

KANUN ve KAZA

Yazan: **Hans Reichel**

Çeviren: **Ord. Prof.
S. Ş. ANSAY**

Merhum Hans Reichel'in 1915 de Zürich Fakültesinde Profesör iken neşrettiği Kanun ve Kaza (Gesetz und Richterspruch) adlı bu eseri önsözünden de anlaşıldığı üzere bir konferanstan meydana gelmiştir. Eser intişar ettiği memleket için oldukça eski sayılabilir. Fakat garp hukukuna geç katılan bizler için o hukukun tarihine, tatbikatına müteallik her esere yeni diyebiliriz. Bu itibarla onbeş yıl kadar önce dilimize çevrilen bu eseri bayat ve lüzumsuz telâkki etmiyoruz. Hususiyle eser İsviçre'de ve İsviçre hukukiyle de ilgili olarak yazıldığından faydalı olduğunu zannediyoruz. Reiche'in bu eseri hukuk, edebiyatında çok defa anılan bir kitaptır. Eser, Eugen Huber e ithaf edilmiştir.

Profesör Reichel 24 Şubat 1878 tarihinde doğmuştur. 1900 de hukuk ve felsefe doktorasını aynı zamanda yapmıştır. 1911 de genç bir doçent olarak Zürich Fakültesine intisap etmiştir. 1920 de Hamburg Üniversitesine davet edilmiş, orada itibarlı bir profesör olarak 1938 tarihine, yani hastalığının zarurî kıldığı tekaütlüğüne kadar kalmıştır.

Bazılarınca Reichel serbest hukuk cereyanının taraftarlarından sayılmıştır. Hakikatta Reichel sübjektif adaletin ve hissi yargının aleyhindedir. Onun serbest hukuk cereyanına karşı noktaî nazarı tercüme ettiğimiz bu yazılarında görülecektir. Daha sonra yazdığı İsviçre Medenî Kanunu methal maddeleri hakkındaki satırlarda da bu mevzuu ele almıştır. Gene Reichel romanist olmakla beraber kendisini Roma hukukunun eski, tarihi menbalarının bir araştırmacısı olarak saymamış, gözleri daima ileriye müteveccih kalmıştır.

Profesör Reichel yalnız hususi hukuk ile değil usul hukuku ile de meşgul olmuştur. Kaziyel mahkeme ve haksız iktisap hakkında kıymetli yazılar yazdığı gibi dâva edilemiyen iddialar adlı bir eseri daha vardır.

Kendisi 9 Nisan 1939 da Hamburg civarında Rahlstedt'de 61 yaşlarında vefat etmiştir. Bu vesile ile kendisini hürmetle anarız.

ÖNSÖZ

Hâkimin kanuna karşı durumu, yani hâkimin kanuna bağlılığının muhtevası ve hududu son zamanda çok bahsedilen bir mesele olmuştur. Hukuk kaynakları nazariyesi ve hukuk tatbikatı metodu hakkındaki taharriler ve yayınlar hali hazır hukuk münakaşalarında geniş bir yer almaktadır. Serbest hukuk hareketi denilen hareket, fikrî cereyanların çok daha büyük ve daha şümüllü kompleksi içinde ancak bir kısım hâdisedir. Bu cereyanları doğru anlamak, onlar hakkında tam tartılı olarak bir mütalâa dermeyan edebilmek için her şeyden önce bu şeyin tarihi menşei takdir zaruridir. Hakikat halde kültür tarihinin bir parçası bahis konusudur. Böyle bir tarihi nazar ircaından, böyle bir tarihi görüş iktisap ettikten sonradır ki fikir mücadelesi dalgalarında sağlam zemin tutabilmek ve zatî kanaat husulüne temel kurabilmek için kâfi derecede serbest ve geniş bir rüyete sahip oluruz. Aşağıdaki izahlar bu hususta biraz yardımcı bulunmak içindir. İzahlarımızın bir tarihi ve bir de doğmatik iki baş kısma ayrılmasının sebebi bu sözlerden kendiliğinden anlaşılır.

Bu tetkik tatbikatçılar önünde verilmiş bir konferanstan meydana gelmiştir. Bu itibarla evvel emirde tatbikatçılara müteveccihdir. Bunun içindir ki mümkün olduğu kadar şümüllü bir çok açık misaller vermeğe çalışılmıştır. Sırf mücerret izahlarla tatbikatçılara hizmet edilmez.

Eserler gösterilirken bir seçim ile iktifa edilmiştir. Başka eserler için şunlara bakılabilir. Yung, Das Problem des natürlichen Rechts 1912 s. 330; Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912, Anhang I, Heck, Gesetzesauslegung und Interessejurisprudenz, 1914, s. 1; Pattai, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Wien 1913.

Zürich, yaz mevsimi 1914

BİRİNCİ KISIM

TARİH BAKIMINDAN

Ör mülâhazalar

Hukuk âlemindeki bugünün hareketleri bir aksülâmel tezahürü, bir savaş ve müdafaa hareketidir. Bu hareket 19 uncu asırda hükmüferma olan bir siyasi sisteme ve onunla murtabit hukukî akideye karşı bir isyan gibi kendini gösterir. Bu sistem devletin hukuk imalindeki monopolüne müstenit kanun mutlakiyeti denilen sistemdir (1). Bu sistemin hukukî noktai nazardan ifade ettiği şey, kodifikasyon prensibi yahut her şeyin kanundan beklenmesi akidesi (doğması - Allgesetzlichkeitsdogma), yani boşluktan âri kanunun yalnız başına hükümranlığı ve her şeye kifayeti nazariyesidir.

Bu suretle aşağıdaki tarihi izahatın krokisi çizilmiş oluyor. Evvel emirde kanun mutlakiyetinin tarihi öncülerini, yani prenslerin istipdamı kısaca aydınlattıktan sonra (I inci fasıl) kanun mutlakiyetçiliğinin menbaini, mahiyetini ve neticelerini olduğu gibi gözden geçireceğiz (II nci fasıl). Ondan sonra o sisteme karşı tedricen zarurî olarak baş gösteren umumî kültür hareketlerini göstereceğiz (III üncü fasıl). Bundan sonra meşgul olacağımız kanunun külli kudretine karşı hassaten hukuk ilmi sahasındaki mukabil hareket (IV) o umumî zaman ve fikir cereyanlarının bir mikâsı ve neticesidir. Fakat bu mukabil hareket de daha ileride göreceğimiz üzere hedefini aşmağa temayül göstermiştir. Bu itibarla tehlikeyi haber veren ve makuliyet ihtar eden bir tenkide maruz kalmıştır (V). Son fasıl olarak da eskilerin ve yenilerin birleşmek üzere buldukları zannedilen mutavassıt hatta işaret olunacaktır.

