

Tabiî Hukuk mu, Yoksa Sezgiye dayanan^[1] Müsbet Hukuk mu?

Yazan:
George GURVITCH
Ecole des Hautes Etudes Sociales'de Profesör

Çeviren:
Hâmid UZBARK
Hukuk Felsefesi Asistanı

1. Giriş

Tabii hukuk, âdetler, mevzuat vesaire gibi, hukukun her nevi tahakkuk tarzlarından müstakil bir surette, insanın veya cemiyyetin tabından doğmuş telâkki edilen hukuktur. Tabiî hukuk meselesi, hukuk üzerindeki ilk düşünceler kadar eskidir. Bu mesele, hukuk sahasının zıdlarla dolu karakterinin bir aksinden ibarettir: netekim bu sahada, gerçekte değer, olgu ile *idée*, *empirisme* ile *apriorisme*, *autonomie* ile *hétéronomie*, yerleşmiş nizâmın durgunluğu ile manevî terakkinin dinamizmi, emniyetle adâlet, içtimâî zaruret ile ideal, nihayet katılaşmış teşkilât ile hayatın canlılığı birbiriyle karşılaşmaktadır.

Bu muhtelif hallerden her birinde, tabiî hukuk tabiri farklı bir mânâ almaktadır. Tarihi bakımdan olduğu kadar sistematik bakımdan da bu terimin manalarındaki başkalıkları ayırt etmek zaruridir. En belli başlıları şunlardır:

- 1 — Her nevi hukukun ahlâk bakımından meşru kılması.
- 2 — « « « à priori unsuru.
- 3 — Hukukun ideali ve müsbet hukukun bu ideale nazaran tenkidi.
- 4 — Değişen kaidelere mukabil değişmeyen hukuk kaideleri.
- 5 — Muteberliğini kendi değerinden alan muhtar hukuk.
- 6 — Kendiliğinden var olan hukuk (yaşayan hukuk, veya

[1] Fransızca «Droit positif intuitif» teriminin asıl manası «Sezgiye dayanan müsbet hukuk»dur. Fakat gerek bir terimde aranan kısalığı temin ve gerek aslındaki şekle sadakati muhafaza gayesiyle metin içindeki terimler «Sezgili müsbet hukuk» olarak terceme edilmiştir.

serbest hukuk) ki bu, Devlet ve herhangi bir teşkilât tarafından evvelden tespit edilmiş olan hukuka mukabildir.

Tabiî hukuk nazariyecilerinin çoğu, bu muhtelif manaları rahatlıkla ayırt etmediği için bu hal, daima bir tabir müphemliğine mahal vermiştir. Bu müphemlik, bir de TABİAT ve TABİİ kelimelerinin aldıkları manaların karmaşıklığı yüzünden artmaktadır. Filhakika, TABİAT kelimesi KÂİNAT'ı ifade etmek için (ki bu tabiî ilimlerin mevzuudur) kullanıldığı gibi, TABİİ kelimesi de maraziye mukabil, yahut herhangi bir şeyin cevheri yerine, nihayet sun'î, arzu ve düşünce mahsulü karşılığı olarak «kendiliğinden olma ve gayri meş'ur hayat» manasına kullanılmaktadır.

TABİİ kelimesi, TABİAT'ın ifade ettiği manalardan madde aşağıdaki manaları da alır: Tabiat - Üstü ve Tanrısal karşılığı olarak tabiî, apaçıklık veya TABİİ SEBEB manasına tabiî, müktesebe mukabil fitrî manasına tabiî, Medeni'ye mukabil olan tabiî, ve nihayet cebri mukabili olan tabiî gibi.

Böylece tabiî hukukun muhtelif taraflarının bu mefhumla atfettikleri hakiki manalar son derece farklıdır. Meselâ Stoicien'ler ve bazı Romalı hukukçular, tabiî Hukukla; Kâinatın evrensel düzenine uygun olan hukuku, hatta bazan bütün canlılar hakkında aynı surette câri olan hukuku kastettikleri ve HOBBS ve bilhassa SPİNOZA tabiî hukukla Tabiat kuvvetini aynı şey telâkki ettikleri halde (*per jus naturae intelligo ipsas naturae leges.... hic est ipsam naturae potentiam*: Tabiat hukukundan, Tabiatın kendi kanunlarını, yani bizzat Tabiatın kendi kuvvetini anlıyorum.) EFLATUN ve KANT tabiî hukuku ahlâkî idealden istihraç ediyorlar, LOCKE bunu masumiyet devrinin ahenkli durumuna bağlıyor, ROUSSEAU «insiyakî tabiî hukuk» la «akıl mahsulü tabiî hukuk» u dikkatle birbirinden ayırt ediyordu. ARİSTO, LEİBNİZ ve WOLF gibi mütefekkirler tabiî hukuku mevcut cemiyetin esasından çıkartıyorlar, ve nihayet FİCHTE bunu her nevi hukukun yapıcı mahiyette olan à priori ve mantıkî şekli olarak telâkki ediyordu (Vernunftrecht).

Bununla beraber tabiî hukukun bu ve daha birçok tefsirlerindeki farklılıkları birleştiren nokta, hukuk sahasının karakteristik vasfı olan müteaddit zıddiyetleri, yekdiğeriyle çatışan unsurları birbirinden ayırmak ve herbirini hukukun iki ayrı sistemi içerisinde yerleştirmek suretiyle meseleyi çözmek isteyen ikici (dualiste)

temayüldür: bu ayrı sistemler şunlardır: Tabiat hadisesi olan hukuk ve sun'î hukuk, ideal hukuk ve gerçek hukuk, değişmeyen hukuk ve değişebilen hukuk, a priori hukuk ve deneysel hukuk. Bunun içindir ki, bütün tabii hukuk nazariyelerinin en esaslı meselelerinden biri, müsbet hukukla tabii hukuk arasındaki zuhuru her zaman mümkün ihtilâfların hangi kıstaslara göre halledileceği hususudur.

Tabii hukuk nizamı ile müspet hukuk nizamı arasındaki ihtilâfın hallinde üç farklı sistem düşünülebilir:

Birincisi, tabii hukukun üstünlüğünü tanımaktan ibarettir. Yani ihtilâf halinde, müspet hukuk, tabii hukuk tarafından iptal edilecektir. Bu, aralarında ince farklar olmakla beraber, LOCKE ve ROUSSEAU'da, keza, Ortaçağ ilâhiyatçılarında ve istibdat düşmanlarında rastlanan tabii hukukun meriyeti hakkındaki ihtilâlcî telâkkidir.

Esasen, ferdiyetçi bir temayülde, insanın fitri hakları mealinde olan bir tabii hukuktan yahut bilâkis içtimai bir temayülde yani bir gurubun fitri hakları mealinde olan bir tabii hukuktan bahsedildiğine göre, bu iptal keyfiyeti farklı manalara gelir.

Birinci halde tabii hukukun üstünlüğü anarşik bir yola götürür, halbuki ikincisinde esas itibariyle muayyen bir gurubun (meselâ Devletin) müspet hukukunun, diğer bir gurubun (meselâ Kilise veya Feodalitenin) müspet hukuku tarafından iptali bahis mevzuu olur. (Fılvaki, Ortaçağın bazı ilâhiyatçıları, tabii hukuku yeniden bulma inhisarını Kiliseye tahsis ettikleri zaman bu, pek tabii olarak, Kilise müspet hukukunu bütün diğer müspet hukuklardan üstün tutmaya müncer oluyordu.)

Tabii hukukla müspet hukuk arasındaki ihtilâfın halli hususundaki ikinci sistem, müspet hukukun üstünlüğünü kabulden ibarettir. Bu sahada GROTIUS'un ve mektebinin (MITTELBLATT WOLF) kanaatı klasiktir: onun fikrine göre, müspet hukuk yalnız tabii hukukun cevaz verdiği şeyi men'etmekle kalmaz, hattâ bu hukukun men'ettiğine müsaade de edebilir. Şu halde tabii hukuk, ancak müspet hukuk hükümlerinin serbest bıraktığı sahada mer'îdir ki, bu, tabii hukukun müspet kaidelerin boş bıraktıkları sahada câri olacağını kabul eden bazı modern tabii hukuk taraftarlarının fikridir. Bu telâkkide, tabii hukuk kaidelerinin hakikaten muhtar bir sisteminden mi, yoksa sadece mevcut müs-

pet hukukun, Hâkimin, İdarecinin ve Âlimin sezgileriyle (intuition) tamamlanmasından mı bahsedildiği akla gelebilir.

Mantık bakımından, tabii hukukla müspet hukuk arasındaki ihtilâfı hal hususunda, bu her iki hukuka tamamen muadil kıymetler tanımaktan ibaret olan bir üçüncü sistem de tasavvur edilebilir. Fakat, birbirine zıd olan bu iki hukuk nevi arasında hakemlik edebilecek üçüncü bir hukuk nev'i mevcut olmadığından bu imkân varit olamaz.

Çok defa tabii hukuk nazariyeleri, ister müspet hukukun tabii hukuk kaidelerinin bir canlanması ibaret olduğunu farz suretiyle olsun, ister sadece meseleyi bertaraf etmek yoluyla olsun, müspet hukukla ihtilaf zuhurunda bunu hal için hangi kıstaslara başvurulacağı meselesini hiç mevzubahsetmezler. Bununla beraber aşikârdır ki, tabii hukuk, kendisine tabi olanları doğrudan doğruya ilzam eden hakikî bir hukuk gibi telâkki edildiği müddetçe bu iki ayrı neviden olan kural sahaları arasındaki ihtilâf meselesi, tam esas noktayı teşkil edecektir.

Şimdiye kadar söylediklerimizden, tabii hukukun, muhafazakâr olabildiği gibi ihtilâlcî de olabileceği, mevcut müesseselerin hakkı gösterilmesine yarayabildiği gibi, ıslahat için, yani hukukun şuurulu bir surette ıslah ve tadilini istemek için de rehberlik edebileceği açık bir surette anlaşılmaktadır. Bununla beraber tabii hukukun, tarihin seyri içinde bilhassa bu sonuncu rolü oynadığı da inkâr edilemez. Tabii hukuk meselesiyle, buhran devirlerinde, mevcut nizamla yeni temayül ve temenniler arasında ihtilâf hasıl olduğu zamanlarda hususî bir surette meşgul olunur. Büyük ıslahat ve bilhassa ihtilâl devirlerinde, tabii hukuk daima esaslı rolü oynar. Bu sebeple XVII ve XVIII inci yüzyıllarda, Fransız ve İngiliz ihtilâllerinden evvel ve bu ihtilâllerin cereyanı sırasında tabii hukukla hususî bir şevkle meşgul olunması ve «Tabii Hukuk Mektebi» adının bu devrin hukuk mekteplerine verilmiş olması pek karakteristik bir vakiydir. XIX uncu yüzyıl sonunda ve XX inci yüzyıl başlangıcındaki «Tabii Hukuk Rönesans» ının menşei de bundan başka birşey değildir. Bu da tıpkı XVII ve XVIII inci yüzyıllardaki tabii hukukun burjuva sınıfının emellerini ifade etmesi gibi, işçi sınıfının yeni bir hukuk nizamına karşı duydukları iştiyakı ifade etmektedir. Bu vaziyet, şu vakiya ile de tahkik edilebilir: Evvelki tabii hukuk daha ziyade ferdiyetçi temayülde olduğu halde, devrimizdeki tabii hukuk, sosyalistlik iddiasında değilse bile, sosyal temayüldedir.

Diğer taraftan hukukî tefekkür, ne zaman geleneksel mefhumlara sığmayan yeni müesseseler ihdası için yeni kategoriler arasa, derhal tabii hukuku ileri sürmeye başlar. Meselâ modern devletler-hukuku doktrininin müessesesi olan Hugo GROTIUS, ülke-devlet'lerin teşekkülünden sonra, bunları, millî birliğin üstünde bir hukuk nizamına tâbi kılmak için uğraşırken, bu nizamın temelini milletler-arası câmianın tabii içtimaî hukukunda (droit social naturel) bulur. Keza müspet hukukun kaynakları hakkındaki an'anevî nazariyenin tadili lehindeki modern cereyan, bu kaynakları çoğaltarak, tabii hukukun rönesansını ilân etmekle işe başlar. Bütün ölçü buhranlarının, hukuk tefekküründeki bütün sıkıntılıların ârâzı, tabii hukuka karşı duyulan alâkanın çoğalmasındır.

Hususiyle, cemiyet hayatının çetin anlarında, bir yardım feryadı gibi, tabii hukuktan ulvî bir istimdadda bulunulur. Bir Fransız tahrîhçisi: «Moniteur'de Constituante, Législative ve Convention meclislerinin müzakereleri takip edilirse, tabii hukuktan olan istimdadın, durumun vehamet kesbetmesi nisbetinde sıklaştığı göze çarpar.» diyor.

Nihayet, tabii hukukun az veya çok umumî bir karakteri de onun vahdete, müspet hukuk sistemlerinin bölümcülüğüne (particularisme) şiddetle muhalif olan külliliğe, evrenselliğe mütemayil oluşudur. Tabii hukuk taraftarları mutat olarak onda, hukuk hayatının kozmopolit unsurunu, millî hukuk nevelerinin birbirleriyle ittisal noktasını, bunların müşterek cihetlerini görürler. Tabii hukukun hem kuvveti hem de zafı buradan gelir: kuvveti, bugünkü müspet Devletler-Hukukunun cevapladığı ve millî hukukların üstünde olduğu kabul edilen bir millî-üstü (supra-national) hukuk meselesindedir; za'fı ise, son haddinde bir rationalism ve statism'e dayanan inşa suniliğindedir, zira bu, tabii hukukun hukukî vahdet unsurunu tam bir iktidarsızlığa mahkûm eder. Bu makalenin ikinci kısmında tabii hukuk fikrinin değeri, tenkidî bir şekilde araştırılacaktır. Bunu tam bir tarafsızlıkla yapabilmek için evvelâ bu fikrin tarihî inkişafını hülâsa etmek zarurîdir.

2. Tabii hukuk doktrinlerine tarihî bakış:

Tabii hukuk nazariyeleri, beşerî tefekkür tarihinde ilk defa olarak, V inci yüzyılda Yunanistanda zuhur eder. Bu devir, sofistlerin faaliyeti ile temayüz eden kritik tenevvür devridir. So-

fistler, insanın herşeyin ölçüsü olduğu yolundaki esas tezlerini, yerleşmiş olan hukuku ilâhi menşelere atfeden ananevi halk itikatlarını tenkid hususunda kullandılar. Sofistlere göre müspet hukuk, bilâkis, insanların kendi iradeleriyle, ve hususiyle zımnî bir şekilde kabul edilmiş âdetlerle sun'î olarak tesis edilmişti. Bu sun'î ve itibarî hukuk nevine karşı, sofistler, bizzat insan tab'ının icâbı olan tabiî hukuku ileri sürüyorlardı.

İlk neslin sofisti olan PROTAGORAS'a göre, insanlar tab'an kötü ve birbirlerine düşman olduklarından tabiî hukuk ancak bir halde insanlığı nizâma ve sulhe götürebilirdi: O da, iradesi herşeyin ölçüsü olacak olan Devlet'i kurmak hususunda fertlerin anlaşmış olmaları haliydi. Tabiî hukukun bu suretle telâkkisi, mümses nizâmı sadece ferdî vicdan zaviyesinden haklı göstermeye yarar.

