

## LÉON DUGUIT'YE GÖRE HUKUK KAİDESİ, SÜBJEKTİF HAK VE HÂKİMİYET

Asistan Dr. Vedat Raşit Sevig

### G İ R İ Ő

Léon Duguit<sup>1</sup>, hukuku, pozitif felsefe zaviyesinden tetkik etmek istemiştir.

Ekseri hukukçular, pozitif Hukukla yani mevzu Hukukla meşgul olurlar. Mevzu Hukuku bir müşahede konusu olarak ele alırlar. Mevzu Hukuku teşkil eden kanunları, nizamları, örf ve âdetleri ve mahkeme içtihatlarını tetkik ederek yaşıyan, yani mer'î Hukuku tasvir ederler.

Fakat Hukuk ilmi yalnız mer'î Hukukun tasvirinden ibaret değildir.

«Hukuk ilmi Hukukun diğer mânevî ilimler arasındaki mevkiini tayin ederek ve onu harekete getirmeğe değer kıymetleri tesbit ederek mahiyetini araştırır. Hukuk ilmi bunu yapmakla Hukuk felsefesi şeklini alıp ruh bilimiyle metafiziğin yanibaşında yer alır.

Bazan da Hukuk ilmi cemiyet ile Hukuk arasındaki şe'ni münasebetlerle ilgilenir. Hukuku doğuran veya Hukukun neticesi olan içtimai hâdiselerin tâbi oldukları kanunların istihracına çalışır<sup>2</sup>.»

Haddizatında hukuk ilminin metafizikle daima ilgisi vardır. Hukuk ilminin her an kullandığı mefhumlar arasında hak süjesi, sübjektif hak, hükmi şahsiyet, kollektif irade gibi mefhumlar vardır ki, mahiyetleri itibariyle metafizik mefhumlarına çok benzemektedirler. Üstelik şunu da kaydedelim ki: «insan akli tarafından istihraç ve ilân edilen akli ve daimî<sup>3</sup>» bir prensipe müstenit tabii hukuk ve akli hukuk telâkkileri, akli prensipten bahsetmeleri dolayısıyla hukukçuyu yine metafizikle karşılaştırırlar.

1) Bordeaux Hukuk Fakültesi Dekanı (1928 de vefat etmiştir).

2) Claude Du Pasquier: Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit. Ed: Delachaux et Niestlé, S. A. Neuchatel et Paris 1940; 2 nci tabı, No: 350:

3) Du Pasquier, s.g. eser No. 281:

Maamafih hukuk felsefesi ve dolayısıyla hukuk ilmi, hukukun metafizikle olan ilgisini kesmek isteyen doktrinlerle de meşguldür. Nitekim, pozitivist doktrinleri tetkik eder.

Tabii hukuk doktrininin hilâfına olarak hukuku, mevzu hukuktan ibaret gören<sup>4</sup> pozitivism her şeyi ilim ile ispat etmeğe özenme temayülünden doğmuştur.

Pozitivist doktrinlerinin başlıcalarından bazılarını M. François Génay izah ve tenkit etmiştir<sup>5</sup>. Bu doktrinler arasında bazı farklar görünüyor. Şüphesiz hukukî pozitivism tabii hukuk tasavvuruna muhaliftir. Fakat bütün pozitivist doktrinler hukuk olarak ancak mer'î mevzu hukuku mu nazarı itibara alırlar? M. Claude Du Pasquier, böyle bir iddiada bulunur gibi görünüyorsa da<sup>5a</sup>, kanaatimizce bu tarif M. Du Pasquier'nin sosyolojik pozitivism tâbiriyle ifade ettiği şekle mukabil, devletçi pozitivism adı ile ayırmak istediği bir pozitivism şeklini istihdaf eder.

Misal olarak şunu zikredelim: Duguit hukuk ilminde metafizik bir şekil arzeden mefhumların kullanılmasına şiddetle muhaliftir. Bununla beraber mevcut bir hukuk normuna dayanmayan bir kanuna hiç bir zaman hukukî kıymet tanımıyor. Doktrinine göre, müeyyidenin mevcudiyeti bir vâkıadır. Bu vâkıa bir kaideye hukukilik vasfını bahşetmez. Bilâkis bir kaide halz olduğu hukukilik vasfı dolayısıyla müeyyide ile teyit edilir. Kuvvet hak değildir. Kaide ancak sosyal dayanışma ve adalet duygularına tekabül ederse hukukî olur.

Binaenaleyh Duguit, mevzu hukuku hukukî normdan tefrik ediyor. Ancak adalet akli prensipi yerine adalet duygusu demekle metafizikten uzak durmuş olduğuna kanaat getiriyor.

Halbuki meselâ Gaston Jèze'ye göre, hukuk ancak mer'î mevzuatın tatbikatından ibarettir<sup>5b</sup>.

Herhalde pozitivist doktrinler arasında farklar vardır. Onun için, bizce, Duguit doktrininin yerini ve rolünü iyice tesbit edebilmek için diğer pozitivist doktrinlere de bir göz gezdirmek icap eder. Aynı zamanda bu doktrinlerin mülhem oldukları pozitif felsefeyi ve bu pozitif fel-

4) Du Pasquier, s.g. eser No. 267:

5) François Génay: Science et technique en droit privé positif; C. IV, s. 213, Sirey Paris, 1924.

5a) Claude Du Pasquier: s.g. eser s. 278, No. 267.

5b) Jèze: Compte rendu de L. Duguit. Traité de droit const. T 1. 2 éd. 1921, dans Revue du droit public, cilt 38, s. 437 ve m. ve Jèze: Cours de dr. public 1920 — 1921.

sefenin Kant'ın Mahz akıl kritiğinde agnosticisme namına bulunabilen fikirlerle olan ilgisini nazarı itibara almak lâzımdır.

Filhakika fenomenler ilmüne itimat etmekle pozitif felsefenin babası Auguste Comte, Kant'la hiç olmazsa Davit Hume'un şüpheli fikirlerine karşı cephe almasında hemfikirdir. Ancak Comte'un her zaman Kant'ı takip ettiği iddia edilemez. Amelî akıl kritiğini ve örflerin metafiziğini nazarı itibara almamışa benziyor.

Herhalde, şimdiden şunu söyliyelim ki Duguit, bu pozitivist cereyanlardan mülhem olmakla beraber, pozitif fakat bir kıymet mikyasını arayan bir zihniyetle hukukun problemleriyle uğraşiyor.

Duguit'yi meşgul eden problemler şunlardır:

1 — Objektif hukukun temeli nedir?

2 — İnsan iradesinin hürriyeti problemi metafiziğe ait ve halledilmez olduğuna göre hak süjesinin irade üstünlüğüne dayanan sübjektif hak mefhumu hukukun pozitif bir nazariyesinde kabul edilebilir mi, edilemez mi?

3 — Kamu kudreti, Devletin veya milletin hâkimiyeti olarak adlandırılan bir sübjektif hak mıdır? Hâkimiyetin menşei nedir? Süjesi kimdir? (Bu soruya sübjektif hak süjeleri var mıdır? sorusunu bağıyabiliriz.) Hâkimiyet nasıl tahdit edilebilir?

Bu meseleleri hallettiği şekle bakarak, şunu anlayabiliriz ki, Duguit evvelâ, hukukî mefhumların çoğunun sübjektivizme yani ispat edilemez bir keyfiyet olan bir iradenin diğer bir iradeye üstünlüğü keyfiyetine dayandığından yeni mefhumlar ortaya koymak istiyordu. Saniyen, mer'î hukuka, hem hukukun kıymetini takdire yarar bir miyarı ihtiva edecek, hem de pozitif olacak bir temel arıyordu. Tabiatıyla temel pozitif olduğundan dolayı miyar mutlak değil izafidir.

