

## FENOMEN ve IDEAL OLARAK HUKUK

*Doç. Dr. Rahmi ÇOBANOĞLU*

### I

Bilindiği gibi, hukuk bize, bir taraftan sosyal hayatın bir mütâsı, tarihî bir fenomen olarak ve diğer taraftan, ruhumuzdan fıskıran ve esas itibarile ruhumuzda yaşıyan bir prensip olarak, yâni kendine has idealité'si içinde gözükür.

Hukukun kendine has oluşundan doğan bu ikilik, düalizm, gerek ilmî ve felsefî, gerekse tatbikî ve amelî sahada, eskidenberi, kaçınılması güç, devamlı birtakım münakaşa ve karışıklıklara sebep olmakta ve bizi, bir taraftan pozitif hukukla ideal hukukun ebedî ayrılığı ve diğer taraftan değişmeyen ve değişen taraflarile hukukun mûdil karakteri karşısında bırakmaktadır.

Bu itibarla biz, burada, hukuktan fenomen ve ideal olarak ne anlaşılacak lâzımgeldiğini derinliğine incelemekten ziyade, bu düalizmin doğrudan doğruya neticelerinin müşahede ve tahlili üzerinde durarak, önce, hukukun, hem sosyal ve tarihî bir fenomen, hem de aynı zamanda ideal bir mütâ oluşundan doğan felsefî ve ilmî buhranı çeşitli veçhelerile belirtmeğe çalışacak, daha sonra da, hukukun değişmeyen ve değişen taraflarının nereden ibaret bulunduğunu göstermeğe gayret edeceğiz.

Hukuk ilminde bir buhrandan bahsedildiği zaman - ki, ekseriya bahsedilmektedir - bunun, sadece yaşadığımız devre mahsus olduğunu sanmamalıyız. Umumî bir mânâda, hukuk ve onun ilmini, bütün bir insan şuuru, hattâ bütün bir beşerî hayat gibi, daimî bir buhran içinde olduğunu yâni ebedî ve aralıksız bir intibak, değişme ve yenileme gayreti içersinde bulunduğunu söyleyebiliriz.

Her fiilimizin, her davranışımızın hayattaki bir probleme teka-bül ettiği ve bu fiil ve davranışların belirli bir probleme ancak pek nadir hallerde tam bir sureti hal verebildiği, maalesef, insan kaderinin dramatik bir veçhesidir.

Bu muhakkak olmakla beraber, biz, şimdilik, bu umumî düşüncelerden ayrılarak, daha ziyade hukuktaki buhranın, hususile gü-

nümüzde ne suretle kendisini gösterdiği ve nasıl hissedildiği meselesile meşgul olmak istiyoruz.

Biraz evvel söylediğimiz gibi, bu buhranın, yâni hukuk ilmini kesif ve mütemadi bir intibak, değişme ve yenilenme gayret ve faaliyetine mecbur kılan fikir ve görüş ayrılıklarının temel unsurları, kısaca, hukukun düalitesinde, yâni bir taraftan sosyal ve tarihî bir fenomen ve diğer taraftan insan ruhunun ideal bir mûtâsı oluşunda mündemiç bulunmaktadır.

## II

Bu mevzuda hatıra gelen ilk düşünce, diğer bütün mülâhazalar arasında en bedihî, en aşikâr ve bütün görüşlere nazaran en muhakkak ve kat'î olanıdır.

Bütün entelektüel, fikrî vetirelerde olduğu gibi, zihin, her şeyden önce kendini amprîk müşahedeye terkeder, hasseler vasıtasile idrak olunanı, objektif, mutlak surette muhakkak ve her türlü sübjektiviteden müstakil bir realite olarak kabul ve tasdik eder. Bu yüzden, âmiyane anlayışa göre hukuk, her an parmağımızla dokunabileceğimiz, her şeyi ihtiva eden yazılı bir metin, bir code'dur<sup>1</sup>.

Bu kanaate göre, her türlü hukukî mesele veya ihtilâfın sarîh hal sureti, doğrudan doğruya, her şeyi önceden derpiş etmiş olması lâzım gelen bir kanunlar manzumesinden ibaret bulunan mevcut ve mer'î hukuk dahilinde aranmak ve bulunmak iktiza eder. Hukuka yabancı olanlarda ekseriya tesadüf edilen ve hukukçudan, muhtemel bir davanın neticesi hakkında bir kanaat ve bir tahminden ziyade, kat'î bir keramet elde etme arzu ve iddiası bundan doğmaktadır. Netekim, bunun neticesi olarak, hukukçulara, asırlar boyunca, «Hukukçular, kötü hıristiyanlardır» darbı meselinde olduğu gibi, makbul insanlar nazarile bakılmayışının sebebi de budur. Hukukçuların, kendilerine tevdi olunan meseleleri, mesleklerinin icabı birtakım karışık ve sun'î muhakemelerle büsbütün müdil ve içinden çıkılmaz hale getirdikleri söylenmekte ve sanki bu meseleleri güç, şüphe ve tereddütleri mucip hale getiren onlarmış gibi, tenkit edilmektedirler. Hukukçu, hattâ kanun, mekanik bir vetire ile harekete gelen ve bütün haller için mihanikî surette, muhakkak ve kat'î hükümler vermesi istenilen otomatik bir cihaz, bir makine olarak telâkki edilmektedir.

1) G. Dabin, La, philosophie de l'ordre juridique positif, Paris 1929, Sh. 647 ve S.



Bu âmiyane telâkkinin, realiteden ne kadar uzak olduğuna işaret etmek bir zarurettir. Beşerî münasebetleri sun'î olarak mûdil hale getirenler, hukukçular değildir. Beşerî münasebetler, mahiyetleri itibarile, sonsuz derecede değişik, bizatihi mûdil, mütemadiyen yenilenen ve her biri diğerinden farklı olan münasebetlerdir. Hukukçu, onları anlamak, onların her zaman aşikâr ve bedihi olmıyan esaslı unsurlarını kavramak ve şayet varsa onları bir kaideye bağlamak ve böyle bir kaide mevcut bulunmadığı takdirde, zarurî kaidenin formüle edilmesine bizzat iştirak etmek mecburiyetindedir.

Şu halde bütün bunlar, hukukçu tarafından, yapılması son derece güç bir zihnî mesaiyi lüzumlu kılmaktadır ve hukukçu, hiç değilse, zihnin muhakeme faaliyetini icap ettiren hususlarda, diğer mesleklere mensup kimselerden, mûtad olarak istenilen mesaiye nazaran daha ince ve daha kesif bir gayret ve emek sarfetmek mecburiyetindedir. Bunu küçümsemek, tanımamazlıktan gelmek kolay ve isabetli bir şey değildir<sup>2</sup>.

Hiç şüphe yok ki, yazılı hukuk (*Jus scriptum*) - bu tâbirden teşriî hukuku, hattâ teamül ve *jürisprüdans* külliyyatını anlıyoruz - daima yenilenen realiteyi aksettirmek, sosyal hayatın yeni yeni icap ve taleplerine birer hal sureti bulmak hususunda kifayetsizdir. İnsan zihninin ve dolayısıyla kanun koyucunun zihninin, geleceğin mümkün bütün hallerini önceden formüle etmek hususundaki imkânsızlığı, önce Romalı hukukçular tarafından ve daha sonra, asırlar boyunca, birçok müellifler tarafından açıkça beyan edilmiştir. Ancak, bu imkânsızlık mefhumu, yaşama şartlarındaki sür'atli değişmeler, yeni faaliyet şekillerinin ortaya çıkması ve bunun neticesi olarak, yeni problemler ve yeni zıtlıkların teşekkülü dolayısıyla, modern çağda daha da bariz bir hale gelmiştir. Bu problemler ve zıtlıklar, muhtaç buldukları hal suretleri için, önceden mer'iyete girmiş kanunlarda güçlükle ve o da her zaman olmamak üzere, kat'î bir temel bulabiliyorlardı. Şu halde hukukçudan, yalnız mer'iyette bulunan kanunların mânasını yeni sosyal münasebetlere intibak ettirecek şekilde bir tefsir faaliyeti talep edilmekle kalmamış, aynı zamanda ondan, hukukun zarurî olan yenilenme işine daha kesif surette iştirak etmesi de istenmiştir.

Her hukukî sistemin, bir bakıma, normal olarak kendi kendini yenileme yâni kendi kendini tadil ve tamamlama işini önceden derpiş ve tâyin etmiş olduğu malûmdur. Ancak bir tadil değil de,

2) R. Bonnard, L'origine de l'ordonnement juridique, Paris 1929 Sh. 22 ve S.



sadece bir ilâvenin bahis mevzuu olduğu yerlerde, bu iş, mütad olarak hakime havale edilmiştir. Hakim, vermekten hiç bir suretle kaçınmayacağı kararını, esas kaynakların bulunmadığı hallerde, talî kaynaklar denilen kaynaklara istinat ettirmeğe mezun, hattâ mecburdur. Şu halde kanunun -hattâ kabul edilmiş bir teamül varsa onun - ötesine geçmek lâzımdır. Bu iş, evvelâ, mer'iyette bulunan kanunlara muayyen bir genişleme, yâni, hakikatte, önceden mevcut kaidelere yakın yeni kaideler ihdas etme imkânı veren kıyas (analogie) yolu ile yapılır. Lâkin kıyas her zaman ve her yerde mümkün değildir. Hattâ bâzen, mümkün olsa bile, kıyasa muvafakat edilmemiş, razı olunmamıştır. Bu takdirde hakimin, hüküm ve kararlarına mesnet olacak kriteriyumu başka tarafta bulması lâzımgelir. Zira hiç bir ihtilâf, mevcut bir kaide yoktur, diye sureti halsiz kalmaz. Şu halde bu gibi hallerde hakim, İsviçre ve Türk kanunlarında olduğu şekilde «kendisi vazı kanunmuş gibi» veya İtalyan kanununda görüldüğü veçhile «hukukun umumî prensiplerine göre» karar verecektir. Yahut ta Fransız ve Alman kanunlarının yaptığı gibi, bu noktada hiç bir şey söylememesi icap edecektir. Ancak burada da netice yine aynı olacaktır : Hakimin, mer'î kanunlarda bulunmamakla beraber, aynı kanunlar vasıtasile istediği kaideleri bulması iktiza edecektir. Binaenaleyh hakim, tetkikine arzedilmiş durumun mahiyetile ve bütünlemesi istenilen sistemin mantığıle mütenasip ve alâkalı olarak kendi vicdanını sorguya çekmekten başka bir şey yapmamış olacaktır. Böylelikle biz burada, muayyen ve mütâ bir kanunun mekanik ve otomatik tatbikinden çok uzak bulunuyoruz, demektir.

