

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİNİN
1943—1944 YILI AÇILIŞ DERSİ

Dersi veren
Ord. Prof. Esat ARSEBÜK

Bayanlar, Baylar:

Bugünkü dünya durumuna göre tam bir huzurun hüküm sürdüğü bir memleket evlâtları bulunmak mutluluğuna kavuşmuş olan bizler. 1943—1944 ders yılına şimdi girmiş bulunuyoruz. Bu ders yılı ile Fakültemiz 19 uncu yaşına basmış oluyor. Bu müddet içinde yüzde onuna yakını kız olmak üzere 2722 mezun verdik. Memleket işlerinin hemen her şubesinde değerli hizmetleriyle vatana faydalı olan bu mezunlar kafilesine katılmak isteğini taşıyan yeni arkadaşlarımızı bu azimî kararlarından dolayı tebrik etmek isterim; çünkü cemiyet hayatının en tabîi ve en selâhiyetli düzençisi hukukçudur. Hâkim, müddeiumumi, avukat sıfatıyla cemiyetin hastalıklarını tedavî eden yine hukukçudur. Çarpışan zıt menfaatleri telif etmek, uyuşturmak hukukçuya düşen bir ödevdir. Sonra sosyal hayatın lüzumlu kıldığı kanunları, nizamları meydana getirmek, onları ihtiyaçlara göre değiştirmek ödevi de hukukçuya aittir. Bütün bu önemli vazifeleri üstlenen genç arkadaşlarımızı bu kürsüden selâmlamakla bahtiyarım.

Bir Hukuk Fakültesinin açılış dersinde, bilhassa bu mesleğe yeni adım atanların zihinlerinde bir soru belirir: hukuk ne demektir? Cesaretinizi kırmak istememekle beraber hemen ilâve edeyim ki bu sorunun cevabında hukukçular arasında tam bir anlaşma da yoktur. Meşhur filozof Kant, «Hukukçular kendi hukuk mefhumlarına hâlâ bir tarif aramaktadır» diyerek bu durumu alaylı bir deyim ile ortaya atmaktadır. Kantın ölümündenberi yüz kırk sene geçtiği halde bu tarif yine bulunamadı. Hukuk felsefesi dersinde sizler de bu tarifi profesörünüzle birlikte tekrar arıyacaksınız. İnsanlık kadar eski olan bir müessesenin tarifi neden yapılamıyor diyeceksiniz. Hukuk terimini ne gibi anlamlarda kullandığımızı gözden geçirsek sorunuza cevap vermekteki güçlüğü siz de takdir edersiniz.

Aşağıda verilecek izahların kolaylıkla anlaşılabilmesi için müsaade ediniz de sözlerime bir benzetiş ile başlayayım: yaşamak için yiyecek lâ-

zımdır. Biz bu anlamı çocuğa (mama) terimiyle anlatınız. Yaş ilerledikçe (mama) yerine birçok yemek isimleri kaim olur. Fakat bütün bu isimlerin altında ehemmiyetleri ancak hekimlik ile uğraşanlarca bilinen, azot, vitamin ve saire gibi hayata lüzumlu olan birçok maddeler gizlenmiştir. Şimdi sizler de bu mesleğe ilk adımlarınızı atıyorsunuz. Onun için sizlere de (mama) kelimesi kadar (yalınç=basit) ve ancak onun kadar doğru olan bir cümle ile derse giriyorum: hukuk dil bakımından haklar demektir. Fakat hukuk daima haklar anlamına gelmediği gibi «haklar» kelimesinden de her vakit hukuk mânası çıkmaz. Bugünkü kullarıya göre «Hukuk Mahkemesi», «Hukuk Fakültesi», «Hukuk felsefesi» yerine Haklar mahkemesi, Haklar fakültesi, Haklar, felsefesi diyemezsiniz; karı veya kocanın hakları tâbiri de karı veya koca hukukunu anlatmaz. Şimdi «hak» terimini nerelerde kullanabiliriz? Bunu araştıralım.

