

İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği*

Julius Hermann v. KIRCHMANN

Çeviren: Coşkun Üçok**

ÖNSÖZ'

On yıllar geçtikçe günden güne artan hukuk edebiyatında, Savcı Julius Hermann von Kirchmann adının uyanırdığı yankılar hiçbir zaman eksik olmamıştır. O, bazan gerçek bir Alman halk hukukunun büyük bir mücahidi olarak methedilmiş, bazan da gerçek hukuk ilminin düşmanı diye telin edilmiştir.²

Ancak v. Kirchmann hakkında çabuk hüküm vermek de bütün hükümler gibi tehlikeden uzak değildir. Kirchmann demokrasiye inanmıştı; o,

cesurca zamanının yeni siyasi idealleri, terakki ve aydınlanma uğrunda mücadele ediyordu. O, 1848'in bir halk adamı idi. Bundan ötürü onu iyi anlamak için yaşadığı devri iyi bilmek gerektir.

Julius Hermann v. Kirchmann 5 Kasım 1802'de Merseburg yakınında Schaffstaedt'de doğmuştur. Sonradan Prusya ordusunda binbaşılığa kadar yükselen Eberhard August v. Kirchmann adlı bir subayın oğludur. Liseyi bitirdikten sonra hukuk tahsil etmiş ve bundan sonra stajını Saksonya ilinin muhtelif adalet dairelerinde yap-

(*) Bu makale Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.6, S.1, s.181-212'den aynen alınmıştır.

(**) Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

(1) Önsözün yazılmasında Gottfried Neesse esas alınmıştır: Gottfried Neesse: Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, eine Rede des Staatsanwalts J. H. v. Kirchmann aus dem Jahre 1847. Stuttgart - Berlin 1938 (çeviren)

(2) v. Kirchmann'ın bu konferansı ile ilgili olarak şimdiye kadar yayınlanmış olan belli başlı yazıların bir listesini vermeyi faydalı buluyoruz (çeviren): Stahl, Aufgaben der Rechtswissenschaft, Leipzig 1884; Exner, die praktische Aufgabe der Jurisprudenz als Wissenschaft 1848; Srenberg I., H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft 1908; Windscheid, Recht und Rechtswissenschaft, Greifswald 1854; Windscheid, Rede an die Studierenden, München 1867; Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, Leipzig 1884; Exner, die praktische Aufgabe der romanistischen Wissenschaft (S 11 N.7); C. Erdmann, über die Stellung der Rechtswissenschaft vor dem Richterstuhl der Laien und der Schwesterwissenschaften, Dorpat 1875; Lorenz v. Stein, Gegenwart und Zukunft der Recht und Staatswissenschaft Deutschlands 1876, bilhassa S. 104 v. ö.; Brinz, Rechtswissenschaft und Rechtsgesetzgebung, München 1877; Olner, Studien sozialer Jurisprudenz als soziale Technik S. 1. V. ö.; L. Savigy, Die Stellung der Rechtswissenschaft zur Universität, Freiburg, Schweiz, 1895; H. O. Lehmann, Die Systematik der Wissenschaften und die Stellung der Jurisprudenz 1897; Schwann, DJZ. 7, 513 v. ö.; Habrucker (S 115. N. 3); Kühlenbeck, Die Rechtswissenschaft in ihren Beziehungen zu anderen Wissenschaften 1905; Leonhard, Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft 1906; Rumpf, Volk und Recht 1910, S. 86 v. ö.; Ist Jurisprudenz eine Wissenschaft?; Nussbaum, über Aufgaben und Wesen der Jurisprudenz, ZsozialW. 9, 1 v. ö.; Gareis, Moderne Bewegungen in der Wissenschaft des deutschen Privatrechts, München 1912; Stammler, Die Zukunftsaufgaben des Rechts und der Rechtswissenschaft, in Kultur der Gegenwart: Systematische Rechtswissenschaft 1913 s.551. v. ö.; Kretschmar, über die Methode der Privatrechtswissenschaft 1914; Kretschmar, Grundfragen der Privatrechtsmethodik, in JheringsJ. 67, 233 v. ö.; Joerges, Rechtsunterricht und Rechtstudium (S 74 N.1.), bilhassa s.140 ve ö.; 159 v. ö.; Huch, Der Begriff Wissenschaft im Kantischen Sinne 1917; Bozi, im Kampf um ein erfahrungswissenschaftliches Recht 1917; bunun hakkında da Bovensiepen, in Schmollers J. 41, 1601 v. ö.; DrichtZ. 1918. S. 88; Marx, Der Philosophie 1919 S. 13 v. ö.; Binder, der Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft, Kantstudien 25, 321 v. ö.; Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Leipzig 1922, S. 49. N.2; Ernest Hirs, Hukuk bir bilim kolu mudur? (Ank. Huk. Fak. Mec.) Ankara 1945.

miş ve daima âmirlerinin takdirini kazanmıştır. 1829'da yargıç yardımcısı, dört yıl sonra da Halle'de ceza yargıcı olmuştur. O, gün geçtikçe olağanüstü bir memur ve önemli bir hak koruyucusu olduğunu ispat etmiş ve herkes kendisini daha parlak bir istikbalin beklediğini anlamıştır. Nitekim daha 1835'de Querfurt Asliye mahkemesi başkanı olmuştur. İlin büyük bir kısmında tapu sicilini tesis etmekle bilhassa temayüz etmiş ve bu hizmeti nişanlarla ve başka yolda taltiflerle takdir edilmiştir.

Prusya'da yasama alanında ceza usulü hukuku reformu yapıldıktan sonra bu hukukun pratikte renk ve hayat kazanması bahse konu olunca, 1846'da v. Kirchmann – hükümetin olağanüstü itimadının bir nişanesi olarak – Berlin ceza mahkemesine savcı tayin edildi. Adalet cihazının en yüksek memuriyetlerine yükselmek artık onun içine tabii gözüküyordu.

Ancak v. Kirchmann'ın hayat plânı kariyere değil vazifeyi yerine getirmeye, vazifeyi elinden geldiği kadar iyi yapmaya hasredilmişti. Ona göre "irtica"nın belirdiği bütün organizasyonlara ve şahsiyetlere o muarızdı. Önceleri Terakkî partisine, sonradan –bu parçalandıktan sonra– da serbest fikirler partisine mensuptu. Daha Mart ihtilali sırasında kendisinin Prusya Millet Meclisine üye seçildiğini görüyoruz. Milletvekili olarak daha sonraki faaliyetinde de, Prusya Millet Meclisinde, Gümruk Parlamentosunda³ ve Alman Reichstag'ında, şahsî emniyetini düşünmeden daima kesin ve enerjik bir şekilde siyasî cereyanlara müdahale etmiş

tir. Siyasî faaliyetinde herşeyden önce iktisadî ve ticarî meselelerle meşgul olmuştur. 1869/70 yıllarında Alman Ceza Kanunu'nun hazırlanmasında önemli bir yer almıştır.

Onun temsil ettiği siyasî istikamet Hükümetin takip ettiği siyaset yoluna uymuyordu. O zamanlar bir memurun, mensup olduğu hükümetin siyasî fikirlerine iştirâk etmesi kanunen istenilmemekle beraber, idaresi, hükümdarın ve onun daha çok konservativ olan hükümetinin elinde bulunan devletin hadimi olmak itibarıyla onun hizmet dolayısıyla müşkülâtla karşılaşması da zarurî idi. Böylece daha siyasî alanda ilk gözükmelerinden hemen sonra ceza olarak kendisini Berlin'den Ratibor istinaf mahkemesi ikinci başkanlığına tayin ettiler.

Bunun sebebi, 1848 Yeşil Perşembe⁴ günü Camphausen kabinesine karşı yapılan sokak nümayişlerini idare etmiş olan halk katibi hakkında hazırlanmış olduğu iddianamenin, âmirlerinin fikrine göre çok yumuşak olması idi.

Daha o zamanlar meslek arkadaşları kendisinden kaçınmaya başladılar: hattâ bu kaçınılma o kadar genel bir hal aldı ki maiyetindekiler bile onu selâmlamaya başladılar. Onun tarafından kaleme alınmış veya onun sorumluluğu altında verilmiş olan ve güya kanunlara uymayan bir mahkeme kararından ötürü aleyhine bir dâva açıldı ve bu dâva bir para cezası ve üç ay memuriyetten mahrumiyet ile neticelendi. Bundan başka, Prusya genel mahkeme nizamının kaidelerine aykırı olarak, bu mahkemenin ikinci başkanı

sıfatıyla haiz olduğu bütün haklar elinden alındı.

1855 yılında bir Şilezya gazetesinde, bütün düşmanlıklara rağmen siyasî düşüncelerine sadık kalmış olduğunu yazınca bir defa daha aleyhine dâva açıldı ve tam maaşla kendisine beş yıl izin verildi, yalnız her türlü siyasî faaliyetten uzak durması ve konutunu ne Berlin'de ne de Königsberg'de seçmemesi şart koşuldu; o zamanlar hükümetin siyasî muarızlarını uzaklaştırmak için ne gibi bir yol takip ettiğine bu enterasan bir misaldir. Bu, mecburî istirahat zamanında kendisine miras kalmış olan küçük bir sermaye ile Dresden ile Tharand arasında bulunan Rabenau çiftliğini satın aldı ve işletmeye başladı. Ancak bu alanda pek talihli değildi; çok geçmeden servetinin büyük bir kısmını kaybetti.

Bu beş yıl henüz bitmeden, hükümetin aynı şartlar altında kendisine yeniden beş yıl izin verilmesi yolundaki teklifini reddetti ve Ratibor istinaf mahkemesi ikinci başkanlığına tekrar tayin edilmeye ve bu makamda eskiden sahip olduğu hakları yeniden elde etmeye muvaffak oldu. Ancak iş başına geçer geçmez tekrar aynı güçlükler ortaya çıktı, çünkü işle beraber siyasî hayat da tekrar başlamıştı. Bunun üzerine hükümet adeta v. Kirchmann aleyhine deliller aramaya başladı; hele Bismarck ile hükümet arasındaki anlaşmazlıkta, korkusuzca ve düşünmeden siyasî inancını belli etmesi hükümetin bu yoldaki çalışmasını hızlandırdı. 1865 yılında aleyhine bir ceza dâvası açıldı, ancak bu dâva önceleri neticesiz kaldı, çünkü çok uzun süren soruşturma sırasında dâva açılırken ortaya atılan iddiaların doğru olmadığı anlaşılmıştı. Nihayet, v. Kirchmann'ın düş-

manları, onun yıllarca önce bir işçi derneğinde, "tabiatıta komünizm" adıyla vermiş olduğu bir konferansını buldular. Bu konferansta v. Kirchmann, el işçilerinin içinde bulundukları iktisadî kötü durumla meşgul olmuş ve onlara ahlakî bakımdan da itidal ve disiplin tavsiye etmiş ve çocuk doğumunun tahdit edilmesiyle iktisadî durumun düzelebileceğine işaret etmişti; ancak her alanda olduğu gibi burada da her suç sayılabilecek veya zararlı fiilin şiddetle takbih edilmesi gerektiğini ilâve etmişti. Bundan başka v. Kirchmann, Prusya'nın en yüksek mahkemelerinden birisi olan Berlin Yüksek Mahkemesi (=Obertribunal) tarafından bir memurun hükümet veya mümessilleri hakkında kötü tenkitte bulunmasının yasak olduğu yolunda bir karar verilmiş olduğundan beri bu yolda ne bir iş yapmış, ne yazı yazmış ne de konuşmuş olduğunu ispat edebiliyordu. Buna rağmen o, yıllarca önce verilmiş olan konferans soruşturma dosyasına sokuldu. Çocuk adedinin sınırlandırılması yolundaki sözleri ahlakî kaidelere tecavüz ve suç işlemeğe teşvik diye kabul edildi. 1867'de bu dâva v. Kirchmann'ın hüküm giymesiyle sonuçlandı: bütün emeklilik hakları da alınmak suretiyle o, memuriyetten çıkarıldı.

Memuriyetten çıkıncaya kadar durmadan artan bu meslekî güçlüklerle ilâve olarak v. Kirchmann siyasî faaliyetinden ötürü, ailesinin dar sınırları dışında kalan bütün akrabalarıyla darılmış ve servetini kısmen fakir parti arkadaşlarına vererek kısmen de Rabenau çiftliği için sarfederek hemen hemen tüketmişti. Bundan başka, cezaen memuriyetten çıkarıldığı zaman aşağı yukarı 65 yaşındaydı, bu yaşta ise birçok

(3) 1868-1870 yıllarında Zollverein ile ilgili işleri görüşmek üzere Berlin'de toplanan Parlamento.

insanlar iktisaden yeni bir hayata başlamak kudretinde değildirler. Buna rağmen başkalarının uzattıkları her türlü malî yardımı reddetti: bilhassa fikirlerini beğenenlerin topladıkları 90.000 Taler "Millî yardımı" da kabul etmedi; olağanüstü malî istidadı ve iktisadî hayattaki tecrübelerinden ötürü kendisine teklif edilen önemli mevkileri de kabul etmedi. Servetinden arta kalan küçük sermayeyi, oldukça kısa bir zamanda, akıllane ve mahirane bir şekilde, faydalı işlere yatırarak öyle arttırdı ki artık rahatça yaşayabilmek imkânını elde etti.