PROTAGORAS'ın, HOBBS'un telâkkilerini hatırlatan bu muhafazakâr iddialarına karşı, müteakip neslin HIPPIAS, LYCOPHRON, ALCİDAME gibi sofistleri tabiî hukukun ıslahat ve cezrîlik temayülleriyle meşbu başka bir tefsirini ileri sürerler. Bunlara göre EFLATUN'un da takdir ettiği gibi, «bütün insanlar *Tabiat* bakımından eşit yurtdaşlardır, yoksa *müspet kanunlar* bakımından değil... netekim bu sonuncusu insanlar için bir tiran kesilerek onları *Tabiata* aykırı şeylere zorlar». Tabiî hukuk böylece mevcut müspet hukukun bir tenkit kıstası halini alır. Keza, ARİSTO'nun naklettiği gibi, LYCOPHRON, insanların tabiî eşitlikleri ile telifi kabil olmadığından, doğuştan kazanılan bütün imtiyazların meşruiyetini inkâr ediyordu; zira müspet hukuk sadece bu tabiî müsavâtı tahakuk ve garanti etmekle mükellefti.

Nihayet, KALLİKLES, TRASYMAQUE gibi adlarını EFLATUN vasıtasıyla öğrenebildiğimiz sofistlerin son nesli, tabiî hukuku, kuvvetli bir şahsiyetin zayıflar üzerindeki efendilik hakkı olarak tefsir ettiler. Bu üstün-insan'a ait olan en kuvvetlilik hakkı, KALLİKLES tarafından, zayıfların tesis ettiği müspet hukuka karşı ileri sürülmüştür ki, kuvvetli şahsiyet artık bu hukukun hükümlerine riayetden vârestedir. Halbuki TRASYMAQUE bilâkis, müesses nizâmın kuvvetlilerin kudretinin bir tezahüründen ibaret olduğuna kanidir ve bu kudret, bu gibilerin zayıflara hükmetmek hususundaki tabiî haklarından dolayı muhik görülür.

EFLATUN'un tabiî hukuk nazariyesi, sofistlerin telâkkilerine karşı çift bir tepki gösterir; bu nazariye, tabiî hukuka metafizik

bir temel temin eder: ebedî bir *idée* gibi telâkki edilen adâlet, yani tabii hukukun en yüksek kıstası, . . keza, tabii hukuku üniversalist bir tarzda, yani, içinde herkesin, ve her sınıfın diğerinden farklı bir iş başarması gereken bir Bütün'ün ahengi olarak tefsir eder. Tabii hukuk Eflatun'un sınıf hiyerarşisi üzerine kurulmuş olan ideal Devletinde tecelli eder: tabii hukuk işte bu Devletin hukuki nizamıdır, ve bu nizam köklü bir şekilde eşitsiz ve otoriterdir. Şunu kaydedelim ki, EFLATUN'un tabii hukuk nazariyesi bir taraftan hukuk ile ahlâkın aynı şey oluşunu tazammun eder, diğer taraftan da kâh bütün hukukun apriori temeli rolünü (en kuvvetlilik hakkı nazariyesi ile mücadele), kâh müspet hukukun tenkidinde rehberlik edebilecek bir ideal rolünü (nazariyenin müspet bünyesi) oynar.

ARİSTO, kendi tabii hukuk telâkkisinde EFLATUN'un nazariyesine olduğu kadar sofistlerin kuramlarına da karşı koyar. Devlet'de teşahhus eden gerçek cemiyet, aklî ve ahlâkî bakımdan olduğu gibi, fizikî ve ruhi bakımdan da tabii bir zarurettir. Gerçek sosyetedden evvel veya gerçek sosyetenin üstünde herhangi bir hukuk mevcut olamaz. Demek ki tabii hukuk, mevcut cemiyetin müesses nizamı ile aynı şeydir. Yahut daha doğrusu, müspet hukukun bir kısmıdır. Zira ARİSTO, Devletlerin müspet hukukunda şöyle bir tefrik yapmaktadır: Bahis mevzuu olan Devletin bizzat kendi mahiyetinden ayrılması kabil olmayan hukuka, vücudu mümkün olan ve münhasıran mevzuata dayanan hukuk.

Stoa'cılarda, kâinatın umumî kanunuyla karışan tabii hukuk yeniden ferdiyetçi bir karakter kazanır. Zira bu hukukun bütün teb'aları aynı nev'in mümessilleri gibi telâkki edilir ki, bunların arasındaki yegâne bağlantı aynı Kâinat kanununa tabiiyet halidir. Stoa'cıların, her insanı bütün Dünyanın bir vatandaşı telâkki eden ve böylelikle milletler arasındaki hütün bölmeleri yıkan meşhur kozmopolit formülleri buradan çıkar. Esasen tabiat kanununa uygun ve fizik kanunlarının aynı olan bu cihanşümül kanun, bütün mahlûklara tatbik edilebilir, Aralarında birlik ve nizam tesis etmekte olan bütün nebatlara, hayvanlara ve insanlara şâmilidir. Diğer taraftan bu küllî kanun, tam bütün Kâinata yayılmış olan sâlim akıl, doğru akıl demektir. Ne fazla ne eksik. . . zaten bu da Jupiter'den, yani Dünyayı idare eden efendiden başka bir şey değildir. Âşikârdır ki, Stoa'cıların tabii hukuku, temelini teşkil ettiği müspet hukuka, (LOGOS) a o kadar aykırı değildir.

Romalı hukukçular Stoacıların nazariyelerini kesin bir surette incelerken, tabii hukukun müteaddit nevilerini birbirinden ayırt ederler: Meselâ ULPIEN'e göre «tabii hukuk, Tabiatın bütün canlılara öğrettiği şeydir. Çünkü bu hukuk beşer nevine mahsus olmayıp bilâkis, ister karada ister denizde doğmuş olsun, hattâ kuşlarda dahil olmak üzere bütün canlılara müştereken şâmidir.» (*Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit, nam jus istud non humani generis proprium sed omnium animalium quae in terra quae in mari nascuntur, avium quoque commune est*). Halbuki ULPIEN'den sonra gelen hukukçular, münhasıran insan nevine ve insan aklına hitap eden tabii hukuk ile, insanlar da dahil olmak üzere bütün canlılara şâmil olan tabii hukuku sarahatle birbirinden ayırt ederler. Muhakkak ki Romalı hukukçular insanın makul tabına mahsus hukuku belirten «jus gentium» tabirini, tabii hukukun bu iki nevini daha iyi bir şekilde tefrik için ortaya çıkarmışlardı. Bununla beraber insan nev'ine mahsus olan ve bu sıfatla, ancak Romalı vatandaşların istifade edebildiği «Jus civile» nin zıddı olan jus gentium, bu doktrine göre yalnız tabii değil, aynı zamanda müsbettir de. Yani, kabul edilmiş âdetlere ve teamüle müstenidtir. Böylece Roma doktrininde bütün canlılara müştereken şâmil ve tabii bir vasıfta olan jus gentium'la, müspet karakterde olan jus gentium birbirinden tefrik edilir.

Hiristiyanlığın zuhuru katolik akidesinin inkişafı, eski tabii hukuk telâkkisinde derin değişimleri mucip oldu. Stoa'cılardan ve Romalı hukukçulardan istifade etmekle beraber, Kilise babaları ve hususiyle Saint-AGUSTIN, tabii hukuku dünyevi bağlarından ayırmış, onu *corpus mysticum'a Civitas Dei'ye*, yani yerleri ve gökleri saran ve lütfu-İlâhî'ye dayanan manevi vahdete bağlamışlardır. Ve nihayet vah'yi nazara alarak, İlâhî Kosmos'u idare eden tabii hukukun zâtı ile, İncil vasıtasıyla insana bildirmiş olan tabii hukuku birbirinden tefrik ederler. Saint-AUGUSTIN'in «Kanun; Allahın, herşeyin en iyi bir nizam içinde cereyanını temin için, tabii nizamı emreden ve bunun nizamsızlığa inkılâbını nehyeden akıl ve iradesidir.» (*Lex est ratio divina et voluntas Dei ordinem naturalem jubens pertubari vetans ut omnia sint ordinatissima.*) tarzındaki tarifi (ki bu tarife Saint-ISİDOR'da daha sarîh bir şekilde rastlanmaktadır) bu tefriki ima eder, ve aklı-İlâhiye istinat eden tabii hukuka karşı, irâdei-İlâhiye'ye istinat eden tabii hukuku ileri sürer. Zaten bu, Aquino'lu Saint

THOMAS'ın talebeleriyle, başlarında Duns SCOTT ve OCCAM bulunan nominalistler arasındaki ihtilâf noktasıdır.

Saint - THOMAS, Allah'ın iradesini tamamen onun değişmek bilmeyen aklına ve bundan çıkan ebedî kanuna tabi kılarak, kendisine ittiba mecburi olan tabîî hukuku bizzat Allaha irca eder. Aynı zamanda, insana ait olan tabîî nur ile «*lumen naturale*», ilâhi nur «*lumen divinum*» arasında, ve dolayısıyla yalnız insan akli ile bulunabilen beşerî tabîî hukuk ile münhasıran lutfu - ilâhi sayesinde kavranılan ve Kilise'nin muhafazası altında bulunan ilâhî tabîî hukuk arasında yeni bir tefrik ortaya atar.

Böylece, Saint - THOMAS, da Hıristiyanlığın zuhurundan beri ilk defa olarak tabîî hukukun hiç olmazsa kısmî bir lâikleştirilmesi gayretine rastlanır ki, bu gayret onun BIEL, ALMAIN ve bilhassa VASQUEZ gibi son talebelerinde daha sarîh bir hal alır.

Bu mütefekkirler ilâhî iradenin, ebedî kanunu (*lex aeterna*) yı değiştirmeye muktedir olmadığı esastan ve her ferдин tabîî nuru (*lumen naturale*) si fikrinden hareketle ilk defa olarak Allah mevcut olmasa dahi tabîî hukukun mevcut olacağı neticesine vardılar ki bu tez, XVII inci yüzyılda Hugo GROTIUS tarafından müessir bir surette ilân ve tatbik edilmişti. Bununla beraber Saint - THOMAS'ın talebelerinin; *lex aeterna* (ebedî kanun) beşerî tabîî hukuktan üstün olduğundan, bunun muhafızı olan Kilise'nin fertler üzerinde olduğu gibi Devlet üzerinde de tam bir üstünlüğü muhafaza edeceği yolunda esaslı bir ihtirazî kayıt koyduklarına işaret etmek lâzımdır.

Bu bakımdan OCCAM'dan itibaren, Papalık ve umumî olarak Kilise otoritesini tabîî hukuk sahasına irca temayülünü gösterenlerin, hiç tahmin edilmediği halde, tamamen, bütün tabîî hukuku Allah'ın keyfî iradesine irca eden nominalistler olduğunu kaydetmek pek lüzumludur.

Bu temayül XIV üncü yüzyıl başlangıcında yaşamış ve esasen nominalist ve realistler arasındaki kavgaya katılmamış olan bir ilâhiyatçı da saraha kazanır ve sağlamlaşır; PADOUA'lı Marcile.

Bu zat, beşerî ve ilâhî tabîî hukukun yegâne salâhiyetli muhafızları olarak, hem Devlet halindeki halk topluluğunu hem de Kilisede teşahhus eden mü'minler câmiasını nazara alır ve bu suretle Halk Hâkimiyetinin ferağı kabil olmadığı yolundaki demokratik fikrin ilk temsilcisi olur.

Reform'dan sonra, XVI inci yüzyılda, protestan ve katolik istibdat düşmanları tarafından tekrar aynı fikirler ele alınmıştı. Bunlar, halkın ferağı kabil olmayan haklarından bahsederken, çok defa müspet teâmüfî hukukla tabiî hukuku birbirine karıştırıyorlar, ve halkın tabiî hukukunu ihtilâle hatta müstebidin katline kadar ileri götürüyorlardı. Esasen bunlar idare edenlerle idare edilenler arasındaki münasebetlere, tebâiyyet taahhüdü (*Pactum subjectionis* - uyrukluk bağıtı) nû sağıhyan ilâhî irâdeyi sokmakla, müstebidi, yalnız tabiî hukuka değil, fakat aynı zamanda ilâhî irâdeye de karşı gelmiş addediyorlardı.

İlâhiyâta dayanan sebeplerin Reform'dan sonra böylece yeniden nüks'edişi, aynı şekilde İngilterede'de XVII inci yüzyılda, birinci ihtilâlden evvel ve bu ihtilâlin cereyanı sırasındaki siyasi ve dinî mücadelelerle ilgili olan tabiî hukuk doktrininde de müşahede edilebilir.

«Bağımsız» ların nazariyecilerinde, liberalizmin kurucularında, BROWN'da Rodger WILLIAMS'da, LILBURNE' ve talebelerinde, LEVELLERS'de, hülâsa tabiî hukuktan insanların fitrî ve ferağı kabil olmayan ve Devletin kudretini tahdit eden hürriyet haklarının tesisi için faydalanan bütün bu mütefekkirlerde, ilâhî saltanatın insanların haricinde değil, kendi içlerinde olduğu fikri baş rolü oynamaktadır.

Mukaddes Kitabın serbestçe tefsiri, ve insanın kendi necat yolunu kendisi bulması hürriyetinden doğan dinî tolerans hususundaki tabiî hak, bütün fitrî hürriyet haklarının temeli telâkki edilmiş, ve böylece mezkûr haklar din tarafından takdis edilmişti.

Tabiî hukukun ciddî bir surette lâyikleştirilişi ancak, hukuk doktrininin « XVII inci ve XVIII inci asır tabiî hukuk mektebi » adıyla tanınan tam manasiyle rasonalist bir cereyanı sayesinde mümkün olmuştur. Esas itibariyle liyakatını başka sahalarda göstermiş olan GROTIUS'ün VASQUZ ve BIEL'in iddialarını takviye ederek, Allahın iki kere ikinin dört etmesine mani olmayacağı tabiî hukuku tadile de muktedir olmayacağını ve bu hukukun Allah mevcut olmasa dahi mevcut olmakta devam edeceğini ilân etmesinden sonra tabiî hukuku kat'î bir surette layikleştiren cereyan, bu mektebin HOBBS, PUFENDORF ve SPINOZA'nın temsil ettikleri mekanist koludur. Bu mütefekkirler için, TABİİ tabiri bütün tabiat - üstü şeylere mukabil olarak, hukukun ve cemiyyetin tetkikinde, tabiî ilimlerdeki ve hususiyle mekanikteki yeni

metotların tabbikini ifade ediyordu. Tıpkı, fizikçinin tetkik ettiği cismi atomlara parçalaması gibi, hukukçular da medeni Devlet'i, onun en basit unsurları demek olan ve farazi bir tabii hal içinde tasavvur edilen ferdlere ayırarak tetkik etmeli idiler. Atomların mekanik hareketine, birbirinin aynı olan fertlerin, tabii halde bir *jus ad omnia* (her şeyi şâmil bir hak) gibi telakki edilen tabii hukukları gereğince neflerini koruma ve sürdürme içgüdüleri (*conatus sui tuendi et conservandi*) tekabül ediyordu.

