
TABIİ HUKUK ve POZİTİF HUKUK

Hukukî pozitivizm, tabii hukuka karşı duymakta olduğu nefrette ısrar ile her zamankinden daha şiddetle mücadeleye devam ediyor. Uzlaşmak istemeden, mevcut ve réel hukuk olarak ancak pozitif hukuku, yani devlet tarafından kaleme alınan ve müeyyidesi konan hukuku, tanıyor. Hukuk ilminin mevzuunu teşkil eden yalnız odur, onun haricinde kalan hukuk, hukuk ilmi bakımından keenlemyekûn ve gayri varit telâkki edilmelidir, diyor. Maamafih artık bugün, hukukî pozitivizmin uzun zaman ihtilâfsız bir şekilde hüküm sürdüğü bir memleket olan Almanyada bile, kuvvetli tenkitlere ve hücumlara maruz kaldığı görülmektedir.

Son zamanlarda, Almanyada (Neo - kantisme) 'in ve bilhassa Stammier'in tesisiile âdeta tabii hukukun bir (renaissance) ine şahit oluyoruz. Artık, hukukî pozitivizm, eskiden olduğu gibi, içtinabı gayri kabil bir nâs olarak telâkki edilmemeğe başlanmıştır. Hattâ, «Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer» in Münster, 1926 dördüncü içtimaında, Erich Kaufmann: «Der Staat und Gesetz stehen unter dem Recht, das Gesetz ist nicht die einzige Erscheinungsform des Recht.» demiştir.

Fakat vaziyet bu merkezde olmakla beraber, hukukî pozitivizm, tabii hukuka karşı açmış olduğu mücadelede devam etmiş, ancak tabii hukuk doktrininde husule gelen tahavvülâta

göre, hukuki pozitivizm de görüş zaviyesinde değişiklikler yapmak mecburiyetinde kalmıştır. Hukuki pozitivizmin tabii hukuka karşı, bugün almış olduğu cephe ilk önceler almış olduğu cepheden bambaşkadır.

Evvelâ, (objektif akıl, yani Allah) gibi fevkatabii esaslara ve yahut (beşerin fitri imtiyazlarına müstenit endividüalist temeller) gibi asli ve sabit esaslara, istinat ederek, umumî ve lâyetegayyer olduğunu iddia eden bir tabii hukuk müvacehesinde bulunan, hukuki pozitivizm, tarihi mektebin elde ettiği neticelerden istifade ederek, lâyetegayyerlik ve umumîlik iddiasında bulunan bu tabii hukuk telâkkisini cerh etmişti. Fakat bu sefer de, bilhassa tarihciliğin ve felsefi pozitivizmin tesiri altında kalan bazı tabii hukuk taraftarları fevkatabii ve ferdiyetçi esasları bir tarafa bırakarak, tabii hukuka sosyal bir esas verdiler ve sosyal vâkıaları tabii hukuka objektif temel olarak ittihaz ettiler.

Artık bu telâkkiye göre, hukuk, zaman ve mekânla tahavvül eden bir hukuk şeklini almış bulunuyordu [1].

Bu vaziyet karşısında, hukuki pozitivizm, tabii hukuka karşı kullanmakta olduğu hücum tarzını değiştirmek mecburiyetinde kaldı. Bu itibarla, siyasi ve tarihi noktai nazarını terk ile sırf (dogmatique) bir noktai nazara bağlanan hukuki pozitivizm, tabii hukukun ister endividüalist, ister sosyal olsun, her şekilde mücadeleye imkân bulmuş oldu [2].

Artık bu noktai nazara göre, hukuki pozitivizmin en kuv-

[1] V. E. Tartarin - Tarnheyden, *Rechts positivismus und modern Naturrecht in ihrer methodologischen Berechtigung* (Zeitsch. für öff. Recht, B. VIII, 1927, S. 22).

Tabii hukuk tabiri; ilk tarzı telâkkisi olan sabit ve lâyetegayyer bir hukuk, veya XVIII inci asrın siyasi felsefesinin yarattığı endividüalist hukuk mefhumlarına inhisar ettirilmemelidir. Kelimenin manası, insan şuuruna objektif bir şekilde çarpan her nevi hukuku kavriyacak derecede genişletilmelidir. Böylece sosyal hukuk, tabii hukuk kategorisine pekâlâ girer. Zira, o da, insan şuuruna içtimai vakıalar vasıtasile arz olunmaktadır.

[2] Tabii hukukun (dogmatique) tenkidi hakkında en esaslî eser şudur: Bergbohm, *Zurisprudenz und Rechtsphilosophie*, T. I. Leipzig 1892.

Müellif, tabii hukukun pozitif hukuk yanında mevki almasının çifte bir imkânsızlık meydana getirdiğini, isbat etmek istiyor. Evvelâ, iki hukuk arasında ademî tevafuk vardır. Zira her ikisinin aynı zamanda mevcudiyeti

vetli iddiasını, tabii hukukla pozitif hukukun birlikte mevcudiyetlerinin, hukuki sahada, mantıkan kabulüne imkân görülemiyen, bir ikilik meydana getirmiş olması teşkil etmektedir [3]. Pozitif hukukun yanı başında tabii hukuku kabul etmek, ayrı ve yek diğerine müvazi, başka başka iki hukuk sistemi kabul etmektir. Çünkü mevzu ve gayelerinin aynı olması itibarile bu iki düstur sisteminin her ikisi de hukukilik vasfını haizdir.

Halbuki ademi tenakuz (non - contradiction) prensipine göre, mantığın bu ikiliği kabul etmesine imkân yoktur. Zira bu iki düstur sisteminin mevzu ve gayeleri birdir. Yani her ikisi de insanların hattı hareketini hukukan tanzim etmektedir. Şu halde muayyen bir mes'ele hakkında bu iki sistem yek diğerine zid düsturları ihtiva edebilir, ve böylelikle biri tarafından vazedilmiş olan olması gerek [a] (Sollen) (le devoir être), diğeri tarafından vazedilmiş olan olması gereğın aksi olabilir. Bu suretle aynı hukuki düsturu, biri diğerinin inkârı demek olan iki şekilde, tanımış oluruz.

Ademi tenakuz (non, contradiction) prensipine göre ise bir şeyin aynı zamanda vücud ve ademi vücud ifade etmesini tasavvur etmek imkânsızdır, denilmektedir.

Bu iddialar, inkâr edilmeyecek derecede kuvvetlidir.

Şayet positif hukukun yanında, tabii hukuka da yer ver-

hukuki nizamda şayanı kabul olmıyan bir ikilik husule getirmektedir (Sahife 367). Ayrıca, tabii hukuk esasen bizatihi şayanı kabul değildir. Zira onda hukukun esaslı unsurları mevcut değildir (Sahife 408).

Aynı terkit Kelsen tarafından yeni bir kuvvet ve kudretle ileri sürülmektedir.

Kelsen, Die Idee des Naturrechtes, Zeitschr. für öff. Recht, T. VII, 1928, Sahife 221 — Naturrecht und positives Recht, Revue internationale de la theorie du droit T. II, 1927-28; sahife 71.

[3] Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Tübingen, 2 Aufl, 1928, Sahife 26. — Naturrecht und positives Recht op. cit. sahife 72 — Des rapports de système entre le droit interne et le droit international public Cours de l'academie de droit international, T. 14, 1926.

[a] Profesör Dr. Honig in Hukuk Felsefesi kitabını Türkçeye çeviren Dr. Yavuz (Sollen) kelimesine Türkçe karşılık olarak (olması gerek) tabirini kullanmıştır. Ayrıca (Sein) e karşılık olarak ta (olan) kelimesini kullanmaktadır. Aynı tabirleri biz de muhafaza edeceğiz.

mek, hukukta, iddia edilen bu ikiliği meydana getiriyorsa, tabii hukukun iflâsını kabul etmek icap eder. Ancak bu ikiliğin hakikati halde mevcut olup olmadığı; hukukta elzem olan (monisme)'in temini için yegâne çare pozitif hukukun tekbaşına kabulünde mi olduğu, ve nihayet matlûp olan (monisme)'e tabii ve pozitif hukukun bir arada mevcudiyetlerine rağmen erişmenin mümkün olup olmadığı, caisual olur. Binaenaleyh bu iki hukukun, hakikaten yekdiğerinden farklı ve ayrı iki hukukî sistem mi vücade getirdiğini, yoksa, tabii hukuk ve pozitif hukuk diye yapılan tefrikin, tek ve aynı hukukun iki görünüşünü, iki vâsını mı ifade ettiğini, araştırmak lâzımdır. Ancak bu surettedir ki ikiliği bir (monism)'e irca etmek mümkün olacak ve ortada, bir tek hukukî sistem kalacaktır. Fakat bu düsturlar mahiyetleri bakımından ayniyet ifade etmelerine rağmen ayrı ayrı evsaf arzedebilirler. Bu şartlar içindedir ki, tabii hukukun iadei itibar etmesi, ve aynı zamanda da hukuktaki (monisme)'i muhafaza etmek mümkün olacak, ve böylece hukukî pozitivizm, tekçiliğin yegâne şartı olmaktan çıkmış bulunacaktır.

