

TABİİ HUKUKUN MEDENİ KANUNUMUZ ÜZERİNDEKİ TESİRİ

Yazan: Prof. Dr. Yavuz ABADAN

Mevzua giriş:

Tabii hukuk, müsbet hukuka karşılık ideal hukuku meri kılma davasını güttüğüne göre, yazımızın başlığı, ilk bakışta yadırganabilir. Ancak Radbruch'un dediği gibi, "bütün hukuk felsefesinin başlangıçtan 19 cu yüzyıl başına kadar yalnız tabii hukuk nazariyelerinden" (Hukuk felsefesi, Sh. 14) ibaret kaldığı göz önünde tutulunca, böyle bir yadırganmanın yersizliği meydana çıkar. Çünkü iki bin yıldan daha uzun süren bir fikri gelişimin, hukuki müesseselerin tekevvin ve tekâmülüne tesir etmesi, gelenek veya kanunların belli başlı prensiblerini yaratması, sade tabii değil, aynı zamanda zarurî bir keyfiyettir.

Gerçekten Goethe'nin Faust'da, Mephisto ağzından ileri sürdüğü iddiaya aykırı olarak, 2500 seneye yakın bir zamandanberi muhtelif varyasyonlarla insanla birlikte doğan tabii haklardan bahsedilir. Bu sebeble fikri hayat bakımından tabii hukuk idesi, zamanla sınırlanamıyacak bir ebedilik vasfına mazhar olmuştur. Buna karşılık tabii hukukun bir sistem halinde şekil alışı, 17 ci yüzyıla aittir. Her ide gibi, tabii hukukun zaman içerisindeki seyri de, çeşitli nazariye, veya kanaatlerde beliren izlerle takip olunabilir. İdée'nin kavranması, meriyet kategorisine bağlıdır. Buna karşılık sistem ancak müessir olduğu hayat sahasında tesir ve izlerle müşahede olunabilir. Bu sebeble sistemi kavrayabilmek, o sistemin müessir olduğu hayat bütününe göz önünde tutmakla mümkündür.

Tabii hukukun medeni kanunumuz üzerindeki tesirini belirtmeğe çalışırken, hem meriyet kategorisi içerisinde kavranabilen tabii hukuk idesinin, hem de bütünlük kategorisi içerisinde taayyün eden sistemin müsbet mevzuat üzerindeki belli başlı izlerini gösterme hedefini gütmekteyiz. Böylece bu etüdün gayesi, bir yandan tabii hukuk cereyanına ait fikirlerin gerçekleşmesinin diğer yandan tabii hukuk sisteminin siyasi ve sosyal bakımdan hayata kavuşmasının kısa bir tarihçesini çizmek olacaktır.

Bir fikir cereyanı ile ilgisi bakımından, bu tarihçenin muayyen bir tarih felsefesi görüşüne dayanması zarurîdir. 19 cu yüzyıldan itibaren tarih telâkkisinde felsefî bakımdan vukua gelen değişiklik, tarihi, birbirine yan bakan bir takım hâdiselerin muayyen istikametlerde seyri olarak değil, bir bütün halinde tarihin cereyanına müessir olan fikirlerin devamlılık, kararlılık ve zaferi olarak anlamayı şart kılmaktadır.

Böylece tatbikî felsefe disiplinleri arasında tarih felsefesinin de yer almasına müessir olan çığır açılmış bulunuyor. İlk önce İtalyan Jean Baptista Vico, tarihi, "bütün milletlerin tarihlerinin umumî cereyan tarzını belirten ebedî ideal tarih" olarak kavrama ve anlama zaruretini ortaya atıyor. Buna dayanan alman felsefî idealizmi, tarihî âlemî müstakil bir felsefî düşünce mevzuu haline yükseltiyor. Hegel'de en yüksek zirvesini bulan bu tarih felsefesi telâkkisinde, bir yandan spéculatif düşünce- nin karanlıkları aydınlatma cehdinin en yüksek ve ölçsüz derecesi, diğer yandan hayatın her türlü aklilikle alay edip yalnız tecrübe ile bağdaşan objektifliği birleşiyor.

Hegel'in "fikrin hiçte acelesi olmadığı" hakkındaki sözü, yalnız fikirlerin gerçekleşme güçlük hattâ bazen imkânsızlıkları karşısında kuru bir tesellinin değil, aynı zamanda fikir denen kudretin taşıdığı devamlı ve sürekli hayatîyetin, dolayısıyla idelerin yüzyılların aşındırmasına mukavemet ederek ergeç tahakkuk edeceğine emniyetin ifadesidir. En sürekli bir fikir cereyanı olan tabii hukukun, müsbet hukuk ve kanunlar üzerindeki tesirini bu gerçeğin aydınlattığı görüş açısından kavramak mümkündür.

Bilindiği üzere tabii hukuk idesinin doğuşunu eski Yunan aydınlanmasına irca etmek mümkündür. Bu ide, Sofistlerden naklen nazari seki ile Eflâtun'un eserlerinde karşımıza çıkmaktadır. Nitekim "hak ve haksızlığı, tabiatın değil, belki mevzu nizamın eseri" (Platon. De lege X. 889) sayan Gorgias ile kanuna, "insanlığı ekseriya tabiatın hilâfına cebreden bir müstebid" (Platon, Protagoras 337 D) vasfını veren Hippias, Sofist ahlâkının "tabii" de kararlaşan değişmez prensibini ortaya koymaktadırlar. (1)

Bu esas fikir değişik muhteva ile Roma hukukçusu Gaius'dan başlayıp St. Augustin, Thomas d'Aquin, Leibnitz, Kant, Rousseau ve Hölderlin üzerinden geçerek zamânımız felsefecilerine kadar geliyor.

Ancak tabii hukuk sisteminin kurulması ve hukukî hayatı tayin etmesi bakımından Grotius ile, onun nazariyesini tamamlayıp işleyen Puf-

(1) Daha fazla tafsilât için: Prof. Yavuz Abadan, Hürriyet problemi, İstanbul 1941. Fakülte dergisinden ayrı bası Sh. 826 ve sonrasına bakılabilir.

fendorf ve Thomasius'un bütün tabii hukukçuların tesirinden daha üstün bir ehemmiyet taşıdıklarını unutmamak gerekir. Gerçekten tabii hukuk, sistematik bir bütün haline gelmekle yalnız nazari bir kıymet mefhumu olmaktan çıkmış, aynı zamanda tarihi bir değer yapısı haline gelmiştir. Bu andan itibaren tabii hukuk, tarihe müessir bir kudret halinde fikir hayatında kendine has bir saha ve çığır açmıştır. Skolastik devrin metafizik taleplerine karşı insan tabiatının istiklâle kavuşturulması sayesinde, tabii hukukun insan cemiyetindeki tesiri elle tutulur bir objektifliğe kavuşmuştur. (2).

Renaissance ve Réformation devirlerini temyiz eden hayatın ferdileştirilmesi, tabii hukuk idesinin ferdi değeri üstün tutmasından kaynak almaktadır. Franz von Jerusalem, Hukukun sosyolojisi (Soziologie des Rechtes, 1926) adlı eserinde, bu ferdileşme hareketini tarihi gelişimin kanunî bir tekerrürü olarak vasıflandırır. Ona göre bu içtimaî hayat kanunluğu, kolektivizmden individualisme'e geçiş gibi individualisme'den de yeniden kolektivizme avdet zaruretini ihtiva etmektedir. Sosyolojik bir metotla bugüne kadar isbatı mümkün olmayan bu nazariyenin isabet derecesini tahlil etmek bu etüdümüzün dışındadır. Muhakkak olan cihet şudur ki, tabii hukukun bir sistem halinde müstakil varlığa kavuşması ile, ilk defa olarak hukuk tasavvurunda tek şahsiyetin içtimaî gelişime müessir bir kudret olduğu kanaati hâkim olmuştur. Bunun modern hukuk ilmine ve müesseselerine tesiri ise, insan hakları için mücadele, cezada netice yerine taksir mesuliyeti esasının yerleşmesi, hukuk devleti telâkkisi ve nihayet özel ve kamu hukukuna ait sübjektif haklar sistemidir.

19 cu asrın başlangıcında tarihci mekteb, kudretli bir karşı cereyan halinde tabii hukuk nazariyesinin iflâsını ilân etti ise de ikibin yıldan fazla bir meriyet süresine sahip olan hukukî fikirleri imha edemedi. Aksine bu fikirlerin zenginliği, onlardan bir kısmının istemeye istemeye tarihci mekteb tarafından benimsenmesini intaç etti. Liberal tabii hukuk ile tarihci mektebi muhafazakârlığı arasındaki tezd, sadece metod farkına dayanan bir ayrılık olmaktan çok daha derin ve umumî mahiyetde idi. Asla ve esasa taalluk eden bu farklılık, hukuk sahasında hukukî topluluk ile hukukî şahsiyet farkına tekabül etmektedir. Bu birbirinden farklı iki cephenin 19 cu yıl başlangıcındaki mümessilleri Savigny ile Thibaud'dur. Bu karşılıklı mücadele cephesi H. A. Fischer ile Gierke,

(2) Yeni çağ tabii hukuk sistemi hakkında Erik Wolf'un "Grotius Puffendorf, Thomasius" 1927, eserile Prof. Yavuz Abadan'ın "Grotius ve tabii hukuk" İstanbul, 1939, adlı etüdüne müracaat olunabilir.

Stammler ile Stutz üzerinden geçerek zamanımızın hukuk sosyologları ile modern tabii hukukçuları arasındaki karşılaşmaya intikal etmektedir.

Gerçekten tarihçi mektebin kendini en çok hâkim saydığı bir devirde de, serbest hukuk mektebi veya modern tabii hukuk firmaları ile yeniden hayata kavuşan fikir cereyanı, Walter Schönfeld'in ifadesile, - "hukuk ilminin, tarihî mektebin hâkimiyeti ile hazırlanan pozitivist relativisme'nin derinliğinde daldığı mahmurluktan silkinmesi" (Die logische Struktur der Rechtsordnung - Hukuk hükümlerin mantıkî bünyesi, 1927, Sh. 15) mânasını taşımaktadır. Bu suretle her şeyi tesadüfi bir kudretin hasın ve fiilî tasarrufuna ait saymaktan doğan aciz rüyasından uyanma, aklî hukukun aslâ müruru zamana uğramayan dileklerinin yeniden ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Cathrein'in, gerek Allah gerek insanlar tarafından müsbet bir surette vazedilmeksizin zatî tabiat icabı bütün beşeriyet için muteber ve cari kaidelerin heyeti mecmuası mânasında bir hukuktan bahsetmesi, bu ikinci rönesansın ifadesidir. (Tabii hukuk, müsbet hukuk, Sh. 222).

Bu rönesansın Fransa'daki ilk belirtileri A. Boistel'in 1870 de neşrettiği "Cours de droit naturel" ile başlıyor. Bunu takiben bütün doğu Avrupa'da gerek klâsik nazariyeyi aynen ihya, gerek onu islâh ve tadil temayülleri ile bir çok hukukçular, tabii hukuku yeniden hayata kavuşturma gayretlerini arttırıyorlar. Stammler, Saleilles, F. Geny, Le Fur, Rommen çeşitli görüş açılarından hareketle tabii hukukun rönesansını, yeni bir nazariyeye bağlamak teşebbüsünde bulunan belli başlı şahsiyetlerdir.

Yalnız yeni çağ tabii hukuku ile, yeni canlanış arasında esaslı bir fark dikkati çekmektedir. Yeni çağ tabii hukuku bütün aklî hukuk sisteminin bir kül halinde merîyetini istiyordu. Bugünkü tabii hukuk ise, aklın hukukî meselelerin halline tatbikinden daha ileri gitmiyor. Daha başka bir ifade ile artık tabii hukuk, kanunlara karşı ferdin mutlak hürriyetini tesis davasından vazgeçerek kanunun tatbikinde hâkimin basiretine hitab etmekle kanaat ediyor. Böylece rasyonalizm, artık hukukun özüne değil, ancak tatbikine şamil bir prensib değerini taşımaktadır. Tabii hukuk, eski aşırı iddialarına uygun olarak başlı başına constructif bir sistem ifade etmekten çıkmış, sadece kanunu tefsir vasıtası haline düşmüştür. Tabii hukuk cereyanının bu istikamet tebeddülü hakkında "Tabii hukukun yeni veçhesi" adlı etüdümüze (A. H. F. dergisi, cilt VII, Sayı 3-4, 1950) işaretle iktifa etmek isteriz.

Yeni tabii hukuk hareketinin ontolojik mahiyeti veya deontolojik kıymeti meselelerinin münakaşası, bizim buradaki mevzuumuzu ilgilendir.

dirmemektedir. Muhakkak olan cihet, bu ısrarlı kalkınma teşebbüsler'le tabii hukuk cereyanının, sosyal hayatın tanzimine ait kaideleri ve prensipleri tayin hususunda eskiden olduğu gibi bugün de nâzım bir rol oynama iddiasında sebat etmesidir. İkinci dünya harbinden sonra, yeni bir nizam davası ile hürriyet ve demokrasi ilke ve ülküleri etrafında birleşen milletlerin hukukî telâkkilerini de, kaynak bakımından tabii hukuk cereyanının fikirlerine irca etmek mümkündür.

Sosyolojik ve pozitivist bir görüşle de bu kadar sürekli bir hayatfeyete ve canlı bir tesire sahip olan bir fikir cereyanının, tarihî rolü dolayısıyla sosyal bir phénomène olarak kabulü bir zarurettir. Tabii hukuk cereyanının muhteva itibarile boşluğundan, elverişsizliğinden veya müphemiyetinden bahsolunabilir. Nitekim dün ve bugün bundan bahsedener olmuştur. Yalnız içtimaî hayat nizamının tayininde veya tatbikinde bir kıymet ve takdir ölçüsü olarak kullanılmış olduğu, vazı kanunlar için ya örnek veya fren hizmetini gördüğü hiç bir suretle inkâr edilemez bir gerçektir. Bizi de burada ilgilendiren asıl mesele budur. Bu sebeble tabii hukukun kanunlar üzerindeki tesirinin iyi veya kötü, isabetli veya isabetsiz neticeler doğurduğu münakaşa edilse bile bu tesirin inkârı imkânsızdır.

Tabii hukuk rönesansının yeni bir dünya nizamı kurmağa elverişli olup olmadığı, yeni rönesanslar idealizminin muhteva bakımından yeni hayat şekillerini tayine ehliyetli bulunup bulunmadığı meseleleri elbette zamanın halledeceği bir münakaşa konusudur. Bizim buradaki etüdümüzün hedefi, tedvin bakımından yarım asırlık bir hayata malik bulunan ve ana prensipleri ve temel hükümleri ile çeyrek yüzyıldan beri memleketimizde tatbik edilen bir kanun üzerinde yeni çağ tabii hukuk sisteminin dolayısıyla ebedî tabii hukuk idesinin tesir derecesini göstermekten ibarettir.

Bu tesir derecesini belirtebilmek için, önce yeni çağ tabii hukukunun, dünya hukukunun gelişmine müessir ana prensiplerini sonra modern kanunların vücade gelmesinde müessir olan tedvin prensiplerini gözden geçirmek nihayet bugünkü medenî kanunumuzun şekil ve muhtevasına tabii hukuk düşüncesinden geçen tesirleri incelemek gerekir.

Tabii hukukun umumî prensipleri :

Tabii hukukun esas bünyesine ait umumî prensipleri hürriyet, eşitlik, laiklik olmak üzere üç esas etrafında toplamak mümkündür.

Tabii hukukun ferdî aklı (ratio), dolayısıyla insan şahsiyetini esas tutan hareket mebdesine uygun olarak, insan hayatı için en yüksek değer

izafe ettiği ana prensib hürriyettir. Bu ferdî tab'atda meknuz değer veya değersizliğin inkişafına engel olan her şey "gayri tabii", ferdi, tabiatı hilâfına harekete icbar eden her bağ - meşru bir devlet otoritesince tanımış kanunlara da dayansa - bir istibdad eseridir. (Hippias'ın yukarıda zikredilen sözü hatırlansın) Şu halde cebir gayri tabii yani insan yaratılışına aykırıdır. Çünkü Alkidamos'a izafeten ifade edildiği veçhile "Allah bütün insanları hür yaratmıştır. Tabiat, hiç kimseyi esir yaratmamıştır." (Aristo, Rhetorik, Schol 1,13).

Bu suretle ortaya atılan insanın yaratılıştan hür olması prensibi, eski Yunan ve Roma kanallarından geçerek Fransız inkilâbına müessir bulunan ana fikri teşkil etmiştir. Devirler boyunca bu fikrin, mücerret bazı formüller içersinde anlaşılmaz ve karışık bir hale gelmesi yanında fert ile devlet, medenî hürriyet ile siyasî hürriyet, fertlerin hürriyeti ile bütünüün hürriyeti arasında sınır karışıklıkları yüzünden gerek nazari gerek tatbikî güçlüklerle de karşılaştığı muhakkaktır. Benedetto Croce'nin pek güzel belirttiği veçhile "hürriyet idesini" bir takım hukukî tasniflere ve sosyolojik zaruretlere ayarlamak suretile kavramağa veya tayin etmeğe kalkışılınca, bu karışıklıkların doğması ve fikirler arasında ayrılıkların belirmesi mukadderdir. Hürriyet fikrini, bizatihî insanlık vasfının öz cevheri mânasında anlayınca, hürriyet ideali kadar devamlı ve zararlı, aynı zamanda her devrin hürriyet iştihakından kaynak alan dileklere cevap verecek bir elâstikiyeti haiz tek ideal olarak görmemek imkânsızdır.