Atom-Ferd'ler arasında zuhur eden bu tarzdaki çatışma, onların varlıklarını muhafaza temayülüne aykırı olduğundan, *Lex naturalis*, onlardan kendi «*jus ad omnia*» (her şeyi şâmil bir hak) larını Devletin elinde temerküz ettirmelerini, yani, cüzi kuvvetlere itibar eden ve böylece nizam ve sulhü garanti eden mecmu mekanik kuvvetin elinde toplamalarını, buna razı olmalarını ister. Şu halde Devletin müsbet hukuku; mevcut nizamı tenkide değil, belki onu haklı göstermeye ve Devlet otoritesini ihlâl eden bütün iğvakâr nazariyelere karşı mücadele etmiye yarıyan tabii hukuku tamamiyle tahakkuk ettirmektedir, Filhalka, herkesin vicdanı bunu haklı görür ve tabii halin kargaşalığından (Chaos), medeni hali yaratmak hususunda içtimaî mukavele, ferdi iradelere başvurur. (Pactum conjunctionis - bağlanma mukavelesi), Ortaçağın (Pactum Subjectionis - tebaiyyet taahhüdünden) farklıdır, zira bu, Hükümetle her şeyden evvel halkın mukavele yaptığını mevzubahseder.

Zaten, hendesi metod ve mekanizm'in bir akıl mistisizm'ine kavuştukları SPİNOZA'da, yeni tabii hukuk sisteminin liberal ve demokrat fikirler uğruna istimali temayülü belirir: Devletin kudreti insanın içine müdahale edemediğinden, tabii hukuk, ferdin aklından ibaret olan bu yenilmez kuvvetin karşısında Devletin gerilemesini emreder, zira bu akıl, Allahın nihayetsiz aklından bir parçadır. Fakat Locke ile Rousseau, mübeşşirlerinin rasi-onalist ferdiyetçiliklerini ve mukavele taraftarlıklarını muhafaza ve daha derin bir surette inkişaf ettirmekle beraber, onların mekanist metodlarını terkle, tabii hukuk nazariyesinden, ikinci İngiliz ihtilâlini muhik kılan ve Fransız ihtilâlini hazırlayan bazı sistemleri geliştirmek hususunda faydalanmışlardır.

LOCKE bağımsızların siyasi nazariyeleri ile tabii hukukun rasi-onalist nazariyeleri arasında bir sentez meydana getirdi. Fertlerin fitri hürriyet haklarını umumileştirdi ve istibdat düş-

manlarının, «âme kuvvetinin hattâ teşrii kuvvetin insanların tecavüz edilemeyen tabii haklarını her ihlâlinde, halka isyan hakkını tanıyan ferağ edilmez halk hâkimiyeti» hakkındaki nazariyelerine müracaat etti.

ROUSSEAU kendi tabii hukuk nazariyesini, ferdin, ferağı kabil olmıyan ve hürriyeti istilzam eden mânevi liyakati fikrine istinat ettirdi. Tabii hukukun içinde bir «insiyakî» ve «akıl mahsulü» tabii hukuk ayırdı yaptı. İnsiyakî tabii hukuk, insanı masumiyet halinde kaldığı müddetçe hürriyete götürürdü fakat bu halden çıkar çıkmaz onu en büyük felâketlere sürükledi. Akıl mahsulü olan tabii hukuk ise, bugünkü şartlar içinde içtimaî hayatta insanın manevî kıymetini sağlamağa yarıyan yegâne müessirdi.

Akıl mahsulü olan tabii hukuk, KANT'ın pratik aklına müşabih olarak, bütün fertlerde aynı olan ve onların hukuk şuurlarını teşkil eden yani ferdi hukuk aklı demek olan umumî iradeden çıkar. Akıl mahsulü tabii hukuku hâkim kılmak için, fertler, bir içtimaî mukavele ile, insiyaki tabii hukuklarından feragat etmeli ve kendi umumî iradelerine yahut daha doğrusu herbirindeki hukuk aklına tâbi olmalıydılar. Bundan doğacak olan âme kudreti, herkesin umumî iradesinin, yani akıl mahsulü olan tabii hukukunun icaplarına muvafık bir surette hareket ettiği müddetçe meşru olacaktır.

Her fert kendi hukuk şuru (umumî iradesi) bakımından diğerleriyle eşit olduğundan bu hak, bir hürriyet ve eşitlik sentezini icap ettirir ki bu hür vicdan takviye edilmekle, halk hâkimiyetinin ferağ edilmezlik vasfı bu tabii hukuk nazariyesinin bir neticesinden ve genel seçim de onun pratik sahadaki tahakkundan ibaret olur.

Fert umumiyetle kanunların ve âme kudretinin emirlerinin, hürriyet ve eşitliği istilzam eden kendi hukuk vicdanı ile tearuz ettiğini görürse, bunlara itaatle mükellef olmaz. Böylece bütün meşru müsbet hukuk, akıl mahsulü olan tabii hukukun nüfuzu altındadır ve bu durumda olmadığı taktirde artık mecburilik vasfı kalmaz.

ROUSSEAU'nun telâkkileri, kendi nazariyesine bilhassa ihtilâlcî bir karakter bahşeden tabii hukukun üstünlüğü yolundaki beyanlarına rağmen, tabii hukukla müsbet hukuk arasındaki iki-

liğin ilerisine geçerler. Bununla beraber, halefi olan KANT'da ROUSSEAU tarafından ortaya atılmış olan bu tabii hukuk ve müsbet hukuk tekçiliği tamamen başk bir mâna alır; (Vernunftrecht) akli hukuk mânasına olarak tabii hukuk, bütün mevcut müsbet hukukun à priori şekli, Logos'u diye tefsir edilir.

Filhakika KANT; kendi tenkitçi metodunu mantıkî bir surette hukuk sahasına tatbik ettiği zaman, bu metod, bu sahada müsbet hukukla boy ölçüşebilecek değerde tecribeden çıkma (empirique) bir hukuku herhangi à priori bir fikirden istihraç imkânlarını ortadan kaldırıyordu. Bunun içindir ki KANT, muhtevası hakkında ROUSSEAU ile hemfikir olduğu tabii hukuku, kâh müsbet hukukun mantıkî bir şekline, kâh sırf kaidevî bir *idée*'ye irca etmiye çalışır. Herhalde yerleşmiş nizâma karşı her türlü isyan hakkını reddeder ve doğrudan doğruya icbar kuvvetini ancak müsbet hukuka tanır.

Tabii hukuku Vernunftrecht'e irca hususundaki aynı temayül, FICHTE'nin doktrininde, hiç değilse olgunluk devresinde ve bu tâbir yerine Rechtslehre'yi ikame ettiği (Grundlage des Naturrechts) adlı eserinde daha mütebariz bir hal alır ve kat'î şeklini bulur. FICHTE'nin sosyalist düşünme tarzı, onun tabii hukuk nazariyesine değil, fakat aktivist ahlâkına ve iş felsefesine taallük eder. FICHTE ile tabii hukuka karşı bir reaksiyon başgösterir ki, bu tepki, mübalâğah şekilleriyle hukukçuların tarihî mektebi tarafından ihdas edilmiş ve esasen bir cihetten de Fichtéanisme'nin tesiri altında kalmıştı. Buna mukabil Amerikan ve Fransız beşer hakları beyannameleri, tamamen, müsbet hukuk ile tabii hukuk arasındaki katî bir ikicilik (dualisme) üzerine teessüs eder ve ideolojik bakımdan, sıkı bir surette LOCKE'nin nazariyesine bağlanırlar. Bunlar, tabii hukuk inancının başka hiçbir zaman meydana getiremediği en muhteşem ve en tesirli tarihî âbideleridir.

Meselenin XIX uncu yüzyıldaki durumunu tesbit etmeden evvel, XVII ve XVIII inci yüzyıllardaki tabii hukuk mektebinin ferdiyeci cereyanı yanında, daha az bilinmekle beraber daha az ehemmiyette olmiyan başka bir cereyanı daha mevcut olduğunu kaydetmeliyiz: bunun ilk şekli, XVII inci yüzyılda kendisine sosyalist denen GROTIUS'de görülür: Grotius kendi Devletler hukuku nazariyesini tabii sosyal haklar (droits sociaux naturels) üzerine kurar. LEIBNIZ, bu hukukun en derin ve en orijinal na-

zariyesini meydana getirir. WOLF ve NETTELBLADT'la talebeleri, bunu (gurupların Devleti tahdit eden bütün fitri hakları) nazariyesi şeklinde inkişaf ettirirler. SCHLÖTZER, bundan siyasi cemiyete karşı, ilk defa, medeni cemiyet nazariyesini çıkarır. Nihayet fiziokratlar bu tabii sosyal hukuk nazariyesini iktisat ilmine tatbik ederler. Bunlar, istihsalin tabii sosyal nizamından bahsederler ki, Devletin bu nizama müdahale etmemesi lâzımdır. Tabii içtimaî hukuk, bu nazariye sahiplerine göre, herşeyden evvel, (aile, komün, lonca, şehir, kilise, devlet, milletler câması gibi) müteaddit tabii ve zaruri «cemiyet» leri himaye eden, onlara yardım eden hukuktur. Bu tabii hukukun kaideleri, kâh bizzat bahis mevzuu olan cemiyetlerin esasından çıkar, kâh grubun değişmesi mümkün olan içtimaî gerçekliklerinin tetkiki suretiyle bu cemiyetlerin statü'lerinden istihraç edilir.

Doktrinin inkişafında, bu sonuncu neviden olan kaidelere gittikçe daha fazla bir ehemmiyet atfedildi Diğer taraftan bütün arzuya tâbi cemiyetlerden aynı veçhile bir (tabii sosyal hukuk) zâhir olduğu kabul edildi ki, bu hukuk, netice itibariyle grupların muhtar müsbet hukuku vasfını kazandı. Tabii sosyal hukuk nazariyecilerinin, tabii hukukla müsbet hukuk arasındaki ikiligi, müsbet hukukun müteaddit neveleri arasındaki hierarşi'ye irca etmelerinin sebebi budur.

XIX uncu yüzyılda tabii hukuka karşı gösterilen reaksiyon'un menşei, (İngiliz Edmund BURKE'yi takip eden) restauration yazarları ve Alman romantiklerinin, ihtilâl doktrinlerindeki ferdiyetçiliğe ve mücerret akıcılığa karşı hissettikleri tepkidir. Bu reaksiyon'un en sarîh şekli SAVIGNY ve PUCHTA'nın tarihçi mekteplerinde tezahür etti. Bununla beraber bu mektebin müessisleri bütün ananecilik ve tarihçiliklerine rağmen, bir otorite tarafından tesis edilmiş olan hukukla, bir milletin maşerî hukuk şuurunun vasıtasız bir mutâsı (unmittelbare Rechtsüberzeugung des Volkes) olan halkın yaşayan hukuku (Lebendiges Volksrecht) nu birbirinden ayırt ediyorlardı. Kendisine bu kadar fazla ehemmiyet atfettikleri âdet, onlara göre yalnız ananevî teamül değil, fakat aynı zamanda halkın bu vasıtasız hukuk sezgisi (intuition juridique directe du peuple) demektir. Böylece SAVIGNY ve PUCHTA tabii hukukun belli başlı sâiklerinden birini, onu tamamen modern bir şekilde ifade suretiyle muhafaza ediyorlardı: evvelden tesbit edilmiş olan hukukla, yaşayan hukuk arasındaki ikilik.

Daha umumî bir surette, hukukta düşünce mahsulü olanla, kendi kendine husule gelen arasındaki ikilik.

SAVIGNY ve PUCHTA bu tefrikin şumulünü, modern çağlar için bütün yaşıyan hukuku, hukuk bilginlerinin hukukuna irca suretiyle bir hayli tahdit etmişlerse de, başta BESELER olmak üzere onların muakkipleri, daha tatminkâr neticeler çıkartmaya muvaffak olmuşlardır.

Pozitivizm'in zuhuru, akli bir kılığa sokulmuş affedilmez bir apriorizm tezahürü gibi telâkki edilen tabii hukuka karşı mevcut aleyhtarlığı kuvvetlendirdi. Bununla beraber, tabii hukuka karşı amansız bir harp açanlar, müsbet sosyoloji taraftarları değil, belki, hukukçuların çalışmalarını münhasıran Devlet tarafından tesis ve Devlet mahkemeleri tarafından tatbik edilen hukuk tekniğinin tahliline hasretmek isteyen hukukî pozitivizm'in temsilcileri olmuştur. Esasen onların tabii hukuk düşmanlıkları, bütün hukuku hükümler Devlet'in iradesine irca eden müfrit devletçiliklerinin zâhirî cephesidir.

XIX uncu yüzyılın sonunda ve bilhassa XX inci yüzyılın başında, tanınmaları, eski fikirlerden ve klâsik meşruiyet telâkkilerinden fedakârlığı icap ettiren hiç akla gelmedik birtakım hukukî bünyelerin ve yeni içtimâî şekillerin zuhuru, bizzat Devlet mahkemelerini, evvelden tesbit edilmiş bir hukukun, müteaddit karmaşık hâdiselere hal çaresi bulmak hususundaki aczi meselesiyle karşılaştırıyordu.

İşte «Tabii hukuk rönesansı», yani hukuk felsefesine ve hukuk sosyolojisinin inkişafına karşı bir alâka taşkınlığı ile beslenen bazı temayüller, serbest hukuku (Freirecht) ve sosyolojik jürisprüdansı terviç eden hareket bu zamanda başlar.

Bu hareket oldukça farklı şekiller almıştır. Yeni Kant'çı STAMMLER bir «değişken muhtevalı tabii hukuk» inşa etmiştir ki, bu, mevcut müsbet hukukun, hukuk *idée*'sine göre, yani, sırf kaidevî olan ve kendisi tarafından sarahatle her türlü *a priori* hukuk mefhumunun zıddı olarak kabul edilen hukuk *idée*'sine göre tenkidinden ibarettir.

Fr. GENY, kanun *fétichisme*'ine harp açarak «serbest ilmi araştırma» dan istimdat eder ve böylece hâkime, evvelden tesbit edilmiş olan müsbet hukukun bırakmış olduğu geniş boşlukları

doldurması hususunda yardımla mükellef olan «tabii hukukun en basit akli mütâları» sezgisini tekrar ortaya çıkarır.

Başta EHRlich ve KANTOROWICZ olmak üzere, Alman Freirecht temsilcileri, Birleşik Amerika'da Roscoe POUND ve nihayet Fransa'da LAMBERT, LEROY, MORIN'in daha dinamik telâkkileri, hiçbir akli mütâyaya irca edilmeyen *spontané* ve yaşayan hukuku müdafaa ettiler.

Nihayet bazı modern hukuk filozofları, rasyonel bir objektif hukuktan, yani müşahhas muhtevası değışebilen, fakat bazı prensipleri ebebi olan bir tabii hukuktan bahsederler. Böylelikle *thomisté* doktrine avdet edilir. (CATHREIN, LE FUR, RENARD ve diğerleri.)

