

## KANUN VE KAZA

Yazan: Prof. Hans Reichel Çeviren: Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay

### BEŞİNCİ FASIL

#### Mukabil Reformasyon

Yeni istikamet aleyhindeki bir itirazı geçemeyiz. Bu itiraz dış sebeplerden dolayı olmuştur: Bazı serbest hukuk taraftarları zaman zaman o vakte kadar hukukî eserlerde müteamel olmayan ve Avusturyalı müellif Pattai tarafından pek yerinde olarak kaba (Boötisch) diye damgalanan bir kalem münakaşasına dalmışlardır. Fakat iç, maddi (sachliche) sebepler de bahis mevzuu edilmiştir. Tarihin öğrettiği üzere her reformasyon - çok defa kendi saadetine olarak - bir mukabil reformasyonu tevhit edegelmektedir.

I — Bir takım muteber hukuk nazariyecileri ve tatbikatçıları serbest hukuk mektebi tarafından atılan duello eldivenini yakaladı ve ona karşı azim ile müdafaa vaziyeti aldı. Bilhassa Stier - Somlo, Örtmann, Düringer, Vierhaus (1) zikredilmek lâzımdır. Bu müelliflerden hiç biri reactioner olarak gösterilemez. Bilâkis bunlar başından beri yeni harekete kuvvetli müsaadekârlıklar yaptılar ve sonraları yıldan yıla daha fazla iltifat gösterdiler (2)).

1 — Bu taraftan serbest hukuk mektebine aşağıdaki tenkidler yapıldı:

Deniliyordu ki, serbest hukuk hareketi Kadı adaleti (Kadijustice) varz etmektedir. Bu hareketin ideali İläha benzer bir hâkim kral (Richterkönig) dir; bu hâkim, serbest takdirine yani kendi hükümranlığına ve kontrolü caiz olmayan hukukî hissine tevfikân hüküm verir. Fakat bu suretle hukukun teminatı (hukukun muayyeniyeti) ortadan kalkar. Hiç bir avukat hükmün nasıl çıkacağını tahmin edemez.

(\*) Baş tarafı için Bk.: H.F.D.C. VII s. 3-4 ve C. VIII s. 1-2.

(1) Stier-Somlo, das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, 1908 (Labandfestschrift de); Düringer, Richter und Richtersprechung, 1909; Örtmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, 1909; Vierhaus, über die Methode der Rechtsprechung, 1910.

(2) Tabii reaksiyonerler de eksik olmamıştır; meselâ Rud Henle'yi düşünelim.

Bundan başka: Her hüküm nihayet his meselesi olunca kanunun ve ilmin mevcut olmadığı iptidai zamanların bulunduğu noktaya avdet ederiz. Böylece hukuk ilmi inkâr olunabilecek, binlerce yıllık mesai beyhude yapılmış olacaktır.

Bir de: serbest hukuk hareketi hâkimi, hukuk halîkı yapar. Hâkim hukuku tatbik edemeyecek, belki kendiliğinden - havadan - hakkın ne olduğunu söyleyecektir. Bu suretle kanun ile hâkimin arasındaki sınır silinecek, hâkim kanun vazı olacaktır. Bu da Anayasa hukukumuzun mukaddes esaslarına kaba bir tecavüzü tazammun eder. Bilhassa hukukun ihdasında iştiraki, modern hukuk devletinin bir mücevheri olarak sena edilen parlamento bu gasbı hoş göremez (3).

Fakat daha ilerisi var: Yeni hareket tarafından iddia edilen hâkimin her şeye kâdirliği her bir vatandaşı hâkimin keyfine teslim eder. Böylece bu kudret, prenslerin mutlakiyeti yahut kanunun mutlakiyeti yerine hâkimliğin mutlakiyetini ikame eder. Hürriyet ve müsavât denilen kıymetli mamelek bundan daha ağır bir surette tehdit edilemez.

2 — Serbest hukuk taraftarları aleyhine bu ve bu gibi delillerle hücum edildi. Her iki muharip safda şiddetli sözler diriş edilmedi. Edebî fikir kavgasının zaman ve mekân itibariyle kızgın şekiller aldığı inkâr edilemezse de, felâketli sayılmaz. Bu gibi hallerde her iki tarafın iyi cihetleri de red ve inkâr yoluna gitmek istemeleri tarihin pek eski mücerrep bir vakiasıdır. Romantik ve klâsik arasındaki mücadele, Hegel'in leh ve aleyhindeki münazaa, devletle kilise arasındaki döğüş (Kulturkampf) hep aynı tezahürler göstermiştir.

Nizamın şekli, fer'î mahiyettedir. Yalnız şeyi (sachliche) olan işi hal eder. Fakat şeyi noktadan - hususiyle daha önce zikredilen müelliflerden gelen itiraz kâfi derecede önemle takdir edilememektedir. Aynı kuvvette çarpışma olmaksızın yeni nazariyenin fidesi yabani bir fidan halini almış, tenkitsiz bir hodbinlik kökleşmiş ve çürük bir radikalizm himaye edilmiş olurdu. Bu tehlikeye karşı nesillerin mücadele ve gayretlerle ele geçirip devir ve int'kal ettirdikleri şeylerin iyiliğini tebarüz ettirmek ve körcesine heder ettirmemek zamanı idi. Her şeyi tetkik ediniz ve işe yarayanı muhafaza ediniz.; gerek yenilerden ve gerek eskilerden olsun ancak işe yarayanı tutunuz.

(3) Franz Klein, Allg. Ger. Ztg. 1906 n. 34. Örf ve âdet hukukunun da Parlamantoya başvurmaksızın meydana geldiğini kayıt edelim. Meşrutî devletin örf ve âdet hukukuna karşı hususi antipatısı bu suretle oldukça aydınlanmış olur.

II — Stammler'in, serbest hukuk mektebine - ve bundan ayrı tutulması icabettiğini zanneylediği sosyolojik mektebe - karşı yaptığı derin esbabı mucibeli ve teemmüllü tenkid, hususî bir mevki alır (4.)

Stammler serbest hukuk hareketinin farik alâmetini, hâkimin kanuna bağlı olmayarak hükmetmesi kaziyesinde bulur. Şu halde kanunun hükümleri mecburi değil, belki ancak ihtiyarî (dispositif) karakteri haiz olacaktır.

Stammler diyor ki bu kaziyeye tenkidli makul bir metottan feragati ifade eder. İnsanın tahsil ve terbiyeden âri olarak sadece tabii temyiz ve muhakemesi ile doğruyu bulabileceği hakkındaki zan yanlıştır. Tabii bir mahlûk olarak insan hak ve adâletin ne olduğunu bilmez. Bir hâkim denildiği üzere kendi hukukî hissine tevfikân hükmediyorsa bu hukukî his ancak onun meslekî tecrübesinin bir tezahürüdür. Hâkim mesleğinde kullanmasını öğrendiği metodu tatbik eder. Gerçeğe kanun, hâkimi ekseriya iyi ve doğru hakkında zatî hüküm ve takdirine bırakır, ancak bununla mütecasır, enfüsî bir duyguyu değil, belki objektif bakımdan muteber bir metoda göre temiz bir hükmü gözönünde tutmaktadır. Bu metodu ilmî surette tesbit, hukukî mantığın güç bir vazifesidir; işi sadece serbestiye bırakmakla hiç bir şey yapılmış olmaz.

Stammler'e göre kanunun âmir (mecburi zwingend) hükümlerden umumiyetle feragatini istemek de teemmülsüz, esassız bir taleptir. Uysal (nachgiebig) bir kanunun daima âmir bir kanuna karşı daha iyi olduğu gelışı güzel iddia edilemez. Âmir hukuk dahi hal icaplarına göre hukukî ihtilâfları hakkiyle hal için biricik salih bir çare olabilir. Bu itibarla ne zaman âmir ve ne vakit uysal hukukun tercihe şayan olduğu ciddi bir tetkike muhtaçtır. Serbest hukuk mektebi bu tetkikten kendini âzade tutmaktadır.

Şu izahata göre Stammler'in, serbest hukuk mektebini kökünden lânetlediği zannedilebilir. Fakat hiç de böyle değildir. O, serbest hukuk mektebinde yalnız positivlikten mahrumiyeti görüyordu. Bazı ananevî hataların reddi yolunda Stammler, serbest hukuk mektebine müzaheret eder. Bilhassa serbest hukuk mektebinin hukuka hüremetsizlik talim ettiği yolundaki ittihamı reddeyleyler. Serbest hukuk mektebinin talep ettiği hürriyet, hukuktan azâdelik değil, belki hukuk içinde bir serbestliktir. Hâkim, ancak kanuna, hukuk ile aynı olmayan kanuna karşı şimdiye kadar olduğundan daha serbest tutulmalıdır. Hâkim hal icapları altında hükmünü kanunun kaidelerinden başka kaidelere müsteniden vermeğe mezun olmalıdır.

(4) Theorie der Rechtswissenschaft, s. 719 ve sonrakiler.

## ALTINCI FASIL

## Orta hat

Fikir mücadelesinin dalgaları yavaş yavaş sükûnet buldu. Her iki taraf birbirine yaklaştı ve daha sakin, daha itidalli oldular. Serbest hukuk taraftarları hararetli iddialarından bazılarını hafiflettiler. Fakat hasım tarafı da o hareketin hakiki kıymetini anlamağa ve onların nazariyelerinden doğru olanını kendilerine mal etmeğe başladılar. Bunun açık bir alâmeti çok defa okunan şu ifadedir, serbest hukuk mütefekkirleri esas itibariyle hiç bir yeni şey talim etmediler; bunlar, bilâkis ancak hâkimlerimizin evvelce yaptıklarını ve vukufu nazariyecilerimizin daha evvelki talimlerini formüle ettiler (5). Bundan daha kuvvetli bir tastik mümkün değildi. Böylece tarihte ekseriya vaki olduğu üzere orta bir hat üzerinde birleşmeğe başlandı.

