

TABIİ HUKUKUN YENİ VEÇESİ

Yazan: Prof. Dr. Yavuz ABADAN

I

Fakültemiz mecmuasının bu sayısı, bir öğretme üyesi sıfatını taşımaktan şeref duyduğumuz bilgi ve kültür müessesesinin çeyrek yüz yıllık varlığını kutlayan bir armağan halinde çıkıyor. Bilindiği üzere Ankara Hukuk Fakültesi, Türk inkılabının benimsediği modern hukuk prensiplerini, milli bünyemize bir sistem halinde mal edecek bilgileri yetiştirme gayesiyle, bundan yirmi beş yıl önce kurulmuştu. Bu mutlu yıl dönümünün, memleket çerçevesini aşan büyük önemi, bu küçük etüdde yalnız belli bir ihtisas zümresine hitap eden müteferri mevzular üzerinde durmaktansa, hukukun en geniş ilgi uyandırmaya elverişli ezeli ve ebedî büyük meselelerinden birini ele almaya bizi sevketmiş bulunmaktadır.

Hukukun bu vasıf ve mahiyeti haiz en mühim mevzularından biri, belki birincisi, hiç şüphesiz tabii hukuk problemi. Kökleri milâddan beş yüz yıl önceki ilk Yunan aydınlanmasına kadar uzanan tabii hukuk fikri, tarih bakımından felsefe ile yaş t sayılacak eski bir maziye sahiptir. Eğer Aristo'nun dediği gibi, felsefi düşünce ilk kaynağını insanın hayret ve merak duygusundan almış ise, tabii hukuk tasavvurunun doğmasına da aynı hissin müessir olması gerekir.

Görüş ve idrak darlığının yarattığı şaşkınlık içinde, hayat ve tabiatın sırlarını aydınlatma cehdine girişen insan düşüncesinin çözüme mecburiyetiyle karşı karşıya bulunduğu mühim bir muamma da, insan topluluklarını idare eden nizamın mana ve mahiyeti meselesidir. Ancak insan idrakinin, içtimai nizamın künhüne taalluk eden böyle bir meselelerin halli dâvasını güdebilmesi, her şeyden önce kendi kudretine güvenen bir aydınlığa kavuşmasına, daha doğrusu insan tabiatında karanlıkları aydınlatacak ışıklı bir bilgi cevherinin bulunduğuna inancına bağlıdır.

Protagoras'ın (M. E. 485 - 411) meşhur, "insan, her şeyin ölçüsüdür" sözü, işte bu inanın bilgi nazariyesi bakımından ilk açık ifadesini teşkil ediyor. Başka bir deyimle bu formülde, dış âlemin değişik tesir ve telâkkilerine karşı istiklâlini kazanan uyanık insan idrak ve guurunun ilk felsefi tavır ve davranışı dile geliyor.

Hürriyet problemi başlığını taşıyan bir seri otüdümüzde etrafıca izah etmiş olduğumuz gibi, Protagoras'ın bu sözünü sansüalist bir sübjektivizm adesesinden mütalâaya kalkmayup, kritik bir realizmin ifadesi olarak değerlendirmek doğru olur. (Tafsilât için bak, İstanbul Hukuk Fakültesi mecmuası 1940 cilt VI, sayı 4 s. 826 ve sonrası). Çünkü ancak bu takdirde "homo - mensura" yani "insan - ölçü" düsturu, "herkese göre değişen şeriyet veya kıymet hükmü" iddiasından sıyrılarak gerek nazari gerek ameli hayatımızda daima akla uygun hareket esasını belirten sabit ve müstakar bir mâna kazanır.

Gerçekten Protagoras fenomenalizminde hissi ve tesadüfi saiklerin esiri ampirik tek insana yani fizik ve organik hususiyetleriyle kendine benzerlerden ayrılan ferdiyete yer yoktur. O, insanı her şeyin ölçüsü olarak ileri sürerken, tekleri değil, insan cinsini daha doğrusu fertleri birleştiren müsterek ve umumî hassayı yani akli hüviyeti kastediyor. Böylece insan cinsinde tecelli eden bu müsterek kıymet temeli üzerine, umumî meriyeti haiz hüküm ve kaideler kurmak dolayısıyla ona dayanarak topluluğun hukuk veya ahlâk nizamına bağlılığını izah ve tesis etmek imkânı hasıl oluyor.

Görülüyor ki aslında bir bilgi nazariyesi prensibi olan "insan - ölçü" düsturu, içtimai hayatı tanzim eden kaidelerin de tenkit ve izahı için kullanılınca, eski Yunan hukuk felsefesinin mihver problemi olan müsabet hukuk ile tabii hukuk karşılaşmasına yol açılmış oluyor. Bunun için de önce insanların, bütün toplulukların ilâhi menceden değişmez bir nizam tabii oldukları imanından sıyrılarak, etraflarına kritik bir gözle bakma imkânını elde etmeleri lâzım gelmiştir.

Daha ilk çağın sitelerinde yaşayan insanların böyle tenkitçi bir görüşe sahip oldukları, bugün artık herkesin bildiği bir gerçektir. Bu sayede eski Yunanlılar, önce hukuk ve örfler âleminde yere, zamana ve kavme göre derin değişiklik ve ayrılıkların mevcudiyetini hayretle tesbit etmişlerdir. Hattâ tarihin seyri içerisinde aynı site halkının, zaman zaman çeşitli örf ve hukuk nizamına bağlandığı dikkatten kaçmamıştır.

Insan aklı, mekân ve zamana göre değişen çeşitli nizam mahşeri ortasında önce düştüğü hayretten kendini kurtarıp muhtelif kanunlar arasında bir kıymet hiyerarsisi yaratacak şekilde bir değer biçme yoluna sapmıştır. Bu değer biçmeyi mümkün kılacak ölçünün ise, bütün gözleri mahallî, mütehavvil ve mevzu nizam kalabalığının üstünde değişmez, yüksek, mutlak meriyeti haiz kanunlara çeken bir hak ve adalet ideali olması tabii ve zaruridir.

Böylece mevzu hukuktan ayrı, değişmez bir tabii hukuk idesinin doğması, cemiyet ve devlet nizamının mahiyet ve değerini aydınlatma bakı-

mundan tefekkür tarihinde yeni bir çığır ve ufuk açıyor. Her ide, mahiyeti icabı, mükemmellik tasavvurunu temsil eden bir hedefe teveccüh eder. Buna göre tabii hukuk idesinin hedefi, tabii yani doğru ve hakikî hukuku bulmak, içtimai hayat nizamında olanı değil, olması lâzım geleni göstermektir. Şu halde tabii hukuk idesi, bir yandan hukukun gelecekteki tekâmül hedef ve istikametini göstermek, diğer yandan müsbet hukukun değerini tayin hususunda bir ölçü hizmeti görmek gibi iki cepheli bir göreve sahip bulunmaktadır.

Tabii hukuk idesinin bu karakteri, ona beşerî nizama mevzuuyla ilgili bütün esaslı meseleleri tetkik ve tenkide elverişli bir hüviyet kazandırmaktadır. Bunların başında da insanlar tarafından yapılan kanunların, - daha umumî bir ifade ile - müsbet hukuk nizamının ahlaki temeli meselesi yer alır: Kanunlara riayet mükellefiyetini doğuran sebep nedir? Ferdin vicdanı, böyle bir mükellefiyeti niçin ve nede duymaktadır? Devlet ve hukuk nizamının cebredici kudreti, hangi ahlakî ecasa dayanır? Vatandaşların vicdanlarında tepki yaratmaksızın, hür bir dilekle benimsenebilecek en iyi ve en mükemmel kanunlar, nasıl vücut bulabilirler? İlk çağdanberi felsefî düşünce, bütün bu ve buna benzer suallerin cevaplarını, tabii hukuk idesine uygunluk veya aykırılık esasında arayıp bulmaya çalışmıştır.

Zenon'un kurduğu stoacılık mektebinin Diakon fizikon'u Diakon nomikondan ayırmasında, bu ideal hukuk ile mevzu hukuk karşılaştırmasını görüyoruz. Tabiata göre âdil olanı kanuna göre âdil olandan ayırmakla, tabii hukuk idesine uyan bir Diakon fizikon'un, mevzu hukuk nizamı ve dolayısıyla devlet teşkilâtı için değişmez en yüksek kıymet ölçüsü olduğu ve ikincinin ancak buna uyması nisbetinde meriyet ve meşruiyet kazanabileceği kast ve kabul olunmaktadır.