Bize öyle geliyor ki, yukarıdaki meseleler hakkında Léon Duguit'nin fikirlerini en iyi ifade eden Anayasa Hukuku hakkında müellifin 1921 de yazdığı *Traité'sinin* ikinci tabıdır<sup>6</sup>.

M. François Gény, mücerret ve sırf logistique bir şekilde yazılan bu eserde, Duguit'nin fikirlerinin vüs'at ve bazı noktalarda daha çok sarahat kesbettiğini söylüyor<sup>7</sup>.

6) *Traité de droit constitutionnel*, 1 inci cilt, 2 nci tabı. Fontemoing et Cie Paris, 1921.

7) Fr. Gény, s.g. eser, cilt 4, s. 159 ve 161.

Bu etütteki gayemiz, Duguit'nin sırf pozitif felsefeye dayanan bir metodu, hukuka, idealist bazı unsurları muhafaza eden bir temel verebilmek için ne tarzda kullandığını görmektir<sup>8</sup>.

Zannımızca, Duguit'nin objektif hukuk için tasavvur etmiş olduğu ve içtimailik ve adalet duyguları gibi idealist unsurlara istinat ettirmiş olduğu temel, metafizikten sistematik olarak uzaklaşmayı şiar edinmiyen M. François Géný'nin hukuk ilmine temel olarak topladığı dört objektif unsurun (akli, idéal, tarihi ve gerçek verilerin) bazılarına (yani ideal ve gerçek verilere) tekabül etmektedir.

Bunun gibi, Duguit'nin normatif ve constructif kaîdeler tefriki her iki müellifin de kabul ettikleri üzere M. François Géný'nin «ilmi veri»-siyle «teknik yapı» sı arasındaki farka tekabül ediyor<sup>9</sup>.

Maamafih, her iki müellif de constructif kaide ile «teknik yapı» kaidesi arasında şumul itibariyle bir fark görüyorlar.

Diğer taraftan şuna da şahit oluyoruz ki, içtimaiyat ma'seri şuur ve iradeyi ferdî şuur ve iradeden ayrı ve müstakil gerçekler olarak görmek temayülünü terketmektedir. Bu terk keyfiyeti yalnız Duguit'de kuvvetle ifade edilmiş olmakla kalmamış, aynı zamanda diğer sosyoloğlarda da belirmiştir (Davy, Gurvitch<sup>10</sup>).

Demek oluyor ki, rationalist ve sosyolojist metodlar arasında bir yakınlık husule geliyor. Etüdümüzün gayelerinden biri de bu doktrinler arasında mevcut yakınlık noktalarını belirtmektir.

8) Léon Duguit'nin diğer başlıca eserleri:

Manuel de droit constitutionnel, Paris Fontemoing 1907.

L'Etat, le droit objectif et la loi positive, Paris 1901. (Géný'den naklen II; s. 195).

Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Paris 1912.

Les transformations du droit public, Paris 1913.

Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat (Conférences, Ecole Hautes Etudes sociales, 1 inci tabı 1908; 2 nci tabı 1911, Paris).

(Géný'den naklen II, s. 195 Not 2.)

9) Duguit, Traité s. 37, s.g. eser.

Géný, Science et technique cilt IV, s. 164 ve mü. s.g. eser, Cilt III; s. 19; No. 2.

10) Georges Davy. Éléments de Sociologie, I. S. S, Librairie Delagrave Paris 1929.

Gurvitch: L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit. Paris, Pédone 1935; L'idée du droit social 1932, s. 32.

Éléments de sociologie juridique, Aubier, Paris 1940.

Bu etüdümüzde Duguit'nin doktrinini sistematik olarak izaha başlanmadan, bu doktrine ilham vermiş olan pozitivist havası hakkında bir fikir verebilmek için pozitif felsefeye dair kısa bir not ilâve edilecektir.

Sistematik izahat plânı olarak müellifin kendi sistematik izah plânından daha uygunu olamaz.

Maamafih, esas tetkik mevzuumuz olan Hukuk ve Devlet telâkkileri ile doğrudan doğruya ilgili olmıyan hak süjesi bahsini ancak Devlet bahsinde ve hukukî muameleleri sübjektif hak bahsinde izah edeceğiz.

Demek oluyor ki, sırasıyla şu üç bahsi tetkik edeceğiz: objektif hukukun esası, sübjektif hak, Devlet ve hâkimiyeti.

NOT — Metafizik meseleleri karşısında M. Cresson'un dediği gibi tutulabilecek üç yol vardır: Doğmatizm, Agnostisizm ve Pragmatizm.

1 — Bazı mutlak gerçeklerin insan tarafından anlaşılabilmesine kanaat getirmeğe ve bu mutlak gerçeklerin ister dinî esaslara, ister maddecilik esasına istinat ettirilsin, hep insan zihninin idrak edebileceği gerçekler olduğunu iddia etmeğe doğmatizm denir.

2 — İnsan zihninin mutlak gerçekleri kavrayamayacağını iddia edenlerin görüşüne agnostisist teoriler (théories agnosticistes) denir. Bunların en meşhurları Kant, Comte ve Spencer'in teorileridir.

3 — Tasavvur edebildiğimiz gerçeklerin mevcudiyet ihtimallerini kabul eden doktrinler (Probabilisme ve Pragmatisme) dir<sup>11</sup>.

Pozitivism ikinci gruba dahildir. Pozitif felsefenin kurucusu Auguste Comte beşer bilgisinin pozitif metodlar sayesinde gittikçe insanlığa yarar bir hale geldiğinin müşahedesine önem veriyor. Comte bu müşahedededen şunu istihraç ediyor ki, her bilgi branşında beşeriyet üç türlü felsefe takip eder<sup>12</sup>.

1 — Dinî felsefe; 2 — Metafizikî felsefe; 3 — Pozitif felsefe. Buna üç haller kanunu diyor: «La loi des trois états» ve bu üç halin bugün müspet sayılan bütün bilgi dallarında tezahür etmiş olduklarını ilâve ediyor. Her fert, Comte'a göre, dünyayı küçüklüğünde théologie, gençliğinde métaphysique ve orta yaşında positivisme zaviyelerinden görüyor.

Her bilgi kolunda da müşahede noksan iken théologiques izahlarla iktifa edilip eldeki mefhumlar sistemleştiriliyor. Sonra akıl bunları kâfi

11) Cresson: Les système philosophiques, Armand Colin, Paris 1931.

12) Auguste Comte: Cours de philosophie positive, 6 cilt; 5 inci tabı, in 8; Paris 1892 - 94 (Cours I, p. 24 - 40).

bulmayınca, bazı métaphysiques inançlarından medet umuluyor. En nihayet o bilgi şubesi çok müdil değilse müşahedenin verilerinden gayri hiç bir mefhumun emin ve elverişli olmadığına kanaat getiriliyor.

Comte'a göre, bugün hâlâ pozitif sayılmıyan ilim kollarının dahi pozitif ilim raddesine varmaları beşeriyetin iyiliği için lâzımdır, ve ergeç tahakkuk edecektir.

Kant'ın teorisi nazari sahada Comte'un iddialarını cerhedecek mahiyette değildir. Mademki Kant beşer aklının bazı a priori formlardan dışarı çıkıp mutlak gerçekleri kavrayamayacağını söylüyor. Fakat Kant, bununla iktifa etmemiştir. Nazari aklın (mahz akıl — Reine Vernunft — raison pure)ün yanibaşında bir de pratik aklın (raison pratique, Praktische Vernunft) yâni vicdanın nazari itibara alınmasının lüzumuna işaret ediyor.

