

## VAKIA OLARAK VE POSTULAT OLARAK HUKUK \*

Ord. Prof. Dr. Walter Burckhardt

Hukuk ilmi, uzun zaman şeksiz şüphesiz, tereddütsüz hukuka Allah tarafından veyahut «Akıl» tarafından mu'ta (vazolunmuş) bir emir nazarile bakmış ve ona bu mânada bir kıymet vermişti. Öyle bir emir ki her türlü beşerî mukadderatın fevkinde bulunup insanın kalbine hâk

\* Tercüme edenin notu:

Ord. Prof. Dr. Walter Burckhardt, Hukuk Felsefesinin, ve bilhassa Hukuk Metodolojisinin en mühim meselesine temas ediyor: — Hukukta mantıklı sıhhat ve etik sıhhat meselesi!

Sayın Profesörün, bu etütte izah ve münakaşa ettiği mesele, esasen kendisinin «*Methode und System des Rechts (= Hukukun metodu ve Sistemi)*», Polygraphischer Verlag A. G. Zürich 1936» namındaki eserinin aşağı yukarı ana düşüncesini teşkil etmektedir.

Hukuk sadece bir vakia değil, fakat aynı zamanda bilhassa aklın, ahlâki aklın bir postulat'sıdır, bir emrî talebidir. Hukuk, tabii hâdiseler kompleksinin bir vakiası olmadığına göre merkezi sıkket onun, münhasıran illiyet prensibinin ışığı altında teessüs ve inkişafı noktası üzerinde değil, daha ziyade *makul insan* tarafından gerçekleştirilmesi matlûp ve vacip «ahlâki - akli bir postulat» olduğu noktası üzerinde bulunmaktadır. —

Hukukta birinci derecede ehemmiyetli olan cihet, *existence hükümleri* değil, daha ziyade kıymet hükümleridir. (Hukukun evvel emirde etik karakter taşıdığı düşüncesi)!

Hukukun etik karakteri haliz olduğu keyfiyeti bizi, bizzarur, hukuk hakkında ahlâki (etik) kıymet hükümleri vermeğe sevkeder ki bu da hukukun regülatif idesi, hukukun intikadî ölçüsü düşüncesine münceer olur. «Hukukun etik» ini ilgilendiren bu nokta tabii hukuk idesiyle sıkı sıkıya münasebettardır. — Düalist bir metoddan hareket ederek müspet hukukun ahlâki - intikadî kıymet ölçüsünü arayanların hepsi, aralarında az veya çok nuance farkları bulunsa da, hattâ ileri sürdükleri regülatifler ve kıymet ölçüleri arasında esaslî farklar olsa da, yine tabii hukukeçudurlar.

Tabii hukuk, hukukun etiğidir. Ve hukukun etiğini, ahlâki kıymet ölçüsünü araştıran her tefekkür tarzının haklı ve zarurî olduğu, şüpheden varestedir.

olunmuştur. Ve yine insan, onu — samimane ve müstekihane - kendi nefesine irat ettiği sual sayesinde bulabilir. — fakat *hukukun tarihi*, metodik şekilde taharri ve tahkik edilmeğe başlayınca hukukun, zamanın seyri içinde ve milletten millete ne kadar değişik bir manzara arzemiş olduğu ve her milletin haddizatında kendine hâs bir hukuka sahip bulunduğu ve her hukukun kendine mahsus bir tekâmülü olduğu gözden kaçmamıştır. Yani muhtelif ve mütenevvi karakterde hukuklar (hukuk nizamları, sistemleri) daima mevcut olmuştur. Fakat *hukuk* (yani bir tek hukuk sistemi) hiçbir vakit mer'î olmamıştır.

İşte bu bilgidен şu kanaate vasıl olabilmek ancak ufak bir adım meselesi idi : — «Binaenaleyh hukuk da — tıpkı insanlığın, sadece muayyen bir zaman içinde yaşayan insanlar halinde mevcut olması gibi — ancak bu kabil tarihî bir realite halinde mevcuttur; ve, ülümu tabiiyeye bağlı (natüralist) 19 uncu asrın kanaat ve tasavvur ettiği gibi, ancak vakıalar, ilmî araştırmanın mevzuu olabileceği için, hukuk ilminin hemen bütün mümessilleri de sadece hukukî vakıaların, yani sadece hakikaten mer'î hukukun kendi ilimlerinin mevzuu olabileceğini zannediyorlardı. Böylece hakikî «ilmî» metoda göre, hukukun ihtiva ettiği vakıalar işleniyor; titizce noktası noktasına tesbit ve birbirleriyle mukayese ediliyor, bu vakılardan endüktif şekilde umumî mefhumlar istidlâl olunuyordu. Ve tarihçi veya sosyolog, zaman merhaleleri halinde hukukun veyahut hukukların doğuşunu, değişmesini ve göçüşünü tekâmül kanunlarına göre izaha çalışıyorlardı.

Gerçi bir ilim vardır ki onun mevzuu şüphesiz vakılardır: — Tekmil disiplinleri bakımından tabiat ilmi! yani «postulat» lar değil, vakıalar: — İşte tabiat ilminin hususiyetini karakterize eden tezaad da budur. Tabiat ilmi, tabiatta cereyan eden reel hâdiseleri araştırır ve onları izaha çalışır. Fakat onun aradığı izah (tarzı), hâdiselerin makul esasları veyahut gayeleri hakkında bilgi edinmek, onların *teleolojik* irtibat ve incisamını kavramak keyfiyetinde değil, bilâkis onlar arasındaki illî rabıtayı bilmek keyfiyetinde mümdemiçtir. Tabiat ilmi, hâdiselerin cereyanının tâbi olduğu müttahit şartları kavramak gayesini gütmektedir. *Eğer bir hâdisede* müşahede edilen hususiyetin bazı muayyen şartlar altında daima tekerrür ettiği sabit olmuşsa, o hâdiseye izah edilmiş demektir; meselâ bir parça demirin güneşte inbisatının sadece bir tek hâdiseye inhisar etmeyip daima vuku bulması, ve demirin sadece güneşte değil, bilâkis her ısınma neticesinde inbisat etmesi; bundan başka her madenin aynı şekilde inbisatı, inbisatın ısınmaya müşabih bir hâdiseye olması ve hararetin sadece enerji şeklinden biri bulunması gibi vesaire, vesaire;



Tabiat ilminin gayesi, tekmil reel hâdiseleri bir tek formül, «*illiyete tâbi realite*» formülü zımına ithal etmektir<sup>1</sup>.

Fakat bu gayeye tamamile ulaşılmış olsa bile, yani tekmil hâdiseleri bir tek mahrece irca etmeğe muvaffakiyet elverse bile, bu izah tarzı yine daima sadece izafî kalır, bunun böyle oluşunun sebebi, sadece bu «izah tarzının» *muta* hâdiseleri izah etmesinde ve bu mânada *muta* hâdiselere aşikâr surette *tesadüfî bir unsurun* (bir tesadüfiliğin) merbut olmasında değil<sup>1a</sup>, daha ziyade bu izah tarzının bilhassa ve daima münhasıran bir hâdisenin diğer bir hâdisiye ile mukayese edilmesinde ve bunların birbirlerine nasıl bağlanıp kaynaştıklarının gösterülmesinde mündemiç olmasıdır. Eğer tekmil fizikal ve kimyevî hâdiselerin bir tek müttahit temel hâdisenin, meselâ diyelim ki elektronların tenevvüleri olduğu bilinirse, bu takdirde hâdiselerin (hacim genişlemesinin, hararetin, ışığın ve elektriğin) birbirleriyle hangi münasebet dahilinde buldukları da bilinir. Fakat bütün bunların *niçin* böyle cereyan ettiğini sormaya cevaz yokur. Çünkü tabiat müdekkiki için hâdiselerin böyle cereyan ettiğini tesbit etmek kâfidir<sup>2</sup>. Hem bu niçin sualinin (hâdiselerin niçinine yöneltmiş sualin) mânası ne olmak lâzım gelir? Acaba hâdiselerin illeti mi? Fakat biliyoruz ki her hâdisenin illeti onu tayin eden, onun şartını teşkil eden diğer hâdiselerdedir; bütün hâdiselerin bu şemaya göre cereyan ettikleri keyfiyeti ise, onların malûm şekilde yekdiğerini şart koştığı, yekdiğerinin şartını teşkil ettiği mânasını tazammun eder. Böylece her hâdisiye, izah edilebildiği kadar

1) Bizzat illiyet mefhumunun burada izah ve münakasa edilmesine hacet yoktur; bizim üzerinde durduğumuz tezadın kavranması için bu intikadî tetkik (görüş) hic bir rol oynamamaktadır. Bu mesele hakkında mukayese ediniz: E. Cassirer, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, 2. unveränderte Auflage, 1935, sahife 384 ve mütl., *Eaumgarten, Der Weg des Menschen*, 1933, S. 222 = İnsanın yolu, illiyetten sarf-nazar edilse dahi, yine geriye tabiat ilminin, hâdiseleri yekdiğerine nisbet ettiği ve «postulats» larla meşgul olmadığı kalır.