Fakat bu neticeye vâsıl olabilmek için, hukukun mevzuiyeti, (positivité) si, mefhumunun tekrar gözden geçirilmesi icap eder. Zira, işbu mevzuiyetin muayyen bir tarzda telâkki edilmesidir ki, mevcudiyeti iddia edilen bu ikiliği meydana getirmiştir. Tabii hukukla pozitif hukuk arasında telif edilmez bir ikilik meydana gelmesine sebebiyet veren bu tarzı telâkkidir. Yekdiğerinden farklı ve ayrı iki hukuk sisteminin vücade gelmesine sebebiyet veren de, yine odur. Bu ikiliği ortadan kaldırmak için tabii hukuka değil, fakat pozitif hukuka teveccüh etmek ve hukukun mevzuiyet mefhumunu tadil etmek icap eder. Zira, nazari bakımdan, tabii hukukun mevzuiyet (positivité) mefhumu yanlış değil doğrudur. Halbuki buna mukabil, hukukî pozitivizmin, pozitif hukuka izafe ettiği mevzuiyet mefhumu ise kabili tenkittir.

I

Pozitivizm, tabii hukuk taraftarlarını, hukuk âlemine ikilik sokmakla itham ederken; bu ikiliğin bilhassa her iki hukukî sistemin, yekdiğerine gayrikabil irca birer kaynak ve esasî haliz

olmalarından neş'et ettiğini [4], ve binaenaleyh mevzu ve gayeleri itibarile aynıyet ifade etmekle beraber, tabii hukukla, pozitif hukukun birbirinden ayrı ve farklı iki hukuki sistem teşkil etmekte olduklarını iddia etmektedir.

Tabii hukukun kaynak ve esası, eşyanın tabiatında ve muhtevasının adaletinde bulunmaktadır. Tabii hukukun esasını teşkil eden, eşyanın bu tabiatı ise, ya tabiatı beşerde ve ona bağlı bulunan imtiyazlarda, yahut tamamiyle maafevkattabil, akli veya (emprico-rationnel) unsurlarda, ve yahut pozitivistlerin (b) anladıkları gibi içtimai münasebetlerde bulunur. Hulâsaten, insan şuuruna kendini arzedem ve tabii hukuk düsturu - nun muhtevasını teşkil eden, objektif evsafı haiz bir muta (donné) mevcuttur. Bu suretle vücade gelen düstur eşyanın tabiatına uygun geldiği içindir ki doğru, âdil, telâkki olunur.

Düsturun emrini (imperatif) ini, vücade getiren unsur, muhtevasının adaletidir. Düstur âdil olduğu için hüküm ifade etmekte ve kıymeti (geltung) bulunmakta, yani emri (imperative) olmaktadır. Diğer taraftan muhtevası, düsturun esasını teşkil eden eşyanın tabiatına uygun düştüğü için de, âdil telâkki edilmektedir.

Pozitif hukukun ise bambaşka bir esas ve kaynağı vardır. Bu düsturlar insana objektif bir şekilde arz olunmuş olmayıp, insanlar tarafından vazedilmiş, sun'î bir şekilde yaratılmış bulunmaktadır. Muhtevaları insanın dilediğini ihtiva etmektedir. Bundan başka, bunların düstur kıymetini haiz olmaları, âdil olmalarından mütevellit olmayıp, sadece onları vazetmek selâhiyetini haiz makam tarafından vaz olunmuş olmalarından ileri gelmektedir. Adalet fikri bu düsturlara, hiç olmazsa hukuki nizamı teşkil etmeleri bakımından, tamamiyle yabancıdır. Şayet adalet fikri mevzuu bahsedilecek olsa bile, ancak (méta-juridique) bir unsur olarak telâkki edilebilecek, ve bu takdirde pozitif hukuk düsturları hukuk ilmi çerçevesi haricinde kalacaktır.

[4] Keslen, Die Idee des Naturrechts ap. at. sahife 224 — ID. Naturrecht und positives Recht op. cit. sahife 71 — Duguit Droit Constitutionnel 3 cü ed. I, sahife 86.

[b] Burada müellifin pozitivist ismi altında topladığı hukukçuları, tabii hukuku inkâr eden pozitivistlerle karıştırmamalıdır.

Hukuk ilmi bakımından, düsturların kıymeti muhtevalarına bağlı olmayıp, onları vücade getiren beşeri (facteur)'e bağlıdır. Muhtevaları ne olursa olsun düsturlar ancak işbu (facteur) sayesinde hüküm ifade eder.

Salâhiyettar bir makam tarafından yapılan positif hukuk hiç bir vakit gayrihak, (non - droit) olamaz. Nihayet denilebilir ki, positif hukuk düsturu, emri, bakımından olduğu kadar, muhtevası bakımından da insan mahsulü, insan eseridir.

Şu halde bu telâkki tarzına göre tabii hukukun esası tamamiyle maddî olduğu halde, positif hukukunki ise sırf şekildir.

Demek oluyor ki, hakikati halde birbirinden tamamiyle ayrı ve yekdiğerine gayrikabili irca iki hukuk sistemi mevcuttur. Diğer cihetten bu iki sistemin ayrı kaynakları bulunduğu için, herhalde yekdiğerine zıd düsturlar ihtiva edebilecekleri tebarüz etmektedir. İnsanın sun'î bir tarzda yarattığı hukukun, ona tabii bir şekilde gelen hukukla mutlaka tevafuk etmesi için ortada hiç bir sebep yoktur. Hulâsaten, tenakuz ve onun bütün netayici bir hakikattir ve bu vaziyetin hukukun mevzuiyetinin tarzı telâkkisinden meydana geldiği de aşıkârdır.

Binaenaleyh, mevzuiyet mefhumu ele alınarak, positif hukuk yanında, tabii hukukun da muhafazasını mümkün kılacak bir şekilde değiştirilmesile, hukukî pozitivizm'e dökülmeden, hukukî (monisme)'e avdet etmeğe imkân bulunup bulunmadığını araştırmak icap edecektir.

Hakikati halde hukukun mevzuiyet mefhumununun değiştirilebileceğini, hattâ değiştirilmesi lâzım geldiğini isbat etmek mümkündür, çünkü bu telâkki hukuk mefhumile gayrikabili telifdir. Hukukun mevzuiyeti, şekli bakımdan tavsif edilmek istenilince mantıkî bir imkânsızlıkla karşılaşmaktadır. Hukuka kıymet veren, onun hüküm ifade etmesini temin eden kaynak ancak maddî olabilir. Zira bu münakaşanın arkasında, hukukun iradî bir menşei mi, yoksa objektif bir menşei mi olduğu, yani insan iradesinin mahsulü mü, yoksa onun haricinde ve kendini şuur ve iradeye zaruri olarak kabul ettiren unsurlardan mi meydana geldiği, meselesi gizlenmekte -

dir [5]. Hukukun, mevzuîyetinin şekli olduğu düşüncesi, ister istemez iradi hukuk telâkkisinin kabulünü icap ettirir. Hukuku, emri, ve muhtevası bakımından sırf insanın vücutta getirdiği bir eser olarak telâkki etmek, onu yapmağa salâhiyetli bulunan kimselerin yalnız akli değil, fakat aynı zamanda iradi bir fiilin mahsulü olduğunu dahi kabul etmek demektir. Çünkü bu takdirde düsturu vücutta getiren keyfiyet, ancak onu vaz edenlerin, düstura diledikleri gibi bir muhteva vermiş olmaları ve bu muhtevanın da düstur kıymetini, yani emri haiz olmasını arzu etmiş bulunmalarıdır. Bu tarzı telâkkiye göre düsturun muhteva ve emrinin mevcudiyeti, insan iradesi tarafından dilenilmiş olmasından neşet etmektedir. Fakat kanaatimizce, hukuku irade mahsulü olarak kabul etmeğe imkân yoktur. Şayet bu imkânsızlık isbat olunacak olursa, pozitif hukukun şekli noktai

[5] Hukukun menşei hakkında dermeyan edilebilecek yegâne iki tarzı telâkki şu mevzuu bahsettiklerimizdir. Esasen Jellinek bunu görmüş ve: Hukuk ya mevcudatın objektif mahiyeti üzerine müesses, insanlardan ayrı bir kuvvettir ve yahut ferdin içinde husule gelen subjektif bir tezahürdür, demıştır. (V. Jellinek, Allgemeine Staatslehre 3. Aufl. 1914, p. 332).

Kelsen'nin normativizmi, hukukun iradiliğini reddeder gibi görünüyor. Fakat hakikatte, hukukun menşei meselesini bir derece daha geriletmekten başka bir şey yapmış olmuyor ve mesele de halledilmeden kalıyor. Kelsen, hukuki düsturların irade mahsulü mü olduğunu, yoksa tabiatî beşer veya içtimai münasebetler gibi objektif vâkıalardan mı meydana geldiğini tetkik etmek istemiyor. Bu mesele sosyolojiyle alakadar edip hukuk ilmi haricinde kalmalıdır, diyor. Bu ilimde, hukuk ancak düsturi unsurlarla tavsif edilebilir. Binaenaleyh düsturların, biri diğeri tarafından vücutta getirildiği farz olunmalıdır. Her düstur, kendinden daha üstün bir düsturdan gelmekte ve kıymetini almaktadır. Bu istidlâl iki şekilde yapılır: Statique oir şekilde; şayet madun düsturun muhtevası mafevk düsturun muhtevasının mantiki bir neticesi ise Dynamique bir şekilde; şayet madun düstur mafevk düsturun verdiği bir salâhiyetten neş'et etmiş ise (Kelsen, Allgemeine Staatslehre, p 248 et o. — ID. Naturrecht und positives Recht, op. cit. p. 72).

