

III

MUKAYESELİ HUKUKTA YENİ GÖRÜŞLER

1

SALEİLES VE LAMBERT

*Yazan: Dr. Ferid Ayiter, Ticaret Bakan-
lığı Birinci Hukuk Müşaviri.*

«Mukayeseli Hukuk İlimi» nin mevzuu, usulü ve vazifesi (fonksiyonu) üzerinde ilk bir anlaşma, 1900 yılında Paris'te bu maksatla toplanan milletlerarası kongerede elde edilmiştir, denilebilir. «Tabii hukuk» ve «Tarihi metep» görüşlerinin kuvvetle hüküm sürdüğü daha evvelki devirlerde sırasıyla, ideal ve tarihî şekil olarak *millî hukuk* birinci derece iştiğal mevzuunu teşkil ediyordu. Bundan dolayı mukayeseli hukukun temeli olarak geniş mânada yabancı hukuk müesseseleri arasındaki benzerlik ve müşterek esasları tetkik etmeğe (1) zemin müsait değildi. Rasyonalizmin mahsulü olan «Tabii hukuk» devrinde gerek millî ve gerek komşu milletlere ait kanunlar noksan ve idealden uzak telâkki edilerek onlarla uğraşılmamış ve hukukun değişmiyen esasları akılla bulunmak istenilmiştir. Bunun neticesi olarak hukukun bugünkü telâkkiye göre dayandığı içtimai vâkıaların tetkikine girişmemiştir. Bu ideal hukuk görüşünü, «Tabii Hukuk» telâkkisinin zıddına olarak, içtimai realite sahasına intikal ettirmiş olan «Tarihi Mektep» hukukun her devirde içtimai ve iktisadi şartlar içinde âdeta kendiliğinden vücut bulduğunu kabul etmiştir. Bu suretle muhtelif hukuk sistemlerinin tetkikine müsait bir vaziyet husule gelmiş olmakla beraber gene millî hukuk meselesi üzerinde durulmuş ve tarihî görüşten uzaklaşmıştır. *Kohler*'in haklı olarak kaydettiği veçhile, Roma hukukunun Almanya'da millî hukuk yerine kabul edilmesi gibi hakiki mânasiyle tarihî bir vâkıayı bile tetkik edememiş olan (2) «Tarihi Mektep»

(1) Mukayeseli hukukun bu esasına meşhur İngiliz hukukçusu *Austin*, 1832 tarihli «On the uses of the study of Jurisprudence» adlı yazısında, şu suretle temas etmiştir. «Umumi veya mukayeseli hukuk ilmi» ni (General or comparative Jurisprudence) müspet hukukun felsefesi veya umumi esasları (the philosophy or general principles of positive Law) ile bir tutan *Austin*'e göre «her (millî) sistemin ayrı ve hususi vasıfları olmakla beraber muhtelif sistemlerde müşterek olarak bulunan ve bunlar arasında bir karabet rabıtası kuracak mahiyette kıyaslar ve benzerlikler vücade getiren esaslar, meşhumlar ve tasnifler vardır. Bu müşterek esasların bir çoğu, gerek az medeni, kaba ve iptidai cemiyetlerin ve gerek daha ince bir kültüre vâsıl olmuş daha mütekâmil ve daha ileri cemiyetlerin sistemlerine umumi bir surette şumullü bulunmaktadır... Şu halde en ileri sistemlerde müşterek olarak bulunan muhtelif esaslar (diğer tabirle, onlar arasındaki muhtelif benzeşimler), bir taraftan millî veya hususi hukuk ilminden ve diğer taraftan teşri ilminden farklı, geniş bir ilmin (yani umumi veya mukayeseli hukuk ilminin) mevzuunu teşkil eder» (Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive Law, c. 2, beşinci tabı, 1931, s. 1072). Evvelce kendisinden bahsettiğimiz *H. Summer Manie de*, «Ancient Law» adlı eserinin neşrinden on yıl sonra, «Village Communities» adlı eserini açarken mevzuunun hukuk tarihini aydınlatmak olmayıp iki muhtelif cemiyetin hukuk sisteminin aynı hukuki temele dayandığını, bu sistemlerdeki meselâ mukavele nevini veya karı koca münasebetleri sahasını karşılaştırmak suretiyle, göstermek istediğini söylüyor (*Pollock*, The History of comparative Jurisprudence, Essays in the Law, 1922, s. 2 v. d.).

tep»in sapmış olduğu yanlış yolu gösterenlerden *Ihering*, hukukun içtimai tekevvünü nü anlamış ve komşu milletler hukukunun milli hukuk üzerindeki nüfuzuna işaret etmiştir. Muhtelif şekillerde vuku bulan karşılıklı alıp vermelerle, hukuk müesseseleri, *Ihering*'e göre, gelişmektedir (3). «Tarihi Mektep» in görüşü zıddına olarak hukuktaki gelişmenin şuurlu bir surette olduğunu ileri süren *Ihering*'in fikirleri mukayeseli hukuk ilmine müsait bir telâkkiyi hazırlamıştır.

Fransa'da «Tarihi Mektep» görüşüne mâkul bir surette iştirak eden, aynı zamanda mukayeseli hukuk ilmi için büyük hizmetleri sebk etmiş olan meşhur Fransız hukuk âlimi *Saleilles*, bu şuurlu hukuk tekâmülü fikrini bir nevi kanun mahiyetinde telâkki ederek bu tekâmülün şuurlu bir surette kolaylaştırılması azmiyle, insanların vazifesi yalnız hukuku tatbik etmek olmayıp aynı zamanda hukukun inkişafını, ilmi-ıçtimai bir usulle, bilerek, sevk ve tanzim eylemek olduğunu beyan eylemiştir (4). *Saleilles*'e göre «Mukayeseli Hukuk Tarihi», tarihin geçmişte vücade getirdiğini içinde bulunduğumuz zamanda devam ettirir, tarihi kuvveden fiile çıkarır. Yine ona göre «dogmatik mukayeseli hukuk» un vazifesi, tarihi tekâmülün haldeki münasebetlerle telifi, tamamlanmasıdır. Bu hususta sağlam esasların konulması suretiyle hukuktaki keyfi gelişme ve geliştirme tezahürlerinin önlenebileceğini ve «mahkeme adaleti» ne karşı bir himaynin tesis edilebileceğini *Saleilles* kaydediyor. *Saleilles* mukayeseli usulü kullanan sosyoloji ile, müesseselerin mukayeseli tarihini ve asıl mukayeseli hukuk ilmini birbirinden tefrik etmiştir. Dil, din, örf ve âdet, Devlet ilâh. gibi hukuk da içtimai varlığın unsuru olarak sosyolojik tetkiklerde yer alır. İçtimai tekâmülün âmil-lerini bulmak hususunda mukayeseli hukuk, *Saleilles*'e göre, sosyolojinin yardımcı mahiyetindedir. *Saleilles*, milletlerin medeniyet yolundaki gidişini göstermesi itibarıyla, müesseselerin mukayeseli tarihini asıl mukayeseli hukuka daha yakın telâkki etmektedir. Bilhassa iptidai kavimlerin ahlâk ve âdetlerini tetkike inhisar etmekte olan sahaya, *Saleilles*, mukayeseli hukukun ilmi ve sosyolojik fonksiyonu adını veriyor. Zira bu tetkiklerin gayesi ona göre, ameli bir ifade elde etmek değildir. Asıl mukayeseli hukuk, muhtelif devletlerde mer'i olan hukukun ıslahına ve ilerlemesine çalışmaktadır. Hukukun metodolojik gelişmesini mukayeseden bekleyen *Saleilles*, halin icaplarına göre kanunların mânası değiştiğini, tefsir ve i'malin bu değişikliğe tevafuk ettiğini ve aynı icaplarla aynı kanunların vazedildiğini söylüyor ve milli hukukun en iyi bir istikamette gelişmesini mukayeseli hukuktan bekliyor. Bu gaye, *Saleilles*'in mukayeseli hukuk telâkkisinin hususiyetini teşkil eder. Mukayese maksadiyle tetkik edilecek gerek yabancı ve gerek milli hukukun kanun metninden ibaret olmadığını, kanun hükümlerinin kâh tatbiksiz kaldığını ve kâh içtimai hayatta değiştirildiğini ve asıl hukukun yaşıyan hukuk olduğunu, *Saleilles*, isabetli bir surette kaydediyor. Mukayeseli hukukun dayanacağı bu yaşıyan hukuku bulmak, bu husustaki çalışmaların en güç kısmını teşkil eder. Hakiki, tatbik edilen hukuku ancak buhran ve ihtilâl halinde öğrenmekteyiz. Mahkeme içtihatlarının hakkıyla bilinmesi de ne kadar ince ve yorucu çalışma ile kabil olduğu malumdur. Mukayese edilecek muhtelif yaşıyan

(2) Congrès international de droit comparé de 1900, zabıtlar ve vesikalar, c. 1, 1905, s. 233.

(3) Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, kısım 1, altıncı tabir, 1907, s. 6.

(4) *Saleilles*, La fonction juridique du droit comparé, Rechtswissenschaftliche Beiträge Juristische Festgabe des Auslandes zu Joseph Kohlers 60. Geburtstag. 1909, s. 172; L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles, 1914, s. 73 v. d.

hukuk sistemleri ayrı ayrı tahlil edildikten ve her biri iyice anlaşıldıktan sonra bunların mukayese noktalarını bulmak kabildir. Mukayeseli hukukun daha bu ilk safhasında lâzım olan tam manasıyla objektif bilginin elde edilmesi hususunda ne kadar noksan teçhizatla işe girişildiği aşîkârdır. Bu başlangıç çalışmaların tamamlanması ve muhtelif memleketlerde mer'î olan hukuk müesseselerinin nasıl düzenlendiğinin ve nasıl işlediğinin anlaşılması üzerine, bu hukuk sistemlerine kaynak olan görüşler ve telâkkiler meydana çıkarılmak suretiyle, tetkik mevzuu olan hukuk müesseselerinin benzerlikleri ve farkları bulunur ve bu benzerliklerin ve farkların ne gibi cereyan ve temayüllere dayandığı ortaya konulmağa çalışılır. Mukayeseli hukuk ilminin alemdarlarından olan ve adı o esnada tanınmağa başlamış bulunan *Lambert'in* zikredilen kongrede beyan ettiği gibi, mukayeseli hukukla meşgul olan hukukçu, «bir taraftan bir veya müteaddit yeni kanunlar tarafından vazedilen bir ilk kaideye, ve diğer taraftan buna zıt mahiyette olmak üzere daha eski kanunlarda kabul edilmiş bir veya müteaddit kaidelere tesadüf eder ve fakat bu kanunlara dayanan mahkeme içtihatlarında daha yeni kanunlardaki hal suretlerine yakınlaşmıya mütemayil bir hareketin mevcudiyetini görür. Çok kere yabancı mahkeme içtihatlarının sadece karşılaştırılması, resmî metinlerin zâhiri farkları gerisinde, hukuki hayatın müşterek bir cereyanı olduğunu gösterir (5).

Saleilles'e göre mevzuu bu olan mukayeseli hukukun gayesi, alelade müşahade ve keşiften ibaret olmayıp, yukarda da işaret ettiğimiz vechile, faal bir vazifeyi, yani mevcut millî hukukun ilerlemesini, ıslahını ihtiva eder. Mukayeseli hukuk, «muayyen bir içtimal vaziyette takibedilmesi lâzım gelen hukuk cereyan ve istikametinin nasıl olmasını, yabancı hukukun mukayesesıyla», bulmağa çalışır. Muayyen bir hukuk müessesesi için idael tipin ne olacağı, muhtelif hukuk sistemlerinin mukayesesinden ve bu sistemlerin işleyişinden ve husule getirdiği neticelerden istintac edilir (6).

Saleilles, mukayeseli hukuka tahsis ettiği muhtelif tetkiklerinde, *Dumoulin'den* *Pothier'ye* kadar eski Fransız hukuk âlimlerinin eski Fransız örf ve âdetini birleştirmek hususundaki çalışmalarını ve gayretlerini bugünkü mukayeseli hukuka benzetmektedir. Muhtelif mahallerin örf ve âdeti arasında bir çok farklar vardı ve bunlardan bir takım ihtilâflar zuhur etmekte idi. Çok kere de bu örf ve âdette bazı meseleler ve hukuki münasebetler için hüküm bulunmuyordu. Eski Fransız hukuk âlimleri bu muhtelif örf ve âdet hükümlerinin arasını bularak bir nevi müşterek ve tamamlayıcı hukuk (droit commun et subsidiaire) vücuda getirdiler. Bazan mahallî örf ve âdet, bu yardımcı hukukun yanında hükümden de sâkıt oluyordu. Roma hukukuna dayanan telâkkilerin civar memleketlerde tatbik edilmesi, Fransa'da bu müşterek hukukun vücut bulmasına yardım etmiştir (7). *Saleilles*, bir gün muhtelif hukuk sistemlerinin mukayesesinden bir nevi milletlerarası müşterek hukuk mey-

(5) Kongre zabıtları ve vesikaları, c. 1, sayfa 51; *Lambert*, La fonction du droit civil comparé, I, Les conceptions étroites ou unilatérales, 1903, s. 899 v. d.

(6) Conception et objet de la science du droit comparé, Rapport présenté au Congrès international de droit comparé de 1900 sur la première question du programme, zabıtlar ve vesikalar, c. 1, 1905, s. 173; L'Oeuvre juridique de Raymond *Saleilles*, 1914, s. 89.

(7) Bu hususta *M. Meynial* yukarda zikredilen kongrede yaptığı «Fransa'da örf ve âdetin yazılmasından ihtilâle kadar hukukun birleştirilmesi isinde ilmi çalışmaların ve mahkeme içtihatlarının vâki hizmeti» (Rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'oeuvre d'unification du droit en France, depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution) adlı mühim tebliğinde bu ciheti belirtmiştir, zabıtlar ve vesikalar, c. 1, s. 271 v. d.

dana geleceğini söylüyor ve buna «medeni insanlığın müşterek hukuku» (droit commun de l'humanité civilisée) adını veriyor.

Saleilles'in bu fikri meşhur Alman hukukçusu ve mukayeseli hukuk ilminin ileri gelenlerinden *Rabel*'in Leipzig Üniversitesinin beş yüzüncü yıldönümüne ithaf ettiği «Rahinin tasarrufundaki tahditler, bilhassa papüruşlarda» (Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders besonders in den Rapyri), 1909, adlı eserinin mukaddimesindeki şu sözleri hatırlatıyor. «Bir gün gelecek, tarihi mukayeseli hukukun ve onunla beraber umum hukuk tarihinin zirvesi bir felsefi kısma, hukuki tezahürlerin umumi bir nazariyesine dayanacaktır. Bu nazariyeye göre hukuki tezahürler kültürün mücerret olarak düşünülmüş eserleri ve manivelâsıdır. Hukukun vücut bulması ve tesiri görülmesi arasındaki illiyet bu suretle izah edilmiş olacaktır. Bu kısım, hukuk tarihinden ayrılacak ve hukuk felsefesine ithal edilecektir. Cemiyet tezahürlerinde görülen tiplerin ilmi olan sosyoloji de tarihten ayrılmış ve umumi tarih felsefesinin sahasına girmiştir» (8).

Saleilles'in ileri sürdüğü «müşterek hukuk» mefhumu, *Lambert* tarafından «müşterek hukuku manzumesi» (droit commun législatif) adı altında ele alınmıştır. *Lambert*, mukayeseli hukuk mefhumu altında iki muhtelif disiplinin toplandığını, bunların arasındaki iştirak noktasının, her ikisi tarafından mukayeseli usulün kullanılmasından ibaret olduğunu, «mukayeseli tarih» (histoire comparative) diye adlandırdığı birinci disiplinin tarif ve tasvir edici (descriptive) sosyolojinin ayrı bir kolunu teşkil ettiğini ve «mukayeseli législation» adını verdiği ikinci disiplinin birincisi gibi tam bir ilim olmayıp hukuki san'atın, tekniğin (art) yüksek bir şekli teşkil eylediğini söylüyor ve «législation» tabirini, müsbet hukuk sistemlerini, toplulukları halinde, ifade etmek üzere, geniş mânada kullanıyor. Hukuki san'atın, tekniğin bir nevi olmak üzere vasıflandırdığı disipline «milletlerarası hususi veya medeni hukuk» (international privé ou civil) ve bu disipline elde edilen esere «müşterek hukuk manzumesi» (droit commun législatif) adını veriyor ve bu tabiri bir mücadele âleti olarak intihap ettiği halde «milletlerarası hususi hukuk» (droit international privé) tabirinin muhtelif milli hukuk hükümleri arasında çıkan ihtilafların halliyle uğraşan hukuk sahasına verilmiş olması hasebiyle mukayeseli hukukun bu ameli kısmı için de «législatif» müşterek hukuk tabirini kullanıyor. «Mukayeseli tarih» in gayesi münhasıran ilmi ve «spéculatif» tir. Bu disiplin dil, din ilimleri gibi yüksek mânada bir hukuk ilmidir. Vazifesi, mukayeseli tetkiklerle hukukun ve hukuki müesseselerin milli bir surette izahını hazırlamaktır. Bu mânadaki mukayeseli hukuk ilmi bugün mer'i olan ve tarihe karışmış cemiyetlerde hüküm sürmüş bulunan hukuk sistemlerini tetkik eder. Bundan ayrı bir disiplin olan mukayeseli «législation» un gayesi amelidir. Bu disiplin, hukukun bulunmasına, ortaya konulmasına ve tatbik edilmesine vasita olur. Bu mahiyetteki mukayeseli hukuk, müsbet hukukun bir unsurunu teşkil eder. *Lambert*'in bir san'at, bir teknik olarak vasıflandırdığı bu disiplinin yapacağı iş, mukayese ettiği hukuki sistemlerin karşılaştırılmasıyla mefhumların ve müesseselerin bilkuvve mevcut olan müşterek temelini bulmaktır. Bunlar kanunların müşterek esas kaideleridir. Muvaffakiyetin, çalışma sahasını da-

(8) S. 2. *Rabel*'in bu fikrinde her vechile Fransız pozitivisminde ilham almış olduğu görülüyor. Tarihî-icimai ilimlerde illiyetle izahın valis bir yol olduğunu yine Alman tarih ve hukuk felsefesi göstermiş ve bu suretle tabiat ilimlerinden ve müsbet ilimlerden ayrı olarak tarihî-icimai ilimlerin müstakil varlığı tesis edilmiştir.

raltmağa bağlı olduğunu kaydeden *Lambert*, bundan dolayı *Saleilles*'in âlemsümü bir müşterek hukuk, «medeni insanlığın bir müşterek hukuk» telâkkisine iştirak etmiyor (9). *Saleilles*'in müşterek hukuk mefhumu mukayeseli tarihe dayandığı halde, *Lambert*'in müşterek hukuk mefhumu, tarihi bir disiplinden ayrı, ameli bir disiplinden meydana gelmektedir. Bu itibarla *Saleilles*'in müşterek hukuk mefhumunu «Tabii hukuk» telâkkisine yakın gören *Lambert* de mukayeseli «jurisprudence» la millî hukuk sistemleri arasında irtibat yolları kurmak ve bir nevi «milletlerarası hukuki şuur» (conscience juridique international) meydana getirmek fikrini beslemiştir (10). Bununla beraber *Lambert*'le *Saleilles*'in fikirleri arasındaki şu esaslı farkı kaydedelim. *Saleilles*, müşterek hukuk mefhumuyla tarihi bir görüşü «Tabii hukuk» telâkkisi yerine ikame etmek istiyor. *Lambert*'in mukayeseli «législation» mefhumu, bütün medeni insanlığa şümüllü bir müşterek hukukun tesisine matuf olmayıp, aralarında medeniyet itibariyle birlik veya benzerlik olan memleketler için «législatif» bir müşterek hukuk vücade getirmek istemektedir. *Saleilles*'in telâkkisine göre mukayeseli hukuk bir nevi umumi hukuk ilmi sıfatıyla bütün zamanların ve bütün milletlerin bütün hukuki sistemlerindeki hukuki müesseseleri tetkik eder ve bu suretle hukuki müesseselerin meydana gelişine, gelişmesine ve ortadan kalkmasına ait umumi kanunları bulmağa çalışır. *Lambert*'in telâkkisine göre bu tetkikler, içinde bulunduğumuz zamanda birbirinin aynı olan veya birbirine benzeyen bir medeniyete mensup milletlerin mevcut hukuku (législation'u) üzerinde yapılacaktır. *Saleilles*'in telâkkisi, eski «Tabii hukuk» mefhumunun kanunlardaki değişmezlik esasını bırakmakla bu cihetten yürütülen tenkitlere hedef olmuyorsa da kanunların âlemsümlü olması hususundaki «Tabii hukuk» görüşüne iştirak etmekle bu noktadan yapılan tenkitlerden kurtulamıyor. *Saleilles*'in mukayeseli hukuka gördürmek istediği iş, «değişik muhteviyatlı bir doğru hukuk» (richtiges Recht, droit juste) meydana getirmeğe yaramak diye hulâsa edilebilir. Bu da, aşağı yukarı, yeni kalıpta bir «Tabii hukuk» demektir. Bu gibi teşebbüslerin sakatlığı, daima, arzu edilen, ideal sayılan bir şeyin hakikaten var olabilecek bir şey haline getirilmesini istemek gibi felsefece, mantıkça imkânsız bir işe girişilmesindedir. İdealin kuvveden fiile çıkarılmaması şeklinde umumi ifadesini bulan bu hakikat, «vucup» ile «vucut» arasındaki farka dayanmaktadır (11).

Mukayeseli hukukun, «ayrı bir hukuk kolu olmayıp, âzası arasındaki tesanüdü idrak eden milletlerarası bir cemiyetin ihtiyaçlarına, umumi hukuk ilminin intibak etmesine yarıyan bir usul olarak» *Lambert* tarafından vasıflandırılması (12) daha ziyade, «législatif» müşterek hukuk mânâsıdır. Burada *Lambert*'in mukayeseli hukukta sonradan yaptığı şu tasnifi de kaydedelim (13). 1. «Tarif ve tasvir edici mukayeseli hukuk» (descriptive comparative Law); 2. «Mukayeseli hukuk tarihi» (comparative history of Law); 3. «Mukayeseli législation» (comparative legislation) veya «mukayeseli jurisprudence» (comparative jurisprudence), yani kültür hukuk

(9) Hâşiyeye 5 te zikredilen eser, s. 913 v. d., 918.

(10) Le droit comparé et la formation d'une conscience juridique internationale, Revue de l'Université de Lyon, 1929; Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert, 1938, c. 1, s. 12.

(11) Burada «vucup» tabiri Almanca «Sollen» ve «vucut» tabiri Almanca «Sein» karşılığı olarak kullanılmıştır. «Sollen» tabiri Fransızca «devoir être» ve «Sein» tabiri «Être» ile tercüme ediliyor.

(12) Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert, 1938, c. 1, s. 13

(13) The Encyclopaedia of the Social Sciences, c. 4, 1931, s. 126.

sistemlerinin müşterek temelini bulmaya yarıyan tetkikler. Bu suretle *Lambert*'in evvelce «mukayeseli tarih» başlığı altında topladığı ve sosyolojiye yakın olara kabul ettiği tetkik sahasını ikiye ayırdığı görülüyor. Mukayeseli «législation» veya mukayeseli «jurisprudence» a gelince *Lambert*, kültür itibarıyla yakınlıklarını gördüğü lâtın milletlerle cermen milletlerin hukuk sistemlerini mukayese mevzuu yapmak ve ayrı kaynaktan gelen anglo-sakson hukukunu bazan bu mukayeselere ithal etmekle beraber müstakil olarak tetkik eylemek suretiyle, mukayeseli hukukun bu amelî disiplinini tatbik sahasına çıkarıyor. *Saleilles* de aynı hukuk sistemleriyle iş-tigal ettiğine göre aralarındaki fark, maddî olmaktan ziyade, tabirlere, kelimelere mi inhisar ediyor? *Saleilles* bu müşterek hukuka yalnız ikinci derecede bir mahiyet atfediyor ve millî hukukun tefsir ve imaline ve ilerlemesine yarıyan yardımcı bir disiplin gözüyle bakıyor. *Lambert*'e göre mukayeseli hukuk, mevzuu ve gayesi olan başlı başına bir ilim, bir teknik (art) olup bu itibarla, millî hukukun ilerlemesine yaramakla beraber, millî hukuk siyasetinden uzak kalır (14).

Saleilles, 1910 - 1911 ders yılında mukayeseli hukuk dersinin açılışı münasebetiyle Paris Hukuk Fakültesinde «Droit civil et droit comparé» (medenî hukuk ve mukayeseli hukuk) başlığı altında verdiği iki giriş dersinde (15), milletlerarası hususî hukuka temas ederek, mukayeseli hukuktaki iki temayülü veciz bir surette anlatmıştır (16). Yabancılar arasındaki hukukî münasebetlerden husule gelen kanunlar ihtilâfını halletmek için iki muhtelif görüşten hareket edilebilir. Bunların birisi, milletlerarası görüş olup bu noktadan hareket eden hukukçu, muayyen her hangi bir hukuk sisteminden müstakil olarak, ideal kaideler bulmağa ve meydana çıkarmağa ve bu suretle bu ihtilâfları halle yarıyacak bir «doctrine» tesis etmeğe çalışır. Zikredilen iki görüşten ikincisi, millî hukuku hareket noktası yapar ve hal çarelerini bu hukukun kaideleri içinde bulmak ister. «Millî mukayeseli hukuk ilmi», *Saleilles*'e göre, «mukayeseli hukuku millî hukukun işleyişi noktasından tetkik etmekle yukarıda kaydedilen millî hukuk görüşüne tekabül eyler. Bu suretle millî hukukun inşasına yarıyacak iktibaslar «doctrine» tarafından yapılır ve kanun vazı işe girişmeden ve işi ele almadan önce mahkeme içtihatlarına istikamet gösterecek temayüller aynı veçhile öğrenilir.»

Mukayeseli hukukla yabancı hukuk sistemlerinden elde edilen kaidelerin, hükümlerin millî hukuka hulûl etmesine gelince bu da ya teşriî islâh hareketleriyle veya ilmî ve kazal içtihatlarla vukua gelir. İlmî çalışmalar arasında, *Saleilles*'e göre, mukayeseli hukuk tetkikleri, teşriî yenilikleri hazırladığı gibi başka memleketler kanunlarının lüzumsuz yere taklidedilmemesi için de kanun vazını ikaz eder (17). Fakat hukukta ilerleme ve, ictimai ihtiyaçlara göre icabeden, hukukî esasların ve kaidelerin kabulü, bilhassa mahkeme içtihatları ve «doctrine» vasıtasıyla olmaktadır. *Saleilles*, mukayeseli hukukun asıl verimli sahası bu olduğunu kaydediyor. Zira, ona göre, mukayeseli hukukun, tefsir ve imal tekniğinde ehemmiyetli bir mevki vardır. Sosyolojik görüşe iştirak etmemesi hasebiyle *Saleilles*, ictimai vaziyetlerin teşriî iradeye takaddüm edeceğini kabul eylememekte ve kanun vazının sarîh olan iradesine hakimîn ittibatı lâzım geldiğini söylemektedir. Ancak bir çok hallerde kanunun halletmediği meselelerden çıkan ihtilâflar mahkemelere intikal eylemektedir. Münakaşaya

(14) Fonction du droit civil comparé, I, s. 901.

(15) Revue internationale de l'enseignement, tome 61, 1911, s. 5 v. d.

(16) Aynı ver, s. 29 v. d.

(17) Aynı ver, s. 28.

ve fikir ihtilafına müsait olan, kanunun sarıh olmadığı bu sahada hâkime rehberlik edecek ve objektif kaideler göstererek onu keyfi kararlardan alıkoyacak yol, bir zamanlar kabul edildiği gibi, birtakım sūri mantık usul ve kaidelerinden ibaret olamaz. Bu tarzda vaktiyle yapılmış olan çalışmalar neticesinde ilim ile resmî hukuk ve yaşayan hukukun arası açılmıştı (17 a). Hayatın realitesiyle karşı karşıya olan ve insanlar arasındaki ihtilafları hallederek birinin lehine ve diğerinin aleyhine karar vermeğe mecbur bulunan hâkim, «doctrine»'in soğuk ve cansız mantıki istidlâllerine bağlı olmayı reddediyor, birtakım mücerret mülâhazalarla kanun vazunun iradesini keşif ve istihrac etmeğe uğraşmıyor, kanunun yapıldığı tarihe, Code Civil'de olduğu gibi bir asır öncesine çıkmıyor ve şu halledilmez meseleyi, «Code Civil'de yazanlar bu müşkül karşısında kalsalardı, onu nasıl hallederlerdi?» sualini vaz etmiyor. Zira bir insan, içinde yaşadığı ve mensubolduğu bir zamandan ayrılıp daha önceki zamanların adamı gibi kolay kolay düşünemez ve hissedemez. Şüphesiz bugün «doctrine», usullerini değiştirmiş ve realiteyi daha iyi ihata etmeğe alışmıştır. Bugün, vâkıaların müşahedesi usulü, eskiden boş yere yürütülen münakaşaların yerini tutmuştur. Bir nevi tarihi usul olan bu müşahade tarzı, kanunlar kadar mahkeme icihatlarını da gözönünde bulunduruyor, bunları anlamaya ve aynı zamanda aydınlatmaya çalışıyor. Hukuk ilmi, mülâhaza ve istidlâl devresinden müşahade ve sistemleştirme haline geçmiştir. Fakat bu arada «doctrine», hukukun ictimai ihtiyaçlara göre gelişmesinde beraber çalışmak işini ihmal etmiş görülmüyor. *Saleilles*, bu sahada hukukcuya düşen vazife üzerinde duruyor. Mahkeme icihatlarına ilham kaynağı olmak, onlara yol göstermek ve onların yanlış yola sapmalarına mani olmak bu vazifedendir. Tatbik edilemeyen veya fertlerin menfaatlerine ve iktisadi şartlara aykırı olan kaidelerin, hükümlerin kaldırılmasına ve onların yerine bu menfaatlerin veya şartların icabettirdiği hükümlerin konulmasına ve hal çarelerinin bulunmasına çalışmak, ilim adamlarına terettübedir. Bu öncü ve aydınlatıcı vazifenin ifası ve kanunlara sadık kalmakla beraber onların tekemmülünün hazırlanması için *Saleilles*, hukuki inşa (construction juridique) usulünü ibka ediyor ve fakat bu hususta yeni malzeme ile çalışıyor (18). Bu nazik noktada *Saleilles*'e en sağlam görünen hal çaresi şudur. «Hukukun, her şeyden önce rasyonel bir ilim olduğu ve bundan dolayı bir hukuki meseleyi halletmek isteyeceklerin ilk önce metinleri ve kanunî hükümleri, bunları akli bir kaideye rapteden nazari mefhumlar ve inşaî mülâhazalarla anlamağa çalışması lâzım geldiği fikri veya vâkıası hareket noktası yapılmalıdır» (19).

Hukuki inşanın mahzurlarını, başta *Ihering* ve *Gény* olmak üzere, birçok ilim adamları göstermişlerdir. Fakat rasyonel bir ilim olması itibariyle hukukun inşaî usulden feragat etmesi kabil değildir. Müesseselerin mahiyeti ihata ve ifade edilirken hututunun tamamlanması için o müesseseyi ilham etmiş olan fikre kadar çıkmak gerektir. Fakat bu fikir hemen daima kanunda meskût geçilmiştir ve çok kere ka-

(17 a) Fransız hususi hukuk ilminin geçen asırdaki tarihi için «Mukayeseli hukuk, hukukun tevhibi ve ticari alım satım hukukunun birleştirilmesine ait kanun lâyihası» başlığı altında Edouard Lambert'e ithaf ettiğimiz yazıya bakınız. (Adlye Ceridesi, 29 uncu sene, sayı 8, s. 1067 v. d.)

(18) *Capitant*, Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après R. *Saleilles*, L'Oeuvre juridique de Raymond *Saleilles*, 1914, s. 96 v. d., 101 v. d.

(19) Ecole historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récentes (de Stammler, *Gény*, Duguit, Bülow, I. von Savigny). Revue trimestrielle de droit civil, c. 1. 1902, s. 104: L'Oeuvre juridique de Raymond *Saleilles*, 1914, s. 103, hasıve 1.

nun vazı tarafından açıkca müşahede edilmemiştir. Zira teşrii vazife, lüzumlu hal çarelerini göstermek olup mücerret formüllerin irası kanun vazına düşmez. Bu suretle, tetkik edilen müessesenin nasıl tanzim edilmiş olduğu aydınlatılır. Bundan başka. *Saleilles*, inşai usulün, kanun hükümlerini ilmi bir sistem haline getirmekle kalmayıp, bu sisteme yenilikler ithal ederek onu zenginleştirdiğini kaydediyor. İctimai muhitteki bir takım arzu ve temayüllerin tatmini, bunların müphem ve mütebellir olmanın şekilden çıkıp makul mefhumlar halinde bir araya toplanması ile ve hututunun sarih bir surette taayyün eylemesiyle kabil olur. İctimai esaslara dayanan ma'kul fikirlerin, bu manada anlaşılması lâzım gelen hukuki inşaa ile, sarih ifadesini bulduğunu ve mümkün mertebe keyfi olmaktan kurtulduğunu *Saleilles* beyan ediyor (20). «Doctrine» ile mahkeme icthaatlarının iş birliği hususunda hukuki inşaya, dinamik manada ve daima islâh ve ikmal edilmek kaydıyla, büyük ehemmiyet veren *Saleilles*, bilhassa mukayeseli medenî hukuktan büyük yardım beklemektedir. Mukayeseli medenî hukuk, ona göre, hukukcuya yep yeni müşahede sahası açar. Hukukcu, yaptığı mukayeselerden, bir müessesenin dayandığı fikri muhtelif hukuk sistemlerinde müşahede eder, kanaatında kuvvet bulur veya başka bir hukuk sisteminde kabul edilmiş olan neticenin tercihe şayan olduğunu anlar ve çok kere hukuki inşaların islâh ve tadilinde yabancı görüş ve telâkkilerden ilham alır. Bu suretle bir çok yeni kaidelerin, hükümlerin millî hukuka alınması imkânı hasil olacağını *Saleilles* kabul ediyor ve yaşıyan hukuk sistemlerinden ıktibas edilmiş unsurlardan teşekkül eden, sağlam zemine dayanan ve muhtelif memleketler hukukularının gayret ve çalışmalarıyle kurulan esasların mahkeme kararlarını destekliyeceğini ve bunun neticesi olarak nazari ve amelî hukukun, «doctrine»'le mahkeme icthaatlarının birleşmesi kuvveden fiile çıkacağını söylüyor. Bu usulle, bir taraftan, «doctrine»'in nazariyeleri, mukayeseli hukukun ilham edeceği islâhatın cazibesi altında, yeni telâkkilere göre değişikliklere uğrar ve, diğer taraftan, mahkeme icthaatlarının tefsir ve imalleri için lüzumlu olan müsbet esaslar bulunur. Muhtelif hukuk sistemlerindeki kaideler, esaslar bir nevi hukuki ideal mahiyetinde telâkki edilebilir.

Bu usul, cazibolduğu kadar ihtiyatlı hareketi icabettirir. Yabancı hukuk sistemlerinden alınıp millî hukuka ithal edilecek kaidelerin kabulü, hukukcular tarafından ilmi çalışmalarla hazırlanır. Bu yeni kaideler, ilk önce «doctrine» tarafından tasvibedilir ve bunun üzerine mahkeme icthaatlarında yer alır.

Saleilles, bu usulü tatbik ederek, yazdığı muhtelif eserlerle bilhassa Alman Medenî Kanunundaki yeni esaslardan Fransız Medenî Kanununun eski hükümlerini tamamlamağa ve bir çok boşlukları doldurmağa yol açmıştır.

Millî hukukun tefsir ve imali için ilk defa *Saleilles* tarafından ortaya konulan yabancı hukuka müracaat usulü tenkitlere uğramıştır. Bunlardan *Lambert*'in tenkitlerini yukarıda gördük. Gerek *Saleilles*'in ve gerek *Lambert*'in mukayeseli hukuka ait fikirleri üzerinde mühim tenkitlerden biri de *Gény* tarafından yapılmıştır.

Gény «Müsbet hususi hukukta tefsir ve imal usulü ve kaynakları» (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*) adlı eserinde (21), 1899 yılından beri Fransada ve Belçikada hukuki usul için yapılan «doctrinal» mücadelelerden bah-

(20) Haşiyec 15 te zikredilen yazı, s. 20.

(21) C. 2, ikinci tabı, 1919, s. 267 y. d.

sederken *Saleilles ve Lambert'in*, mukayeseli hukuku kanunların tefsir ve i'mali hususunda bir unsur haline getirmek fikrini tetkik ediyor ve şunları kaydediyor.