BİRİNCİ FASIL

Devlet mutlakiyeti

Mutlakiyet sözünü işittiğimiz zaman her şeyden önce mutlakiyetçi zabıta devletini, bilhassa prenslerin mutlakiyetini, az çok tenevvür etmiş despotizmi hatırlamak mutadımızdır. Bu despotizmin en açık ve sempatik mümessilleri olarak karşımıza Fredirik II ve Josef II çıkmaktadır.

(1) Bak. Bartsch in der Zentenarsechrift zum A. B. G. B. 1911, Bd, I s. 676.

1. Mutlak devletin siyasi ve âmme hukuku bakımından remzini, devlet benim (l'Etat c'est moi; suprema lex regis voluntas; qui veult le roi, si veult la loi) sözleri teşkil eder. Prens her hususta her şey idi. Devlet içinde bütün başkaları, hatta memurlar tebaa ediler. Tamamiyle gayri müstakil olan memurlar zümresi içinde hâkim, müstakil bir kategori teşkil etmezdi. Hâkim memurdu ve sadece memur idi. Hâkimin istiklâlinin lâfı bile yoktu. Hâkim de hükümdarın takdiriyle bütün öbür memurlar gibi tayin ve azdeilebilirdi. Fredirik II gibi münevver ve zeki bir hükümdar bile bu noktai nazarı korkulu misallerini vermiştir.

2. Bu mutlakiyet fikri, bu pederane hacir, hâkimin kanun ile münasebetinde de barizdi. Kanun, memleket beylerinin, kayıtsız ve şartsız itaat edilmesi borçlu bulunulan iradesi idi (1*). Hâkim, ancak memleket reisinin kanunda vücut bulmuş iradesinin tenfiz memuru idi. Kendiliğinden karar alma salâhiyetini haiz değildi. Kanun ve talimatlar ona, lüzumlu olan her şeyi söylemiş bulunuyordu. Bizim bugün tefsir dediğimiz şey hükümdarın kendisi olan kanun vazının ne kastedtiğini ve ne arzu eylediğini araştırmaktan ibaretti. Hâkim, kanunun manasında tereddüt ederse yahut onda bir boşluk bulunduğu zehabında olursa hükümdara yahut vekiline müracaat eder, onun otantik fikrini ve kararını alırdı (2).

3. Bu telakkinin vaktiyle ilim sahasında nasıl kök attığı hakkında Beccaria'nın cinayet ve cezalara dair, diğer noktalarında müterakki ve hürriyetperver olan eseri bizi hususî bi vuzuh ile aydınlatmaktadır (3). Orada deniliyor ki hâkim için kanunu tefsir salâhiyeti yoktur. Hâkim böyle bir salâhiyetle kanun vazı olmuş olur. Kanunun ruhunu, istişare mevzuu yapmak pek tehlikeli bir şeydir; bu, hâkime fazla bir hareket sahası verir. En iyi kanun tefsire en az yer verendir. Kanun ne kadar tefsire müsait olursa o kadar fazla cinayetler işlenir. Kanunun kelimelerini sıkı sıkıya takipten doğabilecek olan zarar, tefsir ile çıkacak mazarrattan ehvendir; bir kanunun despotizmine, bir alay hâkimlerin keyfi hâkimiyetinden daha çok tahammül edilebilir. Hatta ilim, tehlikelidir; çünkü ilim bir fikri başka bir fikre karşı koyar ve bu suretle huzurumuz muhtel olur. "Kanunları, bir ilim mevzuu olmayan millet, bahtiyar millettir".

4. İşbu mutlak surette itaat ruhunun, gerek fert ve gerek hâkim hakkındaki hayırhahane hacrin en mühim teşrii âbidesi, Prusya-

(1*) Bayer, L. R. L., § 3: "Bir kanun, umumun iyiliğine taalluk eden işlerde tebaaya, hükümdarca verilmiş bir emirdir".

(2) Bak. Spiegel, gesetz und Recht 1913, s. 64, 100 ff. (Über das referé legislatif). Über den Codex Theresianus bak. Wurzel, Das juristische Denken, 1904, s. 21.

(3) Almancaı Esselborn tarafından 1905.

nun 1794 tarihli umumî memleket hukukudur. Bu hukuk diğer noktalar-
dan büyük Fredirik'in bıraktığı kültür itibariyle en büyük metrukâtı ve
on sekizinci yüz yılın en büyük teşriî hizmetidir. İsbetli, makul ve bir
çok noktalarda muhteva itibariyle pek müterakki bir kanundur; hak-
hiyle sevilmiş ve övülmüştür. Öyle sebepsiz tam yüz yıl itibarda kalabil-
miş değildir. Fakat bu kanunun iri hacmi gösterir ki müstakil, mesu-
liyeti üzerlerine alır hâkimleri meydana getirmeğe salih ve muayyen bir
kanun değildi. Başka hususlarda hürmete şayan olan ve çok medhedil-
miş bulunan eski Prosyâ itaat ruhu, Fredirikvari onbaşı değneği her
sahifesinde görülür. Yanlış yola gitmemesi için, müstakilen karar itti-
hazi, her veçhile hâkimden nezedilmiştir; her şey en ufağına varıncaya
kadar tasrih edilmiştir. Bu suretle tereddüde meydan vermemek isten-
miştir. Fakat bilfiil bir tereddüt ortaya çıkarsa zatî takdire müracaat
edilemeyecek veya cinayet mahkemesi nizamnamesi (Halsgerichts
ordnung) nun emrettiği üzere hukuk mütehassıslarının reyi alınmayı-
caktır; bilâkis hâkim, kanun komisyonuna başvuracak, o da kanunun
tefsirini ona gösterecektir (4). Hülâsa, Prusya umumî memleket hukuku
mutlakiyetin en muhteşem bir teşriî eseridir. Bu hükümet şeklinin fai-
kiyetleri ve fakat zaafı da, bu kanunda olduğu kadar hiç bir âbide de
bu kadar klâsik okunamaz.

