

ŞE'NİYETÇİ TELÂKKİLERE KARŞI, SÛRÎ BİR HUKUK TELÂKKİSİNİN MÛDAFAASINA TEŞEBBÛS

Yazan:

Doçent. Dr. Mehmet Ali Aybar

Âlim hocam Ali Fuad Başgil'e

İnsan, modanın esiridir. Giyinmemiz gibi, fiillerimiz, düşüncelerimiz, telâkkilerimiz de hep zamanın modasına uyar. Bu meyanda ilim de modaya tâbidir. Bakarsınız bir Newton cazibe kanununu bulur; astronomiden biyoloji ve psikolojiye varıncıya kadar bütün ilimler muayyeniyetçiliğe meylederler. Bakarsınız bir Heisenberg mikrokozmda illiyet kanununun carî olmadığını söyler; hemen yeniden bir sırrılık havası eser; ilâhiyatçılar harekete geçerler; hattâ iş irade muhtariyeti prensipinin elektron ve protonlara tatbikine kadar götürülür (1).

Evet bu ve buna benzer değişikliklerin hakikat uğrunda yapıldığı beyan olunmaktadır. Lâkin, mesele, teferrüatın üstüne çıkılarak mütalâa edilecek olursa görülür ki, hakikat, insanın kâinata bakış ve manâ verişindedir; ve bu bakış ve manâ veriş değiştikçe, hakikat te değişmektedir: «O mahâler ki derya içindedir, derya nedir bilmezler». Şu halde hakikate yaklaşmak için yapıldığı söylenen bu değişikliklerde de, demek oluyor ki, modanın menşe ve sebepleri karanlık temevvücatının damgası vardır.

Son asırlar zarfında, ilmin tedricen uyduğu moda şe'niyetçilik olmuştur. Hususile XIX uncu asırdan itibaren, tabiat ilimlerinin



(1) *Bertrand Russell*, bazı mütefekkirlerin, ezcümle *Eddington* ve *James Jeans*'in *Quanta*'lar nazariyesine dayanarak, irade muhtariyeti prensipine ve dolayısıyla dine ilmi bir esas bulmağa çalıştıklarını iddia eder. (*The Scientific Outlook*).

Eddington'un bu ithamlara verdiği cevap, kanaatimizce, bilhassa *Russell*'in yanılmadığını göstermek itibarıyla şayanı dikkattir. Bakınız:

Sir Arthur Eddington - Les Nouveaux Sentiers de la Science - Paris, 1936, s. 397 ve müt.

fevkalâde terakki etmesi üzerine, ilme, münhasıran tabii hâdisele-
rin ve bunları idare eden kanunların, yani kısaca şe'niyetlerin bil-
gisi nazarile bakıldığı cihetle, bir bilginin ilim addedilebilmesi için,
mutlaka objektif bir mevzua taallük etmesi lâzımgeldiğine inanıl-
mıştır.

Esasen, ötedenberi felsefede, bilgi meselesi, bu telâkkiye hiç te
yabancı olmayan bir şekilde vazedilegelmiş bulunduğundan (2), il-
min şe'niyetçi telâkkisi müşkülâta tesadüf etmeden tutunmuş, hele
Comte tarafından sistem haline getirildikten sonra, âdetâ bir nas
kudret ve kuvveti iktisap etmiştir.

Filhakika, XIX uncu asırda, bütün ilimler, mevzularının böyle
bir teşebbüse elverişli olup olmadığına bakmaksızın, yeni modanın
icaplarına uymağa çalıştılar. Tabiat ilimlerini takiben, düsturi ilim-
lerin, hattâ riyaziye ve mantığın bile, geçen yüz yıl içinde açıkça
şe'niyetçiliğe teveccüh ettikleri görülür: Bir John Stuart
Mill'in çıkıp riyazi formüllerin, bir Herbert Spencer'in de
tenakuz kanununun, tecrübî mutalarla elde edildiğini ispata kal-
kıştıkları hatırlansın...

Bizi asıl alâkadar eden düsturi ilimlere gelince, *olanla* değil,
olması lâzım gelmele iştigal ettikleri için, bu bilgilerin şe'niyetçi-
likten müteessir olmamış bulunmaları, vehleten insana daha mülâ-

(2) Eski filozoflara göre, hakikat, zaman ve mekândan münezzehtir
olup ezeldenberi mevcuttur. Beşeri hakikatler, bu ezeli hakikate yakınlık-
lıklarıyla ölçülür.

Yeni filozoflar için de vaziyet aşağı yukarı böyledir. Gerçi, eskiden
olduğu gibi, hakikatın zaman ve mekân haricinde bir mevcudiyeti oldu-
ğu artık iddia edilmiyor. Fakat hakikat yine objektif mahiyetini mu-
hafaza etmektedir. Filvaki hakikat, bazılarında nazaran ruh veya fikir,
bazılarında nazaran madde, nihayet son zamanlarda Russell gibi bazı
mütefekkirilere göre de *stuff* denilen *neutre* bir şey olmak itibarıyla, keş-
fine uğraşılan hakikatın, bilgiye mütekaddim ve objektif olduğu aşikârdır.

Hattâ Kant'ın intikadi felsefesi bile vaziyeti değiştirmiş değildir. Her
ne kadar Kant, ferdin rolünü tebarüz ettirerek, bilginin, süje ile obje
arasındaki münasebetin ifadesi olduğunu meydana koymuş ise de, haki-
katin beşeri tecrübeye esasen mündemiç olduğunu söylemekle, nihayet
o da, hakikate objektif bir mahiyet izafe etmiştir.

