşağıda yazılı adlı mecmualarda intişar etmiştir: La gazette  
« des tribunaux, 10/mayıs/1914 tarihli nusha, la gazette du palais, 8/ma-  
« yıs/1914 tarihli nusha ve le recueil de dalloz 1916, 1—89—90. Bu ta-  
« mim ya bilinmiyor yahut unutulmuştur. Çünkü mucip sebep noksanlığı  
« sebeple temyiye müracaatlar halâvaki olmakta ve kabul edilmektedir.  
« Ekseriya tasdika mütedair istinaf kararları kendisine has mucip sebepler  
« gösterir ve «istinaf kararına muhalif olmayan bidayet mahkemesinin mu-  
« cip sebepleri,» ibaresini ilâve eder. Hukuken bu ilâve hiç bir tenkide  
« mahal bırakmaz ve bidayet kararının tekmil muhalif olmayan mucip se-  
« bepleri istinaf kararının mütemmim cüz'ü olur. Fakat fiilin, bu usul terk  
« edilmelidir. Prensip itibarile her adlı vesika kendi kendine yetmelidir;  
« bidayet kararının mucip sebeplerinin kısmen kabulü hem bidayet mah-  
« kemesi kararının hem istinaf kararının metinlerini birlikte bulundurmağa  
« mecbur kılar. Bundan başka ve bilhassa muhalif olmayan mucip sebeple-  
« ri tefrik etmek bazan güçtür. Bütün mucip sebeplerin bir tek tam me-  
« tinde toplanması ahenksizlikleri ve tekrarlamaları bertaraf eder; ispatta  
« açıklık ve kısalık kesbetmiş olur.»

Fakat hâkim tarafların dermeyan ettikleri «delil ve sebepler» in her birine cevap vermek mecburiyetinde değildir [2].

Neticeî talebin, müstakil noktaları, yani asıl kaziyeleri yahut iyi vaz olunmuş sistemleri ihtiva eden hususi maddeleri olmalıdır.

[1] Çok defa istinaf mahkemeleri, istinaf edilen hükmün «non contractes, muhalif olmayan,» mucip sebeplerini kabul eder ve pek az munzam mucip sebepler ifâvesile iktifa eder. Bundan, çökmelere ve çatlaklara sebebiyet veren fena yerleştirilmiş bir mozaik hasil olur.

[2] Neticeî taleplerde dermeyan edilen deliller ve bir cevabın zaruri olmaması hakkında bak; table de dalloz 1897—1907, ve motifs de jugements, no 35 ve müteakip. Merlin, vo motifs de Jugements, § 2.

Bu deliller meselesi hakkında mahkeme içtihatları müstakardır.

Şayet bir taraf, asıl ve yegâne bir talebe müstenit olarak muhtelif mahiyette seneleri tafsil etmekte başka bir şey yapmamışsa, mahkeme bütün bu sebeplere

Boncence'nın dediği gibi: « mucip sebepler ihtilâh teşkil eden fiilî ve hukuki noktaların her birine taallûk etmelidir. Kanunun butiana mâruz bıraktığı ihmal, her hangi bir mucip sebêbin değil hükümlerin mucip sebeplerin ihmali yani hükmü teşkil eden mevaddın her birini tâyin ve tahdit eden mucip sebeplerin ihmâlidir. Zira bir hüküm ihtiva ettiği mevad kadar hükümlere bô.ünür » [1].

Kısaca:

1 — Ne kadar talep maddesi varsa o kadar mesele vaz etmek lâzımdır [2].

2 — Defilere taallûk eden meseleler (meselâ: tebliğâtın iptali, mahkemenin selâhiyetsizliği) itirazatı iptidaiyedendir [3].

3 — Esasa taallûk eden meseleler, sun'î taksimlerden iktinap olunarak, maddi ve hukuki noktaları belli edecek şekilde toplanmalıdır [4].

Bir hüküm bir talebi reddettiği zaman, müddei tarafından vazihan serdedilen her bir netice-i talep hakkında, ret hususunu mucip sebeplendirilmesi zarurîdir, çünkü hakikatte fıkrayı hükmiye, reddolunan netice-i talep maddeleri kadar kararı ihtiva eder [5].

Haklı olarak denmiştir ki, mahkeme-i temyizdeki baro, şükran nişanesi olarak 20/Nisan/1810 tarihli kanunun 7 inci maddesi için temsili bir abide rekzettirmelidir, çünkü bu maddenin ihlâlinden mütevehlit nakızların adedi çok yüksektir.

---

cevap vermeğe mecbur değildir. Elverirki, talebi redderken kararını, seçtiği mucip sebeplere istinat ettirsin.

C. 26/2 inci teğrin/1886, S. 87. 1. 88. 19/2 inci kanun/1869, S. 69. 1. 234, 29-nisan/1872, S. 72. 1. 145. 11/Ağustos 1873. S. 75. 1. 169. 12 temmuz 1874, S. 75. 1. 299. 1/Haziran/1875, S. 76. 1. 29. 3/mayıs/1876, S. 76. 1. 307. 21/2 inci kânun/1878, S. 78. 1. 182. 16/Nisan/1878, S. 79. 1. 251. 22/Mayıs 1878, S. 1. 109. /Mart/1879, S. 79. 1. 141 C. 29/1 inci kânun/1879, S. 80. 1. 227. 30/1 inci kânun/1884, S. 86. 1. 321. 8/Şubat/1888, S. 90. 1. 85. 26/1 inci teğrin/1892, S. 1. 321. 2/2 inci teğrin/1811, Gaz. 7/2 inci teğrin.

[1] Boncence, Traitéde procédure, cilt 2, sahife 144.

[2] Rodière, cilt 1, sahife 250. Garsonnet, cilt 3, § 436, sahife 118. Boncence, cilt 2, sahife 398.

[3] Bak, yukardaki müellifler ve Bioche, V — Jugement, NO. 137.

[4] Bak. Garsonnet, loc. cilt. Boncence, cilt 2, sahife 413.

[5] C. 25/Temmuz/1877, S. 77. 1. 432. 4/1 inci kânun/1878, S. 79. 1. 72. 19/Mart/1879, S. 79. 1. 229. 15/ Temmuz, 1885, D. 87. 1. 295. 22/Nisan/1880.

Mebii teslimini muvafakatile yapmış olduğu, teslim etmemekten dolayı hali temerrüde konacağını evvelden haberdar ettiği kefilin, haklarını korumak için zaruri olan tedbirleri alamadığını iddia eden bayiin neticeî taleplerini cevapsız bırakan istinaf kararı, mücip sebep noksanından dolayı nakza uğrar. Civ. 8/Temmuz/1913.

Külfei beyine kendisine taallük eden mahkûmunaleyhin filhâl delil i-kame etmediğinden bahsile iktifa ederek, bilhassa mezkûr delili istihraç için bir ehli vukuf tetkikatı talebine mütedair mahkûmunaleyhin tali neticeî taleplerini, muhik hiç bir sebep göstermeden, zımmen reddeden hüküm nakz olunmalıdır [1].

Esasa hüküm veren hâkimler delillerin takdirinde serbesttirler; fakat neticeî talepler sarih vesaika yahut birer birer zikrolunmuş vakıalara istinat ettikleri zaman, sadece, kâfi miktarda ispat edilmemiş olduklarını, söylemekle bunlara cevap vermiş olmazlar [2].

İstinaf hâkimlerinin bozdukları kararın bütün noktalarına cevap vermeleri— bu kararın, istinaf mahkemesi önünde tasdikı talep edilmiş bulunduğu zaman — hassaten lâzımdır [3].

Mucip sebeplerin yokluğunda olduğu gibi, mucip sebeplerin sadece

[1] Civ. C. 7/Nisan /1913.

[2] — C. 22/Nisan/1890, D. 90. I. 465. 11/2 inci Teşrin/1896, D. 97. I. 871. Civ. C. 1/Temmuz/1913. Bu hâdisede, bir ruhban cemiyetinin tasfiye memuru bida-yet mahkemesindeki istihkak dâvasında hak kazanıyor ve hüküm tasfiye memuru- nun dermeyan ettiği bilcümle vesika ve vakıaları birer birer zikrediyor. Tasfiye memuru neticeyi talebinde bu hâkmün tasdikini istiyor.

Dâvada ileri sürülen bir vesikaya istinadeden bir mahkeme kararı, mücurret bu atfile kâfi derecede mucip sebeplenmiş olur. C. 17/Şubat/1886, D. 86. I. 443. 20/ 1 ei kanun/1895, D. 96. I. 235, Civ. 30/2 ei kanun/1905, Gaz. 2/Şubat. Cpr. C. 31/ Mart/1896, D. 97. I. 442.

Dalloz, V. Jugement, Supplément, NO. 745.

[3] C. 12/Haziran /1903, D. Os.I. 616.

Bir kazadan vütevellit mesuliyet dâvasında, ve kusuru testis eden muayyen bir vakıanın bizzarur mezkûr kazaya sebep olduğunu yahut ağırlaştırıldığını teyit eden neticeî talep fizerine, şayet ilk hâkimler bu vakıanın tahkikını emretmişlerse, istinaf mahkemesinde mücurret kararı tasdikını istemekle müddei bu vakıanın delilli-ni arz etmiş olur.

Binaenaleyb, böyle bir faraziyyede, istinaf mahkemesi müddeinin sözlerinin hakikiliğine yahut muhtemelliğine başkaca itiraz etmeksizin "basit bir teyitten başka bir şey dermeyan etmediği, bahanesile onun iddiasını doğrudan doğruya reddede-mez.

kabulü suretile ilk hâkimlerin kararını tasdik eden istinaf kararı, istinaf eden tarafından ilk defa istinafen dermeyan edilen tali neticeî talepleri bu suretle cevapsız bırakır [1].

Istinafın gayesi yapıldığı iddia olunan hataları düzeltmektir.

Muhakeme yeniden başlar. Ekseriya yeni neticeî talepler serd ve yeni vesikalar ibraz olunur.

Kayıtsız şartsız tasdik rahat bir yoldur; ve maalesef istinaf mahkemesinin pek çok daireleri ( bunlara Evépués denir) vardır.

1810 tarihli kanunun 7 inci maddesi mucip sebeplerin muhkem olmamasını değil fakat mutlak ademi mevcüdiyetini butlana mâruz bırakmaktadır.

Yazış bakımından makul olmamakla beraber, hakikaten, mucip sebepleri ihtiva eden fıkrayı hükmiyeler mevcuttur. Bu suretle, bazan mucip sebep yokluğu telâfi olunabilir.

Gösterilen mucip sebeplerin umumi olduğu hallerde, bu umumiliğın kanunun ihlâlini başka bir suret altında gizlemediğini, hüküm başlığının beyanlarına göre, takdir etmeğe temyiz mahkemesinin hakkı vardır [2].

[1] Civ. C. 1/Ağustos/1912.

Müddei, bidayet mahkemesinde reddolunan mesuliyet davasını ispat için mahkemede hasımlarına karşı serdettiği esbabı şikâyetten başka, onlara isnat ettiği vakıanın bir diğer sebepten dolayı mesuliyetlerini mucip olacağını iddia ettiği zaman, ilk hâkimlere dermeyan edilmeyen bu noktayı nazarı istinaf kararı mülâhaza etmeden, ilk hâkimlerin kararını tasdik için onların mucip sebeplerini kabul etmekle iktifa ederse istinaf kararı mucip sebep yokluğundan dolayı nakzolunmalıdır. Ç. 23/ Birinci Kanun 1908, Gaz. 30/1 ci Kanun.

Bazı noktalardın talebin varit olduğunu mucip sebeplerinde kabul etmekle beraber bu noktaları fıkrayı hükmiyesinde tamamen reddeden bir hükmün, ikinci derece hâkimlerinde ıslahını, tezadı onlara göstererek, istiyea istinaf edenlerin neticeî talepleri karşısında, aleyhine müracaat olunan kararın mucip sebeplerini sadece kabul ederek onu tasdik eden istinaf kararı aynı itaba maruz kalır. Ve binnetice 20/Nisan/1810 NO. ı kanunun 7 inci maddesini ihlâl eder.

[2] Burada hukuki mesnedin yokluğu mevzu bahis değildir. Bak. yukarıda, sahife 333, 334. Cr. C. 23/Mart/1904, S. 08. I. 221. 1/Mart/1905. S. 06. I. 200.

Mahkemeler kararlarında mucip sebepler göstermelidirler. Mahkemeler, meselâ, " iddia sebebinin ne fiilen nede hukuken muhik olmayacağından, bahsile iktifa ederek red kararı vermezler, böyle bir formül mahkemeî temyizizin, hâkime kararını verdirten hangi fiilî ve hukuki mülâhazalar olduğunu takdir etmesine müsait değildir.

Hâkim tarafından yapılan kayıtsız şartsız beyanlar, müstakil ve vazih maddeler şeklinde sarahaten arz edilen, müspet iddialara bir cevap teşkil etmez. Crim. C. 13/Nisan/1905, Gaz. 18/Nisan.

Müphem bir cevap, cevap değildir.

*Müphem mucip sebepler.* — Şayet karar, suali sualle halie kalkarsa mucip sebep yoktur; müphem şekilde ifadei meram ederse netice aynıdır[2].

Zımnî mucip sebepler.— Bir veya müteaddit zımnî mucip sebep mevcut olunca mucip sebeplerin yokluğu bertaraf olur [1].

Zımnî mucip sebepler şekli değildirler; fakat vakıanın beyanında yahut kaziyede bilkuvve mevcuttur [2].

Meselâ ayai dâvaya müstenit aslî ve talî neticesi talepler mevcut olduğu zaman, aslî neticesi talebin kabul veya reddi hususunda serdolu- nan sarîh mucip sebepler, talî neticesi talep için kabul olunan aynı sureti halli zımnîen muhik gösterirler.

Aynı suretle, aslî bir talebin neticesi olan talî bir talep hakkında vaziyet böyledir.

---

Mahkemei tenyizin mutat formülü şöyledir: " bu derece müphem tâbirlerle ifade olunan mucip sebeplere müstenit olmasına ve bu mucip sebepler mahkemei temyize kontrolünü yapmağa müsait bulunmamasına binaen aleyhine müracaat edilen karar mucip sebepli telâkki edilemez;

" Binnetice karar, 20/Nisan/1810 tarihli kanunun 7 inci maddesini ihâl etmiş- tir; nakzına . . .

