

## OBJEKTİF HUKUK KAİDESİ İÇİN YENİ BİR ÖLÇÜ

Objektif bir hukuk kaidesi var mıdır? Onu ahlâksal ve daha başka kaidelerden ayırd edebilmek için elimizde bir ölçü, bir kriteriyom mevcut mudur? Bir cümle ile hukuk kaidesini nasıl tarif etmelidir ki hukukta takip edebileceğimiz yolu iyi seçebilelim?

İlk bakışta hukuk kaidesini "bir cemiyet üyelerinin takip etmeği diledikleri bir hareket tarzı kaidesi,,<sup>1)</sup> olarak görebiliriz. O halde hukuk kaidesi ictimai bir hadisedir. Sözün dar manası ile "ilim,,dir.

Bir başka bakımdan, ilmi "teknik, sanat,, şeklinde anlayan geniş manası ile, hukuk kaidesini, ahlâksal kıymetler köşesinden görmek mümkündür. Yani onu, elde etmeğe imkân verdiği gayelere göre bir vasıta ve bizzat bir gaye olarak göz önünde bulundurmak, bu yüzden ona bir değer biçmek kabildir. İşte bu muhtelif görüş tarzlarıdır ki hukuku başka başka şekillerde anlamağa sebep olmuş ve bir çok münakaşalara yol açan gidişlere, okul ayrılışlarına meydan vermiştir.

### I

Birinci okul 1789 devriminin ferdçi ülkülerine dayanır. Bu okulun ortaya attığı genel hukuk nazariyesi bilgi için bir ileri atılış

<sup>1)</sup> Adrien C. Corbu, *Essai sur la notion de règle de droit en droit international*, A. Pedone, Paris 1935, s. 67.

değil fakat bir (action) harekettir. Gerçeklikleri ne tarif ne de izah eder <sup>2)</sup>. Yalnız farazidir. Elde edilmesi istenilen bir sosyal nizamın kurulmasına hizmet etmiştir. Hem ferd serbestisinin teminine, hem de Devlet otoritesinin kuvvetlendirilmesine, hiç olmazsa teorik bakımdan, çok yaramıştır. Anlayışımızı tatmine çalışan formüller şeklinde, bu okul hukukcu ve filozoflarının öne sürdükleri nazariyelerin doğru olmalarına zaten lüzum yoktur. "Her şey olduktan sonra,, bilfiil *var* olan bir hukuk nizamını hukuk tekniğine kolay gelen görüşlerle izaha çalışmakta ne fenalık vardır? Ferdlere boyun eğdiren, isteklerini onlara zorla kabul ettiren bir Devlet iradesi mevcuttur. Bu böyledir ve bunu böylece kabul etmek lâzımdır. Demek oluyor ki hukuk kaidesinin temeli kuvvettir. Hukuk kaidesi doğrudan doğruya o kuvvetin değişikliklerine bağlıdır. Bu nihayet kukuku kuvvetle karıştırmak değildir de nedir?

Eninde sonunda kuvvete dayanan hukuk kaideleri ile vücuda getirilen nizam hukuk nizamı değil bir vakıa nizamıdır. Bir hukuk nizamı olabilmek için bu nizamın "*makul münasebeti*,, onları mecburî kılan prensibi kendi benliklerinde taşıyan hukuk kaideleri tarafından kurulmuş olmalıdır. Yani hukuk, gerçek bir hukuk olarak telekki edilebilmek için, bir başka söyleyişle, hayat münasebetlerini mütemadiyen ve tam bir şekilde idare edebilecek bir halde bulunduğu kabul edilebilmek için bir *hukuk nizamı* mefhumunu taşıması lâzımdır. *Nizam* ne demektir.? Bunu, *Lalande* "Vocabulaire technique et critique de la philosophie,, sinde (s. 546) şöyle anlatıyor: "Kemmi, keyfi, mekanik veya teleolojik (gai) bir münasebete dayanan herhangi bir bağlılık ve topluluk,,. *Nizam* sözü her zaman "makul bir münasebet,, ifade eder. Makul bir münasebetin bulunmadığı yerde nizam yoktur. Geriye kalan bir mesele var: bir münasebetin makul olup olmadığını nasıl anhyacağız? İlliyyet prensibine uygun olan her had (terme)ın yeri muayyen gözükürse münasebet makul olur. Meselâ tabii nizam. Yahut münasebet akla uygun, ruhu tatmin edici, hususî bir mevcudiyet sebebi, bir gaiyet kıymeti gibi görünürse yine aynı neticeye varılır. Nitekim sosyal nizam, ahlâk, estetik fikirleri ve mutlak nizam metafizik fikri bu ikinci şekilden doğmuşlardır. "Sosyal nizam bir taraftan yurddaşların uymağa mecbur oldukları kaidelerin mecmu heyeti, öte taraftan yurddaşların bu kurallara uymalarıdır. Anarşiye, kanunlara

<sup>2)</sup> Bk. J. J. Rousseau, *Le Contrat social*, I, I. başlık 1. (Corbu, s. 16).

itaatsızlığa karşı koyar,,<sup>3)</sup> Hukukî nizam, hususî bir sosyal nizamdır. Hususî sosyal kaideler, hukuk kuralları, tarafından kurulmuştur. Kaideler şeklinde tecelli eden hukuk normalarının varlığı düşüncesine dayanan hadiseler arasında bir zencirleme, bir bağlılık ve topluluk (Cohérence) anlattığı için "makul bir münasebet,, dir.

Demek ki kuvvete dayanan hukuk kaideleri bir hukuk nizamı vucuda getirmekten çok uzaktırlar. Fakat pratikte *objektif* bir hukuk vardır. Klasik pozitivistlere karşı bu noktada birleşen hukukcular çoktur. Şu varki bu "*objektif*,, sözünün anlatmak istediği manaya gelince yeniden bir ayrılış baş göstermiştir. Her birinin bu kelimeye verdiği anlama göre başka başka teoriler öne sürülmüştür. Lalande'a göre ferdlerin içinden gelenlerle bağı olmıyan, bütün ruhlara için mer'i olan "*objektif*,, dir<sup>4)</sup>. Fakat hemen burada bir fark gözetmek lâzımdır: bir akıl vergisi sıfatı ile bütün ruhlarda *sezgi* yolu ile birleşen veyahut şuur dışında ve ona bağlı olmıyan var olan, şuura müşahade ve tecrübe ile, istikra (induction) yolu ile kendini gösteren midir? Bu iki anlamı birbirinden ayırmak gerekir. Birinci veya ikinci şekilde cevap verenleri çok titiz davranmazsak, iki grupta toplamak mümkündür: bir tarafda, hukuk kaidsinin objektifliğini *sezgi*'nin yardımı ile *akıl* tarafından bulunan *doğruluk* (justice) düşüncesine dayandıran ülkücü (idéaliste) teoriler - ki bunlar tabii hukuk nazariyeleridir - öte tarafda, bu objektifliği pozitif ilimler metodu ile hadiselerin sadece müşahade ve tedkikinden çıkarmağı uman sosyolojik pozitifcilik.

Tabii hukuk içtihadı "dahilî hukukta, kanunun kanun olduğu için hukuk olmasını, arsiulusal hukukta, mukavelenin yalnız mukavele olduğu için kanun yani hukuk olmasını istiyen,, hukuksal pozitifliğe karşı çok eskidenberi açılmış bir savaştır. Şunu göz önünde tutmak lâzımdır ki burada bahis mevzuu olan tabii hukuk 18 ci asır filozoflarından kalan ve sosyal halden daha önce mevcut tabii hal tarafından tayin edilmiş ve hiç değiştirilemez bir tabii hukukun varlığını iddia eden sözde tabiat hukuku değildir. Burada konuşulan Grotius ve Saint Thomas d'Aquin yolu ile ta Aristote'a kadar uzayan "insanın akıl sahibi tabiatına uygun,, hukuktur. Bu görüş Aristote ve Saint Thomas d'Aquin'in şu düşüncesine dayanır: İnsan his ve ruhu ile eşyanın hakikatını bilebilir, çünkü hakikat bilginin bi-

<sup>3)</sup> Bk. A. Lalande adı geçen kitap, s. 546 (Corbu s. 8).

