

HUKUK TARİHİNİN KIYMET VE EHEMMİYETİNE DAİR BAZI DÜŞÜNCELER

Doçent Dr. Orhan Münir Çağrı

A

Bundan altı sene evvel Almanyada yayınlanmış olan ve bir nüshası da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi kitaplığında bulunan küçük, fakat muhteviyatı itibariyle çok değerli bir eserden¹ mülhem olarak, hukuk tarihinin kıymet ve ehemmiyetine dair² bazı düşünceler üzerinde

1) Ord. Prof. Dr. Heinrich Mitteis, Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte, Weimar 1947 (Hermann Böhlhaus Nachfolger).

2) Hukuk tarihinin üç türlü vazife ve gayesi vardır:

Birinci vazifesi: Tetkik edilen devirde hangi hukukun mer'i olmuş bulunduğunu tesbit etmektir. Bu, sadece vakıaların, hâdiselerin tesbitidir ve bu vazifenin ifası zımında müracaat edilecek metod ise, bu keyfiyete uygun olarak teayyün eder; mezalâ hukukun dogmatik cephesile mesgul olan bilginler, bir kere mer'i ve pratik hukukun ilmi izahını yaparlar; sanıyen hâkime ve idare memurlarına, makul bir nizami konsequent bir şekilde tatbik suretiyle gerçekleştirebilme yollarını göstermek; aynı zamanda tatbikatta görülen tenakuzları vesair aykırılıkları bulup müvazelenen-dirmek vazifesiyle mükelleftirler. Buna mukabil tarihçi, mazideki hukuku, nasıl mer'i olmuş ise, yani nasıl tatbik edilmiş ise, o şekilde ve aynı zamanda bütün tenakuz-larile, boğluklarla vesair aksaklık ve ayıplarile aksettirmekle mükelleftir. Bundan başka, bu münasebet dahilinde olmak üzere, mazideki hukukun istinat ettiği telâk-kiler, ne kadar mütenakuz ve yanlış olursa olsun, mezkûr hukukun olduğu gibi aksettirilmesi lâzımdır. Gerçi mazinin telâkkilerini *anlayarak*, derunen idrak ederek yeniden tefekkür etmek leap eder; fakat tarihçi, yine sadece *vaktiyle tefekkür* edilmiş olanı tekrar yeniden tefekkür eder. (Bir kere düşünölmüş olanın, tekrar düşünöölüp kavranması); yoksa tarihçenin veya hukuk tarihinin bu ilk vazifesi *«tefekkür edilmiş olanın lâzım gelen»* in yine tefekkür yoluyla tayin ve tesbiti değildir. Tarihçi, bu ilk vazifesinde, bu hukuki düşüncelerin, telâkkilerin doğruluğundan, tatbik kabiliyetinden mes'ul değildir. Bu noktada, tekmlî vüs'at ve sümülü bakımından da olsa, maziye intikal etmiş bir hukuku aksettirmekle mükellef olan tarihçenin vazifesi mer'i hukuku işleyen dogmatik hukuk bilgininin vazifesi arasında fark vardır. Tarihçi, maziye intikal etmiş olan hukuku, vaktiyle nasıl tatbik edilmiş ise, yine o şekilde aksettirir. Dogmatik hukuk bilgini ise mer'i hukuku, nasıl tatbik edilmek

durmayı faideli addediyoruz. Hukuk tarihinin hayat ve ilim için haiz olduğu kıymet meselesi, aynı zamanda hukukî — felsefî ve hukukî — metodolojik problemleri de ilgilendirdiği cihetle, «geniş mânada hukuk ilmi» nin de mevzuuna dahil bulunmaktadır. «Ord. Prof. Dr. H. Mitteis», mevzuubahs eserinde hukuk tarihinin mühim problemlerine, felsefî ve metodolojik esaslarına temas ediyor.

lâzım geliyorsa, o şekilde aksettirir, ki bu suretle kabili tatbik olabilsin!

Bu ilk vazifesi itibariyle, hukuk tarihi ilmi deskriptif (tasvir ve tahkiye edici) bir karakter taşır ve bu itibarla da haddizatında ilim değildir.

Hukuk tarihinin ikinci vazifesi, evvelâ fiilî bir vakıa olarak tesbit edilip keşfolunan müesseselerin nasıl *hukuk* olarak, daha doğrusu *vacibürriaye hukuk* olarak telâkki edilebildiklerini izah etmektir. Eskiden hukuk namı altında mer'î olmuş bulunan şeylerin çoğu, bugün evvelemirde bize anlaşılmaz görünmektedir. Meselâ bu kabil hukuk normlarının adaletin ifadesi, içtimai aklın sesi olarak nasıl mer'î olabildiklerini bugün izah ve takdir edemiyoruz, anlayamıyoruz. Hukuk tarihçisi kendini, tetkik ettiği devrin bir defaya mahsus, tek, ferdi karakter taşıyan hallerinin, şartlarının, düşüncelerinin ve telâkkilerinin ortasına vazedip hukuku, o devrin insanların gözleriyle tetkik etmekle mükelleftir; fakat tarihçi, bu hukuku, istihdaf ettiği gaye itibarile, yani bağlayıcı bir nizam olarak anlamak ve izah etmek istediği takdirde, bu nizamda makul olan bir ciheti görmesi, ondaki gizli mânayı anlaması lâzımdır. Ancak «akla yakın olan», «makul olan», «âdil karakter taşıyan», hukukî vasfına lâyıktır. Ve ancak bu, diğer insanlara fikir ve mâna ihtiva eden bir şey olarak izah edilebilir. Tarihçi, böyle bir şeyi, tabiat müdakkınlığının fiilî bir hal ve vaziyeti izah edisi gibi, ona takaddüm eden bir hal ve vaziyetten, jenetik - causal bir şekilde istidlâl etmez; bilâkis aynı zamanda câri halleri bir kıymet hükmü amelîyesine tâbi tutmak; yani mevzuubahs hukuk kaidelerinin, hukukî hükümlerin o zamanın halleri ve şekilleri altında *hukuk* olarak nasıl tezahür edebildiklerini göstermek suretiyle izah eder. Yani bu ikinci vazifesini ifa ederken hukuk tarihi, her hangi bir tarihi hal ve vaziyeti diğer bir tarihi hal ve vaziyete illi bakımdan nisbet etmez, bilâkis muayen bir normlar sistemile tanzim edilmesi matlûp cemiyetin aynı zaman içinde (o devirde) arzettiği hal ve vaziyet arasında *etik bakımdan makul ve zarurî* bir münasebet tesis eder veya tesisine çalışır; o zamanki vazı kanunun makul düşünce ve mülâhazalarını yeniden tefekkür etmeğe gayret eder; yoksa tekâmülün illi kanunlarını araştırmaz; aksi takdirde hukuk, illi zaruretin kör bir mahsulü haline gelir. Halbuki hukuk tarihinin veya tarihçisinin bu ikinci vazifesi hukuku, *yaratıcı fikrin bir eseri olarak kavramaktır*.

Hukuk tarihi, bu tesbit ettiğimiz fonksiyonu itibariyle bir fikri ilimdir; çünkü burada fikri - manevî bir şey bir ideye irca edilmektedir. Hukuk tarihinin en mühim vazifesi de budur.

Hukuk tarihinin üçüncü vazifesine gelince: Vaktiyle mer'î olmuş bulunan hukukun nasıl mer'iyet iktisap ettiğini göstermektir. Mer'iyet, bir hukukun kuvvetle, müessiriyetle tahakkuk ettirildiğini gösteren bir vakıadır. Kuvvetin yardımına mazhar olan, aynı zamanda mer'î de olmuştur. Fakat mühim olan nokta, kuvvetin yardımına mazhar olma keyfiyeti değildir. Asıl, mütenevvi ve mütehavvil hâdiseler halinde kuvvetin kuvvete karşı, açıkça maddî silâhlarla veyahut gizlice manevî (ruhî)

a) «Fikriyatımızın, fikri müktesebatımızın yeniden kıymetlendirilmesini zarurî kılan bir zamanda ilmin her dalına şu vazife terettüp etmektedir: Kendini, kendine karşı ve umuma karşı justifier etmek; tanınma, kabul ve tasdik edilme isteğini yeniden temellendirmek!». Bunun için inikadî tefekküre lüzum ve zaruret vardır. İnkaadî tefekkürün esasen müncer olmak zaruretinde bulunduğu sualler şunlardır: «Münhasıran hukuk tarihi nasıl mümkündür? Hukuk tarihinin, tarihi ilimlerle hukuk ilminin bütününe ifa ettiği hizmetler nedir? Hukuk tarihinin halihazırdaki hayat için mâna ve kıymeti nerede ve nede mündemiçtir? Acaba haddizatında hukuk tarihinin hayat için bir kıymeti var mıdır; yoksa hukuk tarihi sadece uzmanları ilgilendiren ölü bir malzeme midir? Hukuk tarihinde şahsiyet hangi rolü oynamaktadır vesaire? Acaba hukuk tarihi, daha yüksek bir insanlığa; nefsin, insan şahsiyetinin

silâhları nasıl mücadele ettiğini; adalet mücahidlerinin, egoist menfaatlerin müdafileri nasıl çarpıştıklarını göstermek lâzımdır. İşte bu, hukuk tarihinin üçüncü vazifesidir. (Bu hüviyette hukuk tarihi, siyasi tarih addedilmek lâzım gelir). Hukuk tarihinin gelecek nesillere anlatmakla mükellef olduğu cihet, bir kuvvetin diğer kuvvete (bir devletin diğer devlete) nasıl galebe çaldığı vakıasıdır. Bu hâdisse nasıl izah edilir? Bu hâdisse, ancak psikoloji, biyoloji ve teknolojinin illi kanunlarına (illiyet kanunlarına) irca edilmek suretiyle izah edilebilir. Meselâ sebep olarak şunlar tesbit edilebilir: İki alle arasındaki şahsî kin ve düşmanlık, yahut uzun müddet ezilmiş bir memleketin infial ve fevranı; hasmın açlık dolayısıyla zayıf düşmesi, bir donanmanın kazaya uğraması veyahut yeni bir silâhın keşfi vesaire. Bunlar, tarihi hâdiselerin psikolojik, biyolojik veya teknolojik illi izahını tazammun eder. Demek ki hukuk tarihi, bu üçüncü vazifesini ifa ederken hâdiseleri bir takım illetlere irca etmekte, hâdiseler arasında illi münasebetler tesisine çalışmaktadır.