Bu iki tarikle hukukun teşekkül tarzının menşei ve hareket noktasını teşkil eden yüksek esasî (fondementale) bir düstura erişilir. Kelsen bu menşe düsturuna hukuk ilmi bakımından farzî bir mevcudiyet izafe etmektedir.

Hukuk ilmi bu ilk düsturun menşei aramakla mükellef değildir. Bu onun sahai faaliyeti haricindedir diyen Kelsen hukukun menşei meselesini böylelikle bertaraf etmektedir. Zira bunu tamamiyle halletmiş olmak için menşe düsturunun da menşei aramak icap ederdi.

nazardan tetkik edilemeyeceği, ve hukukun mevzuîyeti telâkkiye de başka bir veçhe vermek icap edeceği, meydana çıkarılmış olacaktır. Bu imkânsızlığın isbatı mümkündür, ve ancak bu suretledir ki hukuki pozitivizmin, tabii hukukla pozitif hukukun bir arada mevcudiyetlerinde, gördüğü ikiliği, her ikisinin de bir arada mevcudiyetlerine rağmen, (monisme)'e irca etmek kabil olacaktır.

II

Hukuki düstur iradî olamaz, yani hukuki düsturun kaynağı insan iradesinde bulunamaz. Bu keyfiyet tekmil hukuki düsturlar, yani hem pozitif düsturlar, hem de tabii düsturlar hakkında caridir. Söylediklerimiz her çeşit düstur için bilhassa ahlakî düsturlar için doğrudur. Ancak bu hususta düsturun muhtevası, emrini, tefrik etmek lâzımdır. Muhtevanın irade tarafından tayin edilmiş olduğunu iddia etmekte mantıklı bir mahzur yoktur. Muhtevanın, iradenin dilediği şeyleri ihtiva ettiğini iddia etmek mümkündür. Bu tarzı telâkki ancak pratik müşküller meydana çıkarır. Halbuki emrin, irade tarafından vazedilmiş olması meselesinde ise mantıklı mahzurlara tesadüf olunur. Birinci şekilde mesele farzî (hypothétique), ikinci şekilde ise kat'î (catégorique) bir sureti hal bulacaktır.

İnsan iradesinin, harici bir varlık tarafından kendisine arz olunmuş olmaksızın, bir düsturun muhtevasını tayin edebilmesi mümkündür. Bir düsturun muhtevası insanın herhangi bir faaliyetinin fomülüdür. Düstur bu faaliyetin ne şekilde olacağını tarif eder. Akıl bu faaliyet tarzını tasavvur edebilir, irade de tasavvur edilen bu faaliyet tarzının, düsturun muhtevası olmasını dileyebilir. İradenin bu faaliyeti mantıkan pekâlâ mümkündür. Fakat, düsturun muhtevasının iradî olması ise, amelî noktai nazardan tenkitlere maruzdur. Zira bu takdirde düsturun hazırlanışında keyfî harekete yol açılmış olur. Çünkü, şayet düsturun muhtevasını harici herhangi bir (facteur) ün tesirinden uzak irade tayin ediyorsa, bunu dilediği gibi serbestçe yapabileceği aşikârdır. Arzu ettiği muhtevayı kabul edecek, ve bu suretle kararlaştırmış olduğu her şey, düstur olacaktır. Düstur, onu yapanın bizzarure müşahede etmek mecburiyetinde olduğu şey değil, fakat filen dilediği şey olacak, ve binaenaleyh ancak iradî bir mevcudiyeti haiz olan

düşturun muhtevası da, tamamile keyfi mahiyette olacaktır.

Burada tekrar mevzuu bahsolan mes'ele, ta Orta çağdan-beri (nominaliste)'lerle (réaliste)'leri karşı karşıya koyan (autoritaire) ahlâk ile (rationelle) ahlâk arasındaki meşhur mücadeleden başka bir şey değildir [6].

Acaba, ahlâkın muhtevası ilahî vazii kanun için bile bir muta mıdır, yoksa ancak onun iradesinin bir mahsulü müdür. Yani vazii kanunun keyfi olarak tayin ettiği ve dilediği her şey ahlâk kaidesi midir. Mantıkî bakımdan her iki iddia da mutasavverdir. Fakat, amelî bakımdan ve bilhassa haiz olduğu keyfi karakter dolayısıyla, (autoritaire) ahlâk filiyat sahasında, gerek filozoflar [7] tarafından, gerek ilâhiyatçılar [8] tarafından reddedilmiştir. Reddedilmiştir, çünkü keyfi ahlâk ve neticeten farzî (hypothétique), bir sureti hallin kabulü hoş görülmemiştir.

Hukuk sahasına avdet edecek olursak, burada da iradilik telâkkisinin mantıkî mânilere tesadüf etmediğini, fakat buna mukabil pratik imkânsızlıklarla karşılaştığını görürüz. Evvelâ (autoritaire) objektif bir hukukun, yani, hukukî hiç bir tahdide tesadüf etmeksizin, muhtevası vazii kanun tarafından tayin edilmiş olan bir hukukun, mantıkan tasavvuru pekâlâ mümkün olabileceği gibi, diğer cihetten, ferdî hukukî fiillerin meydana getirdiği bir hukukun da, serbestçe ve ancak objektif hukukun tesbit etmiş olduğu hudutlar dahilinde vücûde gelebileceğini kabul etmekte de hiç bir mahzur yoktur. Başka bir tabir ile, vazii kanunun tahdit edilmemiş, ve aynı zamanda iradesinin de serbest bırakılmış olması mümkündür. Bu hal suretlerini kabul etmek, bunların aksini kabul etmekten daha mantıksız değildir. Bu sureti hal ancak pratik bakımdan şayanı tenkittir. Zira bu takdirde vzli kanunun tahdit edilmemiş ve iradesinin serbest bırakılmış olmasının neticesinde meydana gelecek hukukî düşturun, haiz olacağı keyfilik vasfı, iradî hukuk telâkkisinin kabulünü im-

[6] V. de Lagarde, Recherches sur l'esprit politique de la Reforme Th. Dr. Paris 1926, p. 29.

[7] Malapert, leçons de Philosophie 2 vol. Paris9. edit. 1855, T. II, p. 9.

[8] Lahr, Cours le Philosophie 2 vol. Paris 24. edit. 1923, T. II, p. 44.

kânsız kılacaktır. Keyfi bir hukuk arzu edilmediği içindir ki; hukuki düsturun muhtevasının vazii kanun tarafından yaratılmış olmadığına ve, insana kendini arzeden bir mahiyeti bulunduğu, hükmetmek icap edecektir.

Binaenaleyh, düsturun muhtevası bakımından gayri iradilik tezi farzî yani (hypothétique), ve düsturun ihtiva ettiği emir bakımından ise kat'î, yani (categorique), bir şekil arz etmektedir.

Emrin, vücade getirilmesinde, yani düsturun kıymeti haiz bulunmasında ise, iradenin yaratıcı bir rol oynadığını mantıkan kabul etmek mümkün değildir. Bu itibarla mes'eleye ancak kat'î yani (categorique) bir sureti hal bulmak icap etmektedir.

Evvelâ düsturun ihtiva ettiği emrin, bir irade tarafından yaratılmış olduğunu iddia edebilmek için, bu iradenin kumanda eden bir irade, ve neticeten düsturun hitap ettiği iradelere nazaran üstünlüğü haiz olan, bir irade olduğunu kabul etmek icap eder. Bedihidir ki bir iradenin başka iradelere kendini zaruri olarak kabul ettirebilmesi (imposer) edebilmesi için, o iradenin diğerlerine nazaran doğuştan, veya sonradan iktisap edilmiş bir üstünlüğü haiz olması icap etmektedir. Bu iddiaya ise; Duguit [9] gibi bazı kimseler cevap vermişler, şe bütün insan iradelerinin mahiyet itibarile yekdiğerine müsavi bulunmaları itibarile, böyle bir üstünlüğün şayani kabul olamayacağını ileri sürmüşlerdir. Üstünlük ancak, insan iradesinin muta'al (transcendente) bir irade olan ilâhî iradenin zeyli, veya mümessili olması hallerinde mevzuu bahsolabilir.

Hauriou [10] gibi bazı kimseler ise, bu irade üstünlüğünün akli (rationel), herhangi bir tenkidi kıymetsiz bir hale koyacak, tecrübe mahsulü bir varlığı bulunduğunu iddia ederler. Bu tarzı telâkki, kanaatimizce çürüktür. Zira vakıâları hukuka tahvil etmek iddiasını güttüğü için mantiki bakımından pek doğru telâkki edilemez.

Üstün iradelerin mevcudiyeti kabul olunsa bile, bu hususta serdedilen tenkitler tamamile bertaraf edilmiş olmaz. Şayet emri, yaratan iradenin üstünlüğü ise, bu keyfiyet ancak yaratıcı iradenin, emrine itaat eden iradelerden, bir başkalık arz etmesi-

[9] Duguit, Droit Const. Paris 3, edit 1927, T. I, p. 218.