Alman mahkemelerini mümtaz kılan enfüsilikten âri objektivite (Sachlichkeit) hakkında son derece sayanı dikkat ve bir alâmet olan keyfiyet de, serbest hukukçular tarafından sert ve çok defa merhametsiz tenkid edilen Alman mahkemeleri hâkimlerinin son zamanda sakin, fakat âşikâr bir tahavvül geçirmiş olması vakıasıdır. Tarihi mülâhazalar, mantıkî incelikler, teşriî ihzarattan nakiller ve emsali gitgide geri çekilmektedir; adâlet düşünceleri, elverişlilik ve umumilik daima mütezayit suretle mevkiini almaktadır ve bir kaç on yıl önce düşünülemyecek derecede serbest bir kanun tatbikine nadir olmayarak tesadüf edilmektedir.

Bu suretle leh ve aleyhi gözden geçirerek müvazene etmek, bu fikir mücadelesinden hiç olmazsa muvakkat bir netice çıkarmak zamanı gelmiş görünüyor.

1 — Evveleminde ilmin, diğer tabirle hukuk kaynağı nazariyesinin telâkkisini gözönünde tutarsak hasmane istikametlerin er, geç birleşebileceği mutavassıt hat belki şu şekilde olabilir.

Hâkim kanuna bağlıdır; çünkü kanun yalnız ferd için değil, belki bizzat umum hakkında dahi içtimai hattı hareket düsturudur; fakat umurun temsilcisi olarak karşımıza çıkan hâkimdir. Bununla beraber hâkimin itaati körce değil, düşünceli bir itaat olacaktır. Her itaat gibi kanuna karşı itaatin de işin mahiyetinde mündemiç hududu vardır, bu hududun bertaraf edilmesi halinde bu itaat, kadavra itaati derecesine düşer. Bu itibarla kanun makul ve serbest bir tefsire muhtaçtır. Ve

(5) Tarihin tipik bir tezahürü. Tarihi mektebe karşı de pek başka türlü hareket olunamaz; bak, Landsberg Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, III, II, 157.

hâkim yalnız kanuna tabi değildir; çünkü hâkim hukuka hizmet eder, kanun ve hukuk ise birbirinin aynı değildir. Kanun bugün en mühim hukuk kaynağı olabilir; fakat yegâne hukuk kaynağı değildir. Bunun için hukukun kaynakları nazariyesi yeniden gözden geçirilmeğe muhtaçtır.

2 — Mesele yalnız ilmi değil, kanun vazını da alâkadar eder. Filhalka kanun vazının salâhiyetini tahdit bahis mevzuudur. Şu halde acaba kanun vazı nasıl bir hareket tarzı almaktadır? Zan olunabilir ki tamamen red ederek. Çünkü kanun vazı taraftır; onun hukuk ihdası hakkındaki inhisarı aleyhine yeni hücumlar vardır. Bu itibarla hücum ve tehdide maruz olan kanun vazı, selâbetle müdafaa mevkiinde kalsaydı belki bundan daha makul bir şey olmazdı denebilir.

Fakat bu görünüş aldatır. Çünkü makul bir adam daima kurtulamayacağı fikirlerin (geister) tesiri altındadır. Kanun ifratı altında nihayet kanun vazı da muztarıptır. Gayri mümkün ondan beklenemez. O, yükün kendisini nasıl bir tazyik altında bulundurduğunu his etmektedir. Kanun yapmak bazen kusur işlemekten başka bir şey değildir: Tıkanan bir delik iki yeni delik açar. Kafası koparılan ejderhada yeni kafalar üreyeceği gibi. Kanun vazı bunu müşahede etti. Ifrat derecede merkezileştirme her yerde kötü durumlara götürdüğü gibi burada da makul bir ademi merkezîyet, münasip bir terhis lüzumu hissolundu.

Vaki olan da budur. İhtirazla olsa dahi ilk adımı, hal hazırın bütün medenî kanunlarını omuzunda taşıyan büyük kanun, Alman medenî kanunu, atmıştır. Şüphesiz bu kanun zamanının bir çocuğudur ve tamamiyle doğu mu zamanının zaafı içinde bulunmaktadır. Şüphesiz bu kanun büyük kısmında Windscheid'in terkibi jurisprudans (Konstruktions jurisprudenz) damgası altında meydana gelmiş ve pek az olmayan kısmında eski Prusya hukukuna tevarüs etmiştir. Bununla beraber çorak kanun maddelerinin nass'ları (Paragraphenkult) içinde kuvvetli bir dal sürmesine, hak ve nesafet üzere düşünen hakimın eline zengin bir serbest takdir verilmesine sebep olan 157, 242, 826 (6) ncı maddelerdeki kaidelerin ebedî şöhreti bakidir. Ceza hâkimi o vakte kadar tamamiyle mahrum olduğu bu serbestliğe gıpta ile bakmaktadır. Alman jurisprudansı bir kaç yıl içinde bu bir kaç maddeden neler yapmadı. Bu jurisprudans kısa sözlerden bütün bir yeni fikirler dünyası ortaya koydu. - Yalnız kanunun yanında değil kanuna muhalif olarak da (nich nur praeter, auch contra leges ali-

(6) Bu hükümler şüphesiz tamamiyle yeni değildir. Bk. meselâ kodsivil madde 1134, 1135, 1160, Saksonya Medenî Kanunu madde 858 - Alman Medenî Kanunu 226 ncı maddesi kifayetsiz ve değersizdir. Bilâkis İsviçre Medenî Kanununun 2 ncı maddesine güvenilir.

as). Filhakika 826 ncı maddeye istinatla, şeklen kanun hükümlerine bürünmüş bir hakkın istimali hal icapları altında âdap ve ahlâka mugayır ve tazminatı mucip görülmüştür. Böylece zikredilen kıymetli hükümler, kanunun boşluklarını, onların normları altına koymak suretiyle doldurmağa, kanunun sertliklerini onlara istinad suretiyle tahfif etmeğe yarayan nadir vasıtalar değildir.

Fakat Alman kanun vazı yalnız bir başlangıç yaptı. Bundan daha ileri cesur adımı, binasının daha methal kapısında bütün dünyanın hayretini mucip kitabeleri diken başka bir kanun attı. Bütün diğerlerini anlaştırmaya davet eden ve ahlâkî tavsiyeye hadım görünen büyük sözü bu kanun vazı söyledi. Bu sözlerle İsviçre Medenî Hukukunun dünyaca mâruf olan 1 inci maddesine işaret ediyorum. Orada şu mâna ifade edilmektedir. Kanun bütün, metne ve tefsire göre bir hükmü ihtiva eden her hukukî meseleye tatbik edilir. Kanunun (istiyerek veya istemiyerek) bir boşluk arzettiği yerde hâkim örf ve âdet hukukuna göre hükmeder. Hâkim böyle bir örf ve âdet hukuku bulamazsa kanun vazı sıfatı ile koyacağı umumî kaideye göre meseleyi hal eder. Gerek tefsirde ve gerekse boşluğu doldurmada hâkim mücerreb nazariye ve ananeleri - yani ilmin ve mahkeme tatbikatının mahasellerini nazarı itibara alır (7).

Bu formülde eski ve yeni istikametlerin birleştiği bir uzlaşma münemiğdir. Kanunsuz, hissi kaza yoktur; bilâkis kanunun hükmü yürüyecektir. Fakat bu da despotik surette kanunun her şeyi muhit olduğu demek değildir. Filhakika boşluktan âri olamıyan kanunun yanı başında örf ve âdet hukuku ve hâkimin serbest takdiri vardır. Muhafazakâr olduğu kadar tekâmülcü bir formül; hukuk tarihinin bir iftihar sahifesi (8).

Federal kanun vazı bu meselede şimdiye kadar son sözü söylemektedir. Bu nasıl olmaktadır? Bu, sırf Eugen Huber'in yüksek şahsiyetine mi medyundur? Yoksa derin tarihi hadiseler mi işe karışmıştır? Ben so nuncu fikirdeyim.

1 inci maddenin tesbit ettiği üzere hâkimin kanuna karşı durumu İsviçre için yeni değildir. 1 inci madde bilâkis ancak hâkimin kanuna karşı

(7) Bu bapta bak. Gmür, Anwendung des Rechts nach Art. 1 ZGB., 1908; Egger, Schweizerische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, 1913. Eugen Huber'in 1 inci madde üzerine klâsik izahı Rumpf un Gesetz und Richter, 1906, s. 19 da basılıdır.

(8) Sauerländer (D.R.Z., 1914, 157) beyanâtı isabetsiz ve kısmen anlaşılmaz, buna göre 1 inci madde hukuk ve gaye ilmi bakımından eksik, kusurlu olmak icabeder.

hakiki vaziyetini, ötedenberi İsviçre'de nazara alındığı veçhile taknin etmiştir (9). Filhakika 1 inci madde hükmiyle muhteviyatca hemen hemen aynı olan hükümler eski kanton kanunlarında vardır. Bu gibi hükümlerin kâğıt üzerinde kalmadığı bir yerde Eugen Huber'in bizzat doğru olarak ifade ettiği üzere İsviçre halk hâkimini başka türlü hareket edemez.

