

HUKUK TARİHİNİN KIYMET VE EHEMMİYETİNE DAİR BAZI DÜŞÜNCELER ¹

Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl

«Perses, o mögest Du dies im Herzen
bewahren,
Höre immer aufs Recht und
niemals übe Gewalttat,
Denn diesen Nomos erteilte
Kronion den Menschen,
Bestien zwar und Fische und
flügelspannende Vögel
Mögen einander verschlingen,
denn die ermangeln des Rechts,
Aber den Menschen verlieh er
das Recht,
Das höchste der Güter.» ²

(Hesiod)

Mısra 274 ve müt. «Werke und Tage»
«M. Ö. 7 nci asır»

IV

Hukuk tarihinin tarih ilmiyle

Hukuk ilmine ifa ettiği hizmetler nedir?

Hukuk tarihinin beşer hayatı için kıymeti nedir?

Hukuk prensipi olarak konseksans nedir?

Hukuk Tarihinin bu hizmetlerinin tesbit ve izahı için esas ittihaz edilmesi gereken metodolojik hareket mebdeleri ne olmalıdır? Bu cihet,

1) Bu etüdün birinci kısmı, yani (I) ve (II) ve (III) numaralı bahisleri İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuasının 1952 yılı cilt XVIII sayı 3-4 nüshasında intişar etmiştir. Bu etüdün gerek birinci kısmı, gerek bu ikinci ve son kısmı, Ord. Prof. Dr. Heinrich

bu maddenin serlevhasında belirtilmiş bulunuyor: — Hukuk Tarihinin tarih ilmine ifa ettiği hizmetler ve yine Hukuk Tarihinin hukuk ilmine ifa ettiği hizmetler.

a) *Hukuk tarihinin tarih ilmine ifa ettiği hizmetler.*

1) Hukuk Tarihi ile tarih ilminin birbirine nisbeti meselesinin tetkikinde bu her iki sahanın yekdiğeriyle sıkı münasebet halinde olduğu görülür. Demek ki, Hukuk Tarihi ile tarih ilmi aynı mevzular üzerinde durmakta ve fakat bunları farklı şekillerde tetkik etmektedirler. Hukuk Tarihi, teallûk ettiği mevzuları «hukuk» denilen merkezî mefhuma nisbet ederek tetkik eder. Bütün tarihî hâdiseler, daha doğrusu teknil tezahür şekilleri itibariyle bütün kültür âlemi «hukukî kıymet» e, özel hukukî kategorilere göre değerlendirilir. Bu, böyle olmakla beraber hukuk tarihi-

Mitteis'in «*Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*» (Weimar 1947) namındaki eserinin ihtiva ettiği düşüncelerin ışığında kaleme alınmış olmakla beraber, yine bu düşüncelerin bir tenkidini tazammun etmekte ve aynı zamanda farklı bir noktai nazarın müdafaasına tahsis edilmiş bulunmaktadır.

2) «*Hesiod*», bu düşünceleriyle kâinatın bir çifte kanuniyete tâbi olduğunu anlatmak istiyor: — *Tabiat kanununun hâkim olduğu kevnî âlem ve ahlâkî - hukukî normatif âlem!* Tabiat kanunlarının hâkim olduğu âlem illiyet âlemidir. Burada akıldan mücerret tabiat kanunları caridir. Bunun karşısına makul mahlûkların kanunları ikame edilmektedir. Diğer taraftan, yine bu düşüncelerle ilgili olarak, «*Goethe*» nin — illiyet âlemiyle gaiyyet âlemine, illi zaruretlerin taallûk ettiği saha ile hürriyete müstenit zaruretlerin, aklın ve iradenin teallûk ettiği sahaya, insan şahsiyetinin otonom karakterinin kıymetine bir işaret sayılabilecek — şu mısraları da şayanı dikkattir:

Nach ewigen, ehrnen,
Grossen Gesetzen
Müssen wir alle
Unseres Daseins
Kreise vollenden.

Nur allein der Mensch
Vermag das Ummögliche;
Er unterscheidet,
Wählet und richtet;
Er kann dem Augenblick
Dauer Verleihen.

Er allein darf
Den Guten lohnen,
Den Bösen strafen,
Heilen und retten,
Alles Irrende, Schweifende
Nützlich verbinden.

[Yukarıdaki mısralar, «*Goethe*» nin, edebî ibda ve san'at hayatının ikinci devresinde (1775 - 1786) yazdığı şiirlerden birinden (*Das Göttliche*) iktibas edilmiştir.]

Ayrıca şu ciheti de ilâve edelim ki, «*Hesiod*» un mısralarından hukukun *müteâk* bir menseden sudur ettiği anlaşılmaktadır.

nin, gittikçe geniş ölçüde olmak üzere, teallûk ettiği sahanın bir kısmını ihtiyarî olarak tarih ilminin tetkik sahasına terkettiğini de belirtmek lâzımdır. Meselâ, Esas Teşkilât Hukuku Tarihi, cemiyet ve İktisat Tarihi gibi disiplinler tarih bilgininin de büyük bir ilgi gösterdiği sahalardır. Bunlar, bugün sadece hukuk bilginini ilgilendiren sahalardan sayılmamaktadır. O halde hukuk tarihi bugün sureti mahsusada ve daha ziyade acaba hangi mevzularla iştilal etmektedir? Denilebilir ki, bugün hukuk tarihinin inhisarı altında bulunan disiplinler, özel hukukî karakteri haiz bazı muayyen sahalardır. Meselâ, Hususî Hukuk Tarihi, Ceza Hukuku Tarihi ve Usûl Hukuku Tarihi gibi. Fakat bu inhisar dahi bu vâdide vukubulan ilmî inkişaflarla sarsılmış bulunuyor. O halde Hukuk Tarihinin tarih ilmi sahasındaki faaliyetlere — hususî kıymet ve ehemmiyet arzeden — aktif iştilak iddiasının veya iştilakinin haklı mesnedi nedir? Bu suale verilecek cevabı veyahut bu mesnedi şu temel hakikatte aramak icabeder: — Hâdiselerin hukukî zaviyeden tetkikinin, tarih ilminin hiç bir dalında sarfınazar edilemez bir karakter arzette bulunduğuna ve müteallik meselelerin vaz-ü hallinin evvel emirde yine hâlâ hukuk tarihi bilgininin vazai fi cümlesinden olduğu keyfiyeti! Bu hakikat de hukukun merkezî mevkiine dayanmaktadır. Eski tarihî devirlere indikçe, hukukun dinî tasavvurlarla alâkası daha sıkı bir şekil ve hüviyet arzettiğince hukukun bu merkezî mevkiî daha da kuvvet ve rasanet kesbetmektedir. Eski devirlerde dine istinat eden hukuk, Devlet ve cemiyetin kurulmasında fevkalâde yüksek bir kuvvet ve tesiri haizdi. Çünkü hukuk birinci derecede sosyal bir âmildir. Aynı zamanda «*hukuk*» denilen fenomenin tarihî seyri de bize gösteriyor ki o, bütün büyük sosyal ve iktisadî hareketlerle çok sıkı bir irtibat halindedir. Sosyal ve iktisadî hareketler yine her devirde her hukuk nizamının temel unsurunu teşkil etmiştir. İktisadî ve sosyal tecrübelerin münbit ovalarında kök salmamış, muallâkta bir hukuk tarihi şeniyette hiç mevcut olmamıştır. İşte bu alâka ve irtibatı tesbit etmek ve teker teker göstermek, hukuk tarihinin aslî vazifesidir. Yalnız şu ciheti de ilâve edelim ki hukuk, sadece sosyal ve iktisadî tecrübeler âleminde inkişaf eden bir fenomen değildir; o, aynı zamanda bu tecrübelerin, sosyal iktisadî hareketlerin şekillenmesinde muayyen bir tesiri de haizdir. Meselâ, *Stammler* gibi müellifler hukuk ve iktisadiyat (iktisadî hareketler) arasındaki münasebeti, şekil ve maddenin yekdiğerine nisbeti zaviyesinden mütalâa etmişlerdir: — İktisadî hareketler maddeyi, hukuk ise şekli; kısaca hukuk maddenin şeklini tazammun eder. Hukukla iktisadiyat arasındaki münasebetin şekil ve maddenin birbirine nisbetine kıyas edilmesi Plâtonik - Aristotelik mânada anlaşılmalıdır. Şekil, norm, regülâtif (nâzım kuvvet), maddede meknuz kuvvetlerin aktüalize olmasını

temine yarayan mantıkî şart mânasına gelir³. Her madde, şekil tarafından (ruh, norm tarafından) hüviyetlenmek iştihakını, ilcasını taşır. Bu itibarla ekseriya hukuk, iktisadî, içtimaî hareketlerin ihtiva ettiği imkânların evvel emirde tahakkuk etmelerini sağlamıştır. Hakikî mânasıyla, «*iktisadiyat*» dediğimiz zaman ihtiyaçların tatmini zımında olmak üzere içtimaî müşterek hayatın tanzim edilmiş bir seyri; bu maksatla bağlayıcı kararların, bağlayıcı normların bir kompleksi; hukukî müeyyidesiz kabili tasavvur olmayan bir plânlama hatıra gelir. İşte böylece hukuk tarihi, ekseri hallerde, sosyal - iktisadî şeniyetin rekonstrüksiyonunda büyük rol oynar. Bu rekonstrüksiyon da hukuk normlarında en sarıh ifadesini bulur. Tarihî zaviyeden bakıldığı zaman hukuk, âdil bir iktisadî ve sosyal nizamın piştarıdır. Felsefî mânada hukuk, yani bizatihi hukuk, tabiî hukuk ise cemiyet ve iktisat nizamının manevî temelidir. (*Misaller için mukayese ediniz: Mitteis, Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte, S. 59-62*).

Hukuk sadece iktisadî sahada değil, aynı zamanda beşerî mevcudiyetin, beşerî tecrübenin, beşerî kültürün diğer sahalarında da ehemmiyet arz etmektedir. Meselâ bir insan topluluğu her şeyden evvel *hukuk* sayesinde bir siyasî topluluk, bir nasyon haline gelir. Hukuk akrabalarından kimlerin sopa, kimlerin dar mânada aile birliğine dahil olduğunu,

3) a) «*Mantıkî*» tâbirini geniş mânada anlamak lâzımdır.

b) *Stammler*'in yaptığı bu şekil ve madde tefrikinin felsefî esaslarını «*Stammler'in cemiyet ve hukuk felsefesi*» nam etüdümüzün üçüncü kısmında bertafsil izah etmiştik (*İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XVII, sayı 1-2*). — Ayrıca şu ciheti de ilâve edelim ki, hukuk ve iktisat arasındaki münasebetin şekil ve maddenin yekdiğerine nispeti zaviyesinden kavranılmağa çalışılması, milâttan önce yedinci asrın son sülüsünde yaşamış olan ve kadim Yunanda hukuk ve devlet nazariyesinin başlangıçlarını teşkil eden arkaik hukuk ve devlet görüşünün izahında ilk plânda nazarı itibara alınması gereken «*Hesiod*» un şayanı dikkat bir noktai nazarını bize hatırlatıyor: — Harp meydanlarında gösterilen yararlıklarla haddi kusvasını bulan aristokratik fazilete ve aristokratların faziletine mukabil bir de köylülerin fazileti vardır. Bu fazilet makul idrâk ve mülâhazalara, basirete dayanan zati kanaatkârlıkla, daha doğrusu nefsin tahdidata tâbi tutulmasıyla (insanın kendi kendini tahdit etmesiyle) çalışmanın, sâyin şerefli bir şey olduğu keyfiyetinde mündemictir. Sây ve hukuk, gerek ferdî, gerek içtimaî hayatta en yüksek nimetlerdir. Devlet bunlar sayesinde neşvünema bulur, ve haksızlıklardan bütün devlet mustarip ve müteessir olur. Bu düşünceleri derinleştirecek olursak, şu neticeye varırız: — Sây ve amel devletin cevherini teşkil eder. Çünkü ancak sây ve amel sayesinde hayatın maddî şartları vücut bulur. Hukuk ise sây ve amelin sükûn ve nizam içinde seyrini takip edip semeredar olmasını mümkün kılan bir şekli, bir sureti tazammun eder. Bu sebeple sây ve hukuk tıpkı madde ve şekil gibi, birbirine bağlıdırlar. Böylece, «*Hesiod*» a göre, devlet sulhperver bir hukukî camiadır ve bu hukukî camiada en başta gelen şey sây ve ameldir.

çocuğun kime terettüp ettiğini, sâyin mahsul ve semerelerine veyahut toprağa kimlerin sahip olması caiz olduğunu, fert ve cemiyet, vatandaş ve devlet arasındaki münasebetlerin, devlet şekillerinin nasıl olması lâzım geldiğini ve saireyi tayin eder. Görülüyor ki, hukuk devlet ve milletin başlangıcında bulunmaktadır. — Bundan başka meselâ bir memlekette resmî dilin hangisi olması lâzım geldiğini hukuk tayin eder. H. Mitteis diğer bazı müellifler tarafından ve hattâ eskidenberi temsil edilen bu görüşü acaba ne için müdafaa ediyor? Malûm ildiği üzere, bir görüş vardır ki, hukukî sahanın istiklâlini inkâr ve onu iktisadiyatın tâbi bir fenomeni derekesine düşürür. Bu, kanaatimizce objektif hakikatlerin arzettiği duruma uygun olmadıktan maada amelî neticeleri itibariyle de zararlıdır. Hukuku iktisadî realizmin içinde inhilâl ettirmek, onu iktisadî maddenin geçirdiği istihalelerin zarurî bir neticesi haline getirmekten, mevcut iktisadî hâdiselerin münhasıran bir icra organı, fiilî vakıalara bağlı gayri kabili içtinap bir zaruret, mukadder bir şey, fer'î veya sadece haricî bir fenomen derekesine düşürmekten başka bir şey değildir. Böyle bir noktâ nazar ise bizi sırf haricî âleme, maddî tabiate bağlı bir hukuk telâkkisine götürür. Bu da materyalist bir hukuk görüşü olup aynı zamanda tek taraflı bir karakter arzeder. Tek taraflı görüşler varlığın muayyen bir cephesini, muayyen bir tarafını umumîleştirmek, mutlaklaştırmak suretiyle eşya ve hâdisatı izah ve tefsire çalışan bir teşebbüs olmakla neticeleri itibariyle hem tek taraflı ve binaenaleyh meşkûk ve hem de hakikatleri bihakkın aksettirmekten uzak bulunmaktadır. Halbuki hukukun, yukarıda mezkûr, fonksiyonu onun aynı zamanda normatif vücut âlemine, yani hürriyet âlemine dahil bir kıymet; muhtar ve mutlak bir bağlanma (binefsihi bir bağlanma), iç âlemimizin esaslı bir rüknü olduğuna işaret eder.

Hukukun bu cephesi onun ampirik, tâbir caizse fizik cephesinden çok daha mühim ve kıymetlidir. Esasen hukuku, hukuk yapan şey de işte budur. Etüdümüzün sonunda Hukuk Felsefesi, Hukuk Tarihi ve hukuk tekniğinin yekdiğerine nisbetini tetkik ederken bu noktaya tekrar temas edeceğimiz için şimdi izahlarımıza devam ederek hukuk tarihinin tarih ilmine ifa ettiği hizmetler mevzuu ile ilgili olarak şu cihetlerin de belirtilmesi faideden hâli olmasa gerektir: — Hukuk, kültürün bütün tezahürleriyle, bütün cepheleriyle aktif şekilde ve aynı zamanda şekil ve hüviyet veren bir âmil halinde ilgilidir. (*Mukayese ediniz: H. Mitteis, Sh. 59-64*). Tarihin seyrini kavrayabilmek için mutlaka tarihî hareket ve hâdiselerin hukukî esaslarını bilmek, idrâk etmek lâzımdır. (*iustitia fundamentum regnorum*) = «Adalet devletlerin temelidir.» düsturu beşeriyet tarihine bir mütearife kuvvetiyle hâkimdir. Bilhassa hikmeti hükûmet dusturuna

ve çiy kuvvete fazla kıymet veren Makyavel devirlerinden geriye doğru eski devirlere gidildiği takdirde siyasî fiil ve hareketlerin hukuka dayan-
dığını, hukukta ayarlanıp istikametlendiğini kabul etmek lâzımdır. Çünkü
kuvvetli bir ihtimal bunun böyle olduğunu gösteriyor. O devirlerde en
kudretlinin bile uzun müddet ve cezasız hukuku çiğneyebilmesi mümkün
değildir. Yeni zamanlara gelinceye kadar hiç bir otorite, hiç bir «zi kudret»
kendini dinî emirlerden, dinî normlardan tamamiyle âzade addedemezdi.
Bunun gibi hiç bir merci de bütün hukukî bağlardan, hukuk normların-
dan kendini sıyıramazdı. Bu mercilere karşı daha yüksek bir hukuka,
adalete, tabiî hukuka istinat etme ve sığınma imkânı mevcuttu. (*Muka-
yese ediniz: H. Mitteis, Sh. 64-65.*)

2) Hukuk tarihinin kendine hâs bir vazifesi vardır; bütün tarihî
ilimler çerçevesinde kendine düşen vazifeyi ancak karakterinin esas hat-
larına ve spesifik metoduna sadık kaldığı ve şuurlu bir şekilde hukuk
ilminin temelleri üzerinde inkişaf ettiği takdirde yerine getirebilir. Yalnız
burada bir noktaya dikkat etmek lâzımdır: (Karl Brunner) in dediği gibi,
bütün «metodların synkretizm» i kadar hiç bir şey bilgi yolunu, hakikate
giden yolu kapamaz. — Bu da, Hukuk Tarihinin hukukî mefhumlar siste-
minden vazgeçmesi caiz olmadığını tazammun eder. Fakat şunu da ilâve
edelim ki, hukuk tarihi, hukukî mefhumlar sisteminden mutlak bir
hareket serbestisi içinde istifade edemez; bilâkis mefhumlarını teşkil
ederken hukukunu tetkik ettiği devre hâkim olan ruh ve zihniyeti de
nazarı itibare almağa çalışmalı ve binnetice mevzubahis devrin hukukî
kaynaklarında az veya çok meş'ur şekilde ilk hüviyetini iktisap etmiş
mefhumları mümkün mertebe hareket mebdeji ittihaz etmelidir. Kaynak-
larda ilk şekil ve hüviyetini bulmuş olan mefhumlar ise modern hukukî
tefekkürün usul ve vasıtalarıyla geliştirilmelidir. Böylece hukuk tarihi,
henüz daha tavazzuh ve tekemmül etmemiş düşünceleri, tam bir mefhumî
vuzuh ve bedahete eriştirir. Hukuk tarihi, tetkik ettiği devrin insanla-
rınca meçhul kalmış bir takım (tefekkür hâdiseleri) ni kat'iyet ve beda-
hete ulaştırmakla mazî hakkındaki bilgilerimizi zenginleştirmiş ve aynı
zamanda hâli hazıra da hizmet etmiş, maziyi hâlen tasavvur ve tefekkür
etmekle devirleri birbirine bağlamış olur. Bu suretle kısa sürmüş olmasına
rağmen tarihte derin izler bırakmış olan tarihî hâdiselerin illet ve netice-
leri aydınlatılmağa ve unsurlarının tefrikine çalışılır. Bundan başka hukuk
tarihi, devirler boyunca sürmüş olan hâdiseleri, münteha noktasından
itibaren teleolojik şekilde kıymetlendirerek ve bir vahdet halinde esaslıca
bir araya toplayarak kavrar. Böylece zamanı toplayan ve kavrayan bir
rol ifa eder.

Hukuk tarihinin tarih ilmine ifa ettiği hizmetlerden biri de şudur: Bir takım iptidaî ve ihzarî (mütekaddim) hâdise ve safhaların asıl tarihî hâdiselere karşı kat'î şekilde hudutlandırılması! Böyle bir teşebbüsün arzettiği müşkilât, *protorenaissance veya protoreformation* gibi mefhumlar düşünülürse, daha iyi anlaşılır. Meselâ hukukî sahada bununla ilgili analogi ihzarî fiil ve hareketlerde, teşebbüs ve fiilin tamamlanması arasında yapılan tefriklerde mündemiçtir. — Nihayet hukuk tarihi, son zamanlarda çok münakaşa edilmiş olan *kontinüite, temadi ve istikrar* probleminin çözülmesine geniş ölçüde yardım edebilir. *Kontinüite* deyince ne anlaşılır? 1) Bir kültürün bir zeminden diğer bir zemine intikali hâdisesi, kültürde istikrar hâdisesi, yani kültürün fizik hâmillerinin değişmesine rağmen kültürde istikrar ve devamlılık; yerleşmiş, teayyün etmiş şekillerin bir kültür çevresinden diğer bir kültür çevresine, meselâ bilhassa ilk çağdan orta çağa geçmesi! 2) Aynı kültür çevresindeki kültürel unsurların devamlılığı ve istikrarı, bunların uzvî oluşmaları ve gelişmeleri, muzır yabancı tesirlerin def'i!