Birinci misal - Bir şey yapmak istiyorsunuz. Buna izin vermiyorlar. Demekki istediğiniz şeyi yapmaya hakkınız yoktur. Niçin? Bu sorunun izahında karşımıza sayılamıyacak kadar çok ihtimaller çıkar. Bu ihtimalleri (= olasılıkları) birer birer incelediğimiz zaman bunların iki gurup etrafında toplandığını görürüz. Yapmak istediğiniz şeyi size yaptırtmamak ya sizin menfaatiniz içindir şu halde sizi bir zarardan koruma fikri hâkim oluyor; yahut başkalarının menfaatî içindir, çünkü hiç kimse başkalarına zarar veremez. Görülüyorki kendi menfaatlerini takdir edemiycek durumda olanların kendilerine zararlı bulunan şeyleri yapmaya hakları yoktur. Ancak kendi menfaatlerini takdir edecek bir olgunluğa erişenler de bazı şeyleri yapmak hakkından mahrumdurlar, çünkü başkalarının menfaatleri bunu icabettirir. İşte bu misalde hak terimi yekdiğerinden tamamen ayrı iki mânada kullanılıyor. İleriki derslerimizde bu iki guruptan birincisini «ehliyet=yetiklik» terimiyle ifade edeceğiz.

İkinci misal - Yine bir şey yapmak istiyorsunuz. Bu sefer «hakkınız var» diyorlar. Demek ki yapmak istediğiniz şeyin yerine getirilmesinde cemiyet için bir zarar yoktur. Cemiyet sizin yani ferdin bu yolda bir harekette bulunmasına izin vermiştir. İşte (hak) verilen bu izinden doğuyor. Cemiyetin bu tarzdaki müsaadesi kanun ismini verdiğimiz bir belge ile tesbit olunur. Kanun soyut (=mücerret) mahiyeti haiz birtakım genel kurallardan ibarettirki bunlara da hukuk deriz. Bu mânaya göre hukuk, cemiyet halinde yaşayan insanlar arasındaki münasebetleri düzenleyen ve kendilerine uyulması lâzım gelen kaidelerin bütünü demek olur. Bu kaideler zamanla, mekânla değişir. Şu halde bir zamanda veya bir yerde hak olan bir şey diğer zamanda veya uzay (= mekân) da hak olmayabilir. Meselâ eski hukukumuzun tanıdığı haklardan bir çoğunu bu-

günkü hukukumuz tanımaz ve meselâ Almanya ve Fransaya göre hak olan bir şeyin Türkiye'ye göre hak sayılmaması mümkündür. Bu anlamdaki hak kavramı «nesnel hukuk» terimiyle ifade edilir.

Üçüncü misal - Yaşı belirli bir hadde gelen her Türk bir aile kurabilir. Kanun buna izin vermiştir. Fakat bu izinden o yaştakilerin mutlaka evlenmeye zorlanacakları anlamı çıkmaz. Evlenmeye hakkı olan bir şahsın evlenmemesi ve böylece bütün hayatınca bekâr yaşaması mümkündür. Şu halde «Ferdin evlenmeye hakkı vardır» sözü ferde tanınmış olan bir salâhiyeti anlatır. Bu salâhiyeti kullanıp kullanmamakta fert bugün tamamen serbest bırakılmıştır. Ferdin bu serbesliğini, erginliğini anlatmak için de hak kelimesini kullanırız. Ancak nesnel hukuktan ayırmak için buna, özel hukuk, denilir. Hemen şurasını da ilâve edeyim ki askerlik çağına eren her ferdin askerliğini yapması da bir haktır; ancak fert bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbest bırakılmamıştır. Yine böylece hiç kimse hürriyetini bir başkasına satamaz. Görüyorsunuz ki buralarda hak bir yüküm (= mükellefiyet) şeklinde göze çarpıyor.

Dördüncü misal - «Filân zat dünya hukukunu kavramış değerli bir bilgidir.» cümlesinde de (hukuk) terimini kullanıyoruz. Burada birtakım devletlerin hususi hukuku bahis mevzuudur. Demek ki hukuk bazan dünyada yörlükte bulunan veya bulunmuş olan kanunların hepsini ifade eder. Fakat bu surette hukuk kelimesi çok defa bir vasıfla birlikte kullanılır. Bu vasıf bir din olabilir: islâm hukuku, kilise hukuku gibi; bir çağ olabilir: orta çağ hukuku, feodalite hukuku, modern hukuk gibi; bir millet olabilir: Türk hukuku, Anglosakson hukuku, Jermen hukuku gibi; belirli bir konu olabilir: Ceza hukuku, Borçlar hukuku, Ticaret hukuku, İş hukuku gibi. Bu misallerde de nesnel hukukun değişik bir şekline raslıyoruz.

Beşinci misal - Şimdi hak kelimesinin anlattığı mânalardan birine daha geliyorum. Bir milletin hakka olan bağlılığını, ona karşı fitrî temayülünü (= yönseme'sini) göstermesi itibariyle bu mâna fikrimce en önemlisidir. Bu mânadaki hak, hepimizin bildiğiniz istiklâl marşımızda geçer:

Hakkıdır hakka tapan milletimin istiklâl

İşte burada hak tanrılaştırılmıştır ve garp memleketlerinin hiçbirinde hakka bu derece yüksek bir mefhum verilmediğine işaret etmeliyim.

