

## Kanunu Bilmemek Özür Sayılmaz kaidesi hakkında bazı düşünceler [1]

Yazan :

**M. G. Derreux**

Hukukî ve İktisadî ilimler doktoru, Laon  
mahkemesinde yargıç yardımcısı

Çeviren :

**Jale Güral**

Ankara Hukuk Fakültesi  
asistanlarından

«Kanunu bilmemek özür sayılmaz» hukuk kaidesi (hukuk meseli) halk tarafından en çok bilinen kaidelerden biridir. Hukuk meselelerinde cahil olan bir çok kimseler, hiç olmazsa her şeyi bilmeleri lâzım geldiğini bilirler ve bu kadar basit olan kaide de dikkatî üzerine çekecek değerde addolunmaz. Bununla beraber sat'î bir görüşle iktifa edilemezse belki de bunun ciddi bir düşünme konusu olabileceği görülür.

Manş ötesindeki Üniversiteler yüksek bazı kimselere veya hiç hukuk tahsili yapmamış bazı bilginlere sırf itibari olarak fahri hukuk doktoru unvanını verirler, fakat Fransız hukukçusu yukarıda hatırlatmış olduğumuz kaide sayesinde daha fazlasını yapıyor ve itibari olarak yalnız bazı kimselere değil, fakat herkese basit bir hukuk doktoru unvanından daha fazla olarak, hukukun tamamı hakkında mükemmel bir bilgi atfediyor. Fakat böyle bir sanının (fiction) bizi gerçeklikten (réalité) çok uzaklara götürüp götürmeyeceğini kendi kendimize sorabiliriz. Böyle bir bilgiye malik olmayan ve olmak iddiasında da bulunmayan kimselere bunu atfetmek tehlikeli olmaz mı? Zoraki hekim ancak komedilerde mevcuttur, zoraki hukukçu gerçeklikte (réalité) yaşamalı mıdır? Hukuk imtihanının daha ilkin de muvaffakiyet göstermiyen talebe, düzgünce konuşmayan, okuma ze yazma bilmeyen köylü, hatta fransızca bilmeden tesadüfen Fransadan geçmekte olan yabancı, bütün kanunları bilir mi addolunacaktır? Şüphesiz mahkeme içtihatları (Jurispru-

[1] Revue Trimestrielle de Droit Civil - Tome VII,

dence) ve doktrin adalet gaygusu ile bu an'anevi kaideden (hukuk meselinden) sadece mantıkî sonuçlar çıkarmaktan çekinmişlerdir. Bu kaide ekseriya tatbik edilirse de her zaman tatbik edilmez. Muayyen bir formül ile bağlanmaktan kaçınılır. Bu görüş tarzı; bizi bir dereceye kadar tatmin ederse de yeni bir endişe mevzuu vermez mi? Bize «Her şeyi bilen bir adam» dedikleri zaman ona ne şekilde muamele edeceğimizi açıkça biliriz. İâkin bize bu adam her şeyi bilir, fakat meğerki fazla bir şeyler bilmesin derlerse tereddüd ve şüphe içinde kalırız. Eğer «Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz» kaidesi (hukuk meseli) her zaman tatbik edilmezse, tatbikatçı ona ne zaman istinat edeceğini nasıl anlayacaktır? [1]

Bu Etüdümüzün konusu hukukta mevcut olan ve bizim de ortadan kaldırmak istediğimiz bu kararsızlıktır.

An'anevi kaideyi (hukuk meselini) tamamen terk etmek yerinde midir? Veya, eğer onu terk etmek yerinde değilse, ne miktarda muhafaza etmelidir? İşte halledilecek mesele. Çok ince ve güç bir mesleki, bu güçlük, meselenin hallinde muvaffak olamadığımız takdirde bizim maazeretimiz olacaktır. Fakat tartışmaya girmeden evvel meselenin sınırlarını iyice tesbit etmek lâzımdır. Hakikaten çok defa hukukçular, kanunu bilmemek bir özür sayılmaz kaidesine (hukuk meseline); çürütülebilir bir karine mahiyeti vererek zikrederler. Onu bu şekilde anlayış hiç bir sanı (fiction) ifade etmediği gibi tenkide de yer vermez. Kendimizi ilgilendirebilecek hukuk kaideleri hakkında genel olarak bazı bilgilere sahip olduğumuz çok doğrudur: Çünkü kanun böyle bir aleniyete tabi tutulmuş, etrafımızda hayatın önemli olaylarına onun karıştığını o kadar sık olarak görmüş, gazetelerde daima onu beğenen veya tenkit eden o kadar çok makaleler çıkmıştır ki, tereddüt halinde ilgililerin onun hakkında bilgileri olmadığının kabulünden ziyade, malûmatlarının mevcut olduğunun tahmini daha tabii ve yerindedir; ve bu manada herkes bu kaideyi tasvipte birliktir. Diğer cihetten ve bunun aksine olarak bu kaideye çürütülmesi mümkün olmayan bir karine mahiyeti verilirse uygulanması, ilgililerin zımmî rızasıyla ortadan kalkabilecek olan bazı kanunlar, açıkça bunun tatbik alanının haricinde kalırlar.

[1] Yuzarların bir çoğu bu hususta hiç bir kriteriyum göstermezler, diğer bazıları ise (ileride görüleceği üzere) bir takım formüller ileri sürerlerse de bunlarda tenkitten âri değildirler.

Meselâ bir satış akti yapan ve sözleşme (mukavele) masraflarının prensip olarak satıcıya ait olduğunu zanneden iki kişi, satış fiyatı üzerine bu masrafları ilâve ederek onu bu masralar nisbetinde artırabilirler. Böyle bir vaziyette yargıç medenî kanunun 1593 üncü maddesine rağmen sözleşme masrafının satıcıya ait olduğunu kabul etmelidir. Çünkü bu ve buna benzer diğer hukuk kaidelerinin en yüksek gayesi tarafların gizli kalan iradesine mütlak saygıdır, bu iradeyi kanun namına değiştirmek hakikatte, kanunu ihlâl demek olacaktır [1].

Meselemizin sınırları bu mülâhazalarla tahdit edilmiş olduğundan biz onu şu şekilde ifade edebiliriz: Hiç kimsenin yorumlayıcı (tesir edici, interparative hukuk kaidelerinden maada, diğer bir kanun hakkındaki bilgisizliğini (yahut hatasını) isbat etmesine müsaade edilmeyeceği doğru mudur? [2]

Evvelâ bu an'anevi kaidenin (hukuk meselinin) mütlak bir surette tatbiki lehinde ileri sürülebilecek delilleri mümkün olduğu kadar tarafsız bir surette izah edeceğiz.

Her şeyden evvel bunun eski bir kaide olduğu göz önünde tutulmalıdır deniliyor. Eski bir kaideyi değiştirmek, meçhul içine atılmak demektir, bu aynı zamanda hukuk bilginlerinin (Jurisconsulte) bu kaideyi pratik hayatın ihtiyaçlarına uydurmak için yapmış oldukları çalışmayı da hiçe indirmektir, bu nihayet hukuk prensiplerini değiştirmek suretiyle bu değişmenin doğuracağı bir şaşkınlığa atılmaktır.

Diğer taraftan Medenî Kanunun metnide açıktır: «Kanunlar... İmparatorluğun her tarafında neşr ve ilân edildiklerinin öğrenilmesi mümkün olduğu anda tatbik edilmelidir.» Bundan sonra gelen fıkrada «Neşr ve ilân belli bir müddetin geçmesinden sonra herkes tarafından bilinir, addolunur.» Bu belirli (muayyen) müddet, 1804 tarihindenberi değiştirilmiş ise de bu önemi haiz değildir. Çünkü kararnamelerle tayin edilen müddetten sonra herkes kanunu bilir addolunur. Portalis «Kanunu bilmenin veya bi-

[1] Cf: Bu manada Cass. req. 11/ocak/1887 D. 885. 269

[2] Biz bu etüdümüzde hukukî hatadan veya bir hukukî kaideyi bilmemezlikten ve fili (maddi) hata veya fili (maddi) bir vak'ayı bilmemezlikten; arada bir fark gözetmeksizin aynı şekilde bahsedeceğiz. Hata ile bilgisizlik ayrı, ayrı şeyler olmakla beraber herkes; tetkik etmekte olduğumuz meselede onların aynı hukukî neticeler meydana getireceğini kabul eder. Aubry ve Rau ya bakın. 5 ed. t. I. P. 94, not. I. Garraud 2 ed. Traité de droit pénal. t. I. P. 557

lebilecek bir durumda bulunmanın» aynı şey olduğunu söylerdi. Medeni Kanunda bu prensibe belirli bazı uygulama alanları vermiştir. Bilhassa «Mahkeme önündeki ikrardan... hukukî bir hatadan dolayı geri dönülemez (rucu edilemez) diyeni 356, «Sulhnamelerin, hukukî hatadan dolayı fesh edilemeyeceğini» söyleyen 2052 inci maddeleriyle. Bu kaidenin taraftarları bundan fazla olarak, biz yalnız kanun metinlerine değil aynı zamanda mantığa da dayanıyoruz diye müdafaalarına devam ederler. Hakikaten akıl (mantık); iki zıd temayül arasında kalmıştır. Bir taraftan kanunların yalnız, bunları bilen kimselere uygulanması istenir, lâkin diğer taraftanda apaçık sosyal zaruretler, bunların herkese tatbikini icabettirir. Bu güçlüğü nasıl halletmeli? Görünmez bir uzak bir mesafeden atacağı bir mai ile herkese mükemmel bir hukuk bilgisi aşılacak bir aletin mevcudiyeti muhakkak surette bu meselenin ideal bir hal çaresini teşkil ederdi. Matte-essüf fiiliyatta kanunlar, çok daha fena bir usulle, resmî gazete ile yayımlanırlar. Bundan çıkabilecek zorluğu yok etmek maksadıyla de bir dolambaçlı yola sapmak mecburiyeti kendini gösterir. Hühümet; hukuk kaidelerine mümkün olan en geniş ilân tarzını temin ettiğinden herkesin onları bilir farzedilmesi zaruridir. Bu sanı (fiction) o kadar doğrudur ki, iyi bir vatandaş kendisini idare eden kanunları bilmemezlik edemez, bunları bilmeyen ve bilmediğini mahkemeler önünde söylemek suretile bu bilgisizliğinden faydalanmak isteyen herhengi bir kimse, kendisine şu meşhur «Nemo avditur turpitudinem suam allegaus» işlenen hata size bir lütuf (menfaat) temin edemez.» kaidesinin hatırlatılmasına lâ-yik olur.

Ve sonra, acaba bu sanı iddia edildiği kadar da réalitèden uzak mıdır? «Sokaktan geçen bir ameleye; meselâ Hipotek rejimimiz hakkında soru sorduğumuz zaman size bu hususta ne cevap vermesini bekliyorsunuz?» diyen biraz kaba bir sağduyununda fazla tesiri altında kalmamak lâzımdır. Gerçekten, ondan bu hususta bir cevap beklenemez, fakat bu adamı kendisine uygulanması mümkün bir kanun hakkında sorguya çekelim, belki de daha iyi bir bilgi sahibidir. Zaten her hangi bir kanunî mesele hakkında daha derin bir bilgi sahibi olmak ihtiyacını duyduğu gün kimse-den nasihat almadan kendisine yol gösterebilecek selâhiyetli bir adama danışmayı da ihmal etmez.

— Bu klâsik kaidenin (Hukukî meselinin) sıkı taraftarları; bu prensibin doğruluğunu isbat ettikten sonra, şimdi de ondan çı-

kacak neticelerinde makul ve umumiyetle mahkeme içtihatlarına uygun olduğunu, göstereceğiz diye sözlerine devam ederler.

A — İlik olarak - bu müttefikan kabul olunur - ceza mahkemelerinde suçlu; kanunu bilmediğini veya kanunu yanlış yorumladığını isbat ederek cezadan kurtulamaz, boş yere bu bilgisizliğinin meşru olduğunu (excusable) veya bu yorumunun bir dereceye kadar makul olduğunu iddia edecek, boş yere kanunu kendisi gibi anlamış olan yazarları ve mahkeme kararlarını gösterecektir. Hüsünüyeti ne kadar aşikâr olsada üstünlük yine kanunda kalmalıdır [1].

B — Kanunu bilmemek yalnız suçu ortadan kaldırmamakla kalmaz, prensiplerin sertliği, bunun cezayı azaltıcı sebep olarak kabulüne de mani teşkil eder. Fakat doğruyu söylemek lâzım gelirse, Jüri kararlarında mucip sebepler göstermediğinden, onun, prensipleri ihlâl etmesine mani olunamadığı gibi bir yargıç cünha (Police correstionelle) veya kabahat işlerinde «cezayı azaltıcı sebeplerin mevcudiyetine binaen» demekle iktifa ederse [2] verdiği karar tenkide maruz kalmaz. Fakat ekseriyetle yapıldığı gibi yargıç, cezayı azaltıcı sebep olarak kabul ettiği vak'aları tasrih eder, ve eğer bunlar arasında kanuni hatada mevcut olursa karar sırf bu sebeple ıslâha veya bozulmaya elverişli olur.

C — Şimdi de geniş Hüsusi hukuk alanına girelim, orada da aynı prensibe tesadüf edeceğiz. Sade bir «bilmiyordum» demekle kanunun uygulanmasından kurtulunulamaz, çünkü bilmek lâzımdır. Bir kanunun tayin ettiği hak düşümü, zaman aşımı, butlan veya herhangi bir ceza hakkında ki hükümlere uygun hareket etmeyen kimse, bu bilgisizliğini bahane ederek bunların tatbikinin önüne geçemez. [3]

[1] Cf. Ulpian: «Ignorantia enim excusatur non Juris, sed facti.» L. II, fr. 4, de is notantur infami. Bir çok yabancı kanunlar, sarıh olarak hukukta hatanın veya hukukî bir kaidenin bilinmemesinin bir suçu mazur gösteremeyeceğini kabul ederler: Macar Ceza Kanunu (Pr. 81 ve 82), Avusturya Kanunu (Paragraf 3) İtalyan Kanunu (Mad. 44) Danimarka Kanunu (Parag. 42) Portekiz Kanunu (Mad. 29), — Adde, cass. 17/Temmuz/1839, s. 89.1.718, 28/Haziran/1864, D. 62.1.305, — Orleân, 22/Nisan/1868, D. 68.2.88-Cass. 12/Ağustos/1881, S. 85.2.80 8/Eylül/1892, D. 98.1.858. — Toulouse 17/Eylül/1884, S. 85.2.90, — Lyon. 4/Ocak/1884, D. 84.22.159. Garraud, droit péroit pénal francis, 2 ed. t. L. P. 596, Laine, Traité elem. de droit criminel,

[2] Yargıcın mevcudiyetini kabul ettiği cezayı azaltıcı sebepleri tasrih etmek zorunda olmadığı malumdur. (Cf. Garraud, op, cit. t. I. p. 556).

