

## FELSEFİ, HUKUKİ VE İÇTİMAİ POZİTİVİZM (\*)

Yazan: Prof. Marcel WALİNE

Çeviren: Asistan Dr.  
Münci KAPANI

“Hukuk Felsefesi Arşivleri” nde (1) intişar eden “Fransada Hukuk Mefhumu” başlıklı makalesinde Dekan M. Geny: “Felsefî pozitivizmle, hukuku ancak pozitif şekliyle kabul eden hukukî pozitivizmi birbirine karıştırmamak lâzımdır...” diyor. Bu sözün doğruluğu hiç şüphe götürmez. Filhakika burada, her iki halde “pozitivizm” kelimesine eklenen sıfatlardan da açıkça anlaşılacağı üzere, mevzu itibarıyla dahi birbirinden tamamen farklı iki ayrı düşünüş tarzı vardır. Hatta hukukî pozitivizmden, “içtimaî pozitivizm” diye adlandırabileceğimiz ve ileride de göreceğimiz veçhile bizi ekseriya tamamen başka neticelere götüren düşünüş tarzını da tefrik etmek doğru olur.

Fakat M. Geny makalesine şöyle devam ediyor: “Maalesef bu şekilde bir iltibasa M. Waline’in iki büyük Fransız müellifi: Léon Duguit ve Maurice Hauriou’nun ana fikirleri isimli yazısında rastlanmaktadır. Felsefe sahasında pozitivist olduğunu açıkça beyan eden Duguit, hukuk sahasında hiçbir zaman pozitivist olmamıştır.”

Bu nokta üzerinde M. Geny ile mutabık bulunmayışım herhalde hayreti mucip olmaz. Duguit, M. Geny’nin dediği gibi, felsefe sahasında kendisini pozitivist addetmiş, fakat buna mukabil hukuk sahasında pozitivist bir hukukçunun ittihaz edeceği vaziyetle taban tabana zıt bir vaziyet almıştır. Duguit’nin bu durumunda bir tenakuz mevcuttur; bu tenakuzu belirtmek herhalde iki türlü pozitivizmi birbirine karıştırmak demek de-

(\*) Prof. Marcel Waline’in bu yazısı, 1933 de Strasbourg Hukuk Fakültesi tarafından büyük Fransız hukukçusu R. Carré de Malberg’e ithafen neşredilen “Mélanges Carré de Malberg” isimli eserde çıkmıştır. Makale, ikinci dünya harbinden önce yazılmış olduğu cihetle, içinde verilen misallerin bir kısmı bugün eskimiş bulunmaktadır. Fakat, etüdün kendisi, hukuk ilminin hiç eskimeyen ana dâvalarından birini ele alması ve bu mevzuda son derece alâkabalık ve aydınlatıcı fikirler ihtiva etmesi bakımından el’an kıymet ve tazeliğini muhafaza etmektedir. Bu itibarla, Prof. Waline’in bu nâfiz etüdünü dilimize çevirmeyi faydalı bulduk (Çevirenin notu).

(1) 1931, No. 1-2, s. 26, Not 1.

ğildir. Hakikatte hukukî pozitivizmle felsefî pozitivizm birbirlerinden ayrı olmakla beraber aralarında bir takım münasebetler mevcuttur; ve hatta bu iki sistem yekdiğerine öyle bir rabita ile bağhdırlar ki felsefede pozitivist olan bir kimse hukukta da ancak pozitivist olabilir.

İşte bu etüdün çifte gayesi, bir taraftan felsefî, hukukî ve içtimaî pozitivizm mefhumlarının birbirlerinden ayrı olduğunu göstermek, diğér taraftan da felsefî pozitivizm karşısında alınacak vaziyet'in bir dereceye kadar hukukî ve içtimaî pozitivizm karşısında ittihaz olunacak vaziyeti tayin edeceği fikrini isbata çalışmaktır.

## I

A. Felsefî pozitivizm mefhumunu burada uzun uzadıya deşmek mevzubahs olamaz: Bu, hukukçunun işi değıl, filezofun işidir. Burada sadece felsefî pozitivizmin ana hatlarını çok kısa olarak filezoflardan ve hususiyile bizzat pozitivistlerden naklen hatırlatmakla iktifa edeceğim.

Lalande'in Felsefe Lûgatı'na göre, pozitivizm deyince dar mânada (stricto sensu) Auguste Comte'un doktrinleri anlaşılır. Geniş mânada (lato sensu) pozitivizm ise, az çok Comte'un doktrinlerine mümasil olan ve hepsi de şu müşterek esaslarda birleşen doktrinlerdir: Müsbet neticeler ancak vâkıaların tanınması ile elde edilir; kat'iyet nümunesini bize tecrübi ilimler verir; insan zekâsı ilimde olduğu gibi felsefede de hataya veya haşviyata düşmekten ancak daimî surette tecrübeye bağıl kalmak ve her türlü kabli (a priori) hükümden vazgeçmek suretiyle kaçınabilir; ve nihayet eşyanın hikmeti vücudu sahasına nüfuz mümkün olmayıp insan düşüncesi ancak bunlar arasındaki münasebetleri ve kanunları kavriyabilir.

