

# HUKUK BİR BİLİM KOLU MUDUR ?

Yazan: Ord. Prof. Dr. E. Hirş

## I

### «HUKUK» TERİMİ

1 - Hümanizma ruhu. 2 - Toplumsal hayat. 3 - Mesele. 4 - «Hak» kelimesi. 5 - «Hukuk» kelimesi. 6 - İlmî terminoloji. 7 - Düzen.

#### 1 — HÜMANİZMA RUHU :

Yeni Türkiye'nin temel taşları Avrupa kültürü ocağından çıkarılmıştır. Avrupa kültürünün bir kısmını teşkil eden batı hukuku da İsviçre'den, Almanya'dan, İtalya'dan alınan esas kanunlarımızla Türkiye'de yerleşmiştir. Bu kanunlar ise *binlerce yıl süren fikri bir gelişimin* eseri olup lâtin, cermen ve kanonik esaslara dayanmaktadır. Bu esasların temeli olan «hümanizma ruhu» eski Yunanlılardan beri milletlerin san'at ve fikir hayatında meydana getirdikleri şaheserlerden bellidir. O halde modern hukukumuzu kavramak ve gereği gibi tatbik edebilmek için kanun kaidelelerinden başka, bunların özünü (deruni) ruhunu belirten *yüce fikir adamlarının görüşlerini de benimsemek* gerekmektedir.

#### 2 — TOPLUMSAL HAYAT :

Hukukla meşgul olan bilginler isteyerek veya istemiyerek insan oğlunun içinde yaşadığı insan topluluklarıyla bunların bünyesi ve nizamını göz önünde tutmak zorunda kalmışlardır. Çünkü fizikötesi (metafizik) görüşlerinden mülhem olarak değer kuramı zaviyesinden hukukun fenomen ve müesseseleri hakkında hüküm vermek isteyen kimse, *olanı* kavramadıkça *olması lâzım geleni* de sağlam temeller üzerine kuramaz. Fikir tarihinin bize gösterdiği gibi bilginler çok defa hayattan uzak kalarak yeşil masa başında hayranlığımızı çeken hukuk sistemlerini tasarlamışlarsa da, gökte değil, yer yüzünde sayısız güçlükler ve ıstıraplar altında birlikte yaşamak zorunda bulunan insan oğullarına müessir bir yardımda bulunamamışlardır. O halde yüce bilginlerin hukuk mevzuu etrafında beyan ettikleri yüksek fikir ve idealler hakkında hüküm verebilmek için toplumsal (içtimai) hayatın temel taşlarını, hususile *Aristo'nun* meşhur sözüne göre fitri olarak toplumsal bir mahlûk olan insan oğlunun bu bakımdan önemli olan *özünü* (zati) ve *dışını* (gayri zati) *yaşama şartlarını incelemek* gerekmektedir.

#### 3 — MESELE :

Bundan başka müsbet hukukla meşgul olan herkes arasına klâsik anlama göre hukuk içinde bulamadığı ve hukuk düşüncesiyle halledemediği diğer meseleler karşısında olup, isteyerek veya istemiyerek klâsik hukuk ilminden daha yüksek bir bi-

lim alanına sürüklenmektedir. O halde «hukuk» denilen fenomeni anlayabilmek için mantık itibariyle «hukuk» mefhumundan önce gelen ve dolayısıyla onun temelini teşkil eden ilke ve hakikatları kavramak gerekmektedir (1).

Fakat «hukukçunun, hukukçu sıfatıyla, kaideler âleminde dışarı çıkmasına cevaz yoktur. Hukukun temeli hakkındaki bütün münakaşalar, hukuk ilminin dışındadır. Bunlarla, sosyologlar, filozoflar, ahlâkçılar, ilâhiyatçılar, elhasıl hukukçudan başka herkes iştigal edebilir... Hukukçu, hukuk ilminin mahiyetinden çıkan esaslara göre, münhasıran, hukuk addedilen kaidelerin, ezcümle nasıl zuhur ettiklerini, bunların hangi şartlar içinde muteber olduklarını, birbirlerine nasıl bağlandıklarını, ayrı hukuk sistemlerinin nasıl kurulduklarını mütalâa eder. Yani, hukuk kaidelerinin zaman, mekân, şahıs ve madde itibariyle muteberlik sahalarının tayıni ile meşgul olur» denilmektedir (2).

Diğer yandan hukuk ilminin gayri ilmi vasfını isbat etmeğe çalışan bir bilginin fikrine göre sübjektif haklar, hukuki mükellefiyetler, borçlar, aynı haklar, objektif hukuk, hukuki emirler, hukuk kaideleri gibi mefhumlar hayal, batıl itikat, sıhır (magie), mistisizm olup gerçek değildir (3). Binaenaleyh «hukuk ilmi» tabiri altında anlaşılabilir çalışmalar «ilim» unvanına lâyık ta değildir.

Bu gibi katı iddialar karşısında hukukun bir bilim kolu olup olmadığı meselesini bir defa daha gözden geçirmek fuzuli bir iş olmasa gerektir.

#### 4 — «HAK» KELİMESİ :

Hukukun bir bilim kolu olup olmamasını inceleyebilmek için ilk önce «hukuk» teriminin anlamını tesbit etmemiz icabeder. Bu ise, ilk bakışta görüldüğünden daha güçtür. Çünkü «hukuk» kelimesinin gerek hak dilinde ve gerek ilmi terminolojide çeşit çeşit anlamları vardır.

Gramer bakımından «hukuk» tabiri «hak» kelimesinin Arapça çoğuludur. Türk Dil Kurumu sayesinde hazırlanmış ve 1944 yılında yayın alanına çıkarılmış olan «Türkçe sözlük» adlı esere göre «hak» kelimesinin lügatte anlamları şunlardır:

1 - Tüze: *Haktan ayrılmamalı.*

2 - Tüzenin gerektirdiği veya birine ayırdığı şey: *Herkes hakkına razı olmak. Kimsenin hakkına el uzatmamalı.*

3 - Dâva veya iddiada gerçeğe uygunluk, doğruluk: *Bu dâvada hak görmüyorum.*

4 - Geçmiş emek: *Öğretmen hakkı ödenmez.*

5 - Pay: *Makas hakkı. Barut hakkı.*

6 - Ücret.

(1) MEHMET EMİN ERİŞİRGİL : «Hukukun muhtelif cepeleri ve hukuk ilmi» adlı konferansta (Ankara 1938) ve SADRİ MAKSUDİ ARSAL : «Hukuk ilmi ve sosyoloji» adlı etüde (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 1, sayı 1, S. 20 vd.) aynı fikri müdafaa etmektedirler.

(2) MEHMET ALİ AYBAR : Şerhiyetçi telâkkilere karşı, sürî bir hukuk telâkkisinin müdafasına teşebbüs (İst. Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt VII, sayı 4, yıl 1941, sayfa 956).

(3) ANDERS VILHELM LUNSTEDT: Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (Berlin 1933. 936).

7 - (Sıfat olarak) : Doğru. *Hak yol. Hak din.*

Bunlardan başka şu ibareler halk dilinde geçer:

1 - Haketmek = yaptığı bir iş yüzünden bir şeye hak kazanmak. *Cezayı hak etti. Gündeliği haketti.*

2 - Hak kazanmak = Dâvasının doğruluğu anlaşılacak.

3 - Hakkından gelmek = Zor bir işi başarı ile sona erdirmek; yenmek, öç almak veya cezasını vermek.

4 - Hakkı olmak = Dâvası veya iddiası doğru olmak.

5 - Hak yemek = Başkalarının hakkını kendisine mal etmek.

6 - Hak yolu = Doğru ve haklı olan, Büğdül olmıyan yol.

7 - Birinin hakkını yemek = Hakkı olan şeyi vermeyip kendine mal etmek.

8 - Birine hak vermek = Dâvasını veya iddiasını doğru bulmak.

#### 5 — «HUKUK» KELİMESİ :

Fakat «hukuk» tabiri meselâ «*hukukumdan vaz geçmem*», «*dâvacının hukukuna hânel gelmemek üzere*» şeklindeki ibarelerde olduğu gibi yalnız «haklar» anlamında değil ayrı bir kelime olarak diğer mânâlarda da kullanılmaktadır.

«Türkçe sözlük» adlı kitapçığa göre «hukuk» kelimesinin lügatte anlamları şunlardır:

«1 - Kanun ve adetlerin bütünü: *Eski Türk hukuku. Roma hukuku.*

2 - Kanunlar bilimi: *Hukuk Fakültesi. Hukuk doktoru.*

3 - Yürürlükte olan kanunlar: *Uluslar arası hukuk.*

4 - Bu kanunların bir konu üzerinde olanları: *Ticaret hukuku. Denizcilik hukuku.*

5 - Ahbaplık, dostluk: *Omunla eski hukukumuz vardır.*

6 - Kanunların, cezaya değin olmayıp alacak verecek gibi dâvaları ilgilendiren kısmı: *Hukuk dâvası. Hukuk mahkemesi.*

7 - Haklar.

#### 6 — İLMÎ TERMİNOLOJİ :

İlmî terminolojide de «hak» ve «hukuk» terimleri gönlün arzu ettiği tek mânalı anlam ve istikrarı henüz kazanmış değildir. Gerçi «hukuk» tabiri, bazı eski kanun maddeleri hariç olmak üzere «haklar» anlamında artık kullanılmadığı gibi «hak» kelimesi de ne tüze (adalet) ne de kanun ve âdetlerin bütünü veya bütününün bir kısmı mânasını taşımaktadır (1). Şimdiki halde «hak» ve «haklar» kelimeleri sübjektif, «hukuk» tabiri ise objektif anlamda kullanılmaktadır. Fakat sabit olan bu kullanılış tarzı dışında «hak» kelimesi: «iddia», «talep», «salâhiyet», «mezuniyet», «müsaade»,

(1) Bu hususta bak: CEMİL BİLSEL : Devletler hukuku mu, Devletler arası hak mı? (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1940 (VI) 631 v. d.)

«ruhsat», hatta şahsiyet hakkı, mülkiyet hakkı, telif hakkı ibarelerinde olduğu gibi hukuki bir müessese mânasına gelmektedir. «Hukuk» terimi ise kâh çok geniş olarak bütün hukuki kaidelerin bütününe kâh çok dar olarak muayyen bir hukuki müesseseyi ilgilendiren kaideleri, bazan yürürlükte bulunan hükümleri bazan olması lâzımgelen kuralları ifade etmektedir.

#### 7 — DÜZEN :

Bu durum karşısında ödevimizi hatırlarsak zikri geçen hukuk anlamlarının maksadımıza elverişli olmadığını görürüz. Öz ilimle meşgul olan bir bilgin sıfatıyla «hukuk» denilen şeyi, incelemeğe çalıştığımızı göre, gerek halk dilinden ve gerek klâsik hukuk ilminde cari olan terminolojiden ayrılarak «hukuk» terimini daha genel ve daha geniş bir anlamda kullanmak zorundayız. Bizim için «hukuk» terimi, *yer yüzünde insan oğullarının birbirleriyle yanyana ve bir arada yaşayabilmelerini mümkün kılan düzen* anlamını taşımaktadır. Bu düzen, toplumsal hayatın bünyesinde mündemice bir öge (unsur) olduğu gibi insanlık kültüründen ayrılık kabul etmez bir fenomendir. Bu anlamda «hukuk» bir yandan olgu ve olaylar âleminde öbür yandan değerler dünyasında yer bulmaktadır.

## II

### BİLİMDE İŞ BÖLÜMÜ

8 - Bilimin bütünü. 9 - Bilim kolları. 10 - İş bölümü.

#### 8 — BİLİMİN BÜTÜNÜ :

Kullandığımız «bilim kolları» tabiri *Fisagor* (Pythagoras) 'un zamanında, yani bundan takriben 25 yüz yıl önce anlaşılamiyacaktı. Çünkü ilk bilginler, varlık içindeki bütün olayları bir araya toplamak ve tek bir bilim bütünü içinde onları incelemek yolunu tutmuşlardı.

Eski Yunanda bütün olayları anlatabilmek için hepsini kavrayıcı bir bilimin mümkün olacağına inanılmıştı. Ona *felsefe* diyorlardı. Tabiata, insana dair bilgiler, olayların çıkışını sağlayan derin sebepleri açıklayıcı metafizik düşünceler, güzel ve iyi için yapılan çalışmalara yön veren estetik ve etik araştırmalar, hep felsefenin içinde idi (1).

Daha ileri giderek diyebiliriz ki Sokrates'in zamanında içtimai hayatı ilgilendiren meseleler yalnız felsefe içine girmekle kalmayıp felsefenin esas konusunu teşkil etmekte idi. Netekim Eflâtun'un: «İnsan soyu, başına çöken belâlardan ancak tam ve gerçek filozofların iktidarı ele almasıyla, veya Devletin başında olanların, Tanrı'nın lütfu sayesinde, gerçekten feylosof olmalarıyla kurtulabilecektir.» şeklindeki meğhur sözü (2) yukarda anlatılmış olan görüşün en veciz ve en parlak ifadesidir. Felsefe (Yunanca: *Filosofia*) kelimesi, «*hikmete aşk*» (Bilgelige sevgi), filozof tabiri ise «*bilim dostu*» anlamını taşıdığı için her iki tabir, ilmin bir bütün teşkil ettiğini ve tam ve gerçek bilgin'in o vakitler bilinen bütün ilmi malûmata sahip olması lâzım geldiği yolundaki görüşleri aksettirmektedir.

(1) HASAN-ÂLİ YÜCEL : Mantık, 1942, 5. 51.

(2) Eflâtun. Mektuplar, 326 b. (Yunan klâsikleri: 43, S. 33).

İlk devirlerde, daha doğrusu iptidai bir kültür seviyesine malik topluluklarda, bugün «hukuk», «felsefe», «sosyoloji» diye birbirinden ayrılan bilim kolları yoktur. Bu yüzden şarkta «mukaddes» kitaplar kozmogoniden, ahlaktan, hukuktan, nazari ve ameli diğer bilgilerin çeşit çeşit unsurlarından hep birden bahsettikleri gibi yüce filozoflar da, maddi ve gayri maddi bütün varlıklar üzerinde kafa yormaktadırlar.

#### 9 — BİLİM KOLLARI :

Fakat Fılsagor'un yaşadığı günlerden zamanımıza kadar geçmiş olan 25 yüzyıl içinde insan oğlunun edindiği bilgi o kadar çoğalmıştır ki bütün bu bilgileri anlamak ve kavramak tek bir insan için imkânsız bir hale gelmiştir. Bergson'a göre, insanın akıl melekele, tabii bir iktidarsızlığı yüzünden varlığın derinlik ve genişliğini idrak edemez. Bu yüzden «bilim bir bütün olmaktan çıktı. Türli bilimlerin bileşiği halini aldı. Bilginler, çalışmalarını özleştirdiler ve aramalarını ancak belirli bir alana sıkıştırmak zorunda kaldılar. Böylece bilim araştırmalarında ve fikir işlerinde bir iş bölümü kuruldu (1).

Netice itibariyle bu sayede bir çok bilim kolları birbirinden ayrılmış, her kol içinde de iş bölümü prensibi tatbik edilerek ihtisas şubelerinin meydana gelmesine yol açılmıştır. İşte eski zamanlarda ilmin bütününi temsil eden felsefe bugün yalnız bir bilim kolu olarak diğer kolların yanında ayrı bir çalışma alanına maliktir. *Hukuk* bilimi Romalılar zamanındanberi felsefeden ayrıldığı halde *toplum bilim* aşağı yukarı bir yüz yıldanberi tabir caiz ise istiklâl uğrunda savaşmaktadır.

#### 10 — İŞ BÖLÜMÜ :

Bilimdeki iş bölümünün fayda ve mahzurlarından burada bahsedecek değiliz. Yalnız şunu kesin olarak beyan etmek zorundayız ki, her alanda olduğu gibi ilim sahasında da kabul olunan iş bölümü *sun'i* bir şey olup *ancak bilim maksadına elverişli olduğu nisbette bir değer* ifade eder. Bundan başka, bölümler arasındaki hudutlar da «komşuları» uzak tutmak maksadiyle yapılan kesin ve değişmez duvalardan ziyade muayyen bir alanda çalışanların ihtiyari olarak yapmış ve faydalı bulunmuş oldukları bir nevi «kendi kendini sınırlama» (autolimitation = otolimitasyon) dır. Binaenaleyh her bilgin, eski zamanlarda olduğu gibi bugün dahi mânevi bir bütün teşkil eden ilim ve fikir âleminde istediği alanda çalışarak var kuvvetiyle kendini ona verebilir. Ancak onun üstadlık derecesi faaliyet sahasını kendi kudret ve kabiliyetine uygun bir şekilde seçmekte göstereceği isabete bağlıdır.

Tahdit işinde rol omıyan en önemli etmen (âmil) leri bir yandan akıl melekelelerinin tabii iktidarsızlığı, diğer yandan bilginin serbestçe seçtiği araştırma konusundan ziyade *güttüğü maksat* ve bu maksada *en elverişli çalışma metodlarıdır*. Demek oluyor ki, bilim kollarını birbirinden ayıran kıstas, araştırmanın konusundan ziyade güdülen amaca ulaşabilmek için tatbik edilen metodlardır. Meselâ üzerinde çalışacağı konu olarak Türk Anayasasını seçen bir bilginin, tarih, sosyoloji, felsefe, hukuk, siyaset, dil, ruh bilim, ahlâk, ekonomi meseleleriyle ne dereceye kadar uğraşacağı *güttüğü maksat* ve kullandığı metoda bağlıdır. Bununla beraber konu da önemsiz değildir. Aldığımız misalde matematik, astronomi, fizik, kimya, jeoloji bilim kolları bahis mevzuu bile olamaz.

(1) HASAN-ÂLİ YÜCEL: Zikri geçen eser, S. 62.

## III

## KLASİK HUKUK İLMİ

11 - Hukuk ilminin konusu, 12 - Hukuk ilminin kolları, 13 - Hukuk ilminin ödevi, 14 - Deyim serbestliği, 15 - Bilimde sistem, 16 - Hukuk kaidelerinin müphemiyeti, 17 - «Hukuk sistemi».

## 11 — HUKUK İLMİNİN KONUSU:

533 yılında meriyete girmiş olan *Corpus Juris Civilis*'de yer bulan *Ulpianus*'un meşur tarifine göre «hukuk ilmi, ilâhî ve beşerî şeylerin bilgisi, haklı ve haksız olanın ilmidir» (Inst. I. 1. 1.) 1869-1876 yıllarında yürürlüğe girmiş olan *Mecelle*'nin meşur tarifine göre: «İlmi fıkıh, mesallî şer'iyeyi amelîyeyi bilmektir.» Fakat modern Hukuk Fakültelerinin program ve ders kitaplarını zikri geçen meşur tarifelerle mukayese edersek bugünkü hukuk ilmine bırakılan alanın nispeten daha dar olduğunu görürüz. Bugün «klâsik» sayılabilen görüşe göre ister âdetlerden ister kanunlardan ileri gelmiş olsun hukuk kaidelerinin bütünü hukuk ilminin konusunu teşkil etmektedir. Muhtelif neviden kaidelerle meşgul olan bilgin, kaidelerin muhtevasını ortaya koymağa çalıştığından hukuk kaidelerinin muhtevasının hukuk ilminin konusu olduğu da söylenmektedir.

## 12 — HUKUK İLMİNİN KOLLARI:

Hukuk kaidelerinin muhtevası ilmin konusu olarak üç bakımdan tetkik edilmektedir:

I - *Yürürlük* bakımından: Muayyen bir yerde muayyen bir zamanda *mer'i olan* kaidelerin bütünü, *pozitif* (müsbet) *hukuk ilmi* veya *hukuk doğmatığı* denilen bilim kolunun çalışma alanıdır. O halde bugünkü Türk, dünkü Osmanlı, modern İtalyan, eski Roma hukukunu, kaidelerinin *muhtevası* itibariyle teşbit, *mantiki* bir tarzda tasnif ve *sistematik* bir şekilde izah eden kimse, pozitif hukuk ilmi ile uğraşiyor demektir.

II - *Gelişim* bakımından: kaidelerinin muhtevasını *tarih* bakımından inceliyerek bunların doğumunu, değişmesini, ölümünü intaceden âmilleri teşbit ve geçirdikleri merhaleleri izah eden bilim koluna *hukuk tarihi* denir. Binaenaleyh *Justinian*'ın zamanında yürürlükte olan Roma hukukunu anlatan kimse, *pozitif hukuk ilmi* sahasında; modern Türk mevzuatındaki hükümlerin ne dereceye kadar Roma hukukundan mülhem olduğunu inceleyen kimse ise *hukuk tarihi* denilen bilim kolunda çalışmaktadır.

III - *Uygunluk* bakımından: Hukuk kaidelerinin muhtevasını hukuk sisteminin ahengine ve cemiyetin ihtiyaçlarına uygun olup olmaması bakımından tartarak yürürlükte olan kaidelerin tadil ve ikmalî hususunda teklifler ileri süren kimse, *hukuk siyaseti* adı verilen bilim alanına girmiş olur.