Bütün bu temayül ve cereyanlar, hukukî hayatta bilhassa vazıhan tezahür etmektedir; çünkü muannidane bir istikrarlılık, ve bundan maada aynı zamanda gelişmiş formal bir lisan (*gelişmiş bir «şekil dili»*) hukuka hâs bir keyfiyettir. Bu, yerleşmiş şekillerin bir kültürden diğer bir kültüre intikalini daha da tebarüz ettirmektedir. *Reception* mefhumunun, aslında, jüridik bir mefhum olması boşuna değildir. Öyle olmakla beraber bu mefhum, beşeriyetin kültür tarihinin bütün sahalarına da kabili tatbiktir. Çünkü sadece, bir hukukun yabancı bir kültürle karşılaştığı «*hukuk resepsiyonları*» değil, aynı zamanda, geniş ölçüde kültür resepsiyonları da vardır. Böyle geniş ölçüde vuku bulan kültür resepsiyonları çerçevesinde ve onların aksamından olmak üzere hukuk resepsiyonları da vuku bulur. Meselâ Romada Elenistik kültürün resepsiyonu gibi. (*Bakınız: H. Mitteis, Sh. 69 - 71*).

Gerçi jüridik mefhumların vücade getirdiği sistem yahut kısaca jüridik mefhumlar hukuk tarihinin kesin bir «*karakteristik vâsıfıdır*». Fakat bu keyfiyet tarihî vâsını haiz şeylerin, kabli şekilde vaz'edilip sun'î olarak hâriçten ithal edilen bir takım mefhumlar yoluyla adeta tasalluta maruz kalmalarına yine de açık bir bono teşkil edemez. Hukukçu hukukun muhtelif disiplinlerinde teallüm yolu ile ihraz ettiği müktesebatı mihanikî tarzda tatbik etmemelidir. Mefhumlar gayeye ulaşmağa yarayan birer vasıta olmalıdırlar. Mefhumlar teşkili kabiliyeti makul ve makbul şekilde tatbik edilmelidir.

Her «*mefhum teşkili*» hayatın hakikî vakıalarının haddinden fazla basitleştirilmesi tehlikesini tazammun eder. Burada tarihçi ile hukukçu-

nun yekdiğeri karşısındaki durumları şayanı dikkat ve ehemmiyettir. Hukukçu, hâdiseleri doğmatik zaviyeden kavramak gayesindedir. Hukuk tarihçisi hâdiselerin tablosunu en ince teferruatına varıncaya kadar ve canlı renklerle «plein air» tersim etmez; esasen etmesi de caiz değildir. Buna mukabil vücade getirdiği tablo daha sade olmakla beraber hatları itibariyle daha vâzih ve keskindir. O, tarihî hayatın bütün hâdiselerini umumî bir tablo halinde bir araya getirip izah etmek gayesinde değildir. Hukuk tarihçisi, her ressam gibi, esasî olmayan şeyleri bir tarafa bırakır. Zaten, doğmatik zaviyeden kavramanın mânası şudur: — Hukuk da, sengüler değil, endividüel mânada olmak üzere, ferdî şeyleri istihdaf eder. Fakat istihdaf ettiği bu «ferdî şeyler», *tipik ferdî şeyler* dir, normatif karakterde şeylerdir, vasıtalı şeylerdir. Hukuk tarihçisi tarihçiye hâs saha olan sengüler tezahürlere, olsa olsa, fer'î olarak temas edebilir. Fakat onları, mevzuunun esası haline getiremez. Şunu da ilâve edelim ki, tarihçi, hukuk tarihçisinin müracaat ettiği basitleştirici mefhum tekniğini hiç kullanmamakla, sadece fotografik bir sadâkatle aksettirilmiş bir sürü münferit (sengüler) manzaralar resmetmiş ve böylece umumî portrenin arka plâna atılması gibi bir tehlikeye maruz kalmış olur.

Hukuk tarihinin tarih ilmine ifa ettiği diğer metodolojik hizmetler acaba nelerdir? Meselâ, her ilim gibi tarih ilmi de iddialarını ispat ile mükelleftir. Lâkin, bu ispat, riyazî bir ispatın haiz olduğu kat'iyeti arzetmez. Çünkü tarih, insana müteallik bir ilimdir ve bu itibarla çoğu defa insan ruhunun en ince ihtizazlarını, beşerî fiil ve hareketlerin en gizli saiklerini arayıp bulmağa mecburdur. Fakat kültür hâdiseleri arasındaki illî bağların ispatı da ancak ihtimaliyete, yani emarelere müstenit ispat olabilir. Hukukî sahada böyle bir ispat şekline eskidenberi rastlanmaktadır: «*emarelere müstenit sübut*»! (Bakınız ve mukayese ediniz: H. Mitteis, Sh. 71 - 74).

İlliyet rabıtası mefhumu mevzuunda şu noktalar dahi belirtilebilir. Bu mefhum gerek hukuk ilmi, gerek tarih ilmi için aynı derecede ve aynı şekilde mühimdir. Bir kere sırf felsefî - riyazî mânadaki illiyet mefhumu bu her iki sahada da kabili tatbik değildir. Felsefî - riyazî illiyet mefhumu muayyen bir neticenin tasavvur edilebilecek bilûmum şartlarının heyeti mecmuasıdır. Bir «*regressus ad infinitum*» a sebebiyet vermek için neticeyi tayin eden şartların içinden muayyen bir kısmını seçip ayırmak lâzımdır. Gerek tarih ilmi, gerek hukuk ilmi şartların heyeti mecmuası içinden bir eleme, bir ıstıfa ameliyesiyle hakikî sebepleri bulup çıkarmakla mükelleftirler. Meselâ, hukuk ilmi bu yoldan giderek uygun illiyet rabıtası mefhumunu tesis etmiştir. Uygun illiyet rabıtası mefhumuna nazaran tecrübenin (tecrübî hayatın) umumî kaidelerine göre ancak

neticeyi umumiyetle husule getirmeğe elverişli şartlar sebep olarak mevzuu bahsolabilir. Aynı şey tarih ilmi için de vârittir. Yalnız burada, her şeyi bir tek sebebe irca etmek gibi, aksi mânada bir hatadan da kaçınmak lâzımdır. Bu «*mono-causal*» tefekkür şekli tarihî hâdiselerin seyir ve teselsülünün arzettiği «*çok tabakalı hâl*» i görmemektedir. Tarihî hâdiselerin seyrinde muhtelif illî teselsüller tekату eder. Bir kere daima sebep ve saiklerin teaddüdünü şart koşan dialektik prensip muvacehesinde «*mono-causal*» tefekkür şekli, esasen müracaat edilecek bir metod değildir.

Tarih ilmi ile hukuk ilmi arasında metodolojik bakımdan şu diğer müşabehetler de vardır: — Usul hukuku deyince dâva ve dâvanın muayyen kaide ve formüllere göre cereyan edip bir neticeye bağlanması keyfiyeti gibi şeyler, ilk hatıra gelen noktalardandır. Burada bir meselenin, bir hâdisenin veyahut bir keyfiyetin muayyen kaidelere göre organik şekilde ve her cepheden inkişafı mevzuu bahistir. Bu, dâvadır.

Tarihçi, ya bir sorgu hâkimi gibi kendisine arzedilen hâdiseden hareket ederek ve geriye doğru gitmek suretiyle meseleyi rekonstrüe etmeğe çalışır, veyahut bir savcı gibi münferit emareleri umumî bir netice halinde birleştirebilir. Gerek savcı, gerek avukat tarafların tek taraflı görüş zaviyelerini aşmaya mecburdurlar. Gerek hâkim, gerek savcı ve avukat, «*doğru hukuk*» un bulunmasından, tecelli etmesinden mesuldürler; bunu teminle mükelleftirler. İşte tarihçiye böyle bir mesuliyet terettüp eder. Her dâva meknî bir dialektiğin kaidelerine göre cereyan eder; yani hasım tarafın kuvvetlerinin deşarjını intaç ederek neticede kuvvetler, iddialar arasındaki tezatların kararda ifna, daha doğrusu telif edilmesini mümkün kılar. Geniş mânada olmak üzere, her kültür dâvası, vetiresi veyahut hareketi polar tezatların, cereyanların müvazelenmesini tazammun eder. Meselâ, yüksek kültürlerin doğması ancak bu tarzda anlaşılabilir.

Nihayet hukuk tarihinin tarih ilmüne ifa ettiği hizmetler mevzuunda denilebilir ki, hukuk tarihi, tarih ilmi çerçevesinde kendine terettüp eden fonksiyonları, ancak tarihî araştırma metodlarına şuurlu şekilde yaklaşmakla ifa edebilir. Hukuk tarihi, hukukî mefhum tekniği ve sistemi ile tarihî araştırma metodlarının bir terkibini istihdaf etmelidir. Bugün tarihî araştırma metodları itimada şayan, daha doğrusu exact neticeler verebilecek derecede inkişaf etmiş bulunmaktadır. Bu itibarla tarih bilgini, sureti mahsúsada hukuk tarihine müteallik problemlerde hukuk tarihçisi ile birlikte, çalışabilecek mevkiye bulunmaktadır. Hukuk tarihinin bu metodlardan istifadesi büyüktür. Tarih ilmi ile hukuk tarihi karşılıklı ve müsmir şekilde birbirlerini tamamlarlar. Ve bu karşılıklı, müşterek

çalışma tarihe umumî ve küllî bakış için sarfı nazar edilemez mahiyettedir. Hukuk tarihçisi, mevzuu küllî olarak kavramak zaruretindedir. (*Mukayese ediniz: H. Mitteis, Sh. 74-77*).

b) *Hukuk tarihinin hukuk ilmine ifa ettiği hizmetler.*

Bir kere hukuk tarihi, hukuk ilmi muvacehesinde ihzarî ve aynı zamanda temel mahiyette ilmî bir fonksiyonu haizdir. Hukuk tarihi ve hukuk tarihi ile iştilal, bir hukuk methalinin ideal zeminidir. Kısaca hukuk tarihi ideal bir hukuk başlangıcıdır. Çünkü hukuk tarihi, modern hukukun mudil ve çok müteazzıy yapısını en basit esas şekillere irca eder ve hukukun, unsurlarına müsteniden nasıl bina edileceğini öğretir. Öyle ki, her yeni nesil bu suretle, devamlı olarak hukukun oluş vetiresini tekrar yaşayabilir. Bu meyanda hukuk tarihi, ne kadar ilmî esaslara istinat ederse, ve yine hukuk tarihi, hukukun nasıl gittikçe mütezayit şekilde sosyal duygunun ifadesi haline geldiğini göstermek gayesine ne kadar vuzuhla teveccüh ederse, yetişen nesillerin alâkasından da o derece emin olur.

Bundan başka hukuk tarihi metodik noktai nazardan hukuk ilminin teknil sistemi için sarfı nazar edilemez mahiyettedir; onun âdetâ tamamîyetini temin eden bir kısım olarak bütüne dâhildir. Hattâ hukuk bizzat kısmî bir bütündür, jüridik bir mikrokosmostur. Bu sebeple hukuk tarihi ile hukuk ilmi arasında metodik bir tezat yoktur. Her iki sahada da idelerin şekillenip hüviyetlenmesi, fikrî tezahürlerin — ki bunlar aynı zamanda, meselâ devlet, aile, mülkiyet, mesai (sây), akit, suç gibi bir takım real şeylerdir — kavranıp aşılması mevzuu bahistir. Hukuk tarihi ile doğmatik hukuk ilmi teaallûk ettikleri mevzuları — mûta bir malzemeyi, sosyal münasebetleri ve müesseseleri, beşerî amelleri ve cehitleri esas ittihaz etmek suretiyle — tetkik ederler. Fakat aynı zamanda bunlara müdahale eden tabiat hâdiselerini de nazarı itibare almak mecburiyetindedirler. Her iki saha dahi, esasen *şeniyyetin* daha evvelden bir tebeddül ve tahavvüle maruz kaldığı, yeni bir şekil ve hüviyet iktisap ettiği kaynaklara dayanırlar. Modern hukuk doğmatığı de (mevcut ve mer'î hukukun ilmî izahı) sadece kanunların tefsiri ile artık iktifa etmemektedir. Muamelâtın şartlarını, kollektif akitleri, «*kanun şekil ve hüviyetinde belirmeyen mevzuatın (hukukun)*» tipleşmiş diğer mümasil eserlerini de tetkikat sahasına ithal, böylece hukuk tarihinin kaynaklarına oldukça yakın bulunan bilgi esaslarından da istifade etmektedir.

Hukuk tarihi ile doğmatik hukuk ilmi arasında, derunî bir vahdet vardır. Binaenaleyh bunların her ikisi bu vahdet için müsmir bir hâle

getirilebilirler. Meselâ haddinden fazla sulp karakteri haiz dogmatik bir tefekkür tarzında tarihî tecrübe sayesinde bir yumuşama, bir gevşeme husule gelir. Böylece hukuk ilmi, pozitivizm içinde tasallûp edip camitleşme ve binnetice bağlı bulunduğu devri mutlaklaştırma, kendi mefhumlarını yegâne kabili tasavvur mefhumlar zannetme tehlikesinden masun kalır.

Hukuk tarihi bize hukukî şekillenme ve hüviyetlenmenin sayısız imkânlarını bilmemizi öğretir ve böylece hukukî mefhumların doğru bünyevî teşekkülüne (yapısına) isâl eder. Mezkûr imkânlarda ise şeniyet daima meknuzdur. Çünkü imkân dahi varlığın tezahür tarzlarından biridir. Bu suretle hukukta tarihî tefekkür vücut ve vücup (olan ve olması lâzım gelen) tezdadını aşar ve bunlardan birinin *mutlak surette* vaz ve kabul edilmesini önler. Meselâ «Hans Kelsen» in «Mahz hukuk nazariyesi»nde vücup (*olması lâzım gelen*), veyahut «fiilî vakıanın normatif kuvveti» görüşünde de vücut (olan, daha doğrusu varlık) bu tarzda mutlak bir karakter arz ediyordu. Her iki görüş de hukuk ve devlet nazariyesinin kısırlaşmasını, âdetâ gayri mümbit kumlu bir arazi haline gelmesini intaç etmiştir. — Bu günkü modern bilgi nazariyesi «*olması lâzım gelen*» i «*olan*» in zıddı olarak kabul etmemekte, bil'akis (geniş mânada) varlığın bir şekli addetmektedir. Buna uygun olarak da *emperatif*, muayyen bir bilgi şeklidir. Bu meyanda şunu da ilâve edelim ki, «Heinrich Maier» in tesis etmiş olduğu «*emotional tefekkür nazariyesi*» hukuk ilmi bakımından henüz daha kâfi derecede kıymetlendirilmemiştir. Bundan başka hukuk tarihi, kıymetlerin de realiteye dahil olduklarını, ilmî bilginin bunlara da müteallik ve şamil olduğunu, aynı zamanda ilmî bilgi yolu ile vacibürriaye hale geldiklerini ve saireyi göstermektedir. Hukukî bilginin «*hakikat kıymeti*», hukuk idesine derecei iştiraki ile ölçülür. Bu cihetin bilinmesi hususunda da hukuk tarihinin rolü büyüktür. Hukuk tarihi illî metodla teleolojik metodu birleştirir; gerek doktrinde, gerek tatbikatta mer'î hukukun şekil ve bünyesi için matlup örnekleri verir. (*Mukayese ediniz ve mütemmim izahat için bakınız: H. Mitteis, Sh. 77-80*).

Hukuk tarihi, «*hukukun insan tarafından aranıp bulunması*» vetiresin^t tahlil yolu ile, bize şu hakikati göstermektedir: mühim ve esasî kararlar tahteşşuurda hazırlanırlar. Hukukun insan tarafından aranıp bulunması (hukukun taharri ve tahkikî), gayri meş'ûr sezilen şeyin «*meş'ur tasavvur edilen şey*» haline yükselmesidir. Tahteşşuurda aklın asla yanılmayan, asla yorulmak bilmeyen faaliyeti hâkimdir. Halbuki en ceyyit, en berrak kafa (zihin) dahi — şayet yanlış mukaddemlerden hareket eder ve imanla vicdanın aslî kuvvetleriyle hem ahenk olarak hâdiseleri tefekkür

etmezse — yanılabilir. — Kollektif bir tahtesuur⁴ vardır. Bu, küllî bir temel duygudur. Bu duygu romantiklerin ileri sürdükleri halk ruhu ile bir gûna ilgili değildir. Çünkü «zaruretle bir takım tabiî ana zeminlere bağlı» olmayıp bil'akis tarihin içinde oluşmuş camialarda dahi tekevvün ve inkişaf edebilir. (Meselâ İsviçre, Britanya İmparatorluğu, veya Birleşik Amerika gibi ahalisi muhtelit olan devletler). Bu «*kollektivum*» ların ruhu, objektifleşmiş müşterek bir iradedir. Bu iradeden bir camia üslûbu (stili) doğar. Bu üslûp en bariz ifadesini hukukta bulur (*Mukayese ediniz: H. Mitteis, Sh. 80-82*).

c) *Hukuk tarihinin beşer hayatı için kıymeti nedir?*

Hususî mânada ilmin dar çerçevesi dışında hukuk tarihinin şahsiyetin umumî şekillenme ve hüviyetlenmesi, terakki ve inkişafı için haiz olduğu ehemmiyetin ne olduğuna bir cevap aranıyorsa yapılacak ilk iş, bu çok tabakalı problem sahasının ele alınmasını mümkün kılacak bazı rü'yet noktalarını tespit etmek olacaktır. Bu maksatla, meselâ, «*Hegel*» in şu kaziyesine istinat edilebilir: — tekmil tarih hürriyet şuurunda bir terakki ve tekâmüldür (veya hürriyet şuurunun bir terakki ve tekâmülüdür). Hürriyet şuurunda terakki ve tekâmül demek: — *nefsin kendini bilmesinde, ruhun kendini idrâk etmesinde, kendine rücu edip kavuşmasında, «insan şerefini idrâk» duygusunda*, zarurî olan şeyin şuurî olarak yapılması mevzuunda terakki ve tekâmül demektir. — Radikal Hegel ortodoksisi mânasında olmasa da, yine şu kaziyei vaz'etmek lâzımdır: Hukuk tarihi haddi zatında hürriyet yolu ve hürriyeti idrâk yolunun tarihidir. Profesör «*Mitteis*» bu yolu, hukuk sahasında real ve ideal cephe-den takibe çalışmaktadır. Beşerî cemiyetin ve cemiyetteki muhtelif tabakaların bizzat hürriyete doğru nasıl yükseldiğini, hürriyetin nasıl müşahhaslaşıp şenileştiğini izaha çalıştığı müddetçe hukuk tarihi, «*real olanın*» sahasında kalarak mevzuu kavrayıp izaha çalışıyor, demektir. Buna mukabil hürriyetin *mânen, fikren* idrâkinden bahsediliyorsa, bu takdirde hukuk tarihi idealist bir tefekkür ve izah tarzından müstağni olamaz. Her iki halde de modern tefekkürün fikrî ilimler sahasında müracaat ettiği metodlardan istifade eder. Aynı şey bilgi metodu hakkında da

4) C. G. Jung, «*Das Geheimnis der goldenen Blüte*» namındaki eserinde «*kollektif gayri meş'ur şeyler*» hakkında şu sayanı dikkat malûmatı veriyor: — Nasıl ki, «*insan vücudü*» her türlü ırkı ayrılıklar ötesinde müşterek bir anatomi arz ediyorsa, öylece «*insan ruhu*» da bütün beşerî kültürlerin ve ruhi ayrılıkların ötesinde müşterek bir ana zemine sahiptir. Buna «*kollektif gayri meş'ur olan*» denir.

varittir. Hâdiseler, mevzuu bahs meseleler intikadî realizme⁵ müsteniden tespit edilir. Meselelerin, hâdiselerin tefsiri ve değerlendirilmesi hususunda ise objektif idealizme⁶ yer verilir.