Yalnız hürriyet idealidir ki, daimî surette istikbalin karşısında dikildiği halde onu hususî ve tesadüfî bir şekil içersinde hapsedmek iddiasını aslâ taşımamaktadır. Yalnız hürriyet ideali, tenkide devamlı şekilde mukavemet imkânına sahiptir. Bu yüzden yalnız o, insan cemiyeti için - bütün muvazene bozuklukları ve tekerrür eden sallantılar içersinde - muvazenenin tekrar tesisi için lüzumlu sağlam bir destek teşkil etmek ehliyetine maliktir. Bu sebeble hürriyet ideali, ezeli olduğu kadar ebedîdir. Her zaman olduğu gibi devrimizde de hürriyet fikrini istihza, istihfaf ile karşılayanlar mevcuttur. Fakat buna rağmen o, gerek eski gerek yeni müesseselerimizde, örflerimizde, mânevî ve fikrî davranışlarımızda mevcut ve müessirdir. Daha mühim olan nokta, hürriyet fikrinin, bütün dünyanın insan haysiyet ve şerefine saygılı asil ruh ve kafalarında daima canlı olarak yaşaması ve bundan sonra da yaşayacağıdır. (3).

Yeni çağ tefekküründe, hürriyet idealini, her makul insanın diğerle-

(3) Benedetto Croce'nin "Geschichte Europas im 19. Jahrhundert" (19 cu asrın Avrupa tarihi) adlı eserinin Sh. 10 ve 384 deki izahat ile karşılaştırmız.

rine karşı otonomisi zaruretinden kaynak alan değişmez bir hukukî prensib haline yükselten Christian Thomasius'un nazariyesi olmuştur. Thomasius'da tabii hukuk sistemi, mükemmelliğe cehdeden tek insan varlığı ile tamamen meşbu bir hale geldiği için, hürriyet en yüksek maxime (düstur) değerini kazanmıştır. Bu prensibin meriyet sahası bütün insanlığa şâmil ise de, b'lgisini ancak tek insanın ferdi, yegâne, zarurî aklılığına bağlamak gerekir. Bu suretle insanın kâmil şeref ve hürriyeti, Allah ve devlete karşı müstakil bir durum kazanmaktadır.

Bu düşünceye göre, tabii hukuku yaratan ve dolayısıyla müsbet nizama tekâmül hedefini gösteren insan tabiatıdır. Bu gelişimde esâs müessir kudret de, ferdi hayat çerçevesine bağlı şahsiyettir. Tabii hukukun bu suretle felsefî bir mahiyet kazanmasından sonra, cemiyet hayatını tanzim bakımından rolü ön plâna çıkmıştır. Bu telâkkinin Kant, Rousseau, Locke gibi müteffikirler tarafından ileri sürülen fikirlerle, insan hakları beyannamelerine müessir olduğu meydandadır. Gerçekten Thomasius, bugünkü anayasalara temel teşkil eden fitrî hakları müktesep haklardan ayıran nazariyesi ile bu çığır açmış ilk tabii hukukçudur. Tabii hukuka umumî meriyet kazandırma gayesini güden Thomasius'un gerek "Institutiones" gerek "Fundamenta Juris Naturae et Gentium" eserlerinde müdafaa ettiği hukukî nazariyeye göre, içtimaî kaide, hayatın haricî şekliinden ibarettir. Bunun tabii neticesi, aynı dilek ve taleb hakları ile teçhiz edilmiş, şeklen bütün vatandaşlarda aynı surette tezahür eden individualist hak sahibi ve buna uygun hukukî sübjektif hak sahibi esas mefhumudur. Bu hak sahibine ait sübjektif yetki, diğerlerin hürriyetleri ile sınırlanmış alanda ferdin hürriyeti ile tezahür ve tecelli eder.

Bu bakımdan insanın teminat altına alınması lâzım gelen vaz gecilmez fitrî haklar kadrosunu şu dört esas etrafında toplamak mümkündür: Hayat hakkı, hürriyet hakkı, şeref ve mülk edinme hakları. Bu sonuncu hak, sübjektif aynı hak mânasında mülkiyeti değil, insanların hayat ve hürriyetlerini muhafaza edebilmeleri için eşya üzerinde eşit surette tasarruf edebilme imkânını ifade eder. Bu bir hukukî statüdür. Mülkiyetin aslında, fiilen iktisap derecesile ilgili değildir.

Thomasius'a göre bütün diğer haklar, bu fitrî haklardan doğarlar. İnsan varlığının zarurî icabı olan bütün hak ve hürriyetleri kaynak itibarıyla bu dört esasa irca etmek mümkündür. Dikkate değer ki, ikinci dînva harbinden sonra - yeni dînva nizamının dayanacağı temel prensibler olmak üzere ilân edilen - Atlantik beyanamesi de, dört hak ve hürriyetde bahsetmektedir. Bunlardan mes. sefaletten kurtulma hakkı Thomasius'un mülkiyet hakkına pek ala tekabül etmektedir. Bunun

gibi bilfarz korkudan âzad olma hürriyetini de, aynı esaslara irca etmek imkânı vardır. Zira hayat, hürriyet ve şerefenden emin olan bir kimsenin her türlü korkudan masun kalmasından daha tabii bir netice olamaz.

Tabii hukuk doktrini tarafından bu tabii hürriyet tasavvuruna dayanılarak işlenen esas haklar sistemi, nazari süzgeçlerden geçtikten sonra, Amerikan ve Fransız hukuk beyannamelerine ve oradan da anayasalara mal olmuştur. Bilindiği gibi modern anayasalar, biri devletin esas teşkilâtı ve organları diğeri de kamu haklarının teminatı olmak üzere iki kısımdan tereküp etmektedir.

Anayasaların teşkilât kısmına nâzım prensip hizmetini gören milletin kayıtsız şartsız hâkimiyeti esası da, tabii hukuk hürriyet nazariyesinin bir aksinden ibarettir. Gerçekten ferdî hürriyet yanında bütünün hürriyeti, Rousseau'nun "volonté générale" nazariyesine dayanarak müdafaa ettiği milletin hükmi şahsiyeti prensibi, topluluğun hürriyetine taalluk etmek üzere milletin kayıtsız şartsız egemenliği esasını demokratik anayasalara geçirmiş bulunmaktadır.

2 — Eşitlik prensibi :

İnsan varlığının mümeyyiz vasfı olan akli hüviyetin, her normal kişide aynı şekilde tecelli etmesi zaruretinden kaynak alan eşitlik prensibi demokratik zihniyetin temel taşıdır. Bu prensip bilhassa Jean Jacques Rousseau tarafından inkişaf ettirilen şekli ile eşit vatandaşlık haklarının ve içtimâî mukaveleye dayanan iradî devlet mekanizmasının ana prensibidir. Böylece bir millet suuruna kavuşmuş vatandaşların, içtimâî bütün içersinde kendi dilekleri ile birbirine eşit olarak yaşamalarını mümkün kılacak constructif bir inşa metodu bulunmuş oluyor.

Eşitlik prensibinin fert bakımından hukukî tecellisi hak sahibi mefhumunda canlanmaktadır. Hak sahipliği, haklar ve vecibeler taşıyabilme ehliyetini ifade eder. İnsanın hakkın mevzuu olmaktan çıkarak hakkın sahibi bir duruma yükselebilmesi, tabii hukuk idesinin tesiri altında vukubulmuştur. Eski Roma'da esaret, bir hukukî müessese idi. Modern hukukta, yeni çağ tabii hukuk sisteminin hukukî hayatı tayin eden karakteri ile birlikte bu müessese, ortadan kalkmış bulunmaktadır. Hakkın mevzuu olmaktan kurtulan insanın, akli hüviyet ve şerefine uygun olarak, başka hak sahipleri ile münasebetlerinde farklı bir statüye sahip olmaması esastır. Eşitlik prensibi, bu zaruretin neticesi olarak bilhassa özel hukuk münasebetlerinin hâkim prensibini teşkil etmektedir.

3 — Laiklik prensibi :

Tabii hukukun tam mânası ile laikleştirilmesi hususunu, onu bir sis-

tem haline getiren Grotius'a borçluyuz. 17 ci asrın, cemiyetin yeni nizamını tayin edecek yeni hukukî ve siyasî prensipler arama cehdinde, Bodin'in Esasiye hukuku ve Althusius'un siyaset sisteminden sonra, bu iki mütefekkiye de dayanarak modern tabii hukuk sistemi üzerine devletler umumî hukuku esaslarını "De iure belli ac pacis" (1625) eserile kurma şerefi, Batavyalı hukuk âlimine müyesser olmuştur.

Hakikatde de devrin, felsefî esaslara istinad suretile, ahlâkî, hukukî siyasî âlemin yeniden ve müstakilen inşası gayesini güden otonom bir moral sisteminin dayandığı temeli, insan tabiatının fitrî temayüllerinde gören müşterek ve humanist telâkki tarzını, ondan daha kuvvetle temsil edecek bir şahsiyet yoktur. Grotius kendi zamanına kadar halledilmemiş olan meseleler, yeni bir mânevî hayat temeli saydığı rationalisme'e dayanarak çözme teşebbüsünde muvaffak olmuştur. Aklın beşerî ve ilâhî mahiyeti arasındaki ayrılık, teolojik zihniyete bağli skolastik devrin tabii hukukçularında, henüz saadece bir kemmiyet farkından ibaretti. Bu karıştırma Grotius'u takib eden Puffendorf, Thomasius, Christian Wolf gibi yeni çağ tabii hukukçularına da intikal etmiştir.

Halbuki Grotius ilâhî ve beşerî akıl farkını, bir derece ve kemmiyet farkı olmaktan kurtararak bir mahiyet ve keyfiyet farkı haline kalbetmiştir. Ona göre, insan tabiatının hususî muhtevasını teşkil eden tabii hukuk sadece insanî olan şeyi belirtir. İnsan mefhumu ise, önce herşeyden ziyade Allah mefhumunun zıddı olarak kavranıp idrak olunabilir. Bu sebeble tabii hukuk, bütün insanlık için merîdir, gayri siyasîdir ve devletden öncedir.

Bu hareket mebbeinden ileri doğru yürüyünce, her sahada olduğu gibi, hukuk vadisinde de insan aklının mutlak hâkimiyet ve kıymeti, tereddüd götürmez bir hakikattir. Artık tabii haklara, gökte kaynak ara-maktan vazgeçilmelidir. Tabii hukuk, tıpkı riyazî bir mütearife gibi, her türlü tecrübeden müstakil olarak insan varlığında mevcut ve mündemictir.

Tabii hukukun bu istiklâl ve bağısızlığı, ilâhî tesire de şâmindir. Allah nasıl riyazî mütearifeleri değıştirmezse, öylece haklıyı haksız da kılamaz. İki kerre iki nasıl beş edemezse, derunî tabiat itibarile kötü olan şeyin, kötü olmamasına Allah müessir olamaz. Şu halde tabii hukuk o kadar değışmez bir mahiyet taşımaktadır ki Allah da onu değıştiremez.

Böylece Grotius, tabii hukukun değışmez esaslarını onun mevzuu olan münasebetlerin individuel hususiyet ve illiyetinden müstakil olarak mütalea ve inşa ediyor. Tıpkı şekillerini, cisimlerin fizik yaratılışına tâbi olmayarak çizen bir mühendis gibi...

Gerçi müellif, gerek tabii hukuk prensiblerinin tayininde, gerek müsbet hukukî vaziyetin tesis ve tanziminde, ahlâkî dilekleri nazarı itibara alarak, ahlâk ile hukuk arasında karşılıkları davet edecek mütehavvil bir sınır çizmektedir. Fakat onun aslâ birbirine karıştırmadığı iki saha vardır ki o da hukuk ile dindir.

Grot'us ya indirekt aklî bir metod ile değişmezliğinden veya bütün milletlerce değilse bile seviyece yükselmiş olanlarca benimsemesinden tabii hukuk karakterine intikal ettiği hukukî mefhum ve hükümlerin meriyetini, gayri bir ulûhiyet imanından tamamen müstakilleştiriyor. Ona göre, Allah var olmadığı halde bile, tabii hukuk esasları, muhtar ve müstakil bir mahiyete mazhar olacaklardır. Hattâ meriyet si'ası itibarile tabii hukuk, ilâhî hukuka takaddüm eder. İlâhî hukuk, ancak vahye nail olanlar için hüküm ve mâna ifade ettiği cihetle, izafi bir meriyete hak iddia edebildiği halde, özü, kaynağı bütün insanların ahlâkî hüviyetlerinde mündemiç bulunan tabii hukuk esasları, mutlak ve umumî bir meriyete mazhardırlar.

İşte Grotius'un, kökleri Sokrat ve Aristo'dan çıkarak Sofistlerle dallanıp budaklanan ve Stoa delâletile Roma'ya ve Ortaçağa intikal eden eski tabii hukuk esasları ile rabıta ve âlakasını isbat edecek surette Rodos'lu Andronikos, Çiçeron ve Seneca gibi müelliflere vâki sarih işaret ve atıflarına rağmen (4), onu, kendinden öncekilerden; hattâ yukarıda işaret edildiği gibi tabii hukuku Allah tarafından insana aşılarmış hukukî şura irca etmek suretiyle teokratik düşüce ile alâkalarını tamamen tasfiye edememiş kendinden sonraki rationaliste yeni çağ tabii hukukunun seçme simalarından ayıran en esaslı vasıf ve fark, bu noktada toplanmış bulunuyor.

Onu bir sistem sahibi ve modern tabii hukukun müessisi mevkiine yükselten şey, düşüncesinin laik karakteri, beşerî ve aklî hukukla ilâhî hukuk arasına kati bir sınır çizmiş bulunan tabii hukuk telâkkisinin, gayî ve metafizik ulûhiyet rabitasına bir derece bağlı kalan Roma Stoacılığına nazaran arzylediği şu yenilik ve ileriliktir. Grotius'la en açık şeklini alan tabii hukukun bu lâik karakteri, modern kanunların tedvininde de müessir olmuştur. Bunun medenî kanunumuz üzerindeki en mühim tezahürü, Anayasadaki vicdan hüriyeti esasına tekabül eden 266 ncı maddenin ikinci fıkrasında tesbit edilen prensiptir. Buna göre "Reşid, dinini intihabda hürdür".

(4) Bu hususta J. Kohler'in Hukuk felsefesi ders kitabı 1917 s. 38 de kâfi tafsilât vardır.

Yeni çağ tabii hukukuna has karakteristik bir hususiyet ifade eden bu üç nazari prensip yanında, ilk çağdan beri tabii hukukun hareket düsturu olarak benimsediği prensibler insan tabiatında mündemiç farzoldunmaktadır. Bu prensiblerin idraki hususunda insanın saadece tabiatını idrak etmesi ve onun emirlerine uyması kâfidir.

Romalı Çiçeron tabii hukukun amelî prensiblerini taat ve ibadet (religo), izzet ve ikram (gratia), saffet ve sadakat (pietas), hürmet ve riayet (observantia), kefareet (vindicatio), hakikata bağlılık ve ahda vefa (veritas) olmak üzere altı esasa irca etmektedir.

Ulpian'ın Digest'lere geçen "honeste vivere neminem ledere suum cuique tribuere" şeklindeki adalet tarifi de, tabii hukuk anlayışına uygun olarak haklı ve âdil bir hareketin ölçülerini vermektedir. Gerçekten dürüst ve namuslu yaşama insan varlığında şahsiyetin temelini teşkil eden şeref duygusunun tabii bir neticesi olarak, adalet'in gerçekleşmesi hususunda psikolojik esas şartı teşkil etmektedir. İkinci fıkradaki "kimseye zarar vermeme" hakka riayetin; üçüncü fıkradaki "herkese kendine düşeni verme" de, zıd menfaatler arasında haklı bir muvazenenin ifadesi olarak adaletin menfî ve müsbet fonksiyonlarını belirtmektedirler.

Leibnitz'in hukuku "ius strictum, ius aequum ve pietas" olmak üzere üçe ayırması da, bu târife dayanmaktadır. Bu tefrikte ius aequum hakkaniyet ve nısfet esasına dayanan anlaşma hukukunun ifadesi olarak, herkese kendininkini tahsis neticesine varmaktadır. Buna karşılık ius strictum kimseyi izrar etmeme prensibini gerçekleştirecek esasları ihtiva etmektedir. Pietas ise, ruhî safvetin ve şerefli yaşamının tabii bir netice olarak haklara, büyüklere hürmet ve riyeti telkin eden prensipler bütünüdür.

Böylece tabii hukuk düşüncesine dayanan bu prensiplerde, makul bir insanın kendi kendini tahdit eden ölçülü hareket tarzının düsturları belirmektedir. Nitekim Fichte hukuku, insanın kendi nefsinin tahdit esasına istinat ettirmektedir. Ona göre, hukukî mükellefiyet, terk ve ihmali başkasına zarar verecek herşeyi yapmaktır. Hümanist tabii hukuk tâlâkkisinin adalet mefhumuna ait son bir misali işaret etmek için eski Çekoslovak Cumhurbaşkanı G. Masaryk'in bir sözünü nakletmek istiyoruz. Birinci dünya harbi sonunda Avrupa siyaset ve fikir hayatının en mümtaz simalarından biri olan Masaryk adaleti, "insaniyetçiliğin matematiği" diye vasıflandırmaktadır. Bu formül hiç şüphesiz adalet mefhumunu gerçek insanî mâna ve karakterini kazandırmaktadır. Çünkü bu tarifte insan kalbi ile dimağının en aslî davranışlarını belirten ahlâkîlik ile mantıkîlik mesut bir senteze ulaşmaktadır. Bu mânası ile adaletin ancak iyi

ruhlar ve aydın kafalarca tam bir şekilde idrak olunabileceği, buna karşılık kötü ve karanlık duyguların adalet güneşi önünde sönmeğe mahkûm oldukları en veciz bir şekilde ifade edilmiş bulunmaktadır. Bu formül, aynı zamanda hümanist tabii hukuk düşüncesinin aydınlık felsefesinden doğmuş bulunduğunu da belirtmektedir.