Emile Bréhier, Felsefe Tarihi isimli eserinde pozitivist düşünüşün muhtelif mütefekkirler nazarında mümeyyiz vasıflarını kaydediyor. Huxley'e göre pozitivizm "ilmî bilginin her hangi metafizik bir faraziyeden müstakil" oluşudur (2). Littré şöyle diyor: "Hâdiseleri daima tabiatüstü kuvvetlerin müdahalesi ile izaha çalışın teolojinin aksine olarak tabiat kanunlarının değışmezliğı; "namütenahi" ye ve "mutlak" a erişmek peşinde olan metafizik'in aksine olarak tahdit edilmiş bir nazari âlem: İşte pozitif felsefenin iki temel direğı bunlardır" (3). Taine'e göre pozitivizm "her bilgiyi tecrübeden istihraç etmek" hususundaki irade (4), M. Rey'e göre ise "ilim sahası dışında felsefeye hiçbir muhteva tanınamak"

(2) Cilt II, s. 930.

(3) Ib. s. 932.

(4) Ib., s. 938

fikridir (5). Nihayet Meyerson, tenkid ettiği pozitivizmi, "ilmî bilgiyi sadece münasebetlerin beyanına inhisar ettirmek" le vasıflandırır. Auguste Comte'un kendisinin bu husustaki düşüncesi malûmdur. Bu düşünce üç hal kanunu'nda tebellür eder: Pozitivizm, hâd'selerin teolojik (Tanrının tabiat-üstü müdahaleleri vasıtasıyla) ve metafizik (lâfzî ve gayri kabili isbat) izahlarının tecrübe ile murakabe edilememeleri bakımından reddidir.

Hülâsa olarak, pozitivizm bir doktrin olmaktan ziyade bir metod'dur diyebiliriz. Pozitivist, ilim yapabilmek için her türlü a priori fikri reddetmek lâzım geldiği kanaatinde olan kimsedir. O, ancak tecrübe ile tesbiti mümkün olan şeyi doğru olarak kabul eder; binaenaleyh, tecrübe ile isbat edilemiyen her istikra'yı, yani hâdiselerin müşahadesini aşarak eşyanın cevherine, Mutlak'a erişmeğe çabalayan her türlü metafizik spekülasyonu felsefenin dışında addeder. Pozitiviste göre, ancak izafiden ilim olabilir, zira tecrübe ile isbat ancak burada mümkündür.

Bu düşünüş tarzını bir kelime ile tavsîf etmenin mümkün olamayacağı âşikârdır. Bununla beraber, bu telâkkiyi mutlaka bir tek fikre irca etmek lâzım gelirse, Huxley'e atfedilen tarif bence pozitivizmin esasını hiç değilse takribî bir doğrulukla hülâsa eder: "İlmî bilginin herhangi metafizik bir faraziyeden müstakil oluşu".

B. Gerek hukukî pozitivizmin, gerekse içtimâî pozitivizmin mümeyiz vasıfları, tabii hukuk inancının aksine olarak, hukuku vakiâyâ irca etmelerindedir. Bu mekteplere göre hukuk, hiçbir müteâl mahiyeti olmayan bir vâkıalar kategorisinden ibarettir. Hukukî ve içtimâî pozitivizm, hukukun vicdanî bir mecburiyet tahmil edip etmediği meselesi ile meşgul olmadıkları gibi, böyle bir mecburiyetin nasıl bir muhakeme yolu ile isbat edilebileceği suali de kendilerini alâkadar etmez. Bu görüşe nazaran hukukun zecriyeti meselesi, hukuk kendisini meşru bir şekilde kabul ettirir mi ve niçin ettirir hususlarının araştırılması ile münasebettar değildir.

O halde hukukun mecburilik vasfı nereden gelmektedir? Bu noktada hukukî pozitivizmle içtimâî pozitivizm birbirlerinden ayrılırlar.

C. Müşahhas bir misal alalım. Fransada, bir belediye reisi tarafından alınan, ve otomobil sahiplerinin şehir içinde arabalarını ancak muayyen bir yere muayyen bir ücret mukabilinde bırakabileceklerini âmir bir belediye kararının hukuken hüküm ifade edip etmediği meselesi mevzu bahis olsun. Hukukî pozitivist, bu meseleyi halletmek için, sıhhati ihtilâfa

(5) Cilt II, s. 1073.

(6) *Ib.*, s. 1074.

**mahal veren norm'u, esas telâkki edilen diğer bir norm'a raptetmeye çalışacaktır.**

İlk olarak (şekli bakımından) belediye kararının, ya doğrudan doğruya esas norm veyahut da ona istinaden vaz' olunan diğer her hangi bir norm hükümlerince bu hususta selâhiyetli kılınmış bir otorite tarafından alınıp alınmadığı cihetini tetkik edecektir. Bu birinci nokta üzerinde, belediye reisinin böyle bir karar almağa selâhiyetli olduğu, zira buna kanun vazı tarafından mezun kılındığı, bu selâhiyeti belediye reisine vermek hakkının da kanun vazına anayasaca tanınmış olduğu neticesine varacaktır.

Bundan sonra (maddi bakımından), mevzubahs belediye kararının muhteva itibariyle gerek doğrudan doğruya esas normla, gerekse esas norm hükümlerine uygun olarak vaz' edilmiş ve değer bakımından basit bir belediye kararına üstün olan diğer normlarla tenakuz edip etmediği hususunu araştıracaktır. (Esas normla karşılaştırırken bilfarz Anayasada gidip gelme hürriyetini sağlayan ve bu hürriyetin istimalinin herhangi bir idarî kararla tahdidini men eden kat'i bir hüküm bulunup bulunmadığına bakacaktır. Diğer normlara uygunluğunu incelerken de, meselâ, kanun kendî koymuş olduğu vergi ve rüsum haricinde vatandaşın para tahsilini men eden bir hüküm ihtiva ediyor mu, onu araştıracaktır).

