

## BİBLİOGRAFYA

**CARL SCMITT. — ÜBER DIE DREI ARTEN DES RECHTSWIS SENCHAFSLICHES DENKENS. HANSEATISCHE VERLAGSANSTALT, HAMBURG 1934.**

Carl Schmitt okuyucuyu yirminci asrın, daha doğrusu nasyonal-sosyalizmin, hukuk fikrine nüfuz ettirmek istiyor. Araştırmalarına esas olarak üç tip hukuk fikrini tefrik ediyor : kararcılık (decisionisme), kaidecilik (normativisme) ve müsbetçilik (positivisme).

Hakikî hükümdar, ve binaenaleyh biricik hukuk yaratıcısı olarak, kararının hükmü ile, herkesin herkese karşı mücadelesine son vermek istiyeni tanıyan Hobbes kararcılığın mümessilidir. Diktatörlüğü müdafaa edenlerin hemen hepsi kararcıdırlar.

On sekizinci asrın tabii hukuku kaideciliğin ifadesidir. O, hukuk ülküsünü müstakil bir kaideler sisteminde görür. Her hakkın biricik kaynağı kaidedir ve hükümdar kaide emrinde bir memurdur. Kendisi de kaideye boyun eğer. Kararcılığa bir çeşit şahsiyet karışırken kaidecilik gayri şahsî ve binaenaleyh objektif kalır. Fakat nizamı, daha doğrusu (ailede, orduda, bir klise üyelerinde, bir meslek veya halde v.s... gözüken) müşabhas nizamları ihmal ve ihlâl eder.

Müspetçilik, nihayet kararcılık ve kaidecilik fikirlerinin birbirine karışmasından başka bir şey değildir ve « hukukun emniyetine » hizmet eder. Bu emniyete temayül ondokuzuncu asır burjuvalığı vasıflandırır. Bu vasıf ondokuzuncu asır burjuvalığının pek az lehindedir. Hukukun ilk iki anlaşılışının mantikî neticesi yerin, müspetçilerde, müspet hukuka kaideler kıymetini attettikleri zaman kaideciliği tanıdıkları; kaidenin göz önünde tutmadığı kuvvetler tesiri ile müspet hukukun değişmesini haklı göstermek için « factum'un kaideleştirici kuvvetinden » bahsettikleri zaman kararcılığa boyun eğdikleri görülür. Demek oluyor ki yalnız kararcılık (on yedinci asır) ve kaidecilik (on sekizinci asır) tipleri esas tip olarak sayılmalıdır. On dokuzuncu asrın müspetçiliğine gelince eski devir tiplerinin zelil bir devamından başka bir şey değildir. Faka bu ilk iki tipin yanında günün tipi yer tutarki eninde sonunda onları mağlup edecektir. Bu MUŞAHHAS NİZAMI koruyan tipdir. Hukuk ne hükümdar vasıtası ile (kararcılık) nede kaide vasıtası ile (kaidecilik) aile, kilise, hal ordu vesair gibi normal olanın, kendi normal tiplerin ve normal vaziyetlerin öz mefhumlarını kendiliklerinde taşıyan hayat sahalarının sabit ve asli nizamına keyfi bir şekilde tesir etmemelidir. Demek ki hukuk sahasını mücerred kaidelerle tanzim etmemeli fakat bu sabit ve asli mefhumları tetkik etmeli ve onlara uymalıdır.

Bu tipin zaferinin neticeleri ceza kanunundaki mefhumların (mücrimiyet, tesebbüs vs... gibi) ve müşahhas suçların tarifinin (hiyaneti vataniye, hırsızlık vs... gibi) terkidir. Bundan başka bir Devlet vatandaşlarının hepsine şamil bir bulunmayacak fakat ne kadar hal varsa «okadar (hüküm) masası olacaktır. Devlet memurları için hususi bir hukuk bulunacak, bir başkası küylülerin, daha bir başkası da tüccarların münasebetlerini... ilh. tanzim edecektir. «Fürhür prensibi» hal ve idare hukuklarında muzafferdir. Artık ferd hukukunun emniyeti eğil fakat bütün halkın menfaati bahis mevzuudur.

Carl Schmitt bu gibi sabit ve asli nizamların var olduklarına Fürher'in şuuru ile, hiç aldanmadan bunları keşfedebileceğine bizi inandırmak istiyor. Fakat bu romantizm ve mistisizm değil de nedir? Bundan başka hukuk emniyeti fikri hakikaten Carl Schmitt'in iddia ettiği kadar hakır görülebilecek değerde midir? Ne olursa olsun Carl Schmitt'in eseri cermen hukukunun yeni temayüllerini ışığa komaktadır.

**A. RECHIT — LA CONDITION DES ÉTRANGERS DANS LA RÉPUBLIQUE DE TURQUIE (ADADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE) SIREY 1934.**

Mükemmel bir üslub ile müellif mümeyyiz vasıflarını tesbit ettiği kapitülasyon rejiminin çok açık bir tarihini yapmış, gayri tabilliğini göstermiş ve ilgasının kademelerini çizmiştir.