[3] Aubrye Rau 5 ed., t. I. p. 94, Laurent nede bakınız. t. I. p. 23 ve 24.

D — Kanunu bilmemek; yalnız doğrudan doğruya kanunun size tatbikine mani olmayacağı gibi, kanunî bir vecibeyi yerine getirmeyi ihmalden doğan sorumluluğu da ortadan kaldıramaz. [1] Meselâ: İş hukukuna dair olan nizamları ihlâl eden bir işveren hüsnüniyetle hareket etmiş olsa bile işçilerinin bundan doğan zarar ve ziyanlarını tazminle mükelleftir.

E — Hatta daha ileriye bile gitmek lâzımdır. Hukuk kaide-lerinin bilinmemesi, bunları ihlâl edenin kusurunu ortadan kaldırmadığı gibi hatta bu kusuru hafifletemez de. Hukuk mahkemeleri; bilindiği üzere bir çok hallerde kusurun derecesini ölçmeye mecburdurlar. (Meselâ: Culpa lata neticelerine karşı, yapılan sigorta kanuna aykırıdır, Medenî Kanununun 804 1378, 1927, 1928, 1992 inci maddeleri gibi bir çok kanun metinleri bazı kimselerin sorumluluklarını, kusurlarının ağırlık derecesine göre tayin ederler, 9/Nisan/1898 tarihli kanununun 20 inci maddesi de böyledir v.s...) Fakat madem ki, herkes kanunu bilmeye mecburdur, fiiliyatta onu bilmemenin veya bilmemenin bir önemi yoktur. Ona, muhalif hareket her zaman aynı şekilde ağırdır.

F — Nihayet son olarakta, kanuna aykırı hareketiniz bir üçüncü şahsın tesiri altında işlenmiş ise, bunun neticelerinden siz sorumlu olmakla beraber; hiç olmazsa sizi aldatan bu üçüncü kişiden tazminat isteyemez misiniz? Hayır, çünkü insan hukukî bir meselede iğfal edilmeye müsaade etmek suretiyle bizzat kendisi; başına gelen bu muvaffakiyetsizliğin failidir. Çünkü insan; kendisi hata ettiği içindir ki, başkası tarafından aldatılmıştır. Burada, bazı kimseler işte bu kaidenin drakonnien (draçonnien) bir tarzda tatbiki diyebilirler. Lâkin bu uygulama şeklini müdafaa için yarıgtayın çok defalar münakaşa edilmiş bir içtihadı ileri sürülür. Tren memurları, tarifeler hakkında vermiş oldukları yanlış malûmatla sizi bir zarara soktukları zaman, onlardan tazminat istemek hakkınız var mıdır? Bu husus da misâl mahiyetinde olmak üzere yarıgtayın bir kararını zikredelim: Tren nakliyat tarifeleri, kanun kuvvetinde olup neşr ve ilân edilmiş olan bakanlık kararile tesbit edilmiş olduğundan, değiştirilemez ve bunları bilmemekte bir özür sayılmaz. Binaenaleyh davacı bu nakliyat şartları hakkında bir memurun verdiği malûmatla hataya sevk edilmiş olduğunu kanunen iddia edemez, bundan dolayı temyiz edilmiş kararda haksız

[1] Aubry ve Rau. ibid.

olarak bu hata ve gecikmenin neticelerinden doğan zarar kumpanyaya yükletilmiştir... vd. [1]

Yüksek mahkeme diğer mahkemelerin uzun bir mukavemetine rağmen, aşağı yukarı bütün yazarlarında tam bir tasvibile her zaman bu ictihadını muhafaza etmiştir. [2]

Halbuki böyle bir hal tarzı şu genel prensibin vücüdünü icabettirir: Sizi bir hukuki hata yapmağa sevkeden veya böyle bir hata yapmanıza müsamaha eden kimseden tazminat istenemez.

Hatta biz daha ileriye giderek diyelim ki, madem ki bu prensip göstermiş olduğumuz -bu özel vaziyte tatbik edilmektedir, o halde sair hallerde de evveliyetle (a fortiori) uygulanmalıdır.

Hakikaten tren tarifelerini aynıyle, kanunlarda olduğu gibi resmî bir neşr ve ilân tarzı yoktur. Diğer taraftan bu tarifelerin resmî metninin tek maliki kumpanyalarda bu tarifelerin serbestçe halk tarafından görülmesine müssade etmezler. [3]

[1] Cass. civ. 21/Ocak/1901 Gaz. des. trib. 6/Haziran/1901

[2] Orléan ticaret mahkemesinin bir kararını bozan 13/2/1868 tarihli yargıtay kararı (Lamme-Fleury, code annoté de chemin de fer, 1905, p. 891) Saint paul ticaret mahkemesinin bir kararını bozan 16/Mart/1869 tarihli yargıtay kararı (ibid) Sein ticaret mahkemesinin bir kararını bozan 15/Aralık/1874 tarihli yargıtay kararı; Cass. req 15/Haziran/1875, s 77.111.76 kararı bozulan mahkemenin ismi gösterilmiştir.

[3] Hakikaten tarifelerin halkın tam güvenliğe dayanabileceği ve icabında kumpanyalara karşı dermeyan edebileceği bir yayınlama tarzları yoktur. Bununla beraber kumpanyalar gönderenlere kabul edilmiş olan tarifelerin önemli noktalarını gösteren bir makbuz (récepice) vermek zorundadırlar, bu hususun hatayı yapılmış olması kumpanyalara yalnız cezai sorumluluk yükler. (Cass. crim. 31/Temmuz/1857 Bull. Cass. crim. 295) Hukukî sorumluluk asla Cass. 1/Mart/1095 gaz des. Trib. 19/Nisan/1905; diğer taraftan 15/Kasım/1846 tarihli (Ordonence) 48 inci maddesine tevfikan yapılan ilânlarda resmî bir ilân mahiyetini haiz değildir. Bu ilân kısmen afiş ve kısmen de garılara asılmış el tarifesi (chaix kitap evinin neşrettikleri gibi) şeklinde yapılır. Yargıtayda (ch. civ.) bu el tarifelerinin «hiç bir resmî karakteri» olmadığına karar vermiştir, 26/Haziran/1893 Nammé-fleury, code annoté de chemin de fer P. 125-124) Afişlerde aynı şekilde Chaix kitapevi tarafından hazırlanmış olup onlar da resmî bir karakter tanımak için hiç bir sebep yoktur. Nihayet 7/Ocak/1893 tarihli bir bakanlık sirküleri tarifelerinde resmî gazete ile yayınlanmasını ön görmüş ise de bu açık olarak ne halkın ne de kumpanyaların birbirlerine karşı olan haklarından, ve ne de kumpanyaların mesuliyetlerinden hiç bir şey değiştirmemiştir: Bu yayımın ancak resmî bir bilgi vermekten başka bir kıymeti yoktur, Bütün bu noktalar hakkında daha fazla malûmat için tarifelerin hukukî mahiyeti hakkındaki etüdümüze bak, 136 vd. (Rousseau, 1906)

Buna rağmen eğer kanunu bilmemek özür sayılmaz kaidesi (hukuk meseli) kumpanyalar lehine tarifelere uygunlanmakta devam edilirse, bunun halk menfaatine olarak kanunlar hakkında da uygunlanması ne kadar çok daha yerinde olur.

Mahkeme kararlarının bize ilhâm etmiş olduğu misallerden birini gösterelim: Elinde işletilecek sermayesi bulunan bir şahıs, bir komisyoncu, bu parayı işletilecek bir vasıta bulmaya memur eder, komisyoncu müşterisine bir evli kadın tarafından kocasının muvafakati alınmadan imzalanmış bir senedi; böyle bir senede kanunun ne kadar az bir değer atfettiği hususunda müşterisini ikaz etmeden verir. [1]

Borç ödemediği takdirde komisyoncunun sorumluluğu cihetine gidilmelidir? Montpellier mahkemesi, bu soruya müsbet cevap verdi. Fakat bu iş yargıtaydan geçmiş olsaydı, bunun aksi bir karar vereceği düşünülebilirdi. Çünkü hakikaten neden bir komisyoncu, bilinmesi kolay olan kanunlar hakkında müşterilerine resmî metni yalnız kendilerinde bulunan kumpanyaların; bu tarifeler hakkında kendi müşterilerine vermek zorunda oldukları bilgidan daha fazlasını vermeye mecbur tutulsun? Bu bakımdan burada da diğerinde olduğu gibi halkın itiaazlarına karşı »Kanunu bilmemek mazaret sayılmaz.« diye cevap vermek lâzımdır.

G — Bu genel kaidenin müdafileri «görüldüğü üzere bu kaide harfiyen nazara alınabilir, ve bunu tadil eden bir metne tesadüf edilmedikçe her zaman uygulanabilir» diye sözlerine devam ederler.

Lâkin burada: Elbette hususî hukukta istisnalar pek çoktur. Kaideler haline girende yine bunlardır ve kaide de ancak istisnaya tatbik edilir diyerek sözümüzü keserler, ve misâl olarak bize Medeni Kanunun 201 inci maddesini aynı zamanda 459 uncu maddesini, 1109, 1110 uncu maddelerini ve 1299 (in fine) ve 1376 - 1377 inci maddelerini, 2265 ve 2279 uncu maddelerini ve diğer bir çok maddelerini gösterirler. Filhakika bu kadar metin bolluğu altında, bir çok nesiller tarafından tekrar edilmiş olan bu ihtiyar kaidenin boğularak ortadan kalkması lâzım geldiği doğru gibi görünür.

Fakat onun taraftarları; müsterih olalım diye tekrar söze başlarlar, ve bütün bu metinler bir şahsın bir hata işlemiş olduğunu kabul ederler, fakat bu hatanın nevinin tasrih etmezler. Bu

[1] Cpr. Montpellier 21/Aralık/1889, Fr. 90.2,250



metinler fiili hatalara uygulanacağına göre hukukî hatalara tatbik edilemezler, zaten medeni kanun daha başında herkesi kanunu bilir farz eder. Başka bir deyimle hukukî hata yok addolunur. Kanun yapıcı bir kere bu prensibi konduktan sonra, kanunu yorumlayacak olanın bunu her vakit için göz önünde tutacağını düşünerek daima bunu tekrarlamayı lüzümsüz bulur; derler.

Gerçekten kanunu bilmemek gibi özürü olan bir şahsın, kendilerine hiç bir kusur atfedilemeyecek kimselerle menfaat ihtilâfına düşmesi halinde bu kişiye; âdil bir kaide olan «Jura vigilantibus prusunt»un uygulanmasını icabettirmez mi? Bu görüş tarzının öyle büyük bir kıymeti vardır ki, doktorinin bu an'anevi kaideyi ima edilen hallerde değerden düşürmesine rağmen, mahkemeler bunun tesiri altında kalarak israrla onu tatbikte devam etmişlerdir. Bu bakımdan, evvelâ yüksek mahkemenin de (ch. de req. 14/Ağustos/1882) aşağıda görülecek şartlar altında vermiş olduğu karara işaret edelim:

Karaya oturan bir vapurun kaptanı; müekkillerine müracaat etmeden geminin yükünü, kurtarılması mümkün olduğu ve satışında da aceleye lüzum olmadığı halde müstacelen sattırmıştır. Satın alan hüsnüniyetine dayanarak bu satışın sahi bir satış olduğunu iddia etti. Davaya bakan yargıçlar kendisini haksız çıkardılarsa da yargıtay diğer bozma sebeplerinin yerinde olmadığını söyledikten sonra: «Müşteri Simon her ne kadar hüsnüniyetli olduğunu ileri sürerek malların bu satışının hiç olmazsa kendisi için hüküm ifade edeceğini iddia etmişse de; bu iddia temiz edilen kararda kanunu bilmemek bir mazeret sayılmaz mucip sebebiyle reddedilmiştir, ve bu da yerindedir. Çünkü hukukî hatayı, ileri sürerek medenî hukukta meselâ 20 ve 10 senelik bir zaman aşımı veya 2279 uncu maddedeki kaide gibi haddinden fazla bir menfaat temin edilemez.»

Sarih olan şudur ki: Yargıtay bu kaideyi (Hukuk meselini) hatta yüksek bir takım yazarların tatbikine kuvvetle muhalif oldukları Medenî Kanununun 2265 ve 2279 uncu maddelerinde bile istimâl etmektedir. [1]

Medenî Kanununun 549 uncu maddesinin öngördüğü önemli bir

[1] Bu kaidenin uygulanması lehinde: Troplong 11, 926, Luranton XXII 888. Bilhassa 81 pr. Dlgde usurpet usuc, (41,3) 15 dig, pro. eim (41,4) Kanuna istinat ederler,

vaziyeli de göz önünde tutalım. Başka bir yargıtay kararından şunları okuyoruz :

(ch. des. req) — «549 uncu madde mucibince tabii semereler iyi niyetli zilyedin olur. 550 inci maddedeki tarif mucibince, zilyet malik sıfatiyle ve sakatlığını (vice) bilmediği bir hukukî tasarrufla temellük etmiş ise iyi niyetlidir. Bu sakatlığın (noksanlığın); bir kamu kanununu ihlâl eder mahiyette bulunması hali bundan müstesnadır. Zilyedin hatasının fiili veya hukukî bir sebepten doğmuş olmasının önemi yoktur [2].

Bu kararda; görüldüğü üzere etüdümüzün başında, kamu kanunlarıyla diğer kanunlar arasında yaptığımız ayırmayı teyit eder. Herkes bu kaidenin çürütülmesi mümkün olmayan bir karine olarak kabulü halinde, bunu, fertlerin yapacakları sözleşmelerle hükmeden kurtulmaları mümkün olan kanunları istihdaf etmediğini bilir. Fakat kamu intizamına taallük eden kanunlarda, yukarıda işaret edilen karardanda anlaşılacağı üzere «kanunları bilmemek maazeret sayılmaz.»