Yetmiş yaşındayken siyasî hayattan da çekildi. v. Kirchmann'ın şahsiyeti bakımından, siyasî hayattan isteyerek çekilmemiş olması şayanı dikkattir: 1872'de, Partisinin genel arzusu hilâfına "Kültür savaşı"nda⁵ Bismarck'ın Mayıs Kanunları adı verilen kanunları aleyhine rey verdiğinden mebusluğu kaybetti. O, bir şahsiyet, ne partisi ne de kuvvetli muarızı tarafından vicdanının emri değiştirilemeyen kendi hukukuna tâbi bir adamdı. Bundan birkaç yıl önce partisinin içinde de yavaş yavaş pratiğe ve berraklığa giden yolda yalnız bırakılmıştı. Kendi yazmış olduğu hal tercümelerinin birinde söylediği gibi o, siyasette "hukukî nesir" ortaya atıyordu, halbuki parti arkadaşları "belle phrase şiiri" ile gasyoluyorlardı.

J. v. Kirchmann zayıf, ince yapılı ve orta boylu bir şahıs tasvir edilir. O işitilmemiş bir çalışma kudretine sahipti ve bunu iddiasız fakat muntazam bir yaşayış tarzıyla değerlendirmek imkânını bulmuştu. Kendisine getirilen her iş için daima zamanı vardı ve hiçbir zaman hasta olmamıştı, yalnız bir kere ağır bir şekilde zatürrie olmuş ve 73

yaşında bu hastalığı da yenmesini bilmişti, bir de 1880 yılında İsviçre'de yaptığı uzun yürüyüşlerinden ötürü hastalanmıştı. Mesut bir aile hayatı çalışmalarına neşe ve olgunluk vermekteydi: 1834'de evlenmiş olduğu karısı o zamanlar her tarafta tanınan feylesof yazarı Wilhelm Butte'nin güzelliği ve zekâsıyla meşhur kızydı. Bu evlenmeden iki de kızı olmuştu.

Bundan başka v. Kirchmann büyük bir müzik dostu idi ve müzikten iyi anladığı gibi bizzat kendisi de müzikle uğraşırdı. O büyük seyahatler de yapmıştı: 1855'de Türkiye'ye on yıl sonra da İtalya'ya gitmişti; bilhassa memuriyetten çıktıktan sonra Berlin'deki evinde seçkin bir kadın ve erkek gurubunu etrafına toplamıştı.

J. v. Kirchmann 20 Ekim 1884'de gene durmadan çalıştığı bir sırada ölmüştür.

J. v. Kirchmann'ın memuriyette ve siyasette olağanüstü çalışmalarından başka bir yandan sanat alanında uğraşır ve önemli bir cemiyet hayatı yaşarken bir yandan da ilim alanında değerli eserler meydana getirebilmesi şaşılacak bir şeydir. Bilhassa gayrimenkul gelirleri meselesi hakkında yazmış olduğu iktisadî yazıları her ne kadar orijinal ve fikir dolu idiyeler de pek önemli değildirler, buna karşılık hukukî ve felsefî eserlerinin çoğu halâ bugün bile dikkatle okunmaya değmektedirler. O Latin, Yunan, İngiliz, Fransız ve İtalyan dillerini çok iyi bildiği için büyük başarı ile yabancıların büyük felsefî eserlerini de terçime edebilmiştir.

O zamanlar çok ilgi çeken ve çok okunan bir kolleksiyon olan "Felsefî

Kütüphane'nin bazı ciltlerini o çıkarmıştır. Kendi yazmış ve içinde kendine mahsus bir sistem kurmuş olduğu felsefî eserler bilhassa "Biliş Felsefesi", "Ölmemezlik Hakkında Deneme", "Realist Temele Dayanan Estetik" ve çok tanınmış olan "Felsefe Kateşizması" adlı eserleri zikre değer.

Onun felsefe alanındaki çalışmaları hiçbir zaman gerektiği gibi değerlendirilmemiştir; buna rağmen Eduard v. Hartmann gibi bir düşünür onların yüksek ilmi değerine işaret etmiştir. Hukukî yazıları arasında bir kere Prusya hukuk usulü kanununa 1847'de yazmış olduğu şerh bir de gene aynı yıl içinde Berlin'de vermiş olduğu "Hukukun İlim Olmak Bakımından Değersizliği" adlı konferans zikredilmektedir.

Kirchmann'ın vermiş olduğu geniş eserler içinde çok küçük bir yer alan ve belki kendisi için bile eserlerinin zirvesini teşkil etmemiş olan bu küçük konferans bugün bile halâ onun adını yansıtmaktadır. O, Alman dilinde verilmiş olan konferansların en önemlilerinden birisidir. Halâ Alman dilinde, fikir bakımından böyle dolu ve dil bakımından böyle mükemmel bir eserin eşine az rastlanmaktadır. Bu konferans daima okunacak ve daima onun hakkında fikir beyan edilecektir. Bu eser ancak, onu meydana getirenin hayatı gözönünde tutulursa iyice anlaşılabilir. Bu konferansın hakikî değerinin birçok münekkithleri tarafından anlaşılmamış olması ve onun, hukuk ilmi bakımından korkunç bir şey, sorumluluk hissi olmayan birisinin islahat teklifi diye yanlış tefsir edilmesi değerini kaybetmesine sebep teşkil etmez.

Gerçeğe şekil verme ve iradeyi kabul ettirme vasıtaları arasında söz, nu-

tuk, en başta gelir. Hatip, dinleyici ile doğrudan doğruya bir rabita tesis eder, o yalnız fikirlerini söylemekle kalmaz, sesinin tonu, bakışı ve jestleri, şahsiyetinin tesiriyle belli kimseleri, belli bir zamanda ve belli bir yerde kendine bağlar ve heyecana getirir. Harfler, yazılı şekil, mahiyeti icabı, bu doğrudan doğruya tesire sahip değildir ve ona sahip de olamaz.

Bir konferansın yazılmasından ibaret olan yazıların ayrı bir yeri vardır. Hakkıyla okumasını bilen kimseler büyük bir kısmı irticalen söylenmiş olan - v. Kirchmann'ın bu konferansında olduğu gibi - bir konferansın yazılı şeklini okurken, jestlerin canlılığını ve cümlelere verilen tonu hisseder ve böylece müellifin fikrî gayesini, bilhassa kuvvetli, berrak ve derin bir şekilde kavrayabilirler. Aynı zamanda yazılarak tespit edilmiş olan bir konferans söylenen söz gibi uçucu ve geçici değildir ve bundan ötürü de aynı derecede anlamamazlıklarla ve yanlış yorumlarla karşılaşmaz.

Bugünkü konferansımızın konusu, meselenin derin hakikatine ehemmiyet vermeyerek yalnızca hoş bir başlık koymak istediğim zehabını kolayca uyandırabilir.

Her şeyden önce böyle bir zehabı reddederim. Gerçekten maharet de mevcut olduğu takdirde böyle bir teşebbüs iyi ve güzel vakit geçirici olabilir; ancak derneğin karakterine ve üyelerinin ciddiyetine borçlu olduğum hürmet beni, konumu bu yolda incelemekten alıkoymaz.

Bunun için daha şimdiden şunu tebarüz ettireyim ki, size söylemeğe cesaret edeceğim şeyler, vicdanen kani

(5) 1870 sıralarında Prusya devleti ile Katolik kilisesi arasında başlayan siyasî mahiyetteki mücadele.

olduğum şeylerdir ve erişemezsem bile gayem hakikati bulmaktır.

“İlim olmak bakımından hukukun değersizliği” diye adlandırdığım konu iki mânâya birden gelmekle malûldür. İlim olmak bakımından hukukun değersizliği iki anlama gelir: “gerçi hukuk bir ilimdir, ancak o her ilme yaraştığı ve her ilimde olduğu gibi gerçekliğe ve milletlerin hayatına tesir edemez”. Bir de “Hukuk nazari bakımından ilim olarak değersizdir, hukuk ilim değildir ve ilmin hakikî mefhumuna erişemez”.

İstemeyerek konuma girmiş olan bu iki mânâlılığı gene de reddetmek istemem; konunun her iki yoldaki mânası da size söylemek istediklerimi ifade etmektedir.

Bu gibi cümleler şüphesiz alışılmış cümleler değildir; hukukun mukaddesliği ve yüksekliği halâ sarsılmamış ve herkes tarafından tanınmış bir halde ortada durmaktadır, ancak günlük tecrübelerde bu mütearife karşı şüphe ve tereddütler uyandırmaya elverişli olabilecek bazı belirtiler de mevcuttur. Tatbi-katçı hukukçulardan hangisine meşguliyetinin boşluğu ve yetersizliği hissi arasına gelmez? Edebiyatın hangi kolunda hukukta olduğu kadar iyiler yanında mânâ ve zevkten azade kitaplardan müteşekkil böyle bir yığın vardır. Mukaddes Justitia⁶ bugün bile halâ halk arasında bir alay konusudur; kültürlü bir kimse bile haklı olduğu zamanda dahi onun eline düşmekten korkar; onun şekilleri ve usulleri arasında kendine bir yol bulmak için boşuna uğraşır. Ne büyük bir

kanunlar yığını ve ne kadar çok boşluklar! Ne büyük bir etüd ve bilginlik israfı ve buna rağmen nazariyatta ve tatbikatta ne kadar tereddüt ve ne kadar emniyetsizlik! Nasıl bir devlet ki bir yandan hakkın gerçekleşmesini en yüksek vazife bilir, bir yandan da hakkın elde edilmesi için insanları yüksek meblâğlar ödemeğe mecbur eder!

Alışkanlığın körleştirici kuvveti neticesinde hukukçuların münevverleri çok geçmeden bu gibi tezahürlere aldırma-dan yollarına devam ederler ve hukukçu olmayan birisi bu yolda ağızını açmak istedi mi, o hemen meseleyi anlamadığı iddiası ileri sürülerek susturulur. Fakat bu tezahürler o kadar devamlıdır ki, bu, bunların temellerinde derin nispetsizlikler olduğuna en açık işarettir ve bunlar o kadar önemlidir ki, bu tezahürlerin derin sebeplerini araştırma yolunda yapılan bir teşebbüs, muhterem dinleyiciler tarafından gösterilecek alâkaya çekinmeden güvenebilir.

Her hangi diğer bir ilimde olduğu gibi hukuk ilminin konusu da, bizzat ilmin mevcudiyetine ve ilmin anlayış kudretine bakılmaksızın, özerk, serbest ve bağımsız olarak mevcuttur. Bu konu halk arasında yaşayan ve münferit her şahıs tarafından kendi muhitinde gerçekleştirilebilen hukuktur; buna “Tabiî” hukuk adı verilebilir.⁷ Bu münasebet bütün diğer ilimlerde de mevcuttur; tabiat böylece tabiî ilimlerin konusudur; Fizyolojinin mevcudiyetlerini ve kuvvetlerini bilip bilmediğine aldırma-maksızın çiçek açar, hayvan yaşar; böylece ruh Psikolojinin konusu, düşünme basit faaliyeti halinde akıf ise

mantığın konusudur. İnsanlar bu ilimlerin tekevvününden önce, tekevvününden sonra düşündüklerinden ve duyduklarından başka türlü düşünüp duymuyorlardı. Matematik de kendisi tarafından yaratılmış kanunlarla uğraşmaz. Mekânın ve rakamların nispetleri her ne kadar mücerret iseler de, bunlar da gene daima gerçeklikten tecrit edilerek elde edilmişlerdir; Pythagor dâvası, Pythagor onu keşfetmeden önce de fiilen mevcuttu. Felsefenin bile gerçek, mutlak ve edebî bir konusu vardır ki, ilim bunun inceliklerine varmak mecburiyetindedir.

Yeni Felsefe konu ile ilim arasında ki bu zıddiyeti ortadan kaldırmaya teşebbüs etmiştir, her ne ise bundan burada sarfınazar edilebilir.

Varlıkla bilgi arasında iddia edilen ayniyet, bazı büyük düşünürler tarafından sistemlerin zirvesi olarak kabul edilmiş ise de bu sistemlerin inkişafında adı geçen iki kavram arasındaki zıddiyet yeniden ortaya çıkmaktadır; tabiatı, tabiat adı değil de “başka oluş” şeklindeki fikir adı verilmekte ise de, mezkûr zıddiyet ortadan gene kalkmamış belki isim yanından alınarak sıfatın yanına konulmuştur.⁸

Demek ki hukuk ilminin konusu hukuktur ve yakından bakılınca bu, evlilik, aile, mülkiyet, akitler, mamelekin miras yoluyla intikali, sınıf farkları, hükümetin halkla, milletlerin birbirleriyle münasebetlerinden ibarettir. Hukukun ilme nispetle bu bağımsızlığı çok önemlidir; bu hususta arasına şüphe ve tereddütler ileri sürülmüş veya hiç olmazsa bu yolda tahditler konmak istenmiştir, halbuki basit mülâhazalar bunun doğruluğunu şüpheye yer ver-

meyecek bir şekilde açıklamaya yeter. Bir millet hukuk ilmi olmadan da yaşayabilir, fakat hukuksuz asla; hattâ hukuk, oldukça yüksek bir gelişme derecesine varmış olmalıdır ki, hukuk ilmi düşünülebilir ve ona başlanabilir. Tarih de aynı şeyi söylemektedir. Yunanistan’da kamu hayatı ve aile hayatı zengin bir gelişmeye varmıştı; halbuki hukuk ilmi ilk başlangıçta donup kalmıştı. Cumhuriyetin sonuna kadar Roma’da da, Glossatorlar zamanına kadar Ortaçağın Cermen Romen milletlerinde de durum böyle idi.

Diğer ilimlerin konusuna nispetle hukukda bir tek fark olduğu, belki burada şüphelerin uyanmasına sebep olabilir, bu da ilmin konusu hukuka dahil olan vukuf unsurudur.