Saleilles bu yolda az çok gözü kapalı olarak hareket etmiş, mukayesesi kolay olan yabancı hukuk sistemlerine müracaat eylemiş ve bulduğu tiplerin hakikaten dik-kate şayan olup olmadığı üzerinde durmamıştır. Bu tezi genişleten ve daha vuzuhlan-dıran *Lambert*, mukayeseli hukuku gerek müsbet hukukun unsuru olan disiplin ha-line getirmek ve gerek «medenî siyaset» (politique civile)'in bir âleti yapmak is-temiş ve muayyen bir medeniyet seviyesinde olan yabancı hukuk sistemlerinden, ay-ni medenî zümreye giren, milli hukuk sistemlerine nümune teşkil edecek bir «droit commun législatif», yani müşterek bir hukuk manzumesi elde etmeyi ilmi mevzu ol-mak üzere ele almıştır. Bu müşterek hukuk manzumesi (législation), bir taraftan, taallük ettiği milli hukuk sistemlerinin, içtimai ve iktisadî hayat icaplarına göre, gelişmesine ve ilerlemesine yarıyan müesseseleri ve kaideleri, hükümleri gerek teşriî yolla ve gerek «doctrine» ve mahkeme icthatları (jurisprudence) vasıtasıyla o milli hukuk sistemlerine ithal eder ve, diğer taraftan, aynı esaslara dayanan bir nevi bey-nelmileleştirmeyi hazırlar (22). *Gény* bu müşterek hukuk manzumesinin ancak sıkı bir surette birbirine bağlı müsbet hukuk sistemleri arasında kabil olduğunu ve *Lam-bert'in* bunu umumî olarak lâtin ve cermen kavimleri için mümkün telâkki ederek fi'len tatbikına geçmek ve faidesini göstermekten ziyade, bunun umumî esaslarını tâyin etmekle iktifa eylediğini ve müşterek hukuk manzumesinden elde edilecek hal suretlerinin milli hukuka nasıl ithal edileceğini tam olarak irae etmemiş olduğunu söylüyor. Milli hukuk sistemlerini beynelmileleştirmeye meyleden bu fikirlerin uyandırdığı tereddüdü haklı gören *Gény* (22 a), müsbet milli hukukun gelişmesi ve ilerlemesi hususunda beslenen ümitleri bir tarafa bırakarak ve muhtelif telâkkilere dayanan hukukî müesseselerin bir tipe ircamın hattâ bazen imkânsız olduğunu be-yan etmiş olan *Thaller'in* mütalâasını kaydederek, bilhassa mukayeseli hukukun milli hukuk sistemlerinin tefsir ve i'maline yarıyan hususi bir unsur teşkil edeceği fikrini tahliî eyliyor (23). *Gény'ye* göre burada tetkik edilecek iki ayrı mesele vardır.

1. Bu maksat için mukayeseli hukukun kullanılması haklı mıdır ve bu iddia neye dayanıyor? Her şeyden önce bu cihetin bilinmesi lâzım geldiğini beyan eden *Gény*, muhtelif memleketler hukukunda haricen görülen karşılıklı alıp vermenin psi-kolojik âmilli, taklit olduğunu ve muhtelif hukuk sistemlerinin «icma'ı» ndan çıkarılan bir kaidenin, hükmün muayyen bir memlekettekinden daha geniş olan aynı medeni-yet âleminde bir nevi müşterek hukukî şuura mazhar olacağı ve bundan dolayı, lû-zumunda, bazı milli mukavemetleri yeneceği fikrinin eski «Tabîî hukuk» telâkkisi-nin yeni şekle sokulmasından ibaret bulunduğunu söylüyor ve müşterek hukukî şu-

(22) Aynı ver, s. 272.

(22 a) *Lambert* bu beynelmileleştirci temavülünü, bilâhare, 1924 yılında La Hav'de ku-rulan «Milletlerarası Mukayeseli Hukuk Akademisi» (Académie internationale de droit com-paré) nin 1932 yılında toplanan birinci kongresinde milletlerarası bir hukuk fakültesinin vücade getirilmesi fikrini açıkça şu sözlerle ifade etmiştir: «Mukayeseli hukuk» veya «Mukayeseli hukuk ilmi ve tatbikatı» (droit comparé, jurisprudence comparative), hukukun ayrı bir şubesi değildir. Ekonomik bünyesi beynelmileleşmiş olup hukukî müesseselerini bu bünyesine tevafuk ettirmek ve hukukun ticarî kısımlarını beynelmileleştirmek lüzumunu hisseden bir mil-letler cemiyetinin ihtiyaçlarına tekabül eden hukuk şekli mukayeseli hukuktur» (Milletlerarası Mukayeseli Hukuk Akademisi muhtıraları, c. 2, birinci kısım, s. 600).

(23) Aynı ver, s. 274 v. d.

run kendisi, müsbet hukuk için müstakil bir kaynak teşkil etmediği gibi mukayeseli hukukun da kendi kendine hukuk ihdas edecek iktidarda olamayacağını ve ancak hukuki tetkikleri aydınlatmaya yarıyacağını kaydediyor.

2. Bu suretle sahası daraltılmış olan mukayeseli hukuk nasıl elde edilmeli ve kullanılmalıdır? Meselenin bu noktadan da oldukça karışık olduğunu beyan eden *Gény*, şu iki müşahedeyi ileri sürüyor. Bir kere, ona göre, müesseselerin teknik ve mefhum itibarıyla şekline fazla bir ehemmiyet verilmiştir. Muhtelif millî hukuk sistemlerinde görülen birbirine yakın temayüller, çok kere, hukuki kaidelerin asıl temelinde taallük etmektedir. Bununla, müşterek hukukun bir esası konulabilirse de hukukî inşa (construction juridique), memleketlere göre farklılık arz eder. Tekniklerdeki karşılıklı beraberlik, kaidelerdeki mütakabiliyeti kuvvetlendirir ve bunların umumileştirilmesini kolaylaştırır da bu netice zaruri değildir. Diğer taraftan, mukayeseli hukuktan faydeli istikametler elde edilmek istenilirse, benzer temayüller gösteren hukuk sistemlerinin (législation) ele alınması suretiyle mukayese sahasının daraltılması icabeder. Bu hususta *Lambert* tarafından, bir «législatif» müşterek hukuk tesisi lehinde teklif edilmiş fikirler, burada, zâhiri benzerliklerden ziyade, temel mefhum ve kaideler vasıtasıyla aradaki yakınlığı bulmak şartıyla, kıymetli rehberlik edebilir. *Gény*, bu tenkitlerini şu sözleriyle tamamlıyor. «Herhalde mukayeseli hukuk, kendisine ne kadar ehemmiyet verilmek istenilirse istenilsin, ancak mahdut sayıda meselelerin tefsir ve imalinde yardımcılık edebilir ve en hararetili taraftarlarının itiraf ettikleri veçhile, mukayeseli hukuktan, hukukun bütün tatbik sahası için ihtiyaçları karşılayacak bir «devayı küll» olmayı beklemekten çekinmelidir» (24).

Bu esaslı tenkitlere ilâve olarak burada kısaca şunları kaydedebiliriz. Gerek *Saieilles* ve gerek *Lambert*, Fransız ilim görüşüne hâs positivism'le hukukun ve hukukî müesseselerin oluş ve gelişmesinde bir nevi tabii kanunlar aramak ve bunları illiyetli izah yoluyla bulmak gayesiyle çalıştıklarından ve bu suretle bilhassa Fransız hukuk ilminin usulünü islah etmeyi ümid ettiklerinden, yukarıda da işaret eylediğimiz üzere, metod itibarıyla yanlış bir yol tutmuşlardır (25). Tarihin bir-defalığına iştirak eden bütün içtimai ilimlerde usulün islahı meselesi bugünün de en mühim meselelerindendir. Şimdiye kadar bu hususta hukuk ilmi için tavsiye edilen en iyi yol bir nevi Telelolojik, yani maksat ve gayeye tevafuk eden hususî bir mantıktır.

(24) Aynı yer, s. 275.

(25) Fransız mukayeseli hukuk ilminin diğer mümessillerinde de bu pozitivist telâkki görülür. Bu kabilden olarak 1900 yılında Paris'te toplanan yukarıda bahsettiğimiz Milletlerarası Mukayeseli Hukuk Kongresinde *André Weiss*, «Medenî hukuk sahasında mukayeseli hukukun kaidesi, vazifesi ve usulü» (Règle, fonction et méthode du Droit comparé dans le domaine du Droit civil) adlı raporunda «kanunların mukayesesi (législation comparée), tarihin faaliyet halinde oluşu, yani yaşayan tarih demektir. Kanunların mukayesesi, muhtelif içtimai vaziyetlerde olan ve birbirinden farklı incelikleri bulunan cemiyetlerde, bir hukukî müessesenin geçirebileceği tekâmül ve tahavvüllerin tam bir silsilesini, muhtelif şekilleri ve vasatleriyle ve asırlar arasında dolaşmağa hacet kalmaksızın, hemen aynı dakika içinde, bize göstermektedir. Kanunların mukayesesi, bu tekâmülleri ve tahavvülleri bugünün bir panoraması haline getirir; bunlar üzerinde kaçılmaz tesiri görülen tarihî kanunun varlığı bu suretle bedihilesir» (bu kelimeler tarafımızdan italik yazılmıştır) demektir (Mémoires de l'Académie Internationale de Droit comparé, c. 2, birinci kısım, 1934, s. 52 v. d., de *André Weiss* hakkında *Henri Capitant*'ın nutku). Bu suretle, tarihte milletlerin hukukî tekâmüllerinde görülen değişikliklerin bir takımı içtimai kanunların tesiri altında vukubulduğu esas, doğru olmayarak, kabul ediliyor.

BIERLING

Geçen yüzyılın sonlarına doğru batı Avrupasının fikir hayatında esen, yukarda işaret ettiğimiz, pozitivist hava içinde hukuk ilmi için süri mantık usulleriyle bir temel arıyanlar ve bu temeli, tabii hukuk cereyanına kapılmak korkusuyla, felsefeye istinat ettirmeyip bir nevi «Umumi hukuk nazariyesi» üzerine bina etmek isteyenler arasında (26) yer alan Alman hukukçularından Ernst Rudolf *Bierling* «Mukayeseli hukuk» mefhumu üzerinde durmuş ve bu mefhumun tarihi tetkik edilirken gözetilmesi gereken değerli fikirler ileri sürmüştür. *Bierling* «Zur kritik der juristischen Grundbegriffe» (Hukuki temel mefhumların tenkidi) (27) ve «Juristische Prinzipienlehre» (Hukuki esaslar nazariyesi) (28) adlı eserlerinin ikincisinde hukuk ilmine ait fikirlerini telhis eder ve tekrar gözden geçirirken bu ilmin yalnız içinde bulunduğumuz zamana ve tatbikat sahasına hasredilmesi suretiyle mevzuunun daraltılması ne kadar doğru değilse bu mevzuun lüzumundan fazla genişletilmesi hukuk ilmine birtakım fuzulî vazifler tahmil etmek demek olacağından bu hareketi itirazla karşılamak icap eylediğini söylüyor (29). *Bierling'e* göre hukuk ilmi şu kolları ihtiva eder.

- I. Hukuki esaslar nazariyesi (Juristische Prinzipienlehre),
- II. Hukuk tarihi (Rechtsgeschichte),
- III. Mer'î hukuk ilmi (Darstellung des geltenden Rechts),
- IV. Hukuk felsefesi (Rechtsphilosophie) ve
- V. Hukuk siyaseti (Rechtspolitik).

Bunlardan birincisinin müstakil bir surette ele alınması lâzım gelirken hukuk felsefesine, hukuk ilmine girişe ve dogmatik hukukun muhtelif kısımlarına ait umumi hükümler arasına sıkıştırılarak tetkik ve tedris edildiğini (30), hukuk tarihi ile hukuk felsefesinin tarihle felsefenin birer kolu olmakla beraber aynı zamanda hukuk ilminin, de birer şubesini teşkil ettiğini, hukuk siyasetinin başlı başına tetkik mevzuu yapılması mümkün olmayıp bütün bu hukuk ilmi kollarında dağınmış bir halde mütalâa edildiğini ve mer'î hukuk ilmi'nin amelî olduğu kadar nazari bir mahiyeti haiz bulunduğunu *Bierling* kaydettikten sonra (31) «Mukayeseli hukuk ilmi» diye müstakil bir ilim kolunun kabulüne muarız bulunduğunu söylüyor (32). Bu nam altında yapılan tetkiklerin ilmi kıymeti olduğunu teslim etmekle beraber bunların, meselâ «Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft» (Mukayeseli Hukuk İlimi Mecmuası)

(26) Bunların başında, meşhur «Jurisprudenz und Rechtsphilosophie» 1892, adlı eserin muharriri Karl *Bergbohm* gelir. *Bierling'den* maada Adolf *Merkel* ve Karl *Binding* gibi yüksek ilim adamları da bunlar arasındadır.

(27) İki cilt olaak 1877 ve 1883 yıllarında yayınlanmıştır.

(28) Beş ciltten ibaret olup 1894-1917 yıllarında yayınlanmıştır.

(29) Juristische Prinzipienlehre, c. 5, 1917, s. 11.

(30) Aynı yer, s. 23 v. d. 'nda «hukuki esaslar nazariyesi» adı altında ne kastedtiğini *Bierling* kısaca beyan eylemiştir. Hukuk felsefesini alâkalandıran bu meseleye burada temas edemeyeceğiz.

(31) Aynı yer, s. 3 v. d.

(32) Aynı yer, s. 11.

gibi bir yerde toplanmasını muvafık görüyor. Mecmuanın adında «ilim» tabiri varsa da *Bierling* onu rastgele bir derleme yeri diye zikrediyor ve her halde «mukayeseli hukuk ilmi» mefhumunu, dolayısıyla olsun, kabul etmiş görünmüyor. Ona göre, olsa olsa, bu mefhum «mukayeseli hukuk tarihi» mefhumuyla birtutulmak suretiyle onun müstakil bir kolunu ifade edebilir. Zira «mukayese», *Bierling*'in fikrinde, hiç bir vakit müstakil bir ilmin vazifesi olmamış ve muayyen bir maksada yarıyan bir vasıta, bir usul olmaktan ibaret kalmıştır. Bundan dolayı mukayeseli hukuk kâh hukuk tarihine ve kâh hukuk siyasetine faydalı olmaktadır. Gerek umumi hukuk tarihi ve gerek münferit müspet hukuk sistemlerinin, bilhassa kaynakları mahdut olan, devirleri, mukayeseli hukuktan istifade ettiği gibi, teşriî mesaide, hukukî meselelerin haline yarıyabilecek ve az çok tatbik ve tecrübe edilmiş nümüneler, başka hukuk sistemlerinin mukayesesinden elde edilebilir. Mer'î hukuk hükümlerini daha iyi belirtmek, tefsir ve i'mal ile hukukan vazih olıyan noktaları aydınlatmak ve kanunlardaki boşlukları tamamlamak cihetlerinden de mukayeseli hukuk dogmatik hukuku destekler. Hattâ «Hukukî esaslar nazariyesi» diye vasıflandırdığı ve mevcut olması lâzım geldiğini talep ve iddia eylediği ilim kolu için de lüzumsuz umumileştirmelerden vikaye etmek ve yeni umumi esasların bulunmasında ilham kaynağı olmak suretiyle mukayeseli hukukun faydalı olacağını bizzat *Bierling* kabul ediyor. Fakat buna mukabil gerek yazılı olan ve olıyan, yani kanun şeklini almış veya başka şekilde kanun, gibi mer'î bulunmuş olan hukukun gizli kalmış mânasını, bu geniş manadaki hukukî hükümlerin medlûlünü bulmak ve gerek bunların nasıl mer'î olması ve tatbik edilmesi lâzımgeleceğini göstermek gibi vazifelerin mukayeseli hukuka gördürülmesi temayüllerine (33) *Bierling* muhaliftir. *Bierling*'in burada temas ettiği mevzu, yani hukukî tatbikatı ve bunun âmillerini tasvir etmek ve bir münazaaya müncer olıyan hukukî münasebetleri kendi bünyesi içinde tahlil eylemek vazifeleri, hukuk sosyolojisini alâkalandırır. Bu itibarla mukayeseli hukukun mevzuuna girmiyen bu meseleleri mukayeseli hukuk sosyolojisinde tetkik etmek imkânı vardır. Burada *Bierling*'in, yazılı olan ve olıyan diye geniş mânada kullanılan hukuk mefhumuna, yani hukukun meriyeti, yalnız yazılı mevzuata dayanmayıp yazılı olıyan ve yazılı hukuk gibi içtimai hayatta tatbik ve ifadesini bulan hukuk görüş ve telâkkisine dayanması vakiasına ve içtimai realiteye karşı ileri sürdüğü itirazlar, bugünkü sosyolojik ve felsefi tetkiklerin neticesi karşısında kıymetini kaybetmiş bulunuyor. Bizzat kendisi bu sosyolojik hakikatı hukuk tarihi için kabul edip dogmatik hukuk için reddetmekle tenakuza düşmektedir (34). Hukuk tarihinin ameli gayeye matuf olarak, yani meri hukuk hükümlerinin aydınlatılması maksadiyle yardımcı mahiyette ele alınmaması lâzım geldiğini ve doğrudan doğruya tarihi bir alâka ile iştilal mevzuu yapılı halinde bu hukukî tetkiklerin ilmi ehemmiyeti ve kıymeti haiz olacağını isabetli bir surette kaydeden *Bierling*, hukuk tarihinin bir hukuk ilmi kolu olarak iki kısımdan terekübettiğini beyan eyliyor.

(33) *Ehrlich*, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903, s. 34 v.d. (*Bierling*, *Juristische Prinzipienlehre*, c. 5, 1917, s. 12, haşıye 11 e göre zikr edilmiştir.)

(34) *Bierling*, aynı yer, s. 13 v. d., 17 v. d. *Bierling*'in *Ehrlich* tarafından ileri sürülen doğru sosyolojik görüşleri anlamadığı, hukukî münasebetlerin sosyolojik bir görüşle tetkikine karşı muhalif olmasından belli oluyor; aynı yer, s. 15 v. d. ve haşıye 15. Hukuk sosyolojisinin de hukuk felsefesi ve hukuk tarihi gibi sosyolojinin ve hukukun birer ilim kolu olduğunu kabul eylemek lâzımdır. Hukuk sosyolojisi, iktisat ilmi gibi, hukuktan tamamiyle ayrı bir ilim kolu değildir.

1. Umumi veya âlemşumul hukuk tarihi (Universalgeschichte des Rechts), yani umumi mukayeseli hukuk tarihi ve
2. Hususi hukuk tarihi (Spezialgeschichte des Rechts), yani muayyen müşbet hukuk sistemlerinin tarihi.

Umumi, yani âlemşumul tarihte olduğu gibi âlemşumul bir hukuk tarihi düşünülebilirse de bunun ciddi olarak tecrübe edilmediğini ve tavsiyeye şayan olmadığını *Bierling* ilâve ediyor (35). Meselâ Roma ve Cermen hukuk sistemleri arasında görüldüğü üzere muhtelif hukuk sistemlerinin birtakım tarihi rabitalarla bağlı olduğu şüphesiz ise de ve bu tarihi rabitanın iptidai milletler hukukuna kadar genişletilmesi mümkün mütalâa edilebilirse de bu muazzam malzemenin tarih sırasıyla (chronologique) bir tasnif ve tertibi, yapılabilecek bir iş değildir. Umumi tarihte tecrübe edildiği vehile bu malzemenin coğrafya veya etnoğrafya esasına göre tasnif ve mütalâası ile de birtakım hususi hukuk tarihlerinin haricen birleştirilmesinden başka bir şey yapılmış olmaz. Buna mukabil bugünkü tarih ilminde yer almış olan «tekâmül» fikrinin, mukayeseli hukuk tarihiyle hukuk sahasında tetkik edilmesini, *Bierling*, yerinde bir hareket olarak vasıflandırmaktadır. *Bierling*, burada, *Post*'un yaptığı gibi, «deterministe» bir görüşle, umumi bir insanlık şuurunu kabul etmediğini, bundan dolayı kendi irâdemizden müstakil olarak düşünülmüş bu umumi insanlık şuurunun tekâmül mevzuu olmak üzere mukayeseli hukuk tarihi tarafından tetkik edilemeyeceğini ve insanların fizyolojik ve psikolojik cihetlerden aynı mahiyette telâkki edilmesi, cemiyet ve fertlerde bünye ve ruhça görülen hususiyetler ve farklar muvacehesinde doğru olmayacağını kaydediyor ve muhtelif milletlerin hukuk telâkkilerinde farklar mevcut olduğunu ve bu itibarla «deterministe» görüşün mahsulü olan umumi bir insanlık şuru gibi bir mefhumu dayanılamıyacağını beyan ediyor (36).

Bu âlemşumul mukayeseli hukuk tarihinin mevzuunu, *Bierling*, şu suretle tâyin ediyor. Bir taraftan, hukukî esaslar nazariyesinde olduğu gibi her türlü hukukta müşterek olan cihetlerin müşahhas (konkret) tezahürlerini, bütün bilinen hukuk sistemlerinde olmasa bile, muayyen büyük hukuk sistemleri zümrelerinin tekâmülü tarihinde göstermek, ve, diğer taraftan, muhtelif hukuk sistemlerindeki farklı hukuk hükümlerinin sebeplerini, kısmen milletlerin irkan olan hususiyetlerine ve kısmen kültürdeki tekâmülüne irca ederek anlatmak.

Bierling, bu iki gayeyi, mukayeseli hukuk tarihinin vezifesi olarak telâkki ettiğinden *Post*'un, «etnolojik hukuk ilmi» (etnologische Jurisprudenz) ve «hukuk tarihi» arasında yaptığı ikili tasnifi kabul etmiyor. Etnolojik hukuk ilmi, ona göre, hakikatta mukayeseli hukuk tarihinin bir kısmıdır. Esas itibariyle, *Post* ile *Bierling* arasında büyük bir görüş farkı yoktur. *Post*'un hareket noktası, dünyadaki bütün milletlerde, kavimlerde birbirinin aynı, hukukî kaidelerin ve hukukî müesseselerin mevcudiyetidir. Bu da, insanın bünyesinde ve mahiyetindeki umumî esasların bir olmasından ileri gelmektedir. Buna mukabil *Bierling*, bu umumi bünye ve mahiyetteki umumî eşitliğe, muhalif olmakla beraber, aynı ırk ve aynı kültüre mensubolan bir çok milletlerin, kavimlerin hukukunda, muhteviyat itibarıyla, kısmen bir eşitlik olduğunu, yine *Post*'un tetkiklerini delil göstererek, kabul ediyor (37).

(35) Aynı yer, s. 20 v. d.

(36) Aynı yer, s. 20 v. d.

(37) Aynı yer, s. 32 ve haşive 24.

Bu suretle mevzu ve gayesi taayyun eden âlemşumul mukayeseli hukuk tarihi, hukukun veya daha doğrusu hukuk telâkkilerinin tekâmülünü bir bütün olarak veya muayyen tezahürlerinde tetkik ederek göstermeğe çalışır. Bu tekâmülün tetkiki, bütün hukuk telâkkilerine teşmil edilmeyip muayyen bir tarihi sahaya hasır edilmesi halinde mukayeseli hukuk tarihi, hususî mahiyet alır. Sahanın daralmasına göre, tekâmülü husule getiren muhtelif âmillerin, o hukuk telâkkisine dayanan hukuk sisteminin tamamı üzerinde mi, yoksa muayyen kısımlarında mı nüfuz ve tesir gösterdiği ve iktisadi, dinî veya ilmi hareket ve inkilâplarda, siyasi vâkıalarda ilh. bu nüfuz ve tesirin, ifadesini bulup bulmadığı ve ona göre hukuki teşekküller vücuda getrip getirmediği daha ince bir surette tetkik edilir. Bu noktada *Bierling*, «hukukun tarihindeki illiyat fikrinin takibi» diye *Ihering* tarafından ileri sürülen fikre (38) iştirak ettiğini söylüyorsa da, *Ihering'in* isabetli sosyolojik görüşle «hukuk» u ve «hukuk hissi» ni içtimai kaynağa irca etmesini kabul eylemiyor. Burada *Bierling*, tabii ilimlerdeki ve bilhassa tıptaki usulê tevfikân *Ihering'in* dahili «birden-oluş» u (spontanéité) harici bir illiyetle izah etmek istemesi fikrini, tabiat ile ruhi bünye arasındaki farka ve tıpta da vücudun ferdi ve tabii fonksiyonları gözönünde bulundurulduğuna haklı bir surette işaret ederek tenkidediyor (39). *Bierling*, bu mülâhazalarla, mukayeseli hukuku bir hukuk ilmi kolu olarak neden kabul etmediğini anlatmış oluyor. Ona göre mukayeseli hukuk, hukuk tarihini aydınlatmağa ve boşluklarını doldurmağa yarar. Bundan başka muayyen hukuki hükümlerin tefsir ve i'malinde yabancı hukuka müracaat edilerek, tenkitli bir gözle, bu mukayese malzemesinden istifade edilebileceğini *Bierling* beyan ediyor. Meselâ tetkik edilen hükümler, yabancı bir hukuk sisteminden alınmış veya ona benzetilerek vaz edilmiş olabilir. Belki o yabancı hukuktaki tatbikat gözönünde tutularak, bu hüküm, millî hukuka ithal edilmiştir. Belki de alman hüküm, ithal edildiği hukuk sisteminde başka bir tekâmül göstermiştir (40). Bütün bunlar, mukayeseli hukuk tetkikleriyle meydana çıkarılabilir. *Bierling*, kanunların tefsir ve i'malinde ve hukuki hükümlerin daha iyi anlaşılmasında mukayeseli hukukun mühim bir iş gördüğü kanaatindedir.

Bir de mukayeseli hukukun hukukî siyaset ve teşri'i mesai için kıymet ve ehemmiyeti olduğunu *Bierling* kaydediyor. Başka hukuk sistemlerindeki hükümlerin yalnız yan yana dizilmesi bile kanun vazı için kıymetli bir ilham kaynağı olabilir. Bu hükümler, mensup oldukları cemiyetlerde tecrübe edilmiş olduğundan, başka hukuk sistemlerine alınmağa âdeta hazırlanmış vaziyettedir. Tenkitli mukayeseli hukuk, kanun metinlerinin yazılmasında da iyi neticeler vermektedir (41).

Bierling, mukayeseli hukukun kendi başına tetkik mevzuu yapılabileceğini de, bir imkân ve vâkıa olarak, kaydediyorsa da kendi kanaatı o merkezde değildir.

(38) Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, aus dem Nachlass herausgegeben, 1894, s. 6 (*Bierling*, aynı yer, s. 35, haşive 26 ve göre zikredilmiştir.)

(39) Aynı yer, s. 35, haşive 26.

(40) Başka hukuk sistemlerinden alman hüküm ve müesseselerin gerek mensup olduğu hukuk sisteminde ve gerek alındığı hukuk sisteminde ne gibi hususiyetler arzedeceğini, bu meselelere mütâallik bir çok tafsilâtiyle beraber, «Yabancı kanunların alınması ve millî hukuka» adlı yazımızda tetkik ettik. Medenî Kanunun XV. yıldönümü için, 1944, s. 170-215.

(41) *Bierling*, aynı yer, s. 86 v. d.

Bierling'in fikirleriyle *Kohler*'in mukayeseli hukukla birtuttuğu «âlemşumul hukuk tarihi» ve *Wenger*'in «eskiçağ hukuk tarihi» fikirleri arasında (42) yakın bir irtibat görülmektedir. *Kohler* ve *Wenger*, daha ziyade, «hukuk tarihi» üzerinde durdukları halde, *Bierling* umumî veya hususî hukuk tarihinde *mukayeseli usulün* önemini belirtmektedir. Bu suretle, *Mitteis*'in, «eskiçağ hukuk tarihi ancak mukayeseli hukuk ilminin bir kısmı olarak meydana gelebilir veya başka türlü meydana gelemez» diye (43), roma hukuku etrafında toplamak manasına «eskiçağ hukuk tarihi» fikrine karşı yaptığı itirazdaki görüşün tam zıddı, yani mukayeseli hukukun ancak hukuk tarihi şeklinde esaslı bir ilmi tetkik mevzuu olabileceği iddia edilmektedir. *Mitteis*, imkânsız gördüğü bir tarih tezine yapıcı bir fikirle bir çıkar yol aradığı halde, mukayesenin yalnız bir *usulden ibaret olacağı* görüşü necisesi olarak *Bierling* mukayeseli hukuk tarihi tezini müdafaa etmektedir.

Bir ilimle onun tatbik ettiği usul arasındaki sıkı irtibat ve ilimlerin mümeyyiz vasıflarını mevzuları kadar ve hatta mevzularından ziyade tatbik ettikleri usuller teşkil ettiği ve bir ilme istenilen usulün tatbikine gidilemeyeceği hususunda felsefenin bilgi nazaryesiyle ortaya konulmuş hakikatlar gözönünde bulundurulursa, şüphesiz bir usul olarak ele alınan mukayese ile, hukukta «mukayeseli hukuk ilmi» diye bir kolun meydana geleceği ve «mukayeseli hukuk tarihi» ile «mukayeseli doğmatik hukuk»'un bu ilim kolunda yer alacağı anlaşılır.

3

KOSCHAKER

Asıl mukayeseli hukuk tarihiyle bütün ilmi hayatı boyunca meşgul olmuş ve bu sahadaki büyük muvaffakiyetleriyle ilim âleminde yüksek bir mevki yapmış olan *Koschaker*, çivi yazı hukukuna ait ilk mühim eserinin (44) önsözünde mukayeseli hukuk tarihine müteallik düşüncelerini şu suretle ifade ediyor.

İki hukuk sisteminde görülen birbirine çok yakınlık ve benzerliğin bunlardan birinin diğerinden hükümler aldığına ve istianede bulunduğu bir delil teşkil etmediğini mukayeseli hukuk tarihi öğretmektedir. Her iki hukuk sistemindeki birbirinden müstakil ve birbirine muvazi tekâmülün aynı veya benzer kültür şartlarından ileri gelmiş olarak kabul edilmesi lâzımdır (45). Bundan dolayı Bâbil-Âsûr hukuku tetkiklerinin *hukuk tarihi ilmi çerçevesi içinde* yapılması icabeder ve *mukayeseli hukuk ilmi*'nin bir kısmı olan bu tarihi tetkikler, aynı hukukî hükümlerin bütün kültürdeki aynı veya yakın münasebetlere tevafuk edip etmediğini ve tevafuk ediyorsa bunun ne dereceye kadar olduğunu gösterir. *Koschaker*, hukuk tarihi vâkıalarının tabiat kanunları mahiyetinde olmadığını, bir hukuk tarihinde görülen bir vâkıanın hiç bir vakıt aynen tekrarlamıyacağını, bir hukukun tekâmülünde umumi kültürel ve iktisadi illetlerin, sebeplerin yanında millî âmillerin de yer aldığını, fakat «Tarihî mekteb» in hukuk tarihinde millî unsura lüzumundan fazla ehemmiyet vermiş olduğunu,

(42) Ferid Ayiter, Mukayeseli hukuk, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 1, sayı 4, 1944, s. 618 v. d.; ayrı baskı, 1944, s. 48 v. d.

(43) Aynı yer, s. 619; ayrı baskı, s. 49.

(44) Babylonisch-Assyrisches Bürgschaftsrecht, ein Beitrag zur Lehre von Schuld und Haftung, 1911.

(45) Aynı yer, s. VII v. d.

millî âmillere beraber unumi kültür şartlarının hukukî tekâmül için, hiç olmazsa, aynı ehemmiyeti haiz bulunduğunu ve hukuk tarihinde geriye gidildikçe bu umumî kültür şartları nüfuzunun o derece arttığı görüldüğünü kabul ediyor. «Bu görüşe göre mukayeseli hukuk tetkikleri, tabii icabeden tenkitli ihtiyatla kullanılmak şartıyla bir hukuk sisteminde bize intikal eden hükümlerdeki boşlukları doldurduğu gibi, mukayeseli hukuk tarihi, çok kere, birtakım yeni meseleleri vaz ettirmekte ve üzerinde çalışılmış kaynak malzemesini yeni görüşlere göre tetkik etmeği teşvik etmektedir (46). Mukayeseli hukuk tarihi mefhumu altında *Koschaker*, bir âlemşumul hukuk tarihini değil, *Rabel'in* yukarda zikrettiğimiz eserinin önsözünde (47) ileri sürdüğü «halk hukukunun ve hukuk birliklerinin, mukayeseli usulü kullanan, tarihi» ni kastettiğini ve bunun neticesi olarak tetkiklerin ilk önce alâkalı halk hukuku kaynaklarına dayanması ve yardımcı olarak mukayeseli hukukun neticelerini, bilgi edinmeye ve mevzuu anlayıp öğrenmeye yarayan bir vasıta olmak üzere, kullanması lâzım geldiğini söylüyor (48).

Büyük Alman romanistlerinden olan *Koschaker*, çiviyazı dilleriyle yazılmış metinleri kendisi okumak suretiyle, aydınlattığı hukuk tarihinin bu mühim sahasındaki tetkikleri ve bunların neticesini bildiren (49) bir konferansına ait raporda (50). Assiriyolojiyle irtibatı olması hasebiyle assiriyologların iş birliğiyle gelişmesi kabil bulunan çiviyazı hukuku tarihinde hukukçuya düşen vazifenin, mevcut malzemeye dayanarak, *hukuk tarihini alâkalandıran büyük irtibatların bulunması* olduğunu ve bu çalışmaların verimli olması, hukukçunun bir dereceye kadar çiviyazı dillerini, tarihini ve Paleografyasını bilmesine bağlı bulunduğunu kaydediyor ve mukayeseli hukuk meselesine şu suretle temas eyliyor. Kendisine göre yeni çalışmalar, *Kohler'in* âlemşumul hukuk görüşlerine iştirak etmekle beraber, bu görüşlerden «mukayeseli usul»ü almak suretiyle istifade etmiştir. Bu mukayeseli usulden maksat, muayyen bir hukukun tetkikinde bu hukukun başka hukuk sistemleriyle karşılaştırılmasıdır. Bunun neticesi olarak, tetkik mevzuu olan hukukun, ilk önce, kendi kaynaklarından anlaşılmasına çalışılır ve mukayeseli hukuka, yardımcı ve tamamlayıcı olmak üzere, müracaat edilir. Bu mukayese, ele alınan hukuk sistemlerinin, müşterek menşelerden gelmesi veya aralarında karşılıklı istiande bulunmuş olması ihtimallerine bir dayanma olmaktan ziyade, aynı kültürel, ekonomik ve sosyal münasebetlerin muhtelif yerlerde ve muhtelif zamanlarda aynı ve benzer hukukî hükümleri meydana getireceği hususunda *Bastian* tarafından, milletlerin kuruluşuna müteallik olmak üzere (51), ileri sürülen esasın tatbiki demektir. Bu âmillere *Koschaker*, medeni insanın bazı umumî insiyaklarını ilâve ediyor. Bu insiyaklar, ona göre, bilhassa hususi hu-

(46) Aynı yer, s. VIII.

(47) Yukarda hasiye 8'e bakınız.

(48) Hasîye 44 te zikredilen eser, s. VIII ve hasîye 1.

(49) Çiviyazı hukuku ve bu sahadaki çalışmaların tarihçesi için *Koschaker*, *Cuneiform Law*, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, c. 9, 1932, si 211 v. d., ve *Keilschriftrecht*, *Zeitschrift der deutschen morgenländischen Gesellschaft*, c. 89, yeni tertip, c. 14, 1935, s. 1 v. d., na bakınız.

(50) 1928 yılında Oslo'da toplanan milletlerarası tarihçiler kongresinin hukuk tarihi şubesinde verilmiş olan bu konferansın kısaltılmış metni *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, c. 49, 1929, s. 188 v. d., nda basılmıştır.