Görülüyor ki, hukukî pozitivist, bir kaidenin şekli veya maddi bakımından sıhhatini araştırırken daima esas hukuk normunu mehenk taşı olarak ele alacaktır. Fakat kendisine bizzat bu esas normun hukukî değeri, mecburilik vasfını nereden aldığı sorulmamaktadır: Zira bu hususta hüküm verebilmek için muhtaç olduğu mukayese noktalarından mahrumdur.

Şu halde hukukî pozitivist, normların hukukî değerlerini ölçmek için tek bir kıstas kullanan sistem olarak tavsif edebiliriz. Bu tek kıstas esas telâkki edilen norma - ki bu umumiyetle Anayasadır - uygunluktur. Bizzat Anayasanın değeri meselesine gelince, bu artık hukukî değil, sosyolojik bir mesele olur. Nasıl ki, Euclide'in postulası *a priori* kabul edilmedikçe Euclide hendesesi yapılamazsa hukukî pozitivist için de Anayasanın değeri bir postüla olarak kabul edilmedikçe hiç bir hukukun mevcudiyetine imkân olamaz.

Şurasını da ilâve etmek lâzımdır ki, bugünkü medenî devletlerde - Büyük Britanya müstesna - esas norm umumiyetle, filiyatta daima, yazılı bir kanundur ve hukukî pozitivist yazılı hukuku yegâne mükemmel hukuk olarak görmek temayülündedir. Bununla beraber, hukukî pozitivistin örfü adeti temamilen hukukun dışında bıraktığı zannedilmemelidir. Ör-

fü âdet de pozitif hukuktan sayılabilir - bhusus bu değer kendisine yazılı bir hukuk metni tarafından atfedilmişse (Meselâ, Ticaret kanunu ve Çalışma kanunu hükümleri gereğince bilhassa feshi ihbar müddeti bahsinde ticarî, mahallî veya meslekî âdetler). Hatta sarîh bir muhtevası olmayan basit "umumi hukuk prensipleri" dahi, yazılı bir metnin atfı ile pozitif hukuk sahasına girebilirler. Milletler Cemiyeti hukukunda, Beynelmîl Daimî Adalet Divanı statüsünün 38 inci maddesi bu hale bir misal teşkil eder. Binaenaleyh, hukukî pozitivizmi, örfü âdet hukukunu atar, sadece yazılı hukuku kabul eder şeklinde tavsif etmek mübalâgalı olur.

Keza, hukukî pozitivizmi, pozitif olmayan hiç bir hukuku tanımaz suretinde tarif de kifayetsizdir; zira bu, bir terimi gene kendisiyle tarif etmek olacağı gibi, pozitif hukuktan ne anlaşılması lâzımgeldiği hususu da ayrıca tasrihe muhtaç kalır.

Hukukî pozitivizm, muayyen bir hukuk sisteminde, bir normun hukukî değerini tâyin için, esas hukuk normu denilen ve hukukî kıymetler ölçüsü olarak alınan bir normla uygun olup olmaması keyfiyetini - maddî veya şekli bakımından - yegâne kıstas olarak kabul eden sistemdir diyebiliriz. (Esas hukuk normuna misal: bir devletin anayasası; Milletler Cemiyeti paktı; Katolik kilisesi için Ökumenik Konsillerin kararları; v. s.).

Bu vaziyete göre, esas normun tesbit ve tayini son derece ehemmiyeti haiz olan bir meseledir. Fakat filiyatta bu mesele hemen hiçbir zaman güçlük veya tereddüt doğurmaz, zira esas norm daima - hatta kendisini tenkid edenler de dahil olmak üzere - büyük ekseriyet tarafından tanınır. (Meselâ Fransada 1875 tarihli anayasa kanunlarını tenkid eden Cumhuriyet aleyhdarları mevcuttur. Fakat bu kimseler, her günkü hayatta mevzubahs kanunlara istinaden vazolunan müteaddit kanunların hükümlerine uymakla ve bunlardan himaye ve istifade talep etmekle muarızı buldukları normları filiyatta kabul etmektedirler). Hukukî pozitivist için bu nokta üzerinde tereddüt ancak, ender olan ve kısa süren ihtilâl devirlerinde rejim değişmesi filen vuku bulmuş mudur, yoksa bulmak üzere midir şüphesi mevcut olduğu zaman mevzubahs olabilir.