<sup>4)</sup> Bk. A. Lalande ad. kit. s. 525 ve Supplément s. 90 - 91. (Corbu, s. 24).

linen şeye uygunluğudur<sup>5)</sup>. Bu bilgi imkânı sayesinde ki kişi, insanın ferden veya cemiyet içinde hareket tarzı kanunlarını sezebilir. Hareket tarzı normalarını ararken kendiliğinden beliren prensipler araya girer ve akıl onları mecburî kılar : İnsan, cemiyet gibi kendi iyiliğini arar. Tabii bir şekilde temayül ettiği benliğinin muhafazası ve tekâmülüdür. İnsan kendine fena olan şeylerden kaçır benliğini daraltacak veya yok edecek hadiselerden kendini korur. İşte her hukuk kaidesinin temeli de bu "iyilik,, düşüncesidir. Bu çeşit hukuk kaideleri ile teşkil edilen hukuk tabii hukuktur. Ve böylece objektif bir mevcudiyeti vardır. İnsanın akıl sahibi tabiatının ve sosyal yaşayış tabii şartlarının neticesidir. Hadiseler arasındaki mantikî bağı keşif için kullanıldıkça akıl *doğruluk* (justice) adını alır ve erişmek istediği (bien commun) *her kesin iyiliği* dir. Ancak bu her kesin iyiliğidir ki her kişinin kendi iyiliğini temin edebilir. "Tabii hukuk insan iradesinden önce var olan, ona kendisini zorla kabul ettiren, akıl tarafından tesbit fakat onca yaratılmamış olan objektif kaidelerin mecmu heyeti,,<sup>6)</sup> dir.

Yakından bakılacak olursa tabii hukuk nihayet bir kıymet hükmü prensibinden başka bir şey değildir. Pozitif hukuk üzerinde büyük bir tesiri vardır. Bu tesir siyasa ve ahlâk bakımından tenkid şeklinde kendini gösterir. Pozitif hukukun kötü kullanmalarına, vicdanı isyan ettiren *haksız* kanunlara karşı bir silâh olarak kullanılır. Bir başka vazifesi de, pozitif hukuku, ahlâk kanununa dayanarak haklı göstermektir. Demek ki tabii hukuk bir "kontrol,, faaliyeti gösterir. Bu kontrolü icraya selâhiyeti vardır. Çünkü pozitif hukuku o ilham eder. Çünkü o pozitif hukukun kendisidir de. Bu son cümleyi yanlış anlamamak lâzımdır. Tabii hukuk, tabii nizam düşüncesinde kendini gösteren tabiat gerçekliğine uygun olması dolayısı ile kendini akla zorla kabul ettiren muhtar bir mevcudiyeti olduğu için pozitif hukuktur. Bu bakımdan tabii hukukun objektifliğine, prensip itibarı ile kusur bulmak güçtür. İnsan adeta tabii hukuka uygun olanın hukuk kaidesi olduğunu öne sürmek istemektedir. Yalnız bir mesele var : tabii hukuku nasıl ve ne gibi vasıtalarla tanıyabiliriz.

<sup>5)</sup> Bk. Saint Thomas, Somme... I, question 85, art. 6, cité par M. Réglade, Essai sur le fondement du droit, dans Archives de Philosophie du droit, 1933, II, s. 169 (Corbu, s. 27) .

<sup>6)</sup> Bk. Le Fur, la théorie du Droit naturel, in Rec. de cours de l'Acad. de Dr. int. de la Haye t. XVIII, 1927, p. 354 (corbu, s. 29) .

Le Fur'e kalırsa <sup>7)</sup> bunun için "insanın ruh duygularına baş vurmak lâzımdır. İnsanın ruh duyguları: hakikat, güzel, fayda ve bilhassa doğru (juste) hisleridir. Bu sonuncu öncekileri herkesin iyiliğinde birliğe irca eder. Gény'nin "daha karanlık ruhî kuvvetleri (alt şuur, sanma = croyance, duyguları <sup>8)</sup> bunlardır.

Fizik tabiat ve gerçeklik muhakemesi alanında kalındıkça objektiflikten ayrılmış değildir. Çünkü pozitif usullerle elde edilen illiyet kanunları her hangi bir ruh için mer'idir. Fakat "ruh duyguları,, , "daha karanlık ruhî kuvvetler,, işe karışdırlarmı subjektif estetik muhakemelerinden kurtulmağa imkân yoktur. Tabii hukuk taraftarları hiç şüphesiz insan tabiatı her yerde *aynı* olduğu için bütün bu ruh duyguları da *aynı* olacaktır diyeceklerdir. Bu çok doğrudur. Yalnız şu varki her insanda "hassasiyet,, derecesi bir olmadığı için bir ferdin varacağı netice ötekinkine hiç de benzemeyecektir. Ruh duyguları bakımından şu kaide tabii hukuktandır dendiği zaman bu iddiayı ne ile tevsik etmeğe imkân vardır? Aksini öne sürene karşı nasıl bir cevap verilebilecektir? Sayı itibarı ile zafer kazanmış olan bir çokluğun mu, yoksa hiç yanılmazlığını öne sürerek kendini zorla kabul ettiren bir azlığın mı görüşüne uygunluk aranacaktır? Tabii hukukun temelini teşkil eden düşünceler bu iki fikri de reddeder. O halde felsefî bir anlayışa, tabii hukuku kavramak için önceden kabul edilmesi lâzım gelen bir metafiziğe uygunluk mu göz önünde tutulacaktır? Bu demektir ki tabii hukukun objektifliği yalnız bu metafizikle mutabık olanlar için carîdir. Ötekiler hataya düşmüş, yalnız yoldan gider sayılacaklardır. Fakat "ne Allaha ne de Ruha inanmıyanlara yalnız sezginin meydana koyduğu bu azaltılmaz tabii hukuku kabul ettirmek için ne gibi bir delil gösterilebilecektir <sup>9)</sup>?

Görülüyor ki tabii hukuku ayıran vasıf bilgi teorisi değil fakat *hareket* (action) içtihadı olmasıdır. Tabii hukuka daha fazla bir itibar verebilmek için, taraftarları, zahiri bir objektiflikle, kıymet hükümlerini, gerçeklik hükümlerile telif etmeğe çalışmışlardır. Halbuki bu iki türlü muhakemeyi birbirine karıştırmaya imkân yoktur. En sağlam bir gerçeklik muhakemesi sistemine sokulan en küçük bir kıymet muhakemesi o sistemin objektifliğini tamamı ile mahveder.

<sup>7)</sup> Bk. Le Fur, Le fondement du droit, extr. de la Rev. Les Lettres, p. 13, et sq. (Corbu s. 31).

<sup>8)</sup> Bk. F. Gény, Science et technique, t. II, p. 360 sq. (Corbu, s. 32).

<sup>9)</sup> Bk. G. Ripert, Droit naturel et positivismes juridiques, dans Annales de la Faculté d'Aix, 1918, p. 23. (Corbu, s. 35).

Tefsir edilen tabiat, tabiat olmaktan çıkar, yalnız tefsir olur. Nihayet ve nihayet, tabii hukuk "kalbin öyle sebepleri vardırki onları akıl tanımaz,"<sup>10)</sup> düşüncesine dayanacaksa bu bize yetmez. Tabii hukuk cemiyete ve onun pozitif hukukuna tesir için mükemmel bir âlemdir. Fakat tenkide tahammülü yoktur. Çünkü bir çok meselelere mantığı tatmin edecek cevaplar bulmaktan acizdir.

Demek oluyor ki hukuk kaidesinin objektif kriteriyomunu tabii hukuka uygunluğunda görmeğe imkân yoktur. Çünkü bu hukukun muhtevası objektifliğini çok az temin eden bir metodla elde edilmektedir. Bundan başka ahlâk ile hukuk arasında bir karışmaya, tedahüle sebep olmaktadır.

Hukukun sosyolojik teorilerine gelince, bunlar gerek pozitif hukuka, gerek tabii hukuk okullarına karşı çok uzun zamandanberi savaşmaktadırlar.