Hulâsa, felsefede bilgi meselesi, haricteki hakikatle, bu hakikatın in-
sanlar tarafından kavranması şeklide vazedilmiş olduğundan, bu telâk-
kinin, XIX uncu asırdan zamanımıza kadar gidegelen ilim telâkkisiyle bü-
yük bir müşabehet, hattâ teferrüata ait bazı farklardan kat'an nazar, tam
bir ayniyet arzettiğini söylemek mümkündür.

yim gelirse de, hakikat yukarıda söylediğimiz merkezdedir. Ahlâk ve hukuk ilimlerinin de umumî cereyana uyduklarını anlamak için, nazariyelere, sathî de olsa, bir göz atmak kâfidir.

Şe'niyetçi karakteri bariz şekilde görünen sosyolojik mektep, ahlâka hususî bir zaviyeden baktığı için, bir tarafa bırakılsa da, — bu mektebin, ahlâk kaideleri vazetmeyip, sade ahlâkiliği yaratan fikir, akide, his ve temayülleri, tarihi ve tahlilî bir şekilde mütalâa ettiği malûmdur — evet, sosyolojik mektep bir tarafa bırakılsa da, *faydacılık, tekâmülcülük ve kantçılık* etiketleri altında toplanan, modern klâsik ahlâk nazariyelerinde şe'niyetçiliğin izlerini keşfetmek güç değildir. Şöyle ki: Ahlâkın temeli, iyi ile faydalı arasında fark gözetmeyen faydacılarda, ya ferdî, ya kollektif menfaat fikrinde; tekâmülcülerde, fert ile cemiyetin karşılıklı intibaklarını icap ettiren, içtimâî ve fizik kanunlarda; kantçılarda, iptidai, nev'i kendine has, gayrı kabili irca bir vakıa olan mahz vazife fikrinde; nihayet, bu üç sistem haricinde kalan ve menşei dinî olan nazariyelerde de, ahlâkın esasî ilâhî iradede bulunduğuna göre, demek ki muhtelif nazariyeler, ahlâk kaidelerinin, ahlâkî diyebileceğimiz şe'niyetlere istinat ettiklerini ve ahlâk ilminin bu şe'niyetleri keşfile mükellef bulunduğunu kabul hususunda müttefiktirler. Her nazariyenin bu şe'niyetleri ayrı yerde aramış olmasını, tezimiz bakımından ehemmiyeti yoktur.

O tarihlerde şerhçilik sanatı olmaktan yeni kurtulan hukuk ilmi de şe'niyetçiliğin cazibesine kapıldı. Filhakika hukuka temel arayan nazariyelerin itilâf ettikleri yegâne nokta, hakikî bir ilim olmak için, hukukun da şe'niyetlere dayanması icap ettiği hakkındaki fikirdir. Gerçi ahlâkta olduğu gibi, hukukta da, her nazariyenin şe'niyet diye kabul ettiği şey başka başkadır: Tabii hukuk taraftarları şe'niyeti, ferdin bizatihi gaye ve mutlak bir kıymet olması fikrinde; tarihi mektep, coğrafi, tarihi, ırkî âmillerin tesirile yuğrulan halk şuurunda; sosyoloğ hukukçular, mezheplerine göre, kâh ferdî vicdanlar haricinde bir mevcudiyeti bulunduğu iddia edilen ma'serî vicdanda; kâh ferdin tesanüt ve adalet duygularında; kâh, içtimâî tesanüt vakiasında; marksçılar da, şe'niyeti, yalnız iktisadî hâdiselerde gördüler. Hukukun doğru bir tarifini vermekle işe başlayan pozitivistler ise, tariften çıkan hudutların aşıldığını farketmeden, hukukun esasını, bir şe'niyet farz olunan devletin veya devletlerin birleşen iradelerinde buldular.

Fakat ahlâk için söylediklerimizi tekrar ile diyelim ki, her na-

zariyenin şe'niyeti başka yerde aramış olması iddiamız bakımından ehemmiyeti haiz değildir. Ehemmiyetli olan nokta, ilimlerini kurmak için hukukçuların da, şe'niyetlere dönmüş olmalarıdır.

Bu vesile ile şe'niyetçiler meyanında sayılmayan bir müellifin, François Geny'nin fikirlerini zikretmek isteriz.

Bilindiği gibi bu âlim hukukçu *Science et Technique* nam muazzam eserinde, hukuku *muta* ve *münşa* (3) diye ikiye ayırdıktan sonra, hukukçunun faaliyet sahasını şöyle tesbit eder: Hukukşinas der, evvelâ, fizik ve psikolojik şe'niyetlerin, hukuka müessir olan an'anelerin, insanlığın bekası için elzem addedilen lâyetegayyer prensiplerin, nihayet hukukun terakkisini temin eden fikir cereyanlarının, topyekûnundan ibaret olan *mutayı*, yani bir kelime ile, hukukun maddesini keşfeder; ve ancak bundan sonradır ki, diye ilâve eyler, keşfettiği bu ham maddeden, mücerret fikirlerin, mefhum ve sanihaların yardımile, cemiyet hayatı icaplarını karşılayan prensipler, kaideler, meydana koyarak *münşayı* yani hukukun teknik kısmını vücuda getirir (4).