[2] Müphem mucip sebeplerin bir mahkeme kararına mesnet teşkil edemeyecekleri usuldendir. Dalloz, supplément. V. jugement, NO. 738. C. 2/Mart/1831, D. 82.I. 199. 11/Şubat/1895, D. 95.I. 359. 10/Şubat/1913.

[1] Zımnî demek sarîh olmiyan, bir kaziyede (d'une manière virtuelle, bilkuvve) dahil bulunan demektir. (Virtual, bilkuvve mevcut olan) kelimesi (virtus) kuvvet, iktidar teriminden gelir. (Sens virtuel, bilkuvve mevcut mâna) demek hükmün, ihtiva ettiği tâbirlerden müstakil olarak, kendi kuvvetile malik olması lâzım gelen mâna demektir.

Burada (la théorie du développement des idées, fikirlerin inkişafı nazariyesi) mevzuubahadır.

Zımnîlik nazariyesinin tatbik sahası yalnız mucip sebepler bahsi değildir.

Müruru zaman hakkında bakınız: C. 21/Mayıs/1833, s. 84. 1. 422. 6/1 ci teşrin/1899, s. 03. 1. 500; D. 01. 299. fıkraî hükmiye hakkında bakınız: C. 11/Mayıs/1813, s. chr. cilt. rej. 26/ikinci teşrin/1913 (kendi raporunuza)

[2] Bir kararın, usulüne uygunluğu için, zımnî sebepler kâfidir. C. 19/2 ci kânun/1869, s. 69. 1. 234. 15/2 ci teşrin/1869, s. 70. 1. 134. 5/Nisan/1875, s. 76. 1. 155. 14/1ci kânun/1875, s. 76. 1. 58. 31/2 ci kânun/1876, s. 75. 1. 148. 4/Şubat/1835, s. 85. 1. 507. 5/2 ci kânun/1890, s. 91. 1. 276. 9/Mayıs/1892, s. 92. 1. 423. 21/2 ci kânun/1896, s. 97. 1. 245. 11/2 ci kânun/1899, s. 99. 1. 383. 2/2 ci kânun/1901, D. 1901. 1. 221.h

Aynı suretle, bir nokta hakkında serdedilen mucip sebepler, diğer bir noktayı bilkuvve bertaraf ederler [1].

Delilî arz edilen bir vakıya Zıddolan bir vakıanın isbat edilmesi bu delilî arzını muhtevi neticeî talebin reddini zımnen mucip sebeplendirir.

Bazı vakıaların mevcudiyetinin kabulü, zıd vakıaların inkârını farz ve binnetice istilzam eder.

Bir sebebin kabulü bizzarur muhalif sebebin inkârını mucib olur; huki bir tezin kabulü, muhalif tezin reddini tazammun eder.

Bir neticeî talep maddesini kabul veya reddetmek için gösterilen mucip sebepler, bu neticeî talebin zaruri neticesi olan mevadda da tatbik olunur [2].

[1] Beñihdir ki aslı bir talebin, mücerret, reddedilmesi, yalnız bu talebin kabulü için beyan olunan tali taleplerin reddini mucip olur (tazminat, inşaat, tahribat V. S..)

[2] Bir butlan sebebi, dâvanın ademi mesmuyeti def'i, alel itlak bir def'i kabul olduğü zaman esas dâvanın tetkiki lüzumsuzdur.

Şayet istinat edilen kanunun hükmü, hepsi zaruri olan, muhtelif şartlara lüzum gösteriyorsa bunlardan birisinin dâvada mevcut olmadığını beyan eden istinaf kararı diğer şartları tetkika muhtaç değildir.

Neticeî talep maddesinin cevabı yahut reddi, ekseriya mucip sebeplerin heyeti umumiyesinden istihraç olunur. C. 4/1 inci kânun/1887, s. 38. 1. 233.

Bununla beraber, çok esprili bir avukat, biraz da haklı olarak, bu tarzı hareketle mucip sebep olmıyan mucip sebep çıkarılır diyor.

Bir çatmada, çatan gemi kaptanına kabili atıf dır kusur mevcut olmadığını beyan eden bir istinaf kararı bu beyanile, çatmanın ancak ya batan gemi kaptanının kusuru yahut mücbir sebep yüzünden olduğuna zımnen fakat zaruri olarak karar vermiş olur ki bu, kanunu medeninin 1384 üncü maddesinin birinci paragrafına müstenit neticeî taleplere cevap vermeğe kâfidir, ve bu bakımdan karara mucip sebep yokluğu iddiasile müessir bir şekilde itiraz olunamaz, civ. rej. 22/Nisan/1913.

Bir ehli vukuf raporunun tasdikini ifa etmekle, hâkimler, raporun yalnız neticesini değil fakat mucib sebeplerini dahi bilkuvve kendilerine mal edinirler. Ve binnetice hâkimler 26/Nisan/1810 tarihli kanunun 7 inci maddesi hükümlerini kâfi derecede tatmin ederler, ve bu kanunun ihlâli iddiası, bundan dolayı, temyiz mahkemesinde müessir surette dermeyan olunamaz. C. 30/2 ci kânun/1905, Gaz. 2/Şubat.

Hasta yahut hali nekahatte her âza, odasından çıkmak için, şirket doktorunun, çıkma saatlerini tesbit eden, bir sertifikasını tedarik etmek mecburiyetindedir, şayet başka saatlerde görünürse, üçüncü defa ihlâlinde, heyeti umumi tarafından şirketten ihraç olunabilir hükmünü ihtiva eden bir karşılıklı yardım şirket nizamnamesi muvahhacesinde — altı sene müddet zarfında, ikâmetgâhi haricinde, üç hastalık devresi sırasında, çıkmasına müsaade edilmeyen saatlerde, üç defa görülen bir şirket âzasının ihracını beyan eden bir hüküm, üç defa ihlâlin, bir tek ve aynı hastalık esnasında değil fakat, âzanın şirkette bulunduğu müddetin her hangi bir devresinde işlenmiş olması lâzım geleceğini tazammun eder ve istinafen bu yolda ilk

Bir kaziyenin kübra ve sugrası inkâr olununca, ondan istihrac edilmek istenen tekml neticeler böylece; bilkuvve reddolunur.

Bidayet mahkemesi hükmünün bazı mucip sebepleri olur ki, istinafen arz olunan bir teze peşinen cevap verirler. Böyle mucip sebeplerin kabulü, istinaf kararını mucip sebep yokluğuna müstenit nakızdaa korur.

Mucip sebeplerin tenakuzu. — mucip sebeplerde tenakuza ne demeli? Bu çeşit kararları yazana karşı nekadar sert olursa azdır [1].

Bir adli kararın mucip sebeplerinde tenakuz, mucip sebeplerin yokluğuna muadildir. Filhakika, bu mütenakız mucip sebepler karşılıklı olarak birbirlerini ifna ederler [2].

---

defa olarak ileri sürülen netice talebe peşinen cevap verir.

Karı kocadan birinin lehine ayrılığa hüküm vermek için, istinaf kararı, bu tarafın talebille emrolunan tahkikat neticeleri üzerine binayı hüküm etmekle, hasımının sözlerinin esası olmadığını ve bu sözlerin kendi müteakabil ayrılık talebinin kabulünü mucip olacak ağır bir hakaret teşkil ettiğini iddia eden diğer tarafın netice talep maddesinin reddini zimnen ve fakat zaruri olarak mucip sebeplendirir.

Hukuk dairesinin bir kararından alınma iyi bir formül:

“Bu mucip sebep yalnız aslı netice taleplerin reddine tatbik olunmaz., Mucip sebebin umumi ifadesinden istenen ehli vukuf tetkikatının fidesizliği de zimnen istidlâl edilir olmasına binaen...”

[1] İrtibatsızlık, fikirlerin fena birleşmesinden başka bir şey değildir. Tenakuz, bilakis bir yazış ayıbından ibarettir. tenakuz, hükümlerde, kendi kendisiyle hali muhalefete girmektedir. Burada meblin ayıbı sebepleri gibi bir şey vardır.

[2] Müstakar mahkeme içtihatları.

Mütezat mucib sebepler, müteakabilen birbirlerini imha ederler, ve her hangi bir vazih tefsire mahal bırakmazlar. Bu suretle kâleme alınmış bir karar, hakikatte, mucip sebepten mahrumdur. Faye, sahife 118.

Mucip sebeplerinde, ileri sürülen kabahat suçlarının ticari bir ihtilaf teşkil ettiklerini beyan edip, fıkrai hükmiyesinde bu kabahatların sabit olmadığını tesbit eden bir hüküm tezaad sebebiyle bozulmalıdır. Crim. C.7/2 ci teşrin/1912.

Dâvanın neticesine bağlı ihtilâflı bir mesele karşısında, arz olunan iki yoldan birisini seçerek halli mesele etmek için istinaf hâkimleri, aynı meselenin sureti halinin, en nihayet gayri sabit olduğunu beyan eden bidayet hâkimlerinin mucip sebeplerini kabul etmekle başlayarak, diğer taraftan, bidayet mahkemesinin hükmile gayri kabili telif bulunan yeni mucip sebepler dermeyan ederlerse vaziyet yine böyledir. Civ. C. 9/1 ci kânun/1912.

Bilakis, esasa hüküm veren hâkimin kabul ettiği, bir senet hamilinin adli müşavirin tayini için müteakaddim merasimi yapmağı bilmediği vakıası, adli müşvirin tayininde sora senedin imza edilmiş olması vakıasile katiyen gayri kabili telif değildir. Aleyhine müracaat edilen kararın bu iki müteakip ifadesi arasında hiç bir tenakuz yoktur. Civ. rejet 24/Haziran/1913.



mucip sebeplerle fıkrai hükmiye arasında ki tenakuzda da vaziyet böyledir [1].

Burada mevzu bahis olan tenakuz fiili mucip sebeplerdeki tenakuzdur.

Hukuki mucip sebeplere gelince, tamyiz mahkemesi bizzat, hatalı mucip sebepleri nazarı itibara almayarak, fıkrai hükümüyeyi muhik gösteren mucip sebeplerle iktifa etmeğe hakkı olduğunu kabui etmektedir.

## İkinci Bent

### *Açıklık ve vecizlik. Lüzumsuz mucip sebepler.*

1 — Açıklık. — Bir hüküm, ne tavzihe ne de tafsile lüzum hissettirmemelidir.

İyi ifade olunmuş bir hüküm asla tefsire muhtaç değildir.

Bilhassa açıklığı gaye yapınız. Rivarol haklı olarak, “açık olmanın Fransızca değildir” demiştir [2].

İki mânalı, şüpheli yahut bulanık her cümle, açıklığa nakise getirdiğinden esas itibarile merduttur.

İki mânalı cümle demek iki türlü tefsire müsait cümle demektir. Mânası iki cihetlidir.

İki mânalılık, cümlenin tarzı ifadesinden yani, terimlerin mânasının şüpheli olmasından değil kelimelerin tarzı tertibinden hasıl olur. Bizim (qui, ki), bizim (que, ki), bizim (il, o), (son, onun), (sa, onun), (se) lerimiz ekseriya iki mânalılığa sebep olurlar. Zamirleri suiistimal etmektense isimleri tekrar kullanmak çok daha eyidir.

[1] Mucip sebeplerle, fıkrai hükmiye arasındaki tenakuz, nakuz sebebidir.

C. 5/2 ci kânun/ 1876, S. 76. 1. 343; D. 76. 1. 10.

[2] Vannier, La Clarté française, sahife 262.

D'Alembert diyor ki: “açıklık zahmetsizce maksadını anlatmaktan ibarettir; buna iki yolla vasıl olunur: Tabii tertip içinde her fikri yerine koyarak, ve bu fikirlerden her birini açıkça ifade ederek. Eğer şüpheli terimlerden, iki mânalı tarzı ifadelerden, esas fikre arzî ve tâli kalan fikirlerle çok mahmul ve çok uzun cümlelerden içtinap olunmuşsa bu fikirler açıkça ve kolayca ifade edilmiş olur.

“Yazan maksadını anlar, ve sırf bu sebepten başkalarının da anlıyacağını sanır; fakat okuyan aynı fikir hazırlığına sahip değildir; kelimelerin tertibi o suretle zorlamalıdır ki okuyan, ancak yazanın duyurmak istediği mânayı cümleye verebilsin.”

Medeni kânunun 1332 inci maddesi iki mânaya gelir tarzda yazılmıştır.

Bir cümleyi şüpheli yapan şey, tabii kullanışı sarahaten tesbit edilmiş olarak istimal edilen bazı kelimelerin esaslı gayri muayyenliğidir [1].

Cümleyi teşkil eden kelimeler ilk nazarda bir cihetten alâkaları var gibi görüldüğü halde hakikatta başka bir cihetten alâkaları bulunduğu ve binnetice fikirler ne açık ne de kolay anlaşılır şekilde olmadığı zaman, mâna bakımından cümle bulanık demektir.

O halde, hâkim açık ve kısa terimlerle maksadını anlatmalıdır [2].

Terimlerin tabii mânalarını tahrif etmekten sakınmak icabeder.

Nihayet, istifhamlı yahut müphem formüllerden içtinap etmek zaruridir [3].

Hâkim sırf faraziyeler içinde kalmaz. O beyan etmeğe karar vermeğe mecburdur.

2 — Vecizlik. — Açık olmamak kusurundan ayrı olarak, hükümlerin yazışında mutata kusurlar, sözü uzatmak yahut pek fazla kısaltmaktır.

[1] D'Agnesseau XIV üncü açış nutkunda (dikkat hakkında) şu mütalâada bulunmaktadır: Tezviratın hâlâ menbaları vardır . . . Kararı cerh yahut def etmek için tezviratın bir gün aleyhte istimal edebileceği müphem terimlerden, şüpheli ifadelerden içtinap etmelidir. Tezvirat, dikkatli bir hâkime karşı tesirsiz bir gayrettir. O, bütün kararını incelemek için gösterdiği gayreti kararının her bir kısmını inceden inceye düşünmek için de gösterir.

Kendisinden sonra bir mastar gelen (faile, yapmak) fiili ekseriya şüpheli mânalara sebep olur.