Bu misalleri daha çoğaltarak (hukuk) teriminin anlattığı diğer az çok değişik anlamları göstermek mümkündür. İleriki derslerimizde bu

konuya tekrar döneceğiz. İşte birbirine karşıt (= zıt) denecek kadar çok anlamı tek bir tarif içine sokmaktaki güçlük dünkü hukukçuların gözlerinden kaçmamıştı; bugünkü hukukçuların gözlerinden kaçmıyor; yarınki hukukçuların da gözlerinden kaçmayacaktır. Hukukun tam bir tarifinin yapılamaması işte bu sebeplerden ileri gelir.

Hukuk sosyal bir ilimdir; fakat hayatta pratik bir alan işgal eder ve nazari olan sosyolojiden bu noktada ayrılır. Bu bakımdan topluluk hayatının zorunlu (= zaruri) bir öge (= unsur) sidir. En iptidai durumdan modern cemiyetlere kadar her toplulukta bir hukuk nizamı göze çarpar. Fakat acaba bu nizam nasıl meydana gelir? Bu soruyu klâsik kitapların yürüdüğü yollardan giderek anlatmaya çalışacak değilim. Bu, ilerki derslerimizin konusunu teşkil edecektir. Ben burada klâsik metodlardan tamamen uzak kalmak ve hukuk mesleğine yeni girenlerin kolaylıkla kavrayabilecekleri bir düşünüş tarzıyla konumuzu aydınlatmaya uğraşacağım. Mademki hukuk pratik doğa (= mahiyet) yı haizdir, o halde fertler arasında çıkabilecek anlaşmazlıkları, her iki tarafın menfaatlerini koruyarak halletmek lâzım gelecektir. Bu ihtilâfların topluluk hayatıyla beraber başladığında şüphe yoktur. Şu halde hukukta her kurum (= müessese), ilk kaynağını pratik hayattan alır. Birkaç misal bu iddianın doğruluğunu göstermeye yetecektir.

1 — Medeni Kanunumuzun 315 ten 317 inciye kadar olan maddeleri nafaka vermek borcundan bahseder. Burada kanunun ferde yüklediği bir borca şahit oluyorsunuz. Fakat, bu kanun koyucusu tarafından yaratılmış bir hüküm değildir: çocukların ana babaları tarafından beslenmesi, çocuğun ana babasına yardım etmesi tabiatın telkin ettiği bir içgüdüye dayanır. Kanun koyucusu bu yardımın topluluk hayatı bakımından lüzumlu olduğunu görmüş ve onu kanun ifadesiyle tanzim etmiştir: «herkes yardım görmediği surette zorluluğa düşecek olan ana babasına veya çocuklarına, kız ve erkek kardeşlerine yardım etmekle mükelleftir».

2 — Ticari ortaklıklar dahi bu hususa bir misal teşkil ederler. Filhakika burada ticaret âleminde zamanla yerleşen âdetlerin en göze çarpan bir tezahürü ile karşılaşırız. Belirli bir menfaatin elde edilmesi için birden ziyade kimselerin çalışmaları halinde o menfaatten bütün çalışanların faydalanmaları kadar tabii bir şey olamaz. İşte ticari şirketlerin gelişimine bu doğal (= tabii) düşünce kâfi gelmiş ve ilk zamanlarda hukukçuların bu hususa dair hiçbir yardımı dokunmadığı bugün herkesçe kabul edilmekte bulunmuştur. Şu halde 19 uncu asrın bu alandaki kanunları yeni bir şey yaratmış değildirler. Bugünkü ticari şirket konusunun bü-

tün temel öğeleri yüz yıllarca devam edegelen tatbikattan alınmıştır. Vaka bu gibi şirketlerin neveleri arasındaki farklar elimizdeki kanunlarda gösterildiği derecede açık değildi. Meselâ komandit ismi verilen şirketler, bu hususiyet haiz bulunmıyorlardı. Komanditerlerin taahhütlerine nasıl hukuki bir mahiyet verileceği etrafında büyük tereddütler vardı. Ve nihayet anonim adı verilen şirketlerdeki sorumluluk (mesuliyet), sermayeye değil belki halkla münasebete girişen şahsa tevcih ediliyordu. İşte kanun koyucusu tatbikattan doğan ve tatbikat alanında yaşayan ticaret şirketleri müessesesine bir düzen ve vuzuh verebilmek için işe müdahale etmiş oldu.