Türkiyede yapılan değişiklikler bir rejim yerine sadece bir başka rejimin geçtiğini gösterir şekilde değil, fakat «teşriî sistemin muasırlaştırılması, laikleştirilmesi yolunda yeniden kurma, yenileştirme ve icad» işi olarak öne sürülmektedir. Bütün bunlar kapitülasyonlar devrinde yapılamazdı.

Profesör A. Rechid fizik şahısların sırası ile âmme hukuku (Türkiyeye girecek yabancıların kabulü, şahsî hürriyet, mücrimleri iade, mektep açma hürriyeti, meslek tutma, mahkemelere müracaat serbestini, malî rejim prensipleri ve hususî hukuk bakımından tali tutuldukları şartları tetkik etmektedir.

Bundan sonra manevî şahısların tabî buldukları şartları anlatmaktadır. Türkiye tarafından imza edilen muahedeler ve dahili müsbet hukuk hakkında yazılmış çok emin bir eserdir. Şu varki, yeni hukukun zanaatlarını daha iyi işaret edebilmemizi temin edebilecek olan mahkemele içtihadının bulunmasına, yazıma suç bulmamakla beraber acıyacağız.

**ENRICO PRESUTTI — ISTITUZIONI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO ITALINO, 3ª EDIZ. VOL. II. CASA EDIT. G. PRINCIPATO, MILANO 1935.**

Birinci ve üçüncü ciltleri üçüncü defa olarak bunları bu büyük eserin ikinci cildi, alâkadar olduğu bahisler yeni metinlerle çok derin bir şekilde değiştirilmiş olduğundan, intişar sahasına çıkmakta gecikmişti. Hakikaten bahs mevzuu olan Devletin merkezi daireleri, nahıye ve taşra ve daha aşağı otarşik idarelerdir.

Bütün bunlardan, çok büyük izah kabiliyeti ile Profesör Enrico Presutti, çok dakik yenileştirmelere mevzu teşkil eden yeni İtalyan tanzimini beze göstermektedir.

Doğrudan doğruya idarenin tedvivinde, memurlar statürünü Devlet şurasını, bir de dairelerin takip ettikleri gayelere Devlet idarelerinin bir tasnifini ele alacağız: **Vasıtavî daireler** yani Devlete hayatı ve müdafaası için muhtaç bulunduğu vasıtaları temine hizmet edenler (maliye, inhisar, hap, deniz, hava, esas

itibarı ile siyasi ve nazım mahiyeti yüzünden başvekâlet); **muha-faza daireleri** (dış işleri, adliye ve din, iç işleri, müstemlekeler); halkın maddeten ve manen **daha iyileşmesi** için uğraşan daireler millî talim ve terbiye, nafia, münakalat, ziraat ve ormanlar sindikalar, 1934 de yeniden düzenlenen korporasyonlar. Bu hususta şma işaret edelim ki Erico Presutti kollektif iş taahhütlerinin hukukî mahiyetleri hakkındaki büyük münakaşada mukavelevî mahiyetleri aleyhinde ve uyuşma yani âmme hukuku gift taraflı uzlaşmaları lehinde bulunmuştur. Burada mukaveleden bahsa imkân yoktur. Çünkü hukukî muamelelerde mündemic hükümlerin ihlali cezai müeyyedelere yol açar. Kazı kanun bunları âmme isimlerle göstermiş bulunduğu ve bu gibi müeyyedelerin tatbikini zarar arama hususî müeyyedesini takib ettiği için bu müeyyedeler pek sarîh olarak âmme vasfını haizdirler. Bundan başka, muayyen şartları içinde bulunan bütün vatandaşlara karşı bu hükümlerin mecburilik vasıfları da vardır (sahife 204). Bahis mevzuu olan «delege» nizamnameler kıymetini haiz hukukî normallardır ki bu, müellifin 1930 temyiz mahkemesinin verdiği bir karara muhalefetini tekid ederek, işaret ettiği derin neticelere varır.

Vasıtalı idareye gelince bu nahiye ve vilâyetleri alâkadar eder. Nahiye ile vilâyet arasında bir mutavassıt mülki taksimatlı «ente» nin lüzumu üzerinde müellifin ısrar ettiğine işaret edelim. Mahalli «ente» lerin nizamlayıcı kudreti, hizmet nizamnameleri, müstakil nizamnameler, «delege» nizamnamelerle kendini gösterir. Bu idarelerden maaş alan memurların vaziyetleri hakkında İtalyan hukukunda hususî tefrikalar vardır. Patrimonyal ve diğer varidat kaynakları sayılmış ve nasıl işletileceği izah edilmiştir. Vesayet ile Vigilenza'nın her birine mahsus sahaları göstermiştir.

Daha aşağı otarşik idareler, bilhassa hazır müesseseleri, koparatif ekonomî vilâyet ofislerini alâkadar eder. Nihayet zirai islah da çok büyük rol oynayan Consorzi'lerin birer âmme organı oldukları malûmdur.