## 13 — HUKUK İLMİNİN ÖDEVİ:

Hukuk ilminin nazari olarak kolayca birbirinden ayrılabilen üç tâli kolu, gerek araştırma ve gerek öğretim bakımından ekseri hallerde birbiriyle karıştırıl-

maktadır. Çünkü nasıl ki yürürlükte olan bir hukuk kaidesi, tarihi gelişimine bakılmaksızın anlaşılabilirse aynı surette kanunların tadili ve ikmali hususunda tekliflerde bulunan kimse ilk önce yürürlükte olan kaidelerin muhtevasını tetkik etmeden vazifesini başaramaz. Bu yüzden, pozitif hukuk ilmi (hukuk dogmatigi) hukuk ilminde araştırma ve öğretimin temelini, hukuk tarihi ve hukuk siyaseti ise bu temel kuvvetlendiren iki yardımcı sütunu teşkil eder.<sup>1</sup> Pozitif hukuk ilmi muayyen yerde muayyen zamanda yürürlükte olan hukuk kaidelerinin bütünü, muhtevası bakımından incelediği için onun esas ödevi sayısız hukuk kaidelerini bir araya toplayarak düzenli bir sistem içine koymaktan ibarettir. Bu ödevi mükemmel bir surette yerine getirebilmek için hukuk ilmi sahasında çalışmakta olan bilgin, her mimar gibi «madde» (matière) ye bağlı olmakla beraber ona şekil vermekte ve sanatının kendisine çizmiş olduğu sınırlar dairesinde serbest kalmaktadır.

#### 14 — DEYİM SERBESTLİĞİ:

Pozitif hukuk ilmine, işlenmek üzere bırakılmış olan «madde» ler muayyen yerde muayyen zamanda yürürlükte olan hukuk kaideleridir. Bu hukuk kaidelerinin muhtevası mûta olarak verilmiştir. O halde aranan şey, bu muhtevanın en iyi şekilde ifade edilmesidir. Bilgin, verilere (mütalara) bağlı olmakla beraber anlatış ve deyim hususunda tamamen serbest olup ne kanunlarda kullanılan kelimelere, ne bu kelimelerin temsil etmek istediği kavram (mefhum) lara ve ne de kaidelerin sırasına bağlıdır. Binaenaleyh hukuk dogmatigi alanında çalışmakta olan kimse kaidelerin muhtevasını en iyi şekilde ifade edebilmek için, lüzumu halinde diğer kelimeleri kullanabileceği gibi yeni terimlerle yeni kavramları meydana getirme hakkını da haizdir. Hukuk bilgini, dilerse verilmiş önerme (kaziye) ve kavramları çözüp parçalayarak yeni mefhumlar yaratabilir, dilerse kanunda kullanılan kelime ve terimlere salık kalmakla beraber, kaideleri, mantığın gerektirdiği ilkeler dairesinde yeni bir sıraya göre ayrı bir sistem haline sokabilir. Elverişli, sayılan bütün muamelelerin sonunda mûta olarak verilmiş olan hukuk kaidelerinin muhtevası tahrif edilmiş olmasın. İşte bu ihtirazi kayıt, pozitif hukuk ilminde karşılaşılan asıl güçlüğü ifade etmektedir. Bunun sebeplerini kısaca anlatmalıyız.

#### 15 — BİLİMDE SİSTEM:

Muayyen bir bilim kolu içine giren tekmlil bilgilerin, bilim ilkelerine göre sınıflanmış olan bütününe, bilim dilinde «sistem» denir. Tasnif, mantık icabı genelden öze doğru, konu bakımından da, bir kaç ana kavrama olan bağlılıklara göre yapılmaktadır ki, bunda gözetilecek esas, meydana gelen silsilede bilgilerin mahiyet ve vasıflarının genelliklerine göre alt alta bulunmaları ve aralarında hiç bir çelişme (tenakuz), boşluk, eksiklik olmamasıdır. Demek oluyor ki her ilmi sistem için çelişmezlik ve tümlük asıldır.

#### 16 — HUKUK KAİDELERİNİN MÜPHEMİYETİ:

Hukuk kaidelerinin muhtevası hiç bir tereddüt ve şüpheye mahal bırakmayacak bir tarzda ifade edilebilseydi, bunları sistem haline sokmak işi nisbeten kolay olurdu. Çünkü bu takdirde, Walther Burckhardt'ın söylediği gibi (1) hukuk ilmine

(1) Einführung in die Rechtswissenschaft (1939) 213.

yüklenmiş olan yegâne ödev, kanunda hazır bir şekilde verilmiş olan malzemeyi, kullanılışa elverişli bir tarzda sıraya koymak ve bir endeks ile techiz etmekten ibaret olacaktır. Böyle bir faaliyet ise ilmi bir ödev değil, çok düşük seviyeli ve sırf teknik mahiyette olan tâli bir iş mahiyetini taşır. Fakat gerçek durum tamamen başkadır.

Bir yandan hukuk kaidelerinin muhtevasının tesbiti, çok defa ancak büyük zorluklarla halledilebilen bir mesele teşkil eder. Yasama yetkisinin, tabir caiz ise «bilme-celeri» ni (1) çözmek, tefsir etmek ve sarıh bir sistem haline sokmak, çok kere basit bir ödev değildir.

Hukuk kaideleri, eski Mısırlıların tasvirlerinden ibaret olan yazılarına, veya daha modern bir misal ile şifreli telgraflara benzetilecek olursa, hukuk ilmi de, bu «tasvir ve şifre» leri çözümlenerek açıklamak suretiyle meydana çıkaracağı muhtevayı, yine kendisinin icad edeceği bir alfabe ile ifade etmek mecburiyetinde kalan bir kimsenin durumunu hatırlatır.

Diğer yandan hiç bir kanun tam ve mükemmel değildir. Yürürlükte olan hukuk kaidelerinin bütününde eksik, birbirini tutmaz ve belirsiz hükümler vardır. Her gün yeni kaideler doğar, mer'î hükümler kaldırılır veya değiştirilir. Hatta kaideler lâfız itibarıyla olduğu gibi kalsa dahi, onların tatbik edileceği hayat münasebetleri sonsuz değişikliklere tabi olduğu cihetle ruhu değişmektedir.

#### 17 — HUKUK SİSTEMİ:

Sayılan bütün hususlara rağmen pozitif hukuk ilmi, muayyen yerde muayyen anda yürürlükte olan hukuk kaidelerinin bütününi *sistem halinde* her an herkesin emrine âmade bulundurmamak mecburiyetindedir.

Çünkü sistem olmadan modern devletlerde yürürlükte bulunan yüz binlerce hukuk kaidesinin düzensiz bir yığından başka bir şey olmayacağı ve tatbik kabiliyetinden mahrum kalacağı apaçıktır. Ancak sistem içinde her hukuk kaidesi, işgal ettiği yere göre, kendisine has olan önem ve anlamı kazanabilmektedir. Münferit hukuk kaidesi veya hukuk terimi renksiz olup ancak bulunduğu sistem içindeki diğer bütün kaide ve kavramlara nispetle, asıl muhtevası itibarıyla, anlaşılabilir.

Bu yüzden pozitif hukuk ilmi, ördüğü ince ağı yorulmaz bir örümcek gibi, her ân gözden geçirmek, yenilemek, tamir etmek ve tamamlamak zorundadır ki hukuk sistemi, gelişmezlik ve tümlük ilkeleri bakımından, hukuk kaidelerinin muhtevasını, olduğu gibi, aksettirebilsin. Yürürlükte bulunan hukuk kaidelerinin muhtevası, yukarıda anlatılan tarzda artsız arasız değiştiğinden, *hukuk sistemi* denilen fikir ağının sürekli olarak yenilenmesi, hukuk dogmatikğine yüklenmiş olan *ezeli ve ebedi* ödevdir. Bu ödevin önemini azımsamak isteyenler, zamanın icaplarına uymıyan bir pozitif hukuk ilminden mahrum olan devletlerin mevzuatıyla kazai içtihatlarının yetişmezliğini gözden kaçırmassınlar. Yüksek ödevini gereği gibi yerine getiren kuvvetli bir hukuk dogmatikği, kanun koyucusuna ve mahkemelere düşen ödevlerin ifasını ne kadar kolaylaştırır, vazifesini müdrük olmıyan pozitif hukuk ilmi, yetişmez kanunlarla yanlış idari ve kazai kararların belli başlı mesulüdür.

(1) SOMLO, Juristische Grundlehre (1927) s. 17.



## IV

## BİLİM KÖLÜ OLARAK HUKUK DOĞMATIĞI

18 - Hukuk doğmatığının ilmi vasfı. 19 - Bilgi. 20 - Bilim (ilim). 21 - PASCAL ve KIRCHMANN'ın meşhur sözleri. 22 - Tenkit.

## 18 — HUKUK DOĞMATIĞININ İLMI VASFI:

Bu inkâr edilmez hakikatlara rağmen hukuk ilminin, hususiyle hukuk doğmatığının, terimin asıl anlamında bir bilim kolu olmadığı, olsa olsa tıpkı yurd bilgisi gibi bir hukuk ve kanun bilgisi veya sırf bir tatbik tekniği mahiyetinde olduğu fikri, sık sık ileri sürülmektedir. Bir yandan hukuk ilminin sarsılmaz hakikatları meydana getiremeyeceği, diğer yandan onun kullandığı metodların asıl ilme yakışmadığı iddia edilmektedir. Münekkidler bir gurubu hukuk ilminin bilim vasfını büsbütün inkâr ettiği halde diğer gurubu, modern bilimin gerektirdiği çalışma metodlarından uzak kalan hukuk bilginlerinin meydana getirdikleri fikir binasının, olgularla pozitif bilgilerden ziyade akidelerle metafizik inan ve görüşlere dayanan ve gerçeğe uymayan bilim dışı bir imgeleme (tahayyül) den başka bir şey olmadığını iddia etmektedir. (1)

Bu iddiaların isabet ve müteberlik derecesini tesbit edebilmek için ilk önce bilgiyi ilimden ayıran kıstasları gözden geçirmek zorundayız.

## 19 — BİLGİ :

Bilgi olmadan ilim olmaz derler. Demek oluyor ki bilgi, ilmin esasıdır. Bu bakımdan «bilgi» tabiri «malûmat» ve «vukuf» kelimelerinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Binaenaleyh bir iş veya konu hakkında bir şey bilen kimse «bilgin» (âlim) unvanını taşımaz, belki bilgi sahibidir. Ve yine sırf malûmat ve vukufun bütününe «bilim» (ilim) denmez, yalnız «bilgi» veya «bilgiler» denir. Bu bütünün kollarına da, «yurd bilgisi», «hesap bilgisi» gibi tabirlerden anlaşılacağı üzere «bilgi» ünvanı verilmektedir. Nihayet «bilgi» tabiri «vukuf» kelimesinin müteradifi olarak «meharet» ve «marifet» anlamında da kullanılmaktadır. (2)

(1) Yukarda No. 3 e bak.

(2) Türk Dil Kurumu «felsefe ve gramer terimleri» adlı kitapçıkta «malûmat» ve «vukuf» kelimelerinin karşılığı olarak «bili» tabirini teklif etmiştir. Sebebi açıktır: Çünkü felsefe dilinde «bilgi» terimi diğer iki manada kullanılmaktadır. Bir yandan, genel olarak ve ilksezi (tasavvuru sazeç) halinde zihince kavranmış temel fikirlere «bilgi» adı verilmiştir. Diğer yandan intiba (izlenim) ile düşünmenin birlikte işlemesi yoluyla olgu ve hakikatları açık olarak algılamak (idrak etmek), anlamak ve doğru diye tanımak edimi ve haline «de «bilgi» denir. Hususiyle bilginin gerçeklik bakımından değer ve sınırlarını inceleyen felsefe kolu veya kuramına marifet nazariyesi yerine şimdi «bilgi kuramı» denmektedir.

Bu durum tatmin edici değildir. Eski tabirler yerine yeni terimlerin geçmesi ne kadar yerinde olursa olsun, netice itibariyle bir karışıklık meydana getirmemelidir. Temyiz ve tefrik edimi ilmin ilkesidir. Bunu mümkün kılan yegâne vasıta yanılma, şüphe ve tereddüdlere yer vermeyen açık ve kesin bir terminolojidir.

Bu yüzden, yabancı dillerde olduğu gibi Türk ilmi terminolojisinde de ayrı iş ve konular hakkında mümkün olduğu kadar ayrı terimler seçmek gerekmektedir. Bu maksadla «vukuf» kelimesinden hareket edebiliriz :

A - Genel olarak «vukuf» kelimesi her hangi bir iş veya konu hakkında *bilme* halini ifade etmektedir. Bu anlamda «vukuf» (fr. savoir; alm. Wissex) yerine «*bilme*» veya «*bilis*» kelimeleri geçebilir.

Fakat diğer yandan her malûmata bilgi denmez. «Bilgi» terimini kullanabilmek için malûmatın dayandığı temel *pekin* (muhtak) olması lâzımdır. Halbuki ihtimal (olasılık), sanı (zan), inan ve tahminlerin *pekinliği* (mevsukiyeti) yoktur. Bu yüzden sözü geçen temellere dayanan malûmatın bütünü «bilgi» değil, *inanç* (itikad) sayılmaktadır. O halde «bilgi» demek, bir iş veya konu hakkında objektif bir tarzda *pekin* olan malûmatla bunlara istinaden mantık ilkelerine uygun olarak meydana getirilen kavram (mevhum), yargı (hüküm) ve tasım (kıyas) ların bütünü demektir. Ancak bu suretle meydana gelen bilgi, ilmin esasını teşkil edebilir. Fakat her hangi bir bilgi nevi veya bilgi kolunu «ilim» sayabilmek için diğer unsurlara da ihtiyaç vardır.

## 20 — BİLİM (İLİM):

*Schopenhauer*'ın dediği gibi her insan, deney (tecrübe) ve münferit olguların incelenmesi sayesinde bir çok şey ve konu hakkında bir takım malûmat kazanır; fakat yalnız, her hangi bir konu hakkında *soyut* (mücerret) olarak *tam* bir vukuf sahibi olmayı bir ödev bilen kimse, ilme doğru yürümektedir.

Soyut olarak tam bir bilgiyi (vukufu) kazanabilmek için düzensiz ve birleşmemiş bir halde bulunan çeşit, çeşit bilgileri *sistem* haline koymak gerekmektedir. O halde bilim (ilim): *pekin* olan bilinenlerle bunlara dayanan kavram, yargı ve kıyaslardan ibaret bir çokluktur ki, ide ve varsayım (farziye) vasıtasıyla düzenli bir birlik halini almıştır. *Kısaca ilim sistem haline konan pekin bilgidir.*

Felsefe anlamında bilginin esasını *pekinlik* teşkil ettiği halde yukarda (No. 15 de) gösterdiğimiz gibi, her ilmi sistem için *çelişmezlik* ve *tümlük* asıldır. O halde her hangi bir bilgiye ilim vasfını izafe etmek için şu vasıflar aranır :

B - Bilmenin (bilginin) konusuna göre üç çeşit «vukuf» birbirinden ayırdedilebilir :

a) Vukuf; talim, alışma ve alıştırma yolunda elde edilmiş ise ve daha ziyade bir meharet teşkil etmekte ise, vukuf (fr. savoir, «alm.» Können) yerine «*teknik*» tabiri geçebilir. Meselâ bir icra memurunun icra işleri hakkındaki vukufu bir tekniktir. Hâkime ait hüküm verme işi de staj ve meslek icrası zamanında elde edilecek bir tekniktir. Bir kimsenin her hangi bir iş veya konuya «vukufu tamamı» varsa «becerik» veya «uz» sahibi olduğu için «ehli vukuf» yani «uzman» sayılır.

b) Vukuf, terbiye ve tedrisat gibi yoldan edinilmişse «vukuf» (fr. connaissances; alm. Kenntnisse) yerine «malûmat» veya «bilinen» tabirleri geçebilir. Meselâ bir talebenin hukuka dair malûmatı veya bilinenleri yoktur. Bir kimsenin her hangi bir konu hakkında çok bilinenleri varsa «malûmat sahibi» addolunur. Bu hususlar için «bilgi» kelimesi kullanılmamalıdır. Çünkü:

c) Vukuf, izlenim (intiba) ile düşünmenin birlikte işlemesi yoluyla olgu ve hakikatları açık olarak algılamak (idrak etmek) anlamak ve doğru diye tanımak edimi veya halini ifade ederse yalnız bu takdirde vukuf (fr. notion; alm. Erkenntnis) yerine «*bilgi*» terimi geçebilir. O halde maksada elverişsiz olan «marifet nazariyesi» tabiri yerine «bilgi kuramı» daha isabetlidir. Bundan başka zikri geçen yoldan edinilen ve dolayısıyla bilinen ayrı malûmat için «bilgi» kelimesi kullanılabilir. Binaenaleyh sözü geçen alanda malûmat sahibi sayılan kimseye «bilgi sahibi» adı verilebileceği gibi malûmatın bütünü veya muayyen bir kısmı da «bilgi» unvanı altında bir araya toplanabilir. (Meselâ «yurd bilgisi» gibi).

C - Genel olarak ve ilksezi (tasavvuru sazeç) halinde zihince kavranmış temel fikirler için «bilgi» kelimesini yalnız başına kullanmak fikrimce isabetli değildir. Çünkü ifade edilmek istenen şey ilk intibalar vasıtasıyla idrak edilen hakikatlardır. Binaenaleyh bu gibi hallerde «temel bilgiler» terimini kullanmak maksada daha elverişlidir sanındayız.

I - Bir yandan, ilmin dayandığı temellerin objektif bir tarzda pekin olarak isbatı kabil ve akli selime malik olan herkesce kabule şayan olması lâzımdır. ki bilgi, *itiraz kabul etmez* sayılabilsin.

II - Diğer yandan ilim addedilebilecek kavram, yargı ve tasımların, *mantığın genel ilkelerine uygun* olarak meydana getirilmesi şarttır.

III - Bilginlerin en yüksek amacı ve yegâne ödevi: Olgu, olay ve fenomenleri inceliyerek, aralarındaki münasebet, illet ve tesirleri aydınlatmak, bu hususta elde edilen neticeleri ilmi bir sistem haline sokmak ve olsa olsa nazari bilgilerin pratik alanda tatbik edilmesini teklif ve teşvik etmekten ibaret ise de toplumsal hayat icablarından doğmuş olan ilmin görevi (fonksyonu), insanların duydukları ihtiyaçları tatmin etmek üzere güttükleri gayelere erişilmesini mümkün kılmaktır. O halde ilmin hakiki görevi, insanların hareket tarzını doğru bir şekilde tasrih ve tâyin etmekte ibarettir. *Comte* aynı fikri «savoir pour prévoir» (ileriye kestirmek ve tedbir almak için bilgi sahibi olmak şarttır) vecizesiyle ifade etmiştir. *Bacon'a* göre de «tantum possumus, quantum scimus» (ne kadar bilirsek, o kadar muktediriz). Demek oluyor ki insan soyunun ilerlemesi doğrudan doğruya ilmin ilerlemesine bağlıdır. Bunu durduran kimse onu geçiktirir, bunu ilerleten kimse onu da ilerletir. Bu yüzden; parça parça düzensiz bilgi, daha ziyade ferdi (bireysel) bir iş olduğu halde, ilim içtimali (toplumsal) bir fenomen ve görevdir. (1) Bu görevi yerine getirmek için ilim, kâinatın bir kısmını kendine konu diye alıp gerçekliye dayanarak *kanunlara* yükselmeğe uğraşmaktadır:

Kanunlar (2) ise; ilmin yaptığı genellemeler olduğundan, bu sıfatla, bütün münferit hal ve şeyleri hiçbir istisna yapmadan tesbit etmektedirler. Bu itibarla, hususi ve müşahhas mahiyetteki bütün hâdise ve keyfiyetler, sözü geçen kanunlardan özel bir hal olarak çıkartılabileceği gibi, bu sayede, evvelden de tâyin ve tahmin edilebilirler.

Hakiki ilmin onu düzensiz bilgilerden ayırdeden kıstaslarını :

I - *temellerinin* itiraz kabul etmezliği;

II - *neticelerinin* çelişmezlik ve tümlük ilkelerine uygun olarak meydana getirilmiş olması;

III - *amacının*, işleme konusunu genellemelere («kanunlara») yükseltmeğe uğraşmak olması;

şeklinde tesbit ettikten sonra hukuk hakkındaki bilgilerin bir ilim kolu olup olmadığını inceleyebiliriz.

(1) EMGE, Geschichte der Rechtsphilosophie (1931), s. 58, not 8.