Durkheim'den sonra, sosyal hadiseleri eşyadan sayan sosyoloji hakiki bir pozitif ilim olmak sevdasında idi. Bu öyle bir müsbet ilim olacaktı ki genel unsurları müşahede ederek sosyal tipleri meydana çıkaracak, sabit münasebetleri tayin edecek, bir sözle kanunları bulacaktı. Felsefeden tam manasile ayrı, müstakil bir ilim olacaktı. Bu şartlar içinde sosyolojik usul elbette ki objektiftir. Onun sıkı bir tatbiki sayesinde sosyal hadiselerin bilinmesi temin edilmiştir. Şu var ki normatif bir ahlâktan kaçınmak lâzımdır. Nazari ahlâk ise ancak mecburen normatif olmayan "örf ve adetler ilmi," ile kabildir. Bu, ahlâk ilminin pratikte tatbikatı yoktur demek değildir. Her ilmin üstüne bir teknik, rasyonel bir sanat, *daha iyileştirecek* bir güdüm (sevk ve idare) rasyonel sanatının teessüs etmesine imkân vardır. Durkheim, "yeni bir eşya nizamının istediği ve vukua gelmekte olan değişiklikleri ilim sayesinde daha önceden bilebiliriz. Böylece onları daha önceden görünce de onların vukuunu daha önceden istiyebiliriz,"<sup>11)</sup> diyor. Bu *isteği* tayin etmek, ona bir sebep göstermek için *normal* ile *patojolik* arasında bir ayırmaya baş vuruyor. Çünkü ister cemiyet, ister ferdler için olsun sıhhat eyidir ve arzuya şayandır, hastalık ise tersine kaçınılacak fena bir şeydir<sup>12)</sup>.

<sup>10)</sup> Bk. L. Le Fur, Droit naturel et réalisme, dans Archives de philosophie du droit, 1931, p. 227. (Corbu, s. 36).

<sup>11)</sup> Bk. Durkheim, Division du travail social p. 40. (Corbu, s. 40)

<sup>12)</sup> Bk. Durkheim, Règles de la méthode sociologique, chap.III.(le normal étant caractérisé extérieurement par la généralité et le pathologique par l'accidentel). (Corbu, s. 40)

“ Bilgi „ bakımından ahlâk ilminin tamamı ile objektif, olanı görür olduğunu inkâra imkân yoktur. Fakat bir teknik, rasyonel bir ahlâk sanatı mefhumları çok zayıftır. Tabii hukukta rastgeldiğimiz müşküller burada da vardır. Mesele halledilmemiştir. Tabii hukukta tam bir normatiflik vardı, fakat teorik temelleri çürüktü. Burada nazari bakımdan kusursuz bir metod var, fakat öyle bir usûl ki eriştiği normatifliğin su götürür yerleri çok.

Belki sosyoloji ilminin koca ustalarının en büyük hatası, sosyolojinin ilim olmak itibarile pratik faidesini göstermek istemeleri olmuştur. Bu bir mantık tezadıdır. Bu gidişle ilk başda sosyolojiyi hakiki bir ilim halinde tesis etmelerine yardım eden teorik ve normatif arasındaki ayırmayı karıştırmaya sürüklenmişlerdir. Bundan hukukçular da müteessir olmuşlardır. Çünkü tesirleri altında kalan bu hukukçular sosyologların görüşlerini benimsemişler, objektif hukuku aramak için sosyolojik metodları tatbik etmişlerdir. Meselâ Duguit sosyal tesanüd “ *hadise* „ sinden, insanları cemiyet halinde yaşamağa mecbur eden “ *arabağlılık* „ (interdépendance) tan hukuk kaidesinin mecburîlik vasfını, ve, ferdler bütünlüğünün bu içtimailik duygusundan maddî zecrin tezahürü itibarî ile, müeyyedeyi çıkarmaktadır. Duguit, sosyal kaidenin bir hukuk norması haline ne vakit girdiğini anlatırken göz önünde tuttuğu nokta, Devlet ve hükümet edenlerin kaideyi tesbit ve taknin ettikleri ân değil fakat bu kaideye boyun eğilmesini mecburî kılmak için hükümet edenlerin usûlen ve tabii bir şekilde müdahale etmeleri lâzım geldiği hissi fertler bütünlüğünün şuurunda az veya çok vuzuh ile fakat muhakkak bir surette tebellür ettiği zamandır<sup>13)</sup> diyor. Eserinin ikinci basılışında, aynı müellif, ictimailik duygusuna *adalet hissini* de ilâve etmiştir<sup>14)</sup>. Müeyyedenin adalet duygusuna uygun olmasını istemektedir. Fakat bu nazariyeyi daha çok kuvvetlendirmiş değildir. Çünkü objektif hukuk kaidesi kaynağını ferdi şuurlar ekseriyetinde tezahür eden

<sup>13)</sup> Duguit. *Traité de Droit Constitutionnel*, 3e ed. 1928, t. 1, p. 112 (Corbu, s. 43). Bundan başka Bk. Duguit : *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* 1901; *Le droit social, le droit individuel et la Transformation de l'Etat*, 1911; *Transformation du droit public*, 1913. (Corbu, s. 42).

<sup>14)</sup> Ce n'est qu'à la 3e éd. de son traité ( 1920 ) que M. Duguit a intraduit le « sentiment de justice » tel que la masse des consciences individuelles le conçoit, comme générateur de jugement de valeur nécessaire à la normativité; Bk. M. Rég-lade, *La théorie générale du droit dans l'oeuvre de L. Duguit*, in *Archives de philosophie du Droit*, 1932, p. 34 sq.; G. Renard, *Autour des idées de M. Duguit*, broch. Sirey, 1923. (Corbu, s. 43 not 2).

ictimailik ve adalet hislerinden almaktadır. Duguit'nin göz önünde tuttuğu sosyal hadiseler yalnız bunlardır. Burada tenkide değer iki hal vardır. İlki, bu hisler bütün bir cemiyet tarafından duyulmuş, güdülmüş olsa bile şahsî ve değişken izharlar olmaktan kurtulamamışlardır. Bu ise hukuk kaidesinin objektifliğine, olanı görürlüğüne çok zarar veren sübjektif bir unsuru hesaba katmaktır. İkincisi, bu izhar edilen hisler de birer hadisedirler. Hukuk kaidesinin mekanizmasını, illiyetini pek güzel izah edebilirler. Fakat maksad kaidesini, *norma* olan ve bir gaiyet tazammun eden kaideyi vücuda getiremezler. Bergson'dan sonra Henri Poincaré'nin söylediği gibi, sırf hadiseden *ödev* (devoir) çıkarmak imkânsızdır. İlim tesbit eder, emretmez,,<sup>15)</sup>.

Halbu ki G. Scelle<sup>16)</sup> bu yolda telmizi olduğu Duguit'den daha çok uzaklara gitmektedir. Tesanüd insan üzerinde biyolojik bir tazyik icra eder. Ve sosyal kanun, hukuk kaidesi kaynağında biyolojik kanunlardan başka bir şey değildir. Bununla beraber arzuya bağlı fiiller olmaları itibarı ile hukuk kaidelerinin maksad kanunları, normaler olduklarını da kabul etmekte ve biyolojik kanunlarla bunlar arasında telif kabul etmeyecek bir zıddiyet görmemektedir. "Fizik veya şimik bir kanun tesbit edildikten sonra muayyen bir maksat için kullanıldığı zaman fizik veya şimik bir kanun olmaktan çıkmaz,,<sup>17)</sup>. "Fert hayatını veya guruplar hayatını müşahede etmek sureti ile insanın hareket tarzı normaları pek güzel tayin edilebilir. Tıb elbette bir müşahede ilmidir. Buna rağmen doktorun emri bir *norma* dır,, . Bu iddiaya şu şekilde cevap verilebilir: doktorun önceden kendisine verdiği bir gaye vardır ki itiraz götürmez. Bu gaye fizik sıhhattır. Böylece *normal* olanı bilen doktorun emirleri de *norma* olabilirler. (Bu son delil Levy-Bruhl tarafından öne sürülmüştür. Bk. D. Parodi, Le problème moral et la pensée contemporaine, p. 44). Fakat insan hareket tarzının nor-

<sup>15)</sup> Bk. Le Fur, le fondement du droit dans la doctrine de L. Duguit, in Archives de phil. du Droit, 1932, p. 195 sq.; G. Davy, Le problème de l'obligation chez Duguit et Kelsen, in Archives de phil. du Droit, 1933, p. 10 sq.; M. Réglade, Essai sur le fondement du droit, in Archives de phil. du Droit 1933, t II, p. 166 (Corbu, s. 41).

<sup>16)</sup> G. Scelle, Précis de Droit des Gens, 1932, p. 2 sq.; id.: La doctrine de L. Duguit et les fondements du droit des gens, in Archives de phil. de Droit, 1932, p. 102 sq.; Bk. Réglade adı geçen yazı, s. 166 (Corbu, s. 44).

