

## KANUN VE KAZA (Geçen dergiden devam)

### ÜÇÜNCÜ FASIL

#### MUKABİL CERREYANLAR

19 uncu yüzyıl sonlarına doğru bir muhalif hareket zuhur etti. Kanunun boşluğu olmadığı hakkındaki mutlakiyetle her yerde işin yürütülmesi görüldü; bundan başka bazılarının bu hükümlerle kurtulmak için saptıkları hileli yollar tehlikeli görüldü. Bu, hakim kanuna karşı olan vaziyetini tenkid bir tetkike ve icabederse esaslı bir tadile tâbi tutmak lüzumunu hissettirdi.

İşbu aksülâmelin kökleri, yalnız hukuk ilmini ve adalet tevzii işlerini ilgilendiren değil de, bilâkis umumî medeniyet tarihinin bir parçası olarak kendini gösteren hâdiselerdedir (1). Kanun hakkındaki, hâkimin vazifesi ve onun kanuna karşı vaziyeti hakkındaki telâkkiler birbirinden müstakil değildir. Bunlar daha ziyade umumî kültür, etnik, sosyal ve politik telâkkilerle alakalıdır. Ben burada yalnız en bariz unsurlara nazari dikkati celbedebilirim.

1. En önce son zamanların gittikçe artan ferdiyetçiliğini ve subjektivizmini zikredeceğim. 19 uncu yüzyıl başlangıcı bir otorite devri idi. Prenslerin, devletin, kilisenin, objektif ahlâk ve adâbın, o vakitki cemiyet nizamının otoritesi beşerin düşüncesinde ve hareketinde hakim idi. İşbu otorite fikri en azametli felsefe şeklini Hegel'in sisteminde ve en muhteşem ilmi tahakkukunu dokuzuncu Pi nin monarşik kilise teşkilâtında buldu. Lâyuhtilik akidesi otoritenin bir zaferi idi. Fakat bu otorite fikrine karşı modern ferdiyetçilik başını kaldırdı. Spenser, Nice gibi mütefekkirler, İpsen, Tolstoy gibi şairler bunu vaz ettiler ve gittikçe genişleyen kitleler bunu tehâlükle kabul ettiler. Otoritenin naslarına inanç, her sahada azaldı. Devlet tesisatına karşı olan tazim demokratik tenkitler ve sosyalist tahrikât sebebi ile eksildi; eski sıkı ahlâk inzibatı da mahsus bir sarsıntıya uğradı. Otoritelerin tenkidi, bir parola oldu. Fert artık körce itaat değil, itaatin sebebini, gayesini anlamak istiyordu. Bu suretle kanunların otoritesi zarar gördü. Kanunların mukaddesliği fikri, birçok yerlerde tamamen kayboldu.

2. Devlet telâkkisindeki tahavvüller işbu ferdiyetçilik fikri ile elele giderler. Bugün demokratik bir ruh geniş sahada, hatta monarşilerde hüküm sürmektedir. Bu fikir, modern esas teşkilât kanunları ile kabul edilen halkın kanun vazına iştirâkinin bir tabii neticesidir. Lütfi ilâhi çelengi bundan böyle eski şaşaasını kaybetti. Saltanat yerine ek-

(1) A. And. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1924, s. 308; buna göre, hareket, sırf hukuki meslek ilmi cumlesinden bir hareket olmalıdır.

seriyet kaim oldu (2). Devlet tesisatına, devlet kanunlarına karşı geniş mikyasta tenkit yapıldı. Devlet iradesinin yanbaşımda efkârı umumiye denilen irade gittikçe ehemmiyet aldı. Bunun dili matbuattır. Matbuat kendini, devlete karşı ve hükûmete karşı, denebilir ki parlâmentodan ziyade halkın menfaatlerinin avukatı gibi hisseder. Gazeteler ve adliye ekseriya birbirlerine karşı gergin bir tavır takınırlar. Haksız sayılan hükümlerin ve elverişsiz sayılan kanunların tenkidi, gündelik gazetelerin en sevilen makalelerindedir.

3. Son on yıllar içinde devlet, gittikçe artan bir mikyasta kültür ve içtimiti yardım devleti olarak inkişaf etmiştir. Sırf hukuk devleti (gece bekçisi devleti) nin Mançester ideali ortadan kalkmıştır; bilâkis tekrar zabıta devleti (polizeistaat) fikrine bağlanılmıştır. Devlet müdahalesi daima hayatın daha geniş sahasına sokulmuştur, o kadar ki müdahalecilik tâbiri bir damga olabilir.

Gayet mânalı surette kanun şişliği (Gezetzeshypertrophie) denilen hal, devlet vazifelerinin bu genişletilmesiyle ilgilidir (4). Kanun ve kanuncuklar taşkın bir med halinde üzerinize dökülmüştür. Her işin ve herşeyin, kanunun her derde deva ilâcile şifa bulabileceği zannolunmuştur. Böylece kanun parını, hiç de lüzumlu olmayan hallere sokulmuştur. Çok kere acele düşünülmeksizin, geliş güzel teşri'cilik ve ya İsviçre'de denildiği üzere kanun mamulâtçılığı (Gezetzlimacherei) bunun memnuniyet verici olmayan bir neticesi idi. Bugünkü devletin her akla gelen bir maksat için kanun şeklinden istifade etmesi, etnik muhtevası ve esas bakımından kıymeti son derece ehemmiyetsiz olan meselelerin tanziminde bu şekli kullanmış olması hali de buna inzimam eder. Son zamanın ortaya attığı döküntü kanunların sayısı az değildir.

Devletin bu tatbikatile kanunlarına karşı bir hürmet temin etmediği gözönündedir. Kısa ömürlü, birkaç günlük, değerinden ziyade sıklığı ile nafiz olmak isteyen kanunlar bir otorite temin edemezler. Çok hakim olmak hevesi, hükûmet kuvvetini hususî bir hürmete mazhar kılmak için vasıta, çare olamaz: Devlet otoritesinin kuvveti, onun meriyetinin genişletilmesiyle elde edilemez. İtibar görmek istiyorsan kendini seyrek göster: Bu kaide burada da caridir. Yerinde olarak: Tanrının gü-

(2) Bak. F. W. Foerster, Staatsbürgerliche Erziehung. 2 Aufl; 1914, s. 13.

(3) Bernatzik, Rechtsstaat und kulturstaat, 1912; Rosenthal, Wandlungen der Staatsaufgaben inden letzten Geschichtsperiode, Rektoratared, Iena, 1913.

(4) Bak. Eggenschwyler, die Hypertrophie des Staates ind die Ohnmacht des Gesetzgebers, Schweiz. Juristen - Zeitung, 1912, 337.

nü odun kesmekte kullanılan kılıcın harp için körleşmiş olacağı söylenmiştir. (5).