### III

Hukukun kaynakları bakımından, günümüzün en derin talep ve icapları biraz dikkatle incelenecek olursa, oldukça birbirine zıt ve etüd ettiğimiz buhranın mânidar bir işaretini teşkil eden iki temayülle karşılaşırız. Hukukun tâyin ve tesbitinde kat'iyet, vuzuh ve nizam ihtiyacı, birçok hallerde, teşriî ifadeye bir rüçhaniyet kazandırmıştır. Bu suretle, teşriî ifadenin, zihnimizin sistematik talep ve icaplarına ve bununla birlikte, hukuk sisteminin hiç değilse bir kısmını, mümkün mertebe bir kat'iyetle tesbit etmekteki amelî faydaya daha iyi cevap verdiği düşünölmüştür. Teamülün, tıpkı *jürisprüdans* gibi, kanuna nazaran daha müphem ve açıkça tâyin edilmemiş bir hukuk kaynağı teşkil ettiği doğrudur. Hukukun, kat'iyetten mahrum bulunuşu, başlı başına çok ağır mahzurlar



husule getirir. Zira bu, hukukun sosyal münasebetlerde bir nizam ve garanti prensibi olmasına doğrudan doğruya mani olur. Bu sebeptendir ki, Bacon, meşhur bir sözünde, kanunun, kat'î olması lâzımgeldiğini, aksi takdirde âdil de olamayacağını ifade etmiştir.

Kat'iyet ihtiyacı dolayısıyla yâni müstakbel münasebetleri tanzim hususunda kifayetli bir temel teşkil edebilmek için, hukukun, ifade ve tezahürlerinde, hakikatte çok mütenevvi olan fiil ve vâkıaların müşterek ve sabit karakterlerini bir nevi «vasatî» halinde ortaya koyacak tarzda hareket ettiği malûmdur. Kanun kadrosunun, hukukçu olmıyanların *jürisprüdans*'ta tenkit ettikleri, sert ve mücerret karakteri, bilâkis, hukukun sosyal hayattaki fonksiyonunun zarurî ve pratik bakımdan hayırlı bir neticesidir. Meselâ, kanun koyucunun, rüşt yaşını 18 olarak tesbit ettiğini biliyoruz. Burada, kanun koyucunun ekseriya haksız ve gayri âdil olabilecek bir nevi vasatî kabul etmiş olduğu muhakkaktır. Zira, şüphe yok ki birçok gençler, bu yaştan evvel, tabii ve tam bir hukukî ehliyete erişmiş olabilecekleri gibi, buna mukabil, diğer bâzı kimseler de, kanunî yaşa erişmiş olmalarına rağmen, haklarında bir ehliyetsizlik veya hacir bahis mevzuu olmaksızın, az çok geri bir durumda kalmış olabilirler. Ancak, hakim, hak sahiplerinin olgunluk derecesini, her hal için ayrı ayrı tetkik ve bunun neticesi olarak, onların medenî bakımdan ehliyetini, sarih ve umumî bir kaideye müracaat etmeksizin tesbit mecburiyetinde kaldığı takdirde bundan dolayı içtimai hayatın ve hususile iş hayatının, pratik olarak, büyük güçlüklerle mâruz kalabileceği de aynı derecede muhakkak ve doğrudur.

Teşriî şeklin, kendine has olan kat'iyeti sebeble, Esas teşkilât hukuku sahasında ve bilhassa vatandaşın hürriyeti ve temel hakları ile ilgili olarak, modern çağda büyük bir değer kazanmış olduğunu da ilâve etmek lâzımdır<sup>3</sup>.

«Yalnız kanun hükümandır ve hiçbir nizam, kanuna dayanmadığı takdirde mûtâ olamaz» formülü, sistemin bünyesi içersine ister sarih ister zımnî şekilde ithal edilmiş bulunsun, tarihî veçhesi altında dahi büyük bir ehemmiyete sahiptir. Çünkü o, sentetik olarak, eski rejimlerin bariz vasfı olan bir sürü ifratın, hukukun bir kat'iyete sahip olamayışından ileri gelen ifratların ortadan kaldırılışını temsil eder. Bu geniş sahanın ancak bir kısmına işaret et-

3) F. Génry, Science et technique en droit privé, C. IV (Paris, 1924) Sh. 132.



miş olmak için, modern ceza hukukunun bütün medenîleşmiş devletlerde, eski ceza hukuklarından «Suçların ve cezaların kanunîliği» temel prensibile ayrıldığını düşünmek kâfidir. Buna benzer düşüncelere, meselâ, kanunun üstünlüğünün adaletin bir nevi müteradifi addedildiği idare hukuku sahasında da rastlamak mümkündür.

Şu halde, hukukun teamül veya dağınık ve inkıtalı *jürisprüdans* kararları şeklinden, kanun şekline geçmek hususundaki temayülünü umumî bir hakikat olarak tasdik ve ifade etmekle yanılmış olmuyoruz. Bunun bir başka delili şudur ki, hukukun teknik bakımdan en az gelişmiş olan kısımları, meselâ milletlerarası hukuk, çeşitli sebeplerle, henüz hakikî bir teşriî ifadeye erişememiş olan kısımlarıdır.

Diğer taraftan, günümüzde, bu temayüle aykırı başka bir eğilim de kendisini göstermektedir. Yâni, kanunun sertliğinin, hukukun serbestçe meydana gelişine mâni teşkil ettiği tezi, ve bilhassa seri bir gelişmeye tâbi olan ve vâkıa ile kaide arasında daha sıkı bir tekabülün şart olduğu bâzı hukuk sahalarında, müşahhas vâkıaya kabili tatbik kaidenin ifadesini, teşriî organlardan başka organlara tevdi etmenin daha uygun olacağı fikri müdafaa edilmiştir.

Burada, tarihî hukuk mektebinin, *codification* hareketine karşı savunduğu meşhur polemîği hatırlatmak zarurî değildir. Sadece şuna işaret etmek lâzımdır ki, *Thibault* tarafından ortaya atılan *Savigny*'nin şiddetli hücumlarına mâruz kalan, *codification* fikri, neticede, eğer bu polemîğin yapıldığı başlıca memleket olan Almanya'da galebe çalmışsa, bu galebe, ancak bir asır sonra olabilmıştır. Ve hakikatte, polemîği tahrik eden kaziyeden sarfınazar ederek söyleyebiliriz ki, umumiyetle hukuka ve onun tezahür ve gelişme tarzına müteallik tarihî ekol doktrini, birçok hukukçulara hakim olmuş ve olmaktadır. Bu suretle kanun ve hattâ *code*'lar hakkında, onların izafiliğini ve mânalarını tadil etme lüzumunu tebarüz ettiren ve yeni yeni teşriî tasarruflara müracaat etmeksizin, bunu, kazaî tatbikatta geniş bir tefsir vetiresile ortaya koyan «tarihî» adı verilebilecek bir anlayış meydana gelmiştir. Misâl olarak, şeklen sabit kalmış olmakla beraber, zaman içersinde değişmiş, çeşitli, hattâ menşede kendisine izafe edilen mânaya zıt mânalar almış kanunları göstermek kolaylıkla mümkündür. Böylece, mevzuat yolu ile, pek yerinde olarak, mâni olunmak istenmiş bulunan keyfilik ve kat'iyetsizlik hali, başka vasıtalarla, yeniden husule getirilmiş oluyor, demektir.



Ancak, hukuk kaynağı olarak kanunun küçümsenmesine müteveccih modern temayülü bize gösteren sadece bu vâkıalar değildir. Bir taraftan «Serbest hukuk mektebi - *Freirechtliche schule*» adı verilen bir doktrinler ve talepler kompleksi vardır. Fiahakika bu mektep, hakimin, kararında, kanun metinlerine yaptığı formel müracaatı yâni onun kararlarında kanuna müracaat edişini bir fiction olarak kabul eder. Zira bu mektebe göre, hakikatte hâkim, kendisine arzolunmuş ihtilâfın hallini, dava hakkında yaptığı doğrudan doğruya bir incelemeden ve birbirine zıt menfaatler arasında yaptığı hakkaniyete uygun muvazeneden istihraç edecektir. Bu şekilde kanun, hürriyet ve samimiyet adına, hattâ formel olarak, kendisinden vaz geçilebilecek, faydasız ve lüzumsuz bir süs haline gelecektir.

Yine işaret edelim ki bu doktrin, küçük bir hakikat hissesi ihtiva etmekle beraber, onun esas iddiası, kazaî fonksiyonun teşriî fonksiyona tâbi oluşunu vatandaşların temel bir garantisi olarak kabul etmiş bulunan hukukî sistemlerin temellerini sarsmaksızın kabul edilemez. Diğer taraftan bu doktrin, şayet zamanın bir işareti ise ve şayet modern hukuk ilminde, belki de mütad olarak kabul edilenden daha da fazla bir tesir icra etmiş ve ediyorsa, onun, bundan dolayı, hakim bir doktrin olması lâzımgelmez.

Aynı temayülün işareti olan daha mühim bâzı başka vâkıalar da, bilhassa sosyal şartların değişmesi sebeble, yeni bir hukukun inkişaf ettiği memleketlerde kendisini göstermiştir. Meselâ bâzı memleketlerde, iş mukaveleleri sahasında olduğu gibi, gayesi, muayyen sahalardaki ihtilâfları halletmekten ibaret bulunan hususî mahkemeler tesisi vâkiası gibi..

Bu mahkemeler, mer'iyetteki kanunlara tâbi değillerdir. Bu şekilde bâzı hallerde, *code*'larda istisnaî tarzda ve hemen hemen muayyen bir çekingenlikle kabul edilmiş olan hakkaniyet ve nısfet esasının tatbikine yol açılmış oluyor. Bu hususî mahkemelerin çoğalması, an'anevî hukuk sistemlerinin intizamını daha da mûdileştirmiş ve zarurî olarak, kanunun, otoritesini değilse bile, onun bilâtefrik bütün vatandaşlar için muteber olan mütecanis ve küllî karakterini zaafa uğratmıştır. Böylece, hususî kaza mercilerinin genişletilmesine karşı ileri sürülen çeşitli itirazların ve hukuk sistemine vahdet ve tecanüs verecek olan daha başka bir teşriî politikanın istenmesinin sebebi de budur. Ancak bu taleplere rağmen, hukukun vâkıalara daha iyi intibak imkânı ve hukukun böylelikle daha büyük bir elâstikiyete sahip olduğu düşüncesi, her şeye rağmen



men baki kalmakta, ehemmiyetinden bir şey kaybetmiş olmamaktadır. Bu imkân, şüphe yok ki, hiç değilse çok yaygın bir kanaate göre, ancak hakime çok geniş bir yaratma salâhiyeti tanındığı takdirde gerçekleşebilir.

#### IV

× Hakikatte, arada bir mahiyet farkı değil, sadece bir derece farkı mevcuttur. Zira, evvelce işaret ettiğimiz gibi, mütad kazâ faaliyet dahilinde dahi bir «*Secundum legem*» vaziyetinde olduğu halde, ekseriya «*Praeter legem*» olan spontane bir yaratma mevcuttur. Hakim, tefsir faaliyeti sırasında, kanun karşısında hiçbir zaman pasif durumda değildir. *Montesquieu*'nün meşhur sözünde olduğu gibi, hakimi, kanunun hizmetinde mekanik bir âlet veya ruhsuz bir varlık gibi göstermeğe çalışan bütün formüller, bugün, hukuk ilmi ve hukuk felsefesi tarafından açıkça reddedilmektedir. Hakimin «yaşayan adalet» i temsil ettiğini yâni onun mer'î hukuku mütecanis yeni ifadelerle hülâsa etmekle beraber, onu sonraki gelişmelere sevk etmek kabiliyetinde bir organ olduğunu söyleyen *Aristo*'nun formülü daha doğru ve daha kabule şayandır.