Gerçekten bu fark doğrudur. Bir millet, hukuk ilmi mevcut olmasa da hukukunu bilir, ancak bu bilgi bir ilim değildir; bu, hissin ve tabiî dirayetin karanlık mıntıklarında bulunur, bu yalnız münferit hallerde hukukun bilinmesidir; bunun da mücerret kaideleri darbimeselleri varsa da bunları ilmi bir değer verilmesi düşünülme-siz bu kaideler uygulanırdıkları kadar uygulanmazlar da; esas olan her münferit halin hususiyetidir, yoksa o kaide değil. Dil ilmi de bu bakımdan hukuka benzer; dil ilminin konusuda vukuf unsurunu ihtiva eder. Halk konuşurken zamanları ve sigaları doğru kullanmayı bildiği halde gramerin, dil ilminin belki dil ilminin ismini bile bilmez.

Demek ki, hukuk ilminin vazifesi de diğer bütün ilimlerinkinin aynısıdır; o da anlamak, bunun kanunlarını bulmak, nihayet kavramları geliştirmek, münferit müesseselerin birbirleriyle

(6) Romalıların adalet ilahesi.

(7) Müellif bütün konferansında “Tabiî” hukuku bu anlamda kullanmıştır, okuyucuların gözüne çarpsın diye bundan sonra geçen Tabiî hukuk kelimeleri daima giyme içine alınmıştır. (Çeviren)

(8) Bununla v. Kirchmann, Hegel’in Ayniyet felsefesine işret etmek istemiştir. (Çeviren)

akrabalığını ve ilgisini meydana çıkar-mak ve en son, bildiklerini basit bir sis-tem de toplamakla ödevlidir. Benim konferansımın konusu buna göre şu so-ru olarak belirmektedir: Hukuk ilmi bu vazifesini nasıl başarmıştır? Diğer ilimlere nisbetle bunu nasıl yapmıştır? Bu yolda onlardan ileri mi gitmiş yok-sa geri mi kalmıştır?

Demin bahsettiğimiz ve hukukun konusunda bizatihi mevcut olan vukuf unsurunun, hukuk ilmine diğer ilimlere nispetle oldukça iyi bir durum temin etmiş olduğu düşünülebilir. Ancak ta-rih bize bunun aksini öğretmektedir. Yunanlılar'da diğer bütün ilimler çok ilerlemişlerdi; yalnız kamu hukuku müstesna, hukuk ilmi hiç işlenmemişti. Ceza hukuku ve özel hukuk alanında ihmal edilmiş olanları İmparatorlar devrinde Romalı hukukçular tamamladılar ve bunların çalışmaları sayesinde o zamanlar hukuk ilmi diğer bütün ilimleri geride bıraktı. Bu çalışmalara dayanabilen Ortaçağ'da bu durum uzun zaman devam etti; fakat Ba-con'dan sonra durum tamamiyle değiş-ti. Müşahade prensibi, spekülasyonun tecrübeye tâbi tutulması prensibi – ki aslına bakılırsa Romalı Klâsikler de hukuk ilimlerinin mükemmeliyetini bu prensibe medyundurlar – bundan böyle bütün ilimler tarafından kabul edildi ve bu yeni metodun neticeleri çok geçme-den mucizeler sınırına dayandı. Keşif-ler, keşiflerin üzerine yığılmaya başla-dı; eskiden bir yüzyıl içinde hülyalı spekülasyonlarla tespit edildiği sanılan şeyler onu takip eden yüzyıl içinde ge-ne aynı spekülasyonlarla yıkıldığı hal-de bundan böyle sağlam bir temel elde edilebildi; bir yüzyılın keşifleri ve ça-lışmaları bundan sonraki yüzyılda da üzerinde inşaata devam edilen ve artık

şasıllacak yüksekliklere çıkmış olan sağlam bir temel olarak kaldı. Buna karşılık hukuk Bacon'dan beri gerile-memiş de yerinde saymıştı, kuralları, kavramları o zamandan beri kesinleş-memiş, berraklaşmamışlardır, en ezi-yetli bir incelemeden sonra nihayet emin ve sarsılmaz bir sonuca varıldığı sanılmış, halbuki daha bunun üstünden on yıl geçmeden tartışma yeniden baş-lamıştır. Cujatius ve Donell, Hotto-mann ve Duaren'in eserleri halâ örnek sayılmaktadır, zamanımız bunlardan daha iyi eserler vermemiştir; bu haki-kat ilmin en ileri gelenleri tarafından bile kabul edilir.

Bu dış müşahadelerle meseleyi çö-zülmüş ve vazifemi bitmiş telâkki et-mek istemem. İddiamı doğrudan doğ-ruya ispat edebilmek için genel olarak ilmin tarifini yapmam ve bununla hu-kukun başarılarını karşılaştırmam ica-bederdi. Ancak böyle bir metod birçok güçlükleri içinde sakladığı gibi bu kon-feransın kısa zamanı içinde gerçekleşt-irilmesi de imkânsızdır; ayrıca, bunun neticesi gene sathî olmaktan kurtula-maz ve aradaki farkın derin sebepleri anlaşılamaz. Bundan ötürü başka bir yolda yürümeye teşebbüs etmek istiyorum. Eğer benim, hukukun ilim olmak bakımından değersiz olduğu yolundaki iddiam bir hakikat ise, bir kere bunda-ki suçun şahıslara, ilmin inceleycilerine yükletilemeyeceği anlaşılır. Bazı sı-nırları belli çağlarda, şu veya bu ilmin o zamanki mensuplarının ve inceleyci-lerin suçu neticesi geri kaldığına ait ör-nekler vardır; fakat ilimlerin doğduğu günlerden bugüne kadar geçen binlerce yıl için aynı şeyi iddia etmek imkânsız-dır; bu, hangi konuyla uğraşırsa uğraş-sın daima aynı olan ve aynı kalan insan aklının mahiyetine aykırıdır. Hukukun

diğer ilimlerden, hakikaten geri kaldı-ğını kabul edersek, bunun sebebi yal-nız konunun kendisinde mevcut olabi-lik; bu, yalnız konuda mevcut olan giz-li kuvvetlerin, insan aklının, bu istika-metteki çalışmalarına engel olmasın-dan ileri gelebilir. Konferansımın ko-nusunu doğru olarak inceleyebilmemin yolu demek ki, hukukun konusunun di-ğer disiplinlerin konusuyla mukayese edilmesiyle başlamalıdır. Konunun bu şekilde incelenmesi başarı ile netice-lendiği takdirde iki bakımdan faydalı olacaktır: bir yandan iddiam ispat edil-miş olacak, diğer yandan da bunun se-bepleri anlaşılacaktır.

Şimdi, bu mukayeseli metodu kul-lanınca, diğer ilimlerin konularında te-sadüf edilmeyen ve hukuka mahsus olan birçok farklı metodlar göze görü-nür.

İlk ortaya çıkan hususiyet, hukuk il-minin konusu olan "tabii" hukukun de-ğişici olması keyfiyetidir; ay ve yıldız-lar binlerce yıl önce nasıl parlıyor idi-yeler bugün de aynı şekilde parlıyor, gül bugün halâ cennette açtığı gibi açar, halbuki hukuk o günden bugüne başka bir hukuk olmuştur. Evlilik, aile, devlet, mülkiyet, en çeşitli kisvelere bürünmüşlerdir. Materielin bu de-ğişici-liğinin malûm adı hukukun münferit müesseselerinin ilerleyen gelişmesidir. Bu gelişmeyi genel olarak hukukun iyi bir tarafı olarak gösterirler; hattâ bu te-mayül, muhtevaya ve istikamete hiç bakılmaksızın, hukukun esası diye de kabul edilmiştir. Böyle iddialar hiç ol-mazsa göze batmaktadır; insanlık baş-langıçtan beri mümkün olan en iyi or-ganik vücutla mücehhez olduğundan

ötürü tabiidir ki, çok bahtiyardır; ancak bununla birlikte, zamanına göre insan-lığın her müessesesine de en iyi şekilde uyan hukuk müesseseleri de bu vücutla birlikte kendisine verilmiş olsa insanlık daha mesut olmaz mıydı? Milletlerin, o arzulanan nimetleri elde edebilmek için yüzyıllarca mücadele, eziyet ve acıya göğüs germelerinde nasıl olur da bir iyilik ve saadet gizli olabilir? An-cak bu düşünceler buraya ait değildir; ister iyilik ister bir mahzur olsun, bu gelişme hususu yeter. Burada sorula-cak biricik soru, konunun bu de-ğişicili-ğinin, ilme ne gibi tesirleri olduğu me-selesidir. Bu sorunun karşılığı şüpheli olamaz; bu tesirler çok menfi tesirler-dir. Her ilmin tabiatı icabı, bu ilme ait olan hakikat, yavaş yavaş olgunlaşır, her çeşit hatanın içinden geçen bir yol kovuşturur, onun kanunları ancak men-suplarının yüzlerce yıl süren uzun ve müşterek çalışmalarının bir mahsulü-dür. Diğer ilimler için bu yavaş ilerle-meden bir zarar doğmaz; dünya bugün de bin yıl önce olduğu gibi güneşin et-rafında dönmekte, ağaçlar ve hayvan-lar Plinius' zamanında olduğu gibi ye-tişmekte ve yaşamaktadır. Bunların ta-biatları ve kuvvetleri hakkındaki ka-nunlar birçok uzun güçlüklerden sonra keşfedilmekle beraber, bugün için nasıl bir hakikatı ifade etmekte ve bütün istikbal için de bir hakikat olarak kal-maktadırlar. Halbuki hukuk ilminde durum başkadır. Hukuk ilmi uzun yıl-lar süren çalışmalardan sonra, hakikî mefhumu, hukukun müesseselerinden birinin kanununu buldu mu, geçmiş olan zaman içinde konu değişmiştir bi-le; ilim ilerleyen gelişmeden daima çok

(9) Gaius Securusus Plinius Senior, Romalı müellif, M.S. 79 yılında Vezüv yanardağının indiiarı neticesi ölmüş-tür, eserleri arasında bilhassa 37 ciltlik tabiat tarihi "Naturalis historia" tanınmıştır. (çeviren)

sonra gelir ve yaşanılan zamana asla yetişemez. O çölde ilerleyen bir seyyaha benzer. Çiçekli bahçeler, dalgalı göller gözünün önündedir, bütün gün yürür ve akşam olunca o bahçeler ve göller ondan gene sabahki kadar uzaktadırlar. Goethe'nin zamanından beri bu durumu düzeltmek için çok çalışıldı. Mephisto'nun alayları bugün için bile halâ, hele kamu hukuku alanında, hakikati ifade etmektedir.¹⁰ Yunan devleti ancak yıkıldıktan sonra kavranabildi; Roma hukukunun sıkı müesseselerinin ilmi, ancak Jus Gentium onun yerini aldıktan sonra tamamlandı; Alman devleti anayasasının ruhu ve mükemmelliği Napoleon tarafından onun en son izleri de silindikten sonra anlaşıldı. Hukuk ilmine istirap veren hastalığın ilk sebebi budur, bundan ilme engel olan birçok neticeler doğmaktadır.

Bir başka hususiyet de, hukuk ilminin, hukukun gelişmesine karşı düşmanca bir durum almasından ileri gelmektedir: eski, iyi döşenilmiş, malûm evde oturup kalmak her sene yeniden bir eve taşınmak, yeniden yerleşmek ve alışmaktan tabiidir ki çok daha rahattır. İlim gelişmesiyle başa çıkamadığını kabul etse bile yaşanılan zamanın müesseselerini inkiraz etmiş müesseselerin malûm kategorilerine sokmaya zorlamak temayülü gene onda mevcuttur. Romalı hukukçularda bile bunu ispat edecek deliller bulunur.

Actiones utiles, quasi - delicta, quasi - contractus, quasi - possessio'lar, onların son zamanların serbest müessese-lerine eski sıkı zamanın örneklerine

göre şekil vermeleri bunun güzel örnekleridir.

Alman hukukçuları bu yolda daha ileri gitmişlerdir. Alman evlenmesi, velayet hukuku, Alman irtifak hakları ve sınıf münasebetleri zorla Roma hukukunun kavramları içine sokuldu; halbuki ikisi arasındaki münasebet isimlerinin aynı olmasından başka birşey değildir. Konunun bu yolda harekete imkân vermediği hallerde ise bunları serbestçe ilmi bir şekilde tespit edecekleri yerde ne yapacaklarını bilememişler ve "Usus modernus" adıyla onları Roma müesseselerine eklemişlerdir. Alman hukukçularının bu hareketi artık her ne kadar herkes tarafından bir hata diye ayıplanmakta ise de bu hatanın yüzyıllarca ve herkes tarafından işlenmiş olması, bize bunun, meselenin esasındaki bir sebepten ileri geldiğini ispat eder.

Roma hukukçularının aynı şekilde hareketleri bugün bile örnek sayılmaktadır. Her ilimde olduğu gibi hukukta da her yeni teşekküle serbestçe bakıp, önceden mevcut tasavvurlar olmaksızın bunun temelini araştırmak ve bizzat bu teşekkülün kendisinden yeni kavram ve kanunları çıkarmak doğru metod değilmiş gibi hareket edilmesi çok tuhaftır. Diğer herhangi bir hukuk teşekkülünden sonra meydana gelen yeni bir müessese, daha önce böyle bir müessese mevcut olduğu için, mutlaka ondan çıkmış sayılmamalıdır. Roma devletinin ilk zamanlarındaki özel hukuk, asillerin ve rahiplerin halka uyguladıkları en sıkı bir despotizmin mahsulüydü; sert şekil ve formüller, münasebetlere ve hukukî kovuşturmaya engel ol-

makta hattâ hukukî kovuşturmanın hangi günlerde mümkün olduğu bile halka bildirilmemekteydi. Özel hukukun, Cumhuriyet ve İmparatorluk devirlerindeki bütün gelişmesi, hukukun bu bağlardan yavaş yavaş sıyrılmasından başka birşey değildir. Bu gelişmenin çizdiği istikamet aksine Romalı hukukçular inatçı bir ukelâlıkla eski ve bağıntılı müesseselere sıkı sıkıya sarıldılar ve bunları daha sonraki zamanların mahsulü olan kurumlar için de baş örnek kabul ettiler. Bütün Roma hukuk sisteminde göze çarpan ikilik, değişmez şekillerle serbest hareket ve harfi harfine uygulanan kaidelerle hiçbir şeye bağlı olmayan nasafet arasındaki o birbirine bağlanamayan tezat bundan ileri gelmektedir.