(2) Asıl manası «kamuş» olupta sümerce «gin», asurca «kanu», eski yunanca «kanna» veya «kanun» şeklinde kullanılan «kanun» kelimesinin dört anlamı vardır:

I. Devletin teşri kuvveti tarafından herkesce uyulmak üzere konulan her türlü kural (kaide).

II. Hukuk dışı alanlarda: Kural (kaide)

III. Tabiat olaylarının bağlı görüldükleri ve dışına çıkamadıkları düzen (nizam).

IV. Her hangi bir konu üzerindeki kanunu taşıyan kitap.

## 21 — PASCAL VE KİRCHMANN'IN MEŞHUR SÖZLERİ :

Hukuk ilminin «ilmi» vasfını inkâr edenler, temellerinin sabit ve pekin olmadığını iddia etmektedirler. Meselâ Fransız matematikçisi ve filozofu *Blaise Pascal* (1623 - 1662) hukukun konusunu şu şekilde tavsif eder :

«Hemen hemen hiç bir âdil ve gayri âdil şey yoktur ki onun vasfı iklimin değişmesiyle değişmesin. Kutuptan üç paralel (arz dairesi) daha uzak bir yerde bütün hukuk doğmatığı altüst olur. Hakikatın ne olduğunu tâyin eden bir meridyen (nisfinnehari); hak sahibinin kim olduğunu tâyin eden de bir kaç senedir. Esas kanunlar değişmektedir. Hukukun çağları vardır. Ne garip adalet ki bunun hudutlarını bir ırmak veya bir dağ silsilesi çizer.

«Pirenelerin bu tarafında doğru olan öte tarafında yanlış olur.»

Alman hukukçusu *Kirchmann*'a göre (1) kanun koyucusunun üç değiştirici sözü köskoca kütüphanelerdeki kitapları okkahlık kâğıt haline getirir.

Bundan başka her hukukcunun bildiği gibi, fen veya tıp alanında yapılacak yeni bir keşif neticesinde keşif tarihine kadar cezayı müstelzim bir fiil bundan sonra cezalandırılmıyacaktır (ve aksi). Temyiz mahkemesi, evvelce ittihaz ettiği kararlardan ayrılarak aynı hâdise, vâkia ve hukuki meseleye dair yeni bir karar verdiği zaman, o ana kadar haklı sayılan bir vaziyeti haksız, haksız addolunan bir vaziyeti de haklı çıkarmaktadır ki, bu halin kazıyyel muhkeme teşkil eden kazai içtihatların çoğunun daima yeniden gözden geçirilmesine âmil olması arzu olunur.

## 22 — TENKİT :

Bu gibi iddiaların doğru olduğunu itiraf etmeliyiz. Fakat bunlarla ne isbat edilmiştir? *Bütün ilim kollarının gelişimi, bilginlerin düştükleri hataların tarihidir. Nitekim ilim adamı, Tanrı gibi «alimikül» olmayıp Alexis Carrel'in doğru bir sözüne göre herkes gibi zaman ve muhitin dini, içtimai, siyasi akide ve hayalleriyle boyanmış bir gözlükle dünya ve hayata bakan bir insan oğludur.*

Fakat *Pascal ve Kirchmann*'ın ileri sürdükleri iddiaların esası, yanlış keyfiyeti değildir. İfade etmek istedikleri, hukuk doğmatığının konusunu teşkil eden kanun ve hukuk kaidelerinin *tesadüfi ve gayri sabit* oluşudur. Bu mütefekkilere göre *insanların keyfi irade ve ihtiyarına tabi bir hal hakiki bir ilmin konusu olamaz.*

Bu iddiayı bertaraf etmek için hukuk doğmatığının ilmi vasfını müdafaa edenler, birer ilim kolu olarak kabul olunan tarih, filoloji ve edebiyatı örnek tutarak hukuk doğmatığının konusu ve çalışma tarzının, mahiyet itibariyle zikri geçen üç ilim kolundan farksız olduğunu ileri sürmektedirler. Onlara göre tarih ve edebiyatın konusu, insan işi olan vesikalardan ibarettir. Tıpkı hukuk doğmatığı gibi tarih ve edebiyat ilim kolları, kendi çalışma alanlarına giren vesikaların bütünü mühteva itibariyle tetkik ve tefsir ederek sayısız ayrı hususları çelişmezlik ve tümlük ilkelere uygun bir sistem haline koymağa uğraşmaktadır.

Fakat bu karşılaştırma (mukayese) yalnız yersiz değil, tehlikelidir de. *Yersizdir* diyoruz: Çünkü; zikri geçen alanlardaki tetkik ve tefsir işi; gaye, mahiyet, ve

(1) Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (hukukun ilim olarak değersizliği), yeni tabiri (1938), s. 37.

métot bakımından hukuk alanındaki tamamen başkadır. Bundan sarfınazar edilirse, hukuk doğmatığı yalnız *yazılı* hukuk (yani vesikalar) la değil yazılmamış hukuk kaideleriyle de meşgul olduğu cihetle hukuk doğmatığı sayesinde meydana gelen «hukuk sistemi» olmaksızın Medeni Kanununumuzun 1 inci maddesinde hâkime bırakılmış olan hukuk «yaratmak» görevi yerine getirilemeyeceği gibi kanun koyucusu da vazifesini ifa edemez. (Yukarda No. 17 ye bak:). Karşılaştırma *tehlikelidir de* diyoruz. Çünkü; tarih hakkındaki bilgilerin bir *ilim* kolu olup olmadığı meselesi de *çok münakaşalıdır*. Ve hukukun ilmi vasfını inkâr edenler tarih bilgilerine de «ilim» unvanını vermeğe hazır değildirlir.

O halde diğer ilim kollarına istinaden hukuk doğmatığının ilmi vasfını müdafaa edenlerin ileri sürdükleri mucip sebepler mukni addolunamaz. Yukarda (No. 11 de) gösterdiğimiz gibi klâsik addolunan görüşe göre hukuk ilminin konusunu hukuk kaidelerinin muhtevası teşkil, bu muhteva ise insanların keyfi irade ve ihtiyarına tabi, gayri sabit ve tesadüfi bir husus şeklinde tezahür ettiği cihetle *Pascal* ve onun taraftarlarının ileri sürdükleri tez reddedilmiş addedilemez. Eğer hukuk bilgilerinin konusu hukuk kaidelerinin muhtevasından ibaret ise, temellerde pekinlik ve amaçta genelleme mümkün olmadığından hukuk doğmatığına «ilim» unvanı verilemez.

Bu neticeden kaçınmak isteyenler hukuk doğmatığının pratik önemini inkâr etmemekle beraber «hukuk» denilen bilim kolunun konusunu başka bir tarzda tesbit etmeğe uğraşmaktadırlar.

## V

### GENEL HUKUK BİLGİSİ

23 - Hareket noktası. 24 - Genel Hukuk Bilgisinin gayesi. 25 - Genel Hukuk Bilgisinin konusu. 26 - Genel Hukuk Bilgisinin ilmi vasfı.

#### 23 — HAREKET NOKTASI :

Yukarda (No: 13 de) gösterdiğimiz gibi pozitif hukuk ilminin esas ödevi, sayısız hukuk kaidelerini bir araya tophyarak düzenli bir sistem içine sokmaktan ibarettir. Her sistemin temeli ilmi tasniftir. Tasnif ise mantık icabı genelden özele doğru ve konu bakımından da, bir kaç ana kavrama olan bağlılıklara göre yapılmalıdır, tâki, meydana gelen silsilede bilgiler, mahiyet ve vasıflarına göre alt alta bulunsunlar ve aralarında hiç bir çelişme, aralık, eksiklik olmasın.

Bu yüzden, «hukuk ilmi» denen şeyin, (No. 8-10 da izah edildiği gibi) kendisine evrensel (cihanşümül) ve pek genel bir mâna verildiği zamandaki birlik ve bütünlüğü sonradan, yapılan iş bölümü neticesinde zail olmuştur. Bir yandan Türk, Çin, İngiltere, Roma hukuku adları altında muhtelif devir ve ülkelerde yürürlükde olan hukuk kaideleriyle meşgul olan bilgi kolları birbirlerinden ayrı ve nisbeten mistakıl bir hayat geçirdikleri gibi diğer yandan Ceza, Ticaret, Âmme v. s. hukuku adları altında bir araya toplanan hükümleri işleyen ve genel kolların birer şubesi olan bilgi alanları da birbirinden az çok uzak kalmıştır.

Gerçi her ilim şubesi, kendi çalışma alanına has bir sistem kurabilmek üzere ilgili hukuk kaidelerini çelişmezlik ve tümlük ilkelerine göre tasnif ederek «genel»

ve «özel» diye hem kaideleri hem de kavramları birbirinden ayırt etmeğe çalışmıştır. Bu uğraşmanın sonunda, modern kanunlarda da ilmi bir düzene ratlanmaktadır.

Fakat *Sadri Maksudi Arsal*'ın söylediği (1) «bir mütehasssın kendi ihtisası dâhilindeki bilgileri ne kadar geniş ve derin olursa olsun, bu bilgiler o ilmin diğer şubelerinde esas olan umumi ve mühim prensiplere bağlanmadıkça tam mânasiyle ilmi mahiyet iktisap edemezler. İhtisas sahasındaki bilgiler, mahiyetleri itibariyle mahdutturular, çünkü bir külün ancak bir cüz'ünden, bir ilim manzumesinin kırıntı ve parçalarından ibarettir. . . . İlim sahasındaki ihtisaslaşmadan doğan bu gibi mahzurları bertaraf etmek için her ilimde o ilmin muhtelif şubelerinin sıklet merkezlerini teşkil eden mühim ve umumi esasları birbirine bağlayarak, bunları bir manzume halinde izah eden bir ilim şubesine ihtiyaç hasıl olmuştur».

#### 24 — GENEL HUKUK BİLGİSİNİN GAYESİ :

İşte bu mülâhazalara dayanarak «hukukun umumi esasları» veya «Genel Hukuk Bilgisi» (alm. allgemeine Rechtslehre, fr. la théorie générale du Droit) adını taşıyan ilim kolu meydana getirilmiştir.

Bu hususta Alman hukukcuları *Merkel* ve *Bergbohm*, İngiliz hukukcuları *Austin* ve *Pollock*, 19 uncu yüz yılda önemli rol oynamışlardır. Meselâ *Merkel*'in fikrine göre (2) genel hukuk bilgisi münferit hukuk şubelerine nazaran en genel kısımdır. Nasıl ki Ceza Kanunu ile ceza hukukunda umumi kısım hususi hükümlerin genel esasını teşkil ediyorsa aynı şekilde genel hukuk bilgisi bütün hukukun temelini teşkil etmelidir. Bu yüzden hukuk doğmatığı ile genel hukuk bilgisi arasındaki hudut, hangi şekilde çizilmiş olursa olsun bu sınırlama «tamamen keyfi olup, hiç bir makbul değeri yoktur». Demek oluyor ki *Merkel*'e göre genel hukuk bilgisi, hukuk ilminin kendisidir. Bu mülâhazalardan mülhem olarak *Merkel* «Juristische Enzyklopädie» (hukuki ansiklopedi) adını taşıyan bir eserde hukukun esas şube ve mefhumlarının dikkate değer bir tarzda çözümlenmiştir.

*Bergbohm* (1) ise «en genel» hukuk bilgisini, «tekmil hukuk ilminin genel hatta en genel kısmı;» hukukun bütün şubelerinden gelen nâzim mefhum ve prensiplerin birleştiği nokta; «serseriyane dolaşan genel hukuki mefhum ve doktrinlerin birleşmesi noktası» olarak tavsif eder ve böylece elde edilen hukukun genel kavramlarının «hukuki doktrin binasının yukarya doğru yükselen uçlar» olduğu fikrindedir. *Radbruch* (2) aynı teşbihte bulunmaktadır.

Türkiyede genel hukuk bilgisinin mümessili olan *Sadri Maksudi Arsal*'ın fikrine göre (3) «hukukun umumi esasları ilminin gayesi bir taraftan hukukun birbirine bağlı, ahenktar esaslardan ibaret olduğunu, hukukla beşeri camiaların içtimai hayatı ve fikri, ahlâki inkişafı arasında sıkı bir münasebet mevcut olduğunu ve aynı zamanda hukukun yüksek ahlâki esaslara, sosyolojik prensiplere istinad etti-

(1) Hukukun umumi esasları (1937) cilt 1, sahife 8

(2) Gesammelte Abhandlungen (1899) cilt II. sayfa 291 - 323.

(1) Jurisprudenz und Rechtsphilosophie (1892).

(2) Rechtsphilosophie sayfa 14.

(3) Zikri geçen eser sayfa 14.

ğini göstererek hukuk tahsil edenlere mevzu hukuk kaidelerinin anlaşılmasını kolaylaştırmak; diğer taraftan genç hukukcuları, hukuk kaidelerini ve mevzu hukuk ahlâkını geniş ve ilmi bir görüşle tahlile, içtimai ve ahlâki noktai nazardan tedkike alıştırarak hukukcularda ilmi muhakeme itiyadını doğurmak ve hukuka nazarlarını yükseltmek) ilmileştirmektedir.»

## 25 — GENEL HUKUK BİLGİSİNİN KONUSU :

Genel hukuk bilgisinin konusunu *Sadri Maksudi Arsal* (1) şu kelimelerle belirtmektedir: «Hukukun umumi esaslarının mevzuu, hukukun kendisidir, hukuk ilminin umumi hey'etidir, diyebiliriz. Bütün diğer hukuk ilimleri, hukukun muayyen bir sahada tecellisinden, hukukun umumi esasları ise hukukun umumi heyetinden bahseder. Hukukun umumi esaslarının mevzuu, hukuk ilminde esas olan bütün umumi prensiplerle hukuk sahasında malûm olan bütün hukukî müesseselerdir. Bu ilmin mevzuuna dâhil olan mes'elelerin başlıcaları şunlardır: Hukuk mefhumu, hukuk ve hakların mahiyeti, neveleri, bunlara dair esaslar; hukukun içtimai hayatta gerçekleşmesi şekilleri; hukuk kaideleriyle diğer içtimai hayat kaideleri arasında münasebet ve farklar, hukuk kaidelerinin şekilleri, zuhuru ve bunlara dair esaslar; hukuk kaidelerinin istinat ettiği yüksek prensiplere dair fikirler; hukukun tatbik sahası; camia ve Devlet, camia ve Devletin sosyolojik ve hukukî mahiyeti, devletin vücudu sebebi, vazifeleri, uzuvları ve bunlara dair esaslar; devlet ile hukuk arasındaki münasebet ve bu münasebetlere dair esaslar; devlet ve ferd, bunların arasındaki hukukî münasebet; hukukun inkişafı âmilleri ve bunlara dair esaslar ve fikirler . . . Hukukun umumi esasları ilmi, şe'nî ve müsbet bir ilimdir. Bu ilim, hukukun umumi prensiplerini tesbit, hukukî mefhum ve müesseselerin mahiyetini izah ederken daima şe'nî hadiselerle, mevzu hukuk sistemlerinde mevcut şe'nî hukukî malzemeye istinat eder. *Bu ilmin mevzuu, milletlerin şe'nî hukuk sistemlerinde görülen veya şe'nî hayatlarında tatbik edilen hukukî kaidelerden çıkarılmış esaslardır.*» (2)

## 26 — GENEL HUKUK BİLGİSİNİN İLMİ VASFI:

Hukukun umumi esaslarını elde edebilmek için, *verilmiş* (mûta) hukuk kaidelerinin bir çoğundan hareket ederek onların muhtevasından müşahhas (somut) hukuk kaidelerinin az çok geniş bir gurubuna şâmil olan genel kaideleri soyutlamak (tecrid etmek) gerekmektedir. Demek oluyor ki sözü geçen «genel» kaideler, özel kaidelerin muhtevasından alınmış olup kendileri de muayyen bir hukuk kaidelerini ifade etmektedirler.

O halde özel kaidelerden çıkarılmış olan kaidelerin genellik derecesi soyutlama (tecrid) muamelesinin temelini teşkil eden özel kaidelerin şumulüne bağlıdır. Genel kaide ve esaslar, hukuk düzeninin yalnız bir kısmı meselâ ceza hukuku bakımından genellik vasfını haiz olabildiği gibi muayyen bir hukuk nizamının bütünü, meselâ Türk veya İngiliz hukuku bakımından da umumi olarak vasıflandırılabilir. Meselâ

(1) Zikri geçen eser sayfa 10.

(2) *Nawiasky*, 1941 yılında yayın alanına çıkardığı «Allgemeine Rechtslehre» adlı eserde, aşağı yukarı aynı fikri ifade etmiştir. (sah. 3).

Kara Avrupası hukuk muhiti veya Anglo-Sakson hukuku bahis mevzuu olduğu zaman «genel» addedilen kaide ve ilkeler daha geniş bir zümre bakımından genellik vasfını haizdir.

Hatta bütün devletlerde yürürlükte olan hukuk kaidelerinin «umumi» esaslarını soyutlama yolundan elde etmeğe çahşırarsak, «genellik» mutlak olmayıp belki izafidir. Çünkü kazandığımız «genel» kaide, ilke ve mefhum bizce malûm olan tesadüfi ve geçici hukuk kaidelerinin muhtevasından tecrid yoluyla çıkartılmıştır. «Genel» saydığımız kaide, ilke veya mefhum; soyutlama işinin temelini teşkil eden özel kaide ve mefhumla değıştikçe genellik vasfını kaybeder.

Binaenaleyh soyutlama yoluyla yürürlükteki hukuk kaidelerinden çıkarılmış olupta «genel» olarak vasıflandırılan kaide, ilke veya kavram; tasavvur ve tahayyül olunabilen *her hukuk nizamı için zaruri değildir. Somlo'nun* haklı olarak dediği gibi (1) evlilik, mülkiyet, hatta akid mefhumları olmaksızın bir hukuk nizamı pekâlâ tasavvur olunabilir. Böyle bir hukuk düzeni sözü geçen «kahplar» içinde düşünmeğe alışmış olan bir hukukçu bakımından natamam sayılabildiği gibi kaidelerin tabkında da büyük güçlüklerle meydan verebilir. Bununla beraber bahsi geçen düzeni hukuk nizamı olarak vasıflandırmamak için mukni hiç bir sebep yoktur.

Bundan başka muhtelif devletlerde yayın alanına çıkarılmış olan eserler, «hukukun umumi esasları» veya «genel hukuk bilgisi» adını taşımakla beraber müellifin bulunduğu devlet içinde yürürlükte olan hukuk nizamının karakteristik hususiyetlerini ilk bakışta göstermektedirler. Hukukun genel kaide, bilgi, esas ve kavramları, bir İngiliz hukukcusu için başka, bir Rus hukukcusu için başka, bir İsviçreli hukukcusu için yine başkadır. Çünkü her müellif, isteyerek veya istemiyeerek tahsil gördüğü millet içindeki mutad düşünme kalıplarına alışmış olduğundan «hukuk» a ait düşüncelerini, ilgili devletin hukuk nizamını aksettiren milli hukuk sisteminin icap ettirdiği mefhumlarla ifade etmektedir. Bu sebepten dolayı bir İngiliz veya Amerikan hukukcusu bir Kara Avrupası hukukcusunu yalnız nadiren anlayabildiği gibi evrensel mahiyeti haiz olan bir genel hukuk bilgisi de bahsi geçen esaslara istinaden meydana getirilemez.

Bu şartlar altında hukukun genel, hatta en genel kaide, esas ve kavramlarının bütününü işleyen genel hukuk bilgisi, mevzu hukuk kaidelerinin kavranması ve hukuk tahsili için ne kadar önemli telâkki edilirse edilsin, hukuk doğmatığının mütemmim bir cüz'ünden başka bir şey değildir. (1) Binaenaleyh yukarda (No. 18-22 de) hukuk doğmatığının ilmi vasfı hakkında yapılan izahlar genel hukuk bilgisi için de varittir. «Hukuk ilminin umumi heyeti» olarak vasıflandırılmış olan (2) «hukukun umumi esasları» bilgisine ilim vasfını izafe etmek mümkün değildir.

## VI

### ÖZ HUKUK İLMİ

#### 27 — TASARIM OLARAK HUKUK KAİDESİ :

Hukuk kaidelerinin bütünü, dış dünya, yani tabiatın bir kısmını teşkil etmeyip insan şuurunda doğan tasarımlar (tasavvur) lardan ibarettir. Bu tasarımlar ise, top-

(1) Zikri geçen eser, sahife: 9.

(2) Nawiasky, zikri geçen eser, sahife: 6; yukarı No: 24 e bak.



lumsal bir halde yaşayan insanların hareket tarzına taallük etmekle beraber, genel olarak kabul edilen görüşe göre, insanların *gerçek* hareket tarzını ifade etmeyip, *olması lâzım gelen* hareket tarzını tâyin etmektedir. Başka bir deyişle denilebilir ki hukuk ilminin klâsik tarife göre konusu olan hukuk kaideleri, *olan* bir keyfiyete ait tasarımlar olmayıp, *olması lâzım gelene* dair tasavvurlardandır.

