

## KANUNUN MÂNÂSININ TAYİNİNDE İZHARI ÇALIŞMALARIN DEĞERİ

Yazan: Henri CAPITANT

Tercüme eden: Dr. Hakkı DEMİREL

I. Bir kanun metninin mânâsını aydınlatmak için, o kanunu hazırlayan meclislerin çalışmalarından, kanunun mucip sebeplerinden, raporlardan<sup>1</sup>, müzakere zabıtlarından istifade etmek mümkün müdür?

Bu hususta eskiden beri kabul edile gelmekte olan fikirlerden ayrılan bir telâkki mevcuttur ki bu da İngiliz hukukunda hâkim olan telâkkidir.

İngiliz telâkkisine göre, kanunu tatbikle mükellef olan hâkim, kanunun mânâsı üzerinde şüphe ve tereddüte düşerse, bu şüphe ve tereddüdünü izale etmek için, kanun hazırlanırken izhar edilen kanaat ve izahata müracaat etmemelidir. Yargıç, kanunun mânâsını tayin için, ancak vazı kanunun kabul etmiş olduğu metni nazarı itibara almalı ve kanuna tekdüm eden çalışmalarla bu hususta kendisini aydınlatmağa çalışmamalıdır. "Yargıçlar, parlâmentoyu tahrik ve sevk etmiş olan sebepleri araştırıp bulmak için nazariyata girişemezler. Onların sahası tamamiyle ayndır. Yargıca düşen iş, kanun koyucunun, vardığı neticeleri ifade etmek için seçtiği tabirlerin ve kullandığı ifadenin tefsirinden ibarettir. Eğer yargıç, kanunlar yapmak suretiyle memleketin arzu ve ihtiyaçlarını izhar ve ifade etmekle mükellef olanların sahasına tecavüz edecek olursa kendisine yol gösterecek hiç bir rehberin bulunmadığı bir labirent'te kaybolmak tehlikesiyle karşılaşacaktır<sup>2</sup>.

1) Meseleyi heyeti umumiyesile mütalea ettiğimiz cihetle, muhtelif vesikaları bir birinden tefrik etmekte bir fayda mülâhaza etmediğimiz gibi kanunların kabulü hususundaki muhtelif teşriî sistemleri de burada yekdiğerinden tefrike ihtiyâç duymuyoruz.

2) Lord Taldane, Ayan meclisi, 1912 Bk. LUDWICK Ehrlich, Lwow Academie de Droit International, La Aye, 1928, C. 24, ss. 117 ve son ayrıca Bk. Herbert A. Smith Interpretation.

Müellif burada bu hareket şeklini şiddetle tenkid etmektedir. Lord Halsbrerj tarafından kanunun en fena müfessirinin, onu kaleme alanlar olduğu söylendiğini de zikredelim.

“Parlâmentonun maksatları, bizi alâkadar etmez. Kanun vazihtr ve vazih olmasa bile, tefsiri için onun ihzarî safahatından istifadeye aklen imkân yoktur<sup>3</sup>.

Sir Douglas Hogg, Lausanne muahedenamesinin tefsiri münasebetiyle, 26 Ekim 1925 te, Milletlerarası Daimi Adalet Divanında şöyle diyor<sup>4</sup>:

“Yazılı bir vesikanın, tarafların bu vesikada ifade olunan ve vesikanın bugünkü terimlerinden istihraç edilebilen maksada göre tefsir edilmesi icap ettiği İngiliz Hukukunun temel kaidelerinden biridir. Bu kaide teşri tasarruflara tatbik edildiği gibi her türlü mukavele ve andlaşmalara da kabili tatbiktir. Bu kaide muhakeme ve akliselime istinad eder.”

Dicey bu sistem hakkında, aşağıdaki şekilde düşünmektedir<sup>5</sup>:

“Şüphesiz, demektir. Bu kaidenin neticesi olarak, kanunların tefsiri biraz dar bir tefsir olmaktadır. Fakat bu sayede yargıçların nüfuzu ve hukukun istikrarı pek çok artmaktadır<sup>6</sup>”.

Bu şekilde İngiliz mahkemeleri nasıl yazılı vesikaları onları tanzim edenlerin bu vesikalarda mevcut tabirlerden istihraç edilebilen maksatla-

---

Aynı makalede Prof. Smith, 1879 da, Oxford Fiskoposunununa müteallik bir meselede, istinaf mahkemesi Hâkimlerinin 1874 tarihli Public Worship Regulation Act'in mânasını aydınlatmak için Lord Chancellor Gairu tarafından Lordlar Kamarasında söylenmiş bir nutku ileri sürmek istediklerini fakat bundan dolayı Yüksek Mahkeme ve Lordlar Kamarasınca muahaze edildiklerini hatırlatmaktadır.

3) Quben v. Hertford College, (low Journal Reports in England, cit. 47, s. 649) davasında istinaf mahkemesinin gerekçesi.

4) Adalet Divanı neşriyatı, Seri C, No. 10, 1925

5) Introduction to the..

6) Moxwell, (Interpretation of The Statutes, s. 45, 46) bu kaideyi şu şekilde izah etmektedir: Çünkü, demektir, kanun her iki meclis ve umumî bir şekilde söylemek icabederse, İngiltere'de mevcut üç iktidarın birden, yani Lordlar Kamarasında Kilise ve asiller ile Avam Kamarasında Thiers-Etat'ın, müşterek çalışmalarının mahsulüdür.

Böyle olunca, bu meclislerden birinde beyan olunan bir mütalea nazara alınacak olursa, kanunun memleketteki üç iktidarın müşterek çalışması mahsulü olacağı prensibi ihlâl olacaktır. (Yine Bk. Dicey, Op. Cit)

M. Levy Ulman derslerinde, hakiki sebebin İngiliz hâkimlerinin, en uygun buldukları manayı kanuna verilmek maksadile kendileriyle Parlâmento arasında her türlü bağı ortadan kaldırmak hususundaki arzularının olduğunu ilâve etmektedir (Cours de Droit Civil Compare, 1930-31, Antographie, s. 171)

rını araştırmak suretiyle tefsir etmekte iseler kanunu da öylece bu yola başvurmak suretiyle tefsir etmektedirler.