(51) «Lehre vom Elementar-und Völkergedanken», aynı yer. s. 191 ve hasîye 3 e ve aşağıda s. 30 a bakınız.

kukta bir tekâmül mânasına olarak aynı hukuki hükümlerde kendini gösterir ve bu suretle bir hukukun tekâmülünde ferdî olan ve tipik olmayan âmillerin yanında tipik mahiyette âmillere de bahis mevzuu olur. Her ne kadar mukayese edilecek hukuk sistemlerinin çevresi mahdud değilse de çiviyazı hukuku kaynaklarının tetkikinde mukayese, birinci derecede, en iyi tetkik edilmiş kültür hukuk sistemlerine ve bunlar arasında Cermen, Grek ve Hellenistik hukuk sistemlerine inhisar ettirildiğinden Roma hukukunun (52) bu mukayeselere ithal edilmesinden daha verimli olmuştur (53). Bu vesile ile muhtelif hukuk sistemlerinin birbirinden karşılıklı hukuki hükümler ve hukuki müesseseler alması (Resepsiyon) meselesine tekrar temas eden *Koschaker*, hukuki «resepsiyon», Roma hukukunun Almanya'da alınmasında olduğu gibi bütün vuzuhiyle tarihte yer almadıkça ve mevcut olup olmadığı hukuki hükümlerin ve hukuki müesseselerin tetkikinden anlaşılacak lâzım geldikçe, bunun mevcudiyetini göstermek en güç bir iş olduğunu, iki hukuk sistemine ait hukuki hükümlerde teferruata kadar giden bir mutabakatın bir «resepsiyon» vuku bulduğunu göstermeğe yetmediğini, birbirinden müstakil muvazi tekâmüllerden bu benzerliklerin meydana geldiği mukayeseli hukuk tetkiklerinden öğrenilmiş bulunduğunu, bir «resepsiyon» un mevcudiyeti, bir hukuk sistemindeki bir hukuki müessesenin, diğer bir hukuk sisteminde bulunmasına rağmen bu hukuk sistemine *yabancı kaldığı* gösterilmek suretiyle bir dereceye kadar kabul edilebileceğini, hukuk ve iktisat bir milletin bünyesine ve hususiyetlerine bağlı olduğundan maddî kültür eşyası gibi kolayca alınmadığını ve alınca alan tarafından kendi bünyesine göre değiştirildiğini, bu cihetleri çiviyazı hukukunda tetkikin bu hukukta münferit hukuki hükümlerin formüllerin çerçevesi içinde sıkışmış olmasından daha güçleştiğini, formüller alınmakla ondaki maddî hukuka ait hükmün de alındığı tahmin edilebileceğini, bu gibi «resepsiyon» ların eski kültürün genç milletlere tamamiyle geçmesi halinde hukuka geldiğini ve bu suretle temas eden kültürlerin aynı kıymette olması halinde «resepsiyon» un mevcudiyetini meydana çıkarmak işinin daha zorlaştığını söylüyor (54). *Koschaker* bu telâkkisini Çiviyazı hukuku» (Keilschriftrecht) adlı yazısında (55) da tekrarlamaktadır. Muhtelif hukuk sistemleri arasında görülen muvazi tekâmül, her hukuk sistemi için müstakil mahiyettedir. «Resepsiyon» ların ve sair nüfuz ve tesirin hukuk sahasında vuku bulunduğu isbat edilmedikçe ve hiç olmazsa bu ihtimal varit gösterilmedikçe, bu müstakil gelişme esasından ayrılmamak icabeder. Her «resepsiyon» vâkıası, hakikatta, çok karışık ve kendine mahsus ferdiliği haizdir. Bundan dolayı «resepsiyon» un vukuunu isbat kolay değildir. Unumi «resepsiyon» tipleri de meydana getiririz. Zira ancak çiviyazı hukuku sahasında görüldüğü gibi, dilin, yazının ve hukuki formüllerin konuşu ve diğer milletlere nüfuz ve hulûl etmesi şeklinde geniş mikyasta «resepsiyon» lar hukuka gelir. Sanat, mimari ve dinî âyinlerde olduğu gibi hukukta da bir milletin

(52) Kendi hukuk telâkkisi ve hukuki tatbikatiyle müstesna bir mevkiî haiz olan Roma hukukunun bu hususiyeti de mukayeseli hukukla doğru olarak anlaşılması olduğunu kaydeden *Koschaker*, müteakıl bir hukuk tatbikatı görmiyen eski Roma hukukunun Romalılarınca da anlaşılmalı bakiye kalmış hükümlerinin ve hukuki müesseselerinin mukayeseli tetkiklerle anlaşılabilirliğini beyan ediyor (aynı yer, s. 192, haşiyeye I).

(53) Aynı yer, s. 191 v. d.

(54) Aynı yer, s. 194 v. d.

(55) Haşiyeye 49 da zikredilen yer, s. 31 v. d.

diğerinden aldığı, muhteviyattan ziyade, şekle inhisar etmektedir. *Koschaker* bu fikrini diğer bilinen hukuki «resepsiyon» lara da teşmil ediyor (56) (57) (58).

Koschaker, mukayeseli hukuka ait olan bu fikirlerini, üç mühim tetkikinde doğrudan doğruya ele almıştır (59). *Koschaker*'in yukarıda esaslarını gördüğümüz fikirlerine ait bilgimizi derinleştirmek üzere bu tetkiklerini gözden geçireceğiz.

Gerek etnolojide ve gerek hukukta mukayesenin temeli, muhtelif zamanlarda muhtelif milletlerin kültür tesisatında ve müesseselerinde görülen geniş miqyastaki tetabuk vâkıasıdır. *Adolf Bastian* tarafından ileri sürülen fikirlerle bu vâkıanın ilmi bir surette ibata ve ifadesine çalışıldı. Bu asrın başlangıcına kadar etnolojide hüküm süren bu fikirlerle göre bütün insanlar aynı «nefsi» (psychique) yaradılıştı olup kültür menşeleri müteaddit olmasına rağmen bu yaradılışları hasebile muhtelif yerlerde ve muhtelif zamanlarda mecburi olarak aynı istikamette tekâmül ederler. Buna *Bastian* «Elementargedanke» (unsur düşüncesi) diyor. Bu tekâmül istikametinin aynı oluşu ancak ehemmiyetsiz bir surette hususi coğrafya, iklim ve iktisat şartları ile değişikliğe uğrar. Buna da *Bastian* «Völkergedanke» (milletler düşüncesi) adını veriyor. Bunun neticesi olarak insan kültürünün muayyen kademeleri elde ediliyor. İptidai milletler, medeni milletlerin geçirdiği bir tekâmül safhasını teşkil ediyor. Bu suretle etnolojinin eski «tekâmülcü» (évolutioniste) istikametine tevaful eden *Bastian*'ın bu nazariyesi, mukayeseli hukukta tamnmış sistematik hukuk etnoloğu A. H. Post'un görüşlerine hâkim bulunuyordu. Hukuk tarihi ve mukayeseli hukuk, birbiri-

(56) Aynı yer, s. 32.

(57) Buna mukabil *Koschaker*, Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft (Roma hukukunun geçirdiği buhran ve romanistik hukuk ilmi), 1938, adlı eserinde Roma hukukunun Almanya'da ve diğer Avrupa memleketlerinde alınması hâdisesini, 800 yılı Noelinde *Charlamagne* (Karl der Grosse) ve Papa Leo III tarafından batı imparatorluğu tacının giydirilmesiyle başlayan ve müstakil Batı Avrupası varlığını ifade eden *imperium Romanum* (Roma imparatorluğu) siyasi fikrile Roma kültürünün temadi ettiği fikrine irca etmekte ve Roma hukukunun, zikredilen fikirlere dayanarak meydana gelen Avrupa kültür birliğinin bir parçasını teşkil eylediğini ileri sürmektedir. s. 2 v. d.

(58) «Resepsiyon» hadiselerinin hukukta başka milletlere ait kanunların alınmasına inhisar ettiğini ve her millete mahsus hukuki hükümlerin ve hukuki müesseselerin «resepsiyon» mevzuu olanıyacağını, Roma hukuku ve İslâm hukuku gibi «ratio scripta» haline gelmiş ve beynelmilleleşmiş hukuk sistemlerinin büyük kültür varlığı halinde bu kültüre dâhil olan milletlere nüfuz ve hulûl ettiğini ve her «resepsiyon» hâdisesinin birdefalık tarihî bir vâkıa olması hasebiyle tekrarlanıyacağını «Yabancı kanunların alınması ve millî hukuk» adlı yazımızda. Medeni Kanunun XV. Yıl dönümü için, 1944, s. 170 v. d. bilhassa 181 v. d., 187 v. d., 213 v. d., 181 v. d., 187 v. d., 213 v. d., etraflı bir surette gösterdik.

(59) Bu yazılardan birincisi, «Germanen und Indogermanen, Volkstum, Sprache, Heimat, Kultur, Festschrift für *Herman Hirt*» (Cermenler ve indocermenler, halk, dil, yurt, kültür, *Herman Hirt*'e armağan), c. I, «Ergebnisse der Kulturhistorie und Anthropologie» (Kültür tarihinin ve antropolojinin neticeleri), 1936, s. 145 v. d., nda nesredilmiş olan «Mukayeseli hukuk ilminin indocermen meselesine hizmeti ne olabilir?» (Was vermag die vergleichende Rechtswissenschaft zur Indogermenfrage beizusteuern?), ikincisi «Introduction à l'étude du droit comparé, Racueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert» (Mukayeseli hukuk tetkikine giriş, Édouard Lambert şerefine tetkikler dergisi), c. I, 1938, s. 274 v. d., nda nesredilmiş bulunan «Hukuk tarihinin ve mukayeseli hukukun bilhassa Almanya'daki vaziyeti» (L'histoire du droit et le droit comparé surtout en Allemagne) ve üçüncüsü, «Deutsche Rechtswissenschaft» (Alman hukuk ilmi) adlı derginin c. 4, 1939, s. 67 v. d., nda yayımlanan «Mukayeseli hukuk tarihinin ışığı altında evlenme hukukunun bazı meseleleri» (Über einige Probleme des Eherechts im Lichte der vergleichenden Rechtsgeschichte) adlı tetkikleridir. Bunlardan en mühimmi birincisi olup diğerleri birincideki fikirlerin tekrarıdır. İbarettir.

ne zıt sahalara olarak telâkki ediliyor, hukuk tarihi bir defalık tarihi vakıalarla işti-gal ettiği halde mukayeseli hukukun, tabii kanunlardaki zaruretle, muayyen safha-lardan vukua gelen insanlığın hukuki tekâmülünü tetkik eylediği ve burada tarihi münferit vâkıanın tabii ilimlerdeki bir tecrübe gibi ehemmiyetsiz ve ferdi mahiyette kaldığı kabul olunuyordu. Babanın hakimiyeti esasına dayanan hukuk telâkkisinin önce ananın hakimiyeti esasına dayanan hukuk telâkkisinin mevcut olduğu ve ev-lenmenin zümreler arasında, kaçırma ve satın alma suretleriyle evlenme gibi tekâmül kademelerinden geçtiği şeklindeki kaideler bu zamanın mahsulüdür. Bu telâkki-nin neticesi olarak «âlemşumul hukuk» mefhumu *Feuerbach* tarafından ileri sürül-müştür (59 a).

Bütün bu görüş tarzları bugün bir tarafa bırakılmıştır. Tekâmülcü etnoloji ve *Bastian* in unsur fikri, o zamanlarda hüküm süren tabii ilimlerin nüfuzu altında, ta-biat kanunlarının kültür tekâmülüne ve tezahürüne teşmil edilebileceği düşünçesine dayanıyordu. Bunun aksülâmeli «kültür çevreleri nazariyesi» (*Kulturkreislehre*)'dir. Bu nazariyeye göre muayyen silâhlar, muayyen ev inşası şekilleri gibi muayyen kültür mevzuları ve mahsulleri muayyen yerlerde diğer kültür unsurlarıyla ve içtimai tesislerle irtibat halindedir ve bu suretle her hangi bir yerde merkezi olan ve göçlerle veya istianelerle etrafa yayılan bir «kültür çevresi» vücuda gelir (60). Bu nazariye, kültür çevresinin çok gayri muayyen ve keyfi bir surette tahdid edildiği tekkidile karşılaşılıyor. Kültür çevresinin muhtelif ilim adamlarınca nasıl birbirinden farklı olarak tâyin edildiğine bakılırsa, tereddüde düşmemek kabil değildir. Fakat bu naza-riye, bir kültür hayatını birdefalık ve tekrarlamayan bir tarihi vâkıa olarak mü-talâa etmekle ve bunu ifade maksadiyle kendisine «kültür tarihi istikameti» adını vermekle, bugünkü tetkiklerin vasfı olduğu hakikata dayanmaktadır. Muhtelif kül-türler arasında görülen mutabakatın göçler ve istianeler neticesinde husule geldiği beyan ediliyor. Bu nazariyenin ortaya koyduğu fikir, sonuna kadar düşünülürse, bütün kültürün tek bir merkeze irca edilmesi icabeyler. Netekim bazı ilim adamları bunu söylemektedir.

Şekil ve biçimlerin kabul ve taammümü fikrile hareket eden bu nazariyenin, hukuktaki yayılmayı ve «resepsiyon»'ları şekle inhisar ettiren *Koschaker*'in hoşuna gideceği beklenir. Fakat o bu nazariyenin bir milletin içtimai ve iktisadi teşkilâtı ve maddî hukuku için de ileri sürülebileceğinde tereddüt gösteriyor ve muhtelif millet-lerin hukukunda kefalet, kan dâvası, melce' hakkı, feodalite gibi birbirine benzeyen müesseselerin bulunmasını ihata ve ifadeye «kültür çevresi»'nin yetmiyeceğini kay-dediyor (61). Bununla beraber kültür çevresi nazariyesi, her kültür tekâmülünün ve hukukta görülen tekâmülün insan eseri olması hasebile tabiat kanunlarına tabii ol-madığını ve tarihi bir vâkıa olarak tetkik edilmesi lâzım geldiğini kabul etmekle, yukarıda kaydedildiği veçhile, bugün bu hususta bilinen hakikata yaklaşmış bulu-nuyor. Gerek iptidai ve gerek medenî milletlerde tarih birdefalıktır ve tekrarlamaz. Tarihsiz milletler yoktur. Muayyen bir hukuku vücuda getiren kuvvetler, oldukça karışık bir vaziyet arz eder. Bu kuvvetler ve onların istikametleri müteaddit âmil-lerden terekübettiğinden hukukun oluşunda da muhtelif âmiller bulunmaktadır. Bun-

(59 a) Aşağıda haşiye 113' e bakınız.

(60) Haşiye 50 de zikredilen *Hirt* armağanı, s. 146 ve oradaki haşiyelerle s. 147, haşiye 1' e bakınız.

(61) Aynı yer, s. 147.

ların tipik ciheti, muayyen bir coğrafi, içtimai ve iktisadi muhitte bulunan bir insan zümresinin muayyen bir surette hukuk vücuda getirebilmesidir. İptidai cemiyetlerde düşüncenin başka türlü olması keyfiyeti, bu vâkıyı değiştiremiyor. Bunları kaydeden *Koschaker* (62) borçlar hukukunun iptidai safhasını teşkil eden «mesuliyet» (Haftung) mefhumunu, rehmin şarta bağlı olarak borç yerine kalm olan bir edayı ifade etmesini ve satın alma suretile olan evlenmenin babanın hükümlerine esasına dayanan aile sisteminde görülmesini bu tekâmüllere misal olarak zikrediyor. Fakat bu tekâmül cereyanı yaradılış ve bir milletin vücut ve vasıflarını tâyin eden tarihi gelişme gibi tipik olmıyan âmillere, istikamet ve netice itibarıyla, değişikliklere uğrar. Bu suretle bir milletin tarihi ilerledikçe, başlangıçtaki tipik âmiller azalır ve tipik olmıyanlar artar. *Koschaker*'e göre bu istikamet âmilleri mukayeseli hukukun mevzuunu teşkil eder ve muayyen vaziyetlerde ve münasebetlerde tipik olarak görülen âmiller, tabiat kanunları gibi meri olmak iddiasında değildir. Bir taraftan da bu görüşün muhalif mefhumu olarak, muhtelif milletlerde görülen hukuki benzerliklerin, birinci derecede, aynı tipik âmillere raci olacağı ve ancak hususi hallerde göçlerin ve istianelerin bahis mevzuu olabileceği beyan edildiğini *Koschaker* kaydediyor (63).

Koschaker bu esaslardan şu neticeleri çıkarıyor.

1. Mukayeseli hukuk, yalnız tarihi tetkik ve mütalâada yer alabileceğinden, hukuk tarihinin «mû'taları», yalnız bir muayyen hukuktan veya hukuk sistemlerinden vücut bulagelen ve tarihi bir vahdede dayanan bir «complexe» olarak onun mevzuunu teşkil eder. Bu noktada, muayyen bir kültürün muayyen bir istikamette vâkı nüfuzuna tabi olan hukuk sistemleri topluluğu bahis mevzuu olduğuna göre, «kültür çevresi» nazariyesine iştirak edilmese de ondan istifade ediliyor. Nettekim çiviyazi hukukunda Bâbil kültürünün, yazı, dil ve hukuki formüllerle genişlediği kabul edilmesi gibi (64). Mevzuu teşkil eden tarihi mû'tâ, ilk önce, kendi kaynaklarına dayanılarak tetkik edilir. Mukayeseli hukuk, tamamlayıcı olarak işe karşır. Bu hukuki kaynaklarda çok kere boşluklar görülür. Mukayeseli hukuk bu boşlukları doldurmağa yardım eder ve benzer bir hukuki müessesenin sağlam kaynaklara dayandığını görünce, bu hususta boşlukları olan hukuk sisteminin tamamlanmasına yarınacak veçhile meseleler ortaya koyabilir.

2. Mukayesesi kabıl olan şeyler mukayese edilebilir. Aynı veya benzer hukuki hükümlerin ve hukuki müesseselerin kolaylıkla irtibat haline getirilmesi kabıl değildir. Hukuk, içinde bulunduğu içtimai âlemin bir fonksiyonu olduğundan mukayese edilecek hukuki hüküm, ilk önce, içtimai muhitine, bu muhitte ve hukuki sistemle olan fonksiyonel irtibatına göre tetkik edilmek icabeder. Bu suretle mukayeseli hukukun temeli olan tipik âmillerin, mukayese edilecek her iki hukuk sistemi için, bulunması kabıl olur. Bundan dolayı meslâ göçebelerdeki büyük âile müessesesi, yerleşmiş milletlerdeki âile müessesesi, ve klassik roma hukuku, ortaçağ başlangıcındaki Alman hukukile mukayese edilemez. Mukayeseli hukuk gibi ince bir görüşle çalışın bir vasıtanın inceliklerini bilen şahsiyetler tarafından tatbik edilmesi halinde bu vasıttadan bir faide ve ilmi netice beklenebilir.

(62) Aynı yer, s. 148 haşiye 3.

(63) Aynı yer, s. 148 v. d.

(64) Aynı yer, s. 149 ve haşiye 1.

3. Mukayeseli hukukun bu suretle telâki edilmesi ve mukayeseli hukuk *ilmi-*
nin bir tarihi disiplin olarak kabul olunmaması, netice itibarile, mukayeseli usulü
kullanarı bir hukuk tarihine müncer oluyor demektir (65). Fakat mukayeseli hukuk
için malzeme lâzım olduğunda mukayese mevzuu olan âmillerin çok miktarda top-
lanmasına çalışmak icabeder. Bu da bir nevi umumi mukayeseli hukuk sahası vü-
cuda getirir. Bu meyanda büyük kültür hukuk sistemleri ayrı tetkiklere mevzu teş-
kil edeceğinden mukayeseli hukuk için lâzım olan bu malzeme, yani tipik âmiller,
daha ziyade, iptidai milletlerden toplanacaktır. *Koschaker*, hukukun vücut bulmasını
aydılatan ve izafi bir kıymeti olan bu tipik âmillerle bir âlemşumul hukuk tarihi
meydana getirilemeyeceği kanaatındadır (66). Bu suretle kullanılan mefhumlardan
bir takımının tekâmülcü mektebîkilerden farksız olduğunu kaydeden *Koschaker*, bu
mekteple kendi arasındaki farkın, bu mektep gibi o mefhumları mutlak kategoriler
mahiyetinde telâkki etmemesinde aranılması lâzım geldiğini söylüyor (67).

Hukukun millî hususiyetini ve birdefahğını vücuda getiren kuvvetler, tipik
olmayan âmiller olduğuna göre, millî hukukun kendi kuvvetlerini, yani tipik olmayan
âmillerini bulmak işi, mukayese için mesnet bulunmamasından dolayı, güçleşmek-
tedir (68). Bu suretle *Koschaker*, mukayeseli hukukun mevzuuna tipik olmayan âmil-
leri de ithal etmekle, kanaatımızca, bu ilmin mevzuunu tamamlamış oluyor. Tipik
olmayan âmillerin, kuvvetlerin bulunması için tipik olanların elenmesi icabettiğini
Koschaker kaydediyorsa de bu çalışma tarzının isabetli olacağında şüpheliyiz. «Ti-
pik olan ve olmayan kuvvetler» tabirleri, daha ziyade, «positiviste» bir görüşün ifade
tarzıdır. Zaten kendisi de bu «kuvvetler»i anlatmak için fizikten misal getiriyor. Hal-
buki içtimalî vakıaların bünyesi ve mahiyeti hiç bir vechile tabii ilimlerinkine ben-
zemez. Mukayeseli hukukun mevzuu «tipik olan ve olmayan mefhumlar», yani «*her*
milletin kendine mahsus hukuki mefhumlar» (Eigenbegrifflichkeit) dır. (69). Bu
«hususî, millî mefhumlar» ı bulup meydana koymak cihetinden «mukayeseli hukuk
ilmi»ne büyük bir vazife terettübettiği gibi, onun bu çalışmalarına, bir dereceye
kadar ona bağlı bir bahis olarak telâkki edilmesi lâzım gelen, «Resepsiyon bahsi»
yardım eder. Mukayeseli hukukun millî hukuk sistemlerinde görülen boşlukları dol-
durmaya yarayan bir usul olarak mütalâa edilmesi, doğru olmamakla beraber, bu
millî hukuk sistemlerini belirtmek noktasından bir hakikatı ihtiva etmektedir. Esasen
Koschaker'in «bir hukukun tekâmülünde ehemmiyeti olan âmillerden, izafi de olsa,
muayyen meriyeti olan tekâmül neticeleri elde edebilmek» (70) hususundaki fikrine
iştirak etmiyoruz. Zira bu suretle, az çok, bağlanmış ve tamam olmuş, teşbihli bir
ifade ile, bir çember gibi kapanmış bir tekâmül çevresi vücuda getirmek istenildiği
anlaşıyor. Gerek bu fikir ve gerek hukuk sisteminin muayyen bir ânda veya muh-

(65) Aynı yer. s. 150.

(66) Aynı yer.

(67) Aynı yer.

(68) Aynı yer. s. 152 v. d.

(69) Mefhumların ve kategorilerin, aralarındaki benzerliğe rağmen, her dilde bir hususi-
yet ve dili konuşan milletin ruhi bünyesine göre bir fark arzettiği, ilim ve fikir sosyolojisinin
ve felsefi antropolojinin ortaya koyduğu hakikatlardır. Bunu tarih ve filoloji sahası için
Landsberger «Bâbil âleminin kendine mahsus mefhumları» (Die Eigenbegrifflichkeit der babil-
lonischen Welt), *Islamica*, c. 2, s. 355 v. d., adlı yazısıyla belirtmiştir.

(70) Yukarıda haşiye 50 de zikredilen yer, s. 197, haşiye 1.

telif ânlarda benzer kültür ve iktisat şartları altında aynı tekâmülü göstereceği fikri, tarihin birdefalığı hakikatına aykırı bir nevi tekrarlama tezini ihtiva eder. Eğer *Koschaker*'in yazılarında sık sık rastlanan «tarihin birdefalığı ve tekrarlama-dığı» kanaatı ciddi olarak besleniyorsa, bu fikirlerden vazgeçilmek ve mukayeseli hukuku, hukuk sistemlerindeki boşlukları doldurmaya yarıyan bir disiplin diye telâki etmemek lazımdır.

Her ne kadar *Koschaker*, aynı mevzua ait diğer bir yazısında, *Lambert*'in «içtimai hayat tezahürlerinin tabiat kanunlarına itaat ettiği» şeklinde ifade ettiği fikre iştirak etmiyerek, tarihin hiçbir vechile aynı surette tekrarlamayan bir vâkılar te-selsülünden ibaret olduğunu söylüyorsa de (71), bilhassa üzerinde durduğu «tipik olan ve olmıyan âmiller»deki «tipiklik» ve «tipik olmayış» vasıfları, «tipiklik mun-tazam bir surette oluş demek olup tabiat kanunlarında görülen istisnasızlığı ifade etmez» demesine (72) ve bir hukukun teşekkülündeki tipik olan ve olmıyan âmillerin kendi düşüncemiz mahsulü olduğunu kabul etmesine (73) rağmen her halde, meselâ *Max Weber*'in daha ziyade, «ortalama bir tipe irca etme», bir nevi umumileştir-meye yakın «tipleştirme» manasında olmak üzere ve içtimai vâkıaları anlamak mak-sadile kullandığı «ideal tip» mefhumuna nisbetle, bu âmillerin zâti bir unsuru ma-hiyetini arz eyliyor. Bundan dolayı *Lautner*, haklı olarak, *Koschaker*'in görüşünü, *Marbe*, *Brönnner* ve *Haff* tarafından ileri sürülen «benzer kültür ve iktisat şartları altında hukuki vâkıaların eşitliği kanunu» ile irtibat haline getirmekte (74) ve hattâ *Bastian*'ın nazariyesi ile bu kanunun mukayeseli hukuk sahasında lüzumlu teçhizat diye kabul edilmesi takdirinde, içtimai ilimlerle tabii ilimler arasında bir köprü kur-mak teşebbüsüne cüret edilerek, *Briquet*'in, «müteaddit yerlerde birden vukua gelen (polytop) cins teşekkülü kanunu» ile mukayeseli hukukun müdafaa edilebileceğini ve cinslerin teşekkülü bahsine ait «bir yerden başka bir yere intikal etme nazari-yesi»nin, hukuktaki benzerlikler için kabul olunan «resepsiyon» tahminleriyle hema-yar tutulabileceğini ilâve eylemektedir (75).

(71) Yukarıda haşiye 59 da zikredilen *Lambert* şerefine tetkikler dergisi, c. 1, s. 280 ve haşiye 23. *Lambert*'in bu ifadesi, yukarıda haşiye 5 te yazılı eserde, s. 915. münderiçtir.

(72) *Koschaker*, Mukayeseli hukuk tarihinin ışığı altında evlenme hukukunun bazı me-seleleri, Deutsche Rechtswissenschaft, c. 4, 1939, s. 69.

(73) Yukarıda haşiye 59 da zikredilen *Lambert* dergisi, c. 1, s. 282.

(74) Die Methoden einer antik - rechtsgeschichtlichen Forschung (eskiçağ hukuk tarihine ait bir tetkikin usulleri), Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, c. 40, s. 70 ve haşiye 112. *Marbenin* «Die Gleichförmigkeit in der Welt» (âlemde şekil eşitliği), 1916 ve 1919, adlı eserine atıfla *Haff*, hukuk sistemlerinin teşekkülünde görülen mutabakatların kökü, çok kere, aynı veya benzer iktisadî şartlar altında bu mutabakatları meydana getiren bir nevi kanuna dayandığını, yoksa zaman ve mekân itibariyle birbirlerinden uzak olan milletlerin hukukunda görü-len bu mutabakatların, tarihçilerin kabul ettikleri gibi, göç nazariyesiyle anlaşılamayacağını ve hukukî şekillerin «resepsiyon» u, isbat edilmekle, varit görülebileceğini beyan ediyor, Institutionen des deutschen Privatrechts, c. 1, 1927, s. 7. Bu müellife göre mukayeseli hukuk bize tarih bo-yunca milletlerin hukukundaki şekillerin farklarını ve mutabakatlarını gösterir. Fakat muka-yeseli hukuk bunu yapmakla kalmayıp psikolojinin ve sosyolojinin yardımıyla tipik olanı ve hukukun teşekkülünde mer'i bulunan umumi kanunu bulmalıdır. Bu suretle doğmatik ve tarihî çalışmalarda görülegelen ve benzerliklerin mevcudiyetinden bahseden yorucu tekrarlamalar ön-lenmiş olur. *Haff*, bu benzerliklerin yalnız mukayese ile anlaşılamayacağını ve bunların aynı ve benzer şartlar altında «nefsî» (psychique) ve hukukî vâkıaların tabii olduğu kanun gibi daha esaslı temellere dayandığı gösterilmesi lâzım geldiğini kaydediyor, aynı yer, s. 4.

(75) Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, c. 40, s. 75 v. d.. *Lautner* burada *J. Briquet*'nin «Recherches sur la Flore des montagnes de la Corse et ses origines» (Annuaire de Conservatoire et de jardin botanique de Genève, 1901) adlı yazısını kaynak olarak zikret-mektedir.

Koschaker'in *Lambert* dergisindeki yazısı, *Hirt* armağanındaki tetkikinin yalnız bazı ilâveler yapılmış bir tekrarıdır. Burada müellif, metodolojik tetkiklerini, *Lambert*'in «*histoire comparative*» (mukayeseli tarih) dediği sahaya hasrettiğini söylüyor ve «eskçağ hukuk tarihi» meselesine temas ederek bu hususta lâzım olan mukayeseli hukukun ancak eski hukuk sistemlerinin karşılıklı müfuzunu göstermeğe yarıyacağını kaydediyor (76). Mukayeseli hukukun ilmi temeli ne olduğunu soran *Koschaker*, sırf mukayese yapmak zevki için mukayese yapılmadığını, mukayeseli hukukun, yabancı hukuk sistemlerini ve bunların hükümlerini ve müesseselerini ihtiva eden bir katalog yapmak, bunları yabancı ve iptidai medeniyetlerin mahsulleri olarak bir etnoğrafya müzesinin camekânlarında sıralamak demek olmadığını söylüyor ve mukayesenin *bir irtibat hâline getirmeği* ifade ettiğini tekrarlıyor (77). *Koschaker*, mukayeseli usulü kullanan hukuk tarihinin yanında mevcudiyetini kabul ettiği «umumi mukayeseli hukuk» un sistematik hukuk ilminin bir kısmını teşkil eden bir «hukuk tipolojisi» olduğunu burada kaydediyor ve bilâhare «umumi hukuk nazariyeleri» (allegemeine Rechtslehre) kısmına ithal ettiği bu tipolojinin muayyen iktisadi ve içtimai âmillerle hukuki müesseseler arasında bir irtibat husule getirdiğini, bu irtibatın yalnız tipik olup tabiat kanunu gibi istisnasız mahiyette olmadığını ve izafi bir tabii hukuka isâl edeceğini beyan ediyor (78) ve bugün mukayeseli usulün yardımından, bir hukukun, bir medeniyetin en iyi bir surette bilinmesi beklediği sözleriyle bu yazısını bitiriyor (79).

(76) Haşiyeye 59 da zikredilen *Lambert* dergisi, c. 1, s. 275.

(77) Aynı yer, s. 276 *Koschaker*'in bu ifadesindeki doğru cihet, mukayese edilen şeyler arasındaki objektif «izafet-durumları» na işaret etmesindedir.

(78) Haşiyeye 59 da zikredilen «Mukayeseli hukuk tarihinin ışığı altında evlenme hukukunun bazı meseleleri», Deutsche Rechtswissenschaft, c. 4, 1939, s. 70 v. d. *Koschaker*, «Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft» (Roma hukukunun geçirdiği buhran ve romanist hukuk ilmi), 1938, adlı eserinde, s. 82, «burada hatta izafi manada tabii hukuk bahis mevzuu olmamakla beraber tabii hukuk telâkkisine göre vazedilen sual ile muayyen irtibatı olan cihetler» bulunduğunu ve muayyen bir hukukun müşahhas (konkret) tarihiliğinden ziyade hukuk ilminin bir nevi âlemsumul manada yeniden tanzimi maksadiyle, tabii hukuk zamanındaki felsefi tetkikler şeklinde, geniş gayeli mukayeseli hukukun istigal mevzuunu teşkil ettiğini kaydediyor. Muayyen bir hukuk sahama inhisar etmeyecek olan «hukuk tipolojisi» ne «hukukî düşünce şekillerinin mukayeseli tarihi» adını veren *Koschaker*, bu hususta *Mitteis*'in (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 1, 1944, s. 619, ayrı baskı, s. 49, haşiyeye 32 de zikrettiğimiz) «Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium», 1917, adlı konferansında, hukuk ilminin gelecekteki vazifesi olarak ileri sürdüğü «Hukukî düşüncenin nazariyesi» (Theorie des juristischen Denkens) fikrinden ilham almıştır. *Mitteis* bugünkü hukuk felsefesi yerine tanınmış hukukçu fikir adamlarının düşüncelerinin tahlilleri kaim olmak lâzım geldiğini ve bu suretle onların düşüncelerine hâkim olan esasların bilinebileceğini söylüyor. (s. 17). *Koschaker*'in fikirlerindeki tereddütü vaziyeti anlatmak için şunu da kaydedelim. Muhtelif hukuk sistemleri arasındaki muvazî tezahürler, ona göre, hukukî tekâmülün tabii kanunları olmayıp ancak tekâmül kuvvetlerinin bulunduğu göstermektedir. Bu muvazî tezahürler muayyen kültür şartları altında tipik olarak vukua gelir. Muhtelif milletlerde, aralarında tarihî irtibat veya yakınlık olmaksızın, benzer hukukî hükümler vaz'ına gidildiği ve bu tekâmülün ferdi âmillerle daima değişikliğe uğradığı görülür. Neticede her tarihî hukuk, bir ferdiyet teşkil eder (Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft, 1938, s. 81).

(79) Haşiyeye 59 da zikredilen *Lambert* dergisi, c. 1, s. 282.

Koschaker'in Ocak 1937 tarihinde verdiği bir konferansın metninde de (80) mukayeseli hukuka ait metodolojik fikirler kısaca tekrarlanmıştır (81).

Koschaker'in bilhassa çivi yazı hukuk sahasındaki zengin tetkiklerinden ilham alan metodolojik görüşlerinin, bu birtarafli diyebileceğimiz menşee bağlı bir mahiyette taşıdığını, yukarıdaki tenkitlerimize ilâve olarak, kaydetmek isteriz. *Koschaker*'in mukayeseli hukuk telâkkisi, âdeta çivi yazı hukukunun bir hukuk tarihi kolu olarak telkiki *usuîni* ihtiva etmektedir. Kendisinin «eskiçağ hukuk tarihi» meselesindeki menfi vaziyet alışını, bu meseleyi ortaya atmış olan *Wenger*'in fikirleriyle (82) telif çalışan *Lautner* (83), haklı olarak *Koschaker*'in görüşlerindeki bu hususiyete atfediyor (84).

4

RABEL

Hukuk tarihinden «gelen» *Koschaker*'e mukabil *Rabel*, hem hukuk tarihine ve hem dogmatik hukuka ve milletlerarası hususi hukuka dayanan çok esaslı ve geniş metodolojik görüşleriyle yeni mukayeseli hukuku kuranların başında bulunanlardandır.

Rabel, «Râhimin tasarrufunda maruz kaldığı tahditler, bilhassa papiruslarda», 1909, adli eserinde (85), hukuk tarihi tetkikleri sahasında eskiçağ ile cermen ortaçağı arasında oldukça geniş bir ayrıncı çizginin çekilmiş olduğunu, bunun firdolayı etrafında hemen yarı karanlık bir vaziyette diğer milletlerin hukuki mukadderatı bulunduğunu, bu birbirinden ayrı iki sahayı birleştirmenin ve bu suretle romanistik ve cermanistik arasındaki ayrılığı kaldırarak bunları müşterek bir disiplin olan umumi hukuk tarihinde birbirleriyle mezcetmenin cazip bir vazife teşkil ettiğini ve hukuku insanlığın nasıl yaşadığının asıl bu umumi tarihte gösterileceğini söyledikten ve fakat bunun bugün için güzel bir rüya halinde olup henüz cermen

(80) Haşive 59 da zikredilen «Mukayeseli hukuk tarihinin ışığı altında evlenme hukukunun bazı meseleleri» başlıklı yazı.

(81) Gerek buradaki ve gerek «Roma hukukunun geçirdiği buhran ve romanist hukuk ilmi» adlı eserdeki farklı görüşleri yukarıda yeri geldükçe kaydettik.

(82) *Wenger*'in «eskiçağ hukuk tarihi» (Antike Rechtsgeschichte) tezini şu yazuları ihtiva eder. «Römische und antike Rechtsgeschichte», 1905; «Über Papyri und Gesetzesrecht. Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie, 1914; «Römisches Recht und Rechtsvergleichung. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, c. 14, 1920, s. 106 v. d.; Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, c. 40, 1923, s. 447 v. d.; «Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft, Erreichtes und Erstrebt», 1927, s. 3; «Die rechtshistorische Papyrusforschung», Archiv für Kulturgeschichte, c. 19, 1928; Byzantinische Zeitschrift, c. 27, s. 407 v. d.; «Wesen und Ziele der antiken Rechtsgeschichte, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, c. 49, 1929, s. 688 v. d., ve Studi in onore di Pietro Bonfante, c. 2, 1930, s. 465 v. d.; «Juristischer Literaturbericht», Archiv für Papyrusforschung, c. 9, 1930, s. 104 v. d.; c. 10, 1932, s. 218 v. d.; c. 12, 1937, s. 142 v. d.; «Ancient legal history», Harvard trecentenary publications, 1936; «Sur le droit romain, le droit comparé et l'histoire des droits antiques», Lambert dergisi, c. 1, 1938, s. 138 v. d.; «Paulo Koschaker Sexagenario», Festschrift Paul Koschaker, c. 3, c. 3, 1939, s. 1 v. d. *Wenger*'in «eskiçağ hukuk tarihi» mefhumu için Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 1, 1944, s. 919. ayrı baskı s. 49 a bakınız.

(83) Yukarıda haşive 74 te zikredilen yazı, s. 70 v. d.

(84) Aynı yer, s. 70.