Aynı hal, sofistlerin "Nomus" a, yani mevzu ve bineanaleyh mekân ve zamana göre mütehavil kaidelerden mürekkep müsbet nizama karşı; "agrafos nomus" a, yani yazılmamış, sadece insanların fitrî basiret ve hukukî şuurunda mündemiç ve müesses değişmez kanuna üstün değer tanımlarında da göze çarpmaktadır. Nitekim yüksek ahlakî kıymeti daima "tabii" de bulan sofist etiği, müsbet ve mevzu nizama karşı daima tenkitkâr bir tavır takınmaktadır. Bu konuda meselâ "hak ve haksızlığı tabiatın değil, belki mevzu nizamın eseri" (Delege X. 889) sayan Gorgias ile insanlar tarafından vazedilen kanunları, "insanlığı daima tabiatın hilâfına cebreden bir müstebit" (Protagoras 337 D) diye vasıflandıran Hippias'ı hatırlamak ve hatırlatmak kâfidir.

Nihayet Eflâtun'un ideal devlet düşüncesini de, tabii hukuk idesine uygun bir nizam tasavvuruna bağlamak mümkündür. Eflâtun ve muak-

kipleri ile sofistler arasında bütün felsefi meselelerin teferruatına kadar dallanıp budaklanan münakaşalar, bunların hepsinin, mevcude göre ideale daha üstün değer biçme hususunda birleşmelerine mani teşkil etmemiştir.

Görülüyor ki başlangıçtanberi bütün hukuk sistemlerinin müsbet hukuka karşı davranışını tayin eden tenkitçi zihniyet, tabii hukuk fikriyle beslenmiştir. Böylece tabii hukuk idesi, eski Yunanlılarda ferdiyetçilik ruhu ile demokratik siyasî şuurun doğup gelişmesinde mühim bir rol oynamıştır. İşte bu durum, tabii hukuk nazariyesinin başlangıcında işaret ettiğimiz "ezeli" karakterini belirtmiş bulunmaktadır.

Buna karşılık tabii hukukun "ebedilik" vasfı, onun zamanımıza kadar aralıksız devamlılığında ve her devrin hususiyetlerine göre içtimai hayat kanunları üzerinde derin izleri görülen tesirinde tecelli etmektedir. Gerçi 19 uncu yüz yılın başında ve sonunda pozitivizm tarafından tabii hukuk nazariyesi aleyhine, bazılarının ilmi mahiyeti meşkûk devamlı haçh seferleri açılmıştır. Ancak bunların ilk hamlede ulaştığı görüldükleri başarının, tamamen zahiri ve geçici bir karakter taşıdığı çok geçmeden anlaşılmıştır. Çünkü hukuki tarihçilik ile pozitivizmin katî bir zafer kazanmasıyla tabii hukukun artık fikir âleminde silindiği iddia olunan zamanlarda bile, ideal hukuk tasavvuru yalnız hürriyet, eşitlik, ferdi mülkiyet ve âkit serbestisi prensiplerini devlet ve hukuk hayatına mal etmekle yetinmemiş, aynı zamanda dünyada belli başlı kanunların tedvin prensiplerini de tayin etmiştir.

Hele müsbet hukukun boşluklarını doldurma, eksiklerini tamamlama, yanlışlıklarını düzeltme bakımlarından tabii hukuk idesi, her zaman en feyizli bir kaynak hizmetini görmüştür. O kadar ki tabii hukuk fikrine dayanarak modern mevzuatta yer alan "hakimin takdir hakkı", kanunların sosyal ve iktisadî hayatın gelişimine uygun şekilde tatbikini sağlayan ve bu yoldan gayeye ulaşmayı mümkün kılan tek tesirli mekanizma olmuştur. Bu müesseseden faydalanılmayan hallerde kanunlar, ihtiyaçlara cevap vermeyen donmuş kalıplar halinde her türlü tatbik kabiliyetini kaybetmişlerdir.

Bütün bu sebeplerle Radbruch'un, "Hukuk felsefesi mebedinden 19 uncu asrın başına kadar tamamen tabii hukuk nazariyesinden ibarettir" (Hukuk felsefesi, s. 14) hükmü, yalnız nisbî bir hakikatın ifadesi olmaktan kurtulamamaktadır. Eğer bununla, ilk çıkışını Alman Savigny'nin - Montesquieu'nun Esprit des Lois'sinden mülhem olarak - açtığı hukuki tarihçilik ile pozitivist Auguste Comte sosyolojisinin hukuk idesine yer vermemeleri sebebiyle, 19 uncu asırda hukuk felsefesinin ciddî bir buhran geçirdiği ifade edilmek isteniyorsa, bu görüşe katılmamak için hiç

bir sebep yoktur. Gerçekten tenkitçi görüşü mümkün kılan düalist metodiyle bir hukuk felsefesine yer veren tek felsefi sistem, tabii hukuk nazariyesidir.

Ancak bu durum, hukuk felsefesinin geçirdiği buhran ile birlikte tabii hukukun da 19 uncu yüz yılda sona erdiği veya hiç olmazsa inkıtaa uğradığı manasına gelemes. Aksine Ernst Landsberg'in açık bir şekilde belirttiği gibi, hukukta yegâne felsefi sistem olarak "tabii hukukun ebedi tekrür" (Hukuk ve iktisat felsefesi arşivi, cilt 18, s. 3) ünden bahsetmekte mutlak bir isabet vardır.

Gerçekten hukukî düşüncenin, kurak pozitivizm çölünde uzun müddet saplanıp kalmasına imkân yoktu. Fikir ve deha, her sahada olduğu gibi hukukta da kendini kısırlıktan kurtaracak geniş ve hür ufuklarda uçup dolaşmak ister. Tabii hukuk idesi, gerek hukuk ilmine gerek hukuk felsefesine bu imkân sağladığı için her devirde çekiciliğini muhafaza etmiştir.

Hamleci ve inkılâpçı zihniyete yaraşmayan korkak bir ilmi zihniyetle miskince her türlü ide ve idealden feragat eden pozitivizm, tenkitçi, araştırmacı insan düşüncesini hiç bir suretle tatmin edememiştir. Bu yüzden pozitivizmin en yüksek hakimiyet zirvesine ulaştığı sanılan bir devirde ondan yüz çevrilmesine şaşmamak gerekir.

Bu gerçeğin en kuvvetli teyidini K. Bergbohm'un şikâyetlerinde bulmak mümkündür. 1892 de yayınladığı Hukukçuluk ve Hukuk felsefesi (Jurisprudenz und Rechtsphilosophie) eseriyle müsbet hukuk esaslarından mantıkî tecritlerle bir umumî hukuk nazariyesine yükselmek isteyen Bergbohm, hukukta pozitivizmi hakim kılmayı gaye edinmiş ve bu maksatla tabii hukuku katî ve cezrî bir tasfiyeye uğratmak üzere ilmi bir ayıklama faaliyetine girişmişti. Bu maksatla yaptığı araştırmalar neticesinde adı geçen Alman hukukçusu, derin bir hayal kırıklığına uğradığını itiraf mecburiyetinde kaldı. Bergbohm, meriyetten kaldırmak istediği tabii hukuk esaslarını, bütün teferruatiyle pozitivist hukuk nazariyesine sinmiş ve en şöhretli pozitivistler tarafından hararetle benimsenmiş olduğundan acı acı şikâyet etmektedir.

Pozitivizmin sözde erişilmez zaferini tesitle avunduğu 19 uncu yüz yılın bu son safhasında, yeni Kantçı hukuk felsefesinin ünlü temsilcisi Rudolf Stammler, mevcut hukukun gelişmesinde ve değerlendirilmesinde bir kutup yıldızı hizmeti görmek üzere tabii hukuk idesine yeni bir mâna ve meriyet kazandıran çalışmalarında bir hayli ilerlemiş ve pek çok taraftar kazanmıştı. Kant formalizmine uygun olarak Stamm'er'in hukuk idesine çok şekli bir muhteva vermesi, kendisinin bütün dünyada "materyalist düşüncüyü ve çıplak hukuk pozitivizmini yenen bir çıkar

"acı" olarak tanınıp takdir edilmesine engel olmamıştır. (Yetmişinci doğum yılı vesilesiyle 1926 da Profesör Edgar Talarin - Tarnheyden tarafından nesrolunan armağan kitabın çeşitli millet ve memleketlere mensup 84 hukuk âlimi tarafından imzalanan mukaddemesine bakılabilir).