Bununla beraber mahkeme içtihatlarının doktrin ile birleşerek bu kaideyi (meseli) tatbikten kaçındıkları çok mühim bir hal vardır. Bu da Medenî Kanunun 1109 ve 1110 uncu maddelerinin öngördüğü haldir. Yazılara ve birçok mahkeme kararlarına inanmak lâzım gelirse, bütün muvakafeleler ve daha genel olarak bütün hukukî muameleler iki nevi hata arasında hiç bir fark gözetilmeden, hatta hukukî bir hata dolayısıyla de iptal olunabilirler. [3]

Meselâ at satışlarında; bu satış dolayısıyla ister kanunun en genel kaidelerinde hata edilsin, ister bu hata satışa arzedilen atın binek hayvanı olup olmadığında yapılsın, ikiside tamamen aynı önemi haiz olacaktır. Bu kaidenin (hukuk meselinin) zecrî (radical) taraftarları; lâkin bu yukarıda işaret edilen teori birçok itirazlara müsaittir. Zaten mahkemelerde bunu hiç tereddütsüz uygulamaz. Acaba bu nazariye neye istinat ettiriliyor? Kanun metinlerine mi? Fakat onlar yalnız şeyin mahiyetindeki hata ile

[2] Rep. 11/Ocak/1887, D, 88.5.269

[3] cf. Demolombe, t XXIV: 129 — Aubry et Rau, t: 1 (5 ed.) p. 496, — Laurent t. XV. 505,508 — Baudry Lacantinerie et Barde, t. 1, 70, — Planiol, t. 1 (2 ed.) 280 — Metz, 28/Kasım/1817, s. 19.2.142, — Toulouse, 16/Ocak/1824-24, 2. 115 Besançon, 1/Mart/182. D. Rep. Obligation, n. 147 — Grenoble, 24/Temmuz/1830 S. 31-2-36, — Limoge, 8/Aralık/1887, s. 89.2.27 Cass. Civ. 12/Mart/1845 S. 45-1-525, — Cass. Req. 26/Mart/1888, S. 89, 1, 2.48- Chambery, 11/Ocak/1894 D. 95.2235

şahıstaki hatadan bahsederler, genel bir kaide olan kanun nasıl olurda bir şeyin mahiyetinden ve insandan bir parça teşkil eder.

Mantığına istinat ediliyor? Hele bu asla olamaz. Nasıl olurda biri yaptığına bilen, diğeri hafiflikle kanun hakkında bilgi edinmeden sözleşme yapan iki şahıstan birinin bu bilgisizliği yüzünden mukavele feshedilir. Bilgisiz ve hoppameşrep âkidi zarara sokmamak maksadiyle bilgili ve dikkatli hareket eden zararlandırmak! Düşüncesiz hareket edenlerin iradesini her şeye üstün tutan tuhaf bir adalet olurdu, bu doğrusu diye şiddetle itiraz ederler.

Mahkeme kararlarını daha yakından takip edelim :

Hukukî hata ile muallel bulunan bir hukukî muameleyi sahih olarak kabul etmesine rağmen yargıtayca bozulmamış iki istinaf mahkemesi kararına (Besançon ve Dijon) tesadüf edeceğiz. [1]

Her ne kadar Besançon mahkemesi zahiren carî olan bu nazariye ile ahenk halinde kalmağa gayret etmişse de hakikatte onu 1382 inci maddeyi buraya karıştırmak suretiyle değiştirmiştir. [2]

Meydandadır ki, bu karar sayesinde yalnız medenî kanununun 1109 ve 1110 uncu maddelerinin uygulanmasından değil fakat kanunun sözleşmelere dair olan bütün hükümlerinin tatbikinden kaçınılmak lâzım gelecektir. Fakat şu da aşikârdır ki bu tarzı hareket, kanunu tatbik değil tadildir. Acaba ne için Besançon Mahkemesi; burada sözleşmelerdeki hatalar hakkında cari olan nazariyenin, tatbikinden kaçınmak istedi? Çünkü bu nazariye ile bariz bir adaletsizlik içine düşeceğini görüyordu. O; doğru bir hal tarzına yanlış bir gerekçe gösterdi. Fakat neden? Çünkü, sözleşmelerdeki hata alınandan an'anevi kaideyi bertaraf eden teorinin bazı kısımlarını muhafaza etmek istedi de ondan. Eğer bunun aksine olarak sadece kanunlarımıza hâkim olan «kanunu bilmemek mazeret sayılmaz» büyük prensibinden dolayı bir hukukî muamele feshedilmez demiş olsaydı verdiği karar her bakımdan tasvibe şayan olacaktı.

[1] Besançon, 1/Mart/1864, D. 64.261; Dijon. 27/Temmuz/1870 D. 71-2-268

[2] Dallozun bir notu bu karardaki görüş tarzını şöyle hülâsa eder :

«Prensip olarak hukukî hata... Fiili hata gibi riyaî ve dolayısıyla vecibeyi eğer bu hata rızanın tek ve hakikî saiki ise; hatta üçüncü şahıslara karşı bile ifsat eder, lâkin bu hatanın makul sebeplere dayanması lâzımdır. Fakat eğer adi ve kaçınılması kolay bir hata bahis mevzuu ise bunu ileri süren âkidin Besançon mahkemesinin de Kabul etmiş olduğu gibi aydın ve bilgili bir müşavire de danışmayı ihmal etmesinin neticelerine katlanması lâzım gelir. Eğer bu tedbirsizliği ile

Bu kaidenin müdafileri; esasen bu kaidede diğer bütün kaideler gibi bazı tadillere müsaittir, fakat bunlar ancak kanun koyucunun çok açık ve sahih olarak müsaade ettiği yerlerde yapılmalıdır; yani adetleri pek az ve önemli olmayan hallerde [1] sair diğer bütün hallerde bu kaide uygulanmalı ve hukukî hata mevcut değil addolunmalıdır, derler ve ilâve ederler:

Görülüyor ki bu suretle vasıl olduğumuz hal çareleri, umumiyetle en adil olanlarıdır. Bazı vaziyetlerde bunlar biraz sert görünseler bile bu eski kaidenin, önüne geçilemeyecek içtimaî zaruretle dayandığı unutulmamalı, ve bu hakikat iyice anlaşılmalıdır ki bazı karanlık ve meçhul hislere ve hatta mübalâğahı hassasiyete kamunun açık menfaati feda edilmesin.

Kanun bilmemek özür sayılmaz kaidesi (Hukuku meseli) lehine söylenecek sözler aşağı yukarı bunlardan ibarettir. Fakat bu deliller hakikaten ikna edicimidirler? Inceleyeceğimiz işte bunlardır.

Görüldüğü üzere izah ettiğimiz nazariye esas itibarile hukukî hata ile fiilî hata arasında büyük bir uçurum açmaya çalışır. Fiilî hata, mevcut ve bu sebeble hukukî neticeler doğurmaya müsait addolunur. Bunun aksine olarak hukukî hata, tamamen gayri mevcut farzolunur. - O sanki hiç yok gibidir. Halbuki bize göre, bu ikilik yanlışır. Hukukî hatada fiilî hatanın tabi olduğu genel prensiplere tabi otmalıdır. Çünkü hukukî hatada fiilî hata gibi

üçüncü şahısları bir zarara sokmuş (onları aldatmış ise) bu takdirde medenî hukuk prensipleri mucibince madd. (1382 ve 1383) tazmini lâzım gelen ağır bir kusur işlemiş telâkki olunur. Hatadan doğan zararı tazmin mecburiyeti, üçüncü şahıslar lehine, bunun neticesinde bir istirdat davası açılmayacağı hakkında bir teminat def'inin mevcudiyeti halinde temlik edilen gayri menkulün iadesini talebede hak vermez.» Bahseylediğimiz kararın özü hülâşatan işte budur. Bu hadise de işlenmiş olan hata, bu derece fahiş miydi ki böyle sert bir muameleye tabi tutmak mecburiyetinde kalmıştı? Bu hata, bir mirasçının temsil selâhiyetinin civar kısımlarına kadar şamil olmayacağı kaidesinin bilinmemecinden dolayı yapılmıştı. Ne kadar az kimsd böyle bir hataya düşmemiş olmakla övünebilir.

[1] 5/Kasım/1870 tarihli kararnamenin 4 üncü maddesi kanun ve nizamla karşı gelenler tarafından, mahkemelere veya icabı halinde idarî veya askerî makamlara ileri sürülecek olan kanunu bilmemek def'inin; bu nizam ve kaidelere muhalif hareketin kanunun yayılmasından itibaren üç gün içinde işlenmiş olması halinde kabul edileceğini ön görür. 9/Aralık/1814 tarihli Nizamname gereğince (Mad. 27) Octruva resmi harkındaki hükümlerin, octruva dairelerinin içine ve dışına asılması lâzım geldiğine de işaret edelim. Mahkeme içtihatları; böyle ilânların mevcut olmaması halin te bu hükümlere karşı gelenlerin cezalandırılmayacağı sonucuna varmıştır. Cass. 23/Kasım/1895 S. 98.1.1.7.

Toulouse, 30/Mart/1896, 1903, Gaz. Des. trib. 19/Mart/1905. Mamafih buna bun<sup>e</sup> muhalif olan Paris 4/Haziran/188, S. 81.2.142 bakın

hakikî bir varlık olup bir hiçlik, yoklukmuş gibi telâkki edilmeyecek bir şeydir.

Bizce nasıl ki herkesin bütün maddî vak'aları bilir addi doğru değilse, aynı şekilde herkesin bütün kanunları bilir addedilmesi de doğru olamaz. Tabiidir ki, tıpkı maddî vak'alarda olduğu gibi kanunlar hakkında bilgisizlik bu kanunların nizamlarındaki hadiselere uygulanmalarına mani teşkil edemez, fakat bunu izah için hukuk içine garip bir fiction sokmağa da lüzum yoktur. Cemiyetin selâmetinin (salut) faydasız tasavvurlarla, istenerek yapılan hayallere istinat etmesine de lüzum yoktur. Biz sosyetenin menfaatine, her hangi bir kimse kadar riayet gösterdiğimizden dolayıdır ki onu hakikaten hürmete şayan bir temele, gerçekliğe, dayatmak istiyoruz.

İşte bu görüş tarzından hareketlerdir ki biz an'anevi kaidenin (Hukuk meselinin) tenkidini yapacağız. Hakikatı söylemek lâzım gelirse bu kaideyi müdafaa için eskiliğinin delil olarak ileri sürülmesi, bu kaidenin kesin bir surette red edilmesi için kâfi değildir.

Yüzyıllar geçerken, her şeyi yavaş yavaş yıpratırlar, eski binaları, eski adetleri, eski prensipleri. Elbette ki geçmişe hürmet takdir edilecek bir karakterdir. Fakat ilerleme aşkında hiç şüphesiz ki hakir görülecek şeylerden değildir. İşte bunun içindir ki, yeni bir teoriyi red etmeden evvel, onun iyice ta içine kadar girmek lâzımdır. Kanun metinleri bakımından tenkit ettiğimiz görüş tarzı, medenî kanunun 1 inci maddesinin iki ve üçüncü fıkralarına dayanır. Lâkin Kanun koyucu; bu madde ile sadece eskiden ve bilhassa Roma hukukunda; küçükler, evli kadınlar askerler ve gâipler hakkında mevcut olan bazı imtiyazlardan uzaklaşmak gayesini gütmek istemiştir. [1]

Bu gün hiç bir kimse bilgisizliğini ileri sürerek kanunun pençesinden kurtulamaz, fikrimizce medenî kanunun birinci maddesinin bütün mânası işte budur. Fazla olarak bu metin sonradan neşredilen ve bütün bu meseleyi yeniden tanzim eden kanun ve kararnamelerle zımnı olarak değiştirilmiştir. Bizce; halen yalnız «Pariste kanun ve kararnameler neşr ve ilân edildiklerinden bir gün sonra, diğer bütün arrondissementlarda bu kanun metnini havi resmî gazetesinin bu arrondissementın merkezine vasıl olduğundan bir gün sonra tatbiki mecburidir» diyen 3/Kasım/1880 tarihli kanunun ikinci

[1] Savigny, System des heutigen Roemischen rechts, t. III, p. 429 vd.

maddesi göz önünde tutulmalıdır. Bu kanunda, görüldüğü üzere artık hiç bir fictiona baş vurulmamıştır. O, sadece kanunların gösterdiği müddetlerden sonra herkes için mecburî olacağını söyler. Bizde, bu förmüle hiç bir ilâve yapılmadan olduğu gibi uygulanmasının istemekle iktifa ediyoruz. Şimdi de mantık zaviyesinden düşünelim: Bize hakikatte herkes kanunu bilmez, halbuki kanunun herkese uygulanması lâzımdır. O halde herkes onu bilir addedilmelidir diyorlar. Fakat acaba bu neticeye varmak zorundayımız? Biz tekrardan bu muhakeme tarzını ele alalım ve bize daha doğru görünen bir mantıkla diyelim ki: Herkes kanunu bilmez, halbuki onun herkese uygulanması lâzımdır, o halde kanunun hatta onu bilmeyenlere bile tatbiki lâzımdır. Bu neticeye; neden onu tehlikeli yollara seykedebileceğini birazdan göreceğimiz parazit bir sanı (fiction) aşılmalı. Fakat belki de kanunun hatta onu bilmeyenlere de tatbikinin mecburî oluşunda biraz sert olan bir şey vardır, denebilir. Filhakika kanunun, yalnız ondan haberdar olanlara uygulanması temenni edilebilirdi.

İşte Hukuk âlimleri mümkün olduğu kadar vicdanın bu arzusu (desiratum du consience) göz önünde tutarak herkese az çok farazi bir hukukî bilgi atfetmişlerdir. Herkesin kanunu bilir addolunmasından dolayıdır ki onun size de tatbiki doğru olur. Biz; elbette ki ima edilmek istenen «Desiratum du consience»i biliyor ve hararetle kamu makamları tarafından kanunun geniş bir surette yayınlanmasını sağlamak için alınan tedbirleri yerinde buluyoruz, diye cevap veriyoruz. Lâkin bir kimse bilmediği bir kanunun (Kaidenin) tatbikinden bir zarar görse bu zararın, ona, kanunu bilir addolunduğunu söylemek suretile azalttığımızı mı zannediyoruz. Ve ona bu suretle temin etmek istediğimiz tesellide bir hayalden ibaret olmaz mı?