*Jürisprüdans* faaliyetinin bu karakterini tanımamazlıktan gelmek, bize hukukî sistemlerin ve hususile en mükemmel ve en ilerlemiş olanlarının ve en başta Roma hukuku sisteminin, *jürisprüdans*'ın yalnız pasif değil, aynı zamanda aktif yardımı ile inkişaf ettiklerini gösteren «tecrübe» nin en emin şahadetleriyle de aykırılık halinde bulunur. Meşhur bir felsefî formülü ifade ederek diyebilirdi ki, mevzuattan mahrum bir *jürisprüdans* kör olduğu gibi, *jürisprüdans*'tan mahrum bir mevzuat ta boş bir kalıptan ibarettir.

Mevzuatın, hukuk sistemlerinde, çoğu zaman, boş sahalar bıraktığını nazarı itibara alacak olursak, mesele daha aşikâr olarak görülür. *Bacon*'un da işaret ettiği gibi, yalnız, kanun vâzunun gelecekteki bütün hallere ait tahminini imkânsız kılan insan zihninin görüş darlığı dolayısıyla değil, fakat aynı zamanda kanun koyucu, bâzan bile bile, gerekli ve adalete uygun olarak hakim tarafından vazedilebilecek olan şeyi tâyin etmekten kaçınır.

Her mevzuat «souple mefhumlar» adını taşıyan birtakım mefhumlar yâni teşriî sistemde bir infilâka sebep olabilecek tazyik fazlalığını önleyerek, hukukun haricî âleme doğru yayılmasını ve haricî âlemle irtibatını imkân dahiline koyan mefhumlar ihtiva eder.



Kanun koyucu, bilfarz «ahlâk» tan veya «âmme intizamı» ndan bahsettiği vakit, muhtelif hallerde tatbik olunabilecek ve cemiyette hakim bulunan çeşitli haleti ruhiyelere göre muhtelif şekilde anlaşılabilir olan bu mefhumları açıkça tarif etmekten ekseriya kaçınır.

Nihayet şuna da bilhassa işaret etmek lâzımdır ki, kanun koyucu, ekseriya, hakim hakkaniyet ve nısfetine, muayyen hususlardaki kararının tek kriteriyumu olarak kendini ifade etme imkânını vermiştir. Bu hususta şunu da belirtmek icap eder ki, nısfet, bu mânada, bu kelimeye mütad olarak verilen ve mer'iyetteki bir kaidenin tatbikinde kıstas olarak tanınan porteden daha mühim bir porteye sahiptir. Burada tefsir bahis mevzuu olmayıp, doğrudan doğruya kanunun vermediği buna mukabil formüle etmek istemediğini açıkça ilân ettiği bir kaidenin ihdası bahis konusudur.

## V

Bu şekilde hukukî hayatın, kendine has müesseseleri arasında tetkiki, bizi, hukukun, sosyal hayatın ve tarihin bir donnesi, bir fenomen olarak değil de, bir ide olarak görüldüğü istikameti tanımağa sevketmiş bulunmaktadır. Bu sebeple, bu nokta üzerinde, biraz durmamız lâzımgelir.

Biz insanlar, sadece pasif olarak kanunlara itaat etmek için yaratılmış değiliz. Bizim rolümü, kanunları yaratmak ve meydana getirmek ve onların dayandığı prensipleri kendi vicdanımızdan, ruhumuzun geçici ve izafî mütâları içersinde değil, bilâkis orada, aslî ve değişmez tarzda mevcut bulunan esaslar arasından bulup çıkarmaktır. İnsan şuurunun öyle bir ritmi, zihni hayatımızda değişmiyen, daima baki kalan öyle bir an mevcuttur ki, bu, hukukun kökünü, en esaslı sebebini, Vico'nun ifadesile, onun ebedî tohumunu teşkil eder. Bu vâkıa karşısında tarihî fenomenoloji, amprik âlemin ihtimalî şartlarına bağlı olarak, bir nebatın bir tohumdan meydana gelişine benzer bir yaratılışı temsil eder. Şu halde insan şuurunun hukuk adını verdiğimiz bu esaslı ritmi neden ibarettir?..

Bu suale şöyle bir cevap verilebilir: İnkışafının zarurî bir merhalesinde, sübjektif varlığımız, sübjektivitemiz, başkasının sübjektif varlığı ile, sübjektivitesile karşılaşır ve dolayısıyla kendisini, başkalarile olan münasebetler nizamı dahilinde belli eder. Şuurumuzun, sübjektivitemizin diğerleriyle bir koordinasyonu halinde genişlemesi neticesini doğuran bu hali, gerçek bir kategoriye yâni zihnin bir zaruretini, filozoflar tarafından çoktanberi etüd edilmiş olan



ve süjeyi bir obje karşısına koyan bir kategori ve bir zaruret teşkil eder. Bu hukukî halin hususî şekli, insanın kendi sübjektivitesinin objektif durumunda ve bunun neticesi olan «süjeler arası koordinasyon» da mündemiçtir. Bu ise, adalet dediğimiz şeyin, bizde bir his, bir ide, bir emir ve vicdanın bir ışığı halinde yaşayan cevherini meydana getirir.

Şu halde hukuk, sosyal organizasyona dahil bir fenomen, pozitif olarak teşkil edilmiş bir iktidarlar hiyerarşisi haline gelmeden evvel, manevî hayatımızın zarurî ritmi dahilinde mevcuttur. Onun esaslı ve karakteristik unsurları, kendilerini tarihin seyri içinde çeşitli şekillerde göstermelerine rağmen, zumnî olarak, bu esas oluş dahilinde mevcut bulunurlar. Bunun için biz - *Leges innumerae, una justita* - yâni, sayısız kanunlar fakat tek bir adalet vardır, diyebiliyoruz. Birçok süjelerin aynı zamanda nazarı itibara alınıp değerlendirilmesi, bu süjeler arasında benzerlik veya eşitlik, mütekabiliyet veya tenasübün mevcudiyeti sebebiyle, bunlardan her biri, diğeri karşısında hem mükellef, hem de talep sahibi yâni hem bir isteme selâhiyetine sahip hem de bir hudut ve bir vecibeye tâbi olarak ortaya çıkar. Bütün bu unsurlar, adalet idesinin çeşitli veçhelerinden başka şeyler değildir. Bunlar, pozitif hukukî müesseselerde teşahhus ettikleri gibi, ister istemez ferdî vicdanlarda da tezahür ederler. Nihayet bu muhtelif unsurlar, insan şahsının otonomisine hürmet esasının en yüksek icaplarını ifade ederler. İnsan dediğimiz varlığın, mevcudiyetini ahenkli bir şekilde inkışaf ettirebilmesi ve gayelerini tamamen tahakkuk ettirebilmesi bununla mümkün olur.

Bu sebeple biz, hukuku, bizim dışımızda olan tarihî donnelerin müşahedesinden istihraç edebildiğimiz gibi, bizzat kendi tabiatımızın, kendi iç âlemimizin tahlili neticesinde de elde edebiliyoruz.

Bu düalizmi, temel bir düşüncenin yardımı olmaksızın aşmağa imkân yoktur. Bu da, muhtemelen, tefekkür tarihinde ilk defa esaslı bir şekilde İtalyan filozofu *Vico* tarafından formüle edilmiş olan «Bu medenî âlemin şüphesiz insanlar tarafından meydana getirilmiş olduğu ve netice itibarile onun prensiplerini bizzat insan zihninde aramak ve bulmak iktiza ettiği» düşüncesidir. Doğru olan da budur.

Bizzat bizim haricimizde olduğunu söylediğimiz tarihî donnelerin dahi, araştırmalarımızı biran derinleştirdiğimiz takdirde, gerçekten bizim dışımızda olmadıklarını görürüz. Bunlar da, cevheri bizim zihnimizin aynı olan başka bir zihnin mahsulüdürler. Bütün



pozitif müesseseler, bütün kanunlar, bütün teamüller, değişik şekillerde ifade edilmiş ve her zaman birbiri içinde kaynaşmış olmıyan bir sürü süjeler ve nesillerin eseri oldukları halde, birtakım hislerin, düşünce ve inançların tezahürleri veya in'ikâslarıdır. Biz, bugün maalesef moda olan, muayyen bir felsefî ekolün yaptığı gibi, hukukun tarihî fenomenolojisini doğmatize etmek maksadını gütmüyoruz. Biz sadece, insan nev'inin, hukuk dahil, bütün tarihî tezahürlerinin, esas itibarile psikolojik olan karakterini tanımak istiyoruz. Bundan çıkan netice şudur ki, insan zihni, bizzat kendi tabiatının mahsullerini, bunlar kötü şeyler de olsa, tarih içersinde temaşa etmek suretile, bir bakıma kendi kendini takip eder, kendi üzerinde teemmüle dalar. Tarihin bize gösterdiği çok sayıda hukuکی müesseseler içersinde, biz, bizzat kendi kendimizi buluyoruz. Hakikatten uzaklaşıldığını ve hatalar yapıldığını müşahede ettiğimiz yerlerde ve hallerde dahi, bunların bizzat kendi zihnimizin yaptığı hatalar ve inhiraflar olduğunu kabul ediyoruz. Bunları bu tarzda anlamak ve tanımak, onları doğru istikamete çevirmek demektir.

Böylece inkitasız bir devrî faaliyet meydana gelmiş olur ki, bu hususta, hukukun, insan şuurunun kendi sinesinden çıkardığı idealitesi, yine hukukun tarihî realitesinde in'ikâs eder. Buna mukabil, hukukun tarihî realitesi de, şuurda birtakım akisler yapar ve ancak şuurda yaptığı derin akisler neticesinde anlaşılabilir hale gelir. Böylece, haklı olarak, hukukun şurudan doğan ve tarih boyunca tekrar insan şuuruna dönen devrî bir hayata sahip olduğundan bahsedilebilir.

## VI

Şayet bu prensipler, bizim zannettiğimiz gibi doğru iseler, umumiyetle hukuk ilminin ve hususile bugünün modern hukuk ilminin karşılaştığı güçlükleri haletmek kolaylaşır. Yâni hukukçunun, çeşitli faaliyetlerinde istinat edebileceği kriteriyumları, hiç değilse şematik olarak gösterebilmek imkân dahiline girer.

Hukuk, tarihî ve pozitif mevcudiyeti dahilinde dahi, mahiyeti itibarile, fizikî bir vâkıa olmayıp zihnin bir tezahürü yâni «ruh halleri» nin bir ifadesidir. Bu ruh halleri, ârizî ihtilâflar ve tenakuzların üstünde, mütecanis bir birlik yâni bir sistem halinde teşekkül etmeğe çalışır. Şu halde hukukçunun, muayyen pozitif bir hukuکی sistemi etüd ve tefsir ettiği zamanda dahi, bu sisteme dahil hükümlerden her birinin lâfzına bağlanmaması lâzımgeldiği aşikâr bir şeydir. Zira bu hükümler, hemen daima, sistemin kendine mahsus



ruhuna cevap vermekten çok uzaktırlar. Ekseriya natamam ve dolayısıyla aldatıcı olan bütün formüllerin ötesinde her türlü mantıkî organizmayı harekete getiren bir faktör mevcuttur. Ve hukukçu, mer'iyette olan hukuku anlamak ve hattâ onu yeni vâkıalara doğru bir şekilde tatbik edebilmek için, etüd ve tefsirlerinde bilhassa bu faktöre müracaat etmelidir.

