

HUKUK PRENSİBİ (PRINCIPIUM IURIS) OLARAK «ADALET» E DAİR

Prof. Dr. Hans J. Wolff

«Hukuk», muayyen hâkimiyet ve iktidar sahipleri tarafından muayyen tarzda vazedilmiş olup yine muayyen tarzda tahakkuk ettirilen bir takım emirlerin heyeti mecmuasıdır, diye tarif olunabilir. Bu mânada ve bu nisbet dahilinde olmak üzere, hukuk prensipi (principium juris) iktidar ve hâkimiyettir ve «hukuk», bu hâkimiyet ve iktidarın mahsullerinden biri olmaktan başka bir şey değildir. Fakat bu tarif, evvel emirde — bilhassa esasî bakımdan kat'î önemi haiz başka bir mümeyyiz vasıf ilâve edilmediği müddetçe — eksiktir: Hukukî emrin *muhteva bakımından* «âdil olarak» kalifikasyonu veyahut hiç olmazsa «âdil olmak» iddiası!

İnsan, dünyadaki mevkii ve kendisine emredilen ve yaraşan şeyler hakkında tefekkür edelidenberi bu diğer *principium iuris* meselesi, yani adalet meselesi mevzuubahistir.

İnsan, tefekkür ve fiil ve hareket (mantık ve ahlâk) prensiplerinde olduğu gibi bunda da aynı vaziyettedir: — Münferit hâdisede prensipin tatbikini ve bhusus ihlâlini herkes, az veya çok derecede, vuzuhla idrak eder. Fakat «*ayniyet*», «*tenakuz*» ve «*illiyet*» prensipleri gibi objektif ve bedihî ontik, lojik ve izah edici hükümlerin temelini teşkil eden prensiplerin araştırılıp bulunması, yorucu tefekküre ve bundan da daha zor ifadelendirme şekillerine ihtiyaç göstermiştir.

Böylece insan, hiç olmazsa kendine taallûk ettiği nisbet ve hallerde, her türlü adalet eksikliğini, hem de ıstırapla, hisseder ve münferit hâdisede neyin âdil olduğu veya olacak idiği hakkında bir hüküm verme kabiliyetini de yine kendinden bekler. Fakat bu kabil hükümlerin temelini teşkil eden ve eskidenberi bir taraftan insanlararası münasebetlerin ideali diğer taraftan şahsî bir fazilet olarak en yüksek derecede tebcil edilen prensip, yani bizzat adalet, bütün gayretlere rağmen, insan için hâlâ bir muamma olarak kalmıştır.

«Substans mahiyetinde mutlak ideler» uğrunda iptidai ceht ve gayret veyahut muhtevasız şekillerle — müstağni bir eda ile — iktifa

etmek, şimdiye kadar hiç kimseyi, kendi aralarında zâhiren mütenakız olsalar bile, (ancak) bazı başlangıçlardan (ilk adımlardan) daha öteye götürememiştir. Gerek bu, gerek öteki (yani bunların her ikisi de), netice itibariyle daima, «âdil olan» ile «heteronom otoritatif şekilde emredilen» i: — meselâ an'aneyi, siyasî bir iktidar sahibinin emrini veyahut ilâhî emirleri, aynı ve müsavi addetme keyfiyetine müncer oluyordu. Adalet muammasının bu tarzda çözülmesi, onun zahirî basitliği ile izah edilir: — meselâ şu veya bu devirde «âdil olan», an'anevî, yazılı veya vahiy suretiyle nâzil olmuş bir kanunnameden istihraç edilir. Fakat bu kabil kanunnamelerin (kodların) daha tefsirinde veyahut adaletle heteronom emirlerin, zikredildiği şekilde, birbirinin aynı addedilmesi keyfiyetinin daha esbabı mucibesini izah ederken müşküller tam ve kesin olarak başgösterir. Ve bu müşküller dahi, netice itibariyle daima, *heteronom emrin* müstakil mucip sebepli (mucip sebebini müstakilen kendi içinde taşıyan) yani *otonom bir adalet prensibi ile*, en az temellendirilmesine veyahut başlıca tamamlanmasına müncer olmuştur ve müncer olmak mecburiyetinde kalmıştır. Lâkin bu suretle tekrar, bizzarur, hareket noktası problemine avdet edilmiş olur.

Bu problemin halli ancak, ya şimdiye kadar izah edilmiş olan hukukî-felsefî doktrinler intikadî şekilde tetkik edilip onların varit olan hükümleri, real esaslara dayanan ve tenakuzlardan azade bir sistem halinde birleştirildiği, veyahut adaletin mahiyeti meselesi, intikadî ve çağdaş teorilerden her hangi birini nazarı itibara almadan, tıpkı yeni bir vazife ve gaye gibi vazedilip sistematik bir kuruluş halinde cevaplandırılmaya çalışıldığı takdirde imkân dahiline girer.

Burada ancak bu ikinci yol takip edilebilir; çünkü bu yol, ötekisi gibi, şümüllü araştırmaları iktiza etmemekte; bil'akis bir kaç sahife içinde, hiç olmazsa, kroki halinde kabili tersim bulunmaktadır. Mamafih bu meyanda Jubiler'in* hukuk felsefesi problemlerinin terviç ve inkişafı uğrundaki fevkalâde, fakat herkesçe malûm ve bir çok mühim eserlerle sabit hizmetleri, ve bu böyle olunca tabiatıyla diğer bazı doktrinler, üzerinde mufassalan durmaktan kendimi maalesef mahrum etmek mecburiyetindeyim.

I

Adalet, insanların birbirlerine karşı olan davranışlarına ait bir vasıftır. (Burada Allahın adaletinden ve Allah huzurundaki adaletten

*) Bu makale, maruf Alman hukuk filozof ve bilginlerinden «Ord. Prof. Dr. Wilhelm Sauer» e ithaf edilen bir armağanda intişar etmiştir. «Jubiler» tâbirile adı geçen hukuk filozofu kastedilmektedir.

sarfınazar etmek icap eder. Dünyevî adalet noktai nazarından inkişaf ettirilmesi matlûp olan mefhumun, adalet tâbirinin dinî mâna ve ehemmiyeti için, işe yarayıp yaramadığını ve ne dereceye kadar yaradığını tetkik etmek teologlara ait bir iştir.) Bizzat münferit insanın kendi fiil ve hareketleri bakımından, adalet deyince zihniyetin başlıca rol oynadığı bir fazilet anlaşılır. Bir insanın diğerleriyle münasebetleri bakımından adalet, evvel emirde haricî davranışa (hareket tarzına) — o da kategorik, yani, kayıtsız ve şartsız bağlayıcı bir vecibeye tekabül ettiği takdirde — taallûk eder. İçtimaî hayatın heyeti umumiyesi bakımından adalet, bir sulh ve sükûn nizamının şartıdır.

Adalet, bir hareket tarzının bizatihi haiz olduğu veyahut haiz olabileceği bir vasıf değildir. Adalet, daha ziyade, bu hareket tarzına ancak, bir hükme müsteniden, objektif bir kıymet olarak takdir ve izafe edilir. Her hüküm gibi bu hüküm de iki mukaddeme istinat eder. Bu mukaddemlerden birinin, hakkında hüküm verilmesi matlûp hareket tarzına taallûk etmesi diğerinin de hükümlemenin ölçüsünü ifade etmesi lâzımdır. Bununla beraber umumiyetle farz ve kabul edilmektedir ki bu ikinci mukaddem bir kıymet hükmüdür. Ve yine bu mukaddem, — bazı müayyen hareket tarzlarının, mutlak olduğu iddia edilen, bir adalet kıymetini bizzarur haiz olduğu mânasında — birinci mukaddeme, ya dogmatik veyahut ipotetik şekilde, bağlanmaktadır; veyahut her iki mukaddem, yekdiğerinden tefrik edilmekle beraber yine ikinci mukaddem ve bu suretle istidlâlin neticesi (netice kaziye) — keza dogmatik veya ipotetik olarak — bizzarur izafî addedilmekte veyahut hattâ şahsî kanaate bırakılmaktadır. Bu her iki teşebbüs, lüzumundan erken bir isticali tazammun etmekte olup problemin halli yolunu kapamaktadır. Bir kere sübjektif kıymetlerin mevcudiyeti keyfiyetinden bütün kıymetlerin de bizzarur dogmatik şekilde veyahut hattâ gelişi güzel (arzu ve zevke göre) farz ve kabul edilebileceği veya edilmek lâzım geldiği neticesi çıkmaz. Diğer taraftan objektif kıymetlerin de mevcut olduğu keyfiyetinden mutlak kıymetlerin mevcut olduğu neticesi çıkmaz. Nihayet adaletin objektif bir kıymet olduğu (hattâ adalet mutlak bir kıymet de olsa) keyfiyetinden, bir hareket tarzına — âdilliği bakımından — verilecek hükmün ölçüsünün bir kıymet hükmü olması lâzım geldiği neticesi yine çıkmaz. Bir hareket tarzının objektif kıymeti, daha ziyade, ancak onun (o hareket tarzının) âdilliğinin bir neticesidir; binaenaleyh bu netice, bizzat adaletin kıymet - karakterinden müstakil olarak tesbit edilmek icap eder.

