

HUKUK İLMİNİ GERÇEK BİR İLİM HALİNE GETİRMEK İÇİN HUKUKA BİR OBJEKTİVİTE KAZANDIRMA GAYRETLERİ ve BUNLARIN DEĞERİ

Doç. Dr. Vecdi ARAL

PLÂN : GİRİŞ, I — Hukuk ve hukukun ilmen kavranışı, II — Klâsik hukuk ilminin hukuku kavrayış tarzı ve klâsik hukuk ilminin ilmî karakterinden şüphe; **BİRİNCİ BÖLÜM :** Hukuka, onu yaratanların dışında bir objektivite kazandırma gayretleri, I — Tabii Hukuk görüşü, II — Genel Hukuk Bilgisi, III — Sosyolojik Hukuk İlmi, IV — Saf Hukuk İlmi; **İKİNCİ BÖLÜM :** Hukuka bir objektivite kazandırma gayretlerinin değeri ve Hukuk İlmi hakkında varılması mümkün neticeler, A — Hukuka bir objektivite kazandırma gayretlerinin değeri, I — Tabii Hukuk görüşünün yetersizliği, II — Genel Hukuk Bilgisinin yetersizliği, III — Sosyolojik Hukuk İlminin değeri, IV — Saf Hukuk İlminin değeri; B — Hukuk İlmi hakkında varılması mümkün neticeler, I — Genel olarak, II — Dar mânada Hukuk İlmi, III — Geniş mânada Hukuk İlmi, IV — Hukuk İlminin ideal bir ilim oluşu.

GİRİŞ

I — HUKUK VE HUKUKUN İLMEN KAVRANIŞI

Beşerî münasebetlerin tanziminden, insanların yanyana ve birarada yaşayabilmelerini mümkün kılan bir düzenden ibaret bulunan hukuk, bu haliyle, hukuk ilmine nisbetinde bir bağımsızlık arzeder. Gerçekten bir toplumun teşekkülü ve yaşaması Hukuk İlmi olmadan da mümkündür; fakat hukuk olmadan bir toplumun varlığı asla tasavvur edilemez. Bu kısa ve basit açıklamadan Hukuk İlminin de, diğer ilimler gibi, araştırmakla mükellef bulunduğu müstakil bir konusu olduğu anlaşılmaktadır.

Gerçi bir toplum içinde yaşayan fertler Hukuk İlmi mevcut olmadan da bu toplumda yürürlükte bulunan hukuku bilebilirler; fakat hemen ilâve edilmelidir ki, bu bilgi bir ilim değildir. Bu vukuf, ferdin dirayet ve anlayışına bağlı olup, herhangi bir sistemden yoksun, sadece münferit hallerde hukukun bilinmesine münhasırdır. Mevcut hukukun çok defa karanlık ve müphem bir muhtevaya da büründüğü gözönünde bulundurulacak olursa, bu hukukun katî ve açık bir şekilde tefsir ve manâlandırılması gerektiği, ayrıca bun-

ların teorik çalışmalarla bir sistem haline getirilmesinin, kısaca rasyonalize edilmesinin bir zaruret ifade ettiği kolayca anlaşılabilir. Bu itibarla, hususile tatbikat yönünden büyük bir önem taşıyan, hukukun bu tarz kavranışının lüzumu inkâr götürmez bir keyfiyettir¹.

II — KLÂSİK HUKUK İLMİNİN HUKUKU KAVRAYIŞ TARZI VE KLÂSİK HUKUK İLMİNİN İLMÎ KARAKTERİNDEN ŞÜPHE

İşte bilindiği gibi Klâsik Hukuk İlminin en önemli vazifesi de ister âdetlerden, ister kanunlardan ileri gelmiş olsun, belli bir zamanda ve belli bir yerde yürürlükte bulunan bütün kaidelerin muhtevasını ortaya koymaktan ibarettir. Böylece, çalışma alanı belli bir yer ve zamanda yürürlükte olan kaidelerin bütünü olan ilim dalına Hukuk Doğmatığı denilmektedir². Şu halde Hukuk Doğmatığı belli bir yer ve zamanda yürürlükte bulunan kaideleri muhtevası itibariyle tesbit, mantıki bir tarzda tasnif ve sistematik bir şekilde izah edecektir.

Fakat, hukukun zaman ve mekâna göre değişmesi, bu hukuku meydana getiren kaidelerin muhtevasını teşkil eden mefhumları tesbit etmek ve bunları açıklamakla vazifeli olan Hukuk Doğmatığının ilmî karakterinden şüphe edilmesini mucip olmuştur. Hukuk Doğmatığına göre, Hukuk İlminin konusunu hukuk kaidelerinin muhtevası teşkil edeceğinden ve bu muhteva da hukuku meydana getirenlerin, hususile hukukun en önemli kaynağı kanun gözönünde bulundurulunca, kanun koyucunun keyfî irade ve arzusuna tabî gayri sabit ve tesadüfî bir şey olacağından bu ilmin küllî mer'iyeti haiz bir bilgiyi veremeyeceği bu bilgilerin ilmî bilginin haiz bulunması gereken objektiviteden mahrum bulunacağı, bu sebeple de ilmî vasıf ve karakterden yoksun bulunduğu ifade edilmektedir. O halde bu ifadelere göre, konusu hukuk kaidelerinin muhtevası olan Hukuk Doğmatığına «ilim» unvanı verilemez³.

1) Bakınız Kirchmann, s. 8, 9; Hirsch, s. 6.

2) Hukuk Doğmatığı veya Doğmatik Hukuk İlmine göre, «Hukukçu kanuna, tıpkı mensup olduğu dinin doğmasına bağlı olan teolog gibi, bağlıdır. Müsbet Hukuk İlminin müsbet hukuka nisbeti, tıpkı Teolojinin, taallûk ettiği dine nisbeti gibidir. Kanun, hukukçu için bir dereceye kadar bir doğma, bir nas olarak tezahür eder. Hukukçu hukuku tatbik ederken prensip itibariyle, kanunlara dokunamaz, onları tağyir edemez» (Çağıl HB, s. 145).

3) Bakınız Hirsch, s. 11.

BİRİNCİ BÖLÜM

Hukuka, onu yaratanların dışında bir objektivite kazandırma gayretleri

I — TABİİ HUKUK GÖRÜŞÜ

Zaman ve mekana göre değişik muhtevalı hukuk kaidelerinin mevcudiyeti, hattâ birbirine aykırı müessese ve kanunların müşahede edilmesi Tabiî Hukuk taraftarlarını, müsbet bir müeyyidesi olup olmamasına bakmaksızın, birer vakıa teşkil eden bu farklı hukuk sistemlerinin dışında ve üstünde değişmez esasların, doğrunun ve hakkın mutlak bir ölçüsünün varlığına inandırmış ve bu yolda araştırmalara sevketmiştir.

Tabiî Hukuk görüşüne muhtelif şartların tesiri altında varılmış olduğu gibi, bu hukukun menşei hakkında da farklı düşünceler ileri sürülmüştür. Fakat, Tabiî Hukukun İlk Çağdan başlayarak zamanımıza kadar tarihî gelişim içerisinde arzettiği değişik görünüşünü burada açıklamak konumuzu ve varmak istediğimiz neticeyi aşar⁴. Ancak şu kadarı ifade edilmek gerekir ki, bütün Tabiî Hukuk görüşlerinin temelini, hukukun, kendisini meydana getirenlerin irade ve arzularından bağımsız, bir objektiviteye sahip olduğu fikri teşkil eder. Gerçekten de Tabiî Hukuk taraftarlarına göre, zaman ve mekân içerisinde farklı şekilde tezahür etmesine rağmen hukuk, insan-