5. Mutlakiyetin klâsik teşriî eseri, Prusya teşriidir. Fakat mutla-
kiyetin klâsik memleketi 1848 martından önceki Avusturyadır; Metter-
nich'in memleketidir. "Mart öncesi memur mafevkine itaat etmekten,
hoşa gitmekten başka hiç bir ideale sahip değildi. Harekâtının bütün
teferruatına kadar noktası noktasına tayin edilmiş olmasını bir engel
değil, kendi faaliyeti için gayet makbul bir kolaylık sayardı. Bu itibarla
her hangi bir tereddüde düşse talimat almak için "saraya" müracaat eder-
di. Çünkü bahis mevzuu olan şey, imparatora hizmet idi ve bundan dolayı
memurun bizzat en iyi surette işi hal ve tesviye eden reyi düstur değildi.
- memur böyle bir reyi, ancak bu bapta kendisine bir sual teveccüh ettiği
zaman haiz idi -, düstur, en yüksek makama has olan rey idi (5). Kanun
Monarch'ın iradesi idi. Kanunu tenkide cüret eden kimse, haşmetmeabı
tahkir tehlikesine düşerdi (6).

İşbu siyasi temel telakki, 19 uncu yüz yılın ortasına kadar hâkim
telakki idi. Yüz yıllarca süren bu eski telakkiden mütevellit tesirlerin

(4) Bak. Einl. §§6, 47, 50. Hedemann in, Werden und Wachsen im bürgerlichen
Recht 1913, 8 bak.

(5) Spiegel, s. 20.

(6) Pattai, Kampf um die Rechtswissenschaft, 1913, s. 15.

bugüne kadar ulaşmamış olması bir mucize olurdu. Bu tesirlerden en mühimi, kanunda maddileşmiş iradesi, her memur ve her hâkim için kayıtsız, şartsız muta' olan bir kanun koyucu hakkındaki derin kökleşmiş telakkidir. Bu telakkide ne kadar iyi ve ehemmiyetli taraflar bulunduğunu kim inkâr etmek istemiştir? Fakat bu, işin ve zamanın durumuna uygun mudur, bilâkis kötü bir sathiliği ve tehlikeli hataları tazammun etmez mi meselesi şüphesiz başka bir meseledir.

İKİNCİ FASIL

Kanun mutlakiyeti

Geçen zamanların prensler mutlakiyeti hakkında çok şeyler söylenebilir. Şüphesiz tetkikimiz bu mutlakiyet hakkında doğrudan doğruya çok bir şey vermeyecektir. 19 uncu yüz yıl bilhassa 1948 yılı prensler mutlakiyetini attı. Artık otoratik prenslerin mutlakiyetini değil, daha ziyade modern meşrutî kanun mutlakiyetini nazara almağa mecburuz. Sonraki on yılların kanun mutlakiyeti, prenslik mutlakiyeti ile pek az ilgili olup hatta esas itibarile onun sert bir inkârını tazammun eder. Kanunun mutlak kudreti sistemi, prenslik mutlakiyetine karşı müdafaa vaziyetinde bulunan ve ona mezarını kazmış olan hareketin, yani merutî liberalizmin doğrudan doğruya bir mevlududur. Fakat bu sistem son fikri köklerini, 18 inci yüz yılın devlet felsefesinde, bilhassa Montesquieu'nun kuvvetleri tefrik nazariyesinde bulur.

1. Kanunların ruhu adlı eserinin en meşhur bir kısmında (kitap 11, kısım 6) Montesquieu şu nazariyeyi serdeder (7): Her devlette esas itibariyle üç kuvvet vardır: Kanun koyucu (teşriî), icracı ve kazacı. Vatanın hürriyeti başı için bu üç kuvvet, yalnız nazariyat itibariyle değil, amelî noktadan da sarîh ve daimî surette ayrı bulunmak lâzımdır. Bu kuvvetlerden birinin öbürünün sahasına her hangi bir müdahalesine iktimamla meydan verilmemelidir. Kanun koyma kuvveti, kanunlar çıkarmakla, yani umum için lüzum ifade eden mücerret kaideler koymakla mükelleftir. Bu kanunlara herkes, bilhassa icra mercileri de uymağa mecburdur. Bu kuvvet hukuk yapar, fakat hukuku hüküm etmez; emirlerini de bizzat icra etmez. İnfaz, icraya ait bir iştir, icra da kanun koyma sahasına her hangi bir müdahaleden ve keza kaza sahasına her türlü tesir yapmaktan kaçınmakla mükelleftir. Nihayet kaza, kanunun mün-

(7) Bu nazariye bizzat Montesquieu'dan mı çıkmaktadır meselesi bu bahsi ilgilendirmez.

ferit hâdiselere tatbiki, kanunun mücerret emirlerinin konke hayat mü-nasebetleri bakımından konke bir hükme tahvildir. Hâkim, kanunun canlanmış sesidir. O, kanunun mücerret halde emrettiği şeyi müşahhas olarak ifade eder. Hukuk yaratmak ise hâkimin salâhyeti dahilinde de-ğildir. Hâkim, böyle bir şey yaptığı takdirde kanun koyma kuvvetine ait bir işe karışmış olur. Bu işe idare memurlarına taalluk etmediği kadar hâkime de ait değildir.

18 inci yüz yılda ortaya konan ve nazari surette ilân edilen şu dok-trin (8), amelî tatbikatını başca 19 uncu yüz yıl ortalarında (1848) görmüştür. Modern kanunu esasiye bağı, meşrutî devlet (Verfassungss-taat), kuvvetlerin bölünmesi nazariyesini hakikat haline sokmağı üze-rine aldı. Kanun koymağa, hükümdar, parlâmento salâhiyetlidir; icra, müstakil idarî organlar teşkil edilmediği takdirde münferiden hüküm-dara, yahut onun mesul nazarına aittir; kaza kuvveti ise müstakil, yani yalnız kanuna tâbi hâkim marifeti ile kullanılır; müstakil hâkimler; çünkü bunlar ancak kanuna tabidirler. Fakat bir yandan da gayri müs-takil hâkimler; çünkü onlar kanuna, doğrudan doğruya ve kayıtsız, şart-sız bağıhdırlar ve anayasaya tevfikân vücade getirilen mektup kanun onun resmi faaliyetinin biricik düsturudur. Kanun devlet iradesinin en yüksek ifadesidir; hukuk ise devletin iradesidir. Bu suretle kanun devlet içinde hakikî ve biricik hükümandır. (Nomokrasinin, kanun devletinin ideali).