Fakat, işaret edilmiş olduğu vechile, hukuk tarihinin en mühim vazifesi ikincisidir: Tarihi hâdiselerin, hukuk tarihini alâkadar eden müesseselerin mânasını, makul mânasını, adalet idesinin ışığı altında kavramaya çalışmak! Mazideki kanunlar, hukuki müesseseler ve hâdiseler acaba makul bir düşünceyi ihtiva ediyorlar mı idi? Acaba bu düşünce ile adalet idesi arasında bir rabita ve münasebet bulmak mümkün müdür? Demek ki hukuk tarihinin en mühim vazifesi, maziye intikal etmiş bulunan hukuki normların, sistemlerin ve müesseselerin makul muhtevalarını —bittabi adalet idesinin ışığı altında olmak üzere— araştırmaktır; bunları «mâna»: bir şekilde idrak etmektir; yani tarihte, hukuk tarihinde bir «mâna» aramaktır. Meselâ eski devirlerin hukuklarının bir mânası olmasaydı, o vakit onları ve onlar uğrunda yapılan mücadeleleri de izah etmenin «mâna» sı kalmazdı. Hayvanlar dahi birbirleriyle mücadele ederler; fakat onların mücadelelerinin tarihi yoktur.

Görülüyor ki hukuk tarihçisi tekkikatta bulunurken, bizzarur «hukuk idesine, adalet idesine» müracaat edecektir. Acaba geçmiş devirlerde, bu ide nasıl gerçekleştirilmiştir? Bunu izah etmek lâzımdır. Adaleti anlayışı olmaksızın, hukuk tarihi yazılamaz. Bu yapılmazsa, sadece vakıalar, hâdiseler, daha doğrusu hikâyeler anlatılmış olur; fakat bir tarih yazılmış olmaz.

kendini her türlü esaretten kurtararak hürriyete kavuşmasına; «mukadderatı aşma kudret ve kuvvetine itimat» etmeğe isal edebilir mi? Acaba hukuk tarihinden camia hayatını düzenleyen kanunlar istidlâl edilebilir mi? Acaba hukuk tarihi, tarihçiye veya hukukçuya daha yüksek «irtibatlara» nüfuz imkânlarını temine vasıta olabilir mi? Acaba hukuk tarihi, başlı başına müstakil bir disiplin olarak tavsif edilmeğe değer mahiyette midir? Veyahut sadece yardımcı bir ilim midir?» (*Mukayese ediniz: H. Mitteis, S. 8*).

Bu suallerin her biri düşünen insanı, fikrî hayatın diğer sahalarında da şiddetle alâkadar etmiş ve insan, bu suallere — fikrî hayatın bu diğer sahalarında — tatmin edici cevaplar bulmaya çalışmıştır. *H. Mitteis*, bu sualleri bilhassa tebarüz ve aynı zamanda hukuk tarihi sahasına intikal ettiriyor ve onlara bu sahada bir cevap arıyor. Bu sualler, haddizatında *felsefî - ilmî* sualler oldukları için onlara verilecek cevaplar da *felsefî - ilmî* mahiyettedir. Veyahut bu cevapların heyeti mecmuası «*hukuk tarihinin felsefesi*» ni vücade getirir. «*Hukuk tarihinin felsefesi*» gerek tarihi ilimler ve gerek hukuk ilmi ve aynı zamanda ve bilhassa hukuk felsefesi için fevkalâde ehemmiyeti haizdir. Fakat mevzuubahs cevaplarla birlikte hukuk tarihinin metodüğüne de kuvvetlice temas etmek lâzımdır. Bu cihet, «*H. Mitteis*» in eserinde dikkati calıp şekilde kendini göstermektedir.

b) Bundan başka diğer mühim bir nokta da hukuk tarihinin sair fikrî ilimler (bilhassa tarih ve hukuk ilmi) karşısındaki durumunun ve aynı zamanda metodüğüne tesbit ve tayini meselesinin ele alınmasıdır: Fikrî ilimler sisteminde nev'i kendine mahsus çifte bir mevki ahzeden hukuk tarihi, bir taraftan tarih ilmine, yani kültür ve fikir ilimlerinin merkezî sahasına dahil olmakla beraber diğer taraftan aynı zamanda hukuk ilminin de bir dalını teşkil etmektedir. (Tarih ilminde mevzuubahs olan, daha ziyade mahz bilgisidir. Halbuki hukuk ilmi, tatbikî ve daha fazla amelî (ethik) bir gayeye yönelmiş bir disiplindir). Hukuk tarihinin, gerek hukuk ilmi ve gerek tarih ilmi karşısındaki durumu bu tarzda tasvir edildiği takdirde, gayri ihtiyarî şu sualler varit olmaktadır: Acaba hukuk tarihi, şifası gayri kabil derunî bir tehadapla malûl, hunsâ bir karakter mi taşıyor? Tarih ilmi ile hukuk ilminin tefekkür tarzları (metodikleri) arasındaki tehadap, acaba hukuk tarihi için felâket engiz olmaz mı? Acaba bu iki tefekkür tarzı arasındaki tehadapı telife çalışmak, daha bidayette akamete mahkûm değil midir? Denilebilir ki tarih, maziye intikal etmiş olan bir varlığı araştırır, hukuk ise halihazırdaki ve müstakbel bir «*vücup*» u normlarla tanzim eder. Tarih «*bir defaya mahsus olan*» ı, «*ferdî bir şeyi*» tasvir ve izah etmek ister; hukuk ise daima tekerrür eden, küllî şekilde tanzim edilmiş hallere taallûk eder. Bundan

başka hukuk ilmi, ahlâkla sıkı münasebet halindedir. Çünkü hukuk ilminin de mevzuu kıymetlere göre ayarlanmayı âmiridir; kıymetlere göre istikametinin tayin edilmesi matlûptur; tarih ise kıymetten mücerret, münhasıran contemplatif şekilde tetkik edilmek, araştırılmak ister. Hukukun normları arasında bir silsilei meratip müşahede olunur. Bu silsilei meratip sistemi içinde hukuk normları arasında bir «*yekdiğerine tâbi olma*» münasebeti vardır. Hukuk ilmi, halleri ve hâdiseleri mantıki bir istidlâl ameliyesi ile normların zımnına ithal eder. Sistematik hukuk ilmi, tıpkı sistematik felsefe gibi subordinate eder. Tarih ise bir tek tetkik ve müşahede sahası tanır, yani coordine eder. Bu mevzu etrafında olmak üzere tarihle tarih felsefesini yekdiğerinden ayırmak için denilmiştir ki tarih felsefesi esasen bir «*contradictio in adiecto*» dur. Tarih, coordine etmek demektir ve felsefe değildir. Sistematik felsefe ise subordinate etmeği tazammun eder ve tarih değildir. Acaba hukuk tarihi hakkında da aynı hükümleri vermek icap etmez mi? «*Mitteis*» burada da hukuk tarihinin müstakil bir disiplin olup olmadığı, kendine mahsus bir disiplini bulunup bulunmadığı tarzında bazı sualler irat etmektedir. (Bakınız: S. 9 - 10).

«*Mitteis*», bütün bu suallerde felsefe, tarih, hukuk, hukuk tarihi gibi sahaları birbirinden âdeta kat'î surette ayırıp onlar arasında herhangi bir münasebet tesisi imkânlarını selbedecek derecede mevcut kararsızlıkların varit olmadığını, bunların boş ve zahiri şeyler olduğunu, haklı olarak belirtiyor. Medodunun müstakil bir karakter taşıması itibarile, hukuk tarihine tarih ilminin müstakil bir dalı nazariyle bakmak doğru ve haklıdır. Görülüyor ki Ordinaryüs Profesör Doktor «*Heinrich Mitteis*» yukarıda vaz' ve irat olunan suallerin ve bu suallerin tazammun ettikleri hükümlerin, haklı olarak, varit olmadığını belirtiyor. Felsefe, tarih, hukuk ve hukuk tarihi gibi sahaların kat'î surette yekdiğerinden ayırmak mümkün ve matlûp değildir. Tarih felsefesi bir *contradictio in adiecto* değildir.

c) Bu ciheti böylece tesbit ettikten sonra, hukuk tarihinin kıymet ve ehemmiyeti mevzuunda önemli noktalarını tesbit edip belirtmek gayesini güttüğümüz eserin plânı ve münakaşa mevzuuna gelince, diyebiliriz ki: Hukuk tarihinin müstakil, kendine hâs bir metodu vardır. Bir kere bu keyfiyet hukuk tarihine tarih ilminin müstakil bir dalı nazariyle bakmamızı icap ettirir. Evvel emirde, hukuk tarihinin bugüne kadar — kendisini alâkadar eden mesele karşısında — aldığı fikri davranış hakkında bir tasavvur ve kanaat elde etmek lâzımdır. Bu da «*hukuk tarihinin müstakil oluşu*» keyfiyetinin eriştiği olgunluk derecesini tesbit

etmemize yarayacaktır. İşte bu sebeple eserin birinci babında hukuk tarihi, tarih ilminin bir parçası olarak mütalâa ediliyor. Burada «*tarih ilminin metodolojik problemlerine dair tarihî esaslara müstenit bir bakış*» ile karşılaşılıyor. İkinci babda hukuk tarihi, hukuk ilminin parçası olarak mütalâa ediliyor. Hukuk tarihinin ilk önce tarih ilminin bir parçası, müteakiben hukuk ilminin bir parçası olarak tetkik ve mütalâa edilmesi tesadüfi ve keyfi değildir. Çünkü hukuk tarihinin evvelâ bu tarzda kavranması lâzımdır ki bilâhare onun tarih ilmüne ve hukuk ilmüne hangi özel hizmet ve başarıları ifa edebilecek durumda olduğu tetkik ve münakaşa edilebilsin (üçüncü bab). Müteakiben dördüncü babda hukuk tarihinin umumiyetle ve tahsisen zamanımız için haiz olduğu «*hayat kıymeti*» izah edilmektedir. Beşinci ve son babda ise hukuk tarihinden *nihai ve yüksek bir hukuk prensipi* istidlâline çalışılıyor. (S. 10).

Görülüyor ki *Profesör Mitteis* önemli meselelere temas ediyor. Bundan başka şunu da ilâve edelim ki mücerret hukuk tarihi, meselenin mihrakını teşkil etmektedir. Meselâ hukuk öğretimi programlarında Roma veyahut ilkçağ hukuku, Alman veyahut ortaçağ hukuku ve yeniçağ hukuku tarzında yapılan ayırmalara tesadüf edilmiyor. Çünkü eserin müellifi için hukuk tarihinin taallûk ettiği sahanın bütünü, şümüllü bir vahdet arz ediyor. Romanistler ve Germanistler arasındaki mücadele ve münakaşa artık maziye intikal ve aktüalitesini kaybetmiş bulunuyor. Esasen bütün hukukî - tarihî araştırmalara hâs metod meselelerinin bahis konusu olduğu hallerde bu gibi münakaşaların maziye karışarak önemlerini kaybetmiş buldukları aşikârdır. (*Mukayese ediniz: S. 11*).