<sup>17)</sup> B. G. Scelle, ad, yazı, s. 102 (Corbu, s. 44).

<sup>18)</sup> Ibid, p. 104 (Corbu, s. 44).



ması için biyolojik kanunla bu "normal,, bulunamaz. Çünkü biyolojik kanun insanın hareket tarzında bir emele koşmak, bir ülkü takib etmek gibi şeyleri tanımaz. Halbuki bunları da hesaba katmak lâzımdır. Zaten Georges Scelle, sosyal kaidelerin tatbik ihtimallerinde faide ve adalet duygularının oynadıkları önemli rolleri tanımakta ve hukuk kaidelerinin "ikinci sırada unsurları,,<sup>19)</sup> olarak saymaktadır. "Maşerî şuura ve bir cemiyette hüküm süren adalet duygusuna zıd normatif kaidelerin, böyle oldukları için objektif hukuka mugayır bulduklarını öne sürmeğe *a priori* imkân olmadığını,, söyliyeni ve bir az ötede "aksi sabit oluncaya kadar pozitif hukuka sosyal zaruretini tercümanı nazarı ile bakılır, bu zarurî bir faraziye-dir, "fakat nihayet bir faraziye-dir,, diyen Georges Scelle'in görüşü çok köksel bir pozitif hukuka varmaktadır. Objektif hukuk hem maşerî şuur hem de pozitif hukuka zıd bulunabilir. "İlimsel sosyal norma çok küçük bir içtimaî müşahideler azlığının eseri olması muhtemel olduğu için bu pek mümkündür. Eğer bu birbirine zıd normatiflik halinde maşerî şuur veya Devlet otoritesi tarafından düzeltmeler yapılmazsa objektif hukuk lehine şiddet kullanan denkleştirme hareketleri baş gösterir. Bu Devlet sahasında ihtilâl, Devletlerarası alanda harptir<sup>20)</sup>. Peki ama bu zarurî düzeltmelere maşerî şuur veya kurulmuş otoriteyi sevk edebilecek olan ne dir? Maşerî şuur veya Devlet otoritesi ilimsel sosyal normayı bilmemiş olabilirler. Bilseler bile böyle bir harekette bulunmalarına sebep olacak saik ne olacaktır? Sosyal bir korunma duygusu mu? Yoksa bize hiç bir yerde gösterilmeyen daha yüksek bir norma mı? Durkheim ve Levy-Bruhl gibi sosyologların veya Duguit ve Georges Scelle gibi hukukçuların erişmek istedikleri "gerçekcilik,, e karşı münekkidlerini öne sürdükleri hukuk ile hadise, ülkü ile gerçek zıddıyetidir. Bu zıddıyet filozofik doktrinlerle pozitif hukukçuluk doktrinleri arasında her gün daha çok derinleşen bir uçurum açmaktadır. Davy'ye göre buna bir çare vardır: Sosyolojiye ve onun mevzuasına dönmek: "ferdî şeniyet, şuur ve iradeden ayrı bir şeniyet, bir şuur ve bir maşerî iradenin mevcudiyeti. Bundan iki şey çıkar: 1- Ferdî şeniyetten ayrı olduğu için bu kollektif gerçeklik subjektif değildir. Tersine objektif bir şekilde müşahade edilebilir, 2- Tecrübe içinde bulunmakla beraber ferdin dışında ve yüksekinde olan kollektif şuur ferde ülküsünün malûm ve müşa-

<sup>19)</sup> Bk. G. Scelle, ad. yazı, s. 105.

<sup>20)</sup> Ibid. s. 106.

hede edilebilir yuvası gibi gözüktür,<sup>21)</sup> Kollektif şuur bu meseleyi hal etmekten âcizdir. Halbuki bunun neden ibaret olduğu hiç kimse tarafından iyice anlatılmamıştır. Hatta Durkheim okulundan sosyologlar bile tam muhtariyetini söylemekten çekinmektedirler<sup>22)</sup>. Davy'nin fikri kabul edilse bile ferdi şuurdan ayrı bir varlığı olan kollektif şuur kendini ancak sosyal izharlarda gösterebilir. Sosyal izharlar ise basit birer fiildirler. Madem ki kollektif şuur, ferdde, ferdin şuurunu değiştirerek kendini göstermektedir,<sup>23)</sup> bu değiştirme her ferd için başka başka derecede olabilecek ve subjektif yönden ayrı şuurlar halinde tezahür edebilecektir. Görülüyor ki Davy'nin sisteminde de subjektif unsurdan kaçınılamamıştır.

Şimdiye kadar yaptığımız tetkiklerden anlaşılıyor ki, pozitif, sosyolojik ve hukukî metodlar da tam bir hukuk kaidesi kriteriyomu vermekten âcizdirler. Bir taraftan *işari* olması zarurî bulunan sosyal kanun (illiyet) bize bir norma temin edemez. Çünkü mantıken gayetten mahrumdur. Öte taraftan *emri* sosyolojik norma gayeti içine alış şekli itibarı ile, yetişir bir objektiflik göstermekten uzaktır. Ne Durkheim'in "normal'in üstünlüğü,, ne Dugnit'nin "ferdi şuurlar bütünlüğü,, ne uygunluk, ne de Davy'nin "kollektif şuur,, gayetleri bizi tatmin edecek kadar objektif değildirler.

Bu objektif hukuk doktrinlerini tetkik ederken meselenin hal çaresi olmadığı neticesine varıyorsak acaba bu neden ileri geliyor? Meseleyi kötü bir şekilde muhakeime etmekten, fena bir metoddan mı tahassül ediyor? Bize kalırsa meselenin rükünlerini yeniden bir tetkike tabi tutmadan hal çaresi olmadığı neticesine varmak acele etmek olur.

<sup>21)</sup> Bk. G. Davy, *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, p. 100 (Corbu, s. 47).

<sup>22)</sup> «Personne n'a jamais pu saisir en quoi consistait cette conscience collective; les sociologues même de l'école de Durkheim, quand on les pousse dans leurs derniers retranchements, hésitent à proclamer sa complète autonomie; lorsque tous les autres abandonnent de plus en plus cette conception (L. Le Fur, *Droit individuel et droit social*, in *Archiv. de phil. du Droit* 1931, p. 304), (Corbu, s. 47).

<sup>23)</sup> Bk. G. Davy, *Sociologues d'hier et d'aujourd'hui*, 1931, p. 102: «ce qui est ainsi réalisé au - dessus des individus, ce n'est pas la société sujet collectif opposé au sujet individuel, c'est plutôt d'idée de la société, l'idéal collectif s'incarnant dans des individus dont une raison supérieure à assimiler les desirs et les vœux...» (cité par M. Le Fur, art. cit, p. 305), (Corbu, s. 47).

## II

Şimdiye kadar tetkik ettiğimiz nazariyelerin hiç biri objektif hukuku tayine muvaffak olamamışlardır. Bize öyle geliyor ki bu vaziyetlerin zafını hukuk kaidesinin, bu normatif nizamın ve zarurî gayetlerinin objektifliğini, gerçeklik, tecrübe donelerinin mümkün olduğu kadar geniş ve tam yardımı ile temin eylemek istemelerinden ileri gelmektedir. İlahiyata veya pozitif hukukçuluk boşluğuna düşmektense böyle bir yol takib etmek elbette müreccaktır. Fakat tabii hukuk nazariyesini, öne sürdüğü *objektif hukukun* kâfi derecede *objektif* olmaması, sosyolojik nazariyelerin ise teklif ettikleri objektif hukukun kâfi derecede *hukuk* olmamaları yüzünden reddetmek zarureti mevcuttur. Acaba objektif ile hukuk mefhumları arasında bir zıdlık (*antinomie*) mı vardır? Evrensel bir şekilde mer'î <sup>24)</sup> (bahis edildikleri ande böyle oldukları tanınmış olsun veya olmasın) hukuk kaidelerini tasavvur etmek mümkün müdür? Bu son cümle objektif sözünün anlamını ifade ettiğine göre <sup>25)</sup> bu gibi hukuk kaidelerini araştırmağa imkân var mıdır? Objektif hukuk mefhumu normatif nizama dahildir. Çünkü hukukun objektifliği ancak düşünen, duyan bir benliğe nisbetle takdir edilebilir. O halde, gerçeklik hükümleri ile tesbit edilen tecrübe donelerine baş vurarak daha fazla objektiflik aramakta mana nedir? Hem bu nasıl olur? Bir gerçeklik hükmü bir kıymet hükmünü ne şekilde haklı gösterebilir? Kıymet hükümleri haklı gösterilmez ki, yalnız itiraf edilirler.