2. Bu doktrin, mutlakiyet aleyhtarî olmak istiyordu. Hakikatta da böyle mi idiği şüphelidir. Prenslerin mutlakiyeti tabî kırılmıştı; fakat onun yerine meşrutî kanunun hudutsuz mutlak kudreti kaim ol-muştu. Kral ölmüştür; yaşasın kral (Le roi est mort; vive le roi!) Bu doktrin hakikatta görüldüğü kadar ahrrane olduğu keyfiyeti de su götürür. Şüphesiz meşrutî kanun, sarayın keyfinden azadeliği ifade ve fert için kıymetli bir himaye vasıtası teşkil eder. Fakat kanunun sadece şeklinde her hangi haksız bir tazyika, zulme karşı maddî bir garanti mevcut olduğu iddiası tarihen teyyüt etmiş değildir. Bizim sadece eski ve yeni zamanın bazı demokrasilerini düşünmemiz bir ekseriyetin tiran-lığı, bir müstebidin keyfi hükümandlığı kadar ezici olduğunu görmemize kâfidir.

Fakat ferdin hürriyeti burayı alâkadar etmez. Biz daha ziyade bu-rada hâkimin serbestliği neden ibaret olduğu meselesini ele alıyoruz. Bu

(8) Unlla poena sine lege kaidesi de aydınlanma devri felsefesine medyundur, asıl menşei değılsede siyasi kanaat kuvveti oradadır. Bilhassa Anselm Feuerbach bu kaideyi katî bir enerji ile müdafaa etmiştir; bak. Rumpf D. R. Z. 1913, 773.

hürriyet hakkında basit burjuva liberalizminin (spiessbürgerliche Liberalismus) hiç bir fikri yoktu. Şüphesiz hâkim kabine adaletinin ve saray emirnamelerinin tazyikinden kurtulmuştur. İdarî mercilere karşı serbesttir; hatta hâkime, münferit ihtilâflarda idarî mercilerin emirlerini hükümsüz saymak salâhiyeti bile verilmiştir. Fakat hâkimin serbestliği bundan ibaret olamaz. Hâkim, ancak kendisine itimat edilir, vazife ve mesuliyet hissini faal kılabilceği bir takdir sahası verilirse serbesttir. Liberalizm ise bu noktada tamamen red durumunda kalmıştır; hatta bazan, müstebit zabıta devletinden daha çok hasis davranmıştır. Yeni vücut bulan teşrif organlar, henüz pek zor elde edebildikleri haklara kıskançlıkla sarılarak kendi salâhiyetlerinden ifratla istifade ettiler. Her gey ve herkes kanunun ağına yakalanmıştı; mümkün olduğu kadar hâkimin hareket serbestliği nezi edilmiştir; korku ve itimatsızlık içinde onun takdir hakkına meydan verilmiyordu. En karanlık despotizm zamanlarında 19 uncu yılın serbest meşrutî devletinde olduğu kadar hâkimin serbest taqdirine karşı böyle bir güvensizlik hemen hemen cari olmamış idi. "Ey hâkim serbestsin; ancak milyonlarca paragraflara riayete mecbursun" (9).

Liberalizmin hâkimliğe karşı bu kadar müsaadesiz davranması hakikaten güç anlaşılır bir şeydir. Çünkü devlet içinde, vatandaşın hürriyetini, kendi elinde mahfuz tutacak bir fert var ise o da her cihetten müstakil olan hâkimdir. Bu itimatsızlık hakikatta ancak tarihî yönden anlaşılabilir. Hâkim değil, hâkimin şahsındaki maaşlı devlet memuru şüpheli idi; bu memur ki, bütün adlî istiklâline rağmen yukarıdan gelecek tesirlere karşı daima mukavemet üzere kalacağı hakkında kendisine kâfi derecede şahsan itimat edilemiyordu. Hâkimin değil, memurun nazara alındığını, aynı zamanda Fransız - İngiliz jüri mahkemesinin rahat bulması ve Şöffenlerin kabulüne taraftar olunması açık olarak gösterir. Bugün dahi jüri mahkemelerine karşı bir çok yerlerde verilen kıymet (10), zannolunduğu gibi jürilerin hukukçu olmamasından değil, belki münhasıran memur olmamalarından nâşidir.

3. Liberalist devlet hukukunun gösterdiğimiz temel telâkkisinden, teşri' organına enerjik bir iddia çıktı. Buna kodifikasyon prensibi denile-

(9) Beradt, Der Richter, s. 11.

(10) Bu kıymet atfı, ancak siyasi mülâhazalara istinat edebilir. Filhakıka jüri mahkemesinin hukukan faydasızlığı üzerinde meslektaşlar müttefiktirler. (bak. A. Hellwig, Psychologie der Urteilsfindung, 1914, 38). Fakat siyasi delillerde pamuk ipliği mesabesinde. Bak. Meili nin sert tenkidine, Der Zivil - und Strafprozess des Kantons Zürich I (1882), s. 14 ff.

gelmektedir. Bu, teşri' tekniğini mümkün olduğu kadar tam kılmak, hayat tezahürlerinden akla gelebilen ne varsa hepsini kanun maddeleri içine sokmak, fakat bütün başka mümkün olan hukuk kaynaklarından, bilhassa örf ve âdet hukukundan hayat bağlarını kesmek demektir. Böylece - tarihî mektep marifetiyle onlarca yıl geriye atılmış olan, fakat polis devleti yolunda oryante edilen tabii hukuk fikir cereyanlarına açıkça tekrar bağlanma suretinde - ihatalı, mümkün olduğu kadar geniş mevaddı tamamında düzenleyici teşri' eserlerine yeniden bir mevki verildi. Bu hamlenin iyi ve büyük şeyler meydana getirdiğini kimse inkâr edemez. 19 uncu yüz yılın ikinci yarısındaki büyük teşri' başarılarını, Alman umumî ticaret kanunundan tutunuz da medenî kanuna, Avusturya hukuk usulü kanununa ve İsviçre medenî kanununa kadar bütün verimleri biz buna medyunuz.