**R. BETTINGER — LE CONSEIL DE PRÉFECTURE, JUGE DU COTENTIEUSE DÉPARTEMENTAL ET COMMUNAL, DECRET DU 5 MAI 1934, SIREY 1935.**

Fransız ve Türk âmme hukuku müesseselerinden bazıları büyük benzerlikler gösterir, ve bu yüzden, bu iki memleketi idaresine

yakın bir vasıf bahşeder. Bilhassa idari kaza hemen hemen aynı umumî esaslara dayanır. İki teşekküle tevdi edilmiştir: Fransada Devlet şurası ve iller arası vilâyet mahkemelerine, Türkiyede Devlet şurası ve vilâyet meclislerine.

Bu son zamanlara kadar, bu iki büyük memlekette, Devlet şurası âmme hukuku nizamının hemen hepsini eelâhiyetine idhal etmiştir. Şu varki Fransada yıl VIII denberi vilâyet meclisine, bilhassa nafia işlerinde, ehemmiyeti gittikçe artan selâhiyetler verildiği de doğrudur. Bununla beraber Devlet şurasına istimâf yolu ile müracaat için her ân için açıktı. Türk vilâyet meclislerine gelince onların selâhiyetleri oldukça dar bir çerçeve içinde maedut kalmıştır. Her iki memleket kanunları, teknikliği dolaüsü ile mükemmeliyetini tasdik ettikleri idari kazayı ademî merkeziyete sevk etmemişlerdir. İdari kazanın yalnız Devlet şurası tarafından rüiyet edimesi Fransada bir çok eksikliklere sebep oluyordu ki bunların başlıcaları : bir taraftan mütemadiyen çoğalan işlerin yetişemez bir hal alması diğer taraftan Devlet şurası Paris'te toplandığı için müracaat edilen mahkemeden dazacıların uzak bulunması idi. Bir kaç kere Devlet şurasının iç düzeni, işleri daha çabuk görebilmek için, değiştirildi. Fakat bu asıl çare değildi. En doğru yol Devlet şurasının yükünü vilâyetler arası mahkemeler lehine hafifletmekti. Buna karşı, Devlet şurasının değerine müsavi bir mahkeme heyeti bulamamak korkusu veya içtihatlar arasında tezatlar vukuu gibi müşküller öne sürüldü. Fakat bu manilerin hiç biri yok edilmez değildi. Şu varki, projeler komisyon ve meclisler celseleri labirintini takip zaruretinde kalmış bulunsalardı her halde bu inkilâbı yapmağa imkân olmazdı. Vaz geçilemez bir hal alan bir tedbiri kararname yolu ile çabucak infaz edebilmek için 26 Şubat 1934 malî kanununun 36 ncı maddesi ile Danmergue hükûmetine tanınan geniş selâhiyetlere ihtiyaç hasıl olmuştu. Hükûmet, vilâyet mahkemeleri azalarını müsabaka ile ve ciddi bir elemeye tabi tutarak almak, vilâyet mahkemelerinin adetlerini azaltmak ve selâhiyetlerini lâzım geldiği gibi genişletmek suretile üütün bu müşkülleri kolayca hal etti.

Doğrusunu söylemek lâzigelirse, hiç de haksız olmıyarak, bu tedbirlerin yasaya uygunluğu inkâr edildi. Hükûmet makûs teşriî hükümler müstesna, bûdce muvazenesinin icap ettirdiği tasarruf tedbirlerini kararname yolu ile almağa mezun kılındı ise «tanınan salâhiyetten gaye yaleiz ve yalnız tasarruftur. Devlet şurası aza-

larını azaltmağa imkân verdiği kabul edilse bile, vilâyet meclislerinin selâhiyetlerinin arttırılması meclisler (ayan ve mebusan) tarafından gözönünde tutulan tasarruf tedbirleri ile doğrudan doğruya bir alâkası yoktur».

Bay bettinger, vilâyet meclislerinin kazâi selâhiyetlerinin genişletilmesine dair 5 mayıs 1934 tarihli umumî idare nizamnamesinin ( bu iki metin 1 birinci teşrin 1934 de meriyete geçtiler ) genel tesirini büyük bir selâhiyetle tedkik etmiştir. Bu inkılab, yalnız Fransız âmme hukukunun bazı görünüşlerini daha iyi sezmeğe imkân vereceği için değil fakat vilâyet meclisleri selâhiyetlerinin genişletilmesi meselesinin yakın bir atide türk hukukunda bahis mevzuu olması ihtimalini kuvvetlendirdiği için de burada işaret edilmesi lâzım gelecek kadar ehemmiyetli gördük. Çünkü böyle bir halde fransız misali kıymetli bir tecrübe teşkil edebilir.

Fransız hukukunun yeni hükümlerinin umumî hatları Devlet şurası tarafından vilâyet meclisleri lehine kazâi selâhiyetlerin devrinden ibarettir, ki şunlardır :

1) Mukavele dışı mesuliyet bahsinde: Vilâyetler, nahiyeler, idarî kadrolara dahil âmme müesseselerine karşı, âmme daireleri tarafından, gerek idare edilenlere icraî fiiller veya adî geçin dairelerin müste'har kararalar yüzünden, gerek daire memurlarına haklarını ihlâl eden kararlar yüzünden yapılan zararlardan dolayı açılan davalar.

2) Mukaveleden doğan mesuliyet bahsinde: Aynı idarî topluluklar mukavelelerinin icrasından tahaddüs eden ve âmme hukukundan olan nizalar.