Tabii hukukun modern kanunların tedvinine tesiri :

Onaltıncı asrın başlangıcında tamamlanan réception dediğimiz Roma hukukunun belli başlı Avrupa memleketlerince iktibas ve kabulü hâdisesini hazırlayan İtalyan, Fransız, Alman mekteplerinin ışığı - gayelerini gerçekleştirmiş bütün faaliyetlerde görüldüğü gibi - yavaş yavaş karmamağa, sönmeğe yüz tutarken Hollanda'da Rotterdam'lı Erasmus'un ateşlediği hümanist cereyan, hukukî alanda da yeni bir canlılık yaratmıştır. Önce Ramus ve Wesenbeck, Roma hukukunun tarihî ve sistematik cevherini işleyip aydınlatma işini başardılar. 15 ci asırda Loewen şehrinde başlayarak gittikçe yayılan bu ilmî faaliyet, yavaş yavaş araştırmalarında sırf tarihî metoda ve materyele bağlılıktan kurtularak müstakil bir istikamet halinde gelişmeğe başladı. Hugo Grotius'un yeni çağ tabii hukukunu bir sistem haline getirmesini sağlayan bereketli zemin bu şekilde hazırlandı.

Hakikatda tabii hukukun aklı ve ideal hukuk tasavvuru, yazılı kanunların vücut bulmasına lüzum kalmaksızın, hukukî hayatın seyrini akli prensiplerle tayine yetebilirdi. Daha doğrusu tabii hukuk, yalnız idealle iktifa edip müdevven kanuna hiç lüzum görmeyebilirdi. Fakat hümanist cereyanlarla kuvvetlenen Hollanda mektebi, tabii hukuku sadece hak fikrinin mahiyet ve değeri ile uğraşan felsefî bir doktrin halinden çıkararak, prensipleri ile hukukun tatbikatına nâzım bir düşünce sistemi haline getirdi.

Hümanist cereyanın takip ettiği ilmî metod, bir takım hususîyetler taşımaktadır. Bunlar arasında başta fikirlerin cevherli, özlü ve veciz şekilde ifadesi gelir. Dil ve düşünce bakımından tanzim ve tertipte akli ve mantıkî aydınlığa bilhassa dikkat olunur. Araştırmaların neticeleri yazılırken, mantıkî delillere dürüst muhakemeye, doğru istidlâle, itina gösterilir. Böylece câri kıymet ve maddelerin işlenmesinde, akli şahsiyetin tecelli ve tesirine son derece ehemmiyet atfolunur. Hümanist çalışma metodu, mânevî kabiliyet ve kudretlere, karanlık suur haletleri ve vitalist saikler üzerinde hâkimiyet temin eden bir düşünce disiplini'dir. Bu bakımdan hakikî hümanizm, insanın kendini fikrî gelişme vakfetmesi, tekemmüle ulaşma yolunda her türlü şahsî menfaat kaygısından uzak bir hizmete gönül vermesi mânasını taşır.

Hümanist düşünce ile hukukî nazariye arasında böylece kurulmuş olan çözülmüş bağılıktan, bundan sonraki hukuk gelişiminin istikamet ve seyrine hâkim bir programın ana hatları halinde şu esaslar doğuyor:

1 — Roma'dan intikal eden ve işlenen şekli ile tarihî hukuk, insan aklının öz mahsulüdür. Bu bakımdan mükemmel esasları ihtiva etmesi itibarile, merî hukukun fikrî temelini teşkil edecek değerdedir.

2 — Hukuk doğmatığı, kaynaklara vukufu hakkile temin edecek ve onları aydınlatacak en kıymetli vasıta olarak hukukî sisteme varmanın en emîn yoludur.

3 — Hukukun hakikî ruh ve mânasına nüfuz edebilmek için, hukukî esasların, umumî dünya görüşünde yerleşmiş ve kökleşmiş felsefî telâkilerle münasebet ve alâkasını aslâ gözden uzak tutmamalıdır. Bu sayede sosyal ve kültürel hayat ile hukukî kaide arasında, daimî bir ahenk ve intibak tesis olunabileceği gibi, yaratıcı bir hukukçu zihniyeti ile kalıplara bağlanmayıp yalnızları düzeltmek, boşlukları doldurmak, eksiklikleri tamamlamak mümkün olur.

Üç madde halinde hülâsa ettiğimiz bu esaslardan bilhassa birincisi, yeni çağ tabii hukuku tarafından, sonradan karşısında can düşmanı halinde dikilecek olan tarihçi mektebe karşı yapılmış bir tâviz kokusu taşımaktadır. Çünkü, - aklın mahsulü bahanesile de olsa - tarihî hukukun değerini teslim etmek, menşede yazılmamış kanun (agrafos nomos) idealine dayanan tabii hukukun, esas karakterine aykırı görünen bir haldir. Şurası var ki, ilâhî irade veya ferdî akılda mündemiç üniversal bir hak fikrinin, zaman ve mekân hususiyetleriyle muayyen kalıplara dökülmesine razı olmaksızın, kanun fikrine varma imkânsız olur. Tarihî tekâmülün mahsulü olan bir hukukî materyele dayanmaksızın, nasıl kanun yapmadan bahsolunabilir?

Şu halde tabii hukuk, akla uygun bildiği bu tarihî materyelin hukuk halinde nazari ve tatbiki değerini kendi rasyonalist fikrî durumuna uygun olarak değerlendirme zorundadır. Bu değerlendirmede doğmatik mânada hukuk ilmi, nazariyeyi; tefsir ise, tatbikatı tayin edecektir. Her iki faaliyetde mündemiç fikrî dinamizm, mevcut hukukî iskelete can verme bakımından aklın önemini bu vesile ile de tebarüz ettirmektedir. İşte bu sebeplerle 17 nci asırda felsefî sistem olarak kemal zirvesine ulaşmış bulunan tabii hukukun, - paradoksal bir ifadeye cevaz varsa - artık tarihî rolünü ifa etmesi, yani işlenmiş mebzul hukukî materyele dayanan kanunlaştırma faaliyetlerinin nâzımı hizmetini görmesi mukadderdi. Nitekim Avusturya, Prusya ve Fransa'da kanun tedvini hareketleri, işte bu düşüncelerin muharrik kuvvet halinde hükmünü yürütmeleri neticesinden doğmuş ve kanun vazaları hukukun vazı'nda, hâkimler ise tat-

bikâtında tabii hukukun esas prensiblerini gerçekleştirmegi âdeta esas vazife olarak kabullenmişlerdir.

Tedvin tarihinde tabii hukuka doğrudan doğruya sarîh bir atfa Mari Terez'in bir emirnamesinde rastlıyoruz. Bu emirnamede Mari Terez, mevcut hukuku tesbitde, "tashih ve ikmal için da'ima umumî akıl hukukuna ric'î bir nazar atma" lüzumunu emretmektedir. Bu devri takib eden bütün teşebbüslerde Avusturya'da Martini ve Zeiller gibi devrin büyük tabii hukukçularının tesiri görülmektedir.

İkinci Frederik'in 31 Aralık 1746 tarihli bir constitution'unda aynen "sırf akla memleketler teşkilâtı esasiyelerine dayanan bir kanun yaratma" emri yer almaktadır.

Bu emirnamelere uygun olarak teşekkül eden compilation komisyonu tarafından nesredilen esaslarda tabii hukukun en yüksek prensibi olarak tabii hürriyet mefhumu ileri sürülmektedir. Ancak bu tabii hürriyetin neticeleri olan hukukî kıymetlerin, umumî refah ve saadetin icab ettirdiğinden fazla tahdit edilmemesi prensibi vazedilmek suretile, umumî refah ve saadet mülâhazasının, bir sınırlama faktörü olarak ortaya konduğu da görülmektedir. Umumî refah ve saadet ölçüsü ise, takdire göre değişebileceğinden bu tahdid prensibi, hakikatde tabii hürriyet tasavvurunu bir hayli daraltmaktadır.

Böyle olunca da tabii hukukun bütün kudreti, mevcut hukukî durumu, az veya çok spéculatif yorumlarla tabii hukuk prensiplerine istinat ettirmeğe inhisar etmektedir. Buna göre, bir yandan "hürriyet haline bütün insanların tabiaten bizzat iştirak ettikleri" belirtildikten sonra hürriyetin şöyle bir tarifi yapılmaktadır: "Bu sebeple hürriyet, herkesin istediğini yapmasına ait tabii bir yetkidir. Ancak insan, bu yetkiyi kullanmaktan otorite yahut hukukça alıkonulur". Bu ifadeye göre, gerçik hürriyet, otorite veya hukuk tarafından kaldırılmış olmuyor. Sadece otorite, onun kullanılmasını önleme imkânına sahip bulunuyor. Kanunlar da, hürriyeti nisfet ve istikamet dairesinde tutmak suretile onun kötüye kullanılmasını frenleme vazifesini yükleniyorlar.

Dikkate değer ki, tabii hukuktan mülhem olan hürriyet problemi, câri hukukun en esash iştigal mevzuunu teşkil ettiği ve makul bir hürriyet durumunun yaratılması esas gayeyi teşkil ettiği halde, Mari Terez'in code'ları esarete de yer veren bazı hükümler ihtiva etmektedir. Bu arada serflik vaziyeti dolayısıyla mirasçılık için bile hürriyet, zarurî bir şart telâkki edilmiyor. (5).

(5) Buna ait daha geniş tafsilâtı Prof. Dr. Moritz Wellspacher'in tabii hukuk ve umumî medenî kanun, 1911, Viyana etüdünde bulmak mümkündür.

Mari Terez code'unda özel hukuka ait olarak eşitlikten hiç bir bahis yoktur. Bu da tabii hukuk fikirlerinin, code üzerindeki tesirlerinin tesadüfi, sathî, zahirî olduğuna bir delildir. Halbuki Mari Terez'in 4 Ağustos 1772 tarihli kanuna ait esasları belirten emirnamesinde, "kanunlarda Roma hukukuna bağlı kalınmaması bilâkis her yerde ve her hususta tabii nısfet ve hakkaniyet temeline istinat edilmesi" açıklanmaktadır.

Daha sonraki kodifikasyon safhalarında tabii hukukun bütün prensipleri ile önplâna çıktığı görülüyor. Bilhassa II. Joseph'in, kanunlar üzerindeki islâh ve tâdilleri, tamamen tabii hukuk esaslarından kuvvet alıyor. Bu arada eşitlik prensibi hususî hukukun temel prensipleri arasına giriyor.

Joseph'in kanunu "istisnasız bütün tebaanın tam hürriyetini (2, f. 1), kanunlar önünde eşitliğini (2, f. 3), menkul ve gayrimenkullerin iktisabı hususunda müsavi ehliyeti (2, f. 4) tesbit ediyor. Bütün bu hükümlerde ve 1797 tarihli garbî Galicya kanununda, Viyana tabii hukukçusu Freiherr von Martini'nin ehemmiyetli tesirleri göze çarpmaktadır. Martini, kanunları hazırlama mesaisinin başkanlığını deruhde ettikten sonra, tabii hukuku, aydınlık fikirlerinin bir silâhı halinde, hukukî gelişimin muharrik kuvveti haline getiriyor. Bunun neticesinde insanların medenî bir cemiyet halinde toplandıkları, fakat bu yüzden ne tabii mükellefîyetlerini, ne de fitrî haklarını terketmedikleri esası, kanunda yer alıyor. En yüksek ve tercihe değer topluluğun, "gerek fitrî gerek müktesep hakların teminat altına alındığı bir cemiyet olduğu" belirtiliyor. Tabiat ve kanunun bir hak verdiği kimseye onu kullanabileceği vasitanın da tanınması esası kabul olunuyor.

Diğer memleketlerde ve bu arada Fransa'da bu tabii hukuk hükümlerinin kabulü, inkilâb devrinde insanları devletin içtimaî mahiyeti ve gayesi ile ilgili esaslar hakkında yalnız anlayış ve yorumlara götürceği mülâhazası ile itirazlara uğramıştır. 1794 tarihli komisyonda bilhassa bunların daha ziyade anayasaya ait telâkki edilmesi gerektiğinde ısrar olunmuştur. 1796 da da, fitrî haklarla tabii hürriyet iddiasının medenî kanuna giremeyeceği ısrarla belirtilmiştir.

Zeiller de, tabii hukuk hükümlerinin medenî kanuna giremeyeceğini, yalnız mukaddemede bu hususta umumî prensipler vazolunabileceğini müdafaa etmektedir. Ona göre, tabii hukuk hükümleri, medenî kanundan çıkarılmalıdır. Fakat tabii hukukun, hukukî gelişmeye ve nizamlamaya tesiri devam etmelidir. Düşünüş ve ifadede, tabii hukukun hâkimiyeti belli olmalıdır. Bu hususa taalluk eden görüşünü Zeiller, 21 A-

ralık 1801 tarihli bir konferansında şu veciz hükümlerle açıklamaktadır: “Hukuk, insanın yaptığı bir eser değildir. Kudret sahipleri de, hukuk yaratıcısı ve vazı olmaktan kaçınmadırlar. Bütün hukuku aslında akıl vazeder. Kanun vazı, hukukî aklın tatbikini beyan eden bir organdır.” Bilhassa bu esaslar, 18 ci ve 19 cu yüzyıllardaki kanunî tedvinlerde tabii hukuk fikir ve metodunun neşekilde müessir olmağa çalıştığını göstermektedir. Bu tesirlerin diğer memleketlerdeki şekline ait misalleri kanunumuzun mehazı olan İsviçre medenî kanununun tabii hukuk tesiri altında vücade gelen hükümlerinin bir kaçını diğer memleketler kanunları ile mukayese etmek suretile aşağıda belirtmeğe çalışacağız.

İsviçre medenî kanunu ve tabii hukuk :

Kanunumuzun mehazı olan İsviçre medenî kanunu, 10 Aralık 1907 de federal meclislerde oybirliği ile kabul olunmuştur. Bu kanuna hâkim olan ruhu anlayabilmek için, tasarının vücade gelmesinde en esaslı rol sahibi olan Eugen Huber’in fikrî hüviyet ve şahsiyetini incelemek gerekir. Huber’in İsviçre medenî kanununun tanziminde bağlı kaldığı prensiblerle güttüğü hedefleri meydana çıkarmak için, sadece kanunun gerekçesini mütala etmek kâfi değildir. Huber’in fikrî hüviyeti, “Recht und Rechtsverwirklichung” (Hukuk ve hukukun gerçekleşmesi, Basel, 1925) ile “Das Absolute im Recht” (Hukukta mutlaklık, Bern, 1922) adlı iki eserinde bütün açıklığı ile karşımıza çıkmış bulunmaktadır.

Bu eserlerin mütalaasından anlaşıldığına göre, Eugen Huber, ölçülü mânasında bir tabii hukukçudur. İnsan zekâsının kudretine ve insanın iyiyi kötüden ayırma hususundaki temyiz kabiliyetine inanı vardır. Bu sebeble içtimaî hayatın cereyan tarzı ve şekli, akıl ve iradece tayin olunmak gerekir. Huber’e göre, cemiyet hayatının hukukî nizamı makul, hukukî şura dayanmalıdır. Bu hukukî şur, sadece bilgiye taalluk eden pasif bir durum değildir. Aynı zamanda hukuk kaideleri ile hukukî müesseselerin tanzimine müessir bir kudrettir. Biz kendi içimizde faaliyetde bulunan bu kudreti herkesten iyi idrak ettiğimiz için, hareketlerimizin tanzimi hakkında bir şura, dolayısıyla iradeye sahibiz. (Hukuk ve hukukun gerçekleşmesi Sh. 7).

Huber’in hukukî şur hakkındaki bu teşhisi, Sokrat’ın adalet hakkındaki görüşüne uymaktadır. Yunan filozofu, adaleti ve her nevi fazileti, basirete irca etmekte, buna dayanarak durumu iyi takdir basiretine sahip olan bir kimsenin onu yapma imkânına da malik olacağını ileri sürmektedir. Şu halde basirete sahip olmayan, yapma imkânından da büsbütün mahrumdur. Bu görüş bilme ile isteme arasındaki farkı bertaraf

ediyorsa da, Sokrat'ın mütalaasını da esaslı bir hakikat payı vardır. Çünkü aklı meleke ve kudretimizin, oryantasyon bakımından ikiye bölünmesine rağmen, şahsiyet bir vahdettir. Bu mülâhaza ile Eflatun'un Protagoras'ında okuduğumuza göre Sokrat, iyi olmayan bir hareketi doğru-
dan doğruya basiretsizlik diye vasıflandırmaktadır.

Eugen Huber'i Sokrat'la birleştiren esas nokta, yukarda işaret edilen Masaryk'in adalet tarafında olduğu gibi, insan hüviyetinde mündemiç ahlâkilik ile mantıkiliği telif edip bunların muhassasalarından ibaret olan makul hukukî suurun içtimalî hayatı en iyi tanzim imkânına malik olduğuna inanması ve bu inancını İsviçre medenî kanununda gerçekleştirmeye çalışmasıdır.

Gerçekten Huber, kanun koyuculuğu ve rasyonalizmi sadece mücerret bir aklın insana keyfi olarak ilham ettiği kanunları benimseme mânasında anlamaz. Onun için bir tabii hukukçunun bir ormana çekilerek kendi kafasındaki plâna ve tasvîdî adalet idealine göre ictimailî hayatı tanzim etmesi bahis mevzuu olamaz. İnsanların hukukî kanaatinde mündemiç hukuk idesi, tek başına hukuku tesise kâfi gelmez. Hukukun var olması için, topluluğun teskiâtlanmasında ve hukukî hükümlerin tesbitinde ifadesini bulan bir tanzime ihtiyac vardır. Bu tanzime müessir kudretler, bir yandan ferdî ve ictimailî menfaatler diğer yandan makul hukukî suurdur. Hukuk idesinin tanzim edici kudreti, suurun her iki cephesinin birlesmesinden ve hâdiseleri ölçmesinden faydalanarak, hukukî hükümlerle müesseseleri varatmaktadır. Bütün hukuk nizamını bir realite haline yükselten bu imtizactır. (Hukuk ve hukukun gerçekleşmesi, Sh. 31).