Sosyoloğ hukukçuların eserleri müstesna, şe'niyetçiliğin bu derece açık bir ifadesine tekrar tesadüf edebilmek için, belki fizik, kimya ve biyoloji treteleri karıştırmak icap eder.

İmdi, demek oluyor ki, muhtelif nazariyelerin tetkikinden çıkan netice şudur: Hukuk ilmi de, diğer ilimler, hususile tabiat ilimleri gibi, şe'niyetlerle uğraşır; şe'niyetlerin hukukî cephesini kavrayıp, sistem haline kor; hulâsa hukukî bilgiyi şe'niyetlere dayamağa çalışır.

Şe'niyetçi zihniyet, meseleyi başka türlü vazetmiş olmadığına göre, öyle zannediyoruz ki, bazı müelliflerin yalnız kendi sistemleri için varit gördükleri iddiayı genişleterek, XIX uncu asırdanberi, muhtelif nazariyelerle bütün hukukun, şe'niyetçiliğin izleri üzerinde yürüdüğünü söylemek mümkündür.

Fakat, şe'niyetçiliğin, tabiat ilimlerinde verdiği feyizli semereleri burada vermediğini de kaydetmek lâzımdır. Vaziyet bitaraf bir gözle tetkik edilince, bir asrı tecavüz eden mesailer neticesinde hukuka temel olarak bulunan esaslardan hiçbirinin münhasıran kabulle şayan olmadığı görülür. Hele bu kifayetsiz esasların tespiti için

(3) *Muta*'nın *le donné*'ye tekabül ettiği malûmdur; *Münşa*'yı da *le construit* mukabilinde kullanıyoruz.

(4) Bakınız: *François Geny - Science et technique en droit privé positif* - Paris, 1914, cilt I, s. 96 - 97.

bile, başka ilimlerin sahalarına tecavüz edildiği de nazara alınacak olursa, insanda, hukukun belki mahiyeti itibarile böyle bir teşebbüse müsait olmadığı fikri haklı olarak uyanıyor.

Esasen düsturi ilimlerin, hususile hukukun şe'niyetçiliği benimsemesinde, bir sun'ilik sezmemek de kabil değildir. Zira, tabiat ilimlerinde, şe'niyetlerden hareket edilerek bilgi edinilmiş olduğu halde, düsturi ilimlerde, bilâkis mevcut bilgi şe'niyetlere istinat ettirilmek istenmiştir. Bu nokta, şe'niyetçiliğin bu ilimler için lüzumsuz bir moda olduğunu göstermek itibarile fevkalâde mühimdir.

Lâkin, artık bugün, şe'niyetçilikte ısrara da hacet kalmadı. İlim telâkkisinin modası değişiyor. Bir bilginin ilim addedilebilmesi için, mutlaka şe'niyetlerin ifadesi olmasına lüzum görülüyor. Şe'niyetlerle alâkasızlığı tebeyyün eden bilgilere, riyaziye ve mantığa, ilimlerin en müspeti nazarile bakılıyor.

Binaenaleyh ilmin bu yeni telâkkisine göre, hukuka, şe'niyetçi zihniyetin tayin ettiği zaviyenin dışından da bakmak mümkün olacak demektir. İşte burada biz, yeni telâkkilere dayanarak, şe'niyetçi hukuk nazariyelerine karşı, surî bir hukuk telâkkisini müdafaaya teşebbüs edeceğiz.

*
**

Malûm olduğu veçhile, son felsefi cereyanlara nazaran (5), ilim, sıhhati tahkik edilebilen manâlı ifadelerin vücuda getirdiği bir sistem olarak kabul edilmekte ve bu sistemde yer alan ifadelerin sıhhati, *yaşanan tecrübeler* (6) kıyasen tahkik olunmasına veya hut bunların sıhhati aklı veya itibarî esaslara uygunluklarından

(5) Bu bahsi alâkadar eden bibliyoğrafik malûmat bundan evvel inişar eden bir yazıda verilmişti. Okuyucularımızın o yazımıza müracaatları rica olunur:

Hukuk ilminin marifet nazariyesindeki mevkiî ve hukukun bünyesi ve tekâmül seyri - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mecmuası - İstanbul, 1941, cilt VII, sayı 1, s. 325 - 326.

Ayrıca, aşağıdaki iki eserde mücmel malûmat bulunduğunu da kaydetmek isteriz:

Otto Neurath - Le développement du Cercle de Vienne et l'avenir de l'empirisme logique - Paris, 1935.

Le General Vouillemin - La logique de la Science et l'école de Vienne, Paris, 1935.

(6) Evvelce *expérience vécue* mukabilinde *yaşanılmış tecrübe* tabirini kullanmıştık. Halbuki, Viyana mektebi tecrübenin tam mânasile *actuelle* olmasını istediğinden, buna *yaşanan tecrübe* demenin daha muvafık olacağını düşünüyoruz.

neşet etmesine göre de, ilim, *şe'niyet ilimleri* ve *suret ilimleri* diye ikiye ayrılmaktadır (7).

Meselâ, «her ısıtılan cisim inbisat eder» ve «iki kere iki dört eder», kaziyeleri müvacehesinde bulunduğumuz farzedilse, bu iki ifadenin sıhhatini aynı esaslar dairesinde tahkik etmek mümkün olmadığından, bunların ayrı ilim kategorilerine ithali lâzım gelir. Filhakika birinci ifadenin sıhhati, lâalettayin bir cismin hacmi, ısıtılmadan evvel ve ısıtıldıktan sonra ölçülmek suretile tahkik edildiği halde, ikincinin sıhhatini, muhtevası mücerredata taallük ettiği için, aynı şekilde tahkik etmek kabil değildir. Şe'niyetler âleminde ne iki, ne de dört vardır.