İnsandâ bulunan vazife hissini mutlak ve yukarıdan gelme bir emir (imperatif catégorique transcendantal) olarak duyulmasına istinaden ah-lâka, adalete, ruhun ebediliğine, Allaha, yeryüzünde hürriyete, cezanın meşrûluğuna, sübjektif haklara, milli hâkimiyete olan inançları sistemleştiriyor.

Comte ise hak mefhumunu inkâr edip buna mukabil vazifenin mevcudiyetini kabul etmektedir. Fakat Comte'a göre vazife yukarıdan inen bir mutlak emir karakterini haiz olmayıp büyük varlık (Grand Être) olan beşeriyete karşı<sup>13</sup> ve bunun uzuvları olan sítelerle ilk hücre rolünü oynıyan aileye karşı olan durumlardır. Filhakika Comte'a göre sosyal ilmin yegâne realiteleri bu varlıklar olup fert mefhumu sırf mücerret bir mefhumdan ibarettir<sup>14</sup>.

Fert büyük varlığın bir organıdır<sup>15</sup>. Milleti sırf geçici bir istihale sayan Comte milli hâkimiyet mefhumunu inkâr ettiği gibi<sup>16</sup>, sübjektif hak ve hürriyet mefhumlarını da inkâr etmektedir. Devleti sosyal hayatın her sahasını tanzim eden dünyevî bir kudret olarak tasavvur eder. Bu dünyevî kudretin yanibaşında da<sup>17</sup>, bir ruhanî kudretin lüzumuna işaret ediyor. Bu kudret bilgin ve filozofların idaresinde olmak ve kadınlarla, halktan istifade etmek suretiyle efkârı umumiyeyi vücade getirip dolaşısıyla sosyal hayatı tanzim etmektedir.

13) Cours C. IV, s. 291 - 327.

14) Hüseyin Nail, l'Idée de l'Etat, s. 137, Paris 1936.

15) Comte; Politique positive, Cilt I, s. 362.

16) Politique positive, cilt I, s. 15 (Dogme métaphysique de la souveraineté du peuple) tâbirini kullanıyor.

17) Polit. Posit. cilt I, s. 207.

Comte ne doğrudan doğruya, ne de temsili hükûmete taraftardır. İnsanlar nasıl mesleklere ayrılmışlarsa, meslekler de bir tasnife ve bir hiyerarşiye tâbi olmalıdırlar (tıpkı pozitif bilim kolları gibi). Meslekler arasında en mücerret muameleleri gören bankacılar zümresi diğer meslekler üzerinde nâzım vazifesini görüp, Devlet işlerini ifa etmelidir<sup>18</sup>.

Comte, pozitif felsefeye dayanan bir cemiyetin tanzimine yardım etmek için diktatörlüğe<sup>19</sup> bile taraftardır. Zaten bu türlü cemiyetin teessüsünden sonra dahi ferdi hürriyet diye bir hakkın mevzuubahs olacağına kani değildir, çünkü Comte'un tâbiriyle astronomi ve fizik kanunlarına karşı nasıl ferdi hürriyet mevzuubahs değilse, pozitif felsefeye dayanan kanunlara karşı da ferdi hürriyet mevzuubahs olamaz.

Maamafih, «mahkeme kararları, harp ilânı gibi bütün camianın pratik hayatıyla ilgili ve vatandaşların umumiyetle esas sebeplerini takdir edebilecekleri hususî kararlar<sup>20</sup>» için içtimai bütünün reyine müracaat edileceğini Comte kabul ediyor.

## K I S I M : I

### Duguit'nin Hukuk Telâkkisi

(*Hukuk kaidesi*)

#### 1 — Hukuk problemi.

Duguit'ye göre hukuku, ilmi bir şekilde, tetkik etmek için onu pozitif felsefe ışığı ile aydınlatmak gerekir. Fakat ancak objektif hukukun pozitif felsefe zaviyesinden tetkiki bir netice verebilir. Sübjektif hakkın bu zaviyeden tetkiki netice veremez, çünkü —Duguit, bunu böyle ispata çalışıyor— sübjektif hak mefhumunun esası metafiziktir. İnsan hakları, Devlet hakları, hakkın kuvvete galebe çalması fikirleri hep sübjektif hak telâkkisine misaldirler. Duguit'ye göre «sübjektif hak tâbiri ancak bir iradenin diğer iradelere hükmünü geçirmek kudretini ifade edebilir. İradenin bu kudreti haiz olup olmadığını anlayabilmek için iradenin derunî mahiyetine nüfuz etmek iktiza eder. Halbuki bu unsur insan idrakinin ulaşamadığı bir varlıktır. Bu keyfiyeti belirtmek için, insan iradesinin hürriyeti hakkındaki felsefi münakaşaların neticeye varmayışını hatırlatmak kâfidir. Çünkü daima cevapsız kalan bir sual karşısındayız. Bir fiil icra ettiğimiz zaman muayyen bir maksatla hareket etmiş olduğumu-

18) Cours VI, s. 495 - 504.

19) Politique positive cilt IV, s. 379.

20) Politique positive, cilt I, s. 136.

zu müdrükiz, fakat başka yolu takip edebilecek miydik? Buna cevap veremiyoruz.» Sübjektif hakta bir metafizik mahiyet gören Duguit, objektif hukuku pozitif bir zihniyetle tetkik etmek istiyor. Bunun için de ilk olarak içtimai normun mahiyetini araştırıyor.

## 2 — İçtimai norm.

İnsan daima cemiyet halinde yaşar ve öyle yaşamalıdır, çünkü yaradılışı bunu icap ettiriyor. Her hâdisе gibi cemiyet hayatı da bir kanuna tâbi olmalıdır. Fakat cemiyet hayatını tanzim eden kanunlar, fizik veya biyoloji kanunlarına benzemezler.

İnsan yaptığı fiilleri ve bunların gayelerini idrak eden bir varlıktır. Bir fiili yaptığı zaman, onu ve bir neticeyi istediğini duyar. Ve hattâ bu isteğinin hür olduğunu, yani bu neticenin yerine pekâlâ başka bir neticeyi seçebilecek mevkide olduğunu da duyar. Haddizatında bu belki bir hayalden ibarettir. Belki insanın isteğine, hâdiseler, iklim şartları, süjenin bedeni ve zihni yapısı âmil ve müessir olmuştur. Duguit bu hususta rey beyan etmiyor. Spiritualistlerle materialistlerin bu münakaşasına katılmıyor. Fakat hürriyet meselesinden sarfınazar edilmek şartıyla insanın yaptığını müdrük bir varlık olduğunu müşahede ediyor. Ve bu müşahedeye dayanarak içtimai kanunların, fizik kanunlarına benzemeyip, şuuruna hitap ederek insanın fiillerinin konu ve gayelerini tayin eden kanunlar olduğunu söylüyor. Bu kabil kanunlara da norm (içtimai norm) demenin daha doğru olacağını ilâve ediyor.

İçtimai normlar fizik kanunlarına benzese idi, bu normlar içtimai hayatı teşkil eden faaliyeti tanzim edecek yerde müesseselerin tekâmül istihalelerini bildiren bir illiyet kanunu olurlardı<sup>1</sup>. Buna mukabil içtimai normun fertlere yüklediği vazife metafizik mânadaki hürriyetini tahdit etmeğe elverişli bir seciyeyi haiz olarak tasavvur ediliyorsa, böyle bir norm ancak fevkalbeşer bir menşei olmak şartıyla tasavvur edilebilir. Duguit bu keyfiyeti ilme değil de inanca dayanışı sebebiyle reddediyor. Reddetmezse bile pozitif bir hukuk ilminden hariç tutuyor.

İktisadi kanun Duguit'ye göre normdur, çünkü şuurlu insana hitap etmektedir. Ahlâkî norm da öyledir. Fakat ahlâkî normdan bahsettiği zaman, a priori (kablî olarak) vazedilen bir üstün prensipe istinat edip iyiyi kötüden ayırdeden bir kaideyi kasdetmeyip onu daha ziyade âdâbı muaşeret kaidesine benzetiyor.

