

III MUKAYESELİ HUKUKTA YENİ GÖRÜŞLER

I

SALEİLES VE LAMBERT

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

«Mukayeseli Hukuk İlmî» nin mevzuu, usulü ve vazifesi (fonksiyonu) üzerinde ilk bir anlaşma, 1900 yılında Paris'te bu maksatla toplanan milletlerarası kongrede elde edilmiştir. «Tabii hukuk» ve «Tarihi metep» görüşlerinin kuvvetle hüküm sürdüğü daha evvelki devirlerde sırasıyla, ideal ve tarihi şekil olarak millî hukuk birinci derece iştiğal mevzuunu teşkil ediyordu. Bundan dolayı mukayeseli hukukun temeli olarak geniş mânada yabancı hukuk müesseseleri arasındaki benzerlik ve müsterek 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 telâkkî edilerek onlarla uğraşılmamış ve hukukun değişmeyen 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 tarihi görülüşten uzaklaşmıştır. Kohler'in hakkı olarak kaydettiği veçhile, Roma hukukunun Almanya'da millî hukuk yerine kabul edilmesi gibi hakiki mânasıyla tarihi 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 müsterek olarak bulunan ve bunlar arasında bir karabest rabitası kuracak mahiyette kıyaslar ve benzerlikler vücut getiren esaslar, mefhumlar ve tasnifler vardır. Bu müsterek esasların bir çoğu, gerek az medeni, kaba ve iptidai cemiyetlerin ve gerek daha ince bir kültüre vâsil olmuş daha mütekâmil ve daha ileri sistemlerin sistemlerine umumî bir surette şumullü bulunmaktadır... Şu halde en ileri sistemlerde müsterek olarak bulunan muhtelif esaslar (diğer tabiriyle, onlar arasındaki muhtelif benzeyişler), 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. Sumner Maine de, «Ancient Law» adlı eserinin neşrinde 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 sabastır 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 tekevvinünü 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 tekâmülû fikrini bir nevi kanun mahiyetinde telâkki ederek bu tekâmülûn şuurlu bir surette kolaylaştırılması azmiyle, insanların vazifesi yalnız hukuku tatbik etmek olmayıp aynı zamanda hukukun inkişafını, ilmi-îçtimai 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 tekâmülûn haldeki münasebetlerle telifi, tamamlanmasıdır. Bu hususta sağlam esasların konulması suretiyle hukuktaki keyfi gelişme ve geliştirme tezahürlerinin önenebileceğini ve «mahkeme adaleti» ne karşı bir himayinin 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 tekâmülûn âmil-lerini bulmak hususunda mukayeseli hukuk, *Saleilles*'e göre, sosyolojinin yardımcısı 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 fonksiyonunu adını veriyor. Zira bu tetkiklerin gayesi ona göre, ameli bir ifade elde etmek değildir. Asıl mukayeseli hukuk, muhtelif devletlerde mer'i olan hukukun islahuna ve ilerlemesine çalışmaktadır. Hukukun metodolojik gelişmesini mukayeseden bekliyen *Saleilles*, halin icaplarına göre kanunların mânası değiştiğini, tefsir ve imalın 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 yaşayan hukuk olduğunu, *Saleilles*, isabetli bir surette kaydediyor. Mukayeseli hukukun dayanacağı bu yaşayan hukuku bulmak, bu husustaki çalışmaların en güç kısmını teşkil eder. Hakiki, tatbik edilen hukuku ancak buhran ve ihtilâl halinde öğrenmekteyiz. Mahkeme içtihatlarının hakikiyle bilinmesi de ne kadar ince ve yorucu çalışma ile kabil olduğu malumdur. Mukayese edilecek muhtelif yaşayan

(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 tabı, 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 lazım olan tam manasıyla objektif bilginin elde edilmesi hususunda ne kadar noksan teşhizatla işe girildiği aşikardır. Bu başlangıç çalışmalarının 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 alimdarlarından olan ve adı o esnada tanınmağa başlanmış 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 yakınlaşmaya 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, alelâde 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. Bazen mahallî örf ve âdet, bu yardımcı hukukun yanında hükümden de sâkit 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. Meyniel* yukarda zikredilen kongrede yaptırır «Fransa'da örf ve âdetin yazılmasından ihtilâle kadar hukukun birleştirilmesi işinde 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 belirlemiştir, 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 papürslarda» (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 konuyu teşkil ettiğini ve «mukayeseli législation» adını verdiği ikinci disiplinin birincisi gibi tam bir ilim olmayıp hukuki san'atın, tekniğin (art) yüksek bir şekliyi 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 millî hukuk hükümleri arasında çıkan ihtilâfların 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 millî bir surette izahını hazırlamaktır. Bu mânadaki mukayeseli hukuk ilmi bugün mer'î 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 vasıta 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 vehile Fransız pozitivizminden ilham almış olduğu görülüyor. Tarihi içtimalî ilimlerde illiyetle izahın varlığı bir yol olduğunu yine Alman tarih ve hukuk felsefesi göstermiş ve bu suretle tabiat ilimlerinden ve müsbet ilimlerden ayrı olarak tarihi içtimalî ilimlerin müstakil varlığı tesis edilmiştir.

raltmağa bağlı olduğunu kaydeden *Lambert*, bundan dolayı *Saleilles*'in âlemşümül 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» ile 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 itibarıyla 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 âlemşümül 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 getirmeye 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» (comprative history of Law); 3. «Mukayeseli législation» (comparative legislation) veya «mukayeseli jurisprudence» (comparative jurisprudence), yani kültür hukuk

(9) Haşive 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'Études 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 Fransızcaya «devoir être» ve «Sein» tabiri «Être» ile tercüme ediliyor.

(12) Recueil d'Études 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 görülmüyor. Mukayeseli «législation» veya mukayeseli «jurisprudence» a gelince *Lambert*, kültür itibarıyla yakınlıklarını gördüğü lâtin 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 ameli disiplinini tatbik sahasına çıkarıyor. *Saleilles* de aynı hukuk sistemleriyle iş-tigal ettiğine göre aralarındaki fark, maddi olmaktan ziyade, tabirlere, kelimelere mi inhisar ediyor? *Saleilles* bu müşterek hukuka yalnız ikinci derecede bir mahiyet atfediyor ve milli 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, milli hukukun ilerlemesine yaramakla beraber, milli hukuk siyasetinden uzak kalır (14).

Saleilles, 1910 - 1911 ders yılında mukayeseli hukuki dersinin açılışı münasebetiyle Paris Hukuk Fakültesinde «Droit civil et droit comparé» (medenî hukuk ve mukayeseli hukuk) başlığı altında verdiği iki giriş dersinde (15), milletlerarası hususi hukuka temas ederek, mukayeseli hukuktaki iki temayülü veciz bir surette anlatmıştır (16). Yabancılar arasındaki hukuki 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 çıkar-mağa ve bu suretle bu ihtilâfları halle yarıyacak bir «doctrine» tesis etmeğe çalışır. Zikredilen iki görüşten ikincisi, milli hukuku hareket noktası yapar ve hal çarelerini bu hukukun kaideleri içinde bulmak ister. «Millî mukayeseli hukuk ilmi», *Saleilles*'e göre, «mukayeseli hukuku milli hukukun işleyişi noktasından tetkik etmekle yukar-da kaydedilen milli hukuk görüşüne tekabül eyler. Bu suretle milli hukukun inşasına yarıyacak iktibaslar «doctrine» tarafından yapılır ve kanun vaznı işe girişmeden ve işi ele almadan önce mahkeme içtihatlarına istikamet gösterecek temayüller aynı veçhile öğrenilir.»

Mukayeseli hukukla yabancı hukuk sistemlerinden elde edilen kaidelerin, hükümlerin milli hukuka hulûl etmesine gelince bu da ya teşriî islâh hareketleriyle veya ilmi ve kazai içtihatlarla hukuka gelir. İlmi çalışmalar arasında, *Saleilles*'e göre, mukayeseli hukuk tetkikleri, teşriî yenilikleri hazırladığı gibi başka memleketler kanunlarının lüzumsuz yere taklidedilmemesi için de kanun-vaznını ikaz eder (17). Fakat hukukta ilerleme ve ictimal ihtiyaçlara göre icabeden, hukuki 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 teknikğinde ehemmiyetli bir mevkiî vardır. Sosyolojik görüşe iştirak etmemesi hasebiyle *Saleilles*, ictimal vaziyetlerin teşriî iradeye takaddüm edeceğini kabul eylememekte ve kanun vaznının sarîh olan iradesine hakimîn ittibâî lüzum geldiğini söylemektedir. Ancak bir çok hallerde kanunun halletmediği meselelerden çıkan ihtilaflar 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 yer, s. 29 v. d.

(17) Aynı yer, s. 28.

ve fikir ihtilafına müsait olan, kanunun sarîh olmadığı bu sahada hâkime rehberlik edecek ve objektif kaideler göstererek onu keyfi kararlardan alıkoyacak yol, bir zamanlar kabul edildiği gibi, birtakım sîri 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 diğersinin aleyhine karar vermeğe mecbur bulunan hâkim, «doctrine»'in soğuk ve cansız mantrik istidlâllerine bağlı olmayı reddediyor, birtakım mücerret mülâhazalarla kanun vazının iradesini keşif ve istihrac etmeğe uğraşmıyor, kanunun yapıldığı tarihe, Code Civil'de olduğu gibi bir asır öncesine çıkmıyor ve şu halledilmez meseleyi, «Code Civil'i 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 almıştır. Bugün, vâkıaların müşahedeî usulü, eskiden boş yere yürütülen münakaşaların yerini tutmuştur. Bir nevi tarihî usul olan bu müşahade tarzı, kanunlar kadar mahkeme icihatlarını da gözönünde bulunduruyor, bunları anlamıya ve aynı zamanda aydınlatıma 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 vazifedir. Tatbik edilemeyen veya fertlerin menfaatlerine ve iktisadi şartlara aykırı olan kaidelerin, hükümlerin kaldırılmasına ve onların yerine bu menfaatlerin veya şartların icabettiği hükümlerin konulmasına ve hal çarelerinin bulunmasına çalışmak, ilim adamlarına terettüb eder. Bu öncü ve aydınlatıcı vazifenin ifası ve kanunlara sadık kalmakla beraber onların tekemmülünün hazırlanması için *Saleilles*, hukuki inşa (construction juridique) usulünü ihka 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 isteyenlerin ilk önce metinleri ve kanunî hükümleri, bunları akli bir kaideye rapteden nazari mefhumlar ve inşai mülâhazalarla anlamağa çalışması lâzım geldiği fikri veya vâkıası hareket noktası yapılmalıdır» (19).

Hukukî inşanın mahzurlarını, başta *Ihering* ve *Gény* olmak üzere, birçok ilim adamları göstermişlerdir. Fakat rasyonel bir ilim olması itibariyle hukukun inşai usulden feragat etmesi kabîl 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 geçmiştir ve çok kere ka-

(17 a) Fransız hususî hukuk ilminin geçen asırdaki tarihi için «Mukayeseli hukuk, hukukun tevâidi ve ticari alım satım hukukununun birleştirilmesine ait kanun lâyhırası» başlığı altında *Edouard Lambert*'e ithaf ettiğimiz yazıya bakınız. (Adliye 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, L. von Savigny)*. *Revue trimestrielle de droit civil*, c. 1, 1902, s. 104; L'Oeuvre juridique de Raymond Saleilles, 1914, s. 103, hasıye 1.

nun vaznı tarafından açıkça müşahede edilmemiştir. Zira teşrii vazife, lüzumlu hal çarelerini göstermek olup mücerret formüllerin iracisi kanun vazna 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. İçtimai muhitteki bir takım arzu ve temayüllerin tatmini, bunların müphem ve mütebellir olmıyan şekilden çıkıp makul mefhumlar halinde bir araya toplanması ile ve hututunun sarıh bir surette taayyün eylemesiyle kabil olur. İçtimai esaslara dayanan ma'kul fikirlerin, bu manada anlaşılması lâzım gelen hukuki inşa ile, sarıh ifadesini bulduğunu ve mümkün meritebe keyfi olmaktan kurtulduğunu *Saleilles* beyan ediyor (20). «Doctrine» ile mahkeme icihatlarının iş birliği hususunda hukuki inşaya, dinamik manada ve daima islâh ve ikmal edilmek kaydıyla, büyük ehemmiyet veren *Saleilles*, bilhassa mukayeseli medeni hukuktan büyük yardım beklemektedir. Mukayeseli medeni 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 milli hukuka alınması imkâm hasıl olacağını *Saleilles* kabul ediyor ve yaşıyan hukuk sistemlerinden iktibas edilmiş unsurlardan teşekkül eden, sağlam zemine dayanan ve muhtelif memleketler hukukcularının gayret ve çalışmalarıyle kurulan esasların mahkeme kararlarını destekliyeceğini ve bunun neticesi olarak nazari ve ameli hukukun, «doctrine»le mahkeme icihatlarının 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 icihatlarının 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 ihtiyath hareketi icabettirir. Yabancı hukuk sistemlerinden alınıp milli hukuka ithal edilecek kaidelerin kabulü, hukukcular tarafından ilmi çalışmalarla hazırlanır. Bu yeni kaideler, ilk önce «doctrine» tarafından tasvibedilir ve bunun üzerine mahkeme icihatlarında yer alır.

Saleilles, bu usulü tatbik ederek, yazdığı muhtelif eserlerle bilhassa Alman Medeni Kanunundaki yeni esaslardan Fransız Medeni Kanunun 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) Hasiye 15 te zikredilen yazı, s. 20.