Konusunun hususiyetinden ilim için meydana çıkan bu tehlike, hukuk alimlerini çok kere, geçmiş hukuku inceleyerek bugünkü hukuku tamamiyle unutmak ve bugünkü hukuku, mağrurane, tatbikatçının hor gördükleri uğraşma alanına terketmek yanlış yoluna sevketmiştir. Büyük kütlenin takip edemediği bir alana girmek, bilgi ışığının en çok parladığı, en birbirine zıt neticeleri, sıhhatli insan aklının reddedemediği bir alanda bulmak çok baştan çıkarıcıdır. Tarihçi mektep bu hususta yeter delil ortaya koymuştur; hattâ bu mektebin en ileri gelenleri bile tam ortadan giden bir yolu zorla bulabilmişlerdir.

Her halde de hukuk ilmi, konusunun değişir olmasından ötürü muazzam bir safra ile, yani geçmişin incelenmesi ile yüklüdür. İncelenmeye hakkı olan yalnız yaşanılan zamandır. Geçmiş ölüdür; geçmiş yalnız yaşanılan zamanı anlamak ve ona hakim olmak için bir vasıta olduğu nispette değerlidir.

Bir konunun mahiyeti, bu uzun yolu, bu bulanık gözlüğü zarurî kılıyorsa, ilim boyun eğmek mecburiyetindedir, ancak bu, ilim için bir bahtiyarlık da sayılamaz. Tabiat ilimleri gibi hukuk ilmi de doğrudan doğruya konusuyla temas etseydi, bu hukuk ilmi için ne kadar iyi olurdu. Bir geçmiş kurumlar safrası, en iyi kuvvetlerin büyük bir kısmının harcanmasına sebep olmaktadır. Ölü hukukun kaynaklarının çok az ve zayıf akması, hastalığı büsbütün ağırlaştırmaktadır. Yüzyıllarca çalışma ve meçhulleri çözme neticesi kurulan bir binanın günün birinde bulunacak eski bir pergamentle temellerine kadar yıkılmıyacağından kimse emin değildir. Yalnız dil ilmi buna benzer bir durumda bulunmaktadır; onun da konusu ilerleyici bir gelişmeye tâbidir; gene de dil ilmi hukuk ilminden oldukça iyi durumdadır, çünkü onun konusunun geçmiş, eski vesikalar ve kitaplarla en zengin bir şekilde muhafaza edilmiş ve inceleyicilerinin önüne serilmiştir.

Mukayeseye devam edilince hukuk ilminin konusunun yeni bir hususiyeti de, hukukun yalnız bilgide değil duyguda bulunmasında, onun konusunun yalnız insan kafasına değil göğsüne de yerleşmiş olmasında kendini göstermektedir. Diğer ilimlerin konuları bu fazlalıktan âridirler. Işığın, esirin bir ihtizaz hareketi mi, yoksa küçük cisimciklerin düz hareketleri mi olduğu; akıl ve idrâkin bir veya birbirinden farklı olduğu; dördüncü dereceden cebir denklemlerinin doğrudan doğruya çözümlü çözülemeyeceği, bunlar hepsi ilgi çekici sorulardır, fakat duygu burada hiçbir zaman, önceden bir hüküm verilmesine bir netice çıkarılmasına sebep olmamıştır. Şu veya bu cevap aynı şekilde kabul edilir, istenilen yalnız ha-

(10) Müellifin kastettiği Faust'da Mephisto'nun şu sözleridir: kanunlar ve hukuk ebedi bir hastalık gibi intikal etmekte, nesilden nesile sürüklenmekte ve yavaşça yerden yere geçmektedir. Akıl delilik, iyilikse kötülük olmaktadır; eğer bir torunsan, vah haline! Bizimle birlikte doğan hukuktan, maalesef kimse bahsetmiyor. (çeviren)

sonra gelir ve yaşanan zamana asla yetişemez. O çölde ilerleyen bir seyyaha benzer. Çiçekli bahçeler, dalgali göller gözünün önündedir, bütün gün yürür ve akşam olunca o bahçeler ve göller ondan gene sabahki kadar uzaktadırlar. Goethe'nin zamanından beri bu durumu düzeltmek için çok çalışıldı. Mephisto'nun alayları bugün için bile halâ, hele kamu hukuku alanında, hakikati ifade etmektedir.¹⁰ Yunan devleti ancak yıkıldıktan sonra kavranabildi; Roma hukukunun sıkı müesseselerinin ilmi, ancak Jus Gentium onun yerini aldıktan sonra tamamlandı; Alman devleti anayasasının ruhu ve mükemmelliği Napoleon tarafından onun en son izleri de silindikten sonra anlaşıldı. Hukuk ilmine istirap veren hastalığın ilk sebebi budur, bundan ilme engel olan birçok neticeler doğmaktadır.

Bir başka hususiyet de, hukuk ilminin, hukukun gelişmesine karşı düşmanca bir durum almasından ileri gelmektedir: eski, iyi döşenilmiş, malûm evde oturup kalmak her sene yeniden bir eve taşınmak, yeniden yerleşmek ve alışmaktan tabiidir ki çok daha rahattır. İlim gelişmesiyle başa çıkamadığını kabul etse bile yaşanan zamanın müesseselerini inkiraz etmiş müesseselerin malûm kategorilerine sokmaya zorlamak temayülü gene onda mevcuttur. Romalı hukukçularda bile bunu ispat edecek deliller bulunur.

Actiones utiles, quasi - delicta, quasi - contractus, quasi - possessio'lar, onların son zamanların serbest müessese-lerine eski sıkı zamanın örneklerine

göre şekil vermeleri bunun güzel örnekleridir.

Alman hukukçuları bu yolda daha ileri gitmişlerdir. Alman evlenmesi, velayet hukuku, Alman irtifak hakları ve sınıf münasebetleri zorla Roma hukukunun kavramları içine sokuldu; halbuki ikisi arasındaki münasebet isimlerinin aynı olmasından başka birşey değildir. Konunun bu yolda harekete imkân vermediği hallerde ise bunları serbestçe ilmi bir şekilde tespit edecekleri yerde ne yapacaklarını bilememişler ve "Usus modernus" adıyla onları Roma müesseselerine eklemişlerdir. Alman hukukçularının bu hareketi artık her ne kadar herkes tarafından bir hata diye ayıplanmakta ise de bu hatanın yüzyıllarca ve herkes tarafından işlenmiş olması, bize bunun, meselenin esasındaki bir sebepten ileri geldiğini ispat eder.

Roma hukukçularının aynı şekilde hareketleri bugün bile örnek sayılmaktadır. Her ilimde olduğu gibi hukukta da her yeni teşekküle serbestçe bakıp, önceden mevcut tasavvurlar olmaksızın bunun temelini araştırmak ve bizzat bu teşekkülün kendisinden yeni kavram ve kanunları çıkarmak doğru metod değilmiş gibi hareket edilmesi çok tuhaftır. Diğer herhangi bir hukuk teşekkülünden sonra meydana gelen yeni bir müessese, daha önce böyle bir müessese mevcut olduğu için, mutlaka ondan çıkmış sayılmamalıdır. Roma devletinin ilk zamanlarındaki özel hukuk, asillerin ve rahiplerin halka uyguladıkları en sıkı bir despotizmin mahsulüydü; sert şekil ve formüller, münasebetlere ve hukukî kovuşturmaya engel ol-

makta hattâ hukukî kovuşturmanın hangi günlerde mümkün olduğu bile halka bildirilmemekteydi. Özel hukukun, Cumhuriyet ve İmparatorluk devirlerindeki bütün gelişmesi, hukukun bu bağlardan yavaş yavaş sıyrılmasından başka birşey değildir. Bu gelişmenin çizdiği istikamet aksine Romalı hukukçular inatçı bir ukelâlıkla eski ve bağıntılı müesseselere sıkı sıkıya sarıldılar ve bunları daha sonraki zamanların mahsulü olan kurumlar için de baş örnek kabul ettiler. Bütün Roma hukuk sisteminde göze çarpan ikilik, değişmez şekillerle serbest hareket ve harfi harfine uygulanan kaidelerle hiçbir şeye bağlı olmayan nasafet arasındaki o birbirine bağlanamayan tezat bundan ileri gelmektedir.

Konusunun hususiyetinden ilim için meydana çıkan bu tehlike, hukuk alimlerini çok kere, geçmiş hukuku inceleyerek bugünkü hukuku tamamiyle unutmak ve bugünkü hukuku, mağrurane, tatbikatçının hor gördükleri uğraşma alanına terketmek yanlış yoluna sevk etmiştir. Büyük kütlenin takip edemediği bir alana girmek, bilgi ışığının en çok parladığı, en birbirine zıt neticeleri, sıhhatli insan aklının reddedemediği bir alanda bulmak çok baştan çıkarıcıdır. Tarihçi mektep bu hususta yeter delil ortaya koymuştur; hattâ bu mektebin en ileri gelenleri bile tam ortadan giden bir yolu zorla bulabilmişlerdir.

Her halde de hukuk ilmi, konusunun değişir olmasından ötürü muazzam bir sahra ile, yani geçmişin incelenmesi ile yüklüdür. İncelenmeye hakkı olan yalnız yaşanan zamandır. Geçmiş ölüdür; geçmiş yalnız yaşanan zamanı anlamak ve ona hakim olmak için bir vasıta olduğu nispette değerlidir.

Bir konunun mahiyeti, bu uzun yolu, bu bulanık gözlüğü zarurî kılıyorsa, ilim boyun eğmek mecburiyetindedir, ancak bu, ilim için bir bahtiyarlık da sayılamaz. Tabiat ilimleri gibi hukuk ilmi de doğrudan doğruya konusuyla temas etseydi, bu hukuk ilmi için ne kadar iyi olurdu. Bir geçmiş kurumlar safrası, en iyi kuvvetlerin büyük bir kısmının harcanmasına sebep olmaktadır. Ölü hukukun kaynaklarının çok az ve zayıf akması, hastalığı büsbütün ağırlaştırmaktadır. Yüzyıllarca çalışma ve meçhulleri çözme neticesi kurulan bir binanın günün birinde bulunacak eski bir pergamentle temellerine kadar yıkılmıyacağından kimse emin değildir. Yalnız dil ilmi buna benzer bir durumda bulunmaktadır; onun da konusu ilerleyici bir gelişmeye tâbidir; gene de dil ilmi hukuk ilminden oldukça iyi durumdadır, çünkü onun konusunun geçmiş, eski vesikalar ve kitaplarla en zengin bir şekilde muhafaza edilmiş ve inceleyicilerinin önüne serilmiştir.

Mukayeseye devam edilince hukuk ilminin konusunun yeni bir hususiyeti de, hukukun yalnız bilgide değil duyguda bulunmasında, onun konusunun yalnız insan kafasına değil göğsüne de yerleşmiş olmasında kendini göstermektedir. Diğer ilimlerin konuları bu fazlalıktan âridirler. Işığın, esirin bir ihtizaz hareketi mi, yoksa küçük cisimciklerin düz hareketleri mi olduğu; akıl ve idrâkin bir veya birbirinden farklı olduğu; dördüncü dereceden cebir denklemlerinin doğrudan doğruya çözümlü çözülemeyeceği, bunlar hepsi ilgi çekici sorulardır, fakat duygu burada hiçbir zaman, önceden bir hüküm verilmesine bir netice çıkarılmasına sebep olmamıştır. Şu veya bu cevap aynı şekilde kabul edilir, istenilen yalnız ha-

(10) Müellifin kastettiği Faust'da Mephisto'nun şu sözleridir: kanunlar ve hukuk ebedi bir hastalık gibi intikal etmekte, nesilden nesile sürüklenmekte ve yavaşça yerden yere göçmektedir. Akıl delilik, iyilikse kötülük olmaktadır; eğer bir torunsan, vahî haline! Bizimle birlikte doğan hukuktan, maalesef kimse bahsetmiyor. (çeviren)

kikattir. Buna karşılık hukukta ne kızgınlıklar, ne ihtiraslar, ne tarafgirlikler hakikatin aranmasına karışmaz! Kamu hukukunun bütün meseleleri bunlarla doludur. Anayasa olsun mu olmasın mı, basın serbestisi mi, sansür mü, iki meclis mi bir meclis mi, Yahudiler'e vatandaş hakları verilsin mi, verilmesin mi, dayak ceza olarak kalsın mı kalmasın mı, bu meseleler yalnız ortaya atılsın, derhal herkesin göğsü daha hızlı inip kalkmaya başlar. Özel hukukta da aynı şey. Yahudiler'le Hristiyanlar arasında evlenmeğe müsaade edilsin mi, boşanma sebepleri neler olsun, aile vakıflarına müsaade edilsin mi, edilmesin mi, av hakkı ilga edilsin mi edilmesin mi? Bunlarda ve hemen hemen hukukun her alanında da ilmi araştırma başlamadan önce duygu verilecek cevabı seçmiştir.