Adalet, bir hareket tarzının, bir davranışın tabiaten haiz olduğu bir vasıf değildir. Bir hareket tarzının âdil olduğu hükmü, daha ziyade o

hareket tarzının, eşyanın tabii (illi) irtibatından başka ve farklı bir irtibat içinde bulunduğunu iddia etmektedir. İşte (mutlak, objektif veya sübjektif) kıymetlere izafeten (müsteniden) ileri sürülen mezkûr düşüncelerle de bu, kasdediliyordu. Fakat bu meyanda istimal edilen kıymet mefhumu, bir taraftan *olan bir şeyi* (vücade müteallik bir şeyi), mutayı ve hattâ kıymetin realitesini diğer taraftan vücade müteallik olmayan bir şeyi, yani kıymetin veyahut kıymetin gerçekleşmesinin vucubiliğini (vacip oluşunu) bir mefhumda birleştirmekle, vahim bir şekilde, tenakuz arz etmektedir. Gerçi kıymetlerin az veya çok müşahhas veya mücerret oldukları doğrudur ve onların gerçekleşmeleri lâzım geldiği de doğru olabilir; fakat bir şeyin tahsisen bir hareket tarzının (müşahhas veya mücerret olsun), değeri olduğu keyfiyetinden, onun gerçekleştirilmesi lâzım geldiği de, öyle kolayca, istidlâl edilemez. Meselâ bu kabil bir hareket tarzı imkânsız olabilir veyahut başka (meselâ daha yüksek) bir kıymetin gerçekleşmesine aykırı olabilir. Her halde metodik titizlik (metodik vuzuh), bu kabil mütenakız mefhumlardan içtinabı emreder. Fakat madamki bu, böyledir, o halde adaleti, vucubî (normatif) sahaya tertip ve nisbet etmek lâzımdır. Gerçi *vacip olan (normatif olan)*, gerçekleştirilebilir; fakat tabii bir zaruretle gerçekleştirilmesi mecburî değildir; bilâkis lüzumu halinde «pratik bir zaruretle» (mükellefiyetle, «kategorik» olarak) gerçekleştirilmesi lâzım gelir.

Görülüyorki (az veya çok) müşahhas bir hareket tarzının âdil olduğu hakkındaki hüküm, bu hareket tarzının olması, yapılması lâzım geldiğini tazammun etmektedir. («H» olmalıdır, yapılmalıdır). (*Bu kaziye, netice kaziyedir. Tercüme eden*). Binaenaleyh bu (kaziyenin ihtiva ettiği) hükmün dayandığı mukaddemlerden biri, hareket tarzını — bir kıstasa rapt ve tertip etmek suretiyle — fiilî (ampirik) noktai nazardan karakterlendirmesi lâzımdır, («H», «K» dir) (küçük haddi ihtiva eden küçük kaziye. — Tercüme eden). Bu kıstas ikinci mukaddemde (büyük haddi ihtiva eden büyük kaziye. — Tercüme eden) yapılması, olması lâzım gelen bir şey olarak iddia edilmektedir (K, yapılmalıdır, olmalıdır). Birer hüküm olmak itibarıyla, bizzat bu mukaddemlerin de esbabı mucibeye ihtiyaçları vardır. Küçük kaziyenin («yani H, K dir» kaziyesinin. — Tercüme eden) esbabı mucibesi, âyniyet ve tenakuzlardan âzade oluş prensipleriyle mürtabıt olarak (bilâ vasıta) bilinen vakıalara irca keyfiyetinde mündemiçtir. Büyük kaziyenin esbabı mucibesi ise bu sonuncularla birlikte bir normatif prensipe irca keyfiyetinde mündemiçtir. Vakıalar mütehavvil oldukları ve hakkında hüküm verilmesi gereken hareket tarzı da, ahvale göre,* (az veya çok) hususî, ferdî ve müşehhas olduğu halde,

*) Her defasında.

kıymet hükmü (hükümleme) ölçüsü olmak hasebiyle normatif prensibin, matlûba ve mânaya daha uygun olarak, sabit, (az veya çok) umumî mer'iyeti haiz ve mücerret olması lâzımdır. Nihayet her iki mukaddemce müşterek olan mefhumun (K) (yani orta had), keza, büyük kaziyede umumî mer'iyeti haiz olduğu iddia ve ifade edilebilecek tarzda, mücerret olması lâzımdır. Nihayet böylece «*conclusio*» da (netice kaziyeye) müşahhas fiili hareket tarzı (davranış), (mevzu, aynı zamanda küçük had. — Tercüme den), mücerret normatif prensibin (mahmul, aynı zamanda büyük had. — Tercüme eden) zımnına ithal edilmiş olur.

Bu suretle her hukukî-felsefi dedüksiyonun şeması tersim ve irae edilmiş ve adaletin mahiyeti meselesinin sıklet merkezi sarahat kesbetmiş bulunmaktadır. Bu, normatif prensipte (K, olmalıdır, yapılmalıdır), yani mantıkî kıyasın büyük kaziyesinde meknuz bulunmaktadır. Fakat orta had (yani büyük kaziyede mevzu, küçük kaziyede mahmul rolünü ifa eden «K» mefhumu. — Tercüme eden) aynı zamanda *mümkün varlık sahasına* da mensuptur. Bu sebeple, buraya kadar olan izahatta, küçük kaziyeye (büyük kaziyeye) takdim edilmiştir; ve yine bu sebeple hukukî prensibin izahı da, aranan normatif prensibe yönelip yaklaşmak üzere (III), insanın, bu mevzu ve irtibat dahilinde daha az problematik olan, hareket tarzından (H), binaenaleyh (*olan*) dan bede' edecektir.

II

İnsan, yaradılıştan haiz bulunduğu ilcalara uygun olarak, haricî tesirlerin ve zatî muhakemesinin, sahip bulunduğu vital kuvvetlere vermiş olduğu istikamet ve enerjiye göre davranır. Tahsisen fiil ve harekette bulunabilme kabiliyeti, insanın — tatmin edilmelerini gaye edinmek ve bu kabil gayeleri (yani menfaatlerin tatmin edilmesine müteveccih gayeleri. — Tercüme eden) takip etmek kabiliyetleri yanında — menfaatler hissetmesi hâdisesine müstenit bulunmaktadır. Başka tâbirle insan, (daha henüz) mevcut olmayan bir şeyi, şayanı arzu (bir şey) olarak hissedebilir veya düşünebilir ve böylece değerli olduğu kabul edilen şeyi, muhtemelen, gerçekleştirebilir. Binaenaleyh gayelerin vaz'ı ve bu gaye vaz'ına tetabuk eden *sübjektif değerlendirmeler*, insanda meknunz ilcalardan tahassül ederler ve, silsilei meratipleri (müratebeleri) itibariyle ilcalara tâbi olarak taayyün eden menfaatlerin sübjektif bakımdan ne derece ve şiddette hissedildikleri keyfiyetine uygun bulunurlar.

Gayelere, şayanı arzu gayeyi bilâvasıta veya bilvasıta husule getirmeğe elverişli sayılan, ve gerçekleştirilmeleri fiili icra eden kimsenin yed-i iktidarında bulunan, vakıaların (vasıtaların) intihabı ve ihdası

suretiyle varılır. Binaenaleyh, bu iktidardan sarfınazar, vasıtaların intihabı, *insanın* bazı muayyen hâdiseleri, yani vasıtaları, diğer hâdiselerin, yani gaye diye takip edilenin, illetleri olarak bilme ve kavrama *nazarî kabiliyeti* ile taayyün eder. Bu sebeple vasıtaların intihabı, her bilgi gibi bir yanılma imkân ve ihtimaline maruzdur; ve ilk önce (evvel emirde) sadece, çok defa hakikaten bulanık kaynaklardan çıkan ve ferdî-psişik tesirlerden başka bilhassa geniş ölçüde sosyal psişik tesirlere de maruz bulunan, bir görüşe, şahsî bir kanaate müstenit bulunmaktadır.

Fakat doğru (meşru) vasıtaların bilinmesi keyfiyeti ise, ancak gayeyi tayin eden âmillerin malûm olması nisbetinde objektif, intikadî ve ilmî kontrole tâbi tutulabilir. Aynı şeyi, daha uzakta bulunan, meş'ur veya gayri meş'ur hedeflere bizzat vasıta olan gayeler hakkında da söyleyebiliriz. Binaenaleyh ilcalara ve kuvvete ve kanaatlere tâbi olarak vaz' ve takip edilen sübjektif gayeler dahi objektif bakımdan tetkik ve kontrol edilebilirler. Faydalı, zararsız (üzüntüsüz), mucibi mesruriyet, mucibi mahzuziyet addedilen şeylerin, onlara cehdeden, onları seçen ve (bu maksatla) fiil ve harekette bulunan kimsenin şahsî kanaatinden müstakilen kendisi için hakikaten (objektif bakımdan) faydalı, zararsız (üzüntüsüz) v.s. olup olmadıkları suali irad edilebilir. Meselâ doktorun, hastanın baş ucunda, çok defa menfî şekilde cevaplandırmak mecburiyetinde kaldığı bir sualdir bu! Ve yine aynı şekilde vaz' ve takip edilen gayeleri tayin eden meş'ur ve gayri meş'ur menfaatlerin aldatıcı veya «isabetli» olup olmadıkları sorulabilir, ve bu soru de herhangi bir diğer vakıa problemi gibi objektif olarak cevaplandırılabilir.