(85) Yukarıda s. ve haşive 8 e bakınız.

ve Roma hukukiyle, yeni ortaya çıkarılan, eski Yunan hukuk sahaslarında tek bir ilim adamına yüklenemeyecek kadar geniş ve güçlüklerle dolu çalışmanın, daha uzun zaman, her saha için ayrı bir halde yapılması lâzım geldiğini kaydettikten sonra gerek romanistler ve gerek cermanistler için müşterek bir gaye olan ve elde edilecek hukuk sistemlerini bir araya getirecek ve işleyecek bulunan âlemşümül hukuk tarihinin uzaktan bile görünmediğini, geleceğe ait olan bu ilimde ileride tam bir gelişme gösterecek olan mukayeseli hukukun daha bugünden romanistler ve cermanistler arasında memnuniyet verici bir varlık gösterdiğini ve bidayette yalnız yardımcı, aydınlatıcı ve teşvik edici mahiyette olduğunu ilâve ediyor. *Rabel* «bir gün gelecek, diyor, tarihi mukayeseli hukukun ve onunla beraber umum hukuk tarihinin zirvesi bir felsefi kısma, hukuki tezahürlerin umumi bir nazariyesine dayanacaktır. Bu nazariyeye göre hukuki tezahürler kültürün mücerret olarak düşünülmüş eserleri ve manivelâsıdır. Hukukun vücut bulması ve tesiri görülmesi arasındaki illiyet bu suretle izah edilmiş olacaktır. Bu kısım, hukuk tarihinden ayrılacak ve hukuk felsefesine ithal edilecektir. Cemiyet tezahürlerinde görülen tiplerin ilmi olan sosyoloji de tarihten ayrılmış ve umumi felsefesinin sahasına girmiştir» (86). Yukarıda da işaret ettiğimiz veçhile *Rabel*'in bu fikirleri o tarihlerde henüz hüküm süren pozitivist görüşün nüfuzu altında kalmıştır (87). *Rabel*'in düşünüş tarzına iştirak eden *Koschaker* de aynı görüşe mensup fikir adamlarındandır (88). Netekim *Rabel* yukarıda kaydettiğimiz programatik sözler üzerine «hukuki tekevün ve teşekkülün kanunlarını ve ritmik ve tipik mahiyetini gösteren tek tük başlangıç halinde çalışmalar görülmekte olup şimdilik uzun müddet için kendi başına kalacak olan bu sahanın semerelerinden hukuk tarihçisi, tıpkı komşu ilimlerin neticelerinden olduğu gibi, beslenecektir» diyor ve bu komşu ilimlerin yetiştirilmesinde hukuk tarihçisinin yalnız tohumu tedark edip bu hususta sarfı lâzım gelen emeğe iştirak edilemediğini ilâve ediyor. «Buna mukabil yakın geleceğin mukayeseli hukuku, ekseriyetle ve hoş görmeyen bir bakışla kabul edildiği gibi, ayrı tetkikler yapan tarihin zıddı mahiyetinde olmayıp halk hukuk sistemlerinin ve hukuki bağ etrafında toplanmış birliklerin mukayeseli usulü kullanan tarihinin kendisidir. Bu mukayeseli hukuka müracaat ihtiyacından kimse vâreste olamaz. Hukuki hükümlerin meriyet sahasını tetkik ederken, meselâ Papiruslarda, Suriye - Roma kanunnamesi denilen eserde eski Yunan ve roma hukuku gibi muhtelif hukuk sistemlerine ait hükümleri tefrik edişimiz ve aynı hukuka mensup olduklarını kabul ettiğimiz milletler için hukuki birlik çerçevelerinin genişliğini tâyin eylemişimiz mukayeseye dayanmaktadır. Mukayesenin maksadı hukuki hükümler ve müesseselerdeki yakınlığı ve farkları göstermek ve bu yakınlıkların bir ana milletten müşterek tevarüs suretiyle mi olduğunu, bir hukuk sisteminin diğeri üzerindeki nüfuzundan mı husule geldiğini, yoksa her iki hukuk sahasında birbirinden müstakil olarak faaliyeti görülen âmillerin mahsulü mü bulunduğunu tetkik etmektir» (89). Uzun müddet bu yakınlıkların müşterek bir hukuki kaynağa dayanması ihtimali üzerinde duruldu. Hukuki «resepsiyon» ların her milletin hukuk tarihi için az çok varit olan mevcudiyetini göstermek daha verimli çalışmalara imkân vermiş ve bir şey muhtelif yerlerde aynen tekrarlamayacağından benzer hukuki hüküm-

(86) Aynı yer, s. 2.

(87) Yukarıda haşiye 8 e bakınız.

(88) Yukarıda haşiye 48 e bakınız.

(89) Yukarıda s. 226 ve haşiye 8 de zikredilen yer, s. 3.

lerin benzer kültür şartlarına dayandığının gösterilmesi, en müşkilâtlı bir tetkik sahası olmasına rağmen, en kazançlı olmuştur (90). Başlangıç vaziyette ilk önce münferit hukuk sistemleri sahasında çalışılır. Burada mukayese, usul olarak, bir gaye olmaktan ziyade bir yardımcıdır. Onun vasıtasıyla eski düşünüş tarzlarını bulmağa ve hayalimizi zenginleştiren sualleri vaz etmeğe çalışırız. Mukayese, az çok, temkinle tatbik edildikçe ilmi olmaktan uzaklaşturmaz. Tabii, az çok mahdut bir malzeme tetkik mevzuunu teşkil eder. Ön ve Uzak Asya'nın yüksek kültürlü bir çok milletlerine ait olup okunmağa ve anlaşılmağa başlanan eserleri bilgimizi bir çok cihetten ilerletmekle beraber bu eserlerin hukuki inceliklerini anlamak için bir hukukçunun nadiren sahip olacağı derin dil bilgisine ihtiyaç vardır. Batı Avrupası fikir adamlarına, aldıkları tahsil dolayısıyla, Roma, eski Yunan ve Cermen hukuk sistemleri diğer hukuk sistemlerinden ziyade yakınlık arzettiğinden bunlar bilhassa bu saha ile meşgul olmaktadır. Hukuk tarihine ait bu ilmi çalışmalarda tetkik mevzuları genişletilerek, yeni hukuki muhteviyat ve düşünüş şekilleri aranmağa ve bulunmağa başlanmıştır. Bu meyanda cermen ve eski Yunan hukuk sistemleri arasındaki yakınlığın çok geniş olduğu ve bu hukuk sistemlerinin mukayesesinden Romalılarla eski Yunanlıların hukuk sistemlerinin ayrı ayrı karşılaştırılmasından beklenenlerden daha büyük neticeler elde edildiği görülmüştür. Eski telâkkilere Helenlerden ve Romalılarından ziyade cermenlerde tesadüf edilmektedir. Ptolemeler ve ilk imparatorluk zamanına ait papüruslar, gerek formüllerindeki usul yeknesaklığı ve gerek nüfuzu altında kaldığı mısırlı unsurlarıyla, eski Yunanlıların âbidelerinden ziyade, bu yakınlığı bize göstermektedir. İhtimal bundan dolayı demotik ve çivi yazılı kültüre ait malzemenin gelecekteki tetkiklerde mukayese mevzuu yapılması lâzım gelecektir (91). 1909 yılında bu isabetli tahminde bulunan *Rabel*, bütün noksanlarına rağmen papürus malzemesinin işlenmesinde Cermen hukukuna ait tetkiklerden istifade edilmesi lüzumuna işaret ediyor ve cermanistlerin de terdübeli vadedimiyle bir çok esrarlı noktaların aydınlanacağını söylüyor (92). Papüruslardaki mukavele formülleriyle Frank ve Alman ortaçağına ait mukavele formülleri arasında göze çarpan mutabakat, *Rabel'e* göre, vesika üslubunun «resepsiyon» u, görüş tarzlarının, cemiyet esaslarının ve iktisadi şartların benzerliği gibi âmillerden bazılarının veya hepsinin nüfuzu altında husule gelmiştir. Bütün alâkalı ilim adamlarının bu husustaki şümüllü işbirliği ile asıl âmillerin bulunması meselesi aydınlanabilir (93).

Rabel «Mukayeseli hukukun vazifesi ve lüzumu» (Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung), 1925, adlı yazısında (94), Alman Medeni Kanunu hazırlanırken o zamanki yer yer mer'î türlü türlü Alman hukuk sistemlerinden muhtelif hukuk müesseselerinin, teşrif hal çareleri olarak, dayandığı mantığa ve haiz olduğu kıymete göre mukayese edilerek, Medeni Kanun lâyhasına seçilip alınmasını, «tatbiki mukayeseli hukuk» diye vasıflandırıyor ve her kanunda, bunun gibi, seçilmiş meseleler ve hal çarelerinin bulunduğunu dogmatik mukayeseli hukukun gösterece-

(90) Aynı yer.

(91) Aynı yer, s. 4.

(92) Aynı yer, s. 4 v. d.

(93) Aynı yer, s. 5.

(94) Bu yazı ilk defa «Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht, c. 13, 1924, c. 13, s. 279 v. d., nda çıkmıştır.

gini kaydediyor (95). *Rabel* mukayeseli hukuku «bir devletin (veya hukuk vaz eden bir cemiyetin) hukuki hükümleriyle başka bir nizamın yahut geçmişe ve içinde bulunduğumuz zamana ait mümkün mertebe bir çok nizamların hukuki hükümlerini karşılıklı muhakeme ve münakaşa etmektedir» diye tarif ediyor (96). Bu suretle ne gibi meselelerin muhtelif hukuk nizamlarında ortaya konulduğu ve nasıl halledildiği ve bu hal çarelerinin birbiriyle olan münasebeti tetkik edilir (97).

Rabel bu yazısında mukayeseli hukuku üç kısma ayırıyor:

1. *Dogmatik veya sistematik mukayeseli hukuk*, muhtelif hukuki hükümlerin, *muhteviyat itibariyle* olan, münasebetini tetkik eyler. Bu hükümlerin *kıymet* cihetinden takdiri, mukayeseli hukuka değil, mukayeseli hukukla imkân haline gelen *hukuki tenkid'e* aittir (98).

2. *Tarihi mukayeseli hukuk*, dogmatik veya sistematik mukayeseli hukukla yakın bir irtibatla olup, hukuk nizamlarının *tarihi münasebeti* ile iştigal eder. Bu suretle bulunan *benzerlikler* şu üç esasa irca olunur.

a) Müsterek menşe,

b) «Resepsiyon» ve

c) Müstakil olmakla beraber muvazi nüfuzu haiz bulunan âmiller. Eski hukuk nizamlarının harap bir haldeki bakiyesinden bu nizamların nasıl olduğunun anlaşılması, tarihi mukayeseli hukukla kabil olmaktadır. Bu sahanın tehlikelerini izale etmek usulü öğrenildiğinden bir taraftan kaynaklar meydana çıkarılırken diğer taraftan mukayeseli hukukun yardımından faydalanılmaktadır (99).

3. Hukuk felsefesine isâl eden, onunla az çok hemhudut olan ve hukuk felsefesindeki «hukuki olan» 1 teşkil eyliyen «*umumi kısım*» (100).

Bu üç kısmın, bugün değilse gelecekte «mukayeseli hukuk ilmi» ni vücuda getireceğini, kâfi derecede gelişen mukayeseli hukukun her halde bütün hukuk ilminin temeli ve hukuk felsefesiyle beraber bu ilmin başına tac olacağını ve şimdilik tarihi mukayeseli hukukun münferit hukuk nizamlarını tetkike yarıyan bir usul olarak bir zaman kullanılacağını *Rabel* beyan ediyor (101).

Sistematik mukayeseli hukuk, ehemmiyetle çalışılması lazım gelen saha olup vazifesi, bütün kaynaklardan hukuki hayatın kendisini ve hukuki tekevvünün, olu-

(95) Aynı yer s. 1.

(96) Aynı yer, s. 2.

(97) Aynı yer.

(98) *Wüstendorfer*, Bir İtalyan defiz ticaret kanunu lâyihası dolayısıyla mukayeseli hukuka dayanan mülâhazalar (Rechtsvergleichende Betrachtungen zum Entwurf eines italienischen Codice Marittimo) başlıklı yazısında, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, yedinci yıl, 1933, s. 1. «yalnız mukayese ile kıymet hükümlerinde edilir. Kanun vâzı, vatan sınırlarının ötesini görmeğe müsait yüksekliğe çıkarak ve oradan geniş görüş sahasına bakarak yurttaki hukuk nizamının gösterdiği terakkiyi ve işaret ettiği ilerleme istikametlerini ve ne cihetlerden geri kaldığını ve islahâ muhtaç olduğunu görüp anlayabilir. Bu hakikat milletlerarası deniz münasebetleri sahasından ziyade hiç bir hukuk sahasında bu derece kuvvetle mer'î değildir. Zira her tarafta aynı veya çok benzer vaziyetteki seyrüsefer meseleleri hukuki ifadesini bulmağa çalışılmaktadır» ((s. 1 v. d.) sözleriyle mukayeseli hukuk meselesinin en mühim noktalarına, kendi sahasının büyük bir mütehassısı gözüyle, temas etmektedir.

(99) Hâsiye 94 te zikredilen yer, s. 3.

(100) Aynı yer.

(101) Aynı yer.

sun fonksiyonlarını anlamaktır. Fakat bunun için, ilk önce, tetkik mevzuu olan münferit hukuki hükümlerin, mensup olduğu hukuk nizamı bütünlüğü ile olan bağlılığı anlaşılmalı. Yalnız kanun maddelerini karşılaştırmak bu maksada kâfi gelmez. Bu maddelerdeki hükümleri az çok değiştiren ve hatta bertaraf eyliyen tatbikat ve içtimai hayattaki bilhassa iktisadi, mali ve sınaî mukavele şartları göz önünde bulundurulmak icabeder. Mahkeme kararları olmaksızın bir kanun bir iskelet halindedir ve hukuk ilminde umunun kabulüne mazhar olmuş fikir ve nazariyeler (islâm hukukunun «icmâ'-ı fukahâ» mânasına kullandığı «icmâ'-ı ümmet») bir vücudun sınırları mahiyetindedir. Bunlara munzam olarak kanunların tarihi menşei ve vaz olunmuş şartları bilindikten sonra mukayeseli hukukun vazifesi başarılabılır. «Zira hukuk, *Kohler*'in dediği gibi, bir kültür tezahürü olup bir müessirin eseri olmaktan müstakil bir halde düşünülemez... Hukukun meseleleri üzerinde durup düşünmek için bütün dünyanın geçmişteki ve bugünkü hukuku, arazi, iklim ve ırk gibi âmilleriyle, milletlerin harp, ihtilâl, devlet tesisi, başka bir devletin hükmü altına girmek gibi tarihi mukadderatiyle, dinî ve ahlâki telâkkileriyle, fertlerin azm ve gayret ve ibda kuvvetiyle, mal istihsali ve istihlâki ihtiyaçlarıyla, cemiyet tabakalarındaki, partilerindeki, sınıflarındaki menfaat münasebetleriyle, malzeme olmalıdır. Her türlü ruhi cereyanların tesiri vardır. Zira yalnız feodalizm, liberalizm, sosyalizm kendine göre başka bir hukuk sistemi vücuda getirmekle kalmaz, hukukta tutulan yolun isâl ettiği neticeler ve Devlet ve hukukta istenilen ideal de âmil olur. Bütün bunlar, karşılıklı olarak, içtimai, iktisadi ve hukuki tekevvünler husule getirir. Her tekâmül etmiş milletin hukuku, güneş ve rüzgârlar altında binlerce mütenevvi tezahürleriyle renk renk titrer. Bu ihtizaz halindeki cisimler, daha kimsenin ihata edemediği bir bütün teşkil eder» (102).

Burada *Rabel*, müsbet hukukun «tabii bir vâkıa olduğu, yani kâfi sebeplerle taayyün ettiği ve realitenin bütün diğer tezahürlerine bağlı bulunduğu» kaziyesinin bilgi nazariyesi tarafından isbatı lâzım geldiği hususunla *Del Vecchio*'nun ileri sürdüğü iddiayı zikrediyor ve bu izafiliğin, yani müsbet hukuktaki bu şarta bağlılığın hukuki tekevvündeki bir çok âmilleri bulmağa sak olmasını mukayeseli hukuk ilminin en mühim ve en sağlam bir neticesi olduğunu beyan ediyor (103). Gerek *Savigny*'nin, hukuki tekâmülü milli ruha bağlı telâkki etmesi ve gerek *Vico*'nun, insanları bidayette müşterek yaratılıştaki addederek milletlerin bir ve tabii hukuku bulunduğunu kabul etmesi ve *Tarde*'in, her şeyi taklitle izah etmek istemesi yanlış olduğunu *Rabel*, haklı olarak, kaydediyor (104) ve bugün iptidai milletlerin hukuk telâkkilerinde, ırk farkı yapılmaksızın ve birbirinden aldığı iddia edilmeksizin, mahiyet itibariyle birbirine yakın müesseseler ve bunların tekâmülü göze çarptığını ve bütün bunların «empirique» mukayeseli hukuk için birer mesele teşkil ettiğini söylüyor. *Rabel* mukayeseli hukukun *Holland* tarafından insanların arasındaki münasebetlerin sûri (formel) ilmi diye vasıflandırmasını dar buluyor (105). Ona göre bu ilmin sahası geniş ve tahdit edilmemiştir ve gayesi bilgi elde etmektir. Bu gaye hu-

(102) Aynı yer, s. 3 v. d.

(103) Aynı yer, s. 5.

(104) Aynı yer, s. 5 v. d.

(105) Aynı yer, s. 6.

kukta, felsefede, sosyolojide olduğu gibi bütün ilimlerde vardır ve onları bir vahdet haline getirmektedir (106).

Rabel hukuk mukayesesine ait fikirlerini sonradan şu suretle hulâsa ediyor. «Yalnız hukuki edilen hukuki varlıkların muhteviyatı itibariyle münasebetlerini tayin etmek isteyen *sâf* mukayeseli hukuku, ona kolaylıkla iltihak eden mukayeseli kıymetlendirmeden tefrik ediyorum. «Tabiki mukayeseli hukuk» olan bu berikini hukuki siyasetin ihzarına yarar ve hukukta yapılmak istenilen birleştirmenin kabil ve tavsiyeye şayan olup olmadığı meselesi için elzemdir. Fakat mukayeseli hukuk, *sâf* haliyle, münhasıran bilgi elde etmeğe yarar. İlmî bir surette münasebet ve izafetleri ihata etmeğe çalışan mukayeseli hukukun hiç de basit olmıyan ve her halde teker teker halledilmesi lâzım gelen bir sürü meseleleri vardır. Billhassa «niçin» meselesi, zaruri olarak, bunlar arasındadır» (107).

Mukayeseli hukuk sahasındaki muhtelif tetkikleriyle gerek dogmatik, sistematik ve gerek tarihi istikametlerde çığır açmış ve *Mitteis*'in «Volksrecht und Reichsrecht» (Halk hukuku ve Devlet hukuku) adlı eseriyle Roma İmparatorluğuna komşu milletlerin hukuk sistemlerini tetkik hususunda atılmış olan adımın Önasya, Mısır ve Arabistan'a kadar şümullendirilmesine nümune olmuş olan (108) *Rabel*'in henüz devrinin pozitivist görüşünden kurtulamadığını ve ruhi- içtimai ilimler sahasına giren mukayeseli hukuk tarihi ile mukayeseli dogmatik hukukun tabii ilimlerin usul ve mantığıyla iş göremeyeceğini, *Dilthey, Windelband, Rickert, Max Weber, Troeltsch, Lask* gibi yine kendi milletine mensup büyük fikir adamların irşatlarına rağmen anlamamış olduğunu görüyoruz (109).

5

DEL VECCHIO

Mukayeseli ve âlemşumul hukuk tarihi meseleleriyle alakalı olmak üzere İtalyan hukuk filozofu *Del Vecchio* tarafından ileri sürülmüş olan «Mukayeseli âlemşumul bir hukuk ilmi» fikri (110) tetkike ve tenkide değer cihetleri ihtiva etmektedir. «Âlemşumul hukuk» fikri eskidir. Felsefenin bütün insanlığı içine alan görüşünün nüfuzu altında *Leibniz*, milletlerin hukuk sistemlerini bir araya toplamak imkânını düşünmüştü (111). Fakat *Del Vecchio*'nun hakkı olarak kaydettiği veçhile âlemşumul bir

(106) Aynı yer, s. 7.

(107) Mukayeseli hukuk ve milletlerarası kazai faaliyet (Rechtswissenschaft und internationale Rechtsprechung), Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. Birinci yıl, 1927, s. 6, haşiye 1.

(108) Hususi hukuk tarihlerinde görülen benzer hukuk müesseselerine, meselâ Borç ve Mesuliyet (Schuld und Haftung) e müteallik meselelerin hallinde eski Türk hukukuna ait mevzuca vesikalarn mukayeseli hukuk tetkiklerindeki büyük ehemmiyetini «Eski türk hususi hukukunda tasarruf ve taahhüt muameleleri» adlı Türk Hukuk Tarihi Enstitüsünde yaptığımız tebliğde gösterdik.

(109) *Radbruch, Salomon, Binder* gibi hukuk filozofların eserlerinde bu usul meselesi mühim bir yer tutmaktadır ve bu usulün «teleolojik» olması hususunda mütabakat hasil olmuştur.

(110) Sull' idea di una scienza del diritto universale comparato (âlemşumul mukayeseli bir hukuk ilmi fikri) adlı eseri 4 Eylül 1908 tarihinde Heidelberg'te vemiş olduğu bir konferansın mahsulüdür.

(111) Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 1, 1944, s. 608, ayrı baskı, s. 38, haşiye 14.

hukuk ilminin programı ilk defa *Feuerbach* tarafından tanzim edilmiştir (112). *Feuerbach* bu maksatla uzun müddet malzeme toplamış ve Asya, Siberya, Orta-Asya, Mançuri, Göçebeler, Moğollar, Çin ve Amerika bahislerini yazdığı bir eser hazırlamağa çalışmıştır. Bundan başka metrukâtı arasında Hint hukukuna ait malzeme vardır. Bütün bu malzemenin bir kısmı, Çin ve Moğol hukukunda olduğu gibi, kanunlara ve Cingiz yasasına dayanmakta ve tanınmış ilim adamlarının ve müşteliklerin eserlerinden ve notlarından istifade edilmekte ise de, ekseriyetle, hukukî teşkilâta ve müesseselere ait malûmattan ziyade milletlerin haricen göze çarpan yaşayışlarını anlatan seyahatnameler bu tetkiklere kaynak teşkil etmiştir. Bu zâhire taallük eden malûmatın hukukî teşkilât ve müesseseler gibi insanlığın sırlarını çözmeğe yaramıyacağını *Feuerbach* şikâyetle söylüyor. O devirde bu malzeme ile bütün hukuk sistemlerine şumullü bir hukuk ilmi vücuda getirmek, tabii, kabil değildi. *Feuerbach* «mukayeseli hukuk» un tarihinde *Montesquieu* ile Henry Summer *Maine* arasında halef ve selef vaziyetindedir.

Feuerbach'ın burada yalnız umumi görüşlerine temas edeceğiz (113). Ona göre insanlık birbirinden farklı milletlerden terekübeder ve içinde büyük tenevvüü ihtiva eden bir vahdete doğru tekâmül eyler. Fakat her ilmin vazifesi, umumî olanı bilmek ve umumî olanla hususî veya tesadüfî olan arasındaki münasebetlerin zarurî cihetlerini bulup anlamaktır. *Feuerbach*'ın gayesi, hukukî yalnız müşahhas (konkret) millî hukuk nizamiyle olan irtibat ve münasebeti içinde değil, bugünkü hukuk sosyolojisinde olduğu gibi, onu çeviren tabii ve içtimai vâkıalarla fonksiyon halinde ihata ve ifade etmek ve bu suretle hukukî tekâmülün umumi kanunlarını bulmak veya bu tekâmülü tipleştirmektir (114). *Feuerbach* millî bünyenin hukuk üzerindeki nüfuzunu kabul ediyor ve «her millet, kendi insanlığı ve kendi etnik hususiyetiyle birlikte, kendi kanunlarının tohumlarını kalbinde taşır» diyorsa da bu kanunların, ruhî kültürün başlıca kısmını teşkil etmesi itibariyle, bir milletten diğerine yayılacağını beyan ediyor. Âlemşumullük fikrinin milliyet fikriyle baş başa ve müsavî vaziyette yürümesi lâzım geldiğini ilk defa bu vuzuhla *Feuerbach* söylemiştir ve ona göre mukayeseli hukuk ilmi, bu âlemşumullük fikri için çalışmalıdır (115).

Del Vecchio'nun âlemşumul hukuk ilmi fikri şu esaslara dayanmaktadır. Hukuk müesseseleri, onları meydana getiren sâik ve âmilleri aşan bir kıymettedir. Bu umumi kaideye göre hukuk müesseseleri, menşe itibariyle daima tarîhî muayyen şartlara bağli kalmakla beraber, bünyelerindeki mantık, onlara müstakil bir hayat vermektedir. Bu suretle bir milletin hukuk nizamında yer alan hukuk müesseseleri başka milletlere ait hukuk nizamlarında yeni ve daha geniş tatbik sahası bulmaktadır. Bundan dolayı hukuk müesseseleri, yalnız muayyen ferdi tarihî bir realitenin cüzü'leri olarak değil, insan ruhunun, âlemşumul ve tarih ötesi diyebileceğimiz bir manada, ifa-

(112) Haşiyeye 110 da zikredilen eser, ikinci tabı, 1909, s. 24. v. d.

(113) Daha etraflı bilgi edinmek için *Radbruch'un Anselm Feuerbach, précurseur du droit comparé* adlı tetkikine, Introduction à l'étude du droit comparé, «Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, c. 1, 1938, s. 284 v. d., bakınız.

(114) *Radbruch*, aynı yer, s. 286. Bu husustaki görüşümüzü Hukuk Sosyolojisi, 1945, adlı eserimizde ve Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 1, 1944, s. 602 v. d., ayrı baskı, s. 32 y.d. nde kaydettik.

(115) *Radbruch*, Aynı yer, s. 291.

deleri ve ânları olmak üzere tefsir ve imal kabiliyetini haizdir (116). *Del Vecchio* insanlık için müşterek bir hukuki şuur esasını kabul ediyor ve bu şuurun bütün milletlerin hukuk sistemlerinde ayrı ayrı ve fakat birbirine benzer bir sürü hükümler ve müesseseler vücuda getirmek kabiliyetinde olduğunu, bazı ahval dolayısıyla bir millette olacak yerde başka bir milette ifadesini bulan bu (bütün insanlığın malı) fikirlerin, birleştirici bir «tarihi yetire» neticesi olarak, fiilen bir milletten diğerine intikal ettiğini ve bu suretle hukuki hükümlerin ve müesseselerin sonradan yayılarak muhtelif hukuk nizamlarında yer alması mümkün bulunduğunu beyan ediyor. Hukukun bu gelişmesini anlamak için, zaman ve mekân farkı gözetmeksizin, bütün milletlerin «müsbet hukuk» unu, bugün kabul olan ilmi bir usulle tetkik icabeder. Malzemenin bolluğu bedbinliğe sevketmemedir. Tabii ilimlerde de malzemenin bolluğu terakkiye mani teşkil etmemektedir (118). Bundan başka, bir hukuku diğerine kıymetçe üstün tutmak gibi yanlış bir düşünce ile hareket ederek, meselâ hukuk tarihi tetkiklerini roma hukukuna hasreylememelidir. Roma hukukunun kültür kıymeti büyük olmakla beraber kıymete mevzu olan şeyden kıymetin ölçüsünü elde etmeğe kalkışmak doğru olmaz (119). Roma hukuku, insanlığın «hukuki düşünce» sinin ufak bir kısmıdır. Bu hukukun müesseseleri, geçirdikleri tekâmül safhalarının anlaşılmasına imkân vermiyecek kadar gelişmiştir. Hukuk fikrinin kuvveden fiile çıkmış bir tezahürü olması itibariyle roma hukuku bir tarihi kategori olarak mütalâa edilebilir (120).

İçtimai hayatın tezahürleri, muayyen tekâmül safhasına göre müşahede edilirse, bu tezahürlerin insanın hukuki yaradılışıyla alakalı olduğu görülür. Bu yaradılış bahsi, mesleki hukuk ilminin resmi sınırları dışında kalır. İnsanların fiil ve hareketlerini tetkik mevzuu yapan muhtelif ilimlerin metodolojisi manasına gelen bir sosyolojiye, *Del Vecchio*, münhasıran ilmi kıymet atfetmek istiyor (121). Bu hukuk sosyolojisi

1. Hiç bir hukuki tezahürü ehemmiyetsiz görmeyecek ve geçmiyecek ve
2. Tanırlar eski hali kalmamış ve tekâmül neticesinde büsbütün değişmiş müesseseleri tetkik mevzuu dışında bırakmayacaktır (122).

Bu iki kaideden birincisi, «müsbet hukuk» un, tezahürler nizamına dahil tabii bir vâkia mahiyetinde olması telâkkisine dayanmaktadır (123). Bu vâkıaların kendi varlıkları içinde izah edilmesi için kıymet ölçüleriyle seçme yoluna gidilmemeli ve tetkikler bir nevi hukuki «naturaliste»likle yapılmalıdır (124). İkinci kaide, «empi-

(116) *Del Vecchio*, Communicabilité du droit et les doctrines de G. B. Vico, Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, c. 2, 938, s. 592, başyeli 1. *Del Vecchio*'nun bu yazısında ileri sürdüğü fikirlerin «resepşiyon» mefhumu noktasından tenkid için «Yabancı kanunların alınması ve Millî Hukuk» adlı yazımıza, Medeni Kanunun XV. yıl dönümü için 1944, s. 179 v. d. ve başyeli 13, bakınız.

(117) *Del Vecchio*, başyeli 116 da zikredilen yer, s. 593 ve 597.

(118) *Del Vecchio*, başyeli 110 da zikredilen eser, ikinci tabı, 1909, s. 6 v. di.

(119) Aynı yer, s. 8.

(120) Aynı yer, s. 9.

(121) Aynı yer, s. 11.

(122) Aynı yer, s. 12 v. d.

(123) Aynı yer, s. 13.

(124) Aynı yer, s. 12.

rique» sahada her şeyin illetli (causal) olduğunu esas ittihaz etmektedir. Bundan dolayı bir hukuk müessesesinin her muayyen tekâmülü ânında en eski muhteviyatında bir eserin bulunduğu (125) ve tamamıyla tarihe karışmış hukuk âlemlerinin, bu eski bakiyelerin mukayeseli yardımıyla, aydınlanabileceği kabul ediliyor. Bütün insanlığa şümulü mukayeseli hukuk ilminin kendine mahsus vasıfları, «hukuki tezahürler» den elde edilir. Bu tezahürlerin hukuki ciheti, mantıkan, az çok, içimizde bilkuvve mevcudolan hukuk fikriyle, vâkıaların seçilmesi, zümreleştirilmesi ve mukayese ile irtibat haline getirilmesiyle belirir (126). Mukayese için hukukan ehemmiyetli olan malzeme bu yolla hazırlanmış olur. Bu müteal (trascendental) hukuk fikrinin idrak edilmesiyle, zaman ve mekân içinde hukuki malzemeyi bulmağa yarıyan «empirique» tetkiklerin ehemmiyeti azalmaz. Kültürel manada «tarihi» vâkıaların tetkiki, düşünerek süri (formel) ölçüye kadar yükselme imkânını verir ve o vâkıalar, bu ölçünün tatbikatı ve misalleri mahiyetindedir (127). Bu esas ölçüler üzerinde mütabakat hasıl olunca hukuki tezahürlerin maddi tetkikine ve mukayesesine girişilebilir.

Bu mevzu ve gaye ile «mukayeseli âlemsümül hukuk ilmi» niñ kurulmasını *Del Vecchio* lüzumlu görüyor (128). Bu ilmin temeli, insan ruhunun vahdeti fikridir. Hukuk, bu fikre göre, ruhun bir ifadesidir ve her insan, hukuk esasını içinde taşır. Bundan dolayı adalet isteği ve esası (postulat) insanın ruhuna ebedi olarak yerleşmiştir.

Del Vecchio bahis mevzuu ilmin kurulması lüzumunu şu mülâhazalara istinat ettiriyor. Bir cemiyet nizamının mevcudiyetini gösteren eserlere bütün milletlerde tesadüf edilir. Bu cemiyet nizamı bir yerde tahtışuur bir halde şuurla bilinen bir hale intikal etmektedir. İnsan duygusundaki vahdet, gelişmedeki eşitliği husule getirmektedir. Bunun neticesi olarak her milletin hukuku kendine mahsus ve başka milletlerin hukuk sistemlerinden daima farklı olması hususunda Tarihi Mektebin takviye ettiği kanaatin yıkılması zaruri olur (129). Bu eski kanaat yerine her yerde hukuki esasların ve hukuki ana müesseselerin büyük bir kısmı insanlığın müşterek malı olduğu, genişliyen mukayeseli tetkiklerle, gösterilebilir. Bu büyük hukuk vahdetinin yeni bir teyidi, müesseselerin bizzat tekâmül etmesi ve muhtelif milletlerde bu tekâmülün hayret verecek bir eşit netice husule getirmesidir. Bu eşitlik, müşterek ırk menşesine izafe edilemez (130). Hukuki müesseselerin, mensup oldukları hukuk nizamından başka hukuk nizamlarına alınabilmesi bunu teyit eder.

Bu mebdeleri (postulat) vaz ve kabul eden *Del Vecchio*, hukuki müesseselerin müstakil bir varlığı olduğunu ve bunların, tekemmül nisbetinde, «resepsiyon» kabiliyti artacağını beyan ediyor (131). Bu müstakil varlık, müesseseleri, tarihi bağlarından ayırır ve âlemsümül, tarihötesi bir mânada olmak üzere her türlü tarihin üstüne çıkarır. Bundan dolayı Tarihi Mektep, *Del Vecchio*'ya göre, Roma hukukunun Almanya'da alınmasını izah edememiştir.

(125) Aynı yer, s. 13.

(126) Aynı yer, s. 14.

(127) Aynı yer, s. 16.

(128) Aynı yer, s. 16.

(129) Aynı yer, s. 17.

(130) Aynı yer, s. 18.

(131) Aynı yer, s. 19.

Hukuki müesseselerin sırf rasyonel olan ve insan ruhunun mahsulü olmak itibarıyla birbirine mutabık bulunan kısımları, gittikçe, bîdayette yarı tahtesşuur bir surette vücuda gelmiş milli ve mahalli mahiyetteki bünyelerine üstün gelmekte ve bu suretle muhtelif milletlerin hukuk sistemleri arasında bir yaklaşma, daima artan bir eşitlik ve mutabakat vuku bulmaktadır. Bu umumi temayül, insan ruhunun zaruri tekâmülünden ileri gelmektedir (132). Yaradılışı itibarıyla her insanda kökleşmiş hukuka dayanan bir insanlık cemiyeti, âlemsümül vasıfların hükümranlığı altında kemale erer (133).

Umumi mukayeseli hukuk ilminin vazifesi, bu telâkkiye göre, insan aklının bir gayeyi kuvveden fiile çıkarmasına yarıyan tekâmül gidişini idrak etmek ve bunun safhalarını tanzim eylemektir. Bu mânadaki âlemsümül hukuk tarihi, hukuki tezahürleri yalnız birer vâkıa olarak değil, aynı zamanda insan ruhunun, hukuk şeklindeki, muayyen tekâmül vaziyeti olmak üzere tetkik eder. Tarihi görüş bertaraf edilmekle, her hukuki tezahür, taallük ettiği fikir itibarıyla, kendine düşen mevkii alır. Her türlü tarihin üstünde bir ölçüyle ihata ve idrak olunan her hukuki tezahür, onu kuvveden fiile çıkaran hukuki temel görüşe tevfikân, tanzim edilebilir.

Âlemsümül hukuk tarihi, bu suretle, mukayeseli hukuk ilminin ihata ve idrak sahasında bulunursa da, aynı zamanda bir felsefi inşa ve şartlar sistemine tabidir ve varlığını bunsuz idame ettiremez. Hukuk ilmi ile hukuk felsefesi bu noktada birbirine yaklaştırılmış oluyor. Bu hukuk ilmi, *Del Vecchio*'ya göre, hukuk felsefesinde kendi esaslarını ve en yüksek tekemmülünü bulur ve buna karşılık hukuk felsefesi, kendi esaslarını tatbik ve takviye hususunda âlemsümül hukuk tarihinden istifade eder (134).

Del Vecchio, hukukun insan ruhuna dayanması fikrini muhtelif yazılarında tekrarlamıştır (135). Onun bu iddiası, yeni felsefede büyük bir kabule mazhar olmuş olan «kültür ilimleri» ve «tabii ilimler» tasnifinden ve bu tasnifte malzemenin, yani ilim objelerinin mütalâa edilmiş tarzından ayrı bir telâkkiye dayanmaktadır. Zira umumiyetle kabul edildiğini kaydettiğimiz tasnife göre tabii ilimlerde sadeleşmek, müşterek olanı belirtmek ve hususiyetlere bakmıyarak umumileştirmek esas olmasına mukabil, kültür ilimlerinde ve bilhassa tarihte vâkıaların hususiyetleri, onları birbirinden farketkiren cihetler, bulunmağa çalışılır. Her ne kadar tarih, felsefe gibi, doğrudan doğruya kıymetlendirmezse de, münferit vâkıaları, bir kültür kıymetine atıf ve izafe etmek mecburiyetindedir. Bu izafe edilen vâkıalar, tarihin mevzuuna girer. Tarihi vâkıaların bu hususiliklerini, ferdiliğini birdefalığını tetkik eder ve tabiat ilim adamı, mevzuunu teşkil eden şeylere hâkim olanı ve daima tekrarlıyanı bulmak ister. Malzemenin bolluğu, *Del Vecchio*'nun kabulü hilâfına olarak, gerek kültür ilimlerinde ve gerek tabii ilimlerde karışık ve ihata edilmez bir vaziyet husule getirmez. Tabii ilimlerde malzemenin bolluğu, muayyen bir tabiat kanununun bulunmasına yarar. Bu malzemeyi bir tabii kanun izah ede-

(132) Aynı yer, s. 21.