[10] Hauriou Droit Const. Paris 1923. p. 170.

le mümkün olur. Düstura itaat eden (sujet) ler düsturun emrini yaratamazlar. Çünkü insanın kendi kendisine emirler vermesi bir tezahtır. Halbuki (democratique) rejimlerde vaziyet bu merkezde görünmektedir. Zira nazari olarak pozitif hukuk düsturu, ve emri, düsturun sujet'lerinin bir tezahürüdür. Bundan dolayıdır ki; hem hukukun irade mahsulü olması telâkkisini muhafaza, ve hem de aynı zamanda tezahtı bertaraf edebilmek için, pozitif hukukun yapıcısıyla, (sujet) leri arasında bir ikilik vücutte getirilmiş, millet veya devlet, teşahhus ettirilmiştir.

Fakat, irade üstünlüğünün celbettiği bütün itirazlar bertaraf edilse bile, iradenin, emir yaratabilmesi keyfiyeti, yine münaziünfi kalır. Zira iradenin bizatihi bir düsturun emrini yaratabilecek bir kudrette olup olmadığı suali irat edilebilir. Çünkü haddizatında irade fiilen, ancak (olan), (être), sahasında ve onun tahakkuku için faaliyette bulunabilir. Ancak bir (olan) (être) vücutte getirebilir. Binaenaleyh, düsturlar müvacehesinde bulunan irade, ancak onların tahakkukunu isteyebilir. Düsturun, olması gereğini (devoir être) ini (olan)a (être)e tahvil edebilir. Bu faaliyeti esnasında irade kendi sahası dahilindedir. Olması gerek fiili dileyebilir. Fakat bu fiilin olması gereğini (devoir être) ini, yani o hükmü ihtiva eden düsturun emrini vazedemez. Zira bu takdirde kendi sahasını tecavüz etmiş, ve olması gerek (devoir être) sahasına girmiş olur. Emir ancak iradenin haricinde bir mevcudiyeti haiz olabilir. Zira iradeyi tahdit edecek unsur odur. Emrin, delâletle dileyebilen irade, aynı zamanda emri yaratamaz. Binaenaleyh bizatihi, emir, iradeden çıkar demek şe'niyetle tenakuza düşmektir.

Şu halde hukuk iradî bir kaynaktan gelmez: Bu keyfiyet hukukun emri bakımından kat'i ve muhtevası bakımından da farzi bir imkânsızlıkla karşılaşır. Kat'iyetle denilebilir ki, bir düsturun emri, irade mahsulü değildir. Muhtevasına gelince (normativisme autoritaire)'i kabul etmek şartile irade mahsulü olabileceği kabul olunabilir.

Binaenaleyh, iradî bir menşe kabul eden, ve yahut buna müncer olan herhangi bir pozitif hukuk telâkkisi bertaraf edilmelidir. Çünkü hukukun muhtevası değilse bile emri muhak-

kak objektif bir menşee, neticeten tabii hukukla aynı mahiyette bir menşee muhtaçtır.

Bu itibarla iradiliğin müdafaa ettiği pozitivite mefhumu buna göre tadil edilmelidir.

İşte böylelikle, pozitif hukuku da tabii hukukla aynı objektif kaynağa bağlamak imkânı, ve binaenaleyh iddia olunan ikiliğin yerine (monisme)'i ikame etmek ve bu suretle de tek bir hukuk sistemine kavuşmak imkânı hasıl olur. Bu suretle tabii hukukla pozitif hukuk arasındaki ayrılık ta, mevcut yegâne hukukun haiz olabileceği iki vasıftan ileri gelmiş olur. Pozitivite hukukun mahiyetini değiştirmeksizin ona ilâve olunan bir vasıftan ibarettir. Tabii ve pozitif şekillerile hukuk, yine aynıyetini muhafaza edecektir.

İşte şimdi izahına çalışacağımız (moniste) telâkkiye göre hukukun bünyesi bundan ibarettir.

III

Tabii hukukun gerek muhteva bakımından, gerek emir bakımından, objektif bir menşeden geldiğine itiraz olunmamaktadır. Ancak tabii hukukun yaratıcı âmilini teşkil eden objektif unsurun mahiyeti etrafında münakaşa edilmektedir. XVIII inci asrın ferdiyetçiliği bu âmili, beşerin fıtrî imtiyazlarında, ve bundan mütevellit fıtrî ferdi haklarda buldu. Daha sonraları pozitif sosyoloji bu âmilin içtimai münasebetlerde bulunduğunu iddia etti. İşte Duguit'nin eserinde en esaslı noktalardan birini de, bu tabii ve içtimai hukuk (doctrine)'inin açık bir tarzda meydana konmuş olması teşkil eder [11]. Halbuki Hauriou gibi bazı kimseler ferdiyetçi görüşlerle,

[11] Duguit, Droit Const 3, cđit Ch. I. Duguit'nin muarızları hukuka ithal etmiş olduğu farzedilen yeniliklerden gürültülü bir şekilde bahsediyorlar. Onlara göre an'anevi Fransız doktrinleri onun tarafından zirüzeber edilmiştir. Duguit'nin uzun zamanlardanberi esaslı ve elzem telâkki edilen bazı mefhumlara hücum etmiş olduğu doğrudur. Bilfarz subjektif hukuk ve manevi şahsiyet gibi mefhumlar onun hücumlarına maruz kaldı. Ancak Duguit'nin mühim bir noktada, hukukun menşei meselesinde, an'anevi doktrinlerimize sadık kalmış olduğu unutuluyor veya unutulmak isteniliyor: Bilhassa Carré de Malberg. (Theorię générale de l'Etat 2 vol, Paris 1920-22); Ripert (La régle morale dans les obligations civiles Paris 1935) gibi kimseler istisna edilecek olursa, Alman hukukcularından farklı olarak Fransız hukukcularının ekserisi hukuki pozitivizme gitmediler ve pozitif hukukun

içtimai görüşlerin bir halitasını vücade getirmek istediler [12]. Nihayet son zamanlarda beşeri objektif kıymetler nazariyesine dayanan, mahz içtimai bir hukuk doktrini kurmağa da çalışıldı [13].

Bu doktrinlerin münakaşa zemini burası değildir. Bu araştırmada bizi alâkadar eden nokta bu doktrinlerin hepsine müşterek bulunan vasıfları tebarüz ettirmektedir.

üstünde ve ona hâkim olan başka bir hukuk sisteminin, tabii hukuk fikrinin bulunduğunu iddia ettiler.

Duguit ise bu telâkkiyi muhafaza etmiştir. Hukuki pozitivizmi kabul etmiyerek (bütün gayretinin merkezi sıkleti buradadır) hukukun, devlet tarafından mevzuîyet verilmezden önce mevcut olduğunu iddia etmiştir. Hukuk muhtevası emri (imperatif)'i ile beraber objektif bir vâkıa olarak insana gelmektedir. Hukukun objektif varlığı fikri ise tabii hukuk doktrininin esas noktasıdır. Felsefede pozitivist olan Duguit'nin, hukukun ferdiyeci veya métaphysique esaslarını kabul etmediği de doğrudur. Onların yerine Duguit sosyal bir esas ikame etmekte ve Hukukun içtimai münasebetlerden neş'et ettiğini iddia etmektedir. Fakat buna rağmen Duguit Fransız tabii hukuk fikrine sadık kalmıştır. Hattâ Geny (Science et technique 4 vol Paris 1914 - 24 T. II. p. 351) ve Le Fur. (Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique. Revue du droit public 1927) gibi tabii hukuku, positif hukukun ilham aldığı bir kaç prensipe inhisar ettirenlerden, bu hukuka çok daha fazla sadık kalmıştır. Bu noktayı farketmekte Alman doktrini gecikmemiş, ve Duguit'nin de bir tabii hukuk taraftarı olduğunu iddia ederek kendinden bu noktada ayrılmış olduğunu ileri sürmüştür. Bu mes'ele hakkında Kurz'un (Die Rechts- und Staatslehre Leon Duguits) adlı bu mecmuanın 1926 - 1927 nüshalarında intişar etmiş makalesine müracaat ediniz. Sahife 140 ve 204.

[2] Hauriou Droit Constetutionnel p. 42.

[13] R. Bonnard L'origine de l'ordonnancement juridique («Melanges Hauriou» Paris 1928. T. I.).

Bu etüdde hukuka objektif bir menşe verilmektedir. Ayrıca, bilhassa bu objektif menşe sayesinde, hukuki nizamla diğer nizamlar ve hususile ahlâki nizam müvacehesinde bir muhtariyet verilmeğe çalışılmıştır. Bu suretle artık hukukun (héteronome) vasfı ortadan kalkacak, yani hukuk kaideleri önce ahlâki ve iktisadi vasıfları haiz bulunup bilâhare hukukilik vasfını ihraz etmiş telâkki edilmeyecektir. Hukukun istiklâli telâkkisine göre; hukuki düsturun doğumu, kendinden önce mevcut ve başka (nature)'de düsturların mevcudiyetine bağlı bulunmayıp arıdır. Bu suretle ahlâkla hukukun tevafuku, ahlâkın üstünlüğü ve önce mevcut olmasından ileri gelmekte, ancak hukukla ahlâkın köklerinde bulunan ideal gayetlerden, (finalités ideales) den husule gelmektedir.