4. Fakat hâkim hakkında da ciddi bir söz söylemek lâzım geliyordu. Modern meşrutiyetçilik, hâkimin mümkün olduğu kadar yazılı kanuna dar surette bağlılığı parolasını veriyordu. Ve hakikatta ufak, fakat müessir ruhî vasıtalar sayesinde hâkimin işbu kanuna sadakatini temin etmeği bilmiş idi. Bunlardan mühim olan ikisi şunlardır:

a) Birkere gerekçe mecburiyeti. Modern meşrutî devlet, hâkimin kararlarını (hiç olmazsa en mühimlerini) esbabı mucibeye iktiran ettirmesi, bunların hüküm sebeplerini, "motifleri" ihtiva etmesi lâzım geldiği esasını koymuştu. Hâkimin, kanundan çıkardığı hükmünü yazı ile (11) gerekçelemek, yani onun kanun ile ahenkli olmasını meşruleştirmek hususundaki işbu mecburiyette, hâkimin kanuna karşı büyük mikyasta müessir psikolojik bağlılığı mündemiçtir. Gerekçe mecburiyetinin hakikî gayesi bu idi. Bir İtalyan psikoloğu bunu ikna edici surette izah etmiştir (12). Hükmün mucip sebepleri, tarafları ikna etmekten ziyade hâkimin kanuna sadakatini kontrol etmek, mevhum bir hakkaniyet veya keyif kazasına meydan vermemek gayesini de ihtiva eder.

Hâkimi daima kanuna müracaat ettirmek için bu gerekçe mecburiyetinin ne kadar elverişli ve lüzumlu olduğuna, malûm olduğu üzere bir gerekçeye muhtaç olmayan jüri kazası açık bir hüccettir. Jüriler kararlarını, mucip sebeplere iktiran ettirmek mecburiyetinde olsalardı fiiliyatta vaki olduğu üzere çok defa kanun ve hukuk üzerine çıkmazlardı (13).

(11) İsviçrenin bazı kantonları, meselâ Züriç kantonu, sözlü gerekçeyi de tanırlar; çünkü bunlar açık müzakereyi kabul etmişlerdir. Bu tarzdan elde edilen neticeler gayri müsait değildir.

(12) Vacca, sulla importanza psicologica della motivazione nelle sentenze dei giudici, 1912, 362 ve sonrakiler.

(13) Bu bapta isabetli sözü Henri Bergson söyler, l'Opinion, 1903, 501.

b) Öbürü de kanunî yollara müracaattır (yeniden tetkik, yukarı dereceye götürme, nakz yolu). Kanunî bir hüküm hiç veya doğru tatbik edilmezse (violation de la loi) kanunî yola müracaat olunabilir. Bu tetkiki icra için yukarı bir derece teşkil olunmuştur (Alman Reich mahkemesi, en yüksek mahkeme divanı, federal mahkeme, kasasyon mahkemesi), bunların azası yalnız faziletçe değil, yaşları bakımından da sıkı bir seçim usulüne tabidir ve aslen, hasseten vazifeleri kanuna uygunluk kaziyesinin yolunda cvereyan ettiğine nezarettir. Merkezi temyiz mercii - teşekkülü ve maksadı icabınca - kanunun hakikî muhafızdır. Her hâkim, hemen hemen daima hükmünün nakz edilmemesini arzu eder. Fakat böyle isteyince hükmünü kanun ile yahut daha ziyade yukarı mahkemenin kanuna verdiği tefsir ile ahenk halinde bulundurması lâzımdır.

5. Almanyada ve Avusturyada hukuk tatbikatı, ona tahmil edilen mecburiyete muhalefetsiz, hatta sıkıntısız uyarlık göstermiştir. Mutlak devletten beri memur itaati içinde terbiye edilmiş olan hâkim, o zamana kadar idarî iradeye ifa ettiği hürmeti kanunî iradeye devretti. Hâkim, kanuna, bir vahiy gibi bakıyordu. Kanuna karşı, eski Luter'ciliğin mukaddes kitaba karşı aldığı sıkı bir ortodoksi ile vaziyet alıyordu (14).

Hukuk tatbikatı kayıtsız ve şartsız mutavaat halinde idi; fakat hiç olmazsa hukuk ilmi, hâkimin işbu şiddetli ve belki de pek şiddetli olan kanuna bağlılığına karşı tereddüdünü ızhar etmedi mi? İlim - kezalik hukuk ilmi - ve onun doktrini şüphesiz hürdür.

Burada kayda şayan bir müşahedede bulunuyoruz. Eski tarihçi hukuk mektebi, mektup kanununun hürmetkârı değildi. Bu mektep bilâkis örf ve âdet hukukunun organik inkişafına taabbüt ediyor, takninden kaçınıyor ve hukukun ilim ile tekâmülünü heyecanla istiyordu. Savigny'nin kanun vez'ı ve hukuk ilmi hakkında zamanımızın (1814) vazifesine dair olan yazısını düşünelim; orada, o vakit yeni meydana gelmiş olan, Alman devletleri hususi medenî kanunları hakkında, pek cesaretle (hakikî gayeyi çok aşar surette) tenkitte bulunulmuş idi. Keza Puchta'nın örf ve âdet hukuku üzerine yazdığı kılâsik kitabını da hatırlayalım. Örf ve âdet hukuku tarihçi mektebin hakikî sevimli çocuğu idi.

Fakat tarihçi mektep kendine ve idealine sadakatsizlik gösterdi. Ananevî hukukun - yeni zamana göre bir usus modernus meydana getirmek manasında - zamana uygun surette tekâmülüne çalışacak yerde

(14) Bak; Weber, Die philosophische Scholastik des deutschen Protestantismus im Zeitalter der Orthodoxie 1913. Kanun ortodoksluğu ile yazılmış a iman (Schriftglaubigkeit) arasındaki kerabet hakkında başlıca 1913. Radbruch'un şu yazısı ikna edicidir: Archiv für Sozialwissenschaft, 1906, 366. Bak. v. Aster; Münchener Allg. Zeitung 1908 ,124.

kendini eski döküntülere (Mikrologie) verdi. Sararmış metinleri ortaya attı, çoktan gömülmüş yabancı bir kültürün kırık, dökük bakayasının, 19 uncu yüz yıl Alman hukuk hayatı için düstur olması yolunda garip isteklerde bulundu. Tarihçi hukuk mektebinin yaptığı kadar gayri tarihi bir telâkki tarzını hukuk tarihi henüz görmemiştir. Böyle bir garabeti ancak böyle bir ümitsiz doktrinci yapabiliirdi (15).

Tarihçi mektebin 19 uncu yüz yıl sonuna kadar hüküm sürdüğü iddia edilmektedir. Bu iddia yanlış bir anlayıştır. Halis ve hakikî tarihçi mektep değil, ondan doğan, isbatıyeci hukuk mektebi son on yıllarda üstün bir mevki tutmıştı. Bu mektebe isbatıyeci (positivistisch) adı veriyorum. Bu tesmiyeyi, yalnız 19 uncu yüz yılın son on yıllarında büyük bir intişara mazhar olan ve kendisiyle işbu hukuk nazariyesi arasında her halde bazı merteye sıhriyet bulunan aynı namdaki felsefi fikir hareketine işaret için değil, belki ve her şeyden önce bu mektebin gûya hukukta sırf müsbet (positif) e, yani vazih ve muayyen mektup kanuna (sinnifällig geschrieltene) avdeti doğru bulmasından dolayı da yapıyorum.