«İki kere iki dört eder» kaziyesi, *yaşanan tecrübelerle* teyit edildiğinden değil, fakat sadece, adet, darp, müsavat fikirlerine ve bu fikirleri temsil eden sembollerin tarzı istimalleri hakkındaki kaidelere riayet olunduğu için sahihtir.

Nihayet, yine yeni telâkkilere göre, ifadeler de ikiye ayrılmakta ve *şe'niyet ilimlerinin* ifadelerine *terkibî*, *suret ilimlerinde* tesadüf olunan ifadeler de *tahlilî* ismi verilmektedir.

Terkibî ifadeler, şe'niyetler hakkında malûmat ihtiva eden ifadelerdir. *Tahlilî* ifadelerde ise, şe'niyetlerden bahis yoktur. Bunlar malûmu tekrar ile iktifa ettiklerinden, aksi mütenakız olan ifadelerdir. Misalimizdeki «her ısıtılan cisim inbisat eder» kaziyesi *terkibî*, «iki kere iki dört eder» kaziyesi, de *tahlilî* birer ifadedir (8).

*

Yeni ilim telâkkisi hakkındaki şu umumî mülâhazalardan sonra, tekrar mevzuumuza avdetle, biraz evvel arz olunan esaslar göz

(7) Fazla tafsilât için ezcümle şu eserlere müracaat edilebilir:

R. Carnap - Le Problème de la logique de la Science, Science formelle et Science du réel - Paris, 1935.

Hans Hahn - Logique, mathematiques, et connaissance de la realité - Paris, 1935.

(8) Bu vesile ile *ifadelerin mânası* meselesine de temas etmek isteriz. İlimde yer alan ifadeler, sahih olduğu gibi mânalı da olmalıdır. Bunun için, ifadelerin yalnız âdi nahiv itibarile değil, aynı zamanda *mantiki nahiv* bakımından da kusursuz bulunmaları şarttır. Çünkü, yalnız âdi nahiv kaidelerle inşa olunan kaziyeler çok kerre ancak zahiren mânalı olduklarından, — bunlara *sözde kaziyeye* ismi verilir — ortaya sözde meselelerin çıkmasına — *sözde mesele* tabirini *pseudo-problème* mukabilinde kullanıyoruz — ve neticeten metafiziğe gidilmesine sebebiyet verirler.

Bilfarz, şu iki kaziyeye de âdi nahiv bakımından hatasızdır: «Kitabın

önünde tutularak, hukukun bu ilim kategorilerinden hangisine mensup olduğunu tayine çalışalım.

Şayet hukuk bir ilim ise, — sıhhati tahkik edilebilen manâlı ifadelerin vücuda getirdiği bir sistem olduğuna göre, hukuk bir ilimdir — onun da ya *şe'niyet ilimleri*, yahut *suret ilimleri* meyânında yer alması zarurîdir.

sikleti iki kilodur»; «yalancılığın sikleti iki kilodur». Halbuki, bunlardan yalnız birincisi mânalıdır. Kelimeleri kategorilere ayıran ve inşai kaidelerden başka tahvile müteallik kaideler de vazeden *mantıkî nahiv*, sikletin kitapla terkibine cevaz verdiği halde, yalancılıkla terkibine cevaz vermez.

Bu basit misalde mânasızlık hemen göze çarpıyor. Lâkin, mânasızlığı her zaman böyle kolayca farketmek kabil olmaz. *Mantıkî nahiv* bakımından sakat ifadelerle ortaya atılan öyle mânasız meseleler vardır ki, insana ciddi birer mevzu zehabını verirler. Böyle hallerde mânasızlığı meydana çıkarmak için *mantıkî sembolizm*'in riyazi dilini kullanmaktan başka çare yoktur.

Carnap'ın verdiği bir misali, adem meselesini ele alalım. Metafizik meseleyi şöyle vazeder :

«Mevcutatın dışında ne var? Mevcudatın dışında adem var... Adem nedir? Ademi arayalım!..»

İlk nazarda, ademin de pekâlâ aranabileceği, yani ademi aramanın da ilmi faaliyet mevzuu olabileceği zannedilir. Fakat mesele, günlük lisan yerine, *mantıkî sembolizmin* dilile vazedilince iş değişir. Meselenin tamamını sembolik lisanla ifadeye imkân yoktur. Dikkat edilince görülür ki, bu imkânsızlığın başlangıcı, mânasızlığın da mebedidir.

«Mevcutatın dışında ne var? Mevcudatın dışında adem var...» sual ve cevapları, sembolik lisanda, $\neg (\exists x). d(x)$ formülü ile ifade olunur. Hariçte x nev'inden bir şey yok demektir. *Mantıkî sembolizm* meselenin diğer kısımlarını ifadeden âcizdir. Fakat, mütebaki kısım da esasen mânasızdır. Filhakika x in yokluğu bir kere kabul edildikten sonra, artık mevcut olmayan x nedir? diye sual sormanın mânasız ve mevcut olmayan x i taharri etmenin de abes olduğu aşikârdır.

Bu çeşit hatalar, günlük lisanda yokluğu beyan için kullanılan kelimelerin birer *şey* sayılmasından ileri geliyor. Misaldeki *adem* kelimesi bir *şey*'dir; varlığı yokluğu bahis mevzuu olabilecek bir *şey*... Halbuki, *mantıkî nahiv*'e istinat eden sembolik lisanın, böyle bir hataya düşmesi mümkün değildir.