Hukuk kaidelerinin haricî tezahür şekli lisandır. Dil ise, gramer kaidelerine tabidir. Gramer bakımından, dilin en kısa müstakil parçasına *cümlecik* (kaziye; fr. proposition; alm. Satz) denir. Cümlecikte ifadesini bulan tasarıma *ruhbilim* dilinde *yargı* (hüküm; fr. jugement; alm. Urteil), bu yargının sözle anlatılmasına *mantık* dilinde *öneme* (kaziye; fr. proposition; alm. Satz) denir.

Önermeler ise, taşıdıkları mânaya ve ileri sürdükleri iddiaya göre biri *deyim önermesi* (alm. Aussagesatz veya Seinssatz), diğeri *emir önermesi* (alm. Sollenssatz) olmak üzere birbirinden ayırđedilir. Önermede ileri sürülen iddia, bir hususun şöyle veya böyle olduğunu anlatırsa bir *deyin önermesi* karşısındayız demektir. Halbuki önermede yapılması veya yapılmaması lâzım olan bir şey bahis mevzuu ise bir *emir önermesi* ile karşılaşırız.

Deyim önermelerinin amacını *hakikat*, emir önermelerinin amacını *riayet* teşkil eder. Bu bakımdan hukuk kaidelerini inceliyecek olursak görürüz ki, hukuk kaidesi, diğeri cihetlerden nasıl tavsif edilirse edilsin, her halde *ruhbilim* dilinde bir *yargı*, *mantık* dilinde bir *emir önermesi* mesabesinde dir.

## 28 — ŞARTLI YARGI OLARAK HUKUK KAİDESİ :

Hukuk kaidesi, yargı mahiyetinde olduğundan «kaide» tabiri yerine «hüküm» tabiri de kullanılmaktadır. «Hüküm» terimi yalnız mahkemelerce verilen kararlara değil; kanun, nizamname, talimatnamelerde bulunan hukuk kaidelerine de izafe edilmektedir. Bunun için *Sauer*; hükmün, hukuk metodunun karakteristik unsurunu teşkil ettiğ in haklı olarak ileri sürmektedir (1).

Her hukuk kaidesi *şartlı* bir yargıdır: Ancak muayyen unsurlar mevcut olduğu takdirde hukuki netice husule gelir. Kaidenin aradığı şartlar, yani yargının unsurları yoksa, bu şart ve unsurlara bağlanan netice tahakkuk edemez (2). Binaenaleyh her hangi bir ifade şeklinde tezahür eden bir cümlecige «hukuk kaidesi» mahiyetini izafe edebilmek için onun şartlı bir yargı olup olmadığını incelemek zorundayız. Çünkü bir çok hallerde hukuk kaidesinin haricî şekli gramer bakımından bir şart cümlecigi olmayıp bir temel cümleciktir. Misal olarak Medeni Kanunun 11 inci maddesinin 2 nci fıkrasını ele alalım:

«Evllenme kişiyi reşid kılar».

Bu temel cümlecik, hukuk kaidesi olarak şart ve netice kısımlarına ayrılırsa, şu şekli alır:

«Reşid olmıyan kimse evlenirse reşid olur». Görülüyor ki reşid olma «neticesi» iki «şartın» tahakkukuna bağlıdır. Bu iki şart, bir kimsenin rüşd yaşını ikmal et-

(1) *Sauer*, Juristische Methodenlehre (1940) s. 6.

(2) Tafsilât için bak: *Hirs*; Pratik Hukukta Metot (1944) s. 10.

memesi ve buna rağmen evlenmesidir. Hükümün netice kısmı ise, reşid olma keyfiyetidir. Şartlar tahakkuk ettiği takdirde ilgili şahıs «reşid» sayılır.

Bu misâlden anlaşılacağı gibi kanunda bulunan bir kaide temel cümlecik şeklinde kaleme alınmış olsa dahi kaideten şartlı bir yargıyı ihtiva eder. Aksi takdirde teşri kuvveti tarafından verilen hüküm, *hukukan önemli* olmakla beraber, bir *hukuk kaidesi* değildir. Meselâ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Teşkilâtı Esasiye Kanununun 26 ncı maddesine dayanarak mahkemelerden sadır olup katiyet kesbetmiş olan idam hükümlerinin infazı hakkında karar ittihaz ettiği zaman, hukukan önemli bir hüküm (yargı) vermekle beraber bir hukuk kaidesi koymuş olmaz. Çünkü verilen hüküm muayyen sebeplere müstenid ise de, neticesi her hangi bir şartın tahakkukuna bağlı değildir.

O halde Büyük Millet Meclisinin verdiği bir hükme hukuk kaidesi diyebilmek için, hükümün müşahhas veya mücerred, umumi yahut hususi oluşuna bakılmaksızın, onun *şartlı* bir yargı olup olmadığını incelemek icabeder.

#### 29 — EMİR ÖNERMESİ OLARAK HUKUK KAİDESİ :

Hukuk kaidesi bir deyim önermesi olmayıp bir emir önermesidir. Çünkü emrin muhatabı kim olursa olsun (1), her hukuk kaidesi bir şeyin yapılp yapılmamasına dair bir *emir* ihtiva etmektedir. Gerçi kanun kaidelerinin büyük bir kısmı gramer bakımından «emir» şeklinde değil, «bildirme kipi» şeklinde kaleme alınmaktadır. Fakat bir cümlecğin mantıkî mânasını anlayabilmek için gramer bünyesinden başka onun bulunduğu mantıkî muhit, yani cümlecği tamamlayan ve ona taallük eden bütün cümleciklerle kelime, rakam, harf, işaret gibi diğer fikir anlatış vasıtaları da nazarı itibare alınmalıdır. Binaenaleyh teşri salâhiyetini bizzat istimal eden T. B. M. M, karar veya kanun şeklinde bir tasarrufta bulunduğu vakit, kullanılan «bildirme kipi» şekline rağmen emirlerin bahis mevzuu olduğunu karine diye kabul edebiliriz.

Misâl olarak Medeni Kanunun 1 inci maddesinin 2 nci fıkrasını ele alalım:

«Hâkim, hükümlerinde ilmi içtihadlardan ve kazai kararlardan istifade eder.»

Bu cümlecik «bildirme kipi» şeklinde kaleme alınmıştır. Fakat cümlecğin amacı, bir gerçeği ifade etmek değil, hâkimlere bir emir vermektir. Bu cümlecğe riayet etmiyen hâkim, cümlecğin hakikatını inkâr etmez, belki kendisine terettüp eden bir ödevi yerine getirmiş olmaz. O halde «hâkim . . . . . istifade eder» şeklindeki cümlecğin mantıkî mânası «hâkim . . . . . istifade etsin» dir. (2)

#### 30 — NORM BİLİMLERİ :

Emir önermeleri, *düzgü* (*düstur*) veya *norm* tabiriyle de adlandırılmış olduğundan, «hukuk» terimi altında bir araya toplanan kaideler, verilmiş (mûta) normların bir bütünüdür. Hukuk ilmi, hususi bir şekilde tavsif edilen normlarla meşgul olduğundan, başka normlarla uğraşan diğer ilim kolları gibi «*norm bilimleri*» deni-

(1) Çok münakaşalı olan bu mes'eleye burada temas etmeğe lüzum yoktur.

(2) Bu hususta bak : Somlo, zikri geçen eser, sayfa 183 ve oradaki notlar.

len ilim gurubu içine girer. Bu bakımdan hukuk ilmi «hukukî normlar bilgisi» veya «hukuk normolojisi» şeklinde de adlandırılabilir. (1)

Fakat «hukuk normolojisi» terimi tek mânalı değildir. Çünkü «norm bilimleri» denilen ilim gurubunun sınırları da çok münakaşalıdır.

Bir yandan, konusunu normlar teşkil eden her hangi bir bilim kolu norm ilimleri gurubuna girmemektedir. Meselâ hukuk tarihi veya, etik kısmında felsefe tarihi, normlarla uğraşmakla beraber «varlık ilmi» denilen gurubun içindedir. Çünkü bahsi geçen ilim kolları, normları olması lâzım gelene dair tasarımlar olarak değil, tarihin gelişiminde doğmuş ve ölmüş *olan gerçekler* olarak incelemektedir.

Diğer yandan normlar, olması lâzım gelene dair tasavvurlar olarak da incelen-diği zaman bir ayırma elzemdir :

«Norm bilimleri» gurubuna giren bazı ilim kolları, normları *aramakla* meşguldür. Meselâ mantık; etik, estetik pedagoji (eğitbilim) gibi ilim kolları ilgili olanlarda olması lâzım gelen düsturları yalnız akıldan *meydana çıkarmağa* çalışmaktadırlar. Araştırma sonunda «bulunmuş» farzolanın düsturlar hakikat-ı halde tâyin ve vaz-edilmiş olduğundan sözü geçen ilim kollarına «norm koyma» (fr. «nomothétique»; alm. «nomothetisch» bilimleri denir.

Halbuki «norm bilimleri» gurubuna giren diğer ilim kolları, esas itibariyle normları aramak daha doğrusu koymakla meşgul olmaz, belki *mevcut olan* normların muhtevasını incelemek ve sistem haline sokmağa çalışmaktadırlar. Meselâ gramer kaidelerini veya Dört Mukaddes Kitapdaki düsturları, işleme konusu sayan ilim kolları, norm koyacakları yerde, *verilmiş* (mûta) düsturları tarif, tasvir ve tavsif ettiklerinden «norm tanımlama» (fr. nomographie; alm. nomographisch) bilim-leri veya *doğmatik* ilimler addedilirler. (2)

### 31 — «NORMATİF» KELİMESİ :

Konusu hukuk kaidelerinin muhtevası olan hukuk ilmini, norm bilimleri bakımından inceleyecek olursak onun ne «norm koyma» ne de «norm tanımlama» bilim-leri gurubuna girebildiğini görürüz. Bir yandan, ister doğru, ister yanlış olsun, hâ-kim olan görüşlere göre hukuk ilmi bir *hukuk kaynağı* değildir. İlimin norm koyma salâhiyeti yoktur. derler. Diğer yandan hukuk doğmatığının konusunu teşkil eden kaideler pekin, sabit ve değişmez değildir ki bir ilmin mevzuu olabilsin (yukarda No. 18 - 22).

Bu yüzden, bahsi geçen çıkmazın farkına varan *Kelsen* (1) «norm bilimleri» te-rimine başka bir anlam vermeğe çalışmaktadır. Fikrine göre, yalnız sùjelerin bir hareket tarzı için otoriter olarak norm koymağa matuf faaliyet, yani fiili hâkimi-yete dayanarak bağlayıcı emir ve nehiler koyma keyfiyeti, kelimenin asıl anlamında *normatif* (kaidevi, düzgüsel) sayılır. Burada bir *düşünüş* görevi değil de, bir *irade* gö-revi bahis mevzuu olduğuna göre, bir ilim kolu, kelimenin sözü geçen asıl anlamın-

(1) Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre (1941), s. 2

(2) Bu hususta bak. *Somlo*, zikri geçen eser, s. 21 v. d.

(1) Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (ilk tabı 1911, ikinci tabı 1923). Reine Recht-lehre (1934).

da asla «normatif» diye vasıflandırılmaz. Ahlâki kanun koyucusu; «etik» denilen nazari bilim kolu değil, belki insanın vicdanı veya Tanrının iradesi yahut irade sahibi olduğu farzolunan diğer her hangi bir otoritedir. Dil kaidelerini koyan kuvvet; gramer denilen ilim değil, belki dili meydana getiren toplumsal birliktir. Ve böylece hukuk doğmatığı de hukuku yaratan bir kuvvet mânâsında normatif olmayıp, daha ziyade «normatif» bilim kollarından bahsedildiği bütün diğer hallerde olduğu gibi sözün geçen terim asıl mânâsından çıkma tali bir anlamda kullanılmaktadır. «Normatif» terimi, iradenin hususi bir tecellisini ifade etmez. Bu tabir burarda gerek istikamet ve gerek gaye itibarıyla hususi bir anlamda kullanılmaktadır: İstikametine gelince, «normatif» kelimesi tabiat ilimlerinde *olan âleme* müteveccih olduğu halde, hukuk ilminde *olması lâzım gelen* âleme doğru yönetilmiş bulunmaktadır. Gayesine gelince: Sözü geçen terim, izah edici bilim kollarında fiilen olup bitenlerin *nedensel* (illi) *izahı* yani *tabiat kanunlarının* icra etikleri tesirleri belirttiği halde, hukuk ilminde bizzat normların kavranması mânâsında kullanılmaktadır. Demek oluyor ki «normatif» kelimesi hukuk ilminde muayyen bir düşünüş tarzını, yani bahsi geçen ilme has bir mütalâa tarzını ifade etmektedir. (1)

### 32 — «ÖZ» HUKUK İLMİ :

*Kelsen* tarafından «normatif» kelimesine verilen anlamın maksada elverişli ve doğru olup olmadığını burada inceliyecek değiliz. Bahsi geçen mâna doğru farzedildiği takdirde hukuk kaidelerinin *muhtevası* asıl hukuk ilminin konusunu teşkil edemez. Çünkü geçici hukuk kaideleri, *olan* âlemine ait olup yürürlükte bulunduğu zamanda hâkim olan ahlâki, siyasi, dinî gibi görüşlerle fiilî hayat ihtiyaçlarının bir makesini arzettiğine göre «normatif» bir ışık altında incelenemez. Sözü geçen, tabir caiz ise «hukuk dışı» unsurlar bertaraf edildikten sonradır ki hukuk kaideleri hakikî bir ilim mevzuunu teşkil edebilir. Bu hukuk ilmi bir yandan «tabii hukuk» tabiri altında bir araya toplanan siyasi, ahlâki, dinî akide ve postulat (mevzua) lardan, diğer yandan toplumsal hayatı aksettiren sosyolojik unsurlardan temizlenmiş olduğuna göre, Almanca «rein» ve Fransızca «pur» kelimelerinin Türkçe karşılığı ile «mahs», «sâf» veya «öz hukuk ilmi» adını taşımaktadır. (1)

Nasıl ki *Kant*, «olan» ile «olması lâzım gelen» arasındaki esas farktan hareket ederek *pratik (amelî, kulgh)* akli (alm. praktische Vernunft; fr. rasion pratique) *öz (sâf akıldan)* (alm. reine Vernunft, fr. rasion pure); gerçekliği değerden; tabiatı ahlâktan ayırır mışa *Kelsen* ve onun tilmizleri-ki bunlara da *Viyana* mektebi denilmektedir - toplumsal hayatın intizamını temin eden *olan* hukuk kaidelerini olması lâzım gelen öz hukuk kaidelerinden ayırdetmeğe çalışmaktadırlar. Nasıl ki *Kant*'ın deney üstü (müteali; alm. transzendental; fr. transcendental) felsefesi bakımından

(1) Hauptprobleme (ilk tabir) s. VI.

(1) *Kelsen*'in fikirleri hakkında bak: Mahs hukuk nazariyesinin usulü ve esaslı mefhumu (tercüme eden: *Mehmet Karahasan*): İst. Barosu Mecmuası 1937, s. 584 v. d., 617 v. d. *Adal*, *Kelsen*in pür hukuk bilgisi: Siyasi Bilgiler Mecm. 1935 No. 46. *François Guisan* (terc. eden: *Fikret Arık*), Saf hukuk ilmi, Roguin ve *Kelsen*: Siyasi İlimler Mecm. 1941, s. 254 - 265; 302 - 311; 344 - 352. *Mehmet Ali Aybar*, Hukuk ilminin marifet nazariyesindeki mevkii ve hukukun bünyesi ve tekâmül seyri: İst. Hukuk Fakültesi Mecm. 1941 (VII) s. 325 - 335. *Mehmet Ali Aybar*, Şehniyetçi telâkkilere karşı süri bir hukuk telâkkisinin müdafaasına teşebbüs: İst. Hukuk Fakültesi Mecm. 1941 (VII) s. 943 - 956.

tabiat ilimlerinin konusunu gerçek tabiat değil de, tabiattaki nedenselliği (illiyeti) ifade eden ve bilgilerce meydana getirilen tabiat üzerindeki yargı (hüküm) sistemi teşkil ederse, öz hukuk ilminin konusunu da hukuk değil, öz hukuk kaideleri arasındaki mertebeler silsilesini ifade eden ve bilgilerce meydana çıkarılan bu *düstur sistemi* teşkil eder.

Öz hukuk ilmi, kaidelerin muhtevasından sarfınazar edildiğine göre, yalnız onların *değişmez şeklini* kavramakla meşguldür. Binaenaleyh hukuk ilminin görevi, *olan* âlemdeki gerçek hukuki hayatı anlatmak değil, olması lâzım gelen âlemdeki sırf şekli hukuk mefhumlarını meydana getirmekten ibarettir.

Nasıl ki geometri (hendese) cisimlerin muhtevasına bakılmaksızın yalnız onların şekillerini kavramağa çalışırsa, öz hukuk ilmi «hukukun geometrisi» (2) olarak, hukuk kaidelerinin geçici muhtevasına bakılmaksızın yalnız hukuk kaidelerinin şekilleriyle aralarındaki mertebeler silsilesini kavramakla uğraşmaktadır. Nasıl ki geometri, cisimleri meydana getirmeyip yalnız onların şekillerini tesbit ederse, öz hukuk ilmi de yürürlükte olan hukukun muhtevasını nazarı itibara almayıp yalnız hukuk kaidelerinin şeklen nasıl mümkün olduğunu ve hangi şekilde kavranabildiğini tesbit etmeğe çalışmaktadır. Bu maksatla öz hukuk ilmi, hukuk kaidesinin objektif ve sübjektif tezahür şekillerini inceliyerek her hukuk sistemi için muteber olan pekin, sabit ve değişmez neticelere varmak amacını gütmektedir.

### 33 — TENKİD :

Viyana mektebinin ileri sürdüğü tez biran için doğru farzedilecek olursa şu netice çıkar :

I - Hukuk ilmi, tıpkı şekilsel mantık gibi *hukuki şekillere* dair bir bilimdir. Binaenaleyh hukukun *maddesi*, yani hukuk tarafından tanzim edilen toplumsal hayatla bu hayat içinde rol oynayan müessese ve münasebetler hukuk kaideleri için ne kadar önemli olursa olsun hukuk ilmi ve kanun meydana getireceği hukuk mefhumları için hiç bir ehemmiyeti haiz değildir. Hukuki şekiller çerçevesi dışında işlemekte olan kimse *Kelsen*'in fikrine göre *hukuk ilmi* alanından çıkararak «hukuk dışı» meselelerle meşgul olmakta ve öz hukuk metoduna aykırı hareket etmektedir. (1)

II - Her teşbih tehlikelidir. Öz hukuk ilmini geometriye benzeten kimse, birbirinden farklı postulat (mevzua) lara dayanan *birçok* geometrilerin de mümkün olduğunu pekâlâ bilir. Viyana mektebi tarafından seçilen postula «temel norm» (2) (alm. Grundnorm) denilen esas teşkilât kanunudur (3). Her anayasa devlet içinde fiili hâkimiyeti elinde tutan bir halk tabakası tarafından tâyin edilip meriyete kon-

(2) *Kelsen, Hauptprobleme* sah. 93.

(1) *Mehmet Ali Aybar*'ın katı iddiası yukarıda No. 3 te aynen iktibas edilmiştir.

(2) «Mense düsturu» tabiri alm. Grundnorm kelimesinin mukabili değil, alm. Ursprungsnorm kelimesinin karşılığıdır.

(3) «Temel norm» etrafındaki münakaşalar hakkında *Mehmet Ali Aybar*'ın zikri geçen makalelerine bakınız: *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1941 (VII) s. 329, 330; 952.

maktadır. Bu ise, olan âlem içinde vukubulan tarihf bir olgu, *Kelsen*'in sözüne göre «*hukuk bakımından bir sırdır.*» Bir olut (emri vâki, olup bitti) olan hukukun doğması ve yıkılması, hukuki bilgi (marifet) alanı dışında olup bunun şartlarından birini teşkil eder» (1). Demek oluyor ki Viyana mektebi; öz hukuk ilmini, kendi itirafına göre, bir «sır» (mystère) teşkil eden, yani kendi metod ve mefhumlarıyla anlatılmıyan «*hukuk dışı*» bir olguya dayamaktadır (2). O halde başka bir mektep, hukuk ilmini başka «sırlara» istinaden inşa ettiği zaman «*Kelsen geometrisi*» olmakla beraber belki diğer bir «geometri» sayılabilir. Yani Viyana mektebinin kendisi için iddia ettiği «ilim inhisarı» hakikatı halde isbat edilemiyen bir iddiadır.