Netice şudur ki, XIX uncu yüzyılın hukukî pozitivizmi, artık hiç kimseyi tatmin etmemektedir. Bunun için pek âşikâr hataların izâlesiyle, tabii hukuk doktrinlerindeki meşru esaslar meydana çıkarılmıya çalışılmaktadır,

3. Sistematik mülâhazalar

Tabii hukukun mantık bakımından imkânsızlığı

Tabii hukuk fikrinin sistematik bakımdan tenkidî bir tetkine başlamadan evvel, şunu kaydetmeliyiz ki, tabii hukuk doktrinlerinin temayülü (yani hukuk âleminin meşbu bulunduğu bir takım zıddiyetleri, içlerindeki mütenakız unsurları birbirlerinden tamamen ayrı sahalara nakil suretiyle hal yolundaki temayül) bize hayli söz götürür mahiyette görünmektedir.

Hukuk realitesini kavramak ve her türlü sun'î tecritten sakınmak için, bilâkis, *Idée* ile olgu (*fait*) nun, birbiriyle karşılaştığı, birbiriyle bir sentez yaptığı noktayı araştırmak lâzım gelmez mi?

Bu görüş noktasından denilebilir ki, hukukun ilk esâsî gerçekliği «normatif olgu» lardan meydana gelir. Bizzat mevcudiyetleri ile kıymetleri gerçekleştiren ve *hétéronomie* ile *autonomie* arasındaki aykırılığı aşan olgular... «*Idée du droit social*» adlı kitabımda isbata çalıştığım husus işte budur.

Hukukun bu ilk gerçekliği, şekli teknik usullerle veya vasıtasız bir sezgiyle meydana getirilmiş olabilir. Böyle olmakla

beraber bu sezgi, müsbet'in ötesine götürmiyen, ancak evvelden tayin edilmiş hukuk gibi aynı «normatif olgular otoritesini» tesbite yarıyan bir sezgidir.

Böylece şekli müsbet hukuk ile sezgili müsbet hukuk arasında bir tefrika vasıl olunur ki, bu tefrik, mütefekkirleri, tabii hukuk araştırmalarına teşvik eden meşru sâikleri tatmin etmekle beraber, bizzat tabii hukuk mefhumunda mündemiç olan vahim hâatları da cezri bir surette meydana çıkarır.

. I — Çünkü, tamamen muhtar bir hukuk kavramı, mefhumla tâbir arasındaki bir tenakuzu ifade eder.

Bir takım kimselerin vazifeleri ile, diğer bir takım kimselerin talepleri arasında kesin bir tekabül hali (ki bu hukuk demektir), ancak, kaide ile aynı şey demek olmıyan herhangi bir otoriteye müracaat suretiyle elde edilebilir. Aynı zamanda bu tekabülün icabı olan karşılıklı riayet halinin dayandığı mukaddemler, hukuk kaidesinin gerçekten müessirliği keyfiyetidir ki, bu hal, onun sırf normatif karakterini tadil eder.

Fazla olarak, hukuk, müsbet şekilde kendini göstermedikçe, emniyet ve sulh tesisi arzusunun gerektirdiği veçhile adâleti tahakkuk ettirmeye yarıyamaz. Sırf muhtar bir hukuk, artık hukuk değil, belki, ahlâkî bir postulat, ahlâk ideal bakımından münteşir hukuk hakkında bir kanaattir, fakat, bizzat hukuk değildir.

Adalet. müsbet hukuk ve tabii hukuk meseleleri hakkında ileri sürülen munzam deliller

Bazan, adâlet ve müesses nizam, yani hukukta emniyet ve müsbetlik mefhumları, başka kavramlara ircaı imkânsız olacak kadar basit ve nihai mefhumlar telâkki edilerek birbirlerine muarız addedilirler. Halbuki ben, bu neticeye, sadece, açıkça birbirinden ayrı şeyler olan adâlet ile ahlâkî ideal'in haksız olarak aynı şey telâkki edilmesi yüzünden varıldığı kanaatındayım. Adaletin, ahlâkî idealden olan esaslı farklarından biri, muhakkak ki şudur:

Ahlâkî ideal sahasında gerçekleşmenin (réalisation) un değeri, gerçekleşmesi bahis mevzuu olan şeyin değerinden son derece

daha azdır. (Yani burada yaratıcı faaliyet ve terakki, nizâma tefevvük eder.) Halbuki adâlet sahasında, bilâkis, gerçekleşmenin değeri, gerçekleşmesi bahis mevzuu olan şeyin değerine muadildir ve yerleşmiş nizam, emniyet ve sulh ihtiyacı, bizzat adâletin ruhunu teşkil eder ki, bu sebeple adâlet her denemede bunu gerçekleştirmek ve müsbet hukuk haline sokmak ister. Zira adâlet ancak ve ancak bu tarzda tahakkuk edebilir yani, bir takım insanların talepleriyle, diğer bir kısmın vazifeleri arasındaki filî mutabakat vasıtasıyla bir muvazene teessüs edebilir.

Adâlet, saf keyfiyetlerden, muayyen bir kemiyet derecesine geçiş olarak kaldıkça, ahlâk idealinin mücerret ferdiyeti yerine umumî kaidelerin ve müşterek tiplerin ikamesi demek oldukça, ahlâkî idealin yaratıcı hareketinin şematik bir durdurulmuşu, bir kelime ile, ahlâkî idealin mantıkî bir hale ifrağı demek oldukça, muhakkak ki, emniyeti ve «içtimaî düzen» i bu idealin tahakkukunu sağlayacak zarurî vasıtalar olarak telâkki etmekte devam edecektir. Böylece sulh, emniyet ve müesses nizam, bütün hukukun müsbetleşmesini istiyen adâlete ebediyen merbut olarak kalacaklardır.

Adalet, ahlâkla mantık arasındaki yolun tam ortasındadır. Adalet, ahlâk idealinin mantık aralığından geçirtmek suretiyle hararetini biraz azaltır. Ahlâk idealinin, adâlet halinde tecessüm eden bu mantıkileştirilişi şu neticeyi verir :

Adalet ile hukuk arasındaki münasebetler, ahlâk ideali ile tecrübî ahlâk arasındaki münasebetlerden tamamen farklıdır. Adaletle hukuk arasındaki münasebetler daha ziyade, mantıkî bir *kategori* ile, bu kategori vasıtasıyla inşa edilen *mevzu* arasındaki münasebetleri hatırlatır. Adalet bir ideal rolünden ziyade hukukun (Lokos) u rolünü oynar.

Ahlâk ideali gerçekleşmesi imkânsız olduğu nispette, esaslı bir surette tecrübî ahlâka aykırı olur. Ve bu sonucunda tecessüm etmez. Ahlâk ideali mahiyeti itibariyle, ancak mânevî hayat bakımından tanzim edici bir vazife ifa eder. Adalet ise bilâkis, mantıkî unsurlarla bir hayli meşbu olduğu müddetçe, hukuku meydana getirmek kabiliyetine sahip olur. Ona karşı gelmekten ziyade onu yaratmaktadır. Her hukuk, adâleti tahakkuk ettirmek hususunda az veya çok muvaffak olmuş bir denemedir. Nizam ve emniyeti adâlete yardım maksadı ile tesis ettiği için de, zarurî olarak müsbet bir deneme.

Burada adâletle tabii hukuku aynı şey telâkki etmenin ne kadar hâtaht olacağını tahmin etmek kolaydır. Adâlet fikrinden bir hukuk istihraç etmek, mantikî bir kategoriden bu kategorinin inşa ettiği mevzuu çıkartmak kadar imkânsız bir şeydir. Ve eğer, «Tabii hukuk» un, sadece, mevcut müsbet hukukun (yani müsbet hukukun, tarihin muayyen bir anında ve muayyen bir içtimâî muhitte adalete en muvafık telâkki edilen bir kısmının) adâlet idealine göre mukayesesi demek olduğu iddia ediliyorsa, buna, adâletin bu «mevcut hukukun takdir ve tenkidine esas olmak vazifesini» göremeyeceği, zira adâletin zaten her çeşit hukukun yapıcı unsurunu teşkil ettiği cevabı verilmelidir.

Tıpkı, bir sandalyenin iyi veya kötü olduğu hususunda, madde hakkındaki mantikî kategoriye dayanılarak bir hüküm verilmesi imkânsız olduğu gibi.. zira madde, zaten her cismin yapıcı unsurunu teşkil eder.

Aşıkârdır ki, mevcut hukukun bir ahlâk idealine göre takdir ve tenkidi mümkündür. Bu hukuk, bir değerine nisbetle ahlâkî bakımdan daha iyidir denebilir. Bu katiyetle mümkündür. zira, ahlâk, hukuktan farklı bir şeydir ve bu takdirde adâletin olduğu kadar, hukukun da haricinde bulunmaktadır. Tabii hukuktan bu mânada bahsedildiği zaman, hakikatte sadece mevcut hukukun ahlâk bakımından tenkidi kastedilmektedir. [1]

Fakat her türlü iltibastan sakınmak için bunu açıkça söylemek lâzımdır. Zira hukukun ahlâk zaviyesinden tenkidi ile, onun à priori mantikî unsurunun taharrisini birbirine karıştırmak ve esaslı bir surette birbirinden farklı olan bu iki unsuru hukukun filen mer'i kaideleriyle (yani muayyen bir muhitte cari diğer hukukî kaidelerle ihtilâf ve rekabete girişebilen filen mer'i hukuk kaideleriyle) aynı şey telâkkî etmek, meselenin aydınlanmasına yarayacak bir usul değildir.

[1] Bu tenkid, muayyen bir içtimâî muhitte, ahlâkî kıymetlerle hukukî kıymetler (adâlet) arasında hissedilen ihtilâfın her had şeklinde zuhur eder. Ahlâkî kıymetlerle hukukî kıymetler arasındaki normal münasebetlerin kesilişi, tarihin çetin anlarında vukua gelir ki, bu anların mümeyyiz vasfı, topluluğun yeni ahlâkî kıymetleri bulmağa muvaffak olduğu halde, aynı terakkiyi hukukî sahada tahakkuk ettiremeyişidir.

Manâsı müphem bir tâbiî hukuk mefhumu, işte tam bu sırada, ahlâkî inançlarla hukukî inançlar arasında husule gelen böyle keskin ihtilâf devirlerinde zuhur eder.

Pek bilgin bazı münekkittler, benim, her çeşit hukuktaki zaruri müsbetliğin temeli addettiğim «normatif olgular» hakkındaki görüşümü vaktiyle inkâr etmiş olduğum tabii hukuku yeniden tesis gibi telâkkî ederek tenkit ettiler. Ezcümle Le Fur, benim «bir normatif olgunun, hakkıyla normatif olabilmesi için, bunun adalete müstenit ve kıymetlerin canlı bir ifadesi olduğu tastik olunmalıdır» yolundaki izahatımı naklederek dikkati çekiyor:

«Elhasıl bu fikirler, tamamen, vaktiyle, idare edenlerin kuvvetine veya Devletin keyfi iradesine müstenit olan hukuk ile, tabii hukuku veya hukuk idealini birbirinden tefrik eden hukukçuların izah etmek istedikleri fikirlerin aynıdır» [1] diyor ve şunu ilâve ediyor: «aynı kimselerden hem her hukukun bizzarure müsbet olduğu, hem de adalete aykırı hukuk bulunmadığı iddiasını işitmek pek garip değildir? bu çift iddia, baş başına bir tenakuz olduğu gibi tarihî bedahate ve fena kanunların vücudu hakkındaki günlük müşahedelerimize de aykırı gelmektedir» [2]. Şu halde anck üç şartın birleştiği hallerde hukuk kaidesi mevcuttur neticesine mi varacağız?

- 1 — İçtimaî otorite tarafından konmuş kaide.
- 2 — Müessir bir hukukî kaide
- 3 — Adalete uygun bir kaide

Muhakkak ki böyle bir tarif de mümkündür. Fakat bu, ancak şu halde mümkündür: noksansız bir hukuk denebilen, yani tabii hukuka veya objektif hukuka uygun bir müsbet hukuk kaidesi karşısında bulunulması halinde. Fakat vaziyetin her zaman böyle olmadığı da aşikârdır» [3].

Ve en nihayet Le Fur şu neticelere varıyor:

a) Yalnız başına içtimaî otorite müsbet hukukun temeli olmağa kâfidir. (Esasen Le Fur içtimaî otoriteyi, bir kumanda, keyfi iradenin bir ifadesi olarak tefsir etmektedir).

b) Bir içtimaî muhitte, otorite tarafından mevzu kaidelere mugayir olan hukuk kaidelerinin fiilen müessir oluşu, tabii hukukun varlığına bir delildir.

c) Nihayet tabii hukukun en umumî kaideleri doğrudan doğ-

[1] Archives de philosophie du droit 1981* 8-4 sh.286

[2] aynı yerde sh: 292

[3] aynı yerde sh: 294

ruya adalet idealinden istihrac edilmeğe müsait olduğundan, bizzat adaletle aynı mahiyettedirler.

Bu itirazlara cevap vermek için evvelâ bunların hepsinin «adalet», «içtimaî otorite» ve «müessiriyet» gibi tabirlerin benim kullandığım manâdan—ki bence kabule değer yegâne manâdır—büsbütün ayrı bir manâda tefsir edilmelerinden ileri geldiğini hatırlatmam gerektiğine kaniim.

Yukarıda, hangi sebeplerden dolayı az veya çok âdil bir hukuk değil, belki daha çok veya daha az ahlâki bir hukukun, yani muayyen bir içtimaî gurubun ahlâki itikatlarına az veya çok mugayir bir hukukun mevcut olabileceği fikrinde olduğumu izah etmiştim. Ahlâki bakımdan fena olan bir hukuk da muhakkak ki yine hukuk olmaktan çıkmaz. Adalet ve ahlâk idealini kendi iç bünyelerinde olduğu kadar, bunların tanzim ettikleri *empirique* olaylarla olan münasebetlerinde de birbirlerinden iyice tefrik etmek icabeder.

Bundan maada, bizzat adaletin muhtevası üzerinde de anlaşmak lâzımdır.

Le Fur için, adaletin kendisi, sabit, değişmiyen bir şeydir ve hepimiz onu söz götürmez bir şekilde tanyabiliriz.; Bana gelince zannederim ki vaziyet son derece daha karmaşıktır. Her şeyden evvel çeşitli ahlâk denemeleri olduğu gibi, çeşitli hukuk denemeleri de mevcuttur, ve bu denemelerden her birinde insanların nazarlara adaletin muhtelif suretlerinden biri, ahlak idealinin çeşitli görünüşlerinden ancak biri tecelli eder. Fr. Rauh ile Max Scheler bu bakımdan bazı hususî ve mahallileştirilmiş *à priori* lerden bahsetmekte tamamen haklı idiler. Zira mezkûr *à priori*'lerin nihayetsiz çokluğu, teaddüdü, ancak bu hukuki ve ahlâki denemeler yekûnunun birbirleriyle karşılaştırılması ve teşrik edilmesi sayesinde, bizi, idealin az veya çok mükemmel bir hayaline eriştirebiliyordu. Bununla beraber ahlâk ideali tasavvuruna, adâlet *idée*'sinin tasavvuruna nisbetle, çok daha kolay vasıl olunabilir, zira adâlet *idée*'sinin tecelli tarzlarının tahavvülü, ahlâk idealinin tecellilerindeki tehalüfe nisbetle son derece daha büyüktür.