Bu tarihçi mektebin akidesi (doğması) bütün hukukun müsbetiyeti idi. Bu mektep, müsbet hukuktan başka hukuk olmadığını talim ediyordu. Müsbet hukuk da ancak devletin hukuk olarak ilân ve emrettiği şeydir (16). Bu ilânın şekli kanundur. Bunun yanında bir de örf ve âdet hukukunun varlığı her ne kadar nazariyatça kabul ediliyor idiyse de tatbikatta ekseriya tamamiyle unutuluyordu. Her mesele hakkında ne ve neye dair olursa olsun kanun, düstur olacak bir cevabı ihtiva eder. Kanun boşluktan âridir. Hiç bir hukukî mesele yoktur ki onun hakkında kanun açık bir cevap vermiş olmasın. Hukuk ilminin vazifesi - bu ilim hukuk tarihi olmadıkça hatta yegâne vazifesi - kanunun manasını yahut denildiği üzere kanun koyanın iradesini araştırmaktır. Neticenin âdilâne olması ve maksada uygunluğu meselci hâkimin vazifesi değildir; Hukukçuluk politika değildir. Hâkim, siyasî mülâhazaları kanun koyana, bilhassa parlâmentoya bırakmakla mükelleftir. Hukukçu mevzu kanundan ayrılamaz. Hukuk hakkındaki fikir ve akıl oyunları semeresiz metafizike götürür; felsefe zamanları geçmiştir ve tabii hukuk hamdolsun mağlûp olmuştur.

Bu istikametin ilmi zirvesini Windscheid'in pandekt kitabı, Binding-

(15) Bu bapta Lantsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, III, II, 222.

(16) Imperativentheorie denilen nazariye bu noktai nazaria alâkalı değildir. Bak. Reichel, Zeitschrift für Rechtsphilosophie, 1914, 397.

in ceza hukuku kitabı (17) ve Bergbohm'un Jurisprudansı ve hukuk felsefesi hakkındaki bilgi nazariyesi ve kiritiğini havi kitabı (1896) temsil ederler. Bunlar parlak ve bir çok noktadan boy ölçüşülemeyecek hizmetler, mana ve ince fikirlerle doludur; Alman hukukunun iftihar edileceği eserlerdir; fakat esas istikametinde ve sisteminde tamamıyla, kendilerini meydana getiren zamanın pozitivist fikrinin çocuklarıdır.

Daha 1847 de cesur bir mütefekkirin derin bir itminansızlıkla aleyhinde bulunduğu, bu pozitivist hukuk ilmi idi. Bu mütefekkir bunun, ilim olarak karakter ve kıymetini reddediyordu (18). Kirchmann'ın bir taraflılıkları ve mübalâğaları bu mahiyetiyle derhal anlaşıldı ve takbih olundu (19). Fakat kitabının ihtiva ettiği hak ve hakikat o vakit tetkik olunmamış ve belki de tetkik edilmek istenmemişti. Bu suretle o, çö'de bir vaiz gibi kaldı.

6. Windscheid'in ismi bir istitrada vesile oldu.

Windscheid romanist idi. Keza Avusturyalı namıdar hukukçu, mümtaz Josef Unger de romanist idi. İsviçrenin şöhretli hukukçuları yıllarca romanist idi. Romanist ilim hatta Fransaya da el attı. Biraz önce kısaca tasvir ettiğimiz fikir cereyanında Roma hukukunun - yahut hiç olmazsa kendi hususiyeti icabı takip edilmemesi lâzım gelen nevi ve tarzının - bir hissesi olup olmadığı suali ortaya atılırsa taaccüp etmemelidir. Modern polemikçiler bu suale müsbet cevap vermişlerdir. Windscheid'e ait olan terkip jurisprudansı (Konstruktionsjurisprudenz) bazan hemen Pandektologie olarak tavsif edilmiş ve modern mukabil cereyan, "Roma cereyanından ayrılma = Los - von - Rom - Bewegung" olarak karakterize edilmiştir. Hatta bir müellif serbest hukuk hareketinin, romanizmin mefhum riyaziyeciliğine karşı bir Cermen aksülâmeli olduğu iddiasıyla ortaya atılmıştır (20).

Bu telâkkiye ne kadar enerjî ile karşı gelinse azdır. Roma hukuku ve bilhassa klâsik Roma hukukçularının eserleri, skolastik, terkihi, konstruktionell, mefhum hesabılığı yahut bu gibi tabirlerle ifade etmek istenenden tamamen başka şeylerdir. Bilâkis: Roma hukuk tarihi bize, bugün de hayran bir takdir ile baktığımız bir hâkim kral verdi: Pretor. Fakat

(17) Binding'de serbestçe bir kanun tefsiri nazariyesine dair bazı parçalar bulunması ile bu tesbite halel gelmez; bak. Handbuch des Strafrechts, I, 1888, §§ 95 ff.

(18) v. Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1847. Bu bapta Sternberg, Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft, 1908.

(19) Nisbeten en iyi muarız yazıyı, Rechtswissenschaft, oder Volksbewusstsein, F. J. Stahl, 1848, yazdı.

(20) Rogge, zur kritik des Rechts, 1911, s. 5.