Mamafih bir insana neyin objektif bakımdan faydalı olduğunu bilmek için müşahhas insanı ve onun hayattaki mevki ve vaziyetini (hayat vaziyetini) kâfi derecede bilmek lâzımdır. Çünkü muhtelif insanlar için olduğu gibi, hayatın muhtelif vaziyetleri itibariyle hattâ bir ve aynı insan için de normal olarak, muhtelif şeyler faydalı olabilir ve olacaktır. Bununla beraber vaziyetler ve insanlar tipler halinde ve tipler dahi müterakki bir tecrit ile silsilei meratip halinde tertip ve tasnif edilebilir. Bu suretle de «*şahsiyet ve hayat vaziyeti*» koordinatları esasına müstenit bir «objektif kıymetler sistemi» teessüs eder.

Bu meyanda aşağıdaki izahlar bilhassa mühimdir:

1) Bu koordinatlar, hiç de gayri kabili irca bir takım birlikler (mefhumlar) değildirler; bilâkis, yine bizzat, müteaddit buudlu gayri müstakar, az veya çok muvazenelenmiş komplekslerin muhassalasıdır. Bu kompleksler de kendi aralarında birbirlerine karşılıklı tesir icra

ederler. Bu suretle objektif kıymetlerin tahkik ve tesbiti ehemmiyetlice, hattâ çok defa fevkalâde mudillaşmış olur.

2) Sadece sübjektif kıymetler değil, bilâkis objektif kıymetler dahi ancak, mütenevvi çeşitli ve mütenevvi seviyeli varlıklar olmak hasebiyle insanlara — müşahhas, muayyen bir tipe veyahut sadece «insana» izafeten mevcuttur. Bu sebeple «mutlak» bir kıymet dahi ancak, insanlar için (insanlara nazaran) bir (objektif) kıymet olabilir; yani bütün insanlar için ve imkân dahilinde bulunan bütün hayat vaziyetlerinde hüküm ifade eden bir kıymet.

3) Objektif kıymetlerin ancak insanlara izafeten mevcut olmaları keyfiyeti, objektif kıymet tayininin dahi — şayet kıymet tayini radikal şekilde yapılmamışsa — *kıymet süjesinin ferdiyetine* tâbi bulunduğu mânasında olmak üzere muayyen bir «sübjektifliği» tazammun eder. Yani menfaatlerin, vasıta intihabının ve gaye intihabının, sıhhatleri bakımından, tetkik ve kontrolü, normal olarak, şahsın bütün ruhî - fikrî veyahut hattâ fizik varlığına şâmil değildir; bilâkis bu kontrol ekseri hallerde, meselâ dinî kanaat, kâinat telâkkisi veyahut hattâ temayüller ve itiyatlar gibi, bazı muayyen hususiyetleri birer muta olarak kabul eder. Bu sebeple mücerret objektif kıymetlerin nisbet edildiği insan tipleri (meselâ çocuk - erkek - kadın - meslek mensubu - millî camia (halk topluluğu) mensubu, işte aynı zamanda bilhassa fizyolojik, psikolojik veya ideolojik menşeli bazı muayyen temel kıymetler (idées maitresses) etrafında gruplaşmak suretiyle de teşekkül ederler.

4) «İnsan tipi» — ki tamim (umumileştirme) ameliyesi bu mefhum kadar götürülebilir —, (sübjektif ve) objektif değerlendirmeler süjesi olarak, her ilmin bu mevzuda takip ettiği usulden ayrı bir tarzda teşkil edilmez. Meselâ ilim, mantık olarak «süje» yi; tıp olarak «normal vücut» ü; nihayet *homo oeconomicus*'u, *homo juridicus*'u farz ve ikame eder. Bu kabil tipler, ferdî hususiyetlerden yapılan müterakki bir tecrit sayesinde ve muhtelif tecrit ve tip kademelerinde yekdiğerile kabili telif *vasıfların* ahenkli şekilde bağlanıp birleştirilmesile elde edilir. *Bunların* heyeti mecmuası da tipe mensup insanların her defaya mahsus «mahiyet» ini * vücade getirir. Böylece, nihayet *beşerî imkânlar nisbetinde olmak üzere objektif doğrulukların* ahenktar şekilde birleştiği bir ideal insan tipine varmak imkân dahiline girer. Fakat her müşahhas insanı (ve bu insanın bir de hayat vaziyetini hiç nazara almadan), konstitüsyonunun ve cari hal ve şartların çizdiği hududları müdrik bulunmaksızın, bu kabil bir ideale göre ölçmek doğru olmazdı. Esasen yekne-

* «Mahiyeti hazırasını» (Tercüme eden).

saklaştırıcı bir şemalaştırma da, işte bilhassa, esasî bir hayat prensibi olan «farklılaşmış (birbirinden farklı) kıymetlerin birbirlerini karşılıklı tamamlaması» keyfiyetini takdir edemezdi.

5) Bununla alâkadar olarak, bir şey hakkında kıymet hükmü verilmesi ameliyesinde, umumiyetle «sıhhat» de olduğu gibi, bilâ istisna ve her yerde mevzuubahis olan cihet şudur: iki kutuplu enerjilerin — aynı zamanda beşerî ihtiraslar tarafından da ehemmiyetli surette olmak üzere — tehdit edilen *ahengin*in muhafazası!

6) İşte bu sebeple, kanaatimizce, muayyen herhangi bir kıymet hâmilini veyahut herhangi bir hareket tarzını, objektif kıymetler silsilei meratibinin başına vaz ve ikame etmek isabetsiz bir şey olurdu. Şayet radikal objektif bir gaye vaz'ı için («mutlak») bir nihaî kıymetten sarfınazar edilemeyeceğine kani bulunuluyorsa, böyle bir kıymet, (Leonard Nelson) ile birlikte, her halde «şahsiyetin terbiyesi» keyfiyetinde görülmek lâzım gelir.

7) Nihayet şu cihet de tebarüz ettirilmeğe değer ki objektif kıymetlerin tahkik ve tesbitinde mevzuubahis olan şey, haddizatında normatif bir bilgi değildir. Bilâkis mevzuubahis olan, alelâde bir varlık bilgisidir, yani vücade müteallik bir bilgidir. Mamafih insanın gerek gayeler vazedip onları değerlendirmesi gerek hangi gayeleri vazetmesi ve neyi kıymetli addetmesi lâzım geldiği ciheti, bittabı, varlık bilgisini (varlık hakkındaki bilgiyi) aşmaktadır. Fakat hangi vasıtaların vaz ve takip edilen gayelere, hangi gayelerin vaz ve takip edilen hedeflere ulaşmaya yaradığı ve hangi menfaatlerin şayanı kabul olduğu ciheti bir vakıa problemdir. Bunun gibi, müşahhas veya tipik haller ve şartlar altında olmak üzere müşahhas veya tipik bir vaziyette müşahhas bir insan veya bir insan tipi için neyin objektif bakımdan kıymetli olduğu ciheti de bir vakıa meselesidir. Bu suali cevaplandırmak, mevzuubahis âmillerin fevkalâde tenevvüü muvacehesinde, bittabı, fevkalâde zor ve netice itibarıyla na-mütenahî bir vazife ve gayedir. Mamafih, nasıl ki (sair) tabiat hâdiselerinin kapladığı sahanın na-mahdudiyeti fiziğin ve tekniğin inkişafına mâni olmayıp bilâkis bu inkişafı evleviyetle daha da fazla teşvik ve tahrik etmiş bulunuyorsa, öylece içtimaî ehemmiyeti haiz psişik hâdiselerin kapladığı sahanın na-mahdudiyeti de, bu hâdiselerin araştırılmasına mâni olması icap etmemiştir. «Nihil tam difficile est, quin quaerando investigari possit» (Terenz). Mahaza bu suretle ortaya çıkan problemlerin hallinin, ancak psikoloji, antropoloji ve sosyoloji emniyet ve kat'iyet ifade eden bilgilere müstenit malzemeye sahip oldukları takdirde, beklenebileceği de doğrudur. Fizik, kimya, teknik devirlerinden ve içinde yaşadığımız tıp devrinden sonra psikoloji ve antropolojinin itilâsına

(gelişip yükselmesine) henüz intizar edilmektedir. İçtimaî ilimlerin, tahsisen hukuk ilminin itilâsı ise, ancak bunları takip edecektir. Çünkü «insan hakkındaki ilimler», haricî tabiat ilimlerini nasıl şart koşuyorsa, bu ilimler dahi (yani içtimaî ilimler) her şeyden evvel insan hakkındaki ilimleri (yani antropoloji ve psikolojiyi) şart koşturma ve aynı isabet ve kat'iyeti haiz mefhum ve metodların inkişafına henüz daha muhtaç bulunmaktadır. Her ilmî terakkinin bu mantikî şartlarınının (kat'iyet ifade eden mefhumlar ve metodlar. — Tercüme eden), psişik ve sosyal hâdiselerin irasyonaliteleri ve fevrilikleri muvacehesinde, yerine gelebileceği itirazı ise, görüldüğünden çok daha az cesaret kırıcıdır. Çünkü bir taraftan, ulûmu tabiiyenin dünya imajı da geniş ölçüde, ortalama kıymetlere ve tahminlere dayandığı gibi tecrübe ile sabit olmamış (teyyüt etmemiş) ipotezlere, sezilere ve inanıştan mülhem faraziyelere dahi dayanmakta olup diğer taraftan sosyal hâdiselerin kütleliliği (sosyal hâdiselerin kütleli cereyanı) ile sosyal psişik tesirlerin yeknesaklığı (üniformitesi) ferdi irasyonaliteleri geniş ölçüde tevzin ve tesviye etmektedir. Yoksa her türlü sosyal plânlama, her türlü hukuk zaten imkânsız olurdu.