Bu kaidenin İngiltereye has bir kaide oluşu ona daha da kayda şayan ve cabbi dikkat bir kaide yapmaktadır. Diğer memleketlerde bil-hassa Fransada, yalnız metnin muğlak ve tereddütlü olması halinde değil, kanunda sarahatan derpiş edilmemiş bulunan şu veya bu hale kanunun tatbik edilip edilemeyeceğini tayin maksadile kanunun ruhu (Ratio legis) adı verilen hususu tayin için de müfessirin ihzarı çalışmalarda vazıl kanunun düşüncesini araştırması kabule şayan görülmektedir.

II. İngiliz mahkemeleri ile diğer memleketlerin mahkemeleri arasındaki bu görüş farkının müşahedesi faydadan hali değildir.

Bu müşahade bizi, bir iki sistemden hangisinin tercihe şayan olduğunu tesbite sevketmektedir. Fakat bu sistemlerden herbiri lehindeki mü-lâhaza ve mütaleaları tetkik ve bunları birbirleriyle mukayese etmezden evvel kanunu bir defa isdar edildikten sonra onu tanzim edenlerin iradesine bağlamakta olan rabıtayı tayin etmek icab eder.

Kanunun, onu tanzim edenlerin arzu ve iradelerinin ifadesi olduğu, yanlışlığın isbatı kolay olmayan bir müşahededir. Portalis, Medeni Kanun'u, birinci babının esbabı mucibesinde "Kanunlar iradelerden ibaret-tir" demektedir. Bunu inkâr için şeniyete gözlerimizi kapamak lâzım gelirki her hangi bir kimsenin peşin fikirle hareketi bu derece ileri vardırılabileceğine ihtimal veremeyiz.

Bununla beraber, Alman tarihçi mektebi müntesiplerinden bazıları, Hukukun deruni kaynağının halkın maşeri vicdanı olduğu fikrinden hareket ederek ve bu fikrin neticelerine mübalâ etmek suretiyle kanunun bir defa isdar edildikten sonra artık kanun vazının düşüncesinden ayrılmış olacağını ve hattâ kanunun, onu ortaya atanların şahsi iradelerinin mahsulü olmaktan ziyade . bazılarınca kanunun neşri sırasında, diğer ba-

7) Pollock, Low of Contracts, 9. bası, s. 265:8 mukavelenin taraflarca yazılı olarak ifade edilmiş bulunan lâzımı tehzibi hususunda şifai bir beyyinenin kabulü umumî menfaate ve ekseri hallerde, tarafların hali hazırdaki maksatlarına aykırı olacaktır. Tefsir ameliyesi, mefruz maksadı değil izhar edilmiş maksadı araştırması icabeder.

Taraflarca, belirli bir şekilde bağılı olarak ifade edilmemiş bulunan mefruz bir maksada bazı istisnai haller dışında (hile ve buna benzer haller) itibar edilmez.

8) Fenet, C. 6, s. 45, Geny, Metchrode d'interpretation et Svuces, 2. bası, CGL, s. 119, not I

zlarınca, halli icap eden meselenin ortaya çıktığı sırada tahassül eden - halkın maşeri vicdanının mahsulü olduğunu ileri sürmüşlerdir.<sup>9)</sup>

Bu nazariye taraflarına göre, kanun metnini tefsir için ihzan çalışmalara müracaatın kabili izah aşikârdır. Fakat bu nazariye memleketimizde rağbete mazhar olmuş değildir. Çünkü vuzuh ve kat'iyet arayan Fransız düşüncesiyle tam bir şekilde kabili telif bulunmamaktadır. Maşeri hukukî şuur adı verilen mefhum, müphem, muğlak, ele avuca gelmez bir mefhumdur. Alman düşüncesi belki böyle bir mefhumla iktifa edebilir, fakat bizi böyle bir mefhum tatmin etmemektedir. Bu mefhum İngilizlerin pratik zihniyetine de uygun değildir. Bu itibarla İngilizlerin ihzan çalışmalara karşı duydukları çekimserliğin böyle bir düşünceye istinat ettiği zannedilmemelidir. Memleketimizde, kanun ile onu isdar edenlerin iradesi arasında, hiç değilse başlangıçta bir bağ bulunduğu, kanunda sosyolojik unsuru irade unsuruna üstün tutanlar tarafından dahi kabul edilmektedir. Yeni yapılan kanunların ortaya çıkardığı meselelerin halini hukukçularımızın, hangi fikre taraftar olurlarsa olsunlar, ihsari çalışmalarda aramak hususundaki tabii temayüllerine bundan iyi bir misal gösterilebilir mi?

Fakat Alman mektebinin bu tezi hukukçularımızın umumi telâkkileri üzerinde tesir icra etmekten geri kalmamıştır. Bugün bunlardan bir çoğu kanunun isdan tarihinden uzaklaştıkça kanunu vazı kanunun iradesine bağlamakta olan rabitanın zayıfladığını ve nihayet tamamıyla ortadan kalktığını idd'â etmektedirler. Kanun ancak örfü adet ve hadiselerin tekâmülüne intibak etmek suretiyle mevcudiyetini muhafaza edebilir.

Kanunu tathikle mükellef olan yargıç, yaşadığı muhitten zamanın ahlaki telâkkilerinden, iktisadi sahada vukubulan tahavvüllerden sarfı nazar edemez. İktisat ve hukukun beraberce yürümleri icap eder. Eğer kanun kovucu bunlar arasında ahenk tesisini ihmal etmiş olursa bu boşluğu doldurmak Yargıçlara düşer.

Temyiz mahkemesi birinci re'si M. Ballot-Beaupré, Medeni Kanunun vüzüncü vildönümü münasebetiyle söylemiş olduğu meshur nutkunda, bu tekamülü söyle tebarüz ettirmiştir. "Yargıç ısrarla, vüz sene evvel kanun müellifinin kanunun şu veya bu maddesini kaleme alırken ne düşünmüş olduğunu araştırmamalıdır. Kanunun müellifi aynı maddeyi bugün kaleme almış olsa idi, nasıl alırdı, bunu düşünmelidir. Bir asırdan-

9) Bk. Geny, op-cit, c. I, No. 96, S. 257 ve son. Salfelles, Introduction à l'étude du Droit Civil allemand 9904, s. 98-102.

beri fikirlerde, örf ve adetlerde müesseselerde ve Fransanın içtimai ve iktisadi durumunda husule gelen tahavvüller karşısında, yargıç, kanun metninin serbest ve insani bir şekilde modern hayatını gerçeklik ve icaplarına uydurulması keyfiyetinin adalet ve aklın emri iktizasından olduğunu düşünmelidir.