4) Buna rağmen Tabiî Hukukun İlk Çağdan zamanımıza kadar arzettiği değişik görünüşü hakkında, çok az da olsa, bir fikir vermek için denilebilir ki, İlk Çağın Tabiî Hukuku Panteist bir kâinat görüşü içinde kavranır ve tabiat-beşerî statü tezadına dayanır. Gerçekten Eski Yunanlılar fertlerin üstünde evrensel, mutlak surette mer'î bir nizam fikrine sahip olmuşlar ve bu nizama tabiat kanunu adını vermişlerdir; kâinat (Kozmos) ilâhî bir nizamdır. İnsan gerek ferdî, gerekse sosyal hayatını bu nizama uydurmakla vazifelidir. Şu halde İlk Çağın görüşüne göre, Tabiî Hukuk, beşerî aklın münasebet halinde bulunduğu bu ebedî ve objektif akıldan, bu tabiî nizamdan çıkarılacaktır. Orta Çağ ise, Tabiî Hukuku Hıristiyan Dininin prensipleri içerisinde kavramaya çalışmıştır. Hıristiyan Dinine ve diğer Yakın Şark Dinlerine göre, Tanrı immanent (meknî) ve objektif bir akıl değil, bilâkis kâinat üstü, transandan (müteâl), evrensel akıl ve iradeye sahip bir süjedir. Bu şekilde anlaşılan bir Tanrı, tabiat ve kâinat nizamının yaratıcısıdır. Bunun gibi Tabiî Hukuk da Tanrının iradesinin kanunudur. Yeni Çağa gelince: Bu Çağda felsefe, ilim, sanat, siyaset ve hukukun teolojinin, dinin otoritesinden kurtuldukları görülür. Bunun neticesi olarak ilim ve dîn, hukuk ve ahlâk birbirinden ayrılmış olduğu gibi, Tabiî Hukuk da ilâhî bir temele değil, beşerî-aklî temele müsteniden açıklanmaya çalışılmıştır. Bu konuda fazla tafsilât için bakınız Çağıl HBD. s. 286 ve devamı; Özbilgen, s. 4 ve devamı).

ların keyfî iradelerine bırakılmış, tesadüfün bir oyuncuğu olarak kabul edilemez. Aksi takdirde adaletle mevzu hukuk aynı şey kabul olunmak gerekir ki, bu da keyfî hareketlerin ve zulmün meşrû sayılmasını icap ettirir. Halbuki vicdanların böyle bir anlayışı reddettiğini tarih boyunca görmek mümkündür. Hukukun adalete uygun kaideler ihtiva etmesi gerektiği hakkında insanda bir vicdanî sesin, bir hukukî duygunun varlığı açıkça görülmektedir. İşte bu duygu çok değişik hükümleri ihtiva eden mevcut hukuk kaidelerinin üstünde zaman ve mekâna göre değişmez esaslardan müteşekkil bir hukukun varlığını isbat eder ki, bu hukuk Tabiî Hukuktur⁵.

II — GENEL HUKUK BİLGİSİ

Hukukun zaman ve mekân şartlarına bağlı olarak değişiklik arzemesi, farklı yer ve zamanlarda hukuk kaidelerinin farklı muhtevalarla karşımıza çıkması Tabiî Hukuk görüşünden başka ve ondan farklı bir şekilde, mevcut hukuk sistemlerinde görülen, yani pozitif hukuk kaidelerinden çıkarılmış, esaslardan hareket ederek, başka başka hukuk sistemlerinin aynı zamanda ihtiva ettikleri ve bu sebeple müşterek olan unsurların araştırılması fikrini de ilham etmiştir.

Gerçi pratik menfaat, sosyal hayatın çeşitliliğine yönelmiş hususi mahiyetteki hukuk normlarının bilinmesindedir ve bundan dolayıdır ki, Hukuk Doğmatığı adı altında ilmî faaliyet ve gayretler daha çok bu nevî hukuk normlarının araştırılmasında toplanmıştır. Fakat bunun yanı sıra, içersine sadece hukukun temel mefhumları girdiği için sahası büyük ölçüde daralmış olan Genel Hukuk Bilgisi de vardır. Nitekim N a w i a s k' y e göre, her şeyden önce, müşahhas hukuk nizamlarının ve bu hukuk nizamlarını temsil eden devletlerin çokluğu vakıasına istinat eden Genel Hukuk Bilgisi esas itibariyle sadece, bütün bu nizamlara müşterek olan şeyle meşgul olur. Bundan başka, her müşahhas hukuk nizamının, farklı hayat sahalarını tanzim eden bir çok hukuk kaziyelerinden meydana gelmiş olması vakıası karşısında da Genel Hukuk Bilgisi, bu değişiklikten sarfınazar ederek, yine bütün sahalar için önemli olana inhisar eder⁶.

Şu halde netice olarak Genel Hukuk Bilgisi, hukukun arızî ve tesadüfî şartlardan, halin icabından doğan ve bundan dolayı hususiyet arzeden unsurlarının yanı sıra, zaman ve mekâna göre değişik-

5) Yörük, s. 79, 80.

6) Nawiaskey, s. 3.

lik arzetmeyen, bütün toplumlarda yürürlükte olan unsurların da bulunabileceği fikrine istinat etmekte, bu sebeple de konusunu hukukî bilgilerde esas olan bütün genel prensiplerle hukuk sahasında malûm olan bütün hukukî müesseseler teşkil etmektedir. Bunun içindir ki, taraftarlarınca, Genel Hukuk Bilgisinin bütün hukukun temeli, Hukuk İlminin ta kendisi olduğu söylenmektedir ⁷.

III — SOSYOLOJİK HUKUK İLMİ

Bu görüş de Doğmatik Hukuk İlmini islâh arzu ve gayretlerinden doğmuştur. Gerçekten bu mektep mensupları klâsik hukuk mantığını ve tefsirini yetersiz bularak yeni metodlar aramaktadırlar. Bu suretle, bulacakları yeni metodlarla da hayatta değişik ihtiyaç ve menfaatlerin meydana çıkardığı meselelere cevap verebilecek bir hukukun yaratılabileceğine inanırlar ⁸.

Yeni bir kanunlaştırma devrine tekabül eden XIX. yüzyılın başlarında hemen bütün hukukçuların zihinlerinde hukukun istenilen her kalıba dökülebileceği, her meselenin iyi tesbit ve tâyin edilmiş bu kalıplarla halledilebileceği kanaati yerleşmiş bulunuyordu. Bu kanaat ise, hukukun hayatla her türlü ilgi ve rabitasını ortadan kaldırmaya matûf üç büyük mektebin doğmasını intaç etmişti: Fransada «Tefsirci Mektep», Almanyada «Mefhumlar İctihadı Mektebi» ve Anglo-Sakson memleketlerinde «Tahlilci Mektep» ⁹.

Nitekim Tefsirci Mektep tarafından hukuk, kanunla bir tutulmuş, hukuk olarak sadece kanun koyucunun meydana getirdiği hükümler gözönünde bulundurulmuştur. Şu halde bu mektebe göre kanun, devlet iradesi ve dolayısıyla de hukuk, devletin yarattığı bir şeydi. Artık çözülmesi gereken meseleler meydana çıktıkça yapılacak iş, kanunları tefsir etmekten ibaretti. Kendisine yaratıcı bir fonksiyonun tanınmadığı böyle bir tefsirin hayatın çok değişik ihtiyaçlarına, kısaca sosyal realiteye cevap verebilip veremeyeceği endişesi bu mektebin taraftarlarından uzak bulunuyordu ¹⁰.

Kanunlaştırma hareketine bir tepki olmak üzere Almanyada ortaya çıkmış olan cereyan ise, hukukun insan akli tarafından, daha doğrusu kanun koyucu tarafından arzu edildiği gibi şekillendirilebilecek bir şey olmadığı tezini savunmaktaydı. Bu konuda tekâmülcü

7) Hirsch, s. 15 ve devamı; ayrıca bakınız Yörük, s. 100.

8) Topçuoğlu, s. 92.

9) Gürkan, s. 3.

