

HUKUK İDESİNİN MÜSBET HUKUK İÇİN EHEMMİYETİ [1]

I. «Hukuk idesinin müsbet hukuk için haiz bulunduğu ehemmiyet» ten bahsetmekle bu ikisi, yani müsbet hukuk ile hukuk idesi arasında bir karşılaşma kabul edilmiş oluyor. Müsbet hukuku, belli bir şey farzedebiliriz. Bu mefhum, devlet ve belediyelerin kanun ve nizamlarında, cemiyet ve şirketlerin statülerinde ve memlekette carî teamül hukukunda mevcut, hukuk kaidelerinin heyeti mecmuasını anlatır. Demek ki müsbet hukuk, hukuk nizamının ta kendisidir.

Hukuk idesi hakkındaki bilgimiz ise bu derece müsait bir vaziyet göstermiyor. Bu sebeble hukuk idesinin, müsbet hukuk için ehemmiyetini aydınlatmadan önce bu kelimenin manası üzerinde durmak mecburiyetindeyiz. Henüz yazılı şekilde tesbit edilmiş hiç bir hukuk nizamının bulunmadığı zamanları düşünürsek, «hukuk idesi» tabirinin manası derhal belirir. Eski çağın bu yarı karanlık devrinde hakkı yerine getirmeye yani kaza salâhiyetini istimalle memur kimse, kararlarında daha eskiden gelme bir âdete istinat edemediği takdirde, kendi hukuk duygusuna müracaat vaziyetinde idi. Ona her yeni hâdiseyi, uygun ve yeni bir hal şekline ulaştırma hususunda yegâne yol gösteren, bu duygu idi. Diğer yandan bu duygu-

[1] Bu makaleye mufassal bir bibliyografi ilâve edilmiştir.

nun sıhhati, yani hukukî şuurun kemali, onun birbirinden ayrı birçok hâdiselerin takdirinde daima âdil olduğunu isbat etmesile gerçekleşecekti. Buna göre, hukukî şuurun ve - hakkı bulanın ferdi şahsiyetinden sarfınazar edilince - bizzat hukuk idesinin en esaslı ayırıcı vasfı, *adalet* oluyor. Kanunlar birbirlerinden ne kadar ayrı şekillerde yapılmış, hükümler yekdiğerinden ne kadar farklı mahiyette verilmiş bulunurlarsa bulunsunlar, devletlerin kanunları, hâkimlerin kararları için iddia ve tesahüp ettikleri şey hep bu, daima adalettir. O halde acaba adaletin esas muhtevası nedir ?

İnsan düşüncesi, muhtelif yollardan giderek bu meseleyi halle çalıştı. Bu hal teşebbüsleri şaşırtıcı bir değişiklik arzederler. Bununla beraber beşerin fikrî hayatına hâkim ve yekdiğerile çarpışan inanma ve aydınlanma (iman ve tenevvür) tezadı bilinir ve göz önünde tutulursa bu karışık tenevvü, hemen bir ışık darbesile aydınlanır. [2]

II. 1— Avrupaî fikir hayatının başlangıcını belli eden şey Allâha, onun « alîmi küll » (her şeyi bilir) oluşuna ve bu vasfına dayanan adaleti kâmilelerine imandır. Bir kimse, Allâhın âdil iradesine uyan hukuku ihlâl ederse, bizzat o iradeyi ihlâl etmiş olur. Bundan dolayı ulu Tanrı, her hukuk ihlâlini cezalandırır. Hukuka aykırı giden memleket üzerine felâketler yağdırır. Avrupanın en eski şiirinin her yerinde *Homer*, *Hesiod*, *Solon*, *Aeschylos* da bu telâkki karşımıza çıkıyor. Buna biz, *teokratik hukuk nazariyesi* adını veriyoruz.

Vakıa bu teokratik hukuk nazariyesi, daha milâddan önceki beşinci asırda, Yunan tabiat felsefesini (bununla bizim eskiden hikmeti tabiiye dediğimiz fizikî hâdiselerin sebep ve mahiyetlerini araştıran bilgi kasdolunuyor) zarurî surette takip eden aydınlanma devrinde, şimdi bahsedeceğimiz ve « ahlâkî », « rasyonel - siyasi », « fizik - organik » hukuk nazariyeleri adla-

[2] "Aydınlanma,, tabirini Aufklärung karşılığı kullanıyoruz. Bunun yerine bu vakte kadar dilimizde "intibah ve tenevvür,, kelimeleri yer tutmuştu. Aydınlanma, fikirleri ananevî ve kabli hükümlerden bilhassa dinî hurâfe ve kanaatlerden kurtarıp makul, doğru, objektif bilgilere varmak isteyen bir fikir hareketinin adıdır. Her iki devresi bu yazıda zaman itibarile ve teferruatile tesbit edilen bu cereyan, vicdan hürriyetini, insani şerefi müdafaa ediyor, tarihî hâdisat ve müktesebatı aklın tenkidine tabi tutmayı, hukuk, iktisat ve saireyi aklî prensiplere göre islâh etmeyi istiyordu. Tercüme eden