Mahkemelerimiz kendilerine düşen bu vazifeyi, yüksek mahkemenin aydın mürakabesi altında kendilerine has ihtiyat ve nicelikle ifa etmektedirler. Fransız mahkeme içtihatlarına hâkim olan muhafazakârlık ve fakat aynı zamanda tekâmül eder olmak kanun koyucunun düşünmesi ile onun eseri arasında bir aynılığın başgöstermesi her zaman müşahede edilecek bir vakiadır. Kanun sırf tanzim edilirken göz önünde bulundurulmuş en yakın gayenin ortadan kalkmış olması dolayısıyla mevcudiyet sebebinin ve zorlayıcı olmak vasfını kaybetmez. Kanun, tanzim edildiği sırada derpiş edilmemiş bulunan gayelerin tahakkukuna da hizmet edebilir. Mevzuatımızda, kendilerini doğuran sebepler çoktandır ortadan kalkmış bulunduğu halde mevcudiyetini muhafaza eden az hukuk kaidesi mi vardır? Bu kaideler sırf bu sebepten dolayı faideli olmaktan çıkmış değildir. Bugün bu hükümler, tanzim edildikleri sırada gözönünde bulundurulmuş olan ihtiyaçlardan başka ihtiyaçları karşılamaktadır.

Bu müşahedelerin tabii bir neticesi olarak kabul edilmek icap eder ki, kanunun neşrinden bir müddet sonra, bu kanunun yeni gayelere uydurulması bahis mevzuu olunca, mahkemeler o kanunu onu yapanların iradesine aykırı şekillerde de uygulayabilmeliler veya hiç değilse o kanun bu iradeyi nazara almaksızın tatbik edebilmelidirler. Fakat, böyle bir neticenin kabulünden hasıl olabilecek tehlikeleri, bu neticenin, yargıca nasıl bir keyfi hareket sahası açtığını görmemek mümkün müdür? Böyle bir neticenin kabulü, doğru bir hareket mebedeinden çok tehlikeli bir neticeye varmak olur.

Bu itibarla Nancy Hukuk Fakültesinin ileri görüşlü dekan Geny, bu nazariyeyi kaydı ihtiyat ile karşılamaktadır: (10)

Bu yorum metodunun “şayanı temenni hal tarzlarını yazılı Hukuk gibi sağlam bir temele istinad ettirmek” suretiyle, mahkeme içtihatlarının tekâmül eder olmasına edeceği hizmeti takdir etmekle beraber, Geny “Yazılı Hukuktan beklenen pratik rolü hiçe saymaksızın, kabul edilemeyeceği” kanaatinde. “Tarihi mektebin en büyük noksanı, demektir (s. 263) maksadı mahsusla ve müfrit bir muayyeniyetçiliğin tesiri altında.

10) Op-Cit. C. I No. 97, S. 267 ve son.

İnsanın şuurlu ve teemmülü faaliyetinin Hukukun teşekkülündeki gayri kabili inkar hissesini ihmal etmesidir. Bu şuurlu faaliyet hassaten yazılı hukuk kaidelerinde kendini kuvvetle hissettirir. Yazılı Hukuk kaideleri, esas itibariyle, şuurlu ve teemmüllü bir iradenin ifadesinden başka bir şey değildir. Yazılı hukuk kaidelerinin, bir irade faaliyetinden başka bir şey imiş gibi tefsir edilmesi bu kaidelerin mahiyetine aykırı olacaktır. Şüphesiz içtimai hayatın akışına katılınca, her uzvi ve canlı mevcudiyet gibi, bu irade de içinde bulunduğu muhitin temas ve tesirine maruz kalacak ve onunla birlikte değişecektir. Menşeyinden uzaklaştıkça başlangıçtaki vasıf ve tesirlerini kaybedecektir. Bu irade zamanla yavaş yavaş bozulacak ve bazan tamamiyle mahiyet değiştirdiği de olacaktır. Bu hal kaçınılmaz bir sosyoloji kanunu neticesi olarak, böyledir. Fakat, bu sosyoloji kanununun tefsir faaliyeti üzerinde zaruri ve hatta, tâbir caiz ise, mukadder olarak tesir icra edebileceğini kabul etmekle beraber, üzerinde çalıştığı mevzu gibi kendisi de teemmülü ve şuurlu bir faaliyet olan tefsir amelîyesinin iştiğal ettiği mevzuun mahiyeti ile onun kuvvet ve tesirinin yegâne mevcudiyet sebebini gözden kaybetmemesi de gerekir. Tefsir faaliyetinin, mümkün olduğu nisbette, içtimai hayatta vaki inkişafın neticesinde husule gelebilecek şekil değiştirmelere mani olmaya çalışması ve kanunun hakiki mahiyeti icabı olarak, kanunu meydana getiren iradeyi ortaya çıkarmağa ve bu iradeyi başlangıçtaki safiyet ve kuvvetiyle tesbit etmeğe çalışması lâzımdır. Ancak bu surette ki, yazılı kanun, kat'i, emin ve mümkün merteye müstakar bir hal tarzı ihtiva eder.

Müellifin bu telakkiye karşı yaptığı diğer mühim bir itirazı da bu rada zikrederim:

“Eğer kanunu ihata eden ve bizzarur, onun hükümlerinin manasına tesir eden çerçeve kanununun tatbik edildiği zamana göre değişecek, tabir caizse, şekil değiştirecek olursa, yazılı kanunun asli ve elzem bir neticesi olan emniyet temin edilebilir.?”