10) Gürkan, s. 4.

görüşden mülhem olan Alman hukukçularına göre hukuk, bir milletin irade dışı tarihî gelişmesinde, bu muğlâk gelişmeyi ifade eden «Halk Ruhunu»unda bulunabilirdi. Fakat bu «Halk Ruhunu»ndan kasdedilen bir toplumun sosyal gerçekliği değildi. Hukukun kaynağını teşkil eden «Halk Ruhunu» birnevî millî vicdanı ifade etmekte ve bu da toplumların gelişme merhalelerine göre örfler ve kanunlar şeklinde tezahür etmekteydi. Yeni meseleler ortaya çıkınca da hukukçudan istenilen şey, bu örf ve kanun hukukundan mantıkî kıyas yoluyla bir hal çaresi bulmaktan ibaretti. Şu halde bu kısa açıklamadan anlaşılacağı üzere, Mefhumlar İctihadı da sosyal gerçekliğe gözünü kapadığından netice itibariyle Tefsirci Mektebin görüşünden pek farklı bir görüşe sahip bulunmamaktaydı ¹¹.

Tefsirci Mektep ile aynı zamanda Anglo-Sakson memleketlerinde doğup gelişen Tahlilci Mektebe gelince, burada bu Mektebin de hukuku, kanunlar ile mahkemelerin yarattığı emsallerden ibaret telâkki ettiği, yeni durumların ortaya çıkması halinde bu kanunlar ile emsallere bakarak netice çıkarmanın zaruri görüldüğü zikredilmekle iktifa edilsin ¹².

İşte hukuk dünyasında hüküm süren bu tecerrüt haline bir reaksiyon olmak üzere Amerikada beliren Sosyolojik Hukuk İlmi, Almanya'da «Serbest Hukuk Mektebi», Fransada «Serbest İlmî Araştırmalar Mektebi» ile birlikte, haklı olarak «Hukuk ilminde sosyolojik isyan»adı verilen bir cereyanın temsilcisi olarak meydana çıkmıştır ¹³.

Daha, Sosyolojik Hukuk İlminin kurucusu P o u n d üzerinde büyük bir tesir icra etmiş olan J h e r i n g 'den evvel Almanya'da K i r c h m a n n , kanunların tesadüfî ve keyfî olduğunu, bu itibarla Hukuk İlminin gerçek konusunun bu keyfî değişikliklere maruz kalan kanunlar değil, ancak toplumda fiilen yaşamakta olan, fertler arası münasebetlerde gerçekleşen hukuk olabileceğini söylüyordu ¹⁴. J h e r i n g ise, bilhassa hukukun gayesi üzerinde durmuş ve bunu toplumun hayat şartlarını teminat altına almakta görmüş, do-

11) Gürkan, s. 4.

12) Gürkan, s. 4/5.

13) Topçuoğlu, s. 30.

14) Bakınız Kirchmann, s. 8, 9, 18; Topçuoğlu, s. 31.

layısıyla de hukukun bu hayat şartlarındaki değişimleri takip etmesi gerektiğini ifade etmişti ¹⁵.

Sosyolojik Hukuk İlmî de başlıca gayesi olan beşerî menfaatleri tatmin ve uzlaştırmak hususunda sosyolojik metodu hukuka tatbik etmek ister; çünkü bilhassa kanun boşluklarının doldurulmasında gerekli bilgiyi verecek en mükemmel metodu sosyolojik metod teşkil etmektedir. «Sosyolog hukukçular, insanların birbirleriyle münasebetlerinde ne şekilde davrandıklarını, bu münasebetleri iyi bir şekilde idame ettirebilmeleri için nasıl hareket etmeleri gerektiğini medeniyetin gelişmesinde sosyal, ekonomik, siyasî ve hukukî müesseselerin veya ahlâkî hükümlerin ne dereceye kadar rol oynadıklarını bilmek mecburiyetindedirler. Ayrıca, kanun vaz'ında, hukuk kaidelerinin tefsir ve tatbikinde başarı sağlanabilmesi için de sosyolog hukukçuların, hukuk kaidelerinin taallûk ettikleri sosyal vakıaların neler olduğunu araştırmaları ve öğrenmeleri gerekmektedir»¹⁶.

Kısaca denilebilir ki, Sosyolojik Hukuk İlmî hukukun yaratılmasında isabetli metodların bulunması ihtiyacını karşılamaya matûftur; klâsik hukuk mantığını, mantıkî tefsir metodlarını yetersiz bularak, yeni metodlar yaratmak istemiştir. Diğer bir deyişle Sosyolojik Hukuk İlmî, Hukuk Doğmatığını islâh suretile hukukî düşünceyi sosyolojik mülâhazalara açmak, hayatın değişen sosyal meselelerine çözüm yolu bulabilecek bir hukuk yaratmak istemiştir. Bu yaratmada ise en çok kanun koyucuya, belli bir ölçüde de hakime vazifeler düşmektedir. Hukuk bilgininin rolü ise, gerek kanun koyucuya, gerekse hakime yardımcı olacak bilgilerin hazırlanmasında görülmektedir ¹⁷.

IV — SAF HUKUK İLMİ

Hukuk Doğmatığının tenkidi konusunda ve yeni bir hukuk ilminin inşasına müteallik gayretler meyanında, Hukuk Felsefesinde Normativist Pozitivizmin mümessili olan K e l s e n' in Saf Hukuk Teorisi önemli bir yer işgal eder. Gerçekten K e l s e n' in saf Hukuk Teorisinin gayesi, Hukuk İlmini gerçek bir ilim, bir manevî ilim seviyesine yükseltmek, bütün ilimlerin ideali olan objektiflik ve katiyete kavuşturmadır. Bunun için de, ilimlerin oluş ve ilerlemesinde ken-

15) Bakınız Jhering, s. 58 ve devamı; Honig, s. 132; Topçuoğlu, s. 33.

16) Gürkan, s. 45/46.

17) Topçuoğlu, s. 92; Gürkan, s. 104/105.

dilerine uygun gelecek metodların uygulanmasındaki önemi iyi kavrayan K e l s e n , aslında, Hukuk İlmine müteallik metodun saflığını temin endişesi ile hareket eder. Bu itibarla ki, onun araştırması saf metodolojik bir araştırma olarak tavsif edilmiştir¹⁸.

Böyle, metodolojik bir araştırmanın herşeyden önce bilgi teorisi bakımından temellendirilmesi zarureti, anlaşılabilir bir şeydir. Nitekim Saf Hukuk Teorisinde bu yönden bir çok felsefî istikametlere rastlamak mümkündür. Bu konuda K e l s e n 'in başlıca K a n t ve Yeni Kantçı Felsefeden faydalandığı burada zikredilmelidir. Kant Felsefesinin tesirlerini, K e l s e n metodunun rasyonel ve transandantal bir karakter taşımasında görmekteyiz. Bu karakteri icabı, Saf Hukuk Teorisinde bilginin tecrübî unsurlarına önem verilmez, bilakis fiilî bir hukuk nizamının mefhumlarının içine sokulmasının zarurî bulunduğu transandantal, yani tecrübeden bağımsız, her türlü tecrübeye zaman itibariyle değil de, mantıkî bakımdan takaddüm eden, akılda mevcut saf şekillerin, kategorilerin bulunmasına çalışılır¹⁹.

Bu suretle nazariyesini kurarken K a n t 'a dayanmakla K e l s e n , diğer yandan dolayısıyla, kendiliğinden şey (Ding an sich)in mevcudiyetini atarak, her türlü realizmin aksine bütün gerçek, real şeyleri düşünülmüş şeylere irca eden, bilginin konusunu devamlı bir vazife ve ebedî bir problem olarak ancak ilim tarafından yaratılacak bir şey olarak kabul eden Yeni Kantçı cereyanın görüşleri, hususile C o h e n tarafından temsil edilen bilginin idealist istikametiyle de temasa geçmek imkânını bulmuştur²⁰.

İşte bu felsefî görüşlerden gıdalanan K e l s e n 'e göre hukuk, bütün hukukî kaziyelerin hukukîlik karakterini tesis edecek olan, teknil Hukuk İlminin temel mefhumu mahiyetindeki norm düşüncesi veya saf «olması gereken» (Sollen)dir. Ahlâkî normdan farklı olarak bir emri değil de, ipotetik bir hükmü ifade eden bu hukukî normda iki vakıa arasındaki bağlantı normatif bir karakter arzeder; bu suretle de tabiat kanununda mevcut iki vakıa arasındaki sebep-netice bağlantısından açıkça ayrılır. Tabiat kanunu bir «A» vakıası meydana gelirse, «B» neticesi zarurî olarak vuku bulur, der; buna

18) Kelsen RRL, II, Vorwort zur ersten Auflage, s. III; Sander, s. 511; Pitamic, s. 343.

