

## DEVLET NIZAMI VE HUKUK

Devletle Hukuk ve Hak ile Kanun arasındaki münasebete dair  
bir izah denemesi

Ord. Prof. Dr. Ali Fuad Başgil

Fezleke :

I — Meselenin vaz'ı ve iki nazariye: a) Tabii ve liberal hukuk nazariyesi, b) Kanuni ve otoriter hukuk nazariyesi; II — Nazariyelerin tenkidi; III — Terminoloji; IV — Hukukun iki nevi kaidesi (ana kaideler - teknik kaideler): a) Ana kaideler camianın müşterek akıl, vicdan ve maneviyatından; müşterek ihtiyaç ve zaruretlerden doğar, b) Teknik kaideleri ise Devlet yani iktidar adamları icad eder ve koyar.

### I — Meselenin vaz'ı ve iki nazariye:

Bundan evvel bu mecmuada neşrettiğimiz bir yazıda<sup>1</sup> göstermeğe çalıştık ki, insan üç nevi nizam içinde yaşamaktadır. Bunlar tabiat, cemiyet ve Devlet nizamlarıdır ve bunlardan her biri insanı muayyen bir oluşu itibariyle hükmü altına almaktadır. Bu üç nizam birbirinden çok farklı olmakla beraber, bunlar birbiri içinde ve, âdeta sefertasları gibi, birbirine geçip birbiri üstünde yükselmektedir. O suretle ki, «Cemiyet nizamı» yahut «İçtimaî nizam» umumî «Tabiat nizamı» içinde, fakat bu nizamdan muayyen bazı hususiyetlerle ayrılıp hüviyetine mahsus bir yer işgal ettiği gibi; (Devlet nizamı) da umumî cemiyet nizamı içinde, fakat bu nizamdan bazı hususiyetlerle ayrılmakta ve kendine hâs bir hüviyet alıp bir yer işgal etmektedir.

Devlet nizamını ayırd eden ve ona muayyen bir hüviyet veren hususiyet, evvelâ, bu nizamı vücade getiren kaidelerin maddî ve teşkilâtli bir cebir ve tazyikten ibaret bir müeyyideye dayanması yani, bir kelime ile, (hukukî) olması; saniyen de bunların, hususiyle zamanımızda,

1) Mecmuanın Cilt VI, sayı 1-2, 1950 nüshasında çıkmıştır.



madde madde yazılıp sıralanmış ve birer kanun mecmuası haline konulmuş yani (formel) olmasıdır.

Umumî cemiyet nizamını vücade getiren kaidelerden Devlet nizamına girmeyen ve (hukukî) vasfı almayanlar — meselâ, ahlâk düsturları, nezaket ve muaşeret kaideleri — ne böyle bir müeyyideye dayanmakta, ne de bir kanun mecmuası içinde yer almış bulunmaktadır. Bunlar nesillerin hafızalarında ve ilmî, edebî eserlerdedir. Halbuki, Devlet nizamına girerek (hukuk) adı verdiğimiz manzumeyi vücade getiren kaideler, mevzu ve münasebetlerine göre, toplanarak, meselâ, Teşkilâtı Esasiye Kanunu, Medenî Kanun, Ceza Kanunu gibi birer mecelle teşkil etmektedir.

Biliyoruz ki, bu kanunlar hep insan iradesi eserleridir ve insanlar tarafından yapılıp konulmaktadır. Zamanımızın bir çok memleketlerinde kanunları Parlamentolar yapar. Bir kanun yapılmak için de, meselâ Türkiyemizde, usul şudur: Meb'uslardan veya Vekillerden bir veya bir kaç, Büyük Millet Meclisine kanunu teklif eder; yani herhangi bir husus hakkında maddî bir cebir ve tazyik müeyyidesine bağlı bir kaide konulmasını ister. Bu teklif Meclisçe kabul olununca, kanun konulmuş olur. İlâve edelim ki, Meclis, yalnız kanun koyma değil, hem de mevcut bir kanunu değiştirme ve yürürlükten kaldırma salâhiyetini haizdir. Meclisçe değiştirilen veya yürürlükten kaldırılan bir kanunun ifadelenirdiği kaide artık maddî müeyyidesini kaybeder ve çok kere unutulur; bazan da, dingilinden kopmuş tekerlek gibi, yalpa vurarak geldiği yere yani içtimaî kaideler arasına yuvarlanır gider.

İmdi, Devlet nizamı hukuk kaidelerinden örülmüş bir nizam olunca, bu kaideler ise kanunname, nizamname.. gibi Devletçe yapılan mecelle ve mecmualarda yer almış bulununca; Devletle hukuk ve hak ile kanun arasındaki münasebeti tayin meselesi ortaya çıkar. Hukuk dediğimiz kaideler, Devletçe yani filiyatta iktidar adamlarınca, yapılan kanun, nizam şeklindeki resmî dökümanlardan mı ibarettir? Başka bir tâbirle, hukuku Devlet mi imal eder? Hak kanundan mı ibarettir? Şüphe yok ki, Devletle hukuk ve kanun arasında sıkı bir münasebet, bağlılık, hattâ kemmî bir mutabakat vardır. O suretle ki, Devlet nizamı camia içindeki münasebet kaidelerinden yalnız hukukî olanlarını ihtiva eder ve Devlet nizamına giren her münasebet ve kaide zarurî olarak hukukî vasfını alır. Bir Devlet hayatındaki hukukî kaideler ise, o Devletin kanunname ve nizamname gibi dökümanlarında yer almış bulunur. Fakat tekrar ediyorum, bu irtibat ve münasebete bakarak, Devlet nizamı ile hukuk nizamı aynı bir şeydir ve hukuk bir zamandaki Devlet nizamını



ifade eden kanunlardan ibarettir; kanunları da Devlet yaptığına göre, hukuku Devlet icat eder ve yapar denebilir mi? Denilebilirse, bu takdirde Devlet ve hukuk nizamı diye bir nizam tasavvur etmek ve bunun tabiat nizamı içinde ve o ayarda kabul etmek mânasız olur. Çünkü kanunlar zamandan zamana, memleketten memlekete değişmekte; hattâ aynı bir memlekette iktidar adamlarının devir devir görüşüne ve anlayışına göre muhtelif şekiller almaktadır. Düşünülsün ki, Türkiyemizde, yüz elli sene içinde, Tanzimat, Otoriter Meşrutiyet, Parlmenter Meşrutiyet, Oligarşik Cumhuriyet, Demokratik Cumhuriyet diye beş çeşit hükümet sistemi kuruldu. Her sistemin kurucuları, bir evvelki sistemin hukukunu ve Devlet nizamını beğenmiyerek bunu yıktılar ve yerine kendi sistemlerini koydular. Ve bu sistem değişmesi kâh sathî ve surî oldu, kâh cezrî ve rasyonel bir gidiş aldı. Fakat, netice itibariyle, dediğimiz gibi, Türkiyede bir buçuk asırlık bir zaman içinde, beş büyük nizam ve sistem değişmesi vuku buldu.