Hukukun bu hususiyeti hiç de onun bir ayıbı sayılamaz; aksine, onun en büyük değeri belki de bundandır. Ancak benim araştırmamda sorulacak soru, hukuk ilminin bununla bir kolaylığa mı yoksa güçlüğü mi mazhar olduğu sorusudur. Bu soru sorulunca, bunun ilim araştırmasını ancak güçleştirdiği kendiliğinden anlaşılmaktadır. Duygu asla ve hiçbir yerde hakikatin bir kıstası olamaz; duygu terbiyenin, alışkanlığın, meşguliyetin, mizacın yani tesadüfün bir mahsülüdür. Bir milleti nefrete sevkeden bir olay başka bir millette tes'it edilir. Bundan ötürü hakikatin araştırılmasında yanlış yollara sapılmak istenmiyorsa ilk şart onun bu aceleci refikinden kurtarılmasıdır; buna rağmen hukuk araştırmalarında kimse, buna, yani duygudan kendisini kurtarmaya muvaffak olamaz; en kuvvetli irade bile kendisini terbiye ve alışkanlığın kudretli tesirinden kurtaramaz.

Bunun neticeleri her tarafta gözönünde serili durmaktadır; günün en büyük meseleleri Parti meseleleri olmuştur; hakikat, boşuna, peşin hükümleri olmayan bir âlim bekleyip durmaktadır. İlmin tıstatları ya meseleyle ilgilenmiyorlar yahut da hemen partilerden birisinin tarafını tutmuş oluyorlar. Hakikat bulunduğu zaman bile ihtiras onun sesinin duyulmasına engel olmaktadır; bunun için hukukta ilmin ortaya çıkıp serbestçe hakikati bulabilmesinden önce, zamanın yatıştırıcı kudret ile meselelerin üzerinden geçmesi gerekmektedir; ancak bu şekilde de çok kere iş işten geçmiş oluyor.

Burada hukuk ilminin tabiat bilgilerinden ne kadar uzaklaştığı görülmektedir; tabiat bilgilerinde ne güzel bir uyuşma ne güzel bir birlik hüküm sürer. Birinin bulduğunu diğerleri minnetle ahırlar; hepsi birlikte inşa ederler. Bir ihtiras ortaya çıktı mı bu, yalnız kendini beğenmişlikten, boş gururdan doğan bir ihtirastır ve konunun bünyesiyle ilgili olmadığı için çabucak kaybolur.

Buraya ait özel bir kurum olan sansürün tabii dayanağı da yalnız hukukla duygu arasındaki bu münasebettir; bundan ötürü, ilmin kendisini alt eden delillerine karşılık yaşamaya devam etmektedir. Eski ve alışılmış âdetlere, artık mukaddes sayılan hukuk kaidelerine yapılan hücum, göğsü isyan ettirir. Kuvvetin kendi görüşünü, dış silâhlarla da korunması pek tabiidir. Bununla hukuk ilmi ve burada da yalnız o, yeni bağlarla bağlanmıştır. Kendi kendilerini korumak güzel imtiyazı tabiat ilimlerine ve diğer bütün ilimlere kalmıştır. Her ne kadar ilmi araştırmanın hukuk alanında da serbest olduğu söylenirse de, bulunanların bildirilmesine engel

olmak istenir; bu ise aşağı yukarı, bir mimara yapacağı evleri çizip resmetmesini ancak inşa etmemesini söylemekten başka birşey değildir.

İlimlerin konularının mukayesesi, hukukun, neticeleri şimdiye kadar bahsedilenleri çok aşan diğer bir hususiyetine bizi sevkeder. Bu müspet kanunun kendisi yani oluşla bilgiden meydana gelen ve hukukla ilim arasında sokulup her ikisini de imha edici tesirleriyle örten o melez şekildir.

Bütün ilimlerin kanunları vardır ve kanunlar ilimlerin en yüksek gayesidir; bütün ilimlerin her zaman doğru kanunları yanında yanlış kanunları da olmuştur; fakat bunların yanlışlığının konuya bir tesiri olmaz; Ptolemaus aksini kanun olarak ortaya koyduğu halde dünya durmadan güneşin etrafında dönmüştür; Wolf ve Kant birçok kuvvetleri ayırdıkları halde ruh basit olarak kalmıştır; Liebig'e kadar ziraatte de aksi, kanun olarak kabul edilmiş olduğu halde hububat, başlıca gıdasını Humus'dan değil havadan almıştır.

Hukukun müspet kanunlarında ise durum başkadır. Müeyyidelerle ve cezalarla donatılmış olan bu kanunlar doğru da yanlış da olsalar kendilerini konuya zorla kabul ettirirler; "tabii" hukuk, hakikatinden vazgeçmek ve bunlara göre eğilmek mecburiyetindedir. Diğer bütün alanlarda bilgi, oluşu kendi haline bıraktığı, onun önünde saygı ile geri çekildiği halde, hukukta müspet kanunla bunun aksi zorla elde edilir. Yanlış ve kusurlu da olsa bilgi, oluşu alt eder.

Bununla "tabii" hukuktan müspet kanuna mecburî gidiş inkâr edilmiş olamaz. Yüksek kültür, iş bölümü, münasebetlerin giriftliği, bellilik ve

değişmezliğe olan ihtiyaç bütün milletleri müspet kanunlara sevk etmiştir; ancak her tabii ve mecburi olarak ortaya çıkan şey de iyi bir şey değildir. İnsanlık, araştırmaları sırasında, yanlış yollara sapabilir, bu yollardan dönmek ise tavsiye edilebildiği gibi mümkün de olabilir.

Müspet kanunun "tabii" hukuk bakımından doğurduğu kötü neticeler herkes tarafından bilinir.

Her müspet kanun, "tabii" hukukun bilinme derecesine bağlıdır; müspet kanunların büyük bir kısmı ilmi çalışmaların henüz başlamadığı veya yeni başladığı bir devirde meydana gelmişlerdir; diğer büyük bir kısmı da ilmin yardımını hor görmüştür. Bunun kaçınılmaz bir neticesi olarak müspet kanun hakikatle birlikte, hakikat olmayana da ihtiva etmektedir; bugün diğer bir neticesi de "tabii" hukukun müspet kanunla mücadelesidir.

Ancak muhtevası hakikat olduğu zaman bile müspet kanunun şekli, ifadesi çok kere kusurludur: boşluklar, tenakuzlar, muğlaklıklar, tereddütler bundan ötürüdür.

Müspet kanun sabittir, donup kalıcıdır; hukuk gelişicidir; bundan ötürü müspet kanun hakikatin aksi olur. Onun bir yenisi ile ortadan kaldırılması hiçbir zaman zor kullanılmadan mümkün değildir; onda "tabii" hukukun daimî ve bundan ötürü yumuşak olan değişimi yoktur.

Müspet kanun soyuttur; onun mecburî sadeliği, şahsî şekil vericiliğinin zenginliğini yok eder. Nasafet ve yargıcın takdir hakkı gibi melez buluşlar bunun neticesidir.

İşin en sonuna bakılırsa, müspet kanun apaçık bir keyfilikten başka birşey

değildir. Ergenliğin 24 yaşında mı yoksa 25 yaşında mı başlaması, zamanaşımının otuz yıl mı yoksa otuzbir yıl altı hafta ve üç gün mü sürmesi, sözleşmelerin tam elli Taler'den itibaren mi yazılı olması gerektiği, cezaların miktarının tayini, bunların cevabını kim konunun mahiyetinden çıkararak verebilir?

Nihayet, müspet kanun, kanun koyucunun aklına olduğu kadar despotların ihtiraslarına da her zaman hizmete hazır iradesiz bir silâhtır.

Savigny'nin meşhur "Zamanımız kanun koymak için olgunlaşmamıştır" sözüne de buna benzer görüşler esas olmuştur. Savigny'nin bu sözünün çok ileri gittiği öne sürülmüştür. Bence bu sözdeki hata, çok ileri gitmekten değil, yeter derecede ileri gitmemekten gelmektedir. Yalnız içinde bulunduğumuz çağ değil bu anlamda kanun koyuculuk için hiçbir çağ olgun olmayacaktır. İlme zaman bırakılırsa, onun yaşanılan zamana yetişerek onu anlayacağını iddia etmek iyi niyetli bir aldanmaydı. Hukuk, ilimden ebediyen öndedir. Hiçbir müspet kanun, bunun için bin yılda çalışılsa, şimdi gösterilen kusurlardan âri olmayacaktır. Bundan ötürü bu büyük adam hakkında söylenecek en büyük medih, kanun koymak kudreti onun eline verildiği zaman bile kanun yapmamış olmasıdır.

Gösterildiği gibi "tabii" hukuk müspet kanundan her ne kadar çok çekmişse de ilmin bundan çektikleri daha çoktur. Bir hakikat rahibesi olması gereken hukuk ilmi, müspet kanun yüzünden tesadüfün, yanlışmanın, ihtirasın, belahetin hizmetkârı olur. İlimin konusu ise ebedî ve mutlak olacağı yerde tesadüfî ve kusurlu olmakta, gö-

ğün esir tabakasından dünyanın çamuru içine düşmektedir.

Müspet kanunun hakikat olmayan başka bir şeyi ihtiva etmediğini iddia edecek kadar ileri gitmek istemem; onun büyük bir kısmı hakikat değildir. Ancak müspet kanun muhteva ve şekil bakımından "tabii" hukukun ifadesi olduğu müddetçe ilmi çalışmaya uymuş ve ilmin gayesine erişmiştir; hukuk ilminin gayesi de yalnız açıklama ve yorumlama işi, mektep hocasının işi kalır; ilmin ise bununla yetinemeyeceği de şaşılacak birşey değildir. Etraflı kanun kitaplarının neden daima bir müddet için ilmi bastırıldığına çok kere şaşılmış ve bunun sebepleri şurada burada aranmış ve bundan kanun kitabı suçlu tutulmuştur. Halbuki hakikat bunun aksidir. Kanun kitabı ne kadar muvafak olur, hakikate ne kadar yaklaşırsa, o kadar çok bizzat ilmin muhtevası, onun en veciz bir şekilde ifadesi yani ilmin verebileceği şeyin kendisi olur. Bundan ötürü, ancak zaman geçip hukuk gelişerek kanun kitabını geride bıraktıktan sonradır ki, kanun kitabının büyük bir kısmında ilmin gene yer bulabilmesi tabiidir.

Her müspet kanunun hakikat olan kısmında böylece ilim için yapacak hiçbir iş bulunmayınca ona yalnız hakikat olmayan kısım kalmış ve ilim de her zaman hırs ve istekle bunun üzerine çullanmıştır.

Bütün o şerhlerin, tefsirlerin, o monografyaların, suallerin, mütalâaların, o risalelerin ve hukuk meselelerinin muhtevası nedir? Bunlardan yalnız bir kısmının konusu "tabii" hukuktur; onda dokuzunun hattâ daha çoğunun uğraştığı şey müspet kanunun boşlukları, iki mânâya gelen hükümleri, tenakuz-

ları, hakikat uygunsuzlukları, eskimiş ve keyfi hükümleridir. Kanun koyucunun bilgisizliği, ihmali, ihtirası bunların konusudur. Dehalar bile belahete hizmetten, onu haklı çıkarmak için bütün akıllarını ve ilimlerini kullanmaktan çekinmezler. Müspet kanun yüzünden hukukçular, yalnız çürümüş tahta yiyen, sağlam ve metinden kaçarak yalnız hastalıklarda yaşayan ve uğraşan kurtlar haline gelmişlerdir. İlim, tesadüfî olanı kendisine konu yaptığı için kendisi de tesadüfî olmaktadır; kanun koyucunun üç yeni düzeltici kelimesi koca kütüphanelerin okkahlık kâğıt haline gelmesine yeter.

Bu kadar ağır bir hüküm etraflıca ispat edilmek ister, bunun için bir iki örnek vermek belki de en iyi yoldur.

Lehliler dâvasında hukukî alâkayı çeken nedir? Landrecht'in vatana hiyaneti eksik olarak tarif edilmiş olmasından başka hiçbir şey değil. Devletten bütün illerin ayrılması ile anayasanın ortadan kaldırılması "tabii" hukukta hiç şüphe yok ki birbirine eşit sayılırlar; fakat müspet kanun bu durumu gözönünde tutmadığı için savcı, lûgatlerin, yabancı memleketlerin tarih ve anayasalarının yardımıyla sanatkârane bir bina meydana getirmek mecburiyetinde kalmıştır; halbuki müdafaa da bu binayı aynı silahlarla hergün yıkabilecek durumdaydı. Kanun koyucu yeni tasarıya konulduğu gibi, tamamlayıcı üç ibare ilâve edince yüksek ilmi değerlerine rağmen bütün o çalışmaları artık kimse eline bile alıp bakmaz.

Son yılların basın dâvalarındaki, Alman Konfederasyonu devletlerinden her hangi birisinin sansürü tarafından verilmiş olan baskı müsaadesi ile yazı-

cının kendi devleti içinde de müsaade-i sayılıp sayılamayacağı hakkında o esaslı ilgilendirici mütalâalar neye dayanmaktadır? 20 Eylül 1818 tarihli Bundestag Kanunu'nun 7. paragrafının iki mânâya gelir şekilde tertip edilmiş olmasına. Bu mütalâalar içinde yalnız meselenin mahiyeti ve "tabii" hukuk hakkında olanlarının süreli bir değeri vardır; diğerleri de daha az ilmi değildirler fakat bu yılki beyanname neşredildikten sonra onları artık kimse okumuyor.

Kusurun iki dereceli mi üç dereceli mi olduğu meselesi yüzyıllarca hukukçuların tartışma konusu olmuştur. "Tabii" hukuk bakımından bu hususta herkes eskiden beri aynı fikirdeydi; "Tabii" hukuk, bünyesi bakımından devamlı olan bir konuda böyle sayılar ve ayrımlar tanımaz; Höpfner bile tatbikatta derecenin değil kusurun mevcut olup olmadığının arandığını söylemiştir. Fakat Roma hukukunda, kâfi derecede vazih tertip edilmemiş ve bazı kaldırılmalarla iki manalı olmuş olan bazı noktalar alimleri tamamiyle meşgul etmeye yetmiştir.