19) Kelsen ASL, Vorrede s. V.

20) Kelsen HSRL, Vorrede zur zweiten Auflage, s. XVII; Marck, s. 1.

mukabil hukuk kanunu olan norm bir «A» vakıası meydana gelirse, «B» neticesi de vuku bulmalıdır, demektedir ²¹.

Şu halde Hukuk İlminin konusu münhasıran hukuktur ve hukuk da norm olarak anlaşılır. Bir saf «olması gereken» olarak kavranan normun, biraz önceki açıklamadan, akılda mevcut transandantal bir şekil olduğu bilinince Hukuk İlminin konusu olan hukukun realite, yani gerçeklik sahasında değil de, fikrî bir sahada bulunacağı, fikrî bir tabiata sahip olacağı aşıkârdır. Bundan başka K e l s e n tarafından devletin de, Hukuk İlminin konusu olduğu ölçüde, fikrî bir tabiata sahip bulunduğu iddia edilmektedir; Hukuk İlminin konusu olduğu takdirde devlet, ancak hukuk olabilir. Çünkü bir şeyi hukuken bilmek, onu hukuk olarak kavramaktan başka bir şeyi ifade etmez. Bu sebeple devleti tabii gerçekliği haiz bir varlık olarak kabul etmek hatalıdır; devletle hukuk arasında hiç bir fark mevcut değildir ²².

İmdi bu şekilde anlaşılan hukuk, önceden hazır ve mevcut bir şey olmayıp daha çok ilmî araştırmanın bir mahsulüdür. Hukukî araştırmanın başında olan şey, henüz tamamiyle belirsiz bir şey, bir kaostur. Hukuk İlminin vazifesi, hukukî araştırmaya malzeme olarak verilen şeylerin yaratıcı bir faaliyetle temel mefhum olan hukuk mehumu, yani saf «olması gereken» altında toplanması keyfiyetidir ²³.

Görülüyor ki, K e l s e n'e göre Hukuk İlminin konusu olan hukuk, hiç bir maddî muhtevayı haiz olmayan saf formal bir kategoridir. Bu keyfiyet K e l s e n'in bir taraftan da bilgi teorisinde, bilginin manâ ve öneminin onun formal karakterinde sona erip daha ileriye gitmeyeceğini ifade eden formalizme dayandığını gösterir. Ancak formal olanın objektif olabileceğini söyleyen K e l s e n, böylece daima değişen muhtevasının dışında hukuka sırf şekil yönünden bir objektivite kazandırmış bulunduğu kanaatindedir ²⁴.

Bütün bu açıklamaların, Hukuk İlminin metodu ve kendisi yönünden varacağı netice, konusu normatif ve fikrî bir tabiata sahip olan Hukuk İlminin de normatif bir metoda sahip, normatif ve ideal bir ilim olacaktır. Bu itibarla hukukî metodu katî bir şekilde tabiât ilimlerinin illî metodundan, binnetice norm ilmi olarak Hukuk İlmini de, tabii vakıaların illiyet kanununa göre açıklanmasını gaye

21) Kelsen RRL. II, s. 93.

22) Kelsen ASL, s. 7, 14.

23) Jöckel, s. 60/61.

24) Kelsen ASL, s. 18

bilen diğer bütün ilimlerden açıkça ayırmak gerekir. Çünkü tabiat ilimleri, müşahede konusu olarak münhasıran «olan» (Sein)la, Hukuk İlmî ise «olması gereken» (Sollen)le meşgûl olmak mevkiindedir. Bu arada K e l s e n, norm ilmi olarak Hukuk İlminin Sosyoloji ve hususile Hukuk Sosyolojisinden de tefrik edilmesine büyük bir önem atfetmektedir. Çünkü ona göre, bu nevî ilimler de mahiyeten tabiat ilimlerinden farklı olamazlar. Onlar da kendilerine konu edindikleri beşerî davranışı sebep-netice prensibine göre açıklamaya çalışırlar ²⁵.

Fakat hukukun normatif metodunun sadece tabiat ilimlerinin illî metodundan katî olarak ayrılması ile mesele hallolmamakta, bundan başka kendine has hukukî bir metod olarak bu saf normatif metodun, diğer kıymet sistemlerinin normatif metodlarından ayrılmak, böylece her türlü ahlâki ve politik düşünceler de Saf Hukuk Teorisinin dışında bırakılmak gerekmektedir. Bu sebeptendir ki K e l s e n, hukukî metodun yabancı unsurlardan temizlenmesi konusunda tabiat ilimlerinin yanı sıra, bir ideoloji olarak kabul ettiği Tabiî Hukuk görüşüne karşı da cephe almaktadır. Saf Hukuk Teorisi pozitif hukukun bir teorisi olup, onu değrlendirmeyi reddeder ve kendini, bir ilim olmak bakımından, pozitif hukuku sadece mahiyetine göre kavramak ve bünyesini olduğu gibi anlamakla mükellef görür ²⁶.

İKİNCİ BÖLÜM

Hukuka bir objektivite kazandırma gayretlerinin değeri ve hukuk ilmi hakkında varılması mümkün neticeler

A — Hukuka bir objektivite kazandırma gayretlerinin değeri

I — TABİÎ HUKUK GÖRÜŞÜNÜN YETERSİZLİĞİ

Hukuka, onu yaratanların dışında bir objektivite kazandırma gayretlerinde Tabiî Hukuk görüşünün değeri küçümsenemez. Pozitif hukukun üstünde bulunacak değişmez esas ve prensiplerin, hukuku yaratanların, hususile kanun koyucuların keyfî arzu ve iradelerinin dışında gerçekten bir objektiviteye sahip olacağı ve bu haliyle de ilmî araştırmanın konusu olmaya yaraşır bir hüviyet kazanacağı aşikârdır.

25) Kelsen HSRL Vorrede zur Zweiten Auflage, s. VI; Kelsen RRL. II, s.78 79.

26) Kelsen RRL. I, s. 16 ve devamı.

Ancak diğer yandan, zaman ve mekâna göre değişiklik arzeden pozitif hukukun da, Tabiî Hukuka uygun bulunmasa bile sistematik bir şekilde eksiksiz ve doğru olarak bilinmesi gerekli bir gerçeklik, bir realite teşkil ettiği gözden uzak bulundurulmamalıdır. Bu itibarla sadece Tabiî Hukuku hukuk olarak bilip hukukî araştırmayı buna inhisar ettirmeye, pozitif hukuku bu nevî araştırmanın dışında bırakmaya imkân yoktur ²⁷.

II — GENEL HUKUK BİLGİSİNİN YETERSİZLİĞİ

Diğer alanlarda olduğu gibi, hukukun kavranmasında da bir iş bölümünün mevcut bulunduğu bilinmektedir. Bu keyfiyet ise konusu çok dar hukukî araştırmaların doğumuna sebebiyet vermiş, böylece de hukukî araştırmanın birlik ve bütünlüğünü ortadan kaldırmıştır. Nitekim, farklı devir ve ülkelerdeki hukuku kendine konu edinen araştırmalar, birbirlerinden ayrı kaldığı gibi, aynı bir ülkede Ceza, Ticaret ve Medenî Hukuk gibi değişik adlar altında toplanan hukuk kaidelerini kendine konu edinen farklı hukukî bilgi kolları da birbirlerinden uzak kalmışlardır.