Dikkat edersek, her memlekette bu böyle oluyor. Pascal'ın dediği gibi<sup>2</sup> «Pirenelerin berisinde hakikat olan şey, ötesinde hatâ telâkki olunuyor» bugün hakdır, doğrudur denilen bir şey için, yarın batıldır, hatadır denilebiliyor. Bugün iyilik ve adalet sayılan şey, yarın fenalık ve zulüm oluyor. Hülâsa dağlar, ırmaklar ve denizler kadar yıllar ve asırlar da hak ile nahak'a hudut teşkil ediyor. Hangi tabiat nizamı, kanun ve kaidesidir ki, zaman ve mekân ile değişir; insanların görüşüne ve iradesine tâbi olur?

Eğer hukuku Devlet yani filiyatta kanun koyucular imal ve icat ediyorsa; eğer hukuk kanun koyucuların görüşüne ve iradesine tâbi ve sırf itibarî ve tesadüfî ise «hukuk ilmi» diye bir şeyden bahsetmek de abes olur. Çünkü ilim, realitelere ait sistemli bilgi demektir. İlim denilen bilgi hakikate realiteden yükselir. Telâkkiler, görüşler, indî ve itibarî hükümler san'at (= art) ve teknik mevzuu olabilir, fakat aslâ ilim olmaz. Tekrar edelim ki ilim, objektif, muttarit ve sabit esaslar, tecrübî ve rasyonel mutalar üzerinden yükselen bilgi sistemidir.

Görülüyor ki mesele çetin olduğu kadar mühimdir ve bütün bir hukuk ve Devlet hayatını ilgilendirmektedir. Bu mesele hemen her devrin hukukçu - filozoflarını çarpıştırmış ve bitmez tükenmez münakaşalara kapı açmıştır. Biz burada bütün bu münakaşaları ve mesele üzerinde ileri sürülen bütün izahları gözden geçirmeğe kalkışmıyacağız.

2) Pensées, III, 8, VI, 6.



Biz ileriye sürülen izah ve nazariyelerden yalnız iki mihver nazariyeyi ele alacak, sonra da kendi düşüncemizi bildireceğiz<sup>3</sup>.



a) *Tabiî, ferdî ve liberal hukuk nazariyesi:*

İnsanlar ötedenberi hak ile kanun ve hukuk ile Devlet arasında esaslı bir fark sezmiş; hakkın müsavi kanun olmadığına ve hukukun Devletten ayrı ve üstün bir varlığı bulunduğuna inanmış; kanunun üstünde ve kanun koyuculara hükmetmek üzere bir hakkın var olduğuna insanlar sarsılmaz bir kanaat beslemişlerdir.

Daha vaktiyle Aristo hukuku ikiye ayırıyor ve iki nevi kanun olarak mütalâa ediyordu. Filozofa göre, bunlardan birinin prensibi sabit ve daimdir; zaman ve mekân ile değişmez, her yerde aynıdır. Bu hukuk tıpkı ateş gibidir. Ateş Atinada ve İranda aynı suretle yakar olduğu gibi, bu hukukta prensiplerinde aynıdır, hiç değişmez. Ve muteberliğini resmî bir otoritenin omuz vermesinden almaz. Çünkü bu hukuk tabiidir, insan tabiatının kanunudur. Hukukun diğer nev'i ise, bu esas ve tabiî hukuka az çok uymak üzere, tamamıyla itibarîdir ve insanların kabulü ve mutabık kalmalarıyla teşekkül eder. Muteberliğini de Devlet otoritesine dayanan emirnamelerden alır. Bu da mevzu ve şekîi hukuktur<sup>4</sup>.

3) Hukukun esasını izah eden doktrinler için, türkçede, şu eserleri tavsiye ederiz: Prof. R. Honig, Hukuk Felsefesi dersleri (Üniversite - Huk. Fakültesi nesriyatından) — Prof. Del Wechio, Hukuk Felsefesi Dersleri, Prof. Suut Kemal Yetkin tercümesi — Prof. Sadri Maksudî Arsal, Hukukun Esasları (Fakül. nesriyat.)

Umumiyet itibariyle mevzuumuz üzerinde küçük bibliyografya: G. Belot, Etudes de leorale positive, Paris 1907, Alcan, sah. 144 ve müteakip — François Geny, Sciences et techniques en Droit privé positif, Paris, Sirey, 1914-915, Cilt I. — L. Dugit, Droit Constitutionnel, Cilt I. — G. Tassitch, L'Etat et le Droit, archives de philosophice de droit et de sociologie juridique No. 1-2, 1933, sah. 175-203 — Gaston Richard, La quesotion sociale et le mouvement philosophique au XIXe siècle, Fasil VII — Simon Rundstein, observation sur la structure du «juridique», archives de philo. et de socio. juridique, No. 3-4, 1937, sah. 98-119. — M. Laborde-Lacoste, Introduction générale à l'étude du Droit, Paris, Sirey, 1947. — Şu son kaydettiğimiz Bordeaux Hukuk Fakültesi profesörlerinden Mr. Laborde-Lacoste'un eseri mevzu hakkında kısa fakat oldukça ihatalı malûmat vermektedir. Bu arada, son devrin en büyük fertçi hukukçusu Ch. Beudant'nin şu nefis eserini unutmıyalım: Le droit individuel et l'Etat (Introduction à l'étude du Droit) Paris, 1920.

4) Tafsilât için bakınız: Max Salamon, Le droit naturel chez Aristote, archives de philosophie..., No. 3-4, 1937, sah. 120-127.