1a) J. L. Nelson — Kritik der praktischen Vernunft, (= Amelî aklın tenkidî), 1917, s. 296 — bu meseleye işaret etmektedir.

2) «O. Spengler» in «Der Untergang des Abendlandes, (= Garbın İnkırazı), namındaki eserinin 2 nci cildinin 324 üncü sahifesinde sadece illi bir idrakin mevcut olduğu yolunda söyledikleri doğru değildir; illi şekilde izah edilen bir şey idrak edilmez, yani mânası bakımından idrak edilmez; ve idrak edilen bir şey de illi şekilde değil, *mânah* şekilde izah edilmiş olur. Bizzat Spengler, ifade ettiği düşünceye bağlı kalmıyor; meselâ s. 332, 625. Fakat acaba kendisinin bahsettiği (tarîhin «physiognomik») 1, = yani haricî görünüşünün tâbir ve tefsiri, nedir: illi izah mı, yoksa mânanın tâbir ve tefsiri mi — yoksa önünde sonunda sadece tasvir mi, deskripsiyon mu?



izah edilmiştir. Fakat (*bütün*) ün, hâdiselerin bütününün ise artık herhangi bir illeti yoktur. Eğer (*bütün*) ün bir illeti olsaydı onu bu *illi sisteme* ithal ve ilâve etmek icap ederdi; bu takdirde (bu kabîl bir) illi, tayin edici unsur yine bütünün bir cüzü haline gelirdi ve böylece genişlemiş, büyümüş olan bütünün tekrar izah edilmesi icap ederdi. İlli tetkik ve mütalâa, izafî bir tetkik ve mütalâadır; cüzülerin yekdiğerine izafe ve nisbet edilmesidir (yani cüzüler arasındaki münasebetlerin tetkik ve tesbitidir). Ve işte bu sebeple *bütünü* (hâdiselerin bütününü bütün olarak) izah edemeyiz, yani her halde illi bakımdan izah edemeyiz. «Ancak bir cüzü (bir kısım) diğeri bir cüz'ün (diğeri bir kısmın) illeti olabilir. *Bütünün* ise illeti yoktur»<sup>3</sup>. Veyahut acaba «*niçin*» suali «*bu hâdiselerin başlangıcı*» na mı müteveccih bulunuyor? Fakat *başlangıç* meselesi ise bütün teoriyi daha baştan devirirdi, çünkü *ilk hâdise* her halde, (başka) bir illetten südur etmiş olmazdı! ve bu tarzda bir izah, ancak «gayri-kabili izah bir noktaya atıf ve işaretten» ibaret bulunabilirdi. — Veyahut irat olunan sual, acaba bütün bunların (bütün hâdiselerin) neden böyle cereyan ettiği keyfiyetinin «*esası*» na, «*temeli*» ne mi, «*bütünün gayesi*» ne mi veyahut *mânası* na mı müteveccih bulunuyor? Filhakika bu sual, âdeta kaçınılmaz bir şekilde varit olmaktadır. ve aynı zamanda bir çok mütefekkirleri de meşgul etmiştir<sup>4</sup>. Fakat artık bu, tabiat ilmini alâkadar eden bir sual olmayıp tabiat ilmi çerçevesi içinde de vaz'ı caiz değildir; aksi takdirde ilmi ve felsefî rüyet noktaları, vuzuhsuzca birbirine karıştırılmış olur ki bu da ne ilim için ne de felsefe için faydalıdır<sup>5</sup>. Tabiat ilminin vazifesi, eşyanın varlığının istinat ettiği *temeli*, tabiatın gayesini araştırmak değildir; bilâkis eşyanın, tabiatın şe'nî (fiili) ahvalinin kanunlarını<sup>6</sup>: — Muta olanla muta olan arasındaki münasebeti araştırmaktır. Tabiat ilmini vakıalar, yalnız ve yalnız vakıalar alâkadar eder;

3) Rickert, Der Gegenstand der Erkenntnis, (= Bilginin mevzuu), 3. Auflage, 1915, S. 82; mukayese ediniz: Sigwart, Logik, (= Mantık), 3. Auflage, I, S. 269; E. Cassirer, Das Erkenntnisproblem in der philosophischen Wissenschaft der Neuzeit, III, 1920, S. 260 (Schelling'e dair). (= Yeni çağın felsefi ilminde bilgi problemi.)

4) Bilhassa, Kant, Kritik der Urteilskraft, (= Hüküm kabiliyetinin tenkidi), Reclam, (Raymund Schmidt), Einleitung (= Mukaddeme), S. 31; 2. Teil (= 2. kısım.) S. 283 ve müt.

5) Kant, Urteilskraft (= Hüküm kabiliyeti), S. 313; E. Cassirer, Erkenntnisproblem, I, 348.

6) Rickert, Allgemeine Grundlegung der Philosophie, (= Felsefenin umumi temellendirilmesi), 1921, S. 87, 114: — «Sadece mevcut olan sey» e karşı vaziyet almamız,



tabiat ilmi, vakıalara, hâdiselere tereddüdsüz, «sakin, saf ve açık duygularla» yaklaşmalıdır; çünkü o, onlara (hâdiselere) tâbidir. Tabiat ilmi, kendini *tecrübeye* göre ayarlamakla mükelleftir. Buna mukabil vakıaların (hâdiselerin) makul olup olmadıklarını, bir mâna ve gayeyi ihtiva edip etmediklerini, eşyanın var olmaya lâyık ve müstahik ve aynı zamanda bir kıymeti haiz olup olmadıklarını araştırmakla mükellef değildir. Tabiat ilmi, eşya ve hâdiseleri olduğu gibi kabul etmeğe mecburdur ve, aynı zamanda en nâdir vaki olanları ve en işe yaramazları, en faydasızları da dahil olduğu halde, onların hepsini kabul etmeğe mecburdur; çünkü eşya ve hâdiselerin hepsi aynı kıymeti haizdirler, zira hepsi kıymetten âzadedirler; yani tabiat ilmi tarafından kıymet zaviyesi altında tetkik ve nûtalâa edilmemektedirler.

İşte bu sebeple tabiat ilminin mevzuu per definitionem «mâna» sızdır, herhangi bir mânayı ihtiva etmez<sup>7</sup>. Tabiat ilminin mevzuu hâdiselerdir; mânaların ve kıymetlerin mübeşşiri ve mutavassıtı değil, bilâkis çıplak (mücerret) hâdiselerdir<sup>8</sup>.

Bu mülâhazalarla tabiat ilminin hiç bir mânası olmadığı; veyahut daha iyi bir tâbirle: — Tabiat ilmi ile uğraşmanın hiç mânası olmadığı da kastedilmemektedir. Mamafî *mânadan âzade hâdiselerin sırf illî taharrî ve tahkikin*'in<sup>9</sup> bir mânası olduğu iddiası da akıl ve iz'an yoluyla öyle kolay kolay kabul edilemez; fakat buna rağmen tabiat ilminin bu illî taharrî ve tahkik vazifesi, «daha büyük bir hakikat sistemi» içinde yine bir mâna ifade edebilir ki tabiat ilminin vazifesi de, her şeyden evvel ancak işte bu sistemden, daha doğrusu bu sisteme müsteniden, istihraç edilmek mecburiyet ve zaruretindedir<sup>9</sup>. Fakat burada araştırılan şeyler, yine münhasıran vakıalardır, hâdiselerdir; yani fiilî vakıalardır, «mâna» lı şeyler değildir.