Nihayet bize bununla beraber hukuk hakkındaki bilgisizliği adi bir vak'a hakkındaki bilgisizliğe veya hukukî hatayı fiili bir hataya benzetemeyiz. Çünkü iyi bir vatandaş, kendini idare eden bütün kanunları ahlak ve hukuk bakımından öğrenmeye gayret eimek zorundadır, halbuki bunun aksine olarak memleketde olup biten bütün olayları öğrenmeğe mecbur edilemez. Bunun içindir ki fiili hata değil, fakat hukukî hata bir kusurdur, hiç bir kimsede kendi kusurundan istifade edemeyecekinden, tabidirki yargıç önünde kendi lehihe olarak hukukî hataları değil ancak fiili hataları ileri sürebilir; diyorlar. Bizde iyi bir vatandaşın hukukan ve ah-

lâkan bütün kanunları bilmeye mecbur olduğu doğru değildir. Bunun böyle olduğunu kabul halinde ne olacaktır? Herhangi bir şekilde memleketimizde bir delilik rüzgârının herkesi bütün kanunları noksansız olarak öğrenmeğe sevk ettiğini bir tasavvur ediniz: Tarlalar, fabrikalar, mağazalar boşalacak, milletin bütün hayatı hukuk fakültelerinde, mahkemelerde toplanacak. O zaman ekmeğimizi kim yapacak, kim bize elbiselerimizi, evlerimizi hazırlayacak? Memleketimizin İntellektuel mamelekini edebiyat, güzel sanatlar ve fizikî filimler alanında kim muhafaza edecek? Herkesin; hukuk bilmesi lâzım geldiğine kani olduğu gün, hiç şüphe yoktur ki bütün sosyal hayat duracaktır; diye cevap veriyoruz. Lâkin bize herkes yalnız kendine uygunlanması mümkün kanunları öğrenmelidir diyorlar. Fakat bizde bir kanunu, incelemeyen evvel bunun bir gün bize tatbiki mümkün olup olmadığını nasıl anlayabiliriz diyoruz. Zaten bu günkü mevkimizin ne olduğunu bilebilsek bile yarının ne olacağını nasıl kestirebiliriz? Bir tesadüf, bir proleteri birçok hukuk kaidelerine tabi bir rantıye mevkiine sokabilir. İnsanları; hukukta kendilerini ilgilendiren şeyleri öğrenmeye mecbur etmek, onları bütün hukuku bilmeye zorlamak demektir. Herkes bu hususta selâhiyetli kimselerden, izahat almalıdır, denebilirse de, bu şahıslara kim, ne sormaları lâzım geldiğini öğretecektir? Hakikaten iyi bir vatandaş, etrafında geçen hâdiselere temamiyle bigâne kalamayacağı gibi, elbette ki kanunlarında tamamen bilmemezlik edemez, lâkin basit bir formül ile apriori olarak onun gerek hukukî alanda gerekse maddî sahada öğrenmeye mecbur olduğu bilgilerin sınırını çizmek mümkün değildir. Bilinmemeleri kat'iyen mahzur görülmeyecek yeni kanunlar (Meselâ askerlik kanunu veya doğrudan doğruya ahlâka ilgili hukuk kaideleri) vardır. Tıpkı maddî alanda da, bir silâhın tetiğine dokunulmadan evvel onu dolu olup olmadığını, bir kâğıt imzalanırken içindeki yazıların bilinmesi lâzım geldiği gibi.

Kısaca maddî (filî) vak'alarda olduğu gibi hukuk alanında da herşey bilinmeyebilir, fakat hiç bir şey hakkında bilgi sahibi olmamaya da müsaade edilmez. [1]

[1] Belkide bize şöyle bir itiraz yapılabilir: Cezai sorumluluk bir kusuru (kasdî) icap ettirir, o halde hiç bir kusura müstenit olmaksızın az kullanılan veya mevcudiyetlerinin bilinmesi için ahlak kaidelerinin kâfi gelmediği bir çok kanunlar, bu suretle çok vakit bilinmemeleri yüzünden tatbik edilemeyecektir. Çünkü bilinmeyen ve bilinmemesi de haklı olan cür hukuk kaidelerini ihlâl bir kusur teşkil etmez. Biz aynı müşkül durum,

Bu sebeple bizce, herkesin kanun bildiğinin kabul ile hukukî hata ile fiilî hata arasında derin ayrılıklar meydana getirmeğe hiç bir sebep yoktur. [1]

Biz, bu görüş tarzından hareketle mevzu bahis kaideden sözde çıkarıldığı ileri sürülen sonuçları inceleyeceğiz. Bunlardan bazıları bizatihi kabul edilebilir olmakla beraber ileride görülebileceği üzere başka şekilde de yorumlanabilir. İşte bu sonuçların çoğu bize, lüzumsuz bir sertlikte ve haksız görünüyor. Biz; nazariyemizin, bu sertlikten uzaklaşmayı mümkün kılmasından dolayı bahtiyarız.

A: Evvela bize, ceza hukukunda hukukî hata ile fiilî hata arasında esaslî bir fark bulunduğu, hukukî hatanın cezası ortadan kaldıramayacağı gibi hatta onu azaltmayacağı; (Hırsızın veya kalpazanın ihlâl ettiği kanun hakkında bilgi sahibi olup olmasının önemi yoktur) fiilî hatanın ise bunun aksine olarak bazı hallerde suçlunun beratını bile (hakikaten vestiyerden yanlışlıkla kendi paltosu yerine bir başkasınınkini alan kimse cezalandırılmaz mümkün kıldığı ileri sürülür. Fakat biz bazı hallerde hukukî hata dahi suçlunun beratını sağlar diye cevap veriyoruz:

Meselâ, Bir tarlada çalışan bir amele bir define buluyor ve yanlış olarak bunun 2/3 ünün kendisine ait olacağını zannederek tarla sahibine definenin 1/3 ünü (yarısı yerine) vermeğe razı oluyor. İyi niyeti bu amele, hile ile başkasının malından bir-kısmını çalmak suçunu isnat etmeğe ve onu hırsızlıktan mahkûm etmeğe mani olur. Hakikaten ister bir hukukî kaide de, ister basit fiilî (maddî) bir vak'a üzerinde hata edilsin uygulanacak prensip her zaman için aynıdır: Bu hata suçun esaslî unsurlarından birinin ortadan kalkmasını mı mucib olmuştur? Bu takdirde ne suç nede ona tatbik edilecek ceza vardır. Hata, bunun aksine olarak suçun

---

hukukî hata yerine, fiilî hatanın nazara alınmasıyla meydana çıkar diye cevap veriyoruz. inobstreto olarak incelenen ve hukukî bir kusur teşkil etmeyen fiilî bir hata bazen bizi bir nizamı (hukukî kaideyi) ihlâl tehlikesi karşısında bırakabilir. Bu da tıpkı hukuk alanında yapılmış bir hata gibi cezayı mucibtir. Hakikat şudur ki, bir cezaya maruz kalmak için bir kanunun ihlâlinin size atfı kâfidir.

[1] Söylemeye lüzum yoktur ki, biz bu görüş tarzımızlada zaten az ve önemli ve kanun metinlerinden çıkan bazı istisnaları kabul ediyoruz. (Cf. Mad. 336 ve 2050) zaten işaret ettiğimiz bu metinler doktrin tarafından unumiyetle tenkit edilerek değiştirilmesi istenmektedir.



esash unsurlarına tesir etmemişimdir? O halde bütün neticelerile suç mevcuttur.

Bazı cezacılar yalnız, herkes ceza kaununlarının bilir addedilir» demekle iktiza ederler ve bu suretle hukukî hata ile fiilî hata arasında esash bir ayrılık muhafaza ettiklerini iddia ederler. Bunlara verilecek cevabımız şudur:

Kanunun, cezalandırdığı fiiller arasından büyük bir kısmını teşkil eden öyleleri vardır ki temyiz kudretini haiz herkes bu fiillerin cezayı mucip olduğunu, tabii hukuka aykırı bulunduğunu bilir: Bu fiillerden birini yapan bir kimseyi cezalandırmak için bir saniye (fiction) ihtiyaç yoktur. Kabahatlı kimse iyi bir (Jurisconsulte) farz edildiğinden dolayı değil, fakat ihlâl eylediği tabii hukuk kaidesini hakikaten bildiğinden dolayı cezalandırılacaktır. Fakat eğer bu tabii hukuk kaidesini gerçekten bilemeyecek kadar anlayışsız (borné) ise cezalandırılmayacaktır (Cf. art. 66 Code Pénal). Kanunun cezalandırdığı diğer fiiller ise mutlaka hileli bir kasdi icabettirmeyen kabahatleridir, ve fiili hatanında hukukî hata gibi bunları mahzur göstermeyeceği tabiidir. Bundan dolayıdır ki herkes her şeyi bilir addolunur, denilmedikçe ortada herkesin ceza kanunu bilir addini icabettirecek bir sebep yoktur. Bununla beraber, bu iki nevi hata arasında yine bir fark mevcut kalacaktır, diye itiraz olunabilir. Bir sanık, hareket tarzının kaçınılması mümkün olmayan fiili bir olayın tabii bir sonucu olduğunu isbat ettiği takdirde cezadan kurtulur. Böylece, bir memura arabam içine benim haberim olmadan konmuş okturva resmine tabi bir malın mevcudiyetini beyan etmemen cezayı müstelzim değildir. [1] Bunun aksine olarak sanık, hatta suçun kaçınılmayacak bir hukukî hatanın neticesi olduğunu iddia etse bile yine ceza görecektir. Çünkü «Kanunu bilmemek maazeret sayılmaz.» Bu suretle hata kanunen imkânsızdır, ve imkânsız olan bir şeyde zaruri olamaz, (l'erreur de droit est donc legalement impossible, et impossible nes'aurait être inévitable) Lâkin bu şekildeki ifadeler bize şüphe telkin eder. [2]

Bazı vahim hâdiseler, meselâ bir su baskını, bir düşman is-

[1] Garraud. Op. cit. t. I. p. 560,2 ed.)

[2] Burada zarurî olan hukukî hatalar vardır. Lain'e bakın Traite élémentaire de droit criminel (1880), No: 205, Haus, Principes generans du droit pénal belge (3 ed.) No: 659-666. Memur, (agent) için bilinmesi mümkün olmayan yeni bir kanun mucibince suç konusu teşkil edecek bir fiilî misâl olarak verir. Garraud op. cit. t. p. 550.

tilâsı, bazı bölgeleri Fransadan ayırmasıyla yeni neşr ve ilân edilmiş, fakat bu sebebler dolayısıyla bu bölgelerde bilinmeyen bir kanun bu muntaka içinde mecburi mi olacaktır? 5/Kasım/1870 tarihli kararnamelerinin neşrinden evvel herkes bunun aksini kabulde müttefikti. Bu kararnameden beri, eğer resmî gazete bu bölgeye gönderilmiş ve vasıl olmuşsa, böyle bir şey bahse konu bile olamaz. Gönderilmemiş ise böyle bir sual varid olur. Ve bunu da eskiden olduğu gibi halletmeye mani hiç bir sebep yoktur. [1]

Bizce, hatta daha ileriye gitmek bile lâzımdır. Şöyle daha pratik bir hipotezi göz önüne getirelim: Eğer bir ceza kanunu hakkında mahkemeler az çok belirli bir görüş tarzı takip ederlerken, ansızın bunu değiştirirlerse evvelce hareket tarzını buna göre ayarlamış olan bir kimse bu değişiklik dolayısıyla ceza görecek midir? Klâsik teori, buna müsbet cevap verir. Fakat acaba bu hal tarzı hakkaniyete uygun mudur? İşte yargıçların kendisine müsaade ve hatta teşvik oldukları şekilde hareket etmiş bir kimse ki bundan dolayı onu yine yargıçların kendileri mahkûm ediyorlar. Yargıçlar; onu, hukuku kendi bildiklerinden daha iyi bilmediği için mahkûm ediyorlar! demek ki kanunların değişmesi makale şamil olmadığı halde bir içtihat değişmesi böyle bir tesire malik olacaktır. Böyle bir mahkûmiyetten; sözde suçlu ve daha umumî olarak halk, vazih olmayan kanunlar karşısında itimat edilir bir rehber bulunmadığı vatandaşların hürriyet ve şereflerinin her zaman için tesadüflerin elinde oyuncak olduğu hukukçular karşısında hatta istikbali bilir addolundukları gibi ne neticeler çıkarmazlar ki! Acayip bir sonuç doğrusul fakat hakikaten, tenkit etmekte olduğumuz Doktrin ile bundan daha memnuniyet verici başka herhangi bir neticeye varabilinir mi? [2] Bize; kanun bilmemek def'inin ancak kanunun neşrinden itibaren üç gün içinde mahkemelerde dermayan edilebileceğini öngören 1870 tarihli kararnemesinin 4 üncü maddesi ileri sürülerek itiraz edilecektir. Fakat bu geçtikten sonra kanunun uygulanması lâzımdır,

[1] Planiol'a bakın: de droit erivil, 2 e ed. t. 1. No: 273

[2] Bize karşı bu teorimizin mahkeme içtihatlarının değişmesine mani olacağı ve bu suretle Jurispsudence si kendisine lâzım olan bir oynaklıktan mahrum edeceği; tenkit yapılmamalıdır. Mahkemeler, bir kanunun yorumlanmasında evvelce yanlışlıklarını anladıkları zaman suçluyu zaruri olan bu hatasından dolayı beraat ettirerek kanunları yeni bir yorumlanmaya tabi tutabilirler, ve bu geçiş devresini de dikkat nazarlarına alarak müteakiben kanunu diledikleri gibi tatbik edebilirler.

denilecek mi? Muhakak surette, bu kararnameyi hazırlayanlar ancak çok doğru olan bir şeyi söylemek istemişler ve normal olan bir vaziyeti; hukukî bir kaidenin muayyen ve bilinebilir bir mevcudiyete malik olduğu hususunu; gözönünde tutarak böyle bir kaidenin ilânihaye bilinmediği bahanesiyle uvgulanmasının önüne geçilmesini istememişlerdir. Lâkin elbetteki onlar; hiç bir zaman ceza kanunumuzun 64 üdcü maddesindeki «hiç kimse kendisine kat'î surette atfedilmeyecek bir fiilden dolayı cezalandırılmaz» şekilde ifade edilebilecek olan bu çok genel prensibe darbe indirmeyide düşünmemişlerdir. [1, 2]

Neticeden: Zarurî olan fiili hatalar gibi, zarurî olan hukukî hatalar da vardır. Hukuk bilginleri (Jurriconsulte) birinin olduğu gibi öbüründe varlığını kabul ederek her ikisinde aynı prensipleri tatbik etmelidir.

B — Eğer halin icablarına göre, hukukî hata bazen bir şahsı mahkûmiyetten kurtarabilirse bizce, evveliyettedir ki tıpkı fiili hata gibi bir cezayı azaltıcı sebep de teşkil edebilir. Sein mahkemesinin alâka uyandırmış yeni bir kararında bunu teyit etmektedir. [3] Bu kararda şunları okuyoruz: «.... diğer taraftan 9/Aralık/1905 tarihli kanunun yeni olması ve her ne kadar metninin herkes tarafından bilindiğinin kabulü bir kanunî karine icabından isede bu karinenin tatbiki, bazan mahkemenin halletmek zorunda kaldığı cezayı mucip tahrikin mevcudiyeti şartlarında olduğu gibi bir çok ince ve tartışma konusu olacak hukukî mesele ortaya çıkarabilir.