Filhakika, ihtilâf halinde bulunan birbirine muadil ahlâki kıymetlerin kabî bir telifini ifade eden adaletteki müteharrik ve süreksiz muvazene (hattâ münferit bir hukuk denemesi çevresinde bile olsa), ahlâk ideali tasavvurlarındaki nazaran son derece daha değişken ve dinamiktir.

Diğer taraftan adalet, mantıkileştirilmiş ahlâk ideali demek olduğundan onun değişimleri yalnız sezilebilen ahlâki kıymetlerin tahavvülüne ve önceden kurulmuş muvazenelerin müteharrikliğine değil, fakat aynı zamanda adalet *idée*'sinin tecelli tarzlarıyla bizzat müterafık olan ve bunlara bir hayli tesir eden zihni tasavvurların tahavvüllerine de tabiidir. Bu mânâda denilebilirki, adalet *idée*'si, bütün *a priori* kıymet ve *idée*'lerin içinde, en değişken ve en müteharrik olan *idéed*dir.

Böylece, nazari olarak, adaleti, hukukun takdirinde bir kıstas olarak kullanmak mümkün olsaydı da (ki bu rol onun mantiki karakteriyle kabili telif değildir) yine onun tecelli tarzlarındaki son derece tehâlüf ve müteharriklik yüzünden bu, tamamen imkânsız olurdu, meğerki objektif adalet kıstası yerine bu mevzua dair şahsi bir kanaat ikame edilmiş olsun, ki bu da tam bir dogmatizm demektir. Bir misal verelim :

Fransız hakimiyetinden evvel Dahomeyde mütat olan insanların kurban edilmesi müessesesini ele alalım. Burada «adaletsiz bir hukuk» bulunduğu bahsile her hukukun adaleti tahakkuk ettirme yolunda yapılmış bir müsbet deneme olduğu yolundaki tarifimizin artık hükümsüz kaldığını söyleyebiliriz? meğerki bu müesseseyi «hukuki» olarak tavsiften vazgeçmiş olalım.

Cevabımız basittir: tarifimiz bu müesseseyi de içine almaktadır. Zira tarifimize göre adalet *idéesinin* Dahomey halkı nazârında hangi şekilde tecelli ettiğine bakmak lâzımdır.

Bizim için meşru müdafaa sadedinde veya muharebe sırasında bir insanın hayatına nihayet vermek için yaptığımız bazı fiiller ne kadar cinayetten uzak şeyler ise, iptidailer için de insan kurban edilmesi o kadar katilden uzak bir fiildir.

Lucien Levy—Bruhl ün hayrete değer bir şekilde açıkladığı gibi, iptidailerin zihniyeti, bizimkinin aynı değildir. Bilhassa onların illiyet tasavvurları bizimkilerden tamamen farklıdır. Kurban edilecek kimselerin Klanın yetişkin insanların en güzelleri arasından seçilmesi ve onları kurban etmekle yalnız câmiaya değil fakat bizzat kurbanlara da en büyük hizmette bulunulduğuna inanılması bunun bir neticesidir. Zira iptidailerin zihniyetine göre ruhlar, vücudu gelişmiş ve serpilmiş zamanında terk ederlerse, kendilerini en mükemmel hallerinde muhafaza ederler. Bu bakımdan Frazer in (Krallığın sihirli menşeleri: Les Origines magiques de

la Royauté) adlı eserinde verdiği misal klâsik olmuştur: Frazer, kurban olarak, tam olgunluk çağına gelmiş kralların seçildiğini ve Klanın olduğu kadar bizzat kralın da iyiliği için ve onun ruhunu muhafaza gayesiyle yapılan bu vazifenin bizzat kralın oğluna tevdi edildiğini anlatır. Bu müessesenin adaleti, yani adaletin Dahomey halkı nazarındaki tecelli şeklini tahakkuk ettirme uğrunda yapılmış bir deneme olmadığı ciddiyetle iddia edilebilir mi?

Böylece, hatta iptidailer tarafından kabul edilen ahlâki kıymetlerin bizimkilerin aynı olduğu farzedilse bile, onların zihni tasavvurları ve hükümleriyle bizimkiler arasında mevcut olan fark, tasavvur edilen adâlet idéesini ve bu idéeyi tahakkuk ettirmeğe matuf hukukî müesseseleri bizimkilerden o kadar farklılaştırmaya kâfidir ki, artık bunları bizim bu günkü adâlet ölçülerimizle takdir etmemize imkân kalmaz.

Dahası var: zira ahlakî kıymetler telâkkisi de, bildiğimiz gibi medeniyetlere göre değişir. Meselâ şahsın kıymeti, iptidailerde, hakikî hayatın kıymetine bağlı değildir. Onlara göre içtimâî kıymet, yalnız canlıların cemiyetinde değil, aynı zamanda ölülerin cemiyetinde de tahakkuk eder. Daha doğrusu bu iki sosyete zaten tek bir sosyetedir. Bunun adâlet idéesinin tefsiri üzerinde yapabileceği tesir (ki bu adâlet idéesi, şahsi ve içtimâî kıymetlerin kabli bir telifi demektir) Hindistandaki dul kadınların kurban edilmesi müessesesiyle de tahkik edilebilir. Filhakika orada kadının şahsiyeti, kocanın şahsiyeti içinde mündemiç telâkkî edildiğinden, öyle zan edilirki, her iki kıymetide muhafaza edebilmek için kadının vücudu, kocanın vücuduna mukadder olan akibete iştirâk etmelidir. Hintlilerin bu müesseseyi kurmakla, adalete hizmet etmek istemedikleri söylenebilir mi?

Adaletin hukuk hayatındaki hakikî rolüne ve onun son hadindeki değişkenliğine mütedair olan bu izahattan sonra, hukukun, adaleti tahakkuk ettirmeğe matuf bir tecrübe olduğu (ve tam bu sebepten dolay) tabii hukukun her çeşitini reddeden müsbet hukuk demek olduğu yolundaki tarifimizi tamamen muhafaza edebileceğimize kaniiz. Le Fur, hukukun müsbetliğini temin için mevzû otorite «l'authorité qualifiée» unsurun mutlak bir surette kâfi geleceğini ve müessiriyet «efficience» ile adâletten her ikisinin de bizi tabii hukuka götürdüğünü ileri sürerek itiraz etmektedir ve riayet edilmeyen bir kanunu da misal olarak zikretmektedir ki

buna bizim tarifimiz tatbik edilecek olursa, böyle bir kanun artık bir hukukî kaide sayılmıyacaktır. Her şeyden evvel şunu hatırlatalım ki biz «mevsuf otorite» den bahsettiğimiz zaman, bununla hukukun ilk ana kaynaklarını, hukukun maddî kaynaklarını kastediyoruz. Yani burada içtimaî otorite artık müşahhas olarak görünmez. Yoksa hukuku tesbit eden teknik vasıtaları (usul), daha doğrusu nüfuzları münhasırın «normatif olgu» ları ifade hususundaki maharet derecelerine bağlı olan bu gibi tâli derecedeki menbaları kastedmiyoruz.

Böylece, riayet edilmeyen bir kanun, ilk esaslı mevsuf otoriteyi tesbit ve teyide muvaffak olamamış bir vasıta (meselâ canlı ve dinamik gerçekliği içindeki «Devlet» gibi bir normatif olgunun ifadesi olamamış bir vasıta), yahutta daha başka müstakil «normatif olgular sahasına tezavüz etmiş teknik bir usulden başka bir şey değildir. Bir kanuna riayet edilmediği takdirde yıkılan şey, mevsuf otorite değil, belki sadece teknik bir vasıta. Yani mevsuf otoriteyi ifadeye daha elverişli olan, meselâ âdet, emsâl, adli teşekküllerin tatbikatı, kollektif anlaşmalar gibi diğer bir teknik vasıta tarafından ilga ve istihlâf edilen bir teknik vasıta. Riayet edilmeyen, yani tesirsiz bir hale getirilen kanunun artık bir hukuk, bir hukukî kaide olmadığından nasıl şüphe edilebilirki, bir kere bunun meriyet kabiliyeti yoktur. Diğer taraftan biz, mevsuf otorite ile adâletin birbirinden ayrılmasına taraftar olmadığımız nisbette, mevsuf otorite ile müessiriyetin de birbirinden ayrılmasını kabul edemiyoruz. Le Fur bizim, her biri diğerinden ayrılabilen bu üç unsuru, mekanik bir tarzda birbirile birleştirdiğimizi zannediyor. Halbuki bizim «normatif olgu» şeklindeki mevsuf otorite telâkkimiz tamamen başka bir şeydir: bizim için, bir birleşme değil, belki bir beraberlik, bu üç unsurun üçünü de katiyetle birbirine bağlayan sım sıkı bir vahdet halinde tecessümleri mevzuu bahistir. Bu husus belki, bu üç unsurdan herhangi birinden, zarurî olarak, diğer ikisinin meydana çıkışı vakıası ile de tahkik edilebilir.

Tamamen objektif «normatif olgu» şeklinde anlaşılan mevsuf otorite, kendisinden sadır olacak olan hukukun gerçekten müessiriyetini, müesses bir şey olmak sıfatıyla olduğu kadar, «olgu» olmak sıfatıyla de garanti eder. Müessir olmayan bir otorite, muhakkak ki artık «bir normatif olgu» değildir. Zira «normatif olgu» lar, kendi hukukî doğruluklarını, kıymetleri tahakkuk ettiren

bir muhitin mevcudiyeti vakiasında (yani müessirlikte) bulurlar, ve bu vakıa bizzat kendisinde müsbet bir hukukî kıymeti tecesüm ettirir ve adaletin tahakkuk ettirilmesine yarar [1].

İptidai veya maddî kaynaklar (normatif olgular), muhakkak ki şekli kaynakların (teknik usullerin) zıddıdır. Çünkü birinci nevi kaynaklarda bir hukuk kaidesindeki icbar kuvvetinin mesnedi olan otorite ile bir topluluğun gerçek varlığı hep birlikte bulunur ki bu gerçek varlık, kaidenin müessiriyetini temin eder.

Diğer taraftan «mevsuf otorite» tabiri, «normatif olgu» da olduğu gibi bir «tavsif»i istilzam eder. Kimin tarafından yapılacak bir tavsif? muhakkakki adâleti tahakkuk ettirme gayreti tarafından, yani normatif olguların canlandırmağa çalıştıkları müsbet kıymetler tarafından yapılacak bir tavsif.

Evvelce, başka bir hareket noktasından başlayarak, yerleşmiş nizam ihtiyacının nasıl doğrudan doğruya adâlet *idée*'sinden çıktığını göstermiştik. Yani «mevsuf otorite» ile, «normatif olgu» tarafından temin edilen müessiriyet arasındaki iştirak veçhini, beraberliği meydana çıkarmıştık. Bahis mevzuu olan üç unsur arasındaki aynı çözülmeyen vahdeti, mevsuf otorite ve adâlet unsurlarını gerektiren hukukî müessirlik mefhumunu tahlil suretile de isbat edebildik. Fakat mevzuu uzatmaktan sakınmak için şimdilik bundan vazgeçiyoruz. Şimdiye kadar söylediklerimiz, bizce mevsuf otorite, hukukî müessiriyet ve adâleti tahakkuk ettirme denemelerinin tek ve aynı bir şeyin yani (normatif olgu) nun üç ayrı veçhesi olduğunu isbata kâfi gibi geliyor. Bu veçhelerden her biri diğerlerini istilzam eder. Şu halde tabii hukukun her türlü müessiriyet imkânını reddederek, her müsbet hukukun, bizzat mahiyeti itibariyle bu müsbetliğe müştak olan adâleti tahakkuk ettirme hususunda yapılmış bir tecrübe olduğunu iddia etmek tamamen mantıkî bir şeydir.

Bu münakaşaya son vermek için mevsuf otoritenin (yani kanun gibi teknik tesbit vasıtaları ile veya sadece üstün bir iradenin kumandası ile aynı şey telâkki edilen mevsuf otoritenin müsbet hukuka kâfi bir temel teşkil ettiğini kabul ile ne elde edilmiş olacağını soruyoruz. Bu kabul edildiği takdirde evvelâ umumî olarak hukuk mefhumunu tariften vaz geçmek icabedecekti. Çünkü selâhiyetli bir uzuv tarafından emredilmiş olan her

[1] G. GURVITCH — *Idée du Droit social*. 1932. sh. 132 - 134

şey, hukuk telâkkî edilecekti. Bu suretle tekrar en mevsuk hukukî pozitivizmin işlediği hatalara dönülecekti ki bu hatalar hiç bir zaman hukuk felsefesine müteallik bütün meseleleri zaten hayli muammalı bir saha olan tabiî hukuk alanına sürmekle tasahih edilemez. Ve nihayet tatbikat bakımından bir hukukî tasarrufu, böyle olmayan tasarruflardan ayırdetmeğe yarayan bütün kıstaslar gaip ediler. Bir misal alalım :

Caligula, atını Roma senatörlüğüne tayin etti. Bu da mı bir hukukî tasarruftur? eğer her hukuk adâleti tahakkuk ettirme yolunda bir deneme ise hayır. Fakat eğer müsbet hukuk, selâhiyetli bir uzvun basit bir kumandasına irca edilecek olursa, bu tasarrufu da hukukî olarak tanımak lâzımgelecektir.

Benim, tabiî hukuk mefhumunu ortadan kaldırmak ve her hukukun daima «normatif olgular» a istinadı dolayısıyla bizzarure müsbet olduğunu isbat etmek için sarfettiğim gayret, daha başka deliller serdi ile de tenkit olundu :

Bana itiraz edenler şu iddialarda bulunuyorlardı :

Hukukun şeklen tesbitine tekaddüm eden, kendiliğinden doğuşu hakkındaki kuvvetli duygu, tabiî hukukun bazı eski nazariyelerinde de mevcuttu. Sonra her biri hiç olmazsa zahiren bir tenakuzu ifade eden bu iki tabir arasında garip bir benzerlik vardı: «tabiî hukuk» (hukuk ile tabiat arasındaki tenakuz) ve «normatif olgu» (olgu ile Norm, olan ile olması lâzımgelecek arasındaki tenakuz) [1]

Halbuki esas itibariyle bütün hukuk nazariyesinin yerini tutan eski tabiî hukuk nazariyelerinin bu tabire muhtelif mânâlar atfetmiş olduklarını zaten hiç bir zaman inkâr etmediğimi hatırlatmak suretiyle bu delilleri cevaplandıracağımı zannediyorum. Filhakika bu mânâlardan bir kaç (her çeşit hukukun unsuru, hukukun ahlâk zaviyesinden tenkidi, yaşayan hukuk meselesi, kendiliğinden doğan hukuk ve sezgili hukuk gibi) bazı gerçek meseleleri ifade ediyordu. Yalnız bu mânâlar, bu muhtelif halleri birbirinden tefrik edecek yerde, bunları birbirine karıştırmışlar ve diğer tarafın muhtar hukuk (tabiî hukuk) ile muhtar olmayan hukuk (müsbet hukuk) arasında kati bir ikilik tesis ederek izalesi imkânsız çıkmazlara sapmışlar ve hukuku varlıktan dahi mahrum

[1] Paul LÉON — (Archives de philosophie du Droit, (GURVITCH'in eserleri hakkında) 1932. 1 - 2, sh : 297)

eden muhtar olmak, muhtar olmamak gibi bir takım hukuk icatlarına vasıl olmuşlardı.