Erkek varisi olmayan dirlik sahiplerine en yakın kadın akrabalarının varis olmalarının iyilikleri hakkında yazılan kitaplarla birçok kitaplıklar doldurulabilir. "Liber feudorum" da bu hususta küçük bir madde olsaydı bütün bilgiçlik eserleri dünyaya gelmezlerdi.

Verdiğim örneklerin bilhassa verilmiş oldukları sanısını uyandırmamak için "Geheimer Ober - Tribunal"⁽¹⁾ in kararlarının en son cildini beraberimde getirdim. Şimdi hiçbir seçim yapmadan, baştan başlayıp tevhidî içtihat kararlarını sırayla gözden geçireceğim.

(1) Prusya'nın o zamanki Yargılayı durumunda olan mahkeme.

Gerekçelerin hepsi de hiç olmazsa da önceki ciltlerde olduğu kadar bilgi ve zekâ ile doludurlar. Peki şimdi bu mükemmel ve ilmi gerekçelerin konusu nedir? Mutlak, hakikî ve zarurî olan mıdır? Bu ilmi çalışmalar ilmin istediği gibi ebedî midir, bunların faydaları sınırsız mıdır?

İlk tevhidî içtihat kararı, yazma bil-meyen tarafların mukavelelerindeki el işaretlerinin yargıç tarafından tasdik şeklinin duruşmadakinin aynı olup olmayacağı meselesine aittir. Bu mesele kendisiyle ilgili kanunların dokuz say-falık bir şerhine sebep olmuştur; halbu-ki bütün bu mesele yalnızca Genel Usul Kanunu'nun ekinin kusurlu bir şekilde kaleme alınmış olmasından doğmakta-dır. 30 Aralık 1798 tarihli genelgenin hükümleri daha iyi bir yere konulmuş ve bu suretle onun her iki durumda da uygulanacağını kendiliğinden anlaşı-labilmesi temin edilmiş olsaydı bu tev-hidî içtihat kararına ve onun gerekçesi-ne hiçbir zaman lüzum kalmazdı. Kara-rın konusu bir yanlışlıktır, kanun ekinin bir yerinde ufakık bir düzeltme bu kara-rın ilmi değerini yok eder.

Bundan sonraki tevhidî içtihat kara-rı ise, intifa hakkı sahibinin gayrimen-kulûn yüklü olduğu borçların faizlerini yalnız gayrimenkulûn sahibine mi yok-sa ipotekli alacaklıya da mı ödemek mecburiyetinde olduğu meselesini ele almaktadır. Bu mesele de yirmidört sahife uzunluğunda çok esaslı ve zekâ ile dolu bir incelemeye konu olmuştur.

Daha önceleri de, aralarında Borne-mann ve Koch da bulunan, altı bilgin bu meseleyi inceleme konusu olarak ele almışlardı. "Tabii" hukuk bakımın-dan mesele açıktır; mahiyeti icabı aynı haklarda hiçbir şahsen borçlu buluna-

maz, bunu Bornemann da açıkça kabul etmektedir, bütün şüpheler "Allgemei-nes Landrecht" in I. Babının 21. faslı-nın 70. paragrafındaki ifade tarzından doğmaktadır. Bu paragrafta:

"Aynın yüklü olduğu borçları intifa hakkı sahibi ifa ile mükelleftir" denil-mektedir.

Bu paragraf Köngl. Geheimes Obertribunal tarafından ifade edilen şe-kilde yazılmış olsaydı bütün o ferasetli incelemelere lüzum kalmazdı ve yine, kanun koyucunun yanlışlarını düzelt-meğe karar verdiği anda da onlar bütün değerini kaybederler.

Bundan sonraki tevhidî içtihat kara-rı, karının 50 Talerden fazla borç altına girmesi hallerinde kocanın rızasının yazılı olmasının mecburî olmadığını tespit etmektedir. Kanunun aksi bir ka-rar verilmesini icabettirecek mahiyet-tedir; çünkü Allgemeines Landrecht'in I. babının 5. faslının 133. paragrafına göre konusu 50 Taler'i geçen ve huku-kî neticeleri istikbalde doğacak olan tek taraflı irade beyanları bile yazılı ol-mak gerekmektedir; karı kocanın mal-ları bahsinde ise bunun bir istisnası mevcut değildir. Ancak nasafet, "tabii" hukuk, kararın esasında nihayet ima edildiği gibi, bunun aksi bir hüküm icabettirmektedir. Bundan ötürü kanu-nun buradaki şekli değil de maddî hata-sını ortadan kaldırabilmek ve kanunun bir rahnesini bulup oradan "tabii" hu-kuku geçirip yürütebilmek için bütün feraset kullanılmaktadır. Bu rahne de, biraz da cesurane olmakla beraber rıza-nın irade beyanlarından olmadığını ka-bul etmekle bulunmuştur.

Bunu kovuşturan tevhidî içtihat ka-rarı ise bu karara dikkate çarpan bir te-zat teşkil etmektedir; insanın burada

nerdeyse tesadüfün bir muzipliğine inanacağı geliyor. Bu kararda mal or-taklığına dahil gayrimenkullerin koca tarafından satışında kadının rızasının yazılı olarak beyan edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. İnsanın, burada müspet yukarda da menfi bir şekilde halledilen meselenin tamamıyla aynı olduğunu düşünmemek elinden gelmi-yor. Gerçekten de aradaki farkı göster-mek için kanunun tarihçesine, müşte-rek hukuk¹² a dayanan tam onaltı sayfa-lık bir mucip sebebe ihtiyaç duyulmuş-tur. Burada kararın doğrudan doğruya Allgem. Landrecht'in I. Babının 5. fas-lının 133. paragrafına dayanmamasının asıl sebebi yukardaki durumda parag-rafin başka türlü yorumlanmış olmasın-ın neticelerini kurtarmaktan başka bir şey değildir.

Her iki durumda da meselenin ma-hiyetine uyularak karar vermenin çok basit olduğu görülmektedir; bütün bu bilginlik ve yorum sanatı "tabii" hukuk ve onun hükümleri yolunda değil, bila-kis müspet kanunun, soyut kaideleri ile "tabii" hukuka uyguladığı istibdadın yok edilmesi için kullanılmıştır.

Bundan sonraki tevhidî içtihat ka-rarının konusu da yine sırf kanunun fe-na şekilde ifade edilmiş olmasından ibarettir. Bunda, birçok kereler mahke-melerin, bakanlığın ve yorumcuların uğraştıkları mesele, çocuklara hususî teminat olarak ayrılmış olan ve Allge-meines Landrecht'in II. Babının 2. fas-lının 169. paragrafına göre babaların üzerlerinde tam tasarruf hakları bulun-mayan sermayelerden ne anlamak ge-rektiği meselesi açıklanmıştır. Bütün bu mükerrer açıklamaların sebebi ise yalnızca kanunun; "teminat olarak ay-

rılmış sermayeler" tabiri ile kanun ki-tabının başka hiçbir yerinde bulunma-yan, burada da iyice geliştirilmemiş olan ve Prusya ipotek kanunu ile de te-lif kabul etmeyen bir kategori ortaya koymuş olmasındadır. Bütün bu şüp-heler ve onların bertaraf edilmesi yo-lundaki bu ilmi açıklamalar bundan doğmaktadır.

Bundan sonraki tevhidî içtihat ka-rarı da gene müspet kanunu "tabii" hu-kukla barıştırmak ve uzlaştırmak yo-lunda bir çabalamadan ibarettir. Dev-letin birçok illerinin köylerinde çiftlik sahibi çok ihtiyarlamaya başlayınca çiftliği çocuklarından birine satıyor-muş gibi bırakır, bu da alış bedelinin belli kısımlarını evlenen veya ayrı bir ev açan kardeşlerine ödemekle ödevli tutulur. Bu âdet herkesçe bilinmekte-dir. Halkın bu kurumu anlayışına göre, kardeşlerin bu kendilerine verilmesi icabeden meblağları, mukavele yapıldığı zaman kendileri hazır bulunmamış olsalar bile, babaları itiraz etmedikçe, mahkemede talep edebilecekleri husu-sunda hiçbir şüphe yoktur. Ancak Lan-drecht'de kötü bir tesadüf neticesi ola-rak bu kurum unutulmuş ve böylece bu yolda yalnız Allgemeines Landrecht'in I. Babının 5. faslının 75. paragrafında-ki genel hükümlerden başka hüküm konmamıştır. Bu paragrafta göre başka kimselerin yapmış oldukları mukave-leler ile kendisine temin edilmiş olan istifadeleri, üçüncü kişiler, ancak bunu tarafların rızası ile kabul etmiş olduk-ları veya mukaveleye bizzat katıldıkları takdirde hukuken talep edebilirler. Bu hükmün uygulanması ise yukarda anlatılan kurum için tahammül edil-mez derecede sert neticeler doğurmak-tadır. Bundan ötürü çoktandır 75. pa-

(12) "Gemeines Recht"

ragrafin mahvedici tesirinden bu kurumu kurtarmak için bir çıkar yol aranmıştır. Müspet kanunu biraz kıvrak hale sokabilmek için faraziyeler, konversiyonlar¹³, ölümden önce vukubulan miras yoluyla intikaller ve bunun gibi daha birçok ilmi hokkabazlıklar denenmiştir. Geheimes Obertribunal çok esaslı bir şekilde bu çarelerin Landrecht için kullanılamayacağını ispat etmiş, ancak artık tarih olan bu durumu kurtarmak için de yeni bir çıkar yolu denemiştir. Bu denemeye mesut denilebilip denilemeyeceğini ben de henüz bilmiyorum. Obertribunal'ce baba, çocukları için kabulde bulunmuş olan bir mümessil sayılmaktadır. Bu yoldaki mukavelelerin bu hususta hiçbir şey ihtiva etmediği bir yana bırakılsa bile, meselenin mahiyetine aykırı olarak aynı kişinin hem icapta hem de kabulde bulunması ve böylece kardeşlerin haklarının "tabii" hukuk dışı yükseltilmesi bu çıkar yol önüne dikilen en büyük engeldir. Çünkü bu anlayışa göre baba çocuklara bağışlanan semen alacakları üzerindeki bütün haklarını da kaybeder, halbuki bu, kurumun mahiyetine uygun değildir. İşte burada da ilmin bütün bu çabalamalarına sebep, kanunun bir eksikliğinden başka birşey değildir ve bu eksikliği tamamlamak için kullanılan zekâ ve bilgiye acımaktan başka birşey elden gelmez.

Misalleri burada kesmeme müsaade ediniz; hukuk ilminin kendisini hemen tamamiyle hasrettiği ve maalesef hasretmek mecburiyetinde olduğu kanunun yalnız yanlışlıklar ve her türlü noksanlardan ibaret olduğu kaidesini ispata yeter deliller verdiğimi sanıyorum. Buna rağmen hâlâ böyle aşağılık

bir işle uğraşmaya istekli çok kimsele-
rin bulunması da ayrıca şaşılacak bir
şeydir. Bu iş de belki lüzumludur, an-
cak bundan ötürü ilme konu olmaya da
lâayık değildir.

Buna karşılık tabiat ilimleri ne ka-
dar yüksektedirler. Yalnız, tabii, ebedî
ve mecburî olan şeyler onların konusu-
nu teşkil eder; en küçük ot bile bu
damgayı taşır; her yaratık gerçektir,
kendi kendisine uygundur ve herkes is-
tediği gibi bunu ilim hesabına tarif
edemez.

Bu ilimlerde de yanlışlıklar ve yan-
lış kanunlar vardır, fakat dehanın ay-
dınlatıcı bir tek bakışı onları düzeltir
ve bu yanlışlıklar güneşin önünde gece
gibi kayboluverirler. Yalnız hukuk il-
mi daha iyi görüşlere rağmen yüz yıl-
larca yanlışlığa hizmet, anlayışsızlığa
hürmet etmek hacaletinde bulunmaktadır.

İlmin istirapları bununla da bitme-
mektedir; şematizm, müspet kanunun
camit şekli, hukuk ilminin içine işle-
miştir; münferit hâdiselerdeki zengin-
liği kabul etse bile ilim onu hakir gör-
meye mecburdur. Müspet kanun, bü-
tün müşterileri için yalnız üç ölçüsü
olan inatçı bir terziye benzer; ilim ise
iyi niyetli bir kalfadır, o, elbisenin ne-
rede dar nerede biçimsiz olduğunu gö-
rür, ancak ustasına karşı duyduğu hür-
metten ötürü yalnız arada sırada, o da
gizlice bir dikişi sökmek veya bir pens
ilâve etmek cesaretini gösterebilir.

Müspet kanunun en son kaidelerin-
deki keyfilik, ilmin içine de girer. Bu,
şekiller, süreler ve tavsiyelerin sınırını
tayin eden kaidelerdeki keyfilik, en in-
ce bir tedvine rağmen, mahiyeti icabı

kurumaz bir şüphe kaynağı olarak ka-
lır; bu şüpheleri yok etmek, keyfiligi
bir sistem içine sokmak nankör vazife-
si ilme düşer. Şerhlerin en kalın olduk-
ları yerler bu gibi formalitelerin bahse
konu olduğu yerlerdir. Roma huku-
kunda vasiyetnamenin tâbi olduğu me-
rasimler, Landrecht'deki kefaletlerde
kadınlara yapılan ihtar, bunlar bilgiçlik
için ne büyük hazineler olmuşlardır!
Noter muameleleri hakkında çıkmış
olan 1845 tarihli, yani henüz daha çok
yeni bir kanun bunun parlak bir delili-
ni teşkil etmektedir. Bu kanunun tertibi
sırasında en ince bir dikkatin sarfe-
dildiği muhakkaktır, buna rağmen iki
yıl içinde, onun uygulanmasından ne
büyük bir şüpheler kütlesi meydana
çıkmıştır! Bu şüphelerin cinslerini an-
lamak için yakından bakıldığı zaman
ilmin utanarak gözlerini başka tarafa
çevirmesi gerektir.

