

TEDRİSAT BAKIMINDAN «UMUMİ HUKUK TARİHİ»

Prof. Dr. Ziya UMUR

Her Hukuk Fakültesinde, hukuku «tarih açısından» görmeğe yarayan dersler vardır. İstanbul Hukuk Fakültesinde de «Umumî Hukuk Tarihi» dersi, seçimlik ders gruplarından bir tanesinde yer almaktadır.

«Umumî Hukuk Tarihi» tâbiri, zaman ve mekânla mukayyet olmıyan mücerret mânada «Hukuk tarihi» demektir ve «umumî» sıfatı onu, teker teker pozitif hukukların tarihinden ayırarak, bütün insanlığın hukukuna şâmil bir tarih olduğunu göstermek maksadı ile konmuş görünmektedir.

Mücerret mânada «Hukuku» kavrayan bir tarih, bütün insanlığın aynı kaideler altında yaşaması gibi, bir «ideal» olarak kabili tasavvur ve parça parça araştırmalara mevzu olmaya lâayık ise de, bir memleketin Hukuk Fakültelerinde, o geniş mânası ile tedrisat mevzuu olmasında fayda ve buna imkân yoktur.

Bu söylediğimiz, hukukun tarih açısından öğrenilmesinde fayda olmadığı mânasına asla gelmez. Bilâkis, İstanbul Hukuk Fakültesinde, hukukçunun formasyonu için zarurî olan «Hukuk Tarihleri» zümresi son derecede ihmal edilmektedir. Bütün hukuku «umumî» bir tarih haline getirmek de, esasen, onu faydasız veya imkânsız bir şey gibi göstermeğe ve dolayısı ile ihmal edilmesine sebep olmaktadır. Halbuki faydasız olan, «tarih gözüyle hukuk» değil, muğlâk bir mânada alınan «Umumî Hukuk Tarihi» dir.

Memleketimizde uzunca bir müddettenberi kullanılmakta devam eden «Umumî Hukuk Tarihi» tâbiri bazı yanlışlıklara sebep olmaktadır. Bununla beraber, isimlerin ve tâbirlerin sık sık değiştirilmesine taraftar değiliz; muhtevasının ne olduğu iyice belirtildikten sonra, yerleşmiş olan bu ismi muhafaza etmekte büyük bir mahzur görmüyoruz. Biz, bunun muhtevasında belli bir hukuk zümresinin, yani «Roma hukukları zümresi» nin tarihi bulunması gerektiği ka-

naatindeyiz. Şayet aynı isim altında daha geniş bir mefhumla varılmak istenirse, o zaman, «Türk Hukuk Tarihi», «Roma Hukuk Zümresi Tarihi», ve «İslâm Hukuku Tarihi» bahislerini ihtiva eden umumî bir tedrisat kolu mânasına gelebilir.

Bu yazımızda, gerek Türk hukukçusunun formasyonu, gerekse Türk hukukunun alması gerekli istikameti bakımından, «Umumî Hukuk Tarihi» ismi altında, kanaatimize göre, ne anlaşılması lâzım geldiğini izaha çalışacağız.

I — İSTANBUL HUKUK MEKTEPLERİNDE UMUMÎ HUKUK TARİHİ

1 — *Mahmut Esat Efendi* — Umumî Hukuk Tarihi dersi Türkiyenin Hukuk Mektep ve Fakültelerinde bir müddettenberi okutulmaktadır. Evvelâ Mahmut Esat Efendi «Tarih-i İlm-i Hukuk» ismi altında bu dersi vermeğe başlamış ve 1915 senesinde, aynı başlığı taşıyan bir eserin birinci cildini de yayınlamıştı (1).

Mahmut Esat Efendi, zikredilen eserin «Mukaddime» sinde «Tarih-i-İlm-i-Hukukun mahiyeti ve gayeti» hakkında: «Tarih-i-ilm-i-Hukuk, fikr-i-hukukun cemiyet-i-beşeriyye içinde nasıl zuhura geldiği ve asren baade asrin nasıl tevessü ve inkişaf ederek neşv ü nemâ bulduğunu ve akvam-ı muhtelifinde ne türlü şekiller aldığına irae eder», dedikten sonra, tarih-i-hukukun «tarih-i-umumî-i-beşerin bir şubesi» olduğunu beyan ediyor. «Tarih-i-hukuk gayet mühim ve faydalıdır... Zamanımızda mevcut müessesat-ı-adliyyeyi anlamak evvelce geçenleri bilmeğe tevakkuf eder... İlm-i-hukuk ile iştilal eden kimse dahi nazarriyyat-ı-mücerredeye hasr-ı-fikrederse yolunu şaşırır; metûn-ü-kadime veya cedideden herhangi birinin ve meselâ Dijest veya Fransa Kod Sivil'i gibi bir metnin tetkiki ile iktifa ederse, kendisini anlamadan görmeğe mahkûm eder... Ahkâm ve kavaid-i-hukukiyyenin hikmetini idrâk edebilmek için hukuka dair âsar-ı-mühimmenin hiç biri insan için meçhul olmamalı, onları yekdiğere takrip ve mukayese ederek heyet-i-mecmuasını birden ihata etmelidir... Zaman bilküllüye tebeddül etti, evvelce nâdir olan vesaik tekessür etti. Bütün Avrupa memalikinde ve hattâ Çin'e kadar her tarafta âsar-ı-kadime-i-hukukiyye hufre-i-nisyandan çıkarılıyor, bütün erbab-ı-mesaînin anlayabileceği bir şekle vaz'olunuyor; eski teamüller tetkik, tahrir ve tedvin ediliyor. Bu suretle me-

1) Mahmut Esat Efendi, Tarih-i-ilm-i-hukuk, İstanbul Matbaa-i-âmire, 1331 (1915). Diğer ciltleri devam etmemiştir.

sâil teraküm ettikçe ediyor, yalnız anları hüsn-ü-istimal ile tanzim ciheti kalıyor.»

Fakat ilm-i-hukuk için henüz bir tarih-i-umumî meydana gelmediğini de itiraf ettikten sonra «Bazı efkâr-ı-hukukiyeyi hülâsaten irae eylemekle iktifa» edeceğini de bildiriyor. Bir hulâsalar yekûnu olan programı son derecede geniştir: İptidaî kavimleri, vesaik noksanlığı yüzünden, tetkikatının dışında bıraktıktan sonra, eski hukuklar hakkında Avrupalıların icra ettikleri tetkikat-ı-umumiyyeyi bildirmeğe çalışmak, bu miyanda Mısır, Bâbil, Çin, Japonya, Moğol, Hint, İran hukukları ve İsrail hukukunu tetkik etmek, İslâm hukuku ve bunun Roma hukuku ile, kısa, bir mukayesesini yapmak; sonra müstakil ve geniş bir surette «Hukuk-u-Osmaniyye Tarihi» ni tetkik etmek, nihayet garba geçilerek, ayrıca tedrise ihtiyaç gösterecek kadar geniş olan Yunan, Roma hukukları şimdilik kısaca tetkik edildikten sonra, Rodos kanunu, Hamirîler kanunundan bahsetmek, Ortaçağa gelince, Golvaların hukuku, beşinci asırdan onuncu asra kadar yazılan Barbar kanunları, Salik kanunu, Vizigot, Burgond kanunları; nihayet Fransa tarihi, bu miyanda İngiltere tarihi ve İhtilâl-i-kebire kadar her şey, bu programa dahildir.

Kanaatimizce böyle, azametli denecek kadar geniş ve tahakkuku, hem araştırma bakımından hem de tedrisat bakımından, tabiatıyla imkânsız olan bir programı tasavvur edebilmesinin sebebi, Umumî Hukuk Tarihi tedrisatından beklenen gayenin sarih bir şekilde tebellür edememiş olmasında aranmalıdır. Filhakika Mahmut Esat Efendi, bütün bu malûmatı derslerinde vermeği kararlaştırdıktan sonra, kitabının 226 ıncı sahifesinde, Osmanlı İmparatorluğunda tatbik edilmekte olan İslâm Hukuku münasebetiyle şunları söylemektedir: «Şeriat-i İslâmiyye ülum-u nakliyyedendir. Yani mücerret akl-ı-insanî ile idrak olunamayıp sem'e (kulağa yani işitip öğrenmeğe) tavakkuf eden ülûmdandır. Çünkü ahkâm-ı-Şer'iyye esasen Kitap ve Sünnetten ahz ü istinbat olunur. Kitap ü Sünnet ise ancak nakl ile malûm olduğu gibi anlardan istinbat-ı-ahkâm dahi mânalarını bilmeğe ve keyfiyet-i-istinbatın mütevakkıf olduğu usul ü kavaidi fehm ü idrâke tevakkuf eder. Alehusus nazm-ı-Kur'an, ibaresiyle, işaretiyle, delâletiyle, iktizası ile pek çok ahkâm ifade eyler.»