Önce şuna işaret etmelidir ki, bu metinlerde, bahis mevzuu olan idarî kazanın içinde bir taksimdir. Adli mahkemelere karşı hiç bir şey değişmemiştir. Bundan başka, bütün bu olanlar için devlet şurasına istinaf yolu ile müracaat dolayısıyla bir çift dereceli kaza vardır. Nihayet vilâyet meclisleri bundan böyle, şidiye kadar hiç bir surette malik bulunmadıkları ve dima devlet şurasına tahsis edilmiş olan bir takım iptal davalarını elde etmişlerdir.

Birinci teşrin 1934 den beri vilâyet mecleri birinci derecede şunlara bakabilirler:

1) Âmme daireleri tarafından iras edilen zararlardaun dolayı doğan vilâyet, nahiye ve milli olmıyan âmme müesseselerin mesuliyeti. Burada bahis mevzuu olan yalnız vilâyet meclislerinin eskidenberi rüyet ettikleri nafia işlerinden müteveilit zararlar değil - ki bunlarda objektif veya hatasız mesuliyet fikri bazen kabul edilir - Fakat bu dairelerin faaliyetleri dolayısile vukua gelen zararlardır. Burada umumî prensip, bazen mefruz olmakla beraber, yine memurun hatası fikridir. Mamafih idarenin manevi mesuliyetine sebebiyen verir. Bu itiraz götürmez değil fakat ictinabı kabil olmıyan bir hal veya kuvvei mücbire karşısında yok edilebilecek bir faraziyedir.

2) Vilâyet, nahiye ve adı geçen âmme müesseseleri memurlarının tayin, terfi, disiplin, maaş ve tahsisat işlerine taalluk eden davalar, ve nizamnameler aleyhinde müracaat müstesna, umumiyetle bu memurların haklarınıamütedair ferdi nizalar. Demek oluyor ki kaanun veya nizamnameden doğan haklar bahis mevzuu olduğu zaman vilâyet meclisleri önünde zarar ve ziyân davası ile birlikte selâhiyeti tecavüz müracaatına imkân vardır. Fakat memurların hakları mukaveleden kaynakdığı takdirde, eğer mukavele idari mahiyette ise vilâyet meclisi davaya bakar, alelade bir hususî hukuk hizmet icarından (imtiyazla verilmiş hizmetler memurları, reji şeklinde sınaî veya ticarî vasıflardaki hususî teşebbüslere benzer surette işletilen âmme müesseseleri memurları hakkında olduğu gibi) ibaret ise mukavele adli mahkemeler tarafından tedkik edilir.

3) Nihayet selâhiyetin genişletilmesi idari kaza selâhiyetine dahil ve vilâyet, nahiye ve milli olmıyan âmme müesseseleri tarafından akdedilen mukavelelere mütedair davaları da istihdaf eder. Bu devletin hususî emlâkını tedvir için akdedilen mukaveleleri bir kenara bırakır, fakat âkid taraf umumî bir menfaati takibe iştirâk bahis mevzuu olmamakla beraber âkid tarafa basit bir levazım temini külfetini tahmil edenleri, taraflar mukaveleyi âmme hukuku rejimine tabi kılmağı istedikleri takdirde, muhafaza eder.

Bu tasnifi kuvvetlendirmek için Bay Bettinger yeni ve pek çok fransız ictihadı toplamıştır. Müellif eserinin bize yeni tedbirlerin tesirleri hakkında tam bir fikir verebilmesini istemiştir.

Fransız âmme hukukuna pek haklı olarak şeref veren temina-

tın muhafaza ve tekemmülünde vilâyet meclislerinin Devlet şurasından daha az cesaretli bulunmayacaklarını müellifle beraber biz de umarız.

**L. PEREGO — IL DIRITTO NELLA COSCIENZA CONTEMPORANEA E LO STATO DI EQUITA. ZANICHELLI. BOLOGNA 1934. 338 SAHIFE.**

Çok özlü ve yeni görüşlerle dolu bu güzel eser hakkında bir kaç satırla tam bir fikir verebilmek pek zordur.

Çok öğir yorgunluklora ihtiyaç hissettirmeden kanaate değilse bile hiç olmazsa kısmen iltihaka sürükleyen tevzin edilmiş bir nazariye. Bahıs mevzuu olan, yeni yollarla ve en son neticesine kadar nısfeti haklı göstermek dayasıdır: Nısfetin Devlet esasına işlemiş bulunması.

Başlangıç noktası, bugünkü modaya uyarak, rasyonalist tenkitçiliğin, kont anlayışına göre Hak-Devlet'in, Devletin tek yüksek gayesi olan «temin»in, ondan kaynıyan ve ferd ve grup faaliyetlerinin serbestce tekemmülünden başkösına yol açmıyan, evrensel mantık şekline, ferdi serbestiye müsaade etmekle iktifa eden kanunun reddidir. Bir cümle ile rasyonelecilikte, Devlet yalnızca rasyonel hakuk nizamının muhafızıdır. Fakat bu red keyfiyeti İtalyada rasyoneleciliğin bugün en büyük müdafii olan Del Mecetio'yo ve onun yeni - tabiiçiliğine - ki tabii hukuku kritikei bir anlayışla, « günün hukukî sebebi » nde müsbet hukuk için tükenmez bir kaynak bulduğunu sanmıştır - hücnm etmektedir.