7) Mâna, başka bir şeye, daha yüksek olan bir şeye isarettir; «eğer mâna, bir (mutlak olan) a, oluş vetiresinde mahlûk olarak değil de, bilâkis onun fevkinde yaratıcı olarak bulunan bir şeye nisbet edilmemişse sadece izafidir.» Max Huber, Die Grundlagen nationaler Erneuerung. (= Millî yenileşmenin temelleri), 1934, S. 12.

8) Kroner, Die Selbstverwirklichung des Geistes, (= Fikrin kendini gerçekleştirilmesi), 1928, S. 7.

9) *Bâtûn* münferit hâdiselerin tesbiti ve illî şekilde izahı, hakikatte, sonuç gelmeyen bir vazife olduğu gibi mânasız bir vazifedir de. Tabiat ilminin vazifesinin ne olduğunu, bizzat tabiat ilmi tayin ve tesbit edemez; ve buna rağmen yine bilmesi lâzımdır.



Acaba hukuk da sadece böyle bir vakıa mı, hâdisiye mi olmalıdır ve ilmi bakımdan sadece illi izah denilen rüyet noktası altında mı taharri ve tahkik edilebilmelidir?

Zikredildiği veçhile bunu, bir çokları — hukuk ilmi bir ilim olabilmek için vakıalarla, hâdiselerle iştilal etmelidir, kanaat ve mülâhazasile — iddia etmişlerdir<sup>9a</sup>.

Fakat consequent şeklinde etraflıca muhakeme edildiği takdirde bu düşüncenin yanlış olduğu görülür. Mezkûr düşünceye, teoriye göre nasıl ki tabii ve tecrübi hâdiseler, tabiat müdekkikına muta bulunuyorlarsa, öylece hukuk da hukuk ilmine (hukuk ilmi için) muta bir hâdisedir; yani bu teoriye göre kanun koyucu tarafından vazolunan veyahut hukukî tatbikat organları tarafından teamüli hukuk yolile tanınmış olan *normlar* mutadırlar. Eğer hukuk ilmi bir «vakıalar, hâdiseler ilmi» ise, yani kendilerini «akıl» denilen merci karşısında justifier etmekle, (meşruyetlerini isbat etmekle) mükellef olmayan, bilâkis münhasıran reel oduklarını (reel hüviyetlerini) isbat etmeğe mükellef bulunan donnélerin bir ilmi ise, bu takdirde hukuk ilminin vazifesi de sadece, *akıl için tesadüfî olan* bu hâdiselerin mevcudiyetini izah etmekten, hem de illi bakımdan izah etmekten; «hukukî hâdiseler» in doğuşunu, mevcudiyet ve devamını diğer hâdiselerle müşterek olan şartlara irca etmekten ibaret olabilir. Bu görüşe göre tabiat müdekkikinin bir madenin bazı muayyen şartlar altında iki maddenin, iki unsurun terkiibinden meydana geldiğini, ve yine başka şartlar altında bu terkiibin inihilâli neticesinde mezkûr madenin tagayyür ettiğini izah edişi gibi, hukukî hâdiselerin doğmalarında ve değışmelerinde müessir olan «kanunlar» da aynı şekilde tesbit ve irae edilmelidir<sup>10</sup>. Tesadüfî (yani burada: «Akli zaruri olmayan» mânasında) «donnée» ler olarak hâdiseler, hâdiselere bağılılık (tâbi olma), mânadan âzade izah, illi ve jenetik, ve bu suretle sadece izafi izah : — İşte bütün bunlar muayyen bir ilmi metodun, tabiat ilmi metodunun yekdiğerile alâkadar unsurları ve hususiyetleridir. Eğer hukuk, istinat ettiği esasın, temelin ne olduğu araştırılması caiz olmayan, mânadan âzade bir hâdisiye olarak ileri sürülürse, bu takdirde böyle bir görüşe bağılı kalması gereken bir hukuk ilmi de sadece artık bu hâdiselerinin — kendi aralarındaki muna-

9a) Hattâ Gierke bile «Die soziale Aufgabe des Privatrechts», (= Hususi Hukukun sosyal vazifesi), 1889, namındaki eserinin (3) üçüncü sahifesinde demistir ki: «Mahz ilme ancak olan müsaittir, olması lâzım gelen değıl.»

10) İnsan bu vesile ile gayri ihtiyari, «mukavelenin (akdin) iki iradenin birleşmesi esasına müsteniden izahı yolunda pek çok yapılmış olan tecrübe ve tesebbüsleri» hatırlıyor.



sebetlerinin tesbit ve iraei sadedinde — illi izahını istihdaf edebilir. Hukuk hakkında böyle bir ilmî tefekkür, bu hâdiselerin teessüs ve tagay-yürlerinin kanunlarını tesbit ve irae etmeğe mecburdur; bunlar kimyevî<sup>11</sup> veyahut biyolojik<sup>12</sup> kanunlar mıdır, yoksa psikolojik<sup>13</sup> veya sosyolojik kanunlar mıdır, o cihet artık fer'î mahiyettedir. Bunlar, «*fiilen vaki olan şeyler*» in kanunlarıdır; muta hâdiseleri sırf *illi bakımdan izah* ve hâdiselerin *mânasından tecahül* ederler<sup>14</sup>. Hukuk ilmine böyle bir vazifeyi mi tevcih etmeli veyahut bilâkis hukuk ilmine: Hukukun «hâdiselerini», yani mer'î hukukî hükümleri, mânalı bir «postulat» nın (aklı bir emrin) — istenen ve vacip olan (iradî ve vücubî) — ifası olarak mı havale etmeli; işte bir kere bu cihet hakkında vazih bir kanaat ve karara varmalı!

Birinci şıkta araştırmacı; hâdiselere bağlı kalmak ve, niyet ve teşeb-büsünde muvaffak olduğu takdirde, bir kanunun veya bir teamülû hukukun arzettiği manzarayı — muta fiili şartlara göe — esasen arzetmek *zaruretinde* olduğunu isbat etmek gibi (bir çoklarınca sarfınazar edilemez) bir satisfaksiyona sahiptir; araştırmacı belki hattâ bu kanunun veya teamülû hukukun, bu veya şu şartın zail olması halinde, tekrar hükümden düşmek veya değişmek *zaruretinde* bulunduğunu da tefe'üle içtisar edecektir. Fakat bu takdirde de, bu tarzda vücut bulan ve değişen şeylerin *nasıl*

11) Meselâ Solvay ve mektebinin kabul ve kanaat ettiği gibi; mukayese ediniz: Barich, Essai de politique positif, basée sur l'énergétique de Solvay, Bruxelles 1919.

12) Bu husus için meselâ, Knapp, System der Rechtsphilosophie, 1857, Hauriou, La théorie de l'institution et de la fondation; — essai de vitalisme social, (La Cité moderne et les transformations du droit, 1925) de intisar etmiştir. S. 1 ve müt.) Mexküll Staatsbiologie: Anatomie, Physiologie, Pathologie des Staates 1933 zikredilebilir.

13) Meselâ Geny, Méthode d'interprétation, 2. baskı 1919, II, S. 254, diyor ki: «Il est certain que le droit, comme toutes les disciplines morales et normatives, emprunte ses principes fondamentaux à la psychologie.»

14) Hukuk ilminin kimyevi, biyolojik, psikolojik veya sosyolojik kanunları mı araştırmakla mükellef olup olmadığı ciheti fer'î mahiyettedir. Ve bunun böyle oluşunun sebebi, sadece bütün bunların illi kanunlar oldukları keyfiyetinden ileri gelmiyor, bilâkis aynı zamanda bu tarzda hareket edildiği takdirde hukuk ilminin bu sahalardan birinin ehemmiyetsiz bir parçası derekesine düşürülmüş olacağı keyfiyetinden ileri geliyor. Eğer hukuk, tabiat ilminin (geniş mânada tabiat ilminin, yani illi ilmin) bir parçası olacaksa, bu takdirde onun hangi disipline tertip ve ithali meselesi artık hiç bir ehemmiyeti haiz değildir; çünkü bu takdirde o, esasen müstakil bir ilmin mevzuu değildir artık!