Msl. Noter muamelesi baştan başa
yazılmalı mıdır, yoksa litografyada ba-
sılmış formüller kullanılarak yalnız
boş yerlerini doldurmakla yetinilebilir
mi?

Yalnız muameleyi yapan noterin
özel kâtibi mi yoksa bütün Monarşinin
sınırları içindeki her hangi bir noterin
özel kâtibi de mi tanıklık yapamaz?

Yazma bilmeyen tarafın yapacağı
işaretleri, muameleyi tanzim eden no-
ter mi yoksa ikinci bir noter mi onaya-
caktır?

Noter yalnız özadını, soyadını ve
ikametgâhını mı yoksa memuriyet un-
vanını da mı vesikanın altına yazacak-
tır? Ve buna benzer daha birçok soru-
lar ve bunların hepsi de bütün muame-
lenin hükümsüzlüğü tehlikesini içinde
taşıyan sorulardır. Bu sözlerim bu yıl-
ki bakanlık dergisine dayanmaktadır.

Bunlar ilmin önemli vazifeleri ol-
muşlardır: Böyle şüpheleri ortadan
kaldırmak işte şimdi ilmin görevidir.
Bu bakımdan da diğer bütün ilimler ne
kadar yüksek bir mevkiye bulunmaktadır.
Konularının bütün kanuniliğine
rağmen gene de ferdi oluşun en zengin
gelişmesi ve tenevüü, hiçbir yerde key-
filikten bir iz yok, yalnız istisnasız
mecburiyet.

Buraya kadarki araştırmamızda,
hukuk ilminin konusunun diğer ilimle-
rin konusu ile karşılaştırılmasından ha-
reket etmiştik. Bu teşebbüsümü devam
ettirince başka bir kötü durum önümü-
ze çıkmaktadır. Şimdiye kadar engel
olucu kuvvet konudan, yani "tabii" hu-
kuktan çıktığı halde şimdi de hukuk il-
minin kendisi, konuyu kendi kalıbına
dökmekle hukuk üzerine yıkıcı bir te-
sir yapmaktadır, sanki hukukun inatla
karşı koyuşunu, hukukun mevcudiyeti-
ni tahriple cezalandırmak istiyormuş
gibi.

Hukuk, bilme ve duyma unsurları
olmadan, mevcut olamaz. Bir millet
her durumda hukukun ne istediğini bil-
meli ve hukukuna sevgi ile bağlanma-
lıdır. Bu unsurlar çıkarılınca, hukuk
her ne kadar büyük bir sanat eseri ola-
rak kalırsa da, bu artık ölü bir sanat
eseridir, artık hukuk değildir! Ancak
ilim, hukuku konu olarak ele alınca bu
unsurların imhasının önüne geçmek de
mümkün olamaz. Halk artık hukuk bil-
gisini ve ona bağlılığını kaybeder; hu-
kuk ayrı bir sınıfın, münhasıran hukuk-
çuların malı olur. Bu, meselenin mahi-
yeti icabıdır ve bunu bize tarih de öğ-
retmektedir. Bu suretle ilim bizzat ken-
disi ile tenakuza düşmektedir; ilim ko-
nuyu yalnız kavramak istemekte ve
onu mahvetmektedir. Bu tenakuzun
sonuçları olağanüstü önemlidir.

(13) Bir hukuki muameleyi, başka bir hukuki muamele tipi gibi kabul etmek. Msl. yazılı olmadan aktedilmiş bir kefalet bağışını, borca iştirak sözleşmesi gibi kabul etmek.

Bu suretle tabîî temelinden mahrum olan ilim kolayca safsatıcılığın çıkmaz yollarına, pratik olmayan hül-yalara sapmakta, hukuk edebiyatının en zengin taraflarından birini teşkil eden bitmez tükenmez incelikler her cinsten yanılmalar ortaya çıkmaktadır.

Kanun koyuculuğun tereddüdü ise bunun başka bir sonucudur; kanun koyucu hâtta deneme yolunu tutabilecek kadar da alçaktır. 1833'den beri Prusya Usul hukuku bu yolda bir delildir, bilhassa kanun yolları hakkındaki kanunlar.

En büyük kötülük ise kendisini, münferid durumlar için hukukun uygulanmasında göstermektedir. Münazasız kaza muameleleri bile formüllerle ve çeşit çeşit inceliklerle bozulmaktadır; ancak daha çok dâvalarda, bu yolda bir değişme olduğu görülür. Tabîî yalnız, suçlunun ihmalinin, kötü niyetinin yenilmesi gereken dâvaları kastetmiyorum, bunlar hukukî münazaa değildirler ve bunlar için hukuka ve yargıca ihtiyaç yoktur. Ancak hakikî dâvalar, yani hakkın nizalı olduğu dâvalar, ilmin bu yıkıcı tesirinden ötürü, millet için, diğer her hangi bir amelîyat veya spekülasyon derecesine inmemektedir, burada tam anlamıyla hakkın gerçekleşmesinin bir izi bile ortada kalmamaktadır.

Bu arada taraflardan hiçbiri kimin haklı olduğunu bilmez; içten gelen ses susar; avukatların fikri sorulur; yalnız dış mülâhazalar, zafer ihtimali, denemenin pahalılığı, dâvanın uzun süresi kararı tayin ederler. Kazanırsa, mesele yoktur, demek ki spekülasyonda muvaffak olunmuştur; kaybedilirse, o zaman da akıllı kimseler, değerli mallarını fırtınada kaybeden tüccar, siyasî sebeplerle hesapları altüst olan bir bor-

sacı gibi kendilerini teselli ederler. Ne birinci, ne de ikinci durumda haktan ve hukuktan bir eser yoktur; ne maruz kalınan haksızlığa karşı isyan eden gönül ne de hak yerini buldu diye iftiharla kaharan bir göğüs.

Davanın dış cereyanı da sanki bu görüşü kuvvetlendirmek için tespit edilmiş gibidir. Yargıçlar ve bilginler bile önlerinde bulunan meselede kimin haklı olduğunu bilmezler. Herkesin göğsünde açıkça yazılı olması gereken şeyi bulmak için, önce kalın kanun kitapları, tozlu şerhler açılıp bakılır, sonra da bir hesap yapılır. Bir mahkemede zekâ ve bilgi ile hakikat olarak ispat edilen şeyin daha üst bir mahkemede aynı derecede bir zekâ ve bilgi ile hakikat olmadığı ispat edilir, bundan da daha üst mahkemede de hakikat bir daha şekil değiştirmezse bu bir saadet sayılabilir.

Millet bu sun'î hesaplar, ilmi istidaller, değişen kararlarda nasıl olur da hukukunu görebilir, o hukuk ki, kendisiyle beraber doğmuş ve gelişmiştir, o hukuk ki, onun berrak kaideleri her göğüsde mukaddes ve değiştirilemez bir şekilde yazılı olmalıdır. İmkânsız! Adalet, ilim yüzünden bir piyango olmuştur; bu arada da aşağılık ihtiraslar onun vasıtasıyla küçük bir savaş yapmaktadırlar, çünkü barış daha büyük bir savaşı ona imkânsız kılmaktadır.

Alelâde insanların konuşma dili bu durum için çok uygun tâbirler ihtiva etmektedir. Bir köylüye "dâvan ne âlemde" diye sorulduğu zaman alınacak cevap şu: "daha sallantıda"; dâvanın uzayıp gitmesini ve tarafların dâvadan hiçbir şey anlamadıklarını daha güzel ifade eden bir ibare herhalde yoktur. Köylü dâvayı kaybedince "haksızmışım" demez, kumar oynamış

gibi "kaybettim" der. Dâvanın kaybedilmesi ve dolu yüzünden ekinin mahvolması onun için aynı mahiyette olaylardır; talihsizlik, fakat haksızlık değil.

Halkın anlamadığı, halkın içinden gelmeyen, halkın, tabiatın insafsız kuvvetleri ile bir tuttuğu bir hukuk, işte bu, hukuk ilminin zaferidir.

Bu kötülük o kadar büyüktür ki, halk olgunlaştıkça bunun aksülameller doğurmamasına imkân yoktur. Bunun izleri bütün tarihte takip edilebilir.

Corpus juris civilis tamamlandığı zaman Justinianus'un onun şerhedilmesini menetmesi bile buna bir misaldir. Her ne kadar bu yasak âlimlerin istihzasına sebeb olmuşsa da bu yasak, hukuku halk için muhafaza etmek ve onu ilmin parçalayıcı kudretinden korumak yüksek arzusuna dayanmaktadır. Aşağı yukarı 13 yüzyıl sonra aynı yasağı Prusya Allgemeines Landrecht'inin yayınlanması müsaadesinde tekrar görmekteyiz. (§18. ve Girişde S. 47).

Büyük Friedrich'in Genel Muhakeme Usulü adlı eserinde de aynı, hukuk ilminden ayrılan düşünüş göze çarpmaktadır; bu kanunun esası nasafet sınırları içinde hareket eden şerefli bir yargıcın takdir hakkına dayanmaktadır; yoksa en ince soyutlamalara ve hesaplara göre tertip edilmiş ilmi kaidelere değil.

Hukuk ilminin gayesi ile neticesi arasındaki bu iç tenakuzdan bir de uzlaşma yapılması yolundaki acayip tavsiye ve teşvik doğmuştur. Halk ve hükümet bu hususta hemfikirdirler ve hukukçular da onlardan geri kalmazlar. Ancak ilim bakımından, uzlaşma yapılması yolundaki her tavsiye ilim için

bir ayıptır; en açık bir testimonium paupertatis¹⁴ dir. İki kişi karşılıklı hesaplarının halledilmesi için bir matematikçiye gitseler de, matematikçi onlara, hesabın çok uzun süreceğini ve pek de emin olamayacağını söyleyerek uzlaşma tavsiye etse bu matematikçiye ne denir? Zengin bir adam bir arabacı tutuyor, ona para veriyor ve bununla rahat bir araba, sağlam koşum ve kuvvetli atlar almasını emrediyor. Arabacı emri yerine getiriyor; zengin adam arabacıya, atları koşmasını ve yolculuğa hazırlamasını söylüyor. Bu işleri göreceğine arabacı geliyor ve efendisine, arabayla gitmenin zor olduğunu ve pek de emin olmadığını, yaya giderse daha iyi edeceğini söylüyor. Böyle bir arabacıyı, Efendi derhal kapı dışarı etmez mi? Millet de kendisine uzlaşmalar teklif eden hukukçuları ne yapsın?

Aracıların her yerde tercih edilmesi bütün eyaletlerde onların icraat sınırlarının genişletilmesi ve kuvvetlendirilmesi yolundaki o çabalama bu kötülüğün karanlık bir şekilde hissedilmesinden ve adalet dağıtmayı âlim yargıçların elinden alıp millete iade etmek yolundaki bir gayretten, bir kelime ile, hukuka hakkını vermekten başka nedir? Yalnız bu şekilde tabib geçinenlerin, tebabette cezalandırılmaları ve hukukta ise imtiyazlandırılmalarındaki tenakuz anlaşılabilir.

Ticaret, fabrika ve köy mahkemelelerinde hukukçu üye bulunmaması yolunda yeni uyanan arzu da aynı gayretin bir neticesidir. Hattâ dirlik mahkemeleri bile ilmin haklı diğer itirazlarına karşı ancak bununla tutunmaktadırlar. Bir müddet yargıçlık yapan ve bu arada bir köyde veya bir kasabada oturan bir dirlik yargıcısı çok geçmeden et-

(14) Fakirlik belgesi. (çeviren)

rafındakilerin pek arzu ettikleri mesut bir duruma düşer, yani bütün öğrendiği lüzumsuz alimlikleri unuttur ve kararlarının kaynağını bundan böyle yalnız göğsünde, etrafındakilerle aynı basamakta olan hukuk duygusunda bulur. Köylü ve şehirli her şeyden, kafasının içini hukuk ilmi ve kanun bilgisi ile süslemiş olan ve hukukî durumları ince ince ayıran bir yargıç yardımcısının kendilerine yargıç olmasından korktukları kadar korkmazlar. Jüri mahkemelerinin istenmesi de aynı sebebe dayanmaktadır. İlim her ne pahasına olursa olsun bunu istemekte ve Jüri mahkemelerinin faydalarını yok etmek için mümkün olan bütün zekâ kullanılmakta, fakat bu isteğin çıktığı halkın aklı bu gibi incelikleri bilmemektedir; Jüri mahkemelerinden kurtulmak isteyen, kendi kendisini de tanımayan ilimdir.

Bütün bu tezahürler aynı temele dayanmaktadır. Millet ilimci hukukçulardan bıkmıştır. Hukukla ilim arasındaki o tenakuz duyuluyor, karanlık bir şekilde hissediliyor, eksik olan yalnız, açık olarak meselenin görülmesidir. Bu fikirleri açıkça düşünmeğe henüz cesaret edilemiyor, bunu için de bu belirtiler haricî ve yanlış sebeplerle izah edilmek isteniyor. Mesele açıkça anlaşıncı bu münferid ve kifayetsiz vasıtalarla yetinilmeyecek ve aynı şekilde, hukukçulardan bıkmış olan hükümet de seve seve yardım edecektir. Hak dağıtma işi yalnız fiili meselelerde değil hukukî meselelerde de, yalnız ceza hukuku alanında değil özel hukuk alanında da halka geri verilecektir. Müspet kanunların azalması da bunun diğer bir sonucu olacaktır; esaslı kaidelerin tespiti ile yetinilecek ve bunların en ince

durumlara uygulanması düşünülmeden halkın sağ duyusuna bırakılacaktır.