Meselâ, bir at canbazı aşağıdaki yazılı şekilde bir teminat senedi veriyordu: "M. de Grandcour'a tam bakla kırması bir at sattığımı tasdik ederim; onu gördürsün (qu'il le fasse voir), kusura olmadığını temin ederim."

Halbuki at kördü.

(Avez — vous fait manger votre monton? = koyununuzyu yedirttiniz mi?) iki mânaya gelebilir.

Bir kasabın yazdığı şu kelimeler de iki mânaya gelir: "Je m'engage à faire ton ermon apprenti, = çarığımı (çırağımı) kestirteceğimi temin ederim".

[2] Düşünce açıkça nakledilmelidir. Münekkah olmak hakiki açıklıktır.

Descartes haklı olarak diyor ki: "bedahet açıklıktan ve fikirlerin seçkinliğinden husule gelir". Tamamlamak için şunu da ilâve etmek lâzımdır: "Ve fikirlerin mantıklı surette tertiplenmesinden".

[3] Bazı nadir hallerde bu kaideden ayrılmak lâzımdır. Meselâ, zilyedlik davasına (le possesseur) bakan hâkime, zilyedlik davasıyla istihkak davasını (le pétitoire) ictima ettirmek memnundur. Fakat bu hâkim zilyedliği meydana çıkarmak için senetleri tetkik etmeğe mezdundur. Bununla beraber esasa hüküm veremeyeceğinden, onları tetkik ederek, şöyle demek mecburiyetindedir: Bu senetler . . . İpat eder gibi gözükmesine nazaran . . .

Bu haller haricinde, kaçamak, yola, farazî mucip sebepleri hiç bir hukukî kıymeti yoktur. Hâkim, bu beyazdır yahut siyahtır demek mecburiyetindedir. C. 2/mart / 1881, D. 82. 1. 199. 11/Şubat/1895, D. 95. 1. 359. 10/Şubat/1913.

Sözü uzatmak [1], mülâhaza sebeplerinin yayılıp dağılması ve pek fazla mebzul olmasıdır. Cousin'in dediği gibi "âciz kimselerin açık olması, lüzumsuz sözlerden, ve bir nevi gevezelikten ibarettir."

Pek sayanı tavsiye olmakta beraber, kısalık ta tehlikelidir, çünkü gerçekten ifade edilmiş muhtelif fikirleri ihtiva ettiği halde bu fikirler o kadar sıkışık bir vaziyette ifade olunmuşlardır ki bazan ilk bakışta kavranamazlar.

Asıl sanat vecizliktedir. Hâkim için, bu esaslı vasıf şunları icap ettirir: Bütün bir fikirler ufku geniş ve çabuk bir bakışla kavramak hassası ve bu fikirleri aynı zamanda ruhlı, kesip atıcı, parlak bir tarzda ifade etmek kudreti [2].

Çok defa, hükümler lüzumundan fazla mucip sebepleri ihtiva ederler.

Bir mucip sebep, esasa hüküm veren hâkime usulen havale edilen bir ihtilâfın halli için faidesiz olduğu zaman, lüzumundan fazla addolunur [3].

[1] Her sadet harici söz çıkarılmalıdır. ( Rien de trop, fazla hiç bir şey ) dar-bümeseli tatbik edilmelidir. Ertilmek istenen hedef, basit, açık, yumuşak, süsüz, doğruca gayeye giden bir lisandır.

[2] Münekkah olmak ve vecizlik hakkında, Franklin'den eğlenceli bir fıkrâ anlatalım:

" Bir şapkacı yeni açacağı dükkânına, hazırladığı levhayı açacağı sırada dostlarının fikirlerini soruyor. Levhayı — tabii şekilde resmedilmiş bir şapka altında — evvelâ şöyle yazmıştı: " John Thompson. Şapkacı, peşin para ile Şapka imal eder ve satar, .

Birinci şahıs "şapkacı, ketimesinin tamamen lüzumsuz olduğunu ileri sürdü. Bu kelime kaldırıldı. İkinci şahıs "Peşin para ile, nin hiç değtise faldeziz olduğuna işaret ederek, umümiyetle, bir şapka almak için kredi istenmez, fakat istenmiş olursa vermek belki de muvafıkı maslahat olabilir dedi. Bu kelimeler de kaldırıldı ve levha şu şekle girdi: „John Thompson. Şapka imal eder ve satar, . Üçüncü bir şahıs, bir şapka satın alındığı zaman, ekseriya ecaebî malı olması tercih olunur; "imal eder, kaldıralım iddiasında bulundu. Sonuncu akıllı bir münekkit: "şapka satar, fakat azlîm onları bedava verdiğini kim farz edebilir? diye bağırıldı. İki kelime daha kaldırıldı ve ilk levhadan yalnız bir şapka resmile altında John Thompson ismi kaldı.

[3] İki halde bu böyledir.

Birinci halde usulî dairesinde serdedilmiş neticeî taleplerle bidayet mahkemesine veya istinaf mahkemesine bilfiil havale olunan bir mesele mevzu bahis olup, bu halde az çok tenkit olunabilecek diğer mucip sebepler hesaba katılmadan mahkeme kararı yahut istinaf kararının bazı mucip sebepleri bu neticeî taleplerin ret yahut kabulünü muhik göstermesi kâfidir.

C. 6/I ci kânun/1910, D. 1912. I. 144. 7/2 ci Teşrin/1911, D. 1911. I. 493.

İkinci halde, esasa hüküm verecek hâkimlere usulüne uygun neticeî talepler yolu ile havale olunmamış bir mesele mevzu bahistir. Bu halde, hâkimlerin dāvaya yabancı olan bir nokta hakkında söyleyecekleri sözlerin hiç bir ehemmiyeti yoktur;

Bir kararın, hulâstan, kusurlu bir yazışa rağmen şayet hükümlerinin esası kanuna uygunsa, mucibi nakız olmayacağını Temyiz Mahkemesi beyan etmektedir.

Bu, lüzumsuz mucip sebepler tezidir.

bundan dolayı kararları kusurlu olamaz, çünkü bu nokta hakkındaki mucip sebepler, yalnız dahi olsalar, ihtilâfın hakiki mevzuuna nisbetle, bizzat onlarda, lüzumsuzdurlar.

Filhakika, hâkim ihtilâfın halli için faidesiz olan bir mesele hakkında mucip sebep göstermeğe mecbur değildir.

C. 19/Mayıs/1862. D. 62. I. 450. Cpr. C. 24/Haziran/1874, D. 75. I. 85 ve not 8 sahife 86. Dalloz, Répert., V. Jugement. No. 287 ve müteakip.

Temyiz Mahkemesinin bu hususta istimal ettiği formüller şunlardır:

1. " mucip sebeplerin hukuki kıymetini tetkik etmeden bu mucip sebeplerle istinaf mahkemesi... takdir ederek ... beyan etmesine binaen...: şu ciheti göz önün de tutmak kâfidir ki...

2. "... olduğu halde mucip sebeplerin birisinde... diye beyan etmek suretile istinaf mahkemesinin işlediği hata, mukavelenin şansa bağlı mahiyeti diğer mucip sebeplerle sabit olduğundan, nakız sebebi olmamasına binaen ...

3... Kararlarında ki mucip sebeplerin birinde, istinaf hâkimlerinin kanunen kabul surette karar vermiş olup olmadıklarını aramak, binnetice faidesiz olmasına; ve aleyhine müracaat edilen karar, diğer mucip sebeplerle kanuni mesnedini bulmasına binaen...

4. "Gerek... ve gerekse... ya müteallik mucip sebepler (ki bunlar lüzumsuz nevîdendir) şayanı tenkit görülmesine ve beyanlarının mütebaki kısmı istinaf kararına kanuni mesnedini temine kâfi bulunmasına binaen;

5. "İstinaf kararının diğer mucip sebeplerine karşı temyiz istidasında gösteren tenkitler ne kadar mevsuk olursa olsun, binnetice fıkrayı hükmiye... hususatın tesbit edilmesile mesnedini bulunmasına binaen..."

(I inci hal) D. 90. I. 465, 8/Temmuz/1904, D.05.I. 181. 17/2 ci kânun/1906, D. 06. I. 287. 30/2 ci Kânun/1907, D. 1910. I. 190. 12/Temmuz/1909, D. 1910. I. 372. 3/Ağustos/1909, D. 1910. I. 360. Civ. C. 8/Temmuz/1913.

Dalloz, Table quinquennale 1907, 1911, V. Motifs des Jugements No. 39 ve müteakip Cpr. C. 2/2 inci Kânun/1904, V. 04. I. 39.

Bu prensipler, hâkimin, bilhassa, kanunen muayyen bir istikemette hüküm vermek mecburiy-tinde kaldığı ve hakkı takdirini istimal etmediği hususlarda kabili tabiktir.

Böylece, hâkimler hukuk usulü muhakeme kanununun 233 cü maddesinde tadat olunan şahadete karşı vâki tasnaları kabul etmeğe mecburdurlar; ve sabit oldukları vâkit onları keyfi surette reddetmek hakkına sahip değildirlar.

C. 12/ ikinci Kânun 1848, D. 48. I.II. 8/Temmuz/1907, D. 07. I. 517 ve not. Garsonnet, cilt 2, sahife 509, not 15. Dallöz, C. de Procéd, madde 283, No. 3726 ve müteakip.

Filhakkia, temyiz yolu ancak, yalnız başına hükmü teşkil eden fıkrayı hükmiyeye karşı açıktır.

Fakat bizzat fıkrayı hükmiyede mucip sebep teşkil eden bir beyan bulunabilir. Bu beyan, şayet lüzumsuzsa, fıkrayı hükmiyeyi sakatlamaz.

### Üçüncü Bent

#### *Adli üslûp. Hukukî istilâhlar ve förmüller.*

Üslûp, bir muharririn düşüncesini ifade için bir lisanın vasıtalarını benimsemek hususunda kullandığı usullerin heyeti mecmuasıdır.

Pascal takip olunacak bir modeldir. Üslûbu canlı, çok dokunaklı, açık, keskindir. Mutad usulü tezaddır: Cümleleri hemen hemen mütenazır zıddiyetlerdir.

Montesquieu'de çok iyi bir modeldir. Üslûbu metin, kuruluşu varacak kadar muhtasardır. Cümleleri kısadır.

Nihayet, La Bruyère'de mütalâa edilmelidir. Üslûbu uyanık, ihtilaçlı, işlek, tasviridir. Nesri kesik ve kısaltılmıştır.

Birinci reis Larombière, her şeyden evvel Leconte de Lisle tarafından yapılan Homère tercümesini takdir ediyordu. Vazih ve kuvvetli bir lisanla, onu mütalâa ederek nail olunur diyordu.

Adli üslûp şiddetli olmalıdır. En az kelime ile en çok şey ifade edilmelidir.

Edebiyat yapmağa çalışmamalıdır. Evvelce dediğimiz gibi, medenî kanunun terimlerine nüfuz etmeli ve temyiz mahkemesi istida dairesinin ve bilhassa hukuk dairesinin kararlarını mütalâa etmelidir [1].

3. Civ. C. 13/Mart/1899, Gaz. 28/Temmuz, D. V. Cassation, No. 144 — 3.

4. C. 20 floréal sene 11, S. cher. 29/1ci Teşrin/1830, S. Chr.

25/Ağustos/1831, S. 32. I. 307, 11/Mart/1857, D. 57. I. 124. 5/Nisan/1875, S. 75. I. 157; D. 75. I. 296.

Umumiyetle hukukî hata, ancak aleyhine müracaat edilen kararın fıkrayı hükmiyesini haleldar ettiği zaman bir temyiz sebebi olabilir. Hukukukî hata yalnız mucip sebeplerde bulunduğu zaman, şayet diğer mucip sebepler kararı muhik göstermekte iseler, hiç nazarı itibara alınmayabilirler. Bak.

Fakat, bir hükümdeki istilâhların tabii mânalarından, bizzat hüküm ile telife mutlak imkânsızlık bulunmadıkça, ayrılmamalıdır.

[1] Stendhal meslek hayatının başlangıcında (1803), "üslûpta aranacak tek müziyet açıklıktır, demişti, ve bilâhara, gerçekten bu onun yegâne ideali oldu. Bak. M. M. Stryeaski ve de Nion tarafından neşredilen, Journal (1801 — 1814).

Kararı kaleme alan reis, şekil güçlüğüne üzüntü ile hissetmeden üslûbuna ihtimam etmeğe, uygun istihlaları bulmağa, yerli yerine konması ve kati olması lâzım gelen «kelime» ile uğraşmaya mecburdur.

Elde pek büyük miktarda kelime, müteradif kelime bulundurmali, onları mümkün olduğu kadar tekrar etmeden kullanmalıdır.

Bütün, büyük yazarlarımız için birer lûgatça vücuda getirilmiştir; meşhur müelliflerimizden her birinin kendisine mahsus tarzı ifadesi hususi çehresivardır. Hâkim, mütalâalarında bu lûgatçaları hatırında tutmağa, onları benimsemeğe çalışması lâzımdır.

Terim fakirliği, filbakika, fikir membalarını zayıflatır. Yerine has istihlah bulunmadığı zaman, tatminkâr olmakla beraber aşağı yukarı uygun olanına müracaat edilir.

Adli hiç bir lûgatça mevcut olmadığından, yerine has terim ve ifadeleri kararda aramak ve istimleri mutad hale girecek şekilde onları mot etmek lâzımdır.

Bu suretle, tabaddüs eden muhtelif hallere isabet eden bir amelî tarzı ifade listesi elde edilir.

Bu listeyi hatırlamak, onu tetkik etmek suretile bu terim ve tarzı ifadelere, çok çabuk bir şekilde imtisal edildiği görüldük mütehayyir kılınır.

Bu suretle: In promptu, in manu habere verbum'a vasıl olunur.

Boileau'ya musallat olan endişeden [1] böylece korunmuş olursunuz. Zaten, meşhur şairin usulü şayanı tavsiye değıldir [2].

Modeli — nice defa söylediği gibi — medeni kanun olmuştur.