İsviçre hâkimi - ki beyhude yere Fransız hâkiminin komşusu değildir - öteden beri kanuna karşı Alman ve Avusturya hâkiminden mühimce surette daha serbest bulunmuştur. Pek maruf olan kuvvetlerin tefriki nazariyesi, mutlak surette kanuna bağlılık akidesi İsviçrenin Cumhuriyete hâkimi nezdinde hakiki bir zemin bulamadı. Halk kanun çıkarırken ve hâkimi intihap ederken daha iptidada umumi kaidelerle konkrete tatbikat arasında tesviyeci bir muvazene yapmış ve hâkimce, mutemedi olan adama, bilhassa müstakbel hareketinin iyi bir ölçüsünü temin etmiştir. İşte asıl serbest hukuk hareketinin İsviçrede niçin tutunamadığını izah edecek sebep budur. Bir kimse İsviçrede serbest hukuka karşı harp ilân etseydi, yel değirmenine karşı savaşmış olurdu. Serbest hukuk hareketinde sağlam ve doğru olan cihetlere İsviçre çoktan maliktir. Bir fikir edinmek isteyen kimsenin sadece federal mahkemenin hükümlerini tetkik etmesi ve onları eski Prusya Yüksek Mahkemesinin hükümleriyle mukayese etmesi icabeder. Ben İsviçre hukukçularının liyakat ve ehliyet noktasından eski Prusya meslekdaşlarına faikiyetinde tereddüt ederim. Fakat onların kanuna karşı vaziyeti daha başka, geniş surette daha serbest ve daha güzeldir ve İsviçre mahkemesi kararlarının diğer yüksek mahkemelerin hükümlerinde bazen yokluğu hissedilen mümtaz ve daima ileri bir ruh ile müteneffis olmasının sebebi budur. Kohler İsviçre federal mahkemesinin, kara memleketleri mahkemelerinin birincisi olduğunu söylemiştir. Alman, Fransız nüfuzlarının aynı kuvvetle müessir olduğunu İsviçre federal mahkemesi, Almanyanın metin, fakat bazan biraz mutesallifane tamiki ile Fransız Âli mahkemesinin dahiyane fakat bazan mütehakkimane serbestliği arasında mutavassıt noktayı tutmaktadır (10).

Böyle bir memleketin kanun vazına, bütün diğerlerinden önce bu fikir mücadelelerinde olgun hükmünü vermek ve fikrimce münakaşayı dur-

(9) Bern Kantonunun eski 1615 tarihli mahkeme nizamnamesi Tit. 23, Satz 1: (Kanun ve örf ve âdet yoksa) her şahıs hükmünü kendi vicdanının emrettiği ve kendisine münasip ve haklı görüldüğü üzere, daima Allahtan korkarak verebilir.

(10) İsviçreninkine benzer yüksek durumu, Şimali Amerika Federal Mahkemesi haizdir; bak. Staffel, D.R.Z., 1911, 728; Hanausek, Amerikanische Skizzen, 1913, 6 ve sonrakiler; Reinsch, D.J.Z., 1914, 63.

durmağa ve müsbet mesaiyi sağlam esasa istinat ettirmeğe salih necat-kâr sözünü söylemek vazifesi teveccuh etmişti.

İsviçre kanun vazının düşüncesi, tesirini İsviçreye hasretmemiştir. İsviçreli olmayan kanun vazıları da onu kendilerine maletmişlerdir. İsviçre ceza kanunu ilk projesi gibi Avusturya ceza kanunu ilk projesi de - ki her ikisinin müellifi İsviçreli Stooss'dur. - hâkimin itidalli bir serbestisine çalışmış (11) ve Alman ilk lâyihası bu senaya lâyük örneği memnuniyetle takip etmiştir (12)

Fakat ilmî sahada da İsviçre medenî kanunu 1 inci maddesi İsviçre sınırları dışında tesir yapmıştır. 1 inci maddede bir hukukî kaideden ziyade kaza hakkında bir esas bahis mevzuu olduğundan acaba bu esas, kanunî bir hüküm olmaksızın dahi kendiliğinden çıkar mı suali hatıra gelebilir. Bir çok müellifler (hepsi değil) tarafından bu meseleye evet cevabı verilmiştir (13). Avusturya için bu evet cevabı daha basit idi. Avusturya medenî kanunu 7 nci maddesi, ancak başka bir ifade ile, tamamen 1 inci maddede mevcut olan aynı şeyi söylemiştir (14). Bu hüküm sadece unutulmuş idi. 14 Kasım 1911 tarihli yep yeni bir heyeti umumiye kararında (plenissimarentscheidung) (15). Avusturya en yüksek mahkemssi prensip ifade eden bir katiyetle 1 inci madde zeminine istinat etmiş ve 7 nci madde nin mana ve kıymetini sarîh surette tekrar şeref mevkiine çıkarmıştır. Fakat Almanyada da kazayı aynı yola sevk etmek isteyen sesler çoğalmaktadır.

3 — İmdi hâkim, meselemize karşı ne durumdadır, o hâkim ki bu mesele en yüksek şahsî bir mesele olarak ona taallük etmektedir?

Bir taraftan hâkimin matlup olan serbest vaziyeti bizzat hâkimler tarafından olduğu kadar hiç kimse tarafından memnuniyet ve şükranla karşılanmıyacağı beklenebilirdi. Hususiyle bahsettiğimiz temayüller bariz surette hâkimliğin takviyesini mucip olmaktadır. Diğer taraftan da hâkim, radikal ve inkılâpçı teşebbüslere tenkitsiz razı olacak olan çok

(11) Bak. Lenz, die Aufgabe des Richters nach dem österreichischen Vorentwurf, Wien, 1910.

(12) Bak. Ebermayer, Recht und Wirtschaft, 1912, s. 18.

(13) Böringen, Reformbestrebungen, 1911, 20; Schwering, Grundproblem der Rechtsreform, 1911, 16 And, An. Lobe, Recht, 1913, 699.

(14) Bu bapta Lucas, Archive, f. offentliges Recht, 26, 89; v. Schey, Zentenarschrift zum A.B.G.B. (1911) I, 505; Wellspacher, aynı yerde I, 185. — Bak. keza A.L.R., giriş madde 49; Bad Memleket Kanunu Bend 4 a. İspanya Medenî Kanunu madde 6; İtalya Medenî Kanunu 3.

(15) Rheinische Zeitschrift für Zivil - und Prozersrecht, 1914, 129.



afif bir memurdur. Hepsinden başka hâkim sınıfının, fikir ihtilâflarına karşı sakinane bir teemmül ile ve bihakkın bir aracı olarak vaziyet alması matlup olduğu kadar ehil de olacağı hakkındaki ümit haklı idi. Alman hâkimlerinin Alman hâkimler ittihadı şeklinde vücut verdikleri şümüllü teşkilâtın bu meselelere karşı makul olduğu kadar serbest bir vaziyet alacağı şüpheden azade idi. Hakikaten Alman hâkimlerinin ikinci içtimalı (1911) hâkimin kanuna karşı vaziyetini ruznamesine koymuştu. Staffel tarafından verilen derin tettebbu edilmiş ve güzel muhakeme olunmuş bir rapor (yukarıda bunun hakkında kısaca malûmat verilmiştir) müzakereye methal teşkil etmişti. Fakat münakaşa, ümitleri boşa çıkardı. Lobe ve Riss gibi zevat, içtimanın rapor muhtevasında ısrar etmesine beyhude uğraştı. Bilâkis aşağıdaki kararlara müncer olan bir teklif galebe çaldı :

1) Kaza kuvveti kanuna tabidir. Bundan dolayı hâkim kanundan inhirafa asla mezun değildir.

2) Kanun muhtevasının tereddütlü bulunması hâkimin kendi takdirine göre hüküm vermesine hak bahşetmez; bilâkis tereddüt, kanunun ruh ve gayesine göre tefsir suretiyle ve tevfuk eden hâdisede kıyas yolu ile halledilmek lâzım gelir.

3) Kanun muhtelif tefsirlere müsait olduğu takdirde hâkim hukuki şuura ve muamelâtın ihtiyaclarına en uygun olan tefsiri tercih eder (16).

Savigny ve Windscheid'in bilâ tereddüt tasvib edebileceği işbu tezlerle 2 inci Alman içtimalı prensip itibariyle eski nazariye görüşünü kabul etti. Staffel'in izahatı bu kararda yer almadı. Staffel tarafından temas edilen meseleler takdir edilemiyerek kaldı. Kararın olgun bir teemmül mahsulü olmadığı görülür. 2 inci numarada hâkime takdir hakkı tanınmaktadır, 3 üncü numarada sarîh surette onun takdirine müracaat edilmektedir. 2 inci numarada zikredilen çareye başvurulamazsa ne olacağı bahis mevzuu edilmemiştir.

Serbest hukukçular tarafından işbu kararın Alman hâkimler cemiyeti için şerefli olmadığı iddia olunmuştur (17). Ben burada hiç bir maddî tenkid yapacak değilim. Fakat şekil bakımından şunu söyleyebilirim: Karar, kaleme alındığı şekilde zait idi. 1850 yılında ufak bir devletin her hangi bir hâkimciği onu aşağı yukarı aynı suretle kaleme alabilirdi. Bu karar, zamanın hareket halinde bulunan meseleleri hakkında objektif bir noktai nazarı ihtiva etmemektedir. Hâkimler cemiyetinin tesisini mucip

(16) D.R.Z. 1911, 790.

(17) Wüstendörfer, Archiv civ. Prase., 110, 359.

olan gayenin nazarı mütalâaya alındığı hakkında bu kararda hiç bir şey bulunmamaktadır (18).

Hâkimler cemiyeti bizzat mübhem bir his edinmiş olmalı ki burada bir tashihe mecbur olmuştur. Üçüncü hâkimler toplantısı (Berlin 1913) bu vazifeyi şerefli bir muvaffakiyetle deruhte etti. Rumpf bir zengin raporunda bizzat vazın kanunun - ceza kanunu lâyihası kastedilmiştir - hâkimin serbest vaziyetini şerefli mevkie çıkarmış ve bu suretle iyi de yapmış olduğuna işaret etmiştir. Kanun, bugün bütün hukuk tesisatımızın kontrol edilebilmesi ve hâkim sınıfımızın yüksek seviyesi bakımından yüz yıl evvelki zamana nisbetle hâkime tam bir itimatta bulunabilir. Fakat kanun, hâkime, kanuna sadakat vazifesiyle daima faziletkâr hâkim kudretinin kendini bağlayıcı bir inkışafı ve bu suretle mümkün mertebe ferdeleştirilen bir adaket tevziinin teshili yolunda ehemmiyet verirse, tam bir itimat beslemeğe mecburdur da. Böylece zamanımız, elâstiki ve ferdan daha mühik bir ceza adaleti tevziinin nef'ine olarak hâkimin serbest duruma sokulmasını ve bu suretle kanun vazınının daha büyük bir tevazu göstermesini icap ettirmektedir." (19) Toplantı, bu izahatı kani olarak tasvip etti ve Riss'in şu güzel ve pek ehemmiyetli sözleriyle sona erdi: (20) "Bana sabah rüzgârı esiyor gibi geliyor. Fikrimce hürriyet gününe erişiyoruz. Belki biz bizzat onu yaşayamayacağız. Fakat biz şimdi gözle-rimizi istikbale çevirerek şöyle diyebiliriz: Gayeye varanlara selâm!, Umarım ki bunlar maziye bakarlar; bizim mesaimize ve bilhassa Berlin hâkimler toplantısına nazarlarını çevirirlerse bize yol açarlara selâmlar olsun! diyeceklerdir" (21).