Hulâsa, yeni telâkkilere göre, metafiziğin halline uğraştığı bütün meseleler, hep *sözde meseleler*'dir. Hattâ *sözde meseleler*'e tabiat ilimlerinde bile tesadüf olunur. Bunları arayıp bulmak ve ilimde mânasız ifadelerin yer almasına meydan vermemek, felsefenin vazifesi, hem yegâne vazifesidir. Fazla tafsilât için bakınız:

R. Carnap - La Science et la Metaphysique devant l'analyse logique du langage - Paris, 1935.

Acaba bir asrı tecavüz eden bir zamandanberi, sistematik bir şekilde iddia edildiği gibi, hukuk bir şey-niyet ilmi midir?

Bu suali yeni ilim telâkkisi bakımından şu şekilde sormak daha muvafık olur: Hukukî ifadelerin sıhhati, acaba *yaşanan tecrübeler* kıyasen mi tahkik olunur?

Suale hiç tereddüt etmeden menfi cevap verebiliriz. Zira, hukuk ilmi denilen sistemde, bir tek ifade yoktur ki, sıhhati *yaşanan tecrübeler* kıyasen tahkik olunsun...

Vehleten, bu iddianın aksini teyit eder gibi görünen, ceza hukukunun en karakteristik ifadelerinden birini, Türk Ceza Kanununun: «Her kim bir kimseyi kasden öldürürse on beş seneden on sekiz seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur» diyen 448 inci maddesini alalım.

Bu ifadenin sıhhatini tahkik için *yaşanan tecrübeler* yani, şey-niyetler âlemine mi teveccüh edeceğiz?

Hukuk ilmince kabul edilen esaslar bir an için nazara alınmasa bile, böyle bir teşebbüsün müspet netice vermeyeceği meydandadır. Çünkü ısıtılan cisimlerin inbisat ettikleri gibi, tabiatte, kasden adam öldürenlerin — Cenabı Hakkın lâneti müstesna — otomatik olarak mücazata maruz kaldıkları, daha doğrusu, ifademizdeki sarahate binaen, muayyen bir müddet için hürriyetlerinin tahdit olunduğu vaki değildir. Katil fiili ile, hürriyetin tahdidi keyfiyeti arasındaki rabıta, tabii bir illiyet rabıtası olmayıp, sun'î bir illiyet rabıtasıdır.

Gerçi, her nekadar sosyoloğ - hukukçular, mezkûr ifadenin sıhhatini, katil fiilini takip eden içtimai aksülâmelerin tayin eylediğini söylerler ise de, sarîh ve sabit muhtevalı ifademizin sıhhatini, şiddeti ve şekli mütehavvil olan, içtimai aksülâmel hâdiselerine kıyasen tahkike imkân bulunmadığı aşikârdır.

Kaldı ki, hukuk kaidelerinin ittifaka yakın bir ekseriyeti için bu kabilden dahi bir mesnet gösterilemez: Usul hukukuna ait kaideler, Medeni Kanununun evlenmeğe, mirasa, aynı haklara müteallik hükümleri, Borçlar Kanunu gözönüne getirilsin; bunların sıhhati hangi aksülâmele, daha iyisi, hangi içtimai vakıya kıyasen tahkik olunur?

Hulâsa, hukukî ifadeler şey-niyetlere değil, şey-niyetler hukukî ifadelerine uyar; yahut uydurulmak istenir. Bilfarz «her kim bir kimseyi kasden öldürürse on beş seneden on sekiz seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur» diyen bir hukuk kaidesi mevcut olduğu içindir ki, her kasden adam öldürenin hürriyeti tahdit edilir.

Hukuk ilminde yer alan bütün ifadeler için vaziyet aynıdır. Bunların hiçbirisi sıhhatlerini *yaşanan tecrübeler* medyun değildir.

Ohalde hukukî ifadelerin sıhhati nasıl tahkik olunur? Bir hukuk kaidesinin muteberliğini tayin eden esaslar nelerdir?

Hukuk ilmile yaşıt bir teamüle nazaran, hukukî ifadelerin, yani hukuk kaidelerinin sıhhati, yani muteberliği, salâhiyetli bir uzuv tarafından muayyen bir usul dairesinde vazedilmiş olmalarından neş'et eder. Salâhiyet ve usul de, yine bir kaide ile tayin edilmiş bulunduğundan, neticeten, her hukuk kaidesi, mukaddem ve muteber diğer bir hukuk kaidesine atfedilmekle muteber olur.

İkinci derecede ehemmiyetli olmakla beraber, şayet mukaddem kaidede muhteva hakkında bir hüküm varsa, ayrıca, kaidenin muteber addedilebilmesi için, gerek lâfzan, gerek ruhan, mukaddem kaide muhtevasına münafi hükümler ihtiva etmemesi de lâzımdır. Fakat bu şart, söylediğimiz gibi tâlî derecede ehemmiyetlidir. Filhakika bir hukuk kaidesi, mukaddem ve muteber diğer bir hukuk kaidesinin bahşettiği salâhiyet ve tayin eylediği usul dairesinde vazolundu mu, muhtevası bu kaide muhtevasına uymasa dahi muteberdir. Tâ ki, yine aynı kaidenin tayin ettiği salâhiyet ve usule göre ilga oluna... Salâhiyet ve usulün hukuk ilmindeki bu üstünlüğü, hukuk kaidelerinin *mevzu* olmalarının bir neticesidir.