3 — İhtira beratlarına dair olan kanunumuz 1879 tarihlidir. Bu kanun Fransa'nın 1791 ve 1842 tarihli kanunlarından alınmıştır. Bu izahata göre 1791 yılından evvel ihtira beratlarına dair bir hüküm bu'unmadığı ve bu alandaki maddelerin kanun koyucusu tarafından yaratıldığı neticesini çıkarabilir miyiz? Hiç sanmıyorum. Çünkü meselâ 17 nci asırda Fransada ihtira beratı ismi olmamakla beraber ihtira sahibine muvakkat bir monopol hakkı tanındığı, ihtirânın himaye edilebilmesi için yeni bir buluşun meydana getirilmesi lâzım geldiği, ihtirânın sınaî bakımdan bir fayda temin etmesi icabeyliyeceği gibi esaslar tatbik olunmakta idi. Esasen Fransaya kadar gitmeye ne hacet! Bundan 156 sene evvel vefat eden bir şairimiz Sümbülzade Vehbi, başkalarının şiiirlerini kendilerine mal edenler hakkında şu hükmü veriyordu:

*Sirkati şiiir edene kat'ı zeban lâzımdır
Böyledir şer'i belâgatta fetavâyı süban*

Bu ve buna benzer misalleri istediğimiz kadar çoğaltabiliriz. Bunlarla ispat etmek istediğimiz şey şudur: hukuk cemiyetin içinden doğar. Fakat bu misallere bakarak kanun koyucusunun rolü mevcut hakların tesbitinden ibaret bulunduğunu, daha açık bir devim ile hukuku yaratmak kanun koyucusuna düşen bir ödev olmadığını ileri sürebilir miyiz? Eğer kanun koyucusunun ödevi, tatbikattaki gelişmelerine bakarak bütün hukuki müesseselere sosyal metotlarla bir düzen vermekten ibaret olsaydı bu iddiamıza sabit olmuş gözüyle bakabilirdik. Bu takdirde nasıl ki bir doktor hastasının nabızlarını muayene, hararet derecesini takibederek hastaya yakından ilgilenmekle meslekî yetkisini teslim ettirir; nasilki her hangi bir tacir kendi çevresinin ihtiyaçlarını hissetmek ve kavramakla işinde başarı gösterir; kanun koyucusu da kudretini, topluluk ihtivacını, muamelelerin takibettiği cereyandan hissederek o muameleleri ihtiyaç-

lara en uygun şekilde tanzim edebilmekle ispat etmiş sayılır diyebil-
memiz lâzım gelirdi. Şunu ilâve edeyim ki bu fikri müdafaa eden bil-
ginler de yok değildir. Nitekim bir esas teşkilât kanununun sistemleştiril-
miş ve genelleştirilmiş bir politika olduğunu ve bunun zamanla organik
bir hale geldiğini ileri süren müellif Tarde söylediğim bilim adamlarının
başında gelir. Bu görüş, kanun koyucusunun rolünü küçümsememekte
oldukça ileri gitmiştir. Vakaa kanun halkın ruhunda varlığını hissettiren
müphem ve karışık fikirlerin, nesnel ve genel ilkelerle ifadesidir. Bu iti-
barla kanunları, menfaatleri çarpışan ilgililer arasında yapılan bir sulh an-
laşması diye vasıflandırabiliriz. Fakat fertlerin serbest iradeleriyle de ka-
nunların yapıldığı hallere raslıyoruz. Kanunların zaman zaman değişme-
si, bugünkü bir durumun yerine yeni bir durumun geçmesi demektir.
Kanunlarda yapılan her değişikliğin kanunları topluluğun iyiliği, refahi
bakımından daha yetkin (= müttekâmil) bir hale sokar.

Şimdiye kadar söylediklerimizin özü bizi aşağıdaki sonuçlarla kar-
şılaştırır.