Eugen Huber, ictimailî nizam şeklinin, fertlerin akıl ile muayyen iradeleriyle varatılın devam edebileceğine kanidir. Hukukî nizamın vücud gelmesinde, akıl ile muayyen ferdî iradelerin rolünü belirtmek üzere bir mecazın yardımından faydalanmaktadır.

Buna göre, doğru bir nizamı bir mozavik resimle canlandırmak gerekirse, bu nizamın tasviri olan resmi teskil eden taslardan her biri tıpkı fertler gibi, aklı suurla mücehhez farzedilince bunlardan her biri, kendine en münasib veri almak için olanca cehdini sarfedecektir. Bunlardan herhangi biri, verilerinin değişmesi dolayısıyla mevcut ve makul durumun karışması halinde huzursuzluk duyacak ve bütün taslar kendilerince doğru ve münasib veri almadıkça aslâ rahat kavusmıvacaklardır.

İste bu tasavvur, Huber'e göre makul bir nizamın idesini sembolize eden bir mecazdan ibarettir. (Hukuk ve hukukun gerçekleşmesi, Sh. 90 ve 107 karşılaştırmamız)

Bu makul nizam idesini her makul varlık muayyen bir sarahatla kendi içinde taşımaktadır. Bu nizam içerisinde, herkesin nerede yer alması lâzım geleceği, ne yapması gerektiği, kendisinden ne istenebileceği hakkındaki hükmü veren şey, cemiyet mensublarının içtimâî nizamı islâh gayretlerinde, kendi içlerinde duydukları kanaatlerdir. Hiç şüphesiz her ferden doğru nizam hakkındaki tasavvuru, her kafa veya kalpte büyük veya küçük ölçüde birbirinden ayrılmaktadır. Eğer herkesin bu husustaki tasavvuru aynı şey olsaydı, cemiyet değişmeyen sabit bir topluluk halinde kalır ve gelişim olmazdı. Hukuk idesi bütün cemiyet hayatının tanzimi meselelerinde, fertden ancak aklî şuur ile müteharrik olmasından başka hiç bir şey istememektedir. Cemiyet nizamının istikrarında ferdi iradelerin aklî şuura uygun istikamet almaları kâfi bir teminattır.

Bu noktada Huber'in hürriyet telâkkisi ile karşılaşmış bulunuyoruz. Ona göre hürriyet, insan ve hareketinin iradî ehliyetine sahip olduğu nisbetde mevcuttur. O, Bernard Clairvaux'nun "İrade olan yerde hürriyet vardır" (Ubi voluntas, ibi libertas) sözüne dayanarak, hürriyetle iradeyi birbirine bağlamakta, ancak tam bir irade hürriyetinin tıpkı mükemmel bir akıl gibi, her zaman ve herkeste ulaşılamayan bir ideal olduğunu söylemektedir.

Huber, Kant'ın negatif mânada hissî saiklerden istiklâl, müsbet mânada ise makul irade ile kendi kaderini tayin olarak tarif ettiği hürriyeti, şuura ve harekete müteveccih olmak üzere, metafizik ve tabii hürriyet diye ikiye ayırmaktadır. Ona göre metafizik hürriyet, makul şuurumuzun mânâ ve kıymetine taalluk der. Tabii hürriyet ise, insanın hissî bir varlık olarak dış kuvvetlerden ne dereceye kadar müstakil hareket edebildiği hususunu tayin eder. Bunun yanında mesuliyetin esasını teşkil eden mükellefiyet idraki, aklî hüviyetin icablarına bağlanmayı gerektirir.

Bütün bu düşüncelerden çıkan netice, cemiyet nizamının temadî ve istikrarında herkesin makul bir varlık olarak hür dileği ile ve mükellefiyet şuru ile hissedar olmasıdır. Kant'ın hürriyet ve ahlâk telâkkisine dayanan bu düşüncede, tabii hukuk rasyonalizminin hâkimiyeti ile birlikte, ferdi akla ve hürriyete inanın bariz tesirleri görülmektedir.

Bununla beraber Huber, kanunları vücuda getirmede mevzuatın tatbik edileceği muhitin realitelerini göz önünde bulundurmaya esas saymaktadır. "Hukuk ve hukukun gerçekleşmesi" eserinin başlıca gayesi, bizzat kendisinin de önsözünde belirttiği gibi, kanun vaz'ı politikasının anahatlarını meydana koymaktır. Bu kanaatleri yazarken de, bir taraftan uzun yıllar devam eden akademik faaliyetinde hukuk felsefesi ted-

risatının verdiği nazarı bilgilere diğer yandan kanun vazı sıfatile edindiği tecrübelerle dayanmaktadır.

Bu nazarı ve tabikî bilginin kendisine telkin ettiği kanaate göre objektif hukuku yaratan, akli şuurdur. Hukukî kaidelerin tesbitinden doğan hukukî nizam, iki esas kaynağa irca olunabilir: Bunlardan birincisi idelerdir. İdeler, insan cemiyetinin nizamında adaleti gerçekleştiren muharrik kuvvetler mahiyetindedir. Bunlar gerçi menfaatleri yaratmazlar, Fakat onların insanların müşterek hayatında bu menfaatlerin makul bir nizam içerisine girmelerini istemeleri bu idelere nâzım bir karakter bahsetmektedir. Hukukî şuurumuzda yer alan bu ideler, adaletin gerçekleştirilmesi için ahlâk ile mantığı birleştirirler. Böylece hukuk nizamına karşı davranışımızda metafizik hürriyet ile tabii hürriyet yekdiğerini tamamlayan bir iradî unsur haline geçmiş olur.

Kanun vaz'ında göz önünde tutulması gereken ikinci unsur, içtimai realitelerdir. Huber'e göre akli şuur, mücerret rasyonalizmin spéculatif temayüllerinden sıyrılarak, tarihî ve millî geleneklerin akli esaslarına bağlı kalmalıdır. Bu sebeble tatbikat ve mahkeme içtihatlarının, hukukun tezahüründe esaslı rolleri vardır. Hukukun birleştirilmesi ve gelişmesi için, yazılı kanunlar halk vicdanının temayüllerini belirtecek vasıtalarından başka bir şey olmamalıdır. Kanunlar halkın vicdanından doğmalıdır.

Montesquieu ve Savigny'nin ortava atmış oldukları halk ruhu mefhumunu hatırlatan bu son tavsiye, Huber'i tarihçi mekteb mensubları ile karıştıracak bir renk taşımaktadır. Ancak bu benzeviş, sadece zahiri'dir. Çünkü Huber, ferdi daha yüksek ve umumî gayelere bağlıyan rabıtaı (burada halkın vicdanını), yine insanın mânevî tabiatına irca etmektedir. İnsan, akli suuru ile ancak sosyal bağlılıkta ferdi varlığını idame temavülüne sahiptir. Ona göre insanların tabiatında yalnız ferdi varlıklar için değil, aynı zamanda dar veya geniş topluluklar için de vazgeçilmez bir duygu mevcuttur.

Bu duygu ile devrinin ihtiyaçlarını kavramıs her basiretli adam, halkın vicdanından doğmuş olan kanunları kendi kalbi ve akli tarafından emredilmiş gibi benimseyebilir. Böylece hayatın mübrem ihtivaçları, akli suurun süzgecinden geçmek suretile cemiyet nizamı sağlam temeller üzerinde kurulmuş olur. Bu telif tesebbüsü ile Huber, tarihçi mektebin pozitivist ve taamülcü hukuk telâkkisini tabii hukukun akli nizam şeması içerisine sıkıstırmış olmaktadır (Hukuk ve hukukun gerçekleşmesi, Sh. 107, 146, 165, 245, 281 ve sonrasını mukayese) .

Hukuk nizamının mahiyeti ve kanun yapıcının rolü hakkındaki Eugen Huber'in bu kanaatleri, İsviçre medenî kanununun tanziminde en

ehemmiyetli bir düstur olarak daima göz önünde tutulmuştur. İsviçre medenî kanunu, eski hukukun yaşayan kısmını muhafaza bakımından tarihçi ananeye, yeni hayat şartlarına uymayan hükümleri tasfiye ederek yenilerini koyma bakımından inkilâbçı düşünceye uygun bir karakter taşımaktadır. Esasında kantonlarda tatbik edilen taamül hukukunu bütün İsviçre için birleştirme mahiyetini taşımakla beraber ahlâkî, siyasi ve iktisadî bakımdan taşıdığı yeniliklerle eski hukuka göre esaslı bir ilerleme kaydetmiştir.

İsviçre medenî kanununun tanziminde, Alman medenî kanunundan pek az faydalanılmıştır. Bunun sebebi de Alman hukuk gelişimi içerisinde kaybolmamak için, İsviçre'nin mânevî muhtariyetini teşkil eden unsurlardan biri olarak hukukî muhtariyetinin temin ve muhafazası endişesidir (6). Bunda Huber'in, bütün Avrupa memleketleri arasında bir hukukî birlik şuuruna inanan hümanist temayülünün millî zaruretlerle uzlaştırılması teşebbüsü de göze çarpmaktadır.

Eugen Huber ve arkadaşları İsviçre medenî kanununu vücade getirirken, memleketin bütün partilerinin ve iktisadî gruplarının fikir ve mütalaalarından faydalanmışlardır. Fakat bütün bunların, medenî nizamın esasını teşkil eden kanun içerisinde yer alması, kanunun tertibi ve ifadesi Huber'in eserlerinde sezilen iyi ve doğruya müteveccih aklî şuur meşalesinin aydınlattığı yeni Kant'çı ve hümanist düşünce disiplinine göre vukubulmuştur. Bu düşüncenin esas karakterine uygun olarak üniversalite prensibi, İsviçre medenî kanununa hâkim olan en şümüllü esas olmuştur. İsviçre kanununun pek az değişikliklerle Türkiye tarafından örnek olarak kabulünü mümkün kılan da kanuna bu prensibin hâkimiyetidir.

Gerçekten hukuk ve ahlâk kaideleri millî ve mahallî olmaktan ziyade üniversal bir karakter taşırlar. Bu, bilhassa içtimai münasebetleri bir insanlar grubu münasebetleri olarak tanzim cehdinde bulunan özel hukuk sahasında kendini gösterir.

Üniversalite vasfının tabii neticesi, bu mefhumun da delâlet ettiği vechile, bu sahaya dahil normların, her türlü izafilik sınırlarını aşan cihân şümül bir karakter taşıması veyahut hiç olmazsa muayyen siyasi hududlar içerisinde bütün içtimai hayata şamil bulunmasıdır. Bundan başka üniversal kıymet taşıyan hükümler, insan varlığındaki müşterek vasıf olan aklî hüviyetden kaynak almak gerekir.

(6) Bu hususta M. Walter YOUNG'un Eugen Huber ve İsviçre medenî kanununun ruhu adlı etüdüne bakılabilir. Çeviren Jale Güral, A. H. F. D. 1949 Cilt VI. Sayı 1, Sh. 168-169.

Özel hukuka hâkim olan bu prensibin diğer tabii bir neticesi de, bu türlü hükümlerin sadece mahkemelere veya resmî makamlara hitab etmekle yetinmeyip, fertleri de ihtiva ettikleri emir veya nehilere muhatab saymalarındır. Gerçekten özel hukuk sahasındaki kaidelerin, hattâ adlî makamlardan önce muhatabı, fertler olmak icab eder.

Bu kaidelerde yer almış olan hükümleri, fertler doğrudan doğruya kendilerine ait olarak benimsemedikleri takdirde, düzenli bir hayatın kurulması imkânsız bir hale gelir. Bu sebeble özel hukuk kaidelerine aykırı hareket, daha çok istisnai bir mahiyet taşır. Eğer fertler özel hukukun bütün hükümlerini her an ihlâl teşebbüs ve gayretinden geri durmazlarsa, devlet için anarşiyi önlemek imkânsız bir hal alır. Fertlerin özel hukuk hükümlerine vâki ihtiyarî muvafakat ve mutabakatları, onları - Huber'in ifadesile - akli şuur veya ahlâkî vicdanları ile benimsemelerinden ileri gelmektedir.

Üniversellik prensibinin üçüncü neticesi, meşru olan bütün menfaatlerin hukuk tarafından himâyesidir. Bu sebeble özel hukuk sahasında, her hangi bir hususî kanun tarafından himâyesi ihmal edilmiş meşru menfaatler mevcut ise, bunların da, - ya diğer kanunlardaki sarahate dayanılarak yahut da doğrudan doğruya burada belirtilen umumî prensibin zarurî bir neticesi olarak - korunması gerekir. Özel hukukta ihtilâflı olan bütün meseleler hakkında, kanunun sarahatine bakmaksızın bir karara varma imkân ve lüzumu bundan doğmaktadır.

TABİİ HUKUK ESASLARININ MEDENİ KANUNUMUZ ÜZERİNDEKİ TESİRİ

Üniversellik prensibinin bir neticesi olan meşru bütün menfaatlerin hukuk tarafından himâyesi esası, tabii hukukun bellibaşlı bir tedvin prensibi olarak medenî kanunumuzun 1 ci maddesinde yer almış bulunmaktadır. Buna göre "kanun, lâfzı ile veya ruhu ile temas ettiği bütün meselelerde merîdir. Hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan meselede hâkim örf ve âdete göre, örf ve âdet dahi yoksa kendisi vazı kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vaz edecek idiye ona göre hükmeder".

Bu hükmün mevzuumuz için en mühim olan hususiyeti hâkim'in muayyen şartların gözetilmesinden sonra, vazı kanun imiş gibi hukukun boşluklarını doldurmağa taallük eden yetkisinde toplanır. Bu yetki, insanın hakikî tabiatından (herhangi ampirik bir saik değil, insan varlığının süje olarak hakikî yapısı mânasında) istihraç edilen ideal hukukî

kıymet hükümleri ile tabii - akli bir hukuk sisteminin inşasına dair tabii hukuk temayülünün yumuşatılmış bir ifadesini ihtiva etmektedir. Esasında tabii hukuk cereyanı, pozitif hukuk nizamlarınca tanınmış olmalarına ehemmiyet atfetmeksizin, gaf bakımdan mutlak meri kıymet hükümleri ihtiva etme, hakikî ve üniversal mahiyet ve tabiatile insan fikrini ve canda mündemîç hukukî istidadı, bütün hukukun kaynağı haline koyma iddiasındadır. İşte bu temayül, müsbet kanunların eksiklerini tamamlamak, yanlışlarını düzeltmek, boşluklarını doldurmak hususunda her zaman tabii hukuka müracaat kapısının açık kalması dileğinde toplanmaktadır.

Bu dilek, aslında hiç bir zekânın nâmütenahi münasebet imkân ve ihtimallerini, önceden kavrayamayacağı düşüncesinden kuvvet almaktadır. Bu sebeble hukukî hayatın gelişimini, akli miyara göre âyarlama düşüncesi, Avrupa'nın ilk tedvin teşebbüslerinde hâkimlere geniş takdir hakkını tanınmasına sebep olmuştur.

Bu konuda ilk teşebbüs Avusturya medenî kanununun 7 ci maddesiyle hâkimlere, "tabii hukuk esaslarına" dayanarak kanunların boşluklarını doldurma yetkisinin verilmesinde göze çarpmaktadır. Şekli mânada lisan ve teknik bakımından tamamen tabii hukukun ve bilhassa Martini ile Zeiller'in tesiri altında bulunan bu kanun, 18 ci yüzyıl tabii hukukunun Roma hukukuna ve müsbet nizamlara karşı takındığı kritik tavrın zarurî bir neticesidir. Bu tavra göre, tabii hukuk fikrinin tarihî şartsızlığı, kanunların gelişiminde yaratıcı kudret ve dahilî hürriyet unsurudur. İyi bir vazı kanun olmak için, tarihî ve nazarı bilginin çok üstünde bulunmalıdır. Tabii hukuk müellifleri bu yüksek mevkie çıkarmış durumdadırlar.

Bu bakımdan Avusturya medenî kanununun 7 ci maddesi, yalnız hâkimin mevkiini tahkim eden bir hüküm olmakla kalmıyor, aynı zamanda ilim ve tatbikatın yüksek vazifelerine işaret eden yüksek bir hukuk koruyucusu kuvvetini de taşıyor. Ancak 18 ci yüzyıl mutlakiyetçiliği, kanunun mutlaka merfiyeti esasından hareketle kanunda tereddüd, şüphe ve eksiklik halinde aydınlanma için prens veya hükümdarın yetkisini tesis düşüncesindedir. Fransız hukukunun "référé législatif" i bu düşüncenin ifadesidir.

Buna uygun olarak Joseph II. kanununun 26 cı maddesi, hâkimin herhangi bir durumun kanunun muhteva ve şumulüne girip girmediği hususunda tereddüde düşmesi, kanunun karanlık olması veya mevcut hükümün tatbikini isabetsiz kılacak mülâhazaların mevcudiyeti hallerinde prensten tenevür edilebileceğini zikretmektedir. Buna karşı ilk defa Mar-

tini sarıh şekilde muarız bir cephe almıştır. Ona göre, her türlü kanun yapmanın en yüksek kaynağı, tabii hukuk olduğundan hâkimin boşlukları doldurmada yalnız bu membaa başvurması lâzımdır.

Bu telâkkiye karşı şiddetli itirazlar yükelmıştır. Bunun, avukatların kavgalarına yeniden yol açmaktan başka işe yaramıyacak bir surette hâkime çok fazla hürriyet bahsettiği ilâve olunmuştur. Buna rağmen yeni kanunun tedvininde bu esas, "hâkim, tabii hukuk esaslarına göre hüküm verecektir" şeklinde 19 cu maddenin 1 inci fıkrasını teşkil etmiştir.