*vacibürriaye* olması lâzım geldiğini araştırmak, artık hukukçuyu, şayet consequent ise, alâkadar etmez: Böyle bir araştırmacıya hukukî emrin (hukukî hükmün) temeli ve mânası yabancıdır; onu sadece kanunun ihtiva ettiği emrin nasıl teessüs ettiği, bu emre tebaiyyet edilip edilmediği, ve bu tebaiyyet edilip edilmeme hâdisesinin — ister psikolojik, sosyolojik bakımdan veyahut ister herhangi bakımdan olursa olsun — illiyet kanunu çerçevesi içinde nasıl edilebileceği keyfiyeti alâkadar etmektedir. Onu, sadece hukukun mekanizması alâkadar eder; hukukun bu mekanizmasının kısımları, müştereken işleyen bir takım çarhları teşkil ederler, ve aynı zamanda bu mekanizma bir bütün olarak yine başka illetlerin neticeleri ve başka neticelerin illetidir. — Bittabi bu illi-jenetik tetkik ve taharri tarzından kimse menedilemez; ancak bir noktayı işaret edelim: Hukukun teşekkülüne ve tatbikine müteallik hâdiseleri bu rü'yet noktası altında mütalâa edenler, hiç bir vakit «*vacibürriaye şey*» e, «*olması lâzım gelen*» e (*vücuba*), bir «*norm*» a, kısaca hukukçunun «*hukuk*» dediği şeye tesadüf demezler<sup>15</sup>. Çünkü onların kendi metodları bunu imkânsız kılmaktadır. Çünkü onlar hâdiselerden, *mânadan* mücerret hâdiselerden başka bir şey tanımamaktadırlar. Böyle olunca da, artık bu usule sadık kalmalıdır<sup>16</sup>.

Peki, o halde hukuku vücade getiren *hâdiseler* haddizatında nelerdir? veyahut, münhasıran *mânadan* mücerret hâdiseler olarak tetkik ve mütalâa edildikte, hukuk nedir?

Meselâ şayet kanun, fabrika sahibini, işçilerini tehlikeli makineler başında çalıştırmaktan menediyorsa, bu takdirde bu hüküm işçilerin sıhhatinin, işverenin egozmine (zâti menfaatine) karşı, meşru ve makul bir himayesi olarak anlaşılabilir: Yani daha yüksek bir nimet olmak haysiyetile işçilerin sıhhati, daha dun bir nimet olmak haysiyetile kâra ve «*malların ucuzluğu düşüncesine*» feda edilmemelidir. Şayet bu kabîl bir

15) Rudolf Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht 1902, S. 179 ve müt.: İlli bakımdan tetkik edilen bir şey gaye olarak, yani gerçekleştirilmesi matlûp bir şey olarak tetkik edilmez. Bosanquet, The philosophical theory of the state, 2. nci baskı, 1910, S. 30: A law involves the pretention to will what is just.

16) Fakat böyle bir araştırmacı, bunu nadiren yapmaktadır. Bir İngiliz psikoloğu şöyle bir teşhiste bulunmuştur: For (the \*psychologist) the crude superstitions of Australian aborigines have as as must interest, as the developed and accurate knowledge of a Newton or a Faraday. Fakat o, şöyle demeli idi: Tabiat ilmi içinde düşünen bir psikoloğ için ne batıl itikat ne de metodik bilgi vardır; bilâkis sadece suur hâdiseleri vardır. Birinciler kıymet mefhumlarıdır ve tabiat ilmi ise kıymetten mücerrettir.



memnuiyete *sadece bir hâdisе olarak kıymet verilmek* istenirse, bu takdirde bunun iki mânası olabilir:

Bir kere, münhasıran «*kanun vaz'ı*» denilen hâdiseler kompleksinin ilim için mevzubahs olduğu mânasını tazammun eder; [ister telâffuz edilen heceler, yazılı işaretler, reye vazolunma esnasında el kaldırmalardan resmî gazetenin basımına varıncaya kadar cereyan eden bütün haricî ve hasselerle kabili idrak hâdiseler kompleksi olsun (maddî - reel hâdiseler kompleksi); ister tasavvurî ve iradî sahaya dahil, psikolojik hâdiseler halinde cereyan eden ve muayyen bir şahsın veyahut müteaddit bazı muayyen şahısların muayyen bir hareket tarzını emir veya nehiy ettikleri keyfiyetinde en son haddini bulan derunî hâdiseler kompleksi olsun!]. Eğer ilim, bu (hâdiseler kompleksi) ni kendine plân ittihaz ederse, bu takdirde onun hedefi bu hâdiseler kompleksini, zaman içinde cereyan eden hâdiselerin ilmi izahına müşabih olarak, münhasıran illi-jenetik tarzda izah etmektir. Haricî hâdiseler kompleksi, muhtemelen mekanik ve fizyolojik zaviyeden, derunî hâdiseler kompleksi de muhtemelen psikolojik ve sosyolojik zaviyeden tetkik ve izah olunacaktır. Fakat ne olursa olsun bu hâdiseler daima illi tarzda izah edilecektir; ve bizzat kanun hükmünün ihtiva ettiği memnuiyetin mânası, istinat ettiği *esas*, tamamen mevzu harici kalacaktır. Hâdiselerin bu tarzda tetkik ve mütalâasına devam olunacak olursa, bu takdirde bu usul, meselâ birinci kategori hâdiseler kompleksinin, (yani maddî - reel hâdiseler kompleksinin, neticelerini: yani başka insanların, fabrika zabıtasının icra organlarının veyahut fabrika sahiplerinin şu veya bu hareketleri icra etmeleri, meselâ bir makinenin faaliyetini tatil etmeleri tarzında tezahür eden mekanik-fizyolojik hâdiseyi; yahut fabrika sahiplerinin cezalandırılmaktan korkarak bu şekilde harekete sevkedilmeleri veyahut mürakabe (kontrol) makamlarının, vazı kanunun emrinin tesirile, makinenin faaliyetinin tatilini emretmeğe ve, belki bizzat cezalandırılmamak için, ceza tehdidinde bulunmaya sevkedilmeleri tarzında teceli eden derunî (psikolojik-reel) hâdiseyi hedef ittihaz edebilir. Bu da vazolunan memnuiyetin tesir ve neticelerinin psikolojik veya «sosyolojik» izahıdır.

Fakat bütün bunların hepsi tatbikî mekanik, fizyoloji, psikoloji veya bu mânada «sosyoloji», yani illi ilimdir; bunların hepsini alâkadar eden cihet, memnuiyetin *mânası* değil, bilâkis «memnuiyeti ihtiva eden emir» tarzındaki *hâdisе* ve onun tesir ve neticeleridir; bunlar, makul olmak isteyen bir fiil ve hareketin *mânasını ve esasını* değil, bilâkis «fiilen vaki bir iradî akt» in illetlerini ve neticelerini araştırmaktadırlar. Ve



hâdiselerin böyle bir tetkik ve mütalâası, consequent olarak, memnuiyetin *mânasından* tamamen tecahül etmek mecburiyetindedir; çünkü bu tetkik ve mütalâa tarzı *mânalı bir fiil ve hareketi* değil, kıymetten mücerret bir hâdiseyi tetkikatına mevzu ittihaz etmiştir. Meselâ hâdiseleri münhasıran illî tarzda izah etmek istediği nisbet ve hallerde sosyoloji, bu tarzda hareket etmek mecburiyetindedir; mamafih bunu *nâdiren* consequent şekilde yerine getirmektedir.