(18) Riss'in (D.R.Z., 1911, 75) vaktiyle yazdığı şu sözler tamamen hakimler hareketi ruhu ile olmuştur: "Kanunumuzun daha serbest ve cömert olması, en mühim kaidelere münhasır kalması ve münferit hâdiselere tatbiki işinin emniyetle içtihadı bırakılması hakkındaki talepler muhitimizde memnuniyetle müzaheret görmektedir. Biz, bizim için bundan çıkacak mesuliyetin büyümesinden hiç bir suretle korkmuyoruz.

(19) Rumpf, D.R.Z., 1913, 775.

(20) D.R.Z., 1913, 804.

(21) Manuskıplerin hitamından sonra Avrupa harbi patladı. Harbin intaç edebildiği iç politika mahiyetindeki büyük tebeddüller hâlâ dahi uzak sayılamaz. Hâkimin durumu harp dolayısıyla daha serbest, kendine şuurlu bir durum olacak mıdır? Hâkimler muhitinde bu kabil ümitler ve hisler şimdiden uyanmaktadır. Sözcü ve ön savaşçı olarak Riss gene şu sözleri söylüyor: "Harp nazariye dostu değildir; o yalnız e'ale değer verir; sözlere değil. Ve acele bir karar harpte ince bir tetkikten on defa daha fazla bir kıymet alır... Her şeyin kudrete ve katiyete bırakıldığı bu büyük zamanda mahkeme kararları her türlü tereddütler içinde boğuluyor ve müzahir olmaktan kaçınırsa ne yolda müessir olmalıdır? Suñ zamanlarında bütün murakabe mercileri-

4 — Hâkimlerin yanı başında adliyenin aynı nizama tabi ve aynı selâhiyeti haiz organları, avukatlar bulunur (22). Bu itibarla izah edilen harekâta karşı avukatlığın nasıl bir hareket hattı aldığı suali yersiz değildir.

Burada fikirler oldukça kuvvetli surette birbirinden ayrılmaktadır.

Ehemmiyetsiz sayıda olmayan avukatlar yeni harekete karşı reddeder bir vaziyet almaktadırlar. Deniliyor ki hâkimin takdirine işi bırakmak avukatın vazifesini işkal etmekte ve o vazifeyi tesadüfi ve nankör hale sokmaktadır. Hâkimin serbest takdiri, hukukun gayri muayyeniyetine badi olur; dâvaların çoğalmasını himaye eder ve dâvanın taliini anlamağı avukata güçleştirir. İsviçrede de bu gibi sesler yükseldi. M. K. pek umumi hatlarla iktifa ederek geriye kalanını hâkimin hükmüne bıraktığından İsviçre avukatları kendilerini çok kere hakkın ne olduğu sualine omuz silmek suretiyle cevap vermeğe mecbur olacak vaziyette görmüşlerdir. Çünkü kanun sakittir. Federal mahkeme henüz hüküm vermemiştir. Asıl dâvayı halledecek derecenin ne diyeceğini evvelden kestirmek ise mümkün değildir. Bundan başka derebeylerin ve kanunun istibdadından daha fena ve daha na kabili tahammül olan hâkim istibdadı tehlikesine de işaret olunmuştur. Bu telakkinin en hararetli söz sahibi Lissa (23) da avukat Max Wolf'ın polemigi şu hoş sentezde toplanır: "Biz kanunun en akıllı hâkiminden ise en ahmak kanun vaz'ından gelmesini ve hâkimin elinden çıkacak iyi bir kanundan ziyade kanun vazının elinden çıkan fena bir kanunu tercih ederiz."

Fakat buna karşı söylenmiş sözler de eksik değildir. Şöyle denilmektedir: Şüphesiz hâkimin takdirine bırakılmış olan hukuk, tabii bir zaruret olarak çok defa gayri muayyen bir hukuk olacaktır; fakat bu zarar,

nin tüylerini ürpertecek derecede şakil çarpışmaları vukua geldi; fakat münaazaalar halledildi ve nihayet esas mesele de bu idi. Korkak mizaçlar bu kabil itiyatların belki sulh zamanına da intika edeceğinden endişe etmektedirler. Fakat bununla ancak uğruna, daha harpten önce dikkate şayan seslerin yükseldiği bir inkişaf teshil edilmektedir... ve biz hâkimler her şeyden önce harbin bize getirmiş olduğu ve bizi şimdiye kadar olduğundan daha fazla her hâdiseye, kanaatimizce münasip olan, hakkını vermek durumuna sokan büyük hareket hürriyetinin tekrar elden çıkmamasına dikkatli olmağa mecburuz. Biz, hürriyet hakkındaki makul bir ölçüyü harp esnasında çarışmak suretiyle iktisap ve temin etmeliyiz...." (D.R.Z., 1914, 726).

(22) Bu son zamanda bilhassa hâkimler muhitinde bazan inkâr edilmiş gibi görünmektedir. Fakat sadece bir kere tecrübesine kalkışılın ve avukatlık mecburiyeti bertaraf edilsin. Avukatlara tekrar baş vuracak ilk kimseler hâkimler olacaktır.

(23) Juristische Wochenschrift, 1914, 121.

neticede elde edilecek adalet ve fayda bakımından büyük kazanç ile bol bol tevzin edilir. Biz avukatlar şekli kelime üzerine bir kaza altında en hassas bir tarzda müteessir olmaktayız. Çünkü zararı, şurur ve kederleri bizim de şurur ve kederlerimiz olan müekkillerimizin sağlam hakları çekmektedir. Avukatlar muhitinde hâkimin dünyaya yabancılığı sözü tabii bir aksi sada bulmuştur. Bundan dolayı vazifemizi ağırlaştırmakla beraber daha güzel yapan hâkimin serbest vaziyetini bir kazanç olarak selâmlarız (24). Avukatlar listesinden bu mânada beyanatta bulunan Hachenburg ile Schwering'in isimlerini veriyorum (25).

5 — Bahsi bitirirken Yena da başlayarak 1911 senesinde tesis edilen, Almanya ve Almanya dışına müntesir "Hukuk ve İktisat" adlı ıslahat cemiyetinde ifadesini bulan hareketi unutmamak lâzım gelir. Nazariyeciler, tatbikatçılar, hâkimler, avukatlar, hukukçular ve meslekten olmayanlar burada "Zamana uygun adliye ve idare" nin icabı yolunda müstereken çalışıyorlar. Hâkimin kanuna karşı vaziyeti meselesi de bu programın çerçevesi içine giriyordu. Gerçi cemiyet bu meseleye karşı kasten muayyen bir vaziyet almaktan içtinap etti; fakat işbu şuurlu mutavassıt politika ile ziddiyetleri tesviyeye, münazaacıların anlaşmasına ve makul bir terakkinin teminine ehemmiyetli surette yardım etmiştir (26).

## İKİNCİ KISIM

### Esas kaideler

Kitabımızın birinci kısmında hukukun menbaları ve hukukun tatbiki hakkındaki yeni fikirlerin tarihi seyri takip edildi. Aşağıdaki satırlar-

- (24) Riss, hâkimler için fikrini söylüyor. Onun altın sözlerini (D.R.Z., 1913 798) dinliyelim: "Muayyen bir norm mucibince hüküm vermeğe mecbur olmayıp da sadece sana hak görünen ne ise onu yap denirse işimiz daha ağırlaşır. Fakat mesaimiz daha güzelleşir, biz bunu tercih ederiz. Çünkü mesuliyetten korkan kimse hâkim olmağa lâyık değildir." - Mesuliyet için terbiye hakkında F. W. Foerster'in Staatsbürgerliche Erziehung kitabında (1914) sahife 104, ve sonrakilerde pek güzel fikirler vardır. Foerster, Shaekespeare'in, tahta çıktığı günden itibaren krallık faziletlerini gösteren Prinz Heinz'ına isabetli misal olarak işaret ediyor. Bak. Friedrich II.
- (25) Hachenburg, Recht und Wirtschaft, 1912, 41; Schwering, das Grundproblem der Rechtsreform, 1911. — Ludwig Bendix (Berlin) in Zum Problem der Rechtssicherheit 1914 eserindeki izahatı oldukça çoraktır.
- (26) Şu eseri zikretmeliyiz: Börngen, Reformbestrebungen im Rechtsleben und der Verein Recht und Wirtschaft, 1911, s. 17.

da işbu tekâmül seyrinde sabit bir nokta aranacak ve hali hazır hâkiminin kazai faaliyetinde nasıl hareket edeceği hakkındaki esas kaidelerden bahsedilecektir.

Bu mesainin kadrosu icabı olarak şüphesiz burada da gene daha fazla tafsilata ve hatta bazan da nihai tetkikata müftekir kalacak kısa bir kroki ile iktifa edeceğiz. Bu mesaide hedef, şuurlu olarak ve istiyerek, sadece bir tenvirde ibarettir. Müellif, problemleri vazetmekte, istikamet hatlarını vermekte ve daha ileri düşünceleri tahrip etmekte muvaffak olursa böyle bir tenvir vazifesi ifa edilmiş olacaktır.

Aşağıdaki satırlarda meşgul olacağımız mesele, mücerret bir tarzda takriben şu suretle formüle edilebilir: Kazaya memtur hâkim hangi esaslara tevfikân hareket eder, bilhassa hükmünü hangi kaidelere istinat ettirir.