Hukukun bu kendine has karakterine riayet, çok evvelerden Romalı hukukçuların metodolojik bir icap olarak kabul ve tasdik ettikleri şekilde ruhun lâfza tercihi, hukukî tekâmülün bütün merhaleleri için zarurîdir. İlk merhalelerde, bu zaruret daha da aşikârdır. Zira, ilk merhalelerde, teşriî formüller, hemen hemen yok gibidir veya çok iptidaiî bir karakterdedirler. Hukukta «mantıkî organizma» mefhumunu derinleştiren ilk müelliflerden biri olan *Ihering*, pek haklı olarak, iptidaiî milletler tarafından formüle edilen hukuk kaidelerini, onların plâstik san'at eserleriyle mukayese ediyordu. İptidaiî çağın insan ve hayvanlarının, hakikatte bu devirlerin basit artistik tasvirlerinde gördüğümüz şekilde olduğuna nasıl inanmıyorsa, bu devirlere mahsus hukukî sistemlerin de, gerçekten, o zaman formüle edilmiş olan kaide ve prensiplere göre tezahür ettiklerine inanmamamız lâzımgelir. Hukuk bir hayat münasebetidir, sosyal münasebetlerin bir koordinasyonu, hududu ve garantisidir. Onun kuvveti ve hakikî mânası, takribî, aldatıcı ve daima kifayetsiz formüllerden değil, doğrudan doğruya hayatın ve hayat şartlarının tahlilinden meydana gelir.

Fakat, en ileri hukuk sistemleri hakkında dahi, hukukçunun, bu sistemleri, içinden yâni kendilerine has karakterleri dahilinde nazarı itibara almağa çalışması ve bunu, satıhta kalacak yerde, bahis mevzuu sistemin merkezine ve köküne yerleşmek suretile yapması lâzımgelir. Biraz önce ifade ettiğimiz temel faktör dolayısıyla, hukukçunun bunu yapması mümkündür. Zira, umumiyetle hukukî hakikatın ölçüsü ve prensibi, hukukçunun bizzat kendi içinde mevcut bulunmaktadır. Hukukçu, yaşayan bir organizma olarak anlaşılan sistemi, bütün vahdetile, elinden geldiği kadar kendi içinde yaşamak ve hülâsa etmek zaruretindedir. Bir mânada, bu yaşayan uzviyetin hayat usaresinin kökten yukarıya doğru yürüyüşünü ve bunun hayatîyet ve hareket verici hassası dolayısıyla, uzviyeti terkîp eden bütün organlara yayılışını takip etmek mecburiyetindedir. Hukukçu, bu takdirde, organik karakteri dolayısıyla, sisteme has olan «mantıkî yayılma» hassasını tecrübe etmiş olacaktır. Bu şekilde hukukçu, hemen hemen hiçbir gayret sarfetmeksizin, mer'i-



yette bulunan kaideleri, onları bilâhare tatbik etmek üzere, istihraç edecek ve onların zahirî ve lâfzî mânasını çok ilerilere götürebilecektir.

Ratio legis (burada dahi, Roma jürisprüdansının parlak tecrübesine müracaat ediyoruz) yâni, mer'iyetteki kaidelerin temeli olan insan aklı, bu kaidelerin portesini arttırmaya, genişletmeye imkân verir. Ekseriya çok farklı ve menşede nazara alınan hallerden daha müdil olan yeni hallerin çözüm yollarını mümkün kılar. Bu hususta birtakım misaller vermeğe hacet yoktur. Bununla beraber, geçmiş asırlarda olduğu gibi, hukukî organizmanın yeni icatlar ve buluşlar sayesinde inkişaf edip zenginleştiğini hatırlatalım. Mese-lâ, günümüzde, hayat şartlarında ve beşerî faaliyet tarzlarında görülen çeşitli değişmeler, birtakım yeni hukuk branşlarının meydana gelmesine sebep olmuş ve bu, cevheri itibarile esas gövdeyi muhafaza etmek ve genel olarak hukukî sistemin vahdetini tehlikeye koymaksızın onun bünyesini genişletmek ve mükemmelleştirmek suretile olmuştur.

Bu hususta sermaye ile emek, hususile işverenlerle işçiler arasındaki yeni münasebetleri, toprak reformu dolayısıyla ziraatin hukukî rejiminin alabileceği yeni şekilleri, otomobil sanayii, hava nakliyatı, radyo ve televizyon yayınları v.s. gibi alışılmış klâsik faaliyet şekillerine katılan günümüzün tamamile yeni faaliyet tarzlarını hatırlamak kâfidir. Bütün bunlar, hukukçu için yeni problemler ortaya çıkarmıştır. Bu problemlerin bir hal suretine bağlanması, aynı faktörlerin tazyiki altında olgun hale gelmiş yeni kanunlarla, kısmen de jürisprüdans yolu ile kâh analogiye, kâh hukukun umumî prensiplerine müracaat suretile olmaktadır.

Böylece, hukukî sistemin inkişafı, hemen hemen birbirine paralel olarak veya birbirinin karşılıklı tesiri altında, bir taraftan tatbikî ve kazaî ve diğer taraftan ilmî bir veçhe altında tamamlanır.

Mevcut müesseselerin inkişafı ve tadile uğraması ve yenilerinin ihdası, ihtiyar gövdeye yeni dalların aşılması gibi, ilmî çalışmalarda buna tekabül eden yeniliklerden ileri gelmektedir. Bilgi nazariyesi ve mantık kanunlarının, ilmin herhangi bir dalındaki bilgilerimizin artmasıyla değişmemesi gibi, burada da, daima aynı kalan temel hukuk mefhumlarını değiştirmek bahis konusu değildir. Bilâkis, biz, hiç değilse kısmen amprik bir karakter taşıyan bu mefhumları muhafaza etmek durumundayız.



## VII

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan hukukî faaliyetin sahası ve hukukçuya düşen işin mahiyet ve şümulü açıkça ortaya çıkmaktadır.

Hukukî faaliyet, bir kere, yalnız pozitif hukuku kazırlamak, meydana getirmek ve incelemekten ibaret değildir. Şayet hukukî faaliyet sadece bundan ibaret telâkki edilseydi, böyle bir anlayış dogmatik metafiziğin hatalarına karşı bir reaksiyonu temsil etmekle beraber, öbür taraftan, insan şuurunun esaslı yapısını ve onun en derin istek ve icaplarını tanımamazlıktan gelen felsefî pozitivizmin ısrarlı taleplerine boyun eğmek olurdu. Böyle bir anlayış aynı zamanda, gerçek tenkidin mantıken kabulünü mânasız ve imkânsız gösterdiği şeyleri, yâni pozitif bir sistemin ide ile aynı değerde olduğunu ve bu pozitif sistemden basit diyalektik vetirelerle veya sun'î tefsir yollarile her istenilen şeyin, hattâ kendi mânasile tezat teşkil eden veya kendi hükümlerinin tamamen hudutlarını aşan bâzı şeylerin istihraç edilebileceğini kabul etmek demek olurdu.

Nihayet bu, «olan» la, «olması lâzımgelen» i, «fenomen» le ide» yi birbirine karıştırmak ve böylece insan şuur ve vicdanını, ideal olanın ebedî kıymetini onun amprik inkârlarına karşı tasdik ve müdafaa etmekten ibaret olan en ulvî vazifesinden mahrum kılmaksuretile, emri vâkilere, dogmatik peşin hükümler ve à priori kanaatlerle perestiş etmekten ibaret olan nazarı ve etik bir kıyası fâside gömülmek, böylelikle batıl ve akla aykırı bir inanış içine düşmekten ibaret olurdu.

Mamafi böyle bir zıtlasma, kaçınılmaz bir şeydir. Onu bertaraf etmeğe çalışmak, eşyanın mahiyetine aykırı düşerdi. Zekâsını, azmini ve iyi niyetini mevcut hukukun rasyonalitesini anlamak, onun esaslarını, karanlık veya kifayetsiz göründükleri yerlerde, hayatın ve insan münasebetlerinin yeni şekillerine mümkün mertebe intibak ettirmek maksadıyla geliştirmek ve ıslah etmek için sarfeden hukukçu, muayyen bir noktada durmağa mecburdur : Hukukçu, yorumcu olarak tetkikine arzedilmiş sistemi, muayyen bir ölçünün ötesine götüremez, yâni tefsir yolu ile mevcut hukuku bir haddin ötesinde artık zorlayamaz.

Pozitif hukuk sistemi bir bütündür. Hukukçu, bu mütecanis bütünün esaslarına vicdanının en derin noktalarından fıskıran fakat yorumlamak veya uygulamakla görevli bulunduğu kanunların doğrudan doğruya ihlâlini teşkil edebilecek olan emel ve idealler



namına dahi olsa, aykırı hareket edemeyeceğini, onlarla alâkasını kesemeyeceğini kabul etmek mecburiyetindedir. Bununla beraber, vicdanın talepleri, hukukçuyu, muayyen bir zamanda, pozitif hukukun prensiplerinden ayrılmaya mecbur kılar.

Böylelikle, dar mânada hukuk ilminin hudutlarından çıkılarak, hukuk felsefesi sahasına girilmiş olur. Bu geçiş, kaçınılmaz bir şeydir ve sert ve haşın bir şekilde meydana gelmez. Teknik, ilmî ve felsefî faaliyetler gibi, çeşitli fikrî faaliyetler arasında yapabileceğimiz bütün tefriklerin üstünde, insan zihninin vahdeti baki kalmaktadır ve unutmamak lâzımdır ki, hukukçu, bâzılarının düşündüğü gibi, yalnız mer'iyetteki hukukun basit bir yorumcusundan ibaret değildir. O, sadece bir hukukçu değil, aynı zamanda ve bilhassa bir insandır. Yâni şuurunun tamamîyetinde, aklının küllîliğinde ve idealitelerinde, pozitif hukuk kaidelerini aşan ve çok defa bu kaidelerle mücadele eden hukukî birtakım istek ve emeller besleyebilen bir varlıktır.

Mücerret olarak, hukukçunun, pozitif sistemlerin üstünde bir melekeden fikrî ve hissî ilcalarile hareket etmesini yasaklamak hayal edilebilir fakat böylece mutasavver bir veto, yalnız budalaca ve müstebidane bir şey olmakla kalmaz aynı zamanda insanî ve pratik bakımdan da imkânsız bir şey olurdu. İnsan zihninin üstün melekelerinin birtakım keyfî kudretlere tâbi olacağına inanmamak lâzımdır. Bu melekeler zarurî surette işlerler ve yasakların veya farazî memnuiyetlerin tek neticesi, bu yasaklar olmasaydı, gün ışığında daha iyi ve daha büyük bir müessiriyetle inkişaf edebilecek olan şeylerin hususî olarak ve gizliden gizliye gelişip serpilmesi vâkiasıdır.