Evvelâ *real* zaviyeden hürriyetin tekâmül yolunu inceliyelim:

Hürriyet yolu, yeni yeni tabakaların devamlı surette hürriyete doğru yükselmesidir, bağlardan kurtulmasıdır. Yalnız burada insanın veya insanların müşahhas ahvalde ne gibi şeylerden hür olduğu cihetine dikkat etmek lâzımdır. Meselâ, eski devirlerde bazı kimseler, bir başkasının hükümlerine tâbi olduğu halde, bazı münasebetlerde muayyen mükelle-

5) Epistemolojik mânada ve idealizmin zıddı olan realizm, düşünen ve bilen süjeden müstakillen mevcut bir dış âlemin kabulünü tazammun eden bir istikamettir. Meselâ *safiyane realizme* göre bu dış âlem aynen idrâk ettiğimiz gibidir, yani mahiyeti itibariyle de aynen idrâk ettiğimiz gibidir. Buna mukabil *transsandantal realizme* göre dış âlem, objektif olarak mevcut ve fakat bizatihî ne olduğunun bilinmesi kaabil olmayan müteâl bir varlığın görünüşüdür, tezahürüdür. *Indikadî realizm* ise objektif hakikî bir varlığın kabulü hususunda transsandantal realizmle birleşmekte ve fakat objektif varlığın bilinmesi, tefekkürle varlığın yekdiğerine intibakı (yani bunlar arasındaki mutabakat) meselesini açık bırakmaktadır. Çünkü *intikadî realizme* göre tefekkürümüzde intibak kaabiliyetini haiz öyle bir meleke, öyle bir cihaz vardır ki, onun yardımı ile *objektif real olanın* daha derin, daha tam ve daha doğru bilinmesine tedricen erişebilmek mümkün olabilir.

Intikadî realizmin bir de şu hususiyetini belirtelim: maddî realitenin tabiat ilimlerinde kavranması kaabil olan cephesi, riyazî cephesidir. Maddî realite hakkında bundan daha fazla bir şey söylenemez. Realitenin diğer cephesi, yani bilâ vasıta yaşanan cephesi idrâk edilen tezahürattır. *Fizik*, maddî dış âlemi ötedenberi şurdan müstakillen mevcut bir realite olarak tetkik etmiş, ona daima bu nazarla bakmıştır. İdealist felsefe ise mezkûr dış âlemi daima *sübjektif bir tezahür* addetmiştir. Halbuki intikadî realizm, bu her iki görüşün bir sentezini istihdaf etmektedir.

6) Filozoflar, manevî ve ruhî hâdiselere daha büyük bir ehemmiyet atfetmek temayülündedirler. Kadim Yunan filozoflarından itibaren bugüne kadar filozofi, yani realitenin küllî tefekkürü fizikal - astronomik görüşü aşmış ve reel olan şeylere gerek toptan, gerek teker teker derunî, ideel, manevî bir prensipi de ilâve etmeği zarurî addetmiştir. *Eflâtun* ve *Aristo*, *Spinoza* ve *Leipniz*, *Berkley* ve *Kant*, *Schelling* ve *Schopenhauer*, *Lotze* ve *Fechner*, fikirleri arasında ayrılıklar da olsa, «manevî olan» in kâinatta münferit fer'î bir hâdise rolünü ifa eylemediği noktasında yine de müttetikirler. Bu filozoflara göre bütün cismanî şeyler bir başka şeyin, bir iç âlemin, bir maneviyetin, *derûnumuzda (iç âlemimizde) idrâk ettiğimiz şeyle ilgili «bizatihî ve lizatihî bir varlığın»* mevcudiyetine delil teşkil etmektedirler. Manevî olan şeylerin yahut manevî olan şeyin bir «küllî ve kevnî hakikat prensipi» mânasını tazammun ettiği telâkkisine iştirak edenler, meseleyi ne şekilde vaz'ederlerse etsinler, objektif idealisttirler. Cismanî âlem fenomenâldir ve mezkûr âlemde fenomenleşen şey, bizim iç âlemimize de yabancı değildir. Yani iç ve dış âlemin hakikî mahiyet ve asliyetini teşkil eden şeyler bir ve aynı şeydir. İnsan ve kâinatın müşterek bir ana zemini vardır ve bu ana zemin, manevî karakteri haiz asli metafizik bir realitedir.

fiyetlerden azade oldukları için hür addedilirlerdi. Bu suretle hürriyet nispî ve menfi bir mânayı tazammun etmekteydi. Yani muayyen münasebetler bakımından şahsî vecibelerin yerine getirilmesini istihdaf eden talep ve iddiaların dermeyan edilemediği hallerde böyle bir hürriyet mevzuu bahistir. Burada fiilen cebirden azade bir saha vardır. Bu itibarla orta çağda serf müruru zamanla hürriyeti iktisap, efendi dahi sükut etmek suretiyle talep haklarını kaybedebilirdi. Buna mukabil Romada radikal bir esaret mefhumu cari idi. Bunun ortadan kalkması için muayyen bir takım hukukî muamelelere zaruret ve ihtiyaç vardı. Bundan başka Romada, orta çağdan farklı olarak, sahipsiz köleler de mevcuttu. Şekilsiz ve merasimsiz âzadedilen kimse, fiilen hür olarak yaşasa da, yine esir kalırdı. Mamafih bu durum sonraları islâh edilmiştir.

Yukardaki izahattan, hürriyetin evvelemerde şahsî hürriyet olarak anlaşılması gerektiği müsteban olmaktadır. Bu mevzuda şunu ilâve edelim ki, en eski kavimlerde dahi esarete rastgelinmektedir. İlk çağın iktisadî hayatına ise bu esaret müessesesi tamamiyle hâkimdir. Esirin ağır kederini tahfif maksadiyle âzâdetme ve evlât edinme usulleri ihdas edilmişti. İlk Hıristiyan Kilisesine göre esir (köle) din kardeşidir. Orta çağda aynî iktisadiyatın teessüsiyle esir tedricen hukukî mânada şahıs olarak kabul edilmeye başlanmış ve vassal haline gelmişti. Vassallik muhtelif şekillerde olmak üzere orta çağı aşmış, müstemlekelerde ise ilk çağda görülen esaret müessesesi yeniden ortaya çıkmıştır. Ancak 19 uncu asırda Şimalî Amerika'da cereyan etmiş olan dahilî harplerle ve binaenaleyh zorla esirlerin hürriyete kavuşması temin edilebilmiş ve bu, 20 nci asırda beynelmilel anlaşmalarla sağlanabilmiştir. Avrupa'da köylülerin hürriyete kavuşması, serfliğin sona ermesini intaç etmiş olmakla beraber bu keyfiyet muhaceret ve proleterleşme dolayısıyla iktisadî sahada geniş ölçüde muzır tesirler icra etmekten yine de hâli kalmamıştır. İşte asıl bu noktada sosyal reform, insan şerefiyle mütenasip bir hayat tarzının kurulup tanzim edilmesi talebini fiiliyat sahasına intikal ettirmekte ve bu suretle tahakkuku çok uzak bir istikbale muzaf olan bu vazifeyi ele almaktadır.

Şahsî hürriyet ve bununla ilgili meselelere zamimeten hürriyetin bir de şu şekillerinden bahsedilebilir: — Mülkiyet iktisabı hürriyeti, mülkiyet üzerinde serbestçe tasarruf, ölüme bağlı tasarrufla ölümden sonraki hâl ve vaziyetleri tayin edebilme serbestisi! Bunlarla da akit serbestisi ilgilidir. Çünkü akit serbestisi, mamelek üzerinde tasarruf etmeği ve aynı zamanda iktisadî ivazlar sağlamağı, şahsî hizmetlerin dahi başkalarının hizmetine tahsisini mümkün kılar.

Mevzuumuz etrafında olmak üzere Hukuk Tarihinin daha mühim vazifesi hürriyet şuurunun tekâmül yolunu göstermektir. Hakikatte ancak

şuurlu şekilde istimal edilen, daha iyi bir hayat tarzını tahakkuk ettirme gayesiyle vaz ve ikame olunan hürriyet, hürriyetin ta kendisidir. Ancak ne maksadla, ne için hür olduğunu bilen, bu hürriyet sayesinde hangi vaziyetler müvacehesinde ne gibi aksül'ameller gösterebileceğini müdrik olan insan hürriyeti doğru ve isabetli şekilde istimal edebilir.

Buraya her şeyden evvel siyasî hürriyet hakları dâhildir: Camiaya iştirak hakkı, camianın kaderini tayin ve tanzim edebilme hakkı! Siyasî hürriyet hakları sayesinde insan, siyasî hareket ve muamele ehliyetini ihraz eder. Halbuki esaret müessesesinden kurtulma keyfiyeti, sadece *siyasî «hukukî ehliyet»* bahşeder.

Nihayet bu mânadaki hürriyete bir de insana tabî illiyet sahasına hâkim olma imkânını veren, onu mukadderattan, tesadüflerin kör hâkimiyetinden, beşer kuvvetinin müsaade ettiği nisbette, müstakil hale getirmeğe çalışan bir «ferdî hürriyet», bir «beşerî hürriyet» dahi dâhildir. Burada hukukun, hürriyeti illî zaruret karşısına ikame ettiğini görüyoruz. Böylece hukuk, her türlü şuurlu plânlamanın temeli haline gelmektedir. Hukukun bu fonksiyonu, eksistans felsefesi noktai nazarından bilhassa kuvvetlice tebarüz ettirilip aydınlatılmıştır. — Hürriyet sayesinde insan, mevcudiyetinin vitâl, tabiate bağlı, kat'î surette illiyete tâbi tabakasına iradî karar ve hareketlerle, şekil ve hüviyet verici nizamlamalarla daha yüksek, manevî bir tabaka ilâvesine ve böylece alt tabakayı bir üst şekille tetvice muvaffak olabilir. Burada hukukun teleolojik karakteri; aslında bilgisel tefekkürün yine muayyen bir şeklini tazammun eden emotional mantık tebarüz ve tezahür etmektedir. Bütün realitesiyle insanı tehdit eden kaderle mücadeleye hazır olma keyfiyeti emotional bilgiye dayanır. Bu meyanda söylenebilecek mühim noktalardan bazıları da şunlardır: Hukukta, her defasında değişen, müşahhas hâl ve vaziyetlere devamlı surette intibak hâdise ve hareketleri cereyan eder. Bu keyfiyet, tabiat ilmiyle tıp ilminde vukubulan intibak hâdiseleriyle mukayese edilebilir. Meselâ cezalar ve emniyet tedbirleri gibi spesifik olan ve spesifik olmayan aksül'ameller vardır. Hukuk Tarihinin insana çok şeyler öğreten müşahedelerinden biri de hukukun bu intibak kabiliyetinin, reaksiyonlarının, yapıcı, şekillendirici kudretinin zamanın seyri içinde nasıl değiştiği cihetidir. Pizitivizm ve doktrinarizm bu intibaka birer mânî teşkil edebilirler. Veyahut onlardan bazı mâniler zuhur edebilir. Herhangi bir sosyal bünyeye uygun olmayıp ona sun'î şekilde zorla kabul ettirilmiş resipe hukuklar, hukukî sahada görülen tabî ibda kudretinde bir zayıflamayı, hayatın tecrübelerinden uzak müteahssısların kullandıkları hukuk cihazının makinalaşmasını intaç eder. (*Mukayese ediniz: H. Mitteis, Sh.*

83 - 89; daha fazla, bilhassa müşahhas misallere dayanan izahat için bakınız, Sh. 89 - 100).

Hürriyet, hürriyet yolunda merhaleler kat'ı ve hürriyet şuuru yekdi-ğeriyle birleşince, şu lüzum ve zaruret ortaya çıkar: Bu birleşmeden hürriyetin tahdidi veyahut sınırlandırılması şuuru da doğmalıdır. Çünkü ancak hürriyetin sınırlandırılmasıdır ki onun, *zıddına, serâzatlağa, keyfî harekete inkilâp etmesini imkânsız* ve nizamlı bir sosyal «müşterek hayat» içinde *bir ferdin hürriyetini diğer fertlerin hürriyetiyle kabili telif hale getirir*. Hürriyetin hudutları vardır ve hürriyet, bu hudutları kendi içinde taşır, yani hudut hürriyette meknuzdur. Hürriyetin aynı zamanda mânalı bir bağlanma olması keyfiyeti bizzat hürriyette mekindir. Hürriyet, ancak şahsiyetin olgunlaşması ile birlikte mükemmeliyet kesbeder. «Hür» ve «olgun» mefhumları arasında, mahiyet itibariyle, zarurî bir eşitlik vardır. İnsan şahsiyeti, diğerleriyle birlikte bir camia hayatı sürebilmek için olgunlaşmalıdır. Ve yine şahsiyet ancak diğerleriyle beraber idrâk ettiği bir camia hayatı içinde olgunlaşabilir. Böylece hürriyetin illî izahına ve gayesinin idraki keyfiyetine mânasının ve kıymetinin anlaşılması da inzimam etmektedir. Zatî varlığın idamesi, diğer yabancı varlıkların kabul ve tasdikini şart koşar, bu itibarla hürriyetin korunması vazifesiyle mükellef olan hukuk dahi başı boş zatî ve yabancı iradenin bağlanması, sevk ve idaresi için matlûp vasıtaları ve tedbirleri bahş ve temin etmeli, ve hukuk tarihi de bu düşüncenin gerçekleşmesine medar olan imkânları göstermelidir. Hukuk Tarihi bize, hukukun bütün devirler boyunca başı boş tahakküm ve iktidarın karşısına nasıl dikildiğini, ona nasıl karşı koyduğunu delilleriyle irae etmektedir. En ceberut hükümdar dahi, hukukun vaz'ettiği hudutlara, tehlikesizce, uzun müddet riayetsizlik edemez. Bu hudutlara riayetten kendini sıyıramaz. Hukuk, beşerî ihtirasların ölçsüzlükleriyle yorulmak bilmez bir mücadele halindedir. Burada da bir alt tabaka daha yüksek bir tabaka ile şekillenip tetevvüç eder. İnsan, kendi kendine yani iç âleminde derunî bir hamle ile, daha doğrusu mânen hür olmalıdır ki, vicdanının sesine kulak verebilsin. Profesör «H. Mitteis», vicdanın yavaş çıkan sesinden bahsediyor. Halbuki, kanaatimizce, alçak sesle konuşan, vicdan değildir. Vicdanın sesi yavaş çıkmaz. Bilâkis ruhunun kulağı sağırlaşmış insan, vicdanın sesini işitemez. İç âlemi sukut etmiş, fakirleşmiş insan artık hür değildir, yahut insan değildir. Bu itibarla da vicdanî hareketten mahrumdur. Binaenaleyh ancak manen hür insan, şahsiyet olarak, mütealiyette mekîn bir kıymeti idrâk eder, ondan nasibedar olur. Bu mânadaki hür insan, bizzat ölçen bir mercidir; hukuk ise burada ölçünün prototipidir. Ölçsüzlük; hukukî nimetlerin tevziinde

veyahut hukukî himayenin bahş ve temininde iki türlü ölçü, tevziî adaletle tevzinî adalet prensiplerine aykırıdır.

Yukarıda izah edilen noktalar bakımından hukuk tarihi pek çok misallerle doludur ve bu misallerin zikri faideden hâli değildir. Meselâ, âmme hukuku tarihi hürriyetle mükellefiyetin yekdiğerine isabetli ve doğru şekilde nisbetini sağlayan esas teşkilât uğurundaki daimî mücadeleyi gösterir. Eflâtun, devlet tasavvurunu ideler âlemi denilen en yüksek bir tarassut noktasından resmetmiş bulunmaktadır. Aristo ise, 121 Anayasa müsteniden ve istikraî metodla bir takım ideal tiplere vâsıl olmuştur. Bu ideal tiplerin tereddi etmiş aşırı şekillerini de göstermiştir. Monarşinin aşırı ve bozuk şekli despotidir. Aristokrasi, oligarşik hizip hâkimiyeti halinde tereddi eder. Demokrasi avamî bir kütle hâkimiyeti (Oklokrasi) şeklinde tezahür ederse, bozulmuş demektir. — Roma'nın şevket ve azameti şu sebeplerden ileri geliyordu: — Disiplin, ferdin kendi ihtiyariyle camiaya ve nizamlarına tâbi olması, nefsin terbiye edilmesiyle devletin otoriter iradesinin zabtü rapt altına alınması, ölçülü ve makul hedeflerin şaşmaz bir ciddiyet ve kat'iyetle takibi! — Roma devleti bu prensipleri terkettikten sonra Roma'nın savvetinden de eser kalmamıştı. Aynı şeye İngiliz esas teşkilât tarihinde de rast gelmek mümkündür. Bundan başka «Montesquieu», kuvvetlerin ayrılması düşüncesiyle devlet otoritesinin suiistimaline karşı bir teminat teorisi vaz'etmiştir. Devlet otoritesinin, devletin tehakküm iktidarının hudutsuz vahdet ve külliyeti uğruna bu teorinin çignendiği hallerde ağır neticelerin tehassülü de gecikmemiştir. — Bu söylenenler, tekmil sosyal gruplar arasındaki münasebetlerde, bunların yekdiğerine nisbeti bahsinde de aynen varittir. Sosyal ve millî ihtilâflar, ancak ölçüsüz sertlik ve keskinlikleri karşılıklı anlayışla yumuşatıldığı takdirde bir hal çaresine raptedilebilirler.

Anayasadan bed'e ederek doğru ve isabetli ölçü prensipi adliyenin ve idarenin bütün dallarına hâkimdir. Ceza hukuku mütenasip ve makul bir şekilde asosyal hareketleri cezalandırmak veya önlemekle mükelleftir; ceza hâkimine haddinden fazla geniş bir takdir serbestisi verildiği takdirde ceza hukukunun silâhları da körleşir. Usul hukukunda da aynı prensip caridir: Hâkimin dâvayı sevk ve idare etmesi keyfiyetiyle tarafların dâva ve dâvanın seyri üzerindeki tesir ve hâkimiyetleri arasında; fakir ve mühtacın siyanet edilmesiyle — ki bu siyanet aşırı derecelere vardırırsa alacaklının mağduriyetine müncer olur — haddinden fazla sert cebri icra müdahalesi arasında doğru ve isabetli haddi bulmak lâzımdır.

Bundan başka hukukun nimetlerinden istifade eden vatandaşlar arasındaki münasebetlerde akit pek mühim bir rol iynar. Burada akit anlaşma, uzlaşma mânalarına gelir. Meselâ bir münazaanın, bir ihtilâfın

ortadan kaldırılarak bir uzlaşmaya, barışmaya varılması gibi! Görülüyor ki, bu mânada akit maziye muzaf bir şey olmakla beraber bermutat aynı zamanda bir sulh ve sükûn haline intikali tazammun etmekle istikbalin de tahtı temine alınmasını intaç eder. Önceleri hukukî hayatta peşin muamelât, peşin akitler cari idi. Ancak tarihen sabit devirlerde kredi muamelâtı vücut bulmuştur. Kredi üzerine müesses akitler, sosyal ahlâkın aslî unsurlarından biri olan vefa ve sadakatin hukukî bir mefhum haline gelmesiyle aktüalite kesbetmişlerdir. Bu mevzuda aslî temel mahiyetinde olan unsur yine nefse sadakattir, yani insanın bir kere takip ettiği yoldan ayrılmaması; insan şahsiyetinin şerefine zâmini ve kâfili olarak insanın kendi ahlâkî nefsiyle mütabakat halinde olmasıdır. Bu keyfiyet de başkalarının şahsiyetine hürmeti bizzarur tevlit eder. Sadakatin en aslî nüvesi ve en derin mânası da işte bu noktadır. Bu, amelî sahada «*nefsi mürakabe*» şeklinde tezahür eder. Nefsi kontrol, aşırı enstenktif hareketleri daha nüve halinde iken boğar. Nefsi mürakabe mevzuunda kendini sistemli şekilde terbiye etmiş bir millet, hukukî hayatında dahi bir çok serbestilerden istifade eder, çok daha serbest bir hayat disiplini içinde yaşayabilir. Çünkü böyle bir millet, zabtü raptı kendi ruhunda taşır. Yani iç âlemi mazbuttur, fertleri manen disiplinlidir, nefislerini murakabe edebilecek seviye ve kabiliyettedirler. Meselâ Roma tarihi ve Anglo-Saksonlar bu keyfiyete güzel bir misal teşkil ederler (*Mukayese ediniz ve daha fazla izahat için bakınız: H. Mitteis, Sh. 100-104*).

d) *Hukuk prensipi olarak konsekans nedir?*

1) Profesör «*H. Mitteis*» in eserinin, diyebiliriz ki, en mühim bahsi konsekans meselesinin izahına tahsis edilmiş olan kısımdır. Bilhassa hukuk felsefesiyle hukuk tarihinin yekdiğerine nispetini ve yekdiğerini tamamladığı cihetini teşrih ve izah sadedinde konsekans prensipi bir hususiyet arz etmektedir.