Normatifle müsbet ilim donelerini telif etmeğe çalışmak boştur. Çünkü normatife idhal edilen her teorik pozitif olmaktan çıkar <sup>26)</sup>. Tefsir edilen tabiat tabiat olmaktan çıkar, yalnız tefsir kalır. Bundan başka bu iki unsur ayrı ayrı, belki zıd nizamlara bağlıdır. Pozitif göstericidir. Mevzuu hadiselerdir. Aleti gerçeklik hükmüdür. Metodu (*induction*) istikradır. Neticesi tabii kanundur. Bilgidir. Normatif ise emreder. Mevzuu kıymetlerdir. Aleti kıymet hükümleridir. Metodu sezgidir. Neticesi kaidedir. Hareketir. Kan-

<sup>24)</sup> Elbette teorik bakımdan mer'î ve pratikte tatbiki kabil değil, bu başkadır, bunları birbirine karıştırmak burada çok ağır yanlışlara sebep olur (Corbu, s. 50, not 1).

<sup>25)</sup> Bk. A. Lalande, *Vocabulaire de philosophie*, p. 530 (Corbu, s. 50).

<sup>26)</sup> Burada *positif* sözüne sosyolojide kullanılan anlamını veriyoruz, yani: vücudunun hikmeti bilinmediği halde, tecrübeten hadise sıfatı ile mevcud, verilmiş olan» Bk. Lalande, *Vocabulaire*, p. 596, sq. (Corbu, s. 51).

torowicz'in dediği gibi "Bilgi sahasında objektif tamlik (exactitude) olabilir. Fakat duymak, istemek, mecbur olmak alanında yoktur. Bizatihi hakikatlar vardır, ama kıymetler, benim, bizim, sizin, bir sözle muayyen ferdler veya topluluklar içindir,"<sup>27)</sup> Madamki bu iki unsur birbirinden ayrı nizamlara bağlı ve pozitif ilim yalnız başına bize bir normatif temin etmekten acizdir, bu bizi hukukta objektifliğin bir hayal olduğu neticesine mi götürecektir? Teorik ile normatif arasında hiç bir tesir nünasebeti yoktur demek doğru olmaz. Ahlâk sahasında pozitif ilmin normatif üzerine tesirini kabul lâzımdır. Yalnız bu tesir uzaktır. Zamanla olur. Pozitif bilginin ilerlemesi kıymet hükümlerimizi hiç durmadan değiştirir. Fakat biz bunun farkında olmayız. İlimin derhal müdahalesinin imkânsızlığı karşısında normatifin yalnız tabii sevkten mülhem olduğunu kabul zaruretinde mi kalmak icabeder? O tabii sevk ki insanda en büyük yeri muakele eden akla bırakmıştır. Böyle bir zaruretin mutlak olduğu fikrinde değiliz. Bize öyle geliyor ki metod değiştirmek suretile bir hal çaresine erişmek mümkündür.

Müşahede bize şuur için iki surette tayin ve tesbit imkânı olduğunu göstermektedir : Bu imkânlardan biri, olan, olmuş olan veya olacak olan şeklinde söylenerek mevcudiyetleri tesbit eden ve "nasıl," sualine cevap veren, gerçeklik hükümleri ile ifade edilen tayinlerdir. Bunlar psikolojik şuur adını taşıyan tesbitlerdir ve yalnız bilgiye giderler. Ötekisi insan ruhu kendine has olan bir kabiliyetle psikolojik şuur hasılları arasında yaptığı bir tercih (kıymet) den ileri gelir ki kıymet hükümleri ile ifade edilir. "Niçin," sualine cevap verirken bu tercihlerin saikini de anlatır ve nihayet yapılaşlarının mantıki bir neticesi gibi emir şeklini alır. Bu tercihler ahlâki vicdanı teşkil eder ve yalnız hareketi göz önünde tutarlar. Psikolojik şuur ile ahlâki vicdan arasında yapılan bu ayırma yalnız nazariyedir. Pratikte şuurun bu iki tesbit şekli daima birbirine karışır ve birbirine tesir eder. Yalnız gerçeklik hükümlerine dayanan bilgi, ilimsel bir bilgidir. Bu ilimsel bilgi benzeyiş ve ayrılışları (tasnif) veya muntazam hadiseler serilerini (tabii kanunlar - ferden tayin edilmemiş olan hadiseler bütünlüklerini tedvir eden istatistik kanunları - büyük sayılar v.s.) tesbite çalışır. Bir sözle ilmi teşkil eder. Kıymet hükümlerine dayanan bilgi, normaları, kaideleri, geniş manada bir bilgiyi tesbit için uğraşır. Tekniği, sanatı teşkil eder. İlim

<sup>27)</sup> Kantorowicz, cité par J. P. Haesaert, *Fondement du droit naturel*, in *Arch. de Phil. du droit*, 1933, t. II; p 222 (Corbu, s, 51).

bilmek, san'at yapabilmek içindir. İlim bilgi için, san'at irade ve hareket içindir. İlim arar, tesbit, tarif, izâh, tasvir eder, anlatır... İşte illiyet bakımından görüş; her ne çeşit olursa olsun san'at yaratıcı bir kudrettir,,<sup>28)</sup>. Bu yalnız metodik bir tefrik değildir. Pasteur diyor ki; "Her birimizin içinde iki insan yatar: Her şeyi kökünden silen, müşahede, tecrübe ve muakale ile tabiat bilgisine yükselmek isteyen bilgin, bir de hassas adam, anane, inan ve şüphe adamı, duyğu adamı... Bu iki saha birbirinden ayrıdır. İnsan bilgisinin bu çok eksik halinde birinin ötekine tedahülünü isteyen ne yazık!,,<sup>29)</sup>. Dar manâda ilim<sup>30)</sup> mevzuu olan objektif hukuk kaidesi, hadise gibi yalnız dışından değil, fakat normatif muhtevası bakımından tedkik edilebilir. Çünkü şahsen psikolojik bir şekilde tesbit edilen veya bir başkası tarafından söylenen bir emir, bir hadise gibi telekki edilebilir ve bu hadise bilgi, ilim mevzuu olabilir<sup>31)</sup>. Fakat hukuk kaidesinin normatif muhtevasını tedkik keyfiyeti ilimsel ve sosyal hadiseleri veya sosyal hadise halinde kaideyi şartladığı kadar alâkadar eder. Burada hiç bir normatif düşünce, hiç bir kıymet hükmü bahis mevzuu olamaz. Çünkü bunlar gösterici pozitif ilim sistemine girmezler.

Bugün, bize kalırsa, bir az genel bir terimle Hukuk ilmi<sup>32)</sup> denen şeyi ikiye ayırmak lâzımdır: 1 — Hukuk sanatını, hukuk tekniğini teşkil eden "niçin,, i temsil eden ve ahlakçıların elinden çıkan kısım, 2 — Gaiyet meşgaleleriyle uğraşmıyan, yalnız illiyet münasebetleri ile iktifa eden, hukuku sosyal hadiseler bakımından tedkik eden kısım. Bu sonuncu dar manada hukuk ilmidir. Tekniği metod ismini alır. Bu kısım hukuk sosyolojisini ve hukuk felsefesini çevreler.

İkinci bakımdan (dar manada) tedkik edilen hukuk ilmi, hukuk kaidesi hadisesinin unsurlarını ve tabii kanununu, illiyetini, yani bu

<sup>28)</sup> Bk. Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, 1925, p. 104 (Corbu, s. 55).

<sup>29)</sup> Bk. Mautré, *Compte - rendu de Descour, Pasteur et son œuvre*, in *Revue des Jeunes*, 1921, 3e. vol. p. 658 sq. (Corbu, s. 55).

<sup>30)</sup> Yani «hedefi hadiselerin kanunlarını bulmak olan bilgilerin ve metodlu araştırmaların mecmu hey'eti». Bk. A. Cuvillier, *Petit vocabulaire de la langue phil.* p. 95 — Cf. A. Lalande *Voc. technique et critique de la Phil.* p. 735 sq. (Corbu s. 56).