(133) Aynı yer, s. 22

(134) Aynı yer, s. 22 v. d.

(135) Yukarıda haşiyeye 116 da zikredilen tetkikinden başka «müsbet hukukun kaynakları meselesi» (Le problème des sources du droit positif) adlı raporuna, *Annuaire de l'Institut de philosophie du Droit et de Sociologie juridique, Travaux de la première session, 1934, s. 20 v. d.*, ve aynı yer, s. 35 te verilen bibliyografyaya bakınız.

mediği takdirde başka tabii kanunlar aramak lâzım gelir. *Del Vecchio*, yukarıda gördüğümüz üzere, tam bu tabii ilimlerdeki usulü yeni hukuk ilmi için favsiye etmektedir.

Del Vecchio'nun fikirlerinde bir de şu tenakuz vardır. Kendisi, haklı olarak, «vucut» (Sein) tan «vucup» (Sollen) elde edilemeyeceğini, «kıymete mevzu olan şey, kıymetin ölçüsü olamaz» sözleriyle (136), beyan ettiği halde insanlığın hukuk fikrini, onun tezahürü olan muhtelif hukuki hüküm ve müesseselerden tophiyarak bir âlemşumul hukuk tarihini vücuda getirmek istemekle malzemedi hukuk fikrinin elde edilmesini kabul ediyor ve bu suretle kendi vazettiği esastan ayrılıyor.

Her biri kendi başına girift bir vaziyette olmasına rağmen, «resepsiyon» hadiselerini, *Del Vecchio*, ruhi varlıktaki eşitliğe irca etmekle kültür hadiselerinin mahiyetine tamamiyle aykırı bir görüşü müdafaa ediyor. «Resepsiyon» hadiseleri mukayese edilmekle, onların birbirine benzemediğinden başka bir netice elde edilemez. Tarihî vâkıaların mahiyeti, ayrı ayrı tetkik edilmekle anlaşılabilir. Muhtelif milletlerin kanunlarındaki benzerlikler, bunların kolaylıkla birleştirilebileceği fikrini uyandırmış ve bu birleştirme hareketlerine girişilmiş ise de, zâhirden benziyen hukuki hükümlerin ve hukuki müesseselerin, mensup oldukları hukuk sistemlerine göre, derin bünye farkları olduğu anlaşılınca bir millete ait hukukun başka bir millete intikali hiç de kolay bir şey olmadığı ve tam manasiyle bir «hukuk resepsiyonu» na imkân bulunmadığı neticesini kabul etmek icabeder (137). Bundan dolayı *Del Vecchio*'nun mukayese

(136) Yukarıda haşiye 119 a bakınız.

(137) Yukarıda haşiye 116 da zikredilen *tekkimizde*, başka milletlere ait hukukun «resepsiyon» mevzuu *olarıyacağı* ve bir milletin başka bir milletin yalnız onun kanunlarını almak üzere *von Rauchhaupt* ile *Lamprecht*'in «resepsiyon» meselesine ait fikirlerini kaydetmek isteriz. *von Rauchhaupt*, «Mukayeseli hukukun ilmi tetkik mevzuu yapılması» (Die wissenschaftliche Pflege der Rechtsvergleichung) adlı yazısında, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, c. 23, 1930, s. 149 v. d., yabancı bir hukukun ya sırf *mihaniki* bir surette veya *deruni* bir temayül ve benimseme neticesi olarak başka bir millet tarafından alınabileceğini söylüyor, s. 164. Her iki halde de millî hukukun bir nevi aşılama ihtiyacı «resepsiyon» a âmil olmaktadır. *Mihaniki* «resepsiyon», hükümetin iradesiyle ve bir siyasetin mahsulü olarak vukubulur. İlim ve tatbikat yoluyla vukua gelen «resepsiyon», ikinci nevi teşkil eder. *Mihaniki* «resepsiyon» lar bithassa aynı ırktan olmaları arasında görülmektedir. Buna misal olarak *von Rauchhaupt* doğu Devletlerinin batı Avrupa Devletleri âilesine alınmaları neticesinde Avrupa kültürü hukukunun bu doğu devletleri tarafından kabul edilmiş olmasını, netekim Türkiye'nin 1856 da başlayan ayırpalılaşmasıyla kendi kanunlarına Fransız kanunlarını nümune ittihaz ederek, bu meydana Fransız Ticaret Kanunu bazı kısımlarının aynen veya münasip bir surette Türkçeye tercüme edilmiş ve Türkçesinin Fransızcası ile beraber kanun haline girmiş olmasını ve Fransızca metne nisbetle Türkçesinde noksan olan bir hüküm varsa bunun Fransızca aslına müracaatla tamamlanmamasına karar verilerek suretiyle şümül ve vüsatı tahdid edilmiş olan bu «resepsiyon» un sathi kalması hasebiyle Fransız menseli kanunların kaldırılıp yerine cermen hukuku menseli İsviçre medenî kanunu ve borçlar kanununun 1926 senesinde alınmış bulunmasını kaydediyor, s. 165 v. d. Japonya ve Çin'de Alman ve Fransız menseli kanunlara dayanılarak vücuda getirilen yeni kanunlar da bu meydana, *mihaniki* «resepsiyon» a misal olarak gösteriliyor. Buna zıt olarak *deruni* temayül ve benimseme ile vukua gelen «resepsiyon» a, Roma hukukunun İspanya'da (1256-1283 te kiral *Alfonso*'nun eseri olarak) ve Almaya'da (âlimlerin ve hâkimlerin fiilen tatbiki ile on altıncı yüzyılda tamamlanan) kabul edilmesi misal olarak zikredilmektedir. *von Rauchhaupt*'a göre hukuku Alman milleti o hukuku alan millet (İspanya ile cenubi Amerika hükümetleri arasında olduğu gibi) ayrı ırktan olduğu takdirde «resepsiyon», *mihaniki* ve *deruni* vasıfları arasında bir yer alır. s. 166, haşiye 29 Bütün bir hukuk sistemi alınmayıp yabancı bir hukukun tamamen veya kısmen nüfuzu altında yalnız bir kanun vazedildiği takdirde bu «resepsiyon» haricen *mihaniki* mahiyette olmakla beraber muhteviyatı itibarıyla, beslenen «iyi olduğu» kanaati ona saik

yeseli âlemsümul bir hukuk ilmi, *Hollack*'ın dediği gibi (138), benziyen şekilleri, mukayese ile, bulmak istediğinden, ne felsefe ve ne tarih olan bir *şekil mebhası* halini almış oluyor. Halbuki mukayese, *benzemiyeni, yani her millî hukuk sisteminin kendisine mahsus mefhumları olduğunu da gösterir ve anlatır.*

teşkil ettiğinden, hakikatte, deruni bir «resepsiyon» a yaklaşır. Bu hal yeni Ticaret Kanunlarında görülmektedir, s. 166 v. d. Bundan başka *von Rauchhaupt* bir kanun vazı usulünün, meselâ, fransız medenî kanunundaki «codification» tarzının ihtiva ettiği bir çok faideler dolayısıyla, alınmasını da bu arada zikrediyor. Muhteviyat yerine yalnız usulün alınmasındaki fark, sonradan millî hukuk islâh edilirken yabancı unsurların atılmasındadır, s. 167, haşiyeye 33. *von Rauchhaupt* m bu mihaniki ve deruni «resepsiyon» tasnifi, bilhassa ırka dayanmasıyla, indidir. Roma hukukunun Almanya'da, Fransa'da, İspanya'da alınmasına hep «resepsiyon» denir. Sonra bu tasniflerde *hukukun* alınması bahis mevzuu olmakla yanlış yolda yürünmektedir. Muhteviyat ve usul itibarıyla yaptığı tasnif ve tefrik *von Rauchhaupt*'ı yabancı kanunların («codifications», «lois») alınabileceği hususunda ikaz etmek lâzım gelirken o bunun farkına varmamıştır. Gerek siyaset icabı olarak ve gerek içten gelen bir meyil ve arzu ile vuku bulan «resepsiyon» lar daima yabancı kanunlara inhisar etmektedir. Hukuk tarihlerinde sık sık görülen «resepsiyon» hâdiselerini bir nevi tabii-icimâî kanunlara irca etmek teşebbüsüne bir misal olmak üzere *Lamprecht*'i zikreliyoruz. Tanınmış Alman tarihçilerinden olan bu ilâh adamı, Amerika'da vermiş olduğu konferanslarını ihtiva eden «Yeni tarih ilmi» (Moderne Geschichtswissenschaft), birinci tabı 1904, ikinci tabı 1909, adlı eserinde, kendisinin kültür kademeleri ve devirleri nazariyesine dayanarak, «resepsiyon» mefhumunu tahlil etmiştir. Büyük insan cemiyetlerinin, milletlerin müferiden mütalâa edilen muntazam ve sakin bir halde yükselme tekâmülü çevresi içindeki kültür devirlerinden, bu devirlerin umumi «nefsi» (seelisch) vasfından, onlarda görülen «ruhî» (geistig) mekanizma ile daima artan «ruhî» kuvvete ve «nefsî» farklılığa göre kurulan kanunlardan bahsettikten sonra, *Lamprecht*, bu eserinin «âlemsümul tarih meseleleri» bahsinde, daha derin olan, yani kültür tarihine giren insan eser ve vâkıalarının âlemsümul bir vasfı taşıması lâzım geldiğini söylüyor, s. 104. Fakat âlemsümul tarih, muayyen bir milletin tarihi gibi değildir. Dar sahadaki ihtisas arttıkça geniş sahanın nihayetsiz safhaları ve insan fiilinin semereleri, tarihçiyi, insanlığın hızurunda artan vecd ve hayretle, düşündürür. Bazı âlemsümul tarih görüşüne şu sual sevk eder. Bir millete yeni bir tahlil ve terkip kuvveti, yeni bir ruh şekli veren ve onu yeni bir kültür devrine götüren nedir? Bu suale cevap verebilmek için evvelâ bahis mevzuu olan insan cemiyetinin deruni tekâmül âmillerini umumi olarak ele almak lâzımdır. Bunların büyük bir kısmı iktisadi ve icimâî tekâmüle dayanır. Yeni kültür devirlerine intikal neticesi olarak yeni iktisadi ve icimâî şekiller meydana gelir. İnsan cemiyetlerinin tekâmülünde, haricî tabiatın nüfuzundan başka, geliştiren, alakoyan ve yıkıcı mahiyette olan bir çok sâıklar vardır, s. 109. Muayyen bir insan cemiyetinin bir diğeri üzerinde onun tekâmül seyri içinde olan nüfuzu tarihçi için büyük ehemmiyeti haizdir. Bu nüfuzlar ne gibi şartlar ve tezahürler altında vukua gelir? *Lamprecht* bu nüfuzların *yolu'nu* ve onlara vasıta olan *kapları* ayırıyor. Birincisi cemiyet arası insanlar münasebetleriyle alakalı ve bir çok imkânları haizdir. İkincisi, yani kaplar da ikiye ayrılabilir. İntikale vasıta olan kap, ya bizzat insanlardır (kavimlerin muhacereti ve uzun müddet beraber yaşamaları olan kap, ya bizzat insanlardır (kavimlerin muhacereti ve uzun müddet beraber yaşamaları gibi) veya insanların vücudunda getirdiği her hangi bir mahsul ve mamuldür. Aletlerin, hitra'ların, âbideler, dil ve yazı ile fikrî kıymetlerin nakli bu ikinci türlü intikal «kab» ma misaldir. İnsiyaki mahiyette olan ve insan cemiyetini kuran kültür, bilhassa iktisadi ve icimâî kültür kıymetleri, nakle elverişli «yollar» m ve «kap» ların bulunmamasından, daha güç intikal etmektedir. Âlemsümul tarihte tetkik mevzuu bu yüksek kültür unsurlarıdır, s. 110. Akla gelebilen intikal «yollar» mın ve «kap» larının nihayetsiz «birleştirme» lerini (combination) ve «değiştirme» lerini sırf rasyonel olarak riyazi formüller halinde sistemleştirmek kabil değildir. Yalnız «empirique» bir surette tahminle intikal vâkraları sathı ve umumi bir surette gözden geçirilebilir. Bununla beraber meselelerin psikolojik özünâ nüfuz edilemez. Bu intikal «yol» u mekânda veya zamanda olması itibarıyla *Lamprecht* mekânda olanına «resepsiyon» ve zamanda olanına «rönassans» (renaissance) adını veriyor. Bu intikal yolları bir veya müteaddit, uzun müddet süren, bahis mevzuu cemiyetle açık olan bir taraflı veya iki taraflı şekilde olabilir. İntikal «kap» larını da *Lamprecht* kısa veya uzun süren diye taksim ediyor. Kısaları fert halinde insan ve uzunları ırk ve yazıdır. Uzun olanında eski çökmüş bir kültürün hiç olmazsa kısmen yeniden canlanması kabilirdir, s. 111. Cemiyetlerarası ve âlemsümul tarihî mahiyetteki devir ve intikaller daha cabuk

MACMILLAN, GUTTERİDGER, SALMOND, VİNOGRADOFF

«Britanya kuralığı meclisi hâssının kazai encümeni» (Judicial Committee of His Britanic Majesty's Privy Council) âzasından biri sıfatile İngiliz İmparatorluğu-nun muhtelif din ve örf ve âdetlere mevsup üç dört yüz milyon nüfusunun dâvalarına istinafen (in appeals form) bakmış ve dünyanın her köşesindeki hukuki hükümleri tatbik etmiş ve daha evvel İskoç ve İngiliz hukukunu tatbik ve mukayese eylemiş olan *Macmillan*, Milletlerarası Mukayeseli Hukuk Akademisi (Académie Internationale de Droit Comparé) nin 1932 senesi kongresi «sécion générale» nin toplantısını reis sıfatile açarken «Scots Law as a Subject of Comparative Study» (mukayeseli

aydınlanabilir. Mekân itibariyle olan devir ve intikalde bir veya müteaddit şeyler yahut bütün bir kültür bahis mevzuu olabilir. Sonra «resepsiyon» lar ve «rönessans» lar bütün bir yabancı cemiyete şümulüü olmayıp yalnız muayyen münasebet vaziyetinde olanlara inhisar eder. Meselâ 11 inci yüzyılda şimali Fransadaki «provençal» şövalye idealinin «resepsiyon» u diğer Avrupa kültürlerinde ilk önce yalnız şövalyeler tarafından vâkırlı olmuştur. Bu da muayyen iktisadi ve içtimaî esasların mevcudiyetiyle husule gelmiştir. Eskiçağın muhtelif «rönessans» ları da bir takım fikir adamlarının gösterdikleri temayül ile kabul olmuştur, s. 112 v. d. «Resepsiyon» u yapan taraftaki ruhî vaziyete gelince burada *Lamprecht* psikolojinin «association» (tetâbu, tedâi) ve benzerlik «association» u kanunlarıyla çalışıyor. Zira ona göre her «nefsî» vâkıada bir eşit «nefsî» vâkıa husule getirmek temayülü vardır. Buna tecrübeyle dayanan «association» kanununu inzıman ettiriyor. Bir «nefsî» vâkıa zaman itibariyle diğer bir «nefsî» vâkıa ile beraber olursa veya birinciye ikincisi katılırsa her ikisi bir bütün halini alır ve birinin tekrarlamaş takdirinde bütün «kül» tekrarlama temayülünü gösterir. Bu kanunlara *Lamprecht* bir de sunu ilâve ediyor. «Nefsî» intibalar, alma kabiliyeti ile nüfuz kuvveti arasındaki zıddiyetin hâddolması takdirinde değil, orta bir derecede, ve nüfuz kuvvetinin büyüklüğü ile alma kabiliyetinin küçüklüğü birbirinden tecerrüt etmeyip ve birbirini ifna eylemeyip uzlaşma kabiliyeti gösterdikleri vakıttadır. Bu telâkkiye göre bir insan cemiyetinin intikal «kap» ve «yollar» ı, yabancı kültürün münferit parçalarını, onların değil, bütünü getirdiği vakıt, bu kültürün bütününe alma ve millî kültüre karıştırmaya temayülü görülür. *Lamprecht*'in buraya kadar ana hatlarını mevzuumuzu âlâkalandırdığı nisbette naklettığımız fikirleri, zamanında psikoloji ilminin büyük inkişafı esnasında ve bu inkişafın nüfuzu altında «psikolojik» ve «sosyal psikolojik» temayülle ifade edilmiş ve temellendirilmiştir. Dikkate lâyık olan cihet, bu kanunların daima «empirique» kaydı altında ve her cemiyette tecrübe edilmesi şartıyla ileri sürülmesidir. Buna rağmen *Lamprecht* umumi hatlarıyla «kültür devreleri» görüşüne ve bir nevi positivism'e sadık kalmıştır. Tarihi vâkıaların tekâmül mefhumu altında mütalâa edilmesi neticesi olarak bu vâkıaların «birdetalığı» nı, başka zaviyeden de olsa, hakkıyla ihata ve ifade edememiş ve kanun bulma gayesiyle çalışarak kültür ilimlerini umumileştirmek gibi yanlış bir yola girmiştir. «Resepsiyon» un mekân içinde olan kültür mübadelelerine inhisar ettirilmesi, hukuki resepsiyonların mahiyetine tevafuk etmemektedir. Bir takım «resepsiyon» vâkıalarına, *Lamprecht*'in tabiriyle «renaissance» demek lâzım gelecektir. Bundan dolayı vaptiği tasnif indî olmaktan kurtulamamıştır.

(138) Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, üçüncü ter-tip. c. 17, 1916, s. 483. *Holldeck* bu uzun tenkidinde *Lotze*, *Windelband*, *Rickert* ve *Lasch*'ın fel-sefi görüşlerine dayanarak *Del Vecchio*'nun ileri sürdüğü mukayeseli âlemsümül hukuk ilmi mefhumunu, *Kohler* ve *Berolzheimer*'in yeni *Hegelcülüğünü* ve buna dayanan âlemsümül hukuk tarihi tezini bilhassa düşünce psikolojisinin arzettiği güçlüklerle işaret ederek etraflı bir surette tahlil ve reddetmiştir. Aynı müellifin «Grenzen der Erkenntnis ausländischen Rechts», 1919. adlı eserinde de bu bahislere ait kıymetli tetkikler vardır. *Holldeck*'in bu eserinde bilhassa ele aldığı «resepsiyon» mefhumunun tahlil ve tenkidi için yukarıda haşive 116 da zikredilen yazımızı bakınız.

tetkiklerin mevzuu olmak itibarile İskoç hukuku) başlığı altında söylediği nutukta, mukayeseli hukukun mahiyetini şu suretle belirtmektedir. «Yabancı bir hukuk sisteminin öğrenilmesi başka bir lisanın öğrenilmesi gibi olduğu intiba'ını daima besledim. İnsan yalnız bilgilerini arttırmış olmaz, evvelce bildiği sistemi daha iyi ve daha canlı anlar. İki dili bilen bir kimse, bunlardan herbiri diğerini daha iyi belirttiğinden, konuştuğu dillerden her birinin meziyetini daha iyi takdir edecek vaziyettedir. Bu hal benim Lordlar Kamarasında vazifem icabı olarak aynı zamanda İngiliz ve İskoç hukukunu tatbik ettiğim vakit gözüme çarptı ve ruhu ve menşeleri itibarile birbirinden bu kadar ayrı iki sistem arasında mevcut olup günlük müzakereler esnasında beliren farkların ve her bir sisteme mahsu vasıf ve meziyetlerin daha iyi anlaşılmasına ve takdir edilmesine imkân verdiğini tasdik eylemekten çekinmem» (139). *Macmillan*, bu nutkunda, İngiliz ve İskoç hukuk görüşmelerindeki farkı belirtmek için, İskoçyalıların gerek fikri bünye temayüllerindeki müsaitlik ve gerek memleketlerinin fakirliği dolayısıyla yabancı diyarlara seyahat ederek orda iyi buldukları şeyleri benimsemek ruh haleti neticesi olarak Roma hukukunun nüfuzu altında kaldıklarını, İngiliz hukukcusunun ise, *Maitland*'in dediği gibi, «kendisininkinden başka her sistemden haberi olmadığını ve haberi olmak da istenildiğini» kaydediyor (140) ve bununla beraber İngiliz hukukcusunun büsbütün kabuğuna çekilmiş olduğu zannının hasıl olmaması için *Blackstone*'un, hukukta tefsir ve imal usulünün kemalini gösteren, şu sözlerini nakleyiyor. «Umdelerin kaynaklarına... Bröton ve Cermenlerin *Sezar (Caesar)* ve *Tacitus* taraflarından nakledilen örf ve âletlerine, Avrupa kıtası şimal memleketlerinin ve bilhassa saksonyalı prenslerimizin memleketleri kanunlarına, buralarda *Papinian* zamanında kalma veya buralara *Vacarius* ve talebesi tarafından ithal edilmiş Roma hukuku kaidelerine, fakat bütün bunlardan başka «federal» hukuku teşkil eden ve *Spelman* tarafından «dünyamızın batı yarısındaki milletlerin hukuku» diye adlandırılan eski kanunların ve hukuk ilminin bitmek tükenmek bilmiyen ihtiyaçlarına kadar çıkmak. Bu ilk kaideler ve temel umdeler tabii hukukun esasları ve diğer memleketlerin teâmüllerile tartımalı ve karşılaştırılmalı, akli muhakemelerle izah edilmeli, misallerle aydınlatılmalı ve herkesce tanınmış ilim adamlarının fikir ve re'yleleriyle teyid olunmalı, tarihleri, uğradıkları değişiklikler ve gösterdikleri gelişmeler tetkik edilmeli ve ne dereceye kadar bunların kiralığa iç işlerle rabitalı veya bu iç işler neticesinde husule gelmiş olduğu tâyin olunmalıdır» (141).

Macmillan, başka bir yazısında (142), anglo - sakson âleminin *Buckle*, *Stuart Mill*, *Dacey*, *Walter Bagehot*, *Lecky*, *Graham Wallas*, *Westbury*, *Bentham*, *Pollock* ve *Holdsworth* gibi tanınmış fikir adamlarının ve hukukcularının işhadederek, milletlerin hayat ve hukuk telâkkilerinde biri nazarı, ta'lili (déductif) ve umdelere dayanan

(139) Presidential adress, Actorum academiae universalis jurisprudentiae comparativae. c. II, kısım IV, 1935, s. 18 v. d., 30.

(140) Aynı yer, s. 15. 26.

(141) Aynı yer, s. 19, 31 (Commentaries. edition of 1787, Introduction, pp. 35-36 dan naklen). İngiliz hukuk ilminde ve ilmin nazariyesini vazetmekte mühim bir mevki olan *Austin*'in de burada zikredilmesi icabeder. Bu müellifin mukayeseli hukuka ait fikirleri için yukarıda hasiye 1 e bakınız.

(142) Deux manière de penser, Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert, c. 2. 1938. s. 3 v. d.

ve diğeri ameli, istikrai (inductif) ve hadiselerden kuvvet alan iki büyük cereyanın olduğuzu söylüyor ve Avrupa kıtası (Continent) milletlerinin görüş tarzı ile anglo-sakson âleminin görüş tarzını bu iki cereyana misal olarak gösteriyor (143). Bu suretle Avrupanın Roma hukukuna dayanarak gelişmiş olan medeni hukuk sistemleri akli mahiyette olduğu ve birtakım umdelere irca usulile çalıştığı halde İngilterede «Common Law» münferit hukukî vâkıalara (Case Law) ve emsale (precedent) göre meydana gelmiştir. *Macmillan* bu farkı veciz bir ifade ile belirtmek için Avrupa kıtası hukuk sistemlerinde bir hadisenin halli bahis mevzuu olunca «bu sefer ne yapalım?» sualile işe girildiğini ve anglo-sakson hukuk sisteminde «geçen sefer ne yaptık?» sualinin hareket noktasını teşkil ettiğini kaydediyor (144). İngiliz hukukcularına hâssolan bu görüş tarzının neticesi, yabancı hukuk sistemlerine ve usullerine karşı çekingen davranmak ve itimatsızlık beslemek olmuştur. Bundan dolayı «Common Law»-memleketlerinde mukayeseli hukuk tetkiklerinin Avrupa kıtasındakiye nisbetle geri kaldığını yine anglo-sakson müellifleri beyan ediyorlar (145). Fakat aynı milliyetçiliğin edebiyatta, tabii ilimlerde, iktisatta, musikide, güzel san'atlarda, tipta ve hatta ilâhiyatta görülmediğini, birtakım hukukî meselelerin halinde yabancı hukuk sistemlerinden ilham almanın faydeleri müsellem olduğunu ve İngiliz hukukcularının bu kaynaklara karşı gösterdikleri milliyetçi taassubun yerinde olmadığını kaydeder *Gutteridge*, mukayeseli hukuku umumî hukuk ilminin bir kolu olarak vasıflandırıyor ve mukayeseli usulle iki veya daha ziyade hukuk sisteminin muayyen bir mevzuu taallük eden esas veya kaideleri tetkik edildiğini beyan ediyor (146). *Gutteridge'e* göre mukayeseli hukukun gayesi

1. Hukuk sistemleri arasında görülen farkların ne dereceye kadar esasa taallük ettiğini veya ârzî mahiyette olduğunu bulmak,
2. Bu farkların sebeplerini ve aid olduğu hukuk sisteminin umumî bünyesile olan münsebetlerini tâyin etmek ve
3. Yeni hususi hukuk kaidesi bahis mevzuu olduğu takdirde bunların göreceği işe nazaran kıymet ve kusurlarını göstermektir (147).

(143) Aynı yer.

(144) Aynı yer, s. 6. Burada *Macmillan*'ın İngiliz hukuk tekâmülüne esas teşkil ettiğini beyan eylediği dâva hakkının (writ) Roma hukukundaki actio-sistemine benzediğine işaret etmek isteriz. *Pound*'m, «The spirit of the common law» («Common Law» un ruhu), 1921, adlı eserinde, s. 183, İngiliz hukukunun ruhunu, «hukuk, hükümler iradenin bir emriyle keyfi olarak yapılmış olmayıp, adli faaliyetin geçmişteki yaptıkları da göz önünde bulundurularak kanunların adli ve kazaî tatbiki neticesinde elde edilir» diye vasıflandırmasından bahseden *Koschaker*, müstakil bir surette çalışan ve yeni hukukî hükümler bulan hukukçuluk (Jurisprudence) ile nisbeten ihata edilemeyecek kadar geniş bir tatbikata mevzu olan hukukî malzeme (Rechtsstoff) arasında bir bağılık bulunduğu kabul edilebileceğini söylüyor ve bu irtibat ve münasebete birer misal teşkil eden Roma, İslâm ve İngiliz hukuk sistemlerinin insanlığın kültür tarihinde üç büyük tekâmül zirvesi teşkil eylediğini ilâve ediyor, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, 1938, s. 28, haşive 1. Bu birbirine benzeyen üç hukuk sisteminde hukukî malzeme çok geniş ve düzenlenmemiş bir halde olduğu gibi, Devletin nüfuzu dışında da kalmıştır.

(145) *Gutteridge*, La valeur du droit comparé (mukayeseli hukukun kıymeti), *Recueil d'Études en l'honneur d'Edouard Lambert*, c. 1, 1938, s. 295; *Lee*, L'étude du droit comparé en Grande-Bretagne (Büyük Britanya'da mukayeseli hukuk çalışmaları), aynı yer, c. 1, s. 344.

(146) Aynı yer, s. 295.

(147) Aynı yer, s. 295 v. d.

Bu usulün dikkat ve itina ile tatbikinden yalnız hukukçu için değil, kanun vâzı, iktisatçı, siyasetle iştigal eden kimse ve iş adamı için de kıymetli mevzuat (documentation) elde edileceğini beyan eyliyen *Gutteridge*, bu usulle hukukta yapılmak istenilen şeyin, diğer ilimlerde, meselâ mukayeseli teşrihte ve mukayeseli felsefede yapılanın aynı olduğunu söylüyor (148). Aynı müellif, mukayeseli hukukun kıymeti ne olduğu, ameli cihetten ne netice verdiği ve hukuk tedrisatında mukayeseli hukuktan ne suretle istifade edileceği meselelerini tetkike girişmeden önce, «terminologie» sahasına ait gibi görünen ve «mukayeseli hukuk felsefesi» (Philosophie juridique comparative) ve «mukayeseli hukuk» (Droit comparé) diye yapılan ikili tasnife itiraz ediyor. Zira «mukayeseli hukuk felsefesi» tahlilî veya tarihî hukuk felsefesi sahasına dâhil ve mukayeseli usulleri kullanan mukayeseli hukukun bir şeklinden ibarettir. Aynı hali hukuk tarihinde, Anayasa hukukunda, hususi hukukta veya sair herhangi bir hukuki tetkik sahasında görebiliriz. Bu da, mukayeseli usulün hukuk ilminin her koluna tatbik edilebilmesinden ileri gelmektedir. Bundan dolayı yukarıda zikredilen şekilde yapılacak tasnifler, bir faide vermedikten başka yanlış telâkkilere ve lüzumsuz münakaşalara yol açacaktır (149).

Mukayeseli hukukun kıymeti, ameli neticesi ve tedrisattaki faidesi meselelerine gelince *Gutteridge* bunları şu üç noktadan tetkik ediyor.

1. Diğer memleketlerle münasebetlerimizin âmîlî olması itibarile mukayeseli hukukun ehemmiyeti;
2. Hukukta islâhat yapanlar için mukayeseli hukukun faiesi;
3. Mukayeseli hukukun bir hukuki tedris ve terbiye plânındaki yeri (150).

Mukayeseli hukukun milletlerarası cephesini teşkil eden birinci noktanın tetkikinde, İngiliz - Amerikan veya Avrupa kıt'ası hukuk sistemlerinin birleştirilmesi gibi kendi başına mühim ve karışık bir mevzu, muhtelif cihetlerden müdafaa ve münakaşa edilebileceğini kaydederek, bir tarafa bırakan *Gutteridge*, millî menfaatleri gözönünde bulundurarak şu mütalâayı yürütüyor. XIX uncu ve XX inci, yüzyıllarda makinalaşmanın gelişmesi, milletleri birbirine çok yaklaştırmıştır. Dünya bir iktisadî bütünlük haline inkılabedeceğe benziyor ve bu vaziyet karşısında Büyük Britanyanın Avrupa kıt'ası hukuk düşüncesinden ayrı kalması imkânsızlaşıyor. Meselâ mukavelelerden borç münasebetleri husule gelmesini kabul ve ona göre kendi hukuk sistemini tamamlama ve geliştirme lüzumunu duyan İngiltere, bu gibi bir çok vaziyetlerde milletlerarası işbirliğine katılmak mecburiyetindedir. Zira diğer milletlerin hukuki tekâmülünden ayrı kalan bir millet, milletlerarası münasebetler ve müzakerelerde, unumiyetle kabule mazhar olmuş hukuki telâkki ve mütalâalar karşısında kendisini geri kalmış görmeğe mahkûmdur. Milletlerarası muahedelerin ve mukavelelerin akdinde ve tatbikinde mukayeseli hukukun mühim bir mevkiî vardır. Bundan başka hususi hukuk kaidelerinin ve kıyaslarının milletlerarası umumi hukukun gelecekteki gelişmesinde büyük bir ehemmiyeti olacağı görülüyor. Netekim Milletlerarası Dalmî Adalet Divanı statüsününün 38 inci maddesinde «medenî milletler tarafından kabul edilmiş umumi hukuk hükümleri»nin de tatbiki bu mahkeme-

(148) Aynı yer, s. 296.

(149) Aynı yer.

(150) Aynı yer, s. 297.

ye emrolunmaktadır. Gelecekteki mültearası ihtilâflarda tatbik edilebilecek olan bu umdeler, mukayeseli tetkiklerle meydana çıkarılacaktır.

Milli hukuk sistemlerinde her hangi bir islâhatın diğer memleketlerde elde edilmiş tecrübeler bilinmeden muvaffakiyetle yapılamıyacağı bugün münakaşa kabul etmez bir hakikattir. Mukayeseli hukuk bu sahada hiç olmazsa başkalarının düş-tükleri hataları gösterir. Bir de mukayeseli hukuk tetkikleri için mutlaka kanunlarda yapılacak islâhatı haklemek icâbetmez ve bu gibi tetkikler, daha evvel yapılmakla, milli hukuk sistemlerinin diğer milletler hukuk sistemlerine nispetle ne gibi nok-sanları olduğunu meydana koyarak bunların izalesi için islâhat yapılmasına âmil olur. *Gutteridge* buna misal olarak İngiliz hukukunda tereddütlü bir vaziyet arzeden ve memnuniyet verici bir halde olmuyan «hakın sulistimall» meselesini zikrediyor ve yapılacak mukayeseli hukuk tetkikleriyle bu sulistimallere nihayet verilmek im-kânının hazırlanabileceğini söylüyor (151).

Hukuki tedris ve terbiyede mukayeseli hukukun, bilhassa tahsili ilerlemiş olan hukuk talebesi için bâkir bir çalışma sahası teşkil ettiğine *Gutteridge* işaret edi-yor (152). Bizzat İngiltere'de dört beş türlü hukuk sisteminin meriyette olmasının ve daha bir çoklarının izleri el'an muhafaza edilmekte bulunmasının, mukayeseli hukuk tetkiklerine müsait bir vaziyet vücuda getirdiğini başka bir İngiliz profesörü olan *Lee* de kaydediyor (153). Fakat İngiliz yaradılışındaki «yeni yol açmaktan ziyade mevcut yoldan gitmek âdeti» (154). XVI nci yüzyıldan beri bu sahada görülen bazı öncü hareketlere rağmen (155). Avrupa kıtasındaki mükemmel Mukayeseli Hukuk Müesse-seleri benzerlerinin İngiltere'de meydana gelmesine mani olmuştur (156). *Lee* muka-yeseli hukuk tedrisi için yapılmış başlıca bir teşebbüs olarak Londra «University Col-lege» inde 1894 tarihinde tesis suretiyle vücuda getirilmiş *Quain* kürsüsünü ve *William Senior* tarafından aynı maksatla Cambridge «Clare College» i lehine yapılmış bir vasiyeti zikrediyor (157). Manchester Üniversitesi hukuk fakültesi profesörlerinden *Wortley*, İngiltere'de hukuk tedrisinde derinleştirilmiş tetkikler yapılması için alınan yeni tedbirlere müteallik olmak üzere dikkate değer şu malûmatı vermektedir (158). 4 Ağustos 1932 tarihinde hukukçulardan ve diğer fikir adamlarından mürekkep bir Hukuk Terbiye Komitesi, Lord *Atkin*'in reisliğinde toplanmış ve İngiliz üniversite-leriyle bir çok kimselerin mütalâasını aldıktan sonra hazırladığı raporu Temmuz 1934 tarihinde İngiliz Parlamentosuna vermiştir. Cambridge Üniversitesi hukuk Fakülte-sinin bu husustaki muhtarasında hukuki tetkikler, tarihi, mukayeseli ve «clinique» olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Hukuk tarihi tetkikleri İngiltere'de büyük bir mu-

(151) Aynı yer, s. 298 v. d.

(152) Aynı yer, s. 299.

(153) *Lee*, L'étude du droit comparé en Grande-Bretagne (Büyük Britanya'da Mukayeseli Hukuk Çalışmaları), aynı yer. c. 1, s. 344. *Gutteridge* Cambridge Üniversitesi ve *Lee* Oxford Üniversitesi profesörlerindedir.

(154) Aynı yer.

(155) *Lee* bilhassa şu müellifleri zikrediyor, aynı yer, s. 344. *Saint-Germain* (1530). *John Selden* (XVII nci yüzyıl), *Thomas Wood* (1704). *John Ayliffe* (1792). Sir *Henry Maine* (1861) ve Lord *Mackenzie* (1862).

(156) Aynı yer s. 347.

(157) Aynı yer s. 345 v.d.