Tabii hukukun muhtelif şekilleri arasındaki müşterek vasıf, bu hukukun daima objektif bir kaynaktan gelmiş telâkki edilmesindedir. Yani ferdin haricinde mevcut, ve ona kendisini kabul ettiren bir hukuk olmasındadır. Bu hukukun düsturi muhtevası ve kıymeti objektif bir kaynaktan neş'et etmekte ve insan şuuruna hazırlanmış bir halde arzolanmaktadır.

Pozitif hukuka gelince, iradî menşe bertaraf edildikten, ve yegâne mümkün menşe olarak objektif kaynak kabul olunduktan sonra, onun tabii hukukla aynı menşei haiz olmasına hiç bir mâni kalmaz. Onun da, yani pozitif hukukun da, gerek muhtevasını, gerekse emrini, ya beşeri imtiyazlardan veya içtimai vakâîlardan ve yahut ta beşeri kıymetlerden almış olduğunu farzetmek mümkündür. Böylelikle, tabii hukukla pozitif hukukun menşeleri birleşince, hukuktaki ikiliğin yerine (monisme) in kaim olmasına imkân hasıl olmuş olacaktır. Bu takdirde artık iki hukuki sistemin mevcudiyeti mevzuu bahsolamaz, zira hukuki düsturların tek bir kaynağı mevcuttur ve bundan dolayı da ortada tek bir sistem vardır.

Şu halde tabii hukuka nazaran pozitif hukuk nedir? Bir ikilik meydana getirmeksizin her iki hukukun da bir arada mevcudiyetlerini muhafaza etmeğe nasıl imkân bulunacaktır? Buna, pozitif hukukun tabii hukuka ilâve olunan bir vasıf sayesinde meydana geldiğini isbat etmekle imkân bulunmuş olacaktır. Hukukun pozitivitesi, hukukun mahiyetini tebdil etmeksizin ona ilâve olunan bir vasıf dan başka bir şey değildir [13 a].

[13 a] Duguit hukukun pozitivitesile meşgul olmamıştır. Zira ona hususî bir ehemmiyet atfetmemektedir. Duguit'ye göre hukuk kaidesi, ferdi şuurlar küttlesi tarafından kavranır kavranmaz, tam olarak mevcuttur.

Örf ve kanun ona bir şey ilâve etmeksizin ancak onu müşahede eder. Yalnız müellifin düşüncelerini yanlış bir surette tefsir ve fikirlerini tecavüz etmeden denilebilir ki; hukukun pozitivitesi kanun ve örf ile vücade gelmektedir. Binaenaleyh, bu sonuncularda, hukuk kaidesinin müşahede şekilleri oldukları için hukukun pozitivitesinin hukuk kaidesinin bazı müşahede tarzlarından meydana geldiği neticesine varılır. Şu halde pozitive şekli bir mefhum olarak kendini gösterir; ve tezahür ettiği şekiller sayesinde tavsif olunur. Halbuki bu görüş tarzı itmam edilmek icap eder. Daha derine giderek pozitivitenin maddesini meydana çıkarmak lâzımdır. Maddî bir tarzı telâkkiye erişilmelidir. Bu araştırma esnasında pozitiviteyi tayin etmek üzere hukukun bizzat iktisap ettiği bazı vasıfları meydana koymak icap etmiştir.

Pozitivitenin bu tarzda telâkki edilişi, esasını, hukukun kıymeti ile, müessiriyet kabiliyetinin, yani (efficience) sinin, ayırd edilmesinde bulmaktadır.

Şayet hukuki düsturun muhtevasını tayin eden objektif unsurlar aynı zamanda emrini de vücade getirmiş bulunursa, yani, düsturun mevzuu bahsettiği faaliyet tarzının, olması gereğini (devoir être) ini, de tayin ediyorsa, hukuki düsturun kıymeti vardır. Düstur hüküm ifade etmektedir. Düsturun kıymetini vücade getiren şey onun emridir. Düsturun tesbit ettiği faaliyet yani olması gerek, emir, halinde ise düstur hüküm ifade eder ve düsturi kıymeti haliz bulunur. Kıymet (valeur) düsturun esasını teşkil eder. Onsuz düsturun mevcudiyeti mevzu bahsolmaz. Fakat bndan başka, vücutları muhakkak elzem olmamakla beraber, düstura başka vasıflar da inzimam edebilir. Düstur müessiriyet (efficacité) yi ve (réalité) yi haliz olabilir. Düstur filen itaate mazhar olduğu zaman müessirdir. Düsturun, olması gereği, olana tahavvül ettiği, yani tesbit ettiği fiil olması gerek halinden, olan haline inkılâp ettiği anda tahakkuk etmiş (réalisé) olmuş olur.

Düsturun muhakkak müessir olmuş, ve tahakkuk etmiş olması icap etmez. Zira düsturun (olması gerek) halindeki hükümü, mutlak bir (olan)'a inkılâp etmiyebilir. Esasen insan iradelerine, onları tahdit etmek üzere hitap eden düstur, bu iradelerin yegâne tahdit edici (facteur)'ü değildir. Düstur ismini verdiğimiz (facteur) zit (facteur)'lerle mücadele halindedir [14]. Binaenaleyh neticeten düstura itaat edilmemiş ve düsturun da tahakkuk etmemiş olabilmesi ihtimal dahilindedir. Fakat bu keyfiyet hiç bir veçhile düsturun kıymetine (valeur)'ine, tesir icra etmez. Bu suretle düsturlar, mutlak surette olması icap eden bir şeyi ifade eden ve bu şey tahakkuk etmediği takdirde tekml kıymetini kaybeden, tabiat kanunlarından, tefrik edilmiş olur.

Ancak, kıymeti bulunan bir düsturun, müessiriyet (efficacité) ve (réalité) den önce, başka bir vasfı da bulunması mümkündür. Bu vasıf müessiriyet kabiliyeti (éfficience) dir.

[14] Düsturların ihlâli keyfiyetinin muayyeniyetci (deterministe) bakımdan izahı budur. İrade serbestisi nazariyesine göre ise, bu ihlâl keyfiyeti ferdin düstur tarafından tesbit edilmiş fiil, ile onuru aksini yapmak hususunda serbest telâkki edilmesinden meydana gelmektedir.

Düstur, hitap etmekte olduğu kimseler, yani (sujet) leri tarafından itaati mucip olarak telâkki edildiği anda, müessiriyet kabiliyetini haizdir. Müessiriyet kabiliyeti, müessiriyet, (efficacité) ve (réalité) ile karıştırılmamalıdır. Müessiriyet olsun, (réalité) olsun, filî vaziyetlerden meydana gelmektedir. Düstura filen itaat edilmiş, ve muhtevası da filen tahakkuk etmiştir. Müessiriyet kabiliyeti (efficience) ise, düsturun hitap ettiği kimselerin bir tasavvurundan ibarettir. Düstura itaat edilmesi icap ettiğini bunlar tasavvur ederler. İşte bu tasavvur keyfiyettir ki, ancak kıymeti bulunan bir düsturdan, müessiriyet kabiliyeti olan (efficiente) bir düstur meydana getirir. Müessiriyet kabiliyetinin, ve müessiriyetin fıkdanı, bir düsturun kıymetine halel getirmez. Müessiriyet kabiliyeti bulunmayan bir düstur pekâlâ kıymetli bir düstur olarak kalabilir. Zira düstura itaat icap ettiği fikri, zihinlerde uyanmamış olmasına rağmen, düsturun neş'et ettiği objektif vakıalar, onun kıymetini muhafaza etmeğe kifayet edecektir. Düsturların kıymetlerinin vücade geliş hâdisesi, müessiriyet kabiliyetini vücade getiren tasavvur hâdisesile, hiç bir alâka arz etmez. Nihayet, düsturların, yekdiğerlerine mantıkan bağlı olması icap eden, bir silsile dahilinde bir kaç safhadan geçmekte olduğu kabul olunabilir. Evvelâ, muhtevası emir, halinde tezahür edince, düstur sadece hüküm ifade eder, kıymeti haiz bulunur. Kıymeti olan düstur bilâhara, hitap ettiği kimseler tarafından itaati mucip olarak tasavvur edilince, müessiriyet kabiliyetini ihraz eder. Nihayet böylece müessiriyet kabiliyetini haiz bulunan düstur da, filen itaate mazhar olunca ve olması gereği, (olana) tahavvül edince, (müessir) olmuş ve (tahakkuk) etmiş olur.

Artık mes'ele, düsturun geçirmiş olduğu bu tekâmül sırasında pozitivitenin işgal ettiği mevkiî tayin etmektedir. Acaba hukukî düstura ne vakit pozitif düstur ismi verilebilecektir? Pozitif hukukun, henüz tecavüz edilmedikce, tabii hukuk sahasında bulunulduğuna delâlet eden, teşekkül noktası acaba nerededir?