Gerek fertlerin, gerek sosyal grupların kendi kendilerini bağlayıp tahdit etmeleri, insan ruhunun kontrolü kaabil olmayan derinliklerinden kopup yükselen affecte'lere karşı tahaffuzî tedbirler hukuk tarihindeki tekâmülün en müessir motiflerinden biridir. Bu noktadan hareket edilerek ve evvelâ istikraî metodla zaman üstü muteber ve intikadî tahlile mukavemet eden en yüksek bir hukuk prensipi istihsaline çalışılabilir. Böyle bir prensip vaz'ına muvaffakiyet elverdiği takdirde hukuk tarihinin beşer hayatı ve hâli hazır için haiz olduğu kıymet ve ehemmiyetin yeni bir delili tespit edilmiş olur. Gerçi bizzat tarihten «*bilâvasıta bir norm bilgisi*» (normlar hakkında doğrudan doğruya bir bilgi) istihsali hiç bir

suretle mümkün değildir. Gerek bu mevzuda, gerek bütün diğer hallerde (*olan*) dan⁷ (*olması lâzım gelen*) in istidlâli metodik bakımdan caiz değildir. Fakat tarih bir düsturun devirler boyunca vacibürriaye olarak mer'i bulunduğunu bedihî kılar ve böylece tarih, «*bilâvasıta zarurî bedihî*

7) Yalnız burada (*olan*) tâbiriyle dar mânada tabiat, tabiat kanunlarının hâkim olduğu varlık âlemi veyahut illiyet prensipine tâbi fenomenâl âlem, illi hâdiseler âlemi kastedilmektedir. Fakat tabiat kanunlarının hâkim olduğu varlık âlemi ile hukukî ahlâkî vücup âleminin «*mutlak varlık âlemi*» ile kuşatılmış olduğu düşünülecek olursa, o vakit (*varlık*) başka bir mânayı da tazammun eder. Bu mânada varlık bir mahiyeti hakikiyeyi ifade eder. Bu, «*esasî mutlak*» tır; hür, mutlak, namütenahi ruhtur. İşte bu mânadaki varlık, «*olması lâzım gelen*» in de kaynağıdır. Bütün mahdut, fâni, ferdi, müşahhas ve hususî şeylerin mekin ve tâbi olduğu ebedî ve küllî kanunların ana zeminidir. İnsanın ne yapması ne şekilde hareket etmesi lâzım geldiği ciheti, işte bu kanunların bilinmesi ile taayyün eder. İnsan, olması,, yapılması lâzım geleni gösteren düsturları bu mânadaki varlıkta aramakla mükelleftir. Çünkü insan da bu mutlak varlığa bağlı bir şahsiyettir.

Bu düşüncenin esasını felsefi realizmde aramak icap eder. Felsefi realizmin varlık ve varlığın en yüksek prensiplerinin küllî mer'iyeti hakkındaki görüşü ilk çağa kadar uzanır. Bu realizmin, daha doğrusu nominalizmin zıddı olan bu realizmin mübessirlerine ve nazariyecilerine, garp kültür çevresinde intikadî tefekkürün uyanmağa başladığı sıralarda rast gelmek mümkündür. Bu mevzuda «*Solon*» un şu sözleri şayanı dikkattir: «*Bilginin o gizli ölçüsünü idrâk etmek! İşte, en güç şey budur; fakat kat'iyet ifade eden her mânanın temeli de bu ölçüdedir.*» Çiy iktidara fazla kıymet vermeyen, sadece adaleti arayan bu hakim devlet adamının şu sözlerinden, kendisinin varlıkta küllî mer'iyeti haiz bir kanûniyetin meknûz olduğunu sezdiği anlaşılıyor. Bu kanuniyeti idrâk etmek lâzımdır. Eğer insan adalet dairesinde ve insanca yaşamak istiyorsa, bu kanuniyeti idrâk etmeği şiar edinmelidir. *Solon*, o gizli ölçünün siyasetin de, «*polis*» teki hayatın da temelini teşkil ettiğini, ihlâl edildiği takdirde neticesinin vahim, hürmet ve riayet edildiği takdirde de neticesinin hayırlı olacağını müdrük bulunmaktadır. — Bundan başka «*Thales*» varlığın menşei ve nizamı mes'elelerini ortaya atmış ve bu meseleyi, mitolojik imajların ve efsanelerin yardımı ile izaha çalışanlardan farklı olarak, rational bilgi kuvveti ile halle çalışmıştır. Bu devirden beri de *Arché* ve *Kosmos* Yunan ve Avrupa felsefesinde çok rağbet edilen tâbirler haline gelmiş bulunuyorlardı. *Thales*'in muakkipleri *Anaximandros* ve *Anaximenes* bütün varlığın kanunî bir nizama dayandığı görüşünü temsil etmişlerdir. *Heraklitos* ise, *Logos*'u, ebedî, ilâhî kevnî kanunu bütün vuzuhu ile belirtmiştir. Meselâ, kendisinin şu düşünceleri şayanı dikkattir: «*Görünmeyen ahenk, görünen ahenkten daha kuvvetlidir.*» «*Tekmil beşerî kanunlar, d bir tek ilâhî olan şeyden gıdalanırlar. Bu ilâhî olan şeyin iradesi her şeye hâkimdir. O yalnız başına her şeye yeter ve her şeyden daha kuvvetlidir.*» «*Basiret ve idrâk en yüksek fazilettir ve daima hakikate uygun konuşmak, doğruyu söylemek, tabiatın kanunlarını dinleyip ona göre hareket etmek hakimane bir davranıştır*» (yani hikmet denilen şey budur). Bu kaziyelerde, varlıkta ebedî ve küllî bir prensipin muteber olduğunun ilmi idrâki tezahür etmektedir. Tekmil hususî müşahhas olan şeylerin kökü varlıktaki bu küllî ve ebedî prensiptedir. Aynı zamanda teknil vücubî olan şeyler (olması lâzım gelen) dahi bu prensipten çıkar.

bir keyfiyet» in idrâki yoluyla bir norm hakkında kabli bilgiye (kabli bir norm bilgisine) isal eder. Bu karakteri haiz bir düstur olarak «*konsekan hareket vecibesi*», «*konsekans emperatifi*» ehemmiyet arz etmektedir.

Bütün medenî heyeti içtimaiyelerin hukuklarında her ferde hitap eden şu emperatife rast gelinir: — Konsekan hareket etmek, bir kere takip edilen istikametten ayrılmamak, kendi hattı hareketini bağlayıcı bir norm gibi takip etmek! — Bu emperatifi hukukun bütün sahalarında takip etmek mümkündür. Bu konsekans prensipi hüsnü niyet ve karşılıklı itimat prensipi ile gayet sıkı münasebettardır. (*Daha fazla izahat için bakınız: H. Mitteis, Sh. 105 - 107*). Bu prensipin kısa bir formül halinde ifadesi icap ederse, şöyle denilebilir: (A) diyen, (B) de demeğe mecburdur. Veyahut (*Goethe*) nin bir sözü burada tekrarlanabilir: «*Im ersten sind wir frei, im zweiten sind wir Knechte*»⁸. Yani insan bir şeye serbestçe karar vermek veya vermemek imkânına sahiptir. Fakat bir kere karar verildi mi, artık verilen karara sadık kalmak lâzımdır. Bu, hem konsekans prensipinin, hem de karşılıklı itimat prensipinin bir ifadesidir. Bu keyfiyet, Anglo-Amerikan hukukunda çok mütebariz ve münkeşif bulunmaktadır.

Bu prensipe sadece fertler değil, cemiyet de riayet etmekle mükelleftir. Vazı kanun dahi bir kere vaz'edilmiş olan kanun ve nizamları, ancak konsekan şekilde takip olunan bir istikamet teessüs edecek şekilde inkişaf ettirebilir. Yani kanunların tekâmülü konsekan şekilde takip edilen bir istikamete göre kuvveden fiile çıkmalıdır. «*Tevziû adalet*» dahi sağlam, konsekan ölçülere dayanmalıdır. Kazaî sahada da aynı prensip caridir. *Kanun ve mahkeme kararı*, denilebilir ki, *hukuk mefhumunun âdeta tahakkuk muameleleri* veya safhalarıdır; aynı zamanda *adalet idesinin, kazâyâ fasılasız tahmil ettiği ebedî bir vazifenin yerine getirilmesi teşebbüsünü* tazammun ederler. Lâkin bu keyfiyetin tahakkukunu mümkün kılan şart *kanun ve mahkeme kararının* menfaatlerin egoistçe himayesi denilen tek taraflı bir noktai nazardan hareket etmesi değildir. Bil'akis kanun ve mahkeme kararının, kaabili tasavvur bütün âmilleri ve saikleri intikadî şekilde kontrol, dialektik şekilde telif ve gaî zaviyeden takdir etmesiyle, bu vazife gerçekleşir. Yani kanun ve mahkeme kararı adalet idesinin tahmil ettiği bu vazifeyi yerine getirmiş olabilmek için mezkûr âmil ve saikleri, yukarda belirtildiği şekilde ihtiva etmesi lâzımdır. Bu bize gösteriyor ki, konsekans prensipinde adalet mefhumunun gayet müşahhas bir vasfı tezahür etmektedir: — Bir meselenin dört başı mamur bitarafane tetkiki ve bir karara bağlanması, ki bu her devirde

8) Bu ibarenin ihtiva ettiği fikir şöyle ifade edilebilir: İlk adımda hürüz, ikincisinde köleyiz. Bu ifade tarzı, aynı zamanda ibarenin lûgavî tercümesi de sayılır.

hukukçunun hakikî san'atı addedilmiştir. Ancak bu zemin üzerinde: bir şeyin bitaraf ölçü ile ölçülmesi, hukukî nimetlerin «*suum cuique*» düsturuna göre tertip ve tevzii mümkün olabilir, yani ancak bu suretle herkes uygun hisseye, müstahak olduğu hisseye (*suum*) nail olur. Burada herkese müsavi hisse (*idem*) mevzuu bahs değildir. (*Mukayese ediniz: H. Mitteis, Sh. 107 - 109*).

2) Yukardaki izahatın bir devamı olmak üzere, şimdi konsekan prensipinin hukuk mefhumu ve hukuk idesi tefrikinde oynadığı rolü tebarüz ettirelim: mevzuu bahs prensip ferdî hayata da hâkimdir. Ancak daima başkalarını da düşünen ve onlara uygun (mütenasip) ve bitarafane ölçüyü tanıyan kimse âdil hareket etmiş sayılır. Bu keyfiyet bütün «*akit hukuku*» nun, kredi namı altında toplanan tekml şeylerin, her türlü hukukî muamelâtın, hattâ dahası da var, umumiyetle bütün *camia* hayatının temelini teşkileder. Konsekan hareket, başkalarının da aynı şekilde hareket edeceklerine dair bir itimat husule getirir. Ancak *camia* içinde: hakikî adalet, bundan başka her ferdin kendi şahsiyet kıymetine göre bir muamele ve mertebeye lâyük olması, derecelenmesi mümkündür. Mücerret cemiyet, ferdin infiradını ve bu suretle mekanik bir eşitliği intaç eder. Konsekan ve adalet kollektif sùjelerin hayatında, yani devletlerin ve milletlerin hayatında fonksiyonal ehemmiyeti haizdir. Milletlerin hayatında ve beynelmilel hayatta adalet, başkalarının, yabancılardan başarılarını ve vücude getirdikleri kültür kıymetlerini tanımağı, tasdik etmeğı tazammun eder. Hiç bir millet sırf kendisi için «*sacro egoismo*» yu, yani mukaddes hudgâmlığı talep edemez. Ölçsüzlük, haddini tecavüz edip başkalarının haklarını çiğnemek, aşırılık ve emsali mahv-ü harabiye isâl eden bir yoldur. Böylece fiil ve hareketlerde konsekan, aynı zamanda devletler hukukunun temeli olarak tezahür etmekte ve bu suretle bu hukukun, üzerinde çok münakaşa edilmiş olan, bağlılığı keyfiyetinin fikren sağlanması imkânını vermektedir.

Hukukta konsekan prensipi endüktif şekilde geliştirilebildiği gibi mefhumî bakımdan da esbabı mucibesi izah edilebilir. Bu prensip muhtelif merhalelerin teselsülü halinde gerçekleşir. Konsekanın daima tarihî bir münasebeti tazammun ettiği, bilâvasıta idrâk edilen bir bedahet gibi görünmektedir. Konsekan, mütekaddim bir fiil ve hareketin diğerlerine tekaddüm etmiş olmasını, böylece bir hareket mebdet teessüs etmiş bulunmasını şart koşar. Şunu da ilâve edelim ki, bu mebdeden hareket edilerek konsekan bir yol takibi zaruridir. Bu hâliyle konsekan, evvel emirde tarihî, müşahhas, ampirik hukuk denilen kademedede kendine uygun ve lâyük mevkii bulmuş gibi görünmektedir. Fakat trans-ampirik hukuk

denilen daha yüksek kademedede de bu prensipin cari olduğu muhakkaktır. Bu keyfiyet bizi hukuk mefhumu ve hukuk idesi tefrikine götürür.

Gerçi hukuk mefhumu ampirik âlem sahasındadır. Fakat öyle olmakla beraber yine de ampirik - endüktif metodla kabili istidlâl değildir. O, transsandantal bir mefhumdur. Her türlü hukukî bilginin (hukuk hakkında her türlü bilginin) «*a priori*» sidir. Hukuk mefhumu, hukukî sahayı sosyal hayatın diğer sahalarına, bilhassa örfe karşı sınırlandırır; hukuk deyince herhangi bir beşerî camianın devam ve bekasına müteallik, yani hayatî hedeflerinin bir nizamı hatıra gelir⁹. Hukuk öyle bir normlar sistemidir ki, onlara riayet halinde beşerî ve medenî camia teessüs eder ve bu sistem böyle bir camianın manevî mevcudiyetini mümkün kılan şartların asgarîsidir. Hukuk tasdik ve tatbik edilmek iddia ve gayesindedir. Hukukun bu fonksiyonu bu keyfiyette mündemiçtir. Diğer taraftan emniyet, her nizamın mahiyetine dahil bir unsur olduğuna göre, hukuk nizamının mahiyetine de hukukî emniyet unsuru dahil bulunmaktadır. Görülüyor ki, burada da *devamlılık ve istikrar, konsekans, meknî (immanent) mantık* mevzubahstir. Her nizamın uygun, matluba muvafık, vahdetli (dört başı mamur) ve tenakuzlardan âzade olması zaruridir. Bu mevzu etrafında olmak üzere şu noktaya da dikkat etmek lâzımdır: Her şey, ilk hareket mebdelerine veyahut nihaî düşünce ve tasavvurlara göre taayyün eder. Müşahhas, ampirik, müsbet hukuk dahi noktai hareketini bu kabil düşünce ve tasavvurlara müsteniden ayarlar. Hukukun hareket noktasını teknil ahlâkî - kültürel temel yapının çerçevesi tayin eder. Bundan başka insanın mahiyeti ve kâinattaki yeri hakkındaki nihaî düşünce ve telâkkiler, iktisadî - etik bünyenin heyeti umumiyesi, camia içinde insan şahsiyetine verilen kıymet bu hususta büyük rol oynar (*Mukâyese ediniz: H. Mitteis, Sh. 109 - 111*).

Tekmil beşerî kültür tarihî bir tekâmülün neticesidir. Ancak şu ciheti de ilâve etmek icabeder ki, kültür seviyesinin (bilhassa iç kültür seviyesinin) yükselmesiyle insan normativiteyi, objektif kıymetleri, manevî hakikatleri idrâk eder. Yani objektif, manevî kıymet ve hakikatler kültürel tekâmülün bir neticesi değildir, bilâkis kültürel tekâmül neticesinde bu kıymet ve hakikatlerin idrâki mümkün olabilir. Yalnız tarihî - müşahhas bir hakikat olarak beşerî kültür tarihî bir tekâmülün neticesi şeklinde tezahür eder. Bunun gibi *ampirik - müşahhas hukuk da* tarihin seyri içinde arzettiği tekâmül safhalarına müsteniden anlaşılır. Bu hukukun esas karakteri tarihî istikrar ve devamlılığında, temsil ettiği prensiplerin rasanet ve salâbetinde mündemiçtir. *Profesör Dr. Mitteis*, bu cümleden

9) Bu hayatî hedefler (*sacro egoismo*) zaviyesinden mütalâa edilmemelidir.

olarak bu istikrar ve rasanetin hukukî emniyeti, içtimaî müşterek hayatın nizamını sağladığını ve bu zaviyeden geçici mânada da olsa hukukî emniyete dahi adaletin bir unsuru nazariyle bakılabileceğini belirtmekte, fakat burada mevzubahs adaletin bir takım şartlara tâbi, yani izafî olduğunu da ilâve etmektedir. Tarihin seyri içinde gelişen hukuk mefhumu çerçevesinde adaletin tazammun ettiği şu mâna şayanı dikkattir. Adalet, mevcut kültür normlarının gösterdiği yolda devamlı ve hiç şaşmadan yürümektir; bu normlara müstemirren ittiba etmektir. Bu mânada âdilâne hareket, tarihî bakımdan doğru harekettir; tarihî bakımdan doğru hareket ise konsekan hareketten başka bir şey değildir. Doğru hareket, konsekan hareket, âdil hareket gibi şeylerin gıdalandığı prensiplerin kökü ise manevî bir dimensionda aranmak icabeder. Her ne kadar «tarihî bakımdan doğru hareket» sözünde bir izafilik kokusu sezildiği iddia edilebilirse de, bu yine de varit değildir. Çünkü tarihin seyri içinde adaletin tezahür ettiği kültür normlarının sadece muhtelif şartlara göre oluş ve göçüşünü takip ve tesbit etmekle maksadın hâsıl olmayacağı, bilâkis tarihin akışında kültür normlarının ve betahsis hukuk normlarının mutlak ve sâbit ölçülerini, mekân ve zaman buudunda bir çok fanî ve izafî unsurlarla bir arada tezahür eden adaletin *idesini* de aramanın icabedeceği aşikârdır. Binaenaleyh, kanaatimizce, yukarıda mezkûr «*tarihî bakımdan doğru hareket*» sözünün bu şekilde anlaşılması lâzımdır. Nihayet, mevzuumuz etrafında olmak üzere, denilebilir ki, mütenakız hareket en yüksek bir hukuk prensipinin ihlâli ve bu suretle en şümüllü şekilde «gayri âdil» mânasını tazammun eder. Tarihî kontinüüteye herkesin itimat etmeye hakkı vardır ve bu haklı itimadı sarsacak, sukutu hayale uğratacak her hareket bir haksızlıktır, normativitenin bir ihlâlidir. Bu düşüncelerden müsbet hukuk için çıkarılabilecek neticeler şunlar olabilir: Müsbet hukuk, tabiî istikametine sadık bir seyir takip etmekte midir, yani kendine hâs fonksiyonu icra etmekte midir, kendi mefhumu muvacehesinde konsekan bir yol takip ederek bu mefhumun tazammun ettiği mânayı gerçekleştirmekte midir? Müsbet hukukun tenkidini istihdaf eden bu suallerin tazammun ettiği mâna, yani burada mevzubahs olan tenkit iki türlüdür. Bunlardan birincisi immanent (meknî) tenkit, diğeri de hukuk mefhumunu aşan *transcendent* (müteâl) tenkittir. Müsbet hukukun immanent tenkidi, ilk önce yine müsbet hukuka müsteniden yapılabilir. Yani evvelâ mezkûr hukuku vücuda getiren kaziyelerin derunî insicam ve irtibatı kontrol edilir. Eğer herhangi bir müsbet hukuk maksada uygun ve iç yapısı mantıkî değilse, sağlam ve emîn bir nizamı sağlamıyorsa, ihtiva ettiği normlar kendi aralarında mütenakız olup yekdiğerine nisbetleri isabetli değilse, veyahut enkonsekan, uygunsuz ve ahenksiz ise, bu norm-

lara tek taraflı bir faide ve menfaat mülâhazası hâkim olup *camia* düşüncesine aykırı bir vaziyet tahaddüs etmişse, hukuk mefhumunun icapları yerine gelmemiş veya getirilmemiş demektir. Bundan başka müsbet hukuk, değerlendirilmesinde hareket mebdei olacak kültürel şartlara uygun değilse veyahut artık uymıyorsa, hukuk mefhumu yine gerçekleşmemiş sayılır. Bu takdirde müsbet hukuk, kendinde meknuz sosyal gayenin tahakkukuna, sırf mefhumî bakımdan bile, artık salih değildir. Hukukun iyi olması için insan ve camianın, daha doğrusu hür şahsiyet seviyesine yükselmiş *camia* mensubu insanlarla camianın dialektik zıddiyetleri içinde bir vahdet teşkil etmelerini mümkün kılacak bir zemini de temin eylemesi lâzımdır. Gerçi «*fiat iustitia pereat mundus*» düsturunun ihtiva ettiği transcendent mâna, aynı düstur «*fiat iustitia ne pereat mundus*» şekline ifrağ edilerek immanent bir karakter iktisap edebilir; fakat bu keyfiyet hukuk idesinin veya adalet idesinin haddi zatinde müteâl (transcendent) mânasına yine halel vermez. Birinci düsturun meâlini tercüme edersek «adalet yerini bulsun, isterse dünya yıkılsın» mânasına geldiği anlaşılır. Lâkin şurasını da derhal ilâve etmek icabeder ki, bu düsturla kastedilen şey, adaletin müteâl olduğu ve her türlü hudgâmlığın fevkinde, ampirik ve izafî gayelerin ötesinde bizatihî bir kıymeti tazammun ettiği cihetidir. Bu itibarla düsturun, «adalet muzaffer olsun ki dünya yıkılmasın» şeklinde değiştirilmesi ve âdeta immanent bir karakter iktisap etmesi, adaletin haddi zatinde müteâl karakterini yine de ihlâl etmez, belki sadece dünyevî realiteler, beşerî şartlar, hülâsa mekân - zaman bûdunda tezahür eden beşerî hayat müvacehesinde ve bu hayatın akışı dediğimiz tarihin seyri içinde, mahdut nisbette de olsa, adaletin mutlaka tahakkuk etmesi zarurî bulunduğu keyfiyetini gösterir. Hülâsa tarihî, müsbet hukukun parolası ve sevkedici prensipi ancak «adalet muzaffer olsun ki, dünya yıkılmasın» olabilir. «Adalet muzaffer olsun, isterse dünya yıkılsın» düsturu ise münhasıran adaletin mahiyeti hakikiyesini, adalet idesinin müteâl ve mutlak karakterini, ide olarak mutlak kıymetini tazammun ve ifade eder.