Hakikatte karar veya tefsir faaliyetinin dışında, hukukçunun yeni kanun projeleri hazırlaması yâni herhangi bir hukuk branşı için, az çok cezrî reformlar meydana getirmesi hiçbir suretle menedilmemiş olduğu gibi, bunun aksine, bu faaliyet, aynı zamanda pozitif hukuk sisteminin yararına olduğu için kuvvetle teşvik edilmelidir. Zira, pozitif hukukun normal ve rasyonel olan yenilenmesine bâzı engeller koymak istendiği takdirde, mukadder olarak, meydana gelebilecek çok şiddetli sarsıntılardan yine pozitif hukuk zarar görecektir.

Bu sebeple, bizzat kendi reformlarının imkânını ve yenilenme tarzlarını önceden derpiş ve tâyin etmiş olan hukuk sistemlerini yalnız daha iyi değil, aynı zamanda daha emin sistemler olarak telâkki etmeğe mecburuz.



## VIII

Hukukun, bir taraftan bir fenomen, diğer taraftan bir ideal oluşu, hukukta değişen de değişmeyen unsurların mevcudiyetini tazammun eder. Tarihi tecrübenin ve sosyal realitenin gösterdiği bütün değişikliklere rağmen, hukukta, daima baki kalan ebedî bir taraf vardır.

Bu nasıl oluyor?.. Nasıl oluyor da, tek bir süje ve tek bir obje dahilinde hem mütehavvil ve hem de daimî bir unsur aynı zamanda mevcut olabiliyor?..

Böylelikle, yalnız hukuk bakımından değil, doğrudan doğruya ruhi hayatımızı ilgilendiren ve şuurumuzdan zarurî olarak doğan temel bir problem karşısında bulunuyoruz. Öyle bir problem ki, bu vesile ile biz, varlığımızın, hem hasselerimiz vasıtasile idrak edebildiğimiz bir realiteye, hem de hasseler - üstü, hasselerimizi aşan başka bir realiteye sahip olduğunu açıkça görüyor, şuurumuzun âdeta iki ayrı dünyaya ait olduğunu hissediyoruz.

İptidaî insan, tamamile vahşî bir durumda yaşadığı halde, bedenle ruh arasındaki tefriki idrak edebiliyor ve ruhun, bedeninin ölümlünden sonra ve onun ötesinde yaşadığına inanıyordu. Tabiat hakkındaki bu iptidaî telâkki ve tasvirlerde, her ne kadar hayalî ve efsanevî bir karakter hakim bulunuyorsa da, bütün devirlerde, insan zihninin, kâinatın büyük sırrına nüfuz etmeğe teşebbüs etmiş olması vâkıası cidden mânidardır. Asırlarca, en büyük filozoflar, bütün gayretlerini, bu problemin tetkik ve halli uğrunda sarfetmişler, onun bâzı veçhelerini aydınlatabilmekle beraber, sırf akıl yolu ile, bu hususta tam bir sureti halle varmağa muvaffak olamamışlardır. Bunun içindir ki bu çapraşık meselenin halli, günümüze kadar bir iman meselesi olarak kalmıştır.

«Düşünce» yi, «maddenin bir hareketi» veya «dimağın bir sızıntısı» olarak izah hususunda materyalist filozofların, ezcümle son yüzyılda *Vogt*, *Moleschott* ve *Büchner*'in sarfetmiş oldukları gayretler kat'î bir başarısızlığa uğramıştır. Zira madde ve dimağ dahi, düşüncenin objeleridir. Diğer taraftan, bir bedene sahip olmaksızın hicap duyan *Plotin*'in, ulvî ruh haleti de bu meseleye hiçbir zaman bir hal sureti olamadığı gibi, bilâkis, problemin yeni bir tasdiki mahiyetindedir.



Varlığımızın alın yazısı olan düalizm, daimî ve ebedîdir. Yanılmaz bir ses, bize, bu âlemin değişikliklerini gösterdiği gibi, içimizden gelen başka bir ses, belki de aynı ses, bütün bu değişiklikler içersinde ilâhî ve ebedî bir şeyin parıldadığını bize bildirir.

Teolojik mahiyette birtakım münakaşalara girmeden, tamamen ilmî ve bilgi nazariyesile ilgili bir tahlilin hudutları dahilinde kalmak suretile, her insanın zihninde, hasselerin mûtâlarını aşan ve bu mûtâlardan farklı olarak, küllî ve mutlak olanın karakterlerini arzeden bâzı ideler ve kat'iyetlerin mevcut bulunduğu görülür. Şuurda, ilk uyanışından itibaren, tecrübe dışında sabit bulunacak şekilde kendisini belirten umumî varlık idesi işte budur. Esasen bundan başka türlü olamazdı. Zira şuur, insanın bizzat kendi varlığına ait bilgisile birlikte, tamamen kendisine iştirak etmekle beraber tearuz halinde bulunduğu realitenin bilgisinden başka bir şey değildir. İşte, zihnimizin ancak hudutsuz şeyler olarak idrak edebildiği zaman ve mekân mefhumları böyledir ve birtakım ebedî hakikatler olmak karakterine sahip bulunan mantık, matematik ve geometriye ait prensipler de böyledir. Fakat bundan başka - ki bu bizim için daha mühimdir - her insanın zihninde, bâzen karanlık fakat zeval bulmaz ve bozulmaz şekilde hürriyet, hak ve vecibeye ait kat'iyetler vardır. Bunlar, fizikî tabiatın mûtâlarına nazaran hiçbir mâna ifade etmiyen fakat mutlak olanla bir teması tazammun eden metafizik karakterde mefhumlardır.

Bu mefhumlardan bir tanesi olan hukuk mefhumu üzerinde hususile durmadan evvel, genel olarak, idrak vetireleri üzerinde bir müşahedede bulunmak faydasız değildir. Müdrikenin faaliyeti, tecrübenin mûtâları üzerinde cereyan ettiği zamanda dahi, daima müteal bir şey arzeder. Çünkü müdrikemizin faaliyeti bu mûtâları, idrak etmek ve onları başka mûtâları da içine alan mantikî bir nizam dahiline ithal etmek suretile, zarurî olarak aşar. Bunun aksine müdrike, ebedî ideleri temaşa ettiği zamanda dahi, bunların aynı zamanda tecrübe dahilinde, kısmî ve nakıs bir şekilde in'ikâs ettiklerini nazarı itibara almamazlık edemez. Şu halde, zihnimizin çeşitli fonksiyonları dahilinde bir karşılaşma, hemen hemen karşılıklı bir atıf mevcuttur ki, bu da, zihnimizin cevherindeki vahdeti teyit ve tasdik eder.

Şimdi, dikkatimizi hukuka çevirecek olursak, hiç güçlük çekmeksizin hukukun bir taraftan zihnimizde doğuştan mevcut bir ide olarak, diğer taraftan tarihî ve pozitif bir vakıa olarak, kendisini iki veçhe altında gösterdiğinin farkına varırız.



Birinci veçhesi altında, hukuk mantıkî bir zarurettir. Bu mantıkî zarurete göre, sübjektif şuur, bizzat kendi sübjektivitesinden başka, diğerlerinin sübjektivitesini de kavrar. Bu, hemen hemen elemanter bütün hakikatler gibi, burada tekrarına lüzum görülmiyecek kadar bedihî ve aşikâr bir şeydir. Lâkin bu bedahet, hakikatte, çok derin bir mâna taşır. Zira «ben» in, bizzat «ben» in müdahalesinden vaz geçişini ifade eder. Bu, bizim tabiatımızın, hem nazarı hem de pratik değer taşıyan harikulâde bir kanundur. Böylece bizim şahsiyetimizle tearuz eden başkasının şahsiyetini tanımak, böylelikle her ikisini aynı ideal plâna yerleştirmek, bunların aralarında bir hudut, bir münasebet ve bağıllığın kabul edilmesi mânasına gelir. Bu da, karşılıklı olarak, duruma tekabül eden bâzı hareket kabiliyetleriyle birtakım vecibeleri tazammun eder. Hukukî vaziyetin bu temel şemasının tarihî bakımdan çeşitli tarzlarda gerçekleştiğini biliyoruz. Fakat şimdiden şuna işaret edelim ki, bu şema, bizim zihnimizin kategorik ve tükenmez bir icabı ve ihtiyacı mânasında aslî bir unsurdur. Bu şema, süjeler arasında bir sürü devamlı münasebetler halinde birtakım kollara ve dallara ayrılır. Bu suretle beşerî vâkıalarda muayyen bir nizam teessüs etmiş olur.

Hukuk, hayatın bir ritmi, fertlerin ve milletlerin şuurunun zarurî ve devamlı bir ritmidir.

Hattâ insanların müsterek hayatlarının iptidai safhalarında, sosyal münasebetler dar bir gruba inhisar ettiği halde, bu şemanın esaslı unsurları - zihnin ve hayatın ritminin esaslı unsurları diyelim - orada da mevcuttur. Yâni bizzat kendi şahsiyetinin tasdiki ve başkasının şahsiyetinin tanınması:.. Böylece insanlar arasında, transsübjektif ve métegoist bir münasebet ve bir bağ yerleşir. Bu bağ ve münasebete göre, hiç değilse muayyen bir çevre dahilinde, karşılıklı bir hürmet ve riayet hususunda mutabık kalınır. *Vico*'nun ifadesile söyleyelim, âdil olanın ebedî tohumu inkişaf ettikçe ve sosyal münasebetler genişledikçe, bizim şahsiyetimiz karşısında başkasının şahsiyetinin de tanınması, derinlemesine ve genişlemesine bir şekilde tekemmül eder ve bu vetire, yalnız çok sayıda şahıslara değil, aynı zamanda yeni faaliyet tarzlarına da tatbik olunan birtakım müesseseler meydana getirir. Böylece, sübjektif hakların veya hürriyetlerin yeni neveleri doğarlar. Fakat bu, karşılıklı olarak meydana gelir ve böylece her türlü hukukî kaziyenin ayrılmaz unsurları olan süjeler arası münasebetlerde sınırlar ve vecibeler de gayrı muayyen şekilde artmış, çoğalmış olur.



Buraya kadar, hukukun mantıkî külliliğini tamamen formel mânası içinde nazarı itibara aldık. Fakat bu noktaya vasil olunca, şu suali kendi kendimize sormak mecburiyetinde kalırız : Bu düşünce acaba mümkün olan tek düşünce midir?.. Bütün hukukî durumları, her biri müsavi değerdeymişçesine, aralarında hiçbir tefrik yapmaksızın, yalnız bu à priori şekil altında tanımak ve kabul etmek mecburiyetinde miyiz?.. Böyle bir şey bir nevi agnosticis-me'e, hiç değilse bir septisizme varmak, aynı zamanda şuurumuzun derinliklerinden mukavemet edilmez şekilde yükselen bir sesi, yâni adaletin sesini dinlememezlikten gelmek demek olurdu. Adaletin, hukukun mantıkî suretini aldığı doğrudur. Fakat adalet, hukukun mantıkî sureti dahilinde, mümkün olan diğer muhtevalarla tearuz halinde olan, mutlak değerde ideal bir muhteva ile kendini belirtir.