Diyor ki: "La Chartreuse'ü yazarken, üslûbunu bulmak için, daima tabii olmak gayesile her sabah medeni kanundan iki üç sahife okuyordum. Ben sül'î vasıtalarla okuyucunun kalbini teshir etmek istemiyorum... La Chartreuse medeni kanun gibi yazılmıştır." Correspondance inédite, cilt 2, sahife 275, 297. Armande'ın mukaddemesine bak. — Stendhal'ın edebî itirafları için, ismi geçen mecmuasına bak. Bak. Stendhal'ın san'at ve hayatı.. tarafından (Alcan); Victor Hugo'nun Postscriptum de ma vie mecmuası hakkında Edouard Rod'un kitabında da güzel pasajlar vardır: "Üslûbun sıralarını öğrenmek için Stendhal her sabah medeni kanunun bir sahifesini okuduğu zaman ..."

Kezalik Albalat'ın Le travail du style'ine bak. Sahife 252, 253.

Fakat Stendhal bu suretle bir hata ediyordu.. Kanunu medenin üslûbu karar ve hükümlere uyar fakat edebî eserlere asla. Çok kuru ve çok basittir.

Stendhal, hakikatta fena bir muharrirdir. Onda bahsîlik renksizdir; solgun revnaksizdir. Fakat bir hüküm, bir roman yahut bir tarih hikâyesi değıldir. Tabii olalım.

[1] Boileau'nun usulü zahmetli bir usuldür:

"Benden kaçmış olan kelimeyi, ararım bir orman kenarında.."

[2] Üslûp bakımından, Boileau, Adli bir karar yazan için çok fena bir modeldir.

Noktalama dikkatle yapılmalıdır, çünkü cümlenin mânasını değiştirebilir [1].

Noktalı virgülün istimali memnuniyet verici bir şekilde cümleyi keser; ve ikinci kaziyeyi iyice meydana çıkarır [2].

Uzun cümlelerden sakınmalıdır. Evvelâ onları okumak zahmetlidir; sonra gramer yanlışlıkları kolaylıkla ara yere sokulur, çünkü fiilin faili gözden kaybedilir, filân kelimenin falan kelime ile münasebettar olması lâzım geldiği unutulur, v. s.

Onu taklit etmemelidir. Uygun kelimeyi bulamamak yüzünden durmağa mecbur kaldığı zaman, akla gelen kelimeyi, son yoklamada tekrar ele almak için alta çizilerek, muvakkaten kaydetmek lâzımdır. Bu suretle, fikir kaynaşması, yaratma gayreti kesilmemiş olur. Düşünce ve muhakeme faaliyetinin kesilmesinden ise muvakkat bir yazış daha eyidir.

Bununla beraber, müteakiben aramak, katı ıstılahı bilâhara bulmağa gayret etmek şartı ile ancak bu şekilde hareket olunabileceğini tekrar edelim.

Fakat, bu usulün ancak bizzat üslûp hakkında, daha açık daha doğru terimler hakkında tatbik olduğuna işaret edelim. Düşüncenin kendisi, tertip, münakaşa, muhakeme katiiyen ihmal edilmemelidir. Bu bakımdan hiç bir şey muvakkat olmamalıdır.

Eğer gayri kâfi bir yazış ile iktifa olunursa, vaki olabilecek en ufak mahzur, her bir parçası ayrı olarak elde işlenmiş ve bu suretle ittisalden mahrum kaldığı için "martelé, parçalanmış, denen bir üsûba münear olmaktadır. Bu üslûp insicamsız, zorakidir.

M. Albalat'ın Colin tarafından tab edilen aşağıda isimleri yazılı şayanı dikkat eserlerini, ne kadar tavsiye etsek azdır: *L'art d'écrire. La formation du style. Le travail du style. Comment il faut lire les auteurs classique français.*

[1] İngiltere kralı 1 inci Şarl'ın dâvasında, hükümlerin şektine riayet edilerek muvazaa yapıldı. Bu hükme iştirak edenlerin ergeç aranacağını evvelden gören bir hukukşinas, hiç noktalamadığı şu sözlerle işin içinden kendini sıyrıldı: *Regem vestrum occidere nolite timere bonum est si omnes consentiant ego non contradico.* Şu tarzda noktalandığı takdirde: *Regem vestrum occidere nolite timere; bonum est. Si omnes consentiant, ego non contradico.* Manâsı: kralınıza öldürtmekten asla korkmayınız. Bu bir hayırdır. Şayet herkes ona razı olursa, ben asla muhalefet etmiyorum. Şu suretle notalandığı takdirde: *Regem Vestrum occidere nolite Timere bonum est. Et si omnes consentiant, ego non, contradico.* Manâsı: Kralınızı asla öldürtmeyiniz, neticesinde korkmak hayırlıdır. Herkes buna razı olduğu takdirde, ben razı değilim, ben muhalifim.

Figaro'nun evlenmesinden (111 . 15), virgülün mevcut olup olmadığını münakaşa edilen bir sahneyi hatırlatalım:

Yazıda: O parayı ona iade edeceğim ve onunla evleneceğim; denmiyor fakat, o parayı ona iade edeceğim yahut onunla evleneceğim, deniyor. Arada çok fark vardır. Perde III . sahne XVI.

Aşağıdaki cümlenin bilhıttiyar yalnız surette noktalananmasla nasıl gülmüç bir tesir yapıldığı malûmdur: Size budala dedim; Bu doğrudur; tarzıye vericim; haksızlık ettim.

[2] (et , ve) rabit edatından evvel bir noktalı virgül konabilir.

Keza tâbi ve fer'i kaziyelerden ve binnetice rabit edatlarından ve zamiri nisbilerden içtinap ediniz [1]. Bunların yerine, her türlü suitefehhümden dikkatle kaçınarak, infinitif yahut participe kaziyeler, yahut muadil istilahları koymak muvafıktır [2].

( Qui, ki ) ve ( Que, ki ) nin sık sık tekrarlanması cümleye sıkıntılı bir hal verir [3].

( de ) yide tekrar etmekten keza sakınız.

Kısa cümleler, tabiiik ve sadeliğe uygun düşerler.

Haşivlere, yani gramer bakımından vazifesi olmayan kelimelerin istimaline de dikkat ediniz.

(Être, mevcut olmak) ve ( avoir, malik olmak) fiillerini mümkün olduğu kadar az suiistimal ediniz [4].

[1] Filhakıka, daima biri birine benzeyen iki şeyi birleştiren rabit edatları, bazan bir kaziyede birbirine benzeyen iki kısmı, bazan aynı cümlede birbirine benzeyen iki kaziyeyi birleştirir. (et, ve), (ou, yahut), (ni, ne), bu iki rolü ifa ederler, (mais, fakat), (car, çünkü), (or, halbuki), (done, şu halde) yalnız sonuncu rolü ifa ederler.

Binaenaleyh şu şekilde ifadeyi meram etmek münaşıptir :

* Attendu que ... ; et que ...	Ki ... ; ve ki ... binaen
* Attendu que ... ; mais que ...	Ki ... ; ve fakat ... binaen
* Attendu que ... ; or, attendu ...	Ki ... binaen ; halbuki, ... binaen
* Attendu que ... ; car ... ,	Ki ... ; çünkü ... binaen

[2] " Attendu d'une part ... ; attendu Bir taraftan ... binaen , diğer taraftan d'autre part ...

" Attendu qu'il n'est pas nécessaire ... lüzum olmadığına; çünkü ... binaen ... ; puisque ...

\* Attendu en premier lieu ... ; attendu evvelen ... binaen ; saniyen ... binaen en second lieu ...

" Attendu que ce système est condam — ... bu usulün merdut olduğuna; filhakıka nable ... ; qu'en effent ... binaen

" Attendu d'un coté ... ; attendud'un bir taraftan ... binaen; diğer taraftan autre coté ... binaen

\* Attendu qu'il est vrai ... ;mais que ... doğru olmasına ; ve fakat ... binaen

" Attendu d'abord ... ; attendu en — evvelâ ... binaen; saniyen ... binaen suite ...

" Attendu sans doute ... ; mais que ... şüphesiz ... ; ve fakat ... binaen

[3] Şu suretle: Attendu, les parts étant faites ... — Attendu que le train amenant les colis (qui amenait yerine) ... — Attendu que comprenant les conséquences

[4] — Être ve avoir yardımcı fiilleri demiyorun; çünkü bunlar yardımcı fiil olarak kullanıldıklarında diğer fiilin içine gimiş gibidirler. bu suretle şahsiyetlerini kaybederler ve tekerrür etmeleri okuyanın nazarı dikkatini celbetmez. Demek ki, bilhassa, (exister, mevcut olmak) ve (posséder, malik olmak) has mânalarında oldukları zaman, hattâ cümlede yalnız olsalar bile, komşu cümlelerin bu fiilleri ihtiva ettiği mukakkak olduğundan, onlara muadil kelimeleri kullanmağa çalışmalıdır.



## Dördüncü Bent

### Hukuki istilâhlar ve formüller

#### I. Hukuki istilâhlar

Evvelce zikredilen tamiminde, birinci reis Sarrut bu hale çare bulmağa gayret etmiştir:

#### II. — Hazfolunacak istilâhlar yahut cümle parçaları.

«Pek çok istinaf kararları modası geçmiş, hatalı istilâh ve tarzı ifadeleri ihtiva etmektedir, bir daha kullanılmamaları için şöylece onları göstermek şüphesiz kâfi gelecektir: (partie avisagée, ihtar edilen taraf), (partie recherchée dans l'instance, muhakemede aranan taraf), (conclusions «responsives, cevabı ihtiva eden neticeî talep), (documents susvantés, yukarıda sena edilen vesikaları), (frais frustrés, talep edenin üstünde kalan füzuli masarifi), (appellation, istinafa müracaat), (jugement appelé, istinaf edilen hüküm), (jugement choqué d'appel, istinafa mâruz kalan hüküm), (jugement assorti de motifs, esbabı mucibeyi havi hüküm), .....

«Nihayet bir çok istinaf kararlarının fıkrayı hükmiyelerinde hakiki bir kelime sui istimali görülür. Tasdika mütedair istinaf kararlarında şunlar okunur: Dit bien jugé, sans griefs et mal à propos appelés, met l'appellation et ce dont est appel à néant, dit que le jugement entrepris sortira son plein et entier effet, et qu'il sera exécuté selon sa forme et teneur.

(İyi hüküm verildiğini, sebepsiz ve mahalsiz istinaf edildiğini beyan eder, istinaf talebini ve istinaf edilen hususatı keenlemeyekün addeder ve beyan eder ki, ittihaz edilen hükmün bütün ve tam neticeleri tezahür edecek ve şekil ve muhtevasına göre, infaz olunacaktır). Islaha mütedair kararlarda: «Dit qu'il a été mal jugé, bien appelé, reçoit l'appel interjeté,

---

Söylemeğe lüzum yoktur ki hattâ yardımcı fiil oldukları zaman bile, mümkün olursa, yerlerine başka kelimeler kullanmalıdır, çünkü bu tarz üslubu ağırlaştırır.

Tous ces procédés ont le même but. ... Concourent au même but.	(... aynı gayeye tevccüh ederler)
(bütün bu usuller aynı gayeye maliktirlər)	
Elle a un panier au bras.	... Elle porte.
( kolunda bir sepete maliktir)	(... taşır)
Quand on a l'âge de raison, on devrait avoir. Plus de bon sens.	... On devrait montrer.
( Sinnî rüşte gelfince daha fazla akıllı selime malik olunmalıdır.)	(... göstermelidir)

«reformé en conséquence le jugement entrepris, statuant à nouveau, faisant ce que les premiers juges auraient dû faire, décharge l'appelant des condamnations prononcées et des dispositions qui lui font grief». (Fena hüküm verilmiş olduğunu, muvafık surette istinaf edilmiş olduğunu beyan eder, istinaf edilen hususu kabul eder ve ittihaz edilen hükmü binnetice ıslah eder, ve yeniden vaz'ı hüküm ederek ve ilk hâkimlerin yapması lâzım geleni yaparak, istinaf edeni tefhim olunan mahkûmiyetten ve ona atfedilen hükümlerden tahlis eder). Bidayet mahkemesi hükmünün fıkrai hükmiyesinde hiç bir değişiklik yapılmadığı halde, niçin istinaf kararının fıkrai hükmiyesi şu kısa formüllere irca edilmiyor: "Confirme, tasdik eder," "réforme le jugement, en conséquence décide . . . . . , hükmü ıslah eder ve binnetice . . . karar altına alır." "Kadim tarzda, maksadı ifade etmiyen «lüzumsuz terimlerin istimali, adli bir kararın otoritesini zayıflatmaktan başka bir şey yapmaz."

İnci reis: Louis Sarrut

Adliye Vekillığının 20/Mart/1908 tarihli bir tamimi, usul muamelelerinin yazışını, bihakkın basitleştirmiştir:

"Usul formülü umumiyetle karışıktır ve dâvalılar bunun mâna ve şu mulünü anlamak için ekseriya bazı müşkülâta mâruz kalırlar.

"Bu müşkülât, muameleatta çok defa kullanılan kusurlu yazılar ve bunların maddi hükümlerinin gayri kâfi açıklığından olduğu kadar, kadim tarzda istimal edilen terimler ve dâvalıya usul meselelerinin tarzı cereyanında biraz rehberlik edebilecek ölçümle izahatın noksanlığından inbias etmektedir.

"Tebellüğ ettiği bir adli varakanın, pek çok zahmet ve zaman sarfiyle, mânasını çözmeğe nail olan dâvah, bu varakanın esaslı kısımlarile tali kısımlarını tefrik etmeğe muvaffak olduğu zaman, mânasına nüfuz edemediği eskimiş formüller, cari dilde çoktanberi kullanılmıyan ıstılahlarla karşılaşır.

"Kelimelerin mânasını, dikkat kuvvetiyle, anlamağa nail olabilirse de varakanın şumulü hakkında malûmat sahibi değildir ve kendisinden ne beklendiğini ve ne ile tehdit edildiğini bilmez."

Temyiz mahkemesi "d'ailleurs, bundan başka," kelimesini katiyen kullanmaz.

"D'ailleurs, bundan başka", beyan edilmiş olan sebepten farklı bir sebebi iş'ar eder. Halbuki, ancak bir tek kanunî yani hukukî sebep vardır."

"Şüphesiz iki kanunî sebebin birlikte bulunduğu haller vardır. Oalar «attendu, d'une part . . . attendu d'autre part, bir taraftan . . . olmasına

«binaen, diğer taraftan . . . olmasına binaen» şeklinde ifade olunurlar.»