(21) C. 2, İkinci tabı, 1919, s. 267 v. d.

sederken *Saleilles ve Lambert'in*, mukâyeseli hukuku kanunların tefsir ve '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 dikkate şayan olup olmadığı üzerinde durmamıştır. Bu tezi genişleten ve daha vuzuhlandırılan *Lambert*, mukayeseli hukuku gerek müsbet hukukun unsuru olan disiplin haline getirmek, ve gerek «medeni siyaset» (*politique civile*)'in bir aleti yapmak istemiş ve muayyen bir medeniyet seviyesinde olan yabancı hukuk sistemlerinden, aynı medeni zümreye giren, milli hukuk sistemlerine nümune teşkil edecek bir «*droit commun législatif*», yani müşterek bir hukuk manzumesi elde etmeyi ilmi mevzu olmak üzere ele almıştır. Bu müşterek hukuk manzumesi (*législation*), bir taraftan, taallük ettiği milli hukuk sistemlerinin, içtimai ve iktisadi hayat icaplarına göre, gelişmesine ve ilerlemesine yarayan müesseseleri ve kaideleri, hükümleri gerek teşriî yolla ve gerek «*doctrine*» ve mahkeme icfihatları (*jurisprudence*) vasıtasıyla o milli hukuk sistemlerine ithal eder ve, diğer taraftan, aynı esaslara dayanan bir nevi beynelmileleştirmeyi hazırlar (22). *Gény* bu müşterek hukuk manzumesinin ancak sıkı bir surette birbirine bağlı müsbet hukuk sistemleri arasında kabul olduğunu ve *Lambert'in* bunu umumî olarak lâtîn ve cermen kavimleri için mümkün telâkki ederek fiilen tatbikına geçmek ve fidesini 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 ircaının hattâ bazen imkânsız olduğunu beyan etmiş olan *Thaller'in* mütalâasını kaydederek, bilhassa mukayeseli hukukun milli hukuk sistemlerinin tefsir ve 'maline yarayan hususi bir unsur teşkil edeceği fikrini tahliî eylüyor (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 haricén görülen karşılıklı alıp vermenin psikolojik âmili, taklit olduğunu ve muhtelif hukuk sistemlerinin «icma'ından çıkarılan bir kaidenin, hükmün muayyen bir memlekettekinden daha geniş olan aynı medeniyet âleminde bir nevi müşterek hukukî şura mazhar olacağı ve bundan dolayı, lüzumunda, bazı milli mukavemetleri yeneceği fikrinin eski «Tabii hukuk» telâkkisinin yeni şekle sokulmasından ibaret bulunduğunu söylüyor ve müşterek hukukî şuu-

(22) Aynı yer, s. 272.

(22 a) *Lambert* bu beynelmileleştirici temayülünü, bilâhare, 1924 yılında La Hay'de kurulan «Milletlerarası Mukayeseli Hukuk Akademisi» (*Académie internationale de droit comparé*) 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 ticari kısımlarını beynelmileleştirmek lüzumunu hisseden bir milletler cemiyetinin ihtiyaslarına tekabül eden hukuk şekli mukayeseli hukuktur» (Milletlerarası Mukayeseli Hukuk Akademisi muhtıraları, c. 2, birinci kısım, s. 600).

(23) Aynı yer, 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 yarayacağını kaydediyor.

2. Bu suretle sahası daraltılmış olan mukayeseli hukuk nasıl elde edilmeli ve kullanılmalıdır? Məselenin 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 milli hukuk sistemlerinde görülen birbirinde yakın temayüller, çok kere, hukuki kaidelerin asıl temelini taallük etmektedir. Bununla, müşterek hukukun bir esası konulabilirse de hukuki inşa (construction juridique), memleketlere göre farklılık arz eder. Tekniklerdeki karşılıklı beraberlik, kaidelerdeki müteakabiliyeti 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 yardımcı olabilir ve en hararetle taraftarlarının itiraf ettikleri veçhile, mukayeseli hukuktan, hukukun bütün tatbik sahası için ihtiyaçları karşılayacak bir «devayıl kül» olmayı beklemekten çekinmelidir» (24).

Bu esaslı tenkitlere ilâve olarak burada kısaca şunları kaydedebiliriz. Gerek *Saleilles* ve gerek *Lambert*, Fransız ilim görüşüne hâs positivism'le hukukun ve hukuki 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 içtimaî ilimlerde usulün islahı meselesi bugünün de en mühim meselelerindenidir. Şimdiye kadar bu hususta hukuk ilmi için tavsiye edilen en iyi yol bir nevi Teleologik, 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, vaz'fesi 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 içtimaî vaziyetlerde olan ve birbirinden farklı incelikleri bulunan cemiyetlerde, bir hukuki müessesenin geçirebileceği tekâmül ve tahavvüllerin tam bir silâşmesini, muhtelif şekilleri ve vüsatlarıyla 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 tarihi kanunun varlığı bu suretle bedihilesir» (bu kelimeler tarafından italik yazılmıştır) demektedir (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 hukuki tekâmüllerinde görülen değişikliklerin bir takım içtimaî kanunların tesiri altında vukubulduğunu esası, doğru olmuyarak, kabul ediliyor.

2

BIERLING

Geçen yüzyılın sonlarına doğru batı Avrupasının fikir hayatında esen, yukarıda işaret ettiğimiz, positivist hava içinde hukuk ilmi için sâri mantık usulleryle 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 gözötilmesi 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 tabikat 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 başı başına tetkik mevzuu yapılması mümkün olmayıp bütün bu hukuk ilmi kollarında dağınk 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 İlmi Mecmuası)

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

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

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

(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 etmiştir. 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» mefhumuyle 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 umumî hukuk tarihi ve gerek münferit müspet hukuk sistemlerinin, bilhassa kaynakları mahdud olan, devriyeri, mukayeseli hukuktan istifade ettiği gibi, teşriî mesaide hukukî meselelerin halline yarıyabilecek ve az çok tatbik ve tecrübe edilmiş nümuneler, başka hukuk sistemlerinin mukayeselerinden elde edilebilir. Mer'î hukuk hükümlerini daha iyi belirtmek, tefsir ve imal ile hukukan vazih olmyan 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 vıkaye etmek ve yeni umumî esasların bulunmasında ilham kaynağı olmak suretiyle mukayeseli hukukun faydalı olacağını bizzat *Bierling* kabul ediyor. Fakat buna mukabil gerek yazılı olan ve olmyan, 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 lâzım geleceğini 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 münceer olmyan 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 olmyan diye geniş mânada kullanılan hukuk mefhumuna, yani hukukun meriyeti, yalnız yazılı mevzuata dayanmayıp yazılı olmyan ve yazılı hukuk gibi içtimai hayatta tatbik ve ifadesini bulan hukuk görüş ve telâkkisine dayanması vakıasına ve içtimai realiteye karşı ileri sürdüğü ifirazlar, bugünkü sosyolojik ve felsefî tetkiklerin neticesi karşısında kıymetini kaybetmiş bulunuyor. Bizzat kendisi bu sosyolojik hakikati hukuk tarihi için kabul edip dogmatik hukuk için reddetmekle tenakuza düşmektedir (34). Hukuk tarihinin ameli gayeye matuf olarak, yani mer'î hukuk hükümlerinin aydınlatılması maksadıyla yardımcı mahiyette ele alınmaması lâzım geldiğini ve doğrudan doğruya tarihi bir alâka ile iştigal mevzuu yapılması halinde bu hukukî tetkiklerin ilmi ehemmiyeti ve kıymeti haiz olacağını isabetli bir surette kaydeden *Bierling*, hukuk tarihinin bir hukuk ilmi kolu olarak iki kısımdan terekklü ettiğini beyan ediyor.

(33) *Ehrlich*, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903, s. 34 v.d. (*Bierling*, *Juristische Prinzipienlehre*, c. 5, 1917, s. 12, hasıye 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 olmamasından belli oluyor, aynı yer, s. 15 v. d. ve hasıye 15. Hukuk sosyolojisinin de hukuk felsefesi ve hukuk tarihi gibi sosyolojinin ve hukukun birer ilim kolu olduğunu kabul eylemek lazımdır. 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 müsbet 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 tarihî 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 veçhile bu malzemenin coğrafya veya etnografya 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 irademizden 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 mefhuuma dayanılamayacağını beyan eyliyor (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 ırkan 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» (ethnologische Jurisprudenz) ve «hukuk tarihi» arasında yaptığı ikili tasnifi kabul etmiyor. Etnolojik hukuk ilmi, ona göre, hakikatta mukayeseli hukuk tarihinin bir kısmıdır. Esas itibarıyla, *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 hasiye 24.

Bu suretle mevzu ve gayesi taayyun eden âlemsümlü 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, hususi 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 inkılaplarda, siyasi vâkıalarda ilh. bu nüfuz ve tesirin, ifadesini bulup bulmadığı ve ona göre hukukî teşekküller vücuda getirip 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 usule tevfikkan *Ihering*'in dahili «birden-oluş» u (sontanéité) harici bir illiyetle izah etmek istemesi fikrini, tabiat ile ruhi bünye arasındaki farka ve tıpta da vücudun ferdi ve tabii fonksiyonları gözönünde bulundurulduğuna hakkı 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 hukukî hükümlerin tefsir ve i'imalinde 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, milli hukuka ithal edilmiştir. Belki de alınan hüküm, ithal edildiği hukuk sisteminde başka bir tekâmül göstermiştir (40). Bütün bunlar, mukayeseli hukuk tetkikleriyle meydana çıkarılabilir. *Bierling*, kanunların tefsir ve i'imalinde ve hukukî hükümlerin daha iyi anlaşılmasında mukayeseli hukukun mühim bir iş gördüğü kanaatinde dir.

Bir de mukayeseli hukukun hukukî siyaset ve teşri'î 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 kanaati o merkezde değildir.

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

(39) Aynı yer, s. 35, hasive 26.

(40) Başka hukuk sistemlerinden alınan hüküm ve müesseselerin gerek mensup olduğu hukuk sisteminde ve gerek alındığı hukuk sisteminde ne gibi hususiyetler arzedeceğini, bu meselelere mütaallik bir çok tafsilâtiyle beraber, «Yabancı kanunların alınması ve milli hukuka adli vazımızda tetkik ettik, Medenî Kanunun XV. vildönümü için, 1944, s. 170-215.

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

Bierling'in fikirleriyle *Kohler*'in mukayeseli hukukta birtuttuğu «âlemsümlü 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* ehemmiyetini 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 usulier 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 dogmatik 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 bulunduğuna bir delil teşkil etmediğini mukayeseli hukuk tarihi öğretmektedir. Her iki hukuk sistemindeki birbirinden müstakil ve birbirine muvazî tekâmülün aynı veya benzer kültür şartlarından ileri gelmiş olarak kabul edilmesi lâzumdur (45). Bundan dolayı Bâbil-Asûr 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 vakıalarının tabiat kanunları mahiyetinde olmadığını, bir hukuk tarihinde görülen bir vakıanın hiç bir vakıt aynen tekrarlamıyacağını, bir hukukun tekâmülünde umumi kültürel ve iktisadî illetlerin, sebeplerin yanında millî âmillerin de yer aldığını, fakat «Tarihî mekteb»in hukuk tarihinde millî unsura, lüzumundan fazla ehemmiyet vermiş olduğunu,

(42) *Ferid Ayter*, Mukayeseli hukuk, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, c. I, 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 umumî 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 eylemektedir (46). Mukayeseli hukuk tarihi mefhumu altında *Koschaker*, bir âlemsüml hukuk tarihini değil, *Rabel'in* yukarıda zikrettiğimiz eserinin önsözünde (47) ileri sürdüğü «halk hukukunun ve hukuk birliklerinin, mukayeseli usulü kullanan, tarihi» ni kastettiğini ve bunun neticesi olarak tetkiklerin ilk önce alâkâh 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*, çivi yazı 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 kabül bulunan çivi yazı hukuku tarihinde hukukçuya düşen vazifinin, mevcut malzemeye dayanarak, *hukuk tarihini alâkâlandaran büyük irtibatların bulunması* olduğunu ve bu çalışmaların verimli olması, hukukçunun bir dereceye kadar çivi yazı dillerini, tarihini ve Paleografyasını bilmesine bağlı bulunduğunu kaydediyor ve mukayeseli hukuk meselesine şu suretle temas ediyor. Kendisine göre yeni çalışmalar, *Kohler'in* âlemsüml 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 menselerden 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 hususî hu-

(46) Aynı yer, s. VIII.

(47) Yukarıda başıye 8 e bakınız.

(48) Başıye 44 te zikredilen eser, s. VIII ve başıye 1.

(49) Çivi yazı hukuku ve bu sahadaki çalışmaların tarihçesi için *Koschaker*, *Comparative 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 grubunda 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 başıye 3 e ve aşağıda s. 30 a bakınız.

kukta bir tekâmül mânasına olarak aynı hukukî hükümlerde kendini gösterir ve bu suretle bir hukukun tekâmülünde ferdi olan ve tipik olmayan âmillerin yanında tipik mahiyette âmiller 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 hukukî hükümler ve hukukî müesseseler alması (Resepsiyon) meselesine tekrar, temas eden *Koschaker*, hukukî «resepsiyon», Roma hukukunun Almanya'da alınmasında olduğu gibi bütün vuzuhiyle tarihte yer almadıkça ve mevcut olup olmadığı hukukî hükümlerin ve hukukî müesseselerin tetkikinden anlaşılacak lazımdır, bunun mevcudiyetini göstermek en güç bir iş olduğunu, iki hukuk sistemine ait hukukî hükümlerde teferruata kadar giden bir mutabakatın bir «resepsiyon» vuku bulunduğunu göstermeğe yetmediğini, birbirinden müstakil muvazi tekâmüllerden bu benzerliklerin meydana geldiği mukayeseli hukuk tetkiklerinden öğrenilmiş bulunduğunu, bir «resepsiyon» un mevcudiyeti, bir hukuk sistemindeki bir hukukî 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 müstakil hukukî hükümlerin formüllerler 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 vukua 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» vâkiası, hakikatta, çok karışık ve kendine mahsus ferdliliği haizdir. Bundan dolayı «resepsiyon» un vukuunu isbat kolay değildir. Umumi «resepsiyon» tipleri de meydana getirirmez. Zira ancak çiviyazı hukuku sahasında görüldüğü gibi, dinin, yazının ve hukukî formüllerin komşu ve diğer milletlere nüfuz ve hulûl etmesi şeklinde geniş mikyasta «resepsiyon» lar vukua gelir. Sanât, mimari ve dinî âyinlerde olduğu gibi hukukta da bir milletin

(52) Kendi hukuk telâkkisi ve hukukî tabikatiyle müstesna bir mevkiî haiz olan Roma hukukunun bu hususiyeti de mukayeseli hukukla doğru olarak anlaşılacak olduğunu kaydeden *Koschaker*, mütekâmil bir hukuk tabikati görmiyen eski Roma hukukunun Romalılarınca da anlaşılacak bakiye kalmış hükümlerinin ve hukukî müesseselerinin mukayeseli tetkiklerle anlaşılabilirliğini beyan ediyor (aynı yer, s. 192, haşiye I).

(53) Aynı yer, s. 191 v. d.

(54) Aynı yer, s. 194 v. d.