---

Molniet, Traité théorique et pratique de droit pénal annoté, par Vidal, 1893-1894, t. 11 P. 2 09).— Bizce, bir kanunu bilmemek yüzünden hukuka aykırı hareket eden bir yabancıнын vaziyeti; lisanımızı, adetlerimizi bilmemesi dolayısıyla bunlarda fiilî hatalar yapan bir kimsenininkine benzetilmelidir. (Bu suretle, gümrükte sandığında ki eşyalarının saymak isteyen yabancıнын lisanında yapacağı bir hata ile yanlış bir beyanda bulunması gibi.) Hata nadiren zarurî gibi görünür, fakat onun hiç bir zaman zarurî olmayacağını iddiada fazla ileri gitmek olur.

[1] Samgün eski bir içtihat tarafından değilde, haklı olarak itimat etmesi lâzım gelen yetkili bir makam tarafından hataya düşürülmesi halinde de aynı hol çaresininin tatbikini istiyoruz. Bunun aksini kabul eden şu yeni karara da bakın: Cass. crimin 1/Mart/1907 Pand. fr, 190, 1. 102.

[2] Fransaya yeni gelmiş bir yabancıнын pozitif hukukumuzun hükümleri hakkındaki gayri iradı ve zarurî olan bilgisizliğini ileri sürüp süremeyeceği münakaşalarıdır. Bakın: (Taurin, 6/Nisan/1898 D. re. N, 3733. — Nimes 13/Haziran/1874 D, 77.5.336. — Metz, 3/Temmuz/1850, 1850, D, 51.2.137. —

[3] Ceza daire (chambre correctionnelle) 13/Nisan/1908 (procés de l'abbé Jouin)

Hukukçular haricinde kalan hatta bilgin vatandaşlar kütlesi bile yasak olanla olmayanın sınırını açık olarak tayinde maruz kalınan hukukî güçlükleri anlayacak bir durumda bulunmaktan uzaktır. Bütün bu türlü sebeplerden dolayı cezanın son haddine kadar indirilmesi icabetmektedir.» Bazı siyasî gazeteler yalnız kararın buraya almış olduğumuz gerekçesini değil fakat diğer kısımlarında şu suretle şiddetle tenkit ettiler: Yargıçların kaide haline girmiş «kanunu bilmemek özür sayılmaz» hukuk meselini tatbik etmemeleri tuhaf değildir? [1] Bu kaideye nazara almak hoşunuza gitmeyen bütün kanunların uygulanmasını ortadan kaldırmak için ne güzel bir çare! Bizi anarşiye karşı müdafaa etmeleri lazım gelenler tarafından ona doğru atılmış bir adım! Zaten 5/Kasım/1870 tarihli kanunda (Mad. 4) Kanunu bilmemek def'inin mahkemelerce kabulünü ancak kanunların neşrin-den itibaren üç güne hasretmiş olduğuna işaret etmeyede lüzum var mıdır? Evet elbetteki yargıçlar bu üç günlük müddetin geçmesinden sonra suçluyu; sırf kanunu bilmemesinden dolayı berat ettiremezler, lâkin bu sebebi; pekâlâ bir azaltıcı sebep olarak suçlu lehine nazarı itibare alabilirler, diye cevap veriyoruz.

Maliye bakanının bir notu bunu zımmi olarak kabul etmiş benziyor. [2]

Hakikaten, kanuna karşı bir def'i dermeyan etmek bir bakımdan onu tatbikten uzaklaştırmak demektir, halbuki azaltıcı sebeplerin varlığını iddia eden taraf ceza kanununun 463 üncü maddesindeki genel prensiple birlikte göz önünde tutulmasını istemektedir. Ne hakla, «cezaı azaltıcı sebeplerin mevcudiyeri halinde, cezaı indirmek lâzımdır.» Diyen ve tamamile genel olan bu prensibin tatbiki bir tarafa bırakılabilir. Cezayı azaltıcı sebep, olarak herhangi bir vak'anın hatta kanun koyucunun kanunî bir maazeret olarak kabulünü red eylediği vak'aların bile ileri sürüleceği muhakkak iken neden hukukta (hukukî) hata iddiası, burada kabul olunmagan! İnsanın karşı koymasını bilmesi lâzım gelen; serhoşluk, siyasî ihtiras, aşk, kıskançlık gibi bir çok sebepler cezaı

[1] Bu konu hakkında meselâ (petit république gazetesindeki yazılara Bakın 14/Nisan/1907

[2] Maliye bakanının 12/Nisan/1907 tarihinde yayımlanmış olduğu bu notunda Maliye bakanlığı; damga kanunun ihlâlinden doğan suçlarda, bu kanunun tatbikinin otuzbeş seneden fazla bir bir zamandanberi devam edelemesi dolavisiyle hükümlerini bilmemenin bir özür sayılamıyacağı eihetle çok sert davranılması hakkında; ciddi emirler verecektir.» denilmektedir.

azaltmaya müsait iken; neden ruhu, daha iyi kavramamış bir kanunda yapılan hata, hatta önüne geçilmesi mümkün olmayacak bir hata cezayı azaltmaya müsait olmasın. Kanun koyucu yargıçlara «ceza tayin ederken hâdisenin bütün sebeplerini hukukî hata hali müstesna göz önünde tutacaksınız, ben bu hata üzerine içine girilmesi mümkün olmayan öyle bir örtü örtüyorum ki kaldırılması aslâ caiz.değildir mi?» Demişti! Bilâkis kanun koyucunun 1832 de ceza kanununun 463 üncü maddesini değiştirerek bu günkü şekli verirken ki maksadı, niyeti hatırlansın bilhassa cezayı azaltmak sistemine; yargıçlara önlerine gelen suçun nevine göre, ceza sistemimizi tekrar gözden geçirme imkânı veren bir vasıta gibi bakıyordu. Meselâ Ölüm cezasını kaldırıp kaldırmamak; teşebbüsü tam fiile; asıl faili hem fiille benzetip benzetmemek gibi.» [2] Bu suretle bu meselede bütün kanunlar; kanun koyucunun isteğiyle yargıcın vicdanı önünde eğilecek, fakat yalnız bir prensip, «kanunu bilmemek özür sayılmaz», prensibi dimdik hepsinin, hatta yargıcın vicdanı üstünde. halkın önünde saygiyle eğildiği bir mabut hatta bir hükümdar gibi duracaktır. Fakat acaba nasıl oluyorda bu hiç bir kanuna istinat etmeyen bu; yalnız bir fictiondan ibaret olan, bu; adaleti ihlale götüren prensip öyle büyük bir hürmete lâayık oluyor?

Bize göre, hukukî hatayı bir azaltıcı sebep olarak kabul eden bir yargıcı, bundan dolayı muaheze etmek kendimizde hukukî bir hata işlemesi demek olur. Bu suretle bu kaideden (hukuk meselinden) çıkan ikinci neticenin incelenmesi, bizi elbetteki ceza kanunu her zaman uygulanmalıdır, hukukî hata fiili hata gibi kanunun ihlâlüne bir sebep teşkil etmemelidir. Lâkin ne fiili ve ne de hukukî hata yok (Gayri mevcut) addolunamayacağından, birinin hukuki sonuçlar tevhit ettiği yerde öbürüde böyle sonuçlar doğurmalıdır, mülâhazasına götürür.

C — Ceza hukukunda yapmış olduğumuz bu mukayeseye medeni hukuk alanında da devam edeceğiz. Bize «bir kanundaki hak düşümü, zaman aşımı hükümlerine uygun hareket etmemiş olan kimse kendisine bunların uygulanmasının önüne geçmek için cehaletini ileri süremez.» Diyorlar. İtiraz kabul etmeyen ve hiç bir fictionu icabettirmeyen bir kazıye. Fakat çok daha sade olan hakikat şudur ki: Kanunlar hakkındaki bilgisizlik maddî vak'alarda da olduğu gibi kanunların nizamlamış oldukları vak'alara

[2] Garravd. 7. cit. t. 11, P, 561. cheuvvau, c. peu. pgressif, P. 16

tatbiklerine mani teşkil edemez. Çift bir misâl bu muvaziliğin doğruluğunu gösterecektir: Doktorların; muayene ücretinden doğan alacaklarının üç senelik bir zaman aşımına tabi olduğunu zanneden bir doktora, bu dava hakkının muayene tarihinden itibaren iki senelik bir zaman aşımına tabi olduğu haklı olarak ileri sürülecektir. İşte diğer bir doktor ki bu alacak davasını iki senelik bir zaman aşımına tabi olduğunu bildiği halde tedavi ettiği iki hastayı karıştırak 1905 de baktığı hastayı 1906 da tedavi ettiğini zannetmiştir. Bu fiili hatasına rağmen ona da bu iki senelik zaman aşımı def'i iler sürülecektir. Hal böyle iken doktorların hastalarını kesin olarak hangi tarihte tedavi ettiklerini her zaman için bilir addolunduklarına dair bir fiction icat etmeği, kimse hatırına bile getirmemiştir.

D — Bu kaideden çıkan neticeleri incelemekte devam edelim: Kanunî bir vecibeyi yerine getirmemek suretiyle başkasına bir zarar veren kimse; hiç bir zaman kanunu bilmediğini ileri sürerek hukukî; sorumluluktan kurtulamaz. Şimdiye kadar gösterdiğimiz sebepler dolayısıyla, hukukî hatayı fiili hataya teşbih eden biz; böyle bir vaziyette evvelâ fiili bir hatadan bahsedildiği zaman nasıl bir hal tarzına varılacağını arayalım:

Fiilî bir hata neticesi hukukî bir kaideyi ihlâl eden bir şahıs, genel olarak, bu suretle yapmış olduğu zararı tazmine mecbur tutulur. [1] Meselâ bir avcının uzaktan hayvan zannıyla bir insanı yaralaması halinde; prensip; bundan sorumlu olmasıdır. Bir mülk sahibi; üçüncü bir şahsın doğru olmayan bir raporuna istinat ile arazisi üzerinde komşularının zararına yaban tavşanlarının lüzumundan fazla çoğalmasına müsaade etmesinden dolayı prensip olarak mes'uldür. Fakat eğer zarar yapan şahıs; kaçınılması kat'iyyen mümkün olmayan bir hatanın kurbanı olduğunu isbat ederse bu takdirde bütün sorumluluktan kurtulur: Meselâ bir fuarda karabine ile eksersiz yapmaya tahsis edilmiş bir barakada, tüfek talimi yapan bir kimsenin silâhından çıkan kurşun barakanın duvarının iyi yapılmamış olmasından dolayı bir maniaya tesadüf etmeyecek dışarı çıkarak oradan geçmekte olan birini yaralasa; bundan

[1] Klâsik prensipler, bir şahsın fiili hatasının bir kusur teşkil etmesi halinde; bu şahsı mes'ul addederler. Halbuki böyle vaziyetlerde, mahkemeler; kaçınılması mutlak surette mümkün olan bütün fiili hataları; bir kusur gibi telakki ederler. Bu suretle bizim iddiamızda haklı olduğu meydana çıkar.

dolayı silâh atmış olan şahıs tazminatla mahkûm edilmiceyektir. [1] Bizce; fiilî hata yerine bir hukukî hatanın mevcudiyeti halinde de mesele aynı şekilde halledilmelidir. Bize göre haksız fiilin faili mes'uldür. Lâkin bu hususta M.M. Aubry ve Rau gibi yazarlardan [2] ayrılmaktan duyduğumuz bütün tessüre rağmen, biz sorumluluğun, haksız fiil failinin; hakikaten zarurî olan bir hatanın kurbanı olması halinde ortadan kalkacağını kabul ediyoruz. [3] Meselâ bir şahıs muayyen bir zamanda mahkeme içtihatlarının dilediği şekilde hareket etmekte iken, birdenbire mahkemeler ansızın içtihatlarını değiştirse, böyle bir vaziyette; bu adamı evvelce ika edebilecek olduğu bir zarardan dolayı tazminat ile mahkûm etmek; bize insafsız bir hareket gibi görünüyor. [4] Hiç olmasa biz, mahkeme kararlarında ortaya attığımız nazariyenin enteresan bir tatbik tarzını buluyoruz. Bilindiği üzere Noterler; Prensipler; olarak yaptıkları veya müşterilerine yaptırmış oldukları (Müşterilerinin yapmasını müsaade ettikleri) hukukî hatalardan sorumludurlar, fakat yargıtayın bir kararı bu kaidenin sertliğini biraz tahfif etmiştir. «Noterler ciddi surette tartışmalara ve şüphelere mahal vermekten çıkmış bir hukukî mesele hakkındaki hatalarından dolayı sorumlu telâkkî olunurlar. [5]

Sein mahkemesi de aynı şekilde «tartışma konusu olan bir mesele üzerinde Noter tarafından yapılmış olan hukukî hata kat'iyyen sorumluluğu mucip olamaz» diye karar vermiştir. [6] Bu kaideye yapılmış olan bu tahfif hakkaniyete en uygun olanıdır.

[1] Baraka sahibi için vaziyet büsbütün başkadır.

[2] 5 e. ed. t. 1. P, 94

[3] Bütün bu meselelerde; biz hukukî sorumluluğun evelden mevut bir kusuru veya maddî (fiilî) bir vak'ayı icabettirip ettiremeyeceği hakkındaki görüşlerden birine iltihak etmekten çekiniyoruz. Bu mesele M. Saleille tarafından (théorie general de l'obligation 2. de. P. 376, Noté 1) ortaya atılmış ve o zamanından beride bir çok yazarlar tarafından tekrar ele alınmıştır. Kabul edilecek sisteme göre muhtelif hal tarzlarının meydana çıkacağı tabiidir. Fakat her hal tarzında fiilî ve hukukî hataya aynı prensip tatbik olunabilir. Buda bizim nazariyemizin mevut her iki sisteme uyması için kâfidir.

[4] Böyle bir halde tazminat kendisinden dava edilen bir şahıs maruz kalınan zararın hakikî müsebbibi değildir. Bu zarar terk edilmiş olan içtihadın tabii bir neticesidir. Ve bu bakımdan da hareket tarzı kusurlu olmak şöyle dursun hatta normal olan kimseleri mahkûm etmek âdi olmaz.

[5] Ass. 24/Mayıs/1886, pand. franç. 86.1.157 (Notada bakınız.)

[6] Trib. Seine, 1. ea. ch. 12/Mart/1889 pand. Franç. 90. 2. 104.

Lâkin bu yalnız noterlere hasrı edilmemelidir, çünkü kanunda hata, yapmak sadece kanun adamlarına münhasır değildir. Bu suretle ister bir hukukî kaidede, ister basit bir vak'ada cahillik (hata) edilmiş olunsun, bize göre tek bir adalet olduğu gibi tek bir bilgisizlik (hata) vardır, ve gerçekten hiç bir kimse kendisine atfedilmeyecek fiillerden, dolayı hukuken sorumlu olamaz.