Mahmut Esat Efendi, Osmanlı İmparatorluğu içinde İslâm Hukukunun tatbik edilmekte olduğunu bildiğinden ve tatbik edilmeğe

devam edeceğini de tahmin ettiğinden, İmparatorluk içinde başka bir netice tasavvur edemezdi: Her hal ü kârda «ülum-u-nakliyye»den olan ve insan aklına üstün bir yerden geldiği için, tatbikatından başka bir tarihi olmıyan bir hukuk, ne olursa olsun, yine tatbik edileceğine göre, sadece insan aklının ve cemiyet hayatının mahsulü olan hukukların tarihinden, umumî malûmat hudutlarını aşan bir gaye bekleyemezdi. Anlatılmasını mümkün bulduğu bütün hukukların tarihlerinden az çok bahsettikten sonra varılacak neticeyle, mahiyeti icabı, alâkası olmadığı için hiç bir değişikliğe uğramıyacak olan ülum-u-nakliyyeden Hukuk-u-Şer'iyeye'yi mecburen tatbik edeceğine göre, bu usul, «Mukaddime»'de söylenen «tarih-i-hukukun gayet mühim ve faydalı» olduğunu gösterebilmekten uzaktır. Bir gelişme tarihi olamıyan İslâm Hukuku meriyette bulunduğu müddetçe, Hukuk tarihi tedrisatı, Avrupada var, diye kabul edilen bir «süs»'den ibaret kalacak bir kültür özentisi idi.

2. *Ağaoğlu Ahmet Bey* — Mahmut Esat Efendinin, Umumî Hukuk Tarihi tedrisatı bakımından çizdiği bu yol sonraki senelerde, inkilâplara, Şeriatın lağvolunarak yerine beşerî hukuklardan birisinin ikâme edilmesine rağmen fazlaca değişmiş değildir. Üniversite islâhatından önce bu dersi okutan Ağaoğlu Ahmet beyin «Hukuk tarihi» ismini taşıyan notları (2), Mahmut Esat Efendinin İslâmcı görüşü yerine kavimci bir zihniyet taşımakla beraber, bu dersin Hukuk Fakültesinde okutulmasının gayesinde aynı vuzuhsuzluğu devam ettirmektedir.

Ağaoğlu Ahmet bey: «Acaba bütün beşeriyeti ihtiva etmek üzere umumî bir hukuk tarihi var mıdır? Böyle bir mevzu kabili tasavvur mudur?», سوالini sorduktan sonra, «Aynı muhit içinde doğan ve hukukî müesseselerin tahavvül ve inkişafalarını takib ve tetkik» eden ve «umumî yürüyüş istikametini tâyin» eyliyecek olan millî hukuk tarihi tabiatıyla mümkün, fakat, insanlar arasındaki münasebetler ne kadar genişlemiş olursa olsun «beşeriyet mefhumu içine giren şe'nî varlıklar o kadar muhtelif manzaralar irae ediyorlar, aralarında o derece seviye ve tekâmül farkları vardır ki bunları umumî bir hukuk mevzuu etrafında toplıyarak u-

2) Hukuk tarihi, Ağaoğlu Ahmet beyin takrirleri (Talebe Niyazi bey tarafından tutulmuş) İstanbul Kurtuluş matbaası, 1931 - 1932 ders senesi.

muma şâmil bir tarih vücuda getirmek hakikaten çayi sualdir. Bu çerçeve içinde bir tarafta meselâ: Fransa ve İngiltere, diğer tarafta da Yamyamlar ve Zulular bulunuyorlar. Acaba bu kadar farklı ve birbirinden ayrı varlıkları bir yere toparayıp umumî ve müşterek bir hukuk tarihi yapmak doğru olur mu?», diyor ve XIX uncu asra kadar hukuk tarihi denilen bir irfan şubesinin kurulmamış olduğunu da ilâve ediyor. Fakat XIX uncu asırda «mukayeseli lisan ilmi, psikoloji, antropoloji, biyoloji, etnografi, sosyoloji gibi yeni kurulan ilimlerin metodları hukuk sahasında da tatbik edilmeğe başlandığından, hukukun da umumî bir tekamül neticesinde doğduğu fikrine varıldı. Madem ki o vakte kadar bilinen Roma ve İngiliz hukukları yanında, Mısır, Yahudi, Bâbil, İran, Hint, Çin vesaire hukukların da mevcudiyeti sabit olmuştur.» o halde, «acaba bu kavimlerin mazide kurmuş oldukları içtimaî teşekküller ve hukuk telâkkileri arasında da bir alâka ve münasebet aramak mümkün değil midir?».

Çeşitli hukukların ayrı ayrı tetkiki, hepsinin menşeinin bire irca edilebileceği fikrini kuvvetlendirdi ve bir takım nazariyelerin doğmasına sebep oldu. Ağaoğlu Ahmet bey, «İrk nazariyesi», «Taklit nazariyeleri», başlıkları altında bunları kısaca izah ve tenkid etmeğe çalıştıktan sonra, hukuk tarihi dersinin nelerden bahsedeceğine, ne şekilde ve hangi plân dahilinde okutulacağına dair hiç bir şey söylemeden, beşeriyetin menşeinden başlayarak, ırklar, sürüler, klân, kabile ve sairelerden, Türkler, Araplar ve diğer kavimler nezdinde bahsetmeğe geçiyor. Şimdiye kadar bu nevi tetkiklerin yalnız aryanî ırklar üzerinde yapıldığını üzüntü ile ileri sürerek Türklerin ve Arapların üzerinde de aynı metodu tatbik etmek istediğini söylüyor ve bir hukuk tarihinden çok fazla, âdeta insanlığın doğuşu ve ilk inkişafının tarihini yapmaya çalışıyor. Fakat son derecede kısa bir kaç sahife içinde temas ettiği meseleler o kadar çok ve değişiktir ki, her birinden bir iki satırla bahsetmek, her birisi hakkında gelişi güzel bir kaç söz söylemekle iktifa etmek mecburiyetinde idi: Köy iştirakçiliği, içtimaî sınıflar, evlenme usulleri, vevaset v.s. gibi birbirleriyle ilgisi olmıyan bahisler, kâh Türklerde, kâh Araplarda, Cermenlerde, kâh bunlara ilâveten Romalılarda bahis mevzuu edilmekte ve çok küçük kitabın büyükçe bir kısmı da Roma Hukukunun bazı müesseselerine tahsis olunmaktadır.

Ağaoğlu Ahmet beyin, Avrupa hukukunu iktibas ettiğimiz hal-

de, onun tarihini de aynen kabul etmekte mahzur görmesi, ihtimal kendi hususiyetimizi kaybetmek korkusundan doğmaktadır. Aldığımız hukuka kendi benliğimizden bir şeyler koymalı idik. Fakat başvurduğu yol bunu yapmaya elverişli değildir. Bütün hukuk, âdeta bir tek mesele ve bir tek fikre irca edilmek istendiğinden, burada, etnoloji, sosyoloji, hukuk felsefesi, hukuk tarihi birbirine karışmıştır. Ağaoğlu Ahmet beyin hukuk tarihi hakkındaki fikrinin, Mahmut Esat Efendininkinden daha muğlâk olduğu söylenebilir.