(55) Haşiye 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 mikyastaki tetabuk vâkiasıdır. *Adolf Bastian* tarafından ileri sürülen fikirlerle bu vâkianın ilmi bir surette ihata ve ifadesine çalışıldı. Bu asrın başlangıcına kadar etnolojide hüküm süren bu fikirlere göre bütün insanlar aynı «nefsi» (psychique) yaratılıştaki olup kültür menşeleri müteaddit olmasına rağmen bu yaratılışları hasebile muhtelif yerlerde ve muhtelif zamanlarda mecburi olarak aynı istikamette tekâmül edoerler. 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 tevafuk eden *Bastian*'ın bu nazariyesi, mukayeseli hukukta tanınmış 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 bulran 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 müstaklî Batı Avrupası varlığını ifade eden *imperium Romanum* (Roma imparatorluğu) siyasi fikrile Roma kültürünün temadî ettiği fikrine ıca 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 olmayacağını, 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 tarîhi bir vâka 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. 1, «Ergebnisse der Kulturhistorie und Anthropologie» (Kültür tarihinin ve antropolojinin neticeleri), 1936, s. 145 v. d., nda neşredilmiş olan «Mukayeseli hukuk ilminin indocermen meselesine hizmeti ne olabilir?» (Was vermag die vergleichende Rechtswissenschaft zur Indogermanfrage beizusteuern?), ikincisi «Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert» (Mukayeseli hukuk tetkikine giriş, *Edouard Lambert* şerefine tetkikler dergisi), c. I, 1938, s. 274 v. d., nda neşredilmiş 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 ibarettir.

ne zıt sahalarda olarak telâkki ediliyor, hukuk tarihi bir defalık tarihi vakıalarla ıstıgal ettiği halde mukayeseli hukukun, tabii kanunlardaki zaruretlerle, muayyen safhalardan vukua gelen insanlığın hukuki tekâmülünü tetkik eylediği ve burada tarihi müferit vakıanın 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 evlenmenin zümreler arasında, kaçırma ve satın alma suretleriyle evlenme gibi tekâmül kademelerinden geçtiği şeklindeki kaideler bu zamanın mahsulüdür. Bu telâkkinin neticesi olarak «âlemşumul hukuk» mefhumu *Feuerbach* tarafından ileri sürülmüştür. (59 a).

Bütün bu görüş tarzları bugün bir tarafa bırakılmıştır. Tekâmülcü etnoloji ve Bastian'ın unsur fikri, o zamanlarda hüküm süren tabii ilimlerin nüfuzu altında, tabiat kanunlarının kültür tekâmülüne ve tezahürüne teşmil edilebileceği düşüncesine 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 unsurları ve içtimai tesislerle ittibat 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 tenkidile karşılaşılıyor. Kültür çevresinin muhtelif ilim adamlarınca nasıl birbirinden farklı olarak tâyin edildiğine bakılırsa, tereddüde düşmemek kabil değildir. Fakat bu nazariye, bir kültür hayatını birdefalık ve tekrarılamıyan bir tarihi vâkıa olarak mütalâa etmekle ve bunu ifade maksadıyla kendisine «kültür tarihi istikameti» adını vermekle, bugünkü tetkiklerin vasıl olduğu hakikata dayanmaktadır. Muhtelif kültürler 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 fikriyle hareket eden bu nazariyenin, hukuktaki yayılmayı ve «resepasyon»'ları şekle inhisar ettiren *Koschaker*'in hoşuna gideceği bektendir. Fakat o bu nazariyenin bir milletin içtimai ve iktisadi teşkilâtı ve maddî hukuku için de ileri sürülebileceğinde tereddüt gösteriyor ve muhtelif milletlerin hukukunda kefalet, kan dâvası, melce' hakkı, feodalite gibi birbirine benzeyen müesseselerin bulunmasını ihata ve ifadeye «kültür çevresi»nin yetmiyeceğini kaydediyor (61). Bununla beraber kültür çevresi nazariyesi, her kültür tekâmülünün ve hukukta görülen tekâmülün insan eseri olması hasebille tabiat kanunlarına tabii olmadığını ve tarihi bir vâkıa olarak tetkik edilmesi lazım geldiğini kabul etmekle, yukarıda kaydedildiği veçhile, bugün bu hususta bilinen hakikata yaklaşmış bulunuyor. Gerek iptidai ve gerek medenî milletlerde tarih birdefalaktır ve tekrarılamaz. Tarihsiz milletler yoktur. Muayyen bir hukuku vücuda getiren kuvvetler, oldukça karışık bir vaziyet arz eder. Bu kuvvetler ve onların istikametleri müteaddit âmillerden terekken çıktığından 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 I' 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 düşünce'nin başka türlü olması keyfiyeti, bu vâkıayı değiştiremiyor. Bunları kaydeden *Koschaker* (62), borçlar hukukunun iptidai safhasını teşkil eden «mesuliyet» (*Haftung*) mefhumunu, reh'nin şarta bağlı olarak borç yerine kâim olan bir edayı ifade etmesini ve satın alma suretile olan eylemmenin bahanın hükümlerinin esasına dayanan aile sisteminde görülmesini bu tekâmüllere misal olarak zikrediyor. Fakat bu tekâmül cereyanı yaradılış ve bir milletin vücut ve vasıflarını tayin eden tarihi gelişme gibi tipik olmıyan âmillerle, 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 hukukî 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 «mütâları», yalnız bir muayyen hukuktan veya hukuk sistemlerinden vücut bulagelen ve tarihi bir vahdede dayanan bir «complex» olarak onun mevzuunu teşkil eder. Bu noktada, muayyen bir kültürün muayyen bir istikamette vâkı nüfuzuna tâbi olan hukuk sistemleri topluluğu bahis mevzuu olduğuna göre, «kültür çevresi» nazariyesine iştirak edilmese de ondan istifade ediliyor. Nettekim çiviyazı hukukunda Bâbil kültürünün, yazı, dil ve hukukî formüllerile genişlediği kabul edilmesi gibi (64). Mevzuu teşkil eden tarihi mütâ, ilk önce, kendi kaynaklarına dayanılarak tetkik edilir. Mukayeseli hukuk, tamamlayıcı olarak işe karışır. Bu hukukî kaynaklarda çok kere boşluklar görülür. Mukayeseli hukuk bu boşlukları doldurmağa yardım eder ve benzer bir hukukî müessesenin sağlam kaynaklara dayandığını görünce, bu hususta boşlukları olan hukuk sisteminin tamamlanmasına yarıyacak veçhile meseleler ortaya koyabilir.

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

(62) Aynı yer, s. 148 hasiye 3.

(63) Aynı yer, s. 148 v. d.

(64) Aynı yer, s. 149 ve hasiye 3.

3. Mukayeseli hukukun bu suretle telâki edilmesi ve mukayeseli hukuk *ilmi-* nin bir tarihi disiplin olarak kabul olunmaması, netice itibarile, mukayeseli usulü *kullanan* bir hukuk tarihine münfer oluyor demektir (65). Fakat mukayeseli hukuk için malzeme lâzım olduğundan mukayese mevzuu olan âmillerin çok miktarda toplanmasına çalışmak icabeder. Bu da bir nevi umumi mukayeseli hukuk sahası vücuda getirir. Bu meyanda büyük kültür hukuk sistemleri ayrı tetkiklere mevzu teşkil edeceğinden mukayeseli hukuk için lâzım olan bu malzeme, yani tipik âmiller, daha ziyade, iptidai milletlerden toplanacaktır. *Koschaker*, hukukun vücut bulmasını aydınlatan ve izafi bir kıymeti olan bu tipik âmillere bir âlemşümü hukuk tarihi meydana getirilemeyeceği kanaatindedir (66). Bu suretle kullanılan mefhumlardan bir takımın tekâmülcü mektebizdelerden 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 milli hususiyetini ve birdefahgını vücuda getiren kuvvetler, tipik olmıyan âmillere olduğuna göre, milli hukukun kendi kuvvetlerini, yani tipik olmıyan âmilleri bulmak işi, mukayese için mesnet bulunmamasından dolayı, güçleşmektedir (68). Bu suretle *Koschaker*, mukayeseli hukukun mevzuuna tipik olmıyan âmilleri de ithal etmekle, kanaatımızca, bu ilmin mevzuunu tamamlamış oluyor. Tipik olmıyan âmillerin, kuvvetlerin bulunması için tipik olanların elenmesi icabettiğini *Koschaker* kaydediyorsa de bu çalışma tarzının isabetli olacağına şüpheliyiz. «Tipik olan ve olmıyan kuvvetler» tabirleri, daha ziyade, «positiviste» bir görüşün ifade tarzıdır. Zaten kendisi de bu «kuvvetler»i anlatmak için fizikten misal getiriyor. Halbuki içtimai vâkuaların bünyesi ve mahiyeti hiç bir veçhile tabii ilimlerininkine benzemez. Mukayeseli hukukun mevzuu «tipik olan ve olmıyan mefhumlar», yani «*her milletin kendine mahsus hukuki mefhumları*» (Eigenbegrifflichkeit) dir. (69). Bu «hususî, milli 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 bahisi» yardım eder. Mukayeseli hukukun milli hukuk sistemlerinde görülen boşlukları doldurmayı yarıyan bir usul olarak mütalâa edilmesi, doğru olmamakla beraber, bu milli hukuk sistemlerini belirtmek noktasından bir hakikati 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 anlaşılıyor. Gerek bu fikir ve gerek hukuk sisteminin muayyen bir anda veya müh-

(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 hususiyet 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 babylonischen Welt), *Islamica*, c. 2, s. 355 v. d., adlı yazısıyla belirtmiştir.

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

tefif ânlarda benzer kültür ve iktisat şartları altında aynı tekâmülü göstereceği fikri, tarihin birdefalığı hakikatına aykırı bir nevi tekrarlama tezini ihtiva eder. Eger *Koschaker*'in yazılarında sık sık rastlanan «tarihin birdefalığı ve tekrarlama-dığı» kanaati ciddi olarak besleniyorsa, bu fikirlerden vazgeçilmek ve mukayeseli hukuku, hukuk sistemlerindeki boşlukları doldurmaya yarayan bir disiplini diye tetaâk-ki etmemek lâzımdır.

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 vehile 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 mahiyetini arz eyliyor. Bundan dolayı *Lautner*, haklı olarak *Koschaker*'in görüşünü, *Marbe*, *Bröner* ve *Haff* tarafından ileri sürülen «benzer kültür ve iktisat şartları altında hukuki vâkıaların eşitliği kanunu» ile irtibat haline getirmekte (74) ve hattâ *Bastian*'in 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 hasıye 59 da zikredilen *Lambert* şerefine tetkikler dergisi, c. 1, s. 280 ve hasıye 23. *Lambert*'in bu ifadesi, yukarıda hasıye 5 te yazılı eserde, s. 915, münderçtir.

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

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

(74) *Die Methoden einer antik - rechtsgeschichtlichen Forschung* («kıçağ hukuk tarihine ait bir tetkikin usulleri»), *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, c. 40, s. 70 ve hasıye 112. *Marbenin* «Die Gleichförmigkeit in der Welt» (âlemde şekil eşitliği), 1916 ve 1919, adlı eserine atıfla *Haff*, hukuk sitemlerinin teşekkülünde görülen mutabakatların kökü, çok kere, aynı veya benzer iktisadi şartlar altında bu mutabakatları meydana getiren bir nevi kanuna da-yandığını, yoksa zaman ve mekân itibariyle birbirinden uzak olan milletlerin hukukunda görü-len bu mutabakatların, tarihçilerin kabul ettikleri gibi, göç nazariyesiyle anlaşılamiyacağını ve hukuki 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 mu-kayeseli hukuk bunu yapmakla kalmayıp psikolojinin ve sosyolojinin yardımıyla tipik olanı ve hukukun teşekkülünde mer'â bulunan umumî kanunu bulmalıdır. Bu suretle doğmatik ve tarihi çalışmalarda görülgelelen ve benzerliklerin mevcudiyetinden bahseden yorucu tekrarlamalar ön-lenmiş olur. *Haff*, bu benzerliklerin yalnız mukayese ile anlaşılamiyacağını ve bunların aynı ve benzer şartlar altında «nefsî» (psychique) ve hukuki vâkıaların tabii olduğu kanun gibi dala esaslî 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 yarayacağını 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 câmekânlarında sıralamak demek olmadığını söylüyor ve mukayesenin bir *irtibat haline 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 âlemsümul manada yeniden tanzimi maksadıyla, tabii hukuk zamanındaki felsefi tetkikler şeklinde, geniş gayeli mukayeseli hukukun istigal mevzuunu teşkil ettiğini kaydediyor. Muayyen bir hukuk sahasına inhişar etmiyecek olan «hukuk tipolojisi» ne «hukuki 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 İleri sürdüğü «Hukuki düşüncenin nazariyesi» (Theorie des juristischen Denkens) fikrinden ilham almıştır. *Mitteis* bugünkü hukuk felsefesi yerine tanınmış hukukçu fikir adamlarının düşüncelerinin tablilleri kaim olmak lâzım geldiğini ve bu suretle onların düşüncelerine hüküm olan esasların bilinebileceğini söylüyor. (s. 17). *Koschaker*'in fikirlerindeki tereddüklü vaziyeti anlatmak için şunu da kaydedelim. Muhtelif hukuk sistemleri arasındaki muvazâ tezahürler, ona göre, hukuki tekâmülün tabii kanunları olmayıp ancak tekâmül kuvvelerinin bulunduğunu göstermektedir. Bu muvazâ tezahürler muayyen kültür şartları altında tipik olarak vukua gelir. Muhtelif milletlerde, aralarında tarihi irtibat veya yakınlık olmazsın, benzer hukuki hükümler vâzına gidildiği ve bu tekâmülün ferdi âmillerle daima değişikliğe uğradığı görülür. Neticede her tarihi 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 birtarafı diyebileceğimiz menşee bağlı bir mahiyet taşıdığını, yukarıdaki tenkitlerimize ilâve olarak, kaydetmek isteriz. *Koschaker*'in mukayeseli hukuk telâkkisi, âdeta çivi yazı hukukunun bir hukuk tarihi kolu olarak tetkiki *usuulünü* ihtiva etmektedir. Kendisinin «eskiçağ hukuk tarihi» meselesindeki menfi vaziyet alışını, bu meseleyi ortaya atmış olan *Wenger*'in fikirleriyle (82) telifle 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 papüruslarda.. 1909, adli eserinde (85), hukuk tarihi tetkikleri sahasında eskiçağ ile cermen ortaçağı arasında oldukça geniş bir ayırıcı 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 birbiriyle 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) Hâşiye 59 da zikredilen «Mukayeseli hukuk tarihinin ışığı altında evlenic hukukunun bazı meseleleri» başlıklı yazı.

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

(82) *Wenger*'in «eskiçağ hukuk tarihi» (*Antike Rechtsgeschichte*) tezini şu yazıları 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 Erstrebtes», 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», *Lahibert dengisi*, 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» methumu için Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 1, 1944, s. 919, ayrı başka s. 49 a bakınız.

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

(84) Aynı yer, s. 70.