Bununla beraber tatbikat bu hürriyetden uzun müddet faydalanmamakta, aksine kanun metnine bağlılıkta devam ve israr etmektedir. Avusturya kanunu, her türlü müsbet kaideler üstünde vazı kanun için, hikmet ve basiret kaynağı ve mevcut kanunların kritiği bakımından ölçü teşkil eden doğru bir hukukun mevcut bulunduğu, buna ne ad verilirse verilsin bu doğru hukukun akî hüviyete sahip bütün insanları birleştiren objektif bir mahiyet taşıdığı kanaatindedir. Bu suretle de boşlukların doldurulmasında hâkimin sübjektif ve keyfi kararlarına açık saha bırakılmamış olduğu düşüncesindedir.

Fransız code civil'inin dördüncü maddesi, tabii hukuk esaslarına sarıh bir atıf yapmamakla beraber hâkimin, kanunun sükûtu, karanlığı veya kifayetsizliği dolayısıyla hüküm vermekten imtina halinde, hakkı yerine getirmemiş sayılacağını tasrih etmektedir - (Code civil, art. 4 "Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice").

Bu hüküm, hâkimin özel hukuk münasebetlerinde kendisine arzedilen bütün ihtilâfları hal mükellefiyetinde olduğunu hiç bir tereddüde yer bırakmıyacak şekilde belirtmekte, buna karşılık anlaşmazlıkları çözme bakımından müracaat edeceği kaynağı göstermemektedir. Bununla beraber hâkim'in, müsbet mevzuatın sükûtu ve hattâ mânaca karanlığı ve kifayetsizliği hallerinde, kendi akli muhakemesine ve umumî prensiblere göre bir karara varması zarureti, maddenin sarıh bir emrini teşkil etmektedir. Bu arada hâkim'in akli ve hukuki şuuruna birinci planda yer vermesi tabii olduğundan code civil, tabii hukukun kanunun boşluklarını akli hukukla doldurma temayülünü benimsemiş bulunmaktadır.

İnsanın hakikî tabiatına ait sübjektif şuurun apriorik esaslı kategorilerden biri de, süjenin kendi varlığında diğer bir süjeyi ihtiva etmesidir. Bu intersübjektif âlaka ve münasebet tabiatımızın transcendantal müşahedesi suretile hak ve adaletin tayinine müessir olmaktadır. Adillik ve haklılığın, meta-ampirik vasfı dolayısıyla, insan karakterine has bir

istidad halindeki hak temeli, hukuku pozitivist cereyanın sürüklediği çorak çığırdan kurtarmağa yarayacak yegâne zinde kaynak, fasılasız müsir, canlı kudrettir ki muhtelif şekil ve kalıblara girerek insan ruhunu daima tazelenen adalete susuzluğunu gidermeğe çalışır.

İşte bu düşüncelerle, yeni çağ tabii hukuku ve onun birinci ve ikinci rönesansı, insanın hakikî tabiatına has ideal bir nizamın, ampirik tahakkuku ile ilgilenerak hukukun tatbikine nâzımlık selâhiyetini benimsemiş bulunmaktadır. Bu yüzden tabii hukukçular sarîh surette ummun ahlâkî duygusuna uymayan hal suretlerinin müsbet hukuk nizamında yer alması hallerinde kanuna aykırı "contra legem" karar verilebilmeyi temin dileğindedirler. Netekim, Reichel, tatbiki kanun ve hukuk otoritesi için de tehlike arzedecek surette umumî ahlâk duygusuna aykırı kanunî bir hükümden, hâkimin kasten ve re'sen inhirafla mükellef olduğunu (Kanun ve hâkim kararı, sh. 1442) iddia etmektedir.

Bu iddianın, yukarda zikredilen Avusturya ve Fransız medenî kanunları muvacehesinde bir dereceye kadar müdafaa imkân ve şansı vardır. Gerçekten hâkimi, tabii hukuk esaslarına göre hükmetme yetkisi ile teşh'iz ve kanunun karanlık ve kifayetsizliği hallerinde de, hüküm vermeğe mecbur eden kaideler karşısında, hâkimlerin ummun ahlâkî duygularına açıktan açığa aykırı düşen kanun hükümlerini tatbikden vazgeçebilmeleri veya hiç olmazsa ahlâkî prensiplere uygun bir şekilde yorumlamaları imkânı daima mevcuttur.

Buna karşılık Türk medenî kanununun birinci maddesindeki sarahat, hâkim için bu neviden serbest bir takdir hakkına yer bırakmamaktadır. Zira kanunun lafzı veya ruhu ile temas ettiği bütün meselelerde merîyeti prensibi mutlak olarak vaz edildikten sonra, ancak hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan meselede hâkimin önce örf ve âdete göre ve örfü âdet de yoksa o zaman kendisi vazı kanun imiş gibi hüküm edebileceği beyan edilmektedir. Bu kat'iyet karşısında, Türk hâkiminin kanunun herhangi bir hükmünü, ahlâka veya tabii hukuk esaslarına hele örf ve âdete aykırı düştüğü mülâhazasile tatbikden imtina etmesi imkânsızdır.

Türk medenî kanununun birinci maddesi, tertip ve zihniyet itibarile tabii hukuktan ziyade tarihçi mektebin düşüncesini aksettirmektedir. Gerçekten müsbet hukukun merîyetini, akli hukuka takdim eden bir ruh taşımaktadır. Önce kanun sonra örfü âdet tatbik edilecek, bu iki kaynakça tesbit edilmemiş hususlar hakkında hâkimin vazı kanun gibi karar alması mümkün olacaktır. Bu sıralama birinci maddemizde tarihçi hukuka ve tarihçi mektebin örf ve âdet hukukuna üstün değer biçen esas

telâkkis'ne bağlılığı göstermektedir. Bu durum aynı zamanda serbest hukuk mektebinin tabii hukuk anlayışına kısmen uygun düşmektedir.

Gerçekten tabii hukukun ilk rönesansını temsil eden serbest hukuk mektebinin tarihi kıymetlere önem veren bir kolu, tabii hukuku, müsbet hukuk nizamına karşı bir korunma ve mücadele silâhı olarak kabul etmemektedir. Yeni çağ tabii hukukunun, müsbet hukuk nizamını aslâ hesaba katmayan - ve Reichel tarafından yukarıda temsil edildiğine işaret olunan kanaate aykırı olarak - serbest hukukçulardan bazıları, modern tabii hukuk düşüncesini objektif hukukun dayandığı yahut onu tamamlayan temel prensibler şeklinde anlamaktadırlar. Bu kanaate uygun olarak Llanos'un tâbiri ile "yeni tabii hukuk prensipleri, müsbet hukukun esas destekleri; akitler, örf, âdet ve taamülün mevcut olmadığı yahut kanundaki boşluk ve noksanların doldurulmak istendiği yerlerde de tali, müteferri, imperatif normlardır." Bunlar ayrıca müsbet hukukun tefsirinde rol oynarlar.

Bu görüş ve anlayış tarzı, birinci maddemizdeki sıralamaya tamamen uygun düşmektedir. Çünkü tabii hukuk prensiplerine müsbet nizamdan önce veya ona üstün bir yer vermemektedir. Doğrudan doğruya bu esasları müsbet hukuku tamamlayan veya aydınlatan prensibler olarak kabul etmektedirler. Böylece ancak kanunun, aktin veya örfü âdetin bulunmadığı daha doğrusu boşlukta bıraktığı hususlar hakkında bu prensiblerden faydalanma konusu bahis mevzuu olabilir.

Medenî kanunumuzda tabii hukuk esaslarına müracaat için açık kapı bırakılmaması, hattâ Fransız kanununda olduğu gibi kanunun müphem bıraktığı hususlarda da hâkimin vazı kanun gibi hareket edeceğine dair bir sarahat bulunması, bilhassa kanunun muhtasar oluşu bakımından mahzur doğurması imkânı olan bir yoldur. Gerçekten medenî kanunumuz istikrar yolu ile her hâdise için mutlaka bir hal çaresinin çıkarılmasını mümkün kılacak mufassal kaideler vaz etmemiştir. İnsan münasebetleri bakımından zarurî bütün esasları ihtiva etmekte olduğu da iddia edilemez. O, sadece Huber'in esas telâkkisine uygun olarak, herkesin doğru ve hakkaniyete uygun bir hal çaresi bulmak için kendisinden müphem olacağı geniş ve umumî hareket tarzlarını gösteren ve onlara ait hükümleri ihtiva eden bir yol tutmak istemiştir. Bununla da hakkaniyetin icablarına göre hukukî suçlarla en münasib şekilleri bulma imkânını tatbikatçıya bırakan bir vasıf ve karakter taşımaktadır.

Medenî kanunumuzda metnin kalabalık ve tafsilâtlı olmayışı, yargıcı bol ve karışık hükümler dehlizinde nefes alamayacak bir hale düşmekten kurtaran ve boşlukları doldurmada daha geniş serbestiye ulaştırılan bir

tezahür gibi görünmektedir. Tabii hukuk zihniyetine uygun olan bu tezahürün, önce kanun sonra örf ve âdet daha sonra hâkimin takdiri şeklinde bir sıralama ile şeklen daraltılmış olduğu muhakkaktır. Ancak birinci fıkradaki kanunun ruhu ile bütün meselelerde câri olduğu keyfiyeti, gaî tefsir metoduna müracaat yolu ile bu çıkmazdan kurtulmayı mümkün kılacak bir mâna taşımaktadır.

Geniş mânada gaî tefsir yetkisinin, birinci maddenin birinci fıkrasında sarahatle belirtilen formel kanuna tam bağlılığı, bir fiction haline koyması ihtimali tereddüdler uyandırmaktadır. Umumî kanaate göre, gaî tefsirde hâkim, hakikatta hükmünü kendi vicdanından ve kendini saran bütün hayat unsurlarından çıkarıp gûya herhangi bir hukukî hükmün tatbiki imiş gibi takdim edecektir. Şu halde onu, kanuna karşı bu şekli ve farazî bağlılıktan kurtarıp, zıd menfaatler arasında haklı bir muvazene tesisini tamamen hâkimin vicdanına bırakmak, daha doğru daha dürüst bir hareket tarzıdır. Esasen mekanik bir surette sırf lafza bağlı kalmayan yani gaî bir metodla yapılan bir tefsir, aslî (originaire) ve daima yeniden teemmülü icab ettiren bir faaliyettir ki bu suretle tatbik edilen norm, asıl vazı kanunun belki hiç te hatır ve hayalinden geçmeyen yeni bir yaratma eseri olabilir.

Böyle bir halin tatbikatçıları keyfî kararlara sürüklemesi tehlikesi, bazı müellifleri gaî tefsir metoduna karşı cephe almağa veya bu şekilde yorumlamağı muayyen esaslarla tahdit etmek teşebbüsüne sevk etmiştir. Bı arada medenî kanunumuzun aslında, kanun ve örf âdetden sonra da olsa hâkime vazı kanun imiş gibi hareket etme selâhiyetini tanımasını, Avusturya ve Fransız kanunlarındaki muadil hükümlere göre çok sübjektif bulanlar da vardır. Bunlar bilhassa İsviçre ve medenî kanunun fransızca metnindeki "selon les règles qu'il établit, s'il avait à faire acte de législation" formülüne dayanarak, bunun hukukî nizam da kararsızlık yaratacak bir mahiyet taşıdığını ileri sürmektedirler.

Bu arada Wellspacher, yukarda zikretmiş olduğumuz etüdünde (Sh. 186) bu maddedeki ifade tarzına göre mes. sosyalist veya reaksiyoner bir hâkimin, bu serbest hükmü vermeden istifade ederek kendi zihniyetini tahakkuk ettirme imkânına daima malik olduğunu iddia etmektedir. Hattâ ona göre, birinci maddenin son hükmündeki, hâkimin hükümlerinde ilmî içtihatlardan ve kazaî kararlardan faydalanması kaydı da, durumda hiç bir değişiklik yaratamaz. Çünkü yine fransızca metne göre "II s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence" şeklinde olan bu hüküm, hâkimi asla bağlamıyan bir tavsiyeden ibarettir. Bu sebeple ona uyulmamasından hiç bir netice çıkmaz.

Wellspacher İsviçre hukuk ilminin, hâkime tanınan bu serbesçe hakkı bulma faaliyetine, objektif bir temel yaratma gayretlerini de yersiz ve yalnız bir hareket olarak vasıflandırmaktadır. Bu meyanda meselâ Gmür gibi kıymetli hukukçular tarafından kuvvetle müdafaa edilen telâkkiye göre, hâkimce bulunan kaide, mevcut hukuk nizamına intibak etmelidir. Bu sebeple hâkim kendi sosyal idealine en yakın ve uygun olanı doğru hukuk diye tavsife kalkmamalı, keyfî kararlar verme temayülüne sürüklenmemelidir. Hâkim ancak sosyal ideal hakkındaki halkın görüşüne intibak ederse, o zaman kendi düşündüğü gibi karar verme yetkisini haizdir.

İsviçre hukuk ilminin, medenî kanunumuzun birinci maddesinde de yer alan hâkime serbestçe hakkı tayin yetkisini objektif esaslara bağlama hususundaki bu gayretleri, şu mülâhazalarla çürütülmek istenmektedir. Hâkimin objektif bir kıstasa göre verdiği kararın yüksek merciler tarafından tetkiki pek âlâ mümkün ve caiz olduğu halde, vazı kanun gibi karar verip vermemiş olduğu hakkında bir hükümde bulunmağa kimsenin cesaret edememesi tabiidir. Şu halde kanuna bağlı olarak verilen kararların, yüksek mercilerden bozulması mümkün iken, hâkimin vazı kanun gibi vermiş olduğu kararlar hakkında böyle bir tetkik ve bozma imkânı mevcut değildir.

Bu mülâhazaların, maddenin umumî heyetini dikkatten uzak tutup sadece "kendisi vazı kanun olsaydı" ibaresinin lafzî sübjektifliğine dayanılarak ortaya atıldığı meydandadır. Yukardan beri yaptığımız mukayeselerin de gösterdiği veçhile, medenî kanunumuzun birinci maddesi, diğer maddelerden çok daha fazla hâkimlerin kararlarında objektif esaslara dayanmaları zaruretini telkin etmektedir. Bir kerre madde, hâkimin hüküm ve takdirine, ancak kanun ve örfün bir hüküm ihtiva etmediği hallerde serbest bir saha bırakmaktadır. Ondan sonra da hâkimin hükümlerinde ilmî içtihat ve kazâî kararlardan faydalanması zaruret ve lüzumunu belirtmek suretiyle keyfî ve spécülatif düşüncelere kapılarak karar verme imkânını nezetmektedir.

Bu kayıtlar gözönünde dururken, hâkimin yetki ve kudretini, âme hayatında kayıtsız şartsız keyfin hâkim olacağı mânasına yorumlamağa imkân yoktur. Hâkimin karar verme yetkisinin yalnız kanunda eksik ve noksan bulunması haline inhisar etmesi ve yorumlamada kanun hükümlerinin ve umumî hukuk esaslarının daima hâkimin sübjektif kanaatleri için zarurî ve lüzumlu bir sınır teşkil eylemesi icap eder. Aksi halde, müsbet kanun ve hukukun istibdadından kurtarılmak istenen içtimaî hayatın cereyanı, hukuku tatbik eden şahısların keyiflerine bırakılmış olur.

Bu sebeple birinci maddemizi hâkimin keyfî takdirine imkân veren bir hüküm olarak almağa kalkmamalıdır. Maddenin yazılışındaki sübjektif mâna ve renk, hukukî hakikatı ferdî benliğe irca eden tabii hukukun umumî karakterine uymaktadır. Bundan hukukî sahanın tanzimini hâkimin sübjektif keyfine açık bıraktığı mânası asla çıkarılamaz. Madde, her türlü pratik istinad noktası eksik olduğu zaman, insanla doğmuş hukukî akla müracaatı kabul ve tavsiye etmektedir. Hâkimin kararlarında içtihatlardan ve kazaî kararlardan faydalanması ve her şeyden önce müsbet hukuku göz önünde bulundurması zarureti, bunların da insan aklının eseri olması düşüncesine dayanmaktadır. Böylece tarihçi mekteple tabii hukuk mektebi, hukukî gelişinin insan iradesinin muteber bir tezahürü olduğundan birleşmiş oluyolarlar.

Wellspacher'in hâkimin vazı kanun gibi karar verip vermemiş olduğu hususunda bir hüküm vermeğe kimsenin yetkisi olmadığı iddiası da doğru değildir. Gerçekten her hangi bir kararın tatbikine yetkili üstün merciler, bu mesele hakkında kanunlarda lafzî bir sarahat bulunmaması halinde, mevzua ruhu ile temas eden bir hüküm bulunup bulunmadığını elbette araştıracaklardır. Bu bakımdan hâkimin kanunun lafız veya ruhu ile temas ettiği meseleler hakkında kendi sübjektif kanaatine göre bir hüküm vermesi imkânsızdır. Böyle bir hüküm verildiği takdirde yüksek merciin onu bozacağı tabiidir.

Esasen hukukî - gaî tefsir, hiç bir zaman sübjektif karakter taşıyamaz. Sübjektif mâna, daima lafzî tefsirde aranır. Ancak lafzî yorumdadır ki kanun vazınının ne kastettiği üzerinde düşünülür. Halbuki gaî tefsirde, o günün şart ve imkânlarına göre en uygun hal şeklinin ne olabileceği düşünülür. Bunun içindir ki hâkimin, yalnız ilmî içtihatlar ve kazaî kararlardan faydalanmakla yetinmeyip, hukukî idrak ve suurunun elverdiği nisbette sosyal şartların icablarını da göz önünde bulundurması ve kararını ona göre vermesi gerekir. Esasen medenî kanunumuzun dördüncü maddesi, kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hâkimin hak ve nisfete hükmedeceğini tasrih etmek suretiyle, takdir hakkının keyfî olmayıp objektif hakkaniyet esaslarına ve içtimaî zaruretlere uyması gerektiğini belirtmektedir.