B

Yukarıda da işaret edilmiş olduğu veçhile, «*H. Mitteis*», hukuk tarihinin felsefi ve metodolojik esaslarını araştırıp tesbit etmek maksadıyla şu meseleleri izaha çalışıyor: Tarih ilminin bir parçası olarak hukuk tarihi; hukuk ilminin bir parçası olarak hukuk tarihi; hukuk tarihinin tarih ilmüne hukuk ilmüne ifa ettiği hizmetler; hukuk tarihinin hayat kıymetine dair; hukuk prensipi olarak consequence.

Etüdümüzde sırasile bu meseleleri tetkik edeceğiz ve bu meyanda müellifin iştirak ve iltihak ettiğimiz düşüncelerle etmediğimiz düşüncelerini ve bu mevzudaki kendi kanaatlerimizi de belirtmeğe çalışacağız. 19 uncu asrın sonlarile 20 nci asrın başlarında kuvvetlenmeğe ve yayılmağa başlayan idealist hukuk ve devlet telâkkisi ve aynı zamanda yeniden uyanan tabii hukuk fikri bugün hukuk sahasında hâkim bir duruma gelmeğe başlamıştır. Müsbet hukuk telâkkisi ve müsbet hukuk

ilmi de bittabi hâkimdir. Ve hâkim olması da lâzımdır; fakat teslim etmek icap eder ki hukukta son söz müsbet hukukun değildir, bilâkis müsbet hukukun kıymet ölçüsü vazifesini gören adalet idesininindir.

Hukukun bu nihaî kıymetini ister müsbet hukukun içinde onun ideal bir tarafı olarak, ister müsbet hukukun dışında onun bir kıymet ölçüsü olarak arayalım, her defasında dikkat edilmesi lâzım gelen cihet şudur: *Hukuk idesi, hukuk mefhumundan, müsbet hukuk mefhumundan ayrılmak icap eder.* (Veyahut, hiç olmazsa, hukuk mefhumunun tarifi içinde yine tebarüz ettirilmek lâzım gelir). Eserde hukuk idesi, tabîi hukuk idesi, hukuk mefhumu gibi problemlerde oldukça geniş bir yer verilmiş olması; bunların hukuk tarihindeki ehemmiyetlerinin de belirtilmiş bulunması keyfiyettir ki bizi bu eser üzerinde bilhassa durmaya sevketmiştir. Başlangıçta eserin sadece bir kontrandüsünü yapmayı düşünmüşken, bilâhare, yine eserin mühim gördüğümüz kısımlarını, birbirleriyle olan irtibat ve münasebetleriyle birlikte, tesbit edip belirtmek suretiyle bir etüd hazırlamayı, işte bu sebebe mebni faideli bulduk. Şimdi eserdeki sırayı takip ederek felsefe, tarih, hukuk ve hukuk tarihi için ehemmiyeti haiz olan noktaları birer birer gözden geçirelim.

I

Tarih ilminin bir parçası olarak hukuk tarihi

Bu meselenin tetkikinde merkezi sıklet, tarih ilminin felsefi-fikri esaslarının izahı üzerinde toplanmış bulunuyor. Bu mesele, beşerî kültür tarihinin — muhtelif felsefi sistemler zaviyesinden; muhtelif tarih telâkkileri esas ittihaz edilmek suretiyle — tekâmül seyrine tesir eden kanunları ve âmilleri araştırma keyfiyetile alâkadar bulunmaktadır. Meselenin esasını hukuk teşkil ettiğine göre, muhtelif tarih telâkkileri tetkik olunurken bunların hukukla alâka dereceleri kısa; fakat vazih krokiler halinde belirtiliyor. Bu cümleden olmak üzere evvelâ «tarihî mektep» in, yeni bir tarih anlayışı mevzuunda, ifa ettiği hizmet ve arzettiği ehemmiyet üzerinde durularak ezcümle şu noktalar gözden geçiriliyor: *Hukuk tarihinin de tarih ilminin bir parçası olduğu* meselesinin tetkikinde 19 uncu asrın başlarında zuhur eden tarihî mektebin hareket mebdeî ittihaz olunması gayet tabîi ve bedihidir. Çünkü tarihî mektebin tesisinde hukuk ilminin büyük bir hizmet payı vardır. Maamafih tarihî mektep, sadece muayyen bir hukuk telâkkisi değil, bilâkis aynı zamanda ve daha ziyade inkılâpçı bir fikir hareketi olup kültür hayatının bütün sahalarına şamil ve sarî, değiştirici ve şekillendirici kuvvet ve

kudreti haiz bir cereyandır. «*tarihî mektep*», zamanın büyük romantik görüşü içinde mütalâa edilmek icap eder. İşte bu romantik görüş, sadece edebî bir istikamet değil, bilâkis âdetâ inkılâpçı bir fikir hareketidir; şekillendirici, inkılâpçı kudreti, kültür hayatının bütün sahalarına inşa' etmektedir. Bu itibarla tarihî mektep münhasıran bir hukuk telâkkisi değil, daha ziyade şümüllü bir fikir, bir kültür hareketi addedilmek icap eder. Nitekim bu romantik görüş ve bununla birlikte tarihî mektep, muayyen bir takım fikrî şartlara, prensiplere istinat ediyor, küllî bir tarih görüşünü tazammun ediyordu. (*Mukayese ediniz: S. 12*). Tarihî mektep, aynı zamanda fikrî ilimlerin tabii ilimlerden farklı bir kanuniyeti haiz bulunduğu keyiyyetinin keşfi hususundaki gayretleri terviç etmiş; en az, fikrî ilimlerle tabii ilimler arasındaki esaslı farkı sezmiştir.

Tarihî mektebin bir diğer ehemmiyeti de, tarih anlayışı itibariyle tenevvür devrinden şuuri olarak ayrılmasıdır. Tenevvür devrinin tarih anlayışı pratik bir karakter taşır. Bu itibarla tarihe, doğru, isabetli siyasî fiil ve hareketlerde bulunmayı gösteren, sırf politikacılara rehberlik eden bir «*örnekler mecmu*» nazariyle bakılmaktadır. Tarih, insanlığın hiç durmadan terakki edişine bir delildir. Buna, ferdî akla ve tefekkür kabiliyetine hudutsuz itimadın hüküm sürdüğü bu devrin çağdaşları misal ve delil olarak zikredilebilir. Veyahut bunlar, o telâkkinin bir neticesidir. Tenevvür devrinin bir diğer hususiyeti de, eski devirlerin dinî esaslara istinat eden tarih telâkkisinden ayrılmış olmasıdır. *H. Mitteis*, böylece bir taraftan tarihî mektebin görüşüyle tenevvür devrinin tarih telâkkisi arasındaki farka işaret ederken, diğer taraftan da tenevvür devrinin tarih anlayışıyla eski devirlerin, meselâ ortaçağın tarih anlayışını karşılaştırıyor. Ortaçağda hâkim telâkkiye göre tarih, beşeriyeti selâmete erİştirecek olan ilâhî bir yoldur, yahut Allahın çizdiği böyle bir yoldur. Tarih, rabbanî adaletin tatbikat imkânı bulunduğu, tecrübeleştiği, gerçekleştiği veyahut müşahhaslaşdığı bir sahadır. Tarih, ilâhî dünya nizamının tefekkür edilmesidir ve böylece aynı zamanda kelimenin en yüksek mânasında bir cihan tarihidir, bir «*Allahı arama*»dır. Ortaçağın bu transcendent (*müteal*) tarih telâkkisinde şayanı dikkat olan cihet, beşeriyet tarihinin, küllî bir tarih anlayışı içinde, cihan tarihi olarak kavranılmaya çalışılmış olmasıdır. Buna mukabil tenevvür devrinde hâkim telâkkiye nazaran tarihî hâdiseler, münferit insanların, yani fertlerin mümkün olduğu kadar plânlı, şuurlu, hür iradî hareketlerine istinat etmektedir. Tenevvür devri her tarihî hâdisenin psikolojik, illî temele müstenit bir izahını yapmağa çalışıyordu.

«*Mitteis*», böylece bir taraftan tarihî mektebin görüşünün tarih ilmindeki ehemmiyetini belirtmekte, diğer taraftan tenevvür devrinin tarih telâkkisiyle ortaçağın tarih anlayışına işaret ederek bunları mukayese etmektedir. Bundan sonra muhtelif filozofların ve mütefekkirlerin tarih felsefesinde iz bırakmış telâkkilerine temas ederek onları zamanımıza kadar takip ediyor. Bu filozof ve mütefekkirlerin sistemleri, sistemlerinin esasını teşkil eden ana düşünceler, müdafaa ettikleri noktai nazarlar hukuk tarihi için, şüphesiz, büyük ehemmiyeti haizdir. Çünkü hukuk tarihi sadece hukuk ilminin değil, aynı zamanda tarih ilminin bir parçasıdır. Bu itibarla tarih ilmi ve tarih felsefesile ilgili olmak lâzım gelir. Esasen müellif de eserinin birinci babında bu ciheti göstermeğe çalışıyor. «*Mitteis*», tenevvür devrinin tarih anlayışına, daha doğrusu «*tarihe karşı lâkaydi*» sine, âdeta, isyan etmiş mütefekkirlerden biri olarak «*Vico*» yu zikrediyor. «*Vico*», tenevvür devrinde yetişmiştir. Kendisinin tarih felsefi, metafizik ve ampirik unsurların şayanı dikkat bir terkididir. «*Vico*», ebedi bir tarih idesini müdafaa etmiş, kollektif fiil ve hareketlerin kanuniyetini araştırmıştır. *Vico*, tenevvür devrinin bir çok mütefekkirleri gibi, beşerî tarihin gittikçe ilerileme ve yükselme yolunda bir tekâmül seyri takip ettiğine, artık inanmıyordu. (Halbuki «*Herder*» de beşerî tarihin, beşeriyetin bir ilerileme ve yükselme tarihi olduğuna dair iman henüz sarsılmamıştı). «*Vico*» ya göre her millet, her kültür başlıbaşına bir ferdiyettir, müstakil bir varlıktır. Her milletin, her kültürün hayatı ve ölümü, o millete, o kültüre hâs bir hayat ve bir ölümdür. Yani her kültür, *kendine hâs kendi hayatını yaşar ve yine kendine hâs kendi ölümünü tadar*. Her millet, her kültür «*corso*» ve «*ricorso*» olarak bir takım safhalardan geçer. Yalnız burada «*ricorso*», «*geriye doğru bir hareket*» i, bir «*geriye dönüş*» ü ve yahut bir «*çöküş*» ü değil de, bilâkis «*daha yüksek bir zeminde tekrar yeniden bir hamle*» yi, «*daha yüksek tarihî bir mercie yükseliş*» i, tazammun eder. «*Mitteis*», «*Vico*» nun bu tarih telâkkisinden geçen yolun «*Oswald Spengler*» in eserinde belîğ ifadesini bulan bir tarih anlayışına müntehi olduğunu belirtiyor.