Yukarıda müsbet hukukun meknî (immanent), dünyevî, sırf mantıkî tenkidinin dayandığı esaslar izah edildi. Müsbet hukukun bu tenkidi, onun mefhumuna, tarihî, kültürel, zaman ve mekâna bağlı şartlarına istinat ediyordu. Fakat, işaret edildiği veçhile, hukuk mefhumunu aşan, hukukun nihaî gayeleri denilen rü'yet noktalarına müstenit bir tenkit daha vardır. Bu tenkidin gayesi, tekmil hukukun en yüksek ölçüsü olan hukuk idesine ulaşmaktır. *Hukuk idesi*, *adalet idesi* hukukun nihaî ve hakikî mahiyetinin bir ifadesidir. Hukuk idesi müsbet hukukun ampirik ve izafî gaye-

lerinin fevkinde olduğuna göre, münhasıran hukukun mânası, nihai kıymeti ve hedefi ile ilgilidir.

Profesör Heinrich Mitteis, yukarda ayrı ayrı mânalandırdığımız kaziyeler karşısında başka bir daşranışa sahip bulunuyor. Kendisine göre «*fiat iustitia pereat mundus*» düsturu müsbet hukukun sevkedici rehberi olmamalıdır. Ancak bu düsturun ufak bir tadille değiştirilmiş şekli, yani «*fiat iustitia ne pereat mundus*» prensipi müsbet hukukun nâzım düşüncesi olmalıdır. Biz, bu her iki düstur karşısındaki davranışımızı yukarıda bertafsil belirtmiştik. Şimdi müellifin hukuk mefhumu ve hukuk idesi, müsbet hukuk ve tabii hukuk arasındaki münasebetleri nasıl izaha çalıştığını gözden geçireceğiz. Peşin olarak şunu söyleyelim ki, mumaileyh burada da nikbin bir noktai nazar temsil ediyor. Şöyle ki: — Tekmil hukukun istihdaf ettiği nihai kıymet, «*camia mensubu insan şahsiyeti*», «*camia içinde şahsiyet*» idesidir. Diğer tâbirle hukukun yöneldiği nihai hedef ve kıymet *insandır*; fakat burada kastedilen şey *cismanî insan*, tabiatın hasselerimizle idrâk ettiğimiz bir parçası olan münferit varlık değil, bilâkis *şahıs* olan, *şahsiyet* olan insandır. Bu mânadaki insan *camia*-nın aktüel bir uzvudur, içtimaî bir mahlûktur. Şahsiyetin nüvesi karakterdir. Veyahut mahiyetinin sâbit ve hâkim unsurları şahsiyetin esasını teşkil eder. Buraya zatî fiil ve harekette yani her insanın zatî fiil ve hareketinde tecellî eden *âhenk*, *nefse vefa ve sadakat*, *konsekans*, *muvazene de dâhildir*. İşte insanın şerefi buradadır. Sadakat namı altında toplanan her şey, zihniyet ve kanaatlerde bir istikrara, aynı zamanda şahsın devam ve bekasına delâlet eder. Bu itibarla sadakat, haddi zatinde insanın kendi manevî nefesine sadakatidir. O halde sadakatsizlik namı altında toplanan her şey de manevî nefse sadakatsizliktir. Her kim bâriz ve münkeşif bir şahsiyetse, kıymet ölçülerini kesin ve açık olarak kendi içinde taşır ve bu ölçülere uygun hareket ederek kendi nefesine de sadakat göstermiş olur. Kendi şahsiyet kıymetini muhafaza edebilen bir kimse, diğerlerinden de aynı şeyi istemek hakkını haizdir: — Yani konsekan hareket, zatî şerefi muhafaza! Şahıs, mantikî - ahlâkî bir kategoriye tazammun eder. Bu itibarla doğru tefekkür sadece mantikî değil, fakat aynı zamanda ahlâkî (etik) bir postülâdır. Konsekan hareket ise hukukî bir vecibedir. Hukukî vecibe, şahsiyetin dışa in'ikâs eden ethosudur; yahut insan şahsiyetinin ahlâkî karakterinin dışa akseden bir parçasıdır. Hukukî vecibe zatî otonomiye, insanın kendi otonom şahsiyetine karşı hürmet etmeği tahmil eden bir vücuttur. Bu vücut aynı zamanda başkalarından mütekabil bir hareket beklemeği muhik kılar. Bu, insanın gerek kendi hareketi, gerek diğerlerinin hareketleri hakkında bir kıymet hükmünü tazammun eder. Tekmil hukukun esas prensipini şu postülâlarda bulmak

mümkündür: «*Handle so, dass die Menschheit in dir und ändern niemals blosses Mittel, sondern jederzeit zugleich Zweck sei*». (Kant). — *Sei eine Person und respektiere andere als Personen*». (Hegel). Kant'ın kategorik emperatifinin diğer bir ifade tarzı da hukukun esas prensipi olarak kabul edilebilir: «*Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne*». Fakat Kant'ın yukarda ilk zikrettiğimiz kategorik emperatifi ile Hegel'in düsturu, tabii hukuk kaziyeleri için de ehemmiyeti haizdir. Çünkü bu düsturlara dayanan hukuk, camia içinde insan şahsiyetine müteallik kıymetleri garanti eder. Bunlardan da tabii hukuk kaziyeleri sudur eder: Meselâ, *akitlere riayet edilmelidir. Kendin'e yapılmasını istemediğin bir şeyi, sen de başkalarına yapma! Müsavi şeylere müsavi, gayri müsavi şeylere gayri müsavi muamele edilmelidir. Birinin hürriyeti diğerinin hürriyeti ile kaabli telif olmalıdır*.

Hukukun vazifesi, hürriyetin gerçekleşmesine ve hürriyet şuurunun inkişafına hizmet etmektir. Hürriyetin ve hürriyet şuurunun temin ve inkişafına çalışmak, hukukun en yüksek hedefidir. Şunu da derhal ilâve edelim ki, hürriyet ve adalet, hayır ve insaniyet, hak ve hakikat birbirlerini tevlit ve itmam eden kıymetlerdir: Bunlardan birinin olmadığı yerde diğerlerinin mevcudiyeti mevzuu bahs değildir. Hürriyet serâzatlık değildir. Fâni - müşahhas insanların kendi başlarına buyruk olmaları mânasına gelmez. İnsan şahsiyetinin muhtar karakteri «*kendi başına keyfî bir buyrukluk*» demek değildir. Hürriyet ve muhtariyet, insan için en yüksek bir nizamdır; gerek insan, gerek insanların vücade getirdiği organizasyonlar için yine insanın mahiyetinin gerektirdiği en yüksek bir disiplindir. Hürriyet binefsihi nizam, binefsihi disiplindir. Hülâsa *fiil ve hareketlerde konsekans, başı boş ihtirasların aşılıp zapt-ürapt altına alınması, derunî nizam ve âhenk nihaî kıymetlerdir*. Nizamlı ve âhenkli ruh, âdil ruhtur. Ölçülü, ruhan nizamlı ve âhenkli insan, ebedî kıymetlere, ebediyete iştirâk kabiliyetini haizdir. Ancak bizzat ölçülü ve ahenkli olduğu takdirde insan her şeyin ölçüsüdür. Profesör Dr. Heinrich Mitteis'a göre «*konsekans*» düşüncesi, aynı zamanda camia hayatının temel prensipi ve adaletin aslî fenomenidir.

«*Konsekans*» in en yüksek derecesi hukuk şeklinde tezahür eder, Hukuk aynı zamanda bir zarurettir. Daha doğrusu zarurî olanın hürriyete müsteniden yapılması, zarurî olana hürriyet yolu ile varmadır; yani tabiatte cari kör illiyetin aşılmasıdır. Böylece bir hukuk prensipi olarak konsekans «*ummî - beşerî olan*» da mekindir; aynı zamanda bizzat hukuk nizamının ve bir hüküm ve emrin mantikî terkibi olarak her münferit hukukî kaziyenin mantikî bünyesine de uygundur. Bundan da tena-

kuzsuzluk tenakuzdan âzadelik prensipi sudur eder (*Bakınız: H. Mitteis, Sh. 111 - 116*).

Şimdi müellife göre hukuk mefhumu ile hukuk idesi üzerinde tahsisan duracağız ve müteakiben bu mevzudaki düşüncelerimizi belirteceğiz.

Gerçi hukuk mefhumu ile hukuk idesini birbirinden tefrik etmek lâzımdır. Fakat bunlar, aralarında herhangi bir bağ olmaksızın yan yana duran şeyler değildir; yani aralarında bir münasebet vardır. Hukuk mefhumu hukuk idesine göre ayarlanmıştır; veyahut hukuk idesine göre bir istikamet takip eder; istikameti hukuk idesine göre teayyün eder; hukuk idesinin gerçekleşmesini istihdaf eder. Hukuk mefhumunun hukuk idesiyle bir alâkası hukuk idesinde bir hisse ve iştiraki vardır. *Hukuk mefhumu, ampirik realiteyle hukuk idesi arasında bir köprüdür, bir hattı vasıldır.* Bu mânada ve bu nispette olmak üzere *hukuk idesi sadece regülâtif bir prensip değil, bilâkis aynı zamanda her nevi ampirik hukuk için de konstitütif bir prensiptir.* Kendi mefhumunun icaplarını yerine getirmeyen, bu icaplara uymayan ampirik hukuk ayıp ve noksanlarla malûl, doğru olmayan (hatalı) bir hukuktur. Eğer ampirik hukuk (müspet hukuk), hukuk idesine iştirak hususunda herhangi bir ceht-ü gayret sarf etmiyorsa, bu takdirde evleviyetle yanlıştır, noksandır. Ampirik hukuk hakikî bir sosyal nizam olmak iddia ve gayesiyle ortaya çıkabilir ve bu nizamın vatandaşlarca tanınması lâzımdır. Ve hattâ bazan da uzun müddet tanınır. Buna rağmen ampirik hukuk en yüksek şahsiyet kıymetlerinin korunmasını, insan şerefi karşısında hürmeti sağlamıyabilir, böyle bir garanti temin etmeyebilir. *Böyle bir vaziyette bu kabil bir ampirik hukuk, hukuk idesi karşısında tutunamaz ve hukukî emniyet düşüncesi de adalet prensipi karşısında ikinci plâna geçer. Her hukuk nizamının ilk gayesi hukukî emniyettir; fakat nihai gayesi de adalettir. Ve yahut kısaca, hukuk nizamının gayesi hukukî emniyet, hedefi de adalettir.*

Mevzuu bahs olan cihet, yukarda izah olunanların sırf nazari mülâhazalar sahasında kalması, bir müspet hukuk sisteminin sırf ilmî bakımdan tenkidi değildir, bilâkis «*doğru olmayan hukuka*» karşı hukuk idesinin fiilen tahakkuk etmesi ve bunun tarihen sâbit olmasıdır. Hukuk idesinin tahakkukunu mümkün kılan merci yine hukukî bir mercidir, daha yüksek kategoriden bir hukuktur. Bu hukuk, hukuk idesini her türlü müspet hukuktan daha pür (saf) şekilde tecessüm ve teşahhus ettirir. Bu merci tabii hukuktur. Demek ki, «*hukuk idesinin*» realitede tahakkukunu mümkün kılan merci, tarihte *tabii hukuk* şeklinde kespi hüviyet eder. Şimdi müspet hukuk ve tabii hukuk meselesine, daha doğrusu tabii hukukun müspet hukuka nispetine tahsisan temas edelim:

3) Müellif, hukuk mefhumu ile hukuk idesi arasındaki münasebeti muayyen şekilde tasavvur ediyordu. Müspet hukukla tabii hukuk arasındaki münasebeti de bu tasavvura müvazi şekilde kavrayıp izah etmeye çalışmaktadır: — Tabii hukukun tarihî şekilleriyle tabii hukuk idesini birbirinden ayırmak lâzımdır. Tabii hukukun tarihin seyri içinde arzettiği muhtelif tezahür şekilleri bazı devirlerde, meselâ 17 nci ve 18 inci asırlarda, haddi kusvasını bulmuştur. Fakat tabii hukuk idesi, hukuk idesi gibi, gayri zamanîdir. Tabii hukuk, müspet hukukun fevkındadır; onun aynasıdır, kontrolüne yarayan bir modeldir. Nihayet tabii hukuk müspet hukukun vicdanıdır, manevî şahsiyetidir. *Tabii hukuk müspet hukuku iki şekilde kontrol eder: bir kere müspet hukukun kendi (mefhumunun) icaplarını yerine getirip getirmediğine dikkat eder.* Bunlar, meselâ müspet hukukun vahdetli ve dört başı mamur olması, tenakuzlardan âzâde bulunması ve nihayet bütün beşerî kültürden (kültürün heyeti umumiyesinden) südür eden icaplara uygun olması gibi şeylerdir. Bu mânada olmak üzere tabii hukuk «*Stammler*» in bahsettiği «*mütehavvil muhtevah tabii hukuk*» a tetabuk etmektedir. *Mitteis*'a göre, burada değişen şey, haddi zatinde tabii hukukun muhtevası değil, bilâkis tabii hukuk tarafından kontrol edilen müspet hukuktur. Saniyen tabii hukukun ikinci bir fonksiyonu vardır. O da müspet hukukun hukuk idesini istihdaf edip etmediğini kontrol etmektir. Acaba müspet hukuk, hukuk idesine doğru bir istikamet takip ediyor mu, etmiyor mu? İşte bu cihetlerin kontrolü de tabii hukukun vazai fi cümlesindedir. Bu mânada olmak üzere tabii hukuka *vicdanî hukuk* denilebilir. Yine bu mânadaki tabii hukuk şüphesiz sâbit bir muhtevaya sahiptir. Tabii hukuk *camia* çerçevesi içinde insan şahsiyetinin hürriyetini korur ve konsekans prensipini terviç etmek suretiyle beşerî müşterek hayatı sağlar. Bu prensipte ise sosyal akıl mündemiçtir. Konsekans müzikal armoniğin olduğu gibi içtimaî ahengin de esasıdır. Daha evvelce görüldüğü veçhile şahsiyet, *camia* ve konsekans denilen esas mefhumlardan istidlâl edilmiş olan «*bilâ vasıta bedihî*» münferit kaziyelerde tabii hukukun — çoğu defa eksikliği hissedilen — muhtevası meknuzdur (*Bakınız: H. Mitteis, Sh. 116 - 118*).

Görülüyor ki, müspet hukukla tabii hukuk arasında bir çatışma, bir tedahül, tearuz mevzuu bahistir. Müellif, bu tearuza işaret ettikten sonra müspet hukuk nizamı ile tabii hukuk nizamı arasındaki bu tearuzun ortadan kalkmasını mümkün kılan çareler hakkında bazı düşünceler ileri sürüyor. Biz ancak bazı ihtirazî kayıtlarla bu düşüncelere iştirak edebileceğimizi söyleyebiliriz. Müellif, müspet hukuka *mer'i* hukuk nazariyle bakan, buna mukabil tabii hukuku *mer'i* addetmeyip onu sadece mahz ide, mahz vücup sahasında duran ve olsa olsa manevî bir kıymet olarak

«*muteber*» bulunan bir hukuk addeden görüşü kabul etmiyor. Kendisine göre mer'iyet ve muteberiyet arasındaki fark ve tezat o kadar sun'idir ki, üzerinde daha fazla durmağa bile değmez. Bu itibarla, müellife göre, şu düşünceleri ileri sürmek cesaretini gösterebilmeliyiz: — *Tabiî hukuk, asıl mer'i hukuktur.* Bu son kaziyenin tazammun ettiği düşünceye iştirak edebilmek için tabiî hukuka, *muteberiyet* yerine, atfolunan «*mer'iyet*» ile neyin kastedildiğini anlamak lâzımdır. Bu cihetin tavazzuh etmesi gayesiyle de yukardaki bazı izahları hatırlamak icap edecektir: — *H. Mitteis*, bir taraftan ampirik realite ile hukuk idesi arasına hukuk mefhumunu ikame etmekte, diğer taraftan müspet hukuk nizamı ile tabiî hukuk idesi arasındaki münasebeti de hususiyet arzeden bir şekilde tasavvur etmekteydi: Bir az evvel de tebarüz ettirilmiş olduğu veçhile, gerçi hukuk mefhumu ile hukuk idesi arasında farklar vardır; fakat bu keyfiyet, onların birbirine yabancı olduklarına, aralarında hiç bir münasebet bulunmadığına delâlet etmez. Hukuk mefhumu hukuk idesine müteveccih ve mütemayildir, hukuk idesi istikametinde bir mahrek çizer. Hukuk mefhumunun hukuk idesine bu tarzda yönelmiş olması, sadece normatif değil, aynı zamanda âdetâ illî bir zaruretle de vuku bulmaktadır. Bunu şu kat'î mânalı ibareden anlıyoruz: «... Der Rechtsbegriff ist selbst wieder nach der Rechtsidee hin ausgerichtet, er tendiert auf ihre Erfüllung (yani auf die Erfüllung der Rechtsidee) hin, hat an ihr teil im Sinne der platonischen Teilhabe (Methexis); er bildet das Bindeglied (metaxy) zwischen der empirischen Wirklichkeit und der Idee des Rechts. Insofern ist die Rechtsidee nicht nur regulatives Prinzip, sondern auch konstitutives Prinzip auch für jedes empirische Recht.» (*H. Mitteis, Sh. 116*). Bu son cümleden anlaşılıyor ki, hukuk idesi sadece nâzım bir prensip değil, bilâkis aynı zamanda (platonik mânada) tesis edici bir prensiptir ve bu keyfiyet her türlü ampirik hukuk için de varittir. Biz, hukuk idesinin her türlü ampirik hukuk için de sadece *tanzim edici* değil, bilâkis aynı zamanda *tesis edici* bir prensip olduğu düşüncesi karşısındaki davranışımızı sezahür ve tebarüz ettirmek zaruretini hissediyoruz. Düşüncelemizi belirtmeden önce şunu söyliyelim ki, bu davranışımız, «müellifin, yukarda zikrettiğimiz, düşüncelerinin tashihi değil, belki tenvir ve itmamı gerektiği kanaatine mütemayil bulunduğumuz» tarzında anlaşılmalıdır. Tenvir ve itmam edilmesini zarurî gördüğümüz noktalar öyle zannediyoruz ki, keskin hatlarla belirtilmemiştir. Halbuki, asıl bu cihetin *adamakıllı* tavazzuh etmesi icap ederdi¹⁰.