rını vermek istediğimiz  istikamete yerini terk ediyor. Fakat yeni bir din, hıristiyanlık insan kalplerini teshire başlar başlamaz, yine eski ehemmiyetini kazanıyor. şimdi artık yeniden, *Augustin* den *de Maistre* e kadar daimi bir tevali halinde, dünyevi hukukun ancak ilahi iradenin tecellisi olan adalete tevafuku nisbetinde *doğru* hukuk olduğu kanaatle karşılaşıyoruz. Bu hukuki iki ayrı alem telakkisi, bilhassa *Augustin* in *civitas Dei* (ilahi devlet), *civitas terrana* (dünyevi devlet) farkını ortaya atmasile açığa çıkıyor. *Thomas von Aquin* denberi de dünyevi hukuka, ilahi adalet fikrine tevafuku halinde *ius naturale* (tabii hukuk) demek adet olmuştur. Teokratik ynn rönesans devrindeki en mühim mümessillerinden *Melanchthon*. *Seckendorf*, *Thomasius* un, « tabii hukuk » tan hem allah tarafından insanlara ilkah olunan hukuk duygusunu, hem de ilahi adalet tasavvuruna uygun olan hukuku anlamaları, işte bununla kabili izahtır. Bizzat devlet idaresile muvazzaf olanların mutlak hakiyeti nazariyesinin maruf vazi ve muessisi, *Bodin* de bu şahıslara, dünyevi hukukun ilahi unsuruna riayet mükellefiyetini yüklüyor. Nihayet *de Maistre*, karışık siyasi vaziyetlere son verilmesi maksadile, yer yüzünde allahın mümessili sıfatile, kilisenin üstün hakiyetini istiyor.

Bu aralık 18 inci asırda başlayan ikinci aydınlanma, bir daha  cereyanın doğmasına müessir oluyor. Hukuk ve devletin fikri şeklini değiştiren bu üç cereyanı « metafizik », « rasyonel - kritisist », « sosyolojik - pozitivist », yn şeklinde lavsif edecek ve bunlardan, sonra bahsedeceğiz. Burada teokratik yn tesirlerinin zamanımıza kadar uzandığını sarahatla tesbit etmek gerektir. Bu tesirler gerek protestanlık ve gerek katoliklikde görünür. Protestanlık hukuk telakkisi, hukuk nizamını, ilahi dünya nizamının muhafazasına hadim gören *Stahl* in nazariyesine dayandığı gibi, katolik kilisesinin hukuku da tabiat ve mahiyeti icabi *ilahi vahye muğayır olamaz*.

2 — şimdi artık Yunan aydınlanma devrine dönelim: İnsanın, ilahların kudretine olan imanı sarsılınca kendi varlığına teveccühü zaruridir. Fakat dini telkinlerden neş'et etmiş te olsa adaletin hakim olması zaruretine kanaat, daha kuvvetini kaybetmemiştir. Bu sebeple adaletin bundan sonra da insanların müşterek hayatında düsturu hareket olarak meriyetini muhafaza

etmesi tabiidir. Yalnız adaletin muhtevası yani nenin âdil nenin gayri âdil sayılması icap edeceği hususunda artık insanın kendi ahlâkî kanaatı esastır. Adalet prensipini yaratan ferdin ahlâkî zihniyetidir.

Bu manada olmak üzere *Demokrit*, *Gorciyas*, *Eflâtun* ve *Aristo*, ifade tarzlarında cüz'î inhirafıya rağmen müttehiden, şu iddiayı ortaya atıyorlar: İnsan her kimsenin payına düşeni ona tahsis ve tevcihe muvafakat etmekle ahlâkî bakımdan yerine göre zarurî olanı yaptığı takdirde âdil hareket etmiş olur. *Epikur* bu düşünceyi, menfi tarzda ifade ve tertip ediyor: Hiç kimse, haksız olarak diğerini izrar edemez — *Ahlâkî hukuk nazariyesi*, aslâ Yunan filezoflarının bu tahillerinden ileri gidememiştir. Roma hukuk felsefesi, Yunanlılar tarafından düşünüleni, doğrudan doğruya ve aynile aldı. Nettekim *Ulpian*, hukukun mahiyetini şu üç formülün terkiibinde görmüştü: « şerefli yaşamak, kimseyi izrar etmemek, herkesinkini kendine tahsis etmek ». Daha yeni zaman da hukuku, *ius strictum* (şeklî hukuk), *aequitas* (nisfet), *pietas* (saffet ve hulûs) olarak üç kısma ayıran *Leibniz* in tabii hukuk nazariyesi de, *Ulpian* tarifinin sistematik bir devamından başka bir şey değildir. Son zamanların en nüfuzlu ahlâkçılarında *Schopenhauer* de « tekmil hukuk, haksızlığın nefyidir » tarzındaki ifadesile *Epikur* un esas düşüncesine dönmüş ve dayanmış oluyor,

3 — Yunan aydınlanmasının diğer bir neticesi olarak insanın kendi *aklına* ve aklının mutlak kudretine inanışını tesbit ediyoruz. Toplu ve müşterek hayat için amelî bakımdan vücutları zarurî ve lâbüd hukuk ve devlet, artık insan icat ve eserleri olarak izah ve kabul olunuyor. Hukukun cemiyet, devletin de tabi olma mukaveleleriyle zuhura geldikleri telâkkisi, bu düşünceye dayanmaktadır. Bu nazariyenin neticesi, hukuk ve devletin, cemiyetin siyasî âleti (vasıtası) mesabesine indirilmesidir. Bu yöne " rasyonel — siyasî hukuk nazariyesi " adını vermek istiyorum.