Birinci ve ikinci dünya harplerinin sonunda tabii hukuk fikri idealine bağlılık, kitlelerin hür ve ileri yeni bir dünya nizamına karşı duydukları içi iştihakla beslenerek yeniden canlanıp kuvvetlendi. Buna müessir olan belli başlı sebepleri, fikrî, siyasi ve içtimai olmak üzere üç esas mihver etrafında toplamak mümkündür.

Köklegmiş bir çok maddî ve manevî kıymetleri tahrip eden felâketli sarsıntılardan sonra yeniden tabii hukuka dönüşün fikrî mihrakını, nazari sahada "hür hukuk" modernizmi teşkil ve temsil etmektedir. Sosyal hayatın gelişimine ve gerçek ihtiyaçlara yabancı katı ve kifayetsiz mevzuat mahşerinin müstebit baskısını "serbest içtimaiyatlar" la kırıp önlemeyi en isabetli kurtuluş yolu sayan hukukçular, "hür hukuk nazariyesi" adı verilen yeni bir tabii hukuk telâkkisi ve cereyanı etrafında toplanmışlardır.

Tabii hukuka bağlılık duygusunu ateşleyen siyasi mihrak, emperyalist veya totaliter tahakküm teşebbüslerine karşı aydın ruhlarda tutuşan hürriyet iştihakıdır. Milletler Cemiyeti veya Birleşmiş Milletler Teşkilâtı ve ülküleri etrafında toplanarak millî istiklâl ve ferdi hürriyetleri - yahut devrimizin klâsikleşmeğe yüz tutmuş üniversal temayülünü belirten insan hak ve hürriyetlerini - teminat altına alma, bu yoldan milletlerin eşit haklarla işbirliğine dayanan bir barış nizamını sağlama, sosyal huzur ve istikrar koruma gayretleri hep bu iştihaktan kaynak almıştır.

Tabii hukuka bağlılığı kuvvetlendiren belli başlı içtimai saik ise, halk psikolojisinde kanunlara karşı kayıtsızlık hatta itimatsızlık duygusunun gittikçe derinleşecek bir surette yerleşmesidir. Kanunların ilâhi menşeden geldiği düşüncesinden kaynak alan bir kudsilik hâlesi, onlara yüz yıllar boyunca geniş halk kitlelerinin gönülden hürmet ve riayetini sağlayan en tesirli müeyyide olmuştur. Fakat zamanla ve çeşitli sebeplerin ilcası ile bu duygu, hemen her memlekette büyük sarsıntılara uğramıştır.

Bu sarsıntıda hiç şüphesiz tabii hukuka yol açan fikri aydınlanma ile rasyonalizm cereyanının da ehemmiyetli bir rolü vardır. Fakat bu konuda en ağır sorumluluk içtimai hayata her an yersiz, isabetsiz ve sert müdahaleleriyle ömrü çekilmez bir yük haline getiren kanun yapıcılarının omuzlarına yüklenmektedir.

Bir çok memleketlerde kanunların birbirini tutmaz ve içinden çıkılmaz bir mevzuat mahşeri haline gelmesi, sadece kanun vazılarının hata-

larından doğmuyor. İctimai, iktisadî hayat şartlarıyla teknik imkânların süratle değişmesi, olağan üstü hallerin veya siyasi gerginliklerin yarattığı zaruretler, yerine ve zamanına göre kanun yapıcıları sık sık kanunları değiştirmeye zorluyor da...

Ancak şurası var ki, nazik bir durumda karar sahibinin tereddüdü nasıl ona itimadı sarsmaya kâfi gelirse, kanunların bolluğu ve sık sık değişmesi de, onların meriyet ve itibarını her türlü ihlâl tehlikesinden koruyacak telkin kudretini pek kısa zaman içinde yıkmaya kâfidir. Bu arada bilhassa icraya geniş yetkiler sağlayan geçici veya devamlı salâhiyet kanunları, keyfî hareketlere yol açarak, hukuk devleti ülküsüne bağlılığı temelinden sarsma istidadını taşırlar.

Bütün bu sebeplerle insan biraz da yaradılışı icabı, müsbet hukuk nizamına karşı daima ve her yerde tenkitçi hattâ şüpheli bir tavır takınmak itiyadındadır. İnsanın gerek doğuştan, gerek terbiye ile iktisap edilmiş vicdan ve hayâ hissine tekabül eden bir hukukî duyguya sahip olduğu şüphe götürmez bir gerçektir. İşte bu hukuk duygusuna göre insan çok defa, devletin vazettiği kanunları kifayetsiz, isabetsiz bilhassa kendine yabancı addetmektedir. Bu sebeplede gerek hukukî olaylar, gerek karşılaştığı hayat hâdiseleriyle ihtilâflar hakkında bu duyguya dayanarak, az veya çok emniyetle karar vermeğe çalışmaktadır. İşte insanı eskidenberi, cari hukuk nizamının ve tatbikatın kifayetsizlik ve isabetsizliklerine karşı, daima tabii hukuk fikrine sarılmaya sürükleyen, iç varlığında sesisini açıkça duyduğu bu hak duygusudur.

İkinci dünya harbinin bütün kıymet hükümlerini temelinden sarsmak suretiyle insanlığın manevî ve hukukî hayatında açtığı derin boşluk, yeni bir hürriyet ve barış nizamı hasretiyle tutuşan gönüllerde hak ve adalet duygusunu her zamandan daha kuvvetli bir şekilde körüklemiş, tabii hukuk ülkü ve prensiplerine sarılıp bağlanmayı vazgeçilmez bir zaruret ve tek kurtuluş çaresi haline getirmiştir. Bu ülkü ve prensiplere dönüşün harp sonu dünyasında ilk siyasi meyveleri Atlântik misakı, İnsan Hakları Anayasası ve beyanname, Birleşmiş Milletler teşkilâtına dayanan bir devletler arası hukuk ve barış nizamı tasavurudur. İçinde yaşadığımız yirminci yüz yılın ikinci yarısının insanlık hayatında yeni mesut bir çığır teşkil edip etmemesi, tabii hukuk idealinden doğan bu teşebbüslerin zafer veya izmihlâline bağlıdır.

Siyasî sahadaki bu canlılığa karşılık, yeni nizamın temelini teşkil edecek hukukî kıymet telâkkisi - başka bir deyimle - devrimiz tabii hukuk nazariyesini temyiz eden karakteristik hususiyetler üzerinde ilmi araştırmalar henüz emekleme safhasındadır. Bu arada Heinrich Rommen gibi ciddi müelliflerin yeni bir sisteme ulaşma teşebbüsleri de, yeni çağ

tabii hukukçulariye "hür mektep" nazariyecilerinin izlerinden yürüyerek, "hukukun esası olan adalete uygun bir bağlılığın ancak hakikî hürriyetle" telif edilebileceğini isbata müncer olmaktadır. Adı geçen müellifin "Die EWige Wiederkehr des Naturrechts" (tabii hukukun ebedî tekerrürü) adlı eserine bakınız. München - 1947 ikinci bası. s. 262.

II

Türkiyede modern esaslara dayanan yeni bir devlet kurma teşebbüsünü başarıya ulaştıran son inkılâp hareketinin başlamasındanberi, tabii hukuk fikir ve düşüncesi memleketimizde gün geçtikçe önemi artan aktüel bir değer kazanmıştır. Dünya tarihi bütün büyük inkılâplar gibi, Türk inkılâbı da yalnız belli başlı prensiplerini değil, aynı zamanda meşruiyet sebebini "ebedî tekerrür" halinde bulunan tabii hukukun âlemşümül esaslarından almıştır.