«*Herder*» e gelince, bu mütefekkir dahi, tenevvür devrinin tefekkür tarzıyla tamamiyle alâkasını kesmemişti. Hattâ, «*Mitteis*» e göre, «*Immanuel Kant*» tenevvür devri tarih telâkkisiyle alâkasını tamamiyle kesmiş değildi. Gerçi «*Kant*», şüpheciliği intikadî yoldan giderek aşmıştı; aynı zamanda «*kopernikvâri dönüş*» ü ile felsefede büyük bir inkilâp vücade getirmişti: Kendi âlemini halk eden aklın süjesi olarak *insan*, yani *entelijibl insan* dünyanın, kâinatın merkezine vazediliyordu. Diğer taraftan «*Kant*» ın, tarih karşısındaki tavrında tarihe verdiği ehemmiyet de iyice tezahür etmekte idi; fakat telâkkisi, bir takım rasyonel etik

postülalardan henüz âzade değildi. («*Mitteis*», âdetâ, «*Kant*» in tarih telâkkisinin zayıf bir noktasını belirtmek istiyormuşcasına idarei kelâm ettiği intibahını bırakıyor; halbuki, kanaatimizce, «*Kant*» in tarih anlayışının bir takım etik postülaları ihtiva etmesi, sisteminin zafına değil kuvvetine delâlet eder. Maamafih «*Mitteis*», «*Kant*» in, her şeye rağmen «*tarih dünyası*» nı bir «*hürriyet dünyası*» olarak tanıdığını ve «*Dialektik*» i tekâmülün en kuvvetli hareket mebdei, daha doğrusu en kuvvetli «*tekâmül manivelâsı*» olarak vazettiğini, tabii ilimlerle fikrî ilimlerin metodik bakımdan birbirinden ayrılmasını hazırlamış olduğunu belirtiyor. Madem ki tarih dünyası, bir hürriyet dünyası olarak kabul edilmektedir, o halde bu hürriyet dünyası içinde etik postülaları ön plâna almakta zaruret vardır. Nitekim *Kant* da bu zarurete uymuştur; gerçi «*Mitteis*», «*Kant*» in tarih telâkkisinden bahsederken, filozofun tarih karşısındaki tavrının, «*tarihî araştırmanın yüksek kıymet ve ehemmiyeti hakkında tam münkeşif bir anlayış ve kavrayış*» arzettiğini belirtiyor; fakat, yine, etik postülalardan tecerrüt edilememiş olmasını bir noksan ve isabetsizlik olarak ileri sürüyor ki bu sonuncuya iştirak edemediğimizi, bilhassa, tebarüz ettirmek isteriz. Çünkü tarih, «*Kant*» in felsefî sisteminin istinat ettiği ana düşünceye uygun olarak, bir hürriyet dünyası telâkki edilince, tarihî tekâmülü izah ederken etik postülaları da nazarı itibara almak zarurîdir. Ve dediğimiz gibi bu keyfiyet, «*Kant*» in tarih anlayışının zayıf olduğuna değil, kuvvetli olduğuna delâlet eder.) (S. 14).

Müteakiben «*Hegel*» in tarih telâkkisine temas ediliyor. (*Hegel*) in tarih felsefesi, şüphesiz, bu mevzuda tesis edilen sistemlerin içinde en mühimlerinden, hattâ en muazzamlarından biridir. [Bununla beraber «*Kant*» in tarih telâkkisile «*Hegel*» in tarih telâkkisi yekdiğerile mukayese edildikte, kanaatimizce, «*Kant*» inkine rüchaniyet tanımak icap eder. (Bu cihet hakkında bakınız: Orhan Münir Çağıl, *Stammler*'in Cemiyet ve hukuk Felsefesi, I, Huk. Fak. Mec., sayı 2, yıl 1947, sahife 703 - 706, haşiyeye)] Bir kere, «*Hegel*» in tarih felsefesi, sisteminin tacını teşkil eder. Yalnız «*Hegel*» in gayesi, bir tarih felsefesi değil, bir kültür felsefesi tesis etmektir. Ona göre tarih, kendini idrak eden mefhumun (fikrin) mantığına tâbi olarak cereyan eder. Tarihteki tekâmül, ancak dialektik (cedeli) bir tekâmül olabilir. Dialektik tekâmül demek, bir halden o halin zıddı olan diğeri bir hale geçmek suretiyle hâdiselerin cereyanı demektir. Bu, tarihe tatbik edilirse tarihî safhaların dialektik zaruretle birbirini takip etmesini değil de, birbirinden doğarak tevalî edip gitmesini tazammun eder. Dialektik sadece mümkün değil, aynı zamanda zarurî bir tefekkür metodudur; fakat bundan başka tarihî tekâmülün de, son bir tahlil ile, hayatın da real veyahut müessir prensipidir..... Hayat ve tarih, daimî

tezatlar halinde cereyan eder; lâkin bu cereyan tarzı şöyledir: Dialektik tekâmül, tezden antiteze teveccüh eder ve senteze müntehi olur. Sentez, kendi içinde birleşen tez ve antitezi, iki ayrı tezat halinde tekrar kendi içinden dışarı atar. Bu iki tez ve antitez ise tekrar birleştirici «daha yüksek bir mefhum, daha yüksek bir sentez» içinde birleşirler. Ve bu, aynı minval üzere böylece devam edip gider³. Bu suretle her hâdisede, onun

3) «Hegels» in kültür ve tarih felsefesinin esasını teşkil eden diyalektik metoda göre, tekâmül vetiresinin arzettiği diyalektik safhaları, şematik olarak, aşağıda gösterildiği vechile tesbit etmek mümkündür:

THESIS (Tez)	ANTITHESIS (Antitez)	SYNTHESIS (Sentez)
Başlangıçta <i>ide</i> kendi içindedir. Yani sadece <i>mücerret hakikat</i> olarak mevcuttur.	Badehu « <i>ide</i> » kendi dışına çıkarak tezahür eder. Bu, <i>tabiat</i> tır.	Nihayet « <i>ide</i> » kendine avdet eder. Yani <i>mücerret hakikatla</i> , <i>ide</i> ile <i>tabiat</i> birleşerek « <i>Geist</i> » denilen sentezi, daha yüksek mefhumu vücuda getirirler.

Bunu müteakip dialektiğin ikinci safhası başlar; yani yukardaki Sentez kendi içinde birleşen tez ve antitezi, iki ayrı tezat halinde, tekrar kendi içinden dışarı atar. Şöyle ki:

THESIS	ANTITHESIS	SYNTHESIS
« <i>Geist</i> » ilk önce <i>sübjektif Geist</i> haline inkılâp eder.	Badehu <i>objektif Geist</i> halinde tezahür eder.	Nihayet <i>sübjektif «Geist»</i> ile <i>objektif Geist</i> birleşerek « <i>mutlak Geist</i> » denilen sentezi vücuda getirirler.
↓	Yukarda gösterilen üç kademenin her biri yine ayrıca üç tâli kademeye ayrılır.	↓
« <i>Sübjektif Geist</i> » in muhtevası <i>ruh, şuur ve akıldır</i> (<i>Seele</i>) (<i>Bewusstsein</i>) (<i>Vernunft</i>)	↓	« <i>Mutlak Geist</i> » in muhtevası: <i>San'at, din ve felsefedir.</i>
	« <i>Objektif Geist</i> » <i>hukuk, moralite ve ahlâkılık</i> halinde tezahür eder (Bu, hukuk felsefesinin muhtevasıdır).	
	↓	
	HUKUK FELSEFESİ	
<u>Hukuk</u> <i>Mülkiyet, akit, haksızlık</i> (hukuk nizamına aykırılık)	<u>Ahlâkılık</u> <i>Aile, medenî cemiyet, devlet.</i>	<u>Moralite</u> <i>Kast, niyet, vicdan.</i>

tezadı da mündemiçtir. Meselâ hayatın içinde, yeni bir hayatı doğuran ölüm; zaferin içinde, muslihane salâh ve terakkiyi hazırlaması mümkün olan hezimet mündemiçtir. (*Mukayese ediniz: S. 14 - 15*).

«*Mitteis*» in, «*Hegel*» hakkında söylediklerinden mühim olanlar, bir de şunlardır: Tarihi mefhumlar, bir takım müşahhas tarihi varlıklar (şahsiyetler) halinde tezahür ederler. Bu varlıklar sadece, arkalarında «*Mahz entelijibl bir âlem*» in sırları gizlenen birer «*phaenomen*» değildir. Bil'akis her ferdiyet, her varlık, müşahhas tezahürü itibariyle, müessir bir prensibin, daha doğrusu metafizik bir âlemin sembolüdür. «*Mitteis*», bundan başka bir çok müelliflerin, dialektik terkipten sarfınazar etmekle beraber, «*Hegel*» in tesiri altında kalmış olduklarını, bu tesirlerin bir bakıma hukuk tarihinde de kabili tesbit olduklarını belirtiyor (*Mukayese ed'niz: S. 15*). Nihayet (*Hegel*) in tarih felsefesinin tesirleri ve maruz kaldığı tenkitler üzerinde durulmakta ve bu meyanda bazı modern mütefekkirlerin bu sistem hakkındaki hükümleri zikrolunmaktadır. (*Mukayese ediniz: S. 16 - 17*). Hülâsa «*Mitteis*», «*Hegel*» in tarih felsefesinin zayıf ve gölgeli taraflarını olduğu gibi kuvvetli ve ışıklı taraflarını da tebarüz ettirmeğe çalışıyor. (*Bakınız: S. 17 - 20*).