4. Fakat yalnız devletin değil, cemiyetin münasebetleri de esasından değişmiştir. Bütün hayat ve iktisat münasebetlerinin sanayileşme tesirile olan tekâmül ve tahavvülünü kaydedebiliriz. İçtimaf münasebetleri bu tesirler altında pek derin değişiklikler almıştır. Vaktile hâkim olan sınıflar gerilemiş, yeni halk tabakaları ileri geçmiştir. Kuvvetli teşkilâtlar kendilerini tanıtmaya çalışmaktadırlar. Her gün yeni hâdiseler, yeni ihtiyaçlar ortaya koymaktadır. Kalp, battal bir kanunla bu ihtiyaçlara ve icaplara ayak uydurulamaz. Kanun henüz istar edilmekle eskimiş ve yeni bir kanuna lüzum hasıl olmuş olur. Bir kanun ne kadar kazuistik ve teferruat a girişmiş olursa o kadar bu feci akibete mazurdur. Son on seneler içinde kanun, çok kere zamandan arkaya kalan, hakikî ihtiyaçlara artık uyamayan bir duruma girmiştir. Böyle bir kanuna dayanarak vazifesine sadakatla hüküm veren hâkim kendine; hükmü haksız veyahutsevilen şu tâbirle "dünyadan habersiz" dedirtmek mecburiyetine düşmüştür. Bilhassa mücerret (abstrakt) surette kaleme alınan bir kanunun gittikçe komplikeleşen ve ince farklarla tecelli eden hayat münasebetlerine kâfi derecede uymadığı ve aynı zamanda hâkimi de karşısına çıkan münferit bir hâdise hakkında o hâdisemin hususiyetine yakışan kararı ittihaz edebilmekten menettiği söylendi.

5. Teknik ve endüstride ve kezaik dünya münasebatında; dünya ticaretinde, yukarıda temas edilen inkıfâf, aynı zamanda iktisadileştirme, ticarileştirme, bir bakımdan Amerikanizm diyebileceğimiz bir düşünce tarzının büyümesine yardım etti (6). Bugünün düşüncesi şiddetli bir ticaretçi, menfaatçi düşünüşdür; işe yararlık ve verimlilik noktai nazarı en ön safta gelmektedir. Nasıl ki bir makine, cisimleşmiş bir işe yararlık arz ediyorsa devlet ve hukuk da birçok salâhiyetli muhitlerde daha ziyade faydaları bakımından mütalâa edilmektedir (7). Artık es-

(5) Bak. v. Lann, zum Problem des freien Ermessen, in der Zitelmannfestschrift, 1913, s. 49: "On binlerce paragrafa baş vuracak olan ve hergün çok kere en basit hukuk meselelerinde bile bütün bu paragraflar tarafından yüzüstü bırakılan kimse, kanun önünde lüzumlu yüksek hürmeti duyamaz..." Emretmek manisi "Befehlswut" hakkında F. W. Foerster s. 23, 27, 30, 32, 44, 49 ve sonrakilere bak.

(6) Bu hususta bak. Piloty, Reinische Zeitschrift 1914, 220; diğer taraftan Hollwo, Rissersfestschrift, 1913, s. 458 (?).

(7) Eggenschwyler a.a. O., s. 340: "Modern bir işletme müdürü için devlet git gide zaruri bir fenalık olmaktadır, hukuku, sadece istihsalinin kalitesiyle ölçülen ticarî bir işletme olsun veya başka bir işletme olsun; bakt., Stammler, Theorie der Rechtsmüssenschaft, 1911, s. 700.

kiden olduğu gibi meri kanun, imanlı inkiyad ile karşılanmıyor, bilâkis herşeyden önce kanunun neyi istihdaf ettiği, ne temin ettiği, ne faydası olduğu sorulmaktadır.. - Millî ve hususî ekonomik mülâhazalar - Ekseriya haddini aşarak ilk safa geçiyor. Sosyal düşünce denilen düşünceler evvelce olduğundan daha şiddetli kendini dinletmek istiyor. Bu düşünce tarzının meslek halindeki hukukcular mahfelinde dahi nasıl yayıldığı hakkında, modern yahut sosyolojik ceza mektebi denilen mektebin temayüllerine bir bakış, en göze batıcı bir manzara verir. - Evvelce pek galib surette ahlâkî noktaî nazar altında görülen - ceza bile bu mektebin mümessilleri tarafından esas itibariyle cezanın neyi istihdaf ettiği ve neye faydası olduğu istikametinde nazara alınmaktadır. Bunlara göre ceza hukuku, bir "cinayetle mücadele hukuku" haline girmelidir.

6. Zamanımızın diğer ve iftihara değer bir hususiyeti de bu meydana nazara alınmak lâzımdır. Bu da objektifliğe ve hakikata karşı olan gayrettir. İşbu düşünce tarzında, şedit ölçüde zamana hakim olan tabii ilim nesci, inkâr edilemez hassaya sahiptir(8). İşbu ciddi süssüz hakikate müteveccih tefekkür tarzını, skolastik hurdacılıklarla, boş, şekli talil (Formaldeduktionen) le, gayri hakikî faraziyelerle çalışmanın aleyhine uğraşır. Zamanımız gayri hakikilik ve samimiyetsizlik hakkında ince bir hissi haizdir; ve bunu mutlak surette takbih eder. Bu noktainazardan bakılınca hukukçuların ananevi faaliyeti - gerek hâkim ve gerekse avukatın faaliyeti - bir takımına tamamile alkışa seza bir şekilde görünmemek lâzım gelirdi. Hususile, hukukî faraziye (Fiksion) açık bir hoşnutsuzluğu tahrir etti. Bir hâkim; kanun vazı veya bir taraf "şüphesiz" (Offenbar) şunu veya bunu arzu etmiştir diye bir tesbitte bulunursa şüphesiz bunu arzu etmemiş olduğunu kabul etmeğe mahal olduğu acı bir istihza ile söyleniyordu. - Çok defa hâkim, bu gibi faraziyelere sığınmak için kanunun harflerine bağlı olduğuna inandığı taktirde kabullü tamamen imkânsız bir neticeden nasıl masun kılınacağı teemmül edil-sin.

7 . Fakat yalnız tabii ilimden değil, mânevi ilimlerden de tenkidî sesler ve müsbet hareketler geldi. Burada programatik ehemmiyeti lâyıkıyla taktir edilemiyen mânevî ilim cereyanını düşünmek lâzımgelir. Bu da 19ncu yüz yılda klâsik Alman felsefesinin tesiri altında hüküm süren bir taraftan entellektüalizm'den ve mantıkçılıktan nefrettir. Bu cereyana, yeneden daha ziyade iradeci olan, kısmen pek muhtelif ince farklara yer veren bir cereyan karşı geldi(Rickert, Windelband, Wundt, Nietzsche, Dar-

(8) Şüphesiz gölgeli tarafları eksik değildir. Tabii ilim bilgininin değerden azada düşüncesi, etnik hükmü hüvvetten düşürmek hususunda çok yardım etmiştir.

win, Hartmann, Schopenhauer, Husserl gibi); bunların müsterek esas telâkkisi takriben şudur: İnsan hayatında tâyin edici ve karar verici olan fikir (Intellekt) değil, irade (ve his) dir. İnsan sırf bir fikir makinesi değildir. Fikir dahi (hattâ ilmi fikir dahi) her hususta arzu (irade) unsur-larıyla kuvveden fiile çıkarılır. Hükümler yerine taktirler kaimdir., kıymetten âri olan yerine kıymete itibar eden, hissi tebaruz ettiren (Emotionale, Gefuhlsbetonte) fikir kaim olur. Sonuncusunun sahasına bilhassa hukukî fikir de dahildir (9).