<sup>31)</sup> Bk. R. Capitant, *L'illicite*, t. I (L'imperatif juridique) p. 7 sq. (Corbu, s. 57).

<sup>32)</sup> Mesela Bay Gény «manevi hakikatlar» ı da ilme sokmaktadır ki bu dar ve tam bir ilim mefhumu ile telif kabul etmez. Bk. *Science et Technique*, t. IV, p. 147 (Corbu, s. 58, not).

hadise unsurları arasındaki sabit münasebeti, yahut bu hadise ile başka hadiseler arasındaki sabit münasebetleri ışığa koyacaktır, ki bu bize hukuk kaidesinin mevcudiyetini tesbit imkânını verecektir. Şimdilik bizi alâkadar eden de şöyle bir iddiada bulunabilmektir: *Şu muhit ve dış şekil şartları ve (emir olması sıfatile hasil edebileceği sosyal tesirler bakımından) şu muhteva umumî vasıfları bir araya geldiği takdirde göz önünde tutulan sosyal kaide hukuk kaidesidir.*

Bu bize bir hukuk kaidesi kriteriyomu temin edecektir. Bu ölçüye dayanarak, tesbit edilen hukuk kaidesinin, mer'i pozitif hukukta bulunmasa bile, bir hukuk kuralı olduğunu iddiaya imkân verecektir. Bunun tesiri de varit olacaktır. Bu ölçü şartlarına uygun olmayan pozitif kanun bir hukuk kaidesi değil sadece muvakkaten sahip olduğu kuvvete dayanarak kendini kabul ettiren otoritenin bir hükmüdür. <sup>38)</sup>

Bu şekilde tesbit edilen hukuk kaidesi kendisine lâzım olduğunu sandığımız vasıfları gösterir :

a) İtiraz götürmez bir normatiflik, çünkü *emri* mantıken saftır. Pozitif ilim karşısında haklı göstermek kaygusu harekî kuvvetini ağırlaştırmamıştır: "Bu olmalıdır,, çünkü "bunun iyi, güzel, doğru vs., olduğunda mutabıkız. Buna bize ilham veren ve akla, muakale edilmesine imkân olmadan kendini kabul ettiren gayetler sebeble kuvvetle inanıyoruz. En yüksek gayelerimizin "*nicin* ,,ini bize hiç bir nazariye anlatamaz. Yapabileceği tek şey bu gayelerin arationnel'liğini (yad ussallığını) göstermek ve böylece, başka gayeler arasında bir gayenin tek kıymet ölçüsünü teşkil eden, harekî kuvvetlerini azaltmaktır. Meratip silsilelerine gelince, onlar bir cemiyet içinde kendi kendine kururlar. Sırf pratik ve hareket sahasında bulunduğumuz için şunu ilâve edebiliriz: ferdler *inanabildiklerine* inandıkları prensibini takiben teklif ve kabul edilen, ferdi ve sosyal gayelerin çarpışmalarından, tevazün kanununun tesiri ile, normalar, hareket kaideleri, binaenaleyh hukuk kaideleri de, teessüs eder.

b) Tam bir objektiflik, çünkü sosyal bir hadise gibi mevcudiyeti, normatif hiç bir düşünce, hiç bir kıymet hükmü, hiç bir *emir* göz önünde tutulmadan tesbit edilmiştir. Müsbet veya mevcudiyeti iddia edilen şu sosyal kaide için bir hukuk kaidesidir diyoruz.

<sup>38)</sup> Bk. Corbu s. 60 - 61.

Çünkü teşekkülâtı, tekâmül ettiği saha ve normatif muhtevasının vasıfları itibarı ile hukuk kaidesinin teorik şartlarına uygun buluyoruz. Bir başka söyleyişle, hukuk kaidesi normatif muhtevasının gaiyeti hakkında her hangi bir ahlâksal takdire - ki bu takdir ancak subjektif olabilir - zıd olduğu için objektif görüyoruz.

Daha yukarda, gerçeklik hükümleri ile iktifa eden psikolojik şuurla, teessüriyetin güdümü altında tercihler yapan ahlâksal vicdan arasında bir ayırma yapmıştık. Ahlâksal vicdanca yapılan tesbitlerin sistem haline konulmasına *norma*<sup>34)</sup> denir. Norma bir hareket için icad edildiği, muayyen bir kaziye halinde yapılması lâzım geleni gösterdiği, fakat hareket sebebini ihtiva etmediği zaman *kaide* adını alır<sup>35)</sup>. En küçük bir inceleme bize bütün bu emirlerin ferdin ahlâksal vicdanında müratebe halinde bulunduğunu gösterir. Şu var ki bu müratebeyi teşkile sebeb olan kıymet hükümleri ferdlerin ahlâksal vicdanlarında derecelerine göre sıralanırlar ve bu sıralanmış ferdlerin dışında bir takım tesirler neticesinde olur. Birlikte yaşamaktan doğan sosyal tesirler, alınan terbiye, ananeler bu arada büyük bir rol oynarlar. Demek oluyor ki emirlerin hiyerarşileşmeleri her kesin keyfine kalmış bir şey değildir. Adeta cemiyet güdümü altında vukua gelir. Bu bizi mantıken şu neticeye götürür. "*Ferdî emirler müratebeleri (normalar ve kaideler) arasında birbirine benzeyen, uyan, birleşen ne varsa sosyal emirleri, sosyal norma ve kaideleri teşkil eder,*". Buna mukabil, bir ferdin emirler müratebesi ile sosyal emirler arasında uymayan, benzemeyen ne varsa bir hadde kadar bu ferdin ayrı şahsiyetini haklı gösterir. Fakat o hadden sonrası için topluluk tarafından bir karşı koma, hatta, had bu topluluğun yaşayışını bozacak surette aşıldımı, bir tenkil sebebi teşkil eder.

Sosyal kaideler tesisine yol açan ferdî emirlerin hiyerarşileşmesi muayyen bir cemiyet üyesi ferdlerin, bu kaidelere, sosyal hayatın gidişi üzerinde yaptıklarını sandıkları tesirlere bakarak, verdikleri önem derecelerine göre olur. Ahlâksal vicdanın atfettiği önem, psikolojik şuur tarafından tesbit edilen hakikî ehemmiyete nazaran yanlış bir takdir olabilir. O zaman birbirlerine yaptıkları fedakâr-

<sup>34)</sup> «Type concret ou formule abstraite de ce qui doit être, en tout ce qui admet un jugement de valeur: idéal, règle, but, modèle...» (A. Lalande, Vocab. technique, p. 521) (Corbu, s. 68).

<sup>35)</sup> Ibid., p. 595 (Corbu, s. 68).

lıklara dayanan bir tevazün husule gelir. Demek ki sosyal kaidelerin ahlâksal vicdanda hiyerarşileşmelerine işin sonunda hükmeden, tecrübe ile az veya çok tashih görmüş, ideal, yani ülküsel bir donedir.

İşte böylece hareket tarzı kaideleri basamaklarının en altında giyinme, konuşma tarzları gibi basit *moda* lar, daha yukarda ahlâk kaideleri ve en üstte de *hukuk* kaideleri bulunur. İnsan modaya boyun eğmezse nihayet gülünç olur. Ahlâk kaidelerine gelince onlara riayet edilmesi istenilir. Fakat hukuk kaideleri mecburîdir. İnsan dışında çok kuvvetli müeyyedeleri vardır. Bir formül ve o düsturun önemine uygun bir müeyyede... İşte kaidelere boyun eğdirmek için cemiyetin aldığı tedbir.