(158) Quelques reflexions sur la recherche juridique (hukuki tetkiklere müteallik bazı düşünceler), aynı yer. c. 1, s. 348 v. d.

vaffakıyetle yapılmakta olduğundan zikredilen raporda bu hususta fazla bir şey söylenmemekte ve «Institute of Historical Research» (Tarihî Tetkikler Müessesesi) 'de ilmi tetkiklere müsait kıymetli seminerler, mükemmel bir kütüphane ve bir toplantı merkezi olduğu kaydedilmektedir. Hukukî «klinik» ten maksat, «umumiyetle hak ve nasafet kaidelerinin, tabii olmıyan veya muhik bulunmıyan neticeler verecek yahut muayyen bir dereceye kadar emniyetsizlik husule getirecek vaziyette olması takdirinde bunun teşriif yoldan tadil ve islâhına mâtuf tetkikler yapılmaması ve müतालâalar yürütülmesidir». Hukukî meseleler müntesipleriyle yapılan sıkı temas üzerine lüzumlu görülen hukukî islâhat, İngiliz başbakanına bağlı daimî bir komite tarafından hazırlanmaktadır (59). Mukayeseli hukuk tetkiklerine gelince bahsi geçen komite raporunda, bu tetkiklerin ilerletilmesi meselesinin ehemmiyeti henüz İngiltere'de hakkiyle takdir edilmediği cihetle, harekete geçilemediği ve bunun neticesi olarak Avrupa kitabı memleketlerinin bir çoğundan geri kalındığı belirtilmektedir. Bazı ilim adamlarının bu sahadaki öncü çalışmalarına ve «Society for Comparative Legislation» (Mukayeseli Kanunlar Cemiyeti) gibi bir ilim müessesesinin bulunmasına rağmen, mukayeseli hukuk sahasında kıymetli tetkiklerin İngiltere'de yapılabilmesi için lüzumlu kolaylaştırıcı tedbirlerin alınması hususunda daha çok himmet sarfedilmesi icabettir (160). Milletlerarası hususi hukukun göze çarpan gelişmesi üzerine vücut bulan yeni iktisadi ve içtimai değişikliklerin bir neticesi olarak çabuk gelişen milletlerarası ticaretten ve münasebetlerden çıkan birtakım meselelerin milli usullerle halledilemeyeceğini ve bundan dolayı mahalli teamüllerden ziyade milletlerarası anlaşmalara dayanan yeni bir ticaret hukukunun bir çok hükümler devletler tarafından serbestçe kabul edildiğini ameli İngiliz görüşü idrak etmiştir. Eu yeni hukukî telâkkisinin işleyişi (fonksiyonu) ve neticeleri mukayeseli hukuk çalışmalarıyla anlaşılabilir kanaati, İngiltere'de, tecerrüt (isolation) taraftarlığı yerine kaim olmuştur ve mukayeseli hukuk tetkikleri, esas itibariyle, kitaplara ve vesikalara müracaat suretiyle yapılabilir olduğundan, muhtelif kütüphanelerdeki zengin malzemenin kolaylıkla istifade edilir bir vaziyete getirilmesi için kataloglar tertib edilmesi ve merkez büroları teşkil olunması gibi tedbirlerin alınması lüzumu ileri sürülmektedir (161).

Allen, hukukta menşelerin meydana çıkarılması ve eski içtimai müesseselerin tetkiki hususunda yapılan ve biyolojideki çalışmalara benzettiği çalışmaların «mukayeseli» hukuk ilmi şeklinde geliştiğini kaydediyor (162). Hukuk ilmi, ona göre, eskiden tahlilî bir surette çalışırken dayandığı esas olan batı Avrupası cemiyetinin kendine mahsus şekilleri yerine, ilmi vasıfına liyakat kesbetmek için gayesini bu şekillerden öteye genişletmek lüzumunu hissetti. Bu yeni ve gelişmekte olan tetkik sahasında sessizce açılmış duran ve bazı sabırsız tenkitlerin kayıp içine düşmesine sebeb olan boşluklar, usuldeki hatalardan ziyade müतालâaların kifayetsizliğinden ileri gelmiştir. Yeni sosyolojik hukuk ilminin tereddütleri ve noksanları ve halledeceği meseleler ne olursa olsun, bu ilmin, hukuk yalnız hükümler mahsulü olarak değil, cemiyetin başlıca bir işleyiş tezahürü (fonksiyon'u) suretinde müतालâa edilmek üzere geldiği hususunda hukukî düşüncede yer alan devamlı bir hareketin mantikî neticesi

(159) Aynı yer, s. 349 v. d.

(160) Aynı yer, s. 350.

(161) Aynı yer, s. 352 v. d.

(162) Law in the making, üçüncü tabı. 1939, s. 22.

olduğunu *Allen* beyan ediyor (163). Bugün de İngiliz hukuk ilmi (Jurisprudence) nde «nazari» (theoretical or general jurisprudence) ve «ameli» (practical and special department of legal study) diye yapılan tasnifte birincisine «tarihi» (historical) ve «ahlâki» (ethical) «Jurisprudence» de girmektedir. «Dogmatic» mukabili olarak kullanılan tahlili «Jurisprudence», sistematik hukuk ilminin umumî veya felsefi kısmıdır. Buna mukabil tarihi «Jurisprudence», hukuk tarihi (Legal history) 'nin ve ahlâki «Jurisprudence», «legislation» ilminin umumî veya felsefi kısımları olarak mütalâa edilmektedir (164). «General Jurisprudence» tâbirinin ifade ettiği fazla umumî mananın husule getirdiği yanlış telâkkiye işaret eden *Salmond*, bu mefhumun umumî olarak bütün hukuk sistemlerinin değil, muayyen bir hukuk sisteminin umumî veya temel unsurlarının tetkikine taalluk ettiğini belirtiyor. Mefhumdaki «umumilik» kaydının bu vechile daraltılmasını tenkideden *Allen*, İngiliz sisteminin emsal (precedent)'e dayanarak meydana gelmiş olmasının bu sisteme münhasır bulunmadığını ve hukuk kaideleri (rules) 'nin kazai yoldan tefsir ve tatbik edilmesinden husule gelen hadiseye bir misal teşkil eden İngiliz sisteminin diğer sistemlerle yapılacak mukayesesi üzerine tam bir surette takdir edilebileceğini söylüyor (166). Bu itiraza *Salmond* adına cevap veren ve eserin 9 uncu tabını hazırlayan *Parker*, haklı olarak, müellifin mukayeseli hukuktan beklenen faideyi inkâr etmediğini, bir hususi hâdisenin, mukayeseye imkân vermeyecek surette birdefalık olması takdirinde, bilhassa bu hâdiseye mevzu olan sisteme başlı başına tahsis edilmiş ve umumî «Jurisprudence»'e müteallik bir eserde hakkiyle tetkik ve mütalâa edilebileceğini beyan etmiş bulunduğunu, «umumilik» in az veya çok olabileceğini, Avrupa kıtası hukukçularının daha ziyade metafizik mahiyette olan «doctrine» lerinin temayül gösterdiği, âlemşumul bir surette tatbik edilecek, bir hukuk ilminin meydana gelmesi kabil olsa da hususi bir sistemin temel fikirlerinden bahseden ve diğer sistemlere yalnız benzerliklere, ilh. bir misal olmak üzerine atıfta bulunan bir «Jurisprudence» e tam manasiyle «umumî» denilmeyeceğini, tamamiyle «âlemşumul» bir hukuk ilmi için lüzumlu ve bütün sistemleri içine alan bir bilgi veya bir dereceye kadar apriorik ve mücerret tahlilin hukukçulardan ziyade filozofların işi olduğunu ve bugün İngiltere'de tahlili «Jurisprudence» in tarihi ve sosyolojik mekteplere karşı boşuna bir mücadeleye girişmiş bulunduğunu kaydediyor (167). Filhakika *Salmond* mukayeseli hukuk mefhumunun muhtelif hukuk sistemleri arasındaki benzerliklerin ve farkların tetkikini ifade ettiğini ve bu itibarla hukukta tahlili, tarihi ve ahlâki diye yapılan tasnife inzıam eden ayrı bir kısım olmayıp, daha ziyade, hukuk ilminin bütün kısımlarına tatbik edilen bir usul olduğunu kaydediyor ve «meselâ İngiliz hukukunu Roma hukukuyla mukayese ederken tahlili hukuk ilmi cephesinden tetkiklerimizi yürütürsek Roma hukukunun yardımcıyla İngiliz hukukunun mefhumlarını ve umdelerini daha iyi anlarız. Bu mukayesede tarihi hukuk ilmi cephesini esas aldığımız takdirde İngiliz hukukunun seyrini daha iyi ihata etmiş ve ahlâki hukuk ilmi cephesinden yapılacak tetkiklerle İngiliz hukukunun

(163) Aynı yer, s. 22, v. d.

(164) Meselâ *Salmond*, Jurisprudence, 9 uncu tabı, 1937, s. 2 v. d. Burada, s. 5 v. d., tahlili, tarihi ve ahlâki «Jurisprudence»'in mahiyet ve muhteviyatı anlatılmaktadır.

(165) Aynı yer, s. 3, haşiye «a».

(166) Legal Duties and other essays in jurisprudence (hukuki mükellefiyetler ve hukuk ilmine müteallik sair denemeler), 1931, s. 1 v. d.

(167) *Salmond*, Jurisprudence, 9 uncu tabı, 1937, s. 3 haşiye «a».

Roma hukukuna nispetle ameli kıymetini takdir eylemiş oluruz. Bunun dışında mukayeseli tetkikler daha bir çok faydeleri ihtiva eder» diyor. (168).

Sırf bir memleketteki metinlerin tek başına tahlilinde imkânsız ve kabul edilemez görülmiyen faraziyelerin bertaraf edilmesine ve tarihi tetkiklerden müsbet neticeler istifsal olunmasına mukayeseli hukukun yaradığını, anglo-norman hukuk tarihinin bazı meselelerine tahsis ettiği en son tetkiklerde (169), beyan eyliyen Paul *Vinogradoff*, muhtelif yazılarında ve eserlerinde mukayeseli hukuk meselesine temas eylemiştir. Hukuk ilmine ait bir tetkikinde «çağlar boyunca sürüp giden ve bir tarihi teşekkülden diğerine intikalde milli hudutları aşan «doctrine» cereyanları ve müesses mahiyette (institutional) vâkıalar» olduğunu, kültür ananesi (cultural tradition) denilen cereyanın bundan meydana geldiğini, diğer taraftan hukuki meselelerin halledilişleri birbirine benzemesi ve benzememesine göre, muhtelif vesilelerle, zümrelere ayrıldığını, bunların müşterek esası bizzat aynı meselelerin bünyesinde mündemiç bulunduğunu, bu noktanın mukayeseli usulü tatbiki saik teşkil ettiğini ve kültürdeki devam ile mukayeseli hukuk ilminin biraraya gelmesinden bir nevi milletler arası hukuk havası ihdas edildiğini söylüyor (171). «(Bir hukuk sistemindeki) esaslar içtimal ananelerin geniş temelinde dayanarak devam eder. Bazen hukuki buluşlar (juridical invention) daki gelişme dolayısıyla benzer neticeler vücut bulur. Muayyen ihtiyaçların tatmini için basit ve muvafık vasıta elde etmeğe yarıyan teknik bir usul bulununca, içtimal şartlarda büyük değişiklikler vukua gelse de, bu usul derhal ortadan kalkmaz» (172). «Millî tekâmülün muhtelif sahalarına ait malzemenin toplanmasına yarıyan... usul, benzer ve zıt hukuki teşekküllerin mukayesesiyle elde edilir. Bilhassa göz önünde bulundurduğum cihet, *Post* gibi müelliflerin gayesini teşkil eden, az - çok benzer vâkıaların biraraya toplanması değildir. Mukayese sevinç bu gibi hallerde çok kere şaşırtmaktadır. Alâka uyandıran mütâlar, umumileştirilivermiş vaziyet ve neticelerle, mürakabe edilmemiş şartlardan mürekkep halitalar haline irca edilmekte olup yakından bakılınca bunların mütecanis olmaktan başka her şeyi ifade ettiği görülür. Bu kabil tenkitsiz (malzeme) toplayışlarında vâkı olan taşkınlıklar mukayeseli usulü bir az gözden düşürmüştür. Tarihi tenkit ve hukuki tahlilde aynı veçhile maharetli olan yazıcıların elinde bu usulün daha iyi kullanıldığı memnurlukla görülmektedir. Birbirine benzeyen vâkıaların yanyana getirilmesi değil, başka başka muhtlere göre, eldeki umdelerin «diyalektik» tetkiki, semereli olur ve bâzen beklenilmiyen neticeler verir» (173). «Mukayeseli tetkik usulü bazı hallerde umdelerin «diyalektik» ine vesile vermekle temayüz eder. Mefhumların tarihinden başlayarak bunların kısımlara ayrılmasını ve aralarındaki ihtilâfı ve anlaşmaları gösterir. Aynı zamanda bu usul tekâmülün maddî şartlarını tetkik etmeğe yol açar. Hukuktaki benzerlikler ve ayrılıklar yalnız mantiki fark nokta-

(168) Aynı yer, s. 8, haşiye «b».

(169) *Quelques problèmes d'histoire du droit anglo-normand*, The collected papers of Paul *Vinogradoff*, c. 2, 1928, s. 423 v. d. *Société d'histoire du Droit* (hukuk tarihi cemiyeti) nin 3 aralık 1925 tarihli toplantısı için hazırlanmış olduğu bu yazının okunmasından bir kaç gün sonra Paul *Vinogradoff* ölmüştür.

(170) Aynı yer, s. 433.

(171) *The study of jurisprudence*, The collected papers of Paul *Vinogradoff*, c. 2, 1928 205 v. d.

(172) Aynı yer, s. 207.

(173) Aynı yer.

sından mütalâa edilmez» (174). Bir de şu hal mukayeseli usulün tatbikinde gelişmeye yol açar. «Hukuki mefhumlar mukayeseli tahlil için bir vasıta teşkil ettiği takdirde bunların bizzat daimi veya değişikliklere tabi olup olmadığı suali sorulmak tabiidir. Ne dereceye kadar hukuki düşüncenin, değişen muhteviyatlı bir çerçeveye husule getiren, muayyen daimi sıfatları bahis mevzuudur ve ne dereceye kadar tarihi şartlardan hayati ehemmiyeti halz ve mühim hukuki «dectrine» ler vücuda gelmektedir? Muayyen ve daima tekrarlıyan kaidelerden mürekkep bir hukuk ilmi inşa etmek tecrübeleri yapılmaktan bıkılmamıştır... Birtakım mantıki «dectrine» lerin hukukla alakalı olarak vücut bulduğu şüphesizdir. Yalnız hukuktaki umumi ifadeleri göstermekle kalmayıp, hukuki düşüncesin tekevvinünü anlamak icabeder. Fakat bu sahada fazla durmanın kolaylıkla skolastisizm'e yol açacağı unutulmamalıdır» (175). Diğer herhangi bir ilim kolunda olduğu gibi hukukta da şekilden ziyade muhteviyatın alâka uyandırdığını ve en esaslı muhteviyatın, bilindiği üzere, değişikliklere tabi olduğunu kaydeden *Vinogradoff* bu değişikliklerin sebepleri çok olduğunu söylüyor ve bu meyanda iktisadi muhitin, milli vasıfların, tarihi çarpışmaların, başka kültürlerin alınmasının, dinî ve felsefî fikirlerin çarpışmasının nüfuzunu ve bilhassa içtimai tiplerin hukuk ilmindeki nazariyelerin katî şeklini almasına amil olduğunu zikreliyor (176).

7

RADBRUCH, SALOMON, BINDER

Zamanımızın tanınmış fikir adamlarından büyük «civiliste» (medeni hukuk mütehasısı), «romaniste» (roma hukuk mütehasısı) ve hukuk filozofu *Binder*, mukayeseli hukuk ilminin umumi hukuk ilmi içinde bir kol olduğunu söylüyor (177). Ona göre bu ilim kolu, muayyen fiili şartlar içinde ve bilhassa iktisadi ve ahlâki münasebetler dolayısıyla, ergeç, her bir hukuk nizamının karşılaacağı muayyen vazifelerin, yani meselelerin geçmişteki ve içinde bulunduğumuz zamanın münferit hukuk nizamları tarafından nasıl halledildiğini sorar ve bu meselelerin «a priori» (kabli olarak) halledilişlerini, ihtiva ettiği objektif fikre göre, tenkitli (critique) bir görüşle tetkik ederek, zikredilen münasebetlerin, ileride, muvafık bir surette, teşrii yoldan tanzimi esaslarını bulmağa çalışır veya, hiç olmazsa, çalışması lâzımdır (178.) Yeni olan bu ilim kolunun başlangıcı, *Binder*'e göre, *Gans*'ın *Hegel* tarafından ileri sürülen cihanşümül tarih felsefesine dayanarak, idealist bir görüşle, bilhassa hukuk tarihi sahasındaki teşebbüsüne ve hukuki siyaset (Rechtspolitik) noktasından faidelemek için, ameli bir görüşle, *Mittermeier* tarafından mukayeseli usule müracaat

(174) Aynıyer, s. 209. *Vinogradoff*'un «dialectics of law» mefhumu için aynı yer, c. 2, s. 320 v. d. na bakınız.

(175) Aynı yer, s. 210 v. d.

(176) Aynı yer, s. 211. *Vinogradoff* «Encyclopædia Britannica», c. 15, s. 580 v. d., da «Comparative Jurisprudence» (mukayeseli hukuk ilmi) maddesini yazmış olduğu gibi, «Outlines of Historical Jurisprudence» (tarihi hukuk ilminin ana hatları) adlı eserinde, c. 1, 1928, s. 138 ve. d., 147 v. d., bilhassa *Henry Maine*'in tuttuğu umumileştirici hareket tarzına karşı *Maitland* tarafından tarihi kritizizm'e dayanılarak yürütülen tenkide işaret ederek, bu meselelere temas etmiştir.

(177) *Binder*, Philosophie des Rechts (hukuk felsefesi), 1925, s. 942.

(178) Aynı yer.

edilmesine ve pozitivist-materialist sosyolojinin nüfuzu altında, meselâ *Post* tarafından yapılan etnolojik mahiyetteki harekete râci olmaktadır (179). Bunlara ilâve olarak *Stein, Ihering ve Kohler*'in tarihi temayülle mukayeseli hukuk meselesini iştigal mevzuları arasına aldıklarını kaydeden *Binder*, bir mukayeseli hukukun mevcut olduğunu, ve tenkitli bir görüşle bunun ilmi - felsefi imkânlarını aramak ve ifade ettiği manayı bulup anlamak icabettiğini söylüyor (180). Mukayeseli hukukun manası, bir takımlarına göre, hukuki tekâmülün tabiat kanunları gibi kanunlara tabi olduğunu göstermek ve başkalarına göre, gelecek kanunlar için malzeme toplamaktır. Fakat bu mücerret teknik çalışma görüşü içinde mukayeseli usulün esas itibariyle ne demek olduğunu ve doğru dürüst nasıl çalışması lâzım geldiğini kimsenin düşünmediği gibi, toplanılan malzemedен birtakım neticeler çıkarılmak icabettiğinin mülâhaza mevzuu yapılmadığını ve bir «mukayeseli hukuk ilminin usulü» nü vaz ve tesis etmek işinin zamanımızda hukuk felsefesi tarafından ele alınmış bulunduğunu *Binder* beyan ediyor (181).

Yeni hukuk felsefesi cereyanında mühim bir mevki olan *Radbruch*, Alman ceza kanununun islâhı için vücuda getirilen büyük mukayeseli hukuk külliyatı vesilesiyle, mukayeseli hukukun muhtelif millî hukuk sistemlerini ve onların tarihlerini karşılaştırıp bulduğu benzerlikleri ve farkları bir araya getirmek demek olmadığını ve mukayeseden elde edilen neticelerin benzerlik ve farklılık noktasından birbirleriyle irtibat haline getirilmesinin ilmi vazifeyi teşkil ettiğini söylüyor (182). *Radbruch*'a göre ikiden fazla mefhumdan her biri diğeriyle doğrudan doğruya değil, ancak üçüncü bir mefhum vasıtasıyla irtibat haline getirilebilir. Şu halde millî hukuk sistemleri birbirleriyle mukayese edilebilmek için, atıf ve izafet noktası teşkil edecek olan üçüncü bir hukuk sistemine ihtiyaç vardır. Aksi takdirde sistemlerden birinin bu müşterek atıf ve izafet noktası haline getirilmesiyle, mukayeseden elde edilecek netice, o üçüncü hukuk sisteminin millî hususiyetleriyle mukayyedolur. Bundan dolayı muhtelif hukuk sistemlerinin mukayesesinde atıf ve izafet noktasını teşkil edecek olan üçüncü hukuk sisteminin geniş manada milletlerarası mukayeseye imkân verecek bir surette millî hukuk sistemlerine üstün olması lâzımdır. Bu aranan «üçüncü hukuk sistemi» bir nevi «milletlerüstü tabii hukuk» mahiyetini arz ediyor. Fakat eski tabii hukuk telâkkisinde, «doğru hukuk» (*richtiges Recht*), yani bir hukuki hükmün (*Rechtsnorm*), muhteviyat itibariyle, ictimai ideal fikrine en yakın olması (183), yanlışlıkla, hukukun kendisi (*Recht an sich*) olduğu zannedilerek, bugün tefrik edilen «hukuk tipi» ve «hukuk ideali» nin bu «doğru hukuk» mefhumunda birleştirilmiş olduğunu kaydeden *Radbruch*, hukuk tipini, muayyen bir kültür çevresi içinde muayyen bir tekâmül kademesi olan hukuk sisteminin «ortalama vasıfları» (*Druchschnittseigenschaften*) diye, ve hukuk idealini, «muayyen bir kültür çevresi içinde muayyen bir kültür kademesi hukukundan muayyen bir ferdin telâkkisine göre beklenen şeylerin sistemi» olmak üzere tarif ediyor.

(179) Aynı yer, s. 943 v. d.

(180) Aynı yer, s. 947.

(181) Aynı yer, s. 948.

(182) *Radbruch*, Über die Methode der Rechtsvergleichung c. 2. 1906, s. 422 (Mukayeseli hukuk usulü), *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* c. 2, 1906, s. 422

(183) *Stammler*, Die Lehre von richtigem Recht (doğru hukuk mebhâsi), 1902, s. 198,

Münferit hukuk sistemleri, bir taraftan, hukuk tipine ve onun tekâmül kademelerine karşı olan vaziyetleri, yani o kademeleri geçmiş veya henüz geçmemiş olmaları itibariyle ve diğer taraftan, hukuk idealine tevafuk edip etmediklerine göre tetkik edilirken, hukuk tipi ve hukuk ideali mefhumları birer ölçü olarak kullanılmaktadır. Mukayeseli hukukun hukuk ideali için ne ifade ettiğini ve gelecekteki kanunların vazına nasıl yaradığını tetkik eden, *Radbruch*, «vücut» (Sein, Être = varlık, «olan») un «vücup» (Sollen, Devoir-être = «olması lâzım gelen») ta elde edilemeyeceğini, bir çok hukuk sisteminin tetkik edilmesiyle «doğru hukuk» un bulunamıyacağını ve materialist tarih görüşünün yanlış olarak kabul ettiği gibi muayyen bir istikamette ilerliyen hukuki tekâmülün daima aynı hukuki teşekküllere (Rechtsgebilde) isâl etmiyeceğini, yani muayyen tekâmül istikametindeki bir hukuk sisteminin, o istikamete ait neticeyi verince, «doğru» ve «ideal» vasıflarını alması icabettiğini ilâve ediyor. Bundan dolayı mukayeseli hukuk, mantıki bir lüzum hesabıyla değil, yalnız psikolojik faide mülâhazasıyla tavsiyeye şayandır. Bu suretle *Radbruch* mukayeseli hukukun felsefi manada «doğru hukuk» un bulunmasına değil, hukuki siyaset noktasından mümkün olan bir hukukun elde edilmesine yarıyacağını kabul etmiş oluyor (184). Bu netice kendisinin hukuk felsefesindeki izâfi (relativiste) görüşünün mahsulüdür. Bu izâfiyeciliğe göre objektif bilgiye mevzu teşkil eden tabiat ilimleri sahasında, bilenin şahsına, ferdiyetine bakılmaksızın, hakikatın olduğu gibi kabul edilmesi icabederse de, duygu, irade, vücup sahasında bu kabil objektif bir «doğruluk» (Richtigkeit) mevcut değildir ve kıymetler şahıslara, fertlere nazaran değiştiğinden burada «bizatihi hakikat» (Wahrheit an sich) bahis mevzuu olamaz. Bundan dolayı vücup sahasında objektiflik meselesi bir realiteye tevafuk etmemektedir (185). Bu görüşün neticesi olarak bir hukuki hükmün (Rechtsnorm) muayyen bir adalet telâkkisine göre «doğru» vasfını alabileceği kabul ediliyor. Bu suretle hukuk için objektif değil, sübjektif bir ölçü vazedilmiş oluyor. Fakat bu izâfiyecilik bir kıymetin «empirique» manada isbat edilmesi lüzumuna bağlanmakla yanlış yola sapmıştır. Zira bu tarzda yalnız vâkialar (facta) isbat edilebilir ve bundan elde edilen neticelere göre muayyen «kanunlar» bulunmuş olur. Bu «netice» lerin hepsi mantığın «hakikat» kıymetine tabidir ve her türlü «ilim» e imkân veren *bu kıymet* isbat edilemez. Mutlak meriyette «empirique» muhteviyatın olmaması doğrudur ve herbir müşahhas (konkret) «görüp anlayış» (Einsicht), tarih boyunca başka görüp anlayışlarla çürütülebileceğinden, bu manada *izafidir*. Netekim birçok fizik nazariyeleri bu suretle sarsılmıştır. Bu itibarla «Bilgi» (Erkenntnis, marifet) sahasında mutlak hakikat elde edilmiş olamaz ve bundan dolayı bilginin mevzuu birtakım mütâlar değil, mutlak hakikat yolunda *nihayetsiz bir çalışma*dır. Fakat bu hal, mantığın, hakikat kıymetini haiz olmasına ve ilimlerin, objektif meriyeti bulunmasına mâni teşkil etmez. Bizzat izâfiyecilik, *mutlak bir izafet noktasına dayanarak* her şeyi izâfi telâkki ediyor. İlim ve hakikat fikrinin kuvveden fiile çıkarılması manasına olmak üzere «empirique» ilim, objektiftir. Burada kıymetlerin *isbatı* bahis mevzuu değildir. Esasen kıymetler «mevcut» değil, «meri» olduğundan isbat edilemez. Kıymetler bir nevi umde (principe) ler olduğundan başka kıymetlere dayanamaz. Kıymetlerin bu «son merhaleliğ» i, onların «mutlak olucu», «meriliğ» i

(184) *Radbruch*, Zeitschrift für die gesamte Staufrechtswissenschaft c. 26, s. 259 v. d. (Binder, aynı yer, s. 950, haşiyeye 59).

(185) *Kantorowicz*, Zur Lehre vom richtigen Rechte, 1909, s. 20 v. d.

(Geltung) yani tarafımızdan doğrudan doğruya bilinen, kabul ve teslim edilen bir vücup (Sollen) teşkil etmesidir. İsbat, «empirique» mü'tâlar sahasına mahsus olduğundan bu mahiyette bir realitesi olmanın kıymetlerin isbat edilmesinde lüzumu varidolamaz. «Empirique» vâkıaların bilinmesi keyfiyeti göz önünde bulundurularak kıymetlerin, bu manada, bilinmesi kabil olmayıp onların yalnız kanaat ve iman edilmeğe (Bekentais) «ehliyet» i olacağı şeklindeki *Radbruch*'un iddiası (186), «kıymetler» i «vâkıalar» la bir tutmak gibi yanlış bir mülâhazanın neticesidir. *Binder*'in haklı olarak işaret ettiği üzere kıymetler vâkıa mahiyetinde olmayıp, vâkıaların takdir ve tâyinine ve onların gerek mevcudiyet ve gerek irtibatlarındaki manayı anlamamıza yarar (187). Bu tahlil ve mülâhazalar karşısında *Radbruch*' un, hukuk felsefesine vazife olarak, imkân dahilindeki dünya görüşlerini ve bu görüşlere tevfikân mümkün olan muhtelif hukuk telâkkilerini meydana koymağı kabul etmesi (188) ilmi - felsefi mesnetten mahrum kalmış olur.

Mukayesenin «hukuk tipi» ne ve «hukuk ideali» ne göre yapılması fikri, *Salomon*' un kaydettiği gibi (189), mukayeseli hukuk telâkkisinde bir ilerleme demek ise de bu çalışma tarzı, kanaatimizce, mukayeseli hukukun yegâne ve hatta en mühim vazifesi olmaktan uzaktır. Esasen bu «hukuk tipi» ve «hukuk ideali» yine mukayese ile bulunmak ve meselâ muayyen bir kültür çevresi içinde tip olarak alınan hukukun haiz olduğu «ortalama vasıfları» gösterilmek icabeder. *Radbruch* un hukuk ideali sübjektivist ve izâfî bir görüşle düşünülmüş olduğundan, mukayese noktası olarak kullanılabilirse de, objektif bir kıstas teşkil etmez. (190)

Hukuk ilminin bir ilim kolu olabilmesi için, bilindiği veçhile, hukuki mevzuada iktifa etmesi doğru olmayıp hukuk ilminin asıl mevzuu, hukuki meseleler (*Rechtsprobleme*) olması lâzım geldiğini beyan eden *Salomon*, mukayeseli hukukta da mevzuun hukuki hükümler (*Rechtssätze*, hukuki kaziyeler) veya hukuk ideali yahut kültür normu (kulturnorm) olmadığını ve hukuki meselelerin tam bir objektif mukayese temeli teşkil ettiğini ilâve ediyor (191). Zira kanunlar, muayyen bir hükmü, valî etmekle, aynı meselenin halli için mümkün olan muhtelif hükümlerden bir hükmü seçmiş olur. Muhtelif hukuk çevrelerine ait muhtelif hukuki hükümler, muayyen bir hukuki meselenin birbirinden farklı hal tecrübeleridir ve mukayeseli hukuk, hukuki hükümleri bu itibarla kıyınlandırmaz.

(186) *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, tamamiyle yeniden yazılmış ve genişletilmiş üçüncü tabı, 1932, s. 9.

(187) *Binder*, *Philosophie des Rechts*, 1925, s. 781 v. d. 112 v. d.

(188) «bizzat kıymet hükmünü, kıymet ve dünya görüşünü tâyin etmek değil, her kıymet hükmünün doğruluğunu, yalnız muayyen en yüksek bir kıymet hükmüne atf ve izafetle yalnız muayyen bir kıymet ve dünya görüşünün çerçevesi içinde bulup göstermek», *Rechtsphilosophie*, s. 11 v. d. Memleketimizde, bir taraftan «relativizm» in hukuk ve «éthique» sahasındaki bu tenazuku hakkiyle takdir edilmeyerek «hukukun izâfî meriyeti» nden zaman zaman bahsedildiğinden ve diğer taraftan, ruhî - içtimai realitenin dayandığı «meriyet» (Geltung) mefhumu üzerinde durulmadığından bu cihetlerin aydınlatılmasına lüzum gördük.

(189) *Grundlegung zur Rechtsphilosophie* (Hukuk felsefesinin temeli), 1919, s. 38.

(190) *Binder*, aynı yer, s. 951. *Radbruch* tarafından ileri sürülen «hukuk ideali» nin sübjektif mahiyette olması, *Salomon*' un iddiası hilâfına, aynı yer, s. 38 v. d., mü'tâ hukuk hükümlerine tabi bulunmasından dolayı değildir.

(191) *Salomon*, aynı yer, s. 36 v. d., 38 v. d., 39 v. d., 41.

(192) *Salomon*, aynı yer, s. 48 v. d., 51.

Salomon, hukuki hükümlerin mukayese noktası olamayacağını kaydetmekle *Elzbacher*'in hukuki mefhumlara ait eserinde mukayeseli hukukun ve mukayeseli hukuk tarihinin mevzuunu teşkil edecek mefhumlara müteallik fikirlerine temas etmiş oluyor. *Elzbacher*'a göre hukuki mefhumlar, ya «münferit hukuk normları»nın veya «bir cinsten olan hukuk normları»nın mefhumlarıdır. Bunlardan A. «münferit hukuk normlarının hukuk mefhumları», a. tek bir hukuk normunun hukuk mefhumları, b. müteaddit hukuk normlarından mürekkep bir heyeti - mecmuanın hukuk mefhumları, c. bir hukuk normunun yalnız bir unsurunun hukuk mefhumları, d. müteaddit hukuk normları unsurları heyeti - mecmuasından birinin hukuk mefhumları, ve B. «bir cinsten olan hukuk normlarının hukuk mefhumları», a. hukuk normlarından bir cinsin hukuk mefhumları, b. müteaddit hukuk normları heyeti - mecmuasından vücuda gelen bir cinsin hukuk mefhumları, c. bir hukuk normu unsurlarından mürekkep bir cinsin hukuk normları unsurları heyeti mecmuasından mürekkep bir cinsin hukuk mefhumları olmak üzere kısımlara ayrılır ve muayyen «cins» - mefhumlarına (Gattungsgriffe) dâhil olan «nevi» - mefhumları (Artbegriffe) arasında mukayese yapılabilir. «Nevi» mefhumları, münferit bir hukuk nizamının ilmi olan hukuk ilminin mefhumlarıdır. Bu manadaki «nevi» mefhumları, manâki manadaki nevi mefhumları ve cins mefhumları olabilir. *Elzbacher*'in kullandığı hukuki manadaki «nevi mefhumları», münferit hukuk nizamlarına, ve «cins mefhumları» umumi hukuk ilmine taallük etmektedir (193). *Salomon* bu «cins mefhumları» le «umumi hukuk ilmi» (allgemeine Rechtswissenschaft) mefhumlarının tecrit (abstraction) yoluyla elde edildiğini, ve «umumi» hukuk ilminin muhteviyat itibariyle («umumi» mukabil) «hususî» hukuk ilimleri tarafından tâyin edildiği cihetle tam manasile «umumi» olmadığını ve bundan dolayı «ta'lil» (déduction) çerçevesini aşamayacağını söylüyor ve bu umumi ve hususî hukuk ilimleri nazariyesinden mukayeseli hukukun, faydalanmakla beraber, bir şey kazanmış olmayacağını kaydediyor. Bahis mevzuu «nevi mefhumları», dâhil oldukları «cins mefhumları»na mukabil, birbirleri arasında kıymet farkı göstermediğinden, münferit hukuk sistemlerinin muhtelif hukuk normlarına tekabül eden «nevi mefhumları»nın mukayesesine imkân kalmıyacağını, hukuk normlarının fevkine çıkılmakla ve bu normların muhteviyatındaki farklılığa bakılmaksızın, onların hepsinin aynı veçhile taayyününe yarıyan şey bulunmakla bir mukayesenin imkân dâhiline gireceğini ve mukayesenin temelini hukuki meselelerin teşkil etmesi lâzım geleceğini *Salomon* ilâve ediyor (194).

Mukayeseli hukukun mahiyetini ihata ve ifade etmeğe çalışan bu nazariye, *Radbruch*'un yukarıda gördüğümüz, tecrübesine nisbetle daha esaslı bir görüşe dayanmakla beraber, bütün tereddütleri izale edememektedir. Bu kabilden olarak *Elzbacher*'in, mukayese temeli olarak kullanmak istediği «cins mefhumları»na karşı *Salomon*'un serdettiği defî, *Binder*'in haklı itirazını mucib olmuştur (195). Zira aynı cinsle dâhil nevi mefhumlarını, mukayese esaslı olarak kabul eden *Salomon*, hangi mefhumların birbirile mukayese edilip edilmeyeceğinin tâyinini «cins mefhumları»na bırakmış oluyor. Kendisi cins mefhumlarının mahiyetini yanlış anladığı gibi, bu mefhumların tecrit yoluyla münferit hukuki hükümlerden elde edildiğini iddia etmekle de

(193) *Elzbacher*. Über Rechtsbegriffe (hukuki mefhumlar), 1900, s. 34 v. d., 59, 61.

(194) *Salomon*, aynı yer, s. 37 v. d.; aynı müellifin *Das Recht als Idee und als Satzung* (Fikir ve vaz edilmiş esaslar olması itibariyle hukuk), 1929, adli eserine de, s. 49 v. d. bakınız.

(195) *Binder*, aynı yer, s. 956 v. d.

hataya düşüyor. Hukuki hükümlerden vücuda getirdiğimiz mefhumlar, esasen, cins mefhumları olmayıp, ferdi «hukuk normu muhteviyatı mefhumları» (Rechtsnormeninhaltsbegriffe) dir. Muhtelif hukuk nizamlarının bu ferdi mefhumlarından mukayese ve tecrit yolile «cins mefhumları» elde edilir. Bundan dolayı «cins mefhumları» mukayeseyle imkân vermez, bilâkis ona dayanır.

Salomon'un mukayeseli hukuka temel olmağa elverişli bulmadığı «kültür normu» (Kulturnorm) mefhumu, *M. E. Mayer* tarafından ileri sürülmüştür. Geniş ve uzlaşıcı bir insanlık ideali görüşüne dayanan *Mayer*, bu büyük idealin kuvveden fiile çıkması, tam kıymetlenmiş bir realite ve realite haline gelmiş bir kıymet vücut bulması gayesini besliyerek (198), «kültür»ü «müşterek bir cemiyet menfaatine itina ile bakılması («cultura», lâtincede, «bakım» ve «itina» demektir) ve bu suretle meydana gelmiş, kıymeti haiz, vaziyet» diye tarif ediyor (199) ve bu mefhumun hukuk felsefesi için bir temel haline getirilmesi lüzumunu kaydediyor. Cemiyet hayatının gelişmesi mahsulü olan kültür, müşterek menfaatin arzettiği hususilik ve zenginlikler derecesinde kendi ifadesini bulur ve tenevvü gösterir. Cemiyet menfaatlerindeki temayüllerden, milletlerin ve Devletlerin hudutlarını aşan, «kültür çevreleri» (Kulturkreise) ve bu menfaatlerdeki farklardan «kültür istikametleri» (Kulturrichtungen) husule gelir (200) ve «medeniyet» (civilisation) bu istikametlerden biridir.

Bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına müteallik olan ve ittibâi lâzım gelen emir (impératif)leri insanların yalnız müferrit bir fiil ve hareketine veya tipik olarak muayyen fiil ve hareketlerine taallük etmesi itibarile muşahhas (konkret) ve mücerret (abstrakt) olmak üzere ayıran *Ihering*'in «norm, insanların fiil ve hareketi için mücerret mahiyetteki emirdir» tarifini (201) esas ittihaz eden *Mayer*, cemiyet uzuvları sıfatile, insanların fiil ve hareketlerinin o cemiyet kültüründe tekâşüf eden menfaatlere tevafuk etmek mecburiyetinde olduğunu ve bu itibarla cemiyetin, kültürün, fertlere karşı emir ve nehiylerden mürekkep «mütalebesi» bulunduğunu söylüyor ve buna «kültür normu» adını veriyor (202). Kültür normları din, ahlâk, âdâp, muâşeret, meslek, hukuk normları gibi kısımlara ayrılır. *Mayer*'e göre fertler hukuk normlarına doğrudan doğruya muhatabolmaz. Bu normlar hâkimlere ve memurlara hitabeder. Fakat hukuk normlarının kültür normlarına tetabuk etmesi ve kültür normlarını fertlerin bilmesi ve tanınması, hukukun varlığına ve fertlerin kanunaiyet etmesine temel teşkil eder (203).

(196) Aynı yer.

(197) *M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen (Hukuk normları ve kültür normları), 1903, s. 17.

(198) *M. E. Mayer*, Rechtsphilosophie (Hukuk felsefesi), 1922, s. 87 v. d.

(199) Aynı yer, s. 33.

(200) Aynı yer, s. 34 v. d.

(201) Zweck im Recht (Hukukta gaye), c. I, s. 331.

(202) Rechtsnormen und Kulturnormen, s. 17; Rechtsphilosophie, s. 38.

(203) Rechtsnormen und Kulturnormen, s. 6 v. d., *Mayer*'in bu nazariyesine ilim âleminde bilhassa *Binder* iştirak etmiş ve bu nazariyeyi bütün neticeleriyle geliştirmiş ve tamamlamıştır. *Binder*, Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1912; Philosophie des Rechts, 1925, s. 702 v. d., buradaki bibliyografyayı, s. 745 v. d., Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung (Hukuki normun muhatabı ve bu muhatabın mükellefiyeti), 1927, s. 18 v. d., ve hukuki vazife ve mükellefiyetle ahlâki vazifenin birliği ve eşitliği hususunda *Binder*, Die Einheit der praktischen Gesetzgebung, Festschrift Paul Koschaker, 1939, s. 446 v. d. 'nı karşı.

Salomon, kanunlara hariçten yaklaşılarak onların arasındaki maddi bağlılığı tâyin etmek hususunda aradığı imkân ve ölçüyü, *Radbruch*'un hukuk idealinde olduğu gibi, *Mayer*'in kültür normlarında da bulamıyor. Zira kanunlar arasındaki bağlılığı bulmak için aşılması lâzım gelen kanun çevresinden bu kültür normları kâfi derecede uzak olmayıp kanunların hukuki vasfını idrak ve ihataya elverişli değildir. (204). Bundan dolayı *Salomon*, hukuk ilmi için olduğu gibi mukayeseli hukuk ilmi için de kistas ve mesned olarak hukuk meselelerini tercih ediyor. Bu meselelerin hep bir ve aynı olması, mukayeseye temel olmağa yarar. Hukuk meseleleri, *Salomon*'a göre, kendi aralarında mevcut teselsülle bir sistem halini alır. Zaman ve mekâna göre meselelerin hallinde farklar görülürse de meselelerin yeri hiç bir vakit değişmez. Fakat burada iki itiraz noktası kendini gösteriyor. Biri, hukuki normlar formel olmayıp, muhteviyatı, tesis edici mahiyette olduğundan meselelerin, hal suretlerinden fütûn tutulması, muhteviyatın zararına olarak, şekle ehemmiyet verilmesi demektir. Diğeri, meselelerin halledilişini zaman ve mekânla mukayyedd etmek, hukuki normları izafi bir kıymette bırakmaktır. Bundan başka hukuki meselelerin bir sistem haline getirilmesi için aralarında bulunması lâzımgelen teselsül, her meselenin önceden bir hal suretine bağlanmasıyla kabildir. Hal suretlerinin izafi mahiyette telâkki edilmesi, hukuk meselelerinin de mukayeseli hukuka mutlak bir mantiki esas teşkil etmesine mani olur. Zira bu izafi hal suretleri yeni meselelere kaynak olacaktır. *Salomon* hukuki meseleleri, hal suretlerinden müstakil olarak, teselsül ettirmeği düşünmekle yanılmıştır. Aksi takdirde bahis mevzuu meselelerin «a priori» esaslar manasına alınması icabeder. Netekim *Salomon*'u tenkid edenler, onu da *Reinach* gibi hukukta «apriorique» esaslar arıyan fenomenoloğlardan sayılmışlardır (205). Bu «apriorique» esaslardan maksat, hukuki müesseselerin ve mefhumların zaman ve mekânla mukayyed olmıyan, müsbet mevzuata tekaddüm eden ve onlara örnek ve kalıb olan «kablî» unsurlardır. *Reinach* ilk defa bu vâdide çalışarak, alman medeni kanunu gibi tamamıyla zaman ve mekâna bağlı bir hukuk sisteminin «mukavele» ve «mütalebe» ye ait hükümlerini fenomenoloji usulüne göre tahlil etmiş ve bu mefhumları, kablî mahiyette telâkki ettiği, «vaatte bulunmak» (*Vershrechen*) unsuruna irca eylemiştir. *Reinach*'a göre her kanun vazı içtimai ve hukuki hayattaki «vaad» i tanzim etmek mecburiyetindedir ve bunu o kablî unsura dayanan «mukavele» ve «mütalebe» mefhumlarıyla yapar. Bu fenomenolojik tahlil, şekilden ziyade hukuki normların muhteviyatına «teveccüh» etmektedir. Bu «apriorik» esasların bulunması için muayyen hukuk sistemlerinden birinin hükümlerini «tahlil» edecek yerde, muhtelif hukuk sistemlerindeki hükümleri mukayese ederek hukuki normların «müteal» (transcendental) mahiyetine nüfuz eylemek (ne dereceye kadar kabil olacağı meselesini burada tetkik dışı bırakıyoruz) (205 a), elde edilecek neticenin daha objektif

(204) Grundlegung zur Rechtsphilosophie, s. 39 v. d.

(205) *Blomeyer*, Zur Frage der Abgrenzung von vergleichender Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie (Mukayeseli hukuk ve hukuk felsefesinin hudutlarını tâyin meselesi), Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 8. yıl, 1934, s. 12 v. d.

(205 a) Fenomenolojinin müessisi olan *Edmund Husserl*'in «obje» (Gegenstand) mefhumuna karşı bilhassa *Oskar Kraus* tarafından yapılan tenkitlerle bu yoldan müteal bir idealizm'e ulaşma imkânı sarsılmış olduğunu burada kaydetmek isteriz, *F. Brentano*, Psychologie, c. 1 ve 2, 1924-1925 de *O. Kraus*'un ilâve ettiği mukaddemelere ve *O. Kraus*, Zur Phänomenologie des Zeitbewusstseins, Archiv für die gesamte Psychologie, c. 75, 1930 a bakınız.

olmasına yarıyabilir. Ancak bu fenomenolojik mukayeseli hukuk ile tarihi, doğmatik ve felsefi mukayeseli hukuk sahaları birbirinden ayrıdır.

Binder şimdiye kadar mukayeseli hukuk meselesi üzerinde yürütülen fikirlerin, hakikate en yakın olanları bile, yarım kalmış olduğunu kaydediyor (206). Ona göre hukukun cevheri, müteal mahiyetteki hukuk fikri (Rechtsidee) dir. «Empirique» (maddî) hukuk, aklın kategorik bir mütalebesi olan bu fikirle vücut bulabilir. Fakat hukuk, aynı zamanda, insanların içtimaî hayattaki münasebetlerini bu hayatın icaplarına göre tanzim etmek gibi bir amelî gayeye matuf olduğundan ve bu gaye muhtelif kültür ve iktisat şartlarına göre değişiklikler arzettiğinden «empirique» hukukun objektif «hukuk fikri» ne göre ne dereceye kadar «doğru» olduğu meselesi bu «ideolojik» ve «teleolojik» cihetlerden tetkik edilmek lâzım gelir. Teleolojik cihet, hukuktaki tahavvüllere mevzu olan kısma taallük ettiğinden bir millet için doğru olan bir hüküm veya bir hukukî müessese başka bir millet için bu sıfatı haiz olmayabilir. Bu telâkkiye göre mukayeseli hukuk, «muhtelif hukuk sistemlerinin hukuk fikrine ve «empirique» (maddî) gayelere karşı aldıkları vaziyet noktasından birbiriyle mukayese edilmesi» dir. Bu «empirique» gayeler hukukî müesseselerle kuvveden fiile çıkarılmak istenilir. Hukukî müesseseler ise, milletlerin kendilerine mahsus kültür vaziyetlerine göre mütalâa edilmek icabeder. Bu vaziyetler tesadüfe bağlı ve keyfî mahiyette olmayıp o milletin benliğini ve olgunluğunu ifade eden bir mâkûliyeti haizdir. Şu halde hukuk sistemleri yalnız ihtiva ettikleri «empirique» gayeler noktasından mukayese edilebilir ve bu mukayesenin mevzuu, hukukî müesseselerdir. Hukuk bir milletin benliğinden bir cüz olduğundan muhtelif millî hukuk sistemlerinin mukayesesi neticesinde millî hukuk varlıklarının hususiyetleri kendini gösterir. Bu itibarla mukayeseli hukukun milletlerarası hukuk birliği ve bir nevi hukukî tevâzün için bir vasıta olarak telâkki edilmesi doğru olmaz. Mukayeseli hukuk milletlerin hususiyetlerine karşı duygusuz olan positivism'in nüfuzu altında kalarak tekâmül temayülleri ve tekâmül tipleriyle meşgul oluyor ve hukukun her millete mahsus ferdidliğini göz önünde bulundurmuyor. Tarihe bağlı millî varlığın eseri olan bu hukuk sistemlerindeki hususilikleri positivist görüş bertaraf etmek istemekle mukayeseli hukuk ilmi ve teşriî kıymetine rağmen, *Binder'e* göre, asıl vazifesini yapmamış oluyor. Hukukî sistemlerin mukayesesi, körükörüne taklitçiliği ve yabancı kanunların alınmasına (resepsiyon) değil, bir milletin kendi ruhi, fikrî varlığından meydana gelmiş olan hukukî müesseselerinin başka bir millet için ne dereceye kadar işe yarayacak mahiyette olduğunu düşünmeğe bir vesile olmalı ve bu itibarla kanun vâzını tenvir ve irşat etmelidir. Gerek hususî hukuk ve gerek âmme hukuku için dikkat edilmesi lâzım gelen bu cihetin ihmali takdirinde mukayeseli hukukun mânasız bir hale geleceğini *Binder* ilâve ediyor. Hukuk hem «idéologique» ve hem «téléologique» mahiyette olduğundan onun «empirique» tekevvinde yalnız hukuk fikri değil, insanların hayattaki «empirique» gayeleri de âmîl olur. Hukukî realitenin bu iki kaynağı ve unsuru («Eidos», fikir ve «Telos», gaye), *Binder'e* göre, kültür tarihi demek olan hukuk tarihinin de mânasını ve tetkik mevzuunu teşkil ettiğinden ve tabii ilimlerin mevzuu olan tabiat gibi eser ve müessirin teselsülünü bulmak suretiyle tarih sahasında «illiyet» (causalité) ve «inşa» (construction) yoluyla çalışılmıyacağından hukuk tarihi, daha ziyade, bir milletin kültür ayinesidir ve bu düşünce, bir milletin

(206) Philosophie des Rechts, 1925, s. 961. Her ne kadar *Binder'in* hukuk felsefesi onun *Fichte-Kant-Hegel* merhalesini geçirmesine göre kuruluş, görüş ve düşünüş sahalarında değişikliklere uğramışsa da mukayeseli hukuka ait kısımları yeniden ele almağa ömrü vefa etmemiştir.

geçmişteki hukuki varlığının kültür bütünlüğü içinde haiz olduğu insicamı ve sırayı anlamağa ve bazı hukuk sistemlerinde görülen boşlukların ve noksanların bulunmasına ve tamamlamasına imkân verdiğinden, gözümüzü açan, bize yol gösteren kıymetli bir umde (principe heuristique) halini alır. Mukayeseli hukuk *tarihinin* mânasını, *Binder* bu noktada göstermektedir. Muhtelif milletler arasındaki menşe ve kültür birliği, hukuki tekevvündeki benzerliklerle de tezahür eder. Meselâ tarihte görülen, Cermenlerin âlemşumullüğe ve Romalıların tahlilciliğe mütemayil ruhu, bu milletlerin hukuk sistemlerindeki cemiyetçi ve ferdiyeci telâkkilerde ifadesini bulmaktadır (206 a). Kültür ve hukuk tekâmülünde bir nevi yeknasaklık kanunu bahis mevzuu olamaz ve muhtelif hukuk sistemlerinin, ihtiva ettiği farklarla, birer tarihi ferdiyete teşkil etmesi bunu teyideylemektedir (207). Tarih ferdiyeten izalesi ve umumiliğe inkılâbetmesi yolunda bir tekâmül göstermez ve tersine bir istikamette olarak umumiliği ferdiyette ele alır. Geniş mânada tarihin ruhu, gerek insanların ve gerek milletlerin, tarihte tuttıkları yerlere göre zenginliği artan, ferdiyeterinin farklarını meydana getirmektedir ve bu farklardan biri «hukuk» tur (208). Tarihin dar mânasıyla mukayeseli hukuk tarihi, aynı telâkkiye göre, millî hukuk sistemlerinin tarihi tekevvündeki, tarihi irtibatların olup olmamasına nazaran, benzerlikleri ve farklılıkları gösterir ve malzeme noksanlığı veya kifayetsizliği dolayısıyla doldurulamayan boşlukları ve hukuki müesseselerin anlaşılamiyan cihetlerini tamamlamağa ve aydınlatmağa hizmet eder.

8

LANDSBERGER

Önasya eskiçağ milletlerinin tarih, din ve dilleri sahasında geniş ve esaslı bilgisi ve ince görüş ve buluşlarıyla temayüz etmiş büyük ilim ve fikir adamı, Ankara Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Ordinariyüs Profesörlerinden, sümerolog *Landsberger* de milletlerin «tarihi ferdiyete» meselesi üzerinde durmuş ve bilhassa filolojik esasa dayanarak bir «özel mefhumluluğ» un (*Eigenbegrifflichkeit*) (209) mevcudiyetini göstermekle, şimdiye kadar az-çok spekülâtif bir mahiyet arzeden, bu bahiste ilk ve katî müsbet adımı atmıştır (290 a).

(206 a) *Binder*, Philosophie des Rechts, 1925, s. 1042 v. d., 1044 v. d.

(207) Aynı yer, s. 1047.

(208) *Binder*, System der Rechtsphilosophie, 1937, s. 465.

(209) Burada «özel» tabirini, Almanca «eigen» sıfatı mukabili olarak, «bir millete mahsus» mânasına kullanıyoruz.

(209 a) *Masson - Oursel*, La philosophie comparée, 2'inci tabı, 1931, s. 79 v. d., *Durkheim*'in sosyolojik temelli bilgi nazariyesine (Les formes élémentaires de la vie religieuse, 1937, s. 12 v. d., 616 v. d.) dayanan bir görüşle milletlerin kendi mantığından bahs etmektedir. Ona göre mukayeseli usule hâssolan gaye ve çalışma şeması, ne bulunacak benzerliklerden kanunlar elde ederek bir ilim vücuda getirmek ve ne «empirique» mü'tâların kendi kendine dayanan benliklerinin farklılıklarını gösteren bir tarih yazmaktır. «Positif» bir görüş mahsulü olan bu mukayeseli felsefenin umdesi (principe) kıyas (analogie) dir. Riyaziyedeki «tenasübe» (proportion) benziyen bu mukayeseli düşünce yoluyla, iki münasebetin eşitliği tesis edilir. Çin ve eski Yunan felsefelerindeki *Kung-fü-tze* ile *Sokrat*'ın eşit münasebetleri buna misal olarak gösteriliyor (aynı yer, s. 22 v. d.). Tarihe bağlı bir anlayış tarzının mukayeseli felsefe için esas olmasını kabul eden *Masson - Oursel* ruhi bir vâkıanın «illet» ini o vâkıanın daha büyük bir tekâmüldeki «yer» 'i diye vasıflandırıyor ve ruhi mahiyetli iki vâkıanın mukayese edilmesinin, o vâkıaların aynı mahiyeti haiz muhitine ve en başta, mensup oldukları medeniyete ait mukayese imkânının fonksiyon'u olduğunu söylüyor (aynı yer, s. 29. v. d.).

Kendi görüşlerimizi ve düşüncelerimizi ifade eden kelimeler, mefhumlarla eski-çağ medeniyetini ve onun hukuki müesseselerini anlamağa kalkışmak ne dereceye kadar doğru bir hareket olur? *Landsberger* «Bâbil âleminin özel mefhumluluğu» (*Die Eigenbegrifflichkeit der babylonischen Welt*) (210) adlı tetkikinde, kültür tarihinde aranılan ve iptidai vaziyette olanlarla ilerlemiş bulunan kültür âlemleri arasında rabitalar kurulmasına yarıyan unsurların ve onlara bağlı meselelerin ancak «a posteriori» (sonradan vaz edilmiş) mahiyette olduğunu ve ilmi tetkiklere bu gibi fikir ve arzularla başlamanın görüş zaviyesini daraltmak mahzuru bulunduğunu kaydederek, Bâbil kültürünü diğer kültür âlemleriyle ahenkli bir surette rabitalandırmak için tarihi teselsül yoluna gitmiyor ve bu irtibatı münhasıran mevzuun vahdetinde, yani insanın ruhunda arıyor. «Eğer Bâbilin mefhum âleminin derinliklerine nüfuz etmeğe çalışırsak», «bu vahdet kendiliğinden tezahür eder. Her tefehhüm ve idrak, ilk önce, yabancı âlemin kendi âlemimle bir irtibat ve münasevet hâline getirilmesidir. Bu mukayeselerin tamolarak yapılması mahdut bir derecede kabil olduğundan çok kere kısmen mukayese ile iktifa etmek mecburiyetindeyiz. Meselâ Bâbil mefhumlarından «X»'in bir kısmı, alman mefhumu «Y»'nin bir kısmına tevafuk eder... Fakat bu basit çalışma ile Bâbil ruhunun anlaşılması hususunda bir şey elde edilemez ve bu mefhumların tetkikinden hiç bir vakit tam canlı bir tasvir vücuda getirilemez» (211). *Landsberger* «Önasya kadim tarihinin esas meseleleri» başlığı altında ikinci Türk Tarih Kongresinde yaptığı bir tebliğde, yabancı âlemlerin anlaşılması için zarurî olan bir mefhum mekanizmasının husule gelmesinde mukayeseli usulden esaslı bir surette faydalanılmış olduğunu söylüyor ve atrihi tekâmülün ihata ve ifadesi için kullanılan muhtelif tetkik ve mütalâa tarzlarının hepsi bir hadde kadar meşru olup tetkiklerin daha önceden muayyen bir istikamete tevcih ve muayyen ön şartların mevcudiyetini tabii olarak kabule sevk ettirilmesi itibarıyla bu tarzların görüşü daralttığını ve bu mahzurların «ruhi antropoloji» adını verdiği tetkik ve mütalâa tarzıyla önlenebileceğini beyan ediyor (212). «Bu tarzın biricik şartı, bütün zaman ve mekânlara ait insanların tasavvur ve düşünüş tarzının, bizimki ile mukayese edilebilecek ve bînetice anlaşılabilir surette *benzer* olmasıdır. Bununla beraber, bizim anlayışımızın da sınırları vardır. Ruhi antropoloji birinci kademde, hâdiseleri mümkün mertebeye dışından mütalâa ederek değil, bilâkis kültür hamillerinin düşünüş tarzına nüfuz etmeğe gayret ederek ve tek hâdiselerin tenvirine yarıyan münasebetleri ve tezahürleri tahlile çalışarak, tasvir ve mukayese ile meşguldür. Bundan başka, münferit hâdiselerin, ancak bir küllün cüzü olarak mütalâasıyla anlaşılabilirliği ve izah edilebilirliği suretinde katî kanaat hasıl olmuştur... Hâdiseler yoluyla *asıl bünyeye* varmak zaruridir. Biz bu matlubu ifa için ilkin, dil bünyesini kavriyabilirsek, kültürün anlaşılması için cabeden mühim merhaleye varmış oluruz. Zira dil bünyesi düşünçesi... yeniden büyük itibar görmeğe başlamıştır... Biz şimdilik *iki matlub*'la iktifa ediyoruz:

- 1) Yabancı kültürlerin düşünüş şekli ve esas mefhumlarının bir düziye diyalektik münakaşasıyla bu kültürlerin mümkün olduğu kadar derinliklerine nüfuz edebilmek; 2) kültürleri mukayese edebilmek için bunların bünyesini kavramış olmak»

(210) *Islamica*, c. 2, s. 355 v. d.

(211) Aynı yer, s. 357.

(212) İkinci Türk Tarih Kongresi, Kongrenin çalışmaları, kongreye sunulan tebliğler, 1943, s. 98. v. d.

(213). Bu iki noktanın, bütün kültür mukayeselerinde, usul itibariyle en iyi bir surette işlenmiş olan «mukayeseli hukuk» sahasında ekseriyetle kuvveden fiile çıkarılmış olduğunu ve hukuk bünyesiyle içtimai ve iktisadi bünyenin teşkil ettiği birliğin burada çok kere el ile tutulacak vaziyette bulunduğunu *Landsberger* kaydediyor (214).

Eskiçağ milletlerinin kültürlerini anlamak için dilin bir anahtar olarak kullanılması, yalnız dilcilik itibariyle değil, mutlak bir surette bilgi ve marifet (Erkenntnis) cihetinden de doğru bir harekettir. Kültürün ilk tezahürü dildir. Düşünce dil ile ifade edilir. Bu veçhile muhteviyatı anlaşılan düşüncenin ruhumuz üzerinde «materiel» ve «formel» nüfuzu görülür. Dil, münferit «Ben» leri «Biz» haline getirir ve bir birlik kurar. Realite âlemiyle de irtibat dil vasıtasıyla olur. Realitenin gerek tabii ve gerek ruhi nizamı diller tarafınlan muhtelif farklarla ifade edilir. Fakat bu farkların gerisindeki görüş ve düşünüş birliği bir dilin başka bir dile çevrilmesine imkân verir (215). Her halde dilin, realiteyi bilmek ve bildirmek hususunda büyük bir ehemmiyeti vardır. Bundan dolayı, kültür tezahürlerinden biri olan hukukun anlaşılması için hukukçular ve bilhassa mukayeseli hukuk ilim adamlarının da, dilciler gibi,

(213) Aynı yer, s. 100 v.d.

(214) Aynı yer, s. 101. *Landsberger*, henüz basılmamış olan, «Mezopotamya kültürünün eski Anadolu'ya tesiri» adlı bir konferansında, kültürlerin teker teker veya toplu olarak mütalâa edilmişinde tatbik olunan iki görüş tarzından bahsediyor. Bunlardan biri, sadece «tarihî» olan ve diğeri «dünya tarihinin daha geniş çerçevesine» dayanan görüş tarzıdır. *Landsberger*, bunların dışında, «fenomenolojik» diye vasıflandırdığı, kendi görüş tarzıyla mevzuunu tetkik ediyor. Bu görüş tarzının temeli «aynı biçimde tezahürler ve onlarla ilgili meselelerin bütün kültürlerde bulunması» imkânıdır. *Landsberger*, bir taraftan, kültür bünyesi ve üslubunun hakikaten bulunması icabettiğini ve bu yüksek mefhumların adım adım ve önceden elde edilmiş basit bünye mefhumlarının bir terkibi olarak meydana geleceğini düşünüyor ve, diğer taraftan, sade toplama usulü yerine kaynakların tefsirine ve bunlardan faydalanmağa başlanılması ve bu andan itibaren malzemenin muayyen görüş tarzına tâbi tutulması ihtiyacını duyuyor ve bu görüş tarzlarının suurlu ve katî bir surette ayırılması lâzımgeldiğini söylüyor. Ona göre tarihte iki kültürün mukayesesiyle zâhiri bünye hususiyetlerinin nasıl tecelli ettiği görülür ve idare, din, hukuk, edebiyat, sanat gibi her biri kısmen müessese ve kısmen fuhî bir mahsul mahiyetinde olan içtimai hayat tezahürlerinin, yalnız bir devletin teşekkül mevzuları olmakla kalmayıp, aynı zamanda muayyen bir zihniyete râci birtakım fikirlerin mahsulü olduğu ve yine yalnız mukayese vasıtasıyla bu kültür sahalarının ihtiva ettiği cevherler anlaşılabilir. Bu suretle vâsılolanın iç bünyenin basit mefhumlarından kültürün bütünlüğüne şâmil çok-problematik yüksek bünye mefhumlarına çıkılır. *Landsberger*, anlaşıldığına göre, «tekâmül» fikirlerine ve kültürlerin gelişmesinde bir yeknasaklık bulunduğu telâkkisine taraftardır. Bu «fenomenolojik» görüş tarzı, bizim «tarih» telâkkimize tevafuk etmemektedir. Tarihî tetkikler neticesinde yapılan bu gibi «müşahadeler» ve onların kendi çerçeveleri dışına şumullendirilmesi, «kültür» ü «tabiat» la karıştırmayı teviz edilemeyecek olan «positiviste» görüşün tamamiyle temizlenmemiş bakiyeleridir. «Resepsiyon» mefhumu üzerinde *Landsberger*'in konferansa ilâve ettiği şu kıymetli mütalâayı kaydetmek isteriz. «Bir kültür kendi içinde yetecek derecede şekillenmiş, kendi bünyesi ve şekilleri sağlam (bir hal almış), başka deyişle, (bu) kültürün kendine hâs bir üslûbu ve onu korumak, inkişafa devam ettirmek isteği varsa, (o) kültür başka bir) yüksek kültürden ancak bazı düşünce tekniği alabilir. Kültür mahsulleri bir mal gibi ithal edilemez. Bir nebat bile başka toprakta nemalandırılmaz. Fakat ıktibasın cereyan tarzına, muayyen unsurların kabul edilmesine ve kabul edilenlerin benimsenmesine göre, ıktibas edilen kültürün bünyesi ve üslûbu belirtilebilir.» Burada «kültür» ün «mahalliliği» ne, «ferdiliği» ne işaret maksadiyle de olsa, «tabiat» la kıyaslanması yukardaki fikrimizi az çok teyideder bir mânâyı da taşımaktadır. *Landsberger*'in kültür tarihindeki «resepsiyon» hâdiselerine temas etmesi, daha ziyade, kültür gelişmelerindeki «resepsiyon» âmillerinin mevcudiyeti imkânı meselesine matuftur. Bu meseleye yukarda *Koschaker*'in fikirlerini tahlil ederken temas ettik.

(215) Julius Stenzel, Philosophie der Sprache (dil felsefesi), Handbuch der Philosophie, c. 4, 1934, s. 107 v. d.

milletlere mahsus ayrı mefhumlar âlemlerini bulmaları icabetmektedir. Mukayeseli hukuk ilminin maksat ve gayeleri başında, kanaatımızca, bu «özel mefhumluluğu» meydana çıkarmak vazifesi gelmektedir. Bu suretle *millî hukuk sistemlerinin «taruhi ferdiliği» ni ve aralarındaki eşitlik, benzerlik ve başkalık «izafet-durumları» nı* (Relationssachverhalte) (216) objektif izafet münasebetleri olarak, meydana çıkarmak kabil olur.

Burada kısaca «özel mefhumluluk» meselesinin bilhassa mukayeseli hukuk ilmi ve mukayeseli hukuk tarihi için haiz olduğu ehemmiyeti göstermek maksadıyla *Landsberger*'in Bâbilde'ki «kanun» ve «hukuk» mefhumları üzerinde yaptığı dikkate değer tetkikinden (217) şu cihetleri kaydetmek istiyoruz.

Bâbil ve Âsurdan ele geçirilmiş olan kanuna benzer malzemenin kanun mahiyetinde ve tatbik edilmiş olup olmadığı meselesi, Önasya eski çağ milletleri tarih ve kültürleriyle iştigal eden ilim adamlarının tereddüdünü mucip olmuş ve bu mesele bazılarınca menfi bir surette mütalâa edilmiştir. Sümerlerden kalma eski hukuku ihtiva eden ve pek çok yenilikler vücuda getirmiş olan *Hammurabi* kanunlarının kanunluk vasfı, münakaşa edilmeksizin, kabul olunmakta ise de bu kanunların hükümdarın hayatında veya ondan sonra mer'i olup olmadığı meşhûktür ve mer'i olmamış bulunması ihtimali kuvvetlidir (218). Sümerlere ait hukuki kaidelerin toplanılmış olduğu koleksiyonlardan «ana ittîşu» («muayyen vâdede») (219) kelimeleriyle başlayan vesikalar serisinde rastlanan hukuki hükümlerin, kaidelerin, şekil itibarıyla kanuna benzemekle beraber, hakikaten kanun oluşlarında tereddüt edilmiş ve daha mühimmi, sistematik bir mecele (codex) halinde ele geçirilmiş olan Âsur metninin kısmen veya tamamen bir kanun olmayıp içtimâi hayat üzerinde nüfuz ve tesirden mahrum, hususi mahiyette bir ilmi eserden ibaret bulunduğu veyahût Sümerlerde «kanun mer'iliği» mefhumunun gelişmeyip yarım kaldığı neticesi kabul olunmuştur (220). Mücerret sübjektif hukuktan ziyade hâkimin kararıyla tanınmış hukuki vaziyeti ifade eden «dinû» kelimesi ve «hukuki sözler, kararlar» mânasına gelen «dinatum» tabiri (221) kanun mefhumunu karardan tefrik etmiyor (222). Eski Bâbil zamanında «mevzu hukuk» için «dinû» kelimesinin kullanıldığı muhtemel olmayıp, geniş mânada «hukuk nizamı» mefhumunu «simdatu» kelimesi ifade eylemektedir. Fakat bu kelime Âsur ve Yeni - Bâbil devrinde kullanılmaz olmuştur ve yerine «dinû» kelimesinin kaim olduğu bazı vesikalarda görülmektedir (223). «Simdatu»

(216) Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 1, 1944, s. 571 v. d., 'nda çıkmış olan yazımızın izafetlere müteallik kısımlarını, s. 577 v. d., 584 v. d. (G. ve 4), ayrı baskı, s. 7 v. d, 14 v. d. (G. ve 4), karşı.

(217) Die babylonischen termini für Gesetz und Recht, Symbolae ad iura orientis antiqui pertinentes Paulo Koschaker dedicatae, 1939, s.219 v. d.

(218) Aynı yer, s. 219 ve haşiye 2, s. 221 v. d., 233.

(219) «İttu» nun «id-tu» ve «u'd» ve arapça «u'd» (va'd) ile olan iştikak münasebeti için Kraus, Die sumerische Entsprechung der Phrase «Ana ittîşu», Symbolae ad iura orientis antiqui pertinentes Paulo Koschaker dedicatae, 1939, s. 55 ve 58 v. d., na bakınız.

(220) *Landsberger*, aynı yer, s. 219 ve haşiye 3 ve 3 a.

(221) Bu kelime veya «simdat şarrim» (kıralın hukuk nizamı) tabiri yalnız mukavelelerde ve mektuplarda görülmüştür, aynı yer, s. 230, haşiye 5 a, s. 233.

(222) Aynı yer, s. 223 v. d. *Hammurabi* kendi kanununa «dinât mişarim», yani âdilâne hukuk hükümleri adını veriyor.

(223) Aynı yer, s. 224.

nun hakiki mânasının «hukuk» demek olduğu anlaşıldığından (224), şimdiye kadar yapıldığı gibi, bu kelimenin «kanun», «mevzu hüküm» suretinde tercümesi doğru değildir (225). Bu kelime, *istikak* itibariyle, «koşulmuş öküç» mânasına dayanmakta olup bu mefhumdan «hukuk» ve «hukuk nizamı» mefhumları meydana gelmiştir (226). Sümerlerde bu kelime «tarafalara lâhik olan hukuk» (di-dil-ba) suretinde alınmıştır (227). Her halde ele geçen Sümer «kanunlar»ının ihtiva ettiği yanlışlara ve acemiliklere bakılırsa, bunların mahkemelere değil, yazıcılara (hattat mekteplerine) ait malzeme olduğu anlaşılmaktadır. Bunların tam mânasiyle teşrii eserler olup olmadığının isbat edilemediğini ve hâkimlerin bu metinlerde istifade edecek çok bir şey bulamadıklarını *Landsberger* kaydediyor (228). Yazılı kanunların Eski-Bâbil'deki mahdut nüfuzuna mukabil m. ö. 1100 yılı Âsur'unda vaziyet başka türdür. Burada, tafsilât ve sistem itibariyle, *Hammurabi* kanunundan daha üstün ve bir kiral tarafından vaz edilmiş bir kanunun istinsah edilmiş ve şerh ve itmam edici kayıtlarla işlenmiş olduğu görüldüğünü ve bu kanuna ait bir takım tarihi meselelerin aydınlanması, bu kanunun *Koschaker* tarafından mükemmel bir surette başlanmış olan iç tenkidinin ve bu kanuna temel teşkil eden başlıca kaynakların meydana konulması ve işlenmesi işinin devam ettirilmesine bağlı olduğunu *Landsberger* ilâve ediyor (229) (230).

Landsberger'in bu tetkiki Sümer, Bâbil ve Âsur hukuku üzerinde şimdiye kadar edinilmiş olan bilgiyi alt - üst etmekle kalmıyor, aynı zamanda, bugünkü hukuk mefhumlarıyla eskiçağ âlemine mensup milletlerin hukuk sistemlerini anlamaya kalkışmanın nasıl yanlış bir yol olacağını da gösteriyor. Mukayeseli hukukta «hukuk» ve «kanun» gibi en esaslî mefhumların mevcudiyeti bile isbat edilemeyen milletlerin hukuk sistemlerinden bahsedilemeyeceğine göre, diğer milletlere ait hukuk sistemleriyle yapılacak mukayeseli hukuk tetkiklerinde, bu milletlerin, objektif mânadaki hukuku müdrik olduğu sabit bir millet sıfatiyle, yeri olmayacağı âşikârdır. *Landsberger*'in, yukarda kısaca gözden geçirdiğimiz, tahlillerinden anlaşıldığına göre, meselâ *Hammurabi*'nin «kanunlar» ı, ahlâk ve âdâp esaslarına dayanan ve Arapçaya «nâmus» kelimesiyle tercüme edilmiş olan, eski Yunanlıların «Nomos» mefhumuna yaklaşmaktadır. Fakat «simdatu» ve «dînât» mefhumlarının «Nomos» un geçirdiği tekâmülü geçirmemiş olduğu anlaşılmaktadır.

IV

NETİCE

«Mukayeseli hukuk» meselesini etraflı bir surette tetkik ederek ifade ettiği *mânay* ve mâtuf olduğu *maksat ve gayeyi anlamak* ve buna göre *vazifesini* ve ilim

(224) Aynı yer, s. 227.

(225) Aynı yer, s. 220 ve haşiyeye 5, s. 225.

(226) Aynı yer, s. 217 v. d.

(227) Aynı yer, s. 226 ve haşiyeye 30, s. 227 v. d. «c».

(228) Aynı yer, s. 232.

(229) Aynı yer, s. 234.

(230) Çiviyazıyla yazılmış kelimelerin lâtîn harfleriyle traskripsiyon'unda *Thureau-Dangin*. Le syllabaire Accadien, 1926, s. 53 v. d., 'ndaki «table des homophones» esas teşkil etmekte ise de, bu harfler matbaalarımızda daima bulunmadığından bahsi geçen kelimeler Türk harfleriyle yazılmıştır.

âlemindeki yerini tâyin etmek için, her şeyden evvel, «mukayese» mefhumunu ele aldık (I. inci kısım). Bu mefhumun mantık, psikoloji, fenomenoloji ve ontolojiye göre mütalâası neticesinde başlıca şu noktaların belirdiğini görüyoruz.

1. Bilgi mevzuu olan «şey» leri (maddî ve ruhî şeyler ve vasıfları) düşünerek anlamak için her türlü düşünce «mukayese» ve «farklandırma» ile çalışır.

2. Bu «şey» (geniş mânada «obje») ler, «beraber mevcudiyet» ve «izafet» halindedir, yani birinin varlığı diğerinkine bağlıdır ve biri düşünülmeden diğer düşünülemez.

3. «Şey» lerin bu karşılıklı irtibat ve münasebet bağlılığı, mantıki, yani düşünce mahsulü olmayıp, düşünceden önce ve müstakil olarak kendiliklerinde mevcut bulunduğundan bu hal, bir «kanunluğu» tazammun etmeksizin, ontolojik mânada objektif (yano «obje» lik icabı, «obje» lerin realite âlemindeki bulunuşu icabı) bir «şey - durumu» (Sachverhalt), bir «objektif izafet sistemi» mahiyetindedir.

4. Bu «izafet - şey - durumları» ndan (Relationssachverhalte) biri de «mukayese - şey - durumu» (Komparations-sachverhalt) dır. Mukayese ile elde edilebilen «benzerlik» mefhumu gibi.