Daima değişen indî ve itibarî kanunların ve çok kere şahıs ve zümre menfaati takip eden Devlet buyuruklarının üstünde ve ekseriya bunlarla tezat teşkil etmek ve ferdin insanlık mahiyetinden doğmak üzere sabit, mutlak ve cihanşümül bir takım hak kaideleri ve değişmez bir adalet kanunu var olduğu fikri çok eskidir; bütün eski ve orta zamanlarda mevcut olmuştur. Bu fikre, az çok farklarla ve fakat esasta ve mânada birleşmek üzere, eski Greko-Romen dünyasında ve Tevrat, İncil, Kur'an gibi mukaddes kitapların yaydığı büyük dinlerde rastlıyoruz. Eski Greko-Romen filozofların hemen hepsine göre, Devletin kanunlarına itaat etmek bir vatandaşlık vazifesi ve bir nevi vatan severliktir. Fakat insanın asıl vazifesi ve asıl vatan severlik, akl-ı selimin gösterdiği yol demek olan, (tabiî kanun) a tâbi olmak ve bunu resmî kanunların üstünde tutmaktır. Resmî kanunlar daima değişen efkâra bağlıdır. Efkarın değişmesiyle o kanunlar da değişir. Değişmeyen, daim ve sabit kalan bir kanun varsa, o da akl-ı selimden ibaret olan tabiî kanundur. Resmî kanunlar buna uydukları ve yaklaştıkları nisbette hak ve meşru olurlar.

Eskilerin bu kanaati büyük semavî dinlerde ilâhî bir renk ve ifadeye bürünmüş, meselâ, İslâmiyette (tabiî hukuk) ve (tabiî kanun) islâm hukuku ve şeriat kanunu şeklini almıştır.

Aynı kanaat reform hareketleri içinden süzülerek on sekizinci asrın (Tabiî Hukuk Mektebi) ni doğurmuş ve, nihayet, Fransızların meşhur İnkilâp Beyannamesiyle politika sahasına da geçerek Filozof Kant'ın kaleminde ideal ifadesini ve en yüksek kemalini bulmuştur<sup>5</sup>.

Bahsettiğimiz beyannamenin ikinci maddesinde «her siyasî cemiyetin gayesi, insanın tabiî haklarını himayedir» denilmekte idi. Bu madde on sekizinci asrın, meselâ Rousseau gibi, tabiî hukukçularının düşüncelerine tercüman olmakta ve asırlar içinde yuvarlanıp olgunlaşan tabiî hukuk ve kanun fikrini en veciz bir şekilde züptelemekte idi. Şu halde, buna göre, insanın bir takım hakları ve imtiyazları vardır ki, bunlar Devletten evvel mevcuttur ve insan dünyaya bunlarla beraber doğmaktadır. İnsan bu hakları doğuşunda beraber getirdiği ve insan olmak sıfatıyla haiz bulunduğu içindir ki, bunları temin etmek ve himaye altına almak üzere, Devlet diye bir nizam ve teşkilât var olmuştur.

Her insanın yaşamağa ve umduğu refah ve saadeti serbestçe aramağa, fizik, fikrî ve moral kuvvet ve kabiliyetlerini engelsizce inkişaf ettirmeye tabiî ve müsavi surette ve sırf insan olması itibariyle hakkı vardır ve, tekrar edelim ki, insan, tabiî hukukçulara göre, bu hak ile beraber doğar.

5) Tafsilât için bakınız: Prof. Ch. Beudant, Le droit individuel et l'Etat, Paris, 1920.



Bu hak insana kimse tarafından ihsan edilmiş değildir; insan yaratılışının bir imtiyazıdır. İnsanın yaşamağa, refah ve saadet aramağa, kuvvet ve kabiliyetlerini serbestçe inkişaf ettirmeğe olan hakkı ne Devlet farz eder ve ne kanun. Bu hakkın menşei ne kanundur, ne de cemiyet. Bu hak tabiidir, yani insan yaratılışının tabiat ve mahiyetinde mevcuttur ve bu hakkın menşei, insan ferdinin muhtar şahsı ve muhterem benliğidir. Hak, her şeyden evvel, insan şahsının ve benliğinin tabii bir imtiyazıdır.

Yalnız, şu var ki, insan cemiyet halinde yaşamağa mecburdur ve böyle yaşamaktadır. Binaenaleyh insanın serbestçe yaşama, refah ve saadet arama, kuvvet ve melekelerini engelsizce inkişaf ettirme hakkı, müsavi bir derece ve kıymette, cemiyetin her ferdine aittir. Hak, bir cemiyetin, zengin, fakir, küçük, büyük bütün âzası arasında müşterek ve müsavi bir imtiyazdır. Benim serbestçe yaşamağa hakkım olduğu gibi, komşunun da ve diğer insanların da hakkı vardır. Şu halde hak, aramızda müşterek ve müsavi bir hareket imkân ve salâhiyetidir. İş böyle olunca, bu imkân ve salâhiyetin her birimiz tarafından kullanılmasını bir kaideye ve bir ölçüye bağlamak ve, müsavi surette herkese ait olduğunu kabul ettiğimiz, haklar arasına bir hudut koymak; bu sayede, birinin hakkını istimalle diğerlerinin engel olmasına mâni olmak lâzım gelmektedir. İşte Devlet dediğimiz teşkilât ve nizam bunun için kurulmuştur, ve insanlar, Devlet otoritesi altında yaşamağa bunun için razı olmuşlardır. Şu halde Devlet nizamını vücade getiren ve hükümet adamları tarafından yapılan kanunname ve nizamnameler ve bunların havi olduğu emirler ve yasaklar, insan ferdinin esasen doğuşunda getirdiği ve benliğinde taşıdığı imtiyaz ve salâhiyetlerin yalnız kullanım tarzını tayin ve bu tarzı cemiyetin bütün ferdlerinin müsavi kıymetteki imtiyaz ve salâhiyetleriyle telif eden hudutlardır.

Demek ki kanun hakkın aynı değildir, sadece onun teminatçısı ve koruyucusudur. Çünkü hak, kanundan evvel mevcuttur. Kanunun gayesi, ferdin haklarını korumaktır. Ve en iyi kanun, bu hakları en iyi koruyandır. Şu halde Devlet, hakkın yapıcısı ve yaratıcısı değildir, onun bekçisidir. Hak, bizatihî insan ferdinin sübjektif varlığında ve insanî benliğinde mevcut bir salâhiyettir. Devlet, kanunlariyle yalnız bu salâhiyetin hududunu ve kullanım tarzını tayin eder. Eğer tek başına yaşayan bir insan farzederek, bu insanın gelme, gitme ve dilediğini yapma hakkına, maddî imkânsızlıklardan ve tabii engellerden başka, bir hudut tasavvur olunamaz. Fakat insan cemiyet içinde yaşadığı ve cemiyetin her ferdi müsavi derecede aynı bir hakka sahip olduğu için, hakların birbirini nefy etmesine ve hak sahiplerinin birbirile muarazaya girmesine mâni olmak, bunun için de bir takım hudutlar kabul etmek zarureti



vardır. İşte bir memleketin kanun ve nizamları (aklı selim) in zarurî gördüğü bu hudutlardan başka bir şey değildir. Kanun, ferдин tabî haklarını ferde en iyi bir surette temin, bunları en iyi bir surette himaye etmek için aklın düşünüp bulduğu kaidelerdir.