«En outre, bundan maada» terimi kendi başına yeten bir sebebin «kuvvetini arttıran diğer bir sebebi gösterir.»

«Au surplus, fazla olarak, au reste, maamafih» terimlerinden ihtiraz etmelidir.

## 2 — *Hukuki formüller.*

İyi seçilmiş olmak şartıyla mahkeme kararları tetkik olunarak bir nevi ameli bir lûgat vücuda getirmeğe muvaffak olunur. Bazı misaller verelim:

Attendu qu'il résulte, hâsıl olmasına binaen — Ou qu'il ressort, yahut . . . istihraç edilmesine binaen — Ou qu'il appert, yahut . . . tezahur etmesine binaen — Qu'il est constant, müstekar olmasına binaen — qu'il est établi, sabit olmasına binaen;

Attendu que X demandeur soutient que, müddei X . . . iddia etmesine binaen; — qu'il prétend que . . . , . . . talep etmesine; qu'il justifie sa demande par, . . . ile talebini haklı göstermesine; — qu'il expose que . . . , . . . izah etmesine; — qu'il se prévaut de ce que, . . . istinat etmesine;

Attendu qu'il n'est pas contesté que, münaziüfih olmamasına binaen; — qu'il est reconnu que, kabul olunmasına; — qu'il est indéniable que, gayri kabili inkâr olmasına; — qu'il est avéré que . . . , tabakkuk etmesine; — qu'il est certain, aşikâr olmasına; — qu'il est indubitable, şüphesiz olmasına; — que cette formule est très compréhensive, bu şeklin kolaylıkla anlaşılır olmasına.

Attendu que dans l'espèce, il est constaté que . . . ; hâdisede, . . . tesbit edildiğine binaen;

Attendu au surplus . . . ; fazla olarak . . . binaen;

Attendu qu'il est d'évidence . . . ; . . . şüpheden ari olmasına binaen;

.....  
.....  
.....  
.....

## Dördüncü Bahis

### Hüküm fıkrası

I. Dispositif, fıhrai hükmiye . — Fıkrai hükmiye, umumiyetle, kaziyei muhkemeyi ihtiva eder [1]. Bu itibarla açık [2] ve iyi taksim edilmiş olmalı, muhtelif mevad hakkında vaz'ı hüküm etmeli ve mucip sebeplerle hem ahenk olmalıdır [3].

Fıkrai hükmiyenin mucip sebepler şekline inkilâp etmesinden sakınmalıdır.

İstinaf edilen hükmün mucip sebeplerini kabul etmek istiyen bir istinaf kararı mevzu bahis ise bunu açıkça ve şu suretle beyan etmelidir: (acceptant les motifs des premiers juges en ce qu'ils ne sont pas contraires, bidayet hâkimlerinin muhalif olmıyan mucip sebeplerini kabul ederek). çok defa kararlarda bu husus unutulur ve bundan nakız sebebi tevellüt eder.

[1] Ekseriya, bir kararın bir hükmün fıkrai hükmiyesi kısa bir şekilde yazılır. Halbuki (mucip sebeplerle tavzih edilmiş olmasına rağmen) bu fıkrai hükmiyenin içinde kaziyei muhkeme bulunmaktadır.

Halbuki, iki tazminat esası serdedildiği halde, fıkrai hükmiye çok defa bir tek mahkûmiyet beyan eder. Şayet temyiz mahkemesi bu esaslardan birisine göre bozarsa nakız tamamına saridir. Çünkü tefrik mümkün değildir.

[2] " Suiniyete katıyen mahal bırakmıyacak surette, fıkrayı hükmiye açık ve katı bir şekilde yazılmalıdır. Rapport au corps Législatif.

Kaçuna uygun olan fıkrai hükmiye, mucip sebeplerde bulunan gâyri kanuni ifadeler ve lüzumsuz ifadelerle sakatlanmaz. C. 17/Temmuz/1817, S. 38. I. 73; Pal. 37. 2. 413.

Bir talebin reddini izah için istinaf kararında gösterilen mucip sebep ne kadar yanlış olursa olsun, istinaf mahkemesinin tesbit ettiği maddî hallerin hukuki neticelerine uygun ise, fıkrai hükmiye mahfuz kalır. Civ. C. 23/Şubat/1804, Gaz. 3/Mart/Reg. 18/2 ci Tesrin/1908. Gaz. 25/2 ci Tesrin.

Mucip sebeple fıkrai hükmiye arasındaki tezdak nakız mucip olur. C. 5/2 ci Kanun/1876. S. 76 I. 343; D. 76. I. 10.

Bir adli kararın mucip sebepleriyle fıkrai hükmiyesi arasında tezdak olunca, kaziyei muhkemenin şumulünü yalnız fıkrai hükmiyenin tâyin etmesi prensiptendir. C. de cassation, 7/Ağustos/1855 (Dal. 1855. I. 392.)

[3] — Bak. Yukarda, sahife 66.

Aşağıdaki formüllerden biri yahut diğeri kabul olunabilir:

## DÖRDÜNCÜ FASIL

### HÜKMÜN TEFHİMİ. KALEME TEVDİ. İMZA.

*Hükümün tefhimi.* — Hükümler, mahkeme salonunda alenen tefhim edilmelidirler ve ancak tefhim edildikleri anda mevcudiyet iktisap ederler. 24/ Ağustos/1790 tarihli kanunun 2 inci babı, 14 üncü madde.

Feuille d'audience (hüküm zaptı), yazılmış hüküm. — Zabıtname de-lâletile, zabıt kâtibi hüküm zaptını yazar. Minute (karar nüshayı asliyesi) denilen bu varaka, hükümü tefhim olunduğu gibi ihtiva eder. Bu suretle, zabıt kâtibi hükümü yazar. Hüküm zaptı yahut karar nüshayı asliyesi resmi mahiyeti haizdir [1].

Bununla beraber zabıt kâtibinden (yahut zabıt kâtibi naibinden) başkası hükümü yazabilir. Zabıt kâtibinin (yahut zabıt kâtib naibinin) bu varaka altına imzasını koyması kâfidir.

Karar nüshayı asliyesi hiç eksikliği olmayacak ve her türlü tahrifatı gayri mümkün kılacak tarzda, tefhim edilen hükümün tamamını göstermelidir. Circul. du min de la justice du 26/Eylül/1808.

Zabıt kâtibi tarafından istimal olunacak stenografi ile kendimizi meşgul etmiyoruz. Hükümün şifahi tefhimi zabıt kâtibi tarafından tekrar yazılmamalıdır.

Reis tefhim ettiği hükümü muvafık gördüğü tarzda tadil ederek yahut genişleterek yazı ile tesbit edebilir. Âzalarının muvafakatini alması kâfidir.

Hüküm zaptı, baş tarafında, hükümün tefhim edildiği gün, ay ve seneyi ihtiva eder.

Bütün hükümleri verildikleri gibi, karar nüshayı asliyesi denen hüküm zaptına yazmak mecburiyeti, bidayet mahkemelerinin zabıt kâtiplerine tatbik olunduğu gibi (hukuk usulü mahkemeleri kanununun 138 inci maddesi), sulh mahkemelerinin zabıt kâtiplerine de (aynı kanunun 18 inci maddesi) tatbik olunur.

---

" Statuant sur ..., dit et juge ..., ... üzerine vaz'ı hükmederek ... beyan ve hüküm eder.

" Sans s'arreter ni avoir égard aux fins, moyens et conclusions. tant principa-  
les que subsidiaires de x ..., dans lesquelles il est déclaré tant non recevable au  
" besoin, que mal fondé l'en déboute; tekiki halinde gayri kabil kabul olduğun kadar  
esssüz da olan, x... nın gerek asli ve gerekse tali gaye, sebep ve neticesi taleplerinde  
durmadan ve onlara ehemmiyet vermeden, dâvasını reddeder.

[1] Orléans, 29/Haziran/1886 S. 86. 2. 175; D. 87. 2. 24.

Hüküm zaptı, zabıt müdârecatından üstün kıymettedir. C. 12/Mart/1876, S. 79. I. 255; D. 79. I. 160.

Filhakika, hükümlerin tahriren tesbit olunması esaslı merasimdir. Hükümlerin tahriren tesbit olunması yalnız delil bakımından değil, aynı zamanda resmîyet bakımında mecburidir, o suretle ki, şayet hüküm tahriren tesbit olunmamış yahut imza edilmemiş ise hiç bir mevcudiyet arz etmez ve mevcudiyeti tahriri şekilden başka suretle ispat olunacağı arz edilse bile böyle bir hükme istinat olunması kabul edilmez.

Keza, beyan edilen mütalâaya uygun olarak mahkemede verilen her nevi hükümlerin, hattâ hükümleri teşkil eden ara kararlarının dahi ancak reis ve zabıt kâtibi tarafından imzalı hüküm zaptile mevsuk ve muteber tutulacağına karar verilmiştir: C. De cassation, 28/2 inci teşrin/1894 (Dal., 1895. 1. 240).

Bununla beraber, bir hüküm pullu olan hüküm zaptı üzerine yazılacağına alelâde bir kâğıt üzerine yazılmış ise, mücerret bu usulsüzlük yüzünden, hüküm batıl olmasa gerektir, eğer ki reis ve zabıt kâtibi tarafından imza edilmiş bulunsun.

Hükümün ispat kuvveti. — Hüküm, münderecatı hakkında delil teşkil eder, sahtelik iddiası müstesna ne hilâfına ne de bundan başka delil ikamesi mesmu değildir [1].

*İmza yokluğu.* — Bir hukuk yahut ticaret mahkemesi reisinin, bir çok seneler zarfında, verdiği kararlara imza koymağı ihmal etmesi halinde, bu yolsuzluğu tamir için, birinci reisin riyaset ettiği istinaf mahkemesi daîresine müddeiumumi tarafından müracaat edilmesi icap eder [2].

Şayet imzasız kalan hükümler, hâlâ iş görmekte olan bir hâkim tarafından tefhim edilmişlerse, bu hükümler bizzat o hâkim tarafından imza edilmelidirler.

Hükümleri tefhim etmiş olan reis mevcut değil ve fakat hükme iştirak eden âzalarının hepsi veya bunlardan birisi hâlâ iş görmekte ise, imzasız kalan hükümler vazife başında bulunan hâkimlerden en kıdemlisi tarafından imza edilmelidirler.

Hükümleri tefhim eden reis mevcut olmadığı gibi âzalar da mevcut değilse imzasız kalan hükümler istinaf mahkemesi tarafından tayin edilen bir hâkim tarafından imza edilmelidirler.

[1] C. 20/2 inci kânun/1857, S. 57. 1. 346; D. 57. 1. 84. 17/âgustos/1881, S. 82. 1. 345; D. 82. 1. 179. 23/Mart/1886, S. 86. 1. 283, 28/2 inci teşrin/1894, S. 95. 1. 405.

[2] Toulouse (ire ch.), 29/ 2 inci teşrin/1905, Gaz. 22 1 inci kânun.

*Qualités (hüküm başlığı)*. — Yazılı hüküm kaleme tevdi edilince [1], dâvayı kazanan avue hükümün başlığını yazar [2].

Mer'i hükümlere göre, batıl olacağından, başlığı hâkim yazamaz.

Filhakika hâkim kararını bir kere tefhim etti mi artık bir nev'i yabancı vaziyetinde kalır.

Roma vecizesi bunu şöyle ifade etmektedir: «Lata sententia desinit esse iudex.»

Bu prensip hiç bir kanunda yazılı bulunmamasına rağmen daima mevkii mer'iyettedir [3].

Başlık ile asıl kararın içtimaı— Onların toplanması tam hükmit teşkil eder.

Bu sistem, hakikatte, çok kusurludur.

Başlık şunları ihtiva eder: 1. Tarafların isim, meslek, ikametgâhlarını, 2. Tarafların avue ve avukatlarının isimlerini, 3. Talik hûlasasını, 4. Tarafların iddia ve müdafaalarının neticelerini, 5. Hukuki ve maddi noktaların kısaca izahını.

[1] Sulh mahkemelerinde, ticaret mahkemelerinde, (conseils de prud'hommes, amale mahkemelerinde), asıl mânasile hüküm başlığı yapılmaz. Zabıt kâtipleri yahut kâtipler davetiye münderecatını ve bazan netice talepleri aynen derecederler.

Temyiz mahkemesi, ancak hukuk mahkemesi hükümlerile istinaf kararlarının başlıklarına ehemmiyet verir.

[2] — Hâkimin müdahalesi olmadan, hüküm başlığının avue tarafından yazılması sistemi, kanun projesinin tefkiki kendilerine havale edilen istinaf mahkemelerinin ekseriyeti tarafından evvelece tenkit edilmiştir.

Halen, müellifler hemen müttelifkan bu sistemi, haklı olarak zemmetmektedirler.

Filhakika, mantık bakımından hüküm tamamen hâkimin eseri olmalıdır.

Bu sistem taraflardan birinin telâfisi gayri kabil zararına sebep olabilir ve ekseriya sebep olur; ve çok defa karar aleyhine, haddi zatında tâbi olmadığı halde, neden sonra müracaat ve islah yolları açar. Féraud — Giraud, france judiciaire, 6. année, p. 381. Garsonnet, t. III, § 484, texte et note, p. 325. Carré et Chauveau, sur l'article 142. Boncenne, t. II, p. 438. Toullier, t. X, p. 211. Boitard, t. I, p. 297. Sevin, revue critique, t. XV, p. 97 et suiv.

MM. Dupnuy — Dutemps, Brisson. V. S. nin kanun projesinde hüküm başlığı usulü kaldırılmış ve hükümler tamamen mahkemenin eseri olmalıdır hükmü vaz' edilmiştir.

[3] C. 27/nisan/1807, sirey chronologique. V. note au Sirey S. C. 19/2 inc. teşrin/1861, S. 62. I. 302.

## BEŞİNCİ FASIL

### TEMYİZE MÜRACAAT. SEBEPLER VE HÜKÜM BAŞLIKLARININ TESİRİ İADEİ MUHAKEME.

#### Birinci Bent

#### *Temyize müracaat*

Gerek istinaf ve gerekse temyize müracaat bakımından, hüküm başlıklarının yazılması, ileri sürülecek «moyens, sebepler» dolayısıyla büyük bir ehemmiyet arzeder [1].