Fakal Del Vechio tarihin istinâfsız bir hüküm verdiği bir nazariyeye yeniden hayat vermeğe uğraşmakla gayesine ermiş demiş değildi. Hukuk, ki teknik yetkinliği bakımından tekâmül eder, evrensel bir akıl kanuna uyarak olması lâzım geleni elde etmekle iktifa etmemeli, fakat muayyen içtimai zarureilere ve belli tarihi devrelere göre faideli olanı elde etmeğe çalışmalıdır. Adalet tecrübe dışında kalmaz, fakat şu varki müsbet hukukla karışmaz; çünkü bu sonuncu, âdil olduğu için değil, fakat iktisat bakımından elzem içtimai zaruretlerin muayyen bir anı olduğu için, bpyledir.

Adalet nasıl bir tecrübedir? Eğer bilmek değerlemekse, eğer felsefe bilhassa değerlerin tetkiki ise, bilim meselesine baş vura-



rak bunu izaha imkân vardı. Bilimin gayeleri hareketin gayeleri ile tamamlanır. Auanevi felsefe bilim ile hareketi birbirinden ayırır, bilim ile akıl'ı bir tutar ve böylece bilime, «numen» in önünde durarak, mahdud bir saha verirken, bugünkü şuurca felsefe hakiki bilimi şuur ile bir tutar ve ruhi faaliyetin devamlı mevce dolar: Bu Bergsonculuktur. Fakat, bu iki metod arasına, bu yeni ikiciliği bir bilim tekliğine irca etmek için muhakemeyi ruhun asli ve muhtar faaliyeti gibi, koymak mümkündür. Felsefe bilmek, demek ki, ne muakale etmek, ne de istintac etmek değil, fakat muhakeme etmek yani cismanî şuur ve şeniyetin uzasal (spatial) tahlili arasındaki çatışmayı aşacak kabiliyette ruhi bir kuvvetin mahsulü olan bir hakikatı yaratmaktır (sahife 104). Teorik bakımında, hakikatı muhakemede yani idrak ile anlaşılabilen şemiyet ile doğrudan doğruya şuuri şemiyet arasında yer tutan kıymette gören ruhi harekicilik, pratik bakımda, âdili, hukukî kaidece tanzim edilen faaliyetle evrensel ahlâktan mülhem olan faaliyet - ki nısfettir - arasında yer tutan aegunuu da görür. Adalet nısfettir. Çünkü uygunluk değil denklik (oeguum) tazammum eder. O, hukuk ile ahlâk arasında dimamik denklidir. Nısfet hukuku ve ahlakı geçer. Ne hukukî olan, yani bir hukuk usûlüne uygun bulunan, ne de ahlâkî veya bir ahlâk prensibine uygun olan âdil değildir, fakat *nısfete uygun olan* âdildir. Adalâlet ne hukuk, ne ahlaktır. Fakat esbabı mucibesinde hem o, hem ötekisidir ve icrasında yeni ve muhtelif bir şeydir. Bu, mahkemece verilen «hüküm» de kendini gösterir. Hüküm sosyallığı tanzim eden teknik normallardan mürekkep müsbet hukukla ahlâk veya kökünü «İnsanlık» dan olan bir ülküsel temayüller bütünlüğü arasında müsavi bir uzlaşmadır ki nısfettir. Hukuk mefhumu hukuk mantığına (ampirik ictimai tecrübe) tekabül eder, ahlâk mefhumu müşahhas benlikleri evrensel benliğe irca eder ruhun iç tecrübesinin ifadesi gibi ahlâkî şuura tekabül eder. Nısfet mefhumu, adaletin nısfet olarak içinde tahakkuk ettiği usül (procednre) dir. Demek ki Adalet nısfettir. Adalet *önceden teşkil edilmiş* Ruh fikri değil tahakkuk eden bir değerdir. Değer olarak, sırf fiili bakımdan harekete müncer olan ruhun yarattığıdır. Fakat harekete geçen bu ruh hiç durmayan tekemmülü ile ve sonsuz değişimi «Hayat» tan başka bir şey değildir. Adalet Hayat ve alacak (devenir) tir. Oobjektif hukuk, subjektif hukuk, hukukî münasebetler ve hak sahipleri (Perego hukukî şahsın itibari kıymeti nazariyesine sâliktir) mefhumlarından ibaret

olan hukuk mantığının tedkikinden sonra *usul* münasebetini nispet asıllı, davayı hukukun ardından gelir (consecutivum) değil hukuku teşkil eder (constitutivum) mahiyette gösteren hukuk *dimamiğinin* izahı gelmektedir. Daha sonra Devlete mahiyet veren, hatta, Nisfetin tezahürü olan « İktidar » ın tekikine temas ediyortz.