Hukukun pozitivitesi, onun müessiriyet kabiliyetinde mündemiçtir. Pozitif hukuk düsturu müessiriyet kabiliyeti olan hukuk düsturudur. Fakat müessiriyet kabiliyetinin bazı evsafı haiz olması şarttır. Düsturun haiz olabileceği her çeşit müessiriyet

kabiliyeti onun pozitivitesini tesis için kâfi değildir. Bir düstura pozitif hukuk düsturu diyebilmek için, müessiriyet kabiliyetinin, düsturun hitap etmekte olduğu kimselerin büyük bir kütlesine şamil olması icap etmektedir. Şu halde, bir düstura itaat edilmesi lâzım geldiği tasavvuru, ferdi şuurların en büyük kütlesinde vücut bulduğu zaman, hukuki düstur (pozitiflik) vasfını haiz olur. Şayet bu tasavvur keyfiyeti birkaç kişiye inhisar etmekte, ve meselâ, mümtaz bir mütefekkir zümresine, filozoflara, münhasır kalmakta ise pozitive husule gelmiş sayılamaz. Fakat bununla beraber işbu tasavvur keyfiyetinin mutlak ve tam bir surette taammüm etmiş olmasına da lüzum yoktur. Bilfarz bazı kimselerin muarız olması pozitiveye halel getirmez. Ancak bu muarızların oldukça mahdut bir akliyet teşkil etmeleri icap eder.

Bu şerait tahtında, hukukun, henüz pozitif hukuk olmazdan önceki hali, tabii hukuk olacaktır. Şu halde tabii hukuk; ancak kıymeti olan, fakat henüz müessiriyet kabiliyeti bulunmayan düsturlarla, pozitiveyi haiz telâkki edilemeyecek derece müessiriyet kabiliyeti tahdit edilmiş olan düsturları, ihtiva edecektir. Binaenaleyh, hukuk, müessiriyet kabiliyetini haiz bulunmadığı sıralarda, hiç kimse tarafından itaati mecburi olarak tasavvur edilemeyeceği cihetle, bir (ideologie)'den ibaret kalacak, fakat buna rağmen objektif bir şekilde, kıymeti olan bir hukuk olarak, mevcut bulunacaktır. Zira tabii hukukun kıymeti, objektif vakıâların mahsulü bulunması itibarile, ferdi şuurlardaki tasavvur keyfiyeti ile alâkasız bulunmaktadır. Seçme bir zümre, kıymeti bulunan bir hukuka itaat etmek icap ettiğini şuurlarında tahakkuk ettirdikleri anda, hukuk sırf bir ideologie olmaktan çıkar. Fakat henüz bu düstur ancak bir tabii hukuk düsturudur. Şayet bu sırada bu düstura itaat edilmesi icap ettiği tasavvuru, taammüm edecek olursa, işbu düstur tabii hukuk halinden, pozitif hukuk haline geçer [15]. Nihayet pozitif hukuk

[15] Ferdi şuurlar kütlesinin, hukukun teşekkülünde bir rol oynadığı fikri umumiyetle kabul olunmuştur. Ancak bu rolün mahiyeti hakkında ittifak yoktur. Bilfarz Duguit'ye göre, ferdi şuurların müdahalesi bizatihi hukukun menşindedir. Hukuku onlar yaratmaz. Çünkü düstur muhteva ve emir ile onların müdahalesinden evvel mevcuttur. Ancak bu düstur, içtimal bir düstur olup hukukilik vasfını henüz almamıştır. Orta hukukilik vasfını veren işte ferdi şuurların onu kavraması keyfiyettir. Ferdi şu-

da yekdiğerini takip eden iki hal arzeder. Teammül halile yazılı hal. Teammül hukukile yazılı hukuk pozitif hukukun iki halini teşkil etmektedir. İşte objektif hukukun tahassülünün takip etmiş olduğu seyir bundan ibarettir.

Binaenaleyh bu tarzı telâkkiye göre, tabii hukuk, bazan iddia olunduğu gibi olması icap eden hukuk (das Sollen des Sollenden) vasfını haiz değildir. Tabii hukuk, pozitif hukukun hiç bir vakit tamamile benziyemeyeceği, erişemeyeceği, fakat daima yaklaşmak istediği ideal bir hukuk telâkki edilemez. Bizim anladığımız tabii hukuk, olan hukuktur. (das Sein des Sollenden) yegâne olan ve olabilen hukuktur. Ancak bir tek hukuki nizam vardır: O da bazı objektif unsurların tayin ettiği nizamdır. Bu hukuk evvelâ tabii hukuk halindedir. Cevherini değiştirmeksizin pozitiviteyi iktisap edecek olan hukuk, işte budur. (İdeal)'e en uygun vaziyet, hukukun teşekkül eder etmez (positivite'yi iktisap etmesidir. Hukuk teşekkül eder etmez, hemen ferdi şuurlar kütlesinde, ona itaat icap ettiği tasavvuru belirmeliydi. Bir düstur, düstur kıymetini alır almaz, pozitif olmalıydı. Fakat insanın yanılabilmesi yüzünden fiiliyatta daima böyle olmuyor. İnsanlar müessiriyet kabiliyeti bulunan düsturların, tahakkukunu dileyebilecekleri gibi, düsturun hakiki kıymeti hakkında hataya da düşebilecekler ve yahut ta onun hüküm ifade ettiğini inkâr etmemekle beraber, onu itaati mecburi olarak telâkki etmekten imtina edebileceklerdir. Fakat bütün bu saydığımız haller hukukun marazlarını (pathologie)'sini teşkil etmektedir.

urlar, düsturun içtimaen tanzim edilmiş bir müeyyidesi bulunması lâzım geldiğini, anladıkları anda içtimal düstur hukuki bir düstur olacaktır. (Duguit Droit Const. 3 cüt cd. I, p. 92).

Burada müdafaa edilen pozitivite mefhumuna yakın bir görüş tarzı da (L'illicite. I. L'imperatif juridique Th. Dr. Paris 1928) adlı eserde René Capitan tarafından ileri sürülmüştür.

Müellifin pozitivite'yi, düstura itaat edilme keyfiyetinde bulduğu zan-nolunmaktadır. Ancak düsturun müessiriyet kabiliyetile, (efficience) ile, müessiriyeti (efficacité) si arasındaki farkı iyice görmediği için, müellif pozitivitenin düstura itaat edilmesi icap ettiği keyfiyetinin tasavvurunda mı, yoksa bilfiil itaat edilmiş olmasından mı, bulunduğunu tasrih etmiyor. Bu hususta eserde bir mübhemiyeğe göze çarpmaktadır. Sahife 116, 122 ve 129 a bakınız.

IV

Hukukun izah edilen, bu moniste telâkki tarzı, bazı neticelerin de aydınlanabilmesi için bir takım mütemmim mütalealara daha muhtaçtır. Cari olan (doctrine) de hukukun pozitivitesi devlete bağlanmaktadır: Pozitif hukuk, devlet tarafından (formulé) edilmiş ve müeyyidesi konmuş olan, hukuktur. Zira pozitif hukuk insan eseridir. Fakat hukuk içtimalî bir kudretten sadır olmalıdır. Siyasî cemiyetlerin bugünkü nizamına göre, bu kudret devletin kudretidir. Şu halde bütün pozitif hukuk, yazılı hukuka inhisar etmektedir. Halbuki bu görüş tarzı hukukî teammül mes'elesinin hallinde müşküllerle karşılaşmaktadır. Buna mukabil, pozitivite'yi içtimalî bir (auto-rite)'nin müdahalesi haricinde, hukukun geçirebileceği basit bir safha olarak telâkki etmekle mes'ele kolayca halledilmektedir.

Teammül mes'elesi şu şekilde karşımıza çıkar. Teammüli düsturlar yalnız hukukî düstur değil, aynı zamanda pozitif hukuk düsturudur.

Böyle olmakla beraber devletin müdahalesi olmaksızın teşekkül etmektedirler: Teammüli düsturu, örf ve âdet halinde, nisbeten uzunca bir müddet, ona tâbi olmayı kabul eden, kimseler, (sujet) ler, meydana getirirler.

Şu halde hukukî (pozitivizm) taraftarlarınca teammülün, nasıl olup ta hukuk telâkki edilebileceğini caisual olur. Zira hukukî pozitivizm ancak pozitif hukuku, hukuk olarak kabul etmektedir. Pozitif hukuksa, ancak devlet tarafından (formulé) edilen ve müeyyidelenen hukuktur. Halbuki cari olan pozitivite telâkkisini kabul eden tabii hukuk taraftarları için ise, teammülün pekâlâ hukuk olarak kabul edilmesine hiç bir mani bulunmadığı aşikârdır. Fakat teammülü ne şekilde pozitif hukuk addettikleri iyice anlaşılmamakta, ve teammülün, onlar nazarında olsa olsa tabii hukuk telâkki edilebileceği neticesine varılmaktadır.

Bu güçlükleri yenebilmek, ve teammül hukukunun, haki katen hukuk, ve pozitif hukuk olduğunu isbat edebilmek için,

bir çok nazariyeler meydana getirildi [16]. Mamafih müdafaa edilen bu nazariyelerin hiç biri tamamilen kanaatbahş değildir.

Evvelâ, teammülü, vazii kanunun zimnen kabul ettiği bir kanun farzeden (Romano-Canonique) nazariyeyi ele alalım. Bu nazariyeye göre teammül bir nevi zimni pozitif hukuktur. Fakat bu şekli izah pek müspet değildir. Zira devlet teammülü kabul etmekten ziyade ona boyun eğmektedir. Esasen filiyatta bu nazariyenin varmak istediği gaye, devlete, pozitif kanun vasıtasile, teammülü değiştirmek hakkının tanınmasından ibarettir.