Fakat mevzu böyle mücerret tutulunca kavranması gayri mümkün olabilir. Bu itibarla mevzu hukukumuzun başlıca kısmını büyük nisbette mektup hukuk yani kanun teşkil ettiğini mülâhaza ederek vazifeyi, sadece şu meseleyi ortaya atmak ve tetkik etmek suretiyle basitleştiriyoruz: Hâkimin kaza faaliyetinde mektup kanuna karşı alacağı vaziyet nedir?

Bu durum Romalıların doğru olarak kabul ettiği üzere işin mahiyetine göre üç şekilde olabilir: Hâkim ya kanuna göre (kanun mucibince secundum legem) yahut kanunun fıkdanı halinde (Kanunun yanında neben dem gezezt, praeter legem) yahut kanuna muhalif olarak (contra legem).

Her üç nevi' şekil, dünya tarihinin bildiği en yüksek hâkimin Roma protorunun faaliyetinde görülür. Protor, kendi beyannamesinde, ananevi halk hukukuna karşı kısmen adiuvandi gratia - yani halk kanununa uygun olarak - kısmen - supplendi gratia - yani kanunun boşluklarını doldurmak maksadiyle - nihayet kısmın de corrigendi gratia - yani kanunun tashihleri olarak isdar edilmiş gibi tecelli eden kaza prensiplerini ilân ederdi.

Binaenaleyh vazifemiz bundan sonra hali hazır nazara alarak memleket hâkiminin işbu üç noktai nazara göre birbiri ardınca tetkik etmektir

## BİRİNCİ KISIM

### Kanun mucibince hüküm

Hâkim kanuna bağlıdır. Bu kaide modern teşkilâtı esasiyeye müstenit bir mütearife kuvvetiyle yürümektedir. Bu mütearife bir çokları nezdinde

o kadar tabiidir ki bu bapta bir münakaşa caiz değildir. Bununla beraber gerek sıhhati bakımından ve gerek şümülü itibariyle esash bir tetkike muhtaçtır.

1 — Yukarda vazettiğimiz kaidenin sıhhati bir çok hukukçularca te-reddütten azade olup bazı devlet esas teşkilât kanunlarında teyid edilmiştir: Alman esas teşkilât kanununun 1 inci maddesini ve İsviçre kanunu esasısının 113 üncü maddesini zikredelim (27). Bununla bir çokları, meselenin halledilmiş olduğunu sanır. Fakat ne kadar hatalı. Hâkim kanuna bağlı mıdır ve ne dereceye kadar bağlıdır keyfiyetini kanun bizzat tayin edemez. Filhakika hâkimin bağlılığı ve ne dereceye kadar bağlılığı kendisinden sorulan kanunlar meyanında bu kanun ve kanunun bu maddesi de dahildir. Bir çocuk babasının muayyen emirlerine itaat ile mükellef midir, diye sorulsa şüpheşiz bu suale çocuğun: Babam bu emre riayet et dedi, sözüyle cevap verilmiş olmaz (28). Fakat buna ilâve edilecek bir şey daha var. Mahakim teşkilâtı kanununun 1 inci maddesindeki kanun sözü yalnız mektub hukuk (lex scripta) değil, mutlak surette her hukukî normu ifade ettiği de muhakkak ileri sürülmüştür (29). Fakat bu suretle o hüküm tamamen başka bir muhteva kazanır. Çünkü kanun ve hukuk hiç bir zaman bir ve aynı şey değildir.

2 — Bundan başka vazifeye başlarken verilen taahhüde (Dienstgelöbnis) yani hâkimin yaptığı ve mucibince memleketin kanunlarına itaati ve sadakati vaad ettiği yemine işaret edilmektedir. Fakat bu yemin de düstur olacak bir mânayı tazammun etmez. Çünkü şüpheşiz bu yemin inşai (konstitutive), tesis edici (begründende) olmayıp belki sırf teyid, takviye edici bir mânayı haizdir. Hâkim bu yemin ile esasen mükellef olduğu hattı harekete riayet edeceğini taahhüt eder. Askerin devlet (amme) hukuku bakımından durumunu sancak yemininden istinbat ne kadar yanlış ise hâkimin aynı hukuk noktasından vaziyetini hâkim yemininden çıkarmağa kalkmak da o kadar tersine bir iş olur.

(27) Avusturyanın kaza kuvveti hakkındaki devlet temel kanununun 6 ncı maddesi bu cümleden değildir, çünkü bu da hâkimin bağlılığını değil de istiklâlini tebarüz ettirir. Bu bapta bak. Elsner, Österreichische Richter Zeitung, 1914, 21; Schrutka, Recht 1914, 45.

(28) Staffel, Deutsche Richter - Zeitung 1911 s. 727; Karl Schmitt, Gesetz und Urteil, 1912, s. 7 ve sonrakiler.

(29) Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozesses, I, 37 (Einführungsgesetz zur Z.P.O. un 12 ncı maddesine; E.G. zur K.O. un 2 ncı maddesine; E.G. zur Str. P.O. un 7 ncı maddesine atıf edilmek suretiyle.) Wildhagen, Risserschrift, 1913, s. 344 de isabetsizdir.

3 — Bu suretle biz esas kaidemizin diğ̈er bir temeline nazarımızı ç̈evirmek mecburiyetindeyiz. Bütün temeller gibi bu temel satıhda değıldir. Ancak hâkimliğı'n iç mahiyetine vukufıla elde edilir. Hâkim, devlet dahilinde mer'i hukukun tatbiki için devlet tarafından tavzif edilmiştir. İşbu objektif hukukun tesbit ve teminine, modern hukuk devletinde her şeyden önce kanun yardım eder. Bugünkü hukuk devleti, kanun devletidir. Hâkimin kanuna bağılılığı, bir umumî kültür şuuru kaziyesine (postulat) uygundur ve bu kaziyeye vicdanlara hâkim olan ve bundan dolayı mer'i bulunan halk kanaati halinde tebellür eder. İşbu halk kanaatine bir örf ve âdet hukuku kaidesi demek istenirse bu, caiz sayılabilir; ben bu hususta burada hiç bir hüküm vermek istemiyorum.

4 — Böylece kanuna sadakat prensibinin mevcudiyeti sabit olmuştur. Fakat henüz halledilmemiş bir mesele kalıyor: Bu halk kanaati derunî olarak da yani kültürel ahlâk (Ethik) noktai nazarından da meşru mudur? İlim, bilhassa hukuk ve devlet felsefesi bunun tetkikinden vaz geçemez.

Meselenin tetkiki tereddütsüz müsbet cevapla neticelenir. Kanuna bağılılık prensibinin makbul derunî sebebi vardır; filhakika bu prensip gayeden, hukukun kültür vazifesinden çıkma bir neticedir.

a) Hukukun en yakın gayesi nizamdır. Fakat bu nizamı, umumca ayan, muayyen, müstakar kaideler vazedenden vazih ve sarıh okunur yazırlarla olduğı kadar iyi bir surette hiç bir şey temin edemez. Bütün medenî milletlerin tarihinde bundan dolayı devlet ve hukuk hayatının mütekâmil istikrarı, mektup kanunların istarı devrine rastlar. Musa ye, Likürge ve solon a izafe edilen kanunları, Romanın XII levha kanununu Eduard der Bekenner'i düşünelim. Örf ve âdet hukuku pek inhinaya müsteiddir. Hukukun emniyeti, daha doğrusu hukukun muayyeniyeti, kanun ile elde edilir (30). Fakat kanunun yarattığı hukukun emniyeti, onun hâkim tarafından riayet edilmesi ile meşruttur. Hâkim de buna riayet etmezse bu emniyet bir hayal olur. Kanuna itimat etmek isteyen kimse hâkimin kanuna sadakatine de itimat edebilmeğe mecburdur.

b) Hukukun umumca malûmiyeti (aleniyyeti) kaziyesi nizam fikriyle sıkı surette bağılıdır. Hukuk malûm ve mümkün olduğı kadar her kesce malûm olmak icap eder. Hukuka ittilâ yolu daima, imkân dairesinde açık bulunmalıdır. Bu gaye için de hukuk mektep haline konur. Devlet bunu

(30) Hukukî emniyet sözü mübhemdir. En emniyetli bir hukuk (jus certissimum) da da meselâ müessir bir zabıta kuvveti olmadığından dolayı hukukî emniyetsizlik bulunabilir. Tesalya dağı mntakalarındaki eşkiyalığa karşı yüz sarıh kanun yalnız başına hiç bir şey yapamaz.

yapmazsa onun yerine şahsî teşebbüs'ler kaim olur. Eiche von Reppichau'nın Sachsenspiegel'i asırlarca kanun gibi muteber kaldı; böylece bu, şüphesiz bir zarurete tetabuk ediyordu. Fakat hukuku, münferit hâdiselere tatbik ile mükellef olan kimse dahi ona riayet etmek istemezse hukukun yazılmış olmasının bir kıymeti olmaz ve gayesi kalmaz.

c) Hukukun daha başka bir gayesi de müsavattır. Şahıs nazara alınmayarak herkes için aynı hukuk. Fakat bu kazıyye umumî bir kaidenin her kes için mer'i olacak, her kes için ayan olacak surette vazedilmiş olması ile en isabetli surette ifa edilmiş olur. Ancak bu suretledir ki her hususun aynı mikyasla ölçüldüğü, kimséye muhabbet ve nefretle hareket edilmediği kontrol edilebilir. XII levha kanunu niçin konmuştur? *Paupers*lere mensup hâkim kralların kullanageldiği gayrimüsavi ölçüye artık tahammül edememiş olan Pleb'lerin zoru üzerine değil mi? Örf ve âdeti hukuku kendi malûmatını bir esrar ilmi olarak inhisar altına almış olanların elinde bir kukla idi (31). Pleb'ler ancak mektup bir kanunda yurtdaşca bir müsavat görebiliyordu.

d) Hukukun daha başka bir kazıyesi de vahdettir. Zamana, mahalle ve şahsa göre dağılmış olan hukuk, matlup hukuk değildir. Fakat hukukun ve kazanın vahdeti bugün ve dün, şimalde ve cənupta aynı ve bir olan mektup kanunla olduğu kadar başka hiç bir şeyle teshil ve temin edilmiş olmaz. Örf ve adet hukuku daima mahal ve muhite göre hususileşmek temayülündedir. 19 uncu asır başlangıcının doğurduğu Alman devlet birliğinin rüyası büyük Almanya için bir medenî kanuna davette toplanmış ise bu, asla tesadüfi bir şey değildir (32).

e) Nihayet hürriyet kazıyesini unutmayalım. Hâkimin kanuna sadakati, hukukdaşlar hürriyetinin kazıyesidir. Yalnız esas teşkilât kanunu değil, her kanun bir magna charta libertatum'dur. Hukukdaşlar ferdin keyif ve hevesine değil, sabit, müşahedesi kabil, malûm ve kontrolü mümkün kaidelere göre tahkikat icra eden adliyeye tabi olmak icabeder. Bu itibarla kanunun hakimiyeti ve hâkimin onun hükümlerine mümkün olduğu kadar tebaiyeti ferdiyetçi bir liberalizm kazıyesidir.