Gerçekten tabii hukuka dayanmaksızın bir inkılâp teşebbüsüne girişmenin bile imkânsızlığını anlamak için, fikir ve siyaset tarihine kısa bir göz gezdirmek kâfidir. Alkidamos'danberi insanların "hür ve eşit yaratıldıkları" dâvasını bütün dünyaya yayanlar, hep tabii hukuk nazariyecileridir. Fransız inkılâbının ideolojisini yapan J. J. Rousseau, tabii hürriyet ile içtimai zecri, serbest bir anlaşma tasavvurunda telif için "Contrat social" ini yazmıştır. Bütün modern anayasaların hürriyet ve haklar teminatına örnek olan Amerikan hukuk beyannamesi (Bil of Virginia 1776) ile 1789 tarihli Fransız hukuk beşer beyannamesinin bütün esasları, en ince teferruatına kadar, tabii hukuk nazariyecilerince hazırlanıp ortaya atılmıştır.

Devlet ve hukuk nizamiyle ilgili siyasî inkılâplar, eskiliği, haksızlığı ve kötülüğü dolayısıyla mevcut durumun zorla yıkılması, o güne kadar gerçek ve geçer olanın değişmesini istihdaf ederler. Bu sebeple büyük ve hakikî vassına hak kazanan bir inkılâp, sadece devletin yüksek organlarında şahıs veya çehre değişikliği ile yetinmeyip, hukukî nizâmı da değiştirip yepyeni esaslar üzerine kurmak zorundadır.

Bu mânada inkılâp, her şeyden önce mevcut hukukî nizama karşı şahısların veya muayyen zümre ve kitlelerin hareketidir. Mevcut ve cari nizâm çerçevesi içerisinde siyasî, içtimai veya iktisadî gayelerine ulaşmayı imkânsız görenler, bu maksatların istihsaline elverişli bir zemin yaratma teşebbüsüne girişerek başta anayasa hükümleri olmak üzere kanunların kendi işlerine gelmeyen kısımlarını kaldırınca, hukukî bünyede esaslî bir inkılâp yapılmış olur. Bu değiştirmenin sonunda yeni nizâmı tesis edenler, kendi gaye ve prensiplerine uygun yeni bir hukuk vücuda getirirler.

Bu hale göre böyle bir değişildiği mümkün kılan inkılâp hakkını, mer'i ve müsbet hukuk nizamından çıkarmaya imkân yoktur. Mevcut nizamın muayyen şahıs veya zümrelere bir inkılâp hakkı tanımaya kalkması, bindiği dalı kesen bir şahıs gibi kendi varlığını daimî bir tehlikeye ilka etmesi, dolayısıyla kendi mevcudiyet ve meşruiyetini inkâr durumuna düşmesi manasını taşır.

Gerçi pek nadir bir tezahür olarak bazı anayasalarda dolayısıyla ihtilâl ve mukavemet hakkına cevaz verir görünen bir takım hükümlerin yer aldığı da görülmüştür. Buna eski bir misal olmak üzere 1848 tarihli Fransız anayasasının, "anayasa ile onun mukaddes saydığı hakları, bütün Fransızların himaye ve vatan sevgisine emanet ve tevdi" eden 110 uncu maddesini zikredebiliriz. Yeni kanunlardan 29 Ekim 1946 tarihli Hessen anayasası da 146 inci maddesinde, "anayasanın varlık ve devamını elindeki bütün kuvvet ve vasıtalarla sağlamayı herkese vazife" olarak vermekte, 147 inci madde ise "anayasaya aykırı olarak alenen kullanılan cebre karşı mukavemet, herkesin hak ve vazifesi" olduğunu tasrih etmektedir. (Tercümesi: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 1949 cilt VI sayı 2, 3, 4 s. 451).

Bu hükümlerin istihdaf ettiği esas gayenin de, mevcut hukukî nizamın temeli olan anayasayı ve onun teminat altına aldığı insan hak ve hürriyetlerini korumaktan ibaret olduğu göze çarpmaktadır. Vatandaşlık hak ve hürriyetlerini herkesin himayesine tevdi duygululuğunu, hukukî mevzuata mal eden bu türlü hükümlerin, tabii hukuk düşüncesinin tesiri altında vücut buldukları hususu da her türlü şüpheden azadedir. Ancak herkesin sübjektif takdirine bırakılan, anayasa ile onun sağladığı hak ve hürriyetler çerçevesini koruma ve cebre karşı mukavemet hak ve vazifelerinin, kolaylıkla keyfi hareketlere dolayısıyla mevcut hukukî nizamı sarsma hattâ yıkma teşebbüsüne yol açması pekâlâ mümkündür.

Bu endişe ile ekseri anayasalarda vatandaşlara cebre karşı mukavemet veya hukukî hayata müdahale hususlarında açık bono mahiyetini taşıyan bu türlü hükümlere aslâ yer verilmemektedir. Aksine bütün anayasalar, değişiklik için üçte iki çoğunluk gibi mevsuf bir ekseriyet şartı ile kanun yapıcıya karşı da kendilerini koruyucu tedbirler almakta, hele ceza kanunları anayasayı zorla bozma, değiştirme ve kaldırma hareketlerine karşı, umumî ceza prensiplerinden ayrılarak en ağır ceza tehditlerini ihtiva etmektedirler. (Bu hususta malûmat için Ceza Kanunumuzun 146 ncı maddesine bir göz atmak kâfidir).

Bu durum açıkça gösteriyor ki inkılâp hakkını, hukukî pozitivizm görüşüyle ne mütalâa, ne tesis, ne de kabule imkân yoktur. Böyle bir hakkı, olsa olsa müsbet nizamdan müstakil, doğrudan doğruya insanların

haslet ve tabiatlarında mündemiç, onların vicdanlarını birbirine bağlayan ve sonunda mevzu nizamın da meriyet ve meşruiyet kaynağını teşkil eden tabii ve akli hukuk esaslarından çıkarmak mümkündür.

Yukarıda da belirtildiği gibi tabii, hukukun düalist metodu, daima mükemmellik ihtiyakı peşinde sürüklenen insanlığı mevcut nizamla göre daha iyi, daha ileri, daha üstün bir hukuki kıymet fikrine bağlamak suretiyle inkılâp imkânını sağlamakta ve hazırlamaktadır. Köhneleşmiş, hak ve adalete aykırılığı sabit olmuş, terakkiye engel bir hukuk nizamını ortadan kaldırıp onun yerine yeni, ileri ve adil bir nizam kurmak şerefi, inkılâp ve inkılâpçının dayanabileceği en yüksek ve asil ahlâki lejitimasyonu teşkil etmektedir. Bunu mümkün kılan da çağlar içindeki bütün varyasyonları ve en ünlü temsilcileriyle tabii hukuk nazariyesidir.

Türk inkılâbını, bu düşüncelerin ışığı altında mütalâa edince, fakültemizin kuruluşuna müncer ve sebep olan hukuki yenilenmenin mâna ve değeri daha iyi aydınlanmış olur. Türk inkılâbı, milletimizin tabii haklarını ve istiklâlini, haksız tecavüzlere karşı koruma hedefini güden bir ayaklanma ile başladı. Bu maksadın gerçekleşmesi için yalnız düşmanı yenmek kâfi değildi. Siyasî varlık ve birliğimizin devamını sağlayacak diğer inkılâp hamlelerine ihtiyaç vardı.

Bunların başında birinci dünya harbinin sarsıntularıyla göçmüş olan teokratik eski çağ devlet nizamı yerine modern esaslara dayanan yeni bir nizamı kurma işi yer alıyordu. Bu devletin yapısı, sağlam ve ileri bir anayasa sistemine dayanmalı idi. Devrin icap ve ihtiyaçlarına uygun böyle bir anayasa sistemi ise, her şeyden önce lâyik ve aydın bir zihniyete dayanmak, bütün vatandaşlar arasında demokratik eşitliği gerçekleştirmek, hak ve hürriyetleri geniş ölçüde teminat altına almak gerekirdi.

Bugüne kadar yürürlükte bulunan 1924 tarihli anayasa kanunumuz, tabii hukuk nazariyesinin yüz yıllar süren bir gelişme devresi sonunda insanlığa mal ettiği bu esas düşüncelere, kanunî meriyet kazandırmak için vücut buldu. Bu yüzden lâyiklik, inkılâpçılık, eşitlik prensipleri, inkılâptan sonraki hukuki gelişmemizin daimî tekâmül hedeflerini teşkil ettiler.