8.—Uzun on yıllar boyunca ihmâl edilmiş olan—Ahlâk ve hukuk felsefesinde bir yenilik, bilhassa eski tabii hukukun faydalı fikirlerini zamana göre yenileştirme temayülünün, işbu felsefi fikrin tahavvülü ile bazı irtibatı vardır. Yeniden uyanan felsefi fikir, çorak pozitifliğe karşı durdu. Felsefe sırf tescilden ve tesbitten bıkmıştı, esas prensipler ve normatif noktai nazarlar tesisinden ve mevcudun (seienden) bu noktai nazarlardan taktiri yolunda gitmekten geri kalmak istemiyordu. Bu hususta başlıca Rudolf Stammier'i söylemek lâzımdır. Stammier'in doğru hukuk nazariyesi (1902), şu mesele hakkında dikkati keskinleştirmek itibarıyla bahsettiğimiz fikir sahasına dahildir: Bir kanun (yahut bir hâkimin kararı) objektif (sachlich) bakımdan ne vakit meşrûdur, mühtevâ itibarıyla doğrudur, âdildir. Bu mesele uzun zamandanberi lâyük olmadığı halde arka safa atılmıştı. Pozitivizm Fatalizm'e meyleder: O, mavaka'ı kabul eder, çünkü mevcuttur; fakat mevcudun tecrübe üstü norm'a vurularak, iyi ve doğrumu olduğu meselesini ya bir tarafa bırakır yahut bağtan savma ve yanlış mâlumatla cevaplandırarak: Amprik muta olanın veya tarihen var olmuş olanın bundan dolayı normatif olarak da doğru olduğunu söyler. Bilhassa eski tarihî mektep bu noktadan ağır günah işlemiştir.

Tekrar ediyorum, son zaman başka türlü düşünmeğe başladı. Tarihî düşünce bugün kuvvetli değil—hattâ korkulacak derecede zayıf bir inkişaftadır. Fakat bunun yerine zamanımız—tenkid'e karşı daima memnuniyetbahış olmayan temayülden sarfınazar—inkâr edilemez surette tezahür eden hukukî hissin ve sosyâl adalet vicdanının takviyesini karakterize eder. Bu zamanımızın bir iftihar sahifesidir. Haksız kanunlara ve hâkim kararlarına karşı belki hiçbir devir zamanımızda olduğu kadar hassas surette bir tepki hareketi göstermemiştir.

9. Son olarak bizzat hâkim sınıfı hakkında bir söz söylemek isterim. Hâkim sınıfı ananevî muhafazakârlıkla temayüz eder. Hâkimin

(9) Bak. H. Maier, Psychologie des emotionnalen Denkens, 1908. Lask, die Lehre vom Urteil, 1913.

galip surette müteenni ve müteemmil olan faaliyeti, bu karakterini belki bürokratik terbiyesinden ve resmi itaat idsiplininden daha ziyade kolaylaştırır. Hâkim uzun müddet yeni zaman cereyanlarından gayri mütessis kalmıştır. Fakat nihayet hâkim de kendini onlardan âzade kılamamıştır. "Dünyaya yabancı" mahkeme kararları diye daimî surette yapılan istihfaflı tenkidler ve bazı yerlerde dahi hâkimin istiklâlini müzakere mevzuu yapmak hususunda yukarıdan doğru vâki teşebbüsler hâkimleri bizzat şahısları ve vazifelerinin şerefi noktasından düşünmeğe sevketmiştir. Bu suretle yakın mâzinin tamamen kendine mahsus hâdiselerinden olmak üzere bir hareket zuhur etti; maksadım Avusturya ve Almanya'da yapılmış olan hâkimler cemiyetlerinin teşekkülünü söylemektir(10). Bu teşkilâtta demokratik temayüllerin bir ifadesi, birlik halinde bizzat ihkakihak maksadiyle tesis edilen hey'etlerin bir kopyası görülmek istenmiştir. Bunda isabet olduğunda ben kuvvetle mütereddidim. Her halde: mutlak devlette böyle bir serkeşliğe tahammül edilmezdi; kezâlik buna cür'et bir hâkimin fikrine güççe gelirdi. Bunula beraber modern hâkimler cemiyetleri kendilerini bir serkeşlik töhmeti altına sokmak arzusundan pek uzaktır; bu cemiyetler yalnız kendi makbul ve müeyyet saydıkları hukuka istinat etmektedirler. Bu cemiyetlerin maksatlarının samimiyetinden şüphe etmek ağır bir hata olurdu. Bilâkis bu cemiyetlerde hâkimliğin mahiyeti hakkında değişmiş olan bir zaman telâkkisi ifade edilmektedir. Bunları sendikalarla bir tutmak da hiç olmazsa sakattır. Hâkimler cemiyetlerinin esas ve has gayesini, derece ve maaş meselelerinin hâl ve tesviyesi teşkil etmez. Bilâkis onların ötedenberi başlıca dikkat ettikleri şey hâkimlik mesleğine karşı haksız tecavüzlere ve istiklâllerinin gayri lâyük surette tahdidine karşı müdafaa idi (11). Hâkimier elele vererek kendilerine haksız surette memur karakteri izafe edilmesine karşı koymuşlardır. Hâkimler cemiyetleri, bihakkın her şeyden önce hâkimler kanunu ve bilhassa hâkimler için mesai nizamnameleri meydana getirilmesini kendi programlarına ithâl ettiler. hâkimler cemiyetleri kendi beyannamelerinde hâkimlerin idarî memurlara karşı daha ihmâlli tutulması hakkında şikâyette bulunurlarken dahi ilk safta rütbe ve derece emelleri gibi maddî saıklar altında hareket etmemişlerdir; bilâks onları harekete getiren daha derinde mevcut bir unsur, yâni hâkimin yüksek fonksiyonunun, idare memurlarının fonksiyonuna haricen dahi tamamen

(10) Bak. Avusturya hakimlerinin tesis beyannamesi Burkharard da, der Richter, 1909 s. 29

(11) Reichel, Recht und Wirtschaft, 1912 s. 2

müsavi kıymette kabul edildiğini görmek arzusudur. Gene bu harekette âmil, idare memurlarına kabul olunan serbest taktirde şimdiye kadar olduğundan daha büyük bir hisse sahibi olmak hasreti olabilir(12).

#### DÖRDÜNCÜ FASIL

##### Hâkimin vesâyetten kurtulması. (Emanzipation)

Yukarıda kanunun her şeye kifayeti hakkında ki şimdiye kadar mevcut nazariyelerin yeni bir tetkikini icabettiren en mühim fikri-ictimai hareketlerin taslağı yapılmıştır.

Zemin bu suretle hazırlanmış olduktan sonra tâze ve zengin bir tohum yeşerebilirdi. Muhtelif şekildeki yazılar derhâl yeni meselerle meşgul oldu.

Bu babdaki eserlerden hepsinin burada sayılmasını beklememelidir. Ancak en göze çarpan neşriyat kısaca zikrolunacaktır. Bununla beraber bir kısım neşriyatın fazla ve bir kısmın daha az dikkati calip olduğu meselesi noktasından birçok fikir ihtilâfı olabileceğini söylemeğe hacet yoktur. Bazısının zevke göre belki az ehemmiyetli olanın çok, daha mühim olanın pek az üzerinde durulmuş olacaktır. Bu noktanın hiç bir tesiri yoktur.

I — Evveleminde umumiyetle “serbest hukuk mektebi önderleri” sayılan bir takım müellifleri hatırlamak icabeder.