Bu doğru ve haklı müşahedelere ilâve edilecek hiçbir şey yoktur. Bununla beraber kaydedelim ki büyük mümessillerinin nasihatlarından cesaret alan mahkemeler, önlerine getirilen yeni meselelerin halli imkânlarını, kanunun tanziminde hâkim olmuş bulunan iradeyi nazara almaksızın, kanun maddelerinde aramağa devam etmektedirler. Cansız şeylerin sebep oldukları kazalara 1384 üncü maddenin tatbik edilmesi bunun en iyi misalini teşkil eder. Ancak itiraf etmek icap eder ki, mahkemeleri, lüzumlu hal çarelerini kendi kendilerine ve eski kanuni hükümlerden bulup çıkarmağa sevk eden şey de kanun koyucunun şayanı teessüf ihmal-

kârlık ve hareketsizliğidir. Filhakiça, mahkemeler, ancak mevcut metinlerle yeni ihtiyaçlar arasında bariz ve anzi bir ayhık gördükleri hallerde böyle bir pretör gibi, hareket etmektedirler.

III. Hülâsa biz de, Geny ile birlikte, kanunu meydana getiren irade ile bu iradenin ifadesi arasındaki bağın kopamayacağı kanaatindeyiz. Bu itibarla bu satırların başlangıcında vâzettığımız, meselenin halli bakımından, eski, yeni kanunlar arasında bir tefrik yapmağa lüzum yoktur.

Bu mesele, gerek eski kanunlar gerekse yeni kanunlar için var olup, şu şekilde ifade olunabilir;

Kanunun, onu hazırlayan ve ona oy verenlerin teemmülü, şuurlu iradelerinin mahsulü olduğu, edildiğine göre, kanun metni tefsire lüzum gösterecek olursa, kanunu yapanların düşüncesini aydınlatmak veya ortaya çıkarmak maksadile, ihzan çalışmalarına müracaat etmek uygun olmaz mı?

Meselenin şümülünü vazih şekilde tesbit etmek gerekmektedir. Böyle bir meselenin mevzu bahis edilebilmesi için kanun metninin karanlık muğlak, muhtelif şekillerde anlaşılmağa müsait olması veya kanunun şu veya bu hükümleri arasında hiç değilse zahiren bir tenakuzun göze çarpması iktiza eder. Bundan başka bir de kanunda sarahaten tanzim edilmiş bulunan bir ipotezin kanunu kaleme alanlar tarafından müzakereler sırasında derpiş edilip edilmediğinin araştırılmasına lüzum hasil olan hallerde böyle bir mesele mevzu bahis edilebilir.

Yoksa kanunun iyi bir şekilde kaleme alınmış bulunduğu; kullanılan tabirlerin açık ve vazih olduğu, bu tabirlerin manaları üzerinde hiç bir şüphenin mevcut bulunmadığı hallerde ihzan çalışmalarına müracaattan sakınmak gerektiğinde şüphe ve tereddüt etmemek icab eder. Kanunu tefsir eden kimse metinle bağlıdır; Mucip sebepler lâyihasındaki, raporlardaki veya müzakerelerdeki beyan ve düşüncelerin kanun metnine uymadığını bahane ederek metnin mana ve şümülünü değiştirmek hakkını haiz değildir. Açık bir metin tefsire ihtiyaç göstermez<sup>11</sup>.

Bu nokta bütün müelliflerce kabul edildiği gibi, mahkeme içtihatları da bu merkezdedir. Laurent, Medeni Hukuk dersleri isimli eserinde (önsöz, s. 15), "ben, demektedir, herşeyden evvel, kanunu tefsir edenlerin, kanunun ruhuna istinad ederek sar'ih ve kat'i bir kanun metninden

11) Medeni kanun projesinin ilk kitabı şöyle bir madde ihtiva ediyordu: "Kanun sar'ih olduğu takdirde, ruhuna nüfuz etmek bahanesi ile lâfı bertaraf edilemez.

ayrılabilirlerine muhalifim, Metin vazih ise, kanunun metni ile kanunun ruhu aynı şeydir. Bu takdirde, kanunun metni, kanunun, bizzat kanun vazih tarafından beyan olunan ruhudur. İhzarî çalışmalar bize kanun vazihinin neyi istediğini öğretecektir. Kanun koyucu neyi istediğini sarahaten ve şüpheye mahal bırakmayacak surette ifade etmiş ise, kanun vazihinin arzusunu en iyi bir şekilde ifade ettiğininin farzedilmesi de gerekeceğine göre, kanun koyucunun neyi istediğini biliyoruz demektir, ve ihzarî çalışmalardan, kanun metninden çıkan manadan başka bir mana çıkarmak kabil değildir. Eğer ihzarî çalışmalardan bundan başka bir mana çıkıyorsa bu manayı nazara almamak lâzımdır. Çünkü kat'i bir irade karşısında kat'i olmayan bir irade ileri sürülemez. Filhakika ihzarî çalışmalardan çıkan irade, esas itibarıyla, kat'i olmayan bir iradedir. Ancak Muğlak ve manası şüpheli bir metnin tefsiri için ihzarî müinakaşa ve müzakerelere müracaat edilebilir. Söylemediği bir şeyi bir kanun metnine söyletmek için böyle bir müzakereden istifade etmek caiz değildir<sup>18</sup>.

Temyiz muhakemesi bu kaideyi defalarca teyid etmiş bulunmaktadır. Dekan Geny, majistral eserinde (Cilt 1, S. 296 ve No. 2 ) bu kaidenin tatbikine dair birçok misaller vermektedir. Bunlardan başlıcaları hakkında izahat vermek faydadan hali olmayacaktır. Çünkü bu misaller Temyiz Mahkemesinin kararlarında ihzarî çalışmalara müracaat hususundaki gekingenliğini göstermektedir.

Bunun bir numaralı misalini M.K. un 1734 Md. sine ilave edilen ve bir gayri menkûlün müdeaddit müstecirlerini bir yangının sebep olduğu zarardan müteselsilen mesul olmaktan çıkartıp, bunlardan her birini gayri menkulde işgal ettikleri kısmın icar bedeli ile mütenasip olarak mes'ul tutan 5/Ocak/1883 tarihli kanunun yorumu münasebetiyle kabul edilen içtihat teşkil eder, Bu tahdili takip eden günlerde, meclis müzakerelerinde vaki olan beyana ve müzakereler esnasında metnin ilk şeklinde yapılan değişikliklere istinad edilerek, bir gayrimenkul müstecirinin, aynı gayri menkul dahilinde veya kendi oturdukları yerden başlamasına imkân olmadığının isbat edilmesi suretiyle, çıkan yangının mesuliyetini tek başına taşıdığı anlaşılan haller de dahil olmak üzere hiçbir surette gayrimenkulün işgal ettiği kısmının icar bedelinden fazlası ile mes'ul tutulamayacağı icdia edilmiştir. Bu düşünce tarzı bazı istinaf mahkemelerince benimsenerek bu yolda kararlar verilmiştir. (Bourges 30 nov. 1887).