Daha *Sokrat*, insanların kanunlar şeklinde hukuku tesbit etmek üzere bir araya geldiklerinden bahsediyor. Daima sarîh bir irade izharile değilse de hiç olmazsa devletin kanunlarına mutavaat suretile hukukun koruyucusu olarak zımnen devletin mevcudiyeti de tanınıyor. Aynı şey sofistlerden *Hippias*, *Glaukon* ve *Lykophon* da da görülür: Kanun, hukukun kâfilidir

ve bu sıfatla mevcudiyeti, vatandaşların akdî iradelerinin lûhû-kile tanınmıştır.

Nasıl *Leibniz*, *Epikur* un telâkkisini sistemli bir şekle koyduysa, öylece bu iki Yunan filezofunun nazariyesi, *Grotius* un meşhur tabii hukuk nazariyesi ile bir hukuk sistemi halinde genişletilmiştir.

Bu tabii hukuk nazariyesinin *siyasî* karakteri, bilhassa mukavele nazariyesinin her iki mühim İngiliz mümessili arasındaki karşılaşmada açıkca meydana çıkar. *Hobbes*, mutlakiyeti bu nazariyeye istinaden meşru ve muhik göstermeğe çalışıyor. Ona göre tabii olma mukavelesile âkidler şahsî haklarını hükümdara devir ve ferag etmişler ve bu haklardan bazılarını sonradan hükümdar kendi ihtiyarile onlara iade eylemiştir. Halbuki *Locke*, bu fikrin aksine mezkûr hakları devir ve feragı gayrı kabil addeder. Ona göre bütün vatandaşların müsavâtı prensipi fitri olan bu haklara istinat eder. Bu müsavât prensipi, zarurî surette insanlık şerefine uygun yegâne devlet şekli olarak, demokrasinin tanınması neticesine varıyor. Hakikat halde de *Locke* bu nazariyesi ile yalnız İngiliz esas teşkilât hukukuna değil, belki aynı zamanda Amerika Birleşik hükümetlerinin teşkilâtı esasiyelerindeki " hukuk beyannamesi „ *Declaration of Rights* „ ne ve bu suretle de doğrudan doğruya « Fransız hukuku beşer beyannamesi — *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* „ ne ehemmiyetli surette müessir olmuştur — Nihayet *Rousseau*, mukavele nazariyesine yeni bir veche veriyor. O mukaveleyi, eskiler gibi, bir vakıa, bir hakikat olarak değil, belk bir *Fiction*, bir farziye telâkki etmek arzusundadır: Buna göre cemiyet ve onun kanunları mukavele ile vücade gelmişlermiş gibi yapılmalıdırlar. Ancak bu takdirde — burada *Lykophron* un zikredilen düşüncesile karşılaşılıyor — bütün haklı taleplerin nazarı itibare alınması temin ve tekeffül edilmiş olur.

4 — Yunan aydınlanmasının davet ettiği son cereyana *fizik - organik* hukuk nazariyesi adını vermek istiyoruz. Çünkü bu nazariye insanın yalnız kendine has olan akli hassasına değil, belki daha ziyade onun maddî uzviyetine tabii kalıyor.

a — Bu nazariyenin endividüalist (ferdiyetçi) tezahürü, «daha kavinin hakkı» denen düsturla ifade olunur. *Trasymachos*'a göre hakikî adalet, kuvvetçe üstün olanın nef'inde saklıdır. *Kallikles*'e göre eskiden kalma ahlâk telâkkileri, esirlik zihni-

yetinin eseri idi. Bunlara karşı kavinin tabii hakkı olan kudrete tesahüp arzusunu koymak ve tahakkuk ettirmek gerektir. Kuvvetlinin hasleti onun pervasız ve kayıtsız enerjisi, gayesi ise kendi nev'inin devamlı surette yayılmasıdır.

« Bütün kıymetlerin yeni kıymetler haline inkılâbı », « üstün insan », « efendi ve köle ahlâkı tezaadı » gibi *Nietzsche* denberi bütün ağızlarda dolaşan parolaların taallûk ettikleri nazariyenin kökleri işte burada aranmalıdır. *Machiavelli*, hedeflerini tahakkuk ettirecek her vasıtayı mubah görme; kudret ve hâkimiyetini zayıflatabilecek her kanunu ise fena telâkki etme hususunda, kuvvetli devlete izafe ettiği hakkı, buradan istiare etmiştir. *C. L. v. Haller* de kuvvetlinin hükmetmesi, zayıfın ise bilâkis tabii ve hâdim olması lüzumunu buradan çıkarmıştır,

b — Bu nazariyenin kollektivist tezahürünü, 19 uncu asrın tarihî hukuk mektebi denen, hukukta ve onun tarihî tekâmülünde ma'şerî fikrin (halk fikrinin) organik bir mahsulünü gören telâkkide buluyoruz. Hukuk munhasıran bir tarihleşmiş, endividüel cemiyetin fikrî hususiyetine ve bu hususiyetin tebarüz ve inkişafına hâdim olmalıdır. Bu suretle umumî - insanîye mukabil hususî - kavminin değeri izam edilmiş, hiç olmazsa bu sonuncuya yüksek kıymet izafe edilmiş oluyor. Hususî - kavmiye teveccüh eden bu romantik yüksek kıymet biçme, muhtelif kavimlere ait çeşit çeşit hukuktan hususî ve millî olanın tebciline, buna mukabil devletler umumî hukuku idesinden ve en son zamanda da Milletler Cemiyetinin milletleri birleştirici kudretinden yüz çevirmeye müncer olmuştur.