Hukukta lâyiklik prensibi, daha 17 inci yüz yılın ilk çeyreğinde meşhur Hollandalı Hugo Grotius'un her türlü teokratik düşünce unsurlarından temizlenmiş tabii hukuk sistemi ile yerleşmişti. Malûm olduğu üzere jürisprüdansı, ilâhiyattan kesin çizgilerle ayıran Grotius, hak mefhumunun teoloji mefhumu olmaksızın mevcut bulunduğunu, tabii hukuk esaslarının, tıpkı riyaî axiom'lar gibi, ilâhî bir teyide hacet kalmaksızın hakikat kıymetinden yani doğruluk vasfından bir şey kaybetmeyeceklerini, bu sebeple tabii hukukun lâyik karakterini hiç bir tere-

düde mahaf kalmayacak şekilde isbat etmişti. (Bu konuda daha fazla tafsilât için Grotius ve tabii hukuk adlı etüdümüze bakılabilir. İstanbul 1939 s. 28 ve sonrası).

O zamandanberi lâyiklik esası, bir tabii hukuk prensibi halinde bütün modern kanunların tanzimine müessir olmuştur. Anayasamız, Ceza Kanunumuz ve medenî hukukumuz, bu prensibe uygun olarak dinin siyasetten ayrılmasını ve vicdan hürriyetinin teminatını sağlayan hükümler ihtiva etmektedir.

Tabii hukuktan anayasamıza geçen inkılâpçılık prensibini, bir yandan Türk inkılâbının vücade getirdiği yeni hukukî müesseseleri koruma, diğer yandan hukukumuzu hak ve adalet ülkesine ve değişen içtimai şartlara göre daimî surette yenileyip geliştirme manasında anlamak lâzımdır. Bu şekilde kavranan inkılâpçılık zihniyeti, devlet ve hukuk nizamımızın, inkılâbın ana prensiplerine sadakattan ayrılmaksızın mükemmellik ihtiyakına, hak ve adalet idealine uygun hamleli gelişme ve tekâmül imkânını sağlamaktadır.

Demokratik hayatın temeli olan eşitlik prensibi ise, hürriyet esası ile birlikte bir yandan cümhuriyet rejiminin diğer yandan inkılâp hukukunun en sağlam ve değişmez desteği mahiyetindedirler. Son beş yıllık demokratik gelişmenin hakikî hedefi, siyasî ve medenî hayatımızın bütün safhalarında, bu prensiplere daha geniş bir gerçekleşme ve tatbik imkânı kazandırmaktan ibarettir. Gerek bu bakımdan gerek devamlı bir hürriyet ve barış nizamının kurulması yolunda modern demokrasilerle sıkı işbirliği bakımından, tabii hukuk esaslarının son yıllarda memleketimiz için aktüel değeri büsbütün artmış bulunmaktadır.

Burada zikri gereken mühim bir nokta da, İsviçre Medenî Kanununun Türkiye tarafından kabulünde tabii hukuk zihniyetinin başlıca müessir âmil teşkil etmesidir. Medenî Kanunumuzun gerekçesinde uzun uzadıya izah edildiği gibi, bu kanun Türk milletinin mukadderatını orta çağa mahsus dinî hükümlerin bağlarından kurtarmak üzere kabul ve ictibas olunmuştur. Bu hususta medenî kanunlar içinde "en yeni, en mükemmel, en halkçı olan İsviçre kanunu" esas tutulmuştur.

Yine gerekçeye göre "içtimai ve iktisadî daimî temaslar, beşerin büyük ve medenî bir kitlesini bir aile haline getirmiş ve getirmekte bulunmuş" olduğundan, milletlerin ihtiyaçları arasında esaslı bir fark yoktur. "Türk milletinin kararı, muasır medeniyeti, kayıtsız şartsız tekâmül prensipleri ile kabul etmektir. Bunun en bariz ve canlı delili inkılâbımızın kendisidir". Bu arada "muasır medeniyeti almak ve benimsemek kararıyla yürüten Türk milleti, muasır medeniyeti kendine uydurmayı değil, kendisi onun icaplarına her ne pahasına olursa olsun ayak

uydurmayı" düşünmektedir. Bu maksatla Adliye Vekâleti lâyük ve demokratik esaslara dayanan İsviçre Kanununu esas alarak yeni kanunu hazırlamakla "inkılâp ve tarih huzurunda millî vazifesini ifa" ettiğine kani bulunmaktadır.

Bu gerekçenin açıkça belirttiği gibi, dinî esaslardan mülhem eski hukukun devamı "ne asrı hazır medeniyeti icaplarıyla ne de Türk ihtilâlinin istilzam ettiği mana ve mefhumla kabili telif" olmadığından medenî hukukumuzu, tabii hukuk esaslarına göre yenilemek bir inkılâp vazifesi olmuştur. Bu vazifenin ifasında insan aklının müşterek mahsulü olan üniversal esaslar, olduğu gibi alınacaktır.

Hukukî sahada bu esasları kökleştiren tabii hukuk cereyanıdır. Ancak tabii hukuk zihniyetidir ki, müşterek akli hassaya malik insanları, bir aile halinde telâkki etmeğe ve medenî münasebetlerini aynı prensip ve kaidelere tabi kılmaya elverişlidir. Buna karşılık millî hususiyetleri hukukî hayatın da temel şartı ve ön plânda müessir faktörü sayan tarihçi mektep, her millete has kanunların maşeri şuurdan kaynak alması gerektiğine ve bu sebeple hukukî değer, mevzu kanunlardan ziyade örf ve âdet kaidelerinden mürekkep teamülü hukuka teveccüh edeceğine kani bulunmaktadır. Millî örf ve âdete üstün değer biçen bu görüş tarzının, kanun vazına taraftar değilken başka bir millete ait bir kanunun iktibasına asla cevaz vermeyeceği meydandadır. Bu bakımdan İsviçre Medenî Kanununun tarafımızdan iktibas, yalnız prensipler itibarıyla değil, aynı zamanda hukukî kıymet ölçüsüyle de tabii hukuk zihniyetine uymanın bir neticesidir.

Medenî kanunu - gerekçesinde belirtildiği gibi - Türk cemiyetini inkılâpçı bir hamle ile lâyük olduğu tekâmül merhalesine ulaştırma dileğinin ifadesidir. Bu sebeple İsviçre Kanununun millî bünyemize uydurulması değil, sosyal ilerleme tedbirleriyle içtimaî durumumuzun tabii hukuk idealine en çok yaklaşan örnek bir hukukî sisteme yaklaştırılması bahis mevzuudur. Geri ve köhneleşmiş kaide bağlarından sıyrılıp içtimaî hayat seviyemizi ileri bir hukuk sisteminin gereklerine uyacak şekilde yükseltmek inkılâp ve inkılâpçılık zihniyetinin zarurî ve tabii bir neticesi sayılmak gerekir.

Tabii hukuk esasları, 18 inci yüz yılın yarısında başlayan modern kanunların tedvininde tesirli bir rol oynamışlardır. Meşhur Marie Thérèse, mevcut hukukun tesbitinde, "tashi ve ikmal için daima umumî akıl hukukunu göz önünde tutma" lüzumunda ısrar ediyordu. İkinci Frederick'in 31 Aralık 1746 tarihli emirnamesinde "sırf akla ve memleket anayasasına dayanan bir kanun yaratma" hususu tavsiye olunuyordu. Bu telkinlere uygun olarak Avusturya Medenî Kanununun yedinci mad-

desi, hâkimlere "tabii hukuk esaslarına göre kanunların boşluklarını doldurma" yetkisini tanıyor. Bu prensip Viyanalı tabii hukuk nazariyecisi Seiller'in 21 Aralık 1801 tarihli konferansında temsil ve müdafaa ettiği aşağıdaki fikrin, kanun maddesi haline gelmiş bir ifadesidir: "Devlette kudret sahipleri, hukuk yaratıcısı ve vazı değillerdir. Ashnda bütün hukuku, akıl vazeder. Kanun yapıcı, hukukî aklın tatbikini beyan eden bir organdır".

Bu düşüncenin, 1804 tarihli Fransız "Code civile" ine intikal şekli, "metnin sükûtu, karanlığı veya kifayetsizliği iddiasıyla hükümden imtina eden hâkimin, hakkı yerine getirmemiş sayılacağı" hakkındaki dördüncü madde hükmüdür. Aynı esas, bizde ve me hazımız İsviçre Medeni Kanununun birinci maddesinde daha dar bir yetki halinde şöyle ifade edilmiştir. "Hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan meselede hâkim örf ve âdete göre, örf ve âdet dahi yoksa, kendisi vazı kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre hükmeder".