Temyiz mahkemesi ise, münhasıran kanunun metnini nazara aldığı

18) Vattel Lud wik Ehrlich, op. cit., s. 40



için, bunu reddetmiş ve sözü geçen kanunun evvelce müstecirleri yekâ-ğerine bağlayan teselsülü ref etmekle iktifa edip, 1733 ve 1734 üncü maddelerde başkaca herhangi bir değişiklik yapmamış olması sebebiyle, bu kanundan sonrada müstecirin zararın tamamından mes'ul olduğuna karar vermiştir. Temyiz mahkemesi Hukuk dairesinin 4 Haziran 1889 tarihli bu kararına (D.P.30.I.953 s. 89/1/477) " muhalif noktai nazarı, lehinde ihzar çalışmaları dermeyeran etmesi beyhude bulunduğu, bir kanunun müzakeresi sırasında bir fikrin ihzar edilmiş olmasının bu fikri teyit eder mahiyette bir metin kabul edilmiş olmadıkça hiçbir şey ifade etmeyeceği, cihetleri" sebep olarak gösterilmiştir.

İkinci bir misal olarak da vadeli satışlar hakkındaki 28 Mart 1885 tarihli kanunun yorumunu zikredebiliriz. Bu kanunun birinci maddesi:

"Resmi veya diğer senetlere müteallik satışlar ile erzak ve emtiaya müteallik her türlü a livrer satışların meşru sayıldığını" söylemekte ve bu muamelelerden hasıl olabilecek vecibelerden kurtulmak için bunların bir fark tediyesi suretiyle fesh edilebilecekleri hallerde dahi hiç kimsenin M. K.un 1965 inci maddesini dermeyeran edemeyeceğini" ilâve etmektedir.

Bunun üzerine tarafların fiyat farkı üzerinde spekülasyon yapmak yani kumar oynamak maksadı ile hareket etmiş oldukları hallerde dahi kaybeden taraf kumar def'ini ileri süremeyecek midir? sualine cevap verilmek gerekmiştir. Burada da yine ihzar çalışmaları sırasında vaki olan bazı beyanlar bir takım istinaf mahkemelerini bu suale menfi bir cevap vermeğe sevk etmiştir. Fakat Temyiz Hukuk dairesi 22 Haziran 1898 de verdiği dört kararla, kanunun ibaresinin böyle bir tefrik yapmağa imkân bırakmayacak derecede sarih olması sebebiyle, bu kararları bozmuştur. (D.P. 99, 1,5 Rapport Crépou, müşavir; Conc.). De Jardins, Avocatgeneral; note Laccour, s. 98.1.313).

Kanun metninin müphem olmadığı hallerde müfessirin bu metni değiştirmek maksadiyle parlâmento müzakerelerine müracaat edemeyeceği kaidesinin üçüncü bir tatbiki de 2 mart 1848 tarihli kararnamenin pazarlığı men eden 2 inci maddesi münasebetiyle yapılmıştır.

Bu madde şu şekilde kaleme alınmıştır: "Muvakkat hükümet, işçilerin marchandeur adı verilen Sous-entrepreneur'ler tarafından istismarının mahiyeti itibariyle haksız, rahatsızlık verici ve kardeşlik prensibine aykırı bulunduğu fikrinden hareket ederek, işçilerin marchandage sous-entrepreneur'leri tarafından istismarının men'ine karar verilmiştir."

20 Mart 1848 tarihli bir kararname (BK. Md. 103 Kitap I, İş Kanunu), bu yasağı şu şekilde ifade etmiştir:

“Pazarlık suretiyle işçilerin her türlü istismarı..... cezalandırılacaktır” Bu kanuni metinler bizatihî pazarlığı mı yoksa işçileri istismar maksadiyle yapılan pazarlığı mı cezalandırmaktadır?

Burada da yine ihzari çalışmalara başvurmak suretiyle maddenin geniş surette anlaşılması icap ettiği gösterilmek istenmiştir. (Orleans, 11 Temmuz 1899, S. 99 2 231; Bourges, 20 Haziran 1900.2.300) Fakat temyiz mahkemesi, Lüksemburg komisyonunda veya milli meclis kürsüsünde beyan edilmiş aksi fikirleri nazarı dikkate almağa ihtiyaç duymaksızın 31 Ocak 1901 tarihli bir umumi heyet kararında (D.P.,01.1,169 S.02.1. 157) yukarda sözü geçen kanuni metinlerin, bizatihî bir pazarlığı değil, pazarlık suretiyle işçilerin istismarını men ettiği neticesine varmıştır.

Nihayet burada Temyiz mahkemesi Hukuk dairesinin sınai ve ticari maksatlarla kullanılacak mahallerin kiraya verilmesine müteallik 30 Haziran 1926 tarihli kanunun 9 uncu maddesi münasebetiyle vermiş olduğu 22 Kasım 1932 tarihli bir kararını da zikrederim. Bu kararın gerekçesinde şunlar okunmaktadır.

“Bir kanun metninin tefsire ihtiyaç gösterdiği hallerde ihzari çalışmalara müracaatın prensip itibariyle caiz olmasına mukabil kanunun lafzından anlaşılman manası karanlık veya müphem olmadığı ve dolayisiyle kat’i sayılmak icap eden hallerde, hakimin bundan kaçınması lâzımdır.”

Burada da yine yüksek mahkeme, bazı mahkeme ve müelliflerin yaptığı gibi, ihzari çalışmalar esnasında vukubulup kanunun başka bir şekilde anlaşılmasına imkân veren beyanları nazara almayarak kanun metnine göre karar vermiştir. (Yine Bk. Huk. 31 Mayıs 1934, Gaz-Pal., 27 Temmuz 1934.)