Demek oluyor ki birinci maddenin hükmünün tatbikinde hâkim, doktrinde söz ve lafız haline gelmiş olan şeyin aynını bulma yahut önüne gelen meselede eğer bu neticeyi gören bir kanun vazı bu husus hakkında nasıl bir kaide vaz edecek idiyse ona göre karar verme durumundadır. Şu halde medenî kanunumuzun, kanunun boşluklarını doldurma

hususunda hâkime tanıdığı yetki, hiç bir zaman sübjektif mânada keyfî yorumlara müsaade ve imkân vermez. Yalnız hâkimin vereceği kararlarda, hukukî bilgisi ve aklî basiretile, en isabetli hal şeklini bulması lüzum ve zaruretini belirtir. Böylece içtimâî gayeler göz önünde tutulmakla beraber, kanunun tatbikinde, tarihî ve tecrübîye karşı felsefî, şenîye karşı aklînin, ampirizm ve pozitivizme karşı rasyonalizm'in yükseltici ve tamamlayıcı müdahalesine bir kerre daha şahit oluyoruz.

Medenî kanun ve hürriyet telâkkisi :

Yukarda izah ettiğimiz tabii hukukun hürriyet telâkkisi, anayasalarda teminat altına alınıp negatif statü adı altında toplanan hürriyet haklarının, esas kaynağını teşkil etmiştir. Anayasaların sağladığı siyasi hürriyetin zarurî bir neticesi olarak medenî kanunlarda da medenî hürriyetler yer almış bulunmaktadır. İsviçre medenî kanununun gerekçesi, sağlanan ferdî hürriyetin federal anayasanın ikinci maddesinde zikredilen siyasi hürriyetin zarurî bir neticesi olduğunu tasrih etmektedir.

Türk anayasasının 68 inci maddesi, her Türkün hür doğduğunu ve yaşadığını tesbit ettikten sonra hürriyeti "başkasına zarar vermiyecek her şeyi yapabilmektir" şeklinde tarif etmekte ve tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyeti sınırı olduğunu açıklamaktadır. Bu hükümde yalnız hürriyetin tabii hukuk prensibinin bir neticesi olduğu belirtilmekle kalınmıyor, ayrıca Kant'ın hukuk ve hürriyet tarifine uygun olarak hürriyetlerin karşılıklı hürriyetlerle sınırlandığı tasrih edilmiş bulunuyor.

Medenî kanunlarda siyasi hürriyetin tabii bir neticesi olarak tesbit edilen hakların,, şahsiyet mefhumu etrafında toplanması temayülü, Avusturya medenî kanununun 16 ncı maddesinde şu şekilde ifadesini bulmuştu: "Her insan fitrî, aklın âyan kıldığı haklara maliktir ve bu sebeple de şahıs addolunur.". Medenî kanunumuzun 8 inci maddesi şahıs mefhumunu, medenî haklardan istifade şartı olarak tesbit etmektedir. Bu maddenin son fıkrası hürriyet prensibinden ziyade eşitlik prensibini ilgilindireceği cihetle bu bahse sonradan gelinecektir.

Yukarda işaret edilen Avusturya kanununun 16 ncı maddesi, Unger'in lüzumsuz ve pratik bakımdan mânasız saymasına rağmen, Alman hukuk literatüründe hususî şahsiyet haklarının bir nazariye halinde gelişmesine müessir olmuştur. Kohler, Gierke, Holtzendorff, Mitteis v.s. gibi Alman müellifleri, âdeta bugünkü insan haklarını hatırlatan bir takım taleplerle, bir kimsenin hürriyet, bedenî masumiyet, sıhhat yahut şeref haklarının haksız olarak ihlâl edilmesi halinde, bunun bertaraf

edilmesini mütecevizen talep edebileceği gibi ihlâlin tekerrürünün de mahkemece men'ini isteyebileceği esasında ittifak etmişlerdi.

Böylece önce nazari bakımdan, umumî mânada bir şahsiyet hakkının statüleşmesi dileği ortaya çıkmıştır. Buna uygun olarak Kohler şahsın, "tam muteber ahlâkî ve mânevî şahsiyet olarak tanınmasını isteme hakkını"; Brunz, Eck; ve Mitteis ise, insanın gerek umumî gerek hususî şahsî hallerinde diğerleri tarafından tanınması ve bunlarla ilgili haklara dokunulmaması tezlerini müdafaa etmişlerdir. Bu suretle belirtilen umumî şahsiyet hakkının, en yüksek ve bütün diğer hakları ihtiva eden, bütün insanî kıymetleri içerisinde toplayan bir yetkiler bütünü olduğu ileri sürülmüştür. Bunun yanında da hususî şahsiyet hakları olmak üzere hayat, hürriyet, sıhhat, şeref, isim, meslek ve mevki sahibi olma gibi bir takım yetkiler sayılıyordu.

Bu şahsiyet nazariyesinin yeni çağ tabii hukukunun fitrî hakları ile müşabeheti meydandadır. Esasen yeni çağ tabii hukuku da, bütün hakları esas bir hakka, "şahsiyet" hakkına, daha başka bir ifade ile şahıs olarak itibar görme yetkisine irca etmekte idi. Zeiller, bu esas hakkı, "makul, hür hareket eden bir varlığın şerefini idame ve muhafaza hakkı" (Tabii özel hukuk şerhi, 16 ncı bahis) na icra etmektedir. Bu esas haktan, sonradan yukarda sayılan yetkilere benzer hususî bir takım haklar çıkartılmaktadır. Bunların teker teker sayılmasına lüzum görülmemektedir. Çünkü şahsiyet hakkında doğan bu türlü yetkiler akıl için bedihî ve âyandırılar. Yalnız bu hakları, anayasalardaki âmme hakları ile karıştırmamalıdır.

Gerçi bunların her ikisi de, aynı tabii hukuk kaynağına irca olunabilir. Anayasalardaki kamu hakları esasları ile medenî kanunlardaki şahsiyet haklarının kaynağı hep aklî vasfa dayanan insan değerinin üstün tutulması düşüncesidir. İsviçredeki kanun tedvini hareketlerinin, siyasî olduğu kadar hukukî ve medenî hümanizmden, dolayısıyla yeni çağ tabii hukuk düşüncelerinden mülhem olduğunu açıkça kavrayabilmek için Eugen Huber'in "Das Absolute im Recht = Hukukta mutlaklık, 1922, Bern, Sh. 29 ve sonrasını dikkatle gözden geçirmek kâfidir.

İsviçre'den alınmış olan Medenî kanunumuzda, bütün haklar ve vecibelere ehil olmanın ifadesi olan şahsiyet prensibi, sekizinci madde ile tesbit edilmiş bulunmaktadır. Esasen şahsın hukuku başlığını taşıyan birinci kitabın umumî şahsiyet hukuku nazariyesinden mülhem olduğuna şüphe yoksa da bu esas hakkın muhtevasına giren yetkilerin neler olabileceği bu fasılda teferruatı ile tasrih edilmemiştir. Bu fasıl daha ziyade şahsiyetin tekevvünü için gerekli şartların belirtilmesine tahsis edil-

miş bulunmaktadır. Aslında bütün medenî kanun, şahsiyetten doğan çeşitli münasebetlerin tanzimine tahsis edildiği cihetle, akıl için tabii ve bedihî olan bir takım yetkilerin bu fasılda önceden sayılmasına da lüzum ve ihtiyaç yoktur.

Bu noktada belirtilmesi lâzım gelen mühim bir mesele de, konunun ikinci babında bahis mevzuu edilen hükmî şahısların da tabii hukuk nazariyesinin tesiri altında vücade gelmiş bir müessese olduklarıdır. İktisadî, içtimâî, kültürel gayelerin gerçekleşmesi maksadiyle teşekkül eden toplulukları, aralarındaki gaye ve teşekkül hususiyetlerini eriterek, mânevî veya hükmî şahıs saymak suretiyle, bunlara da hakikî şahıslar gibi şahsiyetin tabii neticesi olan bir takım hak ve yetkilerin tanınması, tabii hukuk düşüncesinin zarurî bir neticesidir.

Yalnız tabii hukuk nazariyesinin eseri olan hükmî şahsiyetde, serbest teşekkül esasının ilk prensibi olması tabiidir. Bu düşünce, devlet kudretince şahsiyetin iaresine veya tanınmasına lüzum olmaksızın, hükmî şahısların teşekküllerile birlikte hak ve yetkilerini iktibas ettikleri neticesinde karar kılmaktadır. Gerçekten varlığı ister fictif, ister hakikî olarak izah edilsin, insan olarak doğuştan bir takım fitrî haklara sahip hakikî şahıslara kıyas olunan hükmî şahsiyetin, devlet otoritesince müsaadeye ihtiyaç kalmaksızın serbest teşekkül ile tahakkuk etmesi, ancak tabii hukuk düşüncesine uygun bir netice olur. İnsanların cemiyette insan olma sıfatından doğan fitrî haklarıyla gelmeyip cemiyet içinde haklarına kavuştukları tezini müdafaa eden pozitivist ve sosyolojik bir hukuk görüşü ile, hükmî şahsa değil, hakikî şahsa bile devlet otoritesinin kabul ve muvafakatından müstakil bir şahsiyet izafesine imkân olamayacağı bedihîdir.

Medenî kanunumuzun ikinci babındaki hükümler, hükmî şahsiyetin teşekkülünde tescil esasını benimsemiş bulunmaktadır. (Mad. 45). Cemiyetler kanununun hükümleriyle bu babda yer alan hükümler birbirile karşılaştırıldığı takdirde, halen yürürlükte bulunan Türk hukukunun tabii hukuk düşüncesinin esas karakterine uygun olarak serbest teşekkül esasını benimsemiş olmakla beraber, içtimâî menfaat mülâhazası ve yine tabii hukuk esaslarından biri olduğuna ileride işaret edeceğimiz alemliyeti temin maksadı ile hükmî şahsiyetin teşekkülünü tamamlayacak bazı formalitelerin yerine getirilmesini şart kıldığı da göze çarpmaktadır. Böylece mevzuatımızda hükmî şahsiyet mevzuu, tabii hukuk düşüncesinin ağır bastığı ortalama bir hal şekline bağlanmış bulunmaktadır.

Medenî kanunumuzda umumî bakımdan şahsiyetin himâyesi 23 ve 24 üncü maddelerde tesbit edilmiş bulunmaktadır. 23 üncü madde, aynı zamanda Medenî kanunun dayandığı dört esas hürriyet sütunundan, şahsî hürriyetin korunmasına da taallûk etmektedir. Buna göre “kimse, hürriyetini ferağ edemediği gibi kanuna veya âdabı umumiyeye mugayir surette takyit dahi edemez.”

Görülüyor ki bu hüküm şahsî hürriyeti, b'zatihî o hürriyete iddiayı hak eden süjenin tasarruflarına karşı da korumaktadır. Gerçekten ileride belirteceğimiz akit serbestisinin en esaslı bir tahdid'ne burada yine şahsî hürriyetin himâyesi için işaret edilmiş bulunmaktadır. Borçlar kanununun 20 inci maddesinde açıklandığı üzere ahlâka mugayir akitlerin butlanı keyfiyeti, herşeyden önce şahsî hürriyetin ferağ edilememesine hattâ kanuna veya âdabı umumiyeye aykırı surette takyit edilememesine taallûk etmektedir.

Bu durum aynı zamanda liberal düşüncenin iş münasebetlerinde, en kısa ve her zaman feshi kaabil mukavele esasını yerleştirmiş bulunmasının da hakikî sebebini teşkil etmektedir. Mümkün olduğu kadar kısa ve her zaman feshi kabil iş ve hizmet mukavelesi prensibi, hürriyetin uzun ve feshî imkânsız akitlerle takyit ve tahdidi endişesinden doğmaktadır. Borçlar kanunumuzun 343 cü ve 344 cü maddelerinde yer alan, hizmet aktinin üzerinden on yıl geçtikten sonra bir aylık ihbarla daima ve muhik sebeplerle böyle bir zaman geçmesine de lüzum kalmaksızın her zaman feshedilebileceğine dair olan hükümler, şahsî hürriyetin takyidini önleme hedefini gütmektedirler.

Medenî kanunun dayandığı dört hürriyet temelinden biri de, şahsın vasiyet yolu ile malları üzerindeki tasarruf hürriyetidir. Medenî kanunumuzun mirasa taalluk eden 14 cü babının ölüme bağlı tasarruflar kısmında, 15 yaşını bitiren ve temyiz kudretini haiz olan herkesin, kanunun tayin ettiği hudud ve şekiller içerisinde vesayet tarikile mallarında tasarruf serbestisi tesbit edilmektedir (Mad. 449). Miras mukavelesi yapabilmek için ise yapının reşid olması gerekmektedir.

Bundan başka yine M. K. 519 cu maddesi, ehil olmayanlardan başka herkesin kanunî mirasçı olabileceği gibi vasiyet veya miras mukavelesi ile mirasçı veya lehine vasiyet yapılan kimse durumuna kavuşabileceğini de tasrih etmektedir. Hükmi şahısların da mirasçı olmalarına herhangi bir engel yoktur. Vasiyet suretile tasarruf serbestisi, bir şahsın hayatında kendine ait mallar üzerinde dilediği gibi tasarruf etmesine karşılık, ölümünden sonra da, muayyen şekillere riayet etmek ve muayyen maksadlar gütmek kaydile mallarının kaderi hakkında söz ve karar sahibi olmasını ifade eder.

Medenî kanunun dayandığı hürriyet temellerinden biri de, ferdî mülkiyet prensibidir. Ferdî mülkiyet prensibi, bir şahsın hak sahibi olmak haysiyetile, eşya üzerinde tasarruf imkânına sahib olması zaruretinin bir neticesidir. Gerçekten üzerinde tasarruf edilecek hak mevzuu olmadıkça, hak sahipliğinin dolayısıyla şahsiyetin bir mânası kalmaz. Bu sebeble yeni çağ tabii hukuku, mülk edinmeği fitrî bir hak saydığı gibi, yeni siyasî tekâmül de hür bir dünya nizamının temellerini sefaletten kurtulma esasî üzerine kurma gayesini gütmektedir. Bunun gerçekleşebilmesi ise fertleri ihtiyaçlarını karşılayacak mallar üzerinde mümkün olduğu kadar serbest bir tasarruf imkânına kavuşabilmelerine bağlıdır.

Ferdî mülkiyet prensibi, bütün medenî ve demokrat rejimlerde olduğu gibi Medenî Kanunumuzun aynı haklar başlığı altındaki dördüncü kitabına hâkim olan bir esastır. 618 ci madde bir şeye malik olan kimse- nin, o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını tesbit etmektedir. Bu hakka dayanarak malik, mülküne vâki olacak her türlü haksız müdahale ve tecavüzleri bertaraf etme imkânına sahiptir.

İnsan şahsiyetini cemiyetin temeli sayan bir hukukî düşüncenin, ferdî mülkiyet esasından vazgeçmesi imkânsızdır. Ancak ferdi, cemiyet bütünü içerisinde eriterek şahsiyeti sadece içtimaî gayelerin emrinde bir varlık ve âlet haline kalbeden rejimlerde, hürriyetin tabii neticesi olan bu prensibe yer verilmemektedir.

Aynı haklara taalluk etmek üzere, bütün kanunlar gibi Medenî Kanunda da yer almış bulunan alenîyet prensibi, yine tabii hukuk düşüncesinin bir neticesidir. Gerçekten tabii hukuk, insanlar arasındaki münasebetlerin açıklıkta tecelli eden karşılıklı itimat esasına dayanmasını, insanlığın temel hasletlerinden biri saymaktadır. Bu sebeble eskiden beri tabii hukukçular, hukukî münasebetlerde iç iradenin, herkesce tanınacak bir şekilde meydana çıkması lüzumunu müdafaa ediyorlar. Bu sebeble iradesini izhar eden kimse, herkesçe görülebilecek ve insanlar arasında anlaşılabilir bir vasıta ve âlamet ile dileğini açığa vurma mükellefiyetindedir. Söz veya yazı bu açığa vurma şekillerinin en esaslılarını teşkil eder. Söze ve yazıya riayet mükellefiyeti de, bu düşünceden kaynak alır.

Tabii hukukun irade izharı hakkındaki bu telâkkisini, Kant ve muhibleri, mülkiyet sahasına nakletmişlerdir. Bunlara göre mülkiyet münasebeti, tıpkı irade gibi aslında başkaları için görülmesi imkânsız bir münasebettir. Mülkiyetin, diğer insanlar için tanımlanabilir hale gelmesi en mühim zilyetlik şeklinde tecelli eden haricî tezahürü ile mümkün olur. İş-

te bu sebeble Kant mektebi malike, mülkiyeti açık ve umuman müteber bir alâmetle tanıtma mükellefiyetini tahmil etmektedir.

Thomasius ve Martini gibi yeni çağ tabii hukukçuları, zihniyet ve iradeyi izhar mükellefiyetinden diğer âkidin iradenin haricî alâmet ve tezahürüne daha başka bir ifade ile söz veya yazıya itimad edebileceği neticesini çıkarmışlardır. Tıpkı bunun gibi Kant tabii hukuku, üçüncü şahıslar için mülkiyetin haricî tezahürünü, ona riayetin esas şartı saymışlardır. Şu halde üçüncü şahıslar için mülkiyete riayet mükellefiyetinin doğması, malikin mülkiyetini tanıtacak haricî bir belge ile bu münasebeti açığa vurma mükellefiyetini yerine getirmesine bağlıdır. Eğer malik bu mükellefiyeti yerine getirmemezse, üçüncü şahıs açıkça gösterilmeyen hakkın mevcudiyetinden tegafül edebilir. Böyle bir hak esasında mevcut olsa bile, haricî tezahür ve vakıya bağlı kalarak, onu kaale almayabilir.