1. Bunlar arasında zamanen birincisi Rudolf Ihering idi. Bu mühim adam ilkinde tamamen ananevi doktrinin mümessili idi. Roma hukukunun ruhu (geist des Römischen Rechts) (13) adlı eserinde ki en kızgın hasmı dahi havi olduğu birçok ince fikirlere itiraz edemez - Konstruksiyon kazasına (Konstruktions jurisprudenzen) “Hukuk, hukuk içindir” yolunda estetikleştirme istikametine hayli zaman için son büyük bayramını yaptı. Bizzat Ihering bilâhare bu noktainazara sadakatta bulunmadı. Nasıl ki tabii hukukdan tarihî hukuk telâkkisine intikal, en açık surette Fichte de görülebilirse kanunun mahiyeti hakkında eski telâkkiden yeni telâkkiye intikal de en iyi surette Ihering’de takip edilebilir. Ihering’in sonraki senelerinde, gençliğinin rüyasını yanlış bir

(12) W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung, 1913, s. 7: “Hâkim idare memurundan daha serbesttir, çünkü o yalnız kanuna itaat eder, ilst. mercie de itaat etmez. İdare memuru hâkimden daha serbesttir, çünkü idare memuru, hâkimden daha çok serbest taktir dairesinde hareket eder.” — Bak. keza Boasson, de rechter tegenove de vrijheid der administratie, Groningen 1911.

(13) 4/5 Anfl., 1381 bis 1391.

göz boyası gibi anlaması ve hukuk ilmine yeni bir istikamet gösterme uğrunda cidden uğraşması büyük bir fikri cevvaliyete ve cesur bir karaktere delâlet eder. Ihering hukukun mefhum semasiyle alay etmeğe ve onun balçıktan sanemlerini tahtından indirmeğe cesaret eden şahıs idi. Ve o, bu menfi vaziyette kalmadı. Onun aslen müsbet olan ruhu, bilâkis hukuk ilmine müsbet bir mesnet arıyordu ve bunu, hukukun gaye münasebetlerinde (Zweckzusammenhänge des Rechts) buldu (14). “Gaye bütün hukukun halıkıdır”. İşbu, bir devir ifade eden sözle Ihering suietfehdümden âzade surette eski tabii hukuka tekrar iltihak etmiş ve aynı zamanda modern gayevi hukuk ilminin müessisi değilse de en mühim bir pişdarı olmuştur. Fakat şüphesiz: Onun en meşhur eseri olan “Hukukta gaye” haricen olduğu gibi dahilen de nâ tamam ve bundan dolayı tamine kifayetsiz kaldı. Ihering zamanının çocuğu idi ve bütün dehasıyla beraber gençlik tahsilinin noksanlarını yenmeğe bir daha muvaffak olamadı. Onda esash bir felsefe tahsili noksan idi. Felsefe mütehassısları bunu tekrar tekrar ortaya koymuşlardır. Bilhassa onun Etik’i derin bir temelden mahrumdu —ki bu temele dayanmaksızın başka türlü nasıl hukuk felsefesi yapılabilir? — Bu Etik, zavalı bir menfaaticiliğe (Utilitarismus) saplandı kaldı. Jhering’in hukuk felsefesi, hukukun parlak bir teknolojisidir; ahlâki temeli ise zayıf ayaklar üzerinde durmaktadır. Bu temel, (İctimai egoizm hizmetinde) mal ve menfaat himayesi fevkine asla çıkmadı. Jhering, keza “Gaye” nin Jhering’i bu kelimenin felsefi mânasiyle pozitivist idi ve böyle kaldı. Onun sınırları kâfi derecede bu suretle gösterilir. O, arzu-mevud’a ancak uzaktan bakabildi. Fakat biz onun şerefini azaltmak istemiyoruz. Çünkü bu arza karşı, ilk ve en ciddi biri olarak bütün hayatınca hasret taşıyan ve bu hasretle, kendi kadar büyük olmıyan diğer binlercenin de kalbini ateşliyen o idi.

2 . İnce fikirli ve sevimli Dernburg, Jhering’in fikir akrabasıdır. Bütün yazılarıyla, bilhassa baş eseri olan Das preussische Privatrecht ile yalnız menfaatçi bir gaye uygunluğuna değil, belki daha fazla olarak ictimai adalete de ihatalı bir nazar attı. Bu adaleti, hattâ direnen metne karşı dahi muzaffer kılmak için Dernburg, tam mânasiyle hiç yılmamış ve kararlarından bâzuları hattâ bâzı serbest hukuk havarilerinin ittihaz edebilecekleri kararlardan “daha serbest hukukçu” kararları olmuştur. Mektup kanununun kifayetsizliği, ona olduğu kadar az kimseye meş’ur idi; ve filhakika Dernburg has bir nüfuzla kanundan başka — çok aleyhinde bulunulmuş olan — işin mahiyeti (Natur der Sache) nin da hukukun menbaı olarak tanınması lâzımgeldiği hakkındaki eski tabii hukuk ka-

(14) Der Zweck’in Reht, 2 Aufl., 2 cilt, 1884 bis 1886.



idesini tekrar vâzetti. O, felsefe ışıklarından da mahrumiyetin caiz olmadığı fikrinde idi. Acaba Dernburg'ın felsefe derin bir aşinalığı var mıydı? Bunda şüphe edilse sezâdır.

3 . Sıra Dernburg dan daha cessus ve daha ileri Josef Kohler'e gelmiştir. Fransız Rein hukukunun daha serbest havasında yetişmiş olarak ateşli mizacı icabı her türlü mütasallifane bağılıktan kaçan Kohler, daha genç yaşlarında gerek nazari ve gerek ameli bakımdan kanunun serbest tatbiki taraftarı oldu. Kanunun tefsiri hakkındaki ufak tetkikinde (Grünhut 13, 1 ve sonrakiler) (15) daha yeni serbest hukukcular tarafından ilân olunan bütün fikirler hiç olmazsa esas itibariyle bütün vüzuhu ile beyan edilmiştir. Kanunlar kanun koyanın iradesine göre değil, belki işin mahiyetine ve kültür vaziyetinin icablarına göre tefsir olunmak lâzımdır. Kültür vaziyeti değişmiş olursa aynı kanunun tefsiri de o dairede değişmek lâzımgelir. Kanunun tefsiri, bir intibak ettirme, bir kültür siyaseti işidir. Şüphesizdir ki Kohler serbest hareket cereyanı denilen cereyana iptidadanberi hararetle bir alâka göstermiştir ve onun mümes-sillerinin mütalâalarıyla esaslı noktalarda bir olduğunu ilân etmiştir (16). Hattâ bir dereceye kadar Kohler'i serbest hukuk hocesi olarak göstermek caizdir. Bazıları tarafından, hâkimin muayyen icaplar altında kanun hilâfına dahi hüküm verebileceği yolunda konulan modern nazariye ile Kohler, şüphesiz hiç olmazsa daha önce, aynı fikirde değildi. O bilâkis—daha Porzia'nın kazası (Richterspruch) hakkındaki sözlerinde buna işaret etmiştir—hâkimin ledelicap kanuna mutabakat zevahirini muhafaza ederek kanunu bir dereceye kadar aşağıdan doğru "oyması", "fena esbabı mucibe ile iyi hükümler vermesi" icabettiği fikrinde bulunmuştur. Kohler'in bu talâkkiyi bugün dahi muhafaza ettiğinin farkında değilim. Böyle olmadığını zannedirim.