III - Bundan başka geometri, matematik denilen ilim kolunun yalnız bir şubesidir. İlim vasfını sadece geometriye izafe etmek ne kadar yersiz ise, sırf hukuki şekillerle meşgul olan bilgi alanına «ilim» unvanını bahşetmek aynı derecede isabet-sizdir. *Viyana mektebinin taraftarları, hukuki şekillerin incelenmesiyle iktifa etmek isterlerse, buna karşı diyeceğimiz yoktur. Fakat hukukun doğması ve yıkılması sırrını kaldırarak hukuk kaidelerinin muhtevasına tesir eden illetleri aramak işinin, hukuk ilminin konusunu teşkil etmediğini iddia ederlerse, bunu, isbat edilemiyen bir iddia olduğundan reddetmek zorundayız.* Hukukun gerçekliğini izah edemiyen öz hukuk ilmi bu ödevi diğer ilim kollarına bırakmıştır. Çünkü «*hukuk dışı*» bir olgu olan hukuku bilmeksizin öz hukuk ilmi de yaşayamaz. Nitekim Viyana mektebi Devlet tarafından vazedilmiş olmiyan bir kaideye hukuk kaidesi vasfını izafe etmez. Bu yüzden öz hukuk mektebi «pozitivist mektebi» adını da taşımaktadır.

IV - Yaptığımız ihtirazi kayıtların çerçevesi içinde sırf hukuki şekillerle meşgul olan öz hukuk ilmi denilen bilgiler kolu «ilim» payesine lâyıktır. Çünkü burada, yukarda (No. 20 de) gösterilmiş olan hakiki ilmi düzensiz bilgilerden ayırdedici kutsalarn hepsi mevcut sayılabilir:

a) *Temeli* teşkil eden «temel norm» postulatu itiraz kabul etmez bir olgudur. Şu kadar ki başka bir postulata dayanabilen bir ilim kolu da gayri mümkün değildir.

b) Elde edilen *neticeler* çelişmezlik ve tümlük ilkelerine uygun olarak meydana getirilmiştir. Hukuki kaidelerin, şekil itibariyle temel normdan başlamak üzere bir mertebeler silsilesi içinde bulunması, bunun en bariz delilidir. Bu sebepten dolayı Viyana mektebi tarafından temsil edilen nazariyeye «silsile kuramı» adı da veril-mektedir (1).

c) Güdülen *amaç* «hukuki şekiller» konusu da genellemelere («kanunlara») yükselmeye çalışmaktadır. Çünkü burada muayyen bir yer ve zamanda yürürlükte olan hukukun şekli değil, hukuku mümkün kılan genel şekillerin şart ve vasıfları incelenmektedir.

(1) *Kelsen*, Hauptprobleme (ikinci tabı) sah. XIV v. d., 334-441.

(2) *Mehmet Ali Aybar*, zikri geçen yerde (sah. 956) aynen diyor ki : «Menşe düsturunun neden dolayı muteber olduğunu söylemek hukukçuya düşmez; hukukun temeli hakkındaki bütün münakaşalar, hukuk ilminin dışındadır.»

(1) *Kelsen*, Hauptprobleme (ikinci tabı) sah. XV ve orada geçen bibliyografya.

## VII

## HUKUKİ ESERLER

34 - Hareket noktası. 35 - Tarifler. 36 - İlmî eserler. 37 - Hukuka dair klâsik eserler. 38 - Tarihi eserler. 39 - Mukayeseli etüdler. 40 - Kanun taslakları.

## 34 — HAREKET NOKTASI :

\*«Öz hukuk ilmi» denilen ilim kolu, hukuki şekillerden bahseden hakiki bir ilim vasfını haiz olmakla beraber, hukuk bilgilerinin ancak mahdut bir kısmına inhisar etmektedir. Bu yüzden sözü geçen sınırlar dışında bulunan fikri faaliyetin «ilmî» vasfını isbat edebilmek için, diğer bir yola müracaat olunmuştur.

«Hukuk ilmi» tabiri ile adlandırılmış fikri faaliyet sahasının bir ilim kolu olup olmadığını tesbit edebilmek için sözü geçen tabirden değil, tarih boyunca bu tabir altında anlaşılmış olan konudan hareket etmek gerekmektedir (1). Bu fikri sual şeklinde ifade etmek istersek diyebiliriz ki en iptidai ve en eski zamanlardan beri hukuki olgu ve olayları inceliyerek aralarındaki her hangi bir fikri bağ tesis etmeğe çalışanlar bu olgu ve olayların *hangi cephesini işlemiş* ve bu hususta *hangi maksadı gütmüşlerdir* ?

## 35 — TARİFLER :

Bu suale cevap verebilmek için «hukuk» veya «hukuk ilmi» hakkında şimdiye kadar meydana getirilen tariflerin toplanıp soyutlanması en basit ve en sağlam bir usul olarak akla gelebilir.

Fakat her zaman ve her yerde bilginler tarafından ileri sürülen «hukuk» tariflerinin bütünü bir kitap içinde toplamağa teşebbüs edecek olursak, her münferit tarif üç dört satırdan fazla bir yer işgal etmese dahi, bir kaç bin sayfalık bir eser meydana getirmek lâzım gelecektir. Bununla beraber elde edilen netice yine faydasız olacaktır. Çünkü tariflerin çoğu mevzuu değil, kelimeyi tasvir etmektedir. «Hukuk» kelimesi ise, yukarda (No. 4 ve 5 te) gösterilmiş olduğu gibi, dilde bir çok mânayı haizdir. Bundan sarfınazar edilse bile toplanmış olan tarifler birbiriyle mukayese edildikten sonra da, müteaddit vasıfları haiz olduğu iddia olunan «hukuk» un gerçekten ne olduğu hiç bir zaman belli olmayacaktır. Çünkü bir yandan tarifteki bir veya diğer unsurun zaruri yahut fuzuli olduğuna dair bitmez tükenmez münakaşalara yol açılacak, diğer yandan da *tabir* üzerinde reybirliği elde edilebilse dahi, tabir ile ifade edilen hususun, tarif edilmek istenilen gerçekteki fenomene tamamen tekabül edip etmiyeceği meselesi açıkta kalacaktır (1).

Binaenaleyh bilginlerin «hukuk» ve «hukuk ilmi» hakkında verdikleri *tariflerden* «hukuk ilmi» adı altında işlenmiş olan mevzu ve güdülen maksat kesin bir tarzda meydana çıkarılamaz.

(1) Max Salomon, Grundlegung zur Rechtsphilosophie (ikinci tabiri), 1925, sah. 18 v. d.

(1) Misal olarak Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu'nun «hukuk ve içtimaiyat tariflerinin karşılaştırılması» adlı etüdüne bakınız: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası cild VIII, S. 545-564; cilt IX, S. 274-291 = İçtimaiyat Dersleri (1944) cilt 2, S. 85-104; 166-183.

## 36 — İLMİ ESERLER :

Her hangi bir ilmin ne olduğu, bilgilerin yaptıkları veya yapmadıkları tariflerden ziyade onların meydana getirdikleri *eserlerden* belli olur. Bu eserlerde muayyen konular muayyen bir zaviyeden muayyen bir maksatla incelenmektedir. Konu, görüş zaviyesi ve maksat bakımından birbirine uyan eserleri bir araya toplarsak, bunlarda hiç bir tarif bulunmasa bile, fikri faaliyetin bir kolunu sınırlamak mümkün olur.

Nasıl ki matematikte *parantez içinde* bulunan nicelik (kemmiyet) ler parantez başında, üstünde veya sonunda bulunan üs, indis (müş'ir) ve işaret bakımından birbirine bağlı bir birlik teşkil ediyorsa, her bilgi veya ilim kolu içinde bir araya toplanan hususiyetler de tetkikin konusu, görüş zaviyesi ve maksadı bakımından birbirine bağlı olan fikri bir birlik meydana getirirler.

Bir çok nicelikleri bir parantez içine koymak için onların ortak çarpanlarının aranması gerekmektedir. İşte bilgilerin telif ettikleri eserlerin bir çok kollara ayırmak istersek bunların müşterek unsurlarını aramamız ve tesbit etmemiz icabeder.

Bu iş nispeten kolaydır. Çünkü ilim sahasındaki iş bölümü neticesinde hakiki ilim kolları tanınan muhtelif işleme alanlarına giren eserlerin müşterek vasıfları aşağı yukarı bellidir. O halde «hukuk» denilen araştırma alanına ait ve «hukuki» eserler olarak vasıflandırılan fikri eserlerin müşterek vasıfları, yapılan tetkikin konusu, görüş zaviyesi ve maksadı bakımından nelerdir?

## 37 — HUKUKA DAİR KLÂSİK ESERLER:

Sorduğumuz sual ilk bakışta mânasız görünüyor. Çünkü bir yandan, ister kanun, ister nizamname ve talimatname, ister idari ve kazai karar, ister kitap ve risale olsun, dünyada tarih boyunca kaleme alınmış «hukuki» mahsul ve eserlerin adedi *astronomik* bir rakam teşkil eder. Sözü geçen masullerin bütünü toplanarak kitap şeklinde neşredilmiş olsaydı böyle bir kitap yığınına içine alabilecek bir kütüphane bulunamazdı. O halde sualimize cevap vermek maddeten imkânsızdır.

Diğer yandan hukuk alanında şöhret kazanmış olan yüce bilgilerin «klâsik» eserleri ile iktifa ederek, tetkikin konusu, görüş zaviyesi ve maksadı bakımından bu eserlerin müşterek vasıflarını tesbit etmeğe kalkışsak elde edeceğimiz netice yine değersiz olacaktır.

Gerçi sözü geçen hukuk otoriteleri tarafından incelenen konu, güdülen maksat, kullanılan metot nazarı itibare alınırsa, müşterek ve diğer her hangi bir ilim kolunda bulunamayan vasıflar tesbit edilebilir. Bu eserlerin felsefe, matematik, fizik, kimya, biyoloji, tıp, tarih, filoloji, sosyoloji, iktisat gibi ilim kollarına giremediği belli ve açıktır.

Fakat yukarda (No: 21 ve 22 de) bahsi geçen *Pascal* ve *Kirchmannın* meşhur sözlerini bir ân için hatırlıyalım: En yüce hukukcuların eserleri bile «okkalık kâğıd» haline düşmeğe mahkûm olup, olsa olsa yalnız tarihi bir kıymeti haizdir. Hukuka dair her ilmi eser, henüz basılmadan evvel, tâbir caiz ise, ölüm nüvesini taşımaktadır, denir.

Bu iddia hakikaten yerinde, yani hukuki eserlerin ilmi değeri zamanla mukayyet ise klâsik eserler hukuk ilminin ilmi vasfını ispat edemez, belki aksi önermenin



en katî delilleri addedilebilir. Mevzuu, şeriat ve Mecelle olan en meşhur eserlerin 1926 yılından evvelki ve sonraki değeri buna canlı bir misal teşkil ediyor demez mi? Tesadüfi ve geçici mahiyeti asla kabul etmeyen ilme nazaran kanun sıfatıyla tesadüfi ve geçici bir mahiyet taşıyan Medeni Kanunumuzun yürürlüğe girmesiyle şer'î hukuku incelemeye tahsis edilmiş olan tekmil uğraşmalar boşaya gitmiş ve hükümden düşmemiş midir?

O halde klâsik eserlerin konusu, hakikaten, ilme nazaran, tesadüfi ve geçici olan hukuk kaideleri (1) ise kanun ve kaide bilgisinin bir *ilim* kolu olduğunu sözü geçen eserler yardımı ile de isbat etmek kabil değildir.

Acaba hukuk ilminin konusu hakkında genel olarak kabul olunan ve hemen hemen tekmil hukuk kitaplarında ifadesini bulan görüş tarzı hakikate uygun mudur? Yoksa yüce hukukçular, eserlerinde hukuk kaidelerinin şekil ve muhtevasını incelerken hakikati halde başka bir alanı mı işlemektedirler?

Bu suale cevap verebilmek için ilk önce bir iki gözlemin (müşahedenin) aydınlatılması faydadan hali değildir.

### 38 — TARİHİ ESERLER:

Yukarda (No: 13 de) belirttiğimiz gibi hukuk tarihi ve hukuk siyaseti denilen iki bilgi şubesi hukuk doğmatığına yakından bağlıdır. *Olan* hukuk yalnız *geçmiş* hukukun yardımı ile anlaşılabilir. İleride *olacak* hukuk da *olan* hukukun bir gelişiminden başka bir şey olmayacaktır. Diğer bir yerde söylediğimiz gibi (1) «Türk Hukuk Fakültelerinde Roma hukukunun tedrisi yabancı Üniversiteleri taklit olmayıp mer'î hukukun anlaşılması için zaruri bir ihtiyaç mahsulüdür. Hatta kanaatimce, Cermen hukukunun tarihi tekâmülü hakkında da bir kürsü ihdas etmek faydeli olur. Çünkü Türk Hukukunun aynı haklar, şirketler, kıymetli evrak gibi bir çok müesseseleri hu hukuk çevresinden gelmektedir. Ancak bu kabil derslerin ihdası ile Türk hâkim ve avukatı, tatbik edeceği hukuk kaidelerinin hakiki muhteva ve mânalarını lâyikî veçhile öğrenebilir». Genel hukuk tarihi ve Türk hukuk tarihi dersleri ile güdülen gaye yukarıkinin aynıdır.

Papirüs araştırmaları (2), orta zaman Türk hukukî müesseselerini aydınlatan etüdler (3), Pandekt tedrisatı (4), tabir caiz ise «âsarı atıka»nın bir nevi önemsiz tasviri değil, belki hukukun devamlı ve fasılasız gelişimini mümkün kılan ve temin eden mühim vasıtalarıdır. Demek oluyor ki hukuk kaidelerinin tesadüfi ve geçici oluşlarına rağmen onlarda sabit ve değişmez bir unsurun varlığına inanılmaktadır.

### 39 — MUKAYESELİ ETÜDLER:

Hukuka dair bir ders kitabını açtığımız zaman, Türkiye'de yürürlükte olan kanun kaidelerini tahlil ve tefsir eden izahlardan başka sık sık *yabancı* hukuk nizam-

(1) Bu güzel formülü *Sander'e* medyunuz (*Zeitschrift für öffentliches Recht*, cilt II. s. 242).

(1) Pratik Hukukta Metot (1944) sah. 65.

(2) Schwarz, Üniversite Konferansları 1935-1936 (İst. 1937), sah. 67-84.

(3) M. F. Köprülü, İst. 1938.

(4) *Collinet*, İst. Barosu Mecmuası 1937, s. 243-256.

larında rol oynayan hukuk kaidelerinin iktibas ve zikredilmekte olduğunu görürsünüz. Son yıllarda Türk hukuk neşriyatını alâka ile takip eden bir kimse, hem dergilerdeki etüdlerin ve hem de müstakil eserlerin çoğunun kısmen veya tamamen Türkiye'de yürürlükte olmayan *yabancı* hukuk kaidelerine tahsis edilmiş olduğunu farketmektedir. Bu olayın sebebi nedir? Yabancı hukuk kaideleri bizim ne işimize yarar? Artık yerli bir Türk hukuku yok mudur?

Bu gibi suallere basit bir cevap verilebilir: Bir hukuk birliği teşkil eden her insan topluluğu, içtimai hayatta fasılasız dokmakta olan ihtilâfların halline yarayacak binlerce ve binlerce hukuk kaidesine muhtaçtır. Bunların çoğu kanunlarda değil, kazai ve ilmi içtihadlarda bulunmaktadır.

Roma İmparatorluğu veya İngiltere gibi bir devletin hukuk mekanizması asırlar içinde aynı izleri takip ettiği takdirde kaide hazinesinde hemen hemen mutata olan her ihtilâfa uygun bir kaide hazır durmaktadır. Yalnız, hayatın güzelliğine (kuvvaniyet, dinamiğine) nazaran dural (statik, sakin) olan hukuk, yepyeni bir manzara arzeden ihtilâflar karşısında âciz kalmak tehlikesindedir. Çünkü millî kaide hazinesinde hazır bir hüküm yoktur. Fakat ihtilâf ne pahasına olursa olsun halledilmelidir. İşte bu gibi hallerde hâkim veya bilgin, yabancı hukuk hayatını gözden geçirip orada mümasil bir olayla buna uygun bir hukuk kaidesini aramakta ve müsbet bir netice elde ettiği takdirde yabancı kaideden mülhem olarak hüküm vermeğe çalışmaktadır.

Mütakâmlı bir hukuk mekanizmasında bir istisna olan bu usul, tam bir inkılâbın sonunda yepyeni esaslar üzerine inşa edilmiş olan bir hukuk mekanizması için normal bir yoldur. Çünkü teşri kuvvetinin meydana getirebileceği kanunlar ancak genel kaideleri ihtiva ettiği için hayattan doğan her münferit ihtilâfın hususiyetlerine dair *hazır* kaideler henüz mevcut değildir. Hâkim ve bilgin, millî kanunların umdelerine sadık kalmak şartıyla hükümlerinde ilmi içtihadlardan istifade etmekle mükellef olduğuna göre (Medeni Kanun, madde 1, fıkra 2) isteyerek veya istemiyerek mümkün olduğu nisbette *yabancı* hukuk kaidelerini aydınlatan yerli veya ecebi yayınlardan da faydalanmak mecburiyetindedirler. (1)

O halde ecebi hukuka dair eserlerin tercümesi ve yabancı hukuk kaidelerini izah eden eser ve etüdlere millî duyguları rencide eden bir yabancı taklitçiliği hevesinden değil, zaruri bir ihtiyaçtan doğmaktadır.

Demek oluyor ki yabancı hukuk kaideleri yerli hukuk nizamı bakımından bağlayıcı mahiyette olmamakla beraber, bunlarda sabit ve değişmez bir unsurun varlığına da inanılmaktadır.

#### 40 — KANUN TASLAKLARI :

İster salâhiyetli makam, ister bir bilgin tarafından hazırlanmış olsun, resmî ve gayri resmî kanun taslaklarındaki cümlecikler kanun kaidesi vasfını haiz olmayıp sadece fikri mahsullerdir. Bunlar, önemli konular bahis mevzuu olduğu hallerde, umuma nesredilip genel bir münakaşaya arz olunmaktadır. Taslak, kanun şeklini kazanmadığı takdirde bahsî geçen projelere ait etüd ve kitaplarda sarfedilen emek

(1) Bu hususta bak: *Hirs*, Pratik Hukukta Metot. (1944), sah. 64 v. d.

boşa gitmeyecek midir? Bu fikri mahsullere ileride her hangi bir önem verilecek midir? Sözü geçen eserlerin geçici oluşu apaçık değil midir?

Bu gibi suallere verilebilecek cevap gene basittir: Taslak, kanun şekline sokulduktan sonra taslağa ait ileri sürülen fikirlerin «müstenidat» olarak ne kadar önemli ve değerli olduğunu herkes kabul eder.

Proje, kanun şeklini henüz almamış veya reddedilmiş olduğu takdirde içindeki kaidelere ait fikri mahsuller tıpkı tarih ve mukayeseli hukuk neşriyatı gibi hukuk alanında cereyan eden fikir hareketlerinin, tabir caiz ise, zabıtnamesi mahiyetini haiz olup hukukun devamlı ve fasilasız gelişimine tesir eden önemli vasıtalarlardır. O halde projelerde bulunan cümlecikler hukuk kaidesi vasfını haiz olmamakla beraber onlarda sabit ve değişmez bir unsurun da mevcudiyetine inanılmaktadır.

## VIII

### HUKUKİ PROBLEMCİLİK

41 - Hareket noktası. 42 - Görüş zaviyesi. 43 - Kıyas terimi 44 - Kıtas.  
45 - Problemlerin « hukuki » vasfı. 46 - Tenkit. 47 - Problemler sistemi. 48 - Problemler sistemi ve hukuk sistemi. 49 - Klâsik eserlerin mümeyyiz vasfı. 50 - Çözümçülükten (halcilikten) problemciliğe doğru.

#### 41 — HAREKET NOKTASI :

İlme nazaran tesadüfi ve geçici olan yerli hukuk kaidelerinde ve yerli hukuk bakımından hukuk kaidesi olmayan yabancı hukuk hükümleriyle projelerdeki cümleciklerde sabit ve değişmez bir unsurun mevcut olduğuna inanıldığını yukarıda söyledik. Bu unsurun hususiyetini aramak gerekmektedir. Çünkü hukuk bilgilerinin konusu olarak hukuk kaidelerini değil her hangi bir surette bunların içinde bulunan sabit ve değişmez bir unsuru tesbit edebilirsek hukuk ilminin «ilmi» vasfını isbat etmiş oluruz.

Öyle ise, sabit ve değişmez unsur nedir? Bu suale tatmin edici cevabı bulabilmek hususunda takip edeceğimiz metodun büyük bir önemi vardır. Hedefimiz belli ise de, ilk önce hareket noktamızı ve görüş zaviyemizi biraz aydınlatmak zorundayız.

*Hareket noktasına* gelince; bu hususta müsbet hukuk kaideleri sağlam bir zemin vazifesini göremez.

