

(JHERİNG) İN HUKUK NAZARİYESİNİN ANAHATLARI [*]

Doçent Dr. Orhan Münir Çağrı

II

İçtimai hareketin manivelâları egoist ve ahlâkî olmak üzere iki kısma ayrılmıştı. Bunlardan birincisi, yani içtimai hareketin egosit manivelâları ücret ve cezadır veyahut bedel ve cebirdir (mukayese ediniz, Fakülte Mecmuası, cilt XI, sayı 3-4, sahife: 233, 244 ve müteakip). Egoist sosyal manivelâların ikincisi olan (cebir) i tetkike başlamadan evvel geniş mânada mübadele ile (association) ı alâkadar eden diğer bazı noktaları teşrih ve tafsil etmek faydadan hâli olmasa gerektir.

d) — (b) ve (c) fıkralarına ek (bakınız: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XI, sayı 3-4, sahife 248 ve müteakip).

I) Geniş mânada mübadelenin muhtelif tezahür şekilleri; birbirinden farklı egoist ihtiyaçların tatminine mâtuf karşılıklı mukavelelerde (mübadelede) egoist temayülleri frenleyen, tarafların hodkâmlıkları arasında bir tevazün husule getiren prensip nelerdir? Fılvaki egoizm denilen kuvveti, cemiyetin gayelerine hâdim hale getiren vasıtalarından biri ücrettir, ivazdır. Fakat aralarında karşılıklı akitler şeklinde münasebetler teessüs eden taraflardan herbirinin egoistliğini diğerinin aleyhine istimal etmesine mâni olacak çare nedir? Acaba insanların egoist münasebetlerinde, tıpkı fizikte olduğu gibi, tesirin aksi tesire müsavâtı prensibine benzeyen bir kanun var mıdır? İnsanlar arasındaki münasebetler gibi, mihanikî bir karakter arzmemekle beraber egoist kuvvetlerin aşırı karakterini tâdil edecek bir prensip, «fertlerin egoistlikleri arasında müsavât» temini gayesini tahakkuk ettirebilir mi? İşte «cebir» meselesinin izahına geçmeden önce bu meselenin tafsili lüzumlu görülmektedir (Jhering, Der Zweck im Recht, I, 97-108).

[*] Fakülte Mecmuasının 1945 yılı ve cilt XI, sayı 3-4 nüshasında - sahife 225 - 251 - İntişar eden etüdün ikinci kısmını teşkil eden bu etüd dahil Jhering'in Der Zweck im Recht, Leipzig 1923, Bd. I ve II ve aynı zamanda Der Kampf ums Recht, 4. Auflage, Wien, 1874 namındaki eserlerinin önemli kısımları esas ittihaz edilip belirtilmek suretiyle vücude getirilmiştir.

II) *Dar mânada mübadele akdi, satış akdi:*

«Dar mânada mübadele», karşılıklı akdin en basit, fakat aynı zamanda en noksan şeklidir. Çünkü mübadele akdine müsteniden tarafların karşılıklı ihtiyaçları bilâ vasıta tatmin edilebilmektedir. Taraflardan her biri muhtaç bulunduğu şeye doğrudan doğruya nail olmaktadır. Görülüyor ki *mübadele akdi*, her iki taraf için de doğrudan doğruya aynı fonksiyonu icra etmektedir. Mübadele akdinin bu inkişafına, «fonksiyonda müsavat» denir (Jhering, Der Zweck im Recht, I, 98).

En noksan şeklidir: Çünkü mübadele, taraflardan her birinin, diğerinin muhtaç olduğu şeyi doğrudan doğruya arzemesi şartına dayanmaktadır. Fakat bu şart, çok ender tahakkuk etmekte ve aynı zamanda muamelâta sürat ve pratikliği haleldar eylemektedir.

Bu mahzuru ortadan kaldıran vasıta *para*dır. «Muamelât», beşeri ihtiyaçların tatmini sistemidir, diye bir tarif yapmıştık (bakınız: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XI, sayı 3-4, sahife 228 ve müteakip). Acaba para, para mukabilinde bir «şey» verenin ihtiyacını bilâ vasıta tatmin ediyor mu? Para, ihtiyaçları bilâ vasıta tatmin etmez. Sadece onların pek kısa bir zaman zarfında tatmini imkânlarını bahşeder (Jhering, Der Zweck im Recht, I, s. 99 ve 101). O halde para, parayı alan tarafın ihtiyacını aktüel değil, potansiyel şekilde tatmin eder. Bu suretle satıcı, ihtiyaçlarının tatmini için bir vasıtaya sahip olmuş bulunur. O halde para, ihtiyacı doğrudan doğruya tatmin etmemektedir. Görülüyor ki dar mânada mübadele akdi ile satış akdi arasındaki fark, mübadele akdinde karşılıklı ihtiyaçların tatmini bir ve aynı muamele ile vukubulur, halbuki satış mukavelesinde ihtiyaçların tatmini, müteaddit muameleler halinde parçalanır. Satış akdinde yalnız müşteri, muhtaç olduğu şeye doğrudan doğruya nail olur. Demek ki dar mânada mübadele akdi, her iki taraf için bilâ vasıta aynı fonksiyonu icra ettiği halde satış ve emsalî akidler, «fonksiyonda farklılık» esasına dayanmaktadır. O halde karşılıklı egoist mukaveleler, her iki taraf için icra ettikleri fonksiyon bakımından iki kısma ayrılmaktadırlar. Yukarıda da görüldüğü veçhile «fonksiyonda müsavat» esasına müsteniden inkişaf eden akidlerde edâ edilen borçların herbiri ihtiyacın aktüel tatminini; «fonksiyonda farklılık» esasına müsteniden inkişaf eden akidlerde ise sadece edâ edilen borçlardan