Gerçi her hukukî bilgi kolu, kendi alanında derinlemesine bir araştırma yapıp bir sistem meydana getirebilir ve getirmektedir, ancak bu alanda elde edilen bilgiler ve meydana getirilen sistemler diğer hukukî bilgi kollarının genel ve önemli prensiplerine bağlanmadıkça, diğer hukukî bilgi kollarının meydana getirmiş buldukları sistemlerle ahenktâr kılınmadıkça, hukukî araştırma tam manâsı ile ilmî bir karakter kazanamaz. Bu, farklı bilgi kollarının genel ve önemli esaslarını birbirine bağlamak, bunları bir sistem haline getirmekle vazifeli bir ilim koluna, yani Genel Hukuk Bilgisine olan ihtiyacı açıkça gösterir ²⁸.

27) Karşılaştırınız Yörük, s. 101.

28) Bazılarınca felsefenin prensipler ilmi diye bilinmesi ve dolayısıyla Hukuk Felsefesinin de sadece hukukun prensipleri teorisi olarak addedilmesi, Genel Hukuk Teorisi ile Hukuk Felsefesinin bir tutulması neticesini doğurmuştur. Bu sebeple Genel Hukuk Teorisi ile Hukuk Felsefesi arasındaki farkları ve hudutları iyice belirtmekte zaruret vardır. Bu farkları konu ve metod bakımından göstermek mümkündür. Gerçekten, konusu itibarıyla «Genel Hukuk Teorisi hukukun münferit sahalarının teferrüatına girişmeksizin hukukun esas mefhumlarına, esas unsurlarına ve esas normlarına taallük etmektedir. Buna mukabil Hukuk Felsefesi, «hukukî madde»nin —gerek külliye gerek münferiden— heyeti umumiyesine şamil bulunmaktadır». Metod bakımından ise «Hukukçu Genel Hukuk Teorisinde esas mefhumları ve normları huku-

Fakat, bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, Genel Hukuk Bilgisinin varlığı herşeyden önce farklı hukukî bilgi kollarındaki derinlemesine bir araştırmaya bağlı bulunmaktadır. Bu sebeple, sadece Genel Hukuk Bilgisine ilmî karakter tanıyıp, bunun dışında konusunu en ince teferruatına kadar metodik ve sistematik bir şekilde kavrayıp açıklamakla mükellef bulunan hususî mahiyetteki hukukî bilgi kollarını bu karakterden yoksun kabul etmek isabetli görülemez.

Kaldı ki, Genel Hukuk Bilgisinin hukuka istenilen objektiviteyi kazandırması da mümkün değildir. Çünkü hukukun umumî prensiplerini elde edebilmek için pozitif hukuk kaidelerinden, daha açık bir söyleyişle, bir çok hukuk kaidelerinin müşahhas muhtevasından hareket etmek gerekmektedir. Hukukun umumi prensiplerinin bulunması, büyük bir toplam tutan hukuk kaidelerinde müşterek esasların tecrit ameliyesi ile meydana çıkarılmasını ifade eder. İmdi, hususî kaidelerden çıkarılmış olan prensiplerin genellik derecesi tecrit ameliyesine esas teşkil eden hususî kaidelerin şümulüne bağlı olacağı cihetle, söz konusu olan genellik asla mutlak olamaz. Daha açık ifade edilmek gerekirse, bu esas ve prensipler, belli bir hukuk nizamının yalnız bir kısmı, meselâ Ceza veya Ticaret, yahutta Medenî Hukuk bakımından genellik sıfatını haiz olabileceği gibi, bu hukuk nizamının bütünü bakımından da genel prensipler bulunabilir; hatta bütün devletlerin hukuk nizamlarından tecrit yoluyla bir takım prensipler elde edilebilir; fakat yine de genellik mutlak değil, ancak izafidir. Çünkü bu tarzda kazanılan genel prensip, mefhum ve müesseseler tasavvur olunan her hukuk nizamı için zarurî değildir. Nitekim genel olarak sıfatlandırılan prensip, mefhum ve müesseseler, tecrit ameliyesinin temelini teşkil eden hususi mahiyetteki kaideler değiştikçe genellik sıfatını kaybeder²⁹.

III — SOSYOLOJİK HUKUK İLMİNİN DEĞERİ

Birinci bölümde belirtildiği gibi, Sosyolojik Hukuk İlmi sosyolojik metodun hukuka uygulanmasını gaye bilmektedir. Sosyolojik

ki-intikadî şekilde inceler yani onları hukuk ilminin bittiği noktaya kadar takip ve tahlil eder. Halbuki filozofun ve hukuk filozofunun asıl vazifeleri işte bu noktadan itibaren başlar. Filozof hukukî mefhumlar ve normlar ile bu mefhumların ve normların yerleştirildiği —ve onlara (bu mefhumlara) hareket mebdei teşkil eden— umumî felsefî sistem, kâinat ve hayat telakkisi arasındaki münasebetleri arayıp bulur ve tesbit eder» (Çağır HMD, s. 146).

29) Bakınız Hirsch, s. 17, 18; Yörük, s. 102, 103.

metodun hukuka sokulmasının ne derece isabetli olacağı konusuna Saf Hukuk İlminin değerlendirilmesinde geniş ölçüde temas edilecektir. Ancak burada şu kadarı ifade edilsin ki, konu ile metod arasında sıkı bir bağlılık vardır; her ilmin konusunun kendine has bir metodu olup, ilmî araştırmaya tabi her konu kendine uygulanacak metodu bizzat tayin eder. Bu sebeptendir ki, konu değiştikçe metod da değişir ve bunun gibi metodun değişmesi de konunun değişmesini gerektirir. Şu halde Hukuk İlminin konusunun münhasıran normlar olduğu bilinince, onun da kendine has, diğer ilimlerin metodlarından bağımsız bir metodu olmak gerekeceği kolayca anlaşılabilir. Sosyolojik metod ise, adının da ifade ettiği gibi, ancak sosyal realitenin, sosyal gerçekliğin ilmî idrakinde uygulanabilir. Bu itibarla birbirinden ayrı konuların gerektirdiği metodların aynı bir konuya, yani sosyolojik metodun hukuka da uygulanmasına, ilmî araştırmanın ve ilmî düşüncenin ciddiyeti yönünden müsamaha edilemez. O halde Sosyolojik Hukuk İlmi bir Hukuk İlmi olamaz.

Aslında Sosyolojik Hukuk İlmi genel olarak faydacı, pragmatik bir karakter taşımakta, pratik gayeler peşinde koşmaktadır. Bütün Sosyolojik Hukuk İlmi taraftarlarının gayretlerinin temelini, vakıalar arasındaki münasebetlerin tetkikinden bir takım genellemelere ve kanunlara ulaşmak düşüncesi değil, tatbikî bir Sosyolojik Hukuk İlmi kurmak endişesi teşkil eder. Bu gayretler, hakikatın bulunup ifade edilmesinden başka maksadı olmayan nazari bir çalışma mahiyetinde değildir. Tatbikatın nazariyeyi takip ettiği ve onu tamamladığı kabul edilmekle beraber bir tatbikata asla ilim unvanı verilemez; ilmin «nazari» ve «tatbikî» olarak ikiye ayrılması doğru görülemez. Bunun içindir ki, Sosyolojik Hukuk İlmi bir Hukuk Sosyolojisi de olamaz. Hukuk Sosyolojisi, hukukun sosyolojik açıdan tahlil ve araştırılmasına tallûk ettiği halde Sosyolojik Hukuk İlmi sosyolojik metodun hukukun tefsir, uygulanma ve yaratılmasında kullanılmasına taallûk etmektedir³⁰.

IV — SAF HUKUK İLMİNİN DEĞERİ

Bilindiği gibi K e l s e n, hukuka bir objektivite kazandırmak gayesi ile Hukuk İlminin konusu olarak münhasıran hukuku göstermekte ve bunu da K a n t ve Yeni Kantçı felsefenin tesiri altında, akılda mevcut transandantal bir şekil, bir saf «olması gereken» ola-

30) Gürkan, s. 123 ve devamı; Topçuoğlu, s. 92.

rak anlamaktadır. Ona göre hukuk, hiç bir maddî muhtevaya sahip olmayan saf formal bir kategoridir.