«*Hegel*», hukuk tarihi de dahil olduğu halde, kültür tarihindeki safhaların mantikî ve dialektik bir zaruretle birbirlerine bağlı olduklarını göstermeğe çalışmıştır. Halbuki tarihteki tekâmül, «*Hegel*» in tasavvur ettiği gibi değildir. Tarihi hâdiseler, evvelden hazırlanmış bir tarih kontrüksiyonu içinde mütalâa edilemez. Gerçi tarihte «*Hegel*» in dialektik metodu ile kabili izah safhalar tesbit etmek mümkündür; fakat tekmil tarihi tekâmülü — gerek mazide cereyan edip objektifleşmiş safhalarile gerek müstakbel safhalarile — muayyen bir metodia kesin olarak tayin ve izah etmek mümkün değildir. (*Hegel*) in iddia ettiği gibi *mutlak surette* tezadların telifi diye bir şey yoktur; hattâ çok defa tezadlar asırlarca yan yana devam edip gitmektedir. Bu itibarla (*Hegel*) in tarih telâkkisini red ve cerh eden telâkkiler doğmuştur. Meselâ bu meyanda (*Ranke*) nin telâkkisi zikredilebilir. Gerçi (*Ranke*) tarihteki devirleri başka tarzda izah ediyordu; fakat bir noktada (*Hegel*) ile yine birleşiyor, yani bu sonuncusu gibi sırf hâdiseleri anlatmaya çalışan bir tarihçiliği aşarak tarihteki büyük irtibatlarla ve sevkedici prensiplere nüfuz etme gayesini istihdaf ediyordu (*S. 17*). «*Hegel*» gibi büyük bir kültür ve tarih filozofunun telâkkisi üzerinde durularak, bilhassa kendisinin tarih felsefesinin kuvvetli ve ehemmiyetli taraflarının tebarüz ettirilmeğe çalışılması gayet tabiidir. «*Mitteis*», «*Hegel*» in görüşünü, kısa çizgiler halinde, tenkit ve takdir ederken, bu mevzu etrafında olmak üzere, bir de tarihi

tekâmülde *istikrar (devamlılık) kategorisi ile değişme, tahavvül ve tebeddül kategorisinin önemini belirtiyor (Bakınız: S. 17 - 20). (Hegel) in metodu ile tarihî hâdiselerin devamlılık ve değişme kategorileri ile izahı arasındaki şayanı dikkat fark hakkında bakınız: S. 17 - 19.*

19 uncu asrın tarihçiliğine temas etmeden önce, «*Mitteis*» bilhassa «*Hegel*» in sistemindeki (hürriyet) mefhumuna temas ediyor. Filozofa göre cihan tarihi, «*hürriyet şuru*» nda bir terakki ve tekâmüldür. Bu mevzu etrafında olmak üzere, bu parolanın akislerinin hiç kaybolmadığı, bunun hukuk tarihine dahi bir rehber olabileceği belirtiliyor. Ve hürriyetin, «*Hegel*» e göre tazammun ettiği mâna ve bu hürriyet anlayışının, bizi filozofun Devlet telâkkisine götürdüğü anlatılarak bu cihet hakkında bazı izahat veriliyor (S. 20). 19 uncu asrın müteakip seyrinde tarih ilmi sahasında bir iş bölümü görüyoruz. «*Hegel*» de görülen cihan tarihi fikrinin artık yavaş yavaş zail olduğunu, hususî tarih sahalarının daha ziyade ön plâna alınarak işlendiğini tesbit etmek mümkündür. Böylece siyasî - pragmatik bir tarih ilminin doğduğu söylenebilir (S. 20 - 21). Maamafih bu kabil bir tarih ilmine karşı kuvvetli bir tepkinin de hasıl olduğu müşahede edilmektedir. Nihayet tarih, bir problem tarihi haline gelmiştir. Problem tarihi, tarihin umumî seyrini değil, bilâkis daha ziyade münferit bir kültür tezahürünü nazarı itibara almaktadır. Böylece kültür tezahürlerini muayyen bir rüyet noktası altında mütalâa etmek mümkün olmuştur. (Mukayese ediniz: S. 21 - 23). (Bu tarih anlayışının hukuk tarihi sahasındaki ehemmiyet ve tesirleri üzerinde durmak icap eder. «*Mitteis*», bu cihete işaret ediyor.)

Tarih ilminde ve telâkkisinde *güney - batı Alman mektebi (Südwestdeutsche Schule)* bir dönüm noktası teşkil eder. Felsefede bu «*yeni Kantçı*» istikametinin mümessillerinden «*Wilhelm Windelband*» ve «*Heinrich Rickert*» kültür ve tarih felsefesinde önemli bir mevki işgal ederler. «*Mitteis*», *yeni Kantçıların* tarih ilmine tatbik ettikleri metodlardan bahsederken, bunların hukuk ve tarih ilimlerindeki ehemmiyetlerine de tenkidî şekilde temas ediyor, (Bakınız: S. 24 - 27).

Bundan başka «*Wilhelm Dilthey*» in bu mevzudaki görüşü ve bu filzofu hareket mebdel ittihaz eden hayat ve tarih felsefelerinin istinat ettiği ana düşünce bir ehemmiyet ve hususiyet arz etmektedir. «*Dilthey*» ve ondan sonrakiler, meselâ «*Nicolai Hartmann*» gibi filozoflar tarih felsefesine yeni rüyet noktaları, yeni düşünceler getirmişler, böylece büyük hizmetlerde bulunmuşlardır. (Bakınız: S. 27 - 34). Meselâ «*Dilthey*» in tarih felsefesi sadece «*formal tarih mantığı*» değil, bilâkis aynı zamanda tarih ontolojisidir. Bu filozofun, tarih felsefesinde bize getirdiği yenilik, «*hayata mülevveçli bir davranış*», «*tarihin sinesindeki*

zengin hazineyi hads ile (intuition) kavrama; derunî idrak» tarzında ifade edilebilir. «Dilthey», realiteyi bütün ve tam mânasiyle kavramağa çalışmaktadır. Tarih sedlerle, barajlarla mücehhez, kanalize edilmiş bir nehir değil, bilâkis baş döndürücü derinlikleriyle, ânî sukutlariyle ve girdaplarıyla ele avuca sığmaz, vahşi bir ırmaktır.

«Dilthey» e göre tarihte en büyük realite ferddir. Fert, ancak psikolojinin vasıtalarıyla kavranabilir; fakat bu psikoloji, istorik bir psikolojidir; binaenaleyh hâdiseler arasındaki bütün illî irtibatların sırf psiko - jenetik izahiyle ilgisi yoktur veyahut bu kabil bir psiko - jenetik izah tarzına doğru tereddî etmemelidir. Fert mefhumu, sadece münferit şahıs değil, trans personal bütünleri de, varlıkları da tazammun eder (Daha fazla izahat için bakınız: S. 28). «Dilthey», tesis ettiği bu fert mefhumuna müsteniden bir «tarihî tipler» nazariyesi kurmuştur. (Bakınız: S. 28 - 29). «Dilthey» i hareket mebdî ittihaz eden hayat felsefesi, yeni bir mefhuma iysal etmiştir. Bu mefhumun tarihî anlayış veyahut «tarihî anlama» mefhumu olduğunu söylemek lâzım gelir. Bu «anlama» mefhumu, tarihî hâdiseleri illî, zihnî bir şekilde izah etme veyahut sırf akılla kavrama değil de, bilâkis hâdiseleri idrak ederek yeniden yaşama; bütün ruhî kuvvetlerimizle içimizde hissetme; onları derunen idrak ve iktisap etme gibi bir şeydir. Buna «Der Begriff des geschichtlichen Verstehens» denilir. «Verstehen», tahfifî masdar olarak, «anlama» mânasına gelir. «Geschichtliches Verstehen» ise, yukarıda izah edildiği şekilde anlaşılacak icap eder. İzaha çalıştığımız bu tarih ontolojisinin temel mefhumlarından biri olan bu «Geschichtliches Verstehen» mefhumu üzerinde bir az daha derinleşecek olursak, bunun aynı zamanda tarih metodolojisi bakımından da ehemmiyet arzettiğini görürüz: Maamafih bu mevzudaki mânasiyle «anlama» ameliyesine evvel emirde yine kaynakların izahı; illî irtibatların kavranması takaddüm edecektir. Yani hâdiselerin bütün ruhî kuvvetlerimizle içten idraki, kaynakların izahını ve illî irtibatların kavranmasını şart koşar. Burada akıl mefhumu, aynı zamanda «hâdiselerin izahı» ile hâdiselerin mânasının, daha doğrusu idesinin derunen idraki veyahut anlayarak derunen tekrar yaşanması arasında bir mevki işgal eder, bununla beraber, zikredildiği veçhile, «hâdiselerin mânasını derunen idrak ederek onları tekrar yeniden yaşama» keyfiyeti bizi istediğimiz hedefe ulaştırır. Bu usul, tarihte ferdî olanı tam mânasiyle kavramamıza yarayan bir tarzdır. Böylece bu usul sayesinde, daima gayri kabil izah olan ve çoğu hallerde de kavranmaz mahiyette olan ferd, izah ettiğimiz, «Verstehen» mefhumu ile, kevnî aklın kendisine tahmil ettiği alelâde bir «iş güderlik» mevkiinden; «Hegel» in anladığı mânada kevnî aklın bir

tecelli vasıtası olmaktan kurtarılmış olur. (*Mukayese ediniz ve daha fazla izahat için bakınız: S. 29 - 30*).

Bu, yeni tarih ontolojisi, «*Nicolai Hartmann*» in tarih felsefesinde tam münkeşif bir halde tezahür etmektedir. Bu filozofun telâkkisinde dikkate değer cihet, tahlili - jenetik bir metodla varlığın kavranmaya çalışılması, mutaların ve vakıaların kademeler halinde açıklanması keyfiyetidir. Neticede bütün bunların bir bütün halinde sentezi yapılmaktadır. Daha doğrusu mevzuubahs kademeler müşterek bir tablo şeklinde ifade edilen bir sentez halinde birleştirilmektedir. Bu filozofun metodu, obje hakkındaki bilgiye değil, doğrudan doğruya objeye müteveccih bulunmaktadır. Bu metot, material bir apperceptionu tazammun eder. Burada, endüktif ve dedüktif unsurlar yekdiğerile birleşir. «*Hartmann*» in bilhassa «tabakalar teorisi» çok aydınlatıcı mahiyettedir. Tarih, kelimenin tam mânasıyle bir tabakalanmadır. Varlık kademelerinin üst üste teselsül etmesidir; tarihin seyrine tesir eden bir takım katların, üstüste gelmesidir. Meselâ gayri uzvî hayat tabakasının üstünde uzvî - biyolojik hayat tabakası bulunur. Bunun üstünde psikolojik tabaka vardır. Nihayet bunun da üstünde fikrî tabaka vardır. Fikrî hayatın vücutte getirdiği tabaka, sosyal teşekküllerde haddi kusvasını bulur. Bu sosyal teşekküllerde (varlıklarda) camia hayatında cereyan eden, yaşanan şeyler objektifleşir. Her tabakanın kendine mahsus bir «*vücut; mevcut olma*» tarzı vardır. Tabakaların birbirine tesir ettikleri kabul olunur. Alt tabaka *kuvvetli ve canlıdır*. Üst tabaka ise *kudretli ve hürdür*. Bu itibarla yukarı tabaka aşağı tabakaya şekil verebilir. Ruh bedene, fikir ise ruh ve bedenden mürekkep maddeye, vücutte şekil verir. Vücudu bina eden, meydana getiren kudret, *fikrî - manevî olan* dır. Böylece fikrin yaratıcı, şekillendirici kuvveti kaderi; tedbir, basiret, evvelden görme, şuuri hareket kör tesadüfleri; gaiyet illiyeti mağlûp eder. Fikir ve mâna hem tâbidir, hem muhtardır; fikir (Geist), tabiatın kanunlarını değiştirmez; fakat onları anlamamıza yardım eder; bize onlardan istifade etmeği; onları, *insanın eşya âlemi* haline doğru inkişaf ettirip şekillendirmemizi öğretir. Tarihi, münferit hâdiseler teşkil etmez. Münferit hâdiseler, ancak tarihi irtibatlar haline, *kategorial sentez* haline getirilmekte tarihi şeniyet vasfını kazanırlar. Böylece, tarihi şeniyet dediğimiz şey objektif bir mutadır; fakat bu objektif şeniyet, hâdiseleri tetkik ve tarassut eden süje tarafından kesin olarak kavranabilir; âdeta bir müşkül gibi iktiham olunabilir. Bu itibarla tarihi hâdiseleri tetkik eden süjenin rüyet noktası mühimdir. Her rüyet noktasından tarihi hâdiseler başka bir «*perspective*» içinde görünürler. «*Nicolai Hartmann*» in bu şayanı dikkat tarih telâkkisi hakkında daha etraflı malûmat verilebilirse

de, mevzuumuzun hacmi müsaade etmediği için sarfınazar ediyoruz. Kendisi, bir de ayrıca «*tarihî kategoriler*» vazetmiş bulunmaktadır. Bunlardan bilhassa birleşme ve çözülme (dağılma) kategorileri mühimdir. Tarih, büyük ritmik hareketler halinde bu iki safha (birleşme ve çözülme) arasında cereyan eder. Bu kategorilerin, tarihte müşahede edilen tekâmül ve ihtilâl (inkilâp) safhaları bakımından, arzettiği ehemmiyet üzerinde bilhassa duruluyor. Ayrıca, tarihte görülen büyük inhidamlar dahi bu kategorilerin yardımıyla izaha çalışılıyor. (*Nicolai Hartmann*'ın tarih felsefesinin ana hatları hakkında bakınız: S. 30 - 34).