E — Bu kaideden (hukuk meselesinden) çıkarıldığı iddia edilen diğer bir netice daha: Hususî hukuk; bir kusurun hüküm ve neticelerini onun ağırlık derecesine göre tayin ettiği hallerde bize; hukukî hata, kusurun derecesini tayininde hiç bir şeyi değiştirmez diyorlar. [1]

Biz ise, bunun aksine olarak hukukî hatanında fiilini hata gibi aynı şartlar dahilinde bu hüküm ve nâtiçeyi değitireceğini kabul ediyoruz. Bir misal verelim: Çok defa mahkemeler; bir iş veren tarafından, amelelerin yapacakları kazalara karşı yaptırılmış olan sigortanın; fahiş bir kusur ve kanun ve nizamlara kasden karşı gelme halleri müstesna; işvereni hattâ kanun ve nizamların tatbik edilmemesinden doğan zararlara karşıda himaye edeceğini ve «sorumluluğu mucip maddî (fiilî) vakaların ağırlıklarını tayin ve takdirinin bu davaya bakan mahkemeye ait olacağına» karar vermişlerdir [2].

Bir iş verenin, yeni ve açık olmayan bir hukuk kaidesini yanlış yorumlaması yüzünden bir kaza olduğunu farzedelim, bu keza; eğer bu hüküm iyi anlaşılmiş ve uygulanmış olsaydı mey-

[1] Birinci parının F harfinde gösterilen belli başlı vaziyetlere bakın.

[2] Paris: (I. er. Chambre, 10/Kasım/1893 pand. )r. 94. 2. 225) — aynı mealde olmak üzere bakın Trib. civ. Seine 7/Kasım/1900, Le Droit, 19/Şubat/1901 gaz des. trib. 1/Haziran/1901. — Eğer sigorta şirketleri, sigorta poliçeleri içine şahısların emniyeti için (Sureté des peronnes) konmuş olan kanun emir ve nizamlara muhalif bütün hareketlerin sigortadan faydalanmağa mani olacağına dair bir şart (clause) koymak adinde olmasalardı, bu içtihat tartışma götürmez bir surette bütün tenkidlerden uzak kalırdı. Bu şartın mevcudiyeti böyle bir içtihadı münakaşa götürür bir hale sokmaktadır. Bununla beraber, hattâ bazı sigortacıların bile İş hukuku hakkındaki hükümlerin, son derece karışık ve iş verenlerinde bu sebeple, bunları lâikiyle tatbikde içinde buldukları imkânsızlık dolayısıyla poliçedeki bu şartın harfiyen uygulanmasını sözleşmeyi aşağı yukarı bir hükümsüz hale sokacağını kabul ettiklerini duyduk. Bu sebepledirki ekseriya oiddi ortaklıklar, (şirketler) bu şarttan faydalanmaktan kaçınıyorlardı. Her ne olursa olsun böyle bir içtihadın mevcudiyeti onu nazarı iübare almamız için kâfidir.



dana gelmiyecekti. Eğer işverenin iyi niyeti açık ve metnin müphemiyeti yüzünden hatası mahzur görülebilirse; bunlar göz önünde tutularak fahiş bir kusur karşısında değiliz, tazminat sigortacının zimmetinde kalmalıdır, denilmelidir. Evet şüphesiz ki adalet bu şekilde hüküm verilmesini icabettirir. Eğer bir işveren, bilmiyerek ihtiyari haricinde olarak bir kanunu fiili bir hatasıyla (meselâ haberi olmadan bir makinenin; bu makineyi muhafaza eden kısmından (appareil protecteur) ayrılmış olması gibi) ihlâl etmesi halinde sigortacının bunu tazmin etmesi lâzım geldiği kabul olunur, Hataın karanlık, vazıh olmayan bir metnin anlaşılmasından ileri gelmesi halinde, aksi şekilde karar verebilmek için hangi metine ve hangi mantığa dayanılacaktır?

F -- İncelememize devam ederken bu kaidenin son derece önemli bir neticesine vasıl oluruz: Bize, bir başkası tarafından bir hukukî kaidede aldatılmış (hataya sevk edilmiş) olan şahıs, kat'iyen öbüründen sebebiyet verdiği zararın tazminini isteyeemez. çünkü kanunu bilmesi lâzım gelirdi. deniyor. Bizce, bu kaidi buraya da zikretmek, adalete uygun olmadığı için açıkça meydana çıkması için kâfidir. Fakat yargıtayın kararlarını bizim karşımıza çıkarıyorlar: O, tren memurları, tarafından resmen tasdik edilmiş tarifeler üzerinde hataya sevk edilmiş olan bir yolcunun; bir mal gönderenin (expediteur); zararının tazminini «kanunu bilmemek özür sayılmaz» diyerek kabul etmez. Hiç şüphesizki yüksek mahkemenin otoritesi bize saygı telkin eder; Ancak biz yüksek mahkemeye karşı yine bizzat kendi otoritesiyle karşı koymak cesaretinide kendimizde görüyoruz. Hakikaten; eğer prensip olarak; doğru bilgi verilmemiş olan bir kimsenin kanunları bilmesi lâzım geldiği bahanesiyle hiç bir ceza görmeden bir şahıs; hukukî bir hata yapmağa sevk edilebilir veya hukukî hata yapmasına göz yumabilirse, yargıtay neden mes'uliyet tehdidi altında noterleri «müşterilerini bilhassa bilgisiz (cahil) oldukları zaman giriştikleri taahhütlerin hüküm ve neticeleri hakkında aydınlatmak ve onların hukuk kaideleri hakkındaki noksanlarını tamamlamak «zorunda olduklarını kabul etmiştir? [1]

Şuna iyice dikkat etmek lâzımdırki bu prensip (yargıtayda bu cihete işaret etmiştir) noterler hakkındaki hiç bir özel kanundan çıkmaz. Temyiz dilekçesinde de söylendiği gibi bir medeni ka-

[1] Cass. 9/Kasım/1904 gaz des trib. 28/Ocak/1905. Bu prensip mahkeme kararlarında daima mevcuttur.

nunun 1382 ve 1383 üncü maddelerindeki genel kaidelere tabidir. Eğer hakikaten herkes kanunu bilmekle mükellef olsaydı, dava edilen noter» benden tazmini istenen sözleşmeleri, muameleleri usulü dairesinde yapmakla benim işim biter, geri kalan cihet beni ilgilendirmez, herkes kanunu bilmekle mükellef olmasına göre müşterilerimin hataları yalnız onlara atfedilmelidir» diyebilirdi, ve zaten onun için de noterin; hiç bir bakımdan da mahkûm edilmemesi lâzım gelirdi. Çünkü yanlış bir bilgi vermemiş, yalnız bir şey söylememekle iktifa etmişti. Halbuki yukarda da işaret etmiş olduğumuz üzere, tren kumpanyaları müşterilerini bizzat kendileri yapmış oldukları hukukî muamelenin neticeleri üzerinde hataya sevk etmişlerdi.

Yukardakilere benzemiyen diğer bir vak'ayı da zikrederim: Bir kanunu, Maçon komününe alınma tarzı iz işleri bakanlığı tarafından onanmak şartıyla istikrazda bulunmak selâhiyeti vermişti. Bunun üzerine belediye reisi bir bankacı ile bu hususta bir anlaşma imzaladı, bu anlaşma iç işleri bakanlığı tarafından tasdik edilmedikçe hüküm ifade edemeyeceğine rağmen, bankacı Fransanın her tarafında yaptığı ilânlar ve astırdığı afişlerle kendini Maçon şehri hesabına istikraz yapmağa memur edilmiş gibi gösterdi, ve hükûmetin daha bu hususta hiç bir selâhivet vermemiş olmasına rağmen tahvilât satışına başladı. Maçon şehrine istikrazda bulduklarını zannederler karşılarında borçlu olarak yalnız bankacıyı bulunca, Maçon şehrini; belediye reisinin hiç ses çıkarmıyarak kendilerini hataya düşmekten men etmemiş olmasından dolayı dâva ettiler.

Bilindiği üzere komünlerin sorumluluğu medenî hukuk hükümlerine tabidir (C. c. art. 1382 vd.) Maçon şehri tren kumpanyalarının resmen tasdik edilmiş tarifelerden doğan hatalarda ileri sürdükleri müdafaayı kendi lehine dermeyen edebilir ve istikrazın bir kanunla yapılmasına müsaade edildiğinden bahisle bu kanunda istikraz için konan şartların bilinmesinin bir mazeret teşkil etmeyeceğini bu zarardan yalnız istikraza hükûmetçe müsaade verilip verilmediğini tahkik etmeden iştirak eden ferlerin mes'ul olacağını; ve hatta tren kumpanyalarının yukarda işaret edilen vaziyetlerde iddia edebileceklerinden fazla olarak belediye reisi, istikraza iştirak edenlerin hataya düşmelerine mani olmamışsa bile bu hataya hiç bir suretle sebebiyetde vermediğini kendi lehine olarak dermeyen edebilirdi. Buna rağmen yargıtay,

Maçon komününü belediye reisinin sükûtundan doğar zarardan sorumlu addetti [1].

Bütün bu kararlardan; hiç bir mes'uliyete uğramadan başkalarını kanunlar hakkında hataya düşürülemediği neticesi çıkar. Zaten yüksek mahkeme bir komisyonunun; müşterisine kocasının rızasını almadan evli bir kadın tarafında imzalanmış bir borç senedinin ne kadar az bir kıymeti haiz olacağını bildirmeden vermesinden dolayı sorumlu olması lâzım geldiğinden bahsile Montpellier mahkemesinin (yukarda işaret edilen) kararını boşuna bozmamıştır.

Lâkin bize; tren memurlarının tarifeler hakkında müşterilerine yanlış malûmat vermelerinden dolayı doğan ihtilâflar hakkındaki mahkeme içtihadlarını nasıl izah edeceğimiz sorulabilir! Belki bunu izaha lüzum da yoktur. Çünkü hakikatte, mahkemeler kararlarında tam bir birliğe varmaktan çok uzaktırlar. Mahkeme kararları; türlü işlerle türlü zamanlarda uğraşmış bir çok kimselelerin yapmış oldukları intellektüel çalışmaların neticesinde meydana gelen bir şey olduğundan bizim iddiamızı teyid eden bir çok kararlar yanında ona muhalif olan bazılarının bulunmasında hayret edilecek bir şey var mıdır? Zaten bizim görüşümüze muhalif olan kararları; sık sık tesadüf edilen ve hatırlanması lüzumlu olan bir olay izah eder:

Bir tren kumpanyası, bir yolcudan veya bir mal gönderenden resmen tasdik edilmiş tarifelere dayanarak munzam bir ücret istemişti. Ticaret mahkemesi kumpanyaya prensip itibariyle hak vermekle beraber «kumpanya tarafından talep edilen bu paranın mal gönderene zararı ziyan olarak hüküm edilmesi lâzım gelen aynı miktardaki para ile takas edileceğini» ilâve etmişti. [2]

Bu suretle her şeyi sanki yanlış olarak alınan ücretin hiçbir talebe meydan vermeyeceği gibi cereyan ediyordu. Yüksek mahkemenin de hoşuna gitmiyen işte bu idi. O; tasdik edilmiş tarifelerin mecburî oluşuna (force obligatoire) bunun bir darbe indireceğinden korkarak ticaret mahkemesinin kararlarını bozma başlandı. [3] Bu içtihadın, tasvip edilmemesi icap ettiğini kabul etsek

[1] Cass, 16/Nisan/1894 pan. Franç. 95. 1. 89

[2] Verdiği karar 13 Şubat 1878 S. 78. 1825 tarihli ilâmla bozulan Montbatan Ticaret mahkemesi de böyle yapmıştır.

[3] Bu sebep, sırf hukuk bakımından yüksek mahkemenin içtihadını doğru göstermek için kâfi midir? Biz tren tarifelerinin hukukî mahiyeti hakkındaki etüdümüzle bunun aksini ispata çalıştık. (P. 131. vd.)

bile onun istisnai olan mahiyetini göz önünde tutarak sair hallerde bu prensip yerine âdil olan şu prensibin «bir başkasının hukukta hâta etmesine müsaade eden veya ona hukukî bir hâta işleten şahıs fiili hatalarda sorumlu olduğu şart ve derecelerde mes'ul olmalıdır.» tatbik edileceğini ümit ediyoruz.

G — Bu kaideden çıkarılmak istenen son bir sonucuda inceliyelim: Medenî kanunun, hataen ve iyi niyetle hareket etmiş olanları himayeye dair olan özel hükümlerinden; bu hatayı hukukî bir kaidede yapmış olanların istifade edemeyecekleri söyleyerek [1] bunun hakkında biri mantığa (kanunu bilmiyenlerin, kanunu bilenlerin zararına olarak himayesi doğru olmaz), diğeri de mahkeme içtihatlarına dayanan (bize içlerinden bir çoğu yargıtaydan çıkmış kararlardan bahsederler.) iki delil gösteriliyor.