1) Duguit, s. g. eser, s. 19.



### 3 — Hukukî norm.

Duguit'ye göre bir içtimai normun hukuk normu sayılması için cemiyeti teşkil eden fertlerin, bu normun ihlâli halinde cemiyetin veya cemiyette en büyük kudreti haiz olanların müdahalesinin zarurî ve adalet duygularına uygun olduğunu müdrük olmaları lâzımdır.

Duguit en büyük kudreti haiz olanların müdahalesi dediği zaman icrayı hükûmet eden şahısların, başka ifade ile, Devletin müdahalesini kastediyor. Bu konuda bir çok ammeciler, bir içtimai kaidenin hukukîlik vasfını, o kaidenin, Devletin cebir kudretiyle müeyyidelenmiş olmasında buluyorlar: Meselâ Ihering yahut da Jellinek<sup>2</sup>. Duguit'ye göre müeyyide hukukîliğin sebebini teşkil etmez. Hukukîlik müeyyidenin sebebini teşkil eder. Başka söyleyişle Duguit hukuk kaidesinin mümeyyiz vasfını müeyyidede aramıyor. Kaidenin hukukîliği müeyyideden gelmeyip müeyyideye olan ihtiyacın *duyulmasından* geliyor. Hukukîlik kütleyi teşkil eden fertlerin kanaatlerinden geliyor. Hattâ Duguit'ye göre kütleyi teşkil eden fertlerin vicdanında yer etmemiş bir prensibe istinat edecek bir kanun bu noksan dolayısıyla hukukî bir norma müstenit sayılamıyacaktır. Ancak o prensipin hukukî norm haline gelmesini, kütle üzerindeki telkin edici kudreti sayesinde kanun belki tâcil edecektir. Görüldüğü gibi burada da Duguit *ne a priori bir esasın üstünlüğünü, ne de Devletin kudretini objektif hukuka esas olarak almıyor*. Duguit'nin bu konudaki görüşü uzaktan Gierke'ninkini andırıyor. O da «Hukukun nihai kaynağını içtimai bir yaşayışın müşterek şuurunda buluyor<sup>3</sup>.» Fakat Gierke'yi, toplulukların şahsiyetini izah ederken bunların kollektif ayrı bir iradeleri olduğunu iddia ettiğine göre, Duguit ile hemfikir sayamayız. Çünkü Duguit bilhassa şu nokta üzerinde ısrar etmektedir ki, şuurun hâмили daima ferttir. Kollektif şuur iddiaları ispat edilmemiş iddialar olduklarına göre, ilim harici iddialardır<sup>4</sup>.

Duguit'ye göre, Nieburg, Puchta, Savigny ve Beseler gibi tarihi mektep taraftarlarının büyük meziyeti, hukukun insanların zihninde kendiliğinden doğduğunu belirtmiş olmalarıdır. Fakat «cemiyeti kendisini teşkil eden fertlerden ayrı şahsiyeti haiz bir gerçek» olarak görmeleri isabetsizdir. Çünkü millî ruhu taşıyan gerçek bir temelin mevcudiyeti doğru-

2) Jellinek: Allgemeine Staatslehre 1900, s. 303 ve 306.

3) Gierke, Le fondement du droit public et les nouvelles théories du droit public.

Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft. Tübingen 1874, s. 1799. (Duguit'den naklen: Traité s. 31).

4) Traité, s. 60.

dan doğruya müşahede edilmedikçe pozitif bir doktrinde ondan bahsetmek doğru olmaz. (Alman müelliflerinden İZtelman, halkın ma'şeri şuurunu inkâr ediyor<sup>5)</sup>). Bunlar hep iradeleri takyit edecek bir üstün irade aramak temayülüne yani sübjektivist temayüllere irca edilebilen görüşlerdir<sup>6)</sup>.

#### 4 — Hukuk kaidelerinin tasnifi. Normatif ve teknik (veya inşai) hukuk kaideleri.

Teknik kaideler, dâva yollarını, salâhiyetleri teşkilâtlandıran kaidelerdir. Fransada Scelle, Saleilles, Géný ve Michoud bu tefriki kabul ediyorlar. Bu kaideler normatif kaidelerin tatbikini sağlayan kaidelerdir. Bunlar, cebrin tekelerde toplanmış olmasını, yâni Devletin mevcudiyetini tazammun ediyorlar. Fakat bu teknik mahiyetteki hukuk *kaidelerinin emredici kuvveti* Devletin müdahalesinden değil, *normatif bir kaideye dayanmalarından geliyor*<sup>7)</sup>.

#### 5 — Hukukî normun dayandığı içtimâilik ve adalet duyguları.

Duguit'nin bunlar için mefhum, ide gibi tâbirler kullanmayıp, duygu (sentiment) demekteki maksadı, metafizik bir prensipten bahsetmediğini göstermektedir.

Bu iki duygu birbirine mezcedilmiş olarak müşahede ediliyorsa da tahlil ile bunlar birbirlerinden tefrik edilebilirler.

Bu duyguların birincisi içtimâilik duygusu (sentiment de socialité), iktisadî veya ahlâkî muayyen bir kaideye riayetin hukukî müeyyide ile teyit edilmediği takdirde sosyal insicamı idame ettiren tesanüt bağının kopacağına dair, kabile, aile, site veya millet olsun bir içtimâi topluluğu teşkil eden insanlar kütlesinde, muayyen bir anda mevcut histir<sup>8)</sup>.

Bu duygu her zaman ve her yerde aynı kaideler için mevcut değildir.

Maamafih hukukçunun ödevi, muayyen bir kaidenin müeyyide ile takviyesi hususundaki kanaatin kütlerde ne zaman zuhur ettiğini tayin etmeğe uğraşmaktır. Fakat, tabiatıyla ancak müşahede usulünü kullanmak şartıyla.

5) Gewohnheit und Irrthum: Archiv für civilistische Praxis LXVI 188, s. 419. Duguit'den naklen, Traité, s. 57 ve 63.

6) Traité, s. 9 - 10.

7) Traité, s. 42 - 43 - 44.

8) Duguit, s.g. eser, Traité s. 47.

Duguit böyle bir kaidenin mutlaka iyi olacağını ve fevkalbeşer bir hukuk idealine uyacağını iddia etmiyor, fakat bu kaidenin, bahis konusu olan içtimai topluluk için bir hukuk kaidesi olduğuna kanidir.

Adalet duygusuna gelince, burada Duguit, muayyen bir devirde haklı ve haksız tefrikinden edinilen az çok müphem *fikirleri* kastedmeyip, insan tabiatında daima mevcut olan haklı ve haksız tefriki *duygusunu* kastediyor. Bu duygu bir gerçektir ve incindiği nisbette feveran eder, insanları harekete getirir. Adalet aklı bir mefhum değildir: «Adalet insan tabiatına has bir duygudur. İnsanın faaliyetine iki duygu hâkimdir. İnsanın içtimai karakteri duygusu ve ferdî muhtariyeti duygusu. Adalet duygusu asıl bu sonuncusudur<sup>9)</sup>». Bunu doğrudan doğruya ihlâl eden her fiil içtimai tesanüdü ihlâl etmekle, insanın nazarında esas içtimai norma mugayir görünür. Bütün topluluk bu fiilin failine karşı isyan eder, bu fiilin ihlâl ettiği norm da hukukilik kesbeder<sup>10)</sup>.