III

(*Olan*) dan (*olması lâzım gelen*) e giden yolda hedefimize doğru bir adım daha yaklaşacak olursak, *emre* tesadüf ederiz. Emir, buraya kadar olan izahatta nazarı itibare alınmış bulunan gaye vaz'ından şu bakımdan ayrılır: — Şimdi gaye, artık başka bir şahıs tarafından vazedilmekte ve bu keyfiyet, emrin muhatabınca bilinmektedir. Bu sonuncusu ise ya emredilen şey kendisince bizatihî kıymetli veya emreden şahıs, kendisince otoritatif bakımdan şayanı itimat veyahut emre muhalefet, kanaatince, fazlaca zararlı görüldüğü için emredilen şeye ittibat şahsen gaye edinebilir. Binaenaleyh gerek kendisinin gerek emreden şahsın — ki bu ikincisi için emir, normal olarak, sair gayelerin elde edilmesine yarayan bir vasıta — zaviyesinden bakıldıkta ipotetik (şarta bağlı) bir mecburiyettir. Fakat şekli itibariyle bir vecibedir (bir vücuttur). Ve nasıl ki bizzat vazedilen gaye, gayenin bizzat (şahsen) intihabı ile taayyün ediyorsa, bu vücut da öylece yabancı bir gaye vaz'ı ile (gayeyi bir yabancının, bir başkasının vazetmesiyle), yabancı bir irade ile taayyün eder.

Gerek muhatap gerek bitaraf müşahit ise, bizzat vazedilmiş bir gayenin bile ve evleviyetle bu kabil yabancı bir irade muhtevasının (bir emrin) objektif bir mucip sebebe istinat edip etmediği sualini irat

edebilir. Kat'î neticeyi tayin eden hakikat meselesi de (hakikat suali de) daima işte budur! Bu sual iki tarzda vazedilebilir: — Bir vasıtanın bir gayeye ulaşılmasına yarayıp yaramadığı, bir gayenin bir hedefe ulaşılmasına yarayıp yaramadığı, bir şahsın bir menfaate *hakikaten* sahip olup olmadığı ve bu menfaatin onun sıhhatiyle, hayat hedefleriyle (hayattaki hedefleriyle) ve ahenkli şekilde terbiye ve inkişafıyla kabili telif olup olmadığı sorulabilir. Bunun gibi, bir emrin hakikaten verilip verilmediği, muhtevasının ne olduğu ve aynı zamanda bu emre ittibain, emrin muhatabının menfaatlerine uygun veya aykırı olup olmadığı ve hangi menfaatlerine uygun veya aykırı olduğu dahi sorulabilir. Bütün bu sualler, araştırılan şeylerle mevcudiyetleri sabit olmuş veya farz ve kabul edilmiş vakıalar arasında illî bir alâka ve rabıtayı istihdaf etmektedir. Diğer sual tarzının hedefi ise istenen veya vacip olan şeyin, hakikaten (fiilen) istendiği, dolayısıyla emredildiği keyfiyetinden müstakillen dahi vacibürriaye olup olmadığı cihetidir. Binaenaleyh bu sual, zatî veya yabancı irade muhtevasını, emir olarak nazarı itibare almakta ve bu irade muhtevasıyla diğer vacipler (vacip olan şeyler) arasında illî değil de, bilâkis normatif rabıta bakımından münasebet tesis etmektedir. Böylece, resmî bir makamın emirlerine uymak lâzımdır; çünkü bu hareket, bir kanunun vücutî muhtevasına uygundur. Kanuna uymak lâzımdır; çünkü böyle bir hareket, bir esas teşkilâtın vücutî muhtevasına uygundur. Esas teşkilâta uymak lâzımdır; çünkü böyle bir hareket, meselâ ahlâkî bir postüla'ya uygundur. Bu kabil sualler, meselâ bir gayeye müteveccih ilca veya yabancı bir irade gibi vakıalara istinat edilerek cevaplandırılmazlar. Bilhassa hukuk ilminde sık sık görüldüğü gibi, vacibürriaye olan şeylerin mer'iyetlerinin sadece fiilî sosyal sebebini değil, bilâkis bunların normatif mer'iyet sebebini de lâlettayin ampirik hâdiselerde — meselâ bir irade de, bir teamülde, bir kabul ve tasvipte, bir cebren gerçekleştirilebilmede veya sair sosyal veyahut hattâ iktisadî hâdiselerde — görenler, Nelson, Kelsen ve Laun'un bilhassa mukni bir şekilde isbat etmiş oldukları gibi, daima eksik istidlâlde bulunurlar, neticeden uzak kalırlar. Çünkü asıl mevzuubahis olan şey, işte bilhassa bu hâdiselerin meşru olup olmadıklarını ve ne dereceye kadar meşru olduklarını bilmektedir. Ve aynı sebepten dolayı ilâhî bir nizama yapılacak her atıf, yekdiğerile o kadar çok tezdad halinde bulunan hayat fenomenlerinden (hâdiselerinden) hangisinin bu nizamın tazammun ettiği mânada vacibürriaye olduğu ve hangisinin «nizama aykırı («fena») » bulunduğu ayrıca anlaşılmadığı takdirde, hayal sukutu tevlit etmek zaruretindedir.

Mamafih buna rağmen, suallerin teşkil ettiği zincirin yine bir noktada nihayet bulması lâzımdır. Bu intiha noktası da, her mucip sebebin intihası gibi, ancak — daha başka mucip sebeple izaha ne kabiliyeti ne de ihtiyacı olan — *bilâvasıta (kat'î ve bedihî) bir bilginin* objesinde mündemiç olabilir. Aynıyet ve tenakuzdan âzade prensipler dahi — her ne kadar bunlardan birincisi şüphesiz teknil bilgi için ve her ikisi de *tefekküre müstenit* ve hakikate *müteveccih her türlü bilgi* için ve bu suretle vacibürriaye olanın muteberiyetinin bilgisi (bilinmesi) için de fevalâde zarurî ise de — vücubün (olması lâzım gelenin) mucip sebebinin izahına yine kifayet etmemektedir. O halde en doğrusu, Kant, Fries ve yukarıda adı geçenlerle birlikte, — sadece formal (fonksiyonal) mahiyette olmayan, bir şeyi illî bakımdan da izah etmeyen, gayri maddî — normların kendilerine mahsus nihaî bir objektif temele sahip olduklarını tesbit etmekten başka çare yoktur. Bu nihaî objektif temel de bizzat yine norm olup «*temel norm*» tesmiye edilebilir.

Bu «*temel norm*» un mevcudiyetinin alâmet ve işaretini — hâdiselere, kompleks nizamlara ve emsaline bakarak vacibürriaye olan şeyler istidlâl edilirken — sessizce bizimle birlikte hüküm veren o sesde, demek oluyorki *vicdanda* buluruz. Ve vicdanın sayesinde ki — izahlarımızın başlarında zikredilen — «*hiç olmazsa münferit hâdiselerde neyin haklı ve neyin haksız olduğunu bilme kabiliyeti*» ni kendimizden bekleriz. Ve yine vicdandır ki nasıl hareket etmeliğimiz icap ettiğini veyahut — çok defa — nasıl hareket etmemeliğimiz lâzım gelecek idiğini, bize bazan çok yavaş bir sesle ve ekseriyetle de çok geç haber verir *. Vicdanları vasıtasıyla, hattâ her türlü varlık bilgisinden (nazarî bilgiden), kategoryal bakımdan, tamamen farklı bulunan, ve farklı bulunduğu nisbette, «*her müşahhas vücubî idrak*» ** yoliyle bile insanlar, esasen bir kere yaradılışları icabî, nihaî bir normatif - ahlâkî (yani davranışlarının muhteva itibariyle vacipliğine taallük eden) ölçüye ruhlarında sahip olduklarını, veyahut şayet bu ölçü, meselâ ruhlarından, müstakillen mûta olacak olursa, onu da bilmeğe muktedir olduklarını derunen hissederler.

Fakat aranan temel normun kendisini bittecrübe his ve idrak edemeyiz. Yani her halde o (temel norm), kanaatimce, tıpkı aynıyet, teadların yekdiğerile kabili telif olamayışları veya illiyet prensipleri gibi öyle kolayca bilâvasıta his ve idrak edilmez. Daha ziyade bu prensipleri

*) Kabahat vicdanda mı? (Tercüme eden).

***) Vacip olanın müşahhas olarak idraki, vicdanda, ruhta yaşanması (Tercüme eden).

biz, temel norm gibi, sadece «gayet tabii imişçesine» istimal ederiz. Çünkü vicdan ve daha sarîh olarak onun çocuğu, yani hukukî duygu — ki buna müsteniden çatışan menfaatler hakkında hüküm veririz — bize ancak münferit hâdiselere taallûk eden kararlar (hâl çareleri) gösterip sağlamakta, binaenaleyh daha şimdiden (evvel emirde) — ve sadece — temel normun bir istimalini tazammun etmektedir.