Bu yol, geçen asırda gittikçe yükselmek suretile *Savigny* den başlayıp *Puchta* ve *Dahn* üzerinden geçerek *Gumplowicz* e vasıl olmuştu. Mamafih bundan son neticeleri çıkarma hususu, en yeni İtalyan ve Alman hukuk felsefesine saklı kalmış bulunuyor. İtalyada *Pareto*, *residui* 'nin yani insanda aslî ve menşei tagallüp hislerinin keşfile, tekmil ananevî hümanizmi bütün temellerinden sarsmış ve oynatmış olduğuna kanidir. Almanyada ise *Baeumler*, *Larenz*, hukukun ma'şerî fikre münasebetini tesbit ve ma'şerî fikri de bir milletin fizik - organik kan rabitası olarak telâkki ettikten sonra şu kabil bilgilere varıyorlar: « Kan, fikir, ve fikir kan haline gelmelidir. Bu ise ancak kan fikir olmak şartile mümkündür. Kan istidat, imkân ve hedefe nazaren fikirdir. »

Şüphesiz ki bu - bittabi *mythique* hususattan ancak güçlkle

tefrik oluabilen - kaziyeler, umumî ve mutlak mer'iyet iddia -sile vazolunmuşlardır. Fakat eğer bu fikirler, bütün milletlerin kabul ve tasvibine mazhar olsalardı, eğer hakikaten kanın icap ettirdiği, sadece bu lüzuma binaen fikren - ve ahlâken de muhik ve meşru bir mahiyet alsaydı, artık hukukun cümle kapısına *Dante*'nin şu sözlerini koyma zamanı çoktan gelmiş olurdu : « *Lasciate ogni speranza, voi ch'entrate !* » = Buraya girenler bütün ümitlere veda etsinler. »

5 — İkinci aydınlanma (18 inci asrın) bu vakte kadar zikredilen hukuk nazariyelerine üç yeni yön daha katmış oluyor. İkinci defa olarak insanların fikrî hayatı ve ahlakî durumu üzerinde din tesirinin zail olduğunu görüyoruz. Buna rağmen, sosyal birlik içersinde de, tıpkı tabii hadiselerin cereyanında olduğu gibi, müşterek ve müttehit bir kanun bulma ihtiyacı baki kalıyor. Bu ihtiyacın neticesi olarak eski teokratik yön, düryevileştiriliyor. Bu suretle doğan yeni cereyanı *metafizik hukuk nazariyesi* diye tavsif etmek istiyoruz. Vakıa henüz insan fevkindeki kanunun tavsifi hususunda « ilâhî » kelimesine bağlı ve sadık kalınıyor. Meselâ *Krause*, bir « ilâhî dünya idesi » nden; *Hegel*, makûl - ilâhî iradenin tecelli ve tahakkuku olmak itibarile devletten bahsediyor. *Lasson*, devlette biraz « ilâhîlik ve mukaddeslik » görüyor. Fakat terimlerin bu tarzda kullanılışı insanı aldatıp başka bir düşünce istikmetine sevktemelidir. Burada mevzuubahs olan ilâhî dünya idesi, tıpkı tabii hadiselerin cereyanında illiyet kanununa benzer tarzda, cemiyet hayatında işlediği düşünülen, içtimaî hadiselerin seyrinde tesir ve fonksiyonu tasavvur edilen bir dünya idesidir. Milletler hayatındaki meddi cezir de (yükselme ve alçalma) kendine has objektif bir kanunîlik gören bu tekçi (monist) görüş, en muvafık ifadesini *Hegel* in hukuk felsefesindeki çok zikredilen fakat ekseriya yanlış anlaşılan meşhur : « makul olan şey şe'ni, şe'ni olan şey makuldur » cümlesinde bulmuştur. Milletler hayatındaki bu objektif kanunîlik — *Binder* e göre — « fikrin dünyada gerçekleşmesi » nden başka bir şey değildir. Dünyada gerçekleşen bu fikir ise — esas maddesi itibarile — milletin hukukî şuurudur. Burada devlet, « kendini idrak ve iradî hürriyetini istihsal hususunda uyanmış halk kütlesi (millet) halinde tezahür eder, bu kütle, bilâhara kendinin yaşaması için ihtiyaç duyduğu şekli bizzat tayin eder ve yarattığı hukukî eserlerle

kendini idrak ettiğini ve hürriyetini, izhar ve isbat eder. »