Görülüyor ki bu telâkkide hukuk, tabî ve kanunî olmak üzere, iki mâna almaktadır. Tabî hukuk yahut sadece (hak) insan nefsinin bir hassası (= qualité) doğuştan bir imtiyazıdır. Kanunî hukuk ise, bu sübjektif ve nefsî hakkın, bu tabî salâhiyet ve imtiyazın tasarrufuna ve istimaline ait hudutlardır. Başka bir ifade ile, tabî hukuku bir nevi ideal kabul edersek, kanun bu ideale ulaşmak için insan akıl ve iradesinin bulabildiği alet ve vasıtalarıdır.

Kanun hakkın aynı olmayıp vasıtası ve aleti olduğu içindir ki, zamandan zamana ve memlekette memlekete değişir. Çünkü her zamanda ve her memlekette hakların kullanılışlarını tayin etmek üzere lâzım gelen hudutlar ve ölçüler aynı olmaz. Değişmeyen, yalnız hakdır. Bu her yerde ve devirde aynıdır. Çünkü onun menşei insan benliğidir. İnsan ise her yerde ve her devirde insandır.

Menşei insan olduğu ve kanun üstü bir varlığı bulunduğu içindir ki, ferдин hakkı mutlak bir değer alır ve, yalnız diğer ferdlere karşı değil, hem de Devlete ve Devlet kanunlarına karşı müdafaası kabil olur. O suretle ki, yalnız ferdlere değil, bizzat Devlet ve kanun koyucular da ferдин tabî haklarına saygı göstermekle ve koyacakları kanunlarda bu haklara tecavüz etmemek ve engel olmamakla mükelleftir. Aksi takdirde Devlet ve kanun koyucu zulmetmiş olur. Zulme karşı mukavemet hattâ isyan ise yine ferдин tabî bir hakkıdır.

Şu halde, tıpkı ahlâk gibi, hukukun da esası kablî (= à priori) ve rasyoneldir. Hukuk bir vâkıa (= fait) değil, bir fikirdir. Hattâ hukuk, vâkıalardan istinbat olunan (à postèriori) fikirlerden değil, vakıaların üstünde ve onlardan önce insan ferдинin ideal cevherinde mevcut olan; vâkıalara hükmeden ve insan fiillerini sevk ve idare eden bir duygu-fikirdir.

Hülâsa, mütalea ettiğimiz nazariye hukukun esasını ve menşei insan tabiat ve yaradılışında bulmakta; hakkı insan ferдинin nefsinde taşıdığı bir salâhiyet ve imtiyaz kabul etmektedir. Bu hususiyetlerine işaret etmek üzere, bu telâkkiye «Tabî Hukuk Nazariyesi» denildiği gibi «Ferdî Hukuk» yahut «Sübjektif Hukuk» nazariyesi, hattâ bu telâkki, netice itibariyle, ferдин hürriyetini farz ve müdafaası ettiği için (Liberal Hukuk) nazariyesi de denilir. Adı ne olursa olsun, şu noktaya dikkat edilmelidir ki, bu nazariyede hak dediğimiz iktidar veya salâhiyetin özünü



insan şahsiyetinin muhtariyeti (= Autonomie de la personne humaine) teşkil etmekte; binaenaleyh Devlet ve kanun, ferde nazaran, birer vasıta kıymeti almaktadır. Devlet hukukun yapıcısı ve yaratıcısı olmak şöyle dursun, bizzat kendisi hukuka tâbi ve onun hükmü altında sadece bir bekçi ve teminatçısıdır. Kanun ise, tabiatıyla hakdan ayrı ve onun iyi kötü bir ifadesi, ferdi hakların yine iyi kötü bir teminatıdır.

\*\*

Hukukun işbu ferdçi, hürriyetçi ve sübjektif telâkkisi on sekizinci asrın; fizyokratlardan sürüp gelen, yine ferdçi ve hürriyetçi iktisat doktrini ve rasyonalist görüşleriyle birleşerek Fransada büyük ihtilâl fırtınası kopardıktan, «İnsan ve Yurddaş Hakları Beyannamesi» ile Fransız Medenî Kanununun felsefî esaslarını verdikten sonra; hemen bütün medenî dünyaya yayılmış ve geçen asrın sonlarına kadar hâkim olmuştur. O suretle ki, tarihen Birinci Dünya Harbile başlayan yirminci asra kadar medenî memleketlerin Devlet nizamı ve kanunları, ferd ve Devlet münasebetleri, istisnasız denilebilecek bir şekilde, bu telâkkiye dayanmış, hattâ bugün bile, kısmen olsun, dayanmaktadır.

Bununla beraber ve bu hâkimiyetine rağmen, daha geçen asrın başlarından itibaren, bu telâkkiye karşı muhtelif memleketlerde, muhtelif esaslardan hareket etmek üzere, aksülameller zuhur etmiştir. İlk aksülamel bayrağını Benthem<sup>6</sup> ve Savigny<sup>7</sup> gibi filozof - hukukçular; Fourier ve Proudon<sup>8</sup> gibi hayalci (= utopiste) sosyalistler; Marx ve Engels gibi ilmî sosyalistler ve Auguste Comte gibi pozitivistler açmıştır<sup>9</sup>.

Ferdi ve sübjektif hukuk telâkkisine karşı ortaya çıkan bu ilk tenkit hareketlerini muasır devirde Solidarizm (= Tesanütçülük)<sup>10</sup>, Sosyolojizm<sup>11</sup> ve realizm yahut pozitivizm, daha başka bir tâbir ile

6) Jeremie Benthem, ingilizdir (1748 - 1832).

7) Frederic Charle de Savigny, tarihçi mektebin kurucusudur (1779 - 1861).

8) Charles Fourier, (1772 - 1837) — Pierre Joseph Proudon, Fransız Filozof ve sosyalist (1809 - 1865).

9) Meşhur Fransız Filozof ve Pozitivim'in banisi (1798 - 1857).

10) Solidarizm hareketinin başında «La solidarité» adlı eserile meşhur Fransız Devlet ve fikir adamı Leon Bourgeois vardır. L. Duguit de bu harekete mensup sayılabilir.

11) Muasır sosyolojizmin başında, bilhassa «De la division sociale du travail» eserile ölmezler arasına giren Emil Durkheim vardır. G. Davy, Bouglé ve Fauconnet gibi fikir ve felsefe adamları; L. Burüke gibi filozoflar muasır sosyoloji mektebinin belli başlı direkleridir.