3. *Sadri Maksudî Arsal* — 1933 Üniversite islâhatından sonra, Hukuk Fakültesi programına «Türk Hukuk Tarihi» dersi konduğundan «Umumî Hukuk Tarihi» dersi bir müddet için programdan çıkarıldı. Fakat bir kaç sene sonra Sadri Maksudî Arsal bu dersi yeniden okutmaya başladı. 1948 de üçüncü tabı çıkan «Umumî Hukuk Tarihi» isimli kitabın (3) «Giriş»inde Arsal, evvelâ, hukuktâ tarihî cereyanların inkişafını gayet derli toplu bir şekilde hülâsa ettikten sonra: «Türlü asırlarda yaşamış bütün milletlerin hukuklarından bahsetmek imkân haricindedir. O halde biz hangi milletlerin hukuk tarihlerinden bahsedeceğiz?», şeklinde, meselenin özü ile alâkalı suali sormaktadır. Fakat bu suale: «Biz Asya ve Avrupa'nın en mütemeddin milletlerinin hukuk tarihlerinden.. tarihi büyük milletlerin, inkişaf etmiş, bidaî hususiyetlere mâlik müstakil mevcudiyet arzeden büyük hukuk sistemlerinden bahsedeceğiz», cevaplarını vererek, kanaatimizce yanlış bir ölçü ile hareket etmektedir. Arsal, Fakültelerimizde bir «Türk Hukuk Tarihi» kürsüsü ve dersi bulunduğunu zikrettikten sonra, bu mevzuu hukuk tarihinden çıkarınca geriye:

1 — Eski medenî milletlerin hukuk sistemleri;

2 — Ortaçağ milletlerinin hukukları;

3 — İntibah devrinden sonra Avrupa hukukunun tarihi kalmakta ve bu sahanın da geniş olduğunu beyan ederek bilhassa âmme hukuku sahası ile meşgul olarak kaynaklardan bahsedeceğini ceza ve usul hukuklarını bahis mevzuu edeceğini söylüyor. Sadri Maksudî Arsal'ın neşredilmiş ilk cildi: Hint Hukuku, İran Hukuku, Yunan ve Roma Hukuklarını ihtiva etmekte, beşyüz sahifelik kitabın üçyüzelli sahifesini Roma Hukukuna tahsis eylemektedir.

3) Sadri Maksudî Arsal, Umumî Hukuk Tarihi. İst. Hukuk Fakültesi yayımları, 3: Tabı, İstanbul Matbaacılık T.A.O. 1948.

Sadri Maksudî Arsal'ın «Umumî Hukuk Tarihi» tedrisatına verdiği şekil onu takip eden senelerde, İstanbul'da aynı program dahilinde devam etmekte iken, kısa bir müddet sonra bu ders, şimdi de olduğu gibi, seçimlik dersler grubuna dahil edildi.

Arsal, bir taraftan Hukuk tarihi'nin tedrisattaki ehemmiyetini ve diğer taraftan nâmütenahi genişlikte olan bu mevzuun tamamını talebelere okutmanın imkânsızlığını görmekte idi. Fakat mevzuunu tahdit ederken tatbik ettiği ölçü, bir az önce de işaret etmiş olduğumuz gibi, kanaatimizce, hatalı idi. Fakültelerde Hukuk Tarihi okutulmasının gayesi, Hukuk Fakültesi talebelerinin formasyonunu temine yardım etmek olduğuna göre, hukuk tarihinin bu formasyona yarayan kısımlarını seçerken «mütemeddin milletlerin inkişaf etmiş, bidaî hususiyetlere mâlik, müstakil mevcudiyet arzeden büyük hukuk sistemleri» nin bazıları bizim Fakültelerimizin talebelerini alâkadar etmiyebildikten başka, bu ölçü dahilinde seçilecek olan hukukların da, tahdide rağmen, kavranılamıyacak kadar çok ve geniş olacağı düşünölmeli idi. Hakikaten mesele, Arsal tarafından, sağlam bir şekilde vaz'edilmiş olduğu halde, bu yanlış ölçü yüzünden, tatbikatta varılan netice Mahmut Esat efendinin düşüncesinden pek farklı olamamaktadır. Bu kadar geniş devirlere yayılmış, bu kadar çok adetteki hukukların ne öğrenilmesi, ne öğretilmesi maddeten mümkün görünmemektedir. Sırf âmme hukuku ile meşgul olmak ise, bir taraftan nisbetsizlik doğurmakta (350 sahifeyi bulan Roma Âmme Hukuku), diğer taraftan tedahüllere sebep olmaktadır. (Roma Hukuku Kaynakları, Usul hukuku ve cezaya müteallik hükümler, asıl Roma Hukuku dersinin müfredat programında da, mecburen yer almaktadır).

II — HUKUKUN TARİHİ YÖNDEN TETKİKİNİN EHEMMİYETİ VE SINIRLANDIRILMASI MESELESİ

1. *Ehemmiyeti* — Yukarıda söylediklerimiz, Türkiye'de «Umumî Hukuk Tarihi» tedrisatına ötedenberi ve haklı olarak ehemmiyet verilmek istendiğini göstermektedir. Hakikaten, alâlade bir bilgi ve geniş kültür edinmek gayesiyle değil, hukukçu olarak yetişme ve hukukçu formasyonunu elde etmek işinde, tarihî zümrelerin ve tarih metodunun büyük rolü olduğunda şüphe yoktur. Bir hukukçu, - tetkik etmek istediği hukuk ilâhî menşeli hukuk-

lardan birisi değilse - pozitif bir hukukun (meselâ Türk Hukuku) kaidelerini ve tefsirini öğrenmekle iktifa edemez. Hattâ pozitif kaidelerin tarihlerini, o hale nasıl gelmiş olduklarını bilecek kadar öğrenmesi de kâfi değildir. Kaideleri yalnız geçmişlerinde değil, hallerinde ve geleceklerinde de bir oluş halinde görebilmelidir.

Hukuk hayat hâdiselerindeki nizamdır. Hayat hâdiseleri ise yaşayan ve daima değişen, her an değişmekte olan şeylerdir. Bunlar değiştikçe onların nizamı olan hukuk da elbette değişik şekillerde görünecektir. Hukukun görünür şekli olan kaidelerini sâbitleşmiş olarak tasavvur etmek onları, ya gökten inmiş (ilâhî menşeli hukuklar), veya mahz akıldan çıkmış (mutlak mânada tabiî hukuk) naslar gibi görmek demektir ve bu takdirde, değişip gelişmeleri diye bir şey bahis konusu olamayacağından, hiç bir tarihe lüzum yoktur; veyahut gelişip gelişip bir anda durmuş şeyler (codifié edilmiş hukuk) olarak görmek demektir ve bu takdirde tarih onları, sadece kalıplaşmış oldukları hale kadar getiren bir dış tarihle iktifa edebilir. Halbuki hukukçu, bu nizamın, sırf şekillenmiş ve sâbitleşmiş bir takım kaidelerini tetkik etmekle yetinecek olursa, asıl maksadı olan ve düzenini gösterdiği «hayat»tan ve «hareket»ten uzakta kalır. Bir kaidenin mutlak mânada iyisi veya kötüsü yoktur; cemiyet hâdiselerini iyi düzenleyen veya düzenliyemiyenleri vardır. İhtiyaçlarımızı iyi halleden kaide iyidir, fakat aynı formül bugün bir ihtiyaca cevap verdiği halde yarın veremiyebilir, çünkü ihtiyaç ve anlayış değişmiştir; o zaman aynı formül fena kaide haline gelir. Hukukçu, birisi (cemiyet hâdisesi) her an kendi kendine değişen, diğeri (bir şekle bürünmüş hukuk kaidesi) mahiyeti itibariyle değişmekten ve değiştirilmekten korkan bu iki unsuru her an karşı karşıya ve bir muvazene içinde bulundurmak mecburiyetindedir. Bu da hukuku, tarihin içinde bir gelişme halinde gösterebilirse mümkün olur. Eğer sırf, pozitif bir hukukun prensiplerini ve onun müşahhas hâdiselere tatbiki demek olan tefsirini öğrenmekle iktifa ederse, öğrendiği hukukla, o hukukun hitab ettiği toplu hayat arasında gün geçtikçe büyüyen mesafeyi idrâk etmez; serbest bir tarzda yürüyüp inkişaf edecek olan cemiyet hayatının, eskiyen ve ölen, kime hitap ettiği belirsiz bir takım kaidelere esir olduğunu farkedemez. Esas olan cemiyet hayatıdır. Halbuki kaideler sâbitleşirse, önümüzde değişmez bir hukuk nizamı görürüz ve hayatımızı, itaati zarurî olduğunu bildiğimiz o nizama uydurmak zorunda kalırız. Hukuk sistemi hayatımızı aksettirecek iken, hayatımız bir hukuk sistemi içinde

hapsolur; hukuk toplu hayattaki nizam olacağına, hayat mücerretleşmiş bir hukuk tarafından tanzim edilmeğe çalışılan bir robot haline gelir. Böyle bir hukuk yüzde yüz tatbik edilmek imkânını bulsaydı, cemiyet hayatındaki inkişaf mutlak bir şekilde dururdu. Hukuk nasıl yaşadığımızı göstereceğine, tam aksine, nasıl yaşamamız lâzım geldiğini *emretmeğe* başlardı (4).