Biz ise bunun aksine olarak bahse konu ipotezde de hukukî hatanın fiili hataya benzetilebileceğini zannediyoruz:

Evvelâ, mantığa dayanılarak bize karşı koyulan delilin her iki nevi hataya da aynı şekilde tatbik edilebilir olmak hassası vardır. Bize «ne için kanun koyucu, hukukta hâta edeni etmiyene karşı himaye edecektir» diyorlar. Bizde «ne için kanun koyucu mevzu bahis maddelerde, hiç olmazsa maddî (fiili) bir meselede hâta edeni böyle bir hâta yapmamış olana karşı himaye etmiştir» diye cevap veriyoruz. Bize hukukî hatayı mahzur göstermek, itaatsizliği ve ihmali teşvik etmek değil midir? deniyor. Biz de cevap veriyoruz: Fiili hatayı mahzur görmekte ihmali ve ihtiyatsızlığı teşvik değil midir? Hakikatte, hâta etmiş olanları himaye maksadiyle konulmuş olan kanun hükümlerinin her iki nevi hatada da aynı kıymeti haiz olan bir sebebi vardır. Böyle vaziyetlerde kanun koyucu, üçüncü şahıslara; ehemmiyetsiz veya tamamen arizî veya kolaylıkla def'i kabil veya muayyen bir nisbette müstahak buldukları bir zarar tahmil ederek iyi niyetli kimse-leri hatırı sayılır bir zarardan kurtarmayı daha yerinde bulmuştur. Ne için eski bir sanının, (fiction) tesiri altında bir yarı adaletle iktifa ederek bu kadar doğru (âdil) olan kaidelerin tatbikini keyfi olarak sınırlamalı (tahdit etmeli)? Bir misal verelim: Umu-miyetle medenî kanunun 201 inci maddesindeki «batıl addedilmiş bir evlenme hüsnüniyetle, aktedilmiş ise karı koca hakkında olduğu gibi çocuklar hakkında da hukukî neticeler tevhit eder»

[1] Bunun belli başlı misalleri medenî kanunun 201, 549, 1109, 1110, 1299, 2265, 2279 uncu maddelerindedir.

kaidesi herkes tarafından tasvip edilir. Bunun bir hukukî hâta dolayısıyla mevzuubahis edildiğini farzedelim: Evlenmeyi Fransada yapacak olan belediye reisi son dakikada bir mazareti yüzünden işi başına gelemiyor, yerine selâhiyettar olmıyan bir başka memur geçiyor. Selâhiyet hakkındaki kaideleri bilmiyen nişanlılar da boş yere sahi bir şekilde evlenmiş olduklarını zannediyorlar. Bu taktirde bunlara 201 inci maddeden istifade hakkı reddolunarak sağlam bir şekilde kurulmuş zannedilen yuvayı yıkmak, doğması muhtemel çocuklara tabii çocuk nazariyle bakmak, sanki babaları analarını yalan vaatlerle aldatarak işgal etmiş ve sanki anaları da baştan çıkarılmış bir kız imiş gibi ana ve babalarına bir nevi mânevi leke vurmak çok sert olduğu gibi kanun koyucunun maksadına da muhalif değil midir? [1]

İyi niyet her zaman için iyi niyettir, bunu ortadan kaldıracak bir fiksion olmadığı, gibi kanunun bazı inceliklerini bilmediklerinden dolayı bir ailenin yıkılmasına da bir fiksion yüzünden müsaade edilemez ve sözde bazı içtimaî zaruretlerde hiçbir zaman böyle anti sosyal bir neticeyi haklı gösteremez. Buna benzer bir mülâhazayı, diğer mevzuubahis metinler hakkında da ile süreceğiz. Zaten bunları bize karşı ileri sürülen ikinci delile (argument), mahkeme içtihatlarına, cevap verirken daha yakından incelemek fırsatını elde edeceğiz.

Bu görüş tarzıyla; belki de en mühim meselelerden biri olan hukukî muamelelerdeki hatayı tetkik edenler, bize bilhassa kasten (à dessein) taraflardan birinin hukukî hatasını nazari itibare almamış bazı mahkeme kararlarını gösterirler. Bu kararlarında doğru olduğunu çünkü bir hukukî muamelenin hüküm ve neticeleri hakkında yanlış malumat edinmiş olan bir kimsenin bu bilgisizliğinin fena neticelerini ilgililere, (meselâ kendisiyle sözleşme yapmış olanlara) yükletilmesinin haksız olacağını söylerler. Lâkin evvelâ doktrin ve sonra da mahkeme kararlarının ekserisi bizimle beraber olarak bu konuda, bu iki nevi hatanın yekdiğere benzetilmesi reyindedirler. [2] Bazı yargıtay ve mahkeme

[1] Bizim fikrimizin lehinde olmak üzere bakın: Trb. civ. Bruxelles, 15/Aralık/1887 Pand. fr. 87. 5. 7. Trib. Civ. Orléan, 12/Temmuz/1893 ibid. 94.5.36

[2] Bakın: Mérlin rép v° Testament, sect. 2, 5, — Marcadé, 1376 ve 1377 inci maddeler hakkında. — Morlon Revue pratique, 1864 t. XVIII P. 198. — Laurent, t. XVI 15, P. 505,508. — Huc. VII, P. 21 Baudry Lacan inerie et Barde t. P. 70. — Aubry ve Rau 5 e. ed. t. IV, P. 496. — Planiol, 2 e. ed. t.

kararlarının, bir hukukî muameleyi taraflardan birinin bir hukukî hatası yüzünden iptal etmeyi reddettikleri doğrudur, fakat aynı şekilde bazıları bir fiili hâta sebebiyle de böyle bir muamelenin iptalini reddetmişlerdi. Bu husus bazı izahatı icap ettirir:

Medenî kanunun 1109-1110 uncu maddelerinin hukukî hata halinde kayıtsız ve şartsız uygulanmasının çok kereler bizi; bir adaletsizliğe götüreceğini zahmetsizce kabul ediyoruz, fakat fiilî hata halinde de bunların kayıtsız ve şartsız tatbiki tamamiyle aynı sonucu doğurur. Onun için, mahkemeler; tatbikatta bu iki maddeyi büyük bir tashihe (correction) tâbi tutarlar. 1109-1110 uncu maddeler mantıken ayrılması mümkün olmıyan iki meseleyi birbirinden tefrik ederler: Hatadan kim sorumludur? «ve sözleşme iptal edilecek midir?» Jurisprudence; bu iki mesele arasında akli selimin icap ettirdiği bir bağıklık tesis ederek, bir hukukî muamelenin, hata dolayısıyla (fiilî veya hukukî) iptalini; iptal istiyen tarafın kusuriyle bir hata işlemiş olması ve bu iptalin de diğer tarafa müsbet bir zarar vermesi mümkün hallerde, kabul etmemiştir. Bu suretle okumak bilmiyen bir şahsın, ilânlarda yazılı bir oyunun mahiyetinde aldanarak bir bilet aldıktan sonra bu hatasını en tatmin edici bir şekilde isbat etmesi halinde bile medenî kanuna rağmen sözleşmeyi iptal talebi reddedilecektir. Çünkü akliselim bunu böyle istemektedir. Tatbiki hukuk ilminin (Pratique jurisprudentielle) bizim söylediğimiz istikamette olduğunu isbat bizce kolaydır. Bir sözleşme mevzuunun esas vafına hata eden şahıs, çok defa bu hatasından sorumludur ve böyle bir vaziyette 1109-1110 uncu maddelerin tatbiki mahkemeleri bu mukavelenin iptaline ve bundan zarar gören şahısların zarar ve ziyanlarının tazminine karar vermeğe sevketmelidir. [1] Halbuki

1. P. 230. — A. — dde Besançon 1/Mart/1827, D. Rép, Obligations No: 147. — Grenoble, 24/Temmuz/1830 S. 31. 2. 35. — Limoges, 8/Aralık/1837, S. 39. 2. 27. — Cass. Civ. 12/Mart/1845. S. 45. 1. 525 Agen 17/Mayıs/1887 ve temyiz üzerine Récq 38/mayıs/1888 S. 89. 1. 248. — Chambéry 1/Ocak/1894. D. 95. 2. 235

[1] Bir satış akdi üzerine muhakeme yürüten çölmec, Santerreve Damante'a bakın: Onlar «ekseriya müşteri; satıcı ile anlaşması lâzım geldiğinden bahisle haksız çıkarmak büyük bir itiyatsızlık olur. Müşterinin bu kusuru 1382 inci madde mucibince bir borç doğurmaktadır ve bunun neticesi olarak eğer satıcı mukavelenin feshinden bir zarar görmüşse, bilhassa bir başka satış inkâmı kaçırmış ise, müşterinin satıcıya tazminat vermesi lâzım gelir» diyorlar.

mahkeme kararlar külliyatına bakarsak bu hal tarzının tatbikatça bilinmediğini görürüz. [1]

O halde tatbikat hangi hal tarzını kabul ediyor? Bazı defalar, hata etmiş kimsenin kusuru çok hafif görülerek kendisine hiçbir sorumluluk yükletilmek istenmiyor. Yargıçlar dâva olunan taraf lehine hiçbir tazminata hüküm etmeden sadece mukaveleyi feshediyorlar.

[1] Kararlar külliyatındaki araştırmalarımız kâfi görülmiyecek midir, kendimizi tatmin için içlerinde Jurisprudence ların bol bol, bulunduğa sair eserlere meselâ Dallos Répertoire na (v. Obligation 43, 45) ve onun supplement na (cod. v. P § 42 vd.) veyahut ta Aubry ve Rau unu büyük eserinin son edisionuna (t. iv, P. 497) baş vuralım: Bu son eser bizi yalnız 1872-73 de karara bağlanmış tek bir meseleye yollar. Dallos Répertoire ı fazla olaraktan bize 1864 tarihli bir karar gösterir. Tatbikatına çok tesadüf edilmesi icabeden bir prensibi izah için iki karar. Bilhassa bunların yanında tartışma konusu teşkil etmiyen az önemli prensipler için birçok kararların mevcudiyeti karşısında hakikaten pek az fakat dahası var. Bize gösterilen kararlara dönelim: Besançon mahkemesinin 8/Kasım/1872 tarihli kararı (Sous Cass Req. 30/Temmuz/1873 D. 1. 330.) mukaveleyi iptal ediyor, fakat zarar ve ziyana hükmetmiyor. Meseleyi tetkik eden yargıtay ise istinaf mahkemesinin kararını onaylamakla beraber gerekçesinde zımnı olarak «bir zarar mevcut olsaydı, bunun için tazminata hükmedilmesi lâzım gelirdi» reyinde bulunuyorsa da iptal talep eden davacıyı hiçbir tazminatla mahkûm etmemişti. Bu suretle, bu prensip yargıtayca platonik bir tarzda kabul edilmişse de fiiliyatta bunun tatbikini kat'iyeyü görmüyoruz. Dallos supplement inın atıf yaptığı diğer kararda ise (caa. 13/Ocak/1864, D. 64. 1. 62) tazminattan bahis bile yok, bu bize onun burada bulunmasının bir hâta neticesi olduğu hissini veriyor. «Pandectes françaises» de bu jurisprudence eksikliği (klâsik kaideye dayanılarak) şöyle izaha çalışıyor: «Bundan başka şuna da işaret etmek lâzımdır ki (bu observation mukavelesinin feshinde görülmesi mümkün sertliği biraz gidermek içindir) müşteri fesih hakkındaki davasını güçlükle kazanabilir (çünkü muvaffakiyeti, hatanın isbatı için göstereceği delillere tabidir ki bu vaziyette de delil tedariki kendisi için oldukça güçtür. (Pand. Franç. v: Obligations, No: 7159).

Hipotezimizdeki, hatanın isbatının bilhassa müşkül olduğu hususu bize açıkça yanlış görünüyor. Hatayı isbat bakımından bir kimsenin kendi kusuru ile veya kusuru olmaksızın aldanmış olması önemli değildir. Artık çalışmamız olan çift atı yerine bir başkasının almak istiyen çiftçi kendi hatasıyla bir binek atı alması halinde, umumiyetle pekâlâ bir çift atına ihtiyacı olduğunu ve böyle bir binek atı almak istemediğini isbat edebilecektir. Bununla beraber mahkemeler yukarda gösterdiğimiz misallerde de olduğu gibi mukavelenin feshini reddedeceklerdir. Infro (P. 38 Note 2). Bütün bu meseleler için hukukî muamelelerin tefsiri hakkındaki (de l' interpretation des actes juridiques privés 1905 tarihli etüdâmüze bakınız. P. 1218 et. s).

Bazan kusur hesaba katılması icap edecek derece ağır görü-  
lüyor. Bu vaziyette mukavelenin feshini reddeden yargıçlar bu  
reddi doktrin kaideleriyle uzlaştırmak için; mesela, hatanın haki-  
kaite mukavelenin feshine hükmedilmesi mutad olan hallerdeki  
kadar kuvvetlice isbat edilmiş olmasına rağmen; onun subut  
bulmadığını ileri sürmek gibi bazı çarpaşık çareler kullanıyorlar.  
Nihayet bazan da, hâkimler bu doktrin prensipleri yerine az çok  
sarahaten bu diğer prensibi «mukavelenin iptali; davacı hatasının  
başlıca faili olduğu ve bu iptalin diğer tarafın müsbet bir zara-  
rını mucip olacağı hallerde: kabul olunamaz» koydular. [1]

Açıkça görüldüğü üzere âdil olan bu prensip bu iki nevi  
sözde hata arasında hiçbir fark yapmaz. Bu metinlere çok aykırı  
bulunursa mahkemelerden, tekrardan medenî kanunun 1109-1110  
uncu maddelerinin doğru bir şekilde tatbikine dönmeleri istensin.  
O zaman biz de kabul ediyoruz, hukukî hata hakkındaki tezi-

[1] Gayri menkul satışları hakkındaki aşağıdaki karara işaret edelim:  
Bir arazinin muhtevastındaki ayıp (défaut de contenance) alıcıya sözleşme-  
den rucu selâhiyeti vermez, mâğher ki bu tarla (satıcı tarafından bili-  
nen belirli bir iş için alınmış olsun ve bu muhtevastaki ayıp onu bu işe  
elverişsiz bir hale soksun. Bir arazinin bir mürur hakkı ile takyî edilmiş  
olduğunun saklanmış bulunması bir ayıp teşkil etmez, bunun tahkiki satış  
mukavelesini imzadan evvel alıcıya düşerdi, (Cass. 18/Haziran/1902, gaz.  
des Trib. 20/Haziran/1902).

Ticarethanelerin (Fond de Commerce) satışı hakkında verilmiş olan  
bir kararda da «her ne kadar mahkemeler bu ticarethane satışlarında alıcı-  
ları, satıcıların yapması mümkün hilelerden korumakla mükâlef işler de  
altılar tarafından mukavelenin imzasından evvel yapılması kolay araşır-  
malarla bu hilelerden kurtulmanın mümkün olduğu hallerde müdahale  
etmemelidirler. Zaten, bu müşterilerde sırf kendi ihmalleri ile hataya düş-  
müşdürler» denilmişti. (Trib. Comm. La Havre 25/Haziran/1900 rec. du.  
Havre. 1900. 1. 76). Aynı şekilde taksiîli satışlarda da (vente a' remperampet  
de valeurs à lot) satış mukavelesinin iptal talebi; alıcının bilgisiz olmaması  
ticaret hayatında muayyen bir tecrübe sahibi bulunması, taahhütlerinin  
mahiyet ve şumulünü anlayacak bir durumda olması ve zamanında malûmat  
elde etmemiş olmasının sırf kendi ihmalinden ileri gelmiş bulunmasından;  
alıcının rızasını haten beyan ettiği bahanesiyle kabul edilen ez» denilmişti.  
(Trib. Civ. Le Pry, 4/Ocak/1900, Gaz. Des. Trib. 17/Mart/1900. Savingy nin-  
de işaret ettiği gibi aydınlığa çıkarmaya çalışığımız bu prensip, eski-  
den beri zaten Digesta da mevcuttu: (Facti ignorantia ita demum cuique  
non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur: quid enim siomnesin  
civitatenciant, qaod ille solus ignorat et recte labec definit sciantian  
neque curiossisimi, neque negligentissimi homini accipiedam: verum ejus  
qui eam rem diligenenterinquirende notam habare possit» liv. 22. t. vi, L.  
9, § 2 v. au même titre la loi 6).



mizden doğru olmıyan neticeler çıkarılabilir, fakat aynı şekilde fiilî hata hakkında da böyle sonuçlar çıkarmak mümkündür. Son olarak iki şıktan biri ya metinlerin harfi harfine tatbiki, adalete (équité) tercih edilir ki bu taktirde bu uygulama tarzının her nevi hâta içinde kabulü lâzımdır; yahut ta adalet, metinlerin harfi harfine uygulanmasına tercih edilir ki bu taktirde de bu tatbik tarzını her nevi hata içinde tercih lâzımdır.