Bilhassa ferdin hürriyet hakkına, cezai tahkikatın ve ceza tertibinin istilzam ettiği ağır müdahale bahis mevzuu olduğu takdirde işbu hürriyet kazıyesi, tamamen ehemmiyet ve zaruret kesbeder. Bundan dolayıdır ki ceza hukukunda şu kaide caridir: Mektup kanun olmaksızın ceza

(31) Bak. Wenger, Österreichische Zentenarschrift, 1911, sayfa 489 ve sonrakiler.

(32) Bak. Hedemann, Recht und Wirtschaft, 1913, 298.



olmaz (nulla poena sine lege scripta); bundan dolayı diğer bütün sahalarda cari olan kıyas ceza hukukunda hele maznunun aleyhine sıkı surette memnudur. Maznunun da keyif, gayz ve intikam ile değil, muayyen, önceden herkese karşı (urbi et orbi) ilân edilmiş kanuna göre mahkûm edilmesi hakkında bir hakkı olmak icab eder.

II — Hâkim kanuna tevfikân hükmetmelidir. Fakat kanun, kanun olmak üzere ilân edilen, basılı olarak resmen mevcut olan metindir; başka bir şey değildir.

1) Kanunun materyelleri denilen şeyler kanun değildir. Kanunun bağlayıcılık kuvveti bunlarda yoktur. Bu, kendiliğinden anlaşılır olmakla beraber meşrutî devlette çıkarılmış bir kanun bahis mevzuu olduğu takdirde katmerli bir bedihilik alır (33). Meşrutî bir kanun, esas teşkilât kanunu mucibince hükümdarın ve parlamentonun iştirakiyle meydana gelir; kanunun materyaline ise bu iki faktordan yalnız birisi iştirak eder, hatta bazı hiç biri iştirak etmez. Kohler bu noktayı vaktiyle nüfuzlu bir surette aydınlatmıştır (34).

2) Şu halde kanunun çıplak metni ile mi hüküm verilecektir? Yahut başka tabirle lisanın istimali nazara alınarak kanunun metninden çıkan manası mı düstur olacaktır?

Evvelce böyle, hiç olmazsa kanunun metni mutlak surette vazih ve tereddütten azade bulunduğu hal hakkında böyle iddia edilmiş idi. "Kelimede hiç bir şek bulunmadığı takdirde maksat meselesi bahis mevzuu edilemez." (cum in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio). Bu iddia şöyle de izah edilmiş idi: Gramatik bir tefsir vazih bir fikir verdiği takdirde mantıkî tefsire mahal yoktur (35). Yalnız 18 inci asrın mutlakiyet kanunları değil, 19 uncu asrın meşrutî kanunları da bu noktâ nazar üzerinde bulunuyorlardı. Meselâ Saksonya medenî kanununun 22 inci maddesinde şöyle deniyordu: "Kanunlar metne göre ve eğer metinde tereddüt mevcut ise kanun vazının diğer surette anlaşılacak olan kaskine göre tefsir edilmek lâzımdır." İtalyan medenî kanununun 3 üncü maddesi 1 inci fıkrası da böyledir: "Kanunun tatbikatında ona kanunun kelimelerinin birbiriyle irtibatına göre onlardan zahir olan hakiki manadan ve kanun vazının niyetinden başka bir mâna atfedilemez".

(33) Bu bapta Schaffrath, Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze 1842.

(34) Grünhuts Zeitschrift, 13, 19 ve sonrakiler.

(35) Kaza R.G.J.W., 1912, 69: Açık metne karşı tefsir caiz değildir, açık metin, tefsire asla cevaz vermez (!).

Bu fikirle şiddetle mücadele etmek lâzımdır. Kanunun metni hiç bir zaman yalnız başına düstur olamaz. Her günkü hayatımızda bir insanın sözünü nasilki yalnız başına ona karşı senet ittihaz edemiyorsak kaza sahasında kanunun metni de o suretle yalnız başına bir hüküm ifade etmez. Lisanî tetkikat ve hususiyle psikolojik kelime tetkikatı bize öğretmiştir ki haddizatında ve bizatihi bir kelime mânası mevcut olmayıp kelimeler bukalemun gibi istimal edildikleri muhit ve münasebetlere göre mânalarını değiştirirler. Mutlak surette bir mâna ifade eden kelime belki de hiç mevcut değildir. Bu itibarla bir kelimenin mânasını araştırırken daima muhite, irtibata, tarafuk ettiği jestlere ve diğer yüzlerce hal ve keyfiyete bakılır. Sada (ton) musiki yapar; kelimenin mânasını telâffuz edilmeyen tayin eder (37).

Alman medenî kanunu 133 üncü maddesi bihakkin bir şahsın ifadesinin ~~şif~~ ~~şif~~ ~~şif~~ kelime mânasına göre tefsir edilmeyip bilâkis "hakiki iradenin ~~şif~~ ~~şif~~ ~~şif~~ lâzım geldiğini" emir eder. Kanun vazunun beyanları hakkında da aynı hüküm caridir (38). Kanunun metni yalnız başına ve hiç bir suretle amil olamaz. Hatta açık ve vazih görülse dahi. Kanunun bir hükmünü vehle i ulada bir münakaşaya meydan vermeden açık ve vazih olarak kabul eden kimse kendisini müsadere alelmatlup (petitio principii) itihamına maruz bırakır (39).

Bu itibarla bir kanun, metne göre zahiren açık ve vazih olsa dahi onu bu sarahat hilâfına tefsire mecbur olabiliriz. Ekseriya tekrar edilen misali hatırlatmak isterim: "Gar dahiline köpek sokmak memnudur". Bundan daha sarih bir hüküm olamaz. Köpeğin, garın ne olduğunu çocuklar da bilir. Bununla beraber bu memnuiyet sarih metne göre tefsir edilse şüphesiz saçma bir mâna elde edilecektir. Filhakika bu mânaya göre bir taraftan ayı ve arslanın bekleme salonuna getirilmesi caiz olacak, öbür taraftan da tarife mucibince köpek nakletmek de caiz görülmeyecektir. Çünkü bu köpek gara sokulmaksızın şimendiferle nakledilemez (40).

(36) Avusturya Medeni Kanunu madde 6: "Bir kanuna metnin kendi ifadesi içinde, yahut kanun vazunun açık kastinden anlaşılacak hakiki manasından başka bir anlayış izafe edilemez." Kez 7 nci maddeye bak.

(37) Danz bunu bilhassa tebarüz ettirmiştir. Bak. meselâ Recht, 1914, 149.

(38) Gmelin, Quousque, 1910, sayfa, 19.

(39) Keza Wach, Hanlbuch des Zivil-prozesses, I, 1885, 268 ve orada zikredilen: Quamvis sit manifestum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius.

(40) Başka misaller için bak. Kaufmann, Wesen des Völkerrechts, 1911, s. 85. Keza Stammeler, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911 s. 305.

3 — Binaenaleyh kanunun metnine değil, mânasına bakılır. Daima bu mânayı araştırmak lâzımdır. Metin, daima bu mânayı elde etmek için bir vasıta, bir karinedir. Mânanın bu taharrisine tefsir denir.

Kanun emrinin mânası gayesine göre taayyün eder. Kanunî emirler, rıza beyanlarıdır. Kanun bir şey elde etmeye yaramalıdır. Kanun daima ve bilâistisna gaye için bir vasıta. Bu gayeye vasıl olmak için o emri salih bir vasıta olarak tecelli ettirecek bir mânayı ihtiva eder. Kanunun metni değil, bilâkis gayevi düşüncesi esastır; Kanunun lafzı (verbum-legis) değil, kanunun vaz'ı sebebi (ratio legis) ile teayyün eden kanun hük münün icabı (visac potestas legis) işi halleder. Bütün kanun tefsiri rasyonel yani gayevi (teleologisch) bir tefsirdir. "Gramatik" tefsir ile "mantıkî" tefsir arasındaki ananevi fark, mânasız bir şeydir. Her kanun tefsiri mantıkîdir; daha doğrusu gayevi yani gayesinden istinbat edilen tefsirdir. Bütün kanun tefsirinde en yüksek esas şudur: Bir kanunun hükmü mümkün olduğu kadar o hükümle istihdaf edilen kanun vazının maksadına vüsul için salih bir vasıta olarak tecelli edecek surette tefsir edilmek lâzımdır.