Görülüyor ki hâkimin, insanî akıl ölçüsüne göre kanunların boşluklarını doldurma, yanlışlarını düzeltme, eksiklerini tamamlama hususundaki takdir hakkı, tabii hukukun bir tedvin prensibi olarak kanunlara geçmiştir. Bu hükümler, hukukun tatbikatının daima rasyonalist kalmasını, kanunların eskiiyip katılaşmadan yeni hayat şartlarına ayarlanmasını, ve devrin icap ve hususiyetlerine göre mana ve muhteva kazanmasını sağlamaktadır. Bu hüküm, aynı zamanda inkılâp hukuk ve mevzuatımızın, millî ve içtimâî hayatımızın seyir ve gelişimini takip ile daima ayakta, canlı, hak ve adalet ülküsüne bağlı kalmasını sağlayacak en kuvvetli teminat mahiyetini taşımakta, bu bakımdan da tabii hukukun bizim için haiz olduğu yüksek kıymeti bir kere daha belirtmektedir.

III

Tabii hukukun ezellik ve ebedilik vasfını, gerek millî inkılâp hukukumuzun gelişimi, gerek milletlerarası hukuk nizamının istikbali bakımlarından taşıdığı aktüel kıymeti böylece belirttikten sonra onun mana ve mahiyeti üzerinde kısaca durmaya sıra gelmiş bulunuyor. Tabii hukuk, iki bin beş yüz yıllık temadisine rağmen, muhtelif devirlerde ayrı manalar almakla kalmamış, zaman ve muhit şartlarına, hatta sübjektif telâkki ve kanaatlara göre muhteva değişikliğine uğramıştır. En umumî bir tarzda tabii hukuk, içerisinde hak bilgisine ve prensiplerine ait muhtelif görüşlerin yer aldığı bir hukuk felsefesi manasında kullanılmıştır. Bizim burada tabii hukuku, daha ziyade insan varlığında hak ve adalet idesine uygun bir hukuk ve prensipler sistemi manasında kullandığımız, bundan önceki izahatımızla meydana çıkmış bulunmaktadır.

Tabii hukukun mahiyet ve menşei gibi gayesi de, esaslı ihtilâfların mevzuudur. Tabii hukuk, bazan mevzu hukuka dayanacağı prensipleri vermeğe ve bu suretle onu kökten ve derinden sağlamlaştırmaya (hür hukuk nazariyecilerinin kuvvet ve hayat verdikleri iki dünya harbi arasındaki tabii hukuk temayülü), bazan tamamen bunun aksine mevzu hukukla mücadeleye (yeni çağ tabii hukukunun esas temayülü), yahut da müsbet hukukun değerini tayin ve takdir hususunda bir ölçü hizmeti görmeğe (müşterek tandans) yarar telâkki olunmuştur. Tabii hukuku, bu çeşitli temayüller sebebiyle bir tek mana bütününde toplamaya imkân yoktur.

Tabii hukuk hakkında açık bir anlayışa varmak için bu terimle ne kastedildiğini ayrı ayrı tesbit etmek lâzımdır. Başlangıçtanberi tabii hukuk ile kastedilen çeşitli düşünceleri, aşağıdaki beş gurup etrafında toplamak mümkündür:

1 — Tabii hukuk, insan hareketinin tabii kanuna uygun düsturları yekûnudur. Bu mana içerisinde tabii hukukun - tıpkı tabiat kanunlarının fiziki hâdiselerin muayyen şartlar altında birbirine bağlı olarak tekerrürünü tayin etmeleri nev'inden - insan hareketlerini tayin eden en isabetli normları vazetmekte bulunduğu iddiası saklıdır. Böylece müsbet ve mevcut bir nizamın ifadesi telâkki edilen tabii hukukun mevcudiyeti iki esasa, ya umumî bir dünya kanunu (kâinatta meknuz tabii hukuk) yahut yalnız insan topluluğuna yani cemiyetin tabiat ve mahiyetine has olmak üzere cari ve muteber bir kanun (sosyal tabii hukuk) fikrine irca edilebilir. Bu manada tabii hukukun, meriyet bakımından sadece bir lüzum ifade etmekte kalmayıp, bir cebri de ihtiva ettiği meydandadır.

2 — Diğer bir mana da tabii hukuk, insanı bilvasita yani müsbet hukuk delâletiyle muayyen bir hareketin ifasına mükellef kılan bir lüzum hükmünün ifadesidir. Bununla tabii hukuka normatif karakter izafe edilmekle beraber doğrudan doğruya mükellef kılıcı bir kudret tanımayor. Tabii hukukun meriyeti, müsbet hukuk dolayısıyledir. Müsbet hukukun kökü ve meşruiyet sebebi, onun dışında ve üstündeki hukuk düşüncesinde ve yüksek prensiplerde - tek bir kelime ile - tabii hukuk fikir ve cevherindedir. Buna göre bu manasıyle tabii hukuk, fertlerden ziyade kanun yapıcıyı ilzam eder.

3 — Bundan başka tabii hukuk, müsbet hukukun yanında veya ona aykırı bir surette insanı, doğrudan doğruya bir hareketin ifasıyle mükellef kılan lüzum hükmü manasına kullanılır. Müsbet hukukla tanınmaya ihtiyaç duymaksızın, meriyet iddiasında bulunan hukuk hükümlerinin hepsi, bu manadaki tabii hukuk içerisinde girer. Bu türlü hüküm-

lerin kaynağı, ya ilâhi iradeye, ya her hangi bir hak fikrine, yahut ferdi akla irca edilmektedir.

4 — Tabii hukuk bir de, cari bulunan veya yaratılacak olan hukuk nizamının hüküm ve takdirine esas bir ölçü manasında kullanılır. Bu kıymet ölçüsü, devrin veya şartların değiştirdiği kıymet telâkkilerine bağlı olarak tahavvüle uğrar. Yerine ve zamanına göre bu ölçü, âmme refahı, kültürel inkişaf, insanlık, hürlük, barış, adalet ve demokrasi fikri vesaire kalbına girer.

5 — Nihayet tabii hukuk, cemiyet ilmi ve siyasi hayat bakımından muayyen bir usulü ifade için de kullanılmaktadır. Bununla ilgili olarak meselâ içtimai mukavele nazariyesi ve esas haklar sistemi, devlet ve hukuk problemlerinin izahında kullanılan yardımcı, metodik konstrüksiyonlardır. Bu beş manadan dördüne klâsik eski çağdanberi daima rastlandığı halde, sonuncusu bilhassa 17 ve 18 inci asırlar tabii hukukuna has görünüyor.

Tabii hukukun bütün bu şekillerinde onun mahiyetini tayin eden dört ana çizginin bazan mütebariz, bazan silik izleri okunur:

1 — Tabii hukuk, hangi manaya alınırsa alınsın, muhteva itibariyle muayyen hukuki kıymet hükümleri getirir.

2 — Bu kıymet hükümleri, tabiat, vahy ve akıldan ibaret esas kaynaklarının - değişmez ve mutlak karakterlerine uygun olmak üzere - umumen mer'i ve muteber aynı zamanda sabit ve değişmez esaslardır.

3 — Bu esaslara, insanın akli melekesiyle nüfuz etmesi, onları tanıyıp bilmesi mümkündür.

4 — İnsanca idraki mümkün olan bu esaslar, zuhur ve meriyet bakımından müsbet hukuka tekaddüm ederler. Aykırılık halinde mevzu hukuk kaideleri, hüküm ve meriyetten kalkmak gerekir.

Bu dört karakteristik çizgiden her birine atfedilen ehemmiyet ve değer derecesi, yalnız tabii hukuka verilen manaya göre değil, zaman ve telâkkiye nazaran da değişmiştir. Bu vasıflardan bazan birinin, bazan da diğerinin ötekilere üstün değer ve önemi üzerinde ısrar edilmiştir.