5. Hayatta ve ilimlerde bu ontolojik - objektif mânada «bize mûta olan» (gegeben, donné) benzerlikler, benzemezlikler, eşitlikler veya başkahlıklardan müteşekkil izafet hallerini («şey - durumları» nı) göstermek, geniş mânada «mukayese» (veya «önmukayese») nin ve yalnız müşterek noktalarla (231) iştilal etmek (232). dar mânada veya asıl «mukayese» nin mevzuudur.

6. Mukayese, iki veya daha ziyade «şey» lerin, karşılıklı irtibat ve münasebetleri, yani «izafet - durumları» itibariyle ve muayyen bir maksat ve gaye ile tetkik edilmesidir. Muayyen bir maksat ve gaye ile yapılmıyan mukayese, *usul*'den ibaret kalır.

7. Mukayese, tetkik mevzuu olan «şey» lerin misliliği veya bir-defalığı ve kendine mahsusluğu gibi «mû'tâlıkları» nı göstermek veya bu «şey» lerin umumi ve geniş manada menşe ve kaynağını bulmak yahut objektif izafet sistemindeki yerini göstermek için yapılır.

(231) Bu «müşterek noktaların gösterilmesi» ni, Rothacker'ni dediği gibi (Logik und Systematik der Geisteswissenschaften, Handbuch der Philosophie, c. 2, 1927, s. 100), «umumi bir surette varlık mahiyetini aramak», bundan «tipik tekâmül kanunları» ve bu kanunlardan «düstürumsu» (normatif) hüküm ve neticeler elde etmek gayesiyle yapmak fikrine iştirak etmiyoruz. Zira bu arzu, kültür ilimleri sahasında yapılan mukayeseler de bu ilimler gibi kültür hâdiselerinin bir-defalığı ile kayıtlı olduğundan, bu hâdiselerin «tarihi» mahiyetiyle telif edilemez. Bu itirazımız, Sauer'ın aynı istikametteki görüşüne (Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie, c. 20, 1927, s. 467; Lehrbuch der Rechts-und Sozialphilosophie, 1929, s. 20 ve hasive 17) ve esasen, Wilhelm Wundt'un kasdettiği mânada, hukuk fikrinin kendinde mündemic psikolojik tekâmül kanunu iddiasına karşı da aynı kuvvetle varittir. Bu «tekâmül kanunu» fikrinin sakatlığına işaret eden Erbe (Der Gegenstand der Rechtsvergleichung, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 14 üncü yıl, 1942, s. 207, hasive 56), haklı olarak, «eğer bu fikir doğru olsaydı, bütün zaman ve milletlere ait hukuk fikrinin bugünkü hukuk sistemlerinde kemal derecesine gelmiş en özlü ifadesini bulmuş olması icabederdi. Bunun kabulü ise tarihe aykırı mücerret bir düşünüş olur», diyor.

(232) Elde edilecek neticelerin müsbet olması lâzım gelmediğini von Rauchhaupt (Die wissenschaftliche Pflege der Rechtsvergleichung, Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie, c. 23, 1930, s. 161) kavdediyor.

Mukayese mefhumunu bu suretle belirttikten sonra (II inci kısımda) «hukuk» mefhumunu tâyin ederek, umumiyetle hukukta mukayeseden kasdedilen manaya göre «mukayese» yi tarif ettik, mukayeseli hukukun muhtelif gayelerine ve muhtelif tasniflerine temas ettik, mukayeseli hukukla hukuk sosyolojisi, hukuk etnolojisi ve hukuk felsefesi arasındaki münasebetleri karşılıklı aydınlattık ve mukayeseli hukuk meselesinin tarihi gelişmesini kısaca gözden geçirdikten sonra zamanımızın tanınmış ilim adamları tarafından mukayeseli hukuk mevzuunda ileri sürülmüş fikir ve mütalâaları incelikleriyle ve tenkitli bir görüşle tahlil eyledik. Bu arada göze çarpan bir iki nokta üzerinde bir az durmak istiyoruz.

Bunlardan biri, «mukayeseli hukuk» un bir hukuk ilmi kolu veya sadece bir usulden ibaret olması meselesidir. «Usul» den ibaret olması cihetini iltizam edenlerin görüşü şu suretle hulâsa edilebilir. «Mukayeseli hukuk hukuk felsefesi, hukuk tarihi ve hukuk ilmi veya müsbet hukuk ilmi diye yapılan tasnife girmez. Mukayeseli hukuk ya hukuk tarihidir ve bu takdirde mukayese mevzuu olan muhtelif hukuk sistemlerinde uzuvlanmış bir teşekkülün tekâmülünü gösterir, veya, bütün hukuk ilmi ve kolları için aynı ehemmiyette, bir usuldür» (233). Mukayeseli hukuku bir «ilim kolu» olarak mütalâa edenler de onu hukuk ilminin kollarından biri diye gösteriyorlar (234).

«Mukayese» nin bir «usul» (méthode) olduğu şüphesizdir. Tabiat ve kültür ilimlerinin herbirinde mevzular, bu ilimlerin kendi usulleriyle doğrudan doğruya tetkik edilebileceği gibi, aynı mevzular, ayrıca, «mukayeseli usul» le de ele alınabilir. Bundan dolayı, hukuk ilminde mukayeseli usulden bahsedilebilir. Fakat «ilim» le ilmin «usul» ü arasında yapılan bu tefrik, hakikatta yarım kalmış bir düşüncenin mahsulüdür. Zira ilimlere kendi müstakil fikri varlıklarını veren unsurlardan biri «mevzu» (obje) ise, diğeri «usul» dür. Tabiat ve Kültür âlemlerinin terekübünden meydana gelen realiteyi, bizim için gerçek bütünlüğü, tetkik mevzuu yapan ilimler, «mevzu» larından ziyade, bu hususta tuttukları *yollarla* birbirinden tefrik edilir. Yunanca «Methodos» tan gelen «méthode» tabiri, «*yol*» demektir. Hattâ bazı filozoflar içinde bulunduğumuz bu âlemi, karmakarışık bir halde düşünerek, bu karışıklığın ilimler tarafından, münhasıran *farklı* «usuller» le, düzeltilmiş bir hale getirildiğini iddia etmektedirler. Bu «metodolojist» görüş ne kadar birtarafli ise, *usul*'le *ilim*'i ayıran ve bir ilmin muhtelif usullerle çalışabileceğini kabul eden görüş de «méthodologie» den o kadar behresizdir. Hukuk ilminin kollarından sayılan dogmatik hukuk, hukuk tarihi, hukuk felsefesinin «mukayeseli bir surette», yani mukayeseli «usul» le ele alınabileceği doğrudur. Fakat bu çalışma tarzının neticesi olarak vücuda gelen «mukayeseli dogmatik hukuk ilmi», dogmatik hukuk ilminden, «mukayeseli hukuk tarihi», hukuk tarihinden ilh. ayrı müstakil birer ilim kollarıdır. Bu inceliği göz önünde bu-

(233) *Baumgarten*, Die Wissenschaft vom Recht (hukukun ilmi), c. 2, 1922, s. 584. Fakat aynı müellif, sonradan, «Der Weg des Menschen. Eine Philosophie der Moral und des Rechts» (insanın yolu, bir ahlâk ve hukuk felsefesi), 1933, adlı eserinde, s. 600, «mukayeseli hukuk ilmi» nden ve bu suretle muhtelif memleketler ilim adamlarının beraber çalışmalarıyla milletler-arastırma bir hukuk birliğine doğru gidilmesinden bahsetmiştir.

(234) *Somlo*, Juristische Grundlehre (hukukun temel bahsi), 1917, s. 2; *Sarfatti*, Le droit comparé dans son essence et dans son application (cevheri ve tâtbiği itibarıyla mukayeseli hukuk), Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Études en l'honneur d'Edouard Lambert, c. 1, 1938, s. 62«6», gibi.

lundurarak kullandığımız «mukayeseli hukuk» un, mevcut bir hukuk ilmi koluna «yardımcı» mahiyette katılması halinde de, bu «ilmi» (épistémologique, yani bilgi bahsine taallük eden) vaziyet değişmez. Vücuda gelen «mukayeseli» ilim kolunun çerçevesi içinde yapılan tetkiklerin neticeleri, aynı mevzulu «mukayesesiz» ilim koluna yardımcı olur. Hukuk tarihindeki birtakım eski hukuk müesseselerinin aydınlanması hususunda mukayeseye müracaat edildiği takdirde, bu mukayeseli tetkikler, mukayeseli hukuk tarihi sahasında yapılp «müstahzer» bir hale getirildikten sonra, hukuk tarihi onlardan istifade eder (235).

Bu vesile ile şurasını da kaydedelim. Mukayese, bir usul olmak itibarıyla, her ilim sahasına tatbik edilebilir. Netekim daha evvel tabii ilimlerle dil, din ve tarih ilimlerinde bu usulden iyi netceler alınmış ve bunun üzerine hukuk, iktisat, felsefe sahalarda da aynı usulle çalışılmağa başlanmıştır. Bu usulün tatbiki neticesi olarak meydana gelen «mukayeseli» ilim kolları hangi ilim sahasına ithal edilmek icabeder? Bu cihet, metodoloji noktasından ehemmiyetlidir ve «mukayeseli usul» ün mahiyetini aydınlatmağa yarar. Herhalde, «mukayeseli usul» le ele alınan bir ilim sahasının bu suretle meydana gelen «mukayeseli ilim kolu», ilmin mantığı cephesinden, aynı ilmin «mukayesesiz» bünyesinden ayrı telâkki edilemez. Meselâ illiyet kategorisiyle çalışan tabii ilimler sahasında «mukayeseli usul» de aynı kategoriyle çalışmak mecburiyetindedir. Illiyet kategorisinin yeri olmyan kültür ilimlerinde ise «mukayeseli usul», bu ilimler gibi, «tarihi mantığı» a ve «teleoloji» ye tabidir. Bu itibarla «mukayesesiz» bir ilimle bu ilmin «mukayeseli» şekli, metodoloji noktasından birbirinin eşi ve ortağı vaziyetindedir ve bundan dolayı «mukayeseli usul», tatbik edildiği ilmin mahiyetinde bir değişiklik yaparsa da, kendisi tam bir metodolojik istiklâlde sahip değildir yani katıldığı ilim sahasının usulündeki hususiyetlere bağlıdır. «Hukuk tarihi» tarih'in, «hukuk sosyolojisi», sosyoloji'nin ve «hukuk felsefesi», felsefe'nin birer kolu olduğu gibi bunların «mukayeseli» ortakları da hukukun değil, sırasıyla tarihin, sosyolojinin ve felsefenin sahalara dâhildir ve «hukuki» bilgi burada birinci derecede gelmez. «Hukuk» un kendi sahasındaki «mukayeseli hukuk», dogmatik veya müsbet denilen hukuk ilimlerine, yani «mukayeseli hususi hukuk ilimleri» le «mukayeseli âmme hukuku ilimleri» ne inhisar eder (236).

Hülâsa, muhtelif ilim sahalara tatbik edilen mukayeseli usulle, o sahalara ait ilim kollarının yanı başında ve «onlarla beraber» (coordonné) bir vaziyette müstakil birer «mukayeseli ilim kolu» vücuda gelmektedir.

(235) Mukayeseli hukukun bir «usul» olup olmaması meselesi, «mukayeseli hukuk» un bizâtihi bir hukuk kaynağı ve hukuk nizamının bir kısmı olup olmaması, yani maddî hukuku teşkil edip etmemesi cihetinden de mütalâa edilmiştir. von Rauchhaupt aynı yer, s. 153. Lambert'in, «iktisadi bünyesi beynelmilleleşmiş ve hukuki müesseselerini bu bünyesine tevafuk ettirmek ve kendi ticaret hukukunu beynelmilleştirmek lüzumunu duymuş olan bir milletler cemiyetinin ihtiyaçlarına tekabül eden hukuk şekli» diye mukayeseli hukuku vasıflandırması da (Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé, c. 2, birinci kısım, s. 600) buraya girer.

(236) Eerbe, aynı yer, s. 196, haşiye, 1, mukayeseli hukukun mevzuunu tâyinde hukukçunun görüş tarzıyla, bu hususta meseleyi başka başka cihetlerden vazeden sosyoloğun, antropoloğun, filosofun, kültür ve din tarihçisinin ilh. hukukî istikametteki tetkiklerine esas olan görüşleri arasında fark olduğuna işaret ediyor. Bu fark, mukayeseli hukukta yalnız mevzuun tâyinine inhisar etmez.

Üzerinde durmak istediğimiz bir nokta da şudur. Mukayese, iki «şey» arasında, kendi tasavvurumuzdan müstakil olarak, objektif bir mahiyette meri olan «izafet-şey-duerumları» nı, olduğu gibi, «bulup göstermek» demek olduğundan keyfimize tabii değildir ve bu itibarla yalnız aynı «izafet-durumu» na giren «şey» ler arasında yapılabilir. Bu «kiyas hali» (analogie) meselesi, mukayeseli hukukta, «mukayesesi kabil olan ve olmiyan hukuk sistemleri» şeklinde kendini gösterir (237).

Muhtelif hukuk sistemlerinin hukuk müesseseleri arasındaki bu «kiyas hali» nin a. müşterek kaynaklar, b. yabancı kanunların alınması (resepsiyon) ve c. hayat münasebetlerinin benzerliği, unsurlarından birine dayandığı beyan ediliyor (238). Aynı telâkkiye göre bu üç unsurdan husule gelen «mukayese edilebilme» (Vergleich-barkeit), 1. mukayese edilecek hukuk sistemlerinin meri olduğu Devletlerin deruni etnolojik bağlılığına dayanması halinde, «tabii», 2. yabancı kanunların alınmasından ileri gelmesi takdirinde, «suni» ve 3. muvazi hukuk görüşlerinin ve aynı mahiyetteki hukuki mevzuatın vücut bulması neticesi olarak «tesadüfi» mahiyettedir (239).

Muhtelif hukuk sistemleri arasında gerek müesseseler ve gerek tarihi gelişme cihetinden benzerlikler ve muvazilikler göze çarpmaktadır. Bu sistemlerden biri daha eski ve kültürce daha kuvvetli olduğu takdirde diğerinin bundan istiane ve iktibasta bulunduğu fikri uyanmakta ve bunu teyidedici deliller bulunmağa çalışılmaktadır. Fakat çok kere bu benzerlikler ve muvazilikler, derin bir tetkikin ve her iki hukuk sisteminin yakından tanınmasının mahsulü değildir. Bu birbirine benzeyen hukuk sistemlerinin ayrı ayrı ve kendi başlarına vücut bulması kuvvetle mümkün ve çok kere tarihi bir hakikat olduğu, yapılan tetkiklerle meydana çıkmaktadır. Buna misal olarak İslâm hukukunun roma hukuku nüfuz ve tesiri altında vücuda gelmiş ve tekâmül etmiş olduğu şeklinde batı Avrupası İslâmoloğları tarafından ileri sürülen malûm iddia zikredilebilir. Bu iddianın yanlışlığı yeni ilmi tetkiklerle anlaşılmıştır.

Bu benzerlikler başka yerlerde de görülmektedir. İngiliz «Common Law» hukukunun «Writ» denilen hukuk usulü yanında «Chancery-Court» ın «Equity» hukuk usulünü tekevvin ettirmiş olması roma hukukunda «legis actio» hukuk usulünün «Praetor» tarafından geliştirilmesine benzer. Feodalite sisteminin eski Şarkta, Mısrıda, ortaçağ ve yeniçağ Avrupasında, İslâm Devletlerinde, Madagaskarda, eski Çin'de ve Taikwa islahatından sonra Japonya'da muvazi bir istikamette teşekkül etmiş olması da bu umumi «muvazilik» ve «benzerlik» hadisesinin, zannedildiği gibi,

(237) *von Rauchhaupt*, aynı yer, s. 152 v. d., 161 ve v. d.

(238) *Bernhöft*. Über Zweck und Mittel der Vergleichenden Rechtswissenschaft, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, c. 1, 1878, s. 5, 17, 27 v. d., 33 v. d. (*von Rauchhaupt*, aynı yer, s. 152, haşive 5).

(239) Mukayeseli hukuk bahsinin de mühim bir mevzuunu teşkil eden «resepsiyon» meselesine ait *von Rauchhaupt*'in görüşlerinin tenkid için yukarıda haşive 137 ve bakınız. Kendisi burada İspanya Medeni Kanununun 6 ncı maddesinin 2 nci fıkrasındaki şu dekkate değer hükümü kaydediyor. İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarının 1 inci maddelerine tekabül eden bu hükme göre İspanyol kanunlarında ve örf ve âdetinde bir hüküm bulunmayan hallerde hukukun umumi umdelerine ve icabında Teşri Hukukun kaidelerine ve hükümlerine veya başka hukuk sistemlerine müracaat edilebilir. Arjantin'de de kanunların boşluğunu doldurmak için bu yola müracaat edildiğini *von Rauchhaupt* söylüyor (aynı yer, s. 167 ve haşive 32).

daıma bir taklit, istiane ve ıktıfıas veya başka bir suretle kabul ve tatbık edilme eseri olmadığını göstermiştir (240).

Aralarında bu «tabii», «sunı» veya «tesadüfi» rabıtlar olrııyan hukuk sistemlerinin veya onlara müteferri kısımların birbirile mukayese edilemeyeceğini, bu mukayese şartlarını ileri sürenler beyan ediyorlar ve misal olarak Roma ve cermen hukuk sistemlerinin, aralarındaki etnografik ziddiyet dolayısıyla, karşılıklı mukayeseye müsait olrııyan vâziyetini zıkr ediyorlar. Bununla beraber bu gibi hukuk sistemlerin ait olduğu milletler arasında ıktisadi münasebetlerin teessüs ve kuvvetlenmesile meydana gelen muvazi ve milletlerarası mahiyette hukuki münasebetler inıdas ettiği ve bu suretle mukayese imkânlarının hazırlandığı da kabul edilmektedir. Esasen zamanımızda, bilhassa Devletler umumi ve hususı hukuku ve milletlerarası ticaret ve münakalât hukuku sahalarında görülen yakınlaşma ve hukuk müesseselerinin birleştirilmesi temayülleri ile bir «hukuki standard»lar ufkunun açılması, birinci derecede, milletlerarası ıktisadi ve içtimai münasebetlerin gelişmesine ve umumiyetle iyi geçinme ve anlaşma arzusunı dayanmaktadır. Eskiçağ milletleri hukuk telâkkilerinin büyük bir mukayesesi mahsulü diye haklı olarak vasıflandırılan Roma hukukunun bilhassa borçlar hukuku sahasındaki takriben yirmi asırlık bir inkişafı üzerine bugün kurulmakta olan «medeni milletlerin hukuk standard'ları», geniş bir hukuk yeknasaklığına doğru gitmekte ve mukayeseli hukuk, hem bir ilim kaynağı ve hem bir teşriî çalışma vasıtası olarak (241), bu harekete aıemdar olmaktadır. Bu gidişin milli hukuk sistemlerine «üstün» (supranational) bir milletler hukuk sistemi vücudı getireceğini söyliyener vardır (242). Fakat bu uzlaşıcı ve birleştirici hava içinde gevsemeyip, milletlere ve çağlara mahsus hukuki «özel mefhumluluğ»ün mukayeseli hukuk için haiz olduğu ehemmiyet gözönünde bulundurulmalıdır. Zira mukayeseli hukukun mevzuu daıma hukuki muhteviyattır ve muhtelif milli hukuk sistemlerinin hukuk müesseselerini yakınlaştırmak ve birleştirmek için bunların kendi varlık ve mahiyetlerini iyi bilmek ve tanımak lâzımdır. Bu itibarla bu hukuki varlık ve mahiyetlerin bilinmesi yalnız birleştirme hareketi için değil, birleştirmenin arzu edilmediği veya tatbık kabiliyeti olmadığı yerlerde bir kanunun ne dereceye kadar faideli ve âdilâne olduğunu anlamaya da yarar.

Bu vesile ile, mukayeseli hukuk için teklif edilen «millilik üstü» ve hatta metafizik gaye ve vazifelerin uyandırdığı, hukukta «gayri milli» gelişme imkânı fikrinin tashihi için, şunları kaydetmek isteriz. Gerek hukukta ve gerek felsefe ve sosyolojide «gayri milli» zannedilen bünyeler, hakikatta, aynı kültür âlemine ve ailesine mensup milletlerin görüş yakınlığından istintac edilmiş, umumileştirilmiş ve mücerretleştirilmiş mülâhaza mahsullerinden ibarettir. Her milli hukuk, hukuk fikrinin kuvveden fiile çıkmasıdır. Bu kuvveden fiile çıkışta içtimai hayatın meseleleri «ins-

(240) Bu hususta *Erbe*, aynı yer, s. 209 v. d., ve orada verilen, s. 210, haşıye 72-77, bibliyografyayı karş.

(241) Bu itibarla mukayeseli hukukun bir ilim olrııyan cephesi bulunduğu akla gelebilir. Şe de, teşriî çalışmalara yardımcı olan mukayeseli hukukun da istenilen malûmatı bir ilim kolu halinde hazırlaması lâzımdır.

(242) Edouard *Lambert*, Sources du droit comıyare ou supranational, légıslâtion uniforme et jurisprudence comparative, Recueil d'Etudes sur les sources du droit en l'honneur de François *Gény*, 1934, c. 3, s. 478 v. d.

titutionnel» bir tekevün *şahası* husule getirir. Hukuk fikri ve hukuki gaye içtimal müesseselerde yer almakla hukuki müesseseler vucut bulur. Mukayesenin mevzuu, hukuki meseleler değil, hukuki müesseselerdir ve hukuk müesseseleri arasında görülen farklar mukayeseli hukukun meselelerini teşkil eder. Mukayeseli hukuk bu suretle milli hukuk sistemlerinin kendine mahsusluğunu belirtir ve aynı zamanda noksazlarını meydana çıkarır. Bu noktadan mukayeseli hukuk, teşriî çalışmalar için büyük bir ehemmiyeti haizdir. Mukayeseli hukuk, muhtelif hukuk müesseselerinin yeknasak bir hale getirilmesine olduğu kadar, bir hukuk sisteminin diğer hukuk sistemine nisbetle mevcut farklarını da göstermekle, her hukuk sisteminin kendi benliğini idrak etmesine yarar. Fakat bunun yanında, sırf tarihi gelenek mahsulü olan birtakım şekillerin islâhına da yaraması, mukayeseli hukuka «gayri millî», «millîlik üstü» ve «metefizik» gaye ve vazifeler âtfına yol açmıştır.

Burada mukayeseli hukukun maksat ve gayeleri üzerinde durmıyacağız. Bunları yukarıda zamanımız hukuk ilim adamlarının görüşlerini tahlil ederken gördüğümüz gibi, Edouard Lambert şerefine neşredilmiş olan ve mukayeseli hukuk ilimleri için bir Anakıtap kıymetini haiz bulunan «Recueil»'deki muhtelif yazılarda bu maksat ve gayelerin akla gelebilenlerini bulmak kabildir. Biz mukayeseli hukukun içinde bulunduğumuz zamana ve geleceğe muzâf bütün bu maksat ve gayelerinin kuvveden fiile çıkarılması için teferuatın derinliklerine giden en dakik, en titiz ve temiz bir ilmi usulle tenkitli bir surette çalışmanın birinci şart olduğu kanaatindeyiz. Tarihi - içtimai kanunlar bulmağa çalışmakla vaktimizi heder etmiyelim (243).

Düzeltilme

Bu yazımızın Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 1, 1944, s. 571 v. d. 'nda neşredilmiş olan birinci kısmında görülen bazı esaslı tabii hatları aşağıda düzeltilmiştir. Aynı baskının sahife rakamları () arasında gösterilmiştir.

S. 571 (1), satır 7 «ni» fazladır. Aynı sahife, satır 15 «felse» «felsefe» olacaktır. Sah. 572 (2), sat. 2 «izafetlerin taayyün ettiği» «izafetleri taayyün ettiriyor», sat. 31 «realitesi olan izafetlerin mevcut olduğunu» «realiteli izafetlerin mevcut ve», sat. 39,

(243) «Tarihi kanunlar» olup olmadığı meselesini vaz eden Franz Eulenburg (Sind historische Gesetze möglich?, Hauptprobleme der Soziologie, Erinnerungsgabe für Max Weber, c. 1, 1923, s. 21 v. d.), «tarihi kanunlar» ın mahiyet itibarıyla kaide ve nizam kategorisinin birinci derecesine dâhil olduğunu, aynı tarzda olan vâkıaların tekrarlayabileceğini, fakat fikri besateti haiz mücerret kanunların tarihte mevcut olmadığını, bermutat olagelen şeylerin (tezyini sanatta üslupların teselsülü, çiftçilik işletme sistemlerinin birbirini takibetmesi, ruhban sınıf ve mertebelerine ait fikir istikametlerinin veya tekâmülün tekrarlaması gibi) aynı tarzda vukua gelebileceğini, bu kaide ve intizam şeklindeki tekrarlamanın, ruhumuzun yaptığı bir tasnifin neticesi olduğunu, aklımızın Tabii Âlemi düzenli bir varlık haline getirdiğini söylüyor ve şu sualleri vaz ediyor. 1. Bu neticeleri elde etmek için hangi usullere müracaat edilir ve bu usuller tarihe mahsus bir mahiyet arzeder mi? 2. Tarihi kaide ve nizamların mümkün olabilmesi için ne gibi şartlar aranmalıdır? 3. Bu tarihi kaideler hangi nevi vâkıalara mâtuftur? Bu manâda tarihi kanunun, yani kaide ve nizam şeklinde bir nevi tekrarlamasının mevcut olup olmadığını anlamak için muhtelif zamanların ve mekânların birbiriyle mukayese edilmesi (bu iki kelime tarafımızdan teharüz ettirilmiştir) lâzım geldiğini Eulenburg kaydediyor. Birbirine benzeyen ve benzemiyen vâkıaları ve halleri mevzu ittihaz eden bu mukayeseli usul, Eulenburg'a göre, hemen umumî

«izafetlerin bu varlığı» «izafetlerdeki bu varlığın», sah. 573 (3), sat. 1, «varlığı» «varlığın», sat. 3 «izafetlerin» «izafetlerdeki», sat. 4 «mevcudiyetinin» «mevcudiyetinin», sat. 38 «bulunmaktadır» «bulunmaktadır», sah. 574 (4), sat. 3 «olduğu» «olduğunu», sat. 17 «ancak kendini» «ancak irfanında kendini», sat. 20 «(bizâtihi)» «(lizâtihi)», sat. 28 «mevcudiyetini kabul etmekle» «mevcudiyeti kabul edilmekle», sah. 578 (8), haşiyede «3 üncü tabı» olacak, sah. 580 (10), sat. 38 silinecek ve yerine şu satır konulacak «toplu süje» için, ferdi süjedeki Ben - iradesine (Ichwille) tekabül eder. Bu müşterek temayül, aynı sahife, sat. 41 «süje» «toplu süje», sah. 585 (15), sat. 30 «Lesk» «Lask», sat. 34 «üçüncü, med» «üçüncüsü, medlül», sah. 586 (16) «şey» «şeye», sat. 27 «durumları» «şey - durumları», sah. 587 (17) sat. 14 «mahiyete» «mahiyette», sat. 17 «rine» «birine» olacak, aynı sahife, sat. 24 «meselâ yakınlık ve uzaklık» kelimeleri () içine alınacak, sah. 589 (19), sat. 21 «cinsten, bir» «cinsten, muayyen bir», sah. 591 (21), sat. 36 «mukayesenin» «mukayesesinin», sah. 592 (22) «vair» «varit», sat. 14 «olmıyacağından» «olmıyacağından», sah. 594 (24), sat. 23

neticeler çıkarılmasına müsait değildir ve ancak tam mukayese ile muayyen neticeler elde edilebilir. Bir milletin münferit tarihi, muayyen sebep ve illetlerin mahsulü olduğunu beyan eden *Eulenburg*, «evvelemirde tek başına ve bir defaya mahsus bir mahiyet arzeder. Bu tarihteki vâkıalar bir daha aynı yerde ve aynı zamanda aynı suretle vuku bulmaz. Fakat bu hal, aynı vâkıanın başka bir zamanda ve başka bir yerde tekrarlamaşını imkânsız kılar mı?» diyor. Bu suretle müsbet cevap vermek, *Eulenburg*'a göre, doğru olmaz. *Eulenburg*, yalnız zamanın ve mekânın değişmesiyle vâkıaların muhteviyatı başka türlü olmak lâzım gelmeyeceği kanaatındadır. Tarihte mukayeseli usul şarttır. Birbirine benzeyen muhtelif şeyler karşılaştırılmakla «malûmat» (Erfahrung, bilgi) elde edilir. Bu suretle, aynı olan ve değişmeyen şey üzerinde görülen fark ve tebeddül, birleştirilip ayırmayı mümkün kılar. Eskiçağın veya lâtin ve cerman milletlerinin umumi tarihi bir kültür olarak tasvir edildiği vakit bu netice daima tezahür eyler. Cihanşumul görüş daima mukayese imkânına bağlıdır. Bu suretle elde edilen «malûmat»ın neticesi birtakım umumi kanizyelerdir. Eski tarihçiler bunu nutuk ve hitabe şeklinde ifade ederlerdi. Yine *Eulenburg*'un fikrinde mukayeseli usul, tarihî tiplerin tâyini, yani tipolojik usul, bahis mevzuu olduğu takdirde tercihan tatbik edilir. Bu maksatla, misli mefhumlarda esas itibariyle birbirinin aynı olanlar terfrik olunur. Aralarında görülen hususiyetler, onların ayrı bir sınıfı ithal edilmesini intaceder. Bunun için bir çok veya hiç olmazsa müteaddit vâkıaların mukayesesi lâzımdır. Bu suretle tarihî tipler meydana gelmiş olur. Tarihçi bu unsurlarla muhtelif şahısları, şeyleri, tesisat ve münasebetleri bir intizam haline getirebilir. *Eulenburg* bu fikirleriyle tarih ve sosyolojiyi bir tutuyor ve mukayesesiz tipoloji ve tarih olamayacağını iddia ettiği için her mukayeseli tarih şubesini de o şubenin sosyolojisi haline getiriyor. Burada «sosyoloji» den maksat, «kanuncular»ın kabul ettikleri mânadaki «müsbet» (positivist) sosyolojidir. Halbuki sosyoloji bir Kültür İlmi olduğundan onun da ne dereceye kadar «kanunlar» la işi olduğu ayrı bir meseledir. (Biz bu meseleyi «ilim sosyolojisi» ve «hukuk sosyolojisi» tetkik ve derslerimizde «birdefalık» lehine, yani «kanun» aleyhine hallettik.) İnsanlığın âlem telâkisini anlamak için bazı ana hat ve kalıpların kullanılması, tarihî kanunların mevcudiyetine bir delil teşkil etmez. Bunlar riyaî faraziyeler (hypothes) mesabesinde. *Max Weber*'in «kanun» tarifini burada hatırlatmak isteriz. «Anlatıcı (verstehende) sosyolojinin bazı kaidelerini ifade etmek için kullanılan «kanunlar», içtimai fiilleri yapanların tipik sâiklari ve müsterek olan tipik arz ve gayeleriyle vuzuhlanan içtimai fiil ve hareketlerin bazı hâdise unsurlarının mevcudiyeti halinde beklenen seyrine ait ve müşahade ile kuvvet bulunmuş şanslardır. (Bu kelime tarafımızdan tebarüz ettirilmiştir), *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1921, s. 9, bend 10 ve 11. *Nicolai Hartmann*'ın dediği gibi «Das Problem des geistigen Seins, 1933 s. 480), «bir defa elde edilen malûmattan umumi neticeler çıkarılması, sıkı bir surette kanun mefhumunun bulunduğu yerde ve tarihin mahiyeti ebedî bir yeknasaklık olduğu takdirde kabildir. Fakat tarihî vâkıalar bu tarzda değildir. Tarih tekrarlamaz. Zira ne milletler bir daha dünyaya gelir ve ne onların buldukları vaziyetleri bir daha vâkı olur. Görülen eşitlik pek umumi hatlara mübhasır olup yakından bakılınca her şey derin bir ferdi mahiyet arzeyler. Tarihte tatbik edilmek ve tarihin bir şekle ifrazı için kullanılmak istenilen her türlü kıyas, bu sahada tehlikelidir».

«değildi» «değildir», sah. 595 (25), sat. 7/8 «hakiki» «o şeylerin hakiki», sat. 36 «bilinmesi» «yani bilinmesi», sah. 608 (38), sat. 28 «ova» «nova», sat. 33 «Devlet hukuku» «Devlet, yani âmme hukuku», sat. 41 «paalellos» «paralellos», sah. 609 (39), sat. 36 «Bile» «Blick» olacak, sah. 611 (41), haşiyeye 17 nihayetine «Haşiyeye 18 e bakınız» cümlesi ilâve edilecek, aynı sahife, haşiyeye 18, sat. 2 «Vergleichungslehre» «Vergleichungslehre», sah. 612 (42), sat. 15/16 «ilimlere siyaseti» «ilimlere, siyaset», sah. 613 (43), sat. 14 «mafhumile» «mefhumile», sat. 35 «lizâtihi» «lizâtihi» sah. 615 (45), sat. 6 «dayanışın, filolojiye» «aykırı» (unphiloloisch) «dayanması, filolojiye aykırı» (unphilologisch)», aynı sahife, haşiyeye 23, sat. 2 «Croce» «Croce», sah. 616 (46), sat. 1 «mütalâası,» «mütalâasının,», sah. 620 (50), sat. 8 «hiç vakit» «hiçbir vakit» olacaktır.

Mukayeseli Hukuk

Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 1, s. 571 - 620 ve c. 2, c. 233 - 286 da yayınlanan bu tetkikin içindekiler

- I. MUKAYESENİN MAHİYETİ 571
1. İzfâfetlerin mahiyeti.. 571 2. Varlık ve bilginin mü'tâlıkları münasebeti.. 574 3. Mukayese ve izfâfetler.. 578 A. İzfâfetlerin psikolojik mahiyeti.. 578 B. Ruhî-içtimai izfâfetler.. 579 C. Düşüncenin mantikî faaliyeti ve mukayese.. 581 Ç. Vasıflar ve mukayese.. 583 D. İzfâfetlerin mukayesesi.. 583 E. Benzerlik ve farklılık ve idrak-dışı mü'tâlık.. 584 F. Ruhî-nefsî fiil cihetinden mukayese.. 584 G. Mukayesenin muhtelif gayeleri.. 584 4. Fenomenolojik «şey-durumları».. 584 «İzfâfet-şey-durumları» ve «mukayese-şey-durumları».. 586 a. Mukayese objelleri.. 588 b. Mukayese anlari.. 588 c. Mukayese durumları.. 592 «Mukayese-şey-durumları» nm objektif ve sübjektif varlığı.. 594
- II. HUKUKTA MUKTYESE 596
- I. Tarif.. 596 Mukayese ve kıyas.. 597 II. Mukayeseli Hukukun gayesi.. 598 III. Mukayeseli Hukukun mevzuu.. 599 IV. Mukayese tarzları.. 599 1. İç ve dış hukukun mukayesesi.. 599 2. Hususi hukuk ve âmme hukuku mukayesesi.. 600 3. Mukayeseli hukuk kaynakları ilmi ve Mukayeseli Dogmatik Hukuk İlimi.. 600 4. Mukayeseli Hukuk Tarihi.. 601 V. Mukayeseli Hukuk'la Hukuk Sosyolojisi, Hukuk Etnolojisi ve Hukuk Felsefesi arasındaki münasebetler. a. Hukuk Sosyolojisi.. 602 b. Hukuk Etnolojisi.. 603 c. Hukuk Felsefesi.. 604 VI. Mukayeseli Hukuk'un tarihine bir bakış. 1. Eskiçağ (Theophrastos).. 605 2. «Collatio Mosaicarum et Romanarum Legum» adlı eser.. 606 3. Ortaçağ.. 606 4. Yeni zamanın başlangıcı.. 607 5. «Tabii Hukuk» devri (Bacon, Leibniz, Selden, Grotius, Puffendorf, Montesquieu) ve «Codification» lar. 607 6. «Tarihi Mektep».. 609 7. Mukayeseli ilimlerin başlangıcı.. 610 8. Gans ve çağdaşları.. 612 9. Bachofen ve «Ana Hukuku».. 614 10. Henry Summer Maine. Dareste, Post, «Mukayeseli Hukuk Mecmuası», Kohler.. 615 11. Mittels, Wenger ve «Eskiçağ Hukuk Tarihi» meselesi.. 619.
- III. MUKAYESELİ HUKUKTA YENİ GÖRÜŞLER 223
1. Saleilles ve Lambert 223 — 2. Bierling 233 — 3. Koschaker 237 — 4. Rabel 246 5. Del Vecchio 251 — 6. Macmillan, Gutteridge, Salmond, Vinogradoff 258 — 7. Radburch, Salomon, Bipder 266 — 8. Landsberger 247.
- IV. NETİCE 278
- Usul ve İlim.. 280 «Mukayeseli» ilmin «mukayesesiz» ilme olan yardımcılığı, «Mukayeseli ilim kolu».. 281 «Mukayese edilebilme».. 282 Muhtelif hukuk sistemleri arasındaki muvazilik ve benzerliğin müstakilliği.. 282 Millî hukuk sistemlerine üstün bir milletler hukuku.. 283 «Tarihi kanunlar» meselesi 284.