Böylece, muteberliklerini birbirlerine medyun olan hukuk kaideleri, müşahhas ve ferdîden, mücerret ve umumîye gitmek üzere, nihayet, bu kademeli sistemde yer alan bütün kaidelerin, bilvasıta veya bilâvasıta muteberliklerini tayin eden, tek bir kaideye dayanırlar. Düsturi âlemin mebdinde bulunmak itibarile, bu kaideye *menşe düsturu* ismi verildiği malûmdur.

Menşe düsturuna, yakınlıklarına göre, muhtelif kademeler işgal eden hukuk kaideleri, muteberliklerini medyun buldukları bir üst kademeye nazaran, hukukun tatbiki; ve fakat, muteberlik şartlarını tayin ettikleri bir alt kademedeki kaidelere göre de, hukuk menbaı sayılırlar. Bu esasın tek bir istisnası var: Muteberliğini hiçbir kaideden almıyan «*menşe düsturu*», kelimenin en şümüllü manâsile, münhasıran hukuk menbaıdır (9).

(9) Hukukta ötedenberi tatbik edilegeldiğini söylediğimiz bu usul, bilindiği gibi, son zamanlarda Prof. *Hans Kelsen* tarafından sistem haline komuştur. Biz burada sistemin umumî hatlarını çizmekle iktifa ettik. Fazla malûmat için *Kelsen*'nin hususile şu eserlerine müracaat olunabilir: *Allgemeine Staatslehre* - 1925.

Demek oluyor ki, biraz evvel misal diye aldığımız Türk Ceza Kanununun 448 inci maddesinin muteberliği tahkik edilmek lâzım geldiğinde, mezkûr kanunun, mukaddem ve muteber diğer bir hukuk kaidesince, yani, Teşkilâtı Esasiye kanununca, salâhiyetli sayılan bir uzuv tarafından muayyen usul dairesinde sevk edilmiş olup olmadığına ve bir de Teşkilâtı Esasiye kanununun lâfzına ve ruhuna aykırı hükümler ihtiva edip etmediğine bakılacaktır.

Hukukî ifadelerin sıhhatini tahkik için, hukuk ilmince kabul olunan usul, işte budur.

İmdi, *menşe düsturu* etrafındaki münakaşalar bir tarafa bırakılarak, — zira, *menşe düsturluğu* için, teşkilât kanunlarını mı; yoksa, tevali edegelen bütün teşkilât kanunlarının esası addolunan farzî bir kaideyi mi; yoksa, enternasyonal hukuk nizamının istinat ettiği, *pacta sunt servanda* düsturunu mu; nihayet, yoksa, bizim zannettiğimiz gibi, teamüli Devletler hukukunun, tanımada rol oynayan ve «devamlı bir şekilde müessir olan ve enternasyonal taahhütlerini tutacağına dair kâfi teminat arzeden her devlet nizamı muteberdir» diyen kaidesini mi (10), kabul etmek lâzım geleceği hakkındaki münakaşaların, mevzuumuzla doğrudan doğruya alâkası yoktur — evet, *menşe düsturu* etrafındaki münakaşalar bir tarafa bırakılarak, dikkatimiz, hukuk kaidelerinin yukarıda arzolunan muteberlik şartları üzerinde teksif edilecek olursa, hukukun da *suret ilimleri* meyanına ithali icap eyliyeceği neticesine varılır. Çünkü, hukuk sistemini vücuda getiren ifadelerin sıhhati, *yaşanan tecrübeler* kıyasen değil, fakat bizzat bu ilmin tayin ettiği itibarî esaslara göre tahkik olunmaktadır; tıpkı, *suret ilimlerinden* bilfarz riyaziyede olduğu gibi... Filvaki, nasıl riyaziyede, her ifade, hususiyetleri, riyaziye ilmince tespit edilmiş bulunan bir usul dairesinde, birkaç esas fikir ve kaziyeden istidlâl ediliyor ve neticeten, her ifadenin sıhhati, mukaddem ifadelere ve nihayet esas fikir ve kaziyeye-

Aperçu d'une théorie générale de l'Etat - Rev. du droit public - 1926.
La garantie juridictionnelle de la constitution - Rev. du droit public - 1928.

Les rapports de système entre le droit interne et le droit international - Recueil des cours de l'académie du dt. intern. - 1926.
Théorie générale du droit international public - Recueil des cours de l'académie du dt. intern. - 1932.

Droit et Etat, du point de vue d'une théorie pure - Annales de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris - 1936.

(10) tafsilât için 5 numaralı notta zikredilen yazımıza bakınız. s. 229 - 230.

lere mutabakatından neşet ediyorsa, hukukta da, her kaide, hususiyetlerini bizzat bu ilmin tayin ettiği bir usule göre, diğer bir kaide-den istikak ettiriliyor ve neticeten, her kaidenin sıhhati, mukaddem kaidelere ve nihayet, sistemin en umumî ve en mücerret kaidesine uygunluğundan neş'et etmiş bulunuyor.