Her memlekette ve her zaman aynı fiiller adalete mugayir görünmez. Kaideler zaman ve mekânla değişir. Kaidelerin değişmemesi için adaletin a priori aklı bir prensipe istinat etmesi lâzım geildir. Fakat adaletin bu aklı ve metafizik telâkkisinin pozitif ilimde yeri yoktur. Demek oluyor ki, adalet duygusu beşeri olan her şey gibi tatbikat ve gelişmesinde daima değişmiştir. Fakat esaslı unsurlarına irca edilirse muzaaf mevzuu ortaya çıkar. Bu mevzu, tezahürlerinde daima mütehavvil, fakat esasında sabittir. Bu muzaaf mevzu içtimai hayat tezahürleri karşısında adalet duygusunun iki şeklini belirtmektedir. Bu şekiller şunlardır: 1) Her ferdin, cemiyete karşı ifa ettiği hizmet nispetinde bir mükâfat almasının lüzumu (Tevzii adalet - Justice distributive). 2) Hizmet ve kıymetlerin mübadelesinde, mümkün mertebe mübadele edilen hizmet ve kıymetler arasında eşitlik lüzumu (Mübadele adaleti — Justice commutative).

**6 — Duguit'nin objektif hukuk hakkındaki telâkkisinin hukuk felsefesindeki mevki.**

Duguit pozitivist olmak ve bu sebeple insan iradesinin hür olup olmaması meselesine karışmaması itibariyle, mezkûr iradenin ve dolayısıyla, içtimai hâdiselerin illi kanunlara tâbi oldukları iddiasını reddettiği gibi, fertlerin insan olmak hasebiyle tabii hakları haiz oldukları iddiasını da reddetmiştir.

Bu sebeple ilk kademedede hem individualistes'lerden ve rationalistes'lerden, hem de matérialistes'lerden ayrılmaktadır. Şunu kaydedelim ki

9) Traité, s. 51.

10) Traité, s. 51.

tabii hukuk taraftarlarının iddiaları daima metafizik bir esasa istinat etmekle beraber, bazı bakımlardan birbirlerinden ayrı istikametler almaktadırlar. Grotius, Burlamaqui ve Puffendorf gibi rationalistes'leri ele alırsak, görürüz ki, onlarca ezeli bir objektif tabii hukuk vardır. Bu kanun ilâhî bir mahiyet taşır<sup>10</sup> bis. İnsan akli bu hukuku anlayabilmek kudretini haizdir.

Tabiatıyla Duguit'nin objektif hukuku bu karakterleri taşımamaktadır. Objektif hukuk zamanla içtimailik ve adalet duygularının değişmesini takip ederek değişir. Kabli prensiplere bağlı değildir.

Locke ve Rousseau'ya gelince, bu iki filozof *objektif tabii* hukuktan değil *sübjektif* yani *ferdî tabii haklardan* bahsetmişlerdi. Hattâ Rousseau içtimai mukavelesinde *fertlerin tabii hürriyetlerini tahdit eden* hâkimiyeti ve hukukî nizamı bu *ferdî tabii haklar* üzerinde müesses oldukça meşrû, yani tabii hukuka uygun olacaklarını izah etmişti. Bu uygunluğu teşriî fonksiyonun temsilsiz olarak halk tarafından kullanılmasında görüyordu.

Fakat *ferdî tabii hakların* mevcudiyeti ancak akıl vasıtasıyla bulunabileceği bedihidir.

Nitekim hürriyet hakkını müdafaa etmek için Rousseau, uzun bir muhakeme yürütüyor. Bir çok hallerde mantikî hukukî esaslara müracaat ediyor. İçtimai nizamın mukaddes olduğunu söylüyor. Bütün bunla, hep *objektif tabii ve akli hukuk* esaslarının tatbikinden ibarettir.

Şunu diyebiliriz ki, Rousseau ve individualistes'ler, hukuk konusunda, akıl, kabli verilerini azaltmışlardır. Meselâ ferdî hakları hukukî nizam ve cebrin meşruluğunu a priori alacak yerde Rousseau'cular a priori olarak ancak tabii ferdî hakları alıyorlar. Hukukî nizam ve cebre gelince onu ferdî hakların mantikî neticesi olarak görüyorlar.

Duguit'ye gelince, tabiatıyla böyle mevcudiyeti a priori kabul edilen bir ferdî hak tanımıyor. Böyle bir şeyin ilmen ispat edilemeyeceğini söylüyor.

Bu doktrin, a priori verilere istinat etmediğine göre sırf müşahede edilen vâkıalara istinat edecektir. Fakat hukuku sırf müşahede metodu ile tetkik edenler iki gruba ayrılıyorlar. Her ikisine de pozitif mektep deniyor. Fakat birincisine hukukî pozitivisme<sup>11</sup>, ikincisine sosyolojik pozitivisme denir. Birincisine göre hukuku ahlâktan ayıran vasıf Devletin

10 bis) Du Pasquier, s.g. eser, No. 227 ve 229.

11) Marcel Waline: Melanges Carré de Malberg «Positivisme philosophique juridique et sociologique» s. 519 ve mü.

cebir kuvvetini kullanması olduğuna göre<sup>12</sup>, hukuk ancak Devletle kaimdir, onun iradesinden neşet eder<sup>13</sup>.

Bu tarzı telâkkinin mümessillerinden Ihering, Georg Jellinek, Jèze, Ripert, Carré de Malberg, Laband ve Gerber<sup>14</sup>'i zikredebiliriz. Hukukî pozitivizmin, Jèze, Carré de Malberg ve Ripert gibi bir kaç mümessilinin hukuk hakkında vermiş oldukları tarifler, hukukî pozitivizmin sosyolojik pozitivizmden sarahaten ayrıldığını göstermektedir.

Gaston Jèze'e göre<sup>15</sup> hukuk ancak «muayyen bir memlekette muayyen bir anda —iyi veya kötü, faydalı veya zararlı telâkki edilsin— hukuk tatbikatçılarıyla mahkemeler tarafından fiilen tatbik edilen kaidelerin heyeti mecmuasıdır». Ve başka bir yerde<sup>16</sup> tabii hukuk telâkkisinin «şuursuz ve çocukça bir gururun neticesi» olduğunu yazıyor.

R. Carré de Malberg, siyasi ve medeni hayatın iyice tanzimi için insan cemiyetlerine hükmeden daimî kaidelerin veya ahlâkî düsturların gerçekliğini, hakikiliğini, önemini, hattâ lüzumunu inkâr etmiyor<sup>17</sup>. Fakat hukuk olarak mevzu hukuktan gayrısını tanımıyor<sup>18</sup>. Mevzu hukuk ancak Anayasanın tanzim ettiği Devlet otoritesine dayanır<sup>19</sup>. Anayasanın kendisi meşruiyetini hiç bir felsefi nazariyede bulamaz. Tarihi bir hâdiseden, yani bir vâkıadan neşet eder<sup>20</sup>. Ancak Devlet kendi kendini serbestçe tahdit etmelidir (auto-limitation nazariyesi<sup>21</sup>).

Georges Ripert'in nazarında hukuk ancak iktidar tarafından konulmuş kaidedir. Hukuk ancak mevzu hukuk olabilir<sup>22</sup>. Hukukun hükümfer-

12) Zweck im Recht 1880 da müntesir, Fransızca tercümesi Meulenaere «L'évolution du Droit», s. 3.

13) Du Pasquier, s. g. eser, s. 278, No. 268.

14) Du Pasquier s. g. eser; s. 263, No. 246.

15) Jèze: Compte rendu de L. Duguit, Traité de droit const. T. I, 2. ed. 1921 dans Revue du droit public 1921, cilt XXXVIII, s. 437-444, ve Jèze: Cours de droit public 1920-1921.

16) Jèze: Revue de science et de legislation financière 1923, s. 304.

17) R. Carré de Malberg: Contribution à la théorie générale de l'Etat 2. vol. Paris. Sirey, 1920-1922. Cilt I, s. 238, No. 80 in fine.