Kevlet şu iki mefhuma irca edilemez: Hukuk, ahlâk. Bunlardan daha fazla bir şeydir. Elbette, hukukun en yüksek organı, en yüksek hukukî iktidar olması itibarile Devlete *hukukî bir yüz* tanımamak imkânsızdır. Hukuk yüzünden başlıca iki unsuru vardır. Bir maddî unsur: Merkezi bir iktidara tabi ahali ( hukuken ulus, Devletten ayrıdır), Devletin üzerinde boyun eğdirme gücünü kullandığı saha, ülke; bir şekli unsur: Devlet yüksek bir mürakabe ile ahenkleştirilmiş hukukî bir kuruluştur, Devlet ictimai mukavele ile kabul edilmiş bir hukukî şahsiyettir. Fakat bir ulus nizamının yalnız hukukiliğinin ifadesi olarak anlaşılabilir.

Bu unsurlara nispet vazifesinden başka bir şey olmıyan *siyasi muhtevayı* da ilâve etmek lâzımdır. *Vinculum politicum*, yalnız müşterek bir ictimai hayat faidesini temin veya ferdî insan hürriyetini korumak için değil, fakat ictimai faide ile insani tesanüd arasında bir nisbet gibi, biri ile ötekisi arasında *yus* ile ettos arasında bir uzlaşma gibi müşterek adaleti temin için ferdî iktidara bağlayan *sui generis* münasebettir. Devlet bu uzlaşmanın organıdır. Ve riyaset bu organın en yüksek en anlaşılabilir vazifesidir. Onu, bir en yüksek adalet vazifesinde cemiyet menfaatlarını ve insanlık sebeplerini sentezliyen hukukî ve ahlâkî menfaatları teyzin faaliyeti şeklinde anlamak lâzımdır. Devlet yalnız bir hukukî normaler ve ahlâkî teminler sistemi değil fakat hem birinci ve hem ikinciler arasında tevazünü onları aşan bir gaye ile ahenkleştirilmiş siyasi kaideler sistemidir de. Siyasi vazifesi birleştirici, ahenkleştirici ve müşterek adaleti hakikatlaştırmırga çalışan bir vazifedir. Demek oluyorki ne hakim devlet fikri ile doğmatizmi ne hak. Devletle krritik rasyoneleilgi, ne ferdî sub specie societatis'den başka bir şekilde görmıyen komünist mad-diciliği değil fakat nispet veya milli korparatif Devlete ulaşan muasır şuurculuk kabul kabul edilmektedir. (La Carta del Lavoro Devletin siyasi vazifesinin ifadesidir.) Bu devlet düstür üzerinde harekete dinamiktir. Bu bakımdan faşizm bergsoncudur. Günün siyasetinin ifadesi olan şuur felsefesine bağlıdır. Bununla entelektüelci ananeyi reddeder ve akıl ile şuur arasına, fikir ile

hareket arasında, ictimai ile ferdi arasında, ictimai zaruretle ferdi hürriyet arasında, hukuk ile ahlâk arasında yeni bir senetszin lüzumunu iddia eder. Bergson tarafından öne sürülen guosolojik ikicilik, ikiciliğinde ön konukları (premines) olan fakat onu aşan ve harekete, «fikir - fiil» e müncer kılan mütevassıt ülküsel bir kıymetin zaruriliğini vazeder. Bu hukuku ve ahlâkı aşma nısfettir. Ulus, *soci* lerin hukukî mutalebelerinin ve *homines* lerin temayüllerinin durulduğu tarihi bir şeniyettir. Ne mutlak bir hukukî şeniyet, ne de mutlak bir ahlâkî ülküsellik (idéalité) dir. Siyasi vazifefesini yaşayarak halkın kendi tarihi birliği cihetini elde ettiği zaman devletin aldığı şekildir. Mukavele sayesinde devleti doğuran tabii bir şeniyet değil fakat fiilde siyasi irade halinde halind, bir ulusun maddi menfaatlarını ve ahlâkî kıymetlerini nısfetle ahenkleştirme halinde Devlettir. Millet bugün içinde bir ulus hayatının antilelik temayüllerinde birleştiği, sentelik bir şeniyettir. Korporatif Devlette Milletın yeni bir tarihi vazifesi vardır.

Korporatif Devlet ise bir değişmeyi tazammun eder : visi - politica ya uygun işleme mecburiyeti ile hukuk hakimi yerine nısfet hakimini ikame eder. Hakim Devlet özüne daha çok yaklaşır. Hak - Devlet veya hürriyetci Devlette hakim, Devlet yalnız en yüksek hukukî organlar halinde anlaşıldığı için, hukuk hukuk hakimidir. Hukukilik ve ahlâkılık sentezi siyasi teşkilât halinde Millette hakim Devletin temelini teşkil eden ve iktidarın en yüksek siyasi vazifesi olan nısfete dayanan hükümler vermeğe çalışmaktan başka bir şey yapamaz. Hakim yalnız hukuk normasına ve kanunlara değil fakat Devletin siyasi idaresine de bağlıdır. Yalnız kudret müsavatını değil fakat ictimai nısfeti de meydana getirmelidir. Bunun içindir ki günün İtalyan Temyiz Mahkemesi bir tezaad arz eder : yalnız en mühim meseleleri muhakeme etmeli ve daha aşağı mahkemelerin verdikleri kararların kanuna uygunluğunu tahkik ile uğraşmamalıdır. Çünkü daha aşağı mahkemeler nihai olarak nısfetle muhakeme etmelidirler. Harekete gelince onun başbaşıma, mahsus ve özünde felsefi bir kıymeti vardır.