Hattâ bu muvaziliği daha ileri götürmek de kabildir. Şöyle ki: *Suret ilimlerinin* ifadeleri, sırf şekle taallûk eden esaslar dairesinde teselsül ettiklerinden, bütün bu *processus*, basit birkaç fikir ve kaziye ile izah olunabilir. Netekim, malûm olduğu üzere, mahz riya-ziye, tabii adetler nazariyesine irca olunduktan sonra, riyaziyeci *Peano*, sırf, muakkip ve adet fikirlerini bu ilme esas ittihaz etmiş; ve sıfır bir adettir; bir adedin muakkibi de bir adettir; iki adet, aynı muakkibe malik olmaz; sıfır hiçbir adedin muakkibi değildir; sıfır-da ve aynı zamanda bir adette ve muakkibinde bulunan hassa, bü-tün adetlere şamildir; kaziyelerile de tekml riyazi *processus* ü izaha muvaffak olmuştur.

Şayet, iddia ettiğimiz gibi, hukuk bir *suret ilmi* ise, hukuki *processus* ün de birkaç fikir ve kaziye ile anlatılması mümkün olmalıdır. Bu teşebbüs de müspet netice veriyor. Hukukun statik ve dinamik cephelerini, ihtirazi kayıtlarla teklif ettiğimiz, şu üç fikir ve bu fikirlere dayanan beş kaziye ile izah etmenin kabil olduğunu zannediyoruz.

Fikirler, kaide, muteberlik ve atıftır. Bunları şöyle tarif edebiliriz:

a — Hukuk kaidesi, haddi zatında aralarında hakikî illiyet rabı-tası bulunmayan iki vakıayı, yani, salâhiyetli uzuvca menfur sayı-lan bir hareket tarzının vücude getirdiği vakıa ile, faile karşı isti-mali tecviz olunan cebrin teşkil ettiği diğer vakıayı, sun'î illiyet ra-bitasile birbirine bağlayan bir ifadedir.

b — Muteberlik, kaidenin, salâhiyet, usul ve muhteva bakımla-rından kusursuzluğudur.

c — Atıf, kaideyi muteber kılan bağıdır.

Kaziyeler de şunlardır:

1 — İcraî fiil, mukaddem ve muteber bir hukuk kaidesine atfe-dilmekle muteber olur.

2 — Ferdî ve müşahhasan, umumî ve mücerdede gitmek üze-re, her hukuk kaidesi, mukaddem ve muteber diğer bir hukuk ka-idesine atfedilmekle muteber olur.

3 — Aynı hukuk kaidesine bilâvasıta atfolunan kaideler, bir ka-deme teşkil edip, birbirlerine atfolunmazlar.

4 — Mukaddem bir hukuk kaidesine atfedilmeden muteber olup, diğer bütün hukuk kaidelerinin muteberliğini tayin eden hukuk kaidesi, *menşe düsturudur*.

5 — Bilâvasıta veya bilvasıta aynı düstura atfolunan kaideler, bir nizam vücuda getirirler (11).

*
**

Bu izahlarla, ifadelerinin sıhhati, şe'niyetlerden uzak, kapalı bir sistem içinde tahkik olunan hukukun, *suret ilimleri* meyanında sayılması lâzım geleceği tebarüz ettirildikten sonra, yazımıza nihayet vermezden önce, bu ana kadar bililtizam temas etmediğimiz bir nokta üzerinde durmak isteriz.

Hatırlandığı gibi, bidayette ilimler ikiye ayrıldığı sırada, *suret ilimlerindeki* ifadelerin *tahlili* olduğu söylenmişti. Halbuki, hukuk da bir suret ilmidir dendiği halde, ifadelerinin *tahlili* olup olmadığı gösterilmedi.

Bu meseleyi sona bırakmayı tercih ettik; zira, *tahlili* ifadelerin mahiyeti, henüz tamamiyle aydınlanmış değildir (12). Mantık ve riyaziye birer *suret ilmidir*; ifadeleri de *tahlili* dir; denmekle beraber, *tahlili* ifadelerin tam bir tarifi verilmiyor. Ancak, *terkibi* olanlar gibi, şe'niyetlerden bahsetmedikleri ve tenakuz kanununa dayanmak itibarile, sıhhatlerinin munhasıran surî olduğu söyleniyor.

Bilfarz, «şayet bütün insanlar fani ise ve şayet, Sokrat ta bir insan ise, Sokrat fanidir» şekline sokulan klâsik mantığın meşhur kıyası, yeni felsefe mekteplerince, *tahlili* bir ifadedir. Çünkü, ifadenin sıhhati, ne insanların fani, ne de Sokrat'ın insan ve fani olmasından ileri geliyor. İnsan ve Sokrat kelimeleri yerine başka kıymetler konsa, hattâ, şe'niyetler âlemine tamamiyle göz yumulsa, ifa-

(11) 5 numaralı notta zikredilen yazıda bu meseleye temas etmiştik. Teklif olunan kaziyelerde bu kere bazı değişiklikler yaptık. Esasen, yukarıda söylendiği gibi, bu fikir ve kaziyeler ihtirazi kayıtlarla ileri sürülmektedir. Bunlarda, bundan böyle bir takım değişiklikler, hattâ esaslı değişikliklerin yapılması muhtemeldir. Fakat, bunun ehemmiyeti tâli derecededir. Ehemmiyetli olan nokta, bir *suret ilmi* olmak itibarile, hukuki *pocessus*'ün de birkaç fikir ve kaziyeye ile izahının mümkün olmasıdır.

(12) *Bertrand Russell*, verilen tariflerin kifayetsizliğini göstermiştir. Tafsilât için bakınız:

Bertrand Russell - Introduction à la Philosophie Mathématique - Paris, 1928 - s. 231 ve müt.; hususile 241 ve müt.

denin sıhhatine yine hâlel gelmez. Filhakika, aynı kıyas şöyle de ifade edilebilir: «Şayet bütün α lar β ise ve şayet, x bir α ise, x bir β dir».