Çünkü bir yandan bunların *muhtevası*, ilme nazaran, tesadüfi ve geçicidir. Bu sebepten dolayıdır ki, *genel hukuk bilgisinin* (yukarıda No. 23 - 26) bize yardımı dokunamamıştır. Diğer yandan müsbet hukuk kaidelerinin *şekilleri*, meselenin yalnız cüz'î bir kısmını teşkil ettiğinden, *öz hukuk ilmi* (yukarıda No. 27 - 33) de bizi tatmin edememiştir. Nihayet yukarıda (No. 34 - 40 da) gösterdiğimiz gibi, hukuk neşriyatı yalnız *olan* (müsbet) hukuka değil, *geçmiş* ve hatta henüz yürürlüğe *konmamış* kaidelere taallük etmekle beraber hakikati halde doğrudan doğruya bunları değil, bunlarla her hangi bir münasebeti ve alakası olan sabit ve değişmez bir şeyi aramak ve tesbit etmeğe çalışmaktadır.

Yukarda (No. 21 ve 22 de) hukuk kaidelerini *tesadüfi ve geçici hal tarzları* olarak vasıflandırdık. Mantık itibariyle tesadüfi ve geçici «hal tarzı» tabirinin yalnız halle (çözüme) muhtaç ve çözümü kabil olan «*sabit ve değişmez*» bir mesele, bir «*problem*» mevcut olduğu takdirde kullanılması caiz olduğuna göre *hukuk kaidelerinin, hangi meselelerin haline yarıyacağını* sormak zorundayız. *Muvakkat* olarak diyebiliriz ki her zaman ve her yerde yürürlükte olan, olmuş olan ve olacak olan veya yalnız hukukçuların eserlerinde ileri sürülen hukuk kaideleri, «*hukuki*» problem denilen ve ne olduğunu ileride izah edeceğimiz bir takım sabit ve değişmez meselelerin tesadüfi ve geçici hal tarzlarıdır.

Öyle ise hukuk ilminin. asıl konusunu hukuk kaideleri değil, bu kaidelerle haline çıhılan *değişmez hukuki problemler* teşkil etmektedir (1). Bu iddia isbat edilebilirse hukuk bilgilerinin ilmi vasfı *hukuki problemcilik* (alm. Bechtsproblematik; fr. problématique juridique) (2) şeklinde karşımıza çıkacaktır.

Binaenaleyh bir problemin hangi şartlar altında «*hukuki*» addedilebildiğini tesbit ettikten sonra böyle bir problemin «*değişmez*» mahiyetini de isbat etmek mecburiyetindeyiz.

#### 42 — GÖRÜŞ ZAVİYESİ :

Fakat sözü geçen görevi yerine getirebilmek için «*hukuki problemleri*» hareket noktası olarak seçtikten sonra ilk önce onlara hangi açıdan (zaviyeden) bakaçağımızı kısaca belirtmeliyiz.

Bu maksatla yukarda (No. 37 - 40 da) incelediğimiz müşahedeleri hatırlıyalım: Hukuk bilgileri, eserlerinde hukuki problemlerle meşgul olurlarken hukuk kaidelerinden uzun uzadıya bahsetmektedirler. Uğraşmanın son amacı, gelişmezlik ve tüm-lük ilkelerine uygun bir sistem kurmak, olmakla beraber, daha yakın olan müşahhas maksadı hukuki bir problem için buldukları bir veya müteaddit hal tarzları hakkında fikir beyan etmek, daha doğrusu *değer biçmektir*. Muayyen bir kaide bu problemin bir hal tarzı olmak sıfatıyla buna benzer bir problemin hal tarzları ile mukayese edildikten ve tartıcı (alm. kritisch; fr. critique) bir surette gözden geçirildikten sonra olduğu gibi veya tadilen kabul, yahut reddedilir.

Muayyen bir meseleyi yeni bir kanunla nizama sokmak isteyen teşri kuvveti de aynı usulü takip ederek problemin tarih boyunca müteaddit devletlerde aldığı hal tarzlarını biribiriyile mukayese ettikten sonra kendi fikrinde en uygun hal tarzını seçip kanun olarak isdar etmektedir.

O halde hukuk alanında cereyan eden fikri faaliyetin saiki (güdüsü); hukuk kaidelerinin tahlil, mukayese, tefsir ve tenkidi yolundan giderek muayyen bir problemin en doğru, başka bir tabirle maksada en elverişli hal şekline vasil olmak arzudur.

(1) *Salomon* (zikri geçen eser sah. 56 v. d.) sözü geçen fikrin hararetili müdafiidir. Bu hususta bak: *Emge*, zikri geçen eser, s. 60.

(2) Türk Dil Kurumu «*sorum*» terimini, yukarda bahsi geçen yabancı tabirin karşılığı olarak teklif etmekle beraber, «*problemcilik*» veya «*problem*» kelimesi kaçınılmak istendiği takdirde «*meselecilik*» tabirini tercih ettik.

## 43 — KİYAS TERİMİ :

Fakat bir çok şeyleri birbiriyle mukayese edebilmek için, mukayesenin mevzuunu teşkil eden şeylerin müsterek bir «kiyas terimi» olması şarttır. Meselâ keenlem-yekûn, mutlak veya nispi batıl olan evlenmelerden doğan çocukların hukuki durumunu en âdil bir tarzda yeniden tanzim etmek kaygusuyla mukayeseli bir etüd hazırlayan kimse, çok dikkatli devranmadığı takdirde mukayese kabul etmez şeyleri karşılaştırmak tehlikesine maruzdur. Çünkü her zaman ve her yerde aynı biyolojik veriyi (mütayı) ifade eden «çocuk» kelimesi hariç olmak üzere «evlenme», «keenlem-yekûn», mutlak batıl», «nispi batıl» tabirleri zaman ve yer itibariyle birbirlerinden farklıdır.

Bu güçlüğü bertaraf etmek için, genel hukuk bilgisi mümessillerinden *Eltbacher* (1) şu teklifte bulunmaktadır: Mantık dilinden ayrılarak, muayyen bir hukuk nizamında cari olan bütün mefhumlar «cins» mefhumu olarak, tekml hukuk nizamlarının bütününde cari olan müsterek mefhumlar «tür» kavramı olarak telâkki olunmalıdır. Meselâ «hukuk kaidesi» veya «mülkiyet» yahut «şahıs» tabirleri, Türk hukuku bakımından «cins» mefhumları, bütün dünya hukukuna şâmil olan genel hukuk bilgisi bakımından «tür» kavramlarıdır. O halde yalnız aynı «tür» mefhumuna girebilen «cins» mefhumları birbiriyle karşılaştırılabilir.

Fakat bununla mes'ele halledilmiş değildir. Çünkü «tür» kavramları, soyutlama işinin sonunda «cins» mefhumlarından çıkarılmaktadır. Demek oluyor ki karşılaştırma işi «tür» kavramları vasıtasıyla yapılamaz, belki «tür» kavramlarının teşkili ancak mukayese ile yapılabilir. Binaenaleyh, genel hukuk bilgisinin teklifi kısır döngü (devr-i batıl, daire-i faside) den başka bir şey değildir.

Maksada elverişli bir karşılaştırmayı mümkün kılan «kiyas terimi» bulabilmek için hukuk kaidelerinin haricinde olan ve bunları, muhtevası ne olursa olsun, aynı tarzda tâyin ve tavsif edici bir kıstasa muhtacız. (1).

## 44 — KISTAS:

Bu kıstası ya felsefe ya içtimai hayat alanında aramak mümkündür.

Felsefeye müracaat ettiğimiz zaman istiyerek veya istemiyerek pozitif hukuk kaidelerinden nisbeten çok uzak kalmak zorundayız. *Radbruch'un* teklifine göre (2) «hukuk ülküsünü» (idealini) «kiyas terimi» olarak kabul edersek tıpkı *Eflâtun'un* «devlet» diyalogunda olduğu gibi hep nazari bir hayal, bir «utopya» dan gerçekliğe inerken, tartmak istediğimiz dünya olgu ve olaylarını zomlamak tehlikesine maruz kalacağız.

Sevgili hocam Max Ernst Mayer'in (3) teklifine göre hukuk kaidelerini «kültür normları» zaviyesinden (4) tetkik ederek yalnız özdeş (aynı kültür normlarına

(1) Über Rechtsbegriffe (1900).

(2) Salomon, zikri geçen eser, sah. 30

(3) Methode der Rechtsvergleichung (Monatsschrift für Kriminalpsychologie II, 424).

(4) Rechtsnormen und Kulturnormen (1903); Rechtsphilosophie (1922).

(4) Kültür normları: «Nehyi ve emirlerdir ki bunlarla bir cemiyet kendi menfaatına uygun hareket tarzını talebeder.»

(5) Bu husu hak: *Emse*, zikri geçen eser, sah. 61

dayanan hukuki kaidelerle müessese ve mefhumları birbiriyle karşılaştırırsak aynı kültür normlarının pozitif hukuk üzerine icra edebileceği çeşit çeşit tesirleri ihmal etmek olacağız. Bundan başka aynı içtimai olgu veya olay, meselâ bir erkeğin bir kadınla daimî bir münasebette bulunması, farklı kültür normlarının tesiri altındaki muhtelif devletlerde aynı hukuki hal tarzına bağlı olduğu takdirde her hangi bir mukayese imkânsız olacaktır.

Bu son mülâhaza ile maksadımıza elverişli görüş zaviyesini bulduk zannındayız. Bütün hukuk kaidelerinin taallük ettiği sabit ve değışimez unsur - ki bu unsur iddiamıza göre hukuk alanında çalışan bilginlerin işleme konusunu teşkil etmektedir - «hukuki problem» ise, bir problemin hangi şartlar altında «hukuki» vasfını haiz olduğunu tesbit edebilmek için çeşit çeşit hal tarzlarını genel hukuk bilgisi veya felsefe bakımından değil, *onların meydana gelmesine âmil olan toplumsal ve gerçek olgu ve olay zaviyesinden incelemek* zorundayız.

O halde hukuki kavram, müessese ve kaideleri birbiriyle karşılaştırmak imkânını bahşeden «kıyas terimi», *çeşit çeşit hukuki hal tarzlarının âmil olan gerçek hayat münasebetidir.* (5) «Şahıs», «mülkiyet», «cemiyet», «miras», «ceza», «evlenme», «butlan», «sübjektif hak» gibi kavramalarla bunların ifade ettiği hukuki müessese ve kaideleri birbiriyle mukayese etmek için *onların taallük ettiği toplumsal olgu ve olayı* göz önünde tutmalıyız. Yalnız bu suretle, hukuka dair dünyanın dört köşesinde kaleme alınmış olan en ileri ve en iptidai, en modern ve en eski fikrî eserlerin bütünü, hukuk ilminin «ilmî» vasfını isbat edebilir bir delil olarak kullanılabilir.

#### 45 — PROBLEMLERİN «HUKUKİ» VASFI:

Her hangi bir probleme «hukuki» vasfını izafe edebilmek için iki yoldan faydalanabiliriz.

Bir yandan hukuk kaideleri «hukuki» problemlerin bir hal tarzını teşkil ettiğine göre, kaidelerden problemlere doğru yürüyebiliriz. *Oluş* (tekevvün) itibariyle kaideler problemlerden doğduğu halde, biz tam aksine olarak problemleri kaidelerden çıkarmağa çalışabiliriz. Demek ki hukuki kaideler bu bakımdan yalnız *bulgusal* (*ihtirai*; alm. heuristisch; pr. heuristique) bir görev ifa ederek hukuki problemi bulmağa hizmet etmektedirler. Problemi bulduktan sonra bunun, hilâfî sabit oluncaya kadar «hukuki» vasfını taşıdığını da iddia edebiliriz.

Diğer yandan hukuki kaidelere muhtaç sanılan ve fakat şimdiye kadar hukuki bir düzen içine sokulmamış olan toplumsal olgu ve olayları da «hukuki» problem olarak vasıflandırabiliriz. Çünkü «hukuk» denilen kültür fenomeni ile fikren meşgul olanlar, her hangi bir mes'elenin hukukan halline ihtiyaç duydukları takdirde, hilâfî sabit olmadıkça ilgili problemin de hukuka taallük ettiğini kabul edebiliriz.

#### 46 — TENKİT :

İlk bakışta mukni görünen bu izahlara karşı şu iki itiraz dermeyan edilebilir:

Bir yandan hukuka mütâallik fikrî eserlerin çoğu doğrudan doğruya problemlere değil, bunların hal tarzlarını teşkil eden müsbet hukuk kaidelerine taallük etmektedir. Binaenaleyh hukuk ilmine ancak «hukuki mes'elecilik» şeklinde ilim vasfının izafe edilmesi caiz telâkki edilirse, hukuk neşriyatının en büyük kısmı «ilim» çerçevesi dışında kalacaktır.

Diğer yandan «hukuk» kaideleri veya «hukuki» düzen gibi tabirlerden hareket edilerek bunların temelini teşkil eden problemlere «hukuki» vasfı bahşedilirse, hakikati halde belli olmayan bir nicelikten yine belli olmayan bir nicelik çıkarılmış olacaktır. Çünkü «hukuk» tabiri altında neyin anlaşılması lazım olduğu henüz tesbit edilmiş değildir.

Her iki itiraz reddedilebilir:

Bir yandan hukuka dair fikri eserleri vücuda getirenler yalnız ve yalnız hukuk kaidelerinin incelenmesi ile meşgul olsalar bile çalışmalarının yönsemesi (temayülü) muayyen bir problemin haline doğru yönelmektedir. Halledilmesine teşebbüs edilen problemlerin özdeşliği (aynıyeti), çeşit çeşit hal çarelerini aynı zaviye altında tetkik imkânını bize bahşetmektedir. Bu görüş tarzının kabulü ile; müelliflerin duydukları şahsi arzu ve niyet, tatbik ettikleri usul, güttükleri maksat ve gaye arka planda kalabilir. Bunların, hukuki problemlerin halledilmesine tahsis edilen sonsuz uğraşmalara istiyerek veya istemiyerek, bilerek veya bilmiyerek iştirak etmeleri hususu önemli bir rol oynamaktadır.

Diğer yandan «hukuk» terimini yukarda (No: 7 de) maksadımıza elverişli genel bir tarzda tesbit ettik. Katı bir tarif vermek zamanı daha gelmemiştir. «Hukuk», yer yüzünde insan oğullarının bir birleriyle yanyana ve bir arada yaşayabilmelerini mümkün kılan düzen ise, «hukuki problem»; sözü geçen düzüne muhtaç olan ve bunu zaruri kılan her toplumsal olgu ve olaydır.

Bir ân için, «hukuki problem» hakkında verdiğimiz muvakkat izah ile iktifa edersek hukuki problemlerin bir ilmin konusunu teşkil edebilip edemeyeceğini incelemek zorunda kalırız. Demek ki, hukuki mes'elecilik; pekinlik, çelişmezlik ve tüm-lük ilkelerinin ışığı altında gözden geçirilmelidir. (Yuarda No: 20 ye bak.)

#### 47 — PROBLEMLER SİSTEMİ:

İlim vasfını haiz olan her problemciliğin ödevi: «problemleri, nazari bakımdan işlemeden evve ve tekmil hal teşebbüslerinden müstakil olarak incelemek, kavranmış olanı anlaşılmamış olandan ayırmak, fenomenlerin güçlüklerini ve gelişmelerini (tenakuzlarını) sırf bu gaye için ve başka hiç bir maksat gütmeyen meydana çıkar-mağa çalışmaktır.» (1)

Muayyen bir alanı ilgilendiren problemlerin bütünü, yalnız bir sistem içinde tüm-lük ve çelişmezlik ilkelerine uygun bir tarzda tasnif edilebileceğine göre, ilim iddiasında bulunan problemcilik, hukuki problemlerin bütününe gelişmeye (tenakuza) mahal bırakmayan bir tarzda bir sistem içine sokmak zorundadır. Çünkü münferit problem, hatta münferit problemlerin bir çokluğu, yalnız başına anlaşıl-maz, belki ilgili ilim sahasındaki tekmil problemlerin bütününe nisbet edilerek tak-kiyle anlaşılabilir.

Misal: Satılan bir mal alıcıya teslim edilmeden evvel kazaen telef olursa alıcı ile satıcı arasındaki menfaatlar ihtilâfi, hukuki bir problemdir. Bu hukuki problemin ince noktalarını kavrayabilmek için «akit» ve «mülkiyet» kelimeleriyle adlan-

(1) N. Hartmann, Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis (1921) S. 31.

dırılmış olan hukuki problemlere müracaat olunmalıdır. Bu son problemlerin ince noktalarını anlayabilmek için cemiyetin toplumsal hayatının doğurduğu ana problemleri incelemek gerektir.

Görülüyor ki, hal teşebbüslerine girmeden evvel yalnız *problemin* iç yüzünü tamamen anlayabilmek için sözü geçen münferit hukuki problem, tekml hukuki problemlerin bütünü, yani *problemler sistemi* bakımından tedkik edilmelidir. Ve yine apaçıktır ki ana veya ara problemler doğru bir tarzda incelenmeden evvel, münferit problem anlaşılamiyacağı gibi münferit problemlerde görülen unsurlar ara ve ana problemlerin teşhisinde de bilhassa önem kazanacaktır.

#### 48 — «PROBLEMLER SİSTEMİ» ve «HUKUK SİSTEMİ».

Bu izahlarla mühim bir bilgiyi elde ettik: Yukarda (No: 17 de) pozitif hukuk ilminin, yorulmaz bir örümcek gibi muayyen bir yerde ve muayyen bir anda yürürlükte olan hukuk kaidelerinin bütünü aksettiren bir fikir ağını örmek, her an gözden geçirmek, yenilemek, tamir etmek ve tamamlamak zorunda olduğunu iddia ettiğimiz zaman sözü geçen ince fikir ağına «hukuk sistemi» adını vermiştik. Şimdi, «hukuk sistemi» denilen fikir binası, zaman ve yer itibariyle artsız arasız değişen «cevaplardan» (hal tarzlarından) ibaret olduğu halde bu «cevaplar» ile halledilecek *meselelerin* de bir sistem teşkil ettiğini görmekteyiz.

«Problemler sistemi» ise, verilebilecek cevaplardan tamamen müstakil olduğuna göre *sabit* ve *değişmez* bir manzara arzeder. Yukarda (No: 47 de) verdiğimiz misalden anlaşılacağı gibi satılan şeyin kazaen telef olmasından doğan *problem* her zamanda her yerde halle muhtaç bir mesele olarak mevcut olduğu halde problemin hal tarzları birbirinden çok farklı olduğuna göre *hukuk sistemleri* de birbirinden *farklıdır*.

O halde muayyen bir hukuk probleminin haline dair verilen müteaddit cevaplardan biri ilmi incelemeyen sonra «doğru» yani maksada elverişli çıkarsa diğer hukuki problemlerin hangi yoldan ve hangi tarzda halledilmesi lâzımgeleceği de tesbit edilmiş olacaktır.

Muayyen bir problem, ancak tamamen anlaşıldıktan sonra, «doğru» yani maksada elverişli bir tarzda halledilebileceğine göre, hukuki problemlerin bütünü ancak «problemler sistemi» ışığı altında tedkik ve teşhis edildiği takdirde «doğru» sayılabilen bir hukuk sistemi meydana getirilebilir.

Görülüyor ki, muayyen bir zamanda muayyen bir yerde yürürlükte olan hukuk kaidelerinden hareket edersek, bunların ilme nazaran «doğru», yani maksada elverişli olup olmadığını kestiremeyiz. Ancak sözü geçen kaidelerin ısdarına âmîl olan hukuk problemleri hakkıyla anladıktan sonra hal tarzlarından hangisinin «doğru», yani maksada elverişli olduğunu tesbit edebiliriz. Nasıl ki hukuk kaidelerinin bütünü olan «hukuk» içtimai hayata nazaran tekevvin itibariyle sonradan olma ise, «hukuk sistemi» denilen fikir ağı da «hukuki problemler sistemine» nisbetle muahhardır.

#### 49 — «KLÁSİK» ESERLERİN MÜMEYYİZ VASFI :

Yukarıki görüş tarzını tam bir «inkılâp» olarak telâkki eden kimse, aşağıda sayılan olayları göz önünde tutmağa davet olunur :



Konusu hukuk olan ders takrirleriyle monografi ve etütlerin hukuk ilminin aynasını teşkil ettiğini hiç kimse inkâr edemeyecektir. Klâsik sayılan ve bu sebepten dolayı her zamanda ve her yerde ister asıl dilde, ister tercüme edilmiş şekilde olsun, kullanılagelen eserler hangi bakımdan faydalıdır? *Aristo'nun* «Atinalıların devleti», *Gaius'un* «*Institutiones*» i, «*Corpus Juris Civilis*» içinde bir araya toplanan meşhur Roma hukukçularının fikirleri, *Hugo Gratius'un* «Harp ve sulh hukukuna dair» eseri, *Savigny, Jhering, Gierke, Hauriou, Duguit* lerin eserleri, bunların yaşadıkları yer ve zamanda yürürlükte olan geçici hukuk kanidelerinden müllhem olduğu halde ne sebeplerden dolayı bizim için önemlidir? Türk hukuk talebesine hitabeden modern ders kitaplarında, Türk pozitif hukuku ile hiç bir alakası olmayan Roma, Fransız, Alman, İngiliz hukukçularının fikirleri niçin geniş bir yer tutmaktadır?