Böylece Devletin içine idhal edilen nısfet eyice tayin edilmiş ve emik bir şahsiyete sahip olmadan hukuk norması emrinde mütevazı bir uşak, normanın tesirinden ayırd edilmesi müşkil veya «lüzum» un esrarlı manası verilen bir mefhum, muayyen bir tasarruf muhtariyeti, değildir. Fikir-fiil kıymet muhakemesinin

felsefi tevehhini elde etmiştir. Oequum cidden Yus ile Etbos'un kaynaşmasıdır.

Anlatılması güç fakat her zaman kabul edilen ve her halde yeniden ehemmiyet kazanacak olan nısfet mefhumunu haklı göstermek hususunda L. Pergo'nun yaptığı, çok eksik bir şekilde nakledebildiğimiz ehemmiyetli yardım işte böyledir. Müellifin yeniliği nısfeti felsefenin yeni temayüllerine uydurmağa çalışan bir izah şekli bulmasındadır. Yalnız şimdi ve yalnız belli bir rejimde nısfete büyük bir inkişaf mevud olduğu zehabında belki çok bırakmak istemektedir. Halbuki siyasi rejim ne olursa olsun nısfet çok geniş tatbik devreleri görmüştür. Romalılar onu hukukun ruhu ve gayesi yapmışlardı. İngiliz müesseselerinin tetkiki birinci plandaki rolünü açığa vurmuştur. Yanlışlıkla nısfete yardımcı bir vasıf veren kanunun çok büyümesinden gesilen anane, yasa kaziyesi dışına konulması lâzım gelen ve kendi kendine mer'i bir mefhum şeklinde bugün yeniden ele alınmaktadır. Müellif nısfet ve adaleti bir ayniyet olarak görmektedir. Halbuki nısfet belki yalnız adaletin unsurlarından biridir. Bu sebeple de Page'in 1931 de aynı mefhum hakkında yazdığı ve Prego'nun görmediği anlaşılan derin tedkik eseri için bir tamamlayıcı olabilir.

Nısfet devletinin faşizm tarafından vücuda getirildiği fikri tes-hir edici bir düşüncedir ve bu rejimin mhrsulü olan iş muhokemelerinin muayyen bir ictimai münasebetler çerçevesi içinde tatbikini kalaylaştıracak mahiyette oidugunu kabul etmekle beraber faşist devleti ( temyiz mahkemesinin, vazifesinden bahsederken Peregö'nun itiraf ettiği gibi ) böyle bir neticeyi bütün diğer münasebetlere de teşmil etmiş görünmüyor. Bize kalırsa bu hal faşist devletin «Oequum»la bir ayniyet teşkil ettiğini kabule manidir. Bize öyle geliyor ki muhtelif siyasi rejimlerde hukukun mutlak surette şekli kaynaklara bilhassa kanuna bağlı olmadığı ve bu yüzden nısfete geniş bir yer ayrılabilceği kabul edilebilir. ( Kanun üstünlüğünün Fransada sebep olduğu hukuki suiistimaler ve bunlorin hâkim tarafından tashihî lâzım geldiği hakkında Bay Leray'ni fikirlerini okuyunuz: Expérience juridique, Esprit, Avril 1933 .

Devletin hem ahlâkî hem hukukî mefhumlarının kifayetsizliğini itiraf etmekle beraber Devleti hukukla bir ayniyet şeklinde gören ve hukukculuk temayüllerini çok güzel temsil eden *Kelsen* nazariyelerinin reddine tesadüf etmediğimize müteessifiz. Nihayet, bütün eserde Xantorowicz ve de Geuy'nin yanında, bilhassa

Dugnit ve Hauriou (bu sonuncunun «hukuki meşrutiyet» i şimdiye kadar yapılan müsbet hukuk meydana getirmeleri yüksekten hakimiyeti altında bulundurmaktadır) tarafından temsil edilen Fransız âmme hukukunun bugünlerdeki hareketinden, «hukuki» nin muhtariyeti lehinde olmasına rağmen, bir ize tesadüf edemedik.

De Page'ın eserinin yanında Perero'nunkini de hesaba katmak lâzımdır. Bu eserler Amerika mahkemelerinin (*dissents*'lerini unutmadan) kararları, Fransız Devlet Şurası içtihadı, ve İtalya-da İş Mahkemelerinin teşkili ipe bugün nispet'in ne kadar geniş bir surette tatbik edildiğini isbat etmektedirler.

Şunu da söyleyelim ki Türk Devlet Şurası yeni ve çok mühim, Türk âmme hukuku için vaatlarla dolu olan, bir kararında (İstanbul tramvay şirketi davası), zımnen bu mefhuma temas ettiğine işaret etmekten büyük bir zevk duyuyoruz.