Bizzat temel norm, beşerî vicdanın bütün kararları üzerinde müessir olan prensip olarak idrak edilmek için mezkûr vicdanî kararların ferdî hususiyetlerinden tecerrüt etmek lâzımdır. Böylece bütün bu kararların temelini teşkil eden gayri meş'ur bilâ vasıta bilgiyi elde ederiz. Bu, «her defasında objektif bakımdan daha kıymetli olan beşerî menfaate rüchaniyet tanınması icap ettiği» normudur.

Ahlâk kanununun sık sık aranan muhtevası, kanaatimimce, işte budur. Nasıl ki tenakuzdan âzadelik postülâsı nazarî aklın bir mutası ise, ahlâk kanunu da beşerî amelî aklın bir mutasıdır. Tenakuzdan âzadelik postulası gibi ahlâk kanunu da — insanlar için — küllî mer'iyeti haizdir; her ne kadar doğrudan doğruya bedihî olmayıp bilâkis ancak bilistidlâl bedihî hale getirilmek lüzum ve ihtiyacında ise de yine *zaruretle* bedihidir. Beşerî aklın bir mutası olarak kanunun kendisi vücut sahasındadır; fakat muhtevası bir vücuttur, bir emirdir, bir postüladır. Öyle bir postüla ki mahza (umumiyetle) beşerî karakterden başka hiç bir şarta tâbi değildir. Mamafih ahlâk kanunu (*bu mevzuda*) daha henüz, *kendisine itaat edilmesi mutlaka âmir bağlayıcı vecibe (mükellefiyet) mânasını tazammun eden, kategorik bir emir, emperatif değildir.*

Bu mutlak mânada kategorik olan, ancak *hukukun en başta gelen prensipidir*, adalet dediğimiz temel normdur. Bu temel norm (hukuk prensipi), ahlâk kanunundan çıkar. Yani bu temel norm, bütün insanların birbirleriyle münasebetlerinde insanlara, vazifeleri icabı, mutlaka emir ve tahmil edilen şeyin (mevzuubahis olduğu) istihdaf edildiği hallerde, ahlâk kanunundan, onun müteakip yakın bir pratik tatbikat şekli olarak, sudur eder. Böylece *hukuk prensibi*, bir taraftan insanın kendi nefsiyle olan münasebetlerine (kendi nefsi bakımından davranışına) taallûk eden *faziylet prensibinden* ayrılır: — faziylet prensibi, *çatışan zatî menfaatlardan objektif bakımdan en kıymetli olana rüchaniyet tanınmasını*, binaenaleyh elden gelen her şeyin yapılmasını emreder. *Hukuk prensibi*, diğer taraftan *aşk prensibinden* farklıdır. Aşk prensibi *muayyen insanların muayyen insanlara karşı derunî davranışlarına ve haricî hareket tarzlarına taallûk eder ve zatî (egoist) bir menfaate sevgilinin, dostun, arkadaşın, «hemcinsin» objektif bakımdan daha kıymetli olan menfaatini*

tercih etmeği, binaenaleyh başkasına iyilik etmeği ihtiyarî olarak (ihtiyarî şekle bağlı olarak) temenni eder.

Buna mukabil hukuk prensibi, sadece haricî hareket hattına (haricî münasebetlere) ve fakat *lâlettayin* insanlar arasındaki haricî münasebetlere taallûk eder; ve, mer'iyetinin şümül ve kategoritesine (mutlak oluşuna) uygun olarak, muhteva itibariyle «*zâtî - egoist menfaatlerin takibi yüzünden diğer insanların objektif bakımdan daha kıymetli olan menfaatlerinin tatmini muhtel ve münselip olduğu nisbet ve hallerde zâtî menfaatlerden feragat etme*» emrine münhasırdır.

İşte bu, bilhassa Leonard Nelson'un belirtmiş ve isbat etmiş olduğu gibi, sosyal münasebetin (sosyal hareket tarzının) *lâlettayin* bir kaidesi değil, bilâkis beşerî camianın —sırf kanaatten ve tesadüfî iktidar vaziyetlerinden müstakil — objektif normatif yegâne şarttır.

O (hukuk prensibi), kategorik bir emirdir, yani daha doğrusu «*insanın bilâvasıta idrak ettiği her türlü sosyal vecibe (mükellefiyet) duygusu*» nun temelini teşkil ettiği, amelî akıl denilen beşerî kabiliyetten başka hiç bir şeyi şart koşmadığı ve aşk prensibi gibi sadece şayani temenni bir şeyi değil, bilâkis mutlaka herkesçe yapılabilen ve yapılması lâzım gelen pratik zarurî bir şeyi talep ettiği nisbet ve mânada kayıtsız ve şartsız bir emirdir. Bu keyfiyet, aynı zamanda bir taraftan ondan (hukuk prensibinden) istidlâl edilen her kategorik vazifenin (vecibenin) makul varlıkların kendi idrak ve izanlariyle bilinmesi kabil olmak lâzım geldiğini, fakat diğer taraftan da ne hukuk prensibinin, ne de bu prensibden yapılan doğru istidlâllerin (yani bu prensibden istidlâl edilen doğru neticelerin) muteberiyetinin muhatapların bilfiil kabul ve tasvibine tâbi olduğu mânasını tazammun eder. Binaenaleyh bu prensip, gerçe «otonom» dur, fakat o (prensip), hukukî bakımdan yapılması emir ve talep edilen (matlûp olan) şeyi, vicdanın öylesine sübjektif — gayri kat'î (mütemevviç), tek taraflı ve çok defa tesir altında bulunan sesine * değil, bilâkis objektif bakımdan «kontrol edilebilirliğe» tâbi kılmaktadır.

*) Müellif, vicdanı tamamiyle sübjektif psikolojik bir merci olarak telâkki ediyor. Vicdanı, «istikrarsız, tek taraflı ve çok defa tesir altında kalan» bir merci addedince, artık adalet bahsinde onun üzerinde fazlaca durmanın bir mânası kalır mı? Kanaatimizce, gerçi vicdan, ve vicdan olarak, sübjektiftir; fakat sübjektifliği psikolojik değil, bilâkis daha ziyade fikrî - manevidir. Vicdanın makamını ruhun psikolojik tabakasından değil, fikrî tabakasından, yani fert üstü mahz ruhta aramak lâzımdır. Vicdan, ferdî ruhlarda, yani ferdin psikolojik haleti içinde çarpıklaşabilir, zayıflayabilir, dumura uğrayabilir veya mefluç bir hale gelebilir; tesir altında kalabilir; istikrarsızlık arzedebilir. Fakat bu keyfiyeti, başka neviden sübjektif mahiyette bulunan mahz vicdanla karıştırmamalıdır. Nasıl ki adalet veya tabii

Nihayet bundan mada hukuk prensibi, mücerret hukuk mefhumunu aşarak, menfaatlerin objektif kıymetlerini göstermek (menfaatlerin objektif kıymetlerine atıf ve işaret etmek) suretiyle hukukun kıstasını bize bildirdiği nisbet ve hallerde *sentetiktir*. Böylece o, bir taraftan sosyal fiil ve hareketlerin kıymetinin öyle zarurî bir şartıdır ki hukuka aykırılık (hududsuz) bir kubh (kötülük) olur; fakat diğer taraftan da tatbikatı itibariyle (tatbik edilirken), mevzuubahis menfaatlerin kıymetlerine tâbidir.

Binaenaleyh hukuk prensibi, sentetik olmakla beraber, yine sadece, kendi başına herhangi bir hukukî meselenin halline kifayet edemiyeceği mânasında, formaldır. Bunun için hukuk prensibi, — küçük kaziye makamında — müşahhas veya tipik bir hâdise halinde (içinde) mevzuubahis olan menfaatlerin objektif kıymetine dair verilmiş bir hükme muhtaçtır. Bütün insanlar için aynı ve müsavi bir ahlâk kanuniyle bir hukuk prensibinin mevcudiyeti muvacehesinde, muhtelif insanlar tarafından ahlâkî ve hukukî meseleler hakkında birbirinden farklı hükümler verilmesi gibi şaşırtıcı bir imkân, böylece, hüküm verenlerin ya verilecek karar için esasî mahiyetteki bütün menfaatleri nazarı itibara almamış olmaları veyahut bu menfaatleri başka başka değerlendirmeleri keyfiyetine müsteniden izah edilir. Bu itibarla meselâ zatî menfaatler, yabancı menfaatlerden daha bariz ve tesirsiz hissedilir ve bu sebeple perespektiv şekilde büyültülmüş olur. Binaenaleyh, sadece *hukuk prensibinin ihtiva ve ihata ettiği vücup*, küllî mer'iyeti haizdir; fakat prensibin tatbiki keyfiyeti halen mevcut menfaatlere tâbidir. Bu sebeple «*tabîi hukuk karakterini haiz*» bir hukuk kodeksi mevcut olamaz. Daha ziyade muhtelif devirlerde, muhtelif milletler nezdinde ve muhtelif yerlerde muhtelif şeylerin, aynı şekilde hukukan bağlayıcı bir vecibe olması mümkündür. *Binaenaleyh*, meselâ *medenî hukuk muamelâtının temel münasebetlerine* taallük etmek üzere, münhasıran *tarihî ve ahlâkî (etik) bakımdan sabit kalan menafi çatışmaları* noktai nazarından sabit müşahhas bir «*tabîi - hukukî*» normlama mümkündür. Bunun haricinde objektif hukuk ve sübjektif hak, mevzuubahis ilgili insanlarla birlikte değişir ve bu hal, objektif hukukla sübjektif hakkın farklılaşmasını, sadece hayatın muhtelif vaziyet ve icaplarına tevfikan değil, bilâkis aynı zamanda milletlerin (kavmlerin), kabilelerin ve sınıfların muhtelif

hukukla müsbet hukuklar arasında bir tefrik yapmak zarureti varsa, öylece ampirik ve müşahhas ferdlerin vicdanlarıyla mahz vicdan arasında da bir tefrik yapmak zaruridir (Tercüme eden).

kıymet telâkkilerine (kıymetler karşısındaki muhtelif temel davranışlarına) tevfikân da caiz, hattâ matlûp kılar.