4 — O halde tefsirde esas kanunun gayesidir. Fakat bunu nasıl elde edebiliriz? Konkre kanunun gayesi nedir? Ananevi cevap şu merkezdedir: Kanunun gayesi kanun vazının kanun ile istihdaf ettiği, kastettiği, onunla elde etmek istediği şeydir. Subjektif yahut psikolojik diyebileceğimiz işbu tefsir nazariyesinden kendimizi azada tutmalıyız (41). Bu, aşağıdaki ağır noksanlarla maluldür.

a) Bu tefsir psikoloji noktasından itirazdan masun değildir. İrade (psikolojik mânada olarak) ancak bizatihi şuurlu, düşünen mevcudiyet için mümkündür; fakat kanun vazı sırf bir teşehhus (personifikation) olmak itibariyle şüphesiz böyle bir şey değildir. Bundan dolayı bir irade olarak ifade edilen şey, psikoloji noktasından alındığı surette nihayet ka-

(41) Heck'in yeni izahları, müellifi bu telâkkisinden saptıramaz. Heck'in tetkiki, "kanun tefsirinin hayat menfaatlerine en iyi uygun şeklinin bir tarihi menfaatler tetkiki olarak kendini göstermesi" neticesine varacaktır (m. 8). İşbu illi, gayevi, ampirik ve normatif görüş tarzının birbirine karıştırılması bizatihi o derece uzaklaşma kabiliyetinden mahrumdur ki Heck'e karşı ileri sürülen metodların teaddudu (Methoden bigamie) itirazı tabii görünür. Bununla beraber gayevi (teleolojik) metod ile tarihi metodun telifi kabul olmadığı tabii iddia olunmamalıdır. Filhakika makul bir kanun vazının tabii olarak olmuş (Gewordene) ile kabul olduğu kadar irtibat devamlılığı ve "istikrarı" mümkün olduğu kadar muhafaza, takip etmesi icabeden gayelerdendir.

nunun vaz'ına iştirak etmiş olan münferit şahısların birleşen mesaisinin bir muhassalası olabilir.

Kanun vazının arzusu hakkındaki soruşturma ve araştırmalar, pratik sahada mânasız uğraşmalara sebep olur. Çünkü projeler, lâyhalar ve karşılık lâyhalar, ihzarî mesai, ilk müzakereler, komisyon mazbataları, müzakere zabıtnameleri, esbabı mucibe raporları içinde gezilip tozular. (42). Hatta hükümet komiserinin bir tebessümü, baş sallaması, parlamentoya mensub meslek dışı bir âzanın, irticalen söylediği bir nutuk ehemmiyetle tefsir edilir: Bunlardan kanun vazının iradesi taktır (heraaustellieren) olunur. Yalnız bir şey kalıyor ki o da teşrii meclis âzasından her birinin kanunu kabul ederken ne düşündükleri, kastettikleri, tasavvur ettikleri hakkında şah'it olarak istimaiddir (43). Bunların hepsi esassından ve esas itibariyle yanlışdır. Hele psikolojik noktai nazardan yanlışdır. Kanun umumun iradesidir, her hangi bir hükümetin, devletin yahut millî meclisin iradesi değildir. Franz Klein'in kendi hukuk yargılama usulünü yaparken, Eugen Huber'in kendi medenî kanununu kaleme alırken ne düşünmüş olduğu kaza işi bakımından seyyandır.

Bununla kanunun ihzari malzemesinden istifade memnudur demek istemiyorum. Yalnız bunlar ne iseler o suretle nazara alınırlar: Yani bunlara sırf vukuf menbaları, az çok yakından vakıf olan kimselelerin ancak noktainazarlarının beyanı olarak bakılır. Bunlar ne kadar ciddiyetle ve tetkik ile hazırlanmış iseler okunması o kadar alâkayı mucip ve verimli olur. Meselâ Huber'in ilk lâyiha hakkındaki izahlarını hiç kimsé yoktur ki okusun da bir kazanç ve istifade temin etmesin. Fakat bunların nüfuzu ve ilzam kuvveti kitapların ve serhlerin otoritesinden başka ve daha yüksek değildir (44).

Hele nihai kanun metninde değişmiş yahut komşu bulunduğu hükümlerin değişmesi ile başka yere düşmüş bir lâyiha hükmüne ait materiyale körü körüne mütabaat bütün bütün iğfal eder. Şüphesizdir ki, bu ih-

(42) Zürih Kasasyon mahkemesinin 24 Ağustos 1914 tarihli bir hükmü dikkate sayan bir fark yapmaktadır. (Aeschlimann aleyhindeki ceza işinde). Zürih hukuk muhakeme usulüne ait 1913 tarihli hükümet projesi cezai mahfuziyeti ihtiva eder, kanton meclisi bu mahfuziyeti silmiştir. Kasasyon mahkemesi bu bapta şu mülâhazada bulunuyor: "Mahfuziyetin silinmesi, maddi kanun muhtevasıyle meşgul olan komisyonca değil de tahrir komisyonu tarafından vaki olduğundan bu mahfuziyet bu günkü hukukta da mevcudiyetini muhafaza eder."

(44) Ön messainin ve kanuna terfik edilen yazıların hukuk tarihçisi için haiz olabileceği yüksek kıymetin takdiri bu bahse ait değildir.

zari mesai ve esbabı mucibe ve emsali yürürlükte olan kanun karşısın-  
da hemen hemen bütün kıymetlerini kaybetmişlerdir.

Hâkimlerimizin bahsettiğimiz materyellere karşı münasebeti, fi-  
liyatta oldukça sathi, hatta çok defa keyfidir. Esbabı mucibeyi yazanın  
fikri hâkimin noktai nazarına tevafuk ederse hâkim bunu kuvvetle be-  
yan, esbabı mucibeye istinat eder. Bilâkis noktainazarı materyellerle  
bir değilse hâkim onları kendisi için düstur olmadığından bahisle nazara  
almaz. Görülecektir ki birinci fıkra ikinci fıkrayı düpe düz nakzetmekte-  
dir (45).

b — Sübjektif tefsir nazariyesi, siyasî ve amme hukuku noktasın-  
dan yanlış yolda gider. Bunun menşei ta mutlakiyet devrindedir, 0 za-  
manda tefsir, hükümran olan devlet rüesasının şahsî iradesi demektir;  
çünkü bu arzu nasıl beyan edilmiş ise o suretle kanun idi. Bugünün meş-  
rutî devletinde bu telâkki cari olamaz. Demokratik cumhuriyette bu,  
her şeyden önce hiç bir doğru mâna ifade etmez (46). Kanun bizi elli yıl  
evvel bir hükümdarın ısdar veya bir parlamentonun kabul etmiş olma-  
sından dolayı değil de bugün kendisi arkasında bir amme iradesinin bu-  
lunmasından dolayı bağlar; Kanun bütün milletin devamlı bir rıza be-  
yanıdır (47). Yalnız mecburi referandumlu cumhuriyetlerde değil.

c — Metodolojik bakımdan da sübjektif tefsir yanlıştır. Bu tefsir,  
hukukî tefsirin hususî vazifelerini tanımaz. Bunun sebebi, tefsirin iki  
muhtelif tarzının yani nazarî - tarihî ve ilmî - gayevî nevilerin birbirine  
karıştırılmasıdır (48). Tarihî tefsir, muharririn, şairin, hatibin ne kas-  
tettiğini yani sözlerinde ne düşündüğünü psikolojik yolda tahkik etme-  
ğe çalışır. Eğer ben Shakespeaer'in Hamleti ile ne kastettiğini araştırırsam

(45) Tahrir hataları denilen hatalar hakkında (bu bapta Heck aynı yerde sa-  
hife 105) bu bahiste fazla izahat veremeyiz. Bununla beraber anlayışlı bir  
hâkim tasarıdan inhiraf daha iyi olduğu takdirde bir tahrir hatasını ka-  
bul eder mi diye bir sual varit olur. Bu tarzda hareket eden bir hâkim ha-  
kikatte beyan ettiği şeyi hâdisede hatasız beyan etmiş olacağından daha  
lehte, müsait beyanatta bulunmuş olmakla beraber hatadan dolayı feshet-  
met istiyen hususi bir şahıs gibidir.

(46) Gmür, s. 55.

(47) Gmür, s. 45, Bak. Stammler, Theorie, s. 616.

(48) Wundt, Etik 3 üncü tabı I, s ve sonrakiler, explikatif ve normatif exegese-  
ler arasını aynı zamanda isabetle tefrik ediyor. Bak. keza F. Schulz,  
Reinische Zeitschrift I, 376. Mükemmel izahat Radbruch'dadır, Grundzüge  
der Rechtsphilosophie, 1914, 190 ve sonrakiler; bilhassa (sanat tarihine mü-  
teallik olanlar hilâfına) sanat eserlerinin bedii tefsiri hakkında malûmat ve-  
rici görüşlere bak.

bu tarihî - filolojik bir tefsir olur. Eğer biz lâtince bir klâsiği Almanca-ya tercüme edersek bu filolojik tefsir olur. Eğer hâkim hakaretamiz, âdaba muhalif, vatana karşı hainane yazılmış bir risale müellifinin ne söylemek istemiş olduğunu tahkik etmek durumunda ise tarihî tefsir yapıyor demektir. Hukukî tefsir ise büsbütün başka bir şeydir (49). Bunun gayesi maziye bakarak tarihî bir hakikat değil bilâkis müstakbel bir ilmî hareket hakkında istikamet taharrisidir. Bu itibarla hukukî tefsir belki de epi zaman önce ölmüş olan kanun müellifinin iradesini psikolojik noktadan ortaya koyması halinde değil de (50) bilâkis makul, gayeye muvafık bir neticeye isal etmesi halinde doğru olur. Tefsir için en yüksek hedef noktası, kanun vazınının âmirane arzu ettiği şey değil de makul surette arzu etmesi lâzım gelen şeydir. Etik bir unsur (dantologisches Moment) bundan pek ayrılamaz (51).

Alelade bir kıyas bizi tenvire yardım eder. Elime yemek pişirme, ilaçlar yahut tecrübeler ihtiva eden bir temrin (Experimentier) kitabı alsam ve onda bir takım reçeteler ve tavsiyeler yazılı olduğunu görsem okumamı hangi kaidelere göre tanzim etmeliyim? Pişirme kitabı yazan kimsenin vaktiyle ne düşündüğünü ve ne arzu ettiğini mi aramalıyım? Acaba bu benim için tamamen siyyan değil midir? Benim için bilâkis ancak ehemmiyetli olan, iyi pişirmek için nasıl pişirmem icabettiğini öğrenmek keyfiyettir. Lezzetli pişirilmiş bir şey, muvaffak olmuş bir tecrübe, o muharririn vaktiyle ne düşündüğünü ve arzu ettiğini anlamaktan şüphesiz daha çok ehemmiyetlidir.