Bu şekilde anlaşılan hukukî pozitivizmin en mütemayiz ve en karakteristik mümessillerinden birisi hiç şüphesiz ki hukukçu Kelsen'dir. Kelsen, "normlar piramidi" teşbihi ile, bilhassa, esas normun her hukuk sisteminin substratum'unu teşkil etmesi bakımından ehemmiyetini belirtmiş ve farazî bir anayasa mefhumuna müracaat etmeksizin hukuk kaidelerinin mecburilik vasıflarının izahını daha ileriye götürmenin imkânsızlığıni ortaya koymuştur. İtiraf etmek lâzımdır ki, Kelsen'in eserlerinde bu fa-

razi Anayasa mefhumunun mahiyeti açıkça anlatılmadığı gibi, Avusturyalı üstadın bu nokta üzerindeki fikirlerini katıyetle izah da bir hayli müşkündür. Bence şayanı kabul bir tefsir tarzı şöyle olabilir: Kelsen'e göre bütün hukuk şarta bağlı bir emir (impératif) dir; bu emrin zımnî şartı da: "Şu kaide (ler) esas norm olarak kabul edilirse..." dir. Bu taktirde "farazi Anayasa" tâbiri, farazî olarak muteber addolunan Anayasa demek olur. - Burada şöyle bir sual varit olabilir: Peki, bu faraziyeyi kabul etmiyenlerin görüşüne ne demek lâzım? Buna verilecek cevap şudur: Onlar artık hukukla değil, sosyoloji ile uğraşıyorlar.

Hali hazırda Fransada amme hukuku sahasında M. Carré de Malberg hukukî pozitivistin başlıca mümessili olarak görünmektedir. Hususî hukuk sahasında ise bu mektepten sayılabilecek pek çok hukukçu vardır. M. Geny adı geçen makalesinde bunlar meyanında M. Ripert'i zikrediyor.

Demek oluyor ki hukukî pozitivist, muayyen bir hukuk sisteminde esas norm olarak kabul edilen normdan gayri hiç bir hukukî değer kıstası kabul etmemektedir. Bu hukuk anlayışında pozitif hukuktan başka hiçbir hukuka yer verilmeyişinin sebebi de bu suretle kolayca anlaşılır, zira esas normun her hangi bir yerde herhangi bir kimse tarafından önceden vazedilmiş bulunması lâzımdır. Keza aynı sebepten dolayı pozitivist bir hukukçunun niçin objektivist olamayıp ancak iradeci olabileceği de anlaşılır.

D. Sosyolojik pozitivistin vaziyeti tamamen başkadır. Biraz evvel vermiş olduğumuz misalde mevzubahs belediye kararının hukukî kıymet ifade edip etmediği meselesini tekrar ele alalım. Sosyolojik pozitivist bunun cevabını mahkeme içtihatlarında arıyacaktır; Yargıtay ve Danıştay kararlarını tetkik edecek ve geçmişte böyle bir belediye nizamının bu mahkemelerce kanuna uygun addedilip addedilmediğine bakacaktır. Bir sosyolojik pozitivistin hukuk görüşünü M. Jèze'in **İdare Hukukunun Umumi Prensipleri** adlı eserinin önsözünde buluruz: "Hukuk, muayyen bir memlekette, muayyen bir zamanda mahkemeler tarafından içtimaî hareket kaideleri olarak tanınan sureti hallerin bütünüdür" (7). "Bir memleketin hukuku, o memlekette, muayyen bir zamanda, tatbikatçılar ve mahkemeler tarafından bilfiil tatbik edilmekte olan kaidelerin (bunların iyi veya kötü, faydalı veya zararlı telâkki edilmelerinin hiç bir ehemmiyeti yoktur) heyeti mecmuasıdır... Şu halde, muayyen bir memlekette, muayyen bir devirde hukuk, o memleketin ve o devrin insanların ekseriyeti tarafından doğru ve cemiyet için faydalı telâkki edilen içtimaî hareket kaide-

(7) 3. basımın önsözü, s. 2.

lerinin bütünüdür.... Nazariyelerin doğruluk kıstası, vakıalara tam tetabuklarıdır" (8).

Görülüyor ki zikrettiğimiz bu cümleler tam mânasiyle müstakar bir düşünceyi aksettirmemektedirler. M. Jèze kâh münhasıran mahkemelerin içtihadını ileri sürmekte, kâh buna tatbikatçıların kanaatlerini de eklemekte, kâh bunun yerine halkın ekseriyetinin kanaatini ikame etmekte ve kâh sadece "vakıalara tetabuk" tan bahsetmektedir. Bu sonuncu formül bence içtimaî pozitivizm mefhumunu en doğru ve veciz olarak ifade eden formüldür. Bu hukuk anlayışına göre, hukuk, muayyen bir memlekette, muayyen bir zamanda hukuk kaidesi olarak fiilen tatbik edilmekte olan kaidelerdir. Mahkemelerin kanaatlerinden ısrarla bahsedilmesine sebep, pratikte ekseriya fiili vaziyet ile mahkemelerin hal tarzlarının birbirlerine tetabuk etmelerindedir. Fakat bu her zaman böyle olmayabilir. Meselâ bazı meseleler sistematik olarak mahkemelere aksetmezler (Adalet Bakanı bazı kanunlara riayetsizlik hallerinde takibat icra edilmemesini savcılıklara emredebilir; veya hususî şahıslar adalete müracaattan imtina ederler). Bazan da mahkeme kararlarını tatbikine imkân bulunmaz (Misal: "Couiteas" meselesi; zabıta âmirlerinin kiracıları ihraç kararlarını infazdan kaçınmaları). Hiç tereddütsüz denebilir ki, bu gibi hallerde hakiki bir sosyolojik pozitivist için hukukî vaziyet bizzat mahkeme kararlarından hasıl olan vaziyet değil, bu kararları infazdan imtina eden idarî makamların yaratmış oldukları vaziyettir. M. René Capitant şu satırları ile bende mükemmel bir sosyolojik pozitivist intibamı bırakıyor: "Mahkemeler... hukuku tatbik eden yegâne organ değildirler; idare de, bhusus suçları takip ve mahkeme kararlarını infaz bakımından hukukun tatbikinde gayet faal bir rol oynar. İmdi, pozitif hukuk bizce bilfiil tatbik edilen hukuktur. Bilfarz, mahkemelerce suç telâkki edilen... fakat buna mukabil zabıta memurları tarafından hemen hemen hiç takibe uğramıyan bir fiil tasavvur edelim... Bu fiili pozitif hukuka aykırı mı sayacağız? Binde bir aksi bir memur tarafından takibe uğrarsa cezalandırılacağı şüphesizdir; fakat bu istisna kaideyi değiştirmez. Bu faraziyede, Yargıtay tarafından tatbik edilen fakat buna rağmen pozitif hukuktan olmayan bir hukuk kaidesi karşısında bulunuyoruz demektir. Pozitif hukuku tayin eden halkın örfü âdâtı ve idarî makamların tatbikatıdır. Bunu bir misalle daha izah edelim: Şayet, icra organları, bu hususta Bakanlıktan gelen talimata uyararak bazı mahkeme kararlarını - meselâ kiracıları ihraç kararlarını - infazdan imtina ederlerse, burada pozitif