Bu gibi suallere verilecek cevap basittir: Hukuk neşriyatında «klâsik» unvanını kazanmış olan eserlerde yalnız problemlerin hal tarzlarını değil, *bizzat problemleri* bulmak mümkündür. (1) Gerçi meşhur bir hukukçunun teklif ettiği hal tarzı da önemsiz değildir. Bundan da istifade olunabilir. Fakat neticeden ziyade esbabı mucibe bizi ilgilendirmektedir.

İşte bu esbabı mucibeden problemin bünyesi belli olur. Müellif, problemin hususiyetlerini ne dereceye kadar meydana çıkarabilmişse onun eseri o derecede «klâsik» sayılır. Demek oluyor ki hukuk hakkındaki eserlere «klâsik» dedirten, daha doğrusu, tam ilmi rengi veren şey, anlatılan veya teklif edilen hal tarzları değil, *problemlerin* izahıdır.

İtiraf etmeliyiz ki diğer bilim kollarına nisbetle hukuk ilminde klâsik eserlerin adedi çok mahduttur. Bunun sebebi yalnız tekmlî bilim kolları içinde az hoş giden hukuk ilminin nadiren cihanşümül şöhretler yaratmasında (2) değil, kısmen *bizzat* ilgili eserlerin ilmsel seviyesinde, kısmen de bunlardan faydalanma usulünde aranmalıdır.

Çünkü hukuk neşriyatının çoğu, yürürlükte olan hukuk kaidelerini izah, tefsir ve şerhederek yalnız tatbikatın günlük ihtiyaçlarını tatmin ve temin etmekle iktifa ettiğinden ilim sayılmak şöyle dursun ilim iddiasında bile bulunmamaktadır.

Bundan sarfınazar edilirse «pozitivistler» tarafından yalnız hukuk kaideleri zaviyesinden tedkik ve «okkalık kâğıt» olarak telâkki edilen eserlerin çoğu, *hukuki problemler* zaviyesinden gözden geçirildiği takdirde «kıymetli kâğıt» mahiyetini kazanabilir. Bu vesile ile, 1926 yılından önce Türkiyede yürürlükte olan hukuk hakkındaki çok değerli eserlerden de faydalanmanın mümkün ve zaruri olduğunu burada da açıkca ifade etmeyi ilmi bir borç bilirim.

#### 50 — ÇÖZÜMCÜLÜKTEN (HALCİLİKTEN) PROBLEMCİLİĞE DOĞRU :

Bununla beraber, hukuki problemciliği bir «inkilâp» olarak telâkki edenlere karşı şunu itiraf etmeliyiz ki, «ilim» unvanını taşıyan hukuki bilgiler kolu çocukluk devresinden henüz çıkmış değildir. Bunu kısaca izah edelim:

(1) En iyi misal: *Digestler* ve «*Case Law*» denilen İngiliz hukuku.

(2) *Salomon*, zikri geçen eser, sah. 20 ; W. Jellinek, *Schöpferische Rechtswissenschaft* (1928), sah. 3.

Her ilim kolu problemlerle meşguldür. Çünkü ilim demek sormak demektir. Kazanılmış olan her yeni bilgi, ilk önce ortaya atılan bir meselenin sonraki hal tarzıdır. Sormaya, meseleleri ortaya atmaya nihayet verdiğimiz zaman ilme veda etmiş olacağız. Bundan dolayıdır ki, tabiat ilimleri dahil olmak üzere hiç bir bilim kolu, mevzuu ile ilgili problemleri katı ve nihai bir tarzda teşhis ve halletmiş olduğu hayalinde bulunmadığı gibi, böyle bir hayalin arkasından da koşmaz bile.

Bununla beraber hemen hemen bütün ilim kolları, mevzularıyla ilgili problemleri arayıp inceliyerek buldukları hal tarzlarını doğru saymakta ve ilmi bir sistem şekline sokmaktadırlar. Yeni bir problem ortaya atıldığı zaman o anda doğru sayılan bilgilerden hareket edilerek, bu temellere dayanılarak yeni meselenin halledilmesine çalışılmaktadır. Fakat hiç bir zaman, sözü geçen temellerin muvakkat olduğu ve her ân, yeniden elde edilen bilgiler neticesinde değiştirilebileceği unutulmamaktadır. Yukarıda No: 20 de ilmin sistem haline konan *pekin* bilgiler olduğunu söylemiştik. Şimdi de bilgilerimizin değişmesi ihtimali olduğunu söylüyoruz. Bu ki söz arasında bir çelişme (tenakuz) yok mudur?

İlmi bilgilerimizin pekinliğini izafi, yani elimizdeki vasıtalara bağlı olan bir pekinlik olduğunu düşünürsek bu çelişme (tenakuz) ortadan kalkar.

Hasılı: Her bilim kolu, kendi sistemine soktuğu bilgilerin muvakkat olduğunu kabul etmekle beraber bunları, daha doğru bir hal tarzı bulununcaya kadar, bir *varsayım* (farziye; fr. hypothése; alm. (Arbeits-) hypothese) sayar ve bu varsayımlara istinaden ilmi araştırmalarına devam eder.

Diğer bilim kolları, hususiyile tabiat ilimleri son üç, dört yüz yıl içinde maksada elverişli metotların yardımıyla ilgili problemlerin çoğunluğunu bulup (muvakkat bir tarzda) halledebilmişlerdir. Bu yüzden sözü geçen bilim kollarının meydana getirdiği ilmi sistemler, açık kalan «problemler sistemi» manzarasını arzedeceği yerde muvakkat olarak doğru bir «cevaplar sistemi» şeklinde tezahür etmektedir. (1)

Halbuki klâsik manadaki hukuk ilmi binlerce yıldanberi hukuk kaideleriyle meşgul olmakla beraber henüz *problemleri* bile tesbit ve teşhis etmediğinden dolayı muayyen bir zamanda ve muayyen bir yerde muteber ve ebediyete nisbetle muvakkat da olsa, doğru sayılabilen bir sistem yerine, ilme nazaran yalnız geliş güzel ve gıcici olarak vasıflandırabilen bir çok fikir ağları meydana getirebilmiştir.

Nasıl ki, hastalıkların gerçek âmil ve illetlerini ilmi bir sistem haline sokmadan geliş güzel tedavi usulleri tatbik eden hekimlik, «*tip ilmi*» unvanına lâyık olabilmek için, sırf çare buluculuktan vaz geçerek esas itibarıyla *problemciliğe* doğru dönmek zorunda kalmışsa, hukukçuluk dahi «ilim» payesini kazanabilmek için buna benzer bir dönüm yapmak mecburiyetindedir.

Bu durumu olduğu gibi gören kimselerin adedi henüz çok mahdud olduğundan, kelimenin tam manasıyla «ilim» vasfını taşıyan hukuk ilminin çocukluk devresinden daha çıkmadığı kolayca anlaşılmalıdır. Gerçek durum böyle olunca hukuk ilmini çocukluk devresinden olgunluk devresine doğru götürmek hususunda hiç bir uğraşmadan kaçınmamak gerekmektedir. Takibedilmesi lâzım gelen yolu göstermek maksadıyla aşağıda arzedeceğimiz fikirlerin yalnız mütevazî bir başlangıç olarak telâkki edilmesini rica ederiz.

(1) *Salomon*, zikri geçen eser sah. 57.

## IX

## ASIL HUKUK İLMİ

51 - Tezimiz. 52 - «Hukuk» fenomenine dair tarih boyunca verilen cevapların mahiyeti. 53 - İnanç ve akide. 54 - Eski yol. 55 - Yeni yol. 56 - Problemin ortaya atılması. 57 - Asıl hukuk ilminin konusu insandır. 58 - Hücreler organizması. 59 - Hayvan «devletleri». 60 - Yalancı ilim ve hakiki ilim. 61 - Kriminoloji ve sigorta ilmi. 62 - Hukuki düzene ait ilim.

## 51 — TEZİMİZ :

Giriş olarak asıl hukuk ilminin ödev ve amacını bir defa daha kesin bir şekilde tekrar edelim:

*Ödev: Çözümçülük (halecilik) ten problemcilik yoluna saparak, hukuk kaide-lerini bulmak işine teşebbüs etmeden, kaidelerin ısdarını zaruri kılan âmilleri teşhis ederek itiraz kabul etmez gerçek bir temel kurmağa çalışmaktadır.*

*Amaç ise, elde edilecek olan çeşit çeşit neticeleri çelişmezlik ve tümlük ilkele-rine uygun bir tarzda birbirine bağliyerek genellemelere yükselmek ve bu yoldan hukuki problemlerle bunların ebediyete nazaran muvakkat ta olsa doğru sayılabilen hal tarzlarını kelimenin asıl anlamında ilmi bir sistem içine sokmaktır.*

Nasıl ki hekimlik, tıp ilmi mahiyetini kazanabilmek için fizik, kimya ve biyoloji denilen bilim kollarına müracaat ve istinat etmek zorunda kalmışsa, hukukçuluk ta hukuk ilmi payesini elde edebilmek için *diğer bilim kollarının* yardımına muhtaçtır. Çünkü yukarıda (No. 46 da) «hukuki problem», «hukuk düzenine muhtaç olan ve bunu zaruri kılan her toplumsal olgu ve olay» şeklinde muvakkat olarak tarif edilmiş olduğuna göre, bu tarifte belli olmyan iki «nicelik» vardır: Bunlardan biri «top-lumsal olgu ve olay», diğeri «hukuk düzeni» adı verilen fenomenlerdir.

Toplumsal olgu ve olayların incelenmesi «sosyoloji» unvanını taşıyan bilim ko-luna yüklenmiş olduğuna göre, sözü geçen olgu ve olaylardan hangilerinin hukuk düzenine muhtaç olduğunu ve bunu zaruri kıldığını öğrenmek için «*sosyoloji*» ye müracaat zorundayız.

«Hukuk» denilen düzen ise, diğeri düzenlerin yanında bulunup genel kültürün bir ana fenomenini teşkil ettiğine göre, ilkeler bilimi olan *felsefeye* başvurmak fay-dadan hali olmayacaktır.

Demek ki iddiamız: Hukukçuluğun *yalnız sosyoloji ve felsefe sayesinde asıl ilim vasfını kazanabileceğidir.*

## 52 — «HUKUK» FENOMENİNE DAİR TARİH BOYUNCA VERİLEN CE-VAPLARIN MAHİYETİ :

Yukarıda (No. 3 v. d. No. 35 v. d.) gösterdiğimiz veçhile «hukuk nedir?», «Hu-kuk nasıldır?», «Hukuk nasıl olmalıdır?», «Hukuk neye yarar?» gibi suallere -bü-tün aksi iddialara rağmen - ilim bakımından *mutlak*, yani itirazdan vareste kalmış, itiraz kabul etmez *tek mânâlı bir cevap henüz verilememiştir.*

Gerçi beşeriyetin tekâmülü sırasında bu suallere sayısız cevaplar verilmiştir. Her bilgin, ileri sürdüğü iddianın doğru olduğunu, diğer kimselerin serdettikleri iddiaların ise yanlış olduğunu mantık usullerine göre büyük bir fetanet ile isbat etmeğe çalışmış ve muayyen bir devre içinde kendi görüşüne az çok taraftar kazanmıştır. Fakat verilen bütün cevaplar ebediyet bakımından ancak ve ancak mahdut bir yer ve zaman için *geçici bir önem* muhafaza edebilmiştir. Demek oluyor ki beşeriyetin tarihi boyunca «hukuk» denilen kültür fenomenine dair verilmiş olan cevapların objektif (afaki, nesnel), mutlak ve gayeden âri olmadığını, belki sübjektif (enfüsi, öznel), izafi (dağıntılı) ve teleolojik (erekli) olduğunu iddia etmekteyiz.

*Sübjektiftir* diyoruz: Çünkü «bilgin de herkes gibi zaman ve muhitin dini, içtimali, siyasi akide ve hayalleriyle boyanmış bir gözlükle dünya ve hayata bakan bir insan oğludur». (Yukarda No. 22).

*İzafidir* diyoruz: Çünkü insanın ruhsal tabiatından sarfınazar edilirse insanın akli melekeleri tabii bir iktidarsızlık yüzünden hayatın derinlik ve vüs'atını idrâk edemez (yukarda No. 9). Bundan ötürü bilginler hayatın muayyen bir takım fenomenlerini tetkik ile iktifa etmeğe mecburdurlar. Mütihazsıs bilgin, konuyu hususi bir metot vasıtasıyla tetkik eder ve ancak bu metodun verdiği imkân nisbetinde incelediği mevzuu kavrayabilir. Bu yüzden edindiği bilgi parçası da nisbi ve izafidir.

*Ereklidir* diyoruz: Çünkü hukukun fenomenlerini tetkik ve tahlil eden bilgin, olgu ve olayların iç yüzünü meydana çıkararak bir *bilgi yargısı* vermekle iktifa etmeyip muayyen bir yerde ve muayyen bir zamanda yürürlükte olan hukuk kaidelerini ülküsel (mekûrevi) normlara göre ölçerken bir *değer yargısı* vermektedir (yukarda No. 42). Yani *olan* hukukun *olması lâzım gelen* hukuka uygun olup olmadığını araştırarak yürürlükte olan hukuk kaidelerinin tadile muhtaç veya muhafazasının kabil olduğunu iddia ve isbat etmeğe çalışmaktadır.

### 53 — İNANÇ VE AKİDE :

Saydığımız sebepler yüzünden, hukuka dair ileri sürülen teori ve sistemlerin dayandığı temel, bilme, (biliş) den ziyade *inanç* (itikat), ilimden ziyade *akidedir*. Bu hususta en kuvveli delil, her yerde ve her zamanda hukukun din veya dinin yorine kaim olan siyasi mistisizm ile karıştırılmasıdır. Misal olarak bir yandan dekalogu (yani Tanrı tarafından gûya Peygamber Musa'ya bildirilmiş olan on emir = elvahı aşere, evamiri aşere), yemin ve evlenme merasiminin dini şeklini; diğer yandan her hangi bir « . . . . . izm» a dayanan modern devletlerin hukuk nizamlarını hatırlatmak kâfidir. Tekmil İslâm âleminde «hak» kelimesi hem «hukuk» mânasında hem de Tanrı'nın adlarından biri olarak kullanıldığı gibi lâik devletlerde hukuk ve devlet birbirine eşit tutulmaktadır.

Hukuka dair ileri sürülen teori ve sistemler *akidelere* dayandığına göre «hukuk» hakkında itiraz kabul etmez ve tek mânalı bir görüşe tesadüf edilememesi hayretli mucip bir şey değildir. Çünkü inanç ve akidelerin doğru veya yanlış oluşu bahis mevzuu olamaz.

Bu durum devam ettikçe insan oğullarının, devletler arasında ve her devlet içinde, ebedi sulha kavuşabilmesi ümidi boş bir hayalden başka bir şey değildir.

## 54 — ESKİ YOL :

Acaba bahsi geçen durumun ebedi olarak devamı zaruri midir?

İki ihtimal vardır: Ya hukuk, tıpkı din ve metafizik gibi, mahiyeti itibariyle sağın (sahih) ve tam ilmi bir araştırmanın konusunu teşkil edemez. Veyahut hukuk, tıpkı astronomi, fizik, kimya, jeoloji, biyoloji, tıp ilmi gibi «fikri esaretin zincirleri» (1) olan dini, siyasi, mistik akidelardan kurtulabilir.

Birinci şık kabul edildiği takdirde hukuk ilmi, şimdiye kadar olduğu gibi ileride de, eski tabir caiz ise, «nakle» dayanan ilimler; *Ampère*'nin fikrine göre, öznel bilimler çerçevesi içinde kalmağa mahkûm olup «esas» ilimler (1) seviyesine kadar yükselemezdir. Bu takdirde hukuk ilminin konusu *tin* (ruh; alm. Geist; fr. esprit) in tezahür şekillerinden birini teşkil eden ve «hukuk» denilen fenomeninden ibaret kalacaktır. Hukuk bilginlerinin ödevi, iskolâstik metotla mantık itibariyle doğru olan hukuk kavramlarını bulmak ve bunlardan hukuk kaidelerini çıkarmaktan başka bir iş olmayacaktır. Hukuk ilmi, (yukarda No. 11 - 17 de) gösterildiği gibi, hukuk kaidelerinin muhtevasını inceliyecek ve hukuk doğmatığı, hukuk tarihi ve hukuk siyaseti denilen üç kola ayrılarak hukuk kaideleriyle bunlara hâkim olan hukuki görüş ve fikirleri anlatıp onların haklı ve âdil olduğunu isbat etmeğe çalışacaktır. Bu takdirde elde edilecek netice; gerçeklikten uzak kalan soyutlamalar ve sırf şekil kavramlardan ibaret olacaktır ki bu suretle *hukuk ilmi, her kılığa giren adam gibi «kanun» veya «hukuk emri» kisvesine bürünmüş olan her cebir ve zulmü ve her içtimai sistemi «haklı», «hukuka uygun», «doğru» olarak tavsif edebilecektir.*

Binlerce yıldanberi yapılmış olan tecrübelerle istinaden, bahsi geçen metot ve temel değiştirilmedikçe, itiraz kabul etmez, yani tek mânalı ve katî bir neticenin elde edilemeyeceğini iddia etmekle yanılmış olmadığımızı sanıyoruz. İhtimal ki mevcut olan hiçbir kavrama pek çok teoriler deha katılacaktır. Bu suretle beşeriyetin gelişimi ile edindiği fikri servet çoğalacaktır. Fakat elde edilen netice müsbet bilgi, değil, yinc inanç mahiyetinde olacaktır.

Sözü geçen görüşle yalnız, «hiç bir şey bilmediğimizi» itiraf etmekle kalmıyarak aynı zamanda tatmin edici olmayan bir usu'ü ebedileştirmeye de mecbur olmaktadır. Demek ki, Herde de lüzumu halinde ve vaziyetin icabına göre içtimai olayların tanzimine yarınacak olan kanun ve nizamnameler *ampirik ve ilme nazaran tesadüfi ve keufî bir şekilde* ısdar edilecek ve her hangi bir cemivet içinde gerçek kuvvet ve hâkimiyeti elinde tutan idareci grubunun görüş ve menfaatlerine dayanan mezkûr kaidelerin her hangi bir ahlâki ilkededen çıkarılarak mukaddes bir hale sokulan her hangi bir akide ile «haklı», «âdil», «doğru» oldukları isbat edilebilecektir. Dini, siyasi, mistik, metafizik meselelerde «doğruluk» ve «hakikat» a dair görüşler daima birbirinden farklı olduğuna göre, içtimai hayatın hukukan tanzimi işini Herde de gecici ve daima değişen sivasî ve metafizik «moda» lara terketmek zorunda kalacağız. Yeğâne ümidimiz mukayeseli ve tarihi araştırmalar neticesinde hukukcular arasında «hukuki mefhumlar âlemi» (2) hakkında, olsa olsa şekil itibariyle, bir anlaşma ve birlik meydana getirebilmek olacaktır.

(1) Alexis Carrel: Bilinmeyen insan, sah. 55.

(2) «Nakle» dayanan öznel bilimleri *August Comte* hakiki ilim saymamaktadır. *Herbert Spencer* aynı fikirdedir. Tafsîlâtı hakkında bak: *Hasan-Âli Yücel*, Mantık (1943) sah. 62 v. d.

(3) *Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz 12. tabı (1921) sah. 245.

## 55 - YENİ YOL :

İkinci şık kabul edildiği, yani hukuk ilmi «fkrî esaret zincirlerinden» ve mistik akidelerden kurtulabildiği takdirde «hukuk» denilen kültür fenomeni de kelimenin asıl anlamında ilmin konusu mahiyetini kazanacaktır. Bu takdirde hukuk ilmi somut (müşahhas) bilimler çerçevesi içine girip araştırma ve çalıştırma metotlarını değiştirmek mecburiyetinde kalacaktır. Hukuk kaideleri, hukuki problemlerin çeşit çeşit hal tarzlarından başka bir şey olmadığına göre, hukuki problemlerin mevzuunu teşkil eden toplumsal olgu ve olayların dahi, doğuş ve bünye itibariyle pekin ve değişmez «tabii» kanunlara tabi olup olmadığı, tabi olduğu takdirde her yerde ve her zamanda muteber olmak üzere, hangi yol ve vasıta sayesinde halledilebileceği meselesi hukuk ilminin görevi olacaktır. Asıl hukuk ilmi, yalnız mantık ilkelerine bağlı kalmayıp aynı zamanda *illiyet ilkelerine* dayanarak devletin teşri, icra ve kaza görevlerinin bütününe şamil olan hukuk tekniği için lüzumlu bulunan pekin ve sarsılmaz temelleri tam ilmi bir şekilde hazırlıyacaktır. Bu suretle hukuk doğmatığı, hukuk tarihi ve hukuk siyasetinin önemi inkâr edilmeyip, belki sözü geçen üç bilgi kobuna başka bir temel ve başka bir istikamet bahşedilmiş olacaktır.