*Prof. Dr. CHARLES CROZAT*

*İstanbul Üniversitesi Profesörlerinden*



## PROF. MAZHAR NEDİM GÖKNİL.— DENİZ TİCARETİ HUKUKU.

Hukuk edebiyatımız memleketimizde fazla işlenmemiş bir mevzua dair değerli bir eser kazanmış bulunmaktadır. Olkemizin iklim kütüphanesi bu eseri sadece listesine kaydetmiyecek, sine-sine de basacaktır. Şu birkaç satırdan sonra derhal ilâye edelim ki : Bu yazımın mahiyeti ne tenkidi ve ne de tahlilidir. Esasen profesörün müvacehesinde bu iki türlü kabiliyeti de göstermekten mahrum bir meslektaşım. Maksadım : sayın profesöre mesleğimin kitabiyata kazandırdığı bu eserden dolayı hisseme düşen şükran borcumu sunmak ve mevzu hakkında da afaki mahiyette bir iki skz söylemektir.

I. — Bizde deniz ticareti hukuku haylice senelik okutulma yaşına rağmen bakir kalmış, her nedense ilimde bir türlü mesut

bir surette başgöz edilememiştir. Bu dünürlülük şerefi metodik çalışmasının neticesi olarak Profesör Mazhar'd mazhar olmuştur.

II. — Mevzuun lisanımızda ilmi ve tam bir surette değişil-memesi, ortaya istifadeyi mucip bir şekilde atılmaması dolayısıyla de ecnebi lisanı bilmiyen hukukçularımız bu sahada - cesaret de olsa söylemekte beis görmeyeceğim ki - bilgisiz kalmışlardır. Bu vaziyetten ise ekseriyetle firenk avukatlar istifade etmiş ve deniz ticareti hukukuna ait davalar üzerinde filii bir inhisar temin ederek haylice para da kazanmışlardır. Her bakımdan verimli olan bu ilim sahasında, ne garip ve bahtsız bir tecellidir ki onun metnini bile baştan nihayetine kadar okumak ihtiyacını duymayan hukuk müntesiplerimize tesadüf olunmak mümkündür. Bu tuhaf vaziyetin bir saiki de mevzuun işlenmemesine, diğer bir söyleyişle ehemmiyetinin tebarüz ettirilmesine atfetmek lâzımdır. Profesör Mazhar Nedim Göknil bu eseriyle hem türk hukukçusunun dikkat gözlerini önünde diz çökülecek bir mevzu üzerine çekmiş ve hem de aynı hukukçuyu verimi ve geliri cömert bir sahada kuvvetle teşhiz etmiştir.

Bu iki bakımdan onun genç ve kudretli şahsiyetine yalnız türk hukukçusu değil, öz memleket iktisadiyatı dahi borçlanmıştır.

III. — Profesör Mazhar Nedim Göknil eserini sekiz senelik okutma hayatından sonra oftaya atmıştır. Ben bu müddeti ne eksik ne de fazla buluyorum. Bir profesörün bir iki sene içerisinde kital yazmasını biraz acelecilik olarak addeder, on seneyi Mütecaviz müddetle ise müruru zamanın küflenmiş meyyaş konusunu duyarım. Bay Mazhar Nedim bu telâkkiye göre bu vazifesini tam zamanın da başarmış bir vatandaştır. Hulâsa etmek lâzım gelirse o eserini ölkesine kürsüsünde pişmiş olduğu bir anda sunmuştur.

IV. — Eser, ilmi sistemle yazılmıştır. Zira:

a) Eserin yazılması dolayısıyla müracaat olunan kitaplar müte-nevvi ve zengin mevzuattır. Yani eser dokümantasyon itibarile tam ve mutlaktır. Muhtelif lisanlarda yazılmış alâkadar ilim kitaplarından istifade edilmiş, kanun nizamname ve talimatname-ler didik dik tetkik edilmiş, elenmiştir.

b) Eserin fihristi ise metodik bir tasnifin sahibidir.

c) İlâve de etmek lâzımdır ki eser lisanımızın temiz ve vakur dililede kaleme alınmıştır.

V. Müellif eserinin her kısmında hâkim ve nafiz bir vaziyette-  
dir. Bu kısımlardan burada ayrı ayrı bahsetmemize bittabi imkân  
yoktur. «Kaptan» bahsi üzerinde ise şu bakımdan kısaca durmak  
emelindeyiz :

Malûmdur ki deniz ticareti kanunumuz kaptanın ilmi tarifini  
yapmamıştır. Fakat halk lisanımızda «gemisini kurtaran kaptan-  
dır» diye meşhur bir söz vardır. Bu sözü kalbi ve kafası tertemiz  
aziz meslektaşım Bay Mazhar Nedimi «önsöz» ündeki asil teva-  
zuuna rağmen eserine atıfta bulunarak tatbik edecek ve  
diyeceğim ki:

Profesör Mazhar Nedim Göknil eserini hem iyi bir kaptan  
olarak kurtarmış ve hem de onun yapışına herhangi bir mem-  
leketin ilim denizlerinde dabi eskimeden payidar olmak mazhri-  
yetini ve füsununu zerketmesini bilmiştir.

*Dr. Jur. MÜNİP HAYRİ ÜRGÜPLÜ*