10) Müellifin yukarda münderic ibarede hukuk idesiyle hukuk mefhumu arasındaki münasebete, bundan başka ampirik realite ile hukuk idesi arasında hukuk:

«Hukuk idesi müspet hukuk için sadece tanzim edici değil, fakat aynı zamanda tesis edici bir prensiptir kaziyesi manevî bir hakikati ihtiva etmektedir. Lâkin bu hakikat ancak beşerî akıl ve radenin aktif müdahalesiyle gerçekleşebilen, aktüelleşen bir hakikattir. Bundan başka bu manevî hakikat, sadece kafalarımızda vücut bulan bir hayâl, bir tasavvur, bir düşünceden de ibaret değildir, bilâkis objektif - plâtonik idealizmin (felsefî realizmin) tazammun ettiği mânada olmak üzere manevî karakteri haiz aslî metafizik bir realitenin içinde aranması gereken bir şeydir. O, evvelâ beşerî akıl ve iradeye âdetâ kategorik bir emperatif gibi hitap eder. Saniyen beşerî akıl ve iradeden, aktif bir müdahale ile, mistik - metafizik menşeli bu hakikatin mekân - zaman bûdûnda gerçekleşmesi aktüelleşmesi yolunda ceht-ü gayret sarfetmesini, hamle göstermesini talep eder. Binaenaleyh felsefî realizmin kastettiği mânada bir hakikat olarak anlaşılması gereken hukuk idesinin şenileşmesi, beşerî akıl ve iradenin muayyen tabiat kanunlarına göre sırf psikolojik faaliyeti neticesi doğan bir şeyi değil, belki daha ziyade potansiyel mevcut olan ve fakat beşerî akıl ve iradeye objektif - manevî bir zaruretle tahmil edilmiş müteâl menşeli bir vazifenin yine iradî bir hareketle mekân - zaman kontinumunda, yani mahdut ve fâni âlemde aktüelleşmesini tazammun eder¹¹. İşte «beşerî akıl ve iradenin aktif müdahalesi ile aktüelleşen bir hakikat» sözünün bu şekilde anlaşılması icap etmektedir.

4) Hukuk mefhumunun ampirik realite ile hukuk idesi arasında bir köprü olduğu ve buna zamimeten yanlış, gayri âdil hukuka karşı hukuk idesinin tahakkuk ve zaferini mümkün kılan merci, yani tabiî hukuk ile müspet hukukun yekdiğeri muvacehesinde tabiî hukukun asıl hukuk olduğu ve müspet hukuku nakzettiği telâkkisinin yukarıda belirttiğimiz düşüncelerin ışığı altında mütalâa edilmesi lüzum ve zaruretine kaani bulunuyoruz. Tabiî hukuk ancak bu mânada mer'idir. Bu mânada mer'iyete pek âlâ, muteberiyet denilebilir. Bundan başka muteberiyet ve mer'iyet diye bir tefrikin yapılması hiç de sun'î değildir. Çünkü burada muteberiyet bir şeyin makbul ve makul oluşunu tazammun eder. Adalet, hukuk idesi ve hukuk idesinin tahakkukunu mümkün kılan merci olarak tabiî hukuk, yanlış, gayri âdil müspet hukuk muvacehesinde muteberdir demek, adalet, hukuk idesi, gayri âdil müspet hukuka nazaran makbul ve makuldür demektir. Mer'iyeti müspet hukuka, muteberiyeti hukuk idesine hasrû

mefhumunun fonksiyonuna dair düşünceleri esas itibariyle, doğrudur. Ancak, metinde de belirtilmiş olduğu gibi, itmam ve ikmal edilmesi lâzımdır, kanaatindeyiz.

11) Hukuk idesinin aynı zamanda tesis edici vasfı da haiz olduğu keyfiyetini, işte bu tarzda ve bu mânada bir aktüelleşmede aramak lâzımdır.

tahsis etmek her halde yerinde bir davranış olur. Ancak insanın vazifesi, muteber olan hukuk idesini müspet hukuk nizamında mer'i kılmaktır, yani şenileştirmektir. Her ne kadar müellif bu vazifeyi işaret etmekte ise de, yine de hukuk idesinin, tabii hukuk kanalı ile¹² ve (Hegel) in anladığı şekilde idenin gerçekleşmesi gibi, müspet hukukta şenileştirdiğini iddia etmektedir. Halbuki, kanaatimizce, normativitenin hâmilî olan insan, müteâl manevî kâinata bağlı ve bu itibarla kendi kendini aktüalize etmek kabiliyetini haiz bulunmakla, hukuk idesi (Hegel) in anladığı mânada değil, ancak (Kant) in anladığı mânada ferdî ve içtimaî hür şahsiyetlerin bu yoldaki hamleleriyle gerçekleşebilir ve gerçekleşmelidir (Mukayese ediniz: — Orhan Münir Çağıl, *Hukuk felsefesinde tabii hukuk*, «Ord. Prof. Dr. Tahir Taner'e Armağan, Sh. 255-256). İnsan, bu evsafı haiz olduğu için hür, mutlak, namütenahi ruhta mekin kendi mahiyetinin idesini ancak yine kendisi manevî - iradî bir hamle ile gerçekleştirebilir; daha doğrusu gerçekleştirmelidir. «Gerçekleştirmelidir» sözünden de anlaşılacağı veçhile, ampirik - müşahhas insanların ve insan topluluklarının iradeleri *insaniyet idesine, hukuk idesine* aykırı olabilir. Bu aykırılığın bertaraf edilmesi, beşerî iradenin veya iradelerin, meselâ, hayır ve insaniyet, hak ve hakikat, hürriyet ve adalet idelerine uygun bulunmasına mâni sebep ve âmillerin ortadan kalkmasına bağlıdır. Bunu ortadan kaldıracak olan, yine insanın kendisidir, daha doğrusu insan şahsiyetinin muhtar karakteridir. Bu muhtar karakterin ampirik iradeye hükmedebilmesi için insanların iç kültür seviyelerinin yükselmesi, iç âlemlerinin inkişaf etmesi, ruhlarının kötülüklerden temizlenmesi lâzımdır. Bunu da yapacak olan, yine ancak insandır. Ve bu, insan ruhunun kendi kendini şuurlu ve devamlı surette terbiye etmesiyle, bu terbiyenin nesillerden nesillere intikal ettirilmesiyle mümkündür.

Müellif, insanın böyle bir vazifeyi gerçekleştirmek mevkiinde olduğunu teslim ve ifade eden düşünceler ileri sürmekle beraber kendisinin yine de bu mevzuda bazı sui tefehümlere yol açabilecek bir ifade tarzını, hattâ kanaati de ihtiyar ettiğini zannediyoruz. Bu cümleden olarak gerek hukuk idesiyle hukuk mefhumunun, gerek tabii hukukla müsbet hukukun yekdiğerine nisbetini izah sadedinde (Hegel) felsefesinin ana düşüncesinin esas ittihaz edilmiş bulunması her halde pek isabetli olmasa gerektir. Çünkü bu felsefede hukuk mefhumunun hukuk idesinde, müsbet hukukun tabii hukukta ölçülüp değerlendirilmesini mümkün kılacak bir zemin

12) Gerçi hukuk idesi tabii hukuk kanalı ile şenileşir. Fakat Hegel felsefesi anlamında bir şenileşme, yani fail bir prensip gibi kendi kendine âdetâ tabii - illî bir zaruretle gerçekleşme mevzuu bahs olamaz. Hukuk idesinin nasıl gerçekleşebileceği keyfiyeti metinde izah edilmmiştir.

bulmak oldukça güçtür. (Hegel) in intikadî bir zemin üzerinde hukuk idesiyle hukuk mefhumunu yekdiğedinden tefrik ederek ideyi mefhumun bir ölçüsü haline getirdiği pek iddia edilemez. Filvaki müellif, Hegel'in meşhur bir formülünün (*— Was vernünftig ist, das ist wirklich, und was wirklich ist, das ist vernünftig*) yanlış anlaşıldığını ve bu yüzden bu formüle dayanılarak hukuk mefhumunda hukuk idesinin esasen mündemiç olduğunun, teşahhus ettiğinin ileri sürüldüğünü, halbuki bu kaziye ile hakikaten kastedilen şeyin intikadî veyahut deontolojik bir hukuk telâkkisine yol açtığını, çünkü (Hegel) in bu formülü vaz'etmekle münhasıran «*das der Vernunft Zugaengliche, mit ihr zu Erfassende*» yi hakikî şahsiyet olarak ileri sürmek istediğini, ve yine her ne kadar bizzat (Hegel) intikada az kıymet vermekte ise de, kendisinin hukuk felsefesinde intikadî veyahut deontolojik bir hukuk telâkkisinin başlangıç nüvelerinin yine de bulunduğunu iddia etmektedir. Lâkin bu tefsir tarzını kaydı ihtiyatla telâkki etmek gerektiği kanaatindeyiz. Zaten müellifin bu mevzudaki ifade tarzı dikkatle tetkik edilecek olursa, zoraki bir tefsire kaydığı, bunun da bilhassa cümlenin «her ne kadar ... ise de» şeklinde nihayetlenmesiyle vârit görülebileceği anlaşılmaktadır. (*Mukayese ediniz: H. Mitteis, Sh. 127.*) Gerçi eserin bundan evvelki bazı kısımlarında insana (ampirik insan değil, manevî insan), insanın manevî şahsiyetine de ön plânda yer verilmekte ise de, müteakip kısımlarda insan yine âdeta arka plânda kaybolmakta, buna mukabil tabiî hukuk kanaliyle hukuk idesinin illî zaruretle, âdeta tabiî bir kanuniyete müsteniden tabiî bir hâdise gibi muhtelif âmiller ve kanalların yardımıyla nasıl tahakkuk ettiği anlatılmak isteniyormuş gibi bir vaziyet, bir intiba hâsıl olmaktadır. Halbuki bilhassa fikrî âlemde insan şahsiyetinin de hâdiselerin oluşmasında, idelerin şekil ve hüviyet kesbetmesinde diğer âmillerle müştereken ve şuurlu olarak müessir olduğu muhakkak ve müsellemler bulunduğuna göre hukuk idesinin şenileşmesinin izahında bu cihetin de hassaten ve sarahaten ön plânda tebarüz ettirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Müellifin tetkik ettiğimiz düşünceleri etrafında olmak üzere, hukuk idesiyle hukuk mefhumunun, tabiî hukukla müsbet hukukun yekdiğerine nisbeti mevzuunda yine müellifce ileri sürülüp yukarıda tesbit etmiş olduğumuz «*tabiî hukukun aslî mer'iyeti haiz olduğu, muteberiyet ve mer'iyet arasında yapılan tefrikin sun'î bir karakter arzettiği*» tarzındaki düşünceleri tâkip eden mülâhazaları gözden geçirmek yerinde olur: Müsbet hukuk tabiî hukuk muvacehesinde sadece müştak, mutavassıt, muvakkat bir muteberiyeti (mer'iyeti) haizdir; tabiî hukuka karşı haizi tesir değildir. O sadece transformatördür, âdeta bir şebeke tesisatıdır. Demek ki, tabiî hukuk (*Hegel*) in idesi veya (*Geist*) i gibi müessir bir

illettir. Müsbet hukuk, sadece bu müessir illetin tahakkukuna yarayan bir vasıtaadır. Madem ki, müsbet hukuk münhasıran transformatördür, o halde tabii hukukun ve bu kanalla hukuk idesinin tahakkukunda insan şahsiyetinin bir gûna rolü olmamak icabeder. Tıpkı müsbet hukuk gibi insan da hukuk idesinin âdeta tabii bir zaruretle gerçekleşmesine vasıta olan bir âlettir veya cihazdır. Bu pasif durumun şayanı kabul olmadığını yukarıda izaha çalışmıştık. Bundan başka bu noktai nazarla (*Hegel*) in meşhur ve mezkûr formülüne verilmek istenen mânanın yekdiğerini nakzettiğini, yekdiğeriyle kabili telif olmadığını belirtmek icabeder. (*Mukayese ediniz: H. Mitteis, Sh. 119*).

5) Müsbet hukuk, ferdi bağlar, fakat tabii hukuk müsbet hukuku bağlar. Tabii hukukun icaplarına uymadığı tesbit edilince, müsbet hukuk çekilmeğe mecburdur. Müellif bunun nasıl mümkün olduğunu, şayanı dikkat, fakat yine ancak kaydı ihtiyatla karşılayabileceğimiz bir görüşle izaha çalışmaktadır. Şöyle ki. «Tabii hukukla müsbet hukuk arasındaki tezdad oldukça sık sık husule gelmektedir. Onun için bu hususta herhangi bir hayale kapılmamak icabeder. Çünkü hukuk (müsbet hukuk) insan yapısıdır. (Her halde ampirik insan kasedilmiş olacak) ve daima büyük veya küçük ölçüde kendi idesinden inhiraf etmek tehlikesine maruzdur. Fakat bu durumun aydınlanması da müşkilâtle karşılaşmaktadır. Bu hususta da hayale kapılmamak lâzımdır. Sosyal bir nizam olarak fonksiyonunu ifa ve mefhumunun icaplarını hiç olmazsa zahiren yerine getiren hukuka (müsbet hukuka), gayri sahih hukuk da olsa, çoğu defa yine de tahammül edilir. Hattâ dahası da var: Hukuk emniyeti namına bu kabil bir hukuk için bir karine de mevcuttur. Hiç olmazsa emniyetin icaplarını yerine getirdiği müddetçe, bu kabil bir hukuku tasdik ve tasvip etmemeleri hukuka tâbi olan vatandaşlardan öyle sellemehüsselâm istenemez. Böylece müsbet hukuk, denilebilir ki, «zilyetlik hâlinin» husule getirdiği karineye benzer bir durum arz etmektedir. Bu da, herhangi bir değişiklik hâsıl oluncaya kadar, yani şimdilik müsbet hukuka itimat edilebileceğini tazammun eder.» Görülüyor ki müellif, daha ziyade hususî hukuka müteallik mefhum ve müesseselerle müsbet hukukun arzettiği bir durum arasındaki müşabehetten bazı hüküm ve neticeler çıkarmaktadır. Bunun ne dereceye kadar doğru olabileceği ise cayi sualdir. Bu görüş, eserin müteakip kısmında, ve ezcümle hukukun bazı münferit müesseseleri işhat edilmek suretiyle, tenvire çalışılıyor Bu arada umumiyetle hukuk nizamı ile bu münferit hukukî müesseseler arasında, sosyal - hukukî karakterleri itibariyle, pek âlâ bir müvazilik tesis edilebileceği iddia olunmaktadır. Meselâ butlan ve bununla ilgili bâtıl hukukî muameleler! Evlilik huku-

kunda da buna rast geliyoruz. Evlenmenin hukukî bakımdan gayri sahih bulunması, daha doğrusu sıhatsızlığı, isabetsiz olarak, butlan tâbiriyle tavsif olunmaktadır. Halbuki haddi zatinde ortada ancak mahkeme kararıyla yok edilebilecek bir durum vardır. (Kanonik hukuktaki *matrimonium nullum gibi*). Binaenaleyh mahkemece butlanına karar verilinceye, yani bâtil evlenme mahkeme kararıyla bertaraf edilinceye kadar evlenmenin hükümleri tahassül eder. Ancak sıhatsız, bâtil durumun ortadan kalkması, meselâ, kâzip bir görünüşün ifnasını değil, bilâkis sadece o âna kadar mevcut olan, hukukan tanınmış bulunan sosyal bir hâlin bertaraf edilmesini tazammun eder. *Sosyal hukuk* ise, ancak son zamanlarda anlaşılmış olduğu veçhile, butlan mefhumunu *endividiüal hukuktan* farklı olarak kavramak mecburiyetindedir... (H. Mitteis, Sh. 119 - 120).

6) Tıpkı bunun gibi umumiyetle gayri sahih hukuk da sureti kat'i-yede yok farz edilemez. Böyle bir hukuku realite levhasından silemeyiz. Bu kabil bir hukuk ne de olsa yine sosyal bir vakıayı tesis etmektedir, bir tesir sahasını ve binnetice real bir mevcudiyeti de haizdir. Ve bu reâl mevcudiyet, sadece fiilî değil, hem de aynı zamanda hukukî karakterdedir. Fakat müsbet hukukun bu mevcudiyeti yüksek bir noktai nazardan, daha yüksek bir tarassut noktasından takbih edilmek icabeder. Bu itibarla ifnâ edilmeğe, ortadan kalkmağa mahkûm, sadece geçici mahiyettedir. Diğer taraftan bu ifnâ keyfiyeti ise bermutat makabline şâmil değildir, yani «olmuş»u «olmamış» haline getiremeyiz.

Bâtil evlenmenin yanında bir de «*matrimonium non existens*» vardır. Burada keenlemyekün yani hiç olmamış bir evlenme mevzuubahistir. Buna bir izdivacın kâzip görünüşü veya mâdum evlenme dahi denilebilir. (Yukarıdaki misâl bâtil evlenmeğe teallûk ediyordu.) Tıpkı bunun gibi mâdum veya adîm hukuk da vardır. Mâdum hukuk, bir hukuk nizamının kâzip görünüşü şeklinde tezahür eder. (Yani hukuk nizamı şekil ve hüviyetinde ortaya çıkan kâzip bir görünüş). Öyle bir varlık ki, bir hukuk nizamı suretinde tezahür etmekte ve fakat böyle bir nizamın mahiyeti ile bir gûna alâkası bulunmamaktadır. Böyle bir fenomen hukuk değil, mahza cebrü şiddet, mutlak bir keyfî harekettir. Burada hukuk idesi mevzuunda bir isabetsizlikten, bir hatadan bahsedilemez; bilâkis ortada hukuk idesinin peşin olarak inkâr edilmiş bulunması gibi, bir vaziyet vardır. Müellif diyor ki: (Şayet bir «çiy kuvvet nizamı», böylece bir hukuk nizamı kılığında tahakkuk etmek imkânını bulacak olursa, bu takdirde her fert «böyle bir nizama karşı elden geldiği kadar mukavemet edilmesi» kategorik emperatifinin muhatabı olur. Bu gibi ahvalde *körü körüne itaat, hukuka aykırı bir harekettir*. İsyân ve baş kaldırma (galeyan) bir vazife

ve hizmettir. *Hukuk suretindeki hukuka aykırılığa* körü körüne boyun eğmiş ve hattâ ona bilerek yataklık etmiş, onu desteklemiş olanlar, *hakikî hukukun* zaferinden sonra kendilerinden hesap sorulduğu zaman hiç de sızlanmamalıdır. (Mukayese ediniz: H. Mitteis, Sh. 121). Gerçi müellifin müdafaa ettiği bu isyan ve mukavemet hakkı bu şartlar altında hakikaten bir hizmet ve vazife hâline gelir, farzolur; fakat mukavemet hakkı medenî memleketlerde bugün artık fuzulî hale gelmiştir. Bilhassa iç kültür (felsefî kültür, fikrî ve ahlâkî kültür vesaire) seviyesi yüksek olan memleketlerin anayasalarında tabii hukuk prensipleri müsbet hükümlerde ifadesini bulmuştur. Diğer taraftan bu müsbet hükümlerin mezkûr medenî memleketlerde, yani Avrupa ve Anglo-Sakson demokrasilerinde sadece muayyen usuller ve organizasyonların değil, fakat aynı zamanda ve bilhassa medenî zihniyet ve seviye ve bunlara uygun şartlar ve imkânların teminatı altında bulunduğu da bir hakikattir. Ezcümle kuvvetler ayrılığı, çift meclis usulü, anayasa mahkemesi, anayasada tesbit edilmiş olan tabii hukuk prensiplerine aykırı kanunları mahkemelerin tetbik etmemeleri imkânı; bundan başka ölçülü (mutedil), had-dini bilir, binefsihi disiplinli, yani nefsinin murakabe ve zaptü rapt altına almağa muktedir, norm, (normatif) kıymet şuuru inkişaf ve bu suretle en geniş hürriyetlere liyakat kesbetmiş, hak ve hürriyet mefhumlarını ruhan benimsemiş ve böylece gerek başkalarının hak ve hürriyetlerine riayet gerek kendi hak ve hürriyetlerini müdafaa esasına dayanan bir aile terbiyesi almış, iç kültür seviyesi yüksek, hem nazar'î ve hem de fikrî-manevî mükteşebata ve medenî cesarete sahip, ahlâkî şuuru münkeşif, hülâsa normal yani medenî kafalardan, ruhlardan müteşekkil bir efkârı umumiye ve nihayet bittabî aynı seviyede, aynı evsaf ve şeraiti haiz bir matbuat vesaire misal olarak zikredilebilir ¹³.