6 — Şimdi artık Yunan aydınlanmasında olduğu gibi hakkını arama sırası *akıl* a geliyor. Fakat bu sefer kritisist düşünce, kendine yüksek itimadı sebebiyle hukuku, tamamen gayri siyasi şekilde ve münhasıran düşünce kanunlarının yardımıyla anlamağa çalışıyor. Bu rasyonalist kritisist hat, *Kant* dan *Kelsen* e kadar uzanıyor. *Kant*, hukuk idesinin her türlü metafizik (mabadülhukukî) temelden fekkini ve onun sırf «mahz akıl» delâletile tesbitini diliyor. Ona göre hukuk hükümlerinin muhtevasını ve onların meriyeti sebebinin hukukun haricinde bulunan âmiller (faktörler) tayin edebilirler. Netekim meselâ ahlâk, kanuna uygun hareketi, sadece kanuna hürmetten dolayı emreder. Buna mukabil hukukun vazifesi, münhasıran cemiyet hayatının prensipini bulmaktır. İşte bu sebeptendir ki *Kant*, bu prensip düşüncesine uygun olarak, hukuk idesini sırf şekli mahiyette ve şu tarzda tayin ve tarif ediyor: «Umumî bir hürriyet kanununa göre birinin ihtiyarını diğerinin ihtiyarile telif edebilecek şartların heyeti mecmuası». «Yeni Kantçılar» dan olmak sıfatile *Stammler*, hukuku psikolojik unsurlardan çıkarıyor ve ona «muhtar ve gayri kabili ihlâl bağlayıcı irade» diyor. Bu acayip tarifi esas tutarak *ne zaman* bir içtimaî tezahürü, hukukî tezahür addedebileceğimiz keyfiyetini, bu tarifi unsurlarına bağlanan kategorilere ve bu kategorilerin cemi ve tebdilile kazanılan şekli hukuk mefhumlarına *Stammler* in tahsis ettiği binlerce sahifeden istihraç etmek hemen hiç de mümkün değildir.

Bu hukuk felsefesinin riyazî ve hesabî karakteri hakkında *Kelsen* in "*Jurisprudence* 1, mecmu hukukî hâdisatın, hendesesi" şeklinde gösteren mülâhazasından daha sadık ve daha mevsuk bir *belge* olamaz. Sırf şekli ilim olması itibarile buna hukuk hükümlerinin muhteva ve münderecatını tayin vazifesi düşmez. *Kelsen* in elinde hukuk ilmi, hukukî şekil ve suretler nazariyesi; hukuk nizamı, bir «kaidevî sistem birliği»; devlet, hukuk hükümlerinin mantıkî iltisak ve münasebet noktası haline geliyor. Her türlü kıymet telâkkisinden antiseptik mahiyette temizlenmiş olan bu şekiller nazariyesinden hareketle nihayet her devlete — hiç şüphesiz *Kelsen* in hakikî arzusuna münafi olarak — «hukuk devleti» vasfı isnat olunabilir.

7 — Nihayet en son olarak, sosyolojik - pozitivist yönü

mütalaaya sıra gelmiş bulunuyor. Bu cereyanın en göze çarpan mümessilleri olarak Fransada *Comte* ve *Littr*, İngilterede *Mill* ve *Spencer*, İtalyada *Morselli* ve Almanyada *Jhering* zikrolunmalıdır. Hakikatte bu cereyan da tıpkı "kavinin hakkı,, prensipine dayanan birinci aydınlanmanın üçüncü yönü gibi, bir hukuk idesine imkân ve yer bırakmaz. Çünkü bu cereyanın görüş zaviyesini tanzim eden saik, insan fikrinin bir idesi değil, belki ampirik sosyal ihtiyadır. Jhering'in meşhur: "bütün hukuku yaratan gayedir,, sözü, hukukun teşkili hususunda, asla bir düsturu hareket, bir saik aranmadığına, bilâkis sadece hukuk tekmln ileriye sürükleyen sosyal kudretlerin nazarı itibara alındığına en katı ve keskin bir delildir. Bu sosyal kudretlerse, yalnız münferit hukuk hükümlerinin kısmı ve cz gayelere uygunluğuna dair bir fikir verebilirler. Fakat bütün tekml seyrinin doğruluğu hakkında esaslı bir görüş temin etmezler.

III — « Aydınlanma » nın, « hukuk idesi » telâkkisi üzerine iki defa tesir icra ettiğini görüyoruz. Bu meyanda bilhassa göze çarpan nokta, Yunan ve modern aydınlanmalarının doğurduğu cereyanların yekdiğerine tevafuk ve taadldr. Bu yönler mümessillerinin ekserisi, kendi bakımlarından hususiye ve mme hukukunun en müteferri neticelere kadar uzanan bir sistemini yapma arzu ve ihtirasını taşıyorlardı. Mamafih bu sistemlerin, hukuk felsefesinin daima yeniden itibardan düşmesini mucip olmaları zarurıydı. Çünkü bu tek taraflı binalara mukabil müsbet hukuk, bütün mevzuubahs ceryanlardan tesirler almak ve yekdiğerine muarız ve zıt ynlerin tesirlerini de telif ve mezcetmeyi bilmek suretile daha uysal olduğunu isbat etti. Bu mlhazadan tabii olarak çıkan netice şudur : Ancak hukuk felsefesinin tarihine vukuf sayesinde ki, hukuk müesseselerinin mana ve mahiyetine tam manasile nüfuz imknı ve bunların mükemmelle surette anlaşılması temin olunabilir. Son olarak müsbet hukukun, hukuk felsefesindeki muhtelif cereyanların tesirine tabi kalışını ve bunun tarzını gösterecek bir kaç misal vermek isteriz :