Fakat hukukçular veya hukuk filozofları «kanunun ihtiva ettiği memnuiyeti» bir hâdisiye olarak aldıklarını beyan etmekle, muhakkak ki, başka bir şeyi kasetmektedirler. Onlar sadece memnuiyetin husule geldiği zamanî, fizyolojik vepa psikolojik hâdiseler kompleksini illetlerinden yana değil, bilâkis *bizatihî memnuiyeti, menedilen şeyi, makul mânası bakımından makul fiil ve hareketi*; yani bir «*fiilî hâdiseler kompleksini*» değil, bilâkis makul varlıklar tarafından makul varlıklara yöneltilmiş bir talebi araştırmak istemektedirler. Ve makul bir talep de, makul bir talep olarak, ancak mucip sebebere (makul esaslara) müsteniden anlaşılabilir. mamafi hukuk ilminin bu «*talep*» i haklılığı bakımından nazarı tetkikten geçirmeyip bilâkis, başkaca herhangi bir tetkik ve kontrole tâbi kılmadan, vazı kanun nasıl istemişse öylece vacibürriaye olarak kabul etmesi icap ettiği nisbet ve hallerde bu memnuiyet, hukukçu için sadece bir hâdisiye karakterini haiz olacaktır. Gerçi bu memnuiyet de bir taleptir, bir normdur; ama hukukçu «intikadî takdir» e tevessül etmemekte ve bu normu, hakikatte nasıl teessüs ve takarrür etmiş bulunuyorsa o şekilde kabul etmektedir. Çünkü bu, hukukçunun nazarında da bir «*talep*», bir postulat olduğu için onu illî bakımdan izah etmeği kendine vazife ittihaz etmemektedir: Hukuk ilmi, zamanî hâdiselere müteallik illî bir ilim değildir. Fakat (burada olduğu gibi) kendine intikadî araştırma yolunu kapadığı için nelerin mer'i olması lâzım geldiğini veya mer'i olmaya lâayık olduğunu araştıran etik bir teori de değildir. Bilâkis sadece fiilen mer'i olan şeylerle işigal etmektedir<sup>17</sup>.

17) *Kelsen'e göre* (Revue de métaphysique et de morale, 1934, S. 183 ve müt.) Hukuk ilminin mevzuu *normlardır*, (Normlar olmalıdır). Fakat sadece, kendisine muta normlar! Bu, (görüş) yanlış değildir. Yalnız, ilmin müsbet hukukun bu «vakıalarına» karşı tamamen gayri intikadî kalabilip kalamıyacağı, cayı sualdır. İşte bu, ihtilâfıdır: 1) Çünkü hukukçu, vazı kanunun kullandığı kelimelere kendi hükmile yaklaşmadan, kanunun muhtevasını anlayamaz. 2) Çünkü ilim, normları gayri intikadî şekilde kabul etmek mecburiyetinde kalacak olursa, o vakit tamamen verimsiz bir hale gelir; hattâ normları sadece teshis ve tesbit edebilse de. Metinde bu cihete daha temas edilecektir.).



Fakat bu takdirde geriye hukuk ilmine acaba hangi vazife kalmaktadır?

İlk önce şu cihet tesbit edilmelidir ki hukuk ilmi bir norma, kanunun mânalı bir talebine ittilâ kesbetmektedir. Yani öyle bir şey ki onun hukuk ilmi için kıymet ve ehemmiyeti, diğer zamanî hâdiselerle olan zamanî-illî münasebet sahasında değil, bilâkis «akıl» ile olan gayri zamanî (ideel) münasebet sahasında, idrak edimesi icap eden bir mâna ve ehemmiyet sahasında mündemiç bulunmaktadır. Evvel emirde bu cihetin kavranması lâzımdır: Bir kere *muta olan*, sadece resmî gazetede münderiç bulunduğu gibi kanunun lâfızlarıdır, kelimeleridir. Bu kelimeleri, bir memnuiyet olarak takdir edebilmek için evvelâ onların ifade ettikleri mânaları kavramak lâzımdır: İşverenin, işçinin, makinenin ve sıhhatin ne olduğunu bilmeyen bir kimse, buna müteallik memnuiyeti de anlayamaz. Bundan başka işverenle işçinin bir *şahıs* olduklarını, makinenin bir *obje* olduğunu, «çalıştırmanın» bir *isteğin dermeyanı* olduğunu, ve sıhhatin bir *nimet* olduğunu bilmeyen bir kimse, kanunun ihtiva ettiği hükmü yine de hâlâ anlamaz. Kavrayışla, kanunun mânasından yana açık bir idrakle kanunun hükmünü okumalıdır; aksi takdirde *sadece kelimeler (kanunun metni) tekrar, heceler telâffuz edilmiş olur*, fakat kasdedilen mânanın ne olduğu bakımından *bir memnuiyet kavranarak idrak edilmiş olmaz*. Gayri makul bir kimse için kanunun bir emri, emir değildir. Ve bir kanunun aynı zamanda kavranmış, anlaşılmuş olduğu hakkında : ancak *kanunun ihtiva ettiği kelimelerle anlaşılabilir (kabili idrak)*, makul bir mânanın birleşebildiği keyfiyetine müsteniden kanaat hasıl edilir.

Filvaki (kanunun ihtiva ettiği) bir hükmün nazari olarak (mefhum bakımından), zihin vasıtasile, amelî aklın faaliyeti olmaksızın dahi, yani kıymet hükmü olmaksızın kavranabildiği keyfiyeti doğrudur, ki esasen Pozitivisterin — eğer kendi aralarında mutabakat varsa — kasdettikleri de budur. Filhakika, teknik bakımdan mükemmel bir hukukî kaziyenin, anlaşılması, daha exacte olarak: vazı kanunun iradesine uygun bir şekilde doğru tatbik edilebilmesi için hiç bir kıymet hükmüne ihtiyaç yoktur; yani vazı kanun, teknil kıymet hükümlerini bizzat verir ve emrini münhasıran teknik mefhumlar halinde ifade ederse — ki vazifesini tam mânasile yerine getirmek için, konsekan olarak, böyle hareket etmek mecburiyetindedir<sup>18</sup> —, bu takdirde de kanuna riayetle mükellef olan

18) Vazı kanunun vazifesinin bu noktada mündemiç olduğu ciheti «L'Etat et le droit» başlıklı referatımda (Zeitschrift für schweizerisches Recht, 50 1931, S. 150 a ve müt.) etraflıca izah edilmiştir.



kimsenin ve hâkimin, ne şekilde hareket etmekle mükellef olduğunu veyahut neyi tecziye etmesi icap ettiğini bilmeleri için artık herhangi bir kıymet hükmü vermelerine hacet yoktur. Bu suretle hâkimin artık, kanunun mânası, yani etik mânası, meşruiyeti üzerinde kafasını yormaya lüzum ve ihtiyaç yoktur<sup>19</sup>. Misalimizdeki «menedilmiş makine» teknik bir takım evsafa, meselâ bir «emniyet altına alınmış çark» ile karakterize edilmiş bulunuyorsa, hangi makinelerin memnu olduğunu bilmek için bittabi teknolojik bilgilere ve mantikî «subsumtion» a ihtiyaç vardır, fakat kıymetlendirici mülâhazalara, kıymet hükmüne hiç ihtiyaç yoktur, halbuki buna mukabil, sadece «tehlikeli» makineler menedilmiş bulunuyorsa<sup>20</sup>, bu takdirde, bittabi, *makul bir kıymet hükmüne* ihtiyaç vardır. Ve bir çok kanunî hükümler birinci kategoridendir; bunlar bir dereceye kadar mihanikî bir şekilde, münhasıran zihni bir ameliye ile ve başka bir kıymet hükmüne hacet kalmaksızın tatbik olunurlar. Meselâ «altından mamul» olarak karakterize edilmiş alât ve edevatın (malzemenin) asgarî 14 krat halis altını ihtiva etmeleri icap ediyorsa, üzerinde şüphe edilen bir malzemenin kanunun hükmüne aykırı olup olmadığına karar vermek, teknolojik ve lojik bir mesele olup aksiyolojik bir mesele değildir.

Eğer sadece, «pozitivist teze en elverişli, bu ideal hâdise» mevcutsa, kanun, ihtiva ettiği emri sıkı teknik mefhumlar kılığına sokmuşsa, bu takdirde ilme, artık yapacak daha ne kalır? Artık ilmin yapacağı başaraacağı bir şey yoktur. Çünkü vazı kanun, vazifesini *tam* yapmıştır; bu vaziyet karşısında ilim, artık kanunun emrettiği şeyleri sadece tescil edebilir, belki başka kelimelerle tekrar edebilir. Fakat bu da artık tamâmî gayri müstakil, subaltern, «*ilim*» ismini hakketmeyen bir mesaidir.