Şu halde hukukçu kaidelerin değil, hayatın içinde yaşamayı öğrenmelidir. Tarihî araştırmanın gayesi ise, bir kaidenin muhitini, mekânını, zamanını, oluş şartlarını ve dolayısıyla ilerideki muhtemel gelişmesini gözönünde tutmak, bu hukuku *yaşarken görmek*'tir. Ancak bu şekilde, memleketin pozitif hukukunu değil, içinde bulunan asıl hukukunu da öğrenmek imkânını bulur; bir çok sebepler yüzünden bir memleketin pozitif hukuku, o memlekette *olması lâzım gelen* hukuktan farklıdır.

Hukuk tarihinin başlıca gayesi, hukukun inkişaf kanunlarını öğrenmek ve eskiyen müesseseleri yeni ihtiyaçlara intibak ettirecek veya yeni çıkan ihtiyaçlara daha iyi cevap verecek kaideleri tesbit etmeğe yarayan prensipleri bulmaktır. Hukuku daima yenilemek lâzımdır. Zamanımızda ehemmiyeti gittikçe artan bir sual var: Aslî hukuk kaynaklarının bugün mer'î olmak üzere çıkardıkları hukuk kaideleri, acaba zamanın hakikatine en iyi uyanları, günün ihtiyaçlarına en iyi cevap verenleri midir? Yani bir cemiyette

4) Bizde bu bakımdan hususî bir vaziyet vardır. Türkiyede hayatın, pozitif hukuka uyması lâzım geldiği kanaati ötedenberi zihniyetimize hâkimdir ve bunun başlıca iki sebebi vardır: Evvelâ, hukukumuz çok uzun devirlerdenberi kendi içimizden çıkmamış, ya İslâm hukuku olarak veya İsviçre hukuku olarak, yabancı muhitlerden alınmıştır. Binaenaleyh bu hukuk bizim âdet ve zihniyetlerimize uymaz ve hiç bir zaman uymadı; bilâkis âdetâ bize yeni âdetler ve yeni bir zihniyet aşlamaya yarayan bir vasıta oldu. Hayatımızın istikameti hukuk kaidelerinin neler olacağını göstereceğine, hukuk kaideleri bizim hayatımıza bir istikamet verdiler. Saniyen, bizde tatbik edilen hukuk sistemini kabul veya iktibas eden zümre daima küçük ve münevver zümre oldu ve sadece o küçük zümrenin zihniyetine uydu. Hukukun asıl muhatabı olan büyük kütle bu hukuk sistemi seviyesinin çok uzağında kaldı; o kütlelerin gerçekleri ile sistemin kaideleri arasında irtibat kurulamadı. Âdetâ hukuk kaideleri, geri kalmış dediğimiz insanların **terbiye edilmesi** için konmuş oldu. Hukukun bir nevi terbiyevî fonksiyonu olduğu inkâr edilemezse de, sistematik bir şekilde akıntının tersine cereyan etmesi, o hukukun tatbikatını imkânsız hale koyar, hile-i-şeriyelere başvururur, hukuk kaidesi takib edilmesi değil, kaçınılması gereken bir hale gelir ve bunun neticesi olarak hukuka olan itimat ortadan kalkar. Bizde vaziyet çok defa böyle olmuştur.

pozitif olarak *var olan hukuk*, o cemiyette *var olması gereken hukuk* mudur? Bu sorunun cevabını verebilmek için hukukçu, mevcut pozitif hukukunu, her an yeniden ve tamamı ile inşa eder gibi göz-önünde bulundurabilmelidir. Bu da mer'î hukuk kaidelerini, yapıldığı anın şartları ile iktifa etmiyerek, gelişen ihtiyaçlar karşısında her an yeniden kıymetlendirmekle olur.

Hele son devirlerde, yeni yeni hâdiselerin birbirlerini çok sür'atle kovaladıkları, cemiyetin ihtiyaçları ve faaliyet tarzları sür'atle değiştiği için böyle hareket edilmesi mutlak bir zarurettir. Daha dün münakaşa edilemez gibi görünen esaslı ve sağlam, âdeta mukaddes bilinen bir çok prensipler bugün her tarafından tenkid edilmekte, bir çok yerlerinde çatlaklar göstermektedirler: Mülkiyet, akit serbestisi, çalışma hürriyeti gibi yakın zamanlara kadar nas olarak kabul edilmiş prensiplerin doğruluğu hakkında bugün esaslı şüpheler uyanmaktadır.

Hukuk ilminin, yeni gelişmekte olan meseleleri görmemezlikten gelmesi imkânsızdır. Mer'î hukuk, pozitif hukuk olarak tesbit edildiği andan itibaren kristalleşmiş ve donmuş bir şekilde devam eder. Onun yanı sıra yeni bir hukukun normal inkişafı bu şekilde, bir taraftan muayyen kalıplara bürünmüş, değişmesi ve değiştirilmesi güç bir pozitif hukuk, diğer yandan onun altında ve içten içe çalışan, daha ileriye bakan hukuk ilminin ve hukukçuların çalışmaları ve yeni doğan ihtiyaçlar karşısında yakın istikbale ait hukukun temellerini atacak şekilde olacaktır. Hukuk tahsilinin vazifesi, hukukçuları bu nâzik ve zor çalışma tarzına alıştırmaktır: Mer'î hukuku tenkitkâr bir gözle görmek, yeni hâdiseleri tetkik etmek, onları tefsir ederek canlı olanlarını, istikbalde ehemmiyet kazananlarını, hukuken himayeye lâyık olanlarını bulmak, ölü kısımları yavaş yavaş bir kenarda bırakarak, geçmekte olanla gelmekte olan arasındaki köprüyü kurmak, hülâsa hukuku, cemiyetin tarih ve yaşayışı içinde muhafaza etmek (5). Bütün bu imkânların elde

5) Bu, isyan etmek veya ihtilâl yapmak demek değildir. Bir anda mevcudu yıkıp yerine yenisi koymak değil, mevcudu geliştirerek onu yeniden akla, mantığa ve ihtiyaçlara uydurmak, hukukun normal inkişafıdır. Bu normal inkişaf olmayacak olursa, donmuş kalıplar hakikatten o kadar uzaklaşır ki, o vakit gerilmiş olan ihtiyaçlar, inkişafı önleyen kabuklaşmış engelleri birden bire devirir; ihtilâl ve isyan o zaman doğar: Kanunun yaşatamadığı halk, o kanunu yaşatmamanın yolunu, fakat bu defa zor kullanarak, bulur; 1926 da olduğu gibi.

edilmesine tarihî zaviyeden görülen hukuk azamî derecede yardım edecektir. Çünkü tarih, yalnız kaideleri değil, onları doğuran hâdiseleri de birlikte tetkik eder: Asıl olan hayattır, değişen de o'dur; hukukun kitabı, o hayatın eseridir.

2. *Sınırlandırılması meselesi* — Bu söylediklerimiz umumî mülahazalardır ve hukuk tarihinden ne gibi istifadeler elde edilebileceğini umumî olarak gösterirler. Bizi alâkadar eden mühim mesele, bu faydaları her milletin, dolayısıyla Türkiye'nin nasıl elde edebileceğidir. Başka ifade ile, bir memleketin hukukçuları bu faydaları temin etmek isterlerse, hukuk tarihini hangi ölçü içinde okuyacak ve okutacaklardır? Muayyen bir gayeye teveccüh etmeden, «Umumî Hukuk Tarihi» tâbirindeki kelimelerin mutlak mânası ile, bütün dünya hukuklarından kısa kısa bahsedilmesi, maddeten mümkün olmadıktan başka ve bilhassa, bir fayda sağlamaz. Talebeleri, kendi benlikleriyle ilgisi olmıyan bir istikamete sevkettikleri için, bir az da gelişi güzel kalmaya mahkûm bir «malûmat» vermekten öteye gidemez.