17 ve 18 inci yüz yılların tabii hukuku, çeşitli kaynaklar arasındaki tezatları kaldırarak her sahada olduğu gibi hukuk alanında da insan aklının mutlak hakimiyet ve değerini, tereddüt götürmez bir gerçek olarak tesis etti. Böylece artık tabii haklara gökte kaynak aramağa lüzum kalmadı. İnsanın hakkı ve haklı olanı bulması için, yabancı diyarlara sefer ihtiyacı duyulmaz bir hale geldi. Beşer tabiatında mündemiç aklı hassa, her şey gibi tabii hukukun da öz ve kaynağını teşkil ediyordu.

Bu bakımdan insanın akli hüviyetinde sabit ve sağlam bir şekil alarak yerleşmiş bulunan tabii hukukun yaratılmasına değil, ancak keşif

olunarak meydana çıkarılmasına ihtiyaç vardı. Bu şartlar altında her hangi bir rasyonalistin, hücre bir köşeye çekilerek müsbet hukuk hakkında hiç bilgisi olmaksızın, bir tabii hukuk sistemi vücuda getirip kâğıda geçirmesi pekâlâ mümkündür. Bu suretle insanın mahiyetine ve hak mefhumuna en çok nüfuzu olan bir şahsın, en çok işe yarar bir hukuk sistemi yaratması tabiatıyla kabil idi.

İşte bu telâkkiler yüzünden mutlak meriyet iddiasını güden, kendisine aykırı müsbet hukuk kaidelerinin derhal kaldırılmasını isteyen çeşitli hukuk sistem ve tasavvurları vücut buldu. Bunların mevcut hukukî nizamın yenisiyle değiştirilmesini gerçekleştiren inkılaplarda mühim bir rol oynadıkları inkâr götürmez bir gerçektir.

Diğer yandan bu devrin tabii hukukçuları arasında ferdiyetçilik, insan hak ve hürriyetleri, halk iradesinin hakimiyeti gibi fikirler üzerinde görüş ve düşünce ayrılıkları varsa da, hepsi de devlet varlık ve bağlılığını izah bakımından içtimaî mukavele esasından hareketle birleşmektedirler. Cemiyet ve devleti kuran hür mukavelenin, saikleri ve meşruiyet sebepleri üzerinde mütalâalar - şahsa göre ne kadar değişirse değişsin - rasyonel mukavelenin devlet ve cemiyet temeli sayılmasında ittifak vardır. Hâkimiyeti temsil edenler tarafından bu mukavelenin ruh ve esasına aykırı hareketin idare edenlere karşı koyma yetkisi vereceği büyük çoğunlukça kabul olunmaktadır.

Hukukî pozitivizm ile tarihçiliğin 19 uncu yüz yıl boyunca şiddetli bir mücadeleye girişmesi, tabii hukuku, zaman zaman bu izah ettiğimiz umumî esaslardan bir miktar fedakârlığa sürüklemiş ise de asıl fikir (ide) ve ona kuvvet veren rasyonalizm asla yıkılmamıştır. Hele bir noktada tabii hukuk idesi yenilmez bir metanetle dimdik ayakta kalmıştır.

Yukarda da belirttiğimiz gibi, bütün kanunî kaideler, muhtevalarını tamamen kanun malzemesinden alamamaktadırlar. Daha doğrusu lâfzın sert ve değişmez çemberi içerisinde kaide ekseriya mana ve ruhça daralmaktadır. Bu itibarla kanunları gaf bir metotla yorumlama zarureti sık sık baş gösteriyor.

Bunu temin etmek üzere hak ve adalet fikrinden kaynak alan yeni cereyanlar, pozitif materyel dışında, hukukî sahayı mütemadî surette sulamaktadırlar. Bu sebeptendir ki - Kelsen'in iddiasına aykırı olarak - tabii hukuk, hiç bir zaman hukukî realite karşısında zavallı ve çaresiz bir vaziyete düşmemiştir (Devlet nazariyesi 1925 s. 251). Aksine müsbet hukuk, sırf lâfızdan ibaret duvarlar arasına çekilip, ahlâkîlikte mündemiç tabii hukuk idesiyle canlı alâkasını kestikçe, ölüme veya hiç olmazsa tereddide mahkûm olmuştur.

IV

Tabii hukukun mana ve mahiyetini kısaca belirttikten sonra, artık etüdümüzün başlığı olan tabii hukukun yeni veçesi üzerinde durma imkânı doğmuş bulunuyor. Radbruch, hukuk felsefesi eserinde tabii hukukun çağlar içindeki felsefi ve fikri karakter değişikliğini şu suretle çizmektedir: "İlk çağın tabii hukuku, tabiat ile nizam; orta çağınki, ilâhî hukuk ile beşeri hukuk; yeni zamanınki ise, hukukî cebir ile ferdi akıl arasında çatışma etrafında dönüyordu" (Hukuk felsefesi 1932, üçüncü bası, s. 14).

Çağlar arasındaki sınırların, tabii hukukun seyri itibariyle zaman zaman karışmasına rağmen, yukarıda tesbit edilen karakteristik hususiyetlerin, yirmi beş yüz yıllık tekâmül vetiresinde üç merhaleyi gösteren fikri bir kriter değerini taşıdığı her türlü şüphe ve tereddüdün dışındadır.

Gerçekten tabii hukukun düalist görüşüne uygun olarak ilk çağda ideal nizam tasavvuru, diakon fizikon (tabii nizam) veya agrafos nomos (yazılmamış hukuk) mefhumlarıyla ifade ediliyordu. Bu mefhumlar Diakon nomikon denen insanlarca mevzu nizamın yahut yazılı hukukun, tekâmül hedefini gösteren bir kutup yıldızı mahiyetinde idi. Bu bakımdan mevzu nizamın değeri, tabiisine yaklaşması nisbetinde artmak gerekiyordu. Fakat tabii hukukun ikici görüşüne uygun olarak bu ikisinin birbirine tam olarak tetabuku imkânsızdı.

Orta çağda dinî tesirlerle ideal hukukî kıymet, vahiye dayanan ilâhî hukuk mihrakı üzerinde toplanmış bulunuyordu. İnsan eseri olan beşeri hukuk, ancak ilâhî hukuku örnek tutması nisbetinde, bir meriyet imkânına kavuşabiliyordu.

Grotius tarafından sisteme vücade getirilen yeni çağ tabii hukuku, lâiklik prensibine ön plânda değer verince hukukî kıymet ülküsünü, insan cinsinin müşterek vasfı olan ferdi aklın temsil etmesinden daha tabii bir netice olamazdı. Bu bakımdan müsbet hukuk nizamının bağlayıcı kaideleri, değerlerini akla uygunluk derecesinden alacaklardı. Rasyonalizm cereyanının kuvvetli tesiri altında bütün yeni çağ boyunca hatta zamanımıza kadar bu kıymet ölçüsünün mer'i ve muteber kaldığını söylemeğe lüzum yoktur. İnkılâp hukukumuz ve hâkimin takdir hakkı vesilesiyle yukarıda verdiğimiz izahat, bu prensibin meriyet ve tesir sahasını aydınlatmış bulunmaktadır.

İkinci dünya harbinden sonra yeniden canlanan tabii hukuk cereyanının ne gibi hususiyetlerle yukarıda zikredilen cereyanlardan ayrılacağı bugünden kestirilemez. Kendinden öncekiler gibi müşterek rasyonel temele sadakatten ayrılmıyacağı muhakkak bulunan yeni hareketin, tabii

hukukun seyirinde yeni bir merhale olmak şansına erişip erişmeyeceği de zamanın halledeceği bir meseledir. Yalnız kanaatimize göre, yeniden bir daha doğuş ve canlanışına şahit olduğumuz yeni tabii hukukun fikri karakteristiği, ideal hukuki kıymeti medeni nizam mihrakı üzerinde toplama istidadında belirmektedir. Buna göre devrimizin tabii hukuk problemi, keyfi nizam ile medeni nizam çatışmasında tekâsüf edeceğe benziyor.

Dikkate değer ki, yirminci yüz yılın başlangıcında "hür hukuk nazariyesi", tabii hukukun mihver meselesini, hâkimin takdir hakkında tecelli eden ferdi akıl vasıtasıyla mevcut ve müsbet kanunların boşluklarını doldurma ameliyesine kadar daraltmıştı. Bunun tabii hukukun esas temayülüne aykırı olarak hukukî tarihçilik ve pozitivismeye karşı bir taviz manasını taşıdığı muhakkaktır. Bugünün mevzuatında yer alan hükümlerin, beşerî aklın mahsulü olduğu iddia edilse bile, kanun kalıbına girerek donmuş ve tarihleşmiş hukuka karşı, aklın toptan ve bir bütün halinde isyan ve tenkidinden vazgeçme pahasına, yalnız eksikleri tamamlama iddiasıyla ortaya çıkmak hiç şüphesiz tabii hukuk idesi için bir feragattir.