Ve kanun böyle mükemmel bir formüle vasıl olmamışsa, yani münhasıran teknik mefhumlardan başka bir de meselâ «*tehlikeli*», «*sıhhate zararlı*» ve buna mümasil mefhumlar kullanıyorsa, veyahut müteaddit tefsirleri mümkün kılacak şekilde ifadesinde vüzuh ve sarahat yoksa; yani ilme, noksanlarla malûl kanunî hükmün tatbik ve istimalinde hukukî tatbikata yardım etmek gibi verimli bir vazife terettüp ediyorsa,

19) Fakat emredilen şeyin mâna ve esasını sormak, araştırmak caiz olmazsa, bu fillî emrin vacibürriyeye oluşu keyfiyetli de izah edilmemiş olarak kalır. İşte bu noktada müsbet hukukun gayrikabili izale tenakuzu kendini göstermektedir: yani hem vacibürriyeye postulat hem de bir vakia olmak! «Postulat» lar, ideel şekilde mer'idirler, vakılar ise illî şekilde müessirdirler. W. Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927, S. 185; L'Etat et le droit, a. a. O., S. 142a.

20) Rudolf Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht 1902, S. 40, 311 ve müt.; kanun, hâkime doğru hukuk istikametinde bir atif yapar.



bu takdirde ilim kıymet hükmünden müstağni olamaz. Hangi makinenin sıhhat için «tehlükeli» olduğu, «işçi» denilince sadece *akde müsteniden* veyahut *ayni zamanda her hangi bir şekilde* çalışmayı taahhüt etmiş bir kimsenin mi, veyahut hattâ ortada herhangi bir taahhüt olmaksızın fiilen dahi çalışan bir kimsenin mi anlaşılması icap ettiği keyfiyeti, kıymet hükmü olmaksızın tayin edilemez, ilmin faydalı mesaisi, vazı kanunun kıymetlendirici (kıymet hükmüne dayanan) faaliyetini idame ve itmam eden mesaidir<sup>21</sup>. Öyle bir mesai ki müteaddit manalı veya natemam kanunun *makul* mânasının ne olabileceğini açıklar; yani kanuna, kanunda muta (zahir) *olmayan* mânayı ilâve eder; vazı kanunun (tam olarak) ittihaz etmemiş olduğu bir kıymet hükmü verir.

Filhakika, hukukî takibatın hukuk ilminden talep ettiği şey de işte budur: yani kanunun gayri vazıh malûmatı ihtiva ettiği veyahut hiç bir malûmatı ihtiva etmediği hallerde, hangi hareket tarzının hakka uygun veya aykırı olarak kabul edilmesi icap ettiğini, hukukî tatbikata anlatmak ve temellendirmek! Ve işte hukuk ilmi, bilhassa bu vazifesini — her hangi bir kıymet hükmü vermesi caiz olmasa — ifa edemez<sup>22</sup>.

Binaenaleyh, buraya kadar olan izahatı telhis ederek, diyebiliriz ki: kanunda sadece iradî acte denilen zamânî bir hâdise gören kimse, filvaki mevzuu ilmi bakımdan izah edebilir: yani ilmi bir mesai başarabilir; fakat pratik hukukçuya, hukukî tatbikata lâzım olan mesaiyi başaramaz; çünkü pratik hukukçuyu vazı kanunun emrinin illî şekilde istidlâli (yani bu emrin psikolojik bakımdan tesisi) alâkadar etmez, bilâkis emrin muhtevası, norm, misalimizdeki memnuiyet alâkadar eder. Ve şayet hukuk ilmi bu muhtevayı, yani *mânalı bir talebi mevzu* ittihaz ederse, bu takdirde normun *esasını, meşruiyetini, yani mânasını* nazarı mülâhazaya almaktan sarfınazar edemez. Çünkü bir kere, kanunun kelimelerile kasdolunan şeyi anlamak; yani kanunun muhtevasını (başka kelimelerle) tekrar edebilmek için *zaten* etik mefhumlar istimal edilmek mecburiyeti vardır, ki bu esasen hemen hemen ilmi bir başarı sayılmaz, ve teori — kanunun muhtevasını tefsir veya itmam etmek istediği takdirde —

21) W. Burckhardt, Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, Bern 1925, S. 82; (Zeitschrift für Theorie des Rechts, S. S. 9) namındaki mecmûada intişar eden yazısında müşabih kanaattedir. Kallab, aynı mecmua, 8, S. 163; fakat «Kelsen» in dediği gibi bunun bilgi olmayıp bilâkis sadece «irade fonksiyonu» olduğu, doğru değildir.

22) Veyahut ilim bunu ifa ederse (başarırsa) ve bu başarısı bir bilgede mündemic bulunmazsa, o vakit bu, ilmi bir başarı olmayıp bilâkis sadece bir «iradî acte» olur.



bundan çok daha fazlasını yapmak mecburiyetindedir. Kıymetlendiren (kıymet hükmü veren) vazı kanun vacibürriaye bir normu, yani mucip sebeplere müstenit olması lâzım gelen *pratik bir talebi* gayri vazıh düşünmüşse veyahut sonuna kadar düşünmemişse, bu düşünceyi (normun ihtiva ettiği düşünceyi) vazıh ve sonuna kadar düşünmekle mükellef olanın vazifesi, vazı kanunun vazifesinden başka ve farklı olamaz: yani bu vazife kıymet hükmüne dayanan, kıymet hükmü veren bir vazife ve mesaidir. Hâkim, kanunî hükmün bulunmaması halinde, vazı kanun sıfatile nasıl bir kaide vazedecek idise o kaideye istinat etmek mecburiyetindedir. Hâkim, ibda edici faalyetinde vazı kanunun gördüğü işi başarır, ve ilim, aynı işi üzerine almaksızın hâkimin işini kolaylaştırılmaz.

İşte filhakika müsbet hukuka müteallik ilmin vazifesi budur.

Fakat sadece bu değil! diye itiraz ediliyor: Hukuk ilminin balıca vazifesi, müsbet hukukun hükümlerini, hattâ kat'iyen vazıh olanları da dahil, sistematize etmek, mantıkî kapalı bir sistem haline getirmektir. Ve bu, münhasıran mantıkî bir vazifedir ve her türlü kıymet hükmünden mücerret olarak ele alınabilir ve başarılabilir.

Bu itiraza iki türlü cevap verilir :

İlk önce, mantıkî bir vazifenin aynı zamanda intikadı bir vazife olduğu şeklinde bir cevap<sup>23</sup>! Eğer hukuk ilmi, vazı kanunun vücade getirdiği binanın boşuklarını ve tenakuzlarını, yani bir bakıma rahne ve çatlaklarını, yerinden oynamış taraflarını (bozukluklarını) tesbit etmek vazifesile mükellef bulunuyorsa, muhakkak ki bir takım ayıbları tesbit ediyor, demektir; hadi diyelim ki etik değil de, mantıkî bir takım ayıblar; fakat ne olursa olsun burada mevzuubahs olan, yine ayıblar ve noksanlardır. Bu suretle hukuk ilmi, tabiat müdekkikinin asla yapması tecviz edilmeyen bir şeyi yapıyor: kendisine verilen hâdiseleri, yani muta kanunu, mantıkî noktai nazardan tenkit ediyor, demektir; kanun, hukuk ilmi için münhasıran *muta* bir şey olmayıp bilâkis *ideal* bir şeydir; burada, mantık denilen, ilim denilen merci önünde kendini jüstifiye etmekle mükellef bulunan «mantıkî ideal bir şey» mevzuubahstir<sup>24</sup>.

23) *Rickert*, küll aslâ muta değildir, diyor. *Rickert*, *Allgemeine Grundlegung der Philosophie*, 1933, S. 173. «Üzerlerinde herhangi bir tadilat yapmaksızın, münferit ilimler bir sistem halinde nasıl birleştirilebilirler? S. 163. «*Stammier*» in kastedtiği gibi, sistematize etmek «*bilâ istisna improductif*» değildir. *Stammier*, *Theorie des Rechts*, 1910, S. 341, 358.