a — Fertler arasındaki münasebetler topluluğun içinden doğan bir-
takım dayanaklara tâbidir. Bu doğum hâdisesine spontanéité (= içinden-
lik) deriz. Bu dayanaklar kanun koyucusunun çözümleme (= tahlil)
sinden geçer ve nesnel bir mahiyet alır. Burada hukuki ilkelerin bir dü-
şünce neticesinde ve pozitif şekilde vücut bulduğuna şahit oluruz. Bu
suretle meydana gelen kanun, sosyal hayat veri (= mûta) lerinin üstü-
ne çıkar ve çok defa onlardan daha ileri gider. İşte kanunlaştırmada salim
bir düşüncenin rolü burada taşlar. Çünkü hukukun üzerine aldığı ödev
yalnız olayları sistemleştirmekten ibaret değildir. İnsan aklı, insan zekâsı
bir konu üzerinde durursa yalnız gözlem (= müşahede) ile kalmaz. İn-
sanlık yüz yıllarca müddet ağaçtan meyvanın düştüğünü görmüştür. Ka-
yanın uçurumdan yuvarlanması ile koparılan meyvanın düşmesi gibi olay-
ların genel surette izahına mecburiyet duyan insan nihayet verçekimi
kanununu bulup çıkardı. Sosyal olaylarda da aynı evrim (= tekâmül) ile
karşılaşırız. Şu halde kanun koyucusu, sadece cemiyet içinden doğan
hukuku tesbit etmekle kalmaz; kendi de hukuk yaratır.

Hukukun kıymeti topluluk hayatının düzenlenmesinde, birbiriyle
çarpışan karşıt menfaatlerin telifinde gösterdiği başarı derecesi ile ölçü-
lür. İşte bundan dolayıdır ki sosyal hayatı tetkik eden, onu inceliyen ve
içtimai olguları tasnif eden sosyolojinin yanı başında cemiyetin iyiliği,
esenliği, şenliği için düzgü (düstur) ler bulmaya çalışan ayrı bir bilim
şubesinin bulunduğunu da kabul ediyoruz. Bunun adı (Hukuk ilmi) dir.

Fakat sosyal hayattaki olgu kavramı pek karmaşık (= mudil = complexe) bir manzara arz eder. Bundan ötürü sosyal olgularla hukukun kıymetleri arasındaki münasebetlerin yalnız (= basit) bir formül ile ifade sine imkân bulunamıyor: meselâ insan zekâsını sırf tabii olgular gözlemiyle meydana koyduğu yerçekimi teorisi istisnasız olduğu halde yine insan zekâsının sosyal olguları inceliyerek elde ettiği hukuk düzgüleri arasında böyle istisnasız bir kaidemiz yoktur. Görülüyorki hukuk nizamının nasıl meydana geldiği sorusu üzerinden yürüyerek vardığımız netice dahi bize hukukun tek bir tarif içine sokulmasına imkân olmadığını gösterir.

Meseleyi biraz daha yakından inceliyecek olursak görürüz ki sosyal olgular, pozitif bir tetkikin konusu olamazlar. Çünkü sosyal hayattan çıkabilecek olan düzgü (= düstür) lerin oldukları gibi kabul edilmelerine çok defa cemiyetin menfaatleri müsaade etmez. Bazı temayül (= yönseme) lerin önüne geçmek te hukuka düşen bir ödevdir. Filhakika bir cemiyette göze çarpan her hangi bir yönsemenin mutlaka iyiye, esenliğe teveccüh etmesi zorunlu (= zaruri) değildir. Meselâ bir memlekette çocuk yetiştirmemeye veya alkolizme doğru açık bir temayül belirirse, kanun koyucusu bu gibi belirtileri, mahza topluluğun arzu ve isteklerine uygun olması bahansiyle koruyacak ve teşci edecek değildir. Çünkü hukuktaki kıymet anlamı, olguların çok üstündedir. Bu itibarla sosyal olgular her vakit hukuk kaideleriyle kıymetlendirilemez.

Şimdi hukukun teknik bakımından olan durumuna geçelim. Burada konumuzun çok meraklı birtakım safhaları üzerinde gezineceğiz: hukukta ilkelerin ve sistemlerin meydana gelmesi, mantığın kullanış tarzı ve rolü, konseptüalizm (= kavramcılık) ve en sonra da hukuk çalışmalarında kullanılan iki ana yol: karine ve fiction (= yapıntı). Ancak aşağıdaki sözlerimin anlaşılabilmesi için tekniğin hukuk yapımında (= élaboration) hâkim olan iki genel karakterini size göstermeliyim. Çünkü teknik teriminin hukukta iki ayrı mâni vardır ki biri takibolunan gayenin, diğeri bu gayeye varmak için kullanılan araç (= vasıta) ın karakterine izafe edilir ve her iki halde de teknik terimi bu karakterin vasfı mahiyetini alır.