Gerçekten de bununla büyük bir feccat işlenmiş olacağını sanmıyorum. Dâvalar şimdi sürdükleri ay veya yıl adedince gün bile sürmeyecekler, masraflar kimseyi artık hakkını aramaktan vazgeçirtecek kadar korkutmayacaklardır; kararlar belki de şimdi olduğu gibi, sun'î bir şekilde kurulmuş olan müspet kanunun kaidelerine ve ilmin verdiği akılâne sonuçlara uygun olmayacaktır, fakat buna karşılık onlar, halkın benliğinde yaşayan hukuka uygun olacaklardır. Halk bu yolda sesini yükselttikçe hak da katıksız ve tam olarak gerçekleştirilebilecektir; halkın sustuğu, yani durumun çok karışık olduğu zamanlarda da verilecek her hangi çabuk ve nasafete uygun bir karar meseleyi halledecektir. Münasebetlerin böyle karışık olduğu zamanlarda hakikaten, "tabii" hukuktan bahsetmeğe imkân yoktur; bu durumlardan hiçbirinde hukuk ilmi, uzun beklemlerden sonra, 100 kitaptan aranıp bulunan, sun'î bir şekilde kurulan ve buna rağmen aynı meseleyi inceleyen ikinci dereceden bir mahkemeden bile geçmeyen kendi hakikati istenmiyor diye şikâyet edemez.

Burada ima ettiğimiz şekilde bir hak dağıtımı, bir fantazi oyunu da sayılamaz. Birçok milletler bilhassa özel hukuk alanında şu müspet kanunların sun'î binası olmadan yaşamış ve büyümüşlerdir. Yunanlıların en parlak çağlarında bile böyle kanunlar yoktu; halk yargıçları örf ve âdetin mukaddes kıldığı ve göğüslerinde sesini duydukları hukuka göre karar verirdi. Onların büyük düşünürleri, Eflatun ve Aristoteles, müspet kanunun yorumlanması, şüpheli noktaları ve karanlık yer-

leri üzerine kopan incir çekirdeğini dolduramaz tartışmaların ilimler arasında bir yer iddia edebileceğini hatırlarına bile getiremezler; bunlar onlar için o kadar değersiz şeylerdir ki, onların, o çok pratik yazılmış olan eserlerinin hiçbir yerinde bunlara temas bile etmedikleri görülür. Romalılar'da da, ta imparatorlar zamanının ortalarına kadar, yani ticaretin büyük olduğu, münasebetlerin giriftliğinin inkâr kabul edemeyeceği zamanlarda, hak dağıtımı yalnız meslekten yetişmemiş yargıçların elindeydi; Praetor kaideten hukuk tahsili görmemiş bir memurdu; onun eseri, hükümleri, yalnız tabii hukuktan alınan Edictum bunu ispat eder; Judices ise tamamiyle halk arasından çıkan kimselerdi, bunlar sırf kendi sade düşüncülerine göre karar verirler ve hukukî meselelerde bile herhalde bizim kitaplarda yazılı olduğu gibi, Formula praescripta'ya sıkı sıkıya bağlı kalmazlardı.

Bundan önceki resmî vazifelerimde aşağı yukarı ikiyüzden fazla mahkemeyi teftiş ettim ve gözden geçirdim; bu arada birçok kereler tek yargıcın tembelliği ve havailiği yüzünden hak dağıtımının tamamiyle durmuş olduğunu gördüm. Hiçbir dâva neticelendirilmemiş, kontratlar tanzim edilmemiş, ipotek defteri hazırlanmamıştı; dosyaların yerinde her tarafa saçılmış yaprak yaprak vesikalar doluydu. Bu durum yıllarca devam ettiği halde bu bölgelerdeki insanlar başka bölgedekilerden daha fakir, toprak daha bakımsız değildi. Halk uzlaşma yolunu tutmuş, yargıç yerine köy öğretmenine, köy muhtarına başvurmuştu.

İngiltere'de bunun gibi bir durum, parlamento aktarı yüzünden, yalnız bir istisna değil kaidedir. Hak aramak

orada yalnız zenginlere mahsus bir lükstür; önemi büyük olan sulh yargıcı meslekten yetişmiş bir hukukçu değildir; buna rağmen bu durum, bu memleketin dünyanın en büyük ve kudretli devleti olmasına engel olmamıştır.

Hukuk ilminin konusunun içinde bulunan engel olucu kuvvetler gösterilmiş, hukuk ilminin başlangıcı ile neticesi arasındaki tenakuz ortaya konmuştur. Şimdi şu soru kalıyor: Hukuk ilmi, konusu olan hukuku, insanların daha iyi anlayabilecekleri bir hale koymak, gelişmenin onlara getirdiği yükü ve acıları azaltmak için ne gibi aletler bulmuş, hangi kurumları meydana getirmiştir?

Bütün diğer ilimler bu yolda insanlığa en parlak hizmetleri ifa etmişlerdir; onların yarattıkları, mucizelere yaklaşmıştır. Tabiat ilimleri ve matematik en başta geliyorlar; onlar insanları dünya denizlerinin dalgalarının ötelere götürmüşler, toprağın derinliklerine sokmuşlardır; kanallar, demiryolları, telgraflar, mesafeleri aşağı yukarı ortadan kaldırmışlardır; mikroskoplar tabiatın en küçük varlıklarının mucizeli dünyasına yol bulmuş, teleskoplar gök kubbeyi gözönüne sermiş, ışık, sevilen çehrelerin sadık ressamı olmuştur. Diğer ilimler de geri kalmamışlardır. Psikoloji terbiye sanatını esasından kuvvetlendirmiş, öğretim metodunu düzeltmiştir; Mnemonik ve Frenoloji hizmet için hazır olduklarını bildiriyorlar.

Buna karşı Hukuk ilminin başarıları nelerdir? Gayretle her yönden araştırmalar yapıyorum, bulduklarım hukukî muameleler ve dâva duruşmaları için hazırlanmış formüller, sözde havailiğin önüne geçmek ve nizalardan korunmak için bir yığın ihtar, tavsiye,

şekil ve şartlardan ve nihayet müsterek hukuka dayanan dâvanın incelikler ve bilgiçlikle dolu binasından ibarettir, yani herşey, fakat hayatta hakka kavuşmanın yolu değil. Bu yolda âlimlere borçlu olduğumuz aşağı yukarı bunlardan ibaret olsa gerekir. Buna karşılık gerçekten ihtiyaç duyulduğu yerlerde ilmin yardımını, ilmin yol göstericiliğini aramak boşunadır, hele hukuk ilminin gelişmesinde büsbütün.

Her çağın, milleti derinden ilgilen-diren hukukî meseleleri vardır; bunlar bazan aile durumlarına, bazan kilise ile devlet arasındaki münasebete, bazan anayasaya, bazan şu veya bu sınıfın imtiyazlarına, bazan da milletlerin, milletlerarası münasebetlerine aittir. Bu meseleler için mücadeleler olur, bu meseleler etrafında partiler toplanır; bunlar eski kurumların işe yaramaz yerlerini, hukukun nerde yeni oluşlar istediğini bize gösterir. Milletın büyük kütlesi gelişmenin başında daima düşüncelidir; meseleyi açıkça göstermediği için ilme baş vurarak ondan şüphelerin kaldırılmasını, bu gelişmenin karanlık gidişinde kendisine önder olmasını ister. Fakat ilim eskiden beri bu yolda hiçbir işe yaramadığını göstermiştir; ilim, hali hiçbir zaman anlayamamıştır. Böylece milletler kendi başlarına kalmamışlardır; bundan ötürü milletlerin, partilerin eline düşmesi ve hedefe varmadan önce, süreli bir gelişme yolundan geçecekleri yerde ihtirasın sapık yollarından ve yanlışlıkların uzun yollarından gitmeleri şaşılacak bir şey değildir.

Bütün milletlerde durumun böyle olduğunu tarih bize öğretmektedir. Özel hukuk kültürünün derinliklerine dalmış olan Romalı hukukçular, gad-darane bir idarenin en sadık hâdimleri

olmuşlardır. İmparatorluk devrinin müstebid yasalarını da tıpkı cumhuriyetin hürriyet teneffüs eden kanunları gibi aynı sükûnet ve incelikle yorumlamışlardır. Bu büyük devletteki münasebetlerin emniyeti bakımından sübjektif hüsnüniyetin korunmasına ve kolay anlaşılabilen ve buna rağmen elâstik olan bir rehin hukukuna çabucak ihtiyaç hissediliyordu. Buna rağmen Romalı hukukçular "rei vindicatio"nın sıkı kaidelerine dört elle sarılmışlar ve bunları muhafaza etmişler ve öyle rüçhanlı bir rehin hukuku kurmuşlardır ki, gene kendileri, vasilere, vesayetleri altındaki kimselerin paralarını ipotekle borç vereceklerine, gömmelerini tavsiye etmişlerdir. Hıristiyanlık yüzünden özel hukukta da meydana gelen büyük değişikliği Romalı hukukçular hesaba katmamışlardır. Justinianus, ilimle ilgisi olmayan bu kanun koyucu, bu bakımdan onlardan çok daha yüksektir. İlkönce o, sonra da Papalar özel hukukta yeni ruha yer vermişlerdir. Zamanaşımında "bona fides" in değerini ve "possessorium summariissimum"u hatırlatırım.

Alman tarihinin kendi hukukçuları hakkında bildiği bundan daha iyi değildir. Hükümdarlar ve milletler bütün krizlerde ve bütün yeni kuruluşlarda kendi tabîî anlayışlarıyla başbaşa kalmışlardır. Frank imparatorlarının, imparatorluk kudretini çoğaltmak için büyük Dukalara karşı başladıkları mücadele hukukçular tarafından tavsiye edilmiş değildir; Reform eski kilise teşkilâtını mahvettiği ve hükümdar ile Protestan kilise arasındaki ve kilise ile halk arasındaki yeni ve gerçek hukukî durumu bulmak ve şekillendirmek bahse konu olduğu zaman hakikî durumu, en uygun kuruluşu göstermiş olan

bir hukuk ilmine hiçbir yerde rastlayamadım. İlim, hükümdarları ve Reformcuları bırakmıştır, el yordamıyla yürüyüp arasınlar; bugün bile hâlâ ilmin o zamanki bu ihmalinin cezasını çekmekteyiz.

Yüzyılımızın daha canlı olan münasebetleri, toprağın durmadan daha ufak parçalara bölünmesi daha basit bir ipotek defteri usulünün çabucak kabul edilmesini gerektirmektedir. Yeni Prusya kanun koyuculuğunun burada bize verdiği, miras dağıtımında parçalan topraklar hakkındaki malûm formüller bu hususta hissedilen ihtiyacı giderecek mahiyette değildir. Bu ancak eski vilâyetlerde mevcut olan miktarda büyük bir memur kütlesiyle uygulanabilir. Bu, yargıca sayfalar dolusu mekanik kopyalar yüklemektedir ve en küçük bir yanlışlık takdirinde hem halk hem de yargıç için tehlikelerle doludur. Gerçekten bugüne kadar, bu yolda ilim tarafından, halk mahkemelerinin kaldırılmasından sonra, meslekten yetişmemiş memurların basit anlayışlarıyla buldukları ticaret ve kontrat defterlerinden daha iyi bir şey ortaya konamamıştır. Fransızların ipotek defteri şekli de başka birşey değildir, bu da, Fransız ipotek hukukunun maddi eksiklikleri bir tarafa bırakılırsa, zamanımıza kadar az memurla uygulanması mümkün bir usul olduğunu ispat etmiş ve böylece muhafaza edilmiştir, halbuki Fransa'da toprağın parçalara ayrılması 125 milyon gibi bir rakama varmıştır.

Bu hücumlara karşı, bu gibi şeylerin hukuk ilmini değil kanun koyma politika ve sanatını ilgilendirdiği iddiasında bulunulmasın. Hukuk ilminin en acınacak tarafı işte budur; hukuk ilmi böylece politikayı kendisinden

ayırmakta ve bununla da yeni teşekküllerin maddesine, oluşuna hâkim olmak veya ona yol göstermek kudretinde olmadığını bildirmektedir; buna karşı, diğer bütün ilimler bunu kendilerinin en önemli parçası, en yüksek vazifesi olarak görmektedirler.

Şimdi hemen bütün el kitaplarında okuyabileceğimiz, hukukun hukukçular tarafından geliştirildiği yolundaki meşhur iddia ancak teferruat oyunlarında doğrudur. Temeli atmak, yeni binayı sağlam bir şekilde kurmak, bu hukukçuların elinden gelmez. Ancak bina bittikten, sütunlar binayı taşımaya başladıktan sonra hukukçular, kargalar gibi, binlerce gelirler, binanın her köşesine yuvalarını yaparlar ve taşların sınırlarını ve büyüklüklerini milimetresine kadar ölçerler, bu asil binayı resimler, kabartmalarla donatırlar, öyleki hükümdar ve millet artık bu binanın kendilerinin yaptıkları bina olduğunu anlayamazlar bile.

Burada vazifemin sonuna gelmiş bulunuyorum. Önünüze koymuş olduğum netice insanı kırıcı ve müteessir edicidir. Onun için bir iki teselli sözüyle bitirmek fikri de tabiidir.

İncelemelerimin yalnız satı çizdiği, inanış ve peşin hükümler ağacını yalnızca sallayıp, sarsmadığı yerlerde teselliye de ihtiyaç yoktur. Böyle sübjektifliğin yok olmaz istihzası yalnız başına kişiyi meselenin ciddiyetinin üstüne çıkarmak kudretindedir.

Ancak şimdi veya ileride yapacakları başka incelemelerden sonra benimle aynı fikirde olacak kimseler için teselli ise meselenin lüzumunun anlaşılması, esaslı olanın bir sırta değil milletin bütününde saklı olduğunun görülmüş olmasıdır.