24) Mamafî ilim, mantıkî bakımdan tamamen korrekt bir kanun, ne boşukları



Ve badehu ikinci olarak, mantıkî ayıpların tesbit ve iraesile işin bitmediği tarzında bir cevap: — Sistemmatize etmek bizatihi gaye değildir. Bilâkis sistemmatize etmenin vazifesi, daha ziyade kanun vaz'ı yolile teessüs eden hükümlerin consequent şekilde tatbikini mümkün kılmak; yani kanunun metninde, tatbikat esnasında kendini gösterecek, boşlukların veya tenakuzların mevcut olup olmadığını metodik şekilde açıklamaktır. Mantıkî mânada boşluklar, cevaplandırılmamış suallerdir, fakat bunlar aynı zamanda kanunun tatbik edilebilmesi için cevaplandırılması icap eden suallerdir; ve mantıkî mânada teankuzlar ise bir suale verilmiş muhtelif cevaplardır, yani *aynı zamanda tebaiyyet edilmesi* mümkün olmayan hükümlerdir. Bu kabîl boşlukların ve tenakuzların önünde tatbikat durup kalamaz. Tatbikat, suale bir cevap vermek, meselâ bir hükmün âmir hüküm olup olmadığını tayin etmek; bundan başka mütenakız iki cevaptan birini veya ötekini tercih ve intihap etmek mecburiyetindedir. Ve işte mantık, artık bu işi başaramaz. Çünkü bu da yine kanun vaz'ına müşabih bir mesaidir, her noktayı hususî bir itina ile tetkik eden, tartan bir «*kıymet hükmü verme*» faaliyetidir. Tatbikatın buna ihtiyacı vardır. Fakat eğer ilim, tatbikata rehberlik edemezse, o vakit tatbikat «*ilim*» siz kendi başının çaresine bakmaya mecburdur. Fakat, yine bu takdirde de ilim kısırlık itabını üzerine almalıdır.

Hâkimin ve hâkime yolunu gösteren «*müsbet hukuka müteallik ilmin*», kanunun matıkî bakımdan mükemmel olmadığı teknil hallerde (ki bu pratik olarak teknil hallerde böyledir), vazı kanun faaliyeti ifa etmekle mükellef olduğu keyfiyeti doğru ise, hukuk ilminin, aynı zamanda «*müsbet hukuka müteallik ilmin*» de, mesaisi objektif olarak vazı kanunun mesaisinin aynıdır, yani küçük çapta teşriî - politik bir mesaidir ve eğer bu varıdse, o halde hukuk ilmi, bizzat vazı kanunun da yolunu niçin hazırlamamalı ve niçin geniş ölçüde teşriî mesai (vazı kanunun-kine müşabih bir mesai) ifa etmemeli?

ne de tenakuzları olan bir kanun üzerinde de sistemmatik bir vazifeyi tahakkuk ettirebilir; yani o şekilde ki mezkûr kanunun müstenit bulunduğu mantıkî yapıyı gösterir, esas mahiyette bulunan mefhumları ve taksimatı açıklar ve «*münferit olan*» ı onlara irca eder. Bu doğrudur. Fakat şu ciheti işaret etmek icap eder ki eğer bir kanun bu şekilde sistemmatize edilebiliyorsa, muhakkak ki ilmin, metodik tefekkürün daha evvelden bulmuş olduğu mefhumların yardımile pesinen sistemmatik şekilde tefekkür edilmiştir. Bunu, sonradan bir kere daha gösterip isbat etmek kanunun kavranmasını kolaylaştırabilir; fakat yeni bir şey tevhit etmez, ve pratik her hangi bir müşkülü de bertaraf etmez, çünkü bu kabîl bir kanunda pratik bakımdan bilinmeğe değer her şey tenakuzsuz ve tam tanzim edilmiştir.



Hakikatta ise biri diğeri ni intaç eder ve her ikisi de doğrudur.

Hukuk ilmi, aynı zamanda vazı kanuna da yardım etmekle mükelleftir, ve bu onun en başlıca vazifeesidir. Çünkü işte kanun yapılırken en kat'i ve kardinal kararlar verilmektedir. Ve bu mevzuda hukuk ilminin hiç söz hakkı olmamalı mı? Hukuku (kanunu) vücade getirmenin jüridik, hukukî - ilmi bir vazife olmadığı doğru mudur? Hukuk ilmine, sadece vücade getirilmiş kanunu, noksan olduğu hallerde, tefsir etmek, tamir etmek vazifesi terettüp etmektedir<sup>25</sup>, deniliyor! Hukukçunun vazifesi bu derece fakirane mahdut olabilir mi? Ve bir de üstelik olmayacak bir şey! (mevzuubahs) san'attan bibehe yardımcı, ustasına nasıl yardım edebilir? Böyle bir telâkki ancak, iki şey gözden kaçtığı için, temsil edilebilmiştir: — Vazı kanunun vazifesinin aynı zamanda hem etik hem de lojik bir vazife olduğu, ve etik kıymet hükümünün münhasıran irrational, yani izahı kabil olmayan bir iradi acte olmayıp bilâkis objektif doğruluk iddiasında bulunan ameli bir hüküm olduğu keyfiyetleri! Aksiyolojik hükümler de mevcut olduğu, «her hüküm verme» nin mânasını kaybetmemesi icap ediyorsa, bunların asla «yokmuş farzedilemeyeceği» keyfiyeti burada temellendirilecek değildir<sup>26</sup>.

Yalnız, ilmin kendine ait olandan daha fazasına tesahüp etmesi caiz değildir: Meselâ ilme, tabii hukukun\* çok defa yaptığı gibi, vazı kanuna,

25) Kirchmann, öyle de olsa hukuk ilminin «kıymetsiz» olamayacağı kanaatinde dir; fakat hukuk ilmi bunu bir yapabilse!

26) Rickert, Grundlegung, 1921, S. 115: Bilgi dalma, «kıymet» ile müterafiktir; 176. Croce, Die Logik als die Wissenschaft vom reinen Begriff (= Mahz mefhum ilmi olarak Mantık), 1930, S. 38, 99, 120.

\*) Tercüme edenin notu:

Burada müellifin kastedtiği tabii hukuk, 18 inci asrın aklıyecl (= rationalist) tabii hukukudur; yoksa umumiyetle tabii hukuk değildir.

Esasen tabii hukuk idesi, bir bakıma, müsbet hukukla adalet idesi arasında bir aynıyet vücade getirmenin doğru olmadığı düşüncesinden zaruretle doğmuş bulunmaktadır.

Adalet idesi, tabii hukuk idesi, hukukun etiğidir. Bu mevzu etrafında olmak üzere diyebiliriz ki: — Tekmil hukukun hareket mebdel ve hedefi etik karakter taşır. Ahlakiliğin ve hukukun yekdiğerinden ayrılması hukuk ilmi için zararlı olmuştur. Bu keyfiyet, modern hukuk ilmini karakterize etmekle beraber yine unutmamalıdır ki her hangi bir vazı kanunun ittihaz ettiği her tedbir önünde sonunda ahlâki (etik) bir mülâhazaya dayanır. Gerçek vazı kanun, ittihaz ettiği tedbirlerde falde gayesini de nazarı itibara alır. Fakat burada yine bahis mevzuu olan gayenin



külli mer'iyeti haiz prensiplerden istidlâl edilmiş «pratik kaideler» den müteşekkil dört başı mamur mükemmel bir sistemi «vacibürriaye olarak tahmil» vazifesi terettüp etmez. Ancak, «her muta vaziyet için doğru, yani âdil kaideleri bulma» metodu umumî mer'iyeti haizdir; ilim, bu metodu —külli mer'iyet talebile— açıklamalıdır; bundan başka ilim, vazı kanunun işini kolaylaştırmak maksadile metodunu, ona (vazı kanuna) yüklenen müşahhas problemlere tatbik ve pratik hal çareleri teklif edebilir<sup>27</sup>.

evvel emirde tayini lâzımdır. Fakat bu gaye sadece fayda mülâhazalarına müsteneden tayin edilemez. Bir hedefin elde edilmesi için hangi vasıtaların intihabı icap ettiği keyfiyeti, mezkûr vasıtaların sadece teknik bakımdan elverişli olup olmadığı cihetine tâbi değildir. Aynı zamanda ve bilhassa bu vasıtaların etik bakımdan kıymetlendirilmeleri de rol oynamaktadır. Varılacak hedef hakkında da aynı şey caridir.