Bütün bu izahlar, tarih ilminin felsefî esasları hakkında bir fikir vermek gayesini güdüyor. Hukuk, beşerî kültürün mühim bir cephesini teşkil ettiğine ve aynı zamanda beşerî kültürün tekâmül tarihi içinde kavranacak bir fenomen olduğuna göre tarih ilminin felsefî esaslarının hukuk tarihini zaruretle ilgilendireceği muhakkak ve tabiidir. Nitekim «*Mitteis*» eserinin umumî hacmi içinde bu meseleye yine oldukça geniş bir yer veriyor. Onun içindir ki «*N. Hartmann*» in tarih felsefesinin ana hatlarının izahından sonra bugünkü tarih anlayışı içindeki bazı mühim cereyanlara da kısaca temas olunuyor: Meselâ «*Henri Bergson*» un mistik unsurlar ihtiva eden *metaphysik - intuitiv evolutionism*'i; *Edmund Husserl*'in *Phaenomenologie*'sinden mülhem *Existence felsefesinin* tarih anlayışı (Heidegger; positif şekil ve hüviyette olmak üzere, Oskar Becker) zikrediliyor. 1914 ten beri, insanlığın başından geçmiş bulunan hailevî hâdiseler, insanları tarihte, tarihî sahada yeni kıymetler ve yeni ufuklar aramaya sevketmiştir. Bundan başka tarih sahasında yeni kehanetleri ihtiva eden, «*Oswald Spengler*» in «*Der Untergang des Abendlandes = Garbın inkırazı*» zikredilebilir. «*Spengler*» in bu kültürel - morfolojik vizyonları yanında «*Stefan George - çevrelerinin*» *usturevî - menkabevî biyografielerini* unutmamak lâzımdır. (S. 34 - 35).

Fakat bunlardan sarfınazar, tarih sahasında münferit objektif - ilmi araştırmalara aralıksız devam edilmiştir. Bu kabil araştırmalara, sadece bilgilerimizin durmadan zenginleşmesini değil, aynı zamanda araştırma metodlarının tekemmül ve tenevvü etmesini de borçluyuz. Hukuk tarihçisi, tarihin büyük irtibatlarla alâkasını kaybetmemek için daima bu araştırma metodlarının tekemmül ve tenevvüünü takip etmekle mükelleftir. Bu mevzu etrafında olmak üzere, «*Mitteis*» in eserinde hukuk tarihinin vazifelerine temas edilmekte ve ona yol gösterilmektedir. Bu meyanda hukuk tarihinin hâlâ pozitivizmi ve safiyane - gayri intikadî realizmi aşamadığı işaret olunuyor. (*Bakınız: S. 35*). Hukuk tarihinin hareketsizlikten kurtulabilmesi için ne yapmak lâzımdır: Hukuk tarihi de, sistematik mevkiî itibarile kendini kavrayabileceği merkezî bir nokta aramak mec-

buriyetindedir. Bir kere hukuk tarihi, eğer bütün tarih ilimleri çerçevesi içindeki yerini hakikaten doldurmak istiyorsa, kendine terettüp eden vazifelerin hepsini henüz daha yapmamıştır. Hukuk tarihinin, belirtildiği üzere, pozitivismi henüz tamamiyle aşmadığı görülüyor. (S. 35). Metodik esaslar üzerinde tefekkür edilmemesi veyahut tefekkür eksikliği neticesiz kalmamıştır. Gerçi hukuk tarihine müteallik bir çok ihtilâflı meseleler münferit etüdler halinde etraflıca ve eksiksiz *münakaşa* edilmiştir; fakat bunların hepsi daha başlangıçta temizlenir, *zahîrî problemler* meydana çıkarılırdı; bunun için de ilgililerin metodik hareket mebdeleri hakkında tenevvür etmeleri icap ederdi. Hülâsa hukuk tarihi ölü bir tortu olarak kalmak istemiyorsa, *kesin surette, tarih ilminin bütününe iltihak etmekle, tarih ilmi içindeki özel kıymetini idrak etmekle, tarih metodolojisi sahasında elde edilen en yeni başarılardan gelen ilhamları benimseyip kabul etmekle*, buna muvaffak olabilir. Hukuk tarihi kültür ilimlerinin bütününde, ne derece büyük ölçüde ve ne derece kuvvetli bir mes'uliyet ve mükellekiyetle, hissesi ve ilgisi olduğunu öğrenmelidir, anlamalıdır... (S. 36).

II

Hukuk ilminin bir parçası olarak hukuk tarihi

Bundan evvelki bapta hukuk tarihi tarih ilminin bütünü içinde mütalâa edilmiş, bu sonuncusunun bir parçası olarak haiz olduğu ehemmiyet belirtilmeğe çalışılmıştır. Burada, hukuk tarihi ile tarih ilmi arasındaki münasebetlere mukabil hukuk ilmi çerçevesi içinde hukuk tarihinin maruz kaldığı değişiklikleri göreceğiz:

«*Mitteis*», hukuk tarihinin, hukuk ilmi çerçevesi içinde bir tetkik mevzuu olarak ele alınması keyfiyetinin çok eski olduğunu; fakat bunun, uzun müddet pratik bir takım sebeplerle yapılmış bulunduğunu işaret ediyor. (S. 37). Bu hal, 17 nci ve 18 inci asra kadar devam etmiştir; lâkin hukuk tarihinin ilkçağdan itibaren 17 nci ve 18 inci asırlara kadar arzettiği bu manzara yine bir hususiyet arzetmektedir: Hukuk tarihi artık yavaş yavaş ilmi bakımdan hususî bir kıymet iktisap etmeğe başlamıştı. Bilhassa «*Elegante Jurisprudenz*» namındaki mektepte «*Alciat, Cuiacius, Donellus*» gibi âlimlerin gayretleriyle hukuk tarihi hususî bir değer kazanmıştır. Bu zevatın yanında «*Ulrich Zasius*» u da zikretmek lâzımdır. Nihayet hukuk tarihi sahasında, daha doğrusu müstakil bir hukuk tarihi veyahut hukuk ilmi içinde hukuk tarihinin hususî bir değer iktisap etmesi yolunda sarfedilen gayretler silsilesinde *Hugo Grotius, Pufendorf, Justus Möser* gibi şahsiyetleri unutmamak

lâzımdır. Hukuk tarihi sahasında «Montesquieu» adının hatırlanması da gayet tabii addedilmek gerekir.

«Mitteis», hukuk tarihinde ilmî tefekkürün ancak tarihî hukuk mektebinde tam bir inkişafa mazhar olduğunu belirtiyor. Bu mektepte, kuvvetini romantizm ruhundan alan hakikî bir ilmî metodun etrafa yayılarak hâkim olduğu görülüyor. Tarihî hukuk mektebinin metodunun veyahut bu mektebin hâkimiyeti altında hakikî bir inkişafa mazhar olan hukukta tarihî tefekkür tarzını tayin eden âmilî, tabii hukuk telâkkisi karşısındaki menfi davranışta görüyoruz. «Mitteis», tarihî hukuk mektebinin tabii hukuk telâkkisine karşı bu menfi davranışındaki isabetsiz, hatalı bir noktayı haklı olarak işaret ediyor. Esasen tarihî hukuk mektebinin tabii hukuku reddederken ifrata vardığı daima tebarüz ettirilmiştir. Her ne kadar hukukta ifrata kaldırılmış bir tarihî görüşü kabul etmek mümkün değilse de, bilhassa şenî hukuk sahasında, kendi hudutları dahilinde kalmak şartıyla, tarihî metodu kabul ve tatbik etmek lâzımdır; çünkü şenî hukuk esasen tarihî bir varlıktır. Onu, daha iyi kavramak ve anlamak için, doğuşunu, oluşunu ve göçüşünü tetkik etmek zarurîdir. Ancak, müellifin de eserinde daima belirttiği gibi, tarihin seyri içinde gelişen ve her millete hâs olan hukukların fevkinde aklın, (daha doğrusu ahlâkî aklın) prensiplerine istinat eden, tarihî - müsbet hukukun vicdanı ve nâzım ölçüsü olan bir ideal hukuk, bir hukuk idesi kabul etmek icap eder. Bu ideal hukuk bir tabii hukuktan başka bir şey değildir. Bu kabil bir tabii hukuk idesi, «Mitteis» in eserinin müteakip bahislerinde, üzerinde bilhassa durulan noktalardan biridir.