Dügizm gibi daha modern sistemler takib etmiştir. Hususile, iki dünya harbi arası devirde, gümbürtüsü cihanı kaplayan, korporatizm<sup>12</sup> hareketi etrafındaki literatür tabii ve sübjektif hukuk nazariyesini hemen her tarafından yakalayıp hırpalamıştır.

Muhtelif noktalardan hareket eden bu reaksiyonlar tabii ve sübjektif hukuk fikrini, hak ve kanun ayrılığı iddiasını reddetmektedir. Yalnız bunlardan bazıları tabii ve sübjektif hukuku objektif hukuka yani fiil ve hareket salâhiyetini Devlet kanunlarına irca etmek ve ferd için kanundan başka, tabii hukuk diye, bir salâhiyet kaynağı tanımamak hususunda birleşmekte, diğer bazıları ise (bilhassa Dügistler), tabii ve sübjektif hak fikrini reddetmekle beraber, objektif hukuka ayrı ve hususî bir mâna vermektedir<sup>13</sup>.

Bütün bu görüşlerin ayrıldıkları noktaları bir tarafa bırakır da birleştikleri noktaları alırsak, ortaya büyük bir nazariye çıkar ki buna, umumî bir isimle «Kanunî ve otoriter hukuk nazariyesi» yahut «Hukukta pozivitizm» diyebiliriz.

Yalnız, pozitivistler arasında, bir çoğunu Alman hukukçu ve filozoflar teşkil etmek üzere, bir kısmı var ki bunlar, pozitivismi aşmakta ve hukukta «Otoritarizm» i müdafaa etmektedir. Bu telâkkide hukuk doğrudan doğruya Devlet otoritesine bağlanmakta ve hak ile kanun birbirinden ayrılmamaktadır. Hukuk Devletin kanun şeklinde yürürlüğe koyduğu kaidelerin heyeti mecmuasıdır. Ferdin cemiyet içindeki haklarını kanun tayin eder ve kanun dışında hak diye bir şey yoktur. Dâvasına işaret etmek üzere «Kanunî ve Otoriter Hukuk Nazariyesi» diyebileceğimiz bu görüş üzerinde de biraz duralım.



b) *Kanunî ve otoriter hukuk nazariyesi :*

Tabii hukuk fikrine karşı ilk reaksiyonun bayrakdarlığını İngiliz filozof Benthem'in yaptığını söylemiştik. Bu filozofa göre hukuk ve

12) İki dünya harbi arası devrin korporatizm hareketleri ve doktrini üzerine bilhassa bakınız: Mihoil Manoïlesco, le siècle du corporatisme (Doctrine du corporatisme integral et pur), 1934, Paris, Alcan — Pierre Jolly, La Mystique du corporatisme, Paris, Hachette.

13) Son devrin muhtelif hukuk nazariyeleri ve doktrin cereyanları hakkında muhtasar fakat oldukça komple malûmat için bakınız: Introduction à l'étude du Droit, Laborde - Lacoste, Paris, 1947, Sirey — La question sociale et le mouvement philosophique au XIX e siècle, Paris, Colin, chap. VII. — L'individualisme économique et social, Albert Schatz, Paris, Colin, chap. V.



ahlâkın esası aynıdır ve bu esas, hâz ve elemdir. İnsan elem ve ıztıraptan kaçır, hâz ve zevk arar. Bu değişmez bir hayat kanunudur. İnsan fiillerini muayyenleştiren ve her birimizi hareket ve faaliyete sevkeden prensip de budur. Kaderin eli insanı hâz ve elemi boyunduruğu altına koymuştur. İnsan ya bir hâz yani fayda ve menfaat celp ve temini için yahut da bir elem ve ıztıraptan kaçınmak için hareket eder ve faaliyette bulunur.

Şu halde insan fiillerinin mücerret bir kıymeti yoktur. Hiç bir insan fiili hakkında mutlak olarak iyidir veya kötüdür gibi bir hüküm veremeyiz. Fiillerimizin kıymeti gerek kendimizde ve gerek başkaları üzerinde hasıl ettikleri neticeye yani hâz ve eleme bağlıdır. «Fazilet, hasıl ettiği hâz ve hoşnudluktan dolayı iyidir; redaet de yine hasıl ettiği elem ve ıztıraptan dolayı kötüdür»<sup>14</sup>. Bu prensip hem ahlâkın, hem de hukukun temelidir. Hâz ve elem yahut fayda ve zarar bütün fiil ve hareketlerimiz, hukukî ve sosyal müesseselerin esasıdır. Fayda hasıl eden her hareket hakdır ve meşrudur. Zarar veren her hareket de nâhakdır ve gayrimeşrudur. Hakkın ve meşruiyetin mesnedi ve mihveri fayda ve zarardır. Fayda hâz verir, zarar da elem doğurur.

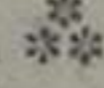
Herkes kendi için, Devlet de umum için en çok fayda aramağa, refah temin etmeğe ve bu uğurda faaliyette bulunmağa mecburdur. Şu halde insan tabiatine hâs ve insan ferdinin cevherinde ezeli ve cihanşümul bir hak yoktur. Hak sadece cemiyet için fayda, âmme için menfaat demektir. Âmmenin menfaatinin nerede ve ne olduğunu da ancak kanun tayin eder. Kanun şahsî fayda ve menfaatlerden âmme menfaatleriyle telifi kabil olanlarına müsaade eder. Bu müsaade ferd için bir fiil ve hareket iktidarı ve salâhiyeti yahut, bir kelime ile, bir hak teşkil eder. Şu halde hakkı Devlet yapar ve kanun yaratır. Âmmenin faydası ve menfaatiyle telifi kabil olmayan fiil ve hareketleri yani suçları tayin ve tavsif etmek suretiyle hakkı kanun vazı yani Devlet ihdas eder. Kanun vazının suç telâkki etmediği hareketler, âmmenin faydası ve selâmeti ile telifi kabil demek olacağı için bu nevi hareket ve vaziyetler, sahibi için, birer hak olmuş olur<sup>14 a</sup>.

14) Bunun içindir ki, ahlâk düşkünü insanlar, redaetin elemi hissetmedikleri için, ahlâksızlıkta ve redaet irtikâp etmekte devam eder giderler.