Halbuki insan zihninde, her düşünce ve bilgi muhtevasının mutlaka içine girmek zorunda bulunduğu, her türlü tecrübeden mukaddem bir takım formların mevcudiyeti yolundaki iddia itirazla karşılanmaktadır. Şu halde K a n t' a dayanan K e l s e n'in de varlığını iddia ettiği, pozitif hukuk nizamının bütün mefhumlarının içine konulmasının zaruri bulunduğu saf hukuki bir «olması gereken» kategorisi kabule değer görülemez. K a u f m a n n'a göre K e l s e n tarafından ortaya atılan transandantal hukuk mefhumları aslında amprik, tecrübî hukuki vakıyalardan genelleştirme ve tecrit yoluyla elde edilmiştir ³¹.

Kaldığı, sadece hukuk kaidesi, mahiyeti icabı bir «olması gereken»i ihtiva ve ifade edip, hukuk kaidesinde yer alan, hayattan alınmış fevkalade çok değişik mefhumlarda bu vasıf görülemez. Fakat hayattan alınan bu mefhumlar, haiz oldukları işaret ve vasıfların çokluğuna ve farklılığına rağmen hukukilik karakterine sahiptir ve bunu sağlayan bu mefhumların müşahhas bir hukuk nizamının muhtevasında yer almış olmaları keyfiyetidir. Bu sebeple, bu çok değişik mefhumların hukukilik karakterini tesis için artık, esasen varlığına itiraz edilen K a n t manâsında transandantal bir kategoriye, bu manâda bir norm mefhumuna ihtiyaç yoktur; bu mefhumların sadece müşahhas bir hukuk nizamında, bu nizamın hukuk kaziyelerinde, bir hukuk normunun mücerret vakıasında yer almış bulunmaları hususu onlara hukukilik karakterinin tanınmasına kafidir ³².

K e l s e n' in, Hukuk İlminin vazifesini, hukukî araştırmaya malzeme olarak verilen şeylerin yaratıcı bir faaliyetle temel mefhum olan norm mefhumu, yani saf «olması gereken» altında toplanması keyfiyetinden ibaret olduğu, hukukun önceden hazır ve mevcut bir şey olmayıp, daha çok ilmî araştırmanın bir mahsulü bulunduğu hakkındaki görüşüne gelince, bu, Saf Hukuk Teorisine temel teşkil etmiş olan idealist felsefi istikametinin bir hatasına dayanmaktadır. Gerçekten de bilginin idealist istikametine, bilginin konusunun düşünceden bağımsız, real ve değişmez bir şey olmayıp düşünce ameliyelerinde devamlı bir tekâmül halinde yaratılan bir şey olduğu fikri hakimdir. Bilginin bu tarz anlaşılmasına karşılık Kritik

31) Kaufmann, s. 11; ayrıca bakınız Schlick, s. 327.

32) Rosenberg, s. 14/15.

Realizm yönünden yapılan itirazlar, burada söz konusu edilmeğe değer bir mahiyet taşımaktadır.

Nitekim bu görüşe göre, bilgi, her ikisi birbirinden farklı olmak ve farklı kalmak üzere süje ile obje arasındaki bir münasebettir. Süjenin fonksiyonu kavramak, buna karşılık objeninki ise kavranılmaktır. Bu kavrama ve kavranılma sırasında objede olmamakla beraber, fakat herhalde süjede, bilgi vasıtasıyla bir şey değişir; çünkü süjede obje hakkında bir şuur teşekkül eder. Objenin süjede teşekkül eden bu tasavvuru, bizzat obje ile uyduğu ölçüde objektiftir ve bu sebeple bilgi adını alır. Bu arada real objelerden ideal (sırf düşünülmüş) objeleri tefrik ederiz. Bu ideal objeler de düşünülmüş, düşünce tarafından meydana getirilmiş olmalarına rağmen düşünceden bağımsızdırlar. Bu bağımsızlık, düşüncenin onları önce yaratıp sonra kavramaya ceht etmesi ile anlaşılır.

İmdi süjede obje ile ilgili olmak üzere teşekkül eden tasavvura mefhum denilir; mefhumlar ise kelimelerle, yani yazı işaretleri ile gösterilirler. Bu açıklamalardan mefhumların ister real, ister ideal neviden olsun bir objeyi gösterdikleri neticesi çıkmaktadır³³.

Demek oluyor ki, objelerin düşünceden bağımsız bir varlığı olmadığını söyleyen idealist felsefenin aldanması, mefhumlarla objeleri karıştırmaktan ileri gelmiştir. Hukuk İlminin kendi konusunu yarattığı yolundaki iddiayı serdetmekle K e l s e n de aynı aldanmaya maruz kalmıştır. Halbuki Hukuk İlminin vazifesi kendi konusunu yaratmak değil, bilakis mevcut hukukun açıklanması, hukuk nizamının tefsiridir³⁴.

Böyle bir vazifeyi üzerine almış olan Hukuk İlminin yapacağı iş, gramatik kaziyelerden ibaret olan ve bu haliyle münferit kelimelerden, mantıki mefhumlardan kurulmuş bulunan hukuk kaidelerinin, bu kelime ve mefhumlarının ihtiva ettiği manâyı kati bir araştırmaya tabi tutmaktır. Biraz önceki açıklamalardan, mefhumların bilen süjede teşekkül eden tasavvurlar, yani bilginin yöneldiği objeden ayrı bir tabiatta olmak üzere bir düşünce mahsulü oldukları bilinince, hukukun varlık sahasının fikiz veya psikolojik bir realite sahası değil, bilakis fikrî, ideal bir saha olduğu kolaylıkla anlaşılacaktır. Bunun için de, K e l s e n'in Hukuk İlmine ideal bir ilim dediği ve onu Sosyoloji ve Hukuk Sosyolojisi de dahil, bütün tabiat ilimlerinden ayırdığı zaman kendisine hak verilmelidir³⁵.

33) Messer, s. 2 ve devamı.

34) Bakınız Hirsch, s. 10.

35) Jöckel, s. 105; ayrıca bakınız Çağıl HMD, s. 24/25.

Burada devletle hukuk arasındaki münasebetin mahiyetine de temas etmek yerinde olur. Devletle hukuku bir kabul eden K e l s e n' in görüşünün aksine, devletin hukuktan ayrı, gerçek bir tabiatı olduğu ve bu haliyle de sosyolojik araştırmaların konusunu teşkil edebileceği hakkında hiç kimsenin şüphesi olamaz. Fakat diğer yandan devlet, hukuk gibi ideal bir ilmin konusu haline getiriliyorsa bu, ancak, hukuki araştırmalarda devleti bir mefhum olarak kabul etmek sayesinde mümkün olmaktadır. Önceki açıklamalardan mefhum olarak devletin, realitedeki varlığından sarfı nazar ideal mahiyette olduğu ve bu haliyle hukuki araştırmanın konusu olabileceği kolaylıkla kabul edilebilir ³⁶.

K e l s e n' in Hukuk İlminin, ideal bir ilim olmak itibariyle tabiat ilimlerinden ve bu arada Sosyoloji, hususile Hukuk Sosyolojisinden ayrılması gerektiği hususundaki görüşü tasvip kazanmakla beraber, tabii hukuk hakkındaki fikri kabul edilemez. Aslında onun mücadele ettiği ve akamete uğrattığı Akliyecî Tabii Hukuk görüşü, yani muayyen bir tabii hukuk anlayışıdır. Fakat bununla, bir doğru hukuk fikri asla bertaraf edilemez. Bir doğru hukukun aranılmasını haklı kılan sebepler vardır. Hukuki müşahede ve düşünce pozitif hukukun açıklanmasına giriştiği zaman, metod bakımından tabii hukuktan ayrı olabilir, fakat felsefi olarak yürütülen bir doğru hukukun aranmasından vaz geçemez ³⁷.

İmdi pozitif hukuk, tabii hukukun karşısına konulunca ideal neviden de olsa bir «olan» olarak görünür. Bu itibarla K e l s e n' in pozitif hukuka yönelen bir metodu normatif bir metod ve bu metodu kullanan Hukuk İlmini normatif bir ilim olarak göstermesi de haklı ve doğru olamaz.