Modern hukuk felsefesine düşen vazife ise, tabii hukuk doktrininin birbirine karıştırdığı şeyleri çözmek ve eski doktrininin, hukuk sahasının mahiyeti icabı olan tezatları tabii hukuk ve müsbet hukuk gibi kati bir ikilik alemine nakletmek suretiyle aralarında bölmeler tesis ettiği şeyleri de bir sentez içinde birleştirmektir.

«Normatif olgu» ile «tabii hukuk» tabirlerinde mevcut olan bu zahiri tenakuzlardaki benzerliğe gelince; şunu hatırlatmak isterim ki, felsefede olsun, ilimde olsun, çok defa akla doğru gibi gelenin yalnız doğru olmamakla kalmayıp tamamen doğrunun zıddı da olduğu vakidir. Keza, mütekabilen, tenakuz halinin de kat'iyen bir tenakuz olmayıp hakikati ifade etmesi mümkün olduğu gibi pekâlâ hakiki bir tenakuz olması da mümkündür.

Bütün buraya kadar söylenmiş olanlar ve ilerde söyleneceklerle ben, «tabii hukuk» tabirinin bütün bir mantıki hatalar serisi üzerine kurulmuş hakiki bir tenakuz teşkil ettiğini isbata çalışıyorum. Filhakika bu hataların aşikâr bir hale konulması da mümkündür. Buna mukabil «normatif olgu» tabiri ancak kıymetler sezgisi (intuition) u ile kıymet hükümlerinin; diğer taraftan bizzat kıymetler ile bunlardan çıkan Normların birbirlerinden tefriki ihmal edildiği takdirde tenakuz gibi gözüktür. [1] Filvaki kıymetlerin olgularda teecessümü münakaşa edilirken tamamen esas teşkil eden meselenin incelenmesi ihmal ediliyor. Yani kıymetler mi, kıymet hükümlerinin bir neticesidir, yoksa bilâkis kıymet hükümleri mi, daha önceden idrak edilmiş bazı kıymetlerin vücudunu istilzam eder? (kıymetler mi, kıymet hükümlerinden çıkar, yoksa kıymet hükümleri mi kıymetlerin bir neticesidir meselesi. çeviren)

Kıymetler bizce zihni olmayan bir sezginin (intuition'un) vasıtasız mutaları olarak telâkki edildiğinden biz, kıymet sezgisinin bizzarure kıymet hükümlerine tekaddüm ettiğini iddia edebileceğimize kaniiz. Muhalif iddia, kıymetleri bir hükümden yani mantıkan istihraç suretiyle bizi tam bir zihniyeciliğe (intellectualism)e götürür.

Fakat eğer kıymetler sezilmek suretiyle idrak ediliyorlarsa,

[1] Le Fur'un «normatif olgu» tabirine karşı yaptığı tenkidlere verdiğim cevaplar Radbruch hakkındaki makalemedir. 1932. No. 3-4 sh. 553-554.

muhakkak ki bunlar tam vakıalarda tezahür ettikleri anda, hususile insanların hakiki hareket tarzlarına teallük eden vakıalardaki tezahürlerinde sezileceklerdir. Kıymet hükümleri ancak, kıymetlerle vakıaların iptidai irtibatları kesildikten sonra ortaya çıkarlar. Aşikârdır ki gerçeklik hükümleri hiç bir kıymet hükmünü istilzam edemezler. Yalnız kıymet hükümleri ile gerçeklik hükümleri kendi aralarında o kadar tezat halindedirler ki hakikatte gerçeklik ile bizzat kıymet arasında bu kadar tezat yoktur.

Kıymetler, vakıalardan ileri gelmemekle beraber daima vakalarda tezahür ederler. Hükümler ise, bir kıymetin sezilmek suretiyle idraki sırasında tesbit edilen bu kıymetlerle vakıalar arasındaki vasitasız yekvücutluğu parçalarlar. Kıymetlerin, nüfuz ettikleri vakıalar içinden vasitasızca sezilişleri ancak hukuk sahasında bizi «normatif olgular» a götürür. «Normatif olgular» evvelce işaret ettiğimiz sarîh sebepten dolayı ahlâk sahasında buna benzer bir rol oynamazlar. Zira ahlakta tahakkuk imkânının kıymeti, tahakkuku mevzuubahs olan şeyin kıymetinden son derece daha aşağıdır. (Yani yaratıcı faaliyet ve terakki nizama tefevvuk eder.) Halbuki kukukta tahakkuk etmenin kıymeti (müesses nizamın, emniyetin değeri) tahakkuku bahis mevzuu olan şeyin değerine muadildir.

Bütün Normların, bütün «olması lâzımgelen» şeylerin Kant'ın zan ettiği gibi, en yüksek kıstas olmak şöyle dursun, bilâkis, kendilerine temel olarak daima daha evvelden vücut bulmuş kıymetlere muhtaç buldukları isbat edilmek suretiyle, kıymet hükümlerinin kıymetlerin vakıalar içinden vasitasızca sezilişlerine nasîl tabî oldukları inceden inceye tanzih edilebilir. Filhakika Max Scheler'in pek açık bir şekilde meydana koyduğu gibi [1], kıymetler gerek varlık bakımından gerek «olması lâzım gelen» bakımından tamamen müstakil oldukları halde Normlar, ve «olması lâzımgelen» ise bilâkis kendilerine temel hizmetini gören kıymetlerin varlık âlemindeki tahakkuklarına tabidirler. Bunlar (yani kıymet hükümleri) kendilerine temel vazifesini gören kıymetlerin mevcut olmamaları veya kâfi derecede mevcut olmayışları halinde tezahür ederler. Böylece her norm; herhangi bir varlığı, bu varlığın muayyen bir kıymetten olan inhiraflı derecesine göre ölçen ve bu suretle kıymet ile gerçeklik arasında muayyen bir parçalanmayı

[1] Les tendances actuelles de la philosophie allemande 1930. sh 92.

(yani bizzat kıymet sezgisinde dahil olmayan bir parçalanmayı) tazammun eden bir kıymet hükmüdür.

Böylece, müsbet hukukun temeli olarak kabul edilen «normatif olgu» mütenakız bir görünüş altında alabildiğine mantikidir ve hukuk gerçekliğine müteallik en esaslı hakikatleri muhtevidir. [1] Halbuki tabii hukuk mefhumu hakikaten mütenakızdır ve esasen birbirleriyle imtizaçları hukuk dünyasını meydana getirmekte olan zıt unsurları birbirlerinden ayırmak suretiyle hukukun gerçekliğini anlamak hususundaki bütün imkânları yıkar. Bize yapılmış olan itirazlara rağmen tabii hukuku inkâr yolundaki iddiamızı tamamiyle muhafaza edebileceğimize kaniiz.

Adalet, müsbet hukuk ve tabii hukuk meseleleri hakkındaki bu uzun istitratta ancak, tabii hukuk aleyhindeki ilk delilimizi serhettik. Yani tamamen muhtar bir hukukun imkânsızlığı ve adaletin, her hukukun ne tamamiyle *autonome* ne de tamamiyle *hétéronome* olmayıp müsbet olmasını âmir olduğu hususlarını izah ettik.

Şimdi diğer delilimize gelelim :

II — Müşahhas muhtevalı ve gerçekten mer'i bir hukuku, bir *idée*'den istihraç mânasına olarak tabii hukuk, doğmatik bir kavramı tazammun eder ki bu, Kantın paralogisme *dediği şey*e benzer. Yani «düşünüyorum» fikrinden ruhun varlığını ve ebedi-

[1] Yukarda zikredilen RADBRUCH hakkındaki tetkikimde muhtasar bir surette vermiş olduğum bu izahlar, en bilgin münekkidlerinden biri olan George AİLLET'in yeni bir tenkidini davet etti. (Kendisinin Archive'lerin 3-4 üncü ciltlerindeki makalesine bakınız) Aeorge AİLLET şöyle diyor: «Eğer müellifin kabul ettiği gibi, vakıaların, kıymetlere nisbet edilmek suretiyle haklı gösterilmeleri muhtar bir hukukî teemmülü gerektirmekte ise (ki bu hukuk felsefesidir) bundan, bu şubenin, *kıymet hükümleriyle* meşgul olacağı neticesi çıkar, yoksa *kıymetlerin vakıalar içinden sezilişleri keyfiyeti* ile değil.

Bununla beraber bu delil serdinde, bence kabule şayan olmayan bir karıştırma (identification) vardır: teemmül ile kıymet hükmünü aynı şey telâkki etmek. Bir tecrübe üzerinde teemmül etmek, muhakkak ki bir hüküm vermedir, fakat gene muhakkak ki bir gerçeklik hükmü. Yani, doğrudan doğruya, yaşanmış olan şeyin muhtevasını sadece tasvir ve tesbit eden bir gerçeklik hükmü. kıymetlerin haklı kılınışı, bunların vasıtasızca sezilmelerine dayanır. Hukukî teemmül ise, bu sezilme suretiyle vakfî olan haklı kılınışı, sırf tasvirî bir tarzda ortaya çıkar makla iktifa eder.

Şu halde, kendisinin de bir teemmül olduğu bahanesiyle, hukuk felsefesinden, her ne pahasına olursa olsun, kıymetlerle vakıalar arasındaki sezgisel bir şekilde hissedilen irtibatı parçalaması istenmez.

liğini istihraç veya herhangi bir mantık kategorisinden maddî bir cevheri veya gerçekten *empirique* bir nesneyi çıkarmak gibi.

Herhangi bir şeyin idrakinde o şeyden alınan ihsas ile o şeydeki ihsasa mukavemet kabiliyeti vasıtasıyla elde edilen unsur, hukuk sahasında, muayyen bir içtimaî muhitte kıymetleri tecessüm ettiren normatif olguların varlığı ile temin edilir ki, bu, bizi tekrar her hukukun bizzarure müsbet olduğu iddiasına götürür.

Tabii hukuk için, bu müşkülün halli tamamiyle imkânsızdır. Ve bu hukukun bugünkü taraftarları arasında en fazla selâhiyet sahibi bulunan bazı zatların [1] dilediği gibi bu müşkülât tabii hukuk kaidelerinin büyük bir kısmının tatbik edildikleri devir ve muhitlere göre hususileştirilmelerinin kabulü suretiyle de halledilemez.

Meselâ, Le Fur, «tabii hukukun bazı temel prensipleri değil, fakat bu prensiplerin tatbikatı hemen nihayetsiz derecede mütehavvildir. [2] diyor. Zaten skolastiklerin [3] telâkkileri de böyle idi. Böylece tabii hukuku değişmezliği ve tamamiyle à priori oluşu yüzünden tenkit etmek tamamen mesnetsiz şikâyetlerde bulunmak demektir. [4]

Tabii hukuk lehinde ileri sürülmüş olan bu delillerin bizim bu mefhuma isnat ettiğimiz akılcı doğmatikliği hiçbir zaman izale edemeyeceklerini isbat bize pek kolay geliyor. Her şeyden evvel tabii hukukun şu bazı temel kaideleri hangileridir? mutad olarak meselâ «sebebiyet verilen zararın tazmini lâzımdır» yahut «akte-dilen mukavelelere riayet edilmelidir» kaideleri zikrediliyor. Fakat bu kaideler, muhakkak ki az veya çok ferdiyetçi evsafıta hakikî bir içtimaî nizamın vücudunu ve fert ile topluluğun birbirinden ayrılmış [5] ve ferdî mülkiyetin tanınmış olmasını (ki bu olmadan sebebiyet verilen zararın tazmini bir mâna ifade etmez) ve bilindiği veçhile hukuk kültürünün oldukça geç zuhur etmiş bir hâdisesi olan mukavelenin doğmuş olmasını gerektirir.

(1) LE FUR - adı geçen makale : 296, 297.

(2) LE FUR - aynı yerde. Şh : 296.

(3) LE FUR - aynı şekilde 297.

(4) LE FUR aynı yerde 297.

(5) Hauriou, haklı olarak adâletle tabii hukukun aynı şey telâkkî edilmesini reddederek, «alterum non laedere, yahud suum cuique tribuere» (başkasına zarar vermemek, herkese hakkı olanı vermek) gibi prensipler hakkında aynı mülâhazaları serdediyor. (Rev. trim. de Droit. 1927 P. 800 - 824).

Sözde tabii hukukun bu esaslı kaideler silsilesi, ince bir hukuk kültürünün herhangi bir tamiminden fazla birşey değildir. Diğer taraftan bazı 17 ve 18 inci asır tabii hukuk taraftarlarının (ex ratione statu) diyecekleri gibi sosyal muhitlerin değişikliğine intibak etmiş hususî tabii hukuk kaideleri denen şeyler, hakikatte müsbet hukuk kaidelerinden ibarettirler, Zira bunların icbar kuvvetleri doğrudan doğruya adalet fikrinden değil belki bu adaleti tahakkuk ettiren içtimaî muhitin otoritesinden yani «normatif olgu» lardan neşet eder. Yalnız bu «normatif olgu» lar otoritesi, burada, teknik vasıtalar (usul) ile değil fakat vasıtasız bir tarzda aklın sezgisi ile idrak ve tesbit edilmiştir.

Böylece «sezgili müsbet hukuk» (droit positif intuitif) e vasıl olmuş oluyoruz ki bu, şekli müsbet hukuktan tamamen farklı olmakla beraber tabii hukukla da bir benzerliği yoktur. Zira sırf autonomie üzerine kurulmuş olmadığı gibi, tamamıyla müsbet hukuk çerçevesine girmektedir. Bu «sezgili müsbet hukuk» kavramına netice kısmında tekrar avdet edeceğiz.

Tabii hukukun temel düsturlarından muayyen bir miktarı, hattâ pek mahdud miktarı, hattâ bir tek kaide bile, doğrudan doğruya adalet idee'sinden istihrac edilmek istenirken rasyonalist dogmatizm'in hatası her iki cihetten de işlenmektedir. Fihakika bu dogmatizm bir taraftan «şekli tabii hukuk» hatası suretinde, diğer taraftan da «maddî tabii hukuk» hatası suretinde belirir. Maddî tabii hukuk, *empirique* tecrübeden değil, fakat doğrudan doğruya akıldan, *idée*'den vesaireden çıkan müşahhas muhtevah bazı hukukî kaidelerin kabulünden ibarettir. Hattâ bu maddî tabii hukukun, gerçek bir hukukî meriyete sahip olduğu iddia edilmese bile (yani aczinin kabulü halinde bile) burada, realitede ancak mahsus sezginin bir mütâsı olablien *empirique* bir muhtevanın, bir *idée*'den, *categorique* bir kalıptan istihrac edilebileceği kabul edilmek suretiyle, yine âşikâr bir *dogmatique* hata işlenmektedir. «Şekli tabii hukuk» un kabulü, maddî tabii hukuk kaidelerine müspet hukukla yarışabilen fiilî ve hukukî bir meriyet izafesi suretiyle, rasyonalist dogmatizmin bu hatasını takviye eder. Burada yalnız *empirique* bir muhtevanın, bir fikirden istihracı ile iktifa edilmez, à priori bir unsurun ideal meriyetinden, gerçek bir müessiriyet, bilfiil hukukî bir meriyet de istihrac edilir, yahut daha doğrusu, tenkidsizce bu iki meriyet bir birine karıştırılır. Binaenaleyh biz şu neticeye varabileceğimize kaniiz:

tabii hukuk mefhumundan vaz geçilmedikçe, felsefi tefekkürdeki tekâmülün çoktan geride bıraktığı bu rasyonalist dogmatizmden kurtulmak imkânsız. Zira tabii hukuk mefhumu zarurî olarak bu rasyonalist dogmatizma götürmektedir.