Her nevi bilgi faydadan hâli değildir, fakat bir Fakülte tedrisat programının alelade bir malûmat ve bilgi vermekten farklı bir gayesi olduğu tabiidir; bu da o Fakülte talebelerinin, seçtikleri saha içinde yetişmelerini, yani bir formasyon sahibi olmalarını temin etmektir. Binaenaleyh, hukuk talebesinin burada öğrenmesi lâzım gelen şeyler onu, bir hukukçu gibi düşünebilecek şekilde hazırlamak gayesine müteveccih olmalıdır. Kültür gelişmesine yarayacak olan, bazen çok lüzumlu malûmatı, isterse her hangi bir yerden ve kendi kendine elde edebilir.

Bir hukukçu, kendi cemiyetinin hukuku içinde ve o cemiyetin hukuk bünyesini anlıyarak onu canlı bir şekilde tutabilmek için yetiştirilmelidir. Şu halde tarihî dediğimiz sahaya girdiği vakit, bu sahanın belirli hudutları olmalıdır. Neyin tarihini öğrenecek? Yalnız kendi hukukunun tarihini mi? Yoksa, dünyada gelmiş geçmiş bütün hukukların (veya «büyük hukukların» tarihini mi?)

Bu suale ilk anda verilecek olan cevap «içinde yaşayacağı ve başkalarının da hayatını orada düzene koyacağı için, evvelâ kendi hukukunun tarihi», gibi görünür ve bu cevap yanlış değildir. Ancak «kendi hukuku»ndan ne kastettiğimizin tasrih edilmesi gerekir.

Bugün dünya üzerinde Türk veya İngiliz veya Fransız camiası diye, müstakil, münferit, tecerrüt etmiş bir camia ve dolayısıyla onun hukuku artık yoktur. Eğer her topluluk kendi hudutları için-

de kapalı, dışarı ile temasını kesmiş bir vaziyette olsa veya olabilsydi, o zaman sadece, dar manâsında kendi millî hukukunun tarihi ile iktifa eder ve «umumî» denilen hukuk tarihi mevzuunu rahatça bir kenarda bırakabilirdi (6). Fakat böyle olmadığı malûmdur. Her topluluk yakın ve uzak komşuları ile sıkı temas halindedir ve bu temas gün geçtikçe artmaktadır. Millî hukuklar, kendi içlerinde bile daha mükemmel olmaya çalışırlarsa, kendilerine yakınlığı olan hukukları bilmeleri iktiza eder. Şu halde hukukçunun tarihî formasyonu kendi dar hudutları içinde tahakkuk edemez.

Diğer taraftan, dünyada yaşayan insanlar arasında temaslar ne kadar çok olursa olsun, insanlık bir tek hukuk nizamı ile yaşayan tek cemiyet haline gelmiş olmaktan da çok uzaktır. Eğer dünyaca mütecannis bir cemiyet haline gelmiş olsaydık, o zaman, herkesi idare eden hukuk sistemi aynı olacaktı ve hukuk tarihi de bütün insanlığın hukukuna teşmil edilebilecekti. Fakat böyle olmadığı da malûmdur. Yaşayışları farklı olan bir çok toplulukların hukukları, zihniyet ve anlayış bakımından birbirinden çok uzaktır. Binaenaleyh hukukçunun formasyonu için bütün dünya hukuklarının tarihi ile meşgul olmak lüzumsuzdur. Lüzumsuzluğundan başka bunun, şimdiki şartlar içinde imkânsızlığını da unutmamak gerekir. Bu kadar binlerce senedenberi bu kadar değişik şekillerde yaşamış olan nâmütenahî adetteki toplulukların hepsinin hukuk nizamını araştırmak, öğrenmek ve öğretmek bir kişiye nasib olmaz.

Millî hudutlar içinde kalamamak bir yandan, bütün dünyayı kavrayamamak diğer yandan, her hukukçu, kendisine zarurî olan formasyonu elde edebilmek için hukuklar arasında kendisine uygun bir seçme yaparak onların tarihi ile meşgul olacaktır. Şu halde, yukarıdaki «kendi hukuku» ifadesi, millî hudutları aşan bir şümûl taşımakta, fakat bütün dünya hukukunu da ihtiva etmemektedir.

İşte, hukuk tarihinde gerekli olan seçmeyi her milletin Hukuk Fakülteleri, millî hudutlarını aşan bu «kendi hukukları» yahut «kendi millî hukuklarına benzeyen» çevre içinde ve millî gayelerine uygun olarak yapmaktadırlar. Umumî Hukuk Tarihi grubunu teşkil eden derslerin programı içine, kendilerini alâkadar etmeyen bahis-

6) Şimdiden işaret edelim ki, biz, bu takdirde dahi hem İslâm Hukukunun hem İsviçre Hukukunun (daha doğrusu Kara Avrupası Hukuklarının) tarihlerini yapmak mecburiyetinde, yine de kalırdık. Zira, millî hudutlarımız içinde tatbik ettiğimiz hukuk, bu iki yabancı hukukun, normal çok aşan tesirleri neticesinde ortaya çıkmıştır.

leri dahil etmezler (7).

Bu çevrenin nasıl tesbit edildiğine gelince, malûm olduğu üzere, «hukuk zümresi» dediğimiz, bugünkü millî hudutları aşarak az çok birbirine benzeyen insan gruplarını içine alan ve tarihî menşeleri aynı olan geniş hukuk sistemleri vardır. Bazı müelliflere göre bunlar: Hint, Çin, İslâm, Roma - Cermen, Anglo - Sakson ve bir de Sovyet hukukları zümreleridir (8).

Seçimin ölçüsünü ve esasını her toplum, kendisinin dahil bulunduğu hukuk zümresine uyarak tesbit etmektedir. Türkiye'de ise bu neviden seçimin ya hiç yapılmamış olduğuna, veya bir seçim yapılmak istenmişse gayeye uygun düşmediğine yukarıda işaret ettik.

Her millet, aynı menşeden geldiği için kendi hukukları ile açık bir takım benzerlikler veya yakınlıklar gösteren zümreye dahil hukukların birbirleriyle müşterek olan tarihini yapmak mecburiyetini duyar ve bu suretle kendi dar millî çevresinin dışına çıkmış olur. Diğer taraftan, millî karakterinin icab ettirdiği bir takım farklar yüzünden, millî hukukunun tarihini de kat'iyen ihmal etmez. Bu şekilde «Umumî Hukuk Tarihi» mevzuu muhtevası tahdit edilmiş, fakat içinde birden fazla dersi olan bir grup halinde, müfredat programında yer alır.

Binaenaleyh bu memleketlerde «Umumî Hukuk Tarihi» diye isimlendirilmiş bir ders yoktur, zira Mahmut Esat Efendinin, ken-

7) Söylediklerimizin tedrisat bakımından olduğunu hatırdan çıkarmamak gerekir: Fakülteler tedrisattan başka, araştırma merkezleridir ve araştırmalara bir hudut konulamıyacağı tabiidir. Çizdiğimiz sınırın dışında kalan hukukların tetkikinde de elbette fayda vardır, fakat bunların sırası daha sonra geldikten başka, hem ayrı bir ihtisas isterler, hem de formasyon bakımından tâli derecede kalırlar.