Yukarıdaki izahlara göre yalnız başına nazara aldıktan muayyen bir manaya gelen sarih bir kanun metnini yargıçlar bu metinden bu şekilde anlaşılman mana onu kaleme alan veya onu meydana getirenlerin düşüncelerine uymasa bile, başka bir manada anlayamayacaklar, onu değiştiremeyeceklerdir. Ancak bir ibarenin manası üzerinde tereddütler belirmesi, yani bu ibarenin müphem, çift manaya gelir ve karanlık olması halinde, ihzari çalışmalardan istifade etmek caizdir<sup>13</sup>. Şimdi mesele iyi bir şekilde

13) Bk. Saveri Mattern'in mütalâaları, Cass. Ch. réun. 28 Mayıs 1932, Gaz. Pal. 1932, 2, 194, No. IV.

vazedilmiş bulunuyor. Müfessir, kanun metninden anlayamadığı takdirde, kanun vazının iradesinin ne olduğunu bulmak için ihzari çalışmalarından istifade etmeli midir? Fransız zihniyetine sahip kafalar bu suale müsbet bir şekilde cevap vermekle mükelleftirler. Filhakika eğer hakikaten kanun bir iradenin tezahüründen ibaret ise kanun metninin manasını tayin için onun müellifleri tarafından yapılmış beyanlara müracaat etmek mantığı ve tabii değil midir? Ancak burada mantığa fazla bağlı bir zihniyetten kaçınmak lâzımdır. Kıyas ve hâdiselerin müşahedesi, bilâkis, bizi İngiliz hukukçularının bu meselede diğer memleketlerin hukukçularından daha dikkatli birer müşahit olduğunu düşünmeğe sevketmektedir.

Bunlar, ihzari çalışmalara herhangi bir tesir tanımamalarının sebepleri arasında kanun ile hukuki muamele arasında ve bu muameleleri yapan veya yapanların iradesinin tefsiri hususunda kabul edilmiş kaideler arasındaki müşabeheti ileri sürmektedirler. İmdi ihzari çalışmalara müracaat edilmesi keyfiyetini reddetmemekle beraber, buna pek fazla bir ehemmiyet atfermeyen dekan Gény'nin de işaret ettiği gibi<sup>14</sup>, "Bir kanunun tefsiri ile bir hukuki muamelenin ve bahuş, yazılı şekle tabi olup bu şeklin muamelenin muhtevasının hududlarını tayin ettiği (şekle bağlı) hukuki muamelelerin tefsiri arasında çok yakın bir benzerlik mevcuttur. Nasıl ki her hukuki muamelenin esasını, ruhunu, bu hukuki muameleye vücut veren irade teşkil ediyorsa, öylece kanun ibaresine de, ancak, ibareden anlaşılan teşrii iradenin can ve hayat vermesi icap eder.

Bu itibarla bir hukuki tasarrufu yapanların iradelerini tayin hususunda umumiyetle kabul edilegelen kaideler nelerdir? Bunu tespit edelim.

Görülecektir ki bu kaideler, kanunun tefsiri hususunda takip edilen kaidelerin tamamen aksidir.

Evvelâ bir taraflı hukuki muamelelerin en iyi misalini teşkil eden vasiyeti ele alalım.

Vasiyetname ancak vasiyette bulunanın iradesinin tezahürü olarak bir kıymet ifade etmektedir.

Muameleyi tanzim ve muhtevasını tayin ve ifade eden bu iradedir. İrade edilen ile ifade edilen arasındaki bağ hiçbir hukuki tasarrufta bu

Milletler arası mukaveleler daimi adalet divanı'nda aynı kaideye riayet etmektedir (Bk. Lud Wik Ehrlich, op., s. 121 ve son

14) Op. Cit., s. 266

kadar sıkı değildir. Roma hukukçularının ifade ettikleri gibi "Dicat testator et erit lex". Müphem herhangi bir hüküm karşısında vasiyette bulunanın iradesini tayin ve tasrih etmek için yargıç acaba hangi yollara başvuracaktır? Medeni Kanunun hiçbir md. sinde yer almakla beraber, asırların tecrübesinin mahsulü olduğu söylenebilecek müşterek bir esanın neticesi olan, an'anevi bir kaide yargıçlara vasiyette bulunan kimsenin maksudını esas itibariyle vasiyetnamede aramayı emretmektedir. Vasiyette bulunanın iradesinin nihaî ve tek ifade edilmiş şekli vasiyetnamedir. Bu iradeyi vasiyetnamenin muhtelif hükümlerinin tetkikinden ve bunların yekdiğeriyle mukayesesinden istihraç etmek lâzımgelmektedir. Bununla, vasiyetname dışındaki hiçbir malûmat menbainâ müracaat edilemeyeceğini değil, Temyiz mahkemesinin esas hakkında karar verecek yargıçlara, vasiyetname haricinde kalan hususlara müracaat imkânını, ancak bu harici hususların vasiyetname ile ilgisi bulunduğu ve tashih lüzumunun bizzat vasiyetnameden şüpheye mahal bırakmayacak bir surette istihraç edilebildiği hallerde verdiğini söylemek istiyoruz<sup>15</sup>. BK. Huk. 18 Kas. 1884, D.P., 85 I.317. S. I.125; 9 Ağustos 1886, D.P. 87. I.317. not M. Binet, D.P., 1908. I.41., Rec, 8 Kasım 1911., S. 1912: 1.256; Karşılaştırınız. Laurent, O.I.13. Nos. 128-135, 487-490 Demolombe., C. 21, Nos. 36-43<sup>16</sup>.

İki taraflı hukuki muamelelere yani mukavelelere geçelim. Burada da yine taraflar arasında akdin veya hükümlerinden birinin mana ve şümulü üzerinde bir ihtilâf zuhur ettiği takdirde tarafların müşterek iradesini akdin yazılı metninde aramak lâzımgelir. Bu hüküm vecibelerin isbatına müteallik babda, 1341 inci madde vazedilmiş bulunmaktadır. Filhakika kanun 500 franktan fazla miktar ve değerde mukaveleler için yazılı şekli şart koymakla iktifa etmemiş, şunu da ilâve etmiştir.