Şimdi, bir tabii hukukun kabulü imkânı aleyhindeki delillerimizden üçüncüsü ve en sonuncusuna gelelim.

III — Bu makalenin başlangıcında gösterdiğimiz veçhile [1] tabii hukuk ile müspet hukuk arasındaki zıddiyet, kendilerinin fevkinde üçüncü bir nizamı ithâl edilemeyen bu iki nizam arasındaki ihtilâfların hangi kıstasa göre hâledileceği meselesi gibi içinden çıkılmaz bir dâvayı intac eder. Bir tabii hukukun mantikî imkânı aleyhindeki ilk iki delilimiz daha ziyade felsefi neviden olduğu halde, bu son delil, hukukî bir vasfa sahiptir. Müspet hukuk nizamı ile tabii hukuk nizamı arasındaki ihtilâfların halli hususunda mümkün olan üç sistemi kısaca gözden geçirelim :

Tabii hukuka, müspet hukuku iptal edebilmek gibi bir rüchaniyet tanımaktan ibaret olan birinci sistem ya anarşiye sevkeder (zira her ferd, tabii hukuka mugayir olduğuna hükmettiği taktirde, müesses hukuka olan itaat borcundan kurtulmuş demektir) yahut da bazı heyetlerin müspet hukukunun hâkim olması neticesine vardırır. (Meselâ kendisine tabii hukuku tefsir selâhiyeti verilmiş olan Kilise gibi bir heyet). Zira bu taktirde kararları ile, müesses hukukun icbar kuvvetini tatil edebilecek olanlar, işte bu heyetlerdir.

Müspet hukukun tabii hukuka üstünlüğünü kabul eden ikinci sistem, müspet hukukun, yalnız tabii hukukun cevâz verdiği şeyi men edebilmesini kabul ile kalmaz, fakat tabii hukukun menettiği şeye müspet hukukun cevaz verebileceğini de kabul eder. Tabii hukuk böylece tam bir aciz haline getirilir ve boşluklarını doldurduğu müspet hukukun basit bir tefsiri haline irca edilir. Nihayet tabii hukuk ile müspet hukukun muadillliğini tanımaktan ibaret olacak olan üçüncü sistem ise, doğrudan doğruya önüne geçilmez bir çıkmaza saptırır, zira, bir birleriyle ihtilâf haline gelen iki hukuk nizamı arasında hakemlik edebilecek başka bir hukuk nizamı yoktur.

İçlerinden birini bertaraf etmeksizin bu iki hukuk nev'i arasındaki ihtilâfların halli hususunda hukukî bakımdan mevcut olan

[1] Asıl metin sh : 56 - 58 (Archives) - Tercemesi : . . . 157 — 159

bu imkânsızlığa bir de felsefî neviden mühim bir güçlük inzi-
mam eder.

Filhakika hukuk kaidesi için, biri sırf ideal, diğeri sırf tec-
rübi olan bir birinden farklı iki sistemin vücudü kabul edildiği
taktirde bu sistemler bir birleriyle adam akıllı mütenakız olabil-
mekle beraber, bir birleriyle karşılaşamazlarda. Bunlar, araları bir
uçurum ile bölünmüş, bir birlerinden tamamen ayrı iki saha üze-
rinde hareket ederler. Bunlar, müşterek bir ölçüye sahip olmıyan
sahalardır. Şu halde bu iki çeşit hukuk nizamı bir birleriyle doğ-
rudan doğruya karşılaşamayacaklarına göre, aralarındaki ihtilâf için
mümkün bir hal sureti de yoktur. Bu, ancak, rasyonalist doğmetiz-
min işlediği hataya müracaat sureti ile, yani hukuk kaidelerinin
tecrübî meriliği ile ideal meriyetini aynı şey telâkki ederek bu
iki sistemin sun'î ve zorakî bir karşılaştırılışı vasıtasıyla temin
edilebilir, ki bu da az evvel tasvir ettiğimiz hukukî çıkmaza gö-
türmekten başka bir şeye yaramaz. Burada felsefî hata, doğru-
dan doğruya hukukî bir hataya götürmektedir.

Böylece biz, şu kanaate varmamız gerektiğine kani bulunu-
yoruz: tabiî hukuk mefhumunun bertaraf edilmesi lüzumu, artık
mutlak bir zaruret halini almıştır. Zira tahlilini yaptığımız üç de-
lilden her biri bu lüzumu kâfi derecede belirtmekte ve bu delil-
lerin heyeti mecmuası da bu müphem tabiî hukuk fikrinin, bu-
gün, hukuk felsefesinin esaslı meselelerinden hiç birini halle
muktedir olmaksızın, onu bulandırmaktan başka bir şeye yara-
madığını açıkça göstermektedir.

§. 4 Sezgisel Müspet Hukuk

Droit Positif Intuitif

Tabiî hukuk gibi mütenakız ve karışık bir mefhumun berta-
raf edilmesinden sonra, bu mefhumun cevaplandırmak istediği
bazı esaslı ve tamamen meşru problemlerin yeni bir tarzda halli
bahis mevzuu olur ki bu problemler üç tanedir :

a) Alelûmum bütün hukuk mefhumunun, hukuk dünyasının
Logos'u demek olan adalet *idée*'sine müstenit tarifi. (Bu tarif ay-
nı zamanda umumiyetle hukukun ahlâkî doğruluğunu da tazam-
mum eder. Zira hukukun Logos'u, yani adalet, ahlâkî kıymetler-
le olan münasebetleri ile taayyün eder.

b) Muayyen bir içtimâî muhitte carî olan hukukun, aynı muhitin mümeyyiz ahlâkî kıymetleri bakımından, ve nihayet ahlâkî idealinin bahis mevzuu olan toplulukça kavranabilen tecellisi bakımından takdiri [1].

c) Muayyen bir içtimâî muhitte, evvelden kararlaştırılmamış olduğu halde, daima geçerlik kabiliyetine sahip bir hukukun bulunduğunu kabul etmek. Yani teknik ifade vasıtası kullanılmadan, fakat iptidâî mevzû otoriteyi tecessüm ettiren «normatif olgular» in vasıtasız sezilmeleri ile bilinen bir hukuk. Şekli müspet hukuktan farklı olan sezgili müspet hukuk meselesi işte budur. Şüphesiz ki, tabîî hukukçular tarafından, tabîî hukukun birer ifadesi olarak arzedilen bütün müşahhas ve hususî kaideler, hakikatte, bu nazariyecilerin mensup oldukları içtimâî muhitte mer'î olan sezgisel müspet hukukun tahrif edilmiş ve doğmatikleştirilmiş kaidelerinden ibarettir.

Sayılan bu üç problemten birincisi, hukuk felsefesinin en umumî mevzuudur. İkincisi ise (hukuk siyaseti) adı verilen hususî bir tatbikat şubesine ithal edilmelidir ki bu, sosyoloji ve psikolojiye olduğu kadar muayyen bir içtimâî muhitte mer'î ve katî bir surette mahallileştirilmiş ahlâkî kıymetlerin «phénoménologique» bir tahliline de istinat edebilir. Nihayet üçüncüsü, ihtisas farkı gözetmeksizin her hukukçuyu en yakından alâkadar eden problemdir. Zira bu, bilfiil meriyette olanı, yani hukukî gerçekliğin seyriinde ana rolü oynayan hukuku istihdaf eder.

Sezgili müspet hukuk mefhumu, doğrudan doğruya eski tabîî hukuku istihlâf eder ve esas itibariyle bu hukukun taharrisinin (serbest hukuk - Freirecht), (serbest ilmî araştırmalar) lehine olan bütün bir cereyanı tahrik etmesi bu yüzdendir. Bu makalenin başlığını böyle intihap etmemizin sebebi de budur: Tabîî hukuk ile sezgili müspet hukuk arasında muhayyerlik.. Burada tetkik edilebilmeleri için çok geniş ve çok umumî olan diğer iki meseleyi bir tarafa bırakarak son mülâhazalarımızı münhasıran bu mefhumun aydınlatılmasına tahsis ediyoruz.

Her şeyden evvel şunu tasrih edelim ki, sezgili müspet hukuk mefhumu, yani kararlaştırılmış teknik usullerden müstakil olarak «normatif olgu» ların vasıtasızca sezilişleri ile tespit edi-

[1] Evvelce kaydettiğimiz gibi, tabîî hukukun araştırılmasını tahrik eden saik, bir içtimâî grubun (terakkî halinde bulunan) ahlâkî inançları ile (geride kalan) hukukî telâkkileri arasında muayyen devirlerde husule gelen çatışmadır.

len bir hukuk, tabîî hukuka isnat ettiğimiz tenakuzlardan hiç birini tazammum etmez. Sezgili müspet hukuk, muhtar bir hukuk değildir. Zira şekli hukuk gibi o da, hukukta mevsuf otorite rolünü oynayan «normatif olgular» a dayanır. Onun, rasyonalist doğmatizmle hiç bir alâkası yoktur. Zira burada katî à priori bir prensipten istihraç keyfiyeti değil, vasıtasız bir tarzda tespit edilen, kendiliğinden olma tecrübî bir realite mevzuubahistir. Nihayet şekli müspet hukuk ile, sezgili müspet hukuk arasındaki ihtilâflar aynı müspet hukuk nizamı dahilinde hallonlunur ki bu hukuk nevelerinin müşterek iptidai kaynakları aynı normatif olgular olup, yalnız bu olguların tespit ve müşahede tarzları birbirinden farklıdır.

Hususi bir ihtilâfta, şekli tespit ile sezgisel tespitten hangisinin faik olacağını tayine gelince; bu onların «normatif olgu» ya tam tekabüllerinin fiilî derecelerine göre kararlaştırılır. Zira her ikisi de bu «normatif olgu» nun ifadesi olmak iddiasındadırlar. Esasen emniyet ve nizam icapları, normal zamanlarda sezgisel müspet hukuka karşı şekli müspet hukuku hâkim kılarlar ki bu birincisi de daima ihtilâl zamanlarında galip gelir..

Sezgisel müspet hukuka şekli müspet hukuktan daha büyük bir ahlâkî veya hukukî kıymet affettiğimize zahip olunmasın. Bu pek vahim bir sui tefehüm olur. Ekseriya sezgisel hukuk, değerinden çok daha az mütekâmildir, ve çok daha az kıymeti haizdir. Meselâ, kölelerin esaretten kurtarılması sıralarında ve bunu takip eden zamanlarda Amerika'daki şekli hukuk ile sezgisel hukuk arasındaki ihtilâfı zikredelim: beyaz ırka mensup halkın büyük bir kısmında hâkim olan sezgisel hukuk, uzun zaman ve hattâ bugün dahi muayyen bir nispette esaret taraftarı olarak kalmıştır. Burada terakkiperer olan hukuk, şekli hukuktur. İrticaa meyyâl olan ise, sezgisel hukuktur. «Normatif olgu» nun tekâmülü, burada, halkın vasıtasız sezisine nisbetle, teknik usuller tarafından son derece daha iyi bir şekli de keşif ve tespit edilebilmiştir. Başka bir misâl, her hangi bir memlekette demokrasinin yerleşmesinden sonra, muhtelif içtimaî çevrelerde aristokrasinin ve *autocratie*'yi tervec eden sezgisel bir hukuk daima baki kalır. Burada «normatif olgu» yu daha tam bir şekilde tespit eden hukuk şekli hukuktur ve bu şekli hukukun, geri kalan sezgili hukuktan çok daha fazla kıymeti haiz olduğuna hiç şüphe yoktur!

Bu misâller, sezgili müspet hukuku, spontané hukuk ile aynı

şey telâkki etmenin ne derece kabule şayan olmadığını açıkça göstermektedir.

Spontané hukuk, «normatif olgular» in, gerek teknik usullerle olsun, gerek vasıtasız sezgi ile olsun, her türlü tespitinden evvel, bu olgular tarafından tevhit edilmiş ve henüz teşkilâtlandırılmamış bir hukuktur. Bu tespitler, bu *spontanéli*'ğe yaklaşmağa az veya çok muvaffak olabilirler ve muhakkak ki çok defa şekli hukuk buna sezgisel hukuktan daha fazla muvaffak olur. Bu takdirde ananın tesiri altında kalarak irticaa meyletmiş ve duraklamış olan sezgili müspet hukuka nispetle, bu şekli hukuk daha spontané'dir. Diğer taraftan teknik bir usul ile yapılan her tespitin bir teşkilâtlanmayı icabettirdiğini ve teşkilâtlandırılmamış olan bir hukukun, ancak sezgili müspet hukuk halinde vasıtasız bir surette ifade edilebileceğini zannetmek hatalı olur. Hiç bir teşkilâtı istilzam etmeyen bir sürü teknik tespit vasıtaları gösterilebilir: âdet, emsâl, içtimaî tezahürler (dâvetler, programlar, kararlar), yeni bir filî durumun tanınması, ve nihayet âkit taraflardan birinin karışık bir kütle olarak alınması halinde kollektif mukaveleler gibi [1] teşkilâtlandırılmamış olan hukuk, bu vasıtalarla (usullerle) tespit edilince bir şekli müspet hukuk halini alır, fakat buna rağmen yine teşkilâtlandırılmamış (inorganisé) olarak kalır. M. G. Aillet'in, pek kuvvetli olan tartıcı yazısında, hakkımda yaptığı tenkitlere neden dolayı müstahak olmadığını zannettiğim, her halde anlaşılmalıdır. G. Aillet, benim, tabii hukuku inkâr ettikten sonra yine ona avdet ettiğimi, zira, «kuvvetli bir romantizm edası ile» kendisine en iyi bir hukuk evsafını, «hukukî akıl ile cemiyetin ahlâkî ve biyolojik ihtiyaçlarını aynı zamanda tatmin eden» müsavatçı bir serbest cooperation hukuku evsafını tanıdığım sezgisel müspet hukuk ile aynı şey telâkki ettiğim [2] *teşkilâtlandırılmamış, spontane bir hukuku göklere çıkardığımı* iddia ediyor.

Bütün bu söylediklerimden sonra, ileri sürdüğüm tezde sezgili müspet hukuk ile teşkilâtlandırılmamış hukuk arasında hiç bir karıştırmanın mümkün olmayacağı artık bana muhakkak gibi geliyor. Esasen kitabımda okuyucunun bu anlaşmazlığa düşmesini önlemeği de ihmal etmedim,

[1] Müellifin Droit Social adlı eserinde içtimaî yapı ve kaynaklarının rolü hakkında tafsilâtlı izahlara bakın: sh: 187 ve devamı).

[2] George Aillet - Le droit social (Revue de métaphysique et de la morale 1938) No. 2 Sh - 259 - 260 ve 241.