8) Brüksel Üniversitesi profesörlerinden René DEKKER, Le Droit Privé des Peuples (Kavimlerin Hususî Hukuku) isimli kitabında (1953), hususî hukukun dünya üzerinde yayılmasını şu istikametlerde görmektedir: Çin, Hindistan, Mezopotamya, Akdeniz, Cermenler, Müslümanlar, Ortaçağ Üniversiteleri, Anglo - Saksonlar ve muhtemelen Rusya. Bu tasnif doğrudur, ancak hukukların yayılmaları noktasından hareket ettiği için, Akdeniz ve Ortaçağ Üniversiteleri iki ayrı grup halinde görünmektedir. Bunları birleştirerek Roma Hukuku Zümresi demek mümkündür. Diğer taraftan Cermen Hukuku da, Müşterek Hukuktan itibaren Roma Hukuku ile imtizac ederek bugünkü Kara Avrupası hukuk sistemi içinde erimiş olduğundan, üçüne birden Roma - Cermen Hukukları Zümresi demek mümkündür ve esasen böyle denmektedir.

di zamanında teessüs etmemiş olduğunnu söylediği «tarih-i umumî-i-hukuk», bir ders olarak, henüz teşekkül edebilmiş değildir. Hukuk tarihi yapmak istedikleri vakit buna «umumî» diye bir sıfat eklemek lüzumunu hissetmezler. Dahil buldukları hukuk grubunun tarihi ile birlikte kendi millî hukuk cereyanlarının tarihi, onlara, tabii olarak kifayet eder. Bu mevzuların şümûl sahası üzerinde farklar gözetilebilir ve bu yüzden bazen iki, bazen üç veya daha fazla dersten müteşekkil bir grup haline gelebilir, fakat mahiyeti meselesi bahis konusu olmaz. Bugünkü pozitif hukukumuz bakımından bize benzeyen İtalya, Fransa, Almanya gibi memleketlere bakacak olursak vaziyet şöyle görünür:

İtalya'da hukukun tarihî grubunda, Roma Hukuku Tarihi, Müşterek Hukuk (*Ius Comune*) ve İtalyan Hukuku Tarihi; Fransa'da «Institutions» Tarihi (9) ve Fransız Hukuku Tarihi; Almanya'da, Roma Hukuku Tarihi ve Cermen hukukları Tarihi dersleri okutulur ve bu suretle bugünkü cemiyetlerinin bünyeleri üzerinde tesir icra etmiş olan bütün cereyanları, tarihî metodla tetkik ederek öğrenmiş ve meselelerini halletmiş olurlar. Tedrisat programlarına kendilerini alâkadar etmeyen Çin Hukuku, İran Hukuku veya hattâ İngiliz Hukuku vesairenin tarihini dahil etmeyi düşünmezler.

III — TÜRKİYE'NİN ARZETTİĞİ HUSUSİYET

1. *Tedrisat programımızın değiştirilmesi lüzumu* — Avrupa milletleri böyle yapıyorlar diye değil, fakat makûl ve faydalı olduğu için, bizim de, az çok buna benzer bir yol tutmamız gerekli idi.

Kanaatimize göre Umumî Hukuk Tarihi tedrisatı Türkiye'de

9) Fransadaki son hukuk tedrisatı reformundan sonra «Institutions» tarihi evvelce okutulan Roma Hukuku Tarihi dersinin yerini tutmaktadır. Yalnız, nasıl İtalyanlar bu tarihe **Ius Comune** (Müşterek Hukuk) yi ilâve etmek suretiyle Ortaçağdaki kesintiyi tamamlamak istemişlerse, Fransızlar da, dar bir Roma Hukuku Tarihi ile iktifa etmek istemedikleri için, bu mevzuu mühim meselelere teksif ederek, kendi Ortaçağlarında da devam ettirmeği lüzumlu görmüşlerdir. Bu hareket, millî hislerin tesiri altında, Roma Hukukuna, Fransaya ait bir mazi ile alâkalı veche vermek arzusuna bağlıdır. Fakat böyle bir dersi orada mümkün kılan, kendi Ortaçağ tarihleri üzerinde yapmış oldukları sayısız etütlerdir. Buna Yunan Hukuku müesseselerini de ilâve etmeleri bugün, Roma Hukuku Tarihini, kendilerine komşu olan hukuklarla birlikte tetkik etmek temayülünün kuvvetlenmiş olmasındandır.

tam manâsı ile faydalı olamadı. Çünkü Türk Hukuk talebelerinin formasyonunu alâkadar eden bu dersi, Türk talebesi zaviyesinden ve kendi memleketinin ölçülerine uygun bir şekle sokmak imkânı bulunamadı. Bunun sebebini biz, toplum hayatımıza bakıldığı zaman sarıh bir şekilde anlaşılan bir «Türk Hukuku»nun görülmemiş olmasında buluyoruz. Elbette ki Türk hukukçusunun formasyonu, Türkiye'deki ve Türklere mahsus bir hukukun fonksiyonu olmalı idi. Halbuki «Türkiye'deki Hukuk» dendiği zaman bu, hiç bir vakit Türklere mahsus ve kendilerinden doğan bir hukuk olarak vâzih bir şekilde kafalarda beliremedi: Türkler, daha eski devirleri bir kenara bırakırsak, en az bin senedenberi iktibas ettikleri (10) yabancı hukukların tesiri altında yaşamaktadırlar ve kendileri de, hukuklarının tarihini yapmayı düşündükleri vakit, bunu yabancı hukuklardan ayrı bir varlık olarak göremediler. Hangi hukukun tarihini yapacaklardı? Uzun asırlar bir hukuku alıp tatbik etmeğe alışmış olduklarından, yabancı hukukları benimsemeğe çalışmak içimize işlemişti. Bu bakımdan kendi hukukları ile yabancı hukuklar arasında bir fark yoktu ve kendilerinden çok uzaklarda olan hukukları yadırgamadılar; dünyanın bütün hukukları ile meşgul olmak büyüklüğünü göstermek lâzım geldiğini sandılar, yahut bunda bir mahzur görmediler. Böyle bir gaye ile ihdas edilen derse de, başka yerlerde bulunmayan muğlâk bir isim verdiler: «Umumî Hukuk Tarihi».

Eğer pozotif hukukumuzu kendimiz yapmış olsaydık, o zaman, onun menşelerinde bulunan hayat hâdiselerimizi, örf ve âdetlerimizi ve bunlardan doğan kaidelerimizi (yani hakikî hukukumuzu) ortaya çıkarmak ve bunların tâyin ettiği istikametleri görerek memleketimizin hukuk bünyesini, içimizde yaşayan bir varlık gibi, tesbit etmek lüzumuna inanmış olacaktık ve bunun neticesi, hukuk tarihi anlayışı da yalnız kendimizi alâkadar eden bir hudut içinde kalacaktı. Böyle olmadığına göre hukuk tarihi, yine dışarıdan gelmiş bir takım dağınık bilgilerin, rastgele ve hissedilmeden üstüste yığılmasından ibaret kalacaktı.

10) Türklerin hukuk iktibası, Roma Hukukunun Ortaçağdan sonraki iktibasına benzemez. Roma Hukukunu Kara Avrupası devletleri yani, Fransa, İtalya, Almanya, İsviçre, İspanya, Belçika ve saire gibi devletler, vaktiyle Roma İmparatorluğu camiası içinde yaşamış oldukları için hep aynı medeniyetin insanları olarak, Ortaçağ Hukuk Mektepleri vasıtası ile ve yavaş yavaş iktibas etmişler, kendi örf ve âdetlerinden doğan yerli hukuklarını o hukuka aşlamışlardı. Halbuki Türkler bilhassa Kara Avrupasının bu hukukunu, bam başka bir hava içinde aldılar.

«Umumî Hukuk Tarihi» dersinin bizde bir fonksiyon icra edebilmesi yani içinde yaşadığımız cemiyetin şartları ile birlikte kendisine has hukukunu gösterebilmesi için, programını, şimdiye kadar olandan farklı fakat, sınırlanması bakımından başka yerlerde olana benzemekle beraber, onunla da aynı olmayan bir plâna tâbi tutmak lâzım geldiğini zannediyoruz; çünkü biz, hukuk tarihinin vereceği formasyondan, başka memleketlerde aranmayan bir neticeyi de almak istiyoruz.

Bir az önce hukukların zümreler içinde gruplandırıldığına temas ettik. Bu zümrelerin ifade ettiği mühim bir mâna, her birisinin bir medeniyet tipini ifade ettiğidir; ancak yaşayışları birbirine benzeyen toplulukların hukukları birbirine benzeyebilir.

Bir dereceye kadar itibarî kalmaya mahkûm olan bu nevi tasniflerin münakaşasına girmeye lüzumsuz buluyorum. Muhakkak olan bir şey varsa o da, bir Roma-Cermen hukukları grubunun bulunduğu ve bizim de o gruba dahil olduğumuzdur. Bunun sebebi de malûmdur: Biz bu grubun temsil ettiği medeniyet, yahut yaşayış tipi içine girmek azmindeyiz.