4 . Erich Danz, mektup kanunun kifayetsizliğine ve kanundan başka halkın talâkkisinde ve teamüllerde tezahür eden örf ve âdet hukukunun dahi nazara alınması mübrem bir zaruret olduğuna müteaddit eserlerde

(15) Keza bak. Jherings Jahrbücher, 25, 262 ff (über die rechtsschöpferische Kraft der Jrisprudenz). — Kohler'in tefsir nazariyesiyle Wach'in tefsir nazariyesi akrabadır. Bak. Handbuch des Zivilprozesses, I, (1885) 254 ff.

(16) Bak. Goltdammers Archiv, 60, 108 : "Aşıkârdır ki... Tatbikatçıların yeni mektebi tarafından istenen şey, benim yıllarca evvel öğretmiş olduğum, fakat vaktiyle onların Windscheid'in koyduğu esastan ayrılmak istememelerinden ve bundan başka ilmi mesâiden daha ziyade şerhleri okumağı itiyad etmelerinden dolayı kabul etmek istemedikleri bütün hususların kabul ve icresundan başka bir şey değildir. Fakat bu kabulü bugün bektiyebilirim.

(17) işaret etmiştir. Teamül ve örf ve âdet hukukunun birbirinin aynı sayması doğrumudur değildir keyfiyetini tekik yeri burası değildir; kat'i olan, Danz'ın örf ve âdet hukuku meselesine yeniden ehemmiyet atfı lüzumuna ısrarla tekrar işaret etmiş olmasıdır. Bundan başka Danz son zamanda kanunun gayevî vazifesini ve onun gayeden tefsiri lüzumunu daima yükselen bir sesle söylemiştir(18).

5 . Rudolf Stammler(19) kant'ın düşüniş yollarında giderek tarihî hukuk nazariyesi metodunu şiddetli bir tenkide tâbi tutmuş, daha ziyade tabii hukuku tekrar ele almış, onun tarihî olmayan telâkkisini, metodu hukukî iradenin tarihî sebeplerden ileri gelme münferid mühtevâlarından suurlu surette vazgeçmek olan formel bir tenkit usulüne müracaat ederek tashih etmiştir. Stammler mevzû hukuk ile doğru(hakkaniyete uygun) hukuk arasında derin bir fark olduğuna lâayık olduğu ciddiyetle işaret etmiştir. O,yalnız bütün mevzû hukukun doğru hukuk olup olmadığını tetkiki lüzumunu iddia etmeyip hâkimi kaabil olduğu kadar mevzû hukuku, vereceği hüküm doğru ve hukuk kaidelerine tevafuk edecek mânâda tefsir etmeğe de mecbur tutmuştur. Stammler, serbest hukuk nazariyesi denilen nazariyeye de icabet etmemiştir(aşa. Beşinci kısım II bak); bazı serbest hukukcular tarafından öne sürülen hisse uygunluk(Gefuhlsmäßigkeit) unsuru, hakikatta onun aklı(intellektualistisch)istikametindeki esas talâkkisiyle hemahenk olamazdı. Stammler'in yazılarının hâlihazırda yürüyen fikir cereyanları üzerinde kuvvetli bir tesir hissesi bulunmadığını zannetmek pek yanlış olurdu. Yukarda üçüncü fasıl 8 de işaret edildiği üzere Stammler'in kanun tenkidi adalet vicdanının(Gerechtigkeitswissen) incelmesine ehemmiyetli surette yardım etmiştir. Diğer taraftan Stammler'in bizzat kendi doğru hukuk"Praxis" inde verdiği bazı kararların, asıl serbest hukukcular tarafından dahi üstün gelinemiyecek derecede kanunun metnine karşı cüretkârlığını anlamak için tetkikine ihtiyaç vardır. Hakikatta çok defa serbest hukuk yolunda giden müellifler, prensip itibariyle Stammler'in noktai nazarından uzak kaldıklarını zannedi-

(17) Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3 Aufl. 1911; Laienverstand und Rechtsprechung, 1898, Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz, 1908; Einführung in die Rechtsprechung, 1912; Richterrecht 1912.

(18) Bak. Nachruf von Niedner, Schweiz. Jur. Ztg. 1914/15 s. 180 . Kornfeld(Soziale Machtverhältnisse, 1911), Danzvari efkâr ile bir derece akrabalık arzeder(bu bapta Reichel, Lit. C. Bl. 1911, 989). Keza bak. Rolin, Prolegomènes à la science du droit, 1908(bu bapta Reichel, Zeitschrift für philosophie und philosophische Kritik, 145,201).

(19) Die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, 1888; die Lehre vom richtigen Recht, 1902; (bu bapta Reichel, Zeitschrift für philosophie und philosophische Kritik, 124, 232); Theorie der Rechtswissenschaft, 1911.

yorlarsa da neticede onun hâl tarzıyla tamamen ittifak halinde olduklarını görüyoruz(20).

6 . 1885 yılında Oscar Bülow'un Leipzig Üniversitesinde Rektörlük hitabesi inşâ etti. Bu hitabe hâkimin kanun ile münasebetine dair bütün söylenmiş olanların en ehemmiyetlisidir(21). Bu eserin özü, bir mücerret kanunun yalnız başına hukukî hayatı kat'i bir muayyeniyet ile tanzime kâfi geleceği hakkındaki akideye karşı mücadeledir. Bülow diyor ki bilâkis daima, kanunun umumiyet ihtiva eden emri, hâkimin müferit hâdiseye taalluk eden fonksionu ile konkreleştirilmeye mühtaçtır. Bu itibarla yalnız kanun vâzı değil, hâkim de hukuk yaratma işinde faaliyette bulunur; hukukun yaratılmasında, kanun vâzı umumî bir tasarı ve plân vermek, hâkim de tatbik ve inşâ'da bulunmaksuretiyle iştirâk ederler. Yalnız kanun değil, kanun ve hâkimin faaliyeti bir arada halka, kendi hukukunu temin ederler. Bu suretle Montesquieu'nün akidesi esas itibariyle ortadan kaldırılmış oluyor. Şüphesiz hâkim kendini, kanunun umumî emrine herhalde bağlı tutmalıdır; Bülow, bazı serbest hukukcuların taleplerinden asla haberdar olmak istemez(22).

7 . Gustav Rümelin'in "Werturteile und Willensentscheidungen" hakkındaki fatinane kaçer hitabesi bu rektörlük hitabesine kıymetli bir teyit teşkileder(1895) (23). Birçok sahalarda malûmat sahibi olan bu müellif diyor ki hâkimin, kanunu tatbik işinde, sırf bir hâdiseyi kanundaki kaide altına koyucu bir mantık faaliyeti icra ettiği, sırf bir deduksion otomatı olduğu hakkındaki fikirler tamamiyle yanlıştır. Bilâkis hâkim sayısız bir çok hallerde, bilhassa en mühim hallerde kıymet hükümleri verir; bunlarda kafanın daha az, hissin, yâni etik kıymet taktirlerinin ise daha çok rolü vardır. Bir mebiin esaslı ayıpları nedir? Bir mukavelenin feshi için mühim sebep nedir? Mükellefiyetlerin ağır surette ihmâli nedir? Bunlar sırf aklî istidlâl ile kendilerinden hiçbir şey elde edilemeyecek olan kıymet mefhumlarıdır(25).