Hukuk kanunu sadece *hududlandırıcı* olduğu için, bu keyfiyet ev'leviyetle variddir. Yani hukuk kanunu, hakkaniyetin (hukuka uygunluğun) zarurî şartını, gerçe işaret ve irae etmektedir; fakat aynı zamanda böylece çizilmiş olan çerçeve içinde serbestçe hareket ve tanzim imkânı sahası da bırakmaktadır. Hukuk prensibi menfaatlerin takibini emretmemekte, bilâkis bunu sadece hududlandırmakta ve bazan da, nasıl ittihaz edileceğini tayin etmeksizin, umumiyetle bir karar ve tedbir ittihazını talep etmektedir. — Bittabı anlaşma yoluyla daha az kıymetli (aşağı kıymetteki) menfaatler tercih edilmediği takdirde! Bu suretle pratik bakımdan öylesine fevkalâde mühim olan, gerek, hususî taraflar arasında olduğu gibi milletler arasında da, (statüler ve akidler halinde) muteber bir hukukun kararlaştırılması imkânı gerek yer ve zaman itibariyle çeşitli idarî tedbirler ve kararlar ittihazı imkânı (meselâ ölçü sistemlerine veya seyrü seferde sağ ve sol tarafın takip edileceğine dair karar ve tedbirler) olduğu gibi kalmaktadır.

Hukuk, insanların diğer insanlara karşı olan hattı hareketlerini tanzim ve böylece içtimaî bir hali istihdaf ettiğinden, ahlâkî kıymet hükmü için fevkalâde kat'î önemi haiz *zihniyet*, *bilâvasıta hukukî kıymet hükmünün* dışında kalır. Hukukan matlûp olanın (emredilenin), bir vecibenin yerine getirilmesi mülâhazasıyla mi veyahut başka saikler tahtında mı — meselâ ceza karşısında duyulan korku dolayısıyla mi — yapılıp yapılmadığı keyfiyeti, hukukan haizi ehemmiyet değildir. Mühim olan cihet, sadece onun yapılmasıdır. Zihniyet, — meselâ kusur gibi —, münhasıran hattı hareketin kaynağı olarak, bilvasıta hukukan dahi ehemmiyet kesbeder. Aynı sebepten dolayı hukuk, 'icabında cebren gerçekleştirilebilir. Diğer taraftan cebir ise, ancak hukukî hali muhafaza etmek için zarurî bulunduğu nisbet ve hallerde, hukukan caizdir.

Bununla beraber yine, *adalet denilen bir fazilet* de vardır. Bu fazilet, haricî fiil ve hareketlerinde insanın, hukukan matlûp olanı (hukukan emredileni) diğer zatî menfaatlere tercih etmesi; binaenaleyh hukukî olan şeyi, vazife (vecibe) mülâhazasıyla ifa etmesi zihniyetinde (derunî davranışında) mündemiçtir..

Nihayet hukuk, insanlar arası hareket tarzlarına taallûk ettiğinden bir tek müşahhas insanın menfaatlerinin takdiri (değerlendirilmesi) de, aşikâr olarak, kâfi değildir. Bu menfaatler, daha ziyade, diğerlerinin menfaatleriyle mukayese ve bu sebeple de bu sonuncularla birlikte «*bir mahrece irca*» edilmelidir. Bu «*tertium comparationis*» ise alâkadar ferdlerin aynı olan vasıflarının heyeti mecmuasıdır. Binaenaleyh bu

tertium comparationis, onların sayısıyle — yani demek oluyor ki alâkadarların haiz oldukları vasıf ve menfaatlerin kıymetlerinin farklılaşması (veyahut çeşitli oluşuyla) — esasî muhteva, (kıymet teşkil eden muhteva) itibariyle, azalır (tenezzül eder). Mamafih insanı insan olarak, yani şahıs olması itibariyle haiz olduğu kıymetler bakımından, karakterlendiren şey ise daima baki kalır: Bu da insanın «şerefidir» (insanlık şeref ve itibarı). Çünkü bir insanın, menfaatlerine saygı gösterilmesini talep etmeğe diğer bir insandan *niçin* daha fazla hakkı olacağını kabul ve idrake hiç bir sebep bulunmadığı gibi (izahatimizdeki) mukaddemlerden de böyle bir netice esasen *evleviyetle* sudur etmemektedir.

Binaenaleyh hukuk prensibinden kabili istidlâl, bundan mada kayıtsız şartsız, ilk emir insanların şerefının müsavâtı postulasıdır. Veyahut, şerefının hâmile olmak sıfatiyle insan «*şahsiyet*» tesmiye edildiği hallerde şahsiyetin müsavâtıdır. Binaenaleyh buna göre, bütün bilgimizin şart koştuğu şey (bütün bilgimizin şartını teşkil eden şey), yani aynı illetlerin aynı neticeleri tayin ve tevlit ettiği keyfiyeti gerek irademiz gerek hukuk için dahi hüküm ifade edecektir. Fakat bu prensip, bir insanın, tıpkı diğer insanların her biri gibi aynı muameleye tâbi tutulması lâzım geldiğini de tazammun etmemekte, daha ziyade sadece insan şerefının müsavâtının nazarı itibare alınmasını, binaenaleyh şahsın haiz olduğu kemmî farklılıklardan (başkalıklardan) sarfınazar edilmesini, talep etmektedir. Yoksa insanların vasıflarının ve menfaatlerinin bir tutulmasını (birbirine müsavi addedilmesini) talep etmemektedir. Bu sonuncular, daha ziyade hukuk kanununa uygun olarak objektif kıymetleri itibariyle ne kadar farklı ve çeşitli iseler, o kadar farklı ve çeşitli nazarı itibare alınmaları icap eder.

Nihayet, aynı vasıfların, menfaatlerin ve hallerin, kısaca *aynı unsurları ihtiva eden vakıaların* — mezkûr prensibe tevfiikan — aynı hukukî neticeleri tevlit etmeleri de icap eder. Bu meyanda hukukî netice tesis eden, aynı sarîh vakıa mefhumu zammına giren vakıa halleri (unsurları) kendi aralarında «*müsavidir*» (birbirinin aynıdır).

Bu keyfiyetten, «*objektiflik*» postulası diye adlandırabileceğimiz, fevkalâde ehemmiyeti haiz bir başka (analitik) postula daha sudur etmektedir: Ahlâkî veya hukukî bir karar verilirken, ancak, mevzuubahis menfaatlerin objektif kıymetini tayin eden âmiller nazarı itibare alınmak gerekir. Bu cümleden olarak bir karz borcu, bir şeye sahip olma hakkı (mülkiyet hakkı), içki satışı müsaadesi veyahut zabıta nizamlarına aykırı bir vaziyetin bertaraf edilmesi gibi hallerde mevzuubahis olan menfaatler için, meselâ, saçın rengi, cinsiyet veya siyasî bir partiye mensubiyet haizi ehemmiyet değildir.

Hukukî prensipten bilâ vasıta sudur eden bir diğer netice de, prensibin — fazilet prensibi ile aşk prensibinden farklı olarak — bizzat bir takım gayeler emretmeyip bilâkis bu kabil gayeleri *tahdit etmesi*, binaenaleyh evvel emirde sübjektif haklar değil de, vecibeler tesis etmesidir. Çünkü sübjektif haklar — hukukî - teknik konstrüksiyondan sarfınazar — ancak diğerlerinin vecibelerinin inikâsıdır. Bu sebeple hukukî prensip vecibeler tahmil ederek, daima münhasıran makul varlıklara hitap eder, fakat diğer bütün menfaat sahiplerine de haklar bahşeder.

IV

Böylece (II) numaralı fıkrada vazedilen sual (mesele) cevaplandırılmış oluyor. Müşahhas, dolayısıyla tipik bir hâdisede neyin âdil olduğu keyfiyeti, büyük kaziyesi (yani hukuk prensibi), diğerlerinin objektif bakımdan daha kıymetli olan menfaatlerinin tatminini ihlâl etmemegi emreden; küçük kaziyesi ise müşahhas veya tipik hâdisede diğerlerinin objektif bakımdan daha kıymetli olan menfaatlerinin ihlâl edilmediğini tesbit eden bir kıyastan tahassül etmektedir. Bu küçük kaziyeye ise bizzat alâkadar şahısların çatışan menfaatlerinin tesbitinin ve bu alâkadar şahıslar için — her defaya mahsus olmak üzere (ahval ve vaziyete göre) içinde buldukları hayat vaziyeti bakımından — bu menfaatlerin objektif kıymetinin tanzim ve tesviyesinin (denkleştirilmesinin) neticesidir.