(8) 2. basımın önsözü, s. 8 ve 9.

hukuk kaidesi kiracıların çıkarılması değil, onların kiradan istifadeye devamlarıdır”.

Müellif yazısına şöyle devam ediyor: “İşte, pozitif hukuk, bilfiil tatbik edilen hukuktur. Muayyen bir devirde pozitif hukukun muhtevası tesbit edilmek istenirse, muhtelif kaynaklardan neşet eden hukukun (yazılı mevzuat, örfü âdet, kazaî içtihat, idarî tatbikat) bir sentez’ini yapmak, ve bu sentez’e bilfiil tatbik edilen bütün kaideleri, ve ancak bu kaideleri ithal etmek lâzımdır” (9).

Görülüyor ki, içtihadın kabul ettiği sureti haller kâğıt üzerinde kaldıkları müddetçe sosyolojik pozitivist nazarında hiçbir hukukî kıymet ifade etmezler. Fakat umumiyetle bunun böyle olmayacağı ve mahkeme kararlarının tatbik edileceği tabiidir. Bu takdirde pozitif hukuku bu kararlar temsil eder. Filhakika, kazaî içtihat, pozitif hukuka kanundan daha yakındır, zira kanun mahkemeler vasıtasıyla tatbik edilir ve mahkemeler kanunu ihlâl ettikleri takdirde onlara karşı bir itiraz yolu mevcut değildir; binanaleyh, mahkemelerce kabul edilen hal suretleri fiil vaziyete tekabül ediyor demektir. Meselâ, 28 pluviöse yıl VIII tarihli kanunda mevcut bir hükme göre (madde 4): “Vilâyet idarî mahkemesi (Conseil de prefecture)’ hususî şahısların, İdare’nin fiilinden olmayıp da müteahhitlerin şahsî fiillerinden doğacak zarar ve ziyan talepleri hakkında hüküm vermeğe selâhiyettardır”. Başladığı zaman bilinmiyecek kadar eski bir içtihat, sabit olarak, vilâyet idarî mahkemesinin bu selâhiyetinin, kanunun açık ibaresine rağmen, müteahhidin şahsî kusurundan değil de İdarenin fiilinden doğan tazminat taleplerine ait olduğu yolunda karar veregelmiştir: İşte öyle bir hal ki içtihat, kanunu tefsir bahanesiyle, vazı kanunun gayet sarîh olarak koymuş olduğu bir kaidenin tamamen aksini tatbik ediyor. Şimdi burada pozitif hukuk kaidesi acaba hangisidir? Hukukî pozitivistin vereceği cevap şudur: VIII. yıl kanunu usulü dairesinde ısdar edildiği ve hiçbir zaman resmen ilga edilmemiş olduğu cihetle bugünkü mer’i hukuku el’an bu kanun temsil eder; binaenaleyh, içtihadın buna aykırı olarak vermiş olduğu hükümler, Almancada denildiği gibi, “Rechtswidrig” tir (10). Buna mukabil sosyolojik pozitivist de hiç tereddütsüz, fiilen tatbik edilen yegâne kaide içtihadın koymuş olduğu kaide olduğuna göre hukuken kıymet ifade eden de odur, diyecektir.

Bu suretle içtimaî pozitivism, şimdiye kadar alışmış olduğumuzdan tamamen başka bir hukukî kıymetler silsilesi ihdas etmektedir. Filhakika, bu sisteme göre, hâkim vazı kanuna, jandarma da hâkime tekaddüm eder

(9) R. Capitani, L’illicite, I. L’impératif juridique, s. 113 ve devamı.