Acaba müellif, mukavemet hakkını ne için bilhassa belirtiyor? Eserin diğer, tahsisen son kısımları tetkik edilirse bunu anlamak güç değildir. Dünya harpleri ,hassaten İkinci Dünya Harbi neticesinde Avrupa sadece iktisadî değil, aynı zamanda fikrî ve manevî büyük sarsıntılar geçirdi. İnsaniyet yıkılma, mahvolma tehlikelerine maruz kaldı. Şer ve habâset, zulüm, itisaf, adâletsizlik — muvakkat bir zaman için de olsa — organize edildi, âdeta teamül hâline gelir gibi oldu. Bu meyanda bazı memleketler bu kötülüklere sahne olmuştu. — Harp gibi anormal şartlar altında en kötü, en vahşî beşerî ihtirasların zincirden boşanacağı; hiç bir fren tanımıyacağı; vicdanı, akli ve ilmi hiçe sayacağı, böylece insan ruhunun iblisin eline düşeceği muhakkaktır. — Öyle zannediyoruz ki, müellif şer

13) Mukayese ediniz: Bu etüdün epilog kısmı.

ve habâsete, zulüm ve itisafa karşı hissettiği haklı infiali, eserinin bir çok yerlerinde belirtmekte, hukuk hüviyetine bürünmüş kötülükleri insanîyet idesinin ışığında takbih etmektedir. Yukarıda «medenî memleketlerde mukavemet hakkının bugün artık fuzulî hale gelmiş olduğunu «tebarüz ettirmiştik. Lâkin şunu da derhal ilâve edelim ki, medenî memleketlerin anayasalarında tasrih edilmiş olan tabiî haklar ve hürriyetler, bunların korunması ve selâmetle tecelli etmesi için ihdas edilmiş bulunan garantiler ve imkânlar, nihayet cemiyeti vücade getiren insanların ulaştıkları iç kültür seviyesi vesaire devamlı dikkat ve ihtimama, bakıma ihtiyaç gösteren şeylerdir. Çünkü bunlar statik değil, dinamik kıymetlerdir; beşerî âmâl yolu ile aktüalize olması gereken vazifelerdir. Nasıl ki, sıhhat, uğruna daima cehdedilmesi, dikkat ve ihtimam edilmesi gereken bir kıymetse, öylece insanîyet ve insanî kültür dahi fasılasız arkasından koşulması, sahip olunduğu andan itibaren yeniden fethü teshir için daimî gayret sarfedilmesi gereken manevî bir kıymettir, manevî bir sıhhattir. Bu sebeple medenî seviyesi yüksek memleketlerde bu yolda bir gevşeme ve ihmâl felâket engiz akibetler doğurur. Bu akibetler karşısında mukavemet hakkı, insanî bir vazife haline gelir. İşte ancak bu şartlar altında ve bu nishette olmak üzere, müellifin mukavemet hakkı etrafındaki düşüncelerine iştirak edebiliriz.

Şimdi yukarıdaki düşüncelerimizden mülhem olarak diyebiliriz ki, müellifin hususî hukuk ve âmme hukuku sahalarından getirdiği veya imâ ettiği misaller ve mefhumlar ile bilhassa hukuk idesi muvacehesinde gayri sahih (yani bâtil veya keenlemyekün) bir müsbet hukukun veya hukuk nizamının âkibeti arasında bir müşabehet ve muvazat aramağa, tesis etmeğe çalışması oldukça sun'î bir intiba husule getirmektedir. Çünkü meselâ hususî hukuk sahasında mevzubahs olan butlan ve sebepleri, hüküm ve neticeleri kanunda tayin ve tasrih edilmiştir, yani bunlar müsbet hükümler halinde mer'idir. Halbuki müellifin kasedettiği mânada bâtil bir müsbet hukuk nizamının tâbi olacağı muameleyi tayin eden ayrıca yazılı bir kanun yoktur ki, bu kabil bir butlana terettüp eden hüküm, netice veya müeyyideler tevellüt edebilsin veya tatbik olunabilsin! Ancak tabiî hukuk prensiplerine ve bu prensiplerde tezahür ve taşahhus eden hukuk idesine, adalet idesine aykırı kanunların vaz'ına veya vaz'olunan bu kabil kanunların tatbikine mâni olacak bir takım mercilerin, organların mevcudiyeti mevzubahs olabilir ki, bunların da esas teşkilât kanunlarıyla ihdas edilmiş olmaları icabeder. İşte bütün bunlar, bir taraftan hukuk idesi ve anayasalar; tabiî hukuk ve devlet; hukuk devleti ve demokrasi; diğer taraftan muhtelif mercilerin âdeta müteaddit şahsiyetler gibi muayyen bir tertip ve düzen üzere birbirlerini kontrol etmeleri

(meselâ teşriî kuvvetin icraî kuvveti, kazaî kuvvetin de bunların her ikisini murakabe etmesi) esasına dayanan kuvvetler ayrılığı, çift meclis usulü, anayasa mahkemeleri, nihayet anayasa vâzının vazifeleri, anayasa vaz'ederken tâbi olduğu veya olacağı tabiî hukuk prensipleri ve normları gibi her medenî veya medenî olmak iddiasında bulunan muhiti içtimaiyi yakından ilgilendiren pek şümüllü ve merkezî ehemmiyeti haiz bir «*kardinâl meseleler heyeti mecmuası*»dır. Bu hukukî garantilere, yukardaki izahlarımızda belirtilmiş olan, vicdanî ve kültürel garantileri de ilâve etmek lâzımdır. Esasen bu sonuncular (bilhassa yüksek bir insan telâkkisi, cemiyette insana ön plânda yer veren bir zihniyet ve emsali) olmaksızın birinciler amelî bir mâna ve kıymet ifade etmezler.

Görülüyor ki, tabiî hukuk ile müsbet hukuk arasındaki tezdad, bunların yekdiğeriyle tearuzu ve bu tearuzun izalesi çareleri ancak yukarda serdedilen mütalâalar çerçevesinde ele alınabilir.

7) Müellif, bundan maada tabiî hukuk nizamı ve müsbet hukuk nizamı düalizmini izah ederken, haklı olarak, tabiî hukukun müsbet hukuku nakzettiğini tebarüz ettiriyor. Bütün hukuk tarihi baştan başa her iki hukuk nizamı arasında cereyan etmiş olan daimî mücadelelerle doludur. Acaba tarihin seyri içinde tabiî hukuk, bu mücadele çerçevesinde, müsbet hukuk sahasına nasıl nüfuz etmiştir? Burada evvelâ muslihane nüfuz, saniyen ihtilâl yolu ile nüfuz mevzubahisdir.

a) Tabiî hukukun müsbet hukuka muslihane nüfuzu, bu sonuncusunu içten ve tedricen değiştirmesi tarzında vukubulur. Buna mer'î hukukun tekâmülü, reformu denir. Bu suretle tabiî hukuk, fasılasız ve ekseriya uzun süren bir vetire ile müsbet hukuka tahavvül eder. Bu tekâmülün manivelâları, kısmen jüridik dogmatikğin alelâde teknik malzeme ve teşhizatı meyanına dahildir. Meselâ kıyas (analoji) dediğimiz mantık ameliyesinde tabiî hukukun tesirleri kendini gösterebilir. Yalnız burada kıyasa münhasıran müşabehetlerin taharri ve tahkiki nazariyle değil, bilâkis *daha yüksek bir prensipe irca, pozitif hukukun münferit kaziyelerine mesnet olan*, ve çok sayıda hâdiseler hakkında mer'î kaidelerin istidlâl edilebileceği, *üstün bir aslî normun taharrisini nazariyle bakmak icabeder*. İşte bu ana norm, hukukî mefhumların teşkil ettiği ehramda bir kademe daha yukarıda, hukuk idesine giden yola daha yakın bulunmaktadır. Bu ana normun hukuk idesindeki hisse ve iştiraki münferit normlardan daha fazladır. Tabiî hukukun müsbet hukuka muslihane nüfuzu mevzuunda tefsirin, bundan başka bir meselenin kazuistik usul ile değil de, bilâkis bazı umumî esaslar (umumî klozlar) vaz'ı suretiyle bir hükme

bağlanması keyfiyetinin büyük hissesi vardır. Nihayet nasfet prensipini de zikretmek lâzımdır. Tabiî hukukun nasfet tarikiyle müsbet hukuk sahasına fasılasız «infiltration» u hukuk tarihinin fevkalâde mühim hâdiselerinden biridir. (*Mukayese ediniz: H. Mitteis, Sh. 121-124*). Müellifin tabiî hukukun kıyas, tefsir, nasfet vesaire suretiyle müsbet hukuka nüfuz etmesi mevzuunda söyledikleri, hukuk tarihinde daima vukubulan şeylerdir. Ancak bunun heyeti içtimaiyede selâmetle cereyan edebilmesi için, yukarıda bertafsil izaha çalıştığımız, şartların burada da mevcut olması lâzımdır.

b) Tabiî hukukun ihtilâl yolu ile müspet hukuka nüfuzu da hukuk tarihinin büyük hâdiselerinden biridir. Halk hukukunun, müspet hukukun devamlılığındaki istikrarın yerine «*hukukî nimetlerin değerlendirilmesinde bir tahavvül*» kaim olur. Bu gibi ahvalde (*konsekans*) prensipi görünüşte ağır bir darbeye maruz kalmış, fakat hakikatte işte asıl şimdi ne kadar mücerrep olduğunu ispat etmek imkânını da bulmuştur. Çünkü «*hukukî telâkkilerde esasen vaktiyle vuku bulmuş olan değişikliklere bir intibak*» mevzuu bahistir. Bu intibak da inkilâp, ihtilâl şeklinde tezahür etmektedir. Hukuk telâkkisinde vuku bulan değişiklik ise yeni bir kültür idealinin şekillenip hüviyetlenmesinden, her hakikî inkilâbın mümeyyiz vasfı olan yeni bir insan telâkkisinden doğar. Her inkilâp, her ihtilâl esasen meknuz olarak mevcut bir hukukun aktüelleşmesini ve dolayısıyla en yüksek derecede bir konsekansı tazammun eder. İhtilâlde tabiî hukuk kaynaşma, alevlenme, galeyana halindedir. Her ihtilâle zihniyetlerde bir tahavvül tekaddüm eder. Bundan da anlıyoruz ki, bu gibi inkilâplarda, ihtilâllerde *oluşmakta olan hukuk* ile *esasen mer'î hukuk* değil, bilâkis *esasen daha evvelden oluşmuş olan hakikî vicdanî hukuk* ile *ortadan kalkmağa namzet olan*, ve fakat sadece hâlen formel olarak mer'î bulunan *zahirî hukuk* karşı karşıya bulunmaktadır (*Mukayese ediniz: H. Mitteis, Sh. 124 - 125*).

8) Şunu ilâve edelimki, tabiî hukukun sadece vazı kanuna değil, aynı zamanda hâkime hitap eden kategorik bir enperatifi de vardır: — O da hâkimin, vereceği hükümlerde, kararlarda adalet idesinin tahakkukunu temin etmesidir. Hâkim, *adalet idesinin* bir icra organı olmalıdır. Aynı şey sosyal gruplar hakkında da vârittir. (*Mukayese ediniz: H. Mitteis, Sh. 125 - 126*). İşte bütün bu rüyet noktaları hukuk tarihine derin bir mâna bahşeyler. Hukuk tarihi işte asıl bu rü'yet noktaları sayesinde, hakikaten, bir hukukî tahavvül (hukukî telâkkilerde tahavvül), hürriyet

şuurunda (hürriyet şuurü hüviyetinde) bir hukukî tekâmül nazariyesi haline gelir¹⁴.

Hukuk tarihi istikrar ve tahavvül dialektiğinin idrâki yolunu açar (yani böyle bir dialektiğin mevcut olduğunu istidlâl etmemizi mümkün kılar). Bundan başka hukuk tarihinin hukuk mefhumu ve hukuk idesini, vücut ve vücup tezasını daima hareket mebdei ittihaz etmesi zaruretinde olduğunu da unutmamak lâzımdır. Hukuk tarihi aynı zamanda bu düalizmin aşılması, hukuk idesinin tahakkuku yolundaki cehti kendi mevzuu haline getirirse, yani bu cehti benimserse o vakit bu keyfiyetin karamsar veyahut izafî bir hayat telâkkisine zaruretle müntehi ve müncer olmayacağı da aşikârdır (*Mukayese ediniz: H. Mitteis, Sh. 126*).

Müellif haklı olarak, şu noktai nazarı da ileri sürüyor: Hukuk tarihi, «ampirik şekilde mer'î hukukun zamanın (her müşahhas devrin) nihaî kıymet ölçüsü olduğu» tarzındaki pozitivist telâkkiye iltihak edemez; mahz «vücubî pozitivizm» i takip ettiği takdirde münhasıran yaşama tarihi haline, Mahz «vücutî pozitivizm» e meylettiği takdirde de münhasıran tasvir edici istorik bir sosyoloji haline gelir. (*Mukayese ediniz: H. Mitteis, Sh. 126 - 127; 127 - 131*).

C

Epilog

1) Hukuk tarihi ide ve şeniyet, vücup ve vücut arasındaki düalizmi inkâr etmemelidir ve inkâr etmek gayesinde de değildir. Hukuk idesinin misyonundan ümidini kesen, bu misyona inanmayan bir pozitivism uzun müddet muzaffer olamaz ve uzun müddet muzaffer olmadığını da hukuk tarihi göstermektedir. Bil'akis tarihte hukuk idesinin çiy kuvvete karşı daimî bir mücadelesini, olması lâzım gelenin daimî bir şenileşmesini müşahede ediyoruz. Bu düalizm sadece epistemolojik bir ana prensip değildir, bil'akis bizce malûm bütün hukuk nizamlarına mesnet olan metafizik bir prensiptir. *Hukuk* sadece şe'nî âlemde tarihî tecrübenin teressübatı değildir, o daima normun, idenin hitabına itaat eder. Bu hitap maddî kâinatı aşan müteâl bir sferden gelir. Normun, idenin müteâl ve manevî kâinattan gelen bu hitabı, *insan ruhunun* mütealîyete açılan bir kapısı olan vicdanda, *insan ruhunun manevî kademesinde* «ferdî - ampirik insan ruhlarına» tevcih edilmiş kategorik bir emperatiftir. Norm ve ide ile insan ruhu, Tanrı ile insan birbirinin ezeli ve ebedî âşinasıdır. İde ve insan ruhu manevî bir aktivite, aktüalite ve prodüktiviteyi

14) Hegel'in tesiri.

tazammun ederler. Bunlar, bu aktiviteleri, aktüaliteleri ve prodüktivite-leri içinde gayrı kaabili tahrip bir vahdet halindedirler. Bu vahdet âdeta sübstansiyel mahiyettedir¹⁵.

Yukarda mevzuu bahsedilen ve bir esas pozisyonu tazammun eden düalizm inkâr olunamaz. Bunu inkâr eden, hukuk tarihindeki fevkalâde mühim ve muazzam hâdiseleri idrâk etmek imkânından da mahrum olur. Onun asıl muhtevasının ne olduğunu anlayamaz. Bu muhteva adaletin tahakkuku; çiy, zâlim kuvvete karşı, haksız müspet hukukun (hukuka aykırı müspet hukukun) tecebbür ve tahakkümüne karşı fikrin, insan ruhunun mücadelesi; hürriyet yolunda, insan şahsiyetinin otonomisi yolunda bir çehttir. Kısaca, hukuk tarihi hukuk idesinin tarihteki, zaman içindeki seyridir; mekân-zaman kontinuumunda resmettiği bir mahrektir. Bu mahrek namütenahi bir yoldur, ebedî bir vazifedir; daima tekerrür eden, dalgalar gibi yekdiğerini velyeden hamleler halinde tahakkuk eder.

Ancak şurasını unutmamak icap eder ki, yukardaki izahlarımızda bilhassa belirttiğimiz gibi, müellifin bir az müphem bıraktığı bir keyfiyet de çok mühimdir: şeniyet ve ide, müspet hukuk ve hukuk idesi, olan ve olması lâzım gelen düalizminin aşılması âdeta bir tabiat kanununun illî zarurete müstenit meriyeti gibi kendi kendine vuku bulan, yani illî zaruretle oluşan bir şey değildir. Gerçi şeniyet ve idenin dialektik zıddiyetleri içinde bir vahdete doğru gitmeleri mutlak varlıkta, mutlak ruhta birleşip kaynaşmalarını ve bu suretle bir sentez vücade getirmelerini tazammun eder; fakat bu sentezin husulünde insan şahsiyetinin ön plânda rol oynadığını da unutmamak lâzımdır. İnsan, sadece idenin tahakkukuna vasita olan bir âlet, bir cihaz, sadece idenin tahakkukunu temin eden pasif ve şuursuz bir organ değildir; bilâkis ide ile el ele verip müştereken yine idenin şenileşmesinde birinci derecede âmil olan, akıl ve irade ile mücehhez mes'ul bir mercidir; ide ile beraber yine idenin çiy kuvvete karşı zaferini temin eden aktif ve aktüel hür bir şahsiyettir. İde ve betahsis hukuk idesi tarihte kendi kendine aktüalize olmaz; bilâkis aktüalize olabilmesi için bir hâmile muhtaçtır. İdenin mekân - zaman sahasında bu hâmilî insandır. Bu hâmil, ideyi sadece taşıyan bir hammal değildir; bilâkis ide ile birlikte cehdeden insan ruhudur. — Zaman nedir? diye bir sual irad edildikte, buna şu şekilde bir cevap verilebilir: — Zaman, beden-

15) Onun içindir ki, *mahtut ve fâni insanın* yanında ve fevkında *gayrı fâni ve namütenahi insan* vardır. *Mahtut ve fâni insan*, eni boyu bir mezara sığan ve orada çürüyüp toprak olmağa mahkûm insandır. Halbuki *gayrı fâni ve namütenahi insan* kâinata sığmayan, onu aşan, transcendé eden *bir ruhtur*; çünkü o, her şeyi ihata eden namütenahi mahz iç âlemlerle, mutlak vücut ile, hakiki varlıkla, Tanrı ile fasılasız hâli temasta olan bir şeydir.

lerimizin ve ruhlarımızın (şuurlarımızın) mekânda, daha doğrusu kâinata çizdiği bir yol, bıraktığı bir izdir. Ruhlarımızın ve onların izlerinin yani zamanın arkasında manevî karakteri haiz aslî metafizik bir realite, bir ebedî zaman vardır. Mekân - zaman sahası ve aynı zamanda bu sahada cereyan eden ve fânî, mahdut, izafî diye tavsif edilen hayatımız, mezkûr metafizik realitenin yahut manevî kâinatın, bu kâinata bağlı ruhlarımızla birlikte, tezahür ve ihtizaz etmesinden başka bir şey değildir. «Mekân - zaman kontinum» u denilen kâinat hür, mutlak, namütenahi bir varlığın, bir ruhun sayısız ferdiyetler, daha doğrusu mikrokozmoslar ve makrokozmoslar halinde tezahürünü tazammun ve aynı zamanda muayyen buutları ihtiva eden bir şeydir. Veyahut beşerî hayat, fânî hayat dediğimiz şey, namütenahi bir (buutlar silsilesi) olan varlığın muayyen bir safhasıdır. Bu safhanın aktüalize olmasında, hattâ diğer safhalara ve buutlara intikalinde insanın aklî ve iradî, aktif ve aktüel bir rolü vardır.

İnsan, namütenahi ve mutlak varlığın, ideler âleminin aktif ve aktüel bir parçasıdır; varlığın hem aktörü, hem de müdekkiki ve müfessiridir; hayatın derin sırrından bir parçadır. İnsan âdeta varlığın esrarı içindedir ve varlığın esrarı da insanın içindedir. Gerçi insan, insanın ne olduğunu, nereden gelip nereye gittiğini müsbet şekilde bilmemektedir; fakat bunları *bilmediğini de bütün şümuliyle müdriktir*. Yalnız insan, felsefî spekülasyonla, mistik - metafizik hats ile *varlığın ve insanın*, münhasıran bir taraftan kâinata ve kâinatla ve diğer taraftan ampirik insanda ve ampirik insanla tükenmediğini sezmektedir, bunu iç âleminde idrâk etmektedir. Taşdığı ruhla Tanrı ve kâinat arasında sıkı bir münasebet bulunduğunu, bu ruhun Tanrı ve kâinata şu veya bu şekilde nisbet edilmesi icabettiğini, kendisinin, kökleri manevî müteâl bir nizamda aranması gereken bir takım manevî kıymetlerin hâmilî bulunduğunu, ruhunun ezeliyet ve ebediyetten, lâyetenahiyetten bir parça olduğunu da müdrik bulunmaktadır. Ne kadar mütenakız görünse de şu düşüncenin bir hakikati ihtiva ettiği kanaatindeyiz. — Lâyetenahiyetin *bir ucu* Tanrıda, *diğer ucu da* insan ruhudadır. Onun için insan ruhu ile Tanrı arasında namütenahi bir yakınlık vardır.