«Moyens, sebepler». — Evvelce tetkik ettiğimiz mucip sebep yokluğundan ayrı olarak, istinaf ve temyize müracaatlar bazan kanunun ihlâline bazan dan hukuki bir mesnedin yokluğuna dayanır.

Bunlar, «moyens, sebepler» tarzında ve mutaden aşağıdaki şekilde arz olunur: «Violation des articles (suit l'énumération des textes invoqués) ... en ce que le Jugement attaqué a ..., Aleyhine müracaat edilen hükümdeki ... (istinad edilen kanun meini gösterildikten sonra)... maddeleri ihlâl etmesi». Bazan bir sebep, muhtelif kısımlara ayrılır. Sebepler, neticeî talepleri temsil ederler ve temyiz hâkimleri bu sebeplerin teşkil ettiği kadro dahilinde hükümlerini verirler.

Sebepleri, ihtiyatlı, kuvvetli ve sarîh şekilde ifade etmek te ayrıca bir san'attir.

[1] C. 11/2 ci Teşrin/1890, S. 92. I. 269, 6/Nisan/1891, S. 92. I. 253; 3/Mayıs 1892, S. 92. I. 564. Wahi, notes, C. 25/1 ci Teşrin/1892, S. 97. I. 321, 4/Haziran 1907, S. 07. I. 298. bak keza: G. 31/Temmuz/1906, S. 08. I. 185 27/Temmuz/1908, S. 08. I. 212. Gpr. Garsonnet, § 1109.

Bir sebebin yeni olduğunu tâyin etmek için hüküm başlığını tetkik etmek yani neticeî talepleri yoklamak lâzımdır. Eğer orada gösterilmemişse yenidir ve binaenaleyh gayri kabili kabuldür.

Bununla beraber, sebep zımnen mevcut olabilir ve binnetice esas hâkime arz edilen sebepler meyanına bizzarur dahil bulunur. C. 25/Temmuz/1893, S. 94. I. 182; D. 94. I. 213. Garsonnet, § 1109.

Bundan maada, aleyhine müracaat edilen kararın mucip sebeplerinde tetkik edilmiş bulunan bir sebebin asla yeni olmayacağına işaret edelim. O zaman şöyle denir: «Lemoyen est en corrélation étroite et directe avec la décision attaquée. Sebepler, aleyhine müracaat edilen karar ile sıki surette ve doğrudan doğruya münasebattardır.»

Şayet kararın fıkrî hükmü, sebep hakkında vazı, hüküm etmişse evleviyette hal böyledir.

C. 17/Şubat/1886, D. 86. I. 443. 21/2 ci Kânun/1895, S. 95. I. 77. Garsonnet, § 1109 ve not 18.



Temyize müracaat bakımından, bir taraf bidayet mahkemesinde yahut istinaf mahkemesinde talep ettiğiinden başka şey talep eder [1], veyaht es-ki iddialarını muhafaza ederek başka bir esasa istinat ederse yeni sebep mevcut demektir [2].

Her yeni sebep yani esasa hüküm veren hâkime karşı dermeyan edil-miyen sebep, ilk defa olarak temyiz mahkemesine karşı serdolunamaz [3].

Sırf hukukî sebepler. — Sırf hukukî sebepler bir tarafın istinad ettiği basit delillerden başka bir şey olmadığından yeni sebeplere benzetilmeme-lidir; bunun neticesi olarak, ne bidayet mahkemesinde ne de istinafta ile-ri sürülmemiş olsalar bile temyize müracaatta esas vazifesi görebilirler [4].

Temyiz Mahkemesinin istimâl ettiği formül şöyledir: «Sırf hukukî olan bu mucip sebepler, Temyiz Mahkemesi tarafından hükmün (yahut istinaf kararının) hatalı mucip sebeplerinin yerine ikame edilebileceğine göre.. — Esasa hüküm veren hâkimlerin serbestçe vaki tesbitleri, x... nin kanunu medenin... cı maddesinde gösterilen halde bulunduğunu ispat etmeğe ve binnetice bu hükmün dâvasına tatbikinini hukuken muhk göstermeğe kâfi gelmesine binaen».

Fakat, bu hukukî sebeplerin, temyiz edilen kararda tesbit edilen va-kiatlardan husule gelmesi lâzımdır.

Şayet vakıalar tamamen meydana çıkarılmamışsa sebep, hukukî ve maddî kısımlar karışmış olduğundan gayri kabili kabuldür [5].

İntizamı âmmeye müteallik sebepler. — İntizamı ammeye müteallik se-bepler hakkında evvelce izahat vermiştik [6].

[1] C. 11/2 ci Teşrin /1890, S. 92. I. 291. 17/Haziran/1890, S. 91. I. 218. § Mart/1892. S. 92. I. 448.

[2] C. 22/Haziran/1885, S. 86. I. 124; D. 86. I. 59. 28/2 ci Teşrin/1888, S. 89. I. 80. 4/ 2ci Teşrin/1889. S. 90. I. 206. 3/Ağustos/1903, Pandectes 04. I. 295.

[3] C. 12/Nisan/1894, S. 98. I. 500; D. 94. I. 323. Garsonnet, Loc. cit.

[4] 293. C. 28/I ci Teşrin/1907, S. 89. I. 518

[5] C. 12/Mayıs/1909, S. 09. I. 492. 15/Ici Kânun/1909, S. 1910. I. 171.

[6] Bak. yukarda, sahife 281 ve atıflar.

## İkinci Bent

### *Muhakemenin iadesi*

Hükümün başlığı, tarafların neticeci taleplerinin aynen yazılmasından başka bir şey değildir.

Ve şu Roma vecizesinin ehemmiyetine işaret etmiştik: *sententia debet esse conformis libello* [1].

Fakat, şaşkın, kuvvetsiz bir hâkim talep mevaddından biri hakkında beyanda bulunmağı ihmal edebilir [2].

Talepten fazlaya da hükmedebilir (*ultra petita*) [3].

Bilcümle bidayet ve istinaf mahkemelerinin mütenakız kararlarına karşı, sulh hâkimlerinin hattâ hakemlerinin kararlarına karşı açık bulunan ve fevkaleda bir müracaat tariki olan muhakemenin iadesine yalnız bu iki hal yol açar.

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 480 inci maddesine göre, talep mevaddından biri hakkında beyanda bulunmağı ihmal eden her karara karşı muhakemenin iadesi mümkündür.

Hüküm vermeğı ihmal bir temyiz sebebi değil fakat muhakemenin iadesi sebebi'dir. Bak. aşağıda sahife 542. Not 5.

[1] Bak. yukarda, sahife 424 ve müteakip.

[2] C. 28/Mart/1897, S. 37. I. 704. 19/Şubat/1861, S. 62. I. 127. 7/2ci Teşrin 1871, D. 72. I. 27. 8/Ağustos/1872. S. 72. I. 425; D. 73. I. 240. 5/2 ci Teşrin/1873, S. 74. I. 75. 18Mart 1878, S. 78. I. 103; D. 78, I. 201. 31 Mayıs 1881, S. 81. I. 199; D. 81. I. 10/. 15/Haziran/1881, D.83. I. 259. 28/2 inci Kânun/1885, S. 85. I. 480.

Bununla beraber, hüküm vermede ihmale gelince, fıkrayı hükmiyesin bazan te'âfi olunabileceğini nazarı itibara almak lâzımdır. Bu veçhile 26/11/1913 tarihinde hukuk dairesi şöyle demiştir: "istinaf kararı, şirketin iddialarını reddeden bidayet mahkemesinin kararını kayıtsız ve şartsız tasdik etmesine göre, temyiz edilen istinaf kararı, zımnen fakat zaruri olarak tâli neticeyi taleplerider eddetmiştir. "Bu istinaf kararı muctip sebeplerinde bu neticeci talepler hakkında sureti kat'iyede beyanda bulunmakta idi.

[3] İntihabata müteallik hususlar müstesna, temyize müracaat kabul edilemez. S. 3/2ci Kânun/1894, S. 98. I. 127; D. 94. I. 103. 22/2 ci Teşrin/1898, S. 99. I. 87; 29/Mayıs/1898, S. 1900. I. 67. 17/2 ci Kânun 1899, S. 1900. I. 408. 9/Temmuz 1900, S. 1900. I. 408; D. 190. I. 472.

Cpr. C. 6/Şubat/1883. 19/Şubat/1871. D. 72. I. 26. 23/Temmuz/1889, D. 90. I. 30.

Bak. intihabata müteallik hususlarda, C. 1 Nisan /1878, S. 80. I. 375; D. 78. I. 247.

Şayet bu ihmâl kanunun ihlâline karışır sa vaziyet başkadır. Bu takdirde temyiz yolu açıktır.[1]

Bununla beraber, (l'ultrapetita, talepten fazlaya hüküm), iki faraziyede temyize yol açabilir [2].

Muhakemenin iadesi aleyhine müracaat edilen kararı bizzat veren hâkimlerden istenir.

Mahkemenin iadesi ne yaptığını bilerek ve iyi yaptığına kani olarak fena hüküm veren bir mahkemenin maddi hataya düştüğünü tazammun eder.

Nihayet, muhakemenin iadesi hâkimleri, kendilerine havale olunan dâvayı yeniden rüyete ve verilmiş olan hükmün yerine bir yeni hüküm vermeğe davet eder.

Demek ki bu yol, mukayesesi caiz olmyan temyiz yolundan bazan maddî hata sebebiyle ihtiyar olunabilmesi bakımından ayrıdır.

Biraz evvel izah ettiğimiz muhakemenin iadesinin iki halinden müstakil olarak, yukarda işaret edilen 480 inci madde başka halleri de ihtiva etmektedir, şöyle ki:

[1] C. 26/2 ci Kânun/1846, S. 46/l. 109. 18/l ci Teşrin/1886, D. 87 I. 890. müstakar mahkeme içtihatları.

Şüphesiz, zımnen hüküm verildiği zaman hüküm vermede ihmâl yoktur. C. 11-Mayıs/1813. Civ. Rejet 26/2 ci Teşrin/1913.

Bundan başka bir fıkraî hükmiyenin şu umumî şekli: "istinaf edenin gerek bir gerek tâli bilecümle iddia ve neticeî taleplerini reddeder..", bir karar teşkil eder. Fakat bu karar mucip sebepli olmadığından 1840 tarihli kanunun 7 inci maddesinin tatbiki mümkündür.

Fıkraî hükmiyenin ihmali, bazı hallerde, bedayet veya istinaf mahkemesinin ihmalî, bazı hallerde, bidayst veya istinaf mahkemesinin kararında mevcut mucip sebeplerle telâfi olunabilir.

Bordeaux, 27/Ağustos/1847, Pal. 48. I. 212. Cpr. C. 13/Mart/1876, S. 77. F. 13; D. 77. I. 487.

[2] Talep edilmediği halde tefhim edilen mahkûmiyet, fazla olarak, kanunun ihlâlini yahut bir salâhiyet tecavüzünü ihtiva ettiği zaman.

C. 20/1 inci Kânun/1899, S. 1900. I. 413; D. 1900. I. 135, 23-Mayıs-1900, S. 1901. I. 135; D. 1900. I. 399, 17-Mart-1909, D. 1908. I. 83.

Bak. Garsonnet ve Gésar Bru, cilt VI, § 2358, sahife 461.

Kanunun ihlâli hakkında, Bak. yukarda sahife 285, ve salâhiyet tecavüz hakkında, yukarda sahife 302. 289

Faz'a olarak hüküm vermede ihmâl yahut (ultra petita, talepten fazlaya hüküm), muhakemenin iadesine mesnet olarak esasa hükmeden hâkimlere arzolucağı halde reddettikleri takdirde, temyiz sebebi olmağa müsaittirler.

C. 12 Nisan-1875. D. 75. I. 314; 18 I inci teşrin-1886, D. 87. I. 390.

- 1 — Lehine hüküm verilen tarafından hile yapılmış ise [1];
- 2 — Butlanla müeyyet şekiller, gerek hükümden evvel gerek hüküm arasında ihlâl edilmişse; bian şart ki butlan taraflarca bertaraf edilmiş olmasın [2];
- 3 — Aynı taraflar arasında, aynı sebep hakkında, aynı bidayet ve istinaf mahkemesinden verilen ve katiyet kesbeden kararlar yekdiğerine muhalif ise [3];
- 4 — Aynı kararda yekdiğerine mübayin hükümler mevcutsa [4];
- 5 — Dosyanın müddeiumumiliğe gönderilmesini kanunun icap ettirdiği hallerde bu lâzime ifa edilmemiş ve bu muamele kendi lehine emrolunan tarafın aleyhine hüküm verilmişse [5];

[1] Bak. yukarıda sahife 338 ve müteakip.

Burada şahsi hile mevzuubahistir. Dört şart aranır; 1. Hileli hareketler leyhte bir karar almak gayesiyle yapılmış olmalıdır; 2. Hile, dâvayı kazanan tarafından yapılmış olmalı ve kaybeden aleyhine tevcih edilmiş bulunmalıdır; 3. Kararı, hileli hareketler tevlit etmelidir; 4. Hile ispat edilmiş olmalıdır.

Garsonnet et César Bru. Cilt VI. § 2320 sahife 398, 399.

Cpr. C. 19-Şubat-1828, S. chr. 5-Haziran-1839, S. 39. I. 477. 8-Ağustos-1842, S. 42. I. 847. 6-Ağustos-1842, S. 43. I. 231. 14-1 inci kânun-1852, S. 53. I. 78; D. 52. I. 329, 8-Mart-1853, S. 53. I. 710; D. 53. I. 195. 31-Mart-1856, S. 56. I. 645; D. 56. I. 154. 12-Nisan-1858, S. 58. I. 721; D. 58. I. 179. 23-Mart-1863, S. 68. I. 265; D. 69. I. 281.

Hileyi takdir etmek hususunda, esasa hüküm veren hâkimlerin mutlak salâhiyetleri olduğunu biliyoruz. Bak. C. 5-Haziran 1839.

[2] Burada kastedilen ihlâl halleri temyiz sebebi olanlardan farklıdır.