18) Cilt I; s. 57; s. 207-210; cilt II, s. 166, not 9, s. 490; s. 263; not 16.

19) Cilt I; s. 65-67, No. 23; s. 196, No. 68.

20) Cilt I, s. 56; not 5; No. 22; No. 24; No. 68; No. 69; No. 311; No. 441-442; No. 444.

21) Cilt I, No. 79-81, cilt II, No. 312-315.

22) Georges Ripert «Droit naturel et positivisme juridique», François Génynin «Science et technique» adlı eserinin 2 nci cildinin tenkididir. (Annales de la

ma olması ancak idare edenlerin üstün kuvvetiyle izah olunabilir. Gerçekten idare edilenler müeyyideden korktukları için istiyerek boyun eğmektedirler<sup>23</sup>. İdare edenler siyasi iktidarı ellerinde bulunduranlardan ibaret değildir. Başkaları dini otoriteyi ellerinde tutarlar ve bu suretle kendi dinlerinin sâliklerince mecburî sayılan kaideler koyarlar. Daha başkaları servet ve iş sâyesinde iktisadî iktidarı ellerinde bulundururlar. Yahut bilgi üstünlüğü sâyesinde efkârı umumiyeyi idare ederler. Bütün bu idare edenler hukuk nizamını şu veya bu cihetten tâdil ve tashih etmek hususundaki iradelerinin galebe çalmasına uğraşırlar<sup>24</sup>.

Görüldüğü gibi bu doktrinler Duguit'nin doktrini ile uyuşamazlar, çünkü hukukîlik miyarı olarak ancak müeyyideyi ve hukukun temeli olarak kuvveti nazarı itibara alıyorlar. Halbuki Duguit hukuku bir müeyyide lüzumunu gösteren içtimailik ve adalet duygularına dayandırmaktadır. Hukuk, müeyyideye dayanmayıp müeyyide hukuka dayanır.

Hukukî pozitivistler bir tek vâkıa görüyorlar. Kanun koyucusunun iradesi. Kanun koyucusu veya Devlet en büyük kuvvete sahip olduğundan, emirlerine riayeti temin edebiliyor.

Fakat hukukî pozitivistler şunu nazarı itibara almıyorlar ki, kanun koyucusunun irade beyanları keyfi olamaz. Keyfi olurlarsa ergeç cemiyet mutazarrır olur.

Kanun koyucusu bir hattı hareket takip etmelidir. Rationalistlere göre, hattı hareketi akıl (Kant'a göre amelî akıl) çizer. Sosyoloğlara göre de kanun koyucusuna ilham vermesi lâzım gelen keyfiyet, mensup olduğu cemiyetin vardığı gelişme safhasındaki herhangi bir cemiyetin normal halinin müşahedesidir<sup>25</sup>.

Kelsen'in teorisi bu direktifleri metajuridique meseleler olarak telâkîki ededursun, rationalist ve sosyoloğların bu konu ile meşgul olmakta hakları vardır. Çünkü bir hukukçu ancak bu şartla mer'î hukukî nizam hakkında oy sahibi olabilir.

Rationalistlerle sosyoloğlar arasında fark şudur ki; rationalistlerin akli prensiplerin fitrî olduklarına inanıp, mutlak kaidelere insanın ulaştırılabileceğini tasavvur etmelerine mukabil; sosyoloğlar, akli prensiplerin fitriliğinden şüphe ederek insanların idealini gelişen bir içtimai vâkıa

Faculté de droit d'Aix). Nouvelle serie, No. 1, Marseille, Barlatier 1918; s. -5; No. 2; s. 32; No. 27).

23) Aynı eser; s. 33 - 35, No. 27.

24) Ripert, s. g. eser, s. 43; No. 33.

25) Emil Durkheim: les règle de méthode sociologique. 2 nci tabl. 1901, s. 80; Paris. Gény'den naklen s. g. eser, cilt 4; s. 62 ve müt.

olarak görüyorlar. Ve onlarca bu vâkıa, kendisiyle münasebettar olan içtimâî gelişmeye uygun olarak geliştikçe normal olacaktır. Binaenaleyh insanlar (ve bilhassa kanun vâzıları ve hukukçular) müsmîr bir harekette bulunmak isterlerse, bu gelişmenin kanunlarına uymağa gayret etmelidirler.

Netice itibariyle Duguit'nin pozitivizmi mevzu hukuktan gayrı bir hukuk tanımamak mânasında değil de, ilimde sırf müşahedenin verilerine dayanmak mânasında anlaşılmalıdır<sup>26</sup>.

Haddi zatında pozitif hukuk (mevzu hukuk) tâbirinin Duguit'nin müşahede verilerine dayanan hukuk kaidesine de şâmil olabileceğini ve bu surette Duguit'nin sırf pozitif hukuka dayanan hukukî pozitivizme yabancı olmadığını görüyoruz<sup>27</sup>.

Maamafih hukukî pozitivizmin hukuku, cemiyetin teşkilâtı üstyapısı olan Devlete istinat ettiren görüşünü, Duguit'nin nisbeten daha fevrî yani kütlenin hissiyatından sudur eden hukuk kaidesinden biraz uzak görüyoruz. Ve bu itibarla Duguit'yi münhasıran sosyolojik pozitivizme bağlı görmeğe taraftarız.

Şunu da kaydetmeliyiz ki, Duguit, hukuk kaidesi hakkındaki görüşünün sosyoloğlarınkinden ayrıldığını iddia etmekteydi. Duguit'nin iddiasında sosyoloğlar idealin, adalet hissini hâmilî olarak maşerî şuur namıyla ferdi şuurlardan ayrı bir şuur tasavvur ediyorlar. Halbuki böyle bir tasavvur ispat edilemediği için kendisi, hukuk kaidesine mesnet olan adalet ve içtimailik duygularının hâmilî olarak münhasıran ferdi şuurları ele almaktadır.

Fakat maşerî şuur mefhumu Durkheim'ın teorisinde olduğu gibi kalmamış, Durkheim'dan sonraki sosyoloğlar maşerî vicdanı ferdi vicdanlardan ayrı ve mesnedini cemiyette bulan bir ruhi tezahür olarak görmeyip, ferdi vicdanın, topluluğu düşünen bir ameliyesi olarak görmeğe temayül etmişlerdir.

26) Dr. Muvaffak Akbay (Ankara Hukuk Fakültesi Âmme hukuku doçenti). Umumi Âmme hukuku dersleri. Ankara Hukuk Fakültesi yayınlarından, 1948. Sayfa 332 - 333.

Marc Reglade: Théorie générale du dr. dans l'oeuvre de Duguit (Archives) 1932, sayı 1 - 2, s. 57.

Gurvitch: l'Idée du droit social. Paris 1932, s. 605 - 608. (Bu iki eser için Dr. Muvaffak Akbaydan naklen, s.g. eser, s. 333 ün notları):

27) M. Akbay, s.g. eser, s. 333.