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

ve Roma hukukiyle, yeni ortaya çıkarılan, eski Yunan hukuk sahaslarında tek bir ilim adamına yüklenemeyecek kadar geniş ve güçlüklerle dolu çalışmam, 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 bîdayette 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). Nitekim *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 ediyemediğini 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 vâreata olamaz. Hukuki hükümlerin meriyet sahasını tetkik ederken, meselâ Papuruşlarda, 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 müstaklil olarak faaliyeti görülen amillerin 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 tekrarlanıyacağından benzer hukuki hüküm-

(86) Aynı yer, s. 2.

(87) Yukarıda başıye 8 e bakınız.

(88) Yukarıda başıye 48 e bakınız.

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

lerin benzer kültür şartlarına dayandığını gösterilmesi, en müşkilâtli 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 uzaklaştırmaz. Tabii, az çok mahdut bir malzeme tetkik mevzuunu teşkil eder. Ön ve Uzak Asya'nın yüksek kültürü bir çok cihetten ileriletmekle beraber bu eserlerin hukuki inceliklerini anlamak için bir hukukçunun nadiren sahip olacağı derin dil bilgisine ihtiyaç vardır. Batı Avrupa 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 Romalılardan ziyade cermenlerde tesadüf edilmektedir. Ptolemeler ve ilk imparatorluk zamanına ait papiruslar, gerek formüllerindeki usul yeknesaklığı ve gerek nüfuzu altında kaldığı mısırlı unsurlarıyla, eski Yunanlıların âbidelerinden ziyade, bu yakınlığı bize göstermektedir. İhtimal bundan dolayı demotik ve çiviya-zılı kültüre ait malzemenin gelecekteki tetkiklerde mukayese mevzuu yapılması lâzım gelecektir (91). 1909 yılında bu isabetli tahminde bulunan *Rabel*, bütün noksanlarına rağmen papirus malzemesinin işlenmesinde Cermen hukukuna ait tetkiklerden istifade edilmesi lüzumuna işaret ediyor ve cermanistlerin de tereddühi yardımıyla bir çok esrari noktaların aydınlanacağını söylüyor (92). Papiruslardaki mukavele formülleriyle Frank ve Alman ortaçağına ait mukavele formülleri arasında göze çarpan mutabakat, *Rabel'e* göre, vesika üslûbunun «resepsiyon» u, görüş tarzlarının, cemiyet esaslarının ve iktisadi şartların benzerliği gibi âmillerden bazılarının veya hepsinin nüfuzu altında husule gelmiştir. Bütün alakalı 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, teşriî 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.

ğini kaydediyor (95). *Rabel* mukayeseli hukuku «bir devletin (veya hukuk vaz eden bir cemiyetin) hukuki hükümleriyle başka bir nizamın yahut geçmiş ve içinde bulunduğumuz zamana ait mümkün mertebe bir çok nizamların hukuki hükümlerini karşılıklı muhakeme ve münakaşa etmektir» 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 istigal eder. Bu suretle bulunan *benzerlikler* şu üç esasa irca olunur.

a) Müsterek menşe,

b) «Resepsiyon» ve

c) Müstakil olmakla beraber muvazi nüfuzu haiz bulunan amiller. 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» ı 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 müferit hukuk nizamlarını tetkike yarıyan bir usul olarak bir zaman kullanılacağını *Rabel* beyan ediyor (101).

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

(95) Aynı yer s. 1.

(96) Aynı yer, s. 2.

(97) Aynı yer.

(98) *Wüstendorfer*, Bir İtalyan deniz ticaret kanunu lâiyası 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 hükümleri elde 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 istikameilerini ve ne cihetlerden geri kaldığını ve islâha 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. I 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 münterit hukuki hükümlerin, mensup olduğu hukuk nizamı bütünlüğü ile olan bağılılığı anlaşılmalıdır. Yalnız kanun maddelerini karşılaştırmak bu maksada kâfi gelmez. Bu maddelerdeki hükümleri az çok değiştiren ve hatta bertaraf eyliyen tatbikat ve içtimai hayattaki bilhassa iktisadi, malî ve sınaî mukavele şartları göz önünde bulundurulmak icabeder. Mâhkeme kararları olmaksızın bir kanun bir iskelet halindedir ve hukuk ilminde umumun kabulüne mazhar olmuş fikir ve nazariyeler (islâm hukukunun «icmâ'-ı fukahâ» mânasına kullandığı «icmâ'-ı ümmet») bir vücudun sınırları mahiyetindedir. Bunlara munzam olarak kanunların tarihî 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 tarihî mukadderatıyla, dinî ve ahlâkî 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 isâi ettiği neticeler ve Devlet ve hukukta istenilen ideal de âmil olur. Bütün bunlar, karşılıklı olarak, içtimai, iktisadi ve hukuki tekevvinler 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 bağılı bulunduğu» kaziyesinin bilgi nazariyesi tarafından isbatı lâzım geldiği hususunla *Del Vecchio*'nun ileri sürdüğü iddiayı zikrediyor ve bu izafiliğin, yani müsbet hukuktaki bu şarta bağılılığın hukuki tekevvindeki bir çok âmilleri bulmağa sak olmasını mukayeseli hukuk ilminin en mühim ve en sağlam bir neticesi olduğunu beyan eyliyor (103). Gerek *Savigny*'nin, hukuki tekâmülü millî ruha bağılı telâkki etmesi ve gerek *Vico*'nun, insanları bidayette müşterek yaratılıştâ âdederek milletlerin bir ve tabii hukuku bulunduğunu kabul eylemesi 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 mukayese edilen hukuki varlıkların muhteviyatı itibariyle münasebetlerini tâyin etmek isteyen *sâf* mukayeseli hukuku, ona kolaylıkla itihak eden mukayeseli *kıymetlendirmeden* tefrik ediyorum. «Tabiki mukayeseli hukuk» olan bu beriklini 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 sufette münasebet ve izafetleri ihata etmeğe çalışan mukayeseli hukukun hiç de basit olmıyan ve her halde teker teker halledilmesi lâzım gelen bir sürü meseleleri vardır. Bilhassa «niçin» meselesi, zaruri olarak, bunlar arasındadır» (107).

Mukayeseli hukuk sahasındaki muhtelif tetkikleriyle gerek dogmatik, sistematik ve gerek tarihi istikametlerde çığır açmış ve *Mittels*'in «Volksrecht und Reichsrecht» (Halk hukuku ve Devlet hukuku) adlı eseriyle Roma İmparatorluğuna komşu milletlerin hukuk sistemlerini tetkik hususunda atılmış olan adının Önasya, Mısır ve Arabistan'a kadar şümulendirilmesine 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 adamlarının irşatlarına rağmen anlamamış olduğunu görüyoruz (109).

5

DEL VECCHIO

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

(106) Aynı yer, s. 7.

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

(108) Hususi hukuk tarihlerinde görülen benzer hukuk müesseselerine, meselâ Borç ve Mesuliyet (Schuld und Haftung) e müteallik meselelerin halinde eski Türk hukukuna ait uygarca vesikaların 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 filozoflarının eserlerinde bu usul meselesi mühim bir yer tutmaktadır ve bu usulün «teleolojik» olması hususunda mütabakat hasıl olmuştur.

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

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

hukuk ilminin programını ilk defa *Feuerbach* tarafından tanzim edilmiştir (112). *Feuerbach* bu maksatla uzun müddet malzeme toplamış ve Asya, Sibirya, 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 müşteşriklerin eserlerinden ve notlarından istifade edilmekte ise de, ekseriyetle, hukuki teşkilâta ve müesseselere ait malûmattan ziyade milletlerin haricen göze çarpan yaşayışlarını anlatan seyahatnameler bu tetkiklere kaynak teşkil etmiştir. Bu zâhire taallük eden malûmatın hukuki 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'in 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, umumi olanı bilmek ve umumî olanla hususî veya tesadüfî olan arasındaki münasebetlerin zarurî cihetlerini bulup anlamaktır. *Feuerbach*'in gayesi, hukuku yalnız müşâhhas (konkret) millî hukuk nizamıyla olan irtibat ve münasebeti içinde değil, bugünkü hukuk sosyolojisinde olduğu gibi, onu çeviren tabii ve içtimai vâkıalarla fonksiyon halinde ıhata ve ifade etmek ve bu suretle hukuki tekâmülün umumi kanunlarını bulmak veya bu tekâmüllü tipleştirmektir (114). *Feuerbach* millî bünyenin hukuk üzerindeki nüfuzunu kabul ediyor ve «her millet, kendi insanlığı ve kendi etnik hususiyetiyle birlikte, kendi kanunlarının tohumlarını kalbinde taşıyor» diyorsa da bu kanunların, ruhî kültürün başlıca kısmını teşkil etmesi itibariyle, bir milletten diğerine yayılacağını beyan ediyor. Âlemşumullük fikrinin milliyet fikriyle baş başa ve müsavi vaziyette yürümesi lâzımı geldiğini ilk defa bu vuzuyla *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 tarihî muayyen şartlara bağlı 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 v.d., içinde kaydettik.

(115) *Radbruch*, Aynı yer, s. 291.

deleri ve anları 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 millette ifadesini bulan bu (bütün insanlığın mal) fikirlerin, birleştirici bir «tarîhi vetire» 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 kabül olan ilmi bir usulle tetkik icabeder. Malzemenin bolluğu bedbinliğe sevketmemelidir. 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 tarîhi 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 tarîhi 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. Tamir 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 vâkıa 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 yapılmamalıdır (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, haşiyeli 1. *Del Vecchio*'nun bu yazısında ileri sürdüğü fikirlerin «resepsiyon» mefhumu noktasından tenkid için «Yabancı kanunların alınması ve Millî Hukuk» adlı yazımıza, Medeni Kanunun XV. yıl dönümü için 1944, s. 179 v. d. ve haşiyeye 13, bakınız.

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

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

(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 itihaz 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 mukayesesi yardımıyla, aydınlanabileceği kabul ediliyor. Bütün insanlığa şümüllü 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 (transcendental) hukuk fikrinin idrak edilmesiyle, zaman ve mekân içinde hukuki malzemeyi bulmağa yarıyan «empirique» tetkiklerin ehemmiyeti azalmaz. Kültürel manağa «tarihi» vâkıaların tetkiki, düşünerek sûri (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 maddî tetkikine ve mukayesesine girişilebilir.

Bu mevzu ve gaye ile «mukayeseli âlemsümül hukuk ilmi» nin 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 milletlerle tesadüf edilir. Bu cemiyet nizamı bir yerde tahtesşuur 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 hukukî 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). Hukukî 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» kabiliyeti artacağını beyan ediyor (131). Bu müstakil varlık, müesseseleri, tarihi bağlarından ayırır ve âlemsümül, tarihötesi bir mânada olmak üzere her türü 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 taahşuur bir surette vücuda gelmiş milli ve mâhali mahiyetteki bünyelerine üstün gelmekte ve bu suretle muhtelif milletlerin hukuk sistemleri arasında bir yaklaşma, daima artan bir eşitlik ve mutabakat vuku bulmaktadır. Bu umumî temayül, insan ruhunun zaruri tekâmülünden ileri gelmektedir. (132). Yaradılışı itibarıyla her insanda kökleşmiş hukuka dayanan bir insanlık cemiyeti, âlemşümül 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 âlemşümül hukuk tarihi, hukuki tezahürleri yalnız birer vâkıa olarak değil, aynı zamanda insan ruhunun, hukuk şeklindeki, muayyen tekâmül vaziyeti üzere tetkik eder. Tarihi görüş bertaraf edilmekle, her hukuki tezahür, taallük ettiği fikir itibarıyla, kendine düşen mevkiî alır. Her türlü tarihin üstünde bir ölçüyle ihata ve idrak olunan her hukuki tezahür, onu kuvveden fiile çıkaran hukuki temel görüşe tevfikân, tanzim edilebilir.

Âlemşümül 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 âlemşümül 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, müsterek olanı belirtmek ve hususiyetlere bakmıyarak umumileştirmek esas olmasına muktabil, kültür ilimlerinde ve bilhassa tarihte vâkıaların hususiyetleri, onları birbirinden farkedirici cihetler, bulunmağa çalışılır. Her ne kadar tarih, felsefe gibi, doğrudan doğruya kıymetlendirmezse de, müferrit 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 edilmemiş bir vaziyet husule getirmiş. 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 tavsiye etmektedir.

Del Vecchio'nun fikirlerinde bir de şu tenakuz vardır. Kendisi, haklı olarak «vucut» (Sein) tan «vücut» (Sollen) elde edilemeyeceğini, «kıymete mevzu olan şey, kıymetin ölçüsü olamaz» sözleriyle (136), beyan ettiği halde insanlığın hukuk fikrini, onun tezahürü olan muhtelif hukukî hüküm ve müesseselerden toplayarak bir âlemşumul hukuk tarifî vücuda getirmek istemekle malzemededen hukukî 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. Tarihi vakıaların mahiyeti, ayrı ayrı tetkik edilmekle anlaşılabilir. Muhtelif milletlerin kanunlarındaki benzerlikler, bunların kolaylıkla birleştirilebileceği fikrini uyandırmış ve bu birleştirme hareketlerine girişilmiş ise de, zâhirde benzeyen hukukî hükümlerin ve hukukî 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 manasıyla bir «hukuk resepsiyonu» na imkân bulunmadığı neticesini kabul etmek icabeder (137). Bundan dolayı *Del Vecchio*'nun muka-

(136) Yukarıda haşiyeye 119 a bakınız.