(20) Kohler ve Stammeler arasında bir Syntes, Brütt tarafından tesbit edilmiştir, Kunst der Rechts-anwendung 1907 (Bu bapta Lit. C. Bl. , 1907, 1536, Reichel)

(21) Gesetz und Richteramt, 1885. Bülow'un telâkkileri Wundt'un hukuk feisefesi üzerine kuvvetli tesir icra etmiştir.

(22) Recht, 1906, 769

(23) Bak. Juristische Begriffsbildung, 1878.

(24) Reizler, venire contra factum proprium, 1912, adlı eserinde çok ileri giderek şöyle diyor: "hukukta serbesti taraftarlarının usul noktasından açmış oldukları şiddetli münakaşa neticesinde daimî bir kıymeti haiz olmak üzere elde edilen hakikat, kanaatımızca bu ... nutkun sükûnetli bir objektifliği içinde zaten yer almıştır. Filhalka aynı derecede mühim bir takım noktalar oroda bahis mevzuu edilmemiştir.

8 . Son zamanlarda Karl Wieland'ın üstâdane sâde,vâzâh ve objektif rektör hitabesi buna benzer temayüller gösterir(25). Romelin ve diğerleri gibi Windelband-Rickert kültür felsefesinin tesiri altında Wieland,tarihi mektebin tadsızlıklarına karşı ağır sözlerle yürümüş, tarihi mektebi yanlış bir tarihçilik ile tavsif etmiştir. Bir hukukun ilmi surete anlaşılması ancak onun tarihinden istihraç edilebileceği hakkında ekseriya kuvvetle ortaya konan tez(26)isbat edilememiş ve isbatı imkânsız görülmüştür. Tarih felsefesi, bilâkis bunun aksini tâlim etse gerektir. İlmî bir tarih yazısı fevkattarih değer ölçüleriyle meşrut olmalıdır. Filhakika bu ölçüler olmaksızın her hangi bir intihap prensibi olamaz. Bu itibarla bir hukukun taktiri için kıymet ölçülerini, bizzat onun tarihinden çıkarmak arzusu bir devri-fâsit olur. İşbu yanlış tarihî metoda karşı bilâkis, ahlâki-gayevî istikamette hareket eden hukuk ilminin bir "tenkidî metodu" himaye,müdafaa edilmektedir.

II . Şimdi asıl "serbest hukukculara" dönelim. Serbest hukuk mektebi, o ehemmiyetli hareketin en ön mevkiinde bulumur. Bu harekete iltilhak eden herkes serbest hukukcu da değildir; biraz önce isimleri zikredilenler—belki Kohler müstesna—serbest hukuk mektebinin iddialarından uzak kalmışlardır.

Evveleminde bu mektebin tesmiyesi hakkında bir iki söz söyleyelim. "Serbest hukuk" hareketi sözü "dinde serbesti" (freireliğiöse) hareketi tâbiri örnek tutularak meydana getirilmiştir. Bu tâbir zevkli değildi. Dinî bakımdan serbest düşünen kimse, serbest dindar, serbest düşünüşlü demektir. Fakat ne veyahut kim serbest hukuka mensuptur? Ve esasen "Serbest hukuk"(freies Recht, freirecht) nedir? Ben bir serbest hukuk taharrisi, bir"serbest hukuk ilmi"(Ehrlich), yâni bazı bağlardan ve meselâ kanun bağlarından âzâde bir kaza, bir hukuk ilmi düşünebilirim. Bunun bir mânası vardır. Fakat bir serbest hukuk altında herkes istediği gibi düşünebilir. Bununla beraber ne olursa olsun serbest hukuk, serbest hukuk hareketi tâbiri bir kere yerleşmiştir ve bu emrivâkii nazara almak mâkul olmaz.

1 . İşbu mektebin zamanen ilk mümessili olarak Avusturyalı Eugen Ehrlich den bahsetmek lâzımgelir(27). Kanunun boşluktan âzâdeliği hakkındaki akide ilk önce onun tarafından esaslı ve cesurane bir tenkide tâbi tutuldu. Kanun neredeki bir hüküm ihtiva etmez ve tefsir yolu ile de

(25) Historische und Kritische Rechtswissenschaft 1910.

(26) Gierke, Die historische Rechtsschule und Germanisten, 1903, s. 7

(27) Lücken im Recht 1888, freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft,

böyle bir hüküm istinbat edilemezse orada, Ehrlich söylüyor, bir boşluk vardır, bu boşluk hak ve nasafet, ex bono et aequo mülâhazaları altında doldurulmak lâzımdır.

2. Bunu müteakip Gény (28) ve Lambert (29) Fransa'da buna benzer fikirlerde bulundular. Kanunun ve örf ve âdetin herhangi bir hâkim kararının ıstarı için kâfi bir esas olacağını zannetmek bir hatadır. Bilâkis bunlardan başka geniş miyasta bize hukukî hâdisenin, işin mahiyeti, adalet ve ictimâî gayeye mutabakat dairesinde hallini gösteren serbest ilmî fikir mevcuttur.

Burada Fransız hâkimi ve onun kanuna karşı vaziyeti hakkında ve istitradî bir mülâhazaya yer verilebilir. Fransız hâkimi, başta Paris Kasation mahkemesi uzun zamandanberi kanuna karşı, Alman, Avusturya hâkiminden mühim surette daha serbest bulunmaktadır. Bu bapta âmil, Kod sivil'in liberal vaziyeti idi. Prusya umumî memleket hukuku ile Fransız Medeni Kanunu arasındaki tezatdan daha büyük bir tezat bulunamaz. Prusya kanunu, hâkimi sayısız münferit hükümlerin ince örülmüş ağma soktuğu halde Kod sivil birkaç icazlı düsturlarla iktifa etmiş ve bütün geri kalanı büyük itimatla hâkimin taktirine bırakmıştır. Böyle bir hareket tarzında Frederik sisteminde olabileceğinden büsbütün başka bizatihi suurlu bir hâkim sınıfının yetişeceği apasikâr bir keyfiyettir(30).

3. Almanya'da Fransız modeline bilhassa nazarı dikkat atfedilmesi beklenebilirdi. Fakat bu, ancak nadiren vukubulmuştur. Hattâ Reich mahkemesinin Rein senatosu hükmünde bu numuneye imtisâl edildiğinin pek az bir izine tesadüf edilmiştir. Bilâkis Alman hâkimi önüne İngiliz numunesi bir ayna gibi konuldu. Bu talâkkinin hatibi Franz Adickes idi. Henüz genç bir stajiyer olarak turfanda bir yazı neşretti ve bunda kanun ve örf ve âdetten başka aynı neviden üçüncü hukuk menbâi olmak üzere işin mahiyetinin de ehemmiyeti olduğunu izah ediyordu(31) (Fakat işin mahiyeti, ancak hâkimin sübjektif hukuk hissi hakkında objektif bir ifade ihtiva eden bir tâbir olacaktır. Adickes işbu serbest gidişli hukuk

(28) Méthode d'interprétation et sources en droit 1899(Saleilles in klasik ön sözü ile), Science et technique en droit privé positif, 1914. Geny'nin tesiri altında: v. d. Eycken, méthode positive de l'interprétation juridique 1907.

(29) La fonction du droit civil comparé, 1903.