Teokratik hukuk nazariyesine uyan monarşik devlet şeklinde, ceza davasında maznunun müsavi hakka sahip bir taraf olarak tanınması ve bu suretle rasyonel — siyasi ynn en mühim dileklerinden biri yer tutabilmiştir. Buna mukabil şüphesiz

teokratik bir hukuk müessesesi olan yemine, rasyonel — siyasî düşüncenin mahsulleri olan cumhurî teşkilâtı esasıyla hemen nadiren dokunulmuştur — Gerek teokratik ve gerek metafizik hukuk idesinden çıkarılan cezayımışıl (kefareti) düşüncesi, modern kanunların ceza nevelerine ve ceza tehditlerine de şekil vermiştir. Halbuki diğer yandan yine aynı kanunlar " nullun crimen sine lege, " [kanunsuz hiç bir ceza verilmez] kaidei esasıyla şahsî hürriyetin tanınmasına taalluk eden rasyonel — siyasî icabı hesaba katıyorlar.

Medenî hukuk sahasına gelince, akitlerde ahlâkî hukuk idesine uygun hakkaniyet ve hüsnüniyet prensipi, aile hukukunda " kavinin hakkı, " esasına tevafuk eden kocanın hâkimiyeti ile yan yana barışık duruyorlar. — Devletin ceza talebinin yahut medenî hukuka göre zarar tazmini mükellefiyetinin doğabilmesi için faile kasd veya ihmal gibi bir kusurun atfedilebilmesi lüzumu, ahlâkî hukuk nazariyesinden inbias etmektedir. Bu düşünce, idarî ceza hukukunda suç karineleri, ve medenî hukukta tehlikeye ilkadan dolayı mesuliyet esaslarile birleşiyor. Bu son esasların her ikisi de sosyolojik — pozitivist cereyanın neticeleridir.

Devletler umumî hukuku, modern bünyesini Hugo Grotius'un rasyonel — siyasî hukuk nazariyesine borçludur. Fakat devletler umumî hukukunun en birinci ve mühim esas kaidesi olan Pacta sunt servanda (ahıtlara riayet) prensipi, teokratik menş'e'den gelir ve aynı zamanda ahlâkî bir mevzuadır. Devletler umumî hukukunun esas mevcudiyeti bile bu mevzuanın tanınmasına bağlıdır. Tarafların ancak bu ahlâkî kaidei külliyeye riayet niyet ve kasdile yapmaları icap eden devletler umumî hukuku andlaşmalarının münderecatını tayin eden ise sosyolojik — pozitivist faktörlerdir. Bu andlaşmaların muhafazasına bakmak mevkiinde olan Milletler Cemiyeti, rasyonel — siyasî bir icaddır.

Bütün bu mülâhazatdan sonra şöyle bir şual irat olunabilir : Acaba muhtelif cereyanların tesir sahalarında bir tevazün temini ve bu suretle hukuk ve devlete insanın âzamî erişebileceği bir mükemmeliyet bahşı mümkün müdür ? Kanaatime göre evet, bu mümkündür. Eğer biz ta ilk günlerdenberi muhtevası itibarile asla değişmediği sabit olan şeklile ahlâkî yönü, son merci tanır-sak maksat hasıl olur. Bu istikamet için en yüksek dünyevî kanun,

insanın ahlâkî kanaatidir. Adaleti zamin ve kâfil olan yalnız bu kanaattir. Adaletsiz ise — Kant'a göre — insanların yer yüzünde yaşamalarının manası yoktur.

Bu bibliyografi, tamamen makalenin seyir ve tertibini takip ediyor. Makalede gözetilen sıraya uygun bir şekilde burada mevzuumuz için en ehemmiyetli eserler münferit isimler altında zikrediliyorlar :

II, 1 e ait eserler :

Homer (Miladdan takriben 800 sene evvel) : *Ilias* (Ilyada) ve *Odyssee* (Odise): Hepsinden evvel Ilyadanın 16, 385 ve sonrası karşılaştırılsın : Orada su baskınına dair bir misal, bir mecaz, bir levhai ibret var: Jubiter, İlâhların intikamından kaygusuz, hukuka aykırı hareketle cebir kullanan dinsiz ve küstah kimselere hırsıyla irası hasar etmek istediği zaman onların buldukları yere sonbaharda fırtınalarını (su yığınlarını) en şiddetli surette indirir (yağdırır).

Hesiod (milâttan 750 sene önce), *Ἔργα καὶ Ἡμέραι* (eserler ve günler). Bilhassa 248 inci ve sonraki beyitler: Hukuka aykırı hareket hiçbir zaman ilâhların gözünden kaçmaz. Jübiterin kızı olan adalet, ihlâl olduğu zaman ızdırabını babasına anlatır ve şikâyette bulunur. Sonra halk, hakimlerin kötülüğünün (kabahatinin) cezasını çeker.