Bu misali pek âmiyane bulan kimse daha alâsını arasın ve modern teoloğun faaliyetine bir nazar atsın (52). Bu kimse tarihçi ise - bugünkü protestan teolojisi ifrat derecede tarihî istikamettedir - tamamen ve tıpkı bir filoloğ gibi hareket eder. O, metni ve doğum zamanını tesbit eder, metne sokulan ilâveleri ve tahrifleri tahkik eder ve kendini incil veya Zebur muharririnin lisan ve tefekkür âlemine koymağa gayret erer. Onun maksadı o dindar kimsenin ne söylemek istediğini tesbit etmektir. Teolojik nass'cular ve ahlâkiyatçılar ise böyle değildir. Bunlar için kanun, tetkik mevzuu değil, belki vasıtasıdır. Burada Pavlosun korentlikere ne-

(49) İsabetli olarak Wach, Hanlbuch des Zivilprozesses, I, 1885, s. 257. Başka fikirle W. Jellinek aynı yerde 163.

(50) Hukuk tarihçisi için iş tabii başkadır. Fakat bu tarihçi hukukçu değil, tarihçidir.

(51) Wieland aynı yerde s. 30, 32; bak. Kaufmann aynı yerde s. 86, 97. Stöhr, Psychologie der Aussage, 1911 s. 16.

(52) Bu bapta Radbruch, aynı yer, 192.

söylemek istediğine değil de hıristiyanlığın bize ne söylemesi gerektiğine bakılır; çünkü söze, ferdi maksadın harfleri değil, belki ferden onu yapanlarda ancak natamam ifadesini bulabildiği halde bütün içinde yaşayan ruh can verir. Ahdi cedid ilahiyatını takip eden kimse kendisini kanun (kanon) un tarihî zaruretine bağlı sayar; fakat doğmatik veya etik takip eden kimse onlardan şuurlu olarak tecerrüt etmeğe mecburdur; çünkü o bugün senin ve benim için düstur olacak şeyi tesbit etmeğe çalışır (53).

Birbirinden başka tarihî ve teleolojik tefsir nevilerine karşı ne suretle hareket edileceği ve bunları birbirinden nasıl ayırmak lâzım geldiği veya mümkün olduğu hakkında daha önce eski pandekiticiler ikili tefsir (duplex interpretatio) nazariyesi yani makable raci (interpretatio ex tunc) ve atiye raci, (interpretatio ex nunc) tefsiri vazetmek suretiyle isabetli bir sezışe sahip idiler (54). Eski Roma Hukukunun her perçası, onların doğru olarak söyledikleri üzere çift bir tefsire: Bir kere çok eski zamanlarda bizzat müellifin kendi sözleriyle bağlandığı mânanın tesbitine müteveccih filolojik tarihi tefsire, öbürü ise meselâ usus modernus pandectarum'da Pandektlerin 19 uncu asırda bilhassa Almanyadaki tatbikatında ifadesini bulduğu üzere mahkemelerin tatbikatındaki (in usum fori) pratik tefsire tabidir. Bu pratik tefsirde sözün aslındaki mânasını değil, bilâkis o sözün umumi ve zamana uygun bir netice sağlayabilecek mânasını araştırmağa ehemmiyet verilir.

Sebebi teşri' (ratio legis) ve vesilei teşri' (occasio legis) arasında pandekt hocalarına malûm olan fark da bu bahis ile ilgilidir. Occasio legis kanunun tarihî - psikolojik vesilesini (Veranlassung) teşkil eder; bunun tesbitindedir ki kanun vazının kaidenin isdarında takip edebileceği ampirik gaye hakkında muayyen mesnet noktaları çıkacaktır. Fakat kanunun sebebi (ratio) bundan tamamen başkadır: Bu, konkre mazinin geçici hâdiselerinden ayrılmıştır, daha iptidada, her bir iştirak edenin ferden mahdut iradesinden azadedir, her zaman için kanuna refakat eder, zamanın, ve çok defa bugün elli yıl öncesinden tamamen başka temel mi-zaç ve ihtiyaçlariyle değişir (55).

(53) "Benim bunu ve keza bütün hıristiyan muharrirlerini tefsir hakkındaki prensibim şudur: Bunları hakikaten söylemek istedikleri şey oymuş gibi anlamaktır; şu şartla ki sözleri doğruyu, hakikati söylemiş olduklarına mü-sait olsun: — Hakikate uygun görünen bir prensip" J. G. Fichte, Anweisung zum seligen Leben, 6. Vorlesung.

(54) Bak. Gmür, s. 46.

(55) Hölder, Kommentar zum B.G.B., s. 18; Schmitt aynı yerde s. 35. Bak. W. Yellinek aynı yer s. 60 da zikredilen Hamburg Oberland mahkemesinin hük-

Biraz evvel bahsolunan esas fark mahkeme hükümlerinde maalesef çok defa inkâr olunmaktadır. Fakat pratik hukukçunun (55) fena bir metodla dahi tam hedefe varan insiyaki isabeti tatbikatta zararı daha az büyük göstermektedir (55). Hâkimler çok defa mecburiyetin verdiği maharetle çareler bulurlar. Böyle bir darlık mahareti, meselâ şunu veya bunu kanun vazı mümkün değil arzu etmemiştir. Yahut kastetmiş olması mümkün değildir. - gibi hareket tarzıdır. Böyle bir tarz, apaçık faraziye ye (fiktion) müncer olur. Şüphesiz vaktiyle bu veya o arzu edilmiş olabilir ve belki hakikatte arzu edilmiş olduğu tesbit olunacaktır. Fakat bu arzu edilmemiş olmalı idi; bu sebepten dolayıdır ki hâkim o sözlere teba-iyyet etmez.

d — Alman Medenî Kanunu, isabetli olarak akitlerin hüsnüniyete göre (muamelâttaki âdetler nazara alınmak suretiyle) nasıl anlaşılması lâzımgeliyorsa o yolda tefsir edileceğini talim ediyor. Alman Medenî Kanunu bu suretle beyan nazariyesi denilen noktainazara intisal etmiştir. Bundan başka bu noktainazarı kanunî bir mesnet olmadığı halde İsviçre Federal Mahkemesi de daha evvel müstemir tatbikatında kabul etmişti. Bir beyanın tefsirinde esas, o beyanı yapan kimsenin derunen kendi kendine arzu ettiği değil de beyanı alan (yani kendisine beyanda bulunulan) kimsenin o beyandan düşünüp anlamağa ve onun mânası olarak kabul etmeğe mezun olduğu şeydir.

Bu beyan nazariyesi sağlam ve muhiktir. Tam bir itimada şayan muamelâtın (Verkehr) ihtiyaçlarına uygun olan sadece budur. Fakat hal böyle olunca makul netice bu nazariyenin, hukukî hayatın umumi surette tanıdığı en ehemmiyetli rıza beyanının yani kanun vazının beyanlarının tefsirinde de cari olmasıdır (57). Bu beyanlar da kanun vazı değil, belki kanunun muhatabı o beyanlar hakkında ne düşünmek mecburiyetinde ve mezuniyetinde ise ona göre tefsir edilmek lâzımdır. Bu itibarla psikolojik bir noktainazar tesis edilmek lâzım gelirse bu, kanun vazının ruhunu (die Seele) değil, belki kanuna muhatap olanların ruhunu nazara alması lâzımgelir (58).

---

müne, kezalık Reinsch. Deutsche Juristenzeitung'deki, 1914, 66, Wisconsin devletinin yüksek hakiminin kararına.

(56) Bak. Wieland aynı yerde s. 36.

(57) Bak. R.G. Recht, 1914 n. 262 (Bir patent yazısının tefsiri).

(58) Kanun muhatabı (Gezetzempfänger) da tabii bir psikolojik - amprik vak'a değildir. Bir kanun vazı gibi bir kanun muhatabı da çok veya az vardır. Kanun muhatabı da ancak bir tecrittir. Romalılar burada da "Normal bir ev babası" tasvirini (Figur) kullanmış olacaktırlar.



Söylemeğe lüzum yoktur ki, burada kendisiyle mücadele edilen subjektif tefsir nazariyesi biraz önce doğru olarak benimsenen beyan nazariyesi ile tearuz halindedir.

e — Nihayet: Onu semerelerinden anlayacaksınız. Subjektif metod tehlikeli hatalara ve neticeleri ağır kifayetsizliklere götürür. Yani tefsir, denildiği gibi kanun vazının iradesini araştırma olursa biz kendimizi, hele kanun da eski tarihli ise, tarihcinin tarzına göre çok veya az uzak bir zaman ve hatta belki de çok veya az yabancı bir halk içine geri döndürmeğe, Justinien'in bir nizamını bugün dahi Justinien'in ona izafe ettiği mânaya ve code civil in bir hükmünü Napolyon'un arzu ve maksadına göre tefsire mecbur oluruz (59). Fiiliyatta Alman Temyiz Mahkemesi bazan muhteva itibariyle Fransız hukukundan gelen Alman Medenî Kanunu hükümlerini Fransız tatbikatını düstur tutarak tefsir etmekten çekinmemiştir. Bundan daha tehlikeli bir tefsir tatbikatı güççe bulunabilir. Böyle bir muamele tarzı "adama, çocuk gıdası veren kimsenin" hareketine benzer (60). İsviçre hukuk ilmi, Alman Medenî Kanunundan alınan İsviçre Medenî Kanunu hükümleri bakımından umumiyet itibariyle bi-hakkın muhalif bir noktainazar tutmaktadır. Alman Medenî Kanununun bir fıkrası İsviçre Medenî Kanununa kelime kelime nakledilmiş olsa dahi İsviçre hâkimi için bu fıkra Alman kanununun değil, İsviçre kanununun bir hükmüdür; bundan dolayı İsviçre hakimi için Alman hâkimi için olduğundan büsbütün başka bir mânayı haiz olabilir.

---

(59) Bu yanlış belâkkiyi W. Jellinek de, aynı yer s. 171, müdafaa eder.

(60) Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, I, 129.