Şu halde bizim memleketimizdeki hukukçunun tarih formasyonu, kendi millî hukukumuzun tarihi yanında, bu grubun tarihi içinde kalmakla mümkün olmalıdır, daha doğrusu olmalı idi; tıpkı aynı gruba dahil olan ve Roma hukukunu iktibas ederek kendi hukuklarını onunla karıştırmış bulunan İsviçre'de veya Fransa'da veya İtalya'da olduğu gibi. Yalnız şu var ki, hukuk mevzuunda bizim bu kadarla iktifa etmemize imkân yoktur. Sebebi:

Her ne kadar Türkiye, bugünkü hayatı ile Roma hukukları zümresine dahilse de, burada bulunması, Türkiye'nin dünya içinde yaşayabilmesi bakımından zarurî görülmüş olduğundandır, yoksa, hukukî gelişinin bir merhalesi olarak bu zümrede bulunması *tesadüfî ve gayri tabiî*dir.

Bu hukuk grubuna girmemiz yaşayabilmemiz için zarurî idi. Çünkü bir hukuk zümresinden olmak, bir az önce söylediğimiz gibi, o grubun temsil ettiği bir medeniyet ve yaşama tarzı içine girmiş olmak demektir ve bizim Avrupa camiasına dahil olmamız lâzımdı (11).

11) Politik bir mesele olan bu tartışmaya burada girmek yersiz ve abestir. Meselenin «nasıl»'ı üzerinde konuşmak, mevzuumuz dışında kalmakla beraber, mümkün ve belki de faydalı; fakat «neden»'i üzerinde konuşmak tehlikeli bir safsatadan ibarettir.

Hukukî gelişimiz bakımından tesadüfî ve gayrı tabiîdir, diyoruz, şu manada ki, mazimiz bizi bu hukuk zümresinin kaideleri içinde yaşamaya alıştırmış değildi.

2. *İslâm Hukukunun yaşayışımız üzerindeki tesiri* — Çok eski devirleri yine bir yana bırakacak olursak, az çok bin senedenberi Türk camiası İslâm Hukuku grubu içinde yaşamakta idi. Gerçi Orta Asya'da kendi kendisine mahsus âdet ve geleneklerle yaşamış olan Türklere İslâm Hukuku da yabancı idi ve İslâm Hukuku da, Milâttan sonra III üncü asrın başında çıkarılan *Constitutio Antoniniana* ile şark eyaletleri üzerinde tatbik edilmeğe başlanan Roma Hukuku gibi, bu camiaya zorlukla ve büyük bir kısmından fedakârlık ederek girebilmişti, fakat bin yıllık bir tatbikattan sonra, bir çok değişikliklerle bile olsa bu hukuk, cemiyetimizde derin izler bırakmıştı.

İtiraf etmeliyiz ki memleketimizin hemen her yerinde, sökülmesi güç an'aneler ve âdetler halinde yaşayan bu izler, henüz silinmiş olmadığı gibi, yakın zamanda silineceğe de benzemezler. Uzun asırların yerleştirdiği alışkanlıklar bir anda zâil olmuyorlar. Ayrıca İslâm Hukukunun ilâhî bir hukuk olmasının ve islâm dininin bizde cari din bulunmasının bu izlerin silinmemesinde müessir olduğunu ve olacağını da kabul etmek icab eder. İslâm dini insanların yalnız ahret işleriyle değil, dünya işleriyle de meşgul olan bir dindir. Binaenaleyh bu dinin sâlikleri onun kaidelerini tâkib ederken, dünya üzerindeki hayat istikametlerinin de oraca tâyin edilmesi lâzım geldiği gibi bir kanaate kolaylıkla varabilirler. Böyle bir kanaatin doğruluğu veya yanlışlığı üzerinde fazla durmak istemiyorum. Şu kadarını söyleyelim ki, bizzat İslâm dini de, insanın manevî hayatına taallûk eden «akideler» ile, günlük dünya hayatına taallûk eden «ahkâm»ı birbirinden ayırır: Birincilerin «lâyetegayyer», ikincilerin ise zaman ve şartlara göre değişebileceklerini kabul eder. Fakat İslâm dininin bu son derecede mühim prensibi, başta cahillik ve bilhassa, İslâm dininde otorite sahibi ruhanî bir teşkilâtın bulunmaması gibi bir çok sebeplerin tesiri altında, maalesef bir tatbik sahası bulamamış ve bulamamaktadır (12).

12) İleride bulunabileceğini de — son sözü söyleyerek karar verebilme otoritesine sahip ruhanî bir teşkilâtın kurulmasına, mü'minle Allah arasına vasıta koymıyan İslâmiyetin prensipleri müsaade etmediğinden — zannetmiyoruz. İslâm dininin nazari olarak çok faydalı, fakat tatbikatta bir hiç mesabesinde kaldığı için tamamen «hayalî» bir imkân

Mevzuumuz dışında kalan bu meselelere daha fazla temas etmeği lüzumsuz görüyorum ve bugünkü realitemize bakmakla iktifa ediyorum. Bu realite şudur: Bir taraftan İslâm hukukunun ve İslâm geleneklerinin derin izlerinin mecudiyeti; diğer taraftan Türkiye'nin yirminci asır dünyasında, coğrafî mevkiine ve yaşama arzularına uygun bir yol tutmak için Asyalılıktan çıkıp Avrupa'lılığa dahil olmak; yani burada kastettiğimiz mânası ile, İslâm Hukuku zümresini terkederek Roma Hukuku zümresine girmek mecburiyetinde bulunmasıdır.

Şüphesiz bu gayenin tahakkuku bir takım zorluklar arzedecekti ve etmektedir. Birbirine zıt iki zihniyetin, yerleşmiş olanını atıp, yabancı olanını almak kolay olmamaktadır. Tecrübe ile de görüyoruz ki, yerleşmiş cereyanların derin kökleri vardır. Bu kökleri temizlemeden üstünkörü kesmeğe çalışmak, bir ağacın dallarını budamağa benziyor; budanan ağaç çok defa eskisinden daha kuvvetli ve daha sür'atle filiz sürebiliyor.

Esasen, bin senelik bir maziyi birdenbire kökünden söküp atmak mümkün bile olsa, doğru olur mu? suali de sorulmaya değer: Türkiye toprağa bugün atılmış bir tohum değildir ve olmamalıdır. Bu mazimizi bir günden ertesi güne söküp atmaya çalışmaktansa, onun içinden, yeni inkişaflarımıza mesnet olmaya yarayabilecek kısımlarını seçip kuvvetlendirmek çok daha doğru olur (13).

haline gelmiş bulunan bu prensibi, içtihat kapıları kapandığından beri bir işe yaramamış olmasından doğan zararlar bir yana, bugün, artık ihtiyaçları karşılamıyan eski ahkâmı daima mer'î tutmak temayülünde olan ilâhî menşeli İslâm hukukunun, insanların ilerlemesine engel olduğu gerekçesine karşı, bazı kimseler tarafından başvurulmuş rahat bir «kaçamakyolu» gibi, itiraz edenleri susturmaktan başka bir işe yaramamaktadır.

13) İnkilâpçı gençliğin bir kısmının burada hataya düştüğü kanaatindeyiz. Bin senelik bir devletin devamı olmak nasibini fırlatıp atmaya çalışmak büyük bir hatadır. Son devir tarihimizi üzerimizde bir yük gibi telâkki edenler var; zannediliyor ki üzerimize çökmüş bir Osmanlı tarihi yükü olmasaydı her şeyimizi yeni olarak kurar ve «pırıl pırıl» bir cemiyet olurduk. Bu «ham» hayali destekler gibi görünen bazı hâdiselere aldanmamak gerekir. Bugün birer mantar gibi ortaya çıkan yeni devletlerin hikmeti vücudu, dünya çapındaki bir takım ekonomik gelişmelerin geçici neticelerinden başka bir şey değildir. Bu devletler henüz, yarınki güçlükleri görmelerine mâni olan bir vecd içindedirler. Bin senedenberi üzerinde yaşadığımız ve yaşamaya devam etmek istediğimiz toprağın mazisini reddedersek, başka bir maziye aramaya çalışmak, hattâ bu toprağın çok uzağında kalan yerlerden gelenekler toplamağı istemek, bugünkü

İşte bu sebeptendir ki, memleketimizin hukukçusu, Türkiye'de yaşayan hukuk bünyesini anlayacak şekilde tarih formasyonunu elde etmek istediği vakit, İtalya, Fransa, İsviçre vesair yerlerde olduğu gibi Roma hukukları zümresinin tarihi içinde kalmakla iktifa edemez. Bir taraftan İslâm Hukukunun tarihini, diğer taraftan da - ikinci elden de olsa Roma Hukuku tarafımızdan iktibas edilmiş bir hukuk olduğundan - Roma hukuk grubunun, tarihini nazarı itibara almak zorundadır.