Zeiller, Kant tabii hukukunun bu mülâhazalarından ilham alarak aynı hakların aleniyeti prensiblerini ortaya koymuş ve müdafaa etmiştir: "Eğer medenî bir cemiyetde, bir hak, aynı hak olarak, herkese hüküm ifade etmek üzere cârî olacaksa, münasebetlerin emniyeti namına herkesin, üçüncü şahsa münhasır bir hakkı görebileceği açık bir belge mevcut olmalıdır. Böyle açık ve âyan beyan bir belge - ister fiilî surette isterse basılmış bir âlamet veya herkesin görebileceği resmî sicillere tes-cil suretile vücut bulsun - zilyetliktir."

İşte bu esaslara uygun olarak Medenî kanunumuz, 618 ci maddesinde tesbit edilen mülkiyet hakkı için, bir şey üzerinde fiilen tasarruf yetkisini ifade eden zilyetliği menkul mülkiyetini üçüncü şahıslara karşı belirten bir karine olarak kabul etmiş bulunmaktadır. (Mad. 887, 898, 899) - kanunumuz, gayrimenkul mülkiyeti için, tapu sicilline kaydı esas şart telâkki ettiği cihetle, bu konuda aleniyetin temini resmî kayıtlara bağlanmış bulunmaktadır (Mad. 633, 905, 918 ve sonrası).

Hürriyetin, özel hukukun en esaslı şubesi olan Medenî hukuk sahasındaki tecelli şekillerinden en mühimmi akit veya mukavele serbestisi dediğimiz prensible meydana çıkmaktadır. Eşitlik ve hürriyetin, kişiye hak ve vecibeler yaratan muamelelerde bulunma imkânını sağlaması esastır. İşte akit serbestisi, hak ve vecibeler yaratan bu nevi tasarruf ve muamelelere kişinin, ancak hür iradesile katılmasını gerektirir.

Şu kadar ki, hak ve vecibelerin doğmasına sebep olan muamele ve münasebetlerde taraflar, daima zıd menfaatlerle karşı karşıya bulduklarından, esasında hür olan iradelerin muayyen bir noktada uyuşup

birleşmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde taraflar, kendi hür iradele-
rile tamamen birbirine zıd istikametlerde hareket edeceklerinden, şahıslar arasında uzlaştırıcı anlaşmaların ve bunlara dayanan muamele ve münasebetlerin doğmasına imkân kalmaz.

İşte tarafların hür dileklerine dayanan muamele ve tasarruflarda, kendi gönül rızaları ile birleşmelerini mümkün kılacak en elverişli mekanizma, akit veya mukavele dediğimiz uzlaşma prensibidir. Bu prensib, biraz önce belirttiğimiz gibi, medenî hukuk münasebetlerinde hürriyetin en mühim tezahür şekillerinden biridir. Denebilir ki bu prensib olmasaydı, medenî hukuk sahasında ferdi iradelerin, muayyen mevzular üzerinde uzlaşmalarına, dolayısıyla gönül rızalarile münasebetler tesis etmelerine imkân kalmazdı. Bunun neticesi de, medenî hukuk münasebetlerinin daima yüksek bir kudretin cebrine tâbi olarak hür mahiyet ve karakterini kaybetmesi olurdu.

Borçlar kanunumuzun birinci maddesi, akdin tamamlanması için iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan etmelerini şart kılmak suretile, akit serbestisi prensibini medenî münasebetlerin temel prensibi haline koymuş bulunmaktadır. Aynı esas nişanlanmağa, evlenmeğe ve hattâ cemiyet ve şirket kurmağa taallük eden hükümlerde de görmekteyiz. Medenî kanunun 45, 53, 73, 82, 97 ci maddelerini gözden geçirdiğimiz zaman, bütün bu muamele ve tasarruflarla ilgili tarafların akdi rızalarının telahukuna ihtiyaç olduğu görülür.

Bununla beraber akit serbestisi, kayıtsız şartsız bir hürriyet anlayışına üç sebeble mütehammil değildir. Bunlardan birincisi, doğrudan doğruya aktin mahiyetinden ileri gelmektedir. Akit, karşılıklı zıd menfaatlerle bir medenî münasebetde ilgili bulunanlar arasında husul bulacağına göre, taraflardan her biri zarurî olarak hürriyetini, diğer âkidin irade hürriyeti ile sınırlamak mecburiyetindedir.

İkinci sebep ahlâkîlik prensibinde izah edileceği gibi, doğrudan doğruya bizatîhi hürriyetin, mükellefiyet ve mesuliyet suurunun temeli olmasından ileri gelmektedir. Gerçekten Kant hukuk felsefesinin pek açık bir şekilde izah ettiği gibi, hakikî mânada hürriyet, daima ahlâkî mânada mükellefiyet şuru ile tev'emdir.

Gerçi bazı müellifler, her hakkın bir de vecibe yüklediğini, mükellefiyet altında bulunanın ise hür sayılamıyacağını ileri sürerek, hürriyet ile hukuk arasındaki gergin münasebete işaret etmektedirler. Bunların kanaatlerine göre, hukuk ekseriya bir cebir mekanizmasıdır. Halbuki hürriyet, cebrin anti-tezi olmak itibarile, bir yandan hukukî cebri asga-

rî hadde indirmek, diğerk yandan hukukî müesseselerin serbest gelişimini sağlamak suretile bu tezdadı halle çalışmak gerekmektedir.

Kabul etmek gerekir ki insanları kesin bir zaruretle birbirlerine bağlayan sosyal dayanışma ve en kuvvetli mâşerî duygular hattâ sosyal gayelerde birlik, fertlerin hürriyete olan iştiyaklarını söndürememiştir. Fert, en mühim içtimaî menfaatlerin veya en yüksek mânevî kıymetlerin müdafaası bakımından açık bir zaruret ifade etmeyen her bağılığa isyan etmek itiyadındadır. Bunun çaresi de Medenî Kanun içerisinde âmir hükümleri asgâri hadde indirip hürriyetlerin gerçekleşmesine yarayacak teminatı çoğaltmaktır.

Yalnız bu esas, bütün mücerret tasavvurlar gibi filyatta kötü kullanılmağa da elverişli olan hürriyetin, kayıtsız şartsız ve başıboş bir keyfiliğe varmasına sebep teşkil etmemelidir. Her yerde olduğu gibi Medenî kanunda da himâyesi gereken hürriyet, - Eugen Huber'in pek güzel bir şekilde belirttiği üzere- "makul bir insanın ölçülü hürriyetidir" (Hukuk ve hukukun gerçekleşmesi, Sh. 6).

Makul bir insan, esasen gücü dışında veya yapılmaması gereken şeyi yapmak istemez. Bu yüzden onun hürriyeti, akıl tarafından reddedilen veya ahlâken gayri mümkün olan dolayısıyla kendince de istenmemesi gereken bir şeyi yapmamış olmasından dolayı ihlâl edilmiş sayılamaz. Makul kimse, kendi iradesile iyi hareketlerde bulunmağa çalışan bir şahsiyettir. Böyle bir şahsiyet, hukukun emri veya cebri iyiye taalluk ettikçe, onu kendiliğinden yani serbest irade ile benimsemek suretile ahlâkîleştirir.

Cebir, yalnız yüksek ahlâkî şura sahib olmayan serkeşlerin hukuka riayetlerini temin için zarurîdir. Bu şartlar altında hukukun cebri hakikî mânası ile hürriyete aykırı düşmez. Çünkü bu cebir, esasında hukukî duygudan mahrum olanlara, fena maksatlarla kötü yollara sapanlara, bir tek kelime ile - hakikî hürriyetin tevlit ettiği ahlâkî mükellefiyet ve mesuliyet kavramıyanlara karşı kullanılır. Bu sebeble hürriyet, her yerde ahlâkî zaruretler ve âmme menfaatleri mülâhazaları dolayısıyla tahdidlere uğramıştır. Bu hukukî tahdidler ise, Kant'ın anladığı mânada hakikî hürriyetin esasıdır.

Borçlar kanunumuz 29 uncu maddesinde bir akdin mevzuunun, kanunun gösterdiği hudud dairesinde serbestçe tayin olunabileceğini tasrih ettikten sonra, aynı maddenin ikinci fıkrasının delâleti ve 20'ci maddenin sarahatı ile mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlâk ve adaba aykırı olan akitlerin batıl olduğunu tesbit etmektedir.. Akit serbestisinin bu tahdidini M. K. muzun 45'ci maddesinin ikinci fıkrasında da

görüyoruz. Buna göre gayeleri kanuna ve ahlâka mugayir olan cemiyet ve şirketler ve müesseseler şahsiyet iktisab edemezler. Aynı mahiyette ahlâkî mülâhazalar ve âmme menfaatleri zaruretleri ile, hürriyetlerin tahdidine dair hükümlere gerek medenî kanunun gerek borçlar kanununun muhtelif yerlerinde rastlamak mümkündür. Amme menfaati mülâhazası ile herhangi bir âmir hüküm vazolunduğu yerde akit serbestisi, bu hükümle sınırlanmış demektir.

Bu vakte kadar vermiş olduğumuz izahat ve misaller, tabii hukukun en yüksek prensibi olarak ileri sürülen tabii hürriyet prensibinin Medenî Kanunundaki izlerini göstermektedir. Yeni çağ tabii hukukunun, bu esas prensible beraber ortaya atmış olduğu diğer iki tedvin prensibinden birisi, başkasının zararını mucip olmamak şartile herhangi bir kimsenin muayyen haklardan faydalanmasına engel olmama, diğeri de başkasının zararına zenginleşmeme esaslarıdır.

Bunlardan birinci prensib, Medenî Kanunun ikinci maddesinin ikinci fıkrasında menfi bir ifade şekli ile yer almış bulunmaktadır. Buna göre, bir hakkın sırf gayri izrar eden suiistimalini kanun himâye etmez. Bu hükmün mefhumu muhalifi, başkasına zarar vermemek şartile bir hakkın kötüye kullanılmasının da caiz olduğudur. Herhangi bir kimsenin, şahsî menfaatlerinde haksız tecavüze uğraması halinde, hâkimden tecavüzün men'ini talep edebilme yetkisi, 24 cü maddenin birinci fıkrası ile tesbit edilmiş olduğuna göre, her şahsın, haklarını kullanma hususunda herhangi bir tahdide tâbi olmaması esastır. Hattâ bu hakların, başkalarına zarar vermemek şartile, kötüye kullanılmasına da mâni bir sebep yoktur.

Şu kadar ki, bugünün her içtimaî değeri sosyal bir kıymet olarak muhafaza ve idame telâkkisinde olan içtimaî hukuk telâkkisi, bir hakkın başkalarına zarar vermeyen suiistimalini de önleme temayülündedir. Bu düşünceye uygun olarak 11 Ağustos 1919 tarihli Weimar anayasasının 153 cü maddesi, ferdî mülkiyet esasını benimsedikten sonra; son fıkrasında mülkiyetin aynı zamanda bir mükellefiyet ihtiva ettiğini, bu sebeble mülkiyeti kullanmanın aynı zamanda âmmenin iyiliğine de hizmetle mukayyet olduğunu tasbit etmiştir. Sosyal hukuk tasavvurunun hakların kullanılmasındaki bu esas şartı, günümüzün şartları göz önünde tutulunca, tabii hukukun aşırı liberal telâkkisine göre bir ilerilik sayılmak gerekir. Çünkü bu esas, değer tüketici mânasız israfların önlenmesine imkân vermektedir.

Yeni çağ tabii hukukundan modern kanunlara intikal eden başkasının zararına zenginleşmemek prensibi, Borçlar kanunumuzun 3 cü fas-

ında haksız iktisab müessesesi şeklinde yer almıştır. 63 cü maddenin birinci fıkrası, haklı bir sebep olmaksızın aharın zararına mal iktisab eden kimsenin, onu iadeye mecburiyetini tesbit etmektedir. Bundan sonraki hükümler, haksız iktisabın şartlarını ve haksız olarak iktisab edilen malın istirdad ve iade şekillerini tayin etmektedir.

Başlangıçta yeni çağ tabii hukuku bütün tedvin prensiblerinin bu üç esasa irca olunabileceğini ve diğer hususların bu üç prensipten çıkarılabileceğini müdafaa etmekte idi. Bütün medenî hukuk münasebetlerinin, bu üç prensibe irca edilebileceği hakkındaki kanaat, modern kanunların tedvini teşebbüs ve tecrübelerile sarsılmaya başladı. Neticede devletler hukuku, anayasa hukuku, ceza hukuku sahalarına şamil umumî prensiblerden gayri, medenî hukuk münasebetlerinin tanzimi bakımından bu üç esası tamamlayan diğer prensibler de ortaya atıldı. Bunlar nazarı bakımından titizlikle işlenerek bugünkü medenî kanunların ana yapısını teşkil ettiler.

Eşitlik prensibi ve medenî kanun :

Medenî hukuk münasebetlerinin tarafları, insan vasfı ile fertlerdir. Devlet de bu sahadaki münasebetlerinde hâkimiyet vasfından tecerrüd ederek fert hüviyetine girer. İşte bu mânada hukuk, insan için yaratılmıştır. İnsanın en şerefli mahlûk sayılması, aklî hüviyetile beliren şahsiyetinden ileri gelir. Bu şahsiyet fikri hayat, hürriyet, şeref haklarına sahip insanın bütün kainatın mihrak noktasını teşkil ettiği düşüncesine varır. Buna göre bütün kainatın, insan için yaratıldığı dolayısıyla insan tasarrufuna açık bulunduğu neticesine varmak kolaydır.

İnsanın hak sahipliği bu esasa dayanır. Bütün kâinatla birlikte hukukun da insan için yaratılmış olduğu kabul edilince, insan için hukukun mevzuu (objesi) olma imkânı kalkar, hakların sahibi (süjesi) olma, insanlık vasfının esas şartını teşkil eder.

Medenî Kanunumuz da bu esasa uygun olarak sekizinci maddesinde şahsiyet mefhumunu medenî haklardan istifade ehliyeti ile tayin ve tavsif etmiştir. Şahsiyeti dolayısıyla, medenî haklara ve borçlara ehil olmakta herkes kanun dairesinde müsavidir. Bu eşitlik hükmü şahıslar hakkında da hüküm ifade eder.

Eşitliğin siyasî sahadaki tecellisi anayasamızın 69 maddesinde bütün Türklerin kanun karşısında eşitliği ve ayrıksız kanuna uyma ödevi şeklinde belirlemektedir. Her türlü grub, sınıf, aile ve kişi ayrılıklarının kaldırılmış olduğunu belirten bu hüküm, Rousseau doktrinine göre demokratik hayatın esas prensibini teşkil etmektedir.

Bu durum medenî kanunumuza da demokratik bir mâna ve hüviyet kazandıran ana prensibi ifade etmektedir. Medenî kanunumuzun, cinsiyet farkı gözetmeksizin, kadın erkek arasında gerek aile gerek miras hukuku bakımından tam bir eşitlik tesis eden hükümleri 1926 dan önce cârî olan medenî hukuk sistemimize göre bütün vatandaşların şahsiyet ve hürriyetlerini teminat altına alan en ileri bir inkilâb hamlesi teşkil etmektedir. Kocanın aile birliğinin reisi olması bu eşitliği aslâ ihlâl etmiyen ve ailenin sosyal birliğin temeli olması bakımından istikrara kavuşması hedefini güden bir esastan ibarettir. (Mad. 152).

Ahlâkîlik prensibi :

Tabii hürriyet prensibi bahsinde belirttiğimiz gibi ahlâkî zarureter, hürriyet için sınır hizmetini görmektedir. Bunu ahlâk ile hukukun münasebetine tatbik ettiğimiz zaman, ahlâkî normun hukukî norma hem bir örnek ve hem de bir sınır hizmeti gördüğünü kolaylıkla tesbit ederiz. Herhangi bir hukuk emrinin, sarîh olarak ahlâka aykırı olmasına razı olamayacağımız için her hukukî kaidede asgarî bir ahlâkîlik nüvesi aramaktayız. Fritz von Marschall'ın dediği gibi, ahlâkî emrin, kanunen haksızlık sayılmasına yahut hakkın dileğinin, ahlâka aykırı olmasına tahammülümüz yoktur. İnsan içindeki bir lüzumun ifadesi olan ahlâkî ve hukukî kanun, aynı fikirden doğarlar; aynı mevzua taalluk ederler ve aynı maksadı takib ederler.

Bu bakımdan esasında ahlâkî düşünceler, sırf haricî hareketlere ve onların kanunîliklerine taalluk ettikleri zaman, hukukî düsturlar haline geçmiş olurlar. Bu mensei iştiraki, halka hâkim bulunan hukuk ile ahlâkın birbirine uyduğu fikrinin esasıdır. Muhakkak olan cihet, bütün özel hukuk sahasında olduğu gibi, medenî hukuk münasebetlerini de, ahlâkîlik esasından tecrid etmeğe imkân olmadığıdır.

Ahlâkîlik esası, aynı zamanda hür iradenin kendi dileği ile hukukî norm ve nizama uymasını da mümkün kılmaktadır. Gerçekte ahlâkî vicdanı, Kant'ın anladığı mânada kavriyan bir kimse için, onunla birlikte hürriyetin aynı zamanda mükellef kılıcı karakterini duymamak imkânsızdır.

Bilindiği üzere Kant hürriyeti insan varlığında mündemiç bulunan sensible'in tesirlerinden kurtulup intelligible'e uyma olarak vasıflandırmaktadır. Sensible'i, iç güdülerin tesiri altındaki ihtiras ve arzularımızın heyeti mecmuası olarak kabul edersek, hürriyete ulaşmak için her şeyden önce kendimizi bunların kötü tesirlerinden kurtarmamız, ondan sonra da intelligible'de tecelli eden aklın ve vicdanın emrine uymamız lâzımdır.