Solon (doğum senesi meçhul, ölüm senesi milâttan önce 460) = *Ἡμετέρα δὲ πόλις* (Bizim şehir) adlı « Elegie » (eskiden çift beyitli lirik ve dastanî şiirlere denirdi. Şimdi hüznü verici ve hattâ bazan yine didaktik ve dastanî şiirler bu adı alıyor) sinde : Hükmedenlerin küstahlığı yalnız mesullerin şahsında mukabelesini bulmakla kalmaz, belki bütün şehiri, dolayısıyla her ferdi mahva sürükler.

Aeschylus (milattan önce 526 - 456). Bütün trajedilerindeki esas düşünce, hukuk ve adaletin ilâhlar tarafından korunması ve günahkârların (kötülük yapanların) cezalandırılmasıdır. Bilhassa "Thebin'e karşı yedi", « Agamemnon », « Choephoren », « Eumeniden » zikre değer.

Augustinus (354 - 430), *De civitas Dei* (ilâhî devlet hakkında)

Thomas von Aquino (1225 - 1274), *Summa Theologiae* (teolojinin zübdesi). *De regimine principum* (prensler hakimiyeti hakkında).

Melanchthon (1497 - 1560), *Ethicae doctrinae elementa* (ahlâkın unsurları).

Seckendorf (1626 - 1692), *Teutsche Reden* (Alman hutbeleri).

Thomasius (1655 - 1728), *Fundamenta iuris naturae et gentium* (tabii - ve devletlerarası hukukun esasları). *Institutionum iuris prudentiae divinae libri Tres* (ilâhî hukuk bilgisine giriş hususunda üç kitap).

Bodin (1530 - 1697), *Six livres de la republique* (cümhuriyetin altı kitabı).

de Maistre (1754 - 1821), *Essai sur le principe generateur des constitutions politiques* (siyasî teşekkülleri doğuran prensip üzerinde bir deneme).

Stahl (1802 - 1861), *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht* (tarihi bakımdan hukuk felsefesi)

Katoliklik (katolisizm) e dair bilhassa ;

Cathrein, *Moralphilosophie* (ahlâk felsefesi, 1899), *Recht, Naturrecht und positives Recht* (hukuk, tabii hukuk ve müsbet hukuk 1901).

Grabmann, *Die Geschichte der scholastischen methode* (skolâstik metodun tarihi 1909 - 1911). *Wesen und Grundlagen des katholischen Mystizismus* (katolik misitizizminin mahiyet ve esasları 1922).

Schilling, *Die Rechtsphilosophie bei den Kirchenvaetern* (klise aizzesine göre hukuk felsefesi = hukuk ve iktisat felsefesi arşivinde, cilt 16 s. 1 ve sonrası); *Christliche Gesellschaftslehre* (hıristiyan cemiyet ilmi nazariyesi 1929).

II , 2 ye ait eserler.

Demokritos (Demokrit, milattan önce 450 seneleri), εἰρηναίω καὶ χορῆ ἕοντα : Mümkün olanı yapmak (Diel'in Fragmente der

Vorsokratiker = Sokrattan öncekilerden parçalar; beşinci tabı, 256 ıncı parçayı karşılaştırın).

Gorgias (Gorciyas, milâttan önce 483 - 375) τὸ δέον ἐν τῷ δέοντι Tam zamanında (uygun ve münasip yerde) en doğruyu yapmak (Diel'in şimdi zikredilen eserinin 6 ıncı parçasını karşılaştırın).

Platon (Eflatun, milâttan önce 427 - 347), τὸ ἑαυτοῦ πράττειν = kendine düşeni yapmak (Politeia)

Aristoteles (Aristo, milâttan önce 384 - 322).

ἔστι δὲ δικαιοσύνη μὲν ἀρετή, δι' ἣν τὰ αὐτῶν ἕκαστοι ἔχουσι = Adalet bir haslat (fazilet) tir ki onun delâletile herkes kendine ait olanı elde eder. (Rhetorik, I, 9 la karşılaştırın).

Epikur (milâttan önce (341 - 270), συνθήκη τις ὑπὲρ τοῦ μὴ βλάπτειν ἢ βλάπτεσθαι = Adalet kimseyi ızrar ve rencide etmemek ve kimse tarafından ızrar ve rencide olunmamak hususundaki anlaşmaya istinat eder (Usener, parça 17, 78 ile karşılaştırın).

Ulpian (ölümü: milâttan sonra 228), Justitia est constansa et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi = Adalet, herkese kendi hakkını vermek hususunda sabit ve daimî ve ebedî irade (istek) dir.

Leibniz (1646 - 1716), Codex iuris gentium (devletler umumî hukuku sistemi); Juris et aequi elementa (hukuk ve nisfetin unsurları). Novei methodes discendae docendaeque iurisprudentiae (hukuku öğrenmenin ve öğretmenin yeni usulü).

Schopenhauer (1788 - 1860), Über die Grundlegung der moral (ahlâkın esasatı hakkında).

Die beiden Grundprobleme der Ethik (ahlâkın her iki esas meselesi).

II, 3 e ait eserler :

Sokrates (Sokrat milâttan önce 469 - 399), Eflatun'da: Kriton. p. 52 B ve sonrası

Hippias (Sokrat'ın muasırı) Xenophon, Memorabilia, IV, 4, 13, de

Glaukon (keza) Eflâtun, Respublica II, p. 359 A da

Lykophron (keza) Aristo, Politica III, 5, 11 de

Grotius (1583 - 1645), De iure belli ac pacis (harp ve sulh hukukuna dair).