"Beşyüz franktan az bir miktar veya değer bahis mevzuu olan hallerde dahil olmak üzere akitlerin muhtevasma muhalif veya bu muhteva dışındaki hususlar ile akdin yapılmasından evvel, yapılması sırasında veya yapılmasından sonra söylendiği iddia edilebilecek hususların şahadetle isbatı kabul olunamaz."

Bu hüküm eski bir hükümdür. Şekil mecburiyetini ihdas etmiş bu-

15) Geny, Op. Cit. I, s. 297 Not. 1

16) Bk. Ch. Civ. 28. Décembre 1818, D. Juridpr. Gener. Ve. Disposition entre vifs, No. 3193, Req. 13 Aout 1840, Ibid., No. 3495, fakat Bk. Ch. Civ. 2 janvier 1907, D.P. 1907-1-137, not M. Ambroise Colin, s. 1911-1, 585, not M. Wahl, bununla beraber, Bk. Capitant Dela Cause des obligations nos. 212 veson. Ayrıca Bk. Req. 16 Fevrier 1909, D.P., 1911. I.189, s., 1912, 177

İnan Moulins emirnamesinden (1563) gelmektedir. Bu kaide yazının şahadete üstünlüğüne istinad etmektedir. "Scripta manent, Verba Volent" Ancak yazı ehemmiyeti haiz olup evvelce veya yazılı vesikanın tanzimi sırasında vaki olan şifahi beyanlar yazılı vesika karşısında hiçbir değer ifade etmezler. "Taraflar aralarındaki anlaşmayı bir yazı ile tesbit ettikleri takdirde, kanunun, aklîselim icabı olarak taraflardan bu vesikaya lüzumlu bütün hususların dahil edildiğini ve bu vesikanın tarafların karşılıklı iradelerinin asıl ve en iyi ifadesini teşkil ettiğini farzetmesi icap eder. Bu münasebetle, yukarda Pollock'a yaptığımız atfı hatırlatalım:

"Mukavelelerin taraflarca ifade edilen şekildeki ibaresinin hilâfının irbatını kabul etmek umumî menfaata ve birçok hallerde, tarafların o andaki maksatlarına aykırı olacaktır. Yorum ameliyesinin mefruz maksadı nazarı itibara alınmaz."

M.K.un 1156 ve sonraki maddelerinde, mukavelelerin tefsiri hususunda yargıçlara verdiği talimat bu kaide ile tam bir ahenk teşkil etmektedir. Bu maddelerden birincisi "Mukavelelerde, demektir, tabirlerin lâfzi mânasına bağlı kalmaktan ziyade, tarafların müşterek maksatlarının ne olduğu araştırılmalıdır. "Tarafların müşterek maksatlarının ise mukavelede aranması icap eder.

Böyle olunca nasıl oluyor da aynı prensipler, kanunların tefsirinde de tatbik edilmiyor? Nasıl oluyor da yazılı bir mukaveleyi yapanların iradelerini tayin ve tasrih bahis mevzuu olunca aklı selime uygun gelen şey kanun vazının iradesinin araştırılması bahis mevzuu olunca aklı selime uygun olmuyor?

Halbuki kanun ile mukavele arasındaki müşahebet noktaları pek çoktur. 1134 üncü maddede mukavelelerin, onu yapanlar hakkında kanun yerini tutacağına söylenmiş olması sebepsiz değildir.

Hatta hukukî tasarrufların tefsiri hususundaki kaidenin kanunların tefsiri hususunda tatbik için daha da kuvvetli sebepler düşünülebilir. Filhakika bir hukukî muameleyi yapan kimsenin iradesinin araştırılması nisbeten kolay olduğu halde, kanunu münakaşa eden meclislerin kollektif iradesini ihzari çalışmalarından istihraç etmek çok daha müşküldür. Zira Geny'nin işaret ettiği gibi (s. 195 not. 3), bu irade ferdi iradelerin sadece yanyana gelmesinden daha başka ve daha fazla birşey olup, ferdi iradelerde karıştırılmak icap eder.

17) Dalloz, Jurispr. Gener. V. Abligations, 4717

Bu bizi, kanunla hukukî muameleler arasındaki müşabehete müstenit bulunan yukarıdaki delilleri teyid eder mahiyetteki bazı pratik mülahazaları tetkike sevketmektedir.

Bütün müellifler, ihzari çalışmalardan herhangi bir sarahat elde etmenin hemen hemen imkânsız olduğundan müttefiktirler. Müşahedelerinde daima çok mutedil ve çok ihtiyatlı olan Planiol, ihzari çalışmaların kanunun tefsiri bakımından değerini şu şekilde belirtmektedir.

“Hatip, rapor müellifi ve lh.. aldanmış, bir unutkanlık yapmış olabilir. Parlâmento arşivlerimiz bu kabil hatalarla doludur. Sonra da münakaşalar, hele kalabalıkça bir mecliste, ekseriya kanun koyucunun hakiki düşüncesine zıt şahsî görüşleri aksettirir. Bu sebebe mebnidir ki ihzari çalışmaların bütün siyasi partilerin elinde yekdiğerine bir silâh olduğu ve zıt görüşlerin birbirini cerheden fikirleri ihzari çalışmalarda buldukları sık sık müşahede edilen bir keyfiyettir<sup>18)</sup>.”

Bu tenkitlerin doğruluğu inkâr kabul etmez. Meclislerin iki tane oluşu, hatiplerin yetkisizliği, beyan edilen kanaatlerin çok muhtelif oluşu, kalabalık meclislerde vukubulan münakaşaların birbirini cerheden fikirlerle dolu oluşu, v.s., v.s. bu müzakereler sırasında beyan olunan kanaatlara herhangi bir değer atfedilmesine engeldir. Mecliste herkes şahsî kanaatını ifade eder. Hiç kimsenin umumi kanaatı ifade edebileceğini veya kanunun ruhu adı verilen hususu ortaya alabildiğini iddia etmesi mümkün değildir. Teşriî çalışmanın hiçbir zaman günümüzde olduğu kadar gayri mükemmel olmamış bulunması sebebiyle, yeni kanunlarda kesretle tesadüf olunan müphemiyet ve tenakuzlar da yine meclis münakaşalarının karışıklığından, müzakerelerde birbirine muhalif kanaatlar ifade olunmasından, üzerinde kâfi derecede düşünülmezsizin müzakereler sırasında yapılan tadillerden ileri gelmektedir. Nasıl olur da karanlık veya mütenakız kanun metinleri ortaya koyan müzakerelerden bizi aydınlatmaları veya bize istikamet göstermeleri beklenebilir. Planiol tamamiyle haklıdır. Parlman vesikalarında bütün sistemler elverişli deliller bulabilirler. İki rakip, müdafaa ettikleri tefsir tarzına delil olarak, aynı derecede iyi niyetle ihzari çalışmaların dermeyan etmektedirler. Parlman vesikalarında ifade edilmiş bulunan kanaatlar ferdi iradeli tezahüründen ibaret olup nihai şekli ile ancak müzakereler neticesinde ortaya konan yazılı metinde yer alan kolektif iradenin bir tezahürü değildir. Eğer bu metin karanlık ise, ona