(137) Yukarıda haşiyeye 116 da zikredilen tetkikimizde, başka milletlere ait hukukun «resepsiyon» mevzuu olamayacağını ve bir milletin başka bir milletin yalnız onun kanunlarını olmak suretiyle kendi hukukunun gelişmesine imkân vereceğini göstermiştik. Bu tetkikimize zeyil olmak 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 aşılma ihtiyacı «resepsiyon» a âmil olmaktadır. Mihaniki «resepsiyon», hükümetin iradesiyle ve bir siyasetin mahsulü olarak vücut bulur. İlim ve tathikat yoluyla vukua gelen «resepsiyon», ikinci nevî teşkil eder. Mihaniki «resepsiyon» lar bilhassa aynı ırktan olmayan milletler 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 avrupa-pahlaşmasıyla kendi kanunlarına Fransız kanunlarını nümune itibaz ederek, bu meyanda 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 müraacaatla tamamlanmasına karar verilerek suretiyle şümul ve vücut tahdid edilmiş olan bu «resepsiyon» un sathî kalması hesabıyla Fransız menseli kanunların kaldırılıp yerine cermen hukuku menseli İsviçre mülkenî 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 meyanda, mihaniki «resepsiyon» a misal olarak gösteriliyor. Buna zıt olarak deruni temayül ve benimseme ile vukua gelen «resepsiyon» a, Roma hukukunun İspanya'da (1256-1288) te kral *Alfonso*'nun eseri olarak ve Almaya'da (âlimlerin ve hükümlerin filen tabiki ile on altmış üç yüzyılda tamamlanan) kabul edilmesi misal olarak zikredilmektedir. *von Rauchhaupt*'a göre hukuku alınan milletin o hukuku alan millet (İspanya ile cermen Amerika hükümetleri arasında olduğu gibi) aynı ırktan olduğu takdirde «resepsiyon» mihaniki ve deruni vasıfları arasında bir yer alır, s. 166, haşiyeye 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 muhteviyat itibariyle, beslenen «iyi olduğu» kanaati ona sâik

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

teşkil ettiğinden, hakikatte, deruni bir «resepşiyon» a yaklaşıyor. Bu hal yeni Ticaret Kanunlarında görülmektedir, s. 166 v. d. Bundan başka *von Rauchhaupt* bir kamu vazî usulünün, meselâ, fransız medeni kanunundaki «codification» tarzının ihiva ettiği bir çok faydeler dolayısıyla, alınmasını da bu arada zikrediyor. Muhteviyat yerine yalnız usulün alınmasındaki fark, sonradan millî hukuk islâh edilirken yabancı unsurların atılmasındadır, s. 167, haşîye 33. *von Rauchhaupt* m bu mihanîki ve deruni «resepşiyon» tasnifi, bilhassa irka dayanmasıyla, indirdir. Roma hukukunun Almanya'da, Fransa'da, İspanya'da alınmasına hep «resepşiyon» denir. Sonra bu tasniflerde *hukukun* alınması bahis mevzuu olmakla yanısıra 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 vukû bulan «resepşiyon» lar daima yabancı kanunlara inhisar etmektedir. Hukuk tarihlerinde sık sık görülen «resepşiyon» hâdiselerini bir nevi tabii- içtimai kanunlara irca etmek teşebbüsüne bir misal olmak üzere *Lamprecht*'i zikreliyoruz. Tanınmış Alman tarihçilerinden olan bu ilim adamı, Amerika'da vermiş olduğu konferanslarını ihtiva eden «Yeni tarih ilmi» (*Moderne Geschichtswissenschaft*), birinci tabii 1904, ikinci tabii 1909, edir eserinde, kemâlinin kültür kademeleri ve devirleri nazariyesine dayanarak, «resepşiyon» mefhumunu tahlil etmiştir. Büyük insan cemiyetlerinin, milletlerin müferriden mütalâa edilen müntazam ve sakin bir hâle yükselme tekâmülü çevresi içindeki kültür devirlerinden, bu devirlerin umumî «nefsi» («seelisch») vasfından, onlarda görülen «ruhi» («geistig») mekanizma ile daima artan «ruhi» kuvvete ve «nefsi» farklılığına göre kurulan kanunlardan bahsettikten sonra, *Lamprecht*, bu eserinin «âlemşümül tarih meşâleleri» bahsinde, daha derin olan, yani kültür tarihine giren insan eser ve vâkıdalarının «âlemşümül» bir vasfı taşınması lâzım geldiğini söylüyor, s. 104. Fakat âlemşümül tarih, muayyen bir milletin tarihi gibi değildir. Dar sahadaki ihtisas arttıkça geniş sahanın nihayetsiz sahafaları ve insan fiilinin semereleri, tarihçeyi, insanlığın huzurunda artan vecd ve hayretle, düşündürür. Bazı âlemşümül tarih görüşüne şu sual sevk eder. Bir millette yeni bir tahlil ve teşkil kuvveti, yeni bir ruh şekli vâren ve onu yeni bir kültür devrine götüren nedir? Bu suale cevap verebilmek için «evvelâ bahis» mevzuu olan insan cemiyetinin deruni tekâmül âmillerini umumî olarak ele almak lâzımdır. Bunların büyük bir kısmı iktisadi ve içtimai tekâmüle dayanır. Yeni kültür devirlerine intikal neticesi olarak yeni iktisadi ve içtimai şekiller meydana gelir. İnsan cemiyetlerinin tekâmülünde, harici tabiatın nüfuzundan başka, geliştiren, alıkoyan ve yakıcı mahiyette olan bir çok sâikler 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 insandır (kavimlerin muhacereti ve uzun müddet beraber yaşamaları gibi) veya insanların vücudu getirdiği her hangi bir mahsul ve mamuldür. Aletlerin, iştirakların, âbideler, dil ve yazı ile fikri kıymetlerin nakli bu ikinci türlü intikal «kap» na misaldir. İnsiyaki mahiyette olan ve insan cemiyetini kıran kültür, bilhassa iktisadi ve içtimai kültür kıymetleri, nakle elverişli «yollar» m ve «kap» ların bulunmamasından, daha güç intikal etmektedir. âlemşümül 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 vâkaları safhi ve umumî bir surette gözden geçirilebilir. Bununla beraber meselelerin psikolojik önüne nüfuz edilemez. Bu intikal «yol» u mekânda veya zamanda plması itibarıyla *Lamprecht* mekânda olanına «resepşiyon» ve zamanda olanına «rönessans» («renaissance») adını veriyor. Bu intikal «yolları» bir veya müteaddit, uzun müddet süren, bahis mevzuu cemiyete açık olan bir taraflı veya iki taraflı yol halinde olabilir. İntikal «kap» larını da *Lamprecht* kısa veya uzun süreli diye taksim ediyor. Kısaları fert halinde insan ve uzunları irka ve yazıdır. Uzun olanında eski çöküş bir kültürünü hiç olmazsa kısmen yeniden canlanması kabilirdir, s. 111. Cemiyetlerarası ve âlemşümül tarihi mahiyetteki devir ve intikaller daha çabuk

MACMILLAN, GUTTERIDGER, SALMOND, VINOGRADOFF

«Britanya kiralığı meclisi hâssının kazai encümeni» (Judicial Committee of His Britanic Majesty's Privy Council) âzasından biri sıfatile İngiliz İmparatorluğunun muhtelif din ve örf ve âdetlere mevsup üç dört yüz milyon nüfusunun dâvalarına istinafen (in appeals form) bakmış ve dünyanın her köşesindeki hukukî 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 «sécction générale» inin toplantısını reis sıfatile açarken «Scots Law as a Subject of Comparative Study» mukayeseli

aydınlanabilir. Mekân itibariyle olan devir ve intikalde bir veya müteaddit seyler yahut bütün bir kültür babis mevzuu olabilir. Sonra «resepsiyon» lar ve «rönessans» lar bütün bir yabancı cemiyete şünüllü olmayıp yalnız muayyen münasebet vaziyetinde olanlara inhisar eder. Meselâ 11 inci yüzyılda şimali Fransa'daki «provençal» gövâlye idealinin «resepsiyon» u diğer Avrupa kültürlerinde ilk önce yalnız şövalyeler tarafından vâkı olmuştu. Bu da muayyen iktisadi ve ictimaî esasların mevcudiyetiyle husule gelmiştir. Eskiçağın muhtelif «rönessans» ları da bir takım fikir adamlarının gösterdikleri temayül ile kabil olmuştur, s. 112 v. d. «Resepsiyon» u yapan taraftaki ruhi vaziyete gelince burada *Lamprecht* psikolojinin «association» (tetâbu' tedâi) ve benzerlik «association» u kanunlarıyla çalışıyor. Zira ona göre her «nefsi» vâkıada bir eşit «nefsi» vâkıa husule getirmek temayülü vardır. Buna tecrübeye dayanan «association» kanununu inzimam ettiriyor. Bir «nefsi» vâkıa zaman itibariyle diğer bir «nefsi» vâkıa ile beraber olursa veya birinciye ikincisi katlırsa her ikisi bir bütün halini alır ve birinin tekrarlama takdirinde bütün «kül» tekrarlama temayülünü gösterir. Bu kanunlara *Lamprecht* bir de şunu ilâve ediyor. «Nefsi» intibalar, alma kabiliyeti ile nüfuz kuvveti arasındaki zıddiyetin hâddolması takdirinde değil, orta bir derecede, ve nüfuz kuvvetinin büyüklüğü ile alma kabiliyetinin küçüklüğü birbirinden tecrüt etmeyip ve birbirini ifna eylemeyip uzlaşma kabiliyeti gösterdikleri vakıttadır. Bu telâkkiye göre bir insan cemiyetinin intikal «kap» ve «yollar» ı yabancı kültürün müferrit parçalarını, onların değil, bütünü getirdiği vakıt, bu kültürün bütününe alma ve milli kültüre karışırma temayülü görülür. *Lamprecht*'in buraya kadar ana hatlarını mevzunumuza âlâkalandığı 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* umumî hatlarıyla «kültür devreleri» görüşüne ve bir nevi positivism'e sadık kalmıştır. Tarihi vâkıaların tekâmül mefhumu altında mütalâa edilmesi neticesi olarak bu vâkıaların «birdefalığı» 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, hukukî resepsiyonların mahiyetine tefavuk etmemektedir. Bir takım «resepsiyon» vâkıalarına, *Lamprecht*'in tabiriyle «renaissance» demek lâzım gelecektir. Bundan dolayı yaptığı tasnif indî ohnaktan kurtulanmıştır.

(138) Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, üçüncü terip, c. 17, 1916, s. 483. *Hollbach* bu ummî tenkidinde *Lotze*, *Wandelband*, *Rickert* ve *Lask*'ın felsefi görüşlerine dayanarak *Del Vecchio*'nun ileri sürdüğü mukayeseli âlemşümül hukuk ilmi mefhumuyla, *Kohler* ve *Berolzheimer*'in yeni *Hegelcilik*ini ve buna dayanan âlemşümül hukuk tarihi tezini bilhassa düşünce psikolojisinin arzettiği güçlüklerle işaret ederek etraflı bir surette tahvil ve reddetmiştir. Aynı müellifin «Grenzen der Erkenntnis ausländischen Rechts», 1919, adlı eserinde de bu bahislere ait kıymetli tetkikler vardır. *Hollbach*'ın bu eserinde bilhassa ek aldığı «resepsiyon» mefhumunun tahvil ve tenkidi için yukarıda başıve 116 da zikredilen *yazımız*ı bakınız.

tetkiklerin mevzuu olmak itibarıyla İskoç hukuku) başlığı altında söylediği nutukta, mukayeseli hukukun mahiyetini şu suretle belirtmektedir. «Yabancı bir hukuk sisteminin öğrenilmesi başka bir ilmanın öğrenilmesi gibi olduğu intiba'mı daima besledim. İnsan yalnız bilgilerini arttırmış olmaz, evvelce bildiği sistemi daha iyi ve daha canlı anlar. İki dil 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 itibarıyla birbirinden bu kadar ayrı iki sistem arasında mevcut olup günlük müzakereler esnasında beliren farkların ve her bir sisteme mahsus 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, İskoçyahlının gerek fikri bünye temayülleriindeki müsaitlik ve gerek memleketlerinin fakirliği dolayısıyla yabancı diyarlara seyahat ederek orda iyi buldukları şeyleri benimsemek ruhi haleti neticesi olarak Roma hukukunun nüfuzu altında kaldıklarını, İngiliz hukukcusunun ise, *Mailland*'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 zamanın 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 âdetlerine, Avrupa kıtası şimal memleketlerinin ve bilhassa saksonyalı prenslerimizin memleketleri kanunlarına, buralarda *Papinian* zamanından 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 teâmmüllerle tartımalı ve karşılaştırılmalı, akli muhakemelerle izah edilmeli, misallerle aydınlatılmalı ve herkesce tanınmış ilim adamlarının fikir ve reyleriyle teyid olunmalı, tarihleri, uğradıkları değişiklikler ve gösterdikleri gelişmeler tetkik edilmeli ve ne dereceye kadar bunların kiralığa iç işlerle rabıtalı 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 işadederek, milletlerin hayat ve hukuk temakkilerinde bir nazari, ta'limî (deductif) ve ümdelere dayanan

(139) Presidential adress, Actorian academiæ universalis jurisprudentiæ comparatiuæ, 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 müellifi mukayeseli hukuka ait fikirleri için vukarda bahsiye 1 e bakınız.

(142) Deux manières 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 olduğunu söylüyor ve Avrupa kıtası (Continent) milletlerinin görüş tarzına 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 hukuki vâkialara (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 giriştiğini 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, İktisatta, musiki'de, güzel san'atlarda, tipta ve hatta ilâhiyatta görülmediğini, birtakım hukuki meselelerin halinde yabancı hukuk sistemlerinden ilham almanın faydeleri müsellem olduğunu ve İngiliz hukukcularının bu kaynaklara karşı gösterdikleri milliyetçi taassubun yerinde olmadığını kaydeden *Gutteridge*, mukayeseli hukuku umumi hukuk ilminin bir kolu olarak vasıflandırıyor ve mukayeseli usulle iki veya daha ziyade hukuk sisteminin muayyen bir mevzua 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 ârizi mahiyette olduğunu bulmak,
2. Bu farkların sebeplerini ve ahd olduğu hukuk sisteminin umumi bünyesile olan münsebetlerini tâyin etmek ve
3. Yeni hususî 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*'ın; «The spirit of the common law» («Common Law» in ruhu), 1921, adli eserinde, s. 183, İngiliz hukukunun ruhunu, «hukuk, hükümlerin iradenin bir emriyle keyfi olarak yapılmış olmayıp, adli faaliyetin geçmişteki yaptıkları da göz önünde bulundurulmuş kanunların adli ve kazai tatbiki neticesinde elde edilir» diye vasıflandırılmasından bahsederen *Koschaker*, müstakil bir surette çalışan ve yeni hukuki hükümler bulan hukukçuluk (Jurisprudence) ile, nisbeten ihata edilemeyecek kadar geniş bir tatbikata mevzu olan hukuki malzeme (Rechtsstoff) arasında bir bağıtlık bulunduğu kabul edilebileceğini söylüyor ve bu itibat 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, başıya 1. Bu birbirine benzeyen üç hukuk sisteminde hukuki malzeme çok geniş ve düzenlenmemiş bir halde olduğu gibi, Devletin nüfuz dışında da kalmıştır.