Bak. Bioche, V. Requête civile, No. 41 ve müteakip. Rousseau ve Laisney, eodem verbo, No. 56 ve müteakip. Boufils, No. 1467. Carré, quest. 1743, Garsonnet ve César Bru, cilt VI, § 2355, sahife 455. Rodière, cilt II, sahife 116.

C. 18-2 inci teşrin-1811, S. chr. 17-2 inci teşrin-1840, S. 40. I. 935. 5-Mart-1873, S. 73. I. 407; D. 73. I. 285.

[3] Burada mütenakız mucip sebepler mevzuubahis değildir. Kanun, hükümlerin tezaadı halinde de inderi muhakemeyi muhik görmektedir.

[4] Bu hali, bir hükümün fıkrai hükmiyesindeki kısımların kendi aralarında mütenakız olmaları halile (ki bu hal temyiz sebebidir) karıştırmamalıdır.

[5] — C. 29-Mart-1815, S. chr. 21-Haziran-1837, S. 37. I. 846; 22-2 inci teşrin-1837, S. 38. I. 524. 30-Mart-1842, S. 42. I. 688. 21-Mayıs-1860, S. 60. I. 960; D. 60. I. 360.

6 — Hükümden sonra sahteliği tanınan veyahut sabit olan bir vesika üzerine hüküm verilmişse;

7 — Bir tarafın fiiliyle ele geçmiyen, karara müessir bir vesika hükümden sonra ele geçmişse.

Bu suretle tadat olunan muhakemenin iadesi halleri tahdididir.

Muhakemenin iadesi ancak, bu talebi yapan tarafın rızası olmaksızın kaziyei muhkeme kuvvetini iktisap eden nihai kararlar aleyhine kabul olunur.

Muhakemenin iadesinin ikame, kabul olunan ve takip şartları bu eserin mevzuu haricinde kahr; hukuk usulü muhakemeleri kanununu tetkik eden müelliflere müracaat etmek lâzımdır.

Temyiz yolunun şekilleri ve usulü tahkiki hakkında da böyle hareket etmelidir.



# **İÇİNDEKİLER**

# BAHİS ÜZERİNE ARAMA CETVELİ

	<u>Sahife</u>
Önsöz .....	5
<b>BİRİNCİ KISIM</b>	
Düşünmek mantık ve sanatı. Hukuk fikri. Hukukun tekâmülü. Kanun nazariyesi. Kanunun yazılış tarzı ve vasıfları. Tefsir kanunları -- makale şamil kanunlar. Kanunların ilgası .....	9
Başlamadan evvel .....	9
<b>BİRİNCİ BAP</b>	
<i>Düşünmek ve muhakeme etmek mantık ve sanatı</i> .....	11
<b>İKİNCİ BAP</b>	
<i>Hukuk fikri; hukukun tekâmülü</i> .....	17
<b>ÜÇÜNCÜ BAP</b>	
<i>Kanun nazariyesi. Vasıfları. Yazılış tarzı. Nevileri. Kararname ( Tefsir kanunları, makale şümül). İlga</i> .....	32
<b>İKİNCİ KISIM</b>	
Adliye huzurunda hakikatin meydana konulmasına mahsus tabiki mantıkta delil kaideleri .....	
<b>BİRİNCİ BAP</b>	
<i>Delilin adli kaide ve nevlere</i> .....	51
<b>İKİNCİ BAP</b>	
<i>Kaziyeli muhkeme. İkrar. Sorgu. Tarafların duruşmada hazır bulunmaları. Yemin</i> .....	62
Birinci Fesil . -- Kaziyeli muhkeme .....	62
İkinci Fesil . -- Şekli delillerden. İkrar; İkrar , tabkikat. Tarafların duruşmada hazır bulunmaları .....	75
Üçüncü Fesil . -- Yemin .....	83
<b>ÜÇÜNCÜ BAP</b>	
<i>Yazılı delil; Resmî senetler. Hususî mektuplar. Âdi</i>	



<i>senetler. İstiktap. Tüccar defterleri. Hatıra defterleri. Hususi notlar. Çetele yahut nümunelik. Asıl nüshalar. Suretler. Tekidi senetler. Asli senetler. Gayri menkule istihkak dâvaları, delili. Tahriri delil yahut ihtilâftan evvel tanzim edilmiş delil</i> .....	94
Birinci Bölüm . — Resmî yahut âdi senetler. İstiktap .....	95
Birinci Fesil . — Resmî senet .....	
İkinci Fesil . — Hususi mektuplar .....	100
Üçüncü Fesil . — Âdi senetler. İstiktap. Âdi senetlerin neveleri (Bir tarafa borç yükliyenler, iki tarafa borç yükliyenler). Müsterek hükmüler .....	103
Birinci Bahis . — Âdi senetlere ait umumî kaideler .....	103
İkinci Bahis . — Âdi senetlerin tanınması. İstiktap .....	112
İkinci Bölüm . — Tüccar defterleri. Hatıra defterleri ve hususi notlar. Çetele ve numunelik. Asıl nüshalar. Suretler. Tanıma ve tekit senetleri	131
Üçüncü Bölüm . — Gayrimenkule istihkak dâvasında delil .....	140

#### DÖRDÜNCÜ BAP

<i>Vasıtasız delil. Keşif. Ehlivukuf tetkikatı şahadet</i> .....	142
Birinci Fesil . — Keşif ve ehlivukuf tetkikatı .....	142
İkinci Fesil . — Şahadet. Memnuiyetleri ve şartları. Memnuiyet kaidelerinin istisnaları. Yazılı mukaddemei beyyine .....	146
Birinci Bahis . — Şahadet hakkında umumî mülâhazalar .....	146
İkinci Bahis . — 1341 inci maddedeki şahadet memnuiyetleri. Hukukî. Âdi fiiller .....	148
Üçüncü Bahis . — 1341, 1342 inci maddelerdekileri itmam eden şahadete müteallik kanunî medeninin 1343— 1346 ucu maddelerindeki memnuiyetler .....	154
Dördüncü Bahis . — Yazılı mukaddemei beyyine. Mâdenî kanunun şahadete müteallik 1341 — 1342 inci maddelerindeki kaidelere istisnalar, 1347 ve 1348 inci maddeler .....	156
1. İstisna 1347. madde .....	156
2. İstisna, 1348. madde .....	161

#### BEŞİNCİ BAP

<i>Vasıtalı delil. kanunî ve âdi karineler</i> .....	165
Birinci Bahis . — Kanunun tesis ettiği karineler .....	165
İkinci Bahis . — Kanunun tesis etmediği karineler .....	169

#### ÜÇÜNCÜ KISIM

Hukuk. Hukuk kaideleri. Hukukî vecizeler .....	177
İptidai mülâhazalar .....	177

## BİRİNİ BAP

Sahife

<i>Hukuk kaideleri ve hukuki vecizeler</i> .....	177
Birinci Fasıl . — Kaidelerin ve vecizelerin menşei. Faideleri, değerleri .....	177
İkinci Fasıl. — Halen mer'i hukuki vecizelerin harf sırasına göre listesi .....	183

## DÖRDÜNCÜ KISIM

### BİRİNCİ BAP

<i>Fransada mer'i kanunların listesi. Âmmе nızamı kanunları. Hâkimin kanunî vazifesi</i> .....	271
Birinci Bahıs . — Fransa ve müstemlekelerinde mer'i kanunlar .....	271
İkinci Bahıs . — Ecebe kanunlar .....	273
Üçüncü Bahıs . — Âmmе nızamı kanunları .....	274
Dördüncü Bahıs . — Hâkimin umumî mahiyette hüküm vermektен nunları yahut hükümet emirlerini tenkit etmektен memnuiyeti .....	282

### İKİNCİ BAP

#### *Kanunun ihlâli ve yanlış tatbiki. Kanunî mes*

<i>Kanunun tefsiri ve yanlış tefsiri</i> .....	285
Umumî mülâhazalar .....	285
Birinci Bölüm . — Kanunun ihlâli ve yanlış tatbiki .....	286
Ötıda Mülâhazalar .....	286
Birinci Fasıl. — Kanunî şekiller. Kuvvetlerin tefriki. İdarî salâhiyet. satırları. Nafia işleri. Devlet mübayaaları. Adli vazife ve salâhi-	
Defiler: Geciktirici defiler, red ve iskatı mucip defiler Böhüne- r İrtibat. Usulî muamelelerin butlanı. Delile müteallik kaideler. kuf tetkikatı Şahit istima) .....	288
Birinci Bahıs . — Muhakemelerin yapılacağı yer. Alenilik. Maha- n kuruluşu. Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 141 inci maddesi. sbepleri göstermek mecburiyeti. 20/Nisan/1810 tarihli kanunun maddesi .....	288
İkinci Bahıs . — Kuvvetlerin tefriki. İdarî salâhiyet. Nafia işleri. Dev- ışları. Devlet mübayaaları .....	289
Çüncü Bahıs . — Vazifesizlik ve salâhiyetsizlik. Salâhiyetin tecavüzü	294
Dördüncü Bahıs . — Bir dâvanın diğer bir mahkemede derdesti rü- nası. İrtibat. Tekeffül. Böfünmezlik .....	298
Beşinci Bahıs . — Geciktirici ve ret ve iskatı mucip kati defiler .....	302
Altıncı Bahıs . — Usulî muamelelerin butlanı .....	304
Yedinci Bahıs . — Delile müteallik kaideler. Ehli vakuf tetkikatı. istima) .....	308

İkinci Fasal. — Kanuni mahiyetleri ve butlanları bakımından mukaveleler, hibeler, vasiyetler, haklı bir sebebi olmayan hukuki muameleler, akitten değan kanun. Akti kusur .....	308
---	-----

### ÜÇÜNCÜ BAP

<i>Kanuni mesnedin bulunmaması</i> .....	322
Birinci Bahis. — Kanuni mesnet bulunmaması hakkında umumî mülâhazalar .....	322
İkinci Bahis. — Hâkimin sabit gördüğü vakiada kanunun tatbikını icabettirecek kanuni vasfın bulunmaması .....	324
Üçüncü Bahis. — Kusur .....	326
Birinci Bent. — Umumî mülâhazalar. Medenî kanununun 1884,1885; 1886 ıncı maddeleri .....	327
İkinci Bent. — Medenî kanununun 1882,1883 üncü maddeleri. Kusur nedir? Neye taallük eder? Unsurları ve şartları .....	333
Üçüncü Bet. — Kusurun temyiz mahkemesi tarafından murakabesi .....	342

### DÖRDÜNCÜ BAP

<i>Kanunun tefsiri ve yanlış tefsiri</i> .....	353
<i>İptidai mülâhazalar</i> .....	353
Birinci Fasal. — Kanunun tevsif tefsiri .....	353
Birinci Bent. — Tevsif tefsir hakkında umumî mefhumlar .....	353
İkinci bent. — Tevsif tefsire ulaşmak için istidlâl .....	359
İkinci Fasal. — Kanunun ibarevi ve mantıkî tefsiri .....	363
Birinci bent. — İbarevi ve mantıkî tefsir hakkında umumî mefhumlar .....	363
İkinci bent. — Kanunun mantıkî tefsirinde kullanılan delil usulü .....	365

### BEŞİNCİ KISIM

Derece hâkimlerinin salâhiyetleri. Hakkaniyet. Vakıa. Hüsnüniyet. Hile ve hud'a. Rıza ve fesatları. Kanuna mugayir illet. Niyetin takdiri. İrade tefsiri .....	379
Birinci Fasal. — Hakkaniyet .....	379
İkinci Fasal. — Vakıa ve delili .....	384
Üçüncü Fasal. — Hüsnüniyet. Hile ve hud'a. Rızanın fesatları. Hakkı mugayir illet .....	388
Dördüncü Fasal. — Niyet ve umumiyetle irade tefsiri .....	396

### ALTINCI KISIM

Duruşmada hâkim. Muhakeme olunacak ihtilâl. İstiklâl. İhtiras. Bitaraflık. Dikkat. İtidal. Tesir altında kalmamak. Hayırhahlık. İhtiyat talepler. İddiaların serd ve müdafaası .....	4,5
Birinci Fasal. — Duruşmada hâkimin istiklâli .....	4,5
Birinci Bent. — İhtilâflı mesele .....	4,5

İkinci Bent.—Hissî safsatalar. İhtiras.....	416
Üçüncü Bent.—Taraflılık. Bitarâflık.....	419
İkinci Fasl.—İşlerin yürüyüşü. Talepler. İddiaların serd ve müda- faası.....	423
Üçüncü Fasl.—Dikkat. İtidâl. V.S.....	435
Dördüncü Fasl.—Müddeiumumilik ve müzakere.....	439
Beşinci kısma ek.—Bacon'un De officio judicis'i.....	442

## YEDİNCİ KISIM

Muhakeme. Hüküm.....	449
----------------------	-----

## BİRİNCİ BAP

<i>Muhakeme: Dosyanın tetkiki. Usul. İstidlâl. Talil ve</i> <i>istikra. Muhakeme. İhtimallerin hesabı</i> .....	449
Birinci Fasl.—Dosyanın tetkiki, usul.....	451
İkinci Fasl.—Bir veya iki kaziyeden bir netice çıkarmak suretile muhakeme.....	454
Üçüncü Fasl.—Talil.....	458
Birinci Bent.—Talilin hukukî tatbikatı. Kaan ve ihtiva ettiği ta- liller.....	461
İkinci Bent.—Kanundan doğanlardan başka talilin hukukî tatbika- tı.....	462
Dördüncü Fasl.—İstikra. Karineler ve ihtimallerin hesabı.....	466
Birinci Bahis.—Karinelerin takdiri.....	466
İkinci Bahis.—İhtimallerin hesabı.....	468

## İKİNCİ BAP

<i>Hüküm</i> .....	471
Birinci Fasl.—Hüküm ve dereceleri hakkında umumi bilgiler.....	471
İkinci Fasl.—Hükümün sıhhati. Karar verme zihniyeti aklı selim.....	474

## SEKİZİNCİ KISIM

Müzakere. Münferit hâkim. Hüküm. Hüküm yazmak sanatı. Mucip sebepler. Tefhim. Kaleme tevdi. Hükümün başlığı. Temyiz sebepleri. muhakemenin iadesi.....	483
Birinci Fasl.—Müzakere. Münferit hâkim.....	483
İkinci Fasl.—Umumi mülâhazalar.....	487
Üçüncü Fasl.—Hüküm ve kararların şekilleri ve yazılmaları.....	488
Birinci Bahis.—Tarafların gösterilmesi.....	489
İkinci Bahis.—Hukukî ve maddî meselelerin izahı.....	491