Şimdi medenî kanunun diğer metinlerini incelemek için 1109-1110 uncu maddelerini bir tarafa bırakalım :

549, 2265 ve 2279 uncu maddeler hakkında yargıtayın kararlarına dayanarak etüdün birinci kısmında göstermiş olduğumuz iki kararla bize itiraz ederler. Elbette ki bu delil ihmal edilecek mahiyette değildir. Fakat biz de buna karşı kıymeti bundan aşağı kalmıyan ve otoriteye dayanan diğer bir delille cevap vereceğiz. İçlerinden bazıları yargıtay üyeliğinde bulunmuş veya halen de bulunmakta olan büyük muharrirler de bizim fikrimizdedirler. [1]

Fazla olarak mevzu bahis kararların oldukça eski olduğuna da işaret edelim: 14/Ağustos/1882 ve 11/Ocak/1887. Yirmi senede ne fikirler değişir, ne kadar insanlar birbirini takip edip geçer. Zamanla yüksek mahkeme üyelerinin bugün büyük bir kısım

[1] Cf. Aubry Rau (5 edit), t. E § 28 - adde 460 texte et note 7 § 206, texte 2 No. et note 12 § 218, texte No. 2 et, note 29, Planiol t. 1. 2 éd, No. 906 et 1527, Demante, t. 11, 385, bis, Decolombe t. ix, 609, Laurent, t. vi, 218 - V. Aussi Rennes 19/Mart/1849, S. 50. 2. 610, Toulouse, 27/Mayıs/1878, S. 80. 2. 5.

Meselâ, 549 uncu maddedeki gibi, iktisabın, kamu intizamına aykırı batıl bir mukaveleye istinat etmesi halinde ne şekilde hareket edilmesi lâzım geldiğinde tereddüt edilmektedir. (V. Aubry et Rau op. cit. t. 11 P. 409 note 14).

Bizim fikrimize göre eğer iktisabın sebebinde ahlâka mugayir cihetler varsa burada hüsnüniyet kaidelerinin nazarı itibare alınmasına mahal yoktur. Fakat aksi halde 549 uncu madde kabili tatbiktir. Bizce Aubry ve Rau 2279 uncu mad. hakkında çok doğru olarak zilyetliğin hüküm ve neticelerini zilyedin hüsnüniyet veya hüsnüniyetiyle ilgisi olmadığını söylerler. (Op. cit. t. 11. P, 157, note 29) ve istihkak davasının suiniyetli bir zilyet aleyhinde bile mesmu olamayacağını fakat bu suiniyetin zilyet aleyhine 1382 ve 1383 üncü maddelere müstenit bir istirdat davasının açılmasına mâni olamayacağı fikrinde olduklarını da ilâve ederler. Zaten diğer taraftan, biz suiniyeti hakkındaki genel prensiplerin hukukî hatayı diğerinden (fili hatadan) ayırmadığını gösterdiğimizi zannediyoruz. M. M. Aubry ve Rau nun şimdi işaret ve kabul etmiş olduğumuz teorileri de katî olarak iki nevi hata arasında hiçbir farka yer vermez.

muharrirlerin de cereyanına katıldığı görüşlerin tesirine kapılması da muhtemel değil midir? Zaten bize karşı konan kararlarda «Chambre de requête» tarafından verilmiştir. Fakat bilindiği üzere «Chambre Civil» in bazan ondan farklı bir anlayış tarzı vardır. Bilhassa bizim fikrimizde olduklarından dolayı işaret ettiğimiz eserlerden bazıları, chambre civil de halen veyahut ta eskiden üye olanlar tarafından yazılmıştır. Bundan dolayıdır ki eğer bu meseleyi halledecek bu daire olsaydı bize hak vereceğini kabul için ciddî sebepler vardı.

Diğer bir nokta daha: Hukukî hâta da, medenî kanunun 549 ve 2265 inci maddelerinin tatbik edilemeyeceğini iddia edenlerin bize karşı koymak için istinat ettikleri kararlarda bunu yalnız platonik bir teyitle (affirmation) iktifa etmişler ve mahkemeler, önlerine gelen meseleye onların; ileri sürdükleri, prensibi tatbikten kaçınmışlardır. Halbuki biraz evvel sözleşmelerdeki hâta dolayısıyla jurisprudence'in tatbik etmeden kabul eylediği prensiplerden ne kadar sakınmak lâzım geldiğini görmüştük. Bunların nüfuzu (otorité) zayıftır ve tatbikatçılarda (praticien) bunlara büyük önem atfetmemekle hâkimane hareket etmiş olacaktırlar.

2279 uncu maddeye gelince: Aleyhine yargıtaya müracaat edilmiş karar bu maddenin müşteri lehine tatbikini, müşterinin hukukî bir hata işlemiş olduğundan bahisle kabul etmiyordu; chambre de requete de temyiz talebini reddetmişti. Tezimize muhalif olan bu karar; müşteriye atfedilebilecek olan hatanın hukukî hatadan ziyade fiilî hâta olması bakımından da bizce daha fazla tenkide lâyük görülmektedir. [1]

[1] Olayları kısaca anlatalım: Karaya oturan bir geminin kaptanı geminin bordasında kalan malları kurtarılabilir bir vaziyette olduğu halde buna teşebbüs etmeden ve malların acele satılmasına lüzum olmadığı halde müstacelen ve müvekkillerine müracaat etmeden sattırdı. Bu malları satın alan müşteri hüsnüniyetini ileri sürerek satışın müteber olacağını iddia et.i, fakat bu şartlar içinde sözde; hüsnüniyetin hukukî bir hatada mevzu bahis olanıyacağından bahisle onu haksız çıkardılar. Lâkin hakikatte müşteri ne diyordu? Bir kaptanın lüzum olmadığı halde kendisine nakl için teslim edilmiş malları satabileceğini zannettiğini mi söylüyordu? Hayır, çünkü bunu iddia etmek, müdafaası mümkün olmayan bir şeyi ileri sürmektir. Yargıtay kararının hülâsa edilmiş olduğu Dallosda (D. 83. 1. 337) müşterinin kaptana verilmiş vekâletin şumulünü (terme) bilmediğini zaten kaptan için malların müstacelen satılması lâzım geldiğini zannettiğini söyleyerek chambre requete in bir kararında ibraz etmişti. Bu kararda yola elverişsiz (işliyiyecek) bir vaziyette olan bir geminin satışında; hattâ

Bizim anladığımızı göre bu mesele hakkında karar veren yargıçlar, müşterinin dürüst olmyan (indolcat) bir şekilde hareket ettiği zahabına kapılarak, bunun neticesinde belki de kararlarını hâdiseye kâfi derecede uygun olan mucip sebeplere istinat ettirmek lüzumunu hissetmeden onu haksız çıkarmışlardır. Bize karşı ileri sürülen bu görüş tarzının diğerlerine inzimamı, bu kararın kuvvetini (autorité) gözümüzden epeyce düşürüyor. Her ne olursa olsun bu kararın vüs'atı nedir? Bundan kanunun, bir hataya kurban olanları himaye ettiği her yerde kanun koyucunun yalnız fiilî hatayı mı göz önünde tuttuğu neticesi çıkarılmalıdır? Tabii ki hayır. Çünkü 201, 1109 ve 1110 uncu maddeler gibi bazı metinler yüksek mahkemenin halen kat'î olarak bizim istediğimiz şekilde hallettiği kabul olunmalıdır. O halde bazı öyle metinler olacaktır ki, oradaki «hata» kelimesi her türlü hatayı ifade edecek ve bazı diğerlerinde ise «hata» yalnız fiilî hataya işaret edecektir. Fakat bu tefrik ne için? Nasıl olur da komediye'nin repertuarlarındaki türlü insanlara göre şahsiyet değiştirdikleri gibi aynı tâbirin kanunun muhtelif kısımlarında mâna değiştireceği kabul olunabilir. Hiç olmazsa bu değişme için bize bir sebep gösterilseydi. Fakat bunun gösierildiğini de duymadık. Umumiyetle kendisine bazı kusurlar atfedilebilecek olan bir mâlik tarafından ansızın takip edilen hüsnüniyetli bir zilyenin vaziyeti bir sözleşme mevzuunun mahiyetinde hata eden bir âkidin ki kadar ve belki de onunkinden daha fazla ilgiye lâyık değil midir?

Doktrininin tesiri altında ümit ederiz ki mahkemelerde yavaş yavaş bu görüş tarzına iltihak ederler ve hüsnüniyetli kimsenin fiktivman sanki suiniyetli imiş gibi telâkki edilmesini kabul etmezler, Code Civilin hükümlerini en insanî mânada anlarlar, bazı adaletsizlikleri elzem kılan sözde sosyal zaruretlerin tesirinde kalmadan gözlerini bu çift ideale adalet ve hakikate doğru çevirirler!

Adalet ve hakikat! Hiç şüphesiz ki «herkes kanunu bilir addolunur» kaidesi (Hukuk meseli) bizi bunlara doğru götürmez. Etüdümüzün sonuna yaklaştığımız şu sırada, bu kaideden; yani

---

bu yola elverişsiz (işliyemiyecek) vaziyette olmanın yersiz yere beyan edilmiş olması halinde dahi hüsnüniyetli müşteriye tam bir hak verir» diyor-du. (3/Nisan/1867, D. 68. 1. 35). Hukuken bu vaziyet; mevzuubahis ettiğimiz aynıdır, buna rağmen yargıçların müşteriye haksız çıkarmaları mahkemel olarak mallaşın kıymetinin çok az taktir edilmesinden ileri gelmiştir.

bu başka hiçbir prensip tarafından haklı gösterilemeyecek kaideden doğrudan doğruya çıkan neticelerin heyeti umumiyesi üzerine bir göz gezdirmek yerinde olur. Bu neticeler hangileridir?

Evvelâ ceza mahkemeleri önünde, suçlunun; hiçbir zaman kanunu yanlış tefsir ettiğini iddia ederek hatasının zarurî olduğunu isbat etmesine müsaade edilemeyecektir. Halbuki bu adalete muhaliftir.

Sonra yine bu mahkemeler önünde mahzur görülebilecek bir hukukî hatada cezayı azaltıcı bir sebep olarak ileri sürülebilecektir. Halbuki bu adalete muhaliftir.

Hususi hukuuta, zarurî olan bir hukukî hatanın, başkasına vermiş olduğu zarar tam olarak tazmin edilecektir. Halbuki bu da adalete muhaliftir.

Medenî hukukun, bir kusurun hüküm ve neticelerini onun ağırlık derecelerine göre tayin ettiği hallerde de mahzur görülebilir bir hukukî hata hiçbir zaman kusurun ağırlığını azaltmayacaktır. - Bu da adalete muhaliftir.

Sizi ciddi bir zarara sokan, bir hukukî hata işlemenize müsaade eden veya sizi bir hukukî hata işlemeye sevkeden bir üçüncü şahıs hiçbir suretle sizi tazminle mükellef tutulmayacaktır. - Bu da adalete muhaliftir.

Nihayet kanunun bir hataya kurban hüsnüniyetli şahıslara hususi bir himaye bahsettiği her halde bu himaye bir hukukî kaide üzerinde hata etmiş olanlara karşı reddedilecektir. Bu da adalete muhaliftir.

Evet bütün bunlar adalete o kadar muhaliftir ki doktrin ve jurisprudence bu neticeleri çok defa hiç olmazsa kısmen kabul etmiyerek atarlar ve tatbikatçılarda neye dayanacaklarını ve hâlâ ne dereceye kadar »herkesin kanunları bilir addedilmesi» lâzım geldiğini tayinde müşkülâta uğrarlar. Fiiliyatta her iki nevi hatayı olduğu gibi mevcut kabul ederek hukukî hata ile fiilî hata arasında sun'î olarak açılmış bu uçurumu kaldırmak ve ikisini de aynı umumî prensibe tâbi tutmak, meseleyi ne kadar sadeleştirecek ve bu suretle adalete ne kadar çok daha yaklaşmış olunacaktır. An'anevi kaide hiç olmazsa nazariye bakımından kabili müdafaa mıdır? Bunun göstermiş olduğumuz gibi halen yürürlükte olan kanunlarda da hiçbir mesnedi olmadığı gibi mantıken de bu iki nevi hatayı ayırmakta hiçbir sebep yoktur. Yapılması bize

zorla kabul ettirilmek istenen bu ayrılık bir sanıya (fiction) dayanır ve bundan dolayıdır ki müdafaası bizi hakikatte bir adaletsizlik olan fiktif bir adalete götürür. Klâsik ekonomiye; hakikî insanı değil de kendi hâyal mahsulü olan tamamiyle mücerret bir insan tipi (homo economicus) imal ederek yalnız bu hâyali; incelemesinden serzenişte bulunulur. Belki klâsik hukukta buna benzer bir serzenişe lâyıktır. Çünkü o da hakikata, bazan ilâveler bazan, retüşler yaparak bir nevi hâyali adam yaratır ve yalnız bu adamı tanıdığını iddia ederek yalnız onun mahkemelere girmesine müsaade eder. Bu «Homo Juridicus» (ona bu isimle hitap etmemize müsaade edilsin) hususî bir zihniyete mâliktir, bilhassa kanunları fevkalâde iyi bilmek, en münakaşalı konularda bilgi sahibi olmak hattâ evvelden mahkeme kararlarındaki değişmeleri sezme gibi büyük bir meziyete de sahiptir. O, bize çok kıymetli hukuk dersleri bile vereceğe benziyor. Maatteessüf mücerret olan şeyler dilsizdir, konuşmak için var olmak lâzımdır ki; var olmakta «Homo Juridicus» un tek kusurudur.

Herkesi kanunları bilir kabul etmek makul olmak isteyen bir kimse için kendisini; bir hâyale, hukukçunun uydurduğu bir nevi yalana kaptırmak, nihayet adaletsiz bir hal çaresine gitmiye mahkûm etmek demektir. İşte bundan dolayıdır ki biz bu eski kaidenin (hukuu meselinin) terkedilmesini ve bundan sonra hakikatın açtığı yolda cessus adımlarla adalete doğru yürünmesini istiyoruz.

---