«Şunu hatırlatalım ki, dedim, (muhtemel olan her çeşit anlaşmazlıktan sakınmak için) sezgili müspet hukuk ile şekli müspet hukuk ile teşkilâtlandırılmış bir hukuk arasındaki tearuz, hiç bir suretle teşkilâtlandırılmamış bir hukuk arasındaki tearuza tekabül etmez. «Normatif olgular» teşkilâtlandırılmamış bir şekle girerek, teknik usullerin tavassutu olmaksızın, vasıtasız bir tarzda tanımalarına imkân verebildikleri gibi, tamamen objektif olan «normatif olgular» tamamiyle taşahhus etmemiş bir halde de kalabilirler. Bilâkis teşkilâtlandırılmamış «normatif olgular» ın şekli tesbitine tatbik edilen bir teknik usuller serisi mevcuttur, yani «teşkilâtlanma normatif olgular» ını tespite yarayan usullerden daha az sayıda olmyan teknik usuller...

Demek ki teşkilâtlandırılmamış hukuk geniş bir surette bir şekli müspet hukuk evsafını alıyor ve teşkilâtlandırılmış hukuk ta bir sezgili müspet hukuk haline gelebiliyor ve açıkça görülüyor ki teşkilâtlandırılmamış içtimaî hukukun, teşkilâtlandırılmış içtimaî hukuk üzerindeki hâkimiyeti, hiç bir suretle, şekli müspet hukukun, sezgili müspet hukuk üzerindeki hâkimiyeti ile tezat teşkil etmiyor.» [1]

Diğer taraftan sezgisel hukukun işgalinde bulunan yegâne sahalardan zikredilebilirse, bunların, ne teşkilâtlandırılmamış veya spontané hukuk ile, ne de «en iyi bir hukuk» ile hiç bir münasebetleri olmadığı görülür. Bu sahalardan, âmme kurullarının veya diğer kurulların inzibatî hukuk (droit disciplinaire) sahalarıdır. İdarenin takdirî hukuku; keza, şekli hukuk tarafından halli derpiş edilmemiş olan bir ihtilâfî hâkimin kendi vicdanına göre haline taallük eden hukuk gibi. Bilmukabele, yalnız şekli müspet hukuka has olan sahalarda, meselâ muhakeme usullerinde, memurların sınıflara taksiminde, akademik derecelerin verilmesinde, diğerlerinden daha kötü veya cemiyetin ihtiyaçlarına daha az intibak etmiş bir hukuk bahis mevzuu değildir.

Görülüyor ki, sezgisel müspet hukuk mefhumu altında eski tabii hukuka tekabül eden en mükemmel bir hukukun gizli bir kabulünü sakladığımdan şüphe edilmesine, imkân olduğu kadar enerjik bir şekilde karşı koymam gerekmektedir.

Bununla beraber M. Aillet'nin tenkitleri, yine başka bir itirazı tazammun etmektedir. Kendisi bu izahlardan sonra, sezgisel hukuku en mükemmel bir hukuka münkalip olmak ittihamların-

[1] Idée du Droit Social Sh : 136. 137.

dan kurtarmağa razı olsa bile, hiç şüphesiz, benim bütün bunlara rağmen yine tabii hukuku tekrar tesis ettiğime işaret edecekti.

Zira teşkilâtlandırılmamış ve *spontané* hukukun, teşkilâtlandırılmış hukuka faik olduğunu iddia etmekteyim ve birincisine hususî bir mükemmellik izafe etmekteydim: müsavatchı, demokratik ve her türlü tâbilik münasebetini reddeden bir kemâl arz etmek gibi bir mükemmellik; halbuki yine izalesi gereken bir suite-fehüm olduğu cevabını verebileceğime kaniim. Filhakika tamamen objektif ve henüz teşahhus etmemiş câmiaları idare eden teşkilâtlandırılmamış *spontané* hukukun zatında, tâbiligi gerektiren otoriter mahiyette hiçbir unsur bulunmadığını, zira bu unsurların daima teşkilâtlandırılmış olan bir üst-yapının muayyen bir şeklinden tevellüt ettiğini kabul ediyorum. Fakat ne bu teşkilâtlandırılmamış *spontané intégration* hukukunun en iyi hukuk olduğunu - hukukun mükemmel şekli [1] ne de bu hukukun zâti itibariyle demokratik olup daima müsavatchılığın okşayan temayül ve temennileri tecessüm ettirdiğini iddia etmeği hiçbir zaman düşünmedim. Herşeyden evvel *intégration* hukukuna mukabil, hukuk sujet'lerinin başkalarıyla olan dış münasebetlerini tanzim eden bir *coordination* hukuku vardır.

Ben daima bu iki hukuk çeşidinin birbirlerine gayrı kabili irca ve kıymetleri bakımından birbirlerine muadil olduklarını meydana çıkarmağa çalıştım.

Böylece *spontané social* hukuk, benim nazarımda, ferdiyetçi hukuktan daha üstün bir kıymete sahip olamaz.

[1] Zaten şu sebepten dolayı bu varit değildir: Zira kanaatimce hukuku tevlide kabiliyetli toplulukların mümeyyiz vasıflarından biri, bilkuvve teşkilâtlanmak, kendisine teşkilâtlı bir üst-yapı kurabilmek kabiliyetini tazammun eden faaliyet «*activité*» dir. Ben ellerinde ikmal edilecek bir eserleri bulunan bu gibi topluluklara «*communaute*» mukabil; teşkilâtlanmağa kabiliyetli olmıyan ve bu sebeble de hukuk tevliidi bakımından kısır olan meselâ aşk, hayranlık, dostluk gibi passif birlikleri (*communaute*) ileri sürüyorum. (*Idée du Droit Social* sh: 118, 148—149) Böylece, hukuk, zarurî olarak bir *organisationa* bağı olmamakla beraber daima sakh bir iktidarı (*virtualité*), kendisini bir teşkilât içinde ifade edebilmek imkânını tazammun eder. Binaenaleyh, hususî bir tekemmül derecesine yükselttiğim *spontané* ve teşkilâtlandırılmamış hukukun kıymeti hakkında şüpheyi çeken bir iman beslediğimden dolayı tenkit edilmem doğru değildir. Blâkis bütün gizli kuvvetlerin inkışafını istilzam eden *tekemmül* fikrimize göre, bütün *spontané* ve teşkilâtlandırılmamış hukukun, düşünce mahsulü teşkilâtlarda ifadesini bulmuş olmasını ister.

Nihayet demokratik ve müsavatçı problem, bana göre, bir teşkilât meselesidir. Yahut daha ziyade bir gurubun teşkilâtlandırılmış üst-yapısı ile, bunun altında saklı olan câmia arasındaki münasebetler meselesidir. Yalnız bu sebepten dolayıdır ki, ben, hiçbir zaman câmianın spontané ve teşkilâtsiz hukukunu demokrasinin tecessümü olarak kabul etmedim! Demokratik prensip, ebedî ihtilâf içinde, bir gurubun teşkilâtlandırılmış olan unsurları ile spontané unsurları arasındaki zıddiyetin gerginliğinde bir muvazene bulmaya çalışır. O, teşkilâtlandırılmış olan üst-yapının, alta saklı bulunan spontané câmianın tesirlerine açık kapı bırakmasını *garanti* edeceğini vadeder, teşkilâtlandırılmamış hukukun teşkilâtlandırılmış hukuka nüfuzunu *garanti* altına alır. [1]

Alta saklı spontané câmianın iyi veya kötü temayül ve temennilerinin, muhakkak ki bir kere teessüs etmiş olan Demokrasi'nin mukadderatı, istikrar kabiliyeti ve ahlâkî değeri bakımından pek büyük ehemmiyetleri vardır; (bütün demokrasilerin «medenî terbiye» ye bu kadar büyük bir ehemmiyet atfetmelerinin sebebi budur), fakat, bunlar demokrasinin hukukî yapısı bakımından hiçbir zaman katî bir ehemmiyeti haiz değildirler ki, burada bahis mevzuu olan yegâne şey de budur. Bu mesele işe, teşkilâtlandırılmış üst-yapıya nüfuzu sağlanan spontané hukukun değerinden tamamen müstakil bir problemidir. Demokrasinin inşasında spontané ve teşkilâtsiz hukuka izafe ettiğim rol, bu hukukun hususî kıymeti hakkında hiçbir romantik inancı tazammun etmez. Bu hukuk ta bütün diğer tecribî hukuklar gibi iyi veya fena olabilir ve böylece tabii hukukla hiçbir benzerlik taşımaz. Eğer ben, tâbiliği mucip olan bir hukuku, tahakküm hukukunu, ferdî hukuka esir oluşu yüzünden intégation hukukunun bir ifsâdı, bir tahrifi olarak telâkki ediyorsam burada, hiçbir «temayüller tavsifi qualification des tendances» ni [2] bahis mevzuu etmiyorum. Şu veya bu câmianın müşahhas temayül ve temennileri, kendi kıymetleri bakımından en değişken ve en farklı istikametlere sahip

[1] Teminat prensibini; alta saklı bulunan câmianın temennileri ile, bir teşkilâtın idarecilerinin faaliyetleri arasındaki basit fili karşılaşmaya karşı daha iyi ileri sürebilmek için bu kelimenin altını çiziyorum. Bu fili karşılaşma her rejimde, hattâ en otoriter olanda bile hâsıl olabilir. Demokratik rejim, câmianın hukuku ile, onun teşkilâtlandırılmış olan üst-yapısının hukuku arasında herhangi bir ayrılma imkânsızlığını şeklen garanti eder.

[2] Bu, M. Maxime Leroy'un, müellifin «Le temps présent et l'idée du Droit Social» 1982. éd. Vrin. Sh: XIV «hakkındaki eserini gereflendiren mukaddemesindeki aynı tahminine benzer.

olabileceklerinden burada bahis mevzuu olamazlar. Tahakküm ve tâbiliğin, tarihin muayyen anlarında, mevzuubahis câmiaların en derin temennilerine tekabül edebildiklerini ve bunlara lüzum hissedilmesinin içtimâî ve ahlâkî bakımdan haklı gösterilebileceğini hiçbir vakit inkâr etmiyorum. Ben yalnız, sırf hukukî bakımdan tâbiliği gerektiren hukukun, şu sebeplerden dolayı social intég-ration hukukunun bir tahrifi şeklinde anlaşılacağını zannediyorum: Evvelâ mütecanis olmyan coordination hukukuna tâbiliği dolayısıyla, sonra da teşkilâtlı üst-yapı ile spontané câmia arasındaki uçurumun hiç olmazsa kısmen doldurulmasını temin edecek bir garantinin eksikliği dolayısıyla. Bu bir kıymet biçme işi değildir. Bu, içtimâî yapının bir izahıdır ki, bu izah bizi, tâbilikte ve tahakkümde, hukuk tarafından yapılan bir nizamlamaya irca mümkün olmyan bir unsur, hukuk - ötesi bir unsur görmeye sevkeder. Bu müşahede, muayyen bir noktai nazara göre, tâbiliğin işine gelmyen bir ahlâkî hükmü davet edebildiği gibi, aynı şekilde bir başka noktai nazara göre de (hukuktan ziyade kudrete kıymet veren bir noktai nazar) tâbiliği gerektiren hukukun hususî ahlâkî değerinin bir alâmeti gibi de telâkki edilebilir. Herhalde bu inşa, hiçbir şekilde, spontané intég-ration hukukunun, müsbet tâbilik hukuku için bir nevi kıstas hizmetini görecek olan bir nevi tabii hukuk mertebesine yükseltilmesini tazammun etmez.

Ne spontané hukukun, ne inrég-ration hukukunun, ne de sezgisel müsbet hukukun veya merî hukukun, yahut adâlet fikrinin (hukukun LOCOS'u olarak anlaşılan), fena bir hukuka mukabil olan iyi bir hukukla herhangi bir münasebetleri yoktur.

Böylece münekkitlerimiz tarafından, tabii hukuk mefhumunu reddederken, sapa bir yoldan tekrar oraya avdet ettiğimizi isbat için gösterilmiş olan delillerden hiçbiri bizce kabule değer görülmemiştir. Biz, tabii hukukun vücudunu inkâr ettiğimiz ve bu mefhumun katî surette bertaraf edilmesini istediğimiz zaman, bir tâbir kavgasını değil, fakat modern hukuk felsefesine verilecek bütün bir istikameti bahis mevzuu etmekteyiz. [1]

[1] M. G. Aillet, felsefe Archive'lerinin aynı cildinde neşrolunan makalesinde, şunu iddia ediyor: Benim tabii hukuku bertaraf edişim ve her ne bahasına olursa olsun her hukuku normatif olgulara ircâ edişim, hukuk felsefesi ile hukukî sosyolojiyi birbirine karıştırmaya müncer olmaktadır. Halbuki bizzat ben, bu karıştırma aleyhine mücadele etmekteyim. Binaenaleyh, kendi kanaatıma göre, hukukî sosyoloji, hukuk felsefésinden farklı olmakla, ne ondan tamamen ayrılabilir, ne de ona muarız olabilir. Filhakika hukukî sosyolojinin, gerçek tezahürleri

Modern hukuk felsefesi, her çeşit doğmatismden sakınmak için, problemleri net bir şekilde tefrik etmeli ve bunları halletmek için de tabii hukuk doktrininin karıştırdığı şeyleri tefrik etmeli (hukuk sahasının dışında «adâlet, ahlâk ideali, müessir hukuk» gibi) ve bu doktrinin haksız olarak tefrik ettiği şeyleri ise birleştirmelidir (hukuk sahasının içinde müsbet hukuk ile tabii hukuk arasında izalesi imkânsız bir ikiliği ibka edecek yerde, her hukukun müsbet olduğunu, fakat bununla beraber daima kendisinden ayrılması imkânsız teadlarla mahmul bulunduğunu kabul etmelidir.)

Eğer müsbet hukukun içinde, şekli müsbet hukuk ile, sezgisel müsbet hukuk birbirlerinden tefrik edilirse ve diğer taraftan, mevcut hukukun, hukuk âlemini aşan kıymetler kütasına göre, ahlâk bakımından tenkidine cevaz verilirse ve nihayet hukuk felsefesine her çeşit hukukun inşâi kategorilerini araştırmak vazifesi tahmil edilirse, tabii hukuk mefhumu vasıtasıyla cevaplandırılmıya çalışılan meşru problemlerden hiçbirisinden fedakârlık edilmeksizin ve bilâkis bunların doğmatik *préjugé*'lerin yardımıyla değil, fakat tatminkâr bir surette halli ile, bu müphem, mütenakız ve bulandırıcı tabii hukuk mefhumunun tamamen izâlesine muvaffak olunabilir.

George GURVITCH

(Archives de Philosophie du Droit —
1933. Nr. 3—4, sf. 55—90)

tevlit eden âmilleri ve hukukî müesseselerin inkişafını araştırmak, bu hukukî müesseselerin bünyelerinin daha evvelden yapılmış bir tetkikine istinat etmesi lâzımdır ki, bu, muhtar bir hukukî teemmül ile olur (ki bu da hukuk felsefesidir).

Şu halde bu teemmül ile, hukukî sosyoloji arasında, ne tearuz, ne ayıriyet değil fakat hiérarchique bir münasebet mevcuttur. Hukuk felsefesi, hukukî sosyolojinin zarurî bir mukaddemesidir, ki ben bunu *Idé du DROIT Social* adlı eserimde (sh: 127 — 130) araştırma kıstaslarını, bilgi teorisi, ahlâk ve hukuk felsefesi gibi diğer şubelerden istiane eden bir «tatbikî sosyoloji» olarak tavsif ettim.