Trahiî hukuk mektebinin, tabii hukuku reddederken ifrata vardığı zikrolunmuştu. Burada bahis konusu olan tabii hukuk, 18 inci asrın tabii hukukudur. Yani tarihî hukuk mektebinin cephe aldığı tabii hukuk telâkkisi, tenevvür devrinin rasyonalist tabii hukukudur. «Mitteis», gerek umumiyetle tabii hukuk idesi, gerek tenevvür devrinin rasyonalist tabii hukuk mektebi ve ehemmiyetleri hakkında bazı izahat vermekte, bilhassa tarihî hukuk mektebi ile hukukî pozitivism üzerinde durmakta ve bazı tanınmış hukuk tarihçilerini zikretmektedir. Nihayet yirminci asrın başlarında hukuk tarihinin arzettiği duruma da işaret olunmaktadır. (S. 39 - 59). Tarihî hukuk mektebinin cephe aldığı tabii hukukun, rasyonalist tabii hukuk olduğunu belirtmiştik. Bu rasyonalist tabii hukuk, küllî bir prensip olarak vazedilen umumî mütearifelerden deduction yoluyla, zaman ve mekânın fevkinde mutlak ve küllî mer'iyeti haiz, muhtevası değişmeyen normlardan meydana gelmiş bir hukuk sistemi telâkki ediliyordu. Umumî bir takım mütearifelerden veyahut akıldan istidlâl edilen bu tabii hukuk, zamanî bakımdan 17 nci ve 18 inci asra

bağlı olarak vücade getirilmiştir. Bu rasyonalist tabii hukukçular, vücade getirdikleri sistemin münferit normlarına âdetâ bilâ vasıta bir «müsbet hukuk mer'iyeti» izafe edilebileceği kanaatini besliyorlardı. Bu kabil bir tabii hukuk, tarihi bir varlıktır. Muayyen bir kâinat ve hayat telâkkinin, her şeyin sırf akılla izah edilebileceğine inanıldığı bir devrin tezahürlerinden olarak kabul edilmesi gereken bu hukuk telâkkisi, bittabi, zaman ve mekâna bağlı olarak 17 nci ve 18 inci asırlara hâkim olmuştur. (Her şeyin sırf akılla izah edilemeyeceği aşikâr olmakla beraber yine aklın otoritesini ve kıymetini unutmamak lâzımdır. Bir tabii hukuk telâkkisi ister akla ister akıldan gayri esaslara müsteniden temellendirilsin, onu yine akılla kavrayıp izah etmek zorundayız. Binaenaleyh burada tebarüz ettirmek istediğimiz şey, tabii hukukun menşeinin sırf, 17 nci ve 18 inci asırlardaki rasyonalizmin, yani tenevvür devri rasyonalizminin anladığı mânadaki akılda aranamayacağı keyfiyetidir. Şunu da kaydedelim ki türlü türlü rasyonalizmler olduğuna göre her rasyonalist görüş, eğer üzerinde tahsisen durmuşsa, tabii hukuku, şüphesiz, tenevvür devri rasyonalizmi gibi kavrayıp temellendirmeğe çalışmaz. Meselâ, yukarıda izah ettiğimiz tenevvür devri rasyonalizmine istinat eden tabii hukukla tenevvür devri tefekkür tarzını aşmış bulunan «Kant»'ın rasyonalizmine istinat eden tabii hukuk arasında esaslı fark olduğunu da bilhassa belirtmek icap eder.)

17 nci ve 18 inci asır tenevvür devrinin tabii hukuk telâkkisi, her ne kadar şayanı kabul değilse de, tarihi hüviyet ve tezahürü itibariyle büyük hizmetler ifa ettiği de inkâr edilemez. Onun ifa ettiği bu hizmetleri hukuk tarihinden çıkarıp atmak mümkün değildir: Bir kere rasyonalist tabii hukuk telâkkisi, resipe edilmiş Roma hukukunun mutlak hakimiyetini kırmış ve onun «ratio scripta» olarak kıymetlendirilmesi keyfiyetini tenkit etmiştir. Bundan başka tenevvür devrinin bu rasyonalist tabii hukuku, dünyevi hukuku dini hukuktan tamamile ayırmış, hukukla ahlâkı tekrar birbirine sıkı surette bağlamıştır. Fakat bu tabii hukuk, yavaş yavaş realitelerden uzaklaşmış ve devrini ikmal etmiş bulunuyordu. Bir taraftan tarihi hukuk mektebinin her müsbet hukuk nizamının milli esaslara ve şartlara tâbi olduğu düşüncesini talim ve tamime başlaması, diğer taraftan «Immanuel Kant»'ın «transcendental felsefesi» nin derin ve geniş tesirleri tenevvür devri tabii hukukunun felsefi ve hukukî tefekkür sahalılarında artık zamanı geçmiş bir telâkki olduğu neticesini husule getirmiştir. Maamafih «Kant», ideal mânada bir tabii hukuku her cihetçe kabul ediyordu. Aynı zamanda filozofun transcendental felsefesi içinde hukuk telâkkisini tetkik edecek olursak, bu hukuk telâkkisi, her nevi müsbet hukuk için de esasî mahiyette olan «tecrûbe imkânlarının» hudutlarını tayin eden ideal mânada bir tabii hukuku kabul etmektedir.

Binaenaleyh «Kant» tenevvür devrinin tabii hukukunu reddetmiş olmakla beraber *tabii hukuk fikrini* kesin olarak tasvip ediyor.

Anlaşıyor ki tabii hukuku, daha doğrusu tabii hukuk fikrini, hukuktan hukukun, bilhassa adaletin tekâmül tarihinden çıkarıp atmak mümkün değildir. *Regülâtif bir ide, şeni hukukun, müsbet hukukun inikadî bir kıymet ölçüsü olarak tabii hukuk, haklı ve zarurî bir düşünceden doğar.* Bu düşüncenin menşei, kısaca tabii hukuk fikrinin menşei insan ruhunun manevî - fikrî kademelerinde aramak lâzımdır. O halde tabii hukukun esaslı ve tesirli bir realitesi vardır ve öyle olmak icap eder, yalnız, bu tabii hukuku *tenevvür devri zihniyeti çerçevesi içinde teessüs eden tabii hukuk* mektebindeki gibi tasavvur etmek doğru değildir. Halbuki tarihî hukuk mektebi sadece tenevvür devri tabii hukukuna karşı değil, fakat aynı zamanda rekülâtif ide mahiyetindeki tabii hukuk düşüncesine karşı da cephe almakla fazlaca ileri gitmiş oluyordu. Lâkin böyle bir hareket tarzı tarihî hukuk mektebini, bahsus başlıca mümessili olan «Savigny» yi bazı tenakuzlara sevketmiş bulunuyordu. Çünkü «Savigny» Roma hukukuna «ratio scripta» nazarile bakıyor ve bu suretle, tıpkı tarihî bakımdan 17 nci ve 18 inci asır telâkkisine bağlı rasyonalist tabii hukuk mektebinin ileri sürdüğü prensipler gibi ve yine bu prensiplerin yerine kaim olmak üzere tarihin seyri içinde oluşmuş bir hukuku, Roma hukukunu vaz ve ikame eyliyordu. Buna mütenazır olarak «Germanistler» de Alman menşeli bir takım prensiplere müsteniden vücade getirilmiş «*müşterek bir Alman hususî hukuku*» nu ileri sürüp müdafaa ediyorlardı. Bu müşterek Alman hususî hukuku, münferit partiküler hukukların bir üst yapısı, bir kubbesi tarzında tasavvur ediliyor ve bu hukuklardan induction (istikra) yolile ve dolayısıyla jeneralizasyon suretiyle elde edilmek isteniyordu. Aynı zamanda bu hususî hukuk, bilâvasıta kanun kuvvetini haiz olacak ve her yerde kontrol edici, düzeltici bir mer'iyete sahip bulunacaaktı. Görülüyor ki esasında bu «*müşterek Alman hususî hukuku*» izafileştirilmiş, millî renge büründürülmüş bir tabii hukuktur (*Mukayese ediniz: S. 39 - 40*).

Mitteis, tarihî hukuk mektebi ile onu takip eden hukukî pozitivism üzerinde bilhassa duruyor. Çünkü tarihî hukuk mektebi ve hukukî pozitivism, gerek hukuk felsefesi gerek hukuk tarihi metodolojisi bakımından çok önemlidir. Bu itibarla müellif, tarihî hukuk mektebi üzerinde oldukça duruyor. «Savigny» nin yalnız tabii hukuka karşı değil, aynı zamanda kanunlaştırma hareketlerine karşı cephe almış olması teorisinin şayanı dikkat tarafını teşkil etmektedir. Kanunlaştırma hareketini reddederken, hukukun tesisine dair muayyen bir tasavvur ve kanaatten hareket ediyor: Hukuk, millî ruhtan sessizce, âdeta bir binanın yavaş yavaş büyümesi gibi doğar ve gelişir. Bu tarz bir gelişme, mümkün olduğu kadar,

sekteye uğratılmamalıdır. İlimin vazifesi, hukukun bu gelişmesini huzû' ve huşû' ile tetkik ve müşahede etmektir. Bu hukuk, «teamüli» karakterdedir. Teşri organı ancak bazı muayyen hallerde âcil pratik ihtiyaçları karşılamalı, fakat mümkün olduğu kadar bu teamüli hukuk üzerinde derin ve esaslî herhangi bir tadilât icra etmemelidir... «Savigny» «Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft» = Zamanımızın kanunlaştırma (kanun vaz'ı) ve hukuk ilmi bakımından vazifesi» namındaki eserinde sadece içinde yaşadığı devre değil, haddizatında hiç bir devre kanunlaştırma salâhiyetini tanııyordu. Tarihi hukuk mektebine bir pasiflik, bir kanunlaştırma düşmanlığı hâkimdi. Halbuki bu kanunlaştırma düşmanlığı haksızdı; çünkü iyi bir kanun, halkın ruhunda yaşayan hukukî telâkki ve kanaatlerin canlı bir ifadesi, bir aynası olabilir. Hattâ millî müşterek iradeye istinat eden kanunî mevzuat kadar hiç bir şey hukukun milliliğini sağlayamaz. Meselâ İsviçrede ve İskandinavya'da bu mevzuda misaller eksik değildir.

Bundan maada «Savigny», resipe edildiği tarihten itibaren Röma hukukuna Alman hukukunun bir «mütemmim cüzü» ve bu suretle millî ruhun bir inşiaı nazariyle bakıyordu. Bittabi böyle bir görüş, hatalı idi. «Geschichte des Römischen Rechts» namındaki eserinde, Alpleri aşarak, bir köprü kurmaya beyhude uğraşmıştır. Aynı zamanda «Savigny» ye göre «tekâmül mefhumu», natüralizm'e kaçan bir renk iktisap etmiş bulunmaktadır. Halbuki hukukta natüralist tefekkür tarzının bir çok mahzurları vardır. Meselâ, böyle bir tefekkür tarzı otonom nizamla heteronom nizamın kolayca birbirine karıştırılmasını intaç eder. Aynı zamanda «şahsiyet» ile «camia»nın birbirine nisbeti de hakkiyle anlaşılmaz [(Bakınız: S. 40 - 42) Bundan başka tarihi hukuk mektebinin *Alman hukuku kolu* hakkında bakınız: S. 42].

«Mitteis», hukukî pozitivizm üzerinde de duruyor. Hukukî pozitivizm, artık parçaları, cüzüleri bütüne müsteniden kavramaya değil, bilâkis bütünü parçalara müsteniden bina etmeğe beyhude, uğraşıyordu. Zamanla çok geçmeden bu hukukî pozitivizm, talilî usulle umumî prensiplerden hareket eden bir hukukî dogmatizm ile birleşmişti. Bu keyfiyet hukukî pozitivizmin, realiteden gittikçe uzaklaşması tehlikesini doğurmuştu. Meselâ tarihte *hukuk idesinin* ehemmiyeti ve nasıl gerçekleştiği meselesi ile hemen hemen hiç meşşgul olunmuyordu, «Savigny» bile gittikçe dogmatikçi olmuş, kendi kurduğu mektebin hareket mebedinden uzaklaşmış ve «müşterek hukuk ilmi» ni kurmuştu (Die Wissenschaft des Gemeinen Rechts). (Müşterek hukukun, dogmatizm ve pozitivizmin hukuk ilmindeki tesirleri, aldığı seyir ve şekiller ve vardığı neticeler hakkında bakınız: S. 43 - 46).