(10) Hukuka aykırı.



sonunda, ancak jandarmanın tarafında fiilen tatbik mevkiine konulan kaideler hukuk kaidesi olarak kabul edildiği cihetle memleketin en yüksek hukukî otoritesinin jandarmanın olduğu şeklinde paradoksal bir netice ortaya çıkar. Bu görüşün ne kadar sakat olduğu bundan daha iyi bir şekilde tebarüz ettirilemez. Bununla beraber, itiraf etmek lâzımdır ki, mantık bu görüşten yanadır: Madem ki hukuk vakıalara irca ediliyor, makul olan onu mümkün olduğu kadar vakıalara tetabuk ettirmektir. İşte bu bakımdan hukukî pozitivizmle içtimaî pozitivizm arasında tereddüt edilebilir. Mamafih içtimaî pozitivizm ne kadar cazip olursa olsun, bazı içtihadın açıkça kanuna aykırı olduğunu müşahade etmemek ve a priori olarak bunu söylemekten kendini menetmek mümkün değildir. Ben o kanaatteyim ki, Yargıtay kanunu ihlâl ettiği zaman hukuku da ihlâl etmektedir.

E. Hukukî pozitivizmle içtimaî pozitivizm arasında hissedilir derecede mevcut olan bu farklar bize bu iki sistemin tabii hukuk doktrinleri ile karşılaştırıldığı zaman birbirlerine ne kadar yakın olduklarını gözden kaybettirmemelidir. Hukukî pozitivizmle içtimaî pozitivizmin pozitif hukuk telâkkileri birbirinden farklıdır; fakat her ikisi de pozitif hukuku vakılardan istihraç ederler. İçtimaî pozitivizm bütün içtimaî vakıaları nazarı itibara alır (zaten ismi de buradan gelmektedir). Hukukî pozitivizm ise sadece hukuk kaynağı olma imtiyazı kendilerine tanınmış bazı vakıalara itibar eder: Ezcümle, normların esas addolunan bir ilk norm tarafından bu hususta selâhiyetli kılınmış otoritelerce meydana getirilmeleri. Fakat bu farklar o kadar mühim değildir. Heriki telâkkiye göre de hukuku baştan aşağı vakıalar yaratır; bu vakıalar, beşerî, içtimaî vakıalardır; insanın iradesinden doğan fiillerdir. Gerek hukukî, gerekse içtimaî pozitivizm, hukukun menşeiini münhasıran iradî olarak kabul ederler. M. Geny'nin tâbirile, bütün hukuk "inşa" edilmiştir; hiçbir parçası tabiat tarafından "verilmiş" değildir. Mamafih, yanlış anlaşılmasın: bu demek değildir ki, insan hukuku meydana getirirken "eşyanın tabiatı" nı, hukukun halle mecbur olduğu meselelerin doğuş şartlarını nazarı itibara almaz. Hakikî bir pozitivist olan M. Jèze, "İdare hukukunun umumî prensipleri" adlı eserinin birbirini takip eden önsözlerinde, bir hukukçu için "hukukî bir meselenin ortaya çıkmış olduğu içtimaî, iktisadî, siyasî ve tarihî muhiti" araştırmanın lüzumu üzerinde ısrarla durmuştur (11).

M. Jèze'in her hangi bir hukukî meseleyi ele almazdan önce tetkikini zarurî saydığı bu muhitte, M. Geny'nin "hukukun mutası" diye adlandırdığı şey mevcuttur. Hukukî veya sosyolojik pozitivist kanun vazunun bu

(11) 3. basının önsözü, 11. s.

“muta” ya azamî ehemmiyet atfetmesine hiçbir zaman itiraz etmezler. Yalnız, kanun vazı - veya hâkim - tarafından benimsenip de hukuk kaidesine inkilâp ettirilmedikçe bu tabii “muta” ya hiçbir hukukî kıymet tanımazlar. İşte pozitivistlerle tabii hukuka inananları birbirlerinden ayıran uçurum da buradadır. Tabii hukukun hangi nevine taraftar olursa olsun - bilindiği üzere bu hukuk telâkkisinin birçok değişik neveleri vardır - tabii hukuka inanan kimse demek, bazı normların insan iradesinden gayri bir takım sebeplerle hukukî kıymet ifade ettiğine inanan kimse demektir. Bu sebepler tabiat-üstü bir vahiy olabileceği gibi, tabiatın veya aklın veya kalbin icapları da olabilir. Asıl mesele belki de, M. Bonnard'ın “Hukukî nizamın menşei” (12) isimli yazısında gayet aydınlık bir şekilde ortaya koyduğu gibi, bir “tabii hukuk - pozitivism” meselesi olmaktan ziyade bir “objektivizm - iradecilik” meselesidir.

F. Felsefî, hukukî ve içtimaî pozitivismin birbirlerinden ne kadar farklı olduklarını ve son ikisinin tabii hukuk doktrinleri ile nasıl tezat teşkil ettiklerini kâfi derecede tebarüz ettirmiş olduğumu zannediyorum. Şimdi, hukuk meselesi karşısında felsefî pozitivist ile, felsefede pozitivismi reddeden ve metafizik bir görüşe ve hatta dinî bir inanca merbut bulunan bir kimsenin nasıl bir vaziyet ittihaz edebileceklerini görelim.

## II

A. Felsefede pozitivist olan bir kimse tabii hukuka inanabilir mi? Hayır, zira her hangi bir tabii hukuk anlayışı ancak sübjektif olabilir ve çoğu zaman bu anlayış, vahyedilmiş bir ahlâka inancın hukuk sahasına tatbikinden başka birşey değildir. Bu ise, pozitivist felsefeci tarafından reddedilen bir faraziye dir.