Teamülü bir (judge made law.) telâkki eden (Anglo-Saxone) nazariye ise, mes'eleyi daha iyi izah etmektedir. Fakat o da nazari bir itiraza maruz kalmaktadır.

Şöyle ki; tabii ahvalde hâkim hukuk yaratmaz. Hususi bir hal müvacehesinde hukuku müşahede eder. Hâkimin müdahalesi için, evvelce mevcut bir hukuka ihtiyaç vardır. Şu halde teammülün teşekkülü, hâkimin müdahalesine tekaddüm etmektedir.

Hakikati halde, cari olan pozitivite telâkkisile, teammülü hukuk mes'elesi gayrikabili haldir. Fakat şayet bunun aksine olarak pozitivite'yi, müessiriyet kabiliyeti (efficiency) dediğimiz hukukun hususi bir hali olarak kabul edecek olursak, teammülü hukuku, pozitif hukuk olarak kabul etmemek için ortada hiç bir sebep kalmaz. Malûm olduğu veçhile, pozitif düstur fertler kütlesi tarafından itaati mucip telâkki edilen düsturdur.

Esasen teammülün, çokluk (collectivité) vasıtasile teşekkülünde müşahede edilen hâdise ise, izah etmiş olduğumuz hâdisenin aynidir. Zira, teammül, düsturun müessiriyet kabiliyetinden meydana gelmiş olmakla beraber, bilfiil düstura itaat edildiği için var olmuş değildir. Onu var eden keyfiyet, fertler kütlesinin, ona itaat icap ettiğini tasavvur etmeleridir. Şu halde teammül de pozitif hukuktur. Zira bu hukukun vasfı mümeyyizini söylediğimiz hâdise teşkil etmektedir. Şu halde teammül, henüz yazılı hukuk, yani devlet tarafından (formulé) edilmiş

[16] Lambert; La fonction du droit civil comparé Paris 1902 T. I. p.11. Valette, Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel, Th. Dr. Lyon 1907.

pozitif hukuk şeklini almazdan önce, pozitif hukukun geçirmiş olduğu normal bir haldir. Teammüli şekil, pozitif hukukun, yazılı hukuk olmazdan evvel geçirdiği normal bir merhaledir. Bununla beraber (Anglo-Saxon) devletler istisna edilecek olursa, (Yazılı hukuk devleti) ismi verilen, asrımızın bilûmum devletlerinde, teammül istisnaen pozitif hukuk olarak kabul olunmaktadır. Şu halde bu vaziyet teammülün, hukukun teşekkülünde normal bir merhale teşkil etmekte olduğu iddiasile nasıl telif edilebilecektir, Yazılı hukuk sisteminin, hukuku, tabii hukuk halinden, hiç bir istihale geçirmesine lüzum olmadan, yazılı, pozitif hukuk haline geçirdiği zannolunur. Böylelikle de pozitif hukukun, ancak devletin (formulé) ettiği hukuktan ibaret olduğu zehabına kapılır. Fakat burada mevzuu bahsolan mes'ele, devlet teşkilâtında üstün tanınan bir iktidardan başka bir şey olmadığı meydana konunca, iddia kendiliğinden sukut eder.

Yazılı hukuk sistemile, teammüli hukuk sistemi arasındaki fark, ancak, hâkimin teammülü nazarı itibara alıp almamak hususunda, mezun bırakılmış olup olmamasında kendini gösterir. Teammüli hukuk sisteminde, hâkim teammülü nazarı itibara alabildiği halde, yazılı hukuk sisteminde alamaz. Fakat bu keyfiyet teammüli hukukun mevcudiyetine hâlel getirmez. Zira Devlet tarafından (formulé) edilmemiş olmakla beraber, bir düstura itaat icap etmekte olduğu umumiyetle kabul olunmuş bulununca sırf hâkimin bu düsturu nazarı itibara alamamış olması, müessiriyet kabiliyeti hâdisesinin meydana gelmiş olmasına mâni olamayacağı cihetle, teammülün de pozitif hukuk olduğunu kabul etmek icap edecektir.

Ancak bu hukuk nazariye halinde kalır: Fertler bu hukuku itaati mucip telâkki etmekle beraber, hâkimin nazarı itibara almayacağını da bildikleri için tahakkuk ettirmeğe mecbur olmayacaklardır. Pozitif hukukun, tabii hukuka, tâbi olması icap ettiği mes'elesi, moniste telâkki sayesinde kolay bir sureti hal bulmuş olmasına mukabil, (dualiste) telâkkide hüküm süren pozitivite mefhumu yüzünden mesele eksik bir surette izah edilmiş oluyor. Halbuki tabii hukuk taraftarları için meselenin büyük ehemmiyeti vardır; zira takip ettikleri gaye; devleti, vazii kanunu, hukuki bir şekilde tahdit etmektir. Bu tahdit ise, hususile tabii hukukun üstünlüğüne istinat ettirilmektedir.

Şayet, tabii hukukla pozitif hukuk, kaynaklarının başka başka olmasından dolayı, yekdiğerinden ayrı iki hukuki sistem vücade getiriyorlarsa, birinin diğere nazaran üstün olması anlaşılır bir keyfiyet değildir. Her birinin kıymeti, kuvvet aldıkları ayrı kaynaklarla alâkadardır. Her birinin kıymeti diğeri müvacehesinde istiklâli haizdir; biri, diğeri tarafından tahdit edilemez.

Buna mukabil, şayet, pozitif hukukun, müessiriyet kabiliyeti dediğimiz, bir vasfın ilâvesile, meydana gelmiş tabii hukuktan başka bir şey olmadığı iddia olunacak olursa, bu iki hukuk arasında mevcut olabilecek münasebet, kolaylıkla anlaşılır. Pozitif hukuk bilmeceburiye tabii hukuka tâbi olacaktır. Zira muhtevası, tabii hukukun muhtevasından başka bir şey olmadığı gibi, mahiyeti de aynı hukukun değişik vasıflar iktisap etmiş olmasından ibarettir. Şu halde pozitive, ancak, esasen kıymeti bulunan, bir düstura yani tabii hukuk düsturu vasfını haiz bulunan bir düstura, bağlanabilir.

V

Pozitif hukukun yanibaşında tabii hukukun da tanınmış olmasile, bir ikiliğin meydana gelmesine sebebiyet veren, işbu pozitive mefhumunun, yalnız pozitif hukukun menşe ve kaynağından neş'et etmediği, bunlardan başka unsurların da pozitiveyi tavsif ettiği iddia ediliyor. Bu suretle tabii hukuk, ve pozitif hukuk ikiliğinin de, tezayüt etmekte olduğu da ayrıca ilâve olunuyor. Fakat bu iddialara rağmen; ya pozitive unsuru olarak ileri sürülen unsurların, mevcudiyetleri şüpheli bulunuyor, ve yahut ta, mevcudiyetleri kabul olunsa bile, hukuki sistemde, düsturların menşelerine istinat ettirilen pozitive mefhumunun, husule getirdiğine müşabih, bir ikilik vücade getirmediği görülmüyor.

Evvelâ müeyyideli bir hukuk olmıyan tabii hukukun, müeyyidesi bulunan pozitif hukuktan ayrıldığı iddia olundu [17]. Tabii hukuk objektif akıldan meydana geldiği için, mantık kaideleri gibi bedihidir. İster fertlerden, ister içtimai vakıılardan

[17] Kelsen, Die idee des Naturrechts op. cit. p. 225.

istihraç edilmiş olsun, lüzumlu olduğu için aynı bedahati ona tanımak gerektir. Şu halde tahakkuk edebilmesi için hiç bir cebre ihtiyac yoktur. Hatta denilebilir ki, cebrin müdahalesi tahakkukuna zararlı bile olabilir. Buna mukabil insan (autorité) sinin keyfi bir mahsulü olan pozitif hukukta ise, aynı bedahat yoktur. İnsanlar, onun, tesbit ettiği tarzdan başka türlü hareket edebilirler. Bizatihi (automatique) bir şekilde tahakkukunu temin edecek bir kudrete malik olmadığı içindir ki, bu tahakkuku temin maksadile cebre dayanan, bir müeyyideye ihtiyac hasıl olmuştur. Şu halde cebir, pozitif hukukun esaslı unsurlardan biridir. Diğer cihetten, bu cebrini yalnız (psychologique) bir cebir şeklinde değil, fakat bazı şartlar altında, bir insanın diğer bir insana haricen yapabileceği, maddi bir cebir şeklinde anlaşılması lâzım gelmektedir. Binaenaleyh bu cebir keyfiyetinin de tanzim edilmesi icap ettiğinden, pozitif hukukun vasfı mümeyyizi yalnız hattı hareket kaidesi (formulé) etmesinde değil, aynı zamanda ona bağlanan (cebir düsturunu da) vazetmesindedir.

Şu halde tabii hukukun aksine olarak, pozitif hukuk, münhasıran bir cebir nizamından ibarettir. (Vwasegsordnung). Demek oluyor ki, hukuk, müeyyide bakımından yekdiğerinden ayrı iki kaide sistemi, iki nizam ihtiva etmektedir.