α ların β ve x in de α olduğu bir kere kabul edildikten sonra, ifadenin sıhhati, tenakuz kanununun, x in β olduğu neticesini, zarurî kılmasından neş'et ediyor.

Bu ifadenin, *terkibi* bir ifade olan, «her ısıtılan cisim inbisat eder» kaziyesine benzemediği aşikârdır; lâkin şu da aşikârdır ki, mevcut malûmata istinaden, hukukî ifadelerin mahiyetleri hakkında bir hüküm vermek mevsimsiz ve tehlikelidir. Zira teklif olunan kıstaslarla, şe'niyetlere dair bir şey demeyip, sade, *olması lâzım geleni* beyan ile iktifa eden ifadelerin mahiyetini belirtmek imkânsızdır.

Gerçi, buna rağmen, hukukî ifadelerin, bağlandıkları sistem içinde mütalâa edilmek şartile, geniş manâda *tahlili* birer ifade oldukları söylenebilir ise de, meselenin merkezi sıkleti, ifadelerin, bağlandıkları sistemden kat'an nazar, bizatihi *tahlili* olup olmadıklarının tayini keyfiyetinde bulunduğundan, bunun kaçamak bir izah şekli olacağı muhakkaktır.

İşte bütün bu noktaları nazara alarak, felsefî araştırmaların bizi daha fazla tenvir etmelerine intizaren, bu hususta şimdilik hüküm vermemeyi tercih ediyoruz.

Esasen, bir bilginin *suret ilimleri* meyanına ithali için, ifadelerinin mutlaka *tahlili* olması icap etmez. Bunların *yaşanan tecrübeler*e müracaat olunmaksızın akli veya itibarî esaslara göre sıhhat kazanmaları kâfidir.

Binaenaleyh, *tahlili* olup olmadıklarına bakmadan, sırf ifadeleri itibarî esaslar dairesinde sıhhat kazandığı için, tereddütsüz, hukukun da bir *suret ilmi* olduğu beyan edilmelidir.

**

Böylece, ilmi, kabili tahkik manâlı ifadelerin vücuda getirdiği bir sistem olarak tarif eden ve bu sistemde yer alan ifadelerin sıhhati, *yaşanan tecrübeler*e kıyasen veyahut akli veya itibarî esaslara nazaran tahkik olunmasına göre, *şe'niyet ilimleri* ve *suret ilimleri* diye ikiye ayıran yeni telâkkilere dayanarak, hukukun bilgi nazariyesindeki mevkiini tayin etmiş bulunuyoruz.

Varılan neticenin ispekülâtif cephesinden başka, bir de hukuk ilminin zabitalarını ilgilendiren cephesi vardır. Yazımıza bu noktayı belirterek nihayet vereceğiz.

Nazariyeler bu hususta ittifak etmeseler de, tatbikatta asırlardanberi kabul edildiği üzere, muayyen evsafa kaidelerin, yani, salâhiyettar uzuvlarca, muayyen usul dairesinde vazedilmiş, maddî müeyyideli kaidelerin, heyeti mecmuası olan hukuk, bir *suret ilmi* sayıldı mı, hukukçunun mesaisini tanzim eden zabıtalarda kendiliğinden meydana çıkar. Şöyle ki: Şe'niyetlerle alâkasını kesen hukukçu, hukuk ilminin mahiyetinden çıkan esaslara göre, münhasıran, hukuk addedilen kaidelerin, ezcümle, nasıl zuhur ettiklerini, bunların hangi şartlar içinde muteber olduklarını, birbirlerine nasıl bağlandıklarını, ayrı hukuk sistemlerinin nasıl kurulduklarını mütalâa eder. Yani, hukuk kaidelerinin zaman, mekân, şahıs ve madde itibarile muteberlik sahalılarının tayini ile meşgul olur.

Hukukçunun, hukukçu sıfatile, kaideler âleminden dışarı çıkmasına cevaz yoktur. Meselâ, *menşe düsturunun* neden dolayı muteber olduğunu söylemek hukukçuya düşmez; hukukun temeli hakkındaki bütün münakaşalar, hukuk ilminin dışındadır... Bunlarla, sosyoloğlar, filozoflar, ahlâkçılar, ilâhiyatçılar, elhasıl hukukçudan başka herkes iştigal edebilir.

Demek oluyor ki, hukukun bir *suret ilmi* olduğu ispat edilmekle, aynı zamanda, hukukî pozitivizme de, bilgi nazariyesine istinat eden sağlam bir esas bulunmuş oluyor.

Burada müdafaa edilen noktai nazarın, hukukşinaslarca ananevî ve âdetâ mukaddes bilinen bir vazifeye yer vermediğini muterfiz; pozitif hukukun adalet duygusile tenkidi vazifesinden bahsetmek istiyoruz. Fakat, her ilme terettüp eden ilk vazifenin, sinesindeki anarşiye nihayet vermek olduğu hatırlanırsa, yeryüzünde, insan adedi kadar çeşidi bulunan adalet duygusuna — pozitif bir kaidenin cevaz verdiği haller müstesna — hukuk ilminin kapılarını kapamış olması, bilmem, yine esef edilecek bir hâdise sayılır mı?

Doçent Dr. Mehmet Ali Aybar