Tabii ve tarihi hukuk arasında mücadelenin durdurulması için varılan zımnî uyuşmanın, kısa ömürlü bir mütareke mahiyetini taşıması mukadder idi. Çünkü tabii hukuk ideali ile hukukî tarihçilik ve pozitivism arasında mücadele, bir kanun tefsiri tekniğinden çok daha geniş derin, şümüllü hayati meselelere taalluk ediyordu.

Nitekim yarım asır içerisinde iki dünya harbine yol açan sosyal ve iktisadî huzursuzluk, eski dünya nizamını alt üst etmeğe kâfi gelmişti. Bu arada hukukî pozitivism, elverişli şartlardan faydalanarak sinsi bir şekilde saha kazanmaya devam etmiştir.

Hukukî pozitivismin mutlak hakimiyet telâkkisi, devlet hâkimiyetinin yalnız fizik ve psikolojik vakıalarla muayyen olduğu, bunun dışında hiç bir yüksek ilâhi kanun veya tabii hukuk normu ile kayıtlanamıyacağı esasından hareket eder. Hâkimiyet ise, hükümdar iradesinin mahsulü olan müsbet kanunda tecelli etmektedir. İşte hukukî pozitivismin bu hareket mebdinden devrimizin totaliter devletine varmak için, bu iz üzerinde sadakatle yürümek kâfi gelmiştir.

Vaktiyle Dostojevskij, bugünkü modern devin, korkunç hayaliyle bizi karşılaştırmış, totaliter devlete nisbetle mutlakiyetçi hükümdarların birer cenin gibi ruhsuz ve küçük kalacaklarını iddia etmişti. Bugün meşhur Rus yazarının kendi memleketinde hâkim olan rejim, ne kadar kuvvetli bir önseziğe sahip olduğunu göstermektedir.

Totaliter devlet ile onun dayandığı ideolojinin yeni bir şey olmadığını anlamak için, bunların mutlakiyet iddiasıyla ortaya çıkan umumî bir fel-

sefi cereyanın, ilmi bir metodun neticesi olduğunu düşünmek kâfidir. Bu pozitivist düşüncenin, irade, kanundur tezine dayandığı göz önünde tutulunca, insan iradesinin hükmünü geçirme hususunda her türlü fikrî ve ahlâkî kayıtlardan azadeliği neticesine varılır.

Gerçekten dünün ve bugünün totaliter devletleri, ırk ve sınıf menfaatleri gibi maddî faktörlerden başka hiç bir kayıtle kendilerini bağlı görmeyerek bir tek insanın dileğini en mutlak ve yüksek kanun haline yükseltmiş bulunmaktadırlar. Bu arada milletin tabii inkışaf hakkı veya halk demokrasisi gibi tabii hukuk prensiplerini hatırlatan formüllerle hakikî hüviyetlerini maskelemekten de geri durmamaktadırlar. Böylece yalnız bir tek kişinin keyfî iradesine dayanan totaliter bir nizam, sadece fertleri değil milletleri de birer birer yutarak bütün dünyayı bir esirler kampına çevirme tehdidini korkunç bir realite halinde canlandırmış bulunmaktadır.

İşte devrimizin tabii hukuku, bu tehlikeye yani, totaliter kuvvetlerin fikrî ve ahlâkî nihilizmine karşı koymak, insanlığı keyfî nizamın tahakküm ve istibdadından kurtaracak bir medenî nizamın meriyetini sağlamak üzere inkılâpçı ve hamlecî bir mücadeleye girişmek zorundadır. Totaliter rejimlerin keyfî nizamı ile geçici veya devamlı hiç bir uzlaşma imkânı yoktur. Böyle bir uzlaşma teşebbüsü, tabii hukuk nazariyesinin yeni dünya nizamında fikrî ve ahlâkî ideallerin nazım ve müessir olmasından vazgeçmesi manasını taşıyacaktır.

Yeni medenî nizam dâvası, tabii hukukun iki bin beş yüz yıllık gelişiminde bağlı kaldığı manevi değerlerin hiç birinden vazgeçemez. İnsanlığın müşterek ve ayırıcı vasfını teşkil eden akli hassanın, en asli ve yüksek fikrî cevher olmasını kabul bakımından, devrimizin tabii hukuku da rasyonalisttir. Fikrî kıymetleri, maddî kıymetlere üstün tutması bakımından idealisttir. İnsan varlığının, içtimai ve siyasî hayatın ağırlık merkezini teşkil ettiğini kabul etmesi bakımından ferdiyetçidir.

Fakat tabii hukuk nazariyesinin yeni safhasında aşırı bir sübjektivizmle, endividüalizmin bizatihi gaye sayılmasına yer olmamak lâzımdır. Ferdiyetçilikte ifrat, konsekant olarak tekçiliğe ve mutlakçılığa, totaliter rejimin keyfî nizamına müncer olmak zorundadır.

Bütün dünyada keyfî nizamın hâkimiyetini yıkarak medenî nizamı kurmanın mümkün olabilmesi için, hak ve adalet idealine uygun tabii hukuk esaslarının yeniden bütün gönülleri fethetmesi lâzımdır. Bu sebeple devrimizde tabii hukuka yeniden dönüş, yalnız diyalektik bir fikir tekâmülünün neticesi değil, insanlık ve medeniyetin devam ve istikbaliyle ilgili hayati bir zarurettir.

Bu medenî nizamın teferruatta hangi prensiplere dayanması ge-

rektiği hususunu, bu etiüd çerçevesi içerisinde sığdırmağa imkân yoktur. Hür ve demokrat memleketler anayasalarında son yıllarda yer alan prensiplerle hak ve hürriyetler teminatından yeni medenî nizamın, liberal ve sosyal temayüllerin bir sentezi olacağı anlaşılmaktadır.

Gerçekten devrimizde iktisadî refah ile içtimai adaletin, sosyal ve siyasî istikrarın dolayısıyla barış ve güvenliğin en kuvvetli teminatı olduğu inkâr götürmez bir kesinlikle sabit olmuştur. İçtimai adalet ve emniyetin sağlanmadığı bir cemiyette, her hangi bir ferdin kazancından, hayatından, hürriyetinden emin olabilmesine imkân kalmamıştır. Bu sebeple modern anayasalar, fertlerin hak ve hürriyetlerine dair garantiler yanında sosyal adalet ve emniyetin gerçekleşmesini sağlayacak tedbirlere de geniş bir yer ayırmaktadırlar.

Yeni medenî nizamın bir hususiyeti de, millî sınırlar çerçevesini aşan üniversal karakteridir. Medenî ve hür milletlerin karşılaştıkları müşterek tehlike (sağcı veya solcu totalitarizm), kendilerinin de müşterek prensipler etrafında bir aile birliği halinde toplanmalarını, hür ve eşit şartlarla müşterek bir nizama uymalarını gerektirmektedir. Bu da hukukî tarihçilik ve pozitivizmin maşeri ruha dayanan ve millî hususiyetlerle birbirinden ayrılan çeşitli hukuk nizamları tasavvurundan sıyrılıp, bütün milletleri akli ve ahlâkî prensipler etrafında birleştiren tabii hukukun müşterek nizama uyma idealine bağlanmayı kolaylaştırmaktadır.

İnsan hak ve hürriyetlerinin milletlerarası teminata kavuşması yolunda sarfedilen gayretler de, yeni medenî nizamın bir yandan bütün fertleri kucaklayan diğer yandan bütün dünyayı birleştirme hedefini güden üniversalite temayülü açıkça görülmektedir. Bütün bunlar gösteriyor ki, hür ve medenî bir nizam ihtiyacı içinde çırpınan dünya, kurtuluş ümidini yeniden canlanan tabii hukukun zaferine bağlamış bulunmaktadır. Ancak tabii hukuk idesinin yeni şartları aydınlatacak ışığı, insanlığı özlediği hürriyet, refah ve barış nizamına ulaştırabilecektir.

Prof. Dr. Yavuz ABADAN