Üçüncü Bahıs.—Bu izahın neticesi. Yazıs. Mucip sebepler. Adli üslup.....	492
Birinci Bent.—Mucip sebepler. Mucip sebelerin yokluğu. Zimni mucip sebepler. Mucip sebeplerde tenakuz. Müphem mucip sebepler.....	494
İkinci Bent.—Açıklık ve vecizlik. Lüzumsuz mucip sebepler.....	502
Üçüncü Bent.—Adli üslup, hukukî istilâh ve formüller.....	506
Dördüncü Bent.—Hukukî istilâh ve formüller.....	510
1. Hukukî istilâhlar.....	510
2. Hukukî formüller.....	512
Dördüncü bahıs.—Hüküm yahut kararın fıkraî hükmiyesi.....	513
Dördüncü fasıl.—Hükümün tefhimi. Kaleme tevdi. İmza.....	514
Beşinci Fasıı.—Temyize müracaat. Sebepler ve hüküm başlığının tesiri. Muhakemenin iadesi.....	517
Birinci Bent.—Temyize müracaat.....	517
İkinci Bent.—Muhakemenin iadesi.....	519

## ALFABE SIRASINA GÖRE ARAMA CETVELİ

### A

#### **Adabı umumiye**

(*Bak. Umumi edep*)

**Adalet** — 9-18 notlar, 183

#### **Âdet**

(*Bak. Örf*)

#### **Âdi karineler**

(*Bak. karineler*)

#### **Âdi senetler**

(*Bak. senetler*)

#### **Adli kararların şekilleri**

(*Bak. karar*)

**Adli Uslup** — 506

#### **Akdi Kusur**

(*Bak. Kusur*)

#### **Akitlerin tefsiri**

(*Bak. tefsir*)

**Akitten doğan kanun** — 308

**Akı selim** — 474

**Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi** — 190

**Amele tekaütlüğü** — 294

#### **Âmme nizamı**

( — ... ni alâkadar eden kanunlar) — 271

**Artırma** — 190

**Asıl** — 190\*

### B

**Babalık** — 191

#### **Bedahet**

(*Bak. mantık*)

#### **Reyyine**

(*Bak. delil*)

**Bina** — 191

**Birleşme** — 192

#### **Bitaraflık**

(*Bak tarafsızlık*)

**Borcun nakli** — 192

#### **Borç**

(*Bak. vacibe*)

**Borç olmıyan şey** — 192

**Bölmümezlik**

(*Bak. ikrar*)

**Bölünbilme** — 192

**Bütlan** — 198

(Usulî muamelelerin — 1) — 304

**C**

**Cebir** — 392

**Cevher** — 200

**Cezada Kaziyei muhkeme**

(*Bak. Kaziyei muhkeme*)

**Ceza dâvalarında temyiz** — 425

**Ceza meseleleri** — 199

**Cihaz** — 199

**D**

**Dâva** — 200

**Dâva hakkı** — 200

**Defl**

(Geciktirici ve kâfi — ) — 302

**Delil** — 51,212,384

( — Kaideleri) — 51,308

(Gayrimenkule istihkak dâvalarında vasıtasız — ) — 140

(Vasıtalı — ) — 165

(Yazılı — ) — 94

**Devlet mübayaaları** — 293

**Devlet satırları** — 293

**Doğruluk bakımından kusur**

(*Bak. kusur*)

**Dosyanın tetkiki** — 449

**Duruşmada hâkimin istiklâfı** — 415

**Duruşmada hâkimin mesleki vazifeleri** — 435

**Düşünce** — 213

**Düşünmek ve muhakeme etmek mantığı** — 12

**Düşünmek ve muhakeme etmek sanatı** — 12

**E**

**Ecel** — 213

**Ehli hibre (ehli vukuf)** — 214

( — Tetkikati) — 142

**Ehliyet** — 214

( — Bakımından kusur) — 337

**Evlât edinme** — 214

**Evlence** — 214

**Evlilik birliği** — 215

F

**Faraziye** — 215

**Feragat** — 216

**Fesih** — 216

**Fil** — 216

**Formül**

(Hukuki — ler) — 506

G

**Gayrimenkule istihkak dâvalarında delil**  
(*Bak. delil*)

**Gayri mümkün şart**  
(*Bak. şart*)

**Geciktirici ve katî defiler**  
(*Bak. defî*)

H

**Haciz** — 216

**Hak**

(*Bak. hukuk*)

— **Hâkim**

(— Huzurunda ikrar) (*Bak. ikrar*)

(— Huzurunda yemin) (*Bak. yemin*)

(— in duruşmada istiklâli) — 415

(— in duruşmada meslekî vazifeleri) — 435

(— in kanun ve hükümet tasarruflarını tenkit etmekten memnuiyeti) — 282

(— in sabit gördüğü vakıada kanunun tatbikını icap ettirecek kanuni vasfın bulunmaması — ) — 324

(— in umumî mahiyette hüküm vermekten memnuiyeti — ) — 282

( münferit — ) — 282

**Hakka mugayir illet** — 388

**Hakkaniyet** — 379

**Haklı bir sebebi olmayan Hukuki muameleler** — 0

**Haksız sebep**

(*Bak. ictisap*)

**Halefiyet**

(*Bak. Faraziye*)

**Hata** — 217

**Hatıra defterleri** — 131

**Hibe** — 218

( — lerin tefsiri) — 218

**Hissi safsatalar** — 416

**Hissi selim**

(*Bak. ak'î selim*)

**Hiyle** — 219



- Hud'a** — 220  
**Hudut** — 220  
**Hukuk** — 220  
(— Fikri) — 17  
(— Kaidelei) — 177  
(— i istilah ve formüller —) 510  
(— i vecizeler) — 177  
(— ta Kaziyei muhkeme) (*Bak. kaziyei muhkeme*)  
(— un tekâmülü) — 17  
**Hukuki muamele** — 223  
**Hususi mektuplar** — 100  
**Hususi rotlar** — 131  
**Hüküm**  
(— lerin yazılması —) — 424,488  
(— ün tefhimi) — 514  
(— ün sıhhati) — 574  
(— vermek sanatı —) 497  
(hâkimin umumi mahiyette — vermekten memnuiyeti) — 282  
**Hürriyet** — 224  
**Hüsnüniyet** — 225

### **İadei muhakeme**

(*Bak. muhakemenin iadesi*)

- İcap** — 225  
**İcbar** — 225  
**İçtihat** — 226  
**İdari salâhiyet** — 289  
**İddia ve talep** — 423  
**İddiaların ret ve müdafaası** — 423  
**İhtimallerin hesabı** — 463  
**İhtiras** — 416  
**İhtiyar** — 226  
**İyrah** — 226  
**İkrar** — 226  
(— ın bölünememesi) — 81  
(hâkim huzurunda —) — 76  
(mahkeme dışında —) — 76  
(sözlü —) — 77  
(Yazılı —) — 80  
**İktisap** — 227  
**İlga**

(*Bak. Kanun*)

- İmtiyaz** — 229  
**İpotek** — 229

**İrtibat** — 229,298

**İrtifak** — 229

**İstidlâl** — 359

**İstihkak dâvaları**

(Çayrimenkule karşı — a da delil) — 140

**İstikra** — 466

**İstiktap** — 112

**İstimlâk işlerinde temyiz** — 424

**İstirdat** — 230

**İstinaf** — 230

**İşin müzakereye havalesi** — 489

**İtiraz** — 230

**İstihlak**

(Bak. hukuki istihlak)

**Kanun** — 231

(— ilik bakımından kusur) — 308

(— i karineler) — 165

(— i kusur) — 333

(— i mesnedin yokluğu) — 322

(— i olmıyan karineler) — 169

(— i şekiller) — 288

(— i vâsif) — 325

(— nazariyesi) — 32

(— un ihlâli ve yanlış tatbiki) — 286

(— un ifgası) — 32

(— un nevîleri) — 32

(— un tadili) — 233

(— un tatbiki) — 461

(— un tefsiri) — 233,353

(— un yazılışı) — 32

**Karar**

(Bak. adalet)

(— tashihi) — 234

(— ların şekilleri) — 488

(— ların yazılması) — 424,483

(— verme zihniyeti) — 487

**Karine** — 234

(— lerin takdiri) — 486

(adi — ler) — 165

(Kanuni — ler) — 165

(Kanuni olmıyan — ler) — 169

**Karışma**

(iki şeyin birbirile — sı) — 235

**Kati yemin**

(Bak. yemin)

- Kaza** — 235  
**Kaziyei muhkeme** — 62,285  
(Cezada —) — 73  
(Hukukta —) — 70  
(Ticarette —) — 70  
**Kefalet** — 236  
**Keşif** — 142  
**Kiraa** — 236  
**Kusur** — 236  
(Doğruluk bakımından —) — 333  
(Ehliyet bakımından —) — 337  
(Kanuni —) — 333  
(Kanunilik bakımından —) — 340  
**Kuvvetlerin tefriki** — 239

## M

- Mahkeme dışında ikrar**  
(*Bak. ikrar*)  
**Mahkeme dışında yemin**  
(*Bak. yemin*)  
**Mahkûmiyet miktarını tâyin eden yemin**  
(*Bak. yemin*)  
**Makale şümül** — 32  
**Mal** — 238  
**Mâna** — 238  
**Mantık** — 11  
(Düşünmek ve muhakeme etmek — 1) — 11  
(— Kaideleri) — 238  
**Menfaat** — 240  
**Menkuller** — 240  
**Mesuliyet** — 241  
  
**Miras** — 241  
(— çılar) — 241  
(— haklarının kendiliğinden intikali) — 242  
**Mucip sebepler** — 494  
**Muhakeme etmek sanatı** — 517  
**Muhakemenin iadesi** — 243  
**Mukabil dâva**  
**Mukaddemel beyyine**  
(*Bak. yazın*)  
**Makavele** — 243,303  
(— nin tefsiri (*Bak. tefvir*))  
**Mutlak salâhiyetsizlik** — 298  
**Muvazaa** — 247  
**Mücbir sebep** — 251  
**Müddetumumilik** — 239

**Mülkiyet** — 251  
**Münferit hâkim**  
(*Bak. hâkim*)  
**Müruruzsaman** — 251  
**Mütemim yemin**  
(*Bak. yemin*)  
**Müzakere** — 488

**N**

**Nafia işleri** — 289  
**Nasihah** — 252  
**Nesebin tahlihi** — 253  
**Nisbi salâhiyetsizlik** — 296  
**Nevi** — 253  
**Niyetli takdiri ve tesiri** — 296

**Ö**

**Örf ve adet** — 253

**P**

**Para** — 254

**R**

**Resmî senetler** — 96  
**Rıza** — 254  
(— Fesatları) — 388

**S**

**Sanat**  
(Düşünmek ve muhakeme etme —) — 11  
**Satış** — 254  
**Semereleler** — 254  
**Sihriyet** — 254  
**Sözlü İkrar**  
(*Bak. İkrar*)  
**Sulhiyet** — 388

**Ş**

**Şahadet** — 146  
(— in merana olduğu haller) — 143  
(— in memnuiyeti kaidesinin istisnaları) — 156

- Şahit** — 285  
(— İstisnai) — 286  
**Şart** — 255  
(— Gayri mümkün şart) — 393  
**Şekil** — 255  
**Şekil muameleler** — 255  
**Şirket** — 255  
**Şüny**  
(*Bak. bölünmezlik*)

T

- Tahif Hukuk** — 257,423  
(*Bak. hukuk*)  
**Talep ve iddia** — 257,423  
**Tahriri mukaddemel beyyine**  
(*Bak. yazılı mukaddemeyi beyyine*)  
**Takas** — 25  
**Taksim** — 257  
**Talil** — 458  
(— in kanundan neget edenlerden başka tatbikatı) — 462  
(Kanun tatbikının tazammun ettiği — ler) — 461  
**Tasima ve tekit senetleri** — 131  
**Tarafgirlik** — 419  
**Tarafsızlık** — 419  
**Tarif** — 258  
**Tashih karar**  
(*Bak. karar tashih*)  
**Tazminat**  
(*Bak. zarar ve ziyana*)  
**Toyakkuz** — 259  
**Teammül**  
(*Bak. örf*)  
**Tebliğ** — 260  
**Tecuzzi edemezlik** — 31,293  
**Teferruat**  
(*Bak. asıl*)  
**Tefsir**  
(— Kanunları) — 32  
(*Adi*) — 362  
(*Ahitlerin — i*) — 185  
(*Kanunun — i*) — 233  
(*Mantiki —*) — 365  
(*Niyetin — i*) — 396  
(*Yanlış —*) — 285  
**Tekit** — 260  
**Teklif** — 261  
**Temlik** — 261

**Temyiz**

- (— e Müracaat) — 517  
(— Mahkemesinin mürakabesi) — 342  
(Ceza dâvalarında — ) — 425  
(İstidlâk işlerinde — ) — 425  
**Tescisül** — 261  
**Ticarette Kaziyel mahkeme** — 70  
**Tüccar defterleri** — 131

**U**

- Umumi edep** — 281  
**Usult muamelelerin butlanı** — 304

**V**

- Vakıa** — 384  
**Vasıyet** — 264  
**Vasıtalı dell**  
(*Bak. dell*)  
**Vasıtasız dell**  
(*Bak. dell*)  
**Vasıyetler** — 263,308  
**Vasıyetnamelerin tehsiri** — 264  
**Vazifesizlik** — 294  
**Vacibe** — 264  
**Vekâlet** — 264

**Y**

- Yangın** — 265  
**Yazılı dell** — 94  
**Yazılı İkrar** — 80  
**Yazılı mukaddemei beyyine** — 156  
**Yemin** — 265  
(Hâkim huzurunda —) — 85  
(Kati —) — 85  
(Mahkeme dışında —) — 84  
(Mahkûmiyet miktarını tayin eden—) — 92  
(Mütemmim —) — 90  
(Reysen teklif olunan —) — 90

**Z**

- Zarar ve ziyan** — 265  
**Zilyedlik** — 268