(145) *Gutteridge*, *La valeur du droit comparé* (mukayeseli hukukun kıymeti), *Recueil d'Études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. 1, 1938, s. 295; *Lee*, *L'étude du droit comparé en Grande-Bretagne* (Büyük Britanya'da mukayeseli hukuk çalışmaları), aynı yer, t. 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 kimseler ve iş adamı için de kıymetli mevsuk mâlûmat (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 ilikili tasnife itiraz ediyor. Zira «mukayeseli hukuk felsefesi» tahlil veya tarihi hukuk felsefesi sahasına dâhil ve mukayeseli usulleri kullanan mukayeseli hukukun bir şekilden 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 âmili olması itibarile mukayeseli hukukun ehemmiyeti;

2. Hukukta islahat yapanlar için mukayeseli hukukun faidesi;

3. Mukayeseli hukukun bir hukuki tedris ve terbiye plânındaki yeri (150).

Mukayeseli hukukun milletlerarası cephesini teşkil eden birinci noktanın tetkikinde, İngiliz - Amerikan veya Avrupa kit'ası hukuk sistemlerinin birleştirilmesi gibi kendi başına mühim ve karışık bir mevzuu, muhtelif cihetlerden müdafaa ve münakaşa edilebileceğini kaydederek, bir tarafa bırakan *Gutteridge*, milli menfaatleri gözönünde bulundurarak şu mütalâayı yürütüyor. XIX uncu ve XX inci, yüzyıllarda makinalaşmanın gelişmesi, milletleri birbirine çok yaklaştırmıştır. Dünya bir iktisadi bütünlük haline inkılabedeceğe benziyor ve bu vaziyet karşısında Büyük Britanyanın Avrupa kit'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, umumiyetle kabule mazhar olmuş hukuki telâkki ve mütalâalar karşısında kendisini geri kalmış görmeğe mahkûmdur. Milletlerarası muahedelerin ve mukavelelerin akdinde ve tatbikinde mukayeseli hukukun mühim bir mevki vardır. Bundan başka hususi hukuk kaidelerinin ve kıyaslarının milletlerarası umumi hukukun gelecekteki gelişmesinde büyük bir ehemmiyeti olacağı görülüyor. Netekim Milletlerarası Daimi Adalet Divanı statüsününün 38 inci maddesinde «medeni 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 milletlerarası ihtilâflarda tatbik edilebilecek olan bu umdeler, mukayeseli tetkiklerle meydana çıkarılacaktır.

Millî 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 düşüktükleri hataları gösterir. Bir de mukayeseli hukuk tetkikleri için mutlaka kanunlarda yapılacak islâhatı beklemek icabetmez ve bu gibi tetkikler, daha evvel yapılmakla, millî hukuk sistemlerinin diğer milletler hukuk sistemlerine nispetle ne gibi noksanları olduğunu meydana koyarak bunların izalesi için islâhat yapılmasına âmîl olur. *Gutteridge* buna misal olarak İngiliz hukukunda tereddütlü bir vaziyet arzeden ve memnuniyet verici bir halde olmaları «hakkın suiistimali» meselesini zikrediyor ve yapılacak mukayeseli hukuk tetkikleriyle bu suiistimallere nihayet verilmek imkânının hazırlanabileceğini söylüyor (151).

Hukukî tedris ve terbiyede mukayeseli hukukun, bilhassa tahsili ilerlemiş olan hukuk talebesi için bâkî bir çalışma sahası teşkil ettiğine *Gutteridge* işaret ediyor (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 ncı yüzyıldan beri bu sahada görülen bazı öncü hareketlere rağmen (155). Avrupa kıtasındaki mükemmel Mukayeseli Hukuk Müesseseleri benzerlerinin İngiltere'de meydana gelmesine mani olmuştur (156). *Lee* mukayeseli hukuk tedrisi için yapılmış başlıca bir teşebbüs olarak Londra «University College» 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 üniversiteleriyle bir çok kimselerin mütalâasını aldıktan sonra hazırladığı raporu Temmuz 1934 tarihinde İngiliz Parlamentosuna vermiştir. Cambridge Üniversitesi hukuk Fakültesinin bu husustaki muhtarasında hukukî tetkikler, tarihi, mukayeseli ve «cliniques» 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*, *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 réflexions sur la recherche juridique* (hukukî tetkiklere müteallik bazı düşünceler), aynı yer, c. 1, s. 348 v. d.

vaffakiyetle yapılmakta olduğundan zikredilen raporda bu hususta fazla bir şey söylenmemekte ve «Institute of Historical Research» (Tarihi Tetkikler Müessesesi) 'de ilmi tetkiklere müsait kıymetli seminerler, mükemmel bir kütüphane ve bir toplantı merkezi olduğu kaydedilmektedir. Hukuki «klinik» ten maksat, «umumiyetle hak ve nasafet kaidelerinin, tabii olmayan veya muhik bulunmayan neticeler verecek yahut muayyen bir dereceye kadar emniyetsizlik husule getirecek vaziyette olması takdirinde bunun teşrii yoldan tadil ve islâhına mâtuftetkikler yapılması ve mütâlaâlar yürütülmesidir». Hukuki meseleler müntesipleriyle yapılan sıkı temas üzerine lüzumlu görülen hukuki islâhat, İngiliz başbakanına bağlı dalmi 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 kıtası memleketlerinin bir çoğundan geri kaldığı 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 hükümran devletler tarafından serbestçe kabul edildiğini ameli İngiliz görüşü idrak etmiştir. Bu yeni hukuk telâkkisinin işleyişi (fonksiyonu) ve neticeleri mukayeseli hukuk çalışmalarıyla anlaşılabilirliği kanaati, İngiltere'de, tecerrüt (isolation) taraftarlığı yerine kaim olmuştur ve mukayeseli hukuk tetkikleri, esas itibarıyla, kitaplara ve vesikalara müracaat suretiyle yapılabileceğinden, 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 sebebiyet veren boşluklar, usuldeki hatalardan ziyade mütâlaâların kifayetsizliğinden ileri gelmiştir. Yeni sosyolojik hukuk ilminin tereddütleri ve noksanları ve halledeceği meseleler ne olursa olsun, bu ilmin, hukuk yalnız hükümran bir iktidarın mahsulü olarak değil, cemiyetin başlıca bir işleyiş tezahürü (fonksiyonu) suretinde mütalâa edilmek lüzum geldiği hususunda hukuki düşüncede yer alan devamlı bir hareketin mantıklı 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 tahlilî «Jurisprudence», sistematik hukuk ilminin umumi veya felsefi kısmıdır. Buna mukabil tarihî «Jurisprudence», hukuk tarihi (Legal history) 'nin ve ahlâki «Jurisprudence», «legislation» ilminin umumi veya felsefi kısımları olarak mütalâa edilmektedir (164). «General Jurisprudence» tâbirinin ifade ettiği fazla umumi mananın husule getirdiği yanlış telâkkiye işaret eden *Salmond*; bu mefhumun umumi olarak bütün hukuk sistemlerinin değil, muayyen bir hukuk sisteminin umumi 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 mühasır 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 hususî hâdisenin, mukayeseye imkân vermeyecek surette birdefahk 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, âleşşumul bir surette tatbik edilecek, bir hukuk ilminin meydana gelmesi kabil olsa da hususî bir sistemin temel fikirlerinden bahseden ve diğer sistemlere yalnız benzerliklere, ilh. bir misal olmak üzerine atıfta bulunan bir «Jurisprudence» e tam manasiyle «umumi» denilmeyeceğini, tamamıyla «âleşşumul» 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 tahlilî «Jurisprudence» in tarihî 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 tahlilî, tarihî ve ahlâki diye yapılan tasnife inzımmam eden ayrı bir kısım olmayıp, daha ziyade, hukuk ilminin bütün kısımlarına tatbik edilen bir usul olduğunu kaydediyor ve «meselâ İngiliz hukukunu Roma hukukiyle mukayese ederken tahlilî hukuk ilmi cephesinden tetkiklerimizi yürütürsek Roma hukukunun yardımıyla İngiliz hukukunun mefhumlarını ve umdelerini daha iyi anlarız. Bu mukayesede tarihî 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., tahlilî, tarihî ve ahlâki «Jurisprudence»'in mahiyet ve mühteviyatı anlatılmaktadır.

(165) Aynı yer, s. 3, haşive «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 haşive «a».

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

Sırf bir memleketteki metinlerin tek başına tahlilinde imkânsız ve kabul edilemez görülmeyen faraziyelerin bertaraf edilmesine ve tarihi tetkiklerden müsbet neticeler istihsal 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 etmiştir. 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 ayırdığını, bunların müşterek esası bizzat aynı meselelerin bünyesinde mündemice bulunduğunu, bu noktanın mukayeseli usulü tâtbiğe 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 ihtiyağların tatmini için basit ve muvafık vasıta elde etmeğe yarıyan teknik bir usul bulununca, içtimal şartlarında 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 sevindiği bu gibi hallerde çok kere şaşırtmaktadır. Alâka uyandıran mü'tâlar, 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 vecihle maharetli olan yazarların elinde bu usulün daha iyi kullanıldığı memnunlukla görülmektedir. Birbirine benzeyen vâkıaların yanyana getirilmesi değil, başka başka muhitlere göre, eldeki umdelerin «diyalektik» tetkiki, semereli olur ve bazen beklenilmeyen neticeler verir» (173). «Mukayeseli tetkik usulü bazı hallerde umdelerin «diyalektik» ine vesileyle vermekle temayüz eder. Meffhumların 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 ayrımlıklar yalnız mantiki fark nokta-

(168) Aynı yer, s. 8, başıya «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 edlmez» (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 çerçeve husule getiren, muayyen daimi sıfatları bahis mevzuudur ve ne dereceye kadar tarihi şartlardan hayati ehemmiyeti haiz ve mühim hukuki «doctrine» ler vücuda gelmektedir? Muayyen ve daima tekrarlıyan kaidelerden mürekkep bir hukuk ilmi inşa etmek tecrübeleri yapılmaktan bıkılmamıştır... Birtakım mantıklı «doctrine» lerin hukukla alakalı olarak vücut bulduğu şüphesizdir. Yalnız hukuktaki umumi ifadeleri göstermekle kalmayıp, hukuki düşünüşün tekevvününü 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 esası muhteviyatın, bilindiği üzere, değişikliklere tabi olduğunu kaydeden *Vinogradoff* bu değişikliklerin sebepleri çok olduğunu söylüyor ve bu meyanda iktisadi muhtetin, millî vasıfların, tarihi çarpışmaların, başka kültürlerin alınmasının, dini ve felsefi fikirlerin çarpışmasının nüfuzunu ve bilhassa içtimai tiplerin hukuk ilmindeki nazariyelerin kati şeklini almasına amil olduğunu zikreliyor (176).

7

RADBRUCH, SALOMON, BINDER

Zamanımızın tanınmış fikir adamlarından büyük «civiliste» (medeni hukuk mütehassısı), «romaniste» (roma hukuk mütehassısı) 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 karşılaçağı muayyen vazifelerin, yani meselelerin geçmişteki ve içinde bulunduğumuz zamanın münferit hukuk nizamları tarafından nasıl halledildiğini sorar ve bu meselelerin «a priori» (kabli olarak) halledilişlerini, netiva 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 lazımdır (178.) Yeni olan bu ilim kolunun başlangıcı, *Binder*'e göre, *Gans*'ın *Hegel* tarafından ileri sürülen cilhanşümüml 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*. «Encyclopaedia 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 umumleştirici hareket tarzına karşı *Maitland* tarafından tarihi kritisizm'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 ifâve olarak *Stein, Ihering ve Kohler*'in tarihi temayülle mukayeseli hukuk meselesini ıstıgal 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, toplanan malzemeden birtakım neticeler çıkartılmak 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 islahı için vücuda getirilen büyük mukayeseli hukuk külliyesi ve-silesiyle, 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 mukayyedir. 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, ictimal 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 richtigen Recht (doğru hukuk mebnası), 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 itibarıyla 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 vazma nasıl yaradığını tetkik eden *Radbruch*, «vücut» (Sein, Etre = 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) isâli etmeyeceğini, yani muayyen tekâmül istikametindeki bir hukuk sisteminin, o istikamete ait neticeyi verince, «doğru» ve «ideal» vasıflarını alması icabettiğini ilâve ediyor. Bundan dolayı mukayeseli hukuk, mantiki bir lüzum sebebiyle değil, yalnız psikolojik faide mülahazasıyla 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 kabul 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 vaz edilmiş oluyor. Fakat bu izâfiyecilik bir kıymetin «empirique» manada isbat edilmesi lüzumuna bağlanmakla yanlış yola sapmıştır. Zira bu tarzda yalnız vâkıalar (façta) 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 sarfılmıştır. 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. Bizat 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 Staatsrechtswissenschaft c. 26, s. 259 v. d. (Binder, aynı yer, s. 950, haşıye 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 olmayan kıymetlerin isbat edilmesi lüzumu varidolamaz. «Empirique» vâkıaların bilinmesi keyfiyeti göz önünde bulundurularak kıymetlerin, bu manada, bilinmesi kabil olmayıp onların yalnız kanaat ve iman edilmeğe (Bekanntais) «ehlîyet» 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 iribatlarının- daki 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 çabıma tarzı, kanaatimizce, mukayeseli hukukun yegâne ve hatta en mühim vazifesi olmaktan uzaktır. Esâsen bu «hukuk tipi» ve «hukuk ideali» yine mukayese ile bulunmak ve meselâ muayyen bir kültür çevresi içinde tip olarak alınan hukukun haliz olduğu «ortalama vasıfları» gösterilmek icabeder. *Radbruch* un hukuk ideali sübjektivist ve izâfi bir görüşle düşünülmüş olduğundan, mukayese noktası olarak kullanılabilirse de, objektif bir kistas teşkil etmez. (190)

Hukuk ilminin bir ilmi kolu olabilmesi için, bilindiği veçhile, hukuki mevzuatla 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 vasıta etmekle, aynı meselenin halli için mümkün olan muhtelif hükümlerden bir hükmü seçmiş olur. Muhtelif hukuk çevrelerine ait muhtelif hukuki hükümler, muayyen bir hukuki meselenin birbirlerinden farklı hal tecrübeleridir ve mukayeseli hukuk, hukuki hükümleri bu itibarla kıymetlendirir.

(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) «hızzat 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 izâfi meriyeti» den zaman zaman bahsedildiğinden ve diğer taraftan, ruhi - içtimalî 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 her'eti - mecmuasından vücuda gelen bir cinsin hukuk mefhumları, c. bir hukuk normu unsurlarından mürekkep bir cinsin hukuk normları unsurları hey'eti 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» (deduction) 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 esassî 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 esası olarak kabul eden *Salomon*, hangi mefhumların birbirile mukayese edilip edilmeyeceğinin tâyini «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, adlı eserine de, s. 49 v. d. bakınız.