19 uncu asrın ikinci yarısında hukuk dogmatığının hukuk tarihine nüfuzu daha ziyade artmıştı. Müellif, bu meyanda «Rudolf Sohm» un «Die Geschichte der fränkischen Reichs = und Gerichtsverfassung» «Frank İmperatorluğu esas teşkilât ve mahkemeler teşkilâtı tarihi» namındaki eserini misal olarak zikrediyor. Bundan başka Alman hukuk tarihinin klâsik müellifi addedilen «Heinrich Brunner» in eseri üzerinde esaslı şekilde durularak bu müellifin hukuk tarihindeki ehemmiyeti iyice tebarüz ettiriliyor. Bu müellif, hukuk tarihine ne getirmiştir? Bir kere «Brunner» hukukçu ve tarihçi olarak önemlidir. Her ne kadar eserinin zenginliği ve formal revnakı insanda hayranlık uyandırıyor da, kendisinin rasyonal bir pozitivist mütemayil olduğu görülüyor. Alman hukuk tarihi = (Deutsche Rechtsgeschichte) namındaki eserinin giriş kısmında ileri sürdüğü bir düşünce, idealist bir telâkkiye inandığını göstermektedir: «Tekmil tarih gibi hukuk tarihi de insanlığın kendini tanıması, idrak etmesi denilen ulvî bir problem üzerinde çalışıyor». Fakat eserinin müteakip kısımlarında bu düşünce oldukça ve kuvvetlice ikinci plânda kalmaktadır.

«Brunner» in hukuk tarihi müellifleri içinde işgal ettiği mümtaz mevki nazarı itibara alınırsa, kendisinin ilmî şahsiyeti üzerinde biraz durmak icap eder: Bu müellif, Avusturya mektebi mensuplarından olup *Viyana Tarihi Araştırmalar Enstitüsünün* formal terbiye sistemi içinde yetişmişti; *Franz Brentano*, natüralist dil filozofu *Wilhelm Scherer* ve sistematik-dedüktif esaslara dayanan yeni bir iktisat teorisinin kurucusu olan *Carl Menger*'le «Brunner» arasında bir fikir, bir görüş yakınlığı mevcuttur. Bundan başka «Brunner», bir çok çağdaşlarla birlikte metodik münakaşalara ve izahlara karşı bir ademi temayül hissetmekte idi. Başlıca eserinin Frank devrini aşamamış olması hem karakteristiktir hem de bir tesadüf eseri değildir. Frank devri içinde kendini, adeta kendi sahasında, kendi evinde hissediyordu... Kendisinin muakkipleri de daha ziyade eski devirlere karşı bir temayül hissetmişler, muahhar ortaçağ ve tabiatıyla yeniyağların hukuk tarihi el sürülmemiş, işlenmemiş bir saha olarak kalmıştı. Fakat diğer taraftan unutmamalıdır ki bilhassa «Brunner» ve mektebinin çalışmaları, müşterek bir Avrupa hukuk tarihinin vaz'ı ve bina edilmesi mevzuunda kat'î önemi haiz hizmetlerde bulunmuştur (*Bakınız: S. 47 - 48*).

«Brunner» in hukuk tarihi üzerindeki önemini belirtirken bir de şu noktalar üzerinde durmak gerekir: Hukuk tarihi sahasında, hâdiselerin dogmatik şekilde kavranması iktiza ettiği keyfiyeti ısrarla ileri sürülmektedir. Hukuk tarihinin dogmatik şekilde kavrayamadığı şeyler, ölü malzeme addedilmek icap eder. «Brunner», doğrudan doğruya, âdeta

yabancı sahalara ait unsurlardan tecrit edilmiş bir «mahz hukuk tarihi» yapmak istiyordu. Hukuk tarihine müteallik hâdiselerin içyüzü veyahut onların istinat ettiği hakikî sebepler ancak ima tarikiyle belirtiliyordu. Fakat «Brunner», her şeyden evvel çok iyi bir tarihçi olduğu için, içinde yaşadığı zamanın dogmatikliğini, tarihî araştırmalara ve incelemelere ithale kalkışmamıştır. Binaenaleyh hareket mebdei, şu olmuştur: Bizzat hukukî kaynaklar, daha başlangıçta mefhumlara şekil ve hüviyet verirler, onları şekillendirirler ve fiilen mevcut hukukî tezahürleri bir ıstıfaya tâbi tutarlar; öyle ki hukuk tarihçisine, modern tefsir san'atının bütün vasıtalarına başvurarak bu mefhumları sadece inkişaf ettirmek vazifesi terettüp etmektedir. «Brunner» in tilmizleri, onun metodik prensiplerini çok defa ihlâl etmişler ve meselâ kaynakların ihtiva ettiği mefhumları kısmen ihmal, kısmen de onlardan ya fazla şeyler istidlâline veyahut onlara fazla şeyler atfetmeğe teşebbüs etmişlerdir; fakat «Brunner» in korrekt usulü dahi daima tatminkâr olamamaktadır (*Mukayese ediniz ve misaller hakkında bakınız: S. 49*). Eski kaynakların başlıca vazife ve hedefi, hukukî şeniyeti kavramaya yarayan bir model olarak mer'î hukukun dogmatikğine hizmet etmektir; fakat kaynaklar, bu vazifelerini göremiyorlardı (*Bu nokta hakkında daha fazla izahat için bakınız: S. 50*). Bununla alâkadar bir fenomen olarak da mevzuun aşırı derecede sadeleştirilmesi ve mücerretleştirilmesi zikredilebilir. (*Mukayese ediniz: S. 50*). Gerçi yeni kaynakların gittikçe artan bir hızla katılması, bilgimizin kemmi surette genişlemesini intaç etmiştir...; fakat bunun neticesinde pozitivizm daha da kuvvetlenmiş; malzeme tehacüm ve istilâsı, sarfedilen ilmî mesainin hedefini şuurlu bir şekilde idrâke mânî olmuştur. Meselâ bugün sarahaten şu mütalâa ileri sürülüyor: İlkçağ hukuk tarihinin, daha doğrusu hukuk tarihi alanındaki araştırmaların Mısır ve Yakınoğu memleketlerine teşmili, Roma hukukunun Avrupa hukuk sisteminin bilâmünakaşa fikrî temeli olarak artık kabul edilmesinin bahasına olmuştur. Roma hukuku sahasındaki araştırmalar, gittikçe ilkçağ kültür tarihinin ve şarkiyatın bir kısmı hâline gelmiştir. (*Mukayese ediniz ve mütemminim izahat için bakınız: S. 50-51*).

Kaynaklara karşı gayri inikadî davranış şu noktalarda da kendini göstermektedir. Meselâ «Tacitus» un «Germania» sına, tefsir yoluyla, bir çok gayrivarit şeyler atfedilmeğe çalışılmıştır (*Bakınız ve mukayese ediniz: S. 51-52*). Bu asrın dönümünde ise hukuk tarihi, bir çok münferit araştırma halinde gittikçe spesyalize olmaya başlamıştır. (Hukukun, tekmil beşerî kültürün bir parçası olarak vâz' ve mütalâa edilmesinin yavaş yavaş zail olması!) (*Bakınız: S. 52*). (*Bundan başka asrın dönümünde hukuk tarihinin arzettiği durum hakkında bakınız: S. 52-54*).

«Mitteis», hukuk tarihi ilminin İsviçre, Fransa, İngiltere ve İtalyada arzettiği durumu da kısa, fakat münekkah bir şekilde izah ediyor (S. 55 - 57). Nihayet, «hukuk ilminin bir parçası olarak hukuk tarihi» bahsinde son olarak üzerinde durulan nokta şudur: Hukuk tarihi, bazı noktalarda, hukuk ilminin takip ettiği umumî tekâmülden geri kalmıştır. tarihî hukuk mektebinin esas, daha doğrusu sevkedici düşünceleri, pozitivizm ve istorisizm yoluyla maruz kaldığı tadilât neticesi iktisap etmiş bulunduğu muaddel şekli ile dahi, artık hukuk tarihine bir temel ide vazifesi göremez. *Rudolf Stammler*'in yeni Kant'çı kritisizmi ile *Julius Binder*'in yeni Hegelciliği, v.s. henüz hukuk tarihi sahasında ilmî tefekküre tesir ve temas etmemiştir. (Mukayese ediniz: S. 57 - 58). Yani hukukî - felsefi tefekkürde görülen bu modrn cereyanlar veya istikametler, hukukta tarihî tefekküre temel vazifesi görecek, ona sevkedici bir prensip olacak hale henüz gelmemiş bulunuyorlar.

III

Ord. Prof. Dr. «H. Mitteis» in eserinde, hukuk tarihinin tarih ilmi ve hukuk ilmi karşısındaki durumuna müteallik izahların ana hatlarını ve bazı noktalar hakkındaki kanaatlerimizi belirtmeğe çalıştık. Eserin, kanaatimizce, hukuk felsefesi bakımından asıl şayanı dikkat kısımları, bundan sonra tetkik edeceğimizdir: Hukuk tarihinin, tarih ilmile hukuk ilmüne ifa ettiği hizmetler nelerdir? Hukuk tarihinin hayat kıymeti nedir? Hukuk prensipi olarak «Konsequence» meselesi! Şu ciheti tekrar belirtelim ki eserin bu zikrettiğimiz kısımları bilhassa hukuk mefhumu, hukuk idesi ve hukukla insanların içtimaî müşterek faaliyetlerinin yekdiğerine nisbeti meseleleriyle alâkadardır. Müellif, bu meseleleri, kendi rüyet noktası altında inceliyor. Maruzatımızın (B) harfiyle gösterilen kısmında da zikredilmiş olduğu veçhile, bu saydığımız problemleri tetkik ederken kendi düşünce ve kanaatlerimizi de izaha çalışacağız. İncelenen problemlerin ehemmiyet ve şumulüne binaen, bunları başka bir etüdde tetkik ve tafsil etmeği daha muvafık buluyoruz.

Her ne kadar mevzuubahs eserin, yukarıda belirttiğimiz gibi, bidayette bir kontrandüsünü yapmayı düşünmüş isek de, ihtiva ettiği problemlerin gerek hukuk felsefesi, gerek hukuk tarihi için arzettiği şümüllü ve kesin önem dolayısıyla mezkûr esrin mühim addettiğimiz noktalarını, onlar karşısındaki davranışımızı da belirtmek suretiyle, bir etüd halinde bir arada izah etmeği daha münasip bulduk.