(30) Fransız hâkimi Magnaud, Süleymanvâri hakkaniyet hükümleriyle bir dereceye kadar iştihar etmiştir. Bunda Fransız hâkim tipini görmek şüphesiz ters bir görüş olur ve onun zeki vatandaşları tarafından en az tasvip edilirdi. Esasen Magnaud mizacında birkaç hâkim her memlekette bulunur.

(31) Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872. Bak. Bischoff, Die Natur der Sache als Rechtsquelle, 1895. — Buna benzer fikirler için Schlossmann, Der Vertrag, 1867; Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, 1903.

hissi idealini bilâhire İngiliz hâkiminin hükümlerinde müşahhas olarak gördü ve İngiliz mahkeme teşkilâtını Almanya için taklide şayan bir nümune olmak üzere göstermekten yorulmadı(32). O, karar ve hüküm vermenin akıl işinden ziyade kalp ve karakter işi olduğunu söylüyordu; yâni ona göre evelimde İngiliz nümunesine tevfikan serbest ve müstakim hâkim şahsiyetinin, hâkim kral(Richter König)'in yetiştirilmesi ve intihabı gerektir. İngiliz hâkimi hakikaten Adickes'in ona izafe ettiği işbu pretorvâri imperyumdan memnunmudur; yoksa bilâkis sabık emsâle merbutiyet suretiyle ve İngilterede kara Avrupasından çok kuvvetli olarak inkişaf etmiş olan anane kuvveti ile daha fazla bağılı durumda değildir? Bu bahiste bu meseleye daha yakından temas edilemez(33).

4 . Adickes münakaşa noktasını daha ziyade âmme sahasına, yâni mahkemeler teşkilâtı hukuku sahasına koymaktadır. Esas itibariyle bir devlet hukukuna ait noktai nazarı Spiegel izaheder(34). Umumî hukuktaki (Gemeinrechtlich) tefsir nazariyesi, ona mutlakiyet devrinin "Mutlakiyet Devletin" Mart öncesine ait tab'a itaatının bir mirasıdır. Bu nazariyeye bağılı kalan kimse, bununla devlet mutlakiyetini kabul eder. Bu talâkkiyi Spiegel siyasi olmak üzere artık zamana uygun saymaz.

5 . Serbest hukuk mektebi içinde hususî, ayrı bir grubu da menfaat jürisprudansı denilen kazanın mümessilleri teşkil ederler. Bilhassa Stampe (35)' Heck (36) ve Muller-Erzbach (37)'ı zikrederim. Bu müellifler terkip metodunu (Konstruktions methode) katiyyen ret etmekte suretiyle düstur olacak kaza prensibini, hukuku müdafaa ile muvazzaf olan devletin de dahil olduğu alâkadarların tipik menfaatlarının muvazenesinde görürler. Kanun hilâfına hüküm salâhiyeti ancak fevkalâde zaruret hallerinde, ictimaf bir garabetin mevcudiyeti halinde ve ancak hususî tahdit ve şartlar altında tevziz edilir. Böyle bir halde garabeti olduğu gibi göstermelidir; dar tefsir zavahiri altında gizleme ve buna benzer hareket

(32) Stellung und Tätigkeit des Richters, 1906; Grundlinien durchgreifender Justizreform, 1906.

(33) Bak. Mendelssohn-Bartholdy, Das Imperium des Richters, 1906; Gerland, die englische Gerichtsverfassung, 1912; Reichel, Lit. C. Bl. , 1910, 685; Kiss, Archiv für burgerliches Recht, 1913, 265; Hirschfeld, D. J. z. , 1914, 162.

(34) Gesetz und Recht.

(35) Unsere Rechts-und Begriffsbildung, 1907; die Freirechtsbewegung, 1911; Grundrisse der Wertbewegungslehre, 1912(bu bapta Reichel Lit. Bl. 1913, 530).

(36) Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912; Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudez, 1912; bak. D. J. Z. , 1905, 1140.

(37) Gefühl oder Vernunft als Rechtsquelle, 1913; Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den zweck des Gesetzes, 1913.

tarzları mürailek olarak damgalanır (37)\*

6 . Bilhassa Windelband-Rickert nüfuzu altında bulunan (38) Max Rumpf, muhtelif yazılarda (39) hukukun tatbiki metodu hakkında tecrübe yapmıştır. Hâkimin bir tatbik ve dedüksiyon makinesinden başka bir şey olmadığı hakkındaki ananavî talâkkinin çürüklüğü onun tarafından ortaya konmaktadır. O, umumiyetle mütadolan tefsir kaidelerinin ve terkihi sanatların (Konstruktionskünste) kısmen yapma kısmen de çürük olduğu anlaşılmıştır, diyor. Hâkim sırf fikri bir mantığa göre hüküm veren daha fazlabir kimsedir; o, taktir edici bir kimsedir; aynı zamanda kıymet hükümleri ve irâde kararları verir (Rümelin). Bu itibarla o, vazifesine bir taraflı dımağı bir terbiye, fikri tahsil ile ehliyet iktisabetmiş olmaz: Asıl mesele, iradî kültür, amelî görüş ve takt, şahtiyettir. Adıkes'in kastettiği mânâda hâkim şahsiyeti lâzımdır (40).

7 . Staffel'in beyanatı da Windelband ve Rickert'in kuvvetli tesirlerini göstermektedir (41). Bütün hukuk kaideleri, kıymet hükümlerine istinat ederler. Bütün kıymet hükümlerinin esası gaye ve vasıta münasebetidir. Bundan dolayı hukukî kaidelerin şümülü, onlara hâkim olan gayelerin tahkiki ve bu gayelere vüsule hadımolan vasıtaların tetkiki ile bulunur. Kanunu vaktiyle koymuş olan kimsenin gayevî mülâhazalarına hâkim bağlıdır. Bu mülâhazalar, zamanın tahavvülü ile mânâlarını kaybetmiş olsalar dahi hâkim onlara riayetle mükelleftir: Tashih yolu bir kanun tefsirinden hâkim memnûdur.

8 . Erich Jung, çok defa Schopenhauer'a imtisâlen yalnız kanunun boşluktan âri olduğu akidesiyle enerjik bir mücadele değil, hukukun müs-betliğini de tenkidli surette tetkik etmiş, bilhassa "Tabii hukuk kaideleri" mefhum ve mahiyetini derin bir tahlile tâbi tutmuştur (42). Bu zat, ya-

(37)\* Wustendörfer buna yakın fikir cereyanları takib eder. Arch. Civ. P., 110 (1913), 219 ff. Bak. Heck, Gesetzesauslegung, s. 284.

(38) Windelband, Geschichte und Naturwissenschaft, 3. Auflage, 1904; Rickert, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 1909.

(39) Gesetz und Richter, 1906 (bu bapta Reichel, Rein. Zeitschr., 1909, 154). Der Strafrichter I, 1912, II, 1913. — Dr. Pfenniger'in şahsi hücumlarla tuzlanmış tenkidine (Schweiz. Jur. Zeit, 1913, 128) objektif kıymet tanıyamam.

(40) Buna benzer, fakat pek az derinleştirilmiş, ve pek az vâzih kaleme alınmış fikirler Wurzel'de bulunur, Das juristische Denken, 1904.

(41) Die Stellung des Richters gegenüber dem Gesetz, Deutsche Richterzeitung, 1911, 724 ff.