3. *Modern Hukukun Türkiye'de tatbikatı* — Bu konudaki çalışmalarımızın temelini, aşağı yukarı kırk senedenberi tatbik edilmekte olan ve ileride devamlı olarak tatbik edeceğimiz Roma-Cermen menşeli Avrupa hukuklarının teşkil edeceği tabiidir. O hukukların memleketimizde tatbikine başlandığından bu yana, aradan geçen zaman kısa olmakla beraber bu hukuk bizde derin tesirini icra etmiştir.

İsviçre medenî Kanunu Türkiye'de iktibas edildiği vakit Avrupa hukukçuları bunu oldukça septik bir edâ ile müşahede etmişlerdi. İsviçre kadar bizden farklı ve ayrıca kendi içinde muhafazakâr bir topluluğa ait hukukun, ondan çok uzak görünen bir cemiyete intibak edebileceğine inananlar pek azdı. İlk defa olarak Türkiye'de yapılmasına başlanan bu işe, neticesine pek inanmadıkları bir tecrübe gözüyle bakıyorlardı. Halbuki bu intibak, hep bildiğimiz gibi, arzuladığımız nisbette tamam olmamışsa da, yine hep biliyoruz ki, büyük ölçüde muvaffak olmuştur. Bu muvaffakiyetin sebepleri muhtemelen şunlardır:

Evvelâ Türkiye'de yaşayan insanlar, kültür ve zihniyet bakımından, birbirlerinden çok farklı kategoriler halindedirler. Büyük bir kısmı geri zihniyetli olduğu halde, daha küçük fakat memleket hayatı üzerinde çok daha müessir olan kısmı tamamen Avrupalı sayılacak vaziyettedir. Asıl işi gören bu sonuncular olduğundan, biraz zorlıyarak bile olsa, kabul ettikleri hukukun tatbikatını yürüttü-

mevcudiyetimizi reddedip bir «müstehase» olmayı kabul etmek demek olur, çünkü, son bin senelik maziyi reddedersek bu kadar boşluktan sonra kendimizi daha öncesine bağlamak imkânı kalmaz. Tabii Osmanlı devleti derken, III üncü Selim zamanından Cumhuriyete kadar uzanan Tanzimat devrini bir bocalama ve tecrübe devri olarak kabul ediyoruz. Buna mukabil içinde yaşadığımız toprağın bin seneden önceki devirlerini de kendimize maledilmiş bir mazi gibi görmek lâzımdır. İnsanlar gelenek ve hususiyetlerini, en büyük kısmı ile, sırtlarında taşımazlar, bunları «yerleştikleri» yerde kazanırlar.

ler ve kanuna terbiyevî bir fonksiyon ifa ettirmeğe muvaffak oldular.

Saniyen ve daha mühim olarak: İslâm Hukuku uzun zamandanberi Türkiyede mer'î idi. Bu hukuk ilâhî menşeli olduğundan mahiyeti iktizası değişmeğe ve hayatı tâkib etmeğe istidatlı değildir. Kaldı ki, hayatiyeti fazla olan cemiyetler, hukuk kaidelerinin muhafazakârlığı ne kadar kuvvetli olursa olsun, onları yenebildikleri halde, hayatiyeti azalmış olan toplumlar, mevcudu olduğu gibi muhafaza etmek tembelliğine düşmüş olurlar; yorulan bir cemiyet, elinde ne varsa onunla idare etmeğe çalışır. Osmanlı İmparatorluğu, ilk ve canlı devirlerinde İslâm Hukukuna, her şeye rağmen, İmparatorluk camiasının ihtiyaçlarına uygun bir veçhe verebildiği halde, İmparatorluğun son asırları, bu tembelliği azamî haddine ulaştıran bir atalet içinde idi. Artık hiç değiştirilmeden kullanılmak istenen Şeriat Hukukunun sistematiği ve kaideleri o kadar donmuş, kalıplaşmış, hayattan o kadar uzaklaşmıştı ki, onun tazyiki altında ezilen cemiyetimiz, hakikatte, o hukuktan ziyade, onun «hilei şer'îye»leri ile yaşamakta idi. Maksat, âdeta, hukukun kaidesini tatbik etmek değil, ihtiyaca cevap vermeyen o kaideden kurtulmanın yolunu bulmak olmuştu. Daha XVIII inci asrın sonundan, hiç değilse XIX uncu asrın başından itibaren Osmanlı İmparatorluğu cemiyeti o hukuku üzerinden atmaya çalışmakta idi. Hukuku değiştirmek veya tazelemek yolunda alttan alta, bazen belirsiz, bazen aşikâr bir sosyal hazırlık yeni ve belli bir hukukun iktibasından ziyade, eski hukukun, her ne bahasına olursa olsun, terkedilmesi, hiç olmazsa değiştirilip bir düzene sokulması istikametinde olmuştu (14); fakat 1926 hareketi, filân hukukun ikti-

14) Gülhane Hattını takib eden yarım asır zarfında Osmanlı İmparatorluğunda bir çok yeni kanunlar çıkarıldı. Bu devrin kanunlaştırma hareketlerinde, ahkâmı şahsiyyenin dışında kalınmak şartı ile, Şeriat Hukukundan ayrılmaya çalışan daimî bir gayret görülür. 1840 tarihli ceza kanununda, az da olsa, garp mevzuatından istifade edilmiş ve Gülhane Hattı hümayununun hemen arkasından, Avrupa hukuk zihniyetine başvurulmaya başlanmıştı. 1850 tarihli Kanunnamei Ticaretin hükümlerinin ekserisini Fransız Ticaret kanunundan; 1851 tarihli Ceza kanunu büyük ölçüde Fransız ceza kanunundan alınmıştı. 1858 tarihinde tanzim edilen Mecellei Ahkâmı Şer'iyyeden önce, Fransız Medenî Kanununun aynen iktibası fikri müdafaa edilmiş fakat bu fikir o zaman hâkim olamamıştı. 1862 tarihli Usulü Muhakemei Ticaret Nizamnamesi bilhassa Fransız kanunundan; 1864 tarihli Ticareti Bahriye kanunnamesi başlıca Fransız olmak üzere, İtalyan, Hollanda ve Belçika kanunlarından; 1880

başında değilse bile, mevcut nizamiyi değiştirmek azminde büyük kolaylık temin eden, hazırlanmış zemini bu sayede bulmuştu. O hukuktan vazgeçilmesi hareketini, aklı başında olan herkes ve eski Şeriat Hukukunun üstadları büyük bir neşe ve memnuniyetle selâmlamışlardı (15). (*)

Prof. Dr. Ziya UMUR

tarihli Usulü Muhakematı Cezaiye kanunu Fransız kanunundan; 1881 tarihli Usulü Muhakematı Hukukiye kanunu yine Fransız kanunundan alınmıştı. Bütün bunlar o devirden itibaren Osmanlı İmparatorluğundaki hukuku tazelemek istikametinde çok kuvvetli bir cereyanın doğup geliştiğini açıkça gösterir. Ayrıca bu yeni kanunların doğurduğu bir ihtiyaç olarak Şer'iyeye mahkemelerinin yanında çalışmaya başlamış olan Nizamiye Mahkemeleri, tatbikatta dahi Şeriat hukukundan ayrı bir usulü yerleştirmeğe başlamıştı (Bu mevzuda bk.: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat, Tanzimat cilt I 1940, İstanbul, Maarif Mat.)

15) Bugün bazıları, o eski hukukun meziyetlerinden, daussılaya tutulmuş hastalar gibi, hasretle bahselerler: Sadece onun ne olduğunu unuttuklarından, yahut bilmediklerinden. Mecellede bulunan bazı güzel cümleler, bozuk bir sistemin orasına burasına ilıştırilmiş yamalar gibi kalmaktadır ve pozitif hukuk bakımından bir kıymet ifade etmezler.

(*) Bu yazımız İHFM. nin gelecek sayısında devam edecektir.