Hobbes (1588 - 1689); *De cive* (Vatandaşlar hakkında) —
Leviathan (Dev)

Locke (1632 - 1704); Toplanmış eserleri

Rousseau (1712 - 1778), *Contrat social* (içtimai mukavele)

II, 4, a ya ait eserler :

Thrasymachos (Sokrat'ın muasırı) Eflatun, cümhuriyet 338
e, 344 e de

Kallikles (keza) Eflatun, *Gorcias* 483 B de

Nietzsche (1844 - 1904) toplanmış eserler ve bilhassa "Der
Wille zur Macht = Kudret arzusu)

Machiavelli (1469 - 1527), *Il principe* (prens)

K. L. v. Haller (1768 - 1854) - *Restauration des Staatswiss-
enschaften* (devlet ilimlerinin ıslah ve ihyası)

II, 4, b ye ait eserler :

v. Savigny (1779 - 1861), *Von Beruf unserer Zeit für Gesetz-
gebung u. Rechtswissenschaft* (Zamanımızın kanun vaz'ı ve hu-
kuk ilmi için vaziyet ve hali).

Puchta (1798 - 1846), *Cursus der Institutionen* (Enstitüyon-
lar kursu) - *Das Gewohnheitsrecht* (taamüli hukuk)

Dahn (1834 - 1910); *Die Vernunft im Recht* (hukukta akıl). *Grün-
dlinien der Rechtsphilosophie* (Hukuk felsefesinin ana hatları)

Gumplovicz (1838 - 1909); *Grundriss der Sociologie* (sosyo-
loji hulâsası), *Allgemeines Staatsrecht* (Umumî devlet hukuku) —
Geschichte der Staatstheorien (Devlet nazariyelerinin tarihi)

Pareto (1923 de ölmüştür), *Trattato de Sociologie Gene-
rale* (Umumî içtimaiyat tetesi)

Baeumler, *Maennerbund u. Wissenschaft* (insanlar cemiyeti
« topluluğu » ve ilim, 1934)

Larenz, *Rechts u. Staatsphilosophie der Gegenwart* (Hali
hazırın hukuk ve devlet felsefesi 1935)

Zur Revision der Rechtsanschauung der historischen Schule
(tarihî mektep hukuk telâkkisinin tadiline dair.. *Zeitschrift für
deutsche Kulturphilosophie* = Alman kültür felsefesi mecmu-
asında cilt I, 1935).

II, 5 e ait eserler

Krause, Abriss des Systems der Philosophie des Rechts (Hukuk felsefesi sisteminin zübde ve hulâsası). Das Urbild der Menschheit (İnsanlığın asıl şekli), System der Rechtsphilosophie (hukuk felsefesi sistemi).

Hegel (1770 - 1831), Grundlinien der Philosophie des Rechts (Hukuk felsefesinin ana hatları).

Lasson (1832 - 1919), System der Rechtsphilosophie (Hukuk felsefesi sistemi)

Binder, System der Rechtsphilosophie (Hukuk felsefesi sistemi 1937).

II, 6 ya ait eserler:

Kant (1724 - 1804), Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (örflerin metafiziğine ait esasat).

Metaphysik der Sitten (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre) örfelrin metafiziği (hukuk nazariyesinin metafizik başlangıç sebepleri).

Stammler = Die Lehre vom richtigen Recht (Hakikî ve sahih hukuk nazariyesi 1902); Theorie der Rechtswissenschaft = (Hukuk ilminin nazariyesi); Rechtsphilosophische Abhandlungen u. Vortraege (Hukuk felsefesi mübahasa ve konferansları, 1925). Lehrbuch der Rechtsphilosophie (Hukuk felsefesi ders kitabı)

Kelsen = Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Esasiye hukuku bilgisinin esas meseleleri, üçüncü tabı 1923). — Allgemeine Staatslehre (Umumî devlet nazariyesi 1925).

II, 7 ye ait eserler:

Comte (1798 - 1857), Cours de philosophie positive (müsbet felsefe takrirleri).

Systeme de politique positive (müsbet politika sistemi).

Littré (1801 - 1881) Fragments de philosophie positiviste (Pozitivist felsefeden parçaları).

Etudes sur les progrès du positivisme (pozitivizmin terakisi hakkında etütler).

Mill (1806 - 1873), Utilitarismus (menfaatçilik) . Principles of Political Economy (iktisadın prensipleri).

Spencer (1820 - 1904) Principles of Sociology (sosyoloji prensipleri). Principles of Morality (ahlâkiyet prensipi) .

Morselli, Elemante di sociologia generale (umumî içtimaiyat unsurları 1898).

Jhering (1818 - 1892), Der Kampf ums Recht (hukuk uğrunda savaş). Der Zweck im Recht (hukukta gaye).

Yazan :

Dr. RICHARD HONIG

Hukuk başlangıcı, tarihi ve felsefesi
Ordinaryüs Profesörü

Türkçeye çeviren :

Dr. Yavuz Abadan

Hukuk başlangıcı, tarihi ve
felsefesi Doçenti