Binaenaleyh orta had (mutavassıt mefhum), menfaatlerin objektif kıymet münasebetini teşkil etmektedir. Burada menfaat tâbiriyle, kısaca ve basitçe, «vasıtalar», «gayeler» ve «hedefler» den yana olan menfaatler dahi anlaşılacak icap eder. Fakat bütün mümkün beşerî menfaatlerin objektif kıymetinin araştırılıp bulunması mümkün değildir — buna muvaffak olunsaydı, hiç şüphesiz ki bu, her halde, çok şayanı arzu bir şey olurdu. Bilâkis daha ziyade objektif özel veya genel kıymet münasebetinin araştırılıp bulunması kâfidir. İşte bu sebeple objektif değerlendirmede dahi alâkadarların ve onların hayat vaziyetlerinin haiz oldukları müşterek vasıflar bir tarafa bırakılabilir.

Bittabi, müşahhas bir davranışın veyahut müşahhas bir çatışmanın (menfaat çatışmasının) ferdiyetinden tipik insan gruplarının tipik menfaat çatışmalarına doğru bir tecrit yapıldığı ve elde edilen normların mer'iyeti, bu keyfiyete uygun olarak, tevsi (ve bu normların muhatapları tezyid) edildiği nisbet ve derecede, alâkadarların da ferdiyetinden sarfınazar ve objektif kıymet meselesini de daha radikal vazetmek lâzımdır. Nihayet hattâ, insanlarca değiştirilebildikleri nisbet ve hallerde, ahval ve şerait nazarı itibara alınabilir ve bundaki tahavvülâtın, muayyen bir

mânada, objektif bakımdan şayanı temenni olduğu isbat edilebilir. Mamafih bu meyanda tecridin derecesine daima dikkat ve bunu muhafaza etmek lâzımdır. Binaenaleyh müşahhas bir insanın müşahhas bir hareket tarzı hakkında, bazı muayyen insan tiplerinin tipik bir hareket tarzının objektif kıymetine göre — ve bu hattâ şayanı temenni olup da mutabulunmayan ahval ve şerait tahtında bile olsa — hüküm vermek, mezkûr *müşahhaslaştırmaların* objektif kıymetin tahkik ve tesbitinin taallûk ettiği *tiplere mensup bulunduğu sabit olmadıkça*, caiz değildir. Ve ber akis buna mütenazır olarak müşahhas hareket tarzlarının objektif değerlendirilmeleri de tipik hareket tarzlarına, müşahhas olanın tipe mensubiyeti sabit olmadıkça, tatbik edilmemelidir (onlar hakkında abstraktif istimal olunmamalıdır).

Bu keyfiyetten, hukukî prensipten sudur eden sahih (isabetli) istidlâllerin dahi, bir hareket tarzının objektif kıymetinin tahkik ve tesbiti ile hangi tecrit derecesi istihdaf ediliyorsa, ancak ahval ve vaziyete göre mezkûr tecrit derecesini haiz oldukları (mezkûr tecrit derecesi nisbetinde hüküm ve kuvveti haiz oldukları) neticesi çıkar. Binaenaleyh kat'î mânada mutlak bir vücubün esbabı mucibesi hiç bir vakit izah edilemez; bütün insanlar hakkında her türlü vaziyette mer'î bir vücubün (olması lâzım gelenin) esbabı mucibesi ise, ancak insan olmak sıfatiyle her insan için — ferdiyetinden ve her türlü mümkün, özel hayat vaziyetlerinden sarfınazar — objektif kıymetlerin mevcut olduğu nisbet ve hallerde, izah edilebilir. Bu kabil nâdir kıymetlerden biri, meselâ, bizzat adalettir. Ve izah edildiği veçhile, adalet alâkadar şahsiyetler (şahıslar) ve ahval ve şerait dediğimiz azamî derecede müdil âmillere tâbi bir fonksiyondur.

Binaenaleyh — her türlü müsbet hukukî mevzuattan dahi sarfınazar, fakat bilhassa bu mevzuat için — ne adaletin mücerret postulasına atıf ve işaret etmek kâfi geldiğinden, ne de her türlü mümkün müşahhas hallerde her türlü mümkün müşahhas şahısları bağlayıcı bir vücubün, velev sadece nazari de olsa, formüle edilmesi kabil olduğundan ve aynı zamanda tipik hâdiselerde muayyen tipik gruplara mensup insanlar için mevzuubahis olan bir vücubün inkişaf ettirilmesile iktifa edilmek lâzım geldiğinden tipik olanla endividüel olan arasındaki zıddiyetten bir problem ortaya çıkabilir ki *Aristodan* beri *dar mânada adalet* problemi veyahut *endividual adalet* problemi, aynı zamanda «*nisfet*», diye kavranmaktadır. Bu problem, faziylet nazariyesi ve aşk nazariyesi için de mevcuttur. Çünkü, şahsî ve zamanî noktai nazardan, hukukî emirlerin umumiliği ve müsaviliği endividüel âmillerin tamamıyla nazarı itibare alınmasına hiç değilse en az pragmatik bakımdan mânidir. Fakat burada nazari problem, haddizatında, ferdî bakımdan âdil olanın bilinmesi değil,

bilâkis acaba ferdî şahıslarla ferdî vaziyetlerin yekdiğerinden farklı ve başka oluşları muvacehesinde, hukuk normlarının sadece umumî ve müsavi mer'iyetlerinin değil, bilâkis aynı zamanda hukuk normlarının umumî ve müsavi şekilde mer'i bir muhtevasının da nasıl mümkün olduğu problemidir. Bu problem, ferdî menfaatlerin kendi aralarında müsavi olduklarının — ki buna kıymet münasebetinde bir müsavilik tekabül eder — bilinmesiyle ve «*hukukî bakımdan esasî olan şeyleri*», yani objektif kıymet münasebeti için kat'î önemi haiz âmilleri, hiç bir şüpheyeye mahal bırakmıyacak şekilde sarahaten kavrayan doğru ve maksada uygun bir «Abstraktif tipler teşkili» ile halledilir. İşte, hukuk hakkındaki bilginin vazife ve gayesi budur.

Müsavi (aynı) emirlerin bilhassa zaman itibariyle temadî eden mer'iyetlerinden tehassul eyliyen bir umumî menfaatin daha hukukî normlamada rol oynadığı düşünülecek olursa, bu cihet (bu vazife) daha da ehemmiyet kesbeder. Bu da, *hukukî emniyet* üzerindeki menfaattir, binaenaleyh bu, hukuk normlarının bütün muhataplarının bu normların siyyanen sosyal mer'iyetleri üzerindeki objektif menfaatidir. Bu menfaat, endividual adalet menfaatinden daha büyük olabilir. Veyahut daha exacte olarak: Bu menfaat, herhangi bir menfaatin objektif kıymeti tahkik ve tesbit edilirken birlikte nazarı itibara alınmak lâzım gelir ve bu sebeple, hukukî emniyet menfaati nazarı itibara alınmadan da, daha yüksek kıymeti haiz bir menfaatin kıymetini, hukukî bakımdan kat'î ve müessir bir şekilde, düşürebilir veyahut ber aks haddizatında daha aşağı kıymetteki bir menfaati hukukan daha kıymetli bir hale getirebilir. Fakat bir şahsın müşahhas menfaatlerinin objektif hukukî emniyet menfaatlerine tâbi ve medyun bulunduğu mezkûr kıymet azalması veya kıymet artmasının karşı tarafın menfaatinin objektif kıymetini geride bırakmaya, dolayısıyla onun kıymetine tefevvuk etmeğe kâfi gelip gelmediği meselesi ise daima mevcuttur. Böylece hukukî emniyet de, endividual adaleti «*nısfet*» mülâhazasıyla nazarı itibara almak imkânını bırakır.

V

Hukukî prensibin sadece nazarî istidlâllere ve hükümlere (muhakemelere) müsait olmakla (bu gib istidlâlleri ve hükümleri caiz ve mümkün kılmakla) kalmayıp bilâkis aynı zamanda bizzat bir *postula ileri sürdüğü* (bir şey talep ettiği), yani muayyen bir hareket tarzı ve hattâ muayyen bir nizam talep ettiği düşünülürse, bütün bu izah edilen şeyler yüksek ehemmiyet kazanır. *Âdil olan şey, gerçekleştirilmelidir*; ve sadece şu veya

bu münferit hâdisede değil, bilâkis aynı zamanda umumî olarak beşerî cemiyette gerçekleştirilmelidir.