B — Hukuk ilmi hakkında varılması mümkün neticeler

I — GENEL OLARAK

Birinci bölümde, hukukun yer ve zaman bakımından değişiklik arzemesi sebebiyle ona, onu yaratanların iradelerinin dışında bir objektivite kazandırma ve böylece de Hukuk İlmini gerçek bir ilim haline getirme gayretlerinin takip ettikleri yol ve netice olarak vardıkları görüşler belirtildi. İkinci bölümde ise bu gayretlerin değeri münakaşa edildi.

36) Jöckel, s. 172.

37) Mayer, s. 6.

Fakat yine bu bölümde, hukuka bir objektivite kazandırma gayretlerinden Tabii Hukuk Görüşü, Genel Hukuk Bilgisi, Sosyolojik Hukuk İlmi ve Saf Hukuk İlminin değerlendirilmesinden çıkan neticelerin sentetik bir şekilde belirtilmesi, Hukuk İlminin beşeri bilginin yapısındaki yerinin açıkça gösterilmesi zaruridir.

II — DAR MANÂDA HUKUK İLMİ (Sistematik Hukuk İlmi ve Hukuk Tarihi)

Zaman ve mekân itibariyle değişiklik arzetsen bile pozitif hukuk bir realiteyi, bir gerçekliği ifade eder. Diğer taraftan bu hukuk, münferit normlar ve bu normları teşkil eden bütün mefhumları ile birlikte bir hukuk nizamını gösterir. O halde Hukuk İlminin ilk vazifesi mevcut hukukun açıklanması, hukuk nizamının tefsiridir; daha doğrusu mevcut hukuk nizamındaki normların ihtiva ettiği mefhumların manâlandırılmasıdır. Böylece Hukuk İlmi bu vazifesini yerine getirmek için bir yandan hukuk nizamı tarafından mefhumlara verilmiş olan manâyı açıklamak, kanun koyucunun mefhumların içine ithal ettiği ayırıcı alâmetleri bulup çıkarmak ve açık olmayan hatta mütenakız hükümlerin mevcudiyeti halinde hangi hükmün uygulanması gerektiğini göstermek, diğer yandan da hukuk nizamının ihtiva ettiği kaidelerin bir sistem içersinde düzenlenmesini sağlamakla mükelleftir. «Çünkü sistem olmadan modern devletlerde yürürlükte bulunan yüzbinlerce hukuk kaidesinin düzensiz bir yığından başka bir şey olmayacağı ve tatbik kabiliyetinden mahrum kalacağı apaçıktır. Ancak sistem içinde her hukuk kaidesi, işgal ettiği yere göre, kendisine has olan önem ve anlamı kazanabilmektedir. Münferit hukuk kaidesi veya hukuk tarimi renksiz olup ancak bulunduğu sistem içindeki diğer bütün kaide ve kavramlara nisbetle, asıl muhtevası itibariyle, anlaşılabilir»³⁸. Bunun içindir ki, bir hukuk nizamını, genel mahiyetteki temel mefhumlarından münferit hukuk kaidelerinin muhteva ve şekil itibariyle olan hususiyetlerine kadar anlamaya çalışan böyle bir Hukuk İlmine Sistematik Hukuk İlmi de denilmektedir.

Fakat hukuki araştırma, zaman içersindeki münferit hukuk nizamlarının muhtevasını kavramaya yöneldiği zaman, buna Hukuk Tarihi adı verilir³⁹.

38) Hirsch, s. 10.

39) Bakınız Çağıl HTK, s. 12.

III — GENİŞ MANADA HUKUK İLMİ (Bir doğru hukukun araştırılması)

Hukuk İlmi sadece pozitif hukukun bir ilmi değildir. Gerçekten Hukuk İlminin, bundan önce belirtildiği gibi, herşeyden önce beşeri düşüncenin «nedir?» sorusuna cevap vermesi ve bunun için de bir realite, bir gerçeklik olan pozitif hukuku, doğru veya adil olup olmadığı meselesi ile ilgilenmeksizin, olduğu gibi tanıyıp bilmeye, onun muhtevasını açıklamaya girişmesi gerekir; ancak böyle bir gayretin yanısıra ve bundan başka yine beşeri düşüncenin, neyin gerekli olduğu sorusuna da cevap vermesi, olan hukuktan başka olması gereken hukuku da araştırması kendisinden beklenmektedir. Bu konuda kendisine, mevcut hukuk nizamlarının doğruluğu meselesinin halli vazifesi verilmiş bulunmaktadır.

Fakat pozitif hukuk nizamlarının doğruluğu meselesi ele alınmadan önce, beşeri bilginin aletleri, sınırları ve güvenlik derecelerinin geniş bir araştırılmasını yapan bilgi teorisine ve bundan başka münferit hukuki disiplinlerde elde edilen neticelerin toplanması ve tamamlanması suretile doğruluk ve değer düşüncelerinin materyal şartlarını veren bir Hukuk Metafiziğine ihtiyaç bulunduğu burada önemle belirtilmelidir ⁴⁰.

IV — HUKUK İLMİNİN İDEAL BİR İLİM OLUŞU (Hukuk İlminin tabiat ilimlerinden, hususile Sosyoloji ve Hukuk Sosyolojisinden ayrılması)

İmdi burada gerek dar manâda, gerekse geniş manâda Hukuk İlminin konusu ve vazifeleri belirtildikten sonra, bu ilmin nasıl bir ilim olduğu, hususile tabiat ilimlerinden ne suretle ayrıldığı kısaca arzedilmek gerekir.

Önce, Hukuk İlminin (dar manâda) konusunu teşkil eden hukuk kaidelerinin muhtevasının, hukuku yaratanların arzu ve iradelerine tabi bulunsa bile, ilmî bir şekilde araştırılmasına mani bulunmadığı ifade edilsin. Zira ilmin konusu, var olan şeylerin hepsidir; diğer bir ifade ile, düşüncemizin yönelebileceği her şey ilmî araştırmanın konusu olabilir. Bu sebeple sadece elle tutulabilir şeyler değil, aynı zamanda düşünce ve duygu gibi psikolojik tezahürler, düşünce mahsulleri ve hattâ cüceler ve devler gibi hayal mahsulleri dahi bilginin konusunu teşkil ederler ⁴¹.

Hukuk ilminin tabiat ilimlerine nisbeti meselesinde ise, geniş manâda Hukuk İlmi gözönünde bulundurulunca, doğru hukukun

40) Jöckel, s. 197.

41) Bakınız Mokre, s. 3.

araştırılması ancak filozofik olarak yürütülebileceğinden, daha doğrusu böyle bir araştırmada «olan» değil de «olması gereken» söz konusu olduğundan, bu nevi araştırmanın tabiat ilimlerinden konu ve metod itibariyle farklı olacağı kolaylıkla anlaşılabilir.

Asıl zorluk Sistematik Hukuk İlminin tabiat ilimlerinden tefrikinde ortaya çıkmaktadır. Çünkü burada Hukuk İlminin konusu artık «olması gereken» değil, tıpkı tabiat ilimlerinininki gibi bir «olan» olarak kavranabilir. Gerçekten Hukuk İlmi, önce de ifade edildiği gibi, herşeyden önce mevcut hukuku, bu hukukun normlarını ve bu normları teşkil eden bütün mefhumları açıklamakla mükelleftir. Mevcut hukuk ise bir realiteyi, bir gerçekliği, kısaca «olanı» gösterir. Fakat böyle olmakla beraber yine de, tabiat ilimlerinin araştırmakla mükellef bulunduğu «olan» ile Sistematik Hukuk İlminin konusunu teşkil eden «olan» arasında bazı önemli farklar tesbit etmek mümkündür.

Bu konuda olmak üzere hemen ifade edilmelidir ki, tabiat ilimleri sahasında illiyet kanunu ile taayyün eden, yani sebep-netice bağlantısı içerisinde kavranabilen, halbuki Sistematik Hukuk İlmi sahasında ise ideal mahiyette, hakikatın diğer bir alanında mevcut bir «olan» vardır.