14 a) Fakat, evvelâ, fayda nedir ve zarar nedir? Hangi fiillerimiz faydalı ve hangileri zararlıdır? Bunun takdiri klme aittir? Bu husustaki takdirler indî ve sübjektif kalmaz mı? Saniyen, fayda ve zarar fikri ve telâkkisi zaman ve mekâna göre, hattâ aynı bir zaman ve mekândaki noktai nazar farkına göre değişmiyor mu? Dün faydalı olan bir fiil, bugün zararlı telâkki olunmuyor mu? Burada faydalı olan



Görülüyor ki Benthem'in anlayışında hukuk, netice itibariyle «def'i mazarrat ve celb-i menfaat» dir. Ve şahsî fayda ve içtimaî menfaatlerin Devlet elile kanunlaşmasından ibarettir. Binaenaleyh hukuk ve kanun aynı bir şeydir. Kanun dışında hukuk diye bir şey varolamaz<sup>15</sup>.



Hakkı kanuna irca etmekte ve Devlet otoritesine bağlamakta Alman filozof ve hukukçular daha ileriye gitmiş; tabii ve sübjektif hak fikrine bunlar daha şiddetle hücum etmişlerdir. İlhamını Hegel'in Devleti mabudlaştıran esrarengiz felsefesinden alan ve en açık ifadesini meşhur Jhering'de bulan<sup>16</sup> bu telâkkiye göre, hukuk üstün bir iradenin ferdlere verdiği emir ve yasak şeklindeki kumandalardan ibarettir ve bu üstün irade, Devlet iradesidir. Hukuk, Devletin yapıp koyduğu fiil ve hareket kaideleridir. Gerçi Devlet müdahalesi olmadan bir fiil ve hareket kaidesi mevcut olabilir. Fakat herhangi bir kaidenin hukukî vasfı alabilmesi için, ya bu kaidenin doğrudan doğruya Devlet tarafından vazedilmiş veya, hiç olmazsa, Devletçe benimsenmiş olması şarttır. Doğrudan veya dolayısıyla Devlete bağlanmayan ve ihlâli halinde Devletçe bir reaksiyon gösterilip mecburî bir müeyyide tatbik edilmeyen bir kaide hukuktan değildir.

Devletin müdahalesi muhtelif şekiller alabilir. Ve Devlet az veya çok inkişaf etmiş ve teşkilâtlanmış olabilir. Kaidenin hukukî sayılması için bunun ehemmiyeti yoktur. Elverir ki Devlet mevcut olsun ve kaideye bir nevi mecburilik versin. Hukukun ruhu ve cevheri maddî mecburiyettir. Hak kuvvete dayanır ve kuvveti ifade eder. Devlet ise en üstün bir kuvvet merkezidir. Binaenaleyh hukukun Devlet kuvvetinden ve kanunlardan hariç bir mevcudiyeti yoktur. Ferdin kanun üstünde, kanuna ve Devlete karşı hakları olamaz. Ferd, hakkı Devletten ve kanundan alır ve Devletin verdiği ve müsaade ettiği kadar hak sahibi olur.

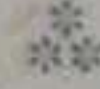
bir hareket, meselâ, Moskovada zararlı olmuyor mu? Bugün iktisaden faydalı olan bir iş, ahlâk bakımından zararlı addedilmiyor mu? Meselâ Milli Piyango, iktisaden kıymet arzetyekte, Hazineye senede birkaç milyon kazandırmaktadır. Bununla beraber, netice itibariyle, bu bir kumar değil midir? Ve ahlâk bakımından kumar hükmü almaz mı?

15) Tafsilat için bakınız: J. Benthem, Principes de législation, Edit. Dumont, Cilt I, sah. 4 ve Principes du code civil — Kezalik bakınız: Stuart Mill, l'utilitarisme et la liberté, traduct. Dupont Wiht.

16) Bakınız: La lutte pour le droit. Ihering'in bu meshur eserinin Fethi Fetih tarafından yapılmış güzel bir tercümesi vardır. Okuyucularıma bu tercümeyi tavsiye ederim. Doğrusöz matbaası, Kastamoni, 1950.



Hülâsa, hukuk bir Devlet ülkesinde tatbik olunan ve Devletçe riyeti mecburî kılınan kaidelerin heyeti umumiyesidir ve iki eleman ihtiva eder: Kaide, maddî cebir ve tazyik. Herhangi bir hukuk kaidesi, Devletin kefaleti altında maddî bir cebre dayanır. Muayyen bir ülkede üstün bir cebir ve kuvvet istimaline muktedir olan da yalnız Devlettir. Binaenaleyh arkalarında Devlet kuvveti ve maddî cebir ve tazyik teşkilâtı bulan kaideler, fakat yalnız bunlar, hukuktandır. Şu halde hak ile kanun haddizatında birbirinden ayrı şeyler değildir. Ferdin kanun dışında ve Devlete karşı koyabileceği bir hak tasavvur edilemez. Hak Devlet içinde ve Devlet kuvvetiyle hakdır. Hattâ hak ve kuvvet aynı bir şeydir. Hukuk, hayat mücadelesinde, kuvvetin ifadesi ve zaferidir. Hukuk, mücerret bir fikir ve lâfzî bir nazariye değildir; o bir canlı kuvvettir ve gayesi sulhdür. Bu gayeye ulaşmak ve insanları sulh içinde yaşatmak için hakkın yegâne zafer vasıtası kuvvet ve mücadeledir. Hakkın cevheri de budur, yani kuvvet, hareket ve mücadeledir. Milletler için, Devlet için, sınıflar ve ferdler için hak ancak ve ancak kuvvetle ve mücadelede yenmek suretiyle elde edilir. Hak, kuvvetin kanunudur. Kanunu ise, kuvvetin en üstün timsali ve yer yüzünün Tanrısı olan Devlet koyar. Ferdin bizatihî ne hakkı vardır, ne de kıymeti. Ferdin hakkı ve kıymeti Devletten gelmektedir. Yer yüzünde ilâhî hikmet Devlet içinde ve Devlet eliyle tahakkuk eder<sup>17</sup>.



## II — Nazariyelerin tenkidi :

İşte, bahsimiz üzerinde, birbirine taban tabana zıd iki nazariye ve iki izah şekli. Birine göre, hukuku Devlet yapmaz ve yaratmaz. Hak, kanun demek değildir. Hakkın kanunüstü bir varlığı vardır. Hukukun Devletten ayrı, insan tabiatına hâs ve müstakil bir mevcudiyeti vardır. Devlet hukuku, kanunlariyle iyi kötü formülleştirir ve ifade eder; onun muteberliğini ve müessirliğini teminatı altına alır. Hak karşısında Devletin rolü bundan ibarettir.