Düstura yakından bakılacak olursa, önemli kaideler için şarta bağlı bir emir, bazı ahlâk kaideleri ve bütün hukuk kaideleri için de kesin (kat'i) bir emirdir. Müeyyedeye gelince şarta bağlı emir "doğru bir done'ye dayanıyorsa,"<sup>86)</sup> müeyyedesini kendisinde taşır. Çünkü o bir gayeye erişmek için gösterilmiş bir vasıtaadır. Bu gösterilen vasıta elde edilmesi istenen neticenin hakikaten sebebi ise, şarta bağlı emrin müeyyedesini elde edilmesi istenen neticenin husul bulmaması teşkil edecektir<sup>87)</sup>. Halbuki kat'i emrin müeyyedesini, kaideye saygıyı çoğaltmak ve tesirini lemin etmek için insanın haricden müdahalesine muhtaçtır. Ferd kat'i emrin müeyyedesini hissettiği, anladığı zaman bu, şarta bağlı bir emirle birleşir ki içden gelen bir emir olduğu için bahis mevzuu olan kaideye riayeti kuvvetlendirecek bir mahiyettedir: "Öldürme," ve "eğer cezaya uğramamak istiyorsan öldürme,,"

Yazmış olduğumuz şu satırlar yeni bir tesbite yol açar. "*Hukuk kaidesi, içinde tesbit edildiği cemiyet hayatına en zarurî kaide,*" dir. Fakat bu bir kriteriyom teşkiline yetmez. Ferdler muhtelif cemiyetlere mensub olabilirler. Bu muhtelif cemiyetler içinde hukuk kaideleri "en zarurî," olanlar şeklinde tecelli ederse, bütün bu cemiyetler onlara birer düstür ve müeyyede ile riayet ettirmek isteyeceklerdir. Pratikte bu cemiyetler üst üste yer tuttıkları için bir sürü "hukuk kaideleri," karşısında kalınacak ve bu kaidelerin

<sup>86)</sup> Bk. R. Capitant, ad. kit. s. 13 sq., 50 sq. 89 sq.; kesin emir (imperatif catégorique) ve şarta bağlı emir (impératif conditionnel) hakkında. (Corbu, s. 71).

<sup>87)</sup> Ibid, s. 51. (Corbu, s. 71).



zıdıklarından da güzel bir anarşi, sosyal intizamsızlık doğacaktır. Onların fevkinde bir otorite tanınsa bile nihayet iş bir kuvvet tevazününe dayanmış olacaktır ki kaçınmak istenilen de asıl budur.

Halbuki aynı ferdlar gurubu için yalnız sosyal kaideler müratebesi değil, fakat mümkün cemiyetler arasında da bir meratib silsilesi vardır. Sosyal kaidelerin hiyerarşileşmeleri nasıl oluyorsa cemiyetlerin müratebeleşmeleri de o şekilde teessüs eder. Ferd ahlâksal vicdanında, mensub olduğu veya erişmek istediği muhtelif cemiyetler arasında bir meratib silsilesi kurar. Bu hiyerarşileştirme ferdin cemiyetlere atfettiği önem derecelerine göre olur. Önemin büyüklüğü de, ferdin duyduğu gayeleri elde etmek imkânının, bu cemiyetler tarafından temin edilen, derecesine bağlıdır.

Cemiyetler müratebesindeki değişiklikler her an yapılan tatbikatın neticelerine göre değişir ve böylece bu hiyerarşi, ahlâksal vicdanın normatif donelerile psikolojik şuur tecrübelerinin şer'î doneleri müşterek dinamik bir tevazün sayesinde, nihayet teessüs eder. Bu ferdi müratebeleşmeler arasında müşterek olan bu mümkün cemiyetlerin sosyal kıymetler cetvelini teşkil eder. Ferdî gaiyetler hiyerarşileri arasında uygun olanların sosyal gayeleri temsil etmeleri gibi.

Halbuki sosyal gayeler önem cetvelinin en yükseğinde herşeyden önce takib ve tahakkuk ettirilmeleri icab edenler vardır ki böylece *zarurî gayeler* vasfına bürünürler. Bu zarurî gayeler bazı cemiyetlerde kolayca veya munhasıran onlarda gerçekleştirebileceklerinden adı geçen cemiyetler bu gayelerin şartlarını teşkil edecekler ve yine aynı sebebe dayanarak mümkün cemiyetlerin sosyal kıymetler cetvelinin, *zarurî cemiyetler* sıfatıyla en yükseğinde bulunacaklardır.

Bu zarurî cemiyetlerin intizamı ve iyi işlemeleri için sosyal kaideler teessüs eder. Ve bunların arasında, daha önce gördüğümüz sıra (processus) içinde nizamcı vazifesini en iyi bir şekilde ifa edebilecek gibi daha zarurî kaideler meydana çıkar ki bunlar hukuk kaideleridir.

Böylece psikolojik bir hadiseyi, insan şuurunda müratebeleştirilmiş ahlâksal gayelerin mevcudiyetini, tesbit ile başhyan ve şöyle bir tarif ile biten bir nazariye karşısında bulunuyoruz: « *Muayyen bir sosyal gurub için, hukuk kaidesi, üyelerinin en ön gayelerinin tahakkukuna elzem cemiyetin mevcudiyeti için zarurî kaidedir; üyelerinin şart gaiyetlerinin şart - cemiyetinin şart - kaidesi* <sup>38)</sup> ».

<sup>38)</sup> Pour un groupe social donné, la règle de droit est la règle nécessaire à l'existence de la société elle-même nécessaire à la réalisation des fins premières de ses membres : la règle - condition de la société - condition des finalités - condition de ses membres (Corbu, s. 74).

Şimdi aralarında zaruret münasebetleri tesis edilen bu üç unsur üzerinde biraz duralım. Gaiyet ferdle zaruret münasebetindedir. Çünkü ferdin psikolojik ve ahlâksal şuur taşıyan bir insan gibi mevcut olabilmesinin şartıdır. Sonra gaiyetlerin sosyal müratebesine göre, bir cemiyet üyelerinin en önce gerçekleştirilmelerini istedikleri bu gayeler (şart iken) meşrut olurlar ki onların şartı da, bu cemiyet çevresi içinde bu gayelerin en kolay gerçekleştirilmelerine imkân olan, yalnız bu cemiyettir. Bu şartlı cemiyetle, mevcudiyetine imkân veren şart sosyal hareket tarzı kaidesi veya kaideleri arasında üçüncü bir zaruret münasebeti vardır.

Bu kriteriyoma göre bir ahlâk kaidesinin bir hukuk kaidesi teşkil ettiğini veya etmediğini ancak daha yukarda tesbit edilen zaruret münasebetleri çevresi içine girip girmediğine bakarak söylemek kabildir. Bir tabii hukuk kaidesi veya teşriî bir hüküm için de bu böyledir. Eğer herhangi bir teşriî hüküm bu zaruret münasebetleri dışında kalırsa nihayet bir otorite hükmünden ibaret bulunur ve ona ancak bu otorite devam ettikçe riayet edilir. Bu bir vakıa vaziyetidir. Hukuk durumu değildir.

Demek oluyor ki hukuk kaidesinin fenomenolojik mevcudiyet şartları şunlardır: 1- her insan gurubunda mündemic sosyal yoldan müratebeleştirilmiş bir gaiyet, 2- Bu gayelerin kendi hiyerarşik nizamları altında gelişmeleri için zarurî bir muhit olacak muayyen bir cemiyet. Bu sonucuyu aynı gurup üyeleri için mümkün öteki cemiyetlerden ayırmak maksadile *zarurî cemiyet* adı ile anacağız. Madem ki bu unsurlardan birincisini mündemic saydık, üzerinde durmağa lüzum görmüyor, ikincisine geçiyoruz:

Yukarda dedik ki zarurî cemiyet sosyal gayeler cedvelinin en üstünde bulunan gayelerin tahakkukunu şartlayandır. Burada altı çizilmesi lâzım gelen bir nokta varsa o da ahlâka dayanan bir müratebeleştirilmenin bahıs mevzuu olmadığıdır. Tersine bir müratebeye esas olan hayatî zaruretlerdir. Bu, üyelerinin hayatını temin eden cemiyetin hiç şüphesiz o üyeler için zarurî bir cemiyet ve o cemiyetin mevcudiyetini temin eden, başka sosyal kaideler arasında, uyulmaları en önemli olan hareket tarzı kaidelerinin de hukuk kaideleri olduklarını söylemek demektir.

Şeklen kanunun, teşriî bir hükmün yukarda anlatılan hukuk kaidesine açıktan açığa muhalif olduğunu farzettiğimiz takdirde ne gibi bir vaziyet hasıl olacaktır? Bu muhalif teşriî hüküm sert kuvvet yolu ile mecburî kılındığı müddetçe duracak ve dayanağından mahrum olduğu ande ayaklar altına alınacaktır. Demek oluyor ki

bu şekilde anlaşılan hukuk kaidesi pozitif hukuktan yüksek, sosyal bir gaiyetten doğduğu için normatifliği tam ve formüllemesi için lâzım olmadıklarından şahsî kıymet hükümlerinin işe karışmasından, subjektif hükümlerden uzak bulunması dolayısıyla objektifliği söz götürmez, hakikî bir objektif hukuk gibi gözükmetedir. Vakıaların zarurî münasebetleri gibi kendini mecburî kılan hukuk kaidesi için şahsî tefsirlere yol açan, iyi, doğru fikirlerine baş vurmağa lüzum yoktur.