Walline: L'individualisme et le droit. Edition Domat. Montchrestien 1945, s. 118,

Bu hususta M. Georges Davy'nin yazdığı şu ibareleri zikredebiliriz<sup>28</sup>:

«İçtimaleşmiş benlik gayri şahsî ve arızî olup (adventif) gündelik hayatta çok önemli bir benliktir. Fakat ferdi, hakikî originalitesiyle anlamak istersek, bu içtimaleşmiş benlikten onu sıyırmamız lâzımdır. İçimizin derinliğindeki varlık, aramızda gösterdiğimiz varlıkla bir değildir. Bir taraftan içtimai ve bilgin varlıklarız: aynı dili konuşuyoruz. Aynı mefhumlar üzerinde muhakeme yürütüyoruz ve böylece aramızda münasebette bulunabiliyoruz; hissettiklerimizi ve duygularımızı mütecanis bir zaman ve bir mesafeye sun'î olarak inikâs ettiriyoruz. Fakat diğer taraftan her birimiz bir ferdiz. —Qualis artifex! (Ne büyük sanatkâr!)— Sun'î kadrolardan daha hakikî ve daha gerçek olan değiştirilemez bir orijinaliteyi haiz bir ferdiz. Kendi hayatından başka bir hayata tempo uydurmayan ve kendisine hâs olan bir ritimle yaşayan bir ferdiz. Bu derin ve kapalı şuur bazan buhran zamanlarında açığa çıkıveriyor.» Aynı eserden (s. 85): «Duguit sosyolojinin neticelerinin ferdi hiçe indireceğini söylüyor. Zannımıza göre ma'serî şuurun iradeci ve (substancialiste) özü arayıcı tefsirinden sarfınazar edilip ferdi hiç bir veçhile hiçe indirmeden Durkheim'ın görüşünü tefsir etmenin, yahut da genişletmenin mümkün olduğu teslim edilse, bu anlaşmazlık zail olabilir.»

Ma'serî şuurun bu yeni telâkkisi ile Duguit'nin cemiyeti teşkil eden fertlerin vicdan ve şuurlarını hukukun ihdasında âmil sayan telâkkisi arasında büyük fark yoktur. Binaenaleyh Duguit'nin inkâr edebileceği şey olsa olsa, tarihî mektep mensuplarının halk ruhu (Volksgeist) dedikleri şey olabilir. Fakat onlar da sosyolojik mektebin öncüleri sayılabilirlerse de asıl sosyoloğlardan sayılmazlar<sup>29</sup>.

Bu sebeple biz Duguit'yi sosyoloğ pozitivistlerden ayırmak taraftarı değiliz. Onun objektif hukuk normları hakkındaki görüşü sosyolojik bir görüştür.

### 7 — Duguit'nin objektif hukuk hakkındaki telâkkisinin uğramış olduğu başlıca tenkitler.

Bu telâkki hem hukukî pozitivistlerin, hem de rasyonalist telâkkilerine muhalif olması itibariyle bu iki ayrı gruptan da tenkitlere maruz kalacaktı. Nitekim bir taraftan Hauriou, Gény, Le Fur gibi rasyonalistlerin, diğer taraftan Jèze gibi pozitivistlerin tenkitlerine maruz kalmıştır. Jèze, Duguit'nin muakkibi sayıldığı halde, sosyolojik mektebe men-

28) Georges Davy: *Éléments de sociologie*, 1 — *Sociologie politique*, Delagrave, Paris 1929, s. 9.

29) Du Pasquier, s. 282.



sup sayılmayıp tam mânasiyle bir hukukî pozitivist olduğu için Duguit'nin bazı fikirlerini tankit etmesi mukadderdi. Bunun bir misalini sayın Doçent Doktor Muzaffer Akbayın yukarıda bahsettiğimiz eserinde nakledilmiş görüyoruz.

Bu misalde Jéze'in sosyal nizamın ancak idare edenlerin keyfi olarak nizam saydıkları şeylerden ibaret olduğunu söylemesine Duguit, itiraz edip hukuk kaidelerinin idare edenlerin fevkinde olduklarını hukukçunun ödevinin sosyal vâkıaları müşahede etmek suretiyle bu kaideleri tespit etmek olduğunu söylemişti. İşte bu cevabı Jéze, Duguit'nin tabii hukuka bağlı kalması şeklinde tefsir etmişti<sup>30</sup>. Bizce Duguit'nin itirazı tabii hukuka bağlılığını ispat etmez. Tabii hukuka bağlılık demek, insanın fitraten haiz olduğu hakların akıl tarafından kabli olarak malûm olabileceğini teslim etmek demektir. Halbuki Duguit hiç bir kabli malûmata müracaat etmiyor. Doğrudan doğruya müşahedeye dayanıyor. (Kant'ın İlasını kullanırsak) fenomenlerle uğraşiyor. Cemiyet halinde yaşayan insanlar kütlesinin içtimailik ve adalet duyguları ise birer fenomendir. Hukuku, bunlara istinat ettirmek hiç bir veçhile tabii hukuka taraftarlığı ifade etmez.

François Géný ise Duguit'yi tenkit ettiği zaman, akli hukuk namına hareket ediyor. François Géný hukukun meydana gelmesi hakkındaki teorisinde içtimai kuvvetlere önemli bir yer ayırıyorsa da, bertaraf edilmez bir nüve olarak tabii hukuku muhafaza ediyor<sup>31</sup>.

Tabii hukuka bu taraftarlığı hasebiyle hem hukukî pozitivist, hem de sosyolojik pozitivist mekteplere muhaliftir. Duguit'ye karşı takındığı tavır görmeden evvel bu iki nevi pozitivistlik karşı yürütmüş olduğu muhakemeyi görmemiz faydasız olmayacaktır.

Géný, bir milletin harpte en büyük fedakârlıklara hakkın ve adaletin galebesi için katlandığını müşahede ediyor. Burada herhalde hakkın ve adaletin pozitif hukuktan ibaret olmadığına kanidir. Çünkü hasmın çok kere daha mütekâmil bir pozitif hukuku vardır. Fakat uğruna her türlü fedakârlık yapılan hak mefhumu, her türlü pozitif hukuka üstün bir mefhumdur<sup>32</sup>.

Acaba bu üstün hukuk pozitivistlerin ideal hukuku diye adlandırdıkları hukuk mudur? diye soruyor. Değildir. Çünkü ideal hukuk herke-

30) M. Akbay, s.g. eser, s. 331 - 332.

Gaston Jéze: L'Influence de L. Duguit sur le dr. adm. français, Archives de philo. du dr. et de sociologie jur. 1932, sayı 1 - 2; s. 141 - 143.

31) Du Pasquier, s.g. eser, s. 296, No. 284.

32) Géný, Science et technique, cilt 4, s. 265.

sin kendine göre tasavvur ettiği hukuk ise, güvenilir hiç bir kıymeti olamaz. En iyisi olabildiği gibi en kötüsü de olabilir. (Bizce burada galiba Jéze ve Ripert'in görüşlerini kastediyor. Filhakika onlarca yukarıda gördüğümüz gibi ideal hukuk her insanın telâkkisine göre değişir.) Yok ideal hukuk tâbiri mükemmeliyete teveccüh mânasına geliyorsa, bir mükemmel hukuk tipini tanıyor, demektir. Bu hukukun muhtevası münakaşa edilebilir. Hattâ tatbikatı tenevvü arzedebilir, fakat mevcudiyetinden şüphe edilemez, çünkü insan cemiyetlerini idare etmek için elzemdır. Böyle anlaşılan ideal hukuk ise tabii hukuktan farklı değildir.

Sosyolojik mektebe karşı da Gény şöyle bir tasvir ile başlıyor: İçtimaiyatın temayülü, ulaşılması lâzım gelen hedefi, içtimai gelişmenin istikametinde arayıp, bütün hukukî kuvvetleri bu istikamete daha iyi yönlendirmektir. Böyle bir araştırma hiç bir gai mütearifeyi tazammun etmez<sup>33</sup>. Nitekim Durkheim, realiteyi tetkik etmenin, bu realiteyi düzeltmeğe uğraşmamayı tazammun etmediğini söyleyip<sup>34</sup>, düzeltmeyi norm ale yöneltme şeklinde tasavvur ediyor ve normal olayı şöyle tarif ediyor: «Bir içtimai olayın, gelişmesinin muayyen bir safhasında nazarı itibara alınan muayyen bir içtimai tipe nazaran, normal sayılması için aynı gelişme safhasındaki cemiyetlerin vasatısında bu olayın belirleyici lâzımıdır<sup>35</sup>.» Gény bunun üzerine sosyoloğların bu tavırlarını tatminkâr bulmıyıp şu suali sorar: «Normal hali anormal hale tercih etmenin sebebi nedir?» Buna sosyoloğların cevap veremeyeceklerine inanılır, çünkü bu tercih ancak vâkıalara üstün bir prensip sayesinde yapılabilir<sup>36</sup>.