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

nataya düşüyor. Hukuki hükümlerden vücuda getirdiğimiz mefhumlar, esasen, cins mefhumları olmayıp, ferdi «hukuk normu muhteviyatı mefhumları» (Rechtsnormen-inhaltsbegriffe)'dir. Muhtelif hukuk nizamlarının bu ferdi mefhumlarından mukayese ve tecrit yoluyla «cins mefhumları» elde edilir. Bundan dolayı «cins mefhumları» mukayeseye 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», lâtince, «bakımı» ve «itina» demektir) ve bu suretle meydana gelmiş, kıymeti haiz, vaziyet» diye tarif ediyor (199) ve bu mefhumun hukuk felsefesi için bir temel hâline 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 menfaatardeki farklılardan «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 tiplik olarak muayyen fiil ve hareketlerine taallük etmesi itibarile muşahhas (konkret) ve mücerret (abstrakt) olmak üzere ayıran *Hering*'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 tekâsüf 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 kanuna riayet 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. 1, 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* istihak 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 yaklaşarak 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 kıstas 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 halinde 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 üstün 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 lâzım gelen teselsül, her meselenin önceden bir hal suretine bağlanmasıyla kabildir. Hal suretlerinin izafi mahiyette telâkki edilmesi, hukuk meselelerinin de mukayeseli hukuka mutlak bir mantıki 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 tenkidedenler, 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 kâhib olan «kabli» unsurlardır. *Reinach* ilk defa bu vâdide çalışarak, alman medeni kanunu gibi tamamiyle zaman ve mekâna bağlı bir hukuk sisteminin «mukavele» ve «mütalebe» ye ait hükümlerini fenomenoloji usulüne göre tahlil etmiş ve bu mefhumları, kabli mahiyette telâkki ettiği, «vaatte bulunmak» (*Verschrechen*) unsuruna irca eylemiştir. *Reinach*'a göre her kanun vazn içtimai ve hukuki hayattaki «vaad» i tanzim etmek mecburiyetindedir ve bunu o kabli 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 «mütal» (transcendental) mahiyetine nüfuz eylemek (ne dereceye kadar kâbil 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. vii, 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. I 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, dogmatik 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» (maddi) hukuk, aklın kategorik bir mütalebesi olan bu fikirle vücut bulabilir. Fakat hukuk, aynı zamanda, insanların içtimai hayattaki münasebetlerini bu hayatın icaplarına göre tanzim etmek gibi bir ameli 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 hukuki müessesese başka bir millet için bu sıfatı haiz olmayabilir. Bu telâkkiye göre mukayeseli hukuk, «muhtelif hukuk sistemlerinin hukuk fikrine ve «empirique» (maddi) gayelere karşı aldıkları vaziyet noktasından birbiriyle mukayese edilmesi» dir. Bu «empirique» gayeler hukuki müesseselerle kuvveden fitle çıkarılmak istenilir. Hukuki müesseseler ise, milletlerin kendilerine mahsus kültür vaziyetlerine göre mütalâa edilmek icabeder. Bu vaziyetler tesadüfe bağı ve keyfi 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, hukuki müesseselerdir. Hukuk bir milletin benliğinden bir cüz olduğundan muhtelif milli hukuk sistemlerinin mukayesesi neticesinde milli hukuk varlıklarının hususiyetleri kendini gösterir. Bu itibarla mukayeseli hukukun milletlerarası hukuk birliği ve bir nevi hukuki tevâzün için bir vasita olarak telâkki edilmesi doğru olmaz. Mukayeseli hukuk milletlerin hususiyetlerine karşı duygusuz olan pozitivism'in nüfuzu altında kalarak tekâmül temayülleri ve tekâmül tipleriyle meşgul oluyor ve hukukun her millete mahsus ferdiğini göz önünde bulundurmuyor. Tarihe bağı milli varlığın eseri olan bu hukuk sistemlerindeki hususilikleri pozitivist görüş bertaraf etmek istemekle mukayeseli hukuk ilmi ve tesri kıymetine rağmen, *Binder*'e göre, asıl vazifesini yapmamış oluyor. Hukuki sistemlerin mukayesesi, körükörüne taklitçiliği ve yabancı kanunların alınmasına (resepsiyon) değil, bir milletin kendi ruhi, fikri varlığından meydana gelmiş olan hukuki 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 hususi hukuk ve gerek âmme hukuku için dikkat edilmesi lâzım gelen bu cihetin ihmalî takdirinde mukayeseli hukukun mânasız bir hale geleceğini *Binder* ilâve ediyor. Hukuk hem «idéologique» ve hem «téléologique» mahiyette olduğundan onun «empirique» tekevvününde yalnız hukuk fikri değil, insanların hayattaki «empirique» gayeleri de âmil olur. Hukuki 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 müessesinin 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 tamamlanmasına 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 tekevündeki benzerliklerle de tezahür eder. Meselâ tarihte görülen, Cermenlerin âlemşumullüğe ve Romalıların tâhlilciliğe mütemayıl ruhu, bu milletlerin hukuk sistemlerindeki cemiyetçi ve ferdîyetçi 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 ferdîyet teşkil etmesi bunu teyid etmektedir (207). Tarih ferdîyetin izalesi ve umumîliğe inkılâbetmesi yolunda bir tekâmül göstermez ve tersine bir istikamette olarak umumîliği ferdîyette ele alır. Geniş mânada tarihin ruhu, gerek insanların ve gerek milletlerin, tarihte tuttıkları yerlere göre zenginliği artan, ferdîyetlerinin farklarını meydana getirmektedir ve bu farklardan biri «hukuk» tur (208). Tarihin dar mânasıyla mukayeseli hukuk tarihi, aynı telâkkiye göre, milli hukuk sistemlerinin tarihi tekevündeki, 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 esaslî 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 ferdîyet» i meselesi üzerinde durmuş ve bilhassa filolojik esasa dayanarak bir «özel mefhumluluk» 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 vücudu 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*) benzeyen bu mukayeseli düşünce yoluyla, iki münasebetin eşitliği tesis edilir. Çin ve eski Yunan felsefelerindeki *Kung - fü - tze* ile *Sokrat*'in 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 vâkıranın «illet» ini o vâkıranın daha büyük bir tekâmüldeki «yer» i diye vasıflandırıyor ve ruhi mahiyetli iki vâkıranın mukayese edilmesinin, o vâkıranın 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 anlamaya kalkışmak ne dereceye kadar doğru bir hareket olur? Landsberger «Babil 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, Babil kültürünü diğer kültür âlemleriyle ahenkli bir surette rabitalandırmak için tarihi teselsül yoluna gitmiyor ve bu irtibatı münhasıran mevzuun vahdetinde, yani insanın ruhunda arıyor. «Eğer Babilin mefhum âleminin derinliklerine nüfuz etmeğe çalışsak», «bu vahdet kendiliğinden tezahür eder. Her tefehhüm ve idrak, ilk önce, yabancı âlemin kendi âleminle bir irtibat ve münasevet hâline getirilmesidir. Bu mukayeselerin tamolarak yapılması mahdud bir derecede kabül olduğundan çok kere kısmen mukayese ile iktifa etmek mecburiyetindeyiz. Meselâ Babil mefhumlarından «X» 'in bir kısmı, alman mefhumu «Y» 'nin bir kısmına tevafuk eder... Fakat bu basit çalışma ile Babil 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 zaruri 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 itibariyle 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 binnetice anlaşılabilir surette benzer olmasıdır. Bununla beraber, bizim anlayışımızın da sınırları vardır. Ruhi antropoloji birinci kademde, hâdiseleri mümkün mertebe 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 anlaşılacağı ve izah edilebileceği suretinde katı 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 düşüncesi... 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 içtimal 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 dilçilik itibariyle değil, mutlak bir surette bilgi ve marifet (Erkenntnis) cihetinden de doğru bir harekettir. Kültürün ilk tezahürü dildir. Düşünce dil ile ifade edilir. Bu vechile muhteviyatı anlaşılın 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 tarafından 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, dilçiler 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 «tarihi» olan ve diğeri «dünya tarihinin daha geniş çerçevesine» dayanan görüş tarzlarıdır. *Landsberger*, bunların dışında, «fenomenolojik» diye vasıflandırdığı, kendi görüş tarzıyla mevzuunu teklik 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 şurlu ve kati 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 tuhi bir mahsul mahiyetinde olan içtimal 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 vâsılolunan iç bünyenin basit mefhumlarından kültürün bütünlüğüne şamil çok problematik yüksek bünye mefhumlarına çıkılır. *Landsberger*, anlaşılacağına göre, «tekâmül» fikirlerine ve kültürlerin gelişmesinde bir yeknasaklık bulunduğu telâkkisine taraftardır. Bu «fenomenolojik» görüş tarzı, bizim «tarih» telâkkimize tevafuk etmemektedir. Tarihî teklikler neticesinde yapılan bu gibi «müşahadeler» ve onların kendi gerçekleri dışına şumullendirilmesi, «kültür»ü «tabiat»la karıştırmastan tevazî edilemeyecek olan «positiviste» görüşün tamamiyle temizlenmemiş bakiyeleridir. «Resepsiyon» mefhumu üzerinde *Landsberger*'in konferansına 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 üslubu ve onu korumak, inkişafa devam ettirmek isteği varsa, (o kültür başka bir) yüksek kültürden ancak bazı düşünce teknikleri alabilir. Kültür mahsulleri bir mal gibi ithal edilemez. Bir nebat bile başka toprakta nemalandırılmaz. Fakat iktibasın cereyan tarzına, muayyen unsurların kabul edilmesine ve kabul edilenlerin benimsenmesine göre, iktibas edilen kültürün bünyesi ve üslubu belirtilebilir.» Burada «kültür»ün «mahalliliği» ne, «ferdiliği» ne işaret maksadiyle de olsa, «tabiat»la kıyaslanması yukarıdaki 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 yukarıda *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, kanaatimizce, bu «özel mefhumluluğu» meydana çıkarmak vazifesi gelmektedir. Bu suretle *mülli hukuk sistemlerinin «taruhi ferdliliği» ni ve aralarındaki eşitlik, benzerlik ve başkahlık «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 maksadiyle *Landsberger'in* Bâblde'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 eskicığ milletleri tarih ve kültürleriyle istigal 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 hükümlerinin hayatında veya ondan sonra mer'i olup olmadığı meşküktür ve mer'i olmamış bulunması ihtimali kuvvetlidir (218). Sümerlere ait hukuki kaidelerin toplanmış olduğu koleksiyonlardan «ana ittışu» («muayyen vâdede») (219) kelimeleriyle başlıyan vesikalar serisinde rastlanan hukuki hükümlerin, kaidelerin, şekil itibariyle kanuna benzemekle beraber, hakikaten kanun oluşlarında tereddüt edilmiş ve daha mühimmi, sistematik bir mecelle (codex) halinde ele geçirilmiş olan Âsur metninin kısmen veya tamamen bir kanun olmayıp içtimai hayat üzerinde nüfuz ve tesirden mahrum, hususi mahiyette bir ilmi eserden ibaret bulunduğu veyahut Sümerlerde «kanun mer'iliği» mefhumunun gelişmeyip yarım kaldığı neticesi kabul olunmuştur (220). Mücerret sübjektif hukuktan ziyade hâkimin kararıyle 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 «sindatu» kelimesi ifade etmektedir. Fakat bu kelime Âsur ve Yeni - Bâbil devrinde kullanılmaz olmuştur ve yerine «dinû» kelimesinin kaim olduğu bazı vesikalarda görülmektedir (223). «Sindatu»

(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 haşiy 2, s. 221 v. d., 233.

(219) «İttu» nun «id-tu» ve «u'd» ve arapça «u'd» (va'd) ile olan istikak münasebeti için Kraus, Die sumerische Entsprechung der Phrase «Ana ittışu», 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 haşiy 3 ve 3 a.

(221) Bu kelime veya «sindat şarim» (kiralın hukuk nizamı) tabiri yalnız mukavelelerde ve mektuplarda görülmüştür, aynı yer, s. 230, haşiy 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, ıstikak 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 teşrif 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 tür-lüdüdür. Burada, tafsilât ve sistem itibariyle, *Hammurabi* kanunundan daha üstün ve bir kiralı tarafından vaz edilmiş bir kanunun istinsah edilmiş ve şerh ve itman edici kayıtlarla işlenmiş olduğu görüldüğünü ve bu kanuna ait bir takım tarihî meselelerin aydınlanması, bu kanunun *Koschaker* tarafından mükemmel bir surette başlanmış olan iç tenkidinin ve bu kanuna temel teşkil eden başka 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 esash 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 sıfatıyla, yeri olmayacağı aşîkârdır. *Landsberger*'in, yukarıda 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 «dinât» mefhumlarının «Nomos» un geçirdiği tekâmüllü geçirmemiş olduğu anlaşılmaktadır.

IV

NETİCE

«Mukavezeli hukuk» meselesini etraflı bir surette tetkik ederek ifade ettiği mânayı ve mâtufl olduğu maksat ve gayeyi anlamak ve buna göre vazifesini ve ilim

(224) Aynı yer, s. 227.

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

(226) Aynı yer, s. 217 v. d.

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

(228) Aynı yer, s. 232.

(229) Aynı yer, s. 234.

(230) Çivi yazıyla yazılmış kelimelerin lâtîn harfleriyle transkripsiyon'unda *Thureau-Dangin*, Le syllabaire Accadien, 1926, s. 53 v. d., 'ındaki «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 diğerininkine bağlıdır ve biri düşünülmeden diğer düşünülemez.

3. «Şey» lerin bu karşılıklı irtibat ve münasebet bağıllığı, mantıki, yani düşünce mahsulü olmayıp, düşünceden önce ve müstakil olarak kendiliklerinde mevcut bulduğundan 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» (Komparationsachverhalt) dir. 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 müsterek noktalarla (231) istigal 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 kahr.

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

(231) Bu «müsterek 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 gavesiyle yapmak fikrine istihak 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 hasiyeye 17) ve esasen, Wilhelm Wundt'un kasdettiği mânada, hukuk fikrinin kendinde mündemic psikolojik tekâmül kanunı 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, hasiyeye 56), haklı olarak, «eğer bu fikir doğru olsaydı, bütün zaman ve milletlere ait hukuk fikrinin bugünkü hukuk sistemlerinde kema! derecesine zekâis en özli ifadesini bulmuş olması icabederdi. Bunun kabulü ise tarihe avkırı 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 kastedilen 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 tamnımiş 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 düşünceinin 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 tuttıkları yollarla birbirinden tefrik edilir. Yunanca «Methodos» tan gelen «méthode» tabiri, «yol» demektir. Hatta bazı filozoflar içinde bulunduğumuz bu âlemi, karmakarışık bir halde düşünerek, bu karışıklığın ilimler tarafından, münhasıran farklı «usuller» le, düzensiz bir hale getirildiğini iddia etmektedirler. Bu «metodolojist» görüş ne kadar birtarafli ise, usulle 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 çalışmalarlarıyla milletler-arası 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 (ceheri ve tathikati itibariyle mukayeseli hukuk), Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert, c. 1, 1938, s. 62«6», gibi.

londurarak 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 gerçevesi içinde yapılan tetkiklerin neticeleri, aynı mevzu «mukayeseli» ilim koluna yardımcı olur. Hukuk tarihindeki birtakım eski hukuk müesseselerinin aydınlanması hususunda mukayeseye müracaat edildiği takdirde, bu mukayeseli tetkikler, mukayeseli hukuk tarihi sahasında yapıp «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 «mukayeseli» bünyesinden ayrı telâkki edilemez. Meselâ illiyet kategorisiyle çalışan tabii ilimler sahasında «mukayeseli usul» de aynı kategoriyle çalışmak mecburiyetindedir. Illiyet kategorisinin yeri olmayan kültür ilimlerinde ise «mukayeseli usul», bu ilimler gibi, «tarihi mantığı» a ve «teleoloji» ye tabidir. Bu itibarla «mukayeseli» 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 istiklâle sahip değildir yani katıldığı ilim sahasının usulündeki hususiyetlere bağlıdır. «Hukuk tarihi», «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 umum hukuku ilimleri» ne inhisar eder (236).