İzaha çalıştığımız yol takib edildiği takdirde, hukuk alanında da çığır açan yeni bilgiler elde ederek bunları herkesi ikna edici bir tarzda isbat edebileceğimizi ümit etmek hakkımızdır. «Hukuki mefhumlar âleminden» ayrılarak insan oğullarının münasebetlerini tanzim etmeğe yarıyan *hukukun vatanını teşkil eden yere inecemiz*. İnsanı, fitren toplumsal bir mahlûk olarak ilmi bir tarzda incelemek ve bu yoldan «sihhatlı» ve «hasta» cemiyetlerle bunların «sihhatlı» ve «hasta» üyeleri hakkında pekin malûmat ve bilgiler edinmek imkânı isbat edilebildiği zaman, toplumsal organizmalar demek olan insan topluluklarının hastalıklarının teşhis ve tedavisine yarayan ilmi metot ve vasıtaları da keşfetmiş olacağız. Hususiyle muhtemel tepki ve tesirleri daha başlangıçta hesaba katılamayan kanun ve içtihatlardan masun bulacağız.

Nasıl ki tıp ilmi hastalıkların çıkması ve sirayetine tamamen mâni olamazsa, asıl hukuk ilmi de kanuna aykırı hareketlerle suç ve sair cebri fiillerin tamamen önüne geçemez. Böyle olmakla beraber asıl hukuk ilmi, tıpkı tıp ilmi gibi, pekin ve sağın bilgilere dayanarak tesirli koruma ve tedavi tedbirlerin iittihaz etmeyi mümkün kılan usul ve vasıtaları bulmaya çalışmayı bir ödev bilmelidir.

Bilginlerin yegâne ödev ve görevi: Olgu ve olay ve fenomenleri inceliyerek, aralarında münasebet, illet ve tesirleri aydınlatmak. bu hususta elde edilen neticeleri ilmi bir sistem haline sokmak ve olsa olsa, nazari bilgilerin pratik alanda tatbik edilmesini teklif ve tesvik etmekten ibarettir. İlmî araştırmaların neticelerini gerçekten pratik hale sokmak bilginlerin vazifelerinden değildir. «Jus vigilantibus scriptum est (hukuk ona kulak verenler için yazılmıştır)» şeklindeki meşhur Roma sözünün, tabiiğin ilimle münasebetinde de rolü vardır.

Kanun koymak, karar vermek, istişarede bulunmak gibi pratik işlerle meşgul olan hukukçu, ilmi eserleri nazarı itibara almazsa tıp ilminin neticelerine öneri vermeyen bir doktor gibi hareket eder. Yalnız şu fark vardır ki doktor hakiki bir ilme dayanabileceği yerde hukukçu kelimenin asıl anlamında bir ilme henüz müracaat edemez.

## 56 — PROBLEMİN ORTAYA ATILMASI :

Halline yarıyacak bir usul bulunmadıkça bir problemi ortaya atmak mânasız bir şeydir. O halde ilgili konuyu maksada elverişli ve ilmi bir tarzda incelemek imkânını bahşeden bir yöntem (usul) sayesinde ki asıl hukuk ilmi; olgu ve olaylara müteallik müsbet ve esas bir bilim kolunun mahiyetini kazanabilir. Maksada elverişli usulü bulabilmek için ilk önce inceleme alanını sınırlıyarak hangi zaviyeden ve hangi gaye ile konumuzu tetkik etmek istediğimizi tesbit etmeliyiz.

## 57 — ASIL HUKUK İLMİNİN KONUSU İNSANDIR:

Yukarda (No. 41-50 de), asıl hukuk ilminin hakiki konusunu hukuk kaidelerinin değil, hukuki problemlerin teşkil ettiğini söyledik. Bir probleme «hukuki» vasfını izafe edebilmek için iki yoldan faydalanabileceğimizi iddia ettik (yukarda No: 45). Bir yandan hukuk kaidelerinin bulgusal (ihtiraf) rol oynıyarak bizi problemlere doğru getireceğini, diğer yandan hukuki kaidelere muhtaç sanılan toplumsal olgu ve olayların hukuki problem olduğunu kabul ettik. Bu mülâhazanın sonunda hukuki problemin, hukuk düzenine muhtaç olan ve bunu zaruri kılan her toplumsal olgu ve olay olduğunu tesbit ettik. (Yukarda No: 46). Nihayet, mevcut olan düzenlerden hangisini «hukuk» düzeni, dünyanın olgu ve olaylarından hangisinin «toplumsal» olduğunu tesbit edebilmek için sosyoloji ve felsefeye müracaat etmemiz lâzım geldiğini gördük (yukarda No: 51).

Şimdi bir adım daha ileri yürüeyebiliriz. Yalnız ampirik bir tarzda tecrübe ile edindiğimiz malûmata dayanarak hukukun kaide ve düzenine has «kıyas terimi» bulmağa çalışırsak en son olarak *insana* tesadüf ederiz. «İnsan» kelimesini kullanırken, nazariyatçıların kafalarından meydana gelen ve «iyi aile babası», «basiretli tüccar», «ekonomik insan» (homo oeconomicus), «doğuştan (fitri) suçlu», «sınıfını müdrik olan işçi», «saf ariyen» gibi adlandırılmış olan cansız gerçeksiz, efsanevi kimseleri değil, *canlı mahlûku* kasetmekteyiz.

Organik tabiatın bir cüz'ü olan insan, *fert* sıfatıyla geçici ve tek bir ömre sahip mümeyyiz vasıflarıyla kolayca tesbit olunabilir. *Cins* sıfatıyla ise, daima baki kalan ve yenilenen bir mahlûktur. Fert hakikatta, *Robinson* gibi Pasifikteki tenha adaların birinde yalnız başına olarak değil, doğuştan hemcinslerinin yanında ve bunlarla birlikte topluluk halinde yaşamaktadır. Aristo'nun kullandığı meşhur (1) söze göre, *insan doğuştan içtimai bir mahlûktur*. Hukuk ilmi canlı mahlûk olan insanı araştırmalarının mevzuu olarak seçtiği zaman onu *Doğuştan toplumsal mahlûk*, yani *çitmai hayat* zaviyesinden tetkik etmelidir.

## 58 — HÜCRELER ORGANİZMASI:

İleri sürdüğümüz tez yepyeni değildir. Meselâ *Hobbes* ve *Rousseau* cemiyeti bir «organizma» ya nisbet ederek bu *teşbihten* hukuk siyaseti bakımından çok önemli neticeleri çıkarmışlardır.

*August Comte* teşbih ile iktifa etmiyerek cemiyeti bir organizma olarak *tavsi* etmiştir.

(1) Siyaset. I, 2, 7; III, 6, 3.

*Herbert Spencer* daha ileri giderek *Comte* tarafından yapılan tavsifi *matematik bir bağıntı* (münasebet) şekline sokmuştur: Cemiyet eşit organizma. Her bağıntıda iki taraf birbiriyle değiştirebildiğine göre *Spencer* her organizmayı eşit cemiyet olarak kabul ederek her hangi bir organizmanın bir *hücre cemiyeti* olduğunu iddia etmiştir.

Demek ki *Spencer*, insan cemiyetlerini tabii bir mahlûk olarak telâkki ederken, bitkisel (nebati) ve hayvansal (hayvani) hücrelerin evrim (tekâmül) ve bünyesiyle onların bir vücut içinde birbiriyle olan münasebetleri hakkındaki biyoloji bilim kolunun elde ettiği pek in neticeleri insan topluluklarına teşmil ve tatbik etmiştir. Ne dahi-yane fikir! Fakat bu yoldan edinilen neticelerin isbat ve ikna kuvveti yoktur. Çünkü ilk önce insan topluluklarının, tabir caiz ise, *biyolojik* mahiyetini tetkik ve tesbit etmek icabedecektir ki, bu olmadıkça her hangi bir fikir, teşbih, andırış (temsil; alm. Analogie; fr. analogie) veya varsayım ilmen isbat edilmiş olan bir hakikat sayılarak bunun üzerine ilmi bir sistem kurulabilmesi imkânsızdır. *Spencer'in* sistemi, fikir hareketlerinin tarihi bakımından ne kadar önemli olursa olsun, her insan topluluğunun «biyolojik anlamda bir hücre organizması» mahiyetinde olduğu pek in ve itiraz kabul etmez bir şekilde isbat edilmedikçe, maksadlarımıza elverişli değildir.

#### 59 — HAYVAN «DEVLETLERİ»:

Aynı sebeplerden dolayı *insan* toplulukları için meydana getirilmiş olan hukuk kavramlarının karınca yurvası, arı kovanı gibi *hayvan* kümelerine naklen tatbik edilmesine ait ilmi teşebbüslerin (1) reddedilmeleri gerekmektedir. Herkes «devlet», «cemiyet», «millet», «ittifak», «birlik», «köle», «kraliçe» gibi *hukukî* tabir ve mefhumları; *biyolojik* olgu, olay ve bağılıkları aydınlatmak ve belirtmek için mecazi şekilde veya teşpih olarak kullanmak hakkını haizdir. Fakat mecaz ve gerçeklik birbirinden iarklı olanlarda bulunmaktadır. İnsan benzetilmesi yolundaki teşpih veya mecaz, tahrif edilerek matematik bir bağıntı (münasebet) şekline kalbedildikçe, *ilim alanı terk edilip edebiyat sahasına girilmiş olur.*

Bahsi geçen teşebbüsler, bizzat biyolojlar tarafından daha katî bir lisanla reddedilmektedir. Misâl olarak meşhur karınca mütehassısı *Erich Wasmann*'in (2) bir iki sözünü aynen iktibas etmekten kendimi alamıyorum:

«Eğer karıncalarda bile, bunların «devlet müesseseleri» nin insanlarınkine benzetilmesinin, daha etraflı ve derin bir incelemeden sonra müdafaa olunamayacağı ve manasız olduğu meydana çıkarsa, bu mülâhaza, diviklerin (1) «devlet» hayatı hakkında evleviyetle varittir. Zira «devlet müesseseleri» her iki halde de, «koloni» (yuğmak) denilen aynı ve tabii bir aileye mensup olanların *bedeni çeşitliğine* (polimorfizmasına) ve buna bağlı olarak biçim itibariyle birbirinden farklı ferdlar arasındaki *biyolojik iş bölümüne* dayanmaktadır..... *Diviklerin devlet hayatının insana benzetilmesinin, gözle görülür, elle tutulur bir manasızlık olduğu apaçaktır. Çünkü*

(1) Meselâ zooloji profesörü *Ubisoh*, 1930 yılında yayım alanına çıkarılmış olan «Staat und Gesellschaft bei den Ameisen» (karıncalarda devlet ve cemiyet) adlı eserinde *hukukcu Jellinek'in* devlete ait mefhumunun karınca kümelerine tatbik edilebilip edilemediğini ciddi olarak incelemektedir.

(2) «Die Ameisen, die Termiten und ihre Gäste» adlı eser (1934), sah. 84.

(1) Ağaç kemiren karmcılar.



bu gibi böcekler «demokrasi» lerinde iktidar mevkiini ellerinde bulunduran «işçi zümresi» nin haliz olduğu *beyin*, diviklerde üretme (tenasül) ile meşgul olan zümre-lerinkinden nispeten daha büyük olmayıp, aksi olarak *daha küçüktür*; ve alelâde iş-çilerin ordusunda adeta sübay rolünde bulunan «asker» lerin *beyini diğerlerinden daha küçüktür*. *Hayvanların* küme halinde birlikte yaşaması durumunun insanın-ki-ne benzetilmesinin manasızlığı, engin kâinatın hemen hemen hiç bir yerinde, di-viklerin «devlet» hayatında olduğu kadar, olgular tarafından bu derece kanaat ve-rici bir tarzda gösterilmemiştir.

#### 60 — YALANCI İLİM VE HAKİKİ İLİM:

*Carrel'in* hakkı olarak söylediği gibi (2) insanların toplumsal hayatına ait ka-nunların bizce henüz malûm olmadığını hakkiyle takdir etmek zorundayız: *sosyo-loji ve iktisat ilmi, tahmindere dayanan bilimler, diğer bir söyleyişle yalancı (kâzib) ilimler mahiyetindedir.* Ve bu acı yangıya ilâveten diyebiliriz ki hukuk doğmatığı, hukuk tarihi, hukuk siyaseti kisvesinde tezahür eden bir kanun ve hukuk bilgisi varsa da, ilim payesine lâyük, yani pekin ve itiraz kabul etmez temellere dayanan hakikî bir hukuk ilmi henüz mevcut değildir.

Acaba kelimenin asıl anlamında hakikî hukuk ilmine ait fikirlerimiz de bir ha-yalden başka bir şey değildir?

İnsanların toplumsal hayatına ait tabii kanunlar bizce malûm olmadıkça, asıl hukuk ilmine yüklediğimiz «insan, doğuştan toplumsal bir mahlûk olarak incele-mek» şeklindeki ödevin yerine getirilmesi imkânsız görünmektedir. Bu itibarla, asıl hukuk ilmine düşen ödevin şu suretle tesbiti icabeder:

Hukuk bilgileri; hukuku araştırmak, incelemek, anlatmak ve tefsir etmekle uğraştıkları sırada; merkezini, doğuştan içtimai mahlûk olan «insan» ın teşkil ettiği toplumsal hayata mahsus tabiat kanunlarından hareket ederken, bu kanunlar tama-men malûm olmadıkları müddetçe, bunların meydana çıkarılmaları hususunda, diğer ilgili bilim kollarının yardımlarına da müracaat suretiyle, bu sahalardaki bilginlerle birlikte çalışmak mecburiyetindedirler.

*İçinde bulunduğumuz çıkmazdan kurtulmak için, başka bir yol ve imkân mev-cut değildir.*

Nasıl hekimlik; ancak, insan vücuduna müteallik incelemeler için fizik, kimya ve biyolojiyi tabii ve zaruri esaslar olarak telâkki ettiği zamanda canlı mahlûkun sağlam ve hasta organizmasından bahseden bir bilim kolu mahiyetini kazanmışsa; hukuk bilgisi de; *içtimai mahlûk* olan insana müteallik incelemelerde biyoloji, psiko-loji, ekonomi ve sosyolojiyi tabii ve zaruri temeller olarak kabul ettiği andadır ki, asıl «hukuk ilmi» karakterini iktisap edebilecektir.

#### 61 — KRİMİNOLOJİ VE SİGORTA İLMİ:

Bu hususta teşebbüsler yok değildir:

a) Gerçi iktisat ve hukuk fakültelerinin çoğunda, sosyoloji ve bazılarında ırk bilgisi şeklinde biyoloji bilimleri, tedrisat ve imtihan programlarına dahildir. Fakat

(2) Zikri geçen eser.

tecrübe göstermiştir ki, bahsi geçen konular, talebeler ve çok defa hukuk profesörleri tarafından da asıl hukuk tedrisat programına yakışmayan yabancı bir unsur sayılmakta ve gereği gibi önem kazanamadığından esas ders olarak telâkki edilmemektendirler. Ruhbilime ait derslere hukuk fakültesinde hemen hemen hiç rastlanmamaktadır. (1) Ne acı bir hakikat: Bir şahidin en basit ve kesin ifadesi, bir rıza beyanının tefsiri, her hangi bir hareket veya tavırın manasının meydana çıkarılması gibi hukukun tatbiki için en önemli ve her gün ihtiyaç hissedilen ödevleri, psikolojik bilgilere sahip olmayan kimse, isteyerek veya istemiyerek ancak keyfi bir şekilde yerine getirilebilir.

b) Hukuk kaidelerinin içtimai temelleri olan olgu ve olaylar iki alanda inceden inceye hukukçular tarafından da tetkik edilmektedir. Bu alanlardan biri «*kriminoloji*», diğeri «*sigorta ilmi*» dir.

Kriminolojinin konusu (2), suça sebep olan âmillerle suçun önlenmesi için gerekli olan tedbirleri incelemekten ibaret olduğu halde sigorta ilmi (3), ferdin muayyen hâdiselerin neticesinde maruz kalabileceği mali rizikoları birçok kimselere dağıtmak suretiyle karşılamaya yarayan temel, vasıta ve yolların psikolojik, sosyolojik, ekonomik, teknik bakımlardan incelemesiyle meşguldür. Bahsi geçen iki sahada elde edilen müsbet neticeler, asıl hukuk ilminde tatbik edilecek yeni düşünce istikameti ve inceleme metodlarına dair tarafımızdan ileri sürülen fikirlerin utopik olmadığını açıkça isbat etmektedir.

c) Yukarda kısaca gözden geçirilmiş olan teşebbüsler, muvaffakiyetine rağmen, teşri, icra ve kaza işleriyle meşgul olan devlet organları üzerine henüz büyük bir tesir icra edememiştir. Bunun sebebini elde edilen pek çok neticelerin kifayetsizliğinde değil, belki bütün bu teşebbüsleri görmiyen veya görmek istemiyen yahut da suiistimal eden ilgililerin eski zihniyetinde aramalıdır.

Umumiyetle devletlerin çoğunda, teşri, icra ve kaza işleriyle meşgul kimselerin büyük bir çoğunluğunu; ruhbilimin ortaya çıkardığı ilmi neticelerden yüzde yüz habersiz, ekonomik, biolojik ve toplumsal olgu, olay ve münasebetlere ise tamamen yabancı olan kimselerin teşkil ettiğini bir an göz önüne alacak olursak; insan topluluklarını arsız arasız sarırmakta olan bu içtimai buhran, ihtilâf ve savaşların nasıl olupta bugüne kadar olanlardan daha beter sonuçlar doğurmamış olduklarına hayret etmemek elimizden gelmez.

## 62 . HUKUKİ DÜZENE AIT İLİM :

Yukarda (No: 60 da) gösterdiğimiz gibi, vazifesini müdrük olan asıl hukuk ilmi «*hukuk*» denilen konuya ait araştırma, inceleme, anlatma ve çözümleme işlerinde toplumsal hayata hâkim olan «*tabiat kanunlarından*» hareket etmeli ve, sözü geçen

(1) Ankara Hukuk Fakültesinde bir iki yıldan beri «*adli psikoloji*» unvanı altında talebenin seçeceği dersler gurubuna bir dersin eklenmiş olduğunu büyük bir memnurlukla kaydetmeyi bir borç biliriz.

(2) İstanbul ve Ankara Üniversitelerinde Kriminoloji Enstitüleri açılmış ve faaliyete geçmiştir.

(3) Bu bilim kolu hakkında bak: *Hirs*: İlim halinde sigorta İst; 1941 (Üniversite Konferansları).

kanunlar henüz malûm olmadığı takdirde, bunların meydana çıkarılmasına, diğer ilgili bilim kolları ile birlikte, çalışmalıdır.

Fakat «hukuk» denilen şey nedir? Bu suale tarih boyunca çeşit çeşit verilmiş olan cevaplar itiraz kabul etmez mahiyette olmadığından (yukarıda No: 52 ye bak), tatmin edici değildirler. Bu durumun sebebi, fikrimizce maksada elverişli olmayan bir hareket noktası ve tedkik zaviyesinin seçilmesinde aranmalıdır.

O halde maksada elverişli olan temel ve hareket noktası vazifesini gören umumen kabul edilebilecek bir varsayım muhtacdır. Şimdiye kadar temel olarak kullanılan Tanrı, hükümdar, devlet, norm gibi mefhumları reddederek asıl hukuk ilmi için *doğuştan toplumsal mahlûk olan insan* temel olarak teklif etmekteyiz.

Demek oluyor ki maksada elverişli olan varsayım olarak, «hukuk ilminin» *ictimai hayatın tanzimi* hakkındaki ilim kolu olduğunu iddia etmekteyiz. Aynı fikri başka bir deyişle ifade etmemize müsaade edilirse söyleyebiliriz ki, hukuk ilminin konusu, insanların artsız arasız akan ve değişen toplumsal hayat gerçekliği ile bunu mümkün kılan *düzen* arasındaki karşılıklı bağılıkların incelenme ve açıklanmasıdır.

«Düzen» tabirini kullanabilmek için üç rukûn aranır: düzene tabi olan *konu*, düzene has olan *prensip* ve düzenin tatbik ve muhafazasına yarayan *vasıtalar*.

O halde hukuk ilmi ilk önce aşağıdaki üç suale cevap vermeğe mecburdur :

I - «Hukuk» düzenine tabi olan konu nedir ve nasıldır? Bu konuyu işleyen «*hukukun sosyolojisi*» adını taşıyan bilim koludur.

II - «Hukuk düzenine has olan prensip nedir ve nasıldır? Bu konu ile meşgul olan bilim koluna «*hukuk felsefesi*» adı verilir.

III - «Hukuk» düzeninin tatbik ve muhafazasına yarayan vasıtalar nedir ve nasıl işliyor? Bu meselelere cevap veren ilim koluna «*hukukun metodolojisi*» adı verilebilir.

Ord. Prof. Dr. E. HIRŞ