18) *Traité élémentaire*, C I, No. 218

vücut veren müzakere ve münakaşalar da karanlık olmuş, bu müzakere ve münakaşalarda şüpheli noktalar kalmış demektir<sup>19</sup>.

Medeni kanunun, bugünkü meclislerimizdeki ihzari çalışmalardan çok daha üstün olan ihzari çalışmaları 19 uncu asrın birinci yarısında şarihler tarafından büyük bir sabırla gözden geçirilmiş, tetkik ve mütalea olunmuştur.

Bütün bu tetkikattan acaba herhangi bir münakaşayı kat'i bir şekilde halletmek imkânını verecek derecede, sarîh ve kat'i her hangibir neticeye varılabilmiş midir?

Bu araştırmaların herhangi bir metni aydınlatılabildiği ve mevcut bir şüpheyi kat'i bir şekilde dağıtabildiği hiçbir halim zikredilebileceğiz-zannetmiyorum. Napoleon, Devlet Şurasındaki münakaşaların müphem olduğunu, çünkü bütün azaların hukukşinas olmadığını söylüyordu. Bu münakaşalara fiilen iştirak etmiş bulunan Tronchet ise daha sert bir tabir kullanmakta, hatiplerin "saçma" larından bahsetmektedir. (Ek Laurent. C. 1. No. 3, S. 47; Locré Legislation civile, prolégomènes, Ch. VI. C. 1, S. 49).

Bu müşahadeler, bugünkü kanunların hazırlanışı hususunda daha da doğrudur. Müfessir fena bir tetkikata istinad eden ve fena kaleme alınmış bulunan bu kanunlarda pek sık rastlanan tenakuzları halletmek veya müphemiyeti dağıtmak mecburiyeti karşısında istemiye istemiye ve sanki alışkanlığın zoru ile parlamento münakaşalarının teşkil ettiği bataklığa dalmaktadır.

Şüphesiz ki müfessir burada deliller bulabilecektir. Fakat hiçbir surette bir katiyet elde edemeyecektir.

O halde nasıl oluyor da, uğranılan hayal kırıklıklara rağmen doktrin ve mahkemeler hâlâ hakikatı, hakikatın bulunmadığı yerde aramağa devam etmektedirler? Bunu ancak alışkanlık ve an'aneye mağlûp olmaları ile ve daima hayal kırıklığı ile bitmesine rağmen, yine de ihzari çalışmalarda herhangi bir açıklama bulabileceklerine dair bir ümidin kendilerinde mevcut olması ile izah etmek kabildir.

Fakat temyiz mahkemesi bu araştırmaların boşluğunu anlamış gibi görünmektedir. Kararlarında M.K. un veya Yeni Kanunların ihzari ça-

19) Bk. W. Crepon, Temyiz Mahkemesinde Müşavir, Raports, s., 1898 1.315, 2. Kolon (20)

lışmalarına müracaat suretiyle elde edilmiş delillere pek ender olarak tesadüf edilmektedir.

Bütün bu izahlar, kanaatımızca, İngiliz hâkimlerince kabul edilmiş bulunan sistemin üstünlüğünü tebarüz ettirmektedir. Bu sistem bize hâdiselerin kıt'a sisteminden daha uygun ve daha doğru bir müşahedesine istinad ediyor gibi görünmektedir. Dicey'in dediği gibi, kanunların kazai tefsiri hususundaki İngiliz sistemi belki biraz dardır. Fakat yine Dicey'in haklı olarak ilâve ettiği gibi bu sistem hâkimlerin otoritesini ve hukukun istikrarını büyük mikyasta arttırmaktadır. Bu keyfiyet hayati bir ehemmiyeti haizdir. Zira Hukukun istikrara hak sahiplerinin teminatını teşkil eder.

Ayrıca bu sistem, kanun koyucuyu, kanunu kaleme alırken daha dikkatli davranmaya şüpheli veya müphem tabirler kullanmaktan ve bilhassa tenakuzlardan kaçınmaya sevk etmek suretiyle, kanun vaznı üzerinde şayanı temenni bir tesir de icra edebilecek mahiyettedir. Bu sistem, daha itinalı, daha ciddi ve dolayısıyla daha iyi bir teşriî çalışma temin etmektedir.

Bu sistemin, kanunun lâfzını kanunun ruhuna üstün tutmak gibi bir mahzuru olduğu da iddia edilemez. Böyle bir iddia ancak eğer bu sistem lâfzı ilham etmiş bulunan iradenin araştırılmasını kabul etmese idi ileri sürülebilirdi. Halbuki hiç te böyle değildir. Bilâkis bu araştırmayı metnin arz ettiği sağlam zemin üzerinde kalmak suretiyle yaptığı cihetle bu sistem parlamen vesikalarında ifade edilmiş temelsiz mütalea ve kanaatlardan çıkarılan neticelerden daha emin ve daha inandırıcı neticelere varmaktadır. Kanunun örf ve adet hukukundan üstünlüğü tamamen yazılı oluşundan gelmektedir. Kanunu ihzari münakaşalarla aydınlatmağa çalışmak bu üstünlüğü azaltmak olur.

Kısacası ihzari çalışmalardan sarfınazar edildiği takdirde kanunun tefsiri daha büyük bir kat'iyet ve kıymet arzedecektir.

---

20) Bk. Yukarıda, not, 5.