*Rousseau*'nun dediği gibi, bu «semavî ses» in şuurumuzda mevcudiyeti üzerinde çok büyük bir dikkatle düşünmek iktiza eder. Zira o bize, mümkün olan herhangi bir mûtâdan daha iyi şekilde, varlığımızın ve ulvî vazifemizin gerçek cevherini ifşa eder. Bu mânada adalet, mutlak ve ebedî ve dolayısıyla daima değişen fakat zihnimizde derin surette kök salmış bulunan ve binaenaleyh tamamilen mahsus âlemde cereyan eden geçici hayattan ibaret olmıyan ve zarurî olarak bu âlem - üstü bir hakikatler nizamına ait olan pozitif kanunîliğe üstün bir kanunun ifadesinden başka bir şey değildir ve ondan başka bir şey de olamaz ve ancak böyle bir mutlak kıymetler nizamına aidiyeti düşünölmek suretiledir ki, insan şahsının itibar ve değeri tam mânasile anlaşılabilir.

İnsan şahsının itibar ve değeri, tarihen teşekkül etmiş hukuk sistemlerinde ekseriya nakıs bir şekilde tanınmıştır. Bu itibar ve değer, tam ve mükemmel surette kabul ve tasdikini ancak, beşerî varlığın, her devleti aşan bu ideal sahaya iştirak ve aidiyetinde bulur.

Ne yazık ki insan, sadece şurardan ibaret değildir. Evvelce söylediğimiz gibi hemen hemen her iki âleme aittir : Mevcudiyetimizin büyük buhranı da bundan doğmaktadır. Yâni mütenahîden namütenahîye yükselmek hususunda hiçbir zaman tam bir tatmin bulamıyan emellerden doğan buhran!..

Bununla beraber, bu emeller, bizatihi, bizim gerçek tabiatımızın vâzıh ve kat'î delilini ortaya koyarlar ve ebedî kanun, müdrike-mizden çok üstün olduğu için bizim tarafımızdan anlaşılamiyorsa da bizatihi varlığımızı aydınlatmaktan geri kalmaz ve kendini ze-



val bulmaz tabii bir meyil ve bir istidat olarak şuurumuza kabul ettirir, bize ihtirasların kurduğu tuzakların üstünde vazifenin çetin yolunu gösterir ve hukukumuzun hudutlarının, başkasının hukukunun ihlâl olunamazlığında mevcut bulunduğunu işaret eder.

Şu halde ebedî kanun, *Saint Thomas d'Aquin*'in dediği gibi, kelimenin en geniş mânasile, bizim için tabii kanun haline gelir. Şuna da işaret etmek lüzumdur ki, *Saint Thomas d'Aquin*, bizim ebedî kanuna iştirakimizin rasyonel karakteri üzerinde ısrar ediyor. Şu halde, onun münhasıran akılla hemen hemen anti-tez halinde bulunan imana, yalnız imana müracaat ettiğini sanmak bir hata olur. Zira bizi karakterize eden rasyonalite, aklilik, bizim tabiatımıza tekabül etmesi dolayısıyla hakikaten *lex naturalis* adına hak kazanan kanunu kabul etmemize imkân verir. Böylece Thomiste doktrin, kendine has olan teolojik temeli dolayısıyla, en aydın Yunanlı ve Romalı filozof ve hukukçuların klâsik teorileriyle birleşir. Hususile, bir zamanlar hıristiyanlığın başlangıcı addedilen stoisyen ekol filozof ve hukukçularının nazariyeleri!..<sup>4</sup>

Bugün dahi bütün canlılığı ile ayakta duran ve «*Philosophia Perennis*» adı verilen bu binlerce yıllık an'nenin, hususile XIX. ve XX. asırlarda, dar bir tarihçiliğe veya hukukta mutlakı değil de ancak izafiyi görebilen pozitivizme dayanan bâzı ekoller tarafından tenkit ve reddedildiği hiç kimsenin meçhulü değildir. Fakat kat'iyetle tasdik edebiliriz ki, bu ekoller tarafından tabii kanun idesine karşı ileri sürülmüş itirazların hiç birisi, felsefî bakımdan isbat edilmiş değildir. Modern hukuk felsefesi, bilâkis, bu iddia ve itirazların temelden mahrum olduklarını ortaya koymuştur. Ancak bu mevzuda yapılmış olan münakaşalar faydasız olmamıştır. Çünkü bu münakaşalar, yalnız muarız tezlerin hatalarını düzeltmekle kalmamış, bizzat tabii hukuk teorilerinin de bâzen yersiz bir şekilde kullanmış oldukları bâzı tâbir ve ifadeleri de tashih etmiştir. Diğer taraftan bu münakaşalar, mazide hiçbir zaman yapılmamış olduğu şekilde, hukukun amprik veçhesinin yâni hukukun değişmeyen mantıkî ve deontolojik temelini aksatmayan ve zayıflatmayan izafilik unsurunun ne olduğunu nazarı itibara almak imkânını vermiştir<sup>5</sup>.

4) *Commentaire à la Summa Théologica de St. Thomas d'Aquin*, éd. Marietti, C. II, 1940, Sh. 538.

5) *A. Messineo, Il diritto naturale e la Sua immutabilità e assolutezza* (Civitta Cattolica, 1932) C. IV, Sh. 417 - 431.



Evvelâ, insan şahsının, rasyonel yapılışı dolayısıyla, kendisini fizikî realitenin üstüne çıkararak ve hiçbir yabancı iktidara tâbi olmıyan ahlâkî ve hukukî bir kabiliyete sahipolduğu prensibi, olduğu gibi kalmıştır. İnsan şahsı, cevheri itibarile otonomdur. Zira, kendi fiillerinin efendisidir, sahibidir ve kendi kanununu bizatihi kendisinde taşır. Şu halde, beşerî varlığın hürriyeti, rasyonel cevherin bir vasfı olarak, başkasına devredilemez ve bu hürriyet, mantıken her türlü siyasî topluluktan evvel mevcut olan hukukun prensibini teşkil eder.

Bu ilk hak - ki biz bunu «tecerrüt veya kendi içine dönme hakkı» diye adlandırabiliriz, çünkü insanın, kendi iç âleminde her türlü sosyal münasebetin tâyin edici saik ve şartını bulmak hususunda doğuştan sahip bulunduğu bir melekesinden ibarettir - bir sürü haklar halinde inkişaf eder. Bunlar da, tarihî şartlara göre çeşitli şekilde tavsif edilmiş oldukları hattâ bâzen, fiilen, keyfî surette tağyir veya ihlâl edildikleri halde, esas itibarile, tabiî haklardır. Bununla beraber etik ve deontolojik mânada, talep ve iddia, olduğu gibi kalır ve herkesin, başkalarından bu haklara riayeti isteme melekesi müruru zamanla zail olmaz ve mantıkî bir zaruretle, başkalarının aynı şekildeki talep ve iddialarına riayet etme vecibesile müterafık bulunur.

Kendisinde ve başkalarında aynı ruhun parıltısını görmek ve dolayısıyla aynı kanuna tâbi bulunulduğunu kabul etmek, bütün insanlar arasında kardeşlik rabitasını yâni İlkçağ filozoflarının görür gibi oldukları ve İncilde en parlak tasdikini bulan nev'i beşer cemiyetini (sociteas humani generis) tanımak demektir.

Böylelikle, adaletin, en yüksek ifadesinde, hayırkârlık (caritas) ile nasıl bir ayniyet gösterdiği açıkça görülmüş oluyor. Çünkü, hayırkârlık ta insanlık sevgisinin bir şeklidir. Adalet, hayırkârlıktan, hayırkârlığın muvazenesini ve sosyal münasebetlerin şartlarını tâyin etmesi bakımından ayrılır. Şahsın manevî cevheri - ki tabiatı itibarile mutlak olana iştirak eder - çeşitli fakat mütecanis şekiller altında, hukuk ve ahlâk tarafından tasdik edilmiş en yüce kıymettir.

Biz, mücerret ifadesile pek basit görünen fakat sayısız ve bol neticeleri olan bu prensipte, insan müdrikesinin ve aynı zamanda beşerî ihtirasların mahsulü olan mevcut kanunların adalet derecesini takdir etmek imkânını veren kriteri buluyoruz. Bu kanunlara à priori olarak, mükemmel bir adalet karakteri izafe edemeyiz. Çünkü bizzat müdrikemiz hata işleyebilir ve bu mutlak prensibi,



değişen şartlara doğru bir şekilde tatbik etmek te o derece güçtür ki, en temiz mahsatlar bile hataya inkılâp edebilir. Fakat hakimiyet hırsı, hakim olma ihtirası veya kontrolsüz diğer ihtiraslar, zihinleri, pozitif mevzuata rehberlik etmesi lâzımgelen bu ideal prensipten inhiraf ettirdiği zaman - eski ve yeni tarihin gösterdiği şekilde - hatalar daha ağır bir hal alır. Bundan şu netice çıkar ki, şahsın elemanter hakları, çok zaman yalnız ihmal edilmiş olmakla kalmaz, aynı zamanda, durumları itibarile bu hakları korumaları lâzımgelen kimseler tarafından geliş güzel ihlâl edilirler.

Diğer taraftan, insanın meydana getirmiş olduğu hiçbir kanun, tabiatımızda doğuştan mevcut olan kanunu ilga edemez. Beşerî keyfiliğin hataları, böyle bir kanunu ihlâl edebilir. Fakat onun her türlü mümkün ihlâlin üstünde olduğu gibi kalan ideal kıymetini tahrip edemez. Kendi devletlerinde iktidarın zirvesine erişmiş olan ve kendilerini herhangi bir vecibe ile bağlı addetmiyen ve iradelerini insanlara mutlak kanun olarak kabul ettiren hükümdarların veya idare edenlerin çılgın faraziyeleri, zarurî olarak, daha üstün ve daha doğru bir kanun namına ayaklanmakta gecikmeyen milletlerin şuuru ile karşılaşır. Ve eğer bu noktaya iyice dikkat edilecek olursa, tarihin, böylece, ebedî felsefenin öğrettiklerine kulaklarını tıkayan ve meşru otorite ile fiilî iktidarı birbirine karıştıran, devletin fiilî bir vâkıa ile meydana geldiğini, onun nasıl meydana gelmiş olduğunun haizi ehemmiyet olmadığını ve devletin yegâne hukuk kaynağı olduğunu söyleyen mekteplerin tezlerine güzel ve yerinde bir tekzip getirmiş olduğunu görürüz.

Hukukun tarihî ve pozitif varlığında izafî ve mütehavvil bir unsurun mevcut olduğunu kimse inkâr etmez. Modern araştırmaların da, bu unsuru, hukukî fenomenin, sosyal hayatın diğer fenomenlerle olan zarurî bağlılıklarını göstermek suretile, hususî bir ehemmiyetle tebarüz ettirdiği de ayrıca kayda değer bir hâdisedir. Nitekim hukukî müesseseleri sosyal hayatın ekonomik şartlarına bağlayan rabitalar üzerindeki düşünceler, bugün, bu problemler üzerine eğilen kimselerin şuuruna, ayrıca isbat olunmağa ihtiyaç hissettirmeyecek derecede nüfuz etmiş bulunmaktadır.