Roma hukukçuları körükörüne kanuna tapanlardan başka her şeydi; Liberal, bununla beraber keyfi tarzda değil de hukukî reylerinde kanunu münasebetlerin zaruretlerine ve iyi niyete (bona fides) intibak ettirmek, onun boşluklarını ex bona ve aequè doldurmak, sertliklerini exceptio doli- vi tervic ile tadil etmek suretiyle hakikaten pratik ve serbest bir kaza nü- munesi vermişlerdir (21). Bunu inkâr eden kimse, belki her hangi bir neviden bir pandekt bahsi işitmiş olsa bile aslâ pandektleri bizzat anla- yarak okumamış olan bir kimsedir. Instinyanus'un hukuk kitabı içinde şekillenen Roma jurisprudans'ı menkulatı dahi hayata yabancı skolastiğe cebretmiyordu. Dijest'in fıkraları, kanun paragrafları değildir. Böyle olduğu halde onları böyle karşılayan kimse, onları lekeliyor demektir. Bunu daha önceki zamanlar dahi açıkça anlamıştı. Orta çağın Şarihleri korpus jurisı zamanın ihtiyaçlarını nazara almaksızın şerh etmekten çok uzak bulunuyorlardı. Bilâkis korpusun otoritesine karşı kuvvetle taşı- dıkları imana rağmen skolâstik cedel vasıtalarını geniş miyasta yar- dımcı yaparak eski hukuk kitabını zamanın ruhuna ve icaplarına uygun surette tefsir ettiler. 17 ve 18 inci yüz yıllarda usus modernus pandecta- rum'un ne kadar parlak olduğu umumca müsellemdir. Ancak tarihî mek- teptir ki kaynakların bu yüksek tatbikatından ayrıldı. Bu vedan sebebi bizzat o kaynaklarda değildir; tahavvül eden noktai nazarın sebebi, baş- ka âmillerde bulunmak lâzımdır. Filhakika Romanist olmayan hukukçu- lar, Cermanistler, Kriminalistler, usulcüler ve poblisistler Romanistler- den başka bir metod mu takip etmişlerdir. Asla hayır. Şu halde tekrar ederim ki pandektlerin bahsedilen pandektoloji ile hiç bir alış veriş yok- tur. Pandekt dersi (Pandektensorlesung) denilen için de böyledir. Ben aksini iddia ediyorum: Doğru anlaşılın; didaktik gayesini hakkiyle göz önünde tutan pandekt dersi, bir çok bakımdan jurisprudansta mevcut olanların ilim itibariyle en serbestidir. Bunu, serbest hukuk mesleğine salık hukukçuların en evvel itiraf etmeleri icap ederdi, Alman medenî kanunu maddelerine seri' bir nazar, bize Windscheid üslûbunda paragrafçı konstruksiyon jurisprudans'ı takip edilmiş olan yerlerinde, pandekt hu- kukundan medenî kanuna intikal ile yağmurdan kaçarken doluya tutu- lunmuş olduğunu öğretmiş olmalıdır (22).

(21) Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechts, 3 Aufl., 1909, s. 4 ff; Kiss, Archiv für Bürgerliches Recht, 1912, 214 ff; Ehrlich, Soziologie des Rechts, 1913, 197.

(22) Pandekt dersi Almanyada ilga edilmemeli idi; ve İsviçrede bu kötü mi- sale uyulmamalı idi. Pandekt ilmi, hukuk ilmi için, kontrapunktik musiki için, eski eserler plâstik için ne ise odur. Daha iyi bir temel mevcut değildir; pandekt dersinin tekrar ithali lehine Wenger'in müdafaası, Das Juristische Studium, 1919 s. 5; Avusturyada muhafazası hakkında Allgemeine Gerichtszeitung, Mauczka 1913, 442.

Bütün bunlara rağmen bahsedilen mantıkça talil (deduktion) jurisprudansının sebepleri, göstermeğe çalışıldığı üzere romanizmde değil, bilâkis tamamiyle başka âmillerde - bilhassa meşrutî devlet hukukunun kanun mutlakiyeti inancında mündemiç olduğunu katiyetle söylemek lâzım gelir.

7. Karakterize edilen bu düşünce tarzının neticeleri kısmen iyi ve kısmen de mahzurlu idiler.

a) Memnuniyet verici neticeleri: Zamana uygun ve kısmen de hakikaten mümtaz kanunlar vücuda getirilmekle (Alman poliçeler kanunu, Alman ticaret kanunu, Saksonya medenî kanunu, İsviçre borçlar kanunu, Alman iflâs kanunu, Avusturya hukuk usulü kanununu düşünelim) hukuk ilmine ve hukukî kazaya o vakte kadar galip surette hâkim olan örf ve âdet hukukundan daha itimada şayan bir esas konulmuştu. Bu suretle hukuk daha vazih ve daha kabili ihata oldu.

Hâkimin mesaisi de mühim surette kolaylaşmış oluyordu. Mutlak surette kanuna itaatkâr kazadan daha elverişli ve daha kullanışlı bir adalet yoktur; hiç olmazsa kanun da iyi olursa. Hâkim yalnızca kanunu iyi tanır ve onun içinden güzelce çıkmağı bildiği takdirde vazifesini yapmış olurdu. Bunun dışında mülâhazalar yürütmeğe muhtaç değildi. Kanun koyucu, o büyük sosyolog hâkim için lâzım geleni düşünmüştür. Bu, bir çoklarının kolay, açık bulduğu bir mesai taksimidir.

Başka bir fayda da hâkimin yanılmasının ve indî hareketinin mümkün olduğu kadar bertaraf edilmesinden ibarettir. Yularda sevk edilen at doğru yolda gider ve yolundan çıkmaz. Açık yazılmış bir kanunda istidatsz bir hakim dahi emin bir rehber, ateşin mizaçlı bir hakim de sabit bir sınır bulmuştur.

b) Fakat bu faydalara - hakikaten mevcut iseler - mukabil daha galip zararlar ve mahzurlar görülmüştür.

Hâkimin fonksiyonu sırf bir fikriliğe tenezzül etti. Hâkim - ve mutlak surette hukukçu - tatbik (Subsumtion) ve talil makinesi halini almıştı. Neticenin haklı ve nısfata uygun olup olmadığı sorulmaz, sırf kanuna muvafık olup olmadığı aranırdı. Kanun sert olsa da iyi bir hâkimlik ancak onu gayretle tutmaktan ibaret idi. Bu suretle kaza, bir dimağ mesaisi içinde donup kalmak kalb ve ruh ise kaybolmak tehlikesine düştü. Şekilcilik ve skolâstik içinde körleşip katılaşımağa mahkûm oldu. Sürî terkipler ve zarif taliller, prensip itibariyle semereli neticelerden daha muteber sayıldı.

Bütün bunlar, hâkimin karakteri onun şahsiyeti ve hakikî kudreti hakkında ağır bir tehlike idi. Bir çocuk gibi adım adım yedilme ifade eden

bu kanuni sistem ile hâkim - vasatî halden bahsediyorum - istiklâlinden ve kudretinden çok kaybetmiştir. Her adımı kendisine tehlikeli gösterilen, bizzat serbestçe karar ittihaz edebilmesi menedilen ve tahdit olunan kimse nihayet fikir zayıflığına uğrar. Teşebbüs hassasını, karar kabiliyetini, cesaretini kaybeder. Cesaretsiz, sünepe bir allâme, bir borukrat olur ve gitgide F şeması üzerine çalışmağı itiyat edinir. Kendisine gayri reşit muamelesi edilen kimsenin, fiilen gayri reşit olmak ve o suretle hareket etmek büyük tehlikesi içinde yüzeceğı hakkındaki eski hakikat yeniden yeniye teyyüd eder (23).