Bunun *nekadar güç* olduğunu, insanların hukuk prensibini kâfi vüzu ve bedahatle bilmek, kavramak hususunda, ve evleviyetle — bir devlet nizamında zaten namütenahî sayıda bulunan — mevzuubahis aktüel menfaatlerin kıymet münasebetini tahkik ve tesbit etmek hususunda ise nekadar zorluk çekmiş oldukları ve çekecekleri keyfiyeti ile ölçebiliriz. Bahusus ki bu menfaatlerin kıymeti, meselâ iktisat tarzı ve hattâ bizzat hukuk nizamı gibi insanlarca ve bilhassa asıl hukuk nizamınca değiştirilebilen şartlara tâbi bulunmaktadır. Adaletin, müsavata âmir bulunduğu keyfiyeti, zaten kolayca idrak edilir bir şey değildir. İnsanların ve ahval ve şeraitin hemen hemen hiç kabili ihata olmayan tenevvüü muvacehesinde, acaba neyin hukukan müsavi olduğunu, hangi farkların ve başlıkların objektif bakımdan nazarı itibare alınmaları icap ettiğini ve şahsî kanaatlerin, ideolojilerin, sosyal önemi haiz ahvalin isabet ve sıhhatinden ne derece radikal şekilde istibah etmek caiz bulunduğunu bilmek ise evleviyetle fevkalâde zordur. Adaletin gerçekleştirilmesi teşebbüsünün savaşmak mecburiyetinde kaldığı müşkülleri takdir etmek için adalet hakkında birbirinden farklı ne kadar çok ideolojilerin tedavül ve temevvüç etmiş bulunduğunu, ve insanlığın siyasî tarihinin — ekseriya sadece tasavvur ve iddia olunan — bir hukukî halin tesisi uğrunda daima bir mücadele olduğunu hatırlamak bile kâfidir.

İstikrarlı bir hukuk nizamına mâni olan ve, müsavatsızlık haddinden fazla olduğu takdirde, kâfi derecede sık sık revolüsyoner hukukî durumları zarurî kılan «sosyal hayat vaziyetlerinde, nüfus kesafetinde, sosyal kuvvetlerde, iktisadî bünyede vesairede vukua gelen daimî tahavvülât» bu müşküllerin esasını teşkil etmektedir.

Saniyen hukukun gerçekleştirilmesinin maruz kaldığı müşküllerin esasını, vecibe sahiplerinin (vecibelerle bağlanmış olanların), kendilerinden her şeye rağmen yine kategorik şekilde talep edilen şeyi kâfi derecede takdir ve idrak hususunda gösterdikleri suubet teşkil etmektedir. Binaenaleyh, şayet neyin hukuka uygun olduğu keyfiyeti, herkesin kendini ona göre ayarlayabilmesi ve ihtilâf halinde herhangi bir şüpheye mahal bırakmayacak kat'î ve sarîh bir metni işhat edebilmesi maksadiyle, *resmen ve alenen ifade ve ilân* edilmeyecek olsaydı, hukukun gerçekleştirilmesi ve bu suretle bilhassa «müşahhas hâdisde haklı olan kimse» dahi tesadüfe (yani mükellefin, borçlunun tesadüfî iz'an ve idrakine) terk edilmiş olurdu. Neyin hak olduğunun vazı kanun tarafından umumî ve mücerret ifade ve ilânı, bittabi ancak tipik menafi vaziyetlerine taallük edebilir. Bu sebeple vazı kanun, şayet tipler pek (maksada) uygun şekilde

teşkil edilmemişlerse, endividual adaleti bazan yerine getirmeyecektir. İşte bu noktada irtibatı tesis etmek, mahkemelerin vazifesidir. Şayet bu — meselâ hâkimin bağlı bulunduğu «kanunun sarîh metni» mâni bulunduğu için — yapılamıyorsa, bu takdirde normal olarak herkesin kanunî bir şemalaştırmadaki menfaati ağır basacaktır. Çünkü böyle bir şemalaştırma ile hukukî emniyet ve hâdiselerin evvelden takdir ve tahmini kabiliyeti vücut bulur.

Her halde tipik hallerde neyin hukuka uygun olduğunun otoritatif şekilde tesbit ve ilânı ile — esasen evvelce IV numaralı fıkrada, hukukî meseleler hakkında verilen nazari hükümlere müteallik olmak üzere, ima ve işaret edilen — bütün problemler ve müşküller pek bariz ve musirrane ortaya çıkmaktadır. Normları, *hukukî kaziyeler* halinde mefhumî bakımdan ifadelendirmek (formüle etmek) ve yekdiğerile ahenkli kılmak gibi pratik bir zaruret, bu problemleri ve müşkülleri daha da şiddetlendirmektedir. Bu hukukî kaziyeler, sırf tarifî mahiyette olmadıkları takdirde, şartî cümleler şeklinedirler. Bu cümlelerde bir hukukî neticeye bir vakıa tertip edilir ve hukukî neticeye tâbi vakıanın hangi süjeye atf ve isnat edilmesi lâzım gelip gelmediği, keza hangi süjenin hukukî neticenin vakıasını vaz ve tesis etmek mükellefiyetinde veya salâhiyetinde olduğu gösterilir. Bu meyanda hukukî teknik bakımından pratik faydası olan şeyleri (pratik mülâhazaları) nazarı itibara almak lâzımdır. Hukukî - teknik bakımdan pratik ehemmiyeti haiz bu mülâhazalar özel bir hukuk dilinin doğmasını, mudil menafi vaziyetlerinin ve hukukî münasebetlerin kısaltılmış şekiller halinde, meselâ hükmî şahıs gibi bir mefhum tahtında bir araya toplanmasını (ifade edebilmesini); çeşitli (birbirinden farklı) şeylerin farazî olarak birbirine müsavi kılınmasını veya mefhumî bakımdan yekdiğerine müsavi olan şeyler arasında ince tefriklerin yapılmasını intaç eder. Bundan mada bir de hukukî kaziyelerin hukukî - siyasî mânası ekseriya o kadar müphem kalır ki vazı kanunun hangi menfaatleri nazarı itibara almış olduğunu ve vakıanın münferit unsurlarını nasıl değerlendirdiğini bilmek artık kabil olmaz. Çünkü bu, buraya kadar verilen izahata nazaran, zaten onun (vazı kanunun) vazifesidir: — Tipik hâdise'ler halinde çatışan menfaatleri, daha az kıymetli menfaat hukukî netice itibariyle arka plânda kalacak tarzda, objektif bakımdan kıymetlendirmek! Vazı kanun, «*vakıada, bu prensipe göre, hukukî bakımdan esasî olan hususları*» kat'iyetle kavramaya ve bu keyfiyete hukukan matlûp (âdil) hukukî neticeyi bağlamaya muvaffak olsa da, hukukî kaziyelerin tefsir ve tatbiki yine mütemadiyen müşkülâtla karşılaşmaktadır. Bu müşküller, hukukî kaziyeler ne kadar kazüistik şekilde ifadelendirilmiş bulunuyorsa (meselâ bilhassa emsal hukukunda

olduğu gibi), o kadar da artar. Çünkü bu takdirde tanzim edilmemiş (normlanmamış), tahsisen atipik vak'alar hakkında kanunun mefhumî vasıtalarına müsteniden hüküm vermek artık mümkün değildir. Şayet vazı kanun veya emsal, zıd menfaatlerin kıymet münasebeti için «*esasî mahiyetteki hususları*» kavramaya muvaffak olamazsa, bu takdirde yalnız hâdisenin âdilâne hallinde (âdil karara bağlanmasında) değil, bilâkis aynı zamanda hukukî emniyette de, «*sırf mücerret - nazari hukukî tefekkürden mütevellit*», aksamalardan (hatalardan) içtinap hemen hemen hiç kabil olmaz. Fakat, hukukî halin tesis ve muhafaza ve idamesi mevzuunda her halde öyle kolayca sarfınazar edilebilir mahiyette olmayan yasama yolundan, adaletin gerçekleşmesini tehdit eden en büyük tehlike ise: vazı kanunun, hukuku ilân eden merci (hukukun mu'lini) olarak otoritesini, meselâ kendi menfaatlerinin veya kalitatif veyahut sadece kantitatif bakımdan temayüz etmiş bir eşhas grubunun menfaatlerinin haksız yere (gayri meşru) tercih edilmesi gibi (âdil mânasında) hak, hukuk olmayan bir şeyi talep yoluyla kötüye kullanmasında mündemiçtir.

Vazı kanunun vazife ve fonksiyonunu bu tarzda kötüye kullanmasından dahi sarfınazar, insanların *kötü niyetliliğinden* ve *hodkâmlığından* adaletin gerçekleşmesine mâni bir — üçüncü — umumî düşman doğar. Çünkü hakkın (hukukun) gerçekleşmesi insanların sadece iz'an ve idrakine değil, bilâkis aynı zamanda buna hazır ve âmade olmalarına ve «*kendilerini (fiil ve hareketlerini) ahlâkî şuurlarıyla (vücubî idrakleriyle) tayin edebilme*» dediğimiz iradî kabiliyetlerine tâbidir. Halbuki çok defa eksik olan da işte budur. Bu sebeple «sırf normatif hukuk», şayet tama miyle kuvvetlerin hâkim bulunduğu sosyal varlık âleminde mer'iyet iktisap etmesi matlûp ise, *fiili kuvvetle* birleşmelidir ve hukukun mer'iyet kazanması matlûptur. Çünkü bu, kategorik bir emirdir.

Bu sebeple, beşerî cemiyette hukukî halin gerçekleştirilmesi gayesini istihdaf eden ve bu gayeyi icabında cebren tahakkuk ettiren kuvvetlerin bulunması, bizzat adaletin bir postulasıdır. Devlet, «*hukukî devlet*» olarak objektif meşruiyetini bu ve ancak bu gayede, hukukî halin gerçekleştirilmesi gayesinde bulur.

Tercüme eden:

Dr. Orhan Münir Çağıl

Hans J. Wolff