Açıkça görülüyor ki teklif edilen kriteriyomun yalnız nazari bir faydası vardır. Mevcut sosyal kaidelerin hukukiliklerini takdire, onları hukuk kaidesi olanlar veya olmayanlar diye birbirlerinden ayırmağa fiilî bir şekilde hizmet edemez.

### III

Buraya kadar *Adrien C. Corbu*'nün fikirlerini adım adım takip ettik. Hücum ettiği nazariyeleri gördük. O nazariyeler hakkında yaptığı tenkidleri haklı bulduk. Hatta çok değerli Profesörümüz *Karl Strupp*'un izlerinden geçerek yürüdüğümüz pozitificilik yolu için söylediklerini de pek yanlış bulmadık. Fakat Corbu'nün eseri bizi pozitificilikten vaz geçirecek ve kendi yoluna bağliyacak kadar inandıramadı. Yazımızın sonunda bu meseleye tekrar dokunmağı düşündüğümüz için bize teklif ettiği kriteriyomun tenkidine geçiyoruz. Acaba Corbu'nün öne sürdüğü ölçü gerçekten iddia ettiği kadar objektif midir? Acaba başkalarına bulduğu kusurlar bu kriteriyom için de mevcut değil midir?

Corbu'nün tezini şu iki noktada hulâsa etmek mümkündür: hukuk kaidesi bir gurub üyelerinin çok açık bir şekilde *mevil* ettikleri *inan*'dan tahassül eder. Bu şekilde anlaşılan hukuk kaidesi objektiftir. Çünkü faraziye itibarı ile kollektif hukukî şuurun isteklerine cevap vermektedir. Kollektif şuurun isteklerine yön veren en büyük unsurda hayatî zaruretlerdir. Gaiyetler ve zarurî cemiyetlerin hiyerarşileşmeleri hayatî zaruretlere dayanarak vukua geleceklerdir. Yalnız havatî zaruretler ne demektir? Bu iki söz içine neler sığmaktadır? Ferdin hayatını temin ve muhafaza eden cemiyet ferd için zarurî cemiyettir ve bu cemiyetin mevcudiyetini temin eden hareket tarzı kaideleri de hukuk kaideleridir demek kâfi midir? Ferdin ve cemiyetin hayatını temin edecek olan nihayet biyolojik kanunlar mıdır? Ferd ve cemiyetin hayatını temin eden kaidelerin hangi kaideler olduğunu ne ile ve nasıl tesbit edeceğiz?

Hayatî bir zarureti takdir ferd hayatının ve cemiyet hayatının biyolojik kaidelerini tedkik sayesinde mi olacaktır? Biyolojik kanun temayül, ülkü, bir sona erişmek isteği gibi duyguları tanımaz ki. Halbu ki bunları da hesaba katmak lâzımdır. Fayda ve adalet düşüncelerinin, sosyal kaidelerin tatbikine imkân vermek hususunda, oynadıkları çok önemli rolü inkâr yersiz olur. O halde hayatî zaruretleri tayinde kapudan kovulan kıymet hükümleri pencereden gireceklerdir. İyiye, güzele, doğruya koşmak insan için hayatî bir zarurettir. Maşerî hukukî şuur, içine sübjektif unsurların karıştığı hayatî zaruretlerin güdümü altında bir yön alacaktır. O halde Corbu'nün sistemi de tabii hukuk nazariyeleri hakkında yapılan tendiklere maruzdur. İyi, güzel ve doğru mefhumları üzerinde ittifak olmadığı için Corbu'nün sisteminde de tam bir objektiflik yoktur. Yok eğer hayatî zaruretleri tesbit için yalnız biyolojik kanunlarla iktifa edilecekse o zaman da normatiflik ortadan kalkacak ve sistem sosyolojik nazariyelerin uğradıkları tenkidlerden kurtulamıyacaktır. "İlim tesbit eder. Emretmez,,. Tesbit edilen hayatî zaruretlere vakıalarından bir hedef kaidesi çıkarmağa imkân yoktur.

İşte Corbu'nün kurduğu sistemin zafını "hayatî zaruretlere,, çift sözünün boşluğu teşkil etmektedir.

Bir sistemi yıkmak elbette tarafçısı olduğumuz bir yolun doğruluğunu isbat etmek değildir. O halde pozitifciliğe karşı yapılan itirazlara cevap vermek mümkün müdür? Pozisyonunuzu müdafaa için ne gibi delillerimiz vardır?

Bu sualleri tedkike başlamadan önce pozitifcilik nedir sorgusu üzerinde durmak lâzımdır. Bütün pozitifcilerin içinde en önde yer tutan çok değerli hocamız *Karl Strupp*'a göre ferd hukukî şahsiyetini Devlettten alır. Ancak Devlet iradesidir ki ferde hukuk önünde bir varlık verebilir. Bu itibarla hukuk kaidesini teşkil edebilecek ancak kanundur. Arsiulusal alana yayılan da aynı fikirdir. İki veya daha fazla Devlet kendi iradelerile kendilerini ittibaa mecbur edecek kaideleri tesbit ettikleri vakit hukuk kaideleri karşı sında bulunurlar.<sup>89)</sup> Demek oluyorki hukuk nizamını doğuran yalnız Devlet otoritesidir. Böylece pozitifcinin elinde hukuk kaidelerini

<sup>89)</sup> Bk. Karl Strupp, *Eléments du droit international public universel, européen et américain*, 2e ed. 1930. p - 4

başka kaidelerden ayırabilmek için pratik bir ölçü bulunacaktır. *Yasa*.

Yasa söylendiği gibi kuru bir emir değildir. O, aksi sabit oluncaya kadar, muayyen bir cemiyetin, muayyen bir yerde ve muayyen bir zaman için duygusuna, ülküsüne, menfaatlarına uygun sosyal icabları ifade eder Sosyal icaplara uymayan yasa tatbikten düşer, yahut kaldırılır. Bir yasanın sosyal icablara uygun olmadığı hadiselerden belli olur. Bu hususta ahlâk ve sosyoloji büyük bir rol oynarlar. Sosyoloji ferd ve cemiyet hayatına ait kanunları araştırır. Ahlâk insanları iyiye, doğruya, ( hakka ) ulaştırmağa çalışır. Bu çalışmalardan doğan fikir cereyanları bizim haberimiz olmadan içimize siner, kafalarımıza yerleşir. Biz duymadan bizim malımız olan bu fikirler ferdî izharlarla maşerî şuura geçer ve müşterek hukukî şuuru teşkil ederler. Müşterek şuurun emirleri de nihayet yasa şeklinde tebellür eder, Yani hukuk kaidelerini meydana getirir. Bu Devletin hukuku *yaratmadığını* yalnız ifade ettiğini söylemek demektir. İlim olanı tedkik eder. O halde hukuk bilgini ilim alanının dışına çıkmamak istiyorsa pozitif ve mevcut hukuku tedkik etmeli ve başka bilimlerin sahalarına geçmemelidir. Fert cemiyet hayatının zarurî münasebetlerini tesbit eylemeği sosyolojiye hukuku açacak, geliştirecek, insanın akıl sahibi tabiatına uygun bir hale sokacak tesirleri *hukuk ahlakına* bırakmak en doğru yoldur. *Hak* nihayet ve nihayet bir hareketin doğru veya yanlış olduğunu tayin eden insanların değişgen ve subjektif duyguları değil midir? O halde Dr. René Allendy'nin dediği gibi<sup>40)</sup> objektif, kesin bir kriteriyom aramak boştur. Mutlak nısfet, kendiliğinde adalet, erişilemeyen, tarif edilemeyen, bir ülküdür ve öyle kalacaktır. İşte bunun için şu satırları yazan da pozitifcidir.

**Dr. ORHAN ARSAL**

*Devletler Umumi Hukuku Doçenti*

<sup>40)</sup> Dr. René Allendy, justice interieure, Denoel et Steele, Paris, 1931.