Eğer, sarıh muhtevalı bir tabii kaidenin mevcudiyeti tecrübe ile de teyit edilmek suretiyle ilmen isbat edilebilseydi o zaman vaziyet tamamen başka olurdu. Nitekim, tabii hukuk nazariyecileri de bunun farkındadırlar, zira hali hazırda bütün gayretlerini “aklı hukuk” tesmiye ettikleri ve insan aklı sayesinde yalnız mevcudiyetinin isbatı değil, hatta muhtevasının da tayini mümkün olabilecek bir hukukun tesbitine hasretmektedirler. Fakat maalesef M. Jèze'in kendilerine yapmış olduğu şu itiraz daima karşılıklıdır: Bu mefruz tabii hukukun muhtevası üzerinde herkes mutabık değildir ve bu bir vâkıdır. Bu hususta bir tek kişinin dahi muhalif fikirde olması, tabii hukukun muhtevası üzerindeki fikir ihtilâfını kimin halledeceği meselesini ortaya atmaya kâfidir. İşte M. Jèze'in

(12) Mélanges Hauriou, s. 49, not 1. Bu not şayanı dikkattir.

görüşü bu noktada galebe çalar. Kendisi tabii hukuk taraftarlarına ez-cümle der ki, (Bunları Milletlerarası Amme Hukuku Enstitüsünün bir toplantısında Duguit'ye söylerken de işittik): "Hukuku tayin bakımından hâkim parlamentoya nazaran niçin daha ehil olsun? Şu halde hukuk profesörünün de fikri alınmak lâzım gelmez mi? Fakat falanca profesörün fikri sorulunca diğerlerinininki niçin sorulmasın? "Hukukçu" ların da kanaatlerine müracaat edecek miyiz? Peki ama, "hukukçu" kimdir?"

Pozitivist felsefecinin tabii hukuka inanmasına engel olan, bu hususta umumî mutabakat bulunmaması halinde tabii hukukun muhtevasını tasrih edecek selâhiyetli otoriteyi tayin imkânsızlığıdır. Tabii hukuk taraftarları bu imkânsızlığı gayet iyi anladıkları içindir ki mukayeseli hukuk vasıtasıyla bütün milletlerin mevzuatında müşterek olan prensipleri tesbite çalışmışlardır: Onlarca insanlığın bu müşterek hukuku, tabii hukuktan süzülebilmiş olan esasların zübdesidir (13). Diğer bazıları ise, tabii hukuku artık sadece hukuk'a - bilhassa hukukî hal suretlerine - adalet ve nasafeti ithale matuf bir temayülden ibaret olarak göstermektedirler. (Müterakki muhtevalı tabii hukuk). Bu şekliyle tabii hukuk hemen bütün mânasını kaybedecek derecede müphemleşmektedir. Dekan M. Berthélemy'nin de "**Melanges Hauriou**" da işaret ettiği gibi, bu tabii hukuk telâkkisi neticede şunu demeye gelir: "Pozitif hukuk mümkün mertebe şu üç vecizeden müphem olmalıdır: **Honeste vivere, suum cuique tribuere, neminem laedere**" (14).

Tabii hukukun bu tarzda telâkkilerini bir tarafa bırakırsak -ki bunu yapmağa gerek tarih, gerekse mukayeseli hukuk bizi mezun kılmaktadır, zira her ikisi de gösterir ki beşeriyetin ahlâki ve hukukî kanaatleri kadar mütehavvil hiçbir şey yoktur (bu hususta "Année politique", 1931, s. 364 de yazdıklarımaya lütfen bakınız) - tabii hukukun ancak bir temeli kalır: Vahyedilmiş bir ahlâka dinî inanış. Hakikatte de, tabii hukuk taraftarı bütün katolik hukukçuların, gayrişuuri veya tahtesşuuri olarak, tabii hukuku bu şekilde telâkki ettikleri âşikârdır. Buna mukabil, pozitivist bir hukukçunun, netice itibariyle gayri aklî metafizik bir inanca istinat eden bu gibi delillere hukukî kıymet atfedemeyeceği de keza âşikârdır.

Su halde bu nokta üzerinde neticeye varabiliriz: Felsefi pozitivist kendi kendisiyle tezada düşmeksizin tabii hukuka inanamaz.

(13) Bu müellifler meyanında bilhassa Nancy Hukuk Fakültesinden Dekan M. Senn'i zikredebiliriz.

(14) Namuslu yaşamak, herkesin hakkını tanımak, kimseye zarar vermemek.

B. Bunun aksine olarak, acaba, bir mutekit, hukukî veya içtımâî pozitivistin taraftar olabilir mi? Böyle bir vaziyet onun için bir feragati iman, ahlâk inançlarının inkârı demek olmaz mı? Eğer böyle olmuş olsaydı hukukun müşterek bir tarifi üzerinde anlaşmak ümidini ilelebet terketmek lâzım gelirdi. Mamafih, metafizikten hiçbir zaman vazgeçilemeyeceğini, metafizikle uğraşılmıyacağını beyan etmenin dahi onunla uğraşmak demek olduğunu müdafaa eden dindar görüşlü kimseler az değildir. Pozitif hukukun üstünde tabîî bir hukuk bulunduğunu inkâr etmek, hukukun meşruiyeti meselesinin hukukî bir mesele olduğunu kabul etmemek, hukukun vicdanî bir mecburiyet tahmil edip etmediği suali ile alâkadar olmamak ve nihayet hukuku vakıya irca etmek, katolik hukukçunun veya sadece spirütüalist hukukçunun hiçbir zaman kabul edemeyeceği materyalist bir felsefeye bağlanmak demek değil midir? Katiyen değildir. Hukukî pozitivist, pozitif hukukun fevkinde yüksek bir emir (impêratif) bulunduğunu inkâr etmez; sadece bu emre hukukî vasıf tanımayıp onu, herkesin sübjektif vicdanından doğan ve binaenaleyh hiçbir ilmî vasfı haiz olmayan bir ahlâk emri olarak kabul eder.