1 — Hukuk ilkeleri ve sistemleri: Saleilles, Thaller, Le Fur gibi büyük hukuk adamlarının fikrince hukuk sosyal hayat verilerinin bir düzene konulmasından ve kurallaştırılmasından ibarettir. Bunun yapılabilmesi için birbirinden ayrı gibi görünen muhtelif olguların müşterek öğe (= unsur) leri aranır ve çok defa tümevarımla (induction) birtakım hukuk kaideleri elde edilir. Pozitif verilerin tetkikinden meydana gelen bu kurallar, işte hukuki münasebetlerimizde tatbik edilecek ana ilkelerdir. Fakat bu ilkelerin pratik olaylara tatbiki için ikinci bir metoda ibti-

yaç vardırki o da tümdengelim (= *déduction*) dır. Bu iki metot, hukuk ilmi ile hukukun tatbikatı arasındaki sıkı münasebeti gösterir. Filhakika zaten ilim, olup gelen şeylerde birlik kurmak için harcanan bir emekten başka bir şey midir? Bu bakımdan hukuk, sosyolojinin tam mânasiyle ilmi bir safhası olur. Tümevarım ve tümdengelim metotlarının hakkiyle kavranması ve yerinde kullanılması iyi bir hukukçu olabilmenin ilk şartı olduğunu da unutmamalıyız. Bakınız size biraz evvel adını andığım Thaller ne diyor: «hukuki bir sistemin meydana gelmesi için sosyal hayatın verileri üzerinde durmak kâfi gelmez; belki verilere dayanan realiteleri bilim bakımından tetkik etmek, bunlar arasında hukuki birlik meydana getirmek ve böylece onları düzenlemek icabeder. Hukukun her müessesesi esaslı bir sentezin mahsulüdür. Kanun adamının ödevi incelediği sosyal olguları, onların gayelerine bakarak eldeki sistem kategorilerinden birine sokmak ve bu yapılamıyorsa yeni bir kategori meydana getirmektir.» Vakaa hukukçuyu ilgilendiren her olay tek bir hukuk kuralı ile halledilemez. Çok defa bir meselenin hâllî iki veya daha ziyade ilkeye ihtiyaç gösterir. Bu ilkeylerin bazı hallerde yekdiğerinin karşıtı (= zıddı) olduğuna da ileriki derslerinizde şahit olacaksınız. Çünkü hayat, ihtiva ettiği zengin kaynaklara dayanarak en kudretli kanun koyucusunun tasavvur bile edemeyeceği olgular yaratır ve böylece hukukçuyu yeni birtakım olaylarla karşılaştırır. İşte hukuktaki kuralların istisnasız olmaması bundan ilerigelir. Şu halde ne kadar varip görünürse görünsün hukukta istisnalar, ilkelerin doğruluğunu teyidederler.

II — Hukukta mantığın kullanış tarzı ve rolü; hukukla sosyolojiyi karşılaştırdığımız zaman, gerek kavramlar, gerek mantığın kullanılışı bakımından aralarında çok büyük farklara şahit oluruz. Sosyoloji, topluluk hayatının araçsız verileri (*données immédiates*) ile birlikte yürüyen bir ilimdir. Bu itibarla tümdengelimler ve bu metoda dayanan teoriler bu ilimde büyük bir yer tutmaz. Halbuki hukukta zamanla olgunlaşmış, gelişmiş mantık makinesinin uzun zincirleri arasında yürümek zorundasınız. Şurasını da ilâve edeyim ki deneysel (= tecribî) olmaklık vasfı hukukta olduğu kadar sosyolojide de yer alır. Ancak sosyolojide ilmin temeli deney (= tecrübe) dir. Halbuki hukukta tecrübenin rolü mantık mekanizmasının eksiklerini tamamlamak başka bir deyim ile ona lüzumlu olan canlılığını verebilmektir. Demek ki sosyolojide temel olan bir şey hukukta sadece bir öge (= unsur) oluyor. Hukukta mantığa dayanmazsanız önemsiz bir görgücülük (= ampirizm) yapmış olursunuz. Tecrübeğe başvurmaksızın kullanacağınız mantık sizi sosyal olaylara kıymet vermeyen bir neticeye götürür. Görüyorsunuzki bir hukuk kuralı meydana

getirmek için tümevarım, ile tündengelim arasında anlayışlı bir seçim yapmak zorundayız. Bu hiç de sade olmıyan oldukça karmaşık (=complexe) bir metottur. Böyle çalışmada başarı gösterebilmek için hukukçunun birbirine zıt yani karşıt denecek derecede birtakım vasıflara sahip olması icabeder: derin araştırmacı (= investigateur) bir görüş, gördüklerini amansız bir eleştirme (tenkit) ye tâbi tutan bir yetenek (=kabiliyet), hulâsa sezgili bir mantıkçının bütün vasıfları. Fakat bu yetenekleri tam düzeminde (= dosage adequate) kullanabilmek te şarttır. Bu fikrî çalışmalarda iyi anlam (= bon sens) ın bir tesir gösterip göstermediğini varılan sonuçlar bize anlatır.