Fakat daha büyük bir tehlike vardı. Birer birer şekil verilmiş, ekseriya pek kazuistik bir kanuna korkakça tebeiyyet kanunu tatbik edenin aslen mevcut hukuki hissini yavaş yavaş körleştirmeye sebep olur. Hâkim kararının, bir istintaç yolu ile kanundan çıkarılabilir olduğunu kâfi görür ve bununla iktifaya mecbur olursa o hâkim, kararının özü itibarıyla meşruiyeti meselesinde kendi adalet vicdanı huzurunda mesul olabilmek hususundaki ince hissini kaybeder. Adalet işinde hukukî hissini tazyik ve imhası kadar kötü hiç bir şey yoktur (24).

Bununla beraber hiç bir şey kendini imha ettirmez. Tabiati rüzgârla savuralım: o gene avdet eder ve ebedi hakkını iddia eder ve bu, doğru yolda olmasa bile dolambaçlı yolda olur. Kanuna tabi hâkimde de böyle olmuştur. Bir kaide çok sıkı olursa ondan kurtulmağa eğri yollarda çare aranır. Bu, terbiye bakımından caridir, askeri ve idari hizmette kendini gösterir; fakat adalet tevzii işinde de isbatlar vardır. Bir çok, hatta en iyi ve vicdanen ince hâkimler, kanun yığınlarını korkunç bir zincir ve ağır bir vicdan tazyiki gibi hissetmişlerdir. Öyle bir zincir ki ekseriya doğru ve meşru neticeler elde edilmesini menetmiştir ve böylece kaçamaklı ve hileli yollara düşmüşlerdir. Bir yeni kalem mücadelesinin Kryptosozyoloji dediğı metod meydana gelmiştir. Yanlış zannettiğim bu tabire itiraz etmek istemiyorum; hâdise budur. Hâkim, evvel emirde kendi hukukî hissini yoklar ve kendisine doğru görünen neticeyi bulur; bundan sonradır ki kanuna müracaat eder. Kanun bu karara uygun ise ne âlâ. Fakat uygun düşmezse - kanun serbest surette tefsir edilmez, yahut bir boşluk tesbit edilmez, hele kanun hilâfına bir hüküm verilmez; bu, isyan ve hukuktan inhiraf olacaktır! - Bilâkis bizzat hâdise, hukukî unsur, kabul ve ittihaz olunan karar kanundan çıkma bir kararımış gibi tezahür edinceye kadar sıkılır ve

(23) Isabetli olarak F. W. Foerster, Staatsbürgerliche Erziehung(2), 1914, s. 66 ve Süddeutsche Monatshefte, 1914, 249 ff. Bak., Stampe, Freirechtbewegung, 1911, s. 15, 29.

(24) Bak. Kirchmann, s. 6, Spiegel, Gesetz und Recht, 1913, s. 69.

evrilip çevrilir. - Böyle bir muameleye mantıkta Sophisma deler; fakat etikte burada, cizvitlerin gaye vasıtayı mukaddes kılar suretindeki ahlâkına müracaat oluna gelmektedir (25).

Tenvir için kısmen pek malûm olan bir kaç misal verelim.

Alman hukuk yargılama usulü, muhakemenin şifahiliğini emreder; bu şifahi muhakemeye lâyihalarla hazırlanılır. Haydi buna göz yumalım. Bir çok avukatlar muhakemede sadece lâyihaları okumakla iktifa ederler. Bunun şifahi "muhakeme" nin bir komedyası olduğunda şüphe yoktur. Fakat bazı büyük şehirlerde avukatlar lâyihalarının, istinat edilen senetlerin mahkemede sözle izah edilmiş, okunmuş addedilmesini mahkemeden rica ile iktifa ederek şifahi muhakeme düpedüz yalandan olur; bunun üzerine keyfiyet celse zabıtnamesine işaret edilir, şifahi muhakeme cereyan etmiş sayılır. Bu, hakikat hilâfı bir iştir (26). - Bir ilk derece mahkemesinin hükmünde - bir kaç yüz sahife tutan - esas dosyanın bütün mündericatının şöyle şöyle mahkeme hukuzunda tkrir edilmiş olduğu yazılmıştı. İstinaf hakimi bu tesbitin "açıkça inanılmaz" bir şey olduğunu beyan etti. - Bir Alman şehrinde kaba saba bir hâkim vardı, bir çok memuriyet arkadaşları onu hakikî halkçı bir hâkimin timsali sayıyorlardı. Bir gün yeni referandarlarını şu sözlerle selâmladı. "Sizler çok okumuş baylar olacaksınız. Şüphesiz ceza muhakeme usulü kanununu ezber, yutmuş gibi bilirsiniz. Böyle bir okumuşluk karşısında size bir faydam olmayacaktır. Fakat benden iki şey öğrenebilirsiniz. Birkere usul kanununa göre hareketten daha iyi ne yapılabilir. İkincisi tahkikatının usul kanununa uyar olması için bir protokolün nasıl hazırlanacağıdır". - Bir şimendifer, bacasından çıkan kıvılcımlarla bir zarar iras etmiş idi. Müesseseye ve müstahdemlerine hiç bir kusur isnat edilemiyordu. Mutazarrırın, zararına karşı bir tazminat alması hak ve adle uygun idi. Fakat o vakit henüz bu yolda mesuliyet için bir kanun yoktu ve mer'i kanun tazminatı, yalnız zarar ika eden kimsenin kusuru halinde tanıyordu. Böyle bir halde haklı bir hüküm vermek için Bavyaralı hâkim ne yapmıştı? Şöyle basit bir kaide koydu. Müessesese, kusurlu olarak hareket etmiştir, çünkü bir şimendifer işletme Akilya kanununca bir kusurdur. Bu sebepten dolayı şimendifer idaresi mahkûm edilmiştir. Hükmün hakikî sebebi şüphesiz tamamen başka idi; uydurma sebebe ise (ki kusurdur), hükmü veren hâkim de bizzat güç inanmıştır.

(Devam edecek)

(25) Bak. Stampe, Freirechtsbewegung, 1911, s. 19 ff; Wildhagen, Reisserfest-schrift 1913, 356.

(26) Bak. Beradt, der Richter, s. 67.