Görülüyor ki «hukukun vaz'ı» dediğimiz şey sadece teknik değil, aynı zamanda etik bir meseledir. Hattâ doğru olmayan, gayri âdil bir kanun bile her şeyden evvel etik mülâhazalara, etik kararlara istinat eder; yalnız bu karar, bilerek veya bilmiyerek, kasdl veya gayri kasdl yanlış ittihaz olunmuştur. Hülâsa, ne olursa olsun, kanun vaz'ında etik mülâhazalar ve kararlar, etik kıymet hükümleri dalma rol oynar. İşte bundan dolayıdır ki müsbet hukukla adaleti yekdiğerinden ayırmak lâzımdır. Bunlar arasında âyniyet vücade getirmek doğru olmadıktan maada zararlıdır. Çünkü her müsbet hukuk, doğru yani *her müşahhas halde âdil etik bir kararı ihtiva etmez*. Sadece her hukuk nizamı bu kabil etik bir karara, hedefe vasil *olmalıdır*, böyle regülâtif bir ideye göre *tanzim edilmelidir*. İşte tekmil kanun vaz'ının en büyük şartı budur. — Bu mânada olarak her hukuk nizamı, *(etik bakımından doğru olan)* istikametinde yapılmış bir teşebbüstür. Ve yine bu mânada olarak her hukuk nizamı zaruretle bir tabii hukuka nisbet edilmek icap eder. Tabii hukuk ise her şeyden evvel vazı kanuna hitap eden bir «postulat» dir. Tabii hukuk, vazı kanundan tabii hukuka riayet etmesini talep eder. Hukuka tâbi olanlar da tabii hukuku nazarı itibara almalıdırlar; fkat vazı kanun onlardan daha ziyade tabii hukuku nazarı itibara almalıdır. Fakat vazı kanunu bu yola sevk etmek için, tabii hukukun elinde vicdanî meş'uliyetten başka bir müeyyide yoktur. Bu da tabii hukukun teknik - jüridik mânada bir hukuk olmadığını isbat ettikten maada aynı zamanda kanun vazının karşısında etik (postulat) ların bulunduğuna da bir işarettir. Vazı kanun bu (postulat) ları kabul veya reddedebilir. Fakat kabul veya red keyfiyeti de aynı derecede yine etik mülâhazalara ve kıymet hükümlerine dayanır. Bu sebeple vazı kanuna atfolunan *bu kabul ve red* dahi etik bakımdan takdir olunması icap eden bir takım kıymet hükümleridir.

27) Külli mer'iyeti haiz olan adalet idesidir, yani tarihi muta (tarihi -



Binaenaleyh ilim, «nazarî», ütöpiſt bir takım hal çarelerine dalma- malı ve, nazarlarını bulutlara çevirerek, *nasıl olması lâzım gediğini* ve *neyin şayanı temenni olduğunu* tahayyüle dalmamalıdır; bilâkis ilim, teşriî faaliyetin sıkıntı ve müşküllerini benimseli ve mevzuubahs vazife- yî bütün «tarihî endividülatie» si bakımından ihata etmek için mezkûr vazifenin (meselenin) fiilî şartlarını esaslı ve şümüllü bir şekilde araş- tırıp tesbit etmelidir; yani hangi problemin hakikaten vazedildiğini evvel emirde gösteren bütün «objektif şeyleri»<sup>28</sup>; veyahut binasını istinat ettirmek mecburiyetinde bulunduğu sosyolojik temelleri<sup>29</sup> esaslı bir şekilde araştırmalıdır. Ve o, bu reel unsurları: sadece, halledilmesi icap eden problemi bilhassa her şeyden evvel tenvir ve tavzih edecekleri mülâhazasile değil, bilâkis aynı zamanda sert hakikatarın onu, plânının idealitesinden, «Leibniz» in dediğı gibi ius optimae reipublicae'den vazgeç- meğe icbar edecekleri mülâhazasile nazarı itibara almaya, ve talepleri- nin mutlak mahiyetini izafileştirmeğe mecburdur.

Gerçi hukuk bir postulatdır; fakat izah edilmesi icap ettiğı gibi bu ciheti, sadece onun ideel doğruluğu değil, bilâkis aynı zamanda onun fiilî, tesadüfe bağı *«kabili tahakkuk oluşu»* keyfiyeti tayin eder. hukukî norm şeniyet haline, vakıa haline gelmeğe mecburdur; ve muta bir cemiyette muta hal ve şartlar altında neyin cebren elde edilebileceğı ciheti, nihayet bir fiil ve hareket meselesidir. Cebren elde edemeyeceğı bir şeyi devletin, emretmesi de caz değildir; ve hattâ ne kadar âdil de

---

ampirik) bir teşriî mesele hakkında münferit bir üküm verilirken o hükmün tâbî olduğu noktaî rüyet; bizzat bu hüküm, ancak «objektif, izafî (şarta bağı) bir sıhhat» iddiasında bulunabilir. Stammier, Rechtsphilosophie, §§ 81 - 83.

28) E. Huber'in [Recht und Rechtsverwirklichung (= Hukuk ve Hukukun gerçekleştirilmesi), 1921, S. 281] tâbir ve ifade ettiğı gibi; veyahut D. Schindler'in [Verfassungsrecht und soziale Struktur (= Anayasa Hukuku ve sosyal bünye, 1932, 35], «ahlâkî postulat» nın karşısına ikame etmek istediğı «reel (fiilî) hayat ihtiyaçları, veyahut Leist'in, [Über die dogmatische Analyse römischer Rechts- institute (= Roma hukukî müesseselerinin dogmatik tahliline dair) 1854, 29], hukukî kaziyelere taktim ettiğı tabii kaziyeler.

29) Max Huber bu sosyolojik esasları, Devletler Umumi Hukukuna taallûku cihetinden, Jahrbuch des öffentlichen Rechts (= Âmme Hukuku yılığı) nda - 1910, IV, S. 56 ve müt., İsviçre Âmme Hukukuna taallûku cihetinden de Grundlagen nationaler Erneuerung (= Millî teceddüdün temelleri), «1934, S. 1 ve müt.», namındaki eserinde esaslı şekilde tekkik etmiştir.



olsa! işte bu nisbette ide, vakıa (realite) önünde kapitüle etmeğe mecburdur.

Hakkı (hukuku) gerçekleştirmenin müsbet esası adalettir; fakat menfi şartı da realitedir. Hukuk, manâsını ideden alır; hudutlarını da vakıalarda (realitelerde) bulur\*.

**Dr. Walter Burckhardt**

Tercüme eden :

**Doçent Dr. Orhan Münir Çağıl**

\* ) Tercüme edenin notu:

Gerçel ide, idealite sert hakikatlerin, realitelerin karşısında tamamile tahakkuk edemez. Bununla beraber ide, mutlak kıymet ve karakterinden yine bir şey kaybetmez. Çünkü o bir regülâtiftir. Diğer taraftan ide, ide olduğu için mutlaktır. İdelerin, (postulat) ların tahakkuku imkânlarının realitelerle tahdit edilmiş bulunması onların mahiyet itibarile izafi olduklarına delâlet etmez, sadece tahakkuku imkânlarının izafi ve mahdut olduğunu gösterir. Yani bu izafiliği idenin mahiyetinde değil, bilâkis realitelerde aramalıdır. Meselâ, riyaziyede nokta, hat ve daire ideleri mutlaktır. Fakat buna rağmen realitede ideal şekline tamamile uygun bir nokta, hat ve daire resmetmek mümkün değildir. Bu keyfiyet nokta, hat ve daire idelerinin izafiliğine delâlet etmez. Bunun sebebini realitelerde aramak lâzımdır. Yine bunun gibi adalet idesi, tabii hukuk idesi de realitede tam olarak tahakkuk edemez. Buna rağmen karakter itibarile mutlaktır; çünkü ideel bir şeydir; esasen matlûp olan, onun tam olarak tahakkuku değil, bilâkis daha ziyade müsbet hukuka model vazifesi görmesidir. Bu sebeple, muhterem müellifin zan ve kanaat ettiği gibi, «olması lâzım gelen» aramak tahayyülâta dalmak demek değildir. Çünkü bilâkis «olması lâzım gelen» düşüncesi, hayata dahil regülâtif bir idedir. Bu itibarla regülâtif ide olarak tabii hukuk, müsbet hukukun hedefi olacaktır.