Hülaşa, muhtelif ilim sahalarna 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 mütaâlâ 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 okuduğuna 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 keyfimizde tabii değildir ve bu itibarla yalnız aynı «izafet-durumu» na giren «şey» ler arasında yapılabilir. Bu «kıyas hali» (analogie) meselesi, mukayeseli hukukta, «mukayesesi kabil olan ve olmayan hukuk sistemleri» şeklinde kendini gösterir (237).

Muhtelif hukuk sistemlerinin hukuk müesseseleri arasındaki bu «kıyas 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» (Vergleichbarkeit), 1. mukayese edecek 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 kültürece 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 ma'um 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 tekevvün ettirmiş olması roma hukukunda «legis actio» hukuk usulünün «Praetor» tarafından geliştirilmesine benzer. Feodalite sisteminin eski Şarkta, Mısırda, ortaçağ ve yeniçağ Avrupasında, İslâm Devletlerinde, Madagaskarda, eski Çin'de ve Taikwa Islâhatından sonra Japonya'da muvazi bir istikamette teşekkül etmiş olması da bu umumî «muvazilik» ve «benzerlik» hadisesinin, zannedildiği gibi,

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

(238) Burnhöft, 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, başıye 5).

(239) Mukayeseli hukuk bahsinin de mühim bir mevzuatını teşkil eden «resepsiyon» meselesine ait von Rauchhaupt'ın görüşlerinin teşkili için yukarıda başıye 137 ye bakınız. Kendisi burada İspanya Medeni Kanununun 6 ncı maddesinin 2 ncı fıkrasındaki şu dikkate değer hükümü kaydediyor. İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarının 1 inci maddelerine tekabül eden bu hükme göre İspanyol kanunlarında ve örf ve âdetinde bir hüküm bulunan hallerde hakukun umumî usulelerine ve icabında Tabii 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 başıye 32).

daıma bir taklüt, istiane ve iktibas veya başka bir suretle kabul ve tatbik edilme eseri olmadığını göstermiştir (240).

Aralarında bu «tabii», «sunî» veya «tesadüfî» rabıtlar olımyan 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 zıddiyet dolayısıyla, karşılıklı mukayeseye müsait olmyan vaziyetini zıkr ediyorlar. Bununla beraber bu gibi hukuk sistemlerin ait olduğu milletler arasında iktisadi münasebetlerin teessüs ve kuvvetlenmesile meydana gelen muvazi ve milletlerarası mahiyette hukuki münasebetler ihdas ettiği ve bu suretle mukayese imkânlarının hazırlandığı da kabul edilmektedir. Esasen zamanımızda, bilhassa Devletler umumi ve hususî hukuku ve milletlerarası ticaret ve münakalât hukuku sahalarında görülen yakınlaşma ve hukuk müesseselerinin birleştirilmesi temayülleri ile bir «hukukî standard»lar ufkuunun açılması, birinci derecede, milletlerarası iktisadi ve içtimai münasebetlerin gelişmesine ve umumiyetle iyi geçinme ve anlaşma arzusuna dayanmaktadır. Eskiçağ milletleri hukuk telâkkilerinin büyük bir mukayesesî mahsulü diye haklı olarak vasıflandırılan Roma hukukunun bilhassa borçlar hukuku sahasındaki takriben yirmi asırlık bir inkişafı üzerine bugün kurulmakta olan «medenî milletlerin hukuk standard'ları», geniş bir hukuk yeknasaklığına doğru gitmekte ve mukayeseli hukuk, hem bir ilim kaynağı ve hem bir teğriî çalışma vasıtası olarak (241), bu harekete atemdar olmaktadır. Bu gidişin millî hukuk sistemlerine «üstün» (supranational) bir milletler hukuk sistemi vücud getireceğini söyleyenler vardır (242). Fakat bu uzlaşıcı ve birleştirici hava içinde gevşemeyip, milletiye ve çağlara mahsus hukukî «özel mefhumluluğ»un mukayeseli hukuk için haiz olduğu ehemmiyet gözönünde bulundurulmalıdır. Zira mukayeseli hukukun mevzuu daıma hukukî muhteviyattır ve muhtelif millî hukuk sistemlerinin hukuk müesseselerini yakınlaştırmak ve birleştirmek için bunların kendi varlık ve mahiyetlerini iyi bilmek ve tanımak lâzımdır. Bu itibarla bu hukukî varlık ve mahiyetlerin bilinmesi yalnız birleştirme hareketi için değil, birleştirmenin arzu edilmediği veya tatbik kabiliyeti olmadığı yerlerde bir kanunun ne dereceye kadar tabii ve adilâne olduğunu anlamaya da yarar.

Bu vesile ile, mukayeseli hukuk için teklif edilen «millîlik üstü» ve hatta metafizik gaye ve vazifelerin uyandırdığı, hukukta «gayri millî» gelişme imkânı fikrinin tashih için, şunları kaydetmek isteriz. Gerek hukukta ve gerek felsefe ve sosyolojide «gayri millî» zannedilen bünyeler, hakikatta, aynı kültür âlemine ve ailesine mensup milletlerin görüş yakınlığından istintac edilmiş, umumleştirilmiş ve mücerretleştirilmiş millâhaza mahsullerinden ibarettir. Her millî 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, haşiyeye 72-77, bibliyografyayı karşı.

(241) Bu itibarla mukayeseli hukukun bir ilim olmyan cephesi bulunduğu akla gelebilir: de, teğriî çalışmalara yardımcı olan mukayeseli hukukun da istenilen mahûmatı bir ilim kolu halinde hazırlaması lâzımdır.

(242) Edouard Lambert, Sources du droit comyare ou supranational, législation 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.

itutionnel» bir tekevvin sahası husule getirir. Hukuk fikri ve hukuki gaye içtimai müesseselerde yer almakla hukuki müesseseler vucut bulur. Mukayeselin mevzuu, hukuki meseleler değil, hukuki müesseselerdir ve hukuk müesseseleri arasında görülen farklar mukayeseli hukukun meselelerini teşkil eder. Mukayeseli hukuk bu suretle millî hukuk sistemlerinin kendine mahsusuğunu belirtir ve aynı zamanda noksalarını 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 islahına da yaraması, mukayeseli hukuka «gayri millî», «millîlik üstü» ve «metefizik» gaye ve vazifeler atfına yol açmıştır.

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

Düzeltilme

Bu yazımın Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 1, 1944, s. 571 v. d. 'nda nesredilmiş 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» olacaktı. 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 yazan Franx Eulenburg (Sozialhistorische 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 birine derecesine dâhil olduğunu, aynı tarzda olan vâkiaların tekrarlanabileceğini, fakat fikri besateti haiz mücerret kanunların tarihte mevcut olmadığını, bermutat olagelen şeylerin (tezyini sanatta üslûplarda teselsülü, çiftçilik işletme sistemlerinin birbirini takibetmesi, rühbân sınıf ve mertebelerine ait fikir istikametlerinin veya tekâmülün tekrarlanması gibi) aynı tarzda vukua gelebileceğini, bu kaide ve intizam şeklindeki tekrarlanmanın, ruhunuzan 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 tarihte mahsus bir mahiyet arzeder mi? 2. Tarihi kaide ve nizamların mümkün olabilmesi için ne gibi şartlar aranmalıdır? 3. Bu tarihi kaideler hangi nevi vâkialara mâtuftur? Bu mânâda tarihi kanunun, yani kaide ve nizam şeklinde bir nevi tekrarlanmanın mevcut olup olmadığını anlamak için muhtelif zamanların ve mekânların birbiriyle mukayese edilmesi (bu iki kelime taraftımızdan tebarüz ettirilmiştir) lâzım geldiğini Eulenburg kaydediyor. Birbirine benzeyen ve benzemeyen vâkiaları ve halleri mevzu ütihaiz eden bu mukayeseli usul, Eulenburg'a göre, bemen 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 müsterek temayül, aynı sahife, sat. 41 «süje» «toplu süje», sah. 585 (15), sat. 30 «Lask» «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 çıkarılmasın müsaite değildir ve ancak tam mukayese ile muayyen neticeler elde edilebilir. Bir milletin münferit tarihi, muayyen sebep ve illetlerin mahsulü olduğunu beyan eden *Eulenburg*, «evvelimde tek başına ve bir defaya mahsus bir mahiyet arzeder. Bu tarihteki vâkıralar bir daha aynı yerde ve aynı zamanda aynı suretle vuku bulmaz. Fakat bu hal, aynı vâkıranın başka bir zamanda ve başka bir yerde tekrarlamamasını imkânsız kılar mı?» diyor. Bu suale müsbet cevap vermek, *Eulenburg*'a göre, doğru olmaz. *Eulenburg*, yalnız zamanın ve mekânın değişmesiyle vâkıraların muhteviyatı başka türlü olmak lâzım gelmeyeceği kanaatindedir. 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 ayrılmayı mümkün kılar. Eskiçağın veya lâtîn ve cerman milletlerinin umumi tarihi bir kültür olarak tasvir edildiği vakit bu netice daima tezahür eyer. Cihanşumul görüş daima mukayese inkânına bağlıdır. Bu suretle elde edilen «malûmat»ın neticesi birtakım umumi kaziyelerdir. 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 itibarıyla birbirinin aynı olanlar teftih olunur. Aralarında görülen hususiyetler, onların aynı bir sınıfa itih edilmesini intaceder. Bunun için bir çok veya hiç olmazsa müteaddit vâkıraların mukayesesi lâzımdır. Bu suretle tarihî tipler meydana gelmiş olur. Tarihi 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 İlmî olduğundan onun da ne dereceye kadar «kanunları» la işi olduğu ayrı bir meseledir. (Biz bu meseleyi «ilim sosyolojisi» ve «hukuk sosyolojisi» tetkik ve derslerimizde «birdefalık» lehine, yani «kanun» aleyhine hall ettik.) İnsanlığın âlem telâkkisini anlamak için bazı ana hat ve kalıpların kullanılması, tarihî kanunların mevcudiyetine bir delil teşkil etmez. Bunlar riyazi faraziyeler (hypothèse) meselesindedir. *Max Weber*'in «kanun» tarifini burada hatırlamak isteriz. «Anlatıcı (ver-stehende) sosyolojinin bazı kaidelerini ifade etmek için kullanılan «kanunlar», içtimai fiilleri yapanların tipik sâikleri ve müsterek olan tipik arzu ve gâveleriyle vuzuhlanan içtimai fiil ve hareketlerin bazı hâdiseler unsurlarının mevcudiyeti halinde beklenen seyrine ait ve müşahede ile kuvvet bulmuş şânslardır». (Bu kelime tarafımızdan tebariz ettirilmistir). *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1921, s. 9, bend 10 ve 11. *Nicolaï Hortmann*'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 vâkıralar 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 münhasır olup yakından bakınca her şey derin bir ferdi mahiyet arzeyler. Tarihin taahhüt etmek ve tarihin bir şekilde ifrağı 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 «paalehos» «paralellos», sah. 609 (39), sat. 36 «Bilc» «Blick» olacak, sah. 611 (41), haşiyeye 17 nihayetine «Haşiyeye 18 e bakınız» cümlesi ilâve edilecek, aynı sahife, haşiyeye 18, sat. 2 «Vergleichungstehre» «Vergleichungslehre», sah. 612 (42), sat. 15/16 «ilimlere siyaseti» «ilimlere, siyaset», sah. 613 (43), sat. 14 «mafhumile» «mefhumile», sat. 35 «lizâtihi» «lizâtîhi» sah. 615 (45), sat. 6 «dayanışın, filolojîye» aykırı» (unphiloloisch)» «dayanması, filolojîye 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 yayımlanan bu tetkikin içindekiler

I. MUKAYESENİN MAHIYETİ	571
1. İzafetlerin mahiyeti.. 571 2. Varlık ve bilginin mü'tâhıkları münasebeti.. 574 3. Mukayese ve izafetler.. 578 A. İzafetlerin psikolojik mahiyeti.. 578 B. Ruhî-içtimai izafetler.. 579 C. Düşüncenin mantikî faaliyeti ve mukayese.. 581 Ç. Vastflar ve mukayese.. 583 D. İzafetlerin mukayesesi.. 583 E. Benzerlik ve farklılık ve idrak-dışı mü'tâbk.. 584 F. Ruhî-nefsî fiil cihetinden mukayese.. 584 G. Mukayesenin muhtelif gayeleri.. 584 4. Fenomenolojik «şey-durumları».. 584 «izafet-şey-durumları» ve «mukayese-şey-durumları».. 586 a. Mukayese objelleri.. 588 b. Mukayese anları.. 588 c. Mukayese durumları.. 592 «Mukayese-şey-durumları»nın 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. Hususî hukuk ve âmme hukuku mukayesesi.. 600 3. Mukayeseli hukuk kaynakları ilmi ve Mukayeseli Dogmatik Hukuk ilmi.. 600 4. Mukayeseli Hukuk Tarihi.. 601 V. Mukayeseli Hukuk'la Hukuk Sosyolojisi, Hukuk Etmolojisi ve Hukuk Felsefesi arasındaki münasebetler. a. Hukuk Sosyolojisi.. 602 b. Hukuk Etmolojisi.. 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 Sumner Maine, Dareste, Post, «Mukayeseli Hukuk Mecmuası», Kohler.. 615 11. Mitteis, Wenger ve «Eskiçağ Hukuk Tarihi» meselesi.. 619.	
III. MUKAYESELİ HUKUKTA YENİ GÖRÜŞLER	223
1. Sateilles 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, Binder 266 — 8. Landsberger 247.	
IV. NETİCE	278
Usul ve İlim.. 280 «Mukayeseli» ilmin «mukayesesiz» ilme olan bardıncılığı, «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.	