(42) Die logische Geschlossenheit des Rechts 1900; "Positives" Recht 1907 (bu bapta Reichel, Kr. V. J. Schr., 3. Folge, Bd. 12, s. 437); das Problem des natürlichen Rechts, 1912 (bu bapta Reichel, Lit. C. Bl., 1912, 1650).

zılı hukuktan başka yazılı olmıyan hukuk da vardır. Ve sonuncusu, birincisi kadar aynı müsbetliği haizdir, der. Mer'i hukuk ve doğru hukuk aslında aynı mefhumlardır. Umumun yanlış bulduğu bir "Hak", bu suretle müsbetliğini de kaybetmiş olur. Bu suretle Jung, eski tabii hukukun bazı saik fikirlerine, açıkça itiraf da ettiği üzere, tekrar imtisâl etmiş bulunmaktadır (43), —şüphesiz Stammler'den tamamen başka bir mânâda.

9 . Bahis mevzuu meselelerle uğraşan meslekî feylozoflar arasında Oskar Kraus ve Emil Lask'ı zikretmek lâzımdır.

Kraus, küçük ve fakat mühteve itibariyle mühim olan muhtelif yazılarında (44) Aristo'nun nazariyelerine dikkatı çekmiş ve bazı serbest hukukçular tarafından arzu edilen tefsir metodunun büyük hakîm tarafından daha vaktiyle tamamiye gösterilmiş olduğunu izaha teşebbüs etmiştir (45). Bundan başka Kraus bir çok defa Bentham, Mill, Jhring gibi faidecilerin ileri sürmüş oldukları noktai nazarlara istinad etmektedir. Ona göre kanun, ictimâî refaha ve kültürün tealisine ulaştırarak bir vasıtaadır. Kanun böyle bir vasıta olmak üzere talâkki tefsir edilmek lâzımdır. Bu tefsir mümkün olmaz ve kanuna göre hüküm verme açıkça bir adaletsizlik olursa zaruret hâlinde kanuna muhalif olarak da karar verilebilir; yâni kanun koyan hazır olsaydı o da böyle hükmederdi diye kabul edilmek lâzımgelir.

Lask (46) Israr ile bütün hukukun gayevî bünyesine, tabii ilimlere müteallik mantık vasıtalarıyla onun ilmî surette idrak ve ihatası mümkün olmadığına işaret eder. Hukuka salih olan şeyler hukukî fikir itibariyle bir derece gayevî bir nesce bürünür. Hukukda mantıkcılık onun amelilik ile kaynaşması olarak anlaşılmalıdır. Hukuk ve kanun birbirile intibak halinde değildir. Kanun - örf ve âdet hukuku, mahkeme teammülü vesaire - ancak jurisprudans'ın mer'i müsbet hukuku kısmen yaratıcı mesai ile kendilerinden istihsal etmesi lâzım gelen karinelere (Indizen) biridir.

III — Bununla listeyi kapamak istiyorum. Bunun natamam olduğunu daha önce söylemiştim. Bazı kıymetli isimler eksiktir. Fakat bir bibliyografi vermek benim işim değildir. Madde (sachlich) itibariyle her noktada tafsilâta da girişemedim. Maksadım yalnızca rehberlik edecek noktazarların kısa bir krokisini yapmaktır (47).

(43) Bak. Kezalik Pitreich, Osterreich. Zentraibatt für Notariat, 1910 s. 98.

(44) Bak. bilhassa Grünhuts Zeitschrift, 32, 613

(45) Bak. keza Kiss, Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie, 1910, 536 ff.

(46) Rechts philosophie, 1905 (aus der Heidelberger Festgabe für kuno Fischer).

(47) Avukat Ernest Fuchs'un polemik yazıları zamanları için ehemmiyeti ha-



1. Geriye bir bakış göstereceği üzere isimleri geçenler arasında çok fikir ihtilâfları vardır. Takribî ihtilâf hemen hemen ancak menfi bakımdandır. Pozitif bakımdan yollar ve kısmen de gayeler ikiye ayrılır. Ancak iki noktainazar birleştirici bağ olarak kabul edilebilir; yâni menfi istikamette kanunun mutlak kifayetinin reddi ve bu kifayetin temeli üzerine kurulan kontsrüktiv tefsir nazariyesinin reddi, fakat pozitif noktainazardan, kanun kuvveti ile hâkimlik arasında hâkime daha müsait bir çember çizme lüzumu ve bununla ilgili olarak hâkimin faaliyetini kanun koyanın ve idare memurlarının faaliyetine yaklaştırmak kaziyesi.

Yukarda bahsedilen müelliflerin ne derece serbest hukukçu olarak gösterileceği veya, gösterilmiyeceği işbu pek mühim tâbire verilecek çerçeveye tâbidir. Ancak bu tahdit, hiç bir vakit muvaffakiyetle yapılamadığından şu veya bu müellifin serbest hukukçu olup olmadığı hakkındaki münakaşa sırf terminolojik bir kıymeti haiz olacaktır. Bundan başka yukarda adları geçen müelliflerden çoğunun, kendilerinin hakikî serbest hukukçular arasında sayılmalarına sarahaten itiraz ettikleri de kaydolunmak icabeder.

2. Bir kimsenin serbest hukukçu olup olmadığının tâyini kolay olmayınca serbest hukuk doktrinleri içinde hangi istikamete mensup olduğu sualini cevaplandırmak büsbütün güçlük arzeder. Aralarında kısmen kuvvetli kavgalar yapan serbest hukuk hocalarını büyük gruplara ayırmak için radikal ve mutedil serbest hukukçular farkından bahsedilmiştir. Fakat hangi unsurların radikalizm sayılacağı hakkında her vakit kâfi bir vüruh elde etmek kabil değil gibi görünür. Çok kere şekil ve esas (Sache) karıştırılmaktadır. Bazı serbest hukukçular gürlütüler çıkardılar (48); Birçokları bunlara "Radikaller" demek isterler. Fakat günlük gürlütülerden uzak ve sessizce işlerini gören ve iddiasız, ilmi surette kendi isteklerini formüle eden diğer mutahassıslar ileri gitmiyorlar mı? Yalnız ses kuvveti birşey ifade etmez.

(Devamı Var)

İzdir. Bu müellifin kuvveti hakikî veya mefruz fenahları ortaya koymaktan ibarettir. Bu kabil hallerde şiddetli bir ifade tarzı kullanmaksızın daima bir başarı olamayacağı işin mahiyeti icabıdır. Tenkitçi karakterde olan bu mücadeleci muharrir pozitif bir inşaya müsteid değildi. 1906 da Gnäus Flavius müstear namı altında neşredilen programından ileride bahsedilecektir. Bir tarih izahı çerçevesi içinde bu yazının fikrimce de derin bir ehemmiyeti yoktur. Sırf vesilevi suretteki hâdiselere kati bir ehemmiyet atfetmek dalâletinde bulunulursa tarihi seyrin esas kısımları anlaşılmanış olur. Hiç bir ciddi tarihçinin, otuz sene muharebesinin sebep ve mânâsını imparatorluk murahhaslarının meşhur pencereden skutundan istihraç etmek aklına gelmez.

(48) Bunların bu suretle kendi işine ne kadar zarar verdikleri mülkerreren doğru olarak tebarüz ettirilmiştir; bak, Rogge'nin Zur Kritik des Rechts, 1911, s. 2.