Her şeyden önce bu iddiaya; tabii hukukun, mahiyeti itibarile müeyyedelenemiyen bir hukuk olarak telâkki edilmesinin doğru olmayacağı ileri sürülmek suretile cevap verilebilir. Tabii hukukun da, müeyyideli bir hukuk olabilmesine, hiç bir mâni yoktur. Zira, objektif menşesine rağmen tabii hukukta, herkese kendini bilmeceburiye kabul ettiren, herkes tarafından itaate mazhar olmasını temin eden, bedahat mevcut değildir. Burada düsturun müessiriyet kabiliyeti ile müessiriyeti, birbirine karıştırılmaktadır. Olabilir ki tabii hukuk düsturunun bedaheti - şayet bedahet mevcut ise - ona itaat lâzım geldiği tasavvurunu yaratabilir. Fakat bu keyfiyet, muhakkak, ona filen itaati temin eder denilemez. Tabii hukuk ta, pozitif hukuk gibi tahakkuk sahasında aynı mânilere tesadüf edebilir. Şu halde şayet tahakkuku için, müeyyide bu sonuncuya (yani pozitif hukuka) lüzumlu ise, diğerine de aynı şekilde lüzumludur.

Bu böyle olmakla beraber, nazariyatta tabii hukukun

müeyyideli bir hukuk olmasına mâni yoksa da, filiyatta tabii hukukun müeyyidesi yoktur; pozitif hukuk müeyyideli yegâne hukuktur. Fakat bu fark, hukukta bir sistem ikiliği meydana getirilmesini, tabii hukukla pozitif hukukun ayrı iki hukuki sistem olarak yekdiğeri karşısına dikilmesini icap ettirmez. Çünkü müeyyide, hukuki düsturun haricinde kalan, ve onun cevherini teşkil etmiyen bir unsurdur. Tabii hukuk için olduğu kadar pozitif hukuk için de bu böyledir. Tabii hukuk düsturu, kıymeti haiz olduğu esnadan itibaren mevcuttur. Düsturlı kıymeti, yani ihtiva ettiği emir, onu meydana getirmeğe kâfidir. Pozitif hukuk düsturuna gelince, müessiriyet kabiliyeti husule gelir gelmez mevcudiyet ifade etmektedir. Bu düsturun pozitif mahiyeti ona itaat edilmesi icap ettiği tasavvurundan ibarettir. Bu itibarla, müeyyide pozitifitenin inşai bir unsuru olmayıp, ancak pozitif hukukun müessiriyet ve tahakkuku sırasında mevzuu bahsolmaktadır. Müeyyide, düstura bilfiil itaat edilmesini temin edecek ve (olması gereğın), (olan)'a tehavvül etmesine, yardım edecektir. Hattâ daha ileri giderek, bu sahada faydalı bir rol oynamasına rağmen, denilebilir ki; müeyyide bir lâzımı gayrimüfarık olarak telâkki edilemez. Zira, düstura itaat edilmesi icap ettiği tasavvurunu, kuvvetle duyan kimseler üzerinde, düstura riayet ettirerek, tahakkukunu temin etmek hususunda, müeyyide hiç bir rol aynamamaktadır. Düsturun tahakkuku için, bu tasavvur keyfiyeti ekser ahvalde yalnız başına kıfayet etmektedir.

Bir çok kimselerin, ceza kanununun bazı hükümlerine itaat etmesi giyotin veya zindan korkusundan bambaşka sebeplerden neş'et etmektedir. Pozitif hukukla tabii hukuk arasında mevcut olan diğer bir farkın da, hususile pozitif hukukun yegâne müeyyideli hukuk olarak telâkki edilmesi itibarile, pozitif hukuk düsturlarının farzî (hypothétique) ve buna mukabil, tabii hukuk düsturlarının ise kat'î (catégorique) olmalarında, bulunduğu iddia edilmiştir. Tabii hukuk sadece:

Şunu yap demekle iktifa eder. Pozitif hukuk ise:

Şunu yapmazsan, müeyyide olarak şu netice husule gelecektir, der.

Halbuki, iki hukuk arasında yapılmak istenilen bu tefrik de mevcut değildir; Fakat, farzî (hypothétique) düstur mefhumunun yanlış anlaşılmasından neş'et etmektedir. Bir düsturun

farzî (hypothétique) oluşu, bir müeyyidenin mevcudiyetine bağlı olmayıp ancak, düsturun takip ettiği gayenin ihtiyarı bir vasıf arzemesine bağlıdır. Herhangi bir faaliyet, daima, fiil vasıtasile elde edilecek bir neticenin tahakkuku için yapılır. Bu onun gayesidir, (finalité) sidir. Demek oluyor ki bu faaliyeti tanzim eden düstur, işbu gayenin tahakkukunu hedef ittihaz etmektedir. Şu halde bu gaye ihtiyarı olursa düstur (hypothétique), mecburî olursa (catégorique) olacaktır: Hypothétique düsturun (formule'ü: Şayet filân neticenin husule gelmesini istersen, şunu yap, bu neticeyi isteyip istememekte serbestsin; şeklindedir.

Artık şu söylediklerimizden sonra, pozitif hukuku tabii hukuktan, emrin mahiyetle tefrik etmeğe imkân olmayacağı kolayca anlaşılır. Hukuk pozitif olsun, tabii olsun daima (objet) ye maliktir. Bu (objet) ise insan faaliyetlerini muayyen bir tarzda tanzim etmekten ibarettir. Binaenaleyh, hukukun gayesi, insan faaliyetlerini bazı neticelere doğru tevcih etmektir. Bu neticelerin tabiatları birdir. Zira her iki şıkta da mevzuu bahsolan hukuki vasfı haiz düsturlardır. Neticeler de aynı olduğundan, şayet bu neticelerin tahakkuku, biri için mecburî telâkki edilirse, diğeri için de mecburî, biri için ihtiyarı farzedilirse, diğeri için de ihtiyarı olacaktır. Binaenaleyh, hukukî gaiyet (finalité), her zaman ya ihtiyarı ya mecburîdir. Şu halde, tabii hukuk kat'î (catégorique) dir, halbuki pozitif hukuk farzîdir (hypothétique) dir, denemez. Şayet tabii hukuk catégorique ise pozitif hukuk ta öyledir.

Nihayet daha cür'etkârane bir iddiada da bulunuldu, ve pozitif hukuk yegâne düsturi hukuktur, dendi; [18] ve yalnız onun düsturlar ihtiva ettiği, yani bir olması gerek ifade ettiği ileri sürüldü. Buna mukabil tabii hukukun düsturi olmadığı, bir olması gerek ifade edeceği yerde, bir mutlak oluş (münsen) ifade ettiği ilâve olundu. Her kaide, bir hâdise ile, onun neticesi arasında bir münasebet tesis eder. Tabiat kanununun, vasfı mümeyyizi, ifade ettiği münasebetin, bir illiyet münasebeti olmasındadır. Halbuki tabiat kanunundan ayrılan, düsturun ifade etmekte olduğu münasebet ise, bir gereklilik (devoir) münasebetidir. İlliyet münasebeti tabiat muayyeniyetci-

[18] Kelsen, Die Idee des Naturrechts op. cit. p. 228.

liğinin bir neticesi olarak, hâdise ile netice arasında mutlak bir oluş (Münsen), ifade ettiği halde, gereklik münasebeti, evveliyatla netice arasında bir olması gerek ifade eder. Binaenaleyh, mademki tabii hukuk düsturunun tesis ettiği münasebet objektif menşe dolayısıyla, bedaheti sayesinde kendini bil-mecburiye kabul ettirmektedir; ve madem ki onun tahakkuku için harici bir cebir lüzumsuzdur, ve nihayet madem ki münasebetin tahakkuku dahili bir lüzumdan mütevellittir; demek oluyor ki, bir illi zaruret (necessité causale) müvacehesinde bulunulmaktadır. Burada bir olması gerek değil, fakat tabiat kanununda olduğu, gibi bir (mutlak oluş) mevzuu bahistir. Binaenaleyh tabii hukuk kaidesi bir düstur değildir; tabii hukukta düsturlü vasıf yoktur, dendi.

İrat edilen edille yeknazarda oldukça kuvvetli gibi görünürse de, hakikati halde hiç te öyle değildir. İleri sürülen delâil, tabii hukukun ahkâmındaki bedahat dolayısıyla, tahakkukunun mecburi olması icap edeceği, keyfiyetine istinat et-hatin mevcut olduğu kabul edilse bile, muhakkak surette düsturun tahakkukunu iltizam edeceği iddia olunamaz. Beşeri mektedir. Halbuki, önce de izah edilmiş olduğu veçhile bedafaaliyet, ne tabii hukuk, ne de pozitif hukukun, zaruri bir ifadesi değildir. Her iki şıkta da insan, düsturun tesbit ettiği tarz haricinde hareket edebilecek kudrette, şuurlu ve iradeli bir mahlûktur. Şu halde tabii hukuk kaideleri de, insan için bir mutlak oluş değil, fakat bir olması gerek ifade etmekte olduklarından birer düsturdurlar.

Tercüme eden :

MEHMET ALİ AYBAR

Esas teşkilât hukuku asistanı

Yazan :

ROGER BONNARD

Bordo Üniversitesi idare
Hukuku Profesörü