Mesele artık, hukukta bir izafîlik unsurunun mevcut olduğunu kabul edip etmeme meselesi değil, hukukta, bu unsurdan başka bir diğer unsurun, daha doğrusu diğer iki unsurun da mevcut olup olmadığını yâni, hukukun değişmez bir mantıkî surete ve yine değiş-



mez mahiyette ulvî bir ideale sahip bulunup bulunmadığı meselesidir<sup>6</sup>.

Bu çeşitli düşüncelerin, birbirinden farklı olmaları sebebile, kendi aralarında birbirile kabili telif olamayacaklarını düşünmek tamamen hatalı olur. Hakikat, daha ziyade, bunların yekdiğerini tamamladıkları merkezindedir. Eğer, zaman zaman, hatalı olarak, bu düşüncelerden birinin diğeri veya diğeri bertaraf ettiği yolunda bir neticeye varılmışsa, bu, daha ziyade, hukukun mantıkî ve etik küllîliğini inkâr ederek onun sadece amprik veçhesini nazarı itibara alan tarihçiler veya pozitivistler tarafından olmuştur. Buna mukabil, bütün dikkatlerini, çok eski zamanlardan itibaren, ebedî olan adalet fikrini derinleştirmek suretile hukukun küllî karakteri üzerine tesbit etmiş bulunan kimseler ise, basit bir şekilde ve kısmen de olsa, hukukun fenomenler nizamı içersindeki mütehavvil tezahürlerini, açıkça, nazarı itibara almaktan geri kalmamışlardır.

Mûtrad olarak tabiî hukuk taraftarlarına izafe edilen «tarihî anlayış noksanı», bâzı hallerde doğru kabul edilebilirse de, bu, bütün durumlar için böyle değildir. Bu hususta *Eflâtun*'u ve *Aristo*'nun kanunlar, Anayasalar ve siyasî teşkilâtın muhtelif kusurları ve bunların zaman ve mekânın çeşitli şartlarına tekabül edişinin zarurîliği üzerindeki müşahedelerini hatırlamak kâfidir. Ancak biz, bu hatırlamalarla vakit geçirmeksizin, bu mevzuda, hususile *Saint Thomas*'ın sisteminde görüldüğü şekle skolâstik doktrin hakkında birkaç söz söylemek istiyoruz.

*Saint Thomas*, kanunun, insan fiillerini idare ve tanzim eden bir kaide ve bir ölçü olduğu telâkkisinden hareket ederek, beşerî hususların gösterdiği büyük tenevvüün, tabiat kanununun müşterek prensiplerinin beşerî hususlara aynı şekilde tatbik olunmadığını belirttiğini, pozitif kanunlardaki değişikliklerin de bundan ileri geldiğini söylüyor. Bu prensipler, değişmez prensiplerdir. Fakat bunların tahlilinden, yine tabiî hukuka ait olan birtakım mantıkî neticeler istihraç edilebilir. Üstelik bu prensipler, hususî mânalar da alabilirler. Bu suretle beşerî kanunlara has olan izafîlik unsurunun geniş ölçüde kabul edilmiş olduğunu görüyoruz. Bunlar, şahıslara, muamelâta ve zamana intibak ederler. Bunların hedefi daima müşterek hayır olduğu için, adalet vasıtasile tashih ve tadil de

6) *R. Pound*, Sulle condizioni attuali della Filosofia e della Scienza del diritto (Riv. Int. di Filosofia del Diritto, A. XXVIII, 1951, fas. III. Sh. 482 - 483.



olunabilirler. Böylece, halkın çeşitli sınıfları için, meselâ, karşılıklı faaliyetlerine göre rahipler, askerler v.s. için, hususî normlar teessüs eder.

Netice itibarile, umumî prensiplerin sertliği, onların hususî hal ve sahalara tatbik kabiliyetini bertaraf etmez. Bu mânada ve *Saint Thomas*'yı takip ederek, *Dante*, muhtelif milletlerin, değişik hayat şartları dolayısıyla, farklı kanunlar tarafından idare edilmesi lâzımgeldiğine işaret ediyordu<sup>7</sup>.

Bir kanunun, muhtevası değiştiği halde, mânası, onun gerçekten tanzim etmek istediği objeden farklı bir objeye tatbikini bertaraf edecek tarzda tâyin olunduğu zaman değişmediği müşahede edilmiştir.

Herhangi bir kanuna, onun taşıdığı esas mânayı aşmakla beraber aykırı olmıyan bâzı şeyler ilâve olduğu vakit te bir değişmeden bahsedilemez.

Böylelikle *Saint Thomas*, *Lex naturalis*'in değişmeyeceğini söylüyor ve *Lex naturalis*'ten istihraç edilmiş bulunan birtakım esasların, bâzı hususî sebepler ona riayete mâni olduğu zaman kabili tatbik olmaktan çıkacaklarına işaret ediyor.

Muhtelif teşriî sistemler dahilinde, hattâ aynı bir sistemin birbirini takip eden safhalarında görülen aykırılıklar, çok zaman, sadece zahirî olup, bu sistemlerin esaslı ve köklü kısımlarından ziyade talî ve sathî kısımlarına taallûk eder.

İnsan ruhunda, hukuk kaidelerinin doğmasına sebep olan temel saiklerin, hiç değilse ekseriyeti itibarile, mütecanis ve devamlı olduklarına şüphe yoktur ve yine muhakkaktır ki, aynı bir sebep, birbirinden çok farklı formüllerde ifadesini bulur ve tamamen farklı şartlara tatbik olunması lâzımgeldiği zaman bir anti - tez halinde ortaya çıkacak dereceye kadar varabilir. Meselâ, ferdî hayatın korunması, devlet - öncesi safhalarda, aile grubunun tatbik ettiği şahsî öç usullerile temin olunmuştur. Bu safhada şahsî öce müsaade edilmiş, hattâ bu zarurî görülmüştür. Halbuki, devlet bu himayeyi âzerine aldığı zaman, şahsî üç, bir suç halini alır, mamafi gaye aynı kalır. Başka bir misal alacak olursak, meselâ, çeşitli hukukî sistemlerde ve çeşitli tarihî devirlerde, akdî vecibelerin ihlâline karşı vazedilmiş olan müeyyideleri nazarı itibara alacak olursak, bunların binbir şekil altında tezahür ettikleri, hattâ çok zaman, uygun-

7) *Dante*, *Monarchia*, I, 14.



suz ve gaddarane olduklarını, bununla beraber, sözleşmelere riayet olunması lâzımgeldiği hususundaki temel mefhuma cevap verdiklerini görürüz.

Mamafi, tabii hukuk prensiplerini, pozitif hukukî normlardan ayıran fark, yalnız, bunlardan birincilerin, daha ziyade hususî şartlara bağlı olan ikincilere has özelliklere nazaran büyük bir umumîlik arzetmesinden ileri gelmez. Bu fark, aynı zamanda, insan şuurunun, zaafın, cehlin, hattâ ihtirasların mahz akıl üzerindeki galebesi neticesinde bâzı inhiraflar gösterebilmesinden meydana gelir.

Pozitif hukuk tarihi, maalesef, çok zaman, teknik mahiyetteki noksanlarla değil, fakat aynı zamanda, bâzen çok ağır olan etik hatalarla, başka bir ifade ile, kanunilik şekli altında adalete karşı yapılmış birçok ihlâllerle doludur. Fakat bu hata ve ihlâller dahi, tarihi bakımdan, kabili izahtırlar. Zira vukua gelen her şeyin bir sebebi vardır ve bu, tabiat âleminde olduğu gibi tarih ve daha hususî olarak hukuk tarihi âleminde müşahede edilebilen marazî fenomenler için de böyledir. Mamafi, bir taraftan bu fenomenlerin sebeplerini araştırmak ne kadar lâzımsa, diğer taraftan onların anormal karakterini de belirtmek lâzımdır.

Böylece, kendisini hukukun tetkikine vermiş olan kimse, şayet basit bir şarih veya kanun koyucunun körü körüne bir tâbii vaziyetinde kalmak istemiyorsa, pozitif hukukun normlarını derinleştirdiği ve tatbik ettiği zamanda dahi, gözlerini Ratio juris'in idealine, onda küllî olarak mevcut olana doğru çevirmesi ve böylece pozitif hukuku tabii hukukla mukayese etmesi icap eder.

Böyle bir mukayesenin, bizzat hakimın yaptığı tefsirlere de yardımı olur. Çünkü hakimın vazifesi, kanunun lâfzından mümkün olan âzamî adaleti istihraç etmektir. Bu mukayese aynı zamanda, mer'iyetteki kanunların noksanlarını bilmek ve ister doğrudan doğruya veya ister bilvasıta, zarurî olan reformları hazırlamak ve telkin etmek imkânını da verecektir.

Herkes, hukuk hayatının adalete aykırı olan şeylere karşı yapılmış devamlı bir mücadeleden başka bir şey olmadığını bilir. Fakat belki de mütad olarak düşünülmemeyen şey, adalete karşı işlenmiş en ağır tecavüzlerin, kanunların ihlâlinden ziyade, bizzat kanunlardan geldiği hususudur. Böylece, yalnız eskiden değil, fakat yakın zamanlarda dahi, bâzı devletlerin kabul ettikleri kanunların, insan şahsının temel haklarını hiçe saydığını ve ayaklar altına aldığı görüyoruz. Hattâ bu haklar, aynı devletlerin Anayasalarınınca, resmen ilân edilmiş ve garanti altına alınmış oldukları halde!..



Diğer taraftan, modern devletin esaslarından biri olarak herkesçe tanınmış olan, vatandaşların hukukî eşitliği prensibi de, çok defalar, kanunî şekil altında ihlâl edilmiş bulunmaktadır. Bu derece ahlâka aykırı kanunlara karşı milletlerin vicdanı daima isyan etmiştir. Meselâ, fertlere yüklenen keyfi mükellefiyetlerin tabîî kanuna aykırı oluşu ve bunların vicdanlarda husule getirdiği tepki gibi!.. Zira, hiçbir keyfi hareket, tabiattan gelen sesi susturamaz, hiçbir istibdat, insan şuurunda mutlak ve ebedî bir değer taşıyan şeyi boğamaz. Bundan dolayıdır ki, bahsettiğimiz kanunlar, birbiri arkasından ilga edilmeğe mahkûmdurlar. Bununla beraber, birçok vâkıalar adaletin yeryüzünde hakimiyetini kurmaktan henüz çok uzak bulunduğunu göstermektedir. Bunun içindir ki, «Saf hukuk teorisi» taraftarlarının yakın zamanda yenilemiş oldukları polemige rağmen, tabîî kanunla, insan yapısı olan kanun arasındaki anti-tez bütün şiddetini muhafaza etmektedir.