Diğer telâkkiye göre ise, hukuku tamamiyle Devlet yapar ve yaratır. Hak ve kanun aynı bir şeydir. Hukukun Devletten ve kanundan ayrı ve müstakil bir varlığı yoktur.

Bunların hangisi doğrudur? Hiç birisi, fakat ikisinin de doğru ve çok yerinde tarafları vardır. Filhakika, hukuku Devlet, yani fiiliyatta

17) Philosophie de Droit, Hegel, sah. 314.



hükümet adamları, birkaç yüz meb'us ve mümessil, tesis ve icat etmez. Nitekim ahlâkı, iktisadı ve örf ve âdetleri de kimse icat etmiş değildir. Bütün bunlar gibi hukuk da içtimaî hayattan doğan ve bir takım Psiko-Sosyolojik kuvvetlerin münasebetler hayatı için yuvurup vücade getirdiği bir nizamdır. Hak, kanundan ibaret değildir. Hak ile kanun arasındaki münasebet, tıpkı fikir ile ifadesi arasındaki münasebet gibidir. Hak bir fikir, bir tasavvur, bir idealdir. Kanun ise, bunun iyi kötü bir ifadesi ve bir klişesidir. Bu bakımdan, klâsik ferdî, tabiî ve liberal hukuk nazariyecilerinin hakkı vardır.

Ancak bu nazariyenin sahipleri, hukuku insan oğlunun fitratine ve tabiatine irca ederek, insanı cemiyetten önce ve cemiyet dışında varolabilen bir mahlûk görmekte; insanda Devlet hayatı dışında bir hak ve imtiyaz tasavvur etmekle hataya düşmektedirler. Şunu kabul etmelidir ki, bu âlemde mücerret bir insan ve mutlak bir hayat yoktur. Muayyen bir zamanda, bir mekânda ve muayyen maddî, tabiî ve manevî muhit ve iklim şartları altında yaşayan insan ve bu insanın muayyen bir Devlet camiasının âzası olarak yaşadığı hayat vardır. İktisadî münasebetleri tanzimde «insan iktisadî bir mahlûktur» gibi mücerret bir prensipten hareket etmek ne kadar hatalı ise, hukukî münasebetlerde de «insan hakkı nefsinde ve doğuşunda haizdir» fikrinden hareket etmek o derece hatalıdır. Hak içtimaî bir fikirdir ve cemiyet hayatının mahsulüdür. Bir hak var olabilmek için, en az iki kişinin bir araya gelmiş olması lâzımdır. Tenha adasında yalnız başına yaşayan bir Robenson farzederek, bu adam için ne hukukun mânası vardır, ne de ahlâkın. Hukuku elbette Devlet yaratmaz. Fakat klâsik tabiî hukuk nazariyesi bunu (à priori) = kabli ve indî bir prensipten hareket ederek (déduktion) = istidlâl yoluyla isbata çalışıyor ki, hatâ buradadır.

Hukuku aslâ Devlet yaratmaz. Devlet onu millî camianın bünyesinde reel, tarihî, rasyonel ve moral mutalar halinde yoğrulmuş ve hazırlanmış bulur. Hukukun hükümet adamlarının havsalasından taşan bir mevcudiyeti vardır. Onun kaynak gözleri camianın irkî, tarihî, tabiî ve sosyolojik strüktüründedir. Ne mutlu o hükümet adamlarına ki, hükümet ettikleri cemiyetin muhtaç olduğu nizam ve hukuku bu kaynaklardan bulup çıkarmanın usulünü bilir!

Hukuku Devlet yaratır diyen ve kanundan ibaret gören ikinci görüşe gelince, bunun da doğru tarafları yok değildir. Filhakika, bilhassa, bugünün medenî cemiyetlerinde Devlet otoritesile müeyyidelenmiş kaideler olmak itibariyle, pozitif hukuk ile kanun arasında kemmi bir mutabakat vardır. Bugünkü Türkiyemizin pozitif hukuku, kanunname,



nizamname, talimatname vesaire gibi Devlet buyuruklarında mevcut olan kaidelerden ibarettir<sup>18</sup>. Türkiyede hâkimin ve Devlet memurunun tatbik ettiği hukuk bu dökümanlarda mevcut olan kaidelerdir.

Yalnız bütün mesele şuradadır ki, hükûmet adamları yahut kanun vazı rolü oynayan Parlamentolar, bir kanun koyarken bunun kaide ve prensiplerini değilse bile, ilhamını olsun içtimaî muhitten ve bünyeden mi alıyor; yoksa bu ilhamı, indî ve kablî bir surette, kendilerinde mi buluyorlar? Bu adamlar koydukları bir kanunun kaide ve prensiplerini kendileri mi icat ediyorlar? Yukarıda mütalea ettiğimiz Devleti mabudlaştıran otoriter telâkkiye göre, kendileri icat ediyorlar demek lâzım gelecektir ki, bu telâkkinin yanıldığı başlıca nokta da budur.

Eğer bir memleketin insanların riayete mecbur olduğu hak kaidelerini Devlet, yani filiyatta hükûmet adamları, tesis ve icat ediyorsa; eğer hak ve kanun aynı bir şeyden ibaret ise, iki şıktan birini kabul etmek lâzım gelir: Ya bu adamlar, bizzat kendileri de, koydukları kaide ve kanunun hükmü altında ve, herkes gibi, herkesten farksız olarak, ona tâbidirler, yahut değildirler.

a) Değil de kendileri kaide ve kanunun fevkinde kalıp sırf başkaları için kanun koyuyor iseler, bu takdirde bunlar ölçüsüz ve hudutsuz bir kuvvet kullanıyorlar demektir. Böyle bir kuvvet ise gayrimeşrudur. Gayrimeşru bir kuvvetin koyduğu kanuna itaat de gayrimeşrudur.

b) Aksini alalım ve farzedelim ki, hükûmet adamları, bizzat kendileri de, koydukları kaide ve kanunun hükmü altındadır ve ona tâbidirler. Demek ki bu adamlar, deminki gibi sırf başkaları için değil, aynı zamanda kendileri içinde kanun yapmakta yani şahsî menfaatlerini ve hürriyetlerini kendi irade ve arzularile hudutlamaktadırlar. Fakat kim ki kendi iradesi ve arzusuyla kendi menfaat ve hürriyetlerini hudutlar ve kendini koyduğu kanun ile bağlar, çok mümkündür ki, günün birinde, arzusunu değiştirerek bu tahdit ve bu bağlıktan kendini sıyrır ve aklına esdiği gibi hareket eder. Çünkü madamki insan, iradesiyle kendini tahdit ve takyit edebiliyor, yine kendi iradesiyle koyduğu hudutları kaldırabilir ve bağları çözebilir.