Bu tenkitlere göz gezdirdikten sonra Duguit'ın objektif hukuk kaidesi hakkındaki görüşünün de tenkide uğradığı kolayca tahmin edilebilir. Nitekim M. François Gény «sırf içtimai tesanüt vâkiasından hukuk mefhumunda mündemiç mecburiyet esasını istihraç etmek» teşebbüsünden ibaret olan Duguit'nin teorisinin esas zaafını belirttikten sonra<sup>37</sup> şu fikirleri ilâve ediyor.

1) Aklın takdirini kazanmış bir kıymete dayanarak hükümlenilen olan bir kaide tasavvuru ile cemiyetçe teşkilâtlenebilen bir tepki hususunda uyuşan, gruptaki şuurular kütesinin baskısı şeklindeki bir kaide tasavvuru arasında muhakkak surette uyumsuzluk vardır.

33) Gény; s.g. eser; cilt II, s. 62.

34) Durkheim: Sociologie et sciences morales. De la méthode dans les sciences 1 ère serie, Paris 1909, Félix - Alcar.

35) Durkheim, Les règles de la méthode sociologique, 2 nci tabı 1901; s. 80.

36) Gény, s.g. eser, cilt II, s. 83.

37) Gény, s.g. eser, C. 4, s. 166 - 168.

2) Adalet duygusuna temel olarak Duguit tarafından ele alınan iki mefhum (adalet duygusunun muzaaf mevzuu tevziî adalet ve mübadele adaleti) öyle mefhumlardır ki, bunlarla rasyonelistler hukukî binayı kemali itimatla inşa edebilirler<sup>38</sup>. Zaten Duguit sisteminden istihraç ettiği bir neticeyi meşru göstermek istediği zaman, bu neticenin kıymetinden ve aksi neticenin mahzurlarından bahsederek şuurlar kitlesinin verdiği ilhamı kendi aklı vasıtasıyla kontrol veya tashih etmektedir<sup>38bis</sup>.

3) Diğer taraftan hukukun umumî prensiplerini vazetmekten âciz olan «müşterek şuurun<sup>39</sup>» hukuk sanatının en yüksek mertebesini teşkil eden ve her jürisprüdansın tekniğinde aklın esas payını belirten mantıkî muhakemeleri inşa edebilmesine imkân yoktur.

Netice itibariyle Gény, Duguit'yi tabii hukuka o kadar muhalif görmüyor. Hattâ, Duguit'nin görüşü ile «eşyanın nizamından çıktığı için insana aklın kontrolü tahtında hükmeden bir tabii hukuk klâsik anlamına avdete mecbur» olduğumuzu söylüyor. Zaten Duguit «haksız bir şey, bir hükümdar tarafından emredilmiş olduğu zaman nasıl haksızsa, halk yahut temsilcileri tarafından emredilmiş olmakla yine haksız<sup>40</sup>» olduğunu söylemekle hukukî kaideye temel olarak ferdi veya ma'serî iradeyi değil de, aklın prensiplerini kabule hazır olduğu zehabını uyandırıyor.

Maamafih Duguit, tabii hukuku âlemsümul ve değişmez addediyor ve müşahedeye uymayan böyle bir tasavvuru reddediyordu. Halbuki Gény, tabii hukukun tatbikatında zaman ve mekânla değişebildiğini, ancak en umumî adalet prensiplerinin daimî olduğu kabul etmekle «prensipinde daimî, tatbikatında sonsuz değişikliklere elverişli<sup>41</sup>» olan Duguit'nin objektif hukuku ile şekli zıddiyeti olmadığı neticesine varıyor<sup>42</sup>.

M. François Gény tarafından ileri sürülen bu tenkitler «adalet duygusunun muzaaf mevzuu» mefhumuna tanınacak mahiyet hakkında insanı düşündürüyor. Gény bunları rasyonel temel sayıyor. Duguit ise bun-

38) Gény, s.g. eser, C. 4, s. 168.

38 bis) Georges Renard; *Le Droit, la Justice et la Volonté*, Paris. Sirey, 1924; s. 278 - 279 (Bu eseri yazdığı zaman müellif, Duguit'nin ananevi felsefenin adalet telâkkişine meylettğini, fakat henüz ulaşmadığını söylüyor ve bir gün ulaşacağını umuyordu). Bu ümit Duguit'nin eserlerinde gerçekleşmemiştir.

39) Şuurlar kitlesini kaatediyordur.

40) Duguit: s. g. eser, s. 437.

41) Duguit: *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901, s. 11; 98 - 100; 150 - 152; 615.

42) Gény, s.g. eser, C. 4; s. 172.

ları tamamiyle hissi ve müşahedeye müsait telâkki edip fitri rasyonel prensipler gibi münakaşa mevzuu yapmak istemiyor. İki müellifin hukuk kaidesi hakkındaki telâkki farkı bu noktadadır. Fark, hukuku şuurlar kitlesinde aramaktan hasıl olmuyor. Nitekim hukukun esası akli prensip ise, akıl her normal insanda bulunduğu için yine şuurlar kitlesi hukuk kaidelerinin müeyyidelenmesi zarureti idrak edecektir. Mesele başkadır. Adalet bir akli prensibe mi, yoksa cemiyet hayatının yoğurduğu duygulara mı istinat eder? Duguit ikinci şıkı tercih ettiği için<sup>43</sup> görüşü sosyolojiktir.

Fakat bu duygularda bulunduğu esaslar rasyonalistlerin akli esaslarına şeklen uyduğuna göre (meselâ her ikisinde de tevziî adalet ve mübadele adaleti vardır) rasyonalistlerin (bu meyanda Gény'nin) bu adalatten istihraç ettikleri (insanların hürriyeti, müsavata, mülkiyeti, hayat hakkı v.s.) gibi tâli prensiplerin karşılığını adalet duygusunu müşahede eden sosyoloğ hukukçusunun, istihraç edemeyeceği iddiasını kabul etmiyoruz.

Duguit'nin şuurlar kitlesinin ilham ettiği şeyleri akılla ıslah etmesine gelince, bunu da şuurlar kitlesinin duygusuna mugayir görmüyoruz; çünkü hukukçunun birbirini tutmayan kaideleri telif ve sistemleştirme ödevi içtimaî tesanüdün zarurî kıldığı bir keyfiyettir. Burada herhalde tenakuz yoktur.

Hülâsa Duguit'nin görüşü sosyolojiktir ve mevzu hukuku akli ve kabli olmayacak bir miyar aradığı için başka türlü olmazdı. Bu görüş şeklen François Gény'nin tarihi, reel ve ideal veriler dolayısıyla tarihçilik ve sosyolojizmle memzuç rasyonalizmine uymaktadır.

Diyebiliriz ki, muasır hukuk felsefesi Boistel'in değişmez muhtevalı tabii hukuk tasavvurunu icabettiren saf rasyonalizminden<sup>44</sup> uzaklaşmış bulunmakta olup Stammeler'in eski tâbiriyle<sup>45</sup> «değişik muhtevalı bir tabii hukuk» tasavvuruna meyletmektedir.

Vedat Raşit Sevig

43) Duguit, *Traité*, s. 51.

44) Gény, cilt II: s. 291.

45) Du Pasquier, s.g. eser, s. 302, No. 290.