Bu iki şey arasındaki aykırılığın birgün nihayet bulup bulmayacağı adaletin ebedî icaplarının, nihayet, pozitif hukuk sistemlerinde, kat'î ifadesini bulup bulamayacağı ve pozitif sistemlere herkes tarafından riayet olunup olunmayacağı hususunda kesin bir şey söyleyemeyiz.

Hukukun yalnız menfi vecibeler tevcih ettiğini iddia etmek te doğru bir şey değildir. Hukuk, ahlâkla birlikte bütün hayata hakimdir. Onun prensipleri, ihmâlî fiillerden başka, bâzı yardım vecibeleri de dahil olmak üzere, başkalarına verilmesi ve yapılması lâzımgelen şeylere de taallûk eder. Hukukun, tek başına, beşerî hatı hareketi tanzim ve idare etmek hususunda kâfi gelebileceğini, onun ahlâk tarafından tamamlanması lâzımgeldiği ne kadar doğru ise, ahlâkın da, yalnız başına, kâfi olmayıp hukuk tarafından tamamlanması icap edeceği o derece doğrudur.

Netice itibarile hukuk, insanlık sevgisinin hükümran olduğu ve artık hiç bir etik kaidenin ihlâl edilemeyeceği bir duruma erişilmiş olsa bile bertaraf olunamaz. Etik emperatif, hukukî ve ahlâkî şekillerile, haklarında kaide teşkil edeceği insanlar mevcut oldukça müteberdir ve tekrar edelim, hukukun, ancak yerine getirilmediği veya ihlâl edilmek tehlikesi arzettiği zaman müteber olmağa başlayacağına inanmak ta hatalıdır.

Hukuk, insan tabiatının kendine has bir talep ve ihtiyacı olarak vicdanlardan fıskırır ve vicdan, şartlar ne kadar mütehavvil olursa olsun, kendi sübjektivitesile birlikte bu sübjektivitenin başkalarının sübjektivitesile birlikte bir ahenk teşkil ettiği hususunun



tanınmasını durmaksızın ister. Esas talep ve ihtiyacın tezahürleri ne kadar değişik hattâ ne kadar nakıs olursa olsun, onun insan hayatının bütün safhalarında mevcut bulunuşu çok mânidar bir vâkıdır. Filhakika, müşterek hayat münasebetlerini idare edecek bir kaideler topluluğunun mevcut bulunmadığı ne tarihî, ne de tarih - öncesi bir devrin izleri bugüne kadar tesbit edilememiştir. Yazılı şekilde formüle edilmemiş olsalar bile, ferdî vicdanların bir muhassalasından başka bir şey olmıyan müşterek âmme vicdanının insanları kabul ve riayete mecbur kıldığı bu kaideler daima mevcut olmuşlardır. Ubi homo, ibi societas ve Ubi societas, ibi jus. Hülâsa, hukukun ortadan kalması için, insanlığın yok olması lâzımgelir.

Ancak hukukîliğin nev'i şeması dahiline giren her şey, vicdanın mahrem çağırısına aynı şekilde cevap vermez. Vicdan, az veya çok inkişaf etmiş, az veya çok tenevvür etmiş olabileceği gibi, pozitif hukuk nizamlarında ifadelerini buldukları zaman hususî bir vehamet arzeden inhiraflar ve hatalar meydana getirmeğe de müsaittir. Vicdanımızın derinliklerinde, akli selimin ışığı altında ifade ettiği hakikat ve değer itibarile, keyfîliğin ve beşerî ihtirasların yarattığı kanunları aşan, mutlak bir kanunun izleri vardır. İşte felsefenin, klâsik an'aneye uygun olarak, tabiat kanunu adını verdiği kanun budur. *Saint Thomas d'Aquin*, bu kanunda ebedî ve ilâhî kanunun bir in'ikâsını bulduğu için, beşerî kanunların, ilâhi kanuna aykırı oldukları takdirde, insanları artık itaate mecbur edemeyeceklerini ileri sürmekte tereddüt göstermemiştir. Bu tez o kadar calibi dikkattir ki, prensip olarak, pozitif kanunîliğe riayet edilmesi zarureti de birlikte ileri sürülmektedir. Prensip olarak yalnız âdil kanunlara riayet etmekle kalınmamalı, aynı zamanda âdil olmıyan ve umumî menfaate aykırı bulunan kaidelere de riayet edilmelidir. Şu şartla ki, bu kaidelerin gayrı âdil karakteri, ruhumuzda sabit ve hakim bir tarzda nakşedilmiş bulunan üstün etik nizamın esas prensiplerini ihlâl etmeğe kadar gitmemiş olsun!.. Pozitif sosyal nizamın, üstün ahlâkî nizamın az çok tahakkuk etmiş bir parçası olarak, başlı başına bir kıymeti vardır. Fakat bu pozitif sosyal nizam, ahlâkî nizamı, bizzat kendi kıymetinin dayandığı temelleri yıkmaksızın ve dolayısıyla kendi otoritesini hiçe indirmeksizin inkâr ve ihlâl edemez.

Gayrı âdil ve zararlı kanunları, ıslah etmek veya mümkünse onlara riayetten insanları muaf tutmak suretile tashih etmek vazifesi kanun koyucuya aittir. Bu kanunları, hususî hallerin zaruretlerine tatbik etmek te hakimlere düşer. Hakimler bu vazifelerini,



bu durum kanun vâzı tarafından derpiş edilmediği hallerde dahi yerine getirmelidirler. Hakimler bu vazifelerini, kanunların lâfzından ziyade ruhunu takip etmek, bizzat kanun vâzılarının tamamlayıcı kaynak olarak kabul etmek mecburiyetinde oldukları hukukun umumî prensiplerinden ilham almak suretile yaparlar ve böylelikle kanunların sertliklerini ve diğer mahzurlarını bertaraf edebilirler. Tefsir tekniğinin bu mevzudaki yardımcı rolü, hukuka yabancı olanların pek bilemeyeceği derecede geniş ve önemlidir. Mesleğinin inceliklerine lâyıkile vâkıf bulunan her hukukçu bu çarelerin, iyi kullanıldıkları takdirde, adaletsizlikleri bertaraf etmek hususunda gerçekten faydalı olduklarını ve mer'iyetteki kanunların inkışafına ne derece yardım ettiklerini bilir. Roma jürisprüdansı, bu hususta, bir başkasile mukayese edilemeyecek derecede önemli bir misal teşkil eder.

Bütün tezahürleriyle sosyal hayatın emniyeti, hukukî nizamın istikrarına tâbidir. Bunun için, bu nizamı terkip eden kaideler, kötü de olsalar, fertlerin keyiflerine göre ihlâl olunamazlar. *Socrates* tarafından ulvî bir ferağatla tatbik edilen ve vatandaşlara âdil olmıyan kanun ve kararlara dahi itaati ve onlara, kendi vatanına sadakatsizlik gibi kötü bir misali vermektense şahsen kendini feda etmeği telkin eden prensip buradan gelmektedir. Ancak bu, kuvveti ne olursa olsun hiçbir devlet otoritesinin artık erişemeyeceği bir noktaya kadar müteberdir : Filhakika, yazılı kanunların üstünde, beşerî vicdanların ortadan kaldırılamıyan ve hiçbir zaman ihlâl edilemeyecek olan talep ve ihtiyaçlarına cevap veren yazılı olmıyan kanunlar vardır. Hattâ vicdanın bu talep ve ihtiyaçları, şiddet yolu ile boğulmak istenseler de, bunlar, ilâhî adaleti hiçe sayarak, şeytanî adalet haline gelmiş bulunan beşerî adaletin, mâsum kurbanlar verdiği her devirde yeniden doğarlar ve Yunan trajedisinin meşhur Antigone'unda olduğu gibi, ilâhî adalete sonsuz bir çağırı olarak yükselen feryatlarda ifadelerini bulurlar.

Biz biliyoruz ki, hukukî nizam, beşerî hayat mevcut olduğundan beri vardır. Çünkü insan, tabiatı itibarile sosyaldır ve hukuksuz bir cemiyet olamaz. Ancak, bu insanların, her zaman, hakim sosyal iktidarın bütün emirleri önünde eğilmesi ve onlara körü körüne itaat etmesi lâzımgeleceğini ifade etmez. Aksi halde böyle bir şeyi kabul etmek, yalnız beşerî vicdanın otoritesini değil, aynı zamanda bizzat pozitif hukukun, müesseselerinin müessiriyeti için, fertlerden ve hususile hakimlerden yalnız pasif değil, aynı zamanda aktif bir iş birliği istemesi vâkıasını inkâr etmek demek olurdu.



Bunlar olmaksızın, bu müesseseler, hayatî usaresi alınmış bir nebat gibi solarlar ve ölürlür. En ileri bir ipotez olarak, pozitif kaidelerin hakimlere, hiç değilse şahsın esaslı haklarına riayet ve onları himaye edecek bir adaleti yerine getirme imkânını vermediği hallerde, hakimin, dürüst ve namuskâr bir vicdana sahip olmak şartı ile, vazifesinden çekilmek vecibesile mükellef olduğunu kabul edebiliriz. Nihayet, doktrinde, ferde değilse bile, hiç olmazsa, halkın sağduyu sahibi büyük bir kısmına, iktidarı gayrı meşru bir şekilde elinde bulunduran otoriteye karşı koymak, adaletin tasdikinden ziyade inkârından ibaret olan nizam yerine yeni ve âdil bir nizam koymak müsaade ve imkânı tanınmıştır.

Ancak siyasî rejimlerin anî değişmelerle altüst olmaları, hukukun tarihî hayatında hemen hemen devamlı bir şekilde rastlanan ve sureti hallini mütad olarak, umumî efkârın derece derece ve yavaş yavaş tekâmülünde ve teşriî organlarının normal faaliyetinde bulan buhranın zirve noktasını teşkil eder. Fakat insan zihninin, hukukî alandaki devamlı faaliyeti, yalnız bu fevkalâde karakterdeki hadiselerde değil, fakat ıslah edici yeniliklerin normal vetiresinde kendini ifade eder. Bizzat kazâî faaliyet de daima yeni problemlerin ortaya çıkmasına sebep olur ve hukuk, çeşit ve devamlı tahavvülleri arasında, hergün yeniden doğan güneş gibi, durmaksızın birbirinin aynı veya birbirinden farklı şekilde kendini gösterir.

Hukuk nizam demektir. Kimse bunu inkâr edemez. Fakat her nizam, adaletin icaplarına cevap vermez. Adalet, nizamla birlikte insanlık sevgisi de hükümran olduğu zaman tam mânasile gerçekleşebilir. Şu halde, hukuku *Saint Augustin*'in fazilet hakkında söylediği gibi bir «Ordo amoris», bir insanlık ve sevgi nizamı olarak tarif edebiliriz. Şüphesiz, adalete duyduğumuz susuzluğu, şu fani dünyadaki kısa hayatımızda dindiremeyeceğimiz muhakkaktır. Ancak huzur ve ebedî saadet hakkındaki ümitlerimizle kaderimizin bu susuzlukta ve hiçbir zaman teskin olunamıyan bu ebedî ihtiyaç ve emelde ifadesini bulduğunu da asla unutmamalıyız.

Doç. Dr. Rahmi ÇOBANOĞLU