Hürriyet bu şekli ile, esasen her insanın makul dileklerini ihtiva eden ölçülü bir mâna kazanmaktadır. Makul dileklerin, yekdiğerile çatışmasına veya hiç olmazsa uzlaşmamasına imkân yoktur. Dolayısıyla hürriyet ve hukuk nizamı, böyle bir tasavvur ışığında kolaklıkla telif edilebilir bir hal almaktadır. Nitekim Kant'ın hukuk tarifi de bu tasavvura uymaktadır. Ona göre hukuk, "birinin ihtiyarını diğçerlerinin ihtiyarları ile umumî bir hürriyet kanununa göre telif eden şartların heyeti mecmuasıdır."

Yukarıda da belirtildiğı üzere anayasamızın 68 ci maddesindeki hürriyet tarifi nazarî bakımdan tamamen buna uymaktadır. Bu tarifiñ unsurları gözönünde tutulduğı takdirde hürriyetin kaynağı olan ahlâkilik şuurunu ile içtimaî nizamın en mühim unsuru olan hukuku, kolaylıkla telif etmek imkânı doğmaktadır. Çünkü herkes hürriyetini, akıl ve vicdanın emrine uyma şeklinde idrak ederse, hukukun ahlâka aykırı olmayan dileğine tabi olmak, yalnız mümkün olmakla kalmaz; aynı zamanda hür dileğin isteye isteye yerine getirebileceğı ahlâkî bir vazife olur. Böylece hürriyetin sınırları ahlâkî idrak ile çizilmiş ve çerçevesi bulunmuştur.

Esasen bütün hürriyet mücahitleri gibi tabii hukuk nazariyesi de hürriyeti, aynı zamanda insanı ahlâkî şekilde harekete mükellef kılan bir prensib olarak müdafaa etmişlerdir. Buna en canlı bir misal teşkil etmek üzere, her türlü istibdada hattâ hürriyeti kurmak için zulme karşı da mücadelesile meşhur olan Benjamin Constant'ın görüşünü ileri sürebiliriz. Onun nazarında hürriyet, daima mesuliyet, hukuk, insanîlik ve vicdan emirlerine uyma ile müteradiftir. (Hans Zhinden: Über die Gewalt, Sh. 2, - Kudret Hakkında.)

Hürriyet ile mesuliyet şuurunu birbirine kaynaştıran ve gerçek hürriyetin ancak hukuka, insanlığa ve vicdanın emirlerine ittibada tecelli edeceğini belirten bu görüş Kant'ın ve ona uygun olarak Eugen Huber'in tabii hukuk telâkkisi ile medenî hukukumuzda mal olmuştur. Huber, insan fiillerini tekâmül ettiren ve takibi gerekli hareket tarzları hakkında kararlar alma kudretine malik bulunan, hususî gayelerin güdülmesinde de ferde yüksek değerde emirler vererek onu hayır ve adalet yoluna sürükleyen takdirî ve amelî mânada aklı, bütün medenî münasebetlerin nâzım prensibi haline yükseltmiştir.

Buna göre hukukun ilk unsuru ahlâktır. Hukuk bizatihî ne iyi ne kötüdür. Fakat kendi haricinde esasen mevcut olan iyiliğı himâye etmek ve ileriye götürmek vazifesile mükelleftir. Hukuk insanın iyiye göre hareket etmesi lâzım geldiğı postulat'sından hareketle bunu gerçekleştir-

melidir. Bu mülâhazalarla medenî kanunumuz, daima hukukî münasebetleri ahlâkileştirme emel ve gayretindedir (Hukuk ve hukukun gerçekleştirilmesi, Sh. 38, 140, 159 ve 175 in mukayesesi).

Hürriyetin ahlâkî zaruretler dolayısıyla sınırlanması hususlarına yukarıda işaret etmiştik. Medenî kanunun ahlâkî prensibi esas tutan hükümlerine gelince, bunların bellibaşlıları aile hukukunda erkek ve kadın arasındaki eşitlikte ve bilhassa 151 ci maddede belirtilen karı kocanın, karşılıklı haklar ve vazifelerinde tecelli etmektedir. Bahsi geçen maddenin ikinci fıkrası, karı kocanın yekdiğerine karşı birliğin saadetini müttehidenden temin ve çocukların iâşe ve terbiyesine beraberce ihtimam etme hususlarını iltizam ettiklerini tasrih ettikten sonra, üçüncü fıkra, karı kocanın birbirine sadakat ve müzaheretle mükellef olduklarını tesbit etmektedir.

Bu maddede bahis mevzuu olan sadakat ve müzaheret mükellefiyetinin hukukî olduğu kadar ahlâkî bir ödev olduğu her türlü tereddüdün dışındadır. Bu hükmün ahlâkî karakterini daha iyi kavrayabilmek için, 161 inci madde hükmünü mukayeseli bir şekilde gözden geçirmek lâzımdır. Buna göre karı kocadan biri, aile vazifelerini ihmal eder yahut diğelerini tehlikeye, hacalete veya zarara maruz bırakırsa, müteessir olan taraf hâkimin müdahalesini talep edebilir.

Ahlâkîlik esasının, medenî münasebetlerimizdeki nâzım rolünü hürriyetlere sınır teşkil etmesi bakımından yukarıda medenî kanunumuzun 45 inci maddesinin ikinci fıkrası ve B. K. nun 20 ci maddesi tetkik edilir belirtmiştik. Bunun dışında aile hukuku bakımından gerek evlilik içerisinde gerek evlilik dışında doğan çocuğun haklarının himâyesi (Mad. 272 ve 311), evli kadının evlilik birliği içindeki haklarının korunması (Mad. 155 ve 157) gibi hususlar da ahlâkîlik esasının neticeleridir.

Fakat bu esas, en yüksek tesir derecesini hakkın suiistimalinin men'i ile bütün medenî ve hattâ hususî hukuka hâkim bulunan objektif hüsnüniyet kaidesinde bulur. Medenî kanunumuzun ikinci maddesinde yer alan bu prensibe göre, herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir. Bu hüsnüniyet, herkesin sübjektif kanaatine tevafuk eden psikolojik bir tavrı değil, cemiyetin mekân ve zaman hususiyetlerine göre tebellür eden hak ve adalet ve iyi niyet tasavvurunu istihdaf etmektedir.

Medenî kanunumuz, ahlâkîlik prensibine bağlı olarak tesanüt icablarını da göz önünde tutmaktadır. Bunun gayri menkul hukukundaki tesirleri medenî kanunumuzun gayri menkul mülkiyetinin şumulüne taalluk eden 644. mürur hakkına ait 671. düşen şeylerin alınmasına müteallik

676 ve nihayet kaynak hakkını ilgilendiren 709 uncu maddelerinde görülmektedir. Bu hükümler, yukarda temas ettiğimiz mülkiyetin mükellef kılıcı karakteri ile ilgilidir.

Tesaniüd fonksiyonu bakımından aile birliğine ve derneklere taallük eden hükümlerin de göz önünde tutulması gerekir. Bu arada bilhassa M. K. muzun 661, 666, 678, 682 ci maddelerile B. K. nun iş sahibi ile işçinin beraber yaşamasına taalluk eden 337 ci maddesi dikkate lâyıktır.

Tabii hukukun medenî münasebetler üzerindeki mühim bir tesiri de hatadan mesuliyet esasında tecelli etmektedir. Thomasius'dan beri tabii hukuk mektebi, irade beyanının muhatabı söylenen söze itimad etme ve güvenme durumuna sokması, verilen söze bağlılığın tabii bir neticesi olduğundan irade beyanında vuku bulan hatadan husule gelecek zararı, beyanı yapanın takabbül etmesi zaruretini müdafaa etmektedir. Bu telâkiye göre, hukukî muameleyi yapandan diğer âkide karşı iradesini izhar da gerekli takayyüd ve ihtimamı gözetmesini istemek beşerî tabiatın icabıdır. Tabii hukuk prensibine göre, her kusurlu yahut hakka aykırı harekete, zarar tazmini mükellefiyeti teveccüh etmektedir. Bu sebeble akdin inikadında iradesini izhar ederken, beyanda bulunmanın lüzumlu ihtimamı göstermemesinden doğan mesuliyeti kabul etmesi en mantıkî bir neticedir.

Jhering de akitde hatayı "culpa in contrahende" aynı düşünceye istinat ettiriyor. Ona göre "âkidin deruhde ettiği birinci ve en umumî mükellefiyet, akdin inikadında muktezi ihtimamı göstermektir". Bu esaslar B. K. muzun 25 ve 26 ci maddelerinde yer bulmuştur. 25 ci maddenin birinci fıkrasına göre, hataya duçar olan taraf, hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir surette ona istinat edemez. 26 cı maddeye göre de, akdin hükmünden kurtulmak için hata ettiğini iddia eden taraf, eğer hata kendi kusurundan ileri gelmişse, mukavelenin bu suretle feshinden mütevellit zararı tazmine mecburdur.

Tabii hukukun dikkate değer bir tesiri de haksız muamelelerden doğan zararın tazminine ait nazariyedir. Tabii hukukcular, mukavele ile veya başka sebeplerle borçlanmadan müstakil olarak, her türlü kusurla yapılan zararın tazmini gerekeceğini umumî bir kaide halinde müdafaa etmiştir. Hattâ bazıları, daha ileri giderek, kusura bakılmaksızın her türlü haksız zararı, tazmin mükellefiyetine tâbi tutmak istemişlerdir. Bunun için ileri sürdükleri gerekçe, tazmin mükellefiyetinin hukuka karşı bağlılıktan değil, mücerret hukuku korumaktan doğduğu kanaatidir. Dolayısıyla Thomasius ve mektebi, çocuklarla akıl hastalarının da tazmin mükellefiyetine kaani olmuşlardır.

B. K. muzum 41 ci maddesi zararı tazmin mükellefiyetini diğer bir kimseye yapılan zararın kast, ihmal, tescyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette ika edilmesi şartına bağlamıştır. Keza ahlâka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs da tazmin mükellefiyetine tâbidir.

Son olarak tabii hukukun medenî kanun üzerindeki tesirlerine misal olarak B. K. nun 386 cı maddesindeki vasıtasız temsil ve vekâlet müessesesini, mülkiyet haklarında hukukî tagyir ile mülkiyet iktisabını ve nihayet kanunî mirasçılar sırasını zikretmek mümkündür.

Netice :

Bu tetkik gösteriyor ki medenî kanunumuz, verilen söze sadakat, ferdin kendi fiillerinden mesuliyeti ve ahlâkî mükellefiyeti, başkalarının şahıs ve mallarına saygı göstermesi, haksız zenginleşme memnuiyeti, objektif hüsnüniyete riayet gibi bütün hukukun baştan başa asaletini tesis eden prensiblerin kaynağı ve hazinesidir. İnsanların haksızlığından veya keyfi hareketlerden korunmanın yolu, ikibin seneden fazla bir zamandan beri fikrî gelişimin ve geniş bir moral felsefesinin sentezini teşkil eden bu prensiblerde saklıdır. Muayyen bir çerçeve ile sınırlı bulunan etüdümüzde, bu prensiblerin medenî kanun üzerinde yalnız ana tesirleri gösterilmeğe çalışılmıştır. Daha esaslı bir tetkik, bütün medenî kanunumuzun esas yapısını, bu prensiblerden doğan müesseselerin teşkil ettiğini meydana koyabilir. Bu mülâhazalar, aynı zamanda 25 yıllık bir tatbik hayatına malik bulunan Medenî Kanunumuzun her türlü keyfi müdahalelerle değiştirilmekten korunması lüzumunu isbata kâfi gelir kanaatindeyiz.

Medenî kanunumuzun millî hayat şartlarımıza uymayan hükümleri bulunduğu, ecnebî bir kanunun gelişi güzel tercümesinden ibaret olduğu ve bu itibarla değersizliği kanaatini müdafaa edenler de bulunmuştur. Bu türlü düşüncelere karşı medenî kanunumuzun 25 yıllık tecrübelerden de alınan neticelerle ayakta durduğunu ve bundan sonra da medenî münasebetlerimizin ideal değilse de makbul bir çerçevesini teşkil etmekte devam edeceğini aşağıdaki mülâhazalara binaen belirtmek isteriz.

1 — Medenî Kanunumuz siyasî ve hukukî hayata insanlık şerefının zarurî neticesi olan bütün yüksek idealleri vermiş ve çeşitli inkilâblarla bunları müsbet hukuka nakletmiş bir felsefî ve hukukî ctreyanın, ebedî ve ezeli tabii hukuk nazariyesinin izleriyle doludur. İnsanlığın aklî vasfına dayanan ve hümanist fikirle beslenen bu cereyan, bütün millet-

lerin hayatında en bereketli ve feyizli bir hukukî kaynak hizmetini görmüştür. Medenî kanunun kabulü ile biz de yeni çağ hukukunun bir sistem haline getirdiği bu fikrî mirasa katılmış bulunuyoruz.

2 — Hümanist fikirlerle beslenen ve tabii hukuk ışığında gelişen medenî kanunumuz laik, demokratik ve inkilâbçı bir zihniyetin eseridir. Türk cemiyetini medenî âlemde lâyük olduğu mevki ulaştırma gayesini güden ve bunun sıcak iştiyakını varlığında taşıyan hiç kimse, medenî kanunun temsil ettiği nizam örneğine değersizlik vasfı izafe edemez.

3 — İnsanın, insan olarak münasebetlerine taallük eden medenî kanunlar, sık sık değiştirilmeğe elverişli değillerdir. Medenî hukukun esaslarını teşkil eden münasebetler, hukukî hayatın başlangıcından beri daima aynı prensibler mihrakında toplanmışlar ve aynı şekillere tâbi olmuşlardır. Bunun en büyük delilli bütün continental hukuka Roma hukuku esaslarının bugün de hâkim bulunmasıdır. Hattâ continental hukuka zıd bir tekâmül istikameti takib ettiği sanılan anglosakson hukuku da aslında klasik Roma hukuku devrinin pretorluk müessesesi tarafından inkişaf ettirilen hakkaniyet ve nisfet hukukunun bir tezahür şeklinden ibarettir.

4 — Medenî kanunumuz tabii hukuk esaslarından mülhem olmakla beraber, örfî haklarla kollektif menfaatler, dolayısıyla hürriyet ile nizam arasında mesut bir uzlaştırma yolu bulmağa çalışmıştır.

Walter Young'un dediği gibi, medenî kanun içerisinde fert, ne hâkimî mutlak ne de bîkes durumdadır. O hemcinsleri ve vatanları ile, binlerce vatanî bağlarla bağlanmıştır. Bu bağlılık yüzünden adeta kendi ihtiyarı ile mükelefiyet ve vazifeler yüklenmiş durumdadır. Medenî kanunun bütün varlığına insanların iyilik temayüllerine, hakka inanan hâkimlere iman ve itimadın izleri sinmiştir. Bu bakımdan medenî kanunun ruhu, içtimaî hayatı hürriyet içinde tanzim etmek ve bu hürriyeti, içtimaî menfaatle birlikte adalet ve ahlâk prensibleriyle sınırlamak iştiyaki ile meşbudur.

5 — Medenî kanunumuza karşı ileri sürülen millî ihtiyaçlarımıza uymazlık iddiası en çok aile müessesesini hedef tutmaktadır. Gerçekten medenî münasebetler, içerisinde millî hayatın icabları ile muayyen olan en esaslı sosyal müessese, aile müessesesidir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi, medenî kanunumuz aile müessesesini, insan şerefının cevheri olan eşitlik ve ahlâkîlik prensipleri üzerine kurmuştur. Bu durum karşısında bazı geri geleneklerin tesiri altında medenî kanunumuzun aile hukukunu ilgilendiren hükümlerine karşı cephe almak, inkilâbımızın temel

prensibini teşkil eden medeniyet ve varlık davasına karşı cephe almaktır. İşin bu ciddiyeti ve ehemmiyeti karşısında, bazı sosyal tedbirlerle bertaraf edileceğine şüphe olmayan küçük aksaklıkların ve hele soyadları vesaire gibi tamamen tâli meselelerin önplâna sürülmesi, gerçek ilim zihniyetine uymayan bir hareket olur.

6 — Medenî kanunumuzun en mühim hususiyetlerinden biri, birinci maddenin bahsettiği imkânlardan faydalanarak, değişen şartlara göre aklın rehberliği ile, daimi ve ahenkli bir gelişim imkânının açık bulunmasıdır. Medenî kanunumuz nisbeten muhtasar tertibi ve hâkime vazî kanun gibi hareket imkânını bahşeden yetkisi ile, tatbikatda içtimaî şartlarımıza uygun bir düzeltme ve boşlukları doldurma yolunu açık bırakmıştır. Bu sebeble medenî kanunumuzun hâdiselerin seyrine ve millî hayatın icablarına uygun bir gelişime kavuşması, başta hâkimlerimiz olmak üzere hukukçularımıza düşen şerefli bir vazifedir.

Medenî bir cemiyet olmanın en yüksek farık vasfı, medenî hukuk çerçevesine giren münasebetlerin insan şahsiyetinin öz cevherine uygun bir şekilde - içtimaî hayat ve ihtiyaçların da seyrini hesaba katan - mantıkî, ahlâkî bir tekemmül ve istikrara kavuşmasıdır. Bu tekemmül ve istikrarın teessüsünde hissedar olmak, ferdî olduğu kadar millî ve insanî bir mazhariyettir. Medenî münasebetlerimizde hak ve adalet idealinin gerçekleşmesi ise, hepimizin, müsterek bir hukukî ve ahlâkî şuur muhassalası halinde, Medenî kanunumuzun prensipleri üzerinde durmamıza, işlememize ve onu bütün Türk vatandaşlarının öz kanunu haline getirmemize bağlıdır.