Zira, Saf Hukuk İlminin değerlendirilmesinde de belirtildiği gibi, Hukuk İlminin konusu olan hukuk kaziyelerinin ihtiva ettikleri mefhumlar bilen süjede, objeye müteveccih ve müteallik olmak üzere teşekkül eden tasavvurlardır ve böyle olmakla de ideal, fikrî mahiyettedirler. Bu sebeple tabiat ilimleri karşısında Hukuk İlmini ideal bir ilim olarak göstermek mümkün ve doğru bulunmaktadır.

Şu halde sebep-netice bağlantısı içerisinde kavranabilen bütün real konular, zaruri olarak hukuki araştırmanın dışında bırakılmak gerekir. Ancak bu, real objelerin dolayısıyla hukuk İlminin konusunu teşkil etmesine mani değildir; bunlar bir hukuk normunun içerisinde yer almakla hukuki bir mefhum olarak pekalâ hukuki bilginin konusunu teşkil edebilirler. Nitekim devlet ve diğer hukuk sùjeleri gibi real objelerin, onların doğrudan doğruya real tabiat ve mahiyetlerine yönelmiş tabiat ilimlerine müteallik müşahede ve tefekkürün imkânı asla bertaraf edilmeksizin, birer hukuki mefhum olarak hukuki araştırmanın konusu olduğu bilinmektedir.

Hukuk İlminin bu suretle tabiat ilimlerinden ayrılması, netice olarak, onun Sosyolojiden hususile Hukuk Sosyolojisinden de ayrılmasını gerektirmektedir. Çünkü, Sosyolojinin de tıpkı diğer tabiat ilimleri gibi, realitenin, yani «olanın» kanunların tesbit etmek vazii-

fesini haiz lduğu söylenmek suretile ona, konu olarak realitenin tamamiyle hususi bir kategorisi verilmiş bulunmaktadır. Yalnız şurası önemle belirtilmelidir ki, Sosyolojinin konusu olan sosyal vakıa ve sosyal durumlar, cansız tabiat âleminde hüküm süren kanunlara tıpatıp uygun bir tarzda cereyan etmezler. Bunun sebebi, beşeri fiil ve münasebetlerde kati illiyet kanunu yerine fertlerin irade serbestisinin iştirak ve dahlinin bulunuşudur. Bu sebeple Sosyolojide ve dolayısıyla Hukuk Sosyolojisinde farklı metodlardan faydalanılmakta, sosyal realitenin muhtelif cephelerine, kendisine en uygun metod tatbik edilmektedir ⁴².

Fakat hal böyle olmakla beraber, Hukuk İlmi Sosyolojiden, hususile Hukuk Sosyolojisinden geniş ölçüde istifade eder ve etmek mecburiyetindedir. Bilindiği gibi Hukuk İlminin ilk vazifesi, hukuk normunun manâsını açıklamaktır ve hukuk normu da bir takım mefhumlar ihtiva eder. Bunlar, bir takım sembollerdir. Şu halde bu sembollerin neyin sembolleri olduğunu bilmek, yani sosyal gerçekliği tanımak gerekir. İşte Sosyolojinin ve Hukuk Sosyolojisinin Hukuk İlmine yardımı, herşeyden önce burada görülür; Sosyolojinin ve Hukuk Sosyolojisinin vardığı neticeler Hukuk İlmi tarafından malzeme olarak kullanılır. Bundan başka şurası da önemlidir ki, hukukun iradî ve şuurî olarak meydana getirilmesinde onu yaratana düşen vazife, tanzimi istenilen bir gerçekliğin şekli bir kalıba sokulması, hayatın tabii seyrinin belli bir mecra içersinde cereyan ettirilmeye çalışılmasıdır. Bunun içindir ki, hukuk yaratıcısı da tanzimine giriştiği bu realite parçasını çok iyi tanımak mecburiyetindedir ⁴³. Bu konuda, hukukun yaratıcısına yardımcı olmak bakımından Hukuk İlmine düşen vazife de, sadece normların muhtevalarını araştırmakla kalmayıp, aynı zamanda «yeni normların yaratılması icap edip etmediği, yahut cemiyet münasebetleri içinde spontane olarak doğup da resmî hukukun farkına varmadığı normlar mevcut olup olmadığını» tetkik etmektir ⁴⁴. Hukuk İlmine, bu rolünü ifa edebilmesi için şekillendireceği gerçekliğin açıklanmasını yapan, onun sosyolojik hakikatlara vukufunu temin eden yine Hukuk Sosyolojisidir ⁴⁵.

Doç. Dr. Vecdi ARAL

42) Topçuoğlu, s. 297.

43) Topçuoğlu, s. 94.

44) Topçuoğlu, s. 93

45) Topçuoğlu, s. 95; ayrıca bakınız Hirsch, s. 3.

BİBLİYOGRAFYA

ÇAĞIL, Orhan Münir — Hukuk Başlangıcı Dersleri; İstanbul 1963 (Metinde «ÇAĞIL HBD» olarak gösterilmiştir).

ÇAĞIL, Orhan Münir — Hukuk Metodolojisi Dersleri, üçüncü tabı, İst. 1962 (Metinde «ÇAĞIL HMD» olarak gösterilmiştir).

ÇAĞIL, Orhan Münir — Hukuk Tarihinin Kıymet ve Ehemmiyetine Dair Bazı Düşünceler, İst. Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuasının Cilt XXII, Sayı 1-4, sene 1956 dan ayrı bası (Metinde «ÇAĞIL HTK» olarak gösterilmiştir).

GÜRKAN, Ülker — Sosyolojik Hukuk İlmi, Ankara 1961.

HIRSCH, E. — Hukuk Bir Bilim Kolumudur? Ankara 1944

HONIG, Richard — Hukuk Felsefesi (Çeviren Dr. M. Yavuz), İst. 1935.

JHERING, Rudolf von — Der Zweck im Recht, Erster Band, Leipzig 1923.

JÖCKEL, Wilhelm — Hans Kelsens rechtstheoretische Methode, Tübingen 1930.

KAUFMANN, Erich — Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft, Tübingen 1921.

KELSEN, Hans — Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925 (Metinde «KELSEN ASL» olarak gösterilmiştir).

KELSEN, Hans — Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, zweite Auflage, Tübingen 1923 (Metinde «KELSEN HSRL» olarak gösterilmiştir).

KELSEN, Hans — Reine Rechtslehre, Leipzig und Wien 1934 (Metinde «KELSEN RRL. I» olarak gösterilmiştir).

KELSEN, Hans — Reine Rechtslehre, zweite vollstaendig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Wien 1960 (Metinde «KELSEN RRL. II» olarak gösterilmiştir).

KIRCHMANN, Julius Hermannv. — İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği (Çeviren Doç. Dr. Coşkun Üçok) Ankara 1949.

MARCK, Siegfried — Substanz-und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, Tübingen 1925.

MAYER, Max Ernst — Rechtspilosophie, Enzyklopaedie der Rechts- und Staatswissenschaft Abteilung Rechtswissenschaft, Berlin 1922.

MESSER, August — Der kritische Realismus, Wissen und Wirken, 9. Band, Karlsruhe 1923.

MOKRE, Johann — Rechtsphilosophie, zweite Auflage, Graz (Teksir edilmiş ders notları).

NAWIASKY, Hans — Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, Einsiedeln - Köln.

ÖZBİLGİN, Tarık — Tabii Hukuk Görüşünden Sosyolojik Hukuk Görüşüne, İst. Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXX, Sayı 1-2 den ayrı bası, İst. 1964.

PITAMIC, Leonidas — Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Dritter Jahrgang, Wien 1918, s. 339 - 367.

ROSENBERG, Leo — Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, zweite völlig neubearbeitete Auflage, Berlin 1923.

SANDER, Fritz — Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens, Zeitschrift für öffentliches Recht 1921, Band II, s. 511-670.

SCHLICK, Moritz — Allgemeine Erkenntnislehre, Erster Band.

TOPÇUOĞLU, Hamide — Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Cilt 1, Ankara 1963.

YÖRÜK, A. Kemal — Hukuk Felsefesi Dersleri, Birinci Kısım, 2. Tab'ı, İst. 1958.