Gerçi bu noktaya (Auto-limitation) = kendi kendini frenleme fikrile cevap veriliyor. Ve hükûmet adamları, deniliyor, camianın emniyet ve

18) Medenî Kanunun birinci maddesi gereğince örf ve âdet de hükme medar ise de, örf ve âdete göre hükmetme salâhiyetini hâkime kanun verdiği için, netice itibariyle, örf ve âdetler de pozitif hukuk yani kanunlaşan hukuk mefhumuna girer.



selâmetini düşünerek kendilerini daima adalet ve makuliyet hudutları içinde tutmayı kendi menfaatleri icabından bilirler. Bunu bildikleri için kendi hareket serbestliklerini bizzat tahdit ederler; lâzimin ve makulün dışına çıkmamayı hem kendilerinin, hem de âmmenin menfaati sayarlar. Çünkü bir memleketin hükûmet adamları, nihayet o memleketin vatandaşlarıdır ve herkes gibi, onlar da memlekete hizmet etmeğe borçludurlar; esasen hizmet etmek maksadiyle hükûmet sandalyasına oturmuşlardır. Binaenaleyh kendi koydukları kanunlara, herkesten evvel, bizzat kendileri tâbi olmayı mevki ve vazifelerinin ilk şartı bileceklerdir<sup>19</sup>.

Zehî hayal! Evet, en zalim hükûmet adamları bile kendi mevki, nüfuz ve menfaatlerini alâkalandırmayan ve sırf başkalarına ait olan işlerde bitaraf kalmayı ve hakkaniyet kaidesine tâbi olmayı ihmal etmez ve hattâ bunu nüfuzlarını devam ettirmek ve mevkilerini muhafaza etmek için şart bile sayarlar. Fakat, tecrübelerle sabittir ki, en küçük ve en uzaktan bile olsa, kendilerini ve hattâ mensuplarını alâkalandıran ve kendi nüfuz, mevki ve menfaatlerine dokunan işlerde hükûmet adamlarının, en âdil ve faziletkâr geçinenlerinin dahi, bitaraf kaldığı ve adaletten ayrılmadığı ender görülen hallerdendir. Hükûmet adamlarının camia emniyet ve selâmeti dedikleri şeyler, ekseriya hakikatte kendi şahsî emniyet ve selâmetleridir. Bu adamlar âmmenin emniyet, menfaat ve selâmetile kendilerinininkini birbirine karıştırmakta oldukları ve haddiza-

19) Hukuku Devlet yapar ve yaratır, fakat kendi koyduğu hukuk kaidelerile kendini bağlar; bu kaideleri koyarken mantık ve makuliyet hudutlarını aşmaz, koyduktan sonra da bunlara aykırı hareket etmez fikri, ilâhiyatçılardan mülhem olsa gerektir. İlâhiyatta, kâinatı ve bütün varlıkları yaratan Allah her şeye kadirdir; herşey ve her hâdise onun ilâhî iradesi ve izniyle teessüs eden kanunlara tâbi olarak vukua gelir. Meselâ, kışın kar yağar, yazın otlar biter, çiçekler açar, ırmaklar denizlere akar... Bütün bunlar ilâhî kanunların hükmü iktizasındandır. Fakat, acaba, Allah, bizzat kendisi, kendi iradelerinin ve koyduğu kanunların hükmüne, icap ve cereyanına tâbi midir? Yoksa kendisi bu kanunların fevkinde ve hükmü dışında mıdır? Allah ırmakları tersine akıtabilir mi? Bir kimseyi ebedî bir hayat ile muammer kılip o kimseyi ölüm kanunundan istisna edebilir mi? Akıtamaz ve edemezse, Allah her şeye kadirdir hükmü sabit olmaz. Akıtabilir, edebilirse, o halde ilâhî âdet ve kanun diye bir şey mevcut değildir demek lâzımgelir. Çünkü fizik âlemin kanunu, hilâfında hareket edilemeyen bir kuvvet ve itrattadır. Bu çetin mantık sualine ilâhiyatçılar şu cevabı verirler: Akıtabilir ve edebilir, fakat akıtmaz ve etmez. Allah, kendi vazettiği bir usul ve kanun dışına çıkmaz. Çıkmak kudretindedir, fakat usul ve kanun hilâfına ilâhî irade sâdir olmaz. Çünkü Allah her türlü tezaddan ve kendi ile tenakuza düşmekten münezzehtir. Dikkat edilirse, ilâhiyatçıların bu izahı ile Auto-limitation fikri birbirinin hemen hemen aynıdır. yalnız şu farkla ki, Auto-limitation fikrinde Allah yerine, mabudlaştırılan bir Devlet yerleşmiştir.



tında, kendi menfaatlerini ve emniyetlerini âmme maskesiyle müdafaa ettikleri ötedenberi görülen şeylerdendir. Hülâsa, Devletin yani filyatta hükûmet adamlarının hak tesis etme ve kanun koyma salâhiyetini (kendi kendini hududlama) prensibile frenlemeğe imkân yoktur. Bu salâhiyet, bizzat sahipleri tarafından hududlanır demek, ona hudut yoktur demeğe varır.



Şu halde, netice itibariyle, bahsimiz üzerinde karşılaştığımız iki ana nazariyenin, her ikisinin de kabul edilebilir tarafları olmakla beraber, her ikisi de tatmin edici olmaktan uzaktır, çünkü noksan ve hatalıdır. Doğrusu hangisidir ve biz ne düşünüyoruz?

Fakat bizim ne düşündüğümüzü söylemezden evvel, kısa bir terminoloji bahsi açmak ve hak, hukuk gibi bazı terimler üzerinde anlaşmak lâzım gelecektir. Zira, hemen her dilde olduğu gibi, türkçemizde de bu kelimeler muhtelif mânalar almaktadır. Meselemizde ve daha bir çok hukuk meselelerinde bitmez tükenmez münakaşaların başlıca sebebi de budur. Hukuku Devlet yani hükûmet adamları yaratmaz, derken hukuk tâbirinden ne anlıyoruz? Hak ve kanun aynı bir şey değildir, derken hak kelimesini ne mânaya alıyoruz? Zannediyorum ki, meselemizde «cümlelerin maksudu birdir amma, rivayet muhtelif» dir. Ortadan ihtilâfı kaldırmak için ihtilâfa yol açan sebeplerden başlıcası olan istilâhlar üzerindeki anlaşmazlığı ortadan kaldırmak lâzımdır.

(Devam edecektir)

**Ali Fuad Başgil**