III — Kavramcılık; hukuk alanındaki kavramı diğer bilim alanlarındaki kavramdan ayıran pek esaslı farklar yoktur .Her bilimsel kavramcılık gibi hukuki kavramcılığın da dayanağı soyutlama (abstraction) ve genelleme (généralisation) dir. Cemiyetteki rolü itibariyle hemen daima concret (= somut) olaylarla karşılaşmak zorunda kalan hukukun bu dayanaklara tam bir surette uyması, adapte edilmesi mümkün olmaz. Ancak yetkinsiz (imparfait) olduğu şüphe götürmiyen bu metodun gerçeği (réel) bulma bakımından bize faydası vardır. Çünkü bu sayede biz birçok sosyal realiteleri tek bir kavram etrafında toplamış ve anlamış oluruz. Hukukun belli başlı müesseseleri olan mülkiyet, zaman aşımı, ticari işler, ticarethane, satış ve daha yüzlerce kavramlar, hep kavramcılık yoluyla elde edilmiştir. Vakaa bu metodun birtakım yetkinsizlikleri (imperfection) olduğu meydandadır. Çünkü realiteleri tek birkılığa sokabilmek için sosyal olgulardaki hususiyetleri ihmal zorunda kalır. Meselâ kanunumuza göre biri tacir, değeri küçük tacir olmak üzere iki sınıf tüccar vardır. Halbuki bu yoldaki bir bölme (= taksim) nin sosyal realiteye uymadığını hepimiz bilirsiniz .Kaldı ki sosyal hayatın enginliklerini, oldukça sade bir şekilde hukuka aksettirmekle kavramcılığın hukuktaki etki (tesir) si daha büyüktür. Filhakika kavramların sayısını mümkün olduğu kadar azaltmak için birbirinden pek farklı olan birçok sosyal realiteler bir isim altında toplanılmaktadır. Bunun en tipik misalini aynı şeylerin menkul veya gayrimenkullere ayrılmasında görürüz.

IV — Karine ve fiction (= yapıntı); hukukun teknik bakımdan olan durumunu incelerken üç esaslı metodu gözden geçirdik; bu metodlar sosyal realitelerin cevherlerine dokunmaksızın şekillerinde değişiklikler yapıyordu. Şimdi hukukun meydana getirilmesinde önemli faydaları görülen ve fakat sosyal realiteler üzerinde daha derin izler bırakan iki esaslı yolun tetkikine geçiyorum. Bunlardan birincisi karinedir. Karine belli bir olgudan meçhul bir olguya varmaktır. Bunun en güzel misalini babalık karinesinde bulunuz. Bir çocuğun babası kimdir? Soru-

sunu doğru bir şekilde cevaplıvabilmek için ana rahmine düşme olgusunu kesin olarak bilmekliğimiz lâzım gelirdi; halbuki bu bilinemez. Bilinemiyecek bir şey üzerinde ise ısrar etmek bostur. Şu halde bu işe karışmamak mı lâzım gelir? Bunu diyemezsiniz. Çünkü kanun babaya birçok yüküm (=mükellefiyet) ler tahmil eder. Biraz önce söylediğimiz nafaka borcu bunlardan biridir. Demek ki kesin bilgi konusu olanıvan bir realiteye, sorumuzu cevaplandırabilecek bir kural ile varacağız. Evlilik içinde doğan çocuğun babası kocadır; Mk, madde: 241. Görüyorsunuzki kanun burada kocalığın, doğan çocuğun babalığına bir karine olduğunu kabul eder. Böyle bir yol üzerinde yürümekle acaba hukuk sosyal realitelerden ayrılmış mıdır? Aile fikrine dayanan bir toplulukta kocanın baba olması kaidesi pek çok hallerde sosyal realitenin bir ifadesidir; şu halde bu kural, realiteye büyük ölçüde yaklaşıır. Çünkü ispat edilecek olgu ile ilgili bulunan tabii emarelere dayanır. Fakat hukukta başka bir karine daha vardır; kanun, bazı hallerde gerçeğin tam zıddı olan bir kuralı kabul etmek zorunda kalır. Hukukta yer almış olan «herkes kanunları bilir farz olunur» ilkesi iste bu mahiyeti taşımaktadır. Herkes gibi kanunu koyucusu da pek iyi bilirki vatandaşlardan pek çokları çıkan kanunları öğrenmemiş veya öğrenememişlerdir. Eğer kanun koyucusu bir kanun hükmünün bilinmediğini veya bilinemiyeceğini ispat etmekle ferdin kanun hükümlerinden kurtulacağını kabul ederse memleket içinde kanun eñemenliğı kalmaz; bu ise cemiyetin selâmeti bakımından hiç de kabul edilemez.