Hukukî pozitivist: "Vicdanınıza veya dininizin evamirine aykırı dahi olsa pozitif hukuk hükümlerine riayete mecbursunuz" demez. "Pozitif hukuka itaat etmemekte serbestsiniz, der. Fakat bundan doğacak mesuliyete katlanmak şartile. Yalnız şunu biliniz ki, bu şekilde hareket etmekle bu fiilin gerek sizin, gerekse cemiyet için tevlit edebileceği bütün na-hoş neticeleri göze alarak hukuka karşı isyan etmiş olursunuz. Kendinizi ve cemiyeti bu tehlikeye atmakta serbestsiniz; yalnız bunu yaparken hukuka istinat etmeyiniz. İstibdada mukavemet gibi prensipler meşru sayılabilirler, bazı ahlâk düsturları bunları âmir olabilir; fakat herhalde bu prensipler hukukî değildirler, hatta sureti katiyede hukuka aykırıdır".

Pozitivizm (hukukî veya içtımâî olsun) "Tanrıların ilâhî ve şaşmaz kanunları" nı inkâr etmez; sadece bunları, tecrübe ile isbat edilememeleri bakımından hukuktan hariç kılar - her türlü ilmî tetkikten hariç kalacakları gibi. Fakat herkes kendi vicdanında bu kanunlara, hukuktan ayrı olmak üzere, bir yer ayırabilir ve bu yerin başta gelmemesi için de hiçbir sebep yoktur. Herkes kendi vicdanında hukuku ahlâka tâbi kılmakta serbesttir; bu, hukukçuyu katiyen alâkadar etmiyen tamamen sübjektif bir takdir meselesidir. Hukukçunun istediği ancak bir şey vardır, o da, hukukun ilmî tetkikini engelleyecek mahiyette olan bir karışıklık ve vuzuh-suzluk unsurunun bertaraf edilmesidir.

İşte, spiritüalist veya dinî metafizik ve ahlâk sistemlerine intisapları ile tanınan şahsiyetlerin hukuk sahasında kendilerini pozitivist olarak ilân etmekte hiçbir mahzur görmemiş olmaları bu suretle izah edilebilir. Bu hususta misal olarak M. Ripert ile M. Carré de Malberg'in isimlerini zikredebileceğimi zannediyorum.

Bilhassa M. Carré de Malberg'in vaziyeti gayet sarihtir: "Bir kimse, o yüce kaynaktan (Tanrı) neşet eden düsturların müteal kıymetine derunî olarak kani bulunabilir; fakat gene de, sosyal realiteler karşısında, devletin kanunundan mukaddem bir hukukun mevcut olamayacağını kabul etmek mecburiyetindedir. Mevzubahs düsturların yüksek ve mutlak değeri, onlara hakiki hukuk kaideleri vasfını izafe etmiye kâfi gelmez".

İşte bir müellif ki - kendisinin müstesna tefekkür kudretini ve sayanı takdir diyaletik kabiliyetini burada hatırlatmayı zait buluyoruz - bir yandan hristiyan ahlâk prensiplerinin müteâl değerini ve hatta mutlak değerini tanımakla beraber, bu prensiplere, pozitif hukuka ithal edildikleri müddetçe hukukî hiçbir kıymet izafe etmemeyi mütenakız addetmiyor. Hukukî veya içtimaî pozitivistimin her hangi bir dinî inançla çatışmadığına bundan daha iyi bir misal gösterilemez.

### III

Artık neticeye varabiliriz: Felsefî, hukukî ve içtimaî pozitivism birbirlerinden tamamen farklı üç ayrı düşünüş tarzıdır; bununla beraber, felsefî pozitivist kendi kendisiyle tezada düşmeksizin tabîî hukuka inanmaz; muhakkak surette ya hukukî pozitivistime, veyahut ta içtimaî pozitivistime iltihak etmek zorundadır. İşte bunu yapmamış olduğu içindir ki Duguit bütün hayatı boyunca garip bir kararsızlık içinde çalkanmış durumda ve hiç şüphesiz bundan en ziyade gene kendisi müteessir olmuştur.

Diğer taraftan, pozitivism (hukukî veya içtimaî olsun) herkesin üzerinde anlaşabileceği yegâne sahadır. Filhakika, felsefî pozitivist tabîî hukuka meyledemez, fakat en koyu dinî ahlâk taraftarları dahi hiçbir tezada düşmeksizin hukukta pekâlâ pozitivist görüşü kabul edebilirler.

Okuyucularımı da iştirak ettirebilmiş olmayı dilediğim bu kanaatleri, kendisine bu sahifelerin ithaf edilmiş olduğu hukukî pozitivistimin üstadına bir hürmet nişanesi olarak takdim ile bahtiyarım.