İnsanı, lâyetenahiyet âdeta yutar ve insan da kendisini yutan lâyetenahiyeti kavrar, kavramak zaruretindedir. Denilebilir ki *insan, lâyetenahiyetten lâyetenahiyete bir sesleniştir, bir hitaptır*. — Bu itibarla hayatta ve hayata karşı gerek ferd olarak, gerek sosyal bir grup olarak bütün âmalimizden, müesseselerimizden, bütün eserlerimizden, yani tarihte bıraktığımız bütün izlerden hem Tanrı'ya, hem de manevî nefsimize karşı mes'ulüz. — Yukarıdaki izahlarımızdan anlaşılacağı üzere tarih, ruhlarımızın, şuurlarımızın fiil ve hareketler, müesseseler, eserler halinde

kâinatta bıraktığı izlerdir; çizdiği mahreklerdir. Bu izler statik değil, dinamik mahiyettedir. İyi veya kötü karakterlerine göre mutlaka bir takım neticeler tevlit edeceklerdir. Tarih, dediğimiz gibi, idenin kendi kendine tahakkuk ettiği, ide ve şeniyet, hukuk idesi ve müsbet hukuk tezaadının kendi kendine aşılıp bu düalizmin yine kendi kendine isabetli ve mes'ut bir senteze vardığı bir saha değildir. Onun böyle bir saha haline gelebilmesi için mutlaka *insana*, yani kendini hayvaniyetten kurtarıp onun fevkine çıkabilmiş «insanî ruh» a ihtiyaç vardır. Hayvanî hürriyetten kurtulup insanî hürriyete kavuşanların teşkil ettiği topluluklar, işte ancak bunlar, müellifin hasretini çektiği, sentezi tahakkuk ettirebilirler.

Tarih, âdeta bir ibret aynası veya levhasıdır. Âmalimizin bir muhasebesidir, bir «cihan mahkemesidir». Bu ibret levhasını, yani tarihi ancak ruhunun gözleriyle görebilen ve tarihin konuştuğu dili ancak ruhunun kulaklarıyla işitebilen, onun âdeta kategorik emperatif gibi hitap ve ihtar eden sesine kulak vermesini bilen insanların sevk ve idare ettiği camialar, tarihte tabii hukuk ve müsbet hukuk tezaadını aşarak hukuk idesini muzaffer kılabilirler. Yoksa tarihteki tezaadlar telif edilmeksizin devam edip gider. Tezaadların, ihtilâfların, mücadelelerin, dâvaların yani tez ve anti-tezlerin asırlar boyunca devam edip gitmesi hâdisesi, âdeta tarihin insanlara sarıh ve kat'î bir ihtar ve ikazıdır. İnsanların kendi kusurları yüzünden tarih, kötülüklerin ve ıstırapların mütemadiyen tekerrür ettiği bir saha haline gelir. Bu tekerrür, bir «*âyinei âmâl*» gibi insanlar için mucibi intibah olmalıdır. Bu «*âyinei âmâl*» insana sadece «işte, sen busun!» demez, fakat aynı zamanda hayra ve hakikate erişebilmek için nasıl bir yol takip etmek, beşerî nefsi ve müesseseleri ıslah ve ilâ için ne yapmak lâzım geldiğini de gösterir. Tarihe sadece bir tekerrür nazariyle bakanlar, ondaki derin mânayı kavrayamıyanlardır. — Tarih ve tarihin içinde adalet idesi veciz ve belîğ bir dille konuşur¹⁶. Bu dil bir şifreye benzer. İşte

16) Bu dil aynı zamanda bizim zihniyetimizin, mazideki âmâl ve ef'alimizin dilidir. Zihniyetimiz, âmâl ve ef'alimiz hakkımızda en doğru, en objektif hüküm veren bir hâkimdir. Her insan ve her millet zihniyeti ile, âmâl ve ef'ali ile, eserleriyle kendi hakkındaki hükmünü de vermiş demektir.

İslâm an'anesine göre insanın sağında ve solunda birer melek oturur: Sağında oturan melek insanın iyiliklerini ve sevaplarını; solunda oturan melek kötülüklerini ve günahlarını kaydeder. Ölümünden sonra da insandan bunların hesabı sorulur, muhasebesi ve muhakemesi yapılır. Bu tablo ruhlarımızın, âmâlimizin, fiil ve hareketlerimizin varlıkta iz bıraktığı, bu izlerden ve onların tevlit ettiği veya edeceği neticelerden bize hem ahlâkî, hem de metafizik bir mes'ûliyetin terettüp ettiği ve bu itibarla eserlerimizden mütevellit mes'uliyetin sadece mahtut bir mes'ulnyet olmadığı keyfiyetinin sembolik bir ifadesidir.

bütün hikmet ve marifetimiz tarihin bu şifresini «iyice anlamağa ve çözmeğe çalışma» gayesine müteveccih olmalıdır. Meselâ tarihin muhtelif devrelerinde bir çok ahlâkî, hukukî, sosyal ve siyasî ûcûbelere rast gelinir. Bu ûcûbeler, tabiat sahasında görülen hilkat garibelerine benzerler. Nasıl ki, hilkat garibelerini illet ve netice münasebeti denilen bir rü'yet noktasına göre izah edebilirsek, tarihteki ahlâkî ve hukukî ûcûbeleri de illî şartlarına göre uzun uzadıya izah edebiliriz; fakat bu illî izah, ûcûbeyi ûcûbe olmaktan yine de kurtaramaz. Ve eğer bu, iradî sahada veyahut tarihî - sosyal sahada ise, onu mazur kılamaz; yani bizi mes'uliyetten kurtaramaz. Çünkü tarih akıl ve irademizin; şuurumuzun kâinatta çizdiği bir mahrehtir; iradî kararlarımızın ve bu kararlara dayanan fiil ve hareketlerimizin, yâni âmalimizin bıraktığı izlerin, mes'uliyetlerimizin bir tecelligâhıdır.

Profesör Dr. H. Mitteis'in eserindeki düşüncelerle bu düşünceler karşı-sındaki davranışımızın, kendi düşüncelerimizin teşrih ve izahına nihayet vermeden evvel şunu bir kere daha tekrar etmek icabeder ki, insan ve insanın vücade getirdiği müesseseler, eserler (devlet ve cemiyet de dâhil olmak üzere), bıraktıkları doğru veya yanlış, iyi veya fena, insanî veya gayri insanî izlere ve bu izlerin husule getirdikleri neticelere göre bir kadere doğru giderler. İnsanî kaderin, tarihî kaderin taayyününde bizim de hissimiz ve mes'uliyetimiz vardır. İlk adımımızı atarken, kararlarımızı ferd, camia veya devlet olarak verirken hürüz (eğer insan olduğumuzu iddia ediyorsak, hür olduğumuzu da mutlaka kabul etmemiz esasen icabeder). Fakat kararlar verilip adımlar atıldıktan sonra da artık kaderimiz taayyün etmiş, determine olmuş demektir.

2) İnsan ruhunun lâyemut ve hür olduğunu kabul etmiyenler, kâinatı ve hayatı sadece hasseleriyle fehmü idrâk etmeğe ve tefekkürün sadece mantikî şekilleriyle kavramağa çalışanlar idelere giden yolu bulamazlar. Çünkü kâinat bizim için evvelâ bir ruh haline gelmelidir ki, Tanrı'ya, ideler âlemine giden yolu bulabilelim. Bu itibarla radikal-ampirist veya aşırı pozitivist olanların nazarında insan hayatının, tarihin ve tarihe karşı mes'uliyetimizin ve nihayet adalet idesinin, hukuk idesinin bu kabil bir mâna ve kıymeti yoktur. Çünkü onlar, Eflâtun'un mağara misalindeki eli kolu bağlı, idelere sırtını çevirmiş adam gibi sadece ampirik âlemi, sadece içinde buldukları eti ve kemiği, sadece illî ve mekanik zaruretleri, varlığın sadece dış kanuniyetini gören; ebedî mekân ve zamandan bibehre, fâni mekân ve zamandan başka bir şey görmeyen; sadece dış âlemi idrâk edip iç âlemi dış âleme göre izaha çalışan; varlığı ve insanı tek buutlu, âdeta yalın kat bir şey zanneden; binnetice hukuk idesi-

nin, adalet idesinin bütün müsbet ve müşahhas hukuk nizamlarının heyeti mecmuasına verilen bir isimden başka bir şey olmadığını iddia eden, hukukun sadece ampirik ihtiyaç ve âmillerin tazyik ve tesiriyle, muayyen bir prosedür dahilinde vaz'olunup muayyen şekilde ve yine salâhiyetli muayyen merciler tarafından tatbik olunan bir takım izafî iradeler ve emirler olduğu neticesine varan nominalistlerdir. Kayıtsız şartsız bir *kanunî pozitivizm*, namütenahi insan ruhunun metafizik derinliklerinden, kısaca insan ruhundan nebean eden *hakikî hukuku* kavramaktan âcizdir. Çünkü o, ancak *ruhun gözleriyle*, daha doğrusu *fikrin*, *ruhun organlarıyla* kavranabilecek bir şeyi hasseleriyle idrâke, tefekkürün sırf mantikî şekilleriyle izaha çalışmaktadır. Gözleri görmiyen bir insan, meselâ kar tanesinin muhtelif şekilleri hakkında bir fikre sahip olamaz. Böyle bir insan kar tanesinin şeklini idrâk edebilmek için onu parmaklarıyla tutmağa, ona eliyle temas etmeğe mecburdur; fakat parmaklarıyla temas ettiği anda da kar tanesi dağılır, gider. İşte aşırı hukukî pozitivistin adalet idesi, hukukun mahiyeti hakkındaki fikirleri ve izahları da kar tanesini parmaklarıyla idrâke çalışan âmânın o neticesiz teşebbüsüne benzer.

3) *Hukuk Felsefesi, Hukuk Tarihi ve müsbet hukuk ilmi.*

Bütün bu izahlarımızdan hukuk kültürü için şu neticelerin istidlâl edilebileceği kanaatindeyiz: — Hukuk ilmi sadece «müsbet hukukun ilmi» olmadığına göre evvel emirde geniş mânada bir hukuk ilmi kabul ve bunu mertebelendirmek, buutlandırmak lâzımdır. Böyle bir mertebelendirmede müsbet hukuk ilmi, kanaatimizce, hukukî tefekkürün muayyen ve aynı zamanda tamamlanması gereken bir buudunu teşkil eder.

Münhasıran müsbet hukuk üzerinde ilmî tefekkür, hukuk ilmi ve hukuk kültürü için kâfi değildir. Çünkü müsbet hukuk, mühim bir kısmı itibariyle ancak muayyen bir vâzı kanun veya vâzı kanunlar tarafından muayyen sebep ve âmillerin tesiri altında muayyen tarzda izhar edilip yine muayyen tarzda gerçekleştirilen iradelerin, iradî kararların (emir ve nehiylerin) heyeti mecmuasıdır. Vâzı kanunun izhar ettiği iradelerin vücade getirdiği bu hukukun, yani mevcut ve mer'î kanunlardan meydana gelen mevzuatın ilmî sistemine aynı zamanda doğmatik hukuk ilmi dahi denir. Çünkü bu hukuk, âdeta vâzı kanunun iradelerinden gıdalanan, bu iradelere dayanan naslar halinde tezahür eder. Bu itibarla mevcut ve mer'î hukuka doğmatik hukuk (nassî hukuk) demek yerinde olur.

Bu şekilde tasavvur edildiği takdirde, hukuk bir iktidar ve hâkimiyetten, iktidar ve hâkimiyetin mahsulünden başka bir şey değildir. İşte iktidar ve hâkimiyetin bir ifadesi olan bu müsbet hukuku mantikî - siste-

matik şekilde ve formal - jüridik bir tefekkür ameliyesi içinde izah etmek doğmatik veyahut müsbet hukuk ilminin vazifesidir. Bu müsbet veya doğmatik hukuk ilmine hukuk tekniği veya teknik hukuk ilmi de denilebilir. Bu, reproduktif bir tefekkür faaliyetidir; yani tarihin seyri içinde inkişaf etmiş ve etmekte bulunan muayyen bir müsbet hukukun veya muayyen müsbet hukukların muhtevasını ilmî - sistematik şekilde izah etmek, aslında bir başkası veya başkaları tarafından izhar edilmiş bulunan iradeler heyeti mecmuasını, daha doğrusu irade muhtevalarını tekrarlamaktır. Teknik hukukcunun vazifesi, hayrın ve hakikatin mutlak prensiplerine göre neyin doğru olduğunu araştırmak değil, bilâkis başka insanların bir takım izafî gayeler istihdaf ederek müsbet şekilde istemiş oldukları ve istemekte buldukları şeyleri ilmî metodla teşrih ve tafsil etmektir. Halbuki, yukarıda işaret edilmiş olduğu veçhile, hukuk ilmi müsbet hukuk ilmi ile tükenmemektedir ve tükenemez. Eğer böyle bir şey mevzu-bahs olsa idi, hukuk ilmi de muhteva itibariyle mahdut ve fakir olurdu. Aynı zamanda fonksiyonu da teknik ve mekanik olmaktan ileri gidemezdi.

Hukuk ilminin ikinci ve üçüncü buutları hukuk tarihi ve hukuk sosyolojisidir. Hukuk tarihi hukukî mefhumların ve hukukî müesseselerin tarihin seyri içindeki tekevvün ve inkişafalarını, istikbalde arzitmeleri muhtemel tekâmül veçhelerini, bir taraftan illî ve istikraî metodla, diğer taraftan gaî metodla araştırır. İlk plânda ampirik bir ilimdir. Mamafih hukuk tarihinin vazifesi sadece bu değildir. Tarihin seyri içinde doğan ve gelişen müşahhas - hukukî fenomenleri ve muhtevalarını aynı zamanda hukuk idesinin ışığında tetkik ve tenkit etmek, yani mezkûr fenomenleri sadece eksistans hükümlerinin değil, fakat aynı zamanda kıymet hükümlerinin de mevzuu haline getirmek, «kökü ebedî ve mutlak vücutta, manevî kâinatta mekin supra - egoist ve müteâl kıymet ve mer'iyeti haiz» adaletin egoist ihtiraşlara karşı yapılan mücadeledeki fonksiyonel ehemmiyetini göstermek hukuk tarihinin aslî vazifelerindedir. — Hukuk sosyolojisi ise hukuk normları ile sosyal hayatın âmilleri ve muhtelif suretlerdeki tezahürleri, cemiyetin halleri ve şartları arasındaki münasebet ve irtibatları tabiat ilmi metodı ile araştırır. Veyahut hukuk sosyolojisi hukuku sosyal bir fenomen olarak tetkik ve onun içtimaî hayatın diğer fenomenleriyle olan münasebetlerini izah etmeği istihdaf eder. Meselâ, alkolizmle suç, işsizlikle kriminalite, iktisadî depresiyonla mal ve mülke karşı işlenen suçlar arasındaki münasebetler gibi! Hülâsa hukuk sosyolojisi sosyal hayatla hukuk arasındaki münasebetlerin tabiat kanunlarını araştıran hususî karakterde bir tabiat ilmidir.

Hukukî fenomenlerin hukuk idesinin ve adaletin ışığı altında olarak makul ve makbul bir düşünceyi ihtiva edip etmediklerini tetkik etmek,

yani onları müsbet hukuk ilminin yaptığı gibi sadece mantıkî değil, aynı zamanda (ahlâkî) bir tenkide tâbi tutmak, hayrın ve hakikatin mutlak ölçülerine göre değerlendirmek bizi hukuk felsefesine götürür. Böylece hukuk felsefesi hukuk ilminin dördüncü buudu olarak tecellî eder. Hukukî emrin veya hukukî normun adalet denilen kaliteyi, yani «*bizatihi hukuk*» dediğimiz şeyi, «*tabiî hukuk prensipleri*» nde teşahhus eden hukuk idesini — dünyevî güçlükler dolayısıyla mahdut nisbette de olsa — mutlaka ihtiva etmesi lâzımdır. Aksi takdirde müsbet hukukî emir, «*bizatihi hukuk*» ile, *adalet* ile bir gûnâ ilgisi olmıyan bir fenomen derekesine düşer.

Hukuk ilmini böylece mertebelendirdikten veya buutlandırdıktan sonra diyebiliriz ki, müsbet hukuk ilmi veya hukuk tekniği ile ampirik metoda dayanan hukuk tarihi adaletin, daha doğrusu hukuk idesinin ışığı altında tetkik ve tenkit edilmelidir. Zira böyle bir tenkit, hukuk idesinin ve adaletin şenileşmesinde, böylece müsbet hukukun hukuk idesinin, adalet idesinin gerçekleşmesini temin eden bir imkân haline gelmesinde mühim rol oynar. Görülüyor ki, hukuk ilmi sadece müsbet hukukun ilmi değil, aynı zamanda adaletin de ilmidir. Hukuk tekniği hukuk etiği ile veya müspet hukuk nizamı tabiî hukuk nizamiyle itmam ve ikmâl edilmelidir. Kısaca müsbet hukuk, hukuk idesine hâdim, yani âdil olmalıdır. Nihayet müsbet hukuk ilmi, hukuk felsefesiyle tamamlanmalıdır.

Müstakbel nesillere hukuk kültürü temin etmek mevzuu bahs olduğu zaman şu nokta daima göz önünde tutulmalıdır: Nasıl ki, insan tek buutlu bir varlık değilse, hukuk ve dolayısıyla hukuk ilmi de tek buutlu bir fenomen ve tefekkür faaliyeti değildir. Binaenaleyh hukuk kültürü müspet hukukun ilmî izahı ile başlar, müspet hukukun tarihî tekâmülünün izahından geçerek adaletin ilmi olan hukuk felsefesi ve hukuk felsefesi tarihine müntehi olur. Görülüyor ki, bütün diğer ilimler gibi hukuk ilmi de yalnız kat bir tefekkür faaliyeti değildir. Çünkü varlık ve varlığa bağlı olan insan tek buutlu değildirler. Bu vesileyle şu cihetin de bilhassa belirtilmesi gerekir ki, hukuk fakültelerinde hukuk öğretiminin tanziminde bu hakikatin göz önünde tutulması zaruridir. Sadece hukuk tekniğine müteallik derslerin değil, aynı zamanda hukuk tarihi ve hukuk felsefesine müteallik disiplinlerin de hukuk öğretiminin temel taşları olduğunu kabul etmek bir hakikati teslim etmek demektir. Herhangi bir memleketin hukuk fakültelerinde münhasıran hukuk tekniğine müteallik dersler tedris ediliyorsa, bu takdirde hukuk fakültelerinden değil, bil'akis sadece hukuk tekniği okullarından bahsedilebilir.

Hukuk tekniği, hukuk tarihi ve sosyolojisi, hukuk felsefesi müştereken geniş mânada hukuk ilmini vücade getirirler. Sadece dar mânada müspet hukuk ilminin veya hukuk tekniğine müteallik ilmin hukuk ilmi

olduğunu iddia etmek, hukukî tefekkür faaliyetini âdeta zorla bir tek kata hapsetmeğe çalışmaktan başka bir şey değildir.

Hukukçular, sadece teknik hukuk veya hukuk tekniği ile iktifa etmemelidirler. Aksi takdirde, mesleklerinde ne kadar üstad olurlarsa olsunlar, bir hukuk teknisyeni, bir paragrafçı — tâbir mazur görülsün — bir mantık ve paragraf jonglörü olmaktan yine de ileri gidemezler. Kanaatimizce «tam hukuk kültürü» ile yetişmiş olabilmek için hukuk ilminin aynı zamanda adaletin de ilmi olduğunu, hukuk tekniğinden, teknik hukuk ilminden başka bir de hukukun ahlâkı ve hukukun ahlâkının da adalet olduğunu idrâk etmiş bulunmak lâzımdır. Fakat bu, sadece nazari bir idrâkten ibaret kalmamalı, bilâkis amelî sahada münevver insanın iradesine hitap eden bir emperatif haline gelmelidir: — Hak ve hakikat, hayır ve insaniyet, hürriyet ve adalet uğrunda mücadelede temiz ve bâkir duygularla katılma emperatifi! Hukuka inanma emperatifi!

Bu emperatiflerin iradî bir hakikat hâline gelebilmesi, gerçekleşebilmesi için insan ruhunun, insanın iç âleminin veyahut iç kültür seviyesinin o yolda terbiye edilip yükselmesi lâzımdır. Nasıl ki, bedeninin hayatın şartlarına uyup idamei mevcudiyet edebilmesi için bazı organlara ve bu organların inkişaf etmiş olmasına ihtiyaç varsa, öylece bu emperatiflerin de tahakkuk edebilmesi, onlara ittiba edebilecek iradelerin mevcut olabilmesi için insan ruhunun, insanın manevî varlığının organlarının da tekevün ve inkişaf etmesi lâzımdır. Ruhunun organları inkişaf etmemiş, iç kültür seviyesi yükselmemiş, hayvaniyetten ve ferdin *sırf kendini sevmesi* hâdisesinde tezahür eden *egoisma işkencesinden* kendini kurtaramamış olan kimseler manevî ve vicdanî nizamın objektif zaruretini veyahut maneviyetin ve ahlâkiyetin objektif zarurî nizamını idrak edemezler; hak ve hakikat, hayır ve insaniyet, hürriyet ve adalet idelerini kavrayamazlar. Kısaca *insan* olamazlar; çünkü *insan olmak* demek *ruh olmak, mâna olmak* demektir. Ve *bu anlamdaki insan ruh ve mâna âleminin esaslı ve asîl bir rükünüdür.*

Orhan Münir Çağıl