Yeni felsefe terimlerinde yapıntı kelimesiyle ifade ettiğimiz fiction'a gelince burada sosyal realitelerin hakiki karakterleri bile bile inkâr olunur ve belirli bir olgunun asıl cevherinde bulunmıyan bir karakter hukuk tarafından ona izafe edilir. Bunun misalini evlât edinmede görürüz. Çünkü kanun, çocuğu olmıyan bir kimseye bazı şartlar içinde evlât edinme hakkını tanımış ve kendinden olmadığı herkesçe bilinen bir çocuğa o kimsenin evlâdı gözüyle bakmıştır. Yine bunun gibi hukuk, tabii meyvalara bakarak hukuki semerelerin bulunduğunu kabul eder: elma bir ağacın, faiz bir kapitalin, kira bir dükkûnün meyvasıdır. Ve nihayet fizik bakımdan menkul mal mahiyetini taşımayan birtakım şeylere de hukuk bu adı vermektedir: ticaret senetlerinde olduğu gibi. Demek ki yapıntı (= fiction), realitelere karşı giden bir yoldur. Fakat bunun hukukta kabul edilmesi, sosyal realiteleri inkâr etmek için değil; belki bazı olguları hukuki neticelere bağlıvabilmek içindir. Çünkü burada sosyal hayatın icapları daima gözönünde tutulur.

Bu incelemeler bize, hukukun ne gibi safhalardan geçtiğini açıkça gösterir. Birinci safhada hukuk daha doğrusu hukukun bir kısmı kol-

lektif hayatın kendiliğinden yarattığı olgulardır. Bu safhada hukuk belginsiz (= imprecis) dir, müphemdir, henüz aydın bir şuurun konusu olmayan birbirine karşı öğelerden ibarettir. Demek ki sosyal hayatın araçsız verileri, yalnız başlarına hukuku yaratmaya kâfi gelmiyor. İkinci safhada sosyal viriler bilim metotları ile incelenir. Aralarında bazı farklar bulunmasına rağmen bu metotlar her bilim alanında özdeşirler. Hukukun teknik erek (= gaye) lerine ancak bilim metotları ile erişilebilir. Çünkü eşit derecede doğru görülen iddialar veya sosyal hayatın içten gelen tepkileri arasından hukuki düzgü (= düstur) lerin çıkarılabilmesi bilim metotlarıyla kabil olur. Fakat yukarda bir münasebetle söylediğimiz gibi bununla da iş bitmez. Burada kanun koyucusunun hukuku yaratmak zorunda kaldığı üçüncü safhaya giriyoruz. Çünkü bazan sosyal olgulardaki yönsemelerin önüne geçmek; bazan sosyal realiteleri ortalama bir tarzda formülleştirebilmek te hukuka düşen bir ödevdir. Bu alanda kanunun birçoklarıncı keyfî denilen birtakım hükümlerine raslarız. Meselâ Medeni Kanunumuzun 11 inci maddesinde «rüşt (erignlik) 18 yaşının tamamlanması ile başlar» deniliyor. Bunun gerçekten böyle olduğunun kabul edilebilmesi için olgunluk yaşının bilimsel bir metotla tesbit olunabilmesi lâzım gelirdi. Halbuki bu yaş şahsa göre değişebilir. Kanunda müruru zaman adı verilen zaman aşımı müddetlerinin tâyin olunmasında da bu hal vardır. Kanun koyucusu yerine göre bir sene, beş sene, müddet tâyin ediyor ve bu müddetler içinde bir hakkın aranmamasından o hakkın bulunmadığı neticesini çıkarıyor. Niçin? Bu sorunun cevabı da bilimsel metotla tesbit edilemez. Ancak bu misallere bakarak kanun koyucusunun hiçbir sosyal veriye dayanmaksızın di'ediği gibi yargılar koymakta erkin (= hür) olduğu neticesine varabilir miyiz? Zaman aşımı müddetlerinin tâyininde memleketin iş âlemindeki gelişimi kanun koyucusuna önderlik eder ve erkinlik yaşının tâyininde memleket iklimi, ortalama bir realiteye yaklaşma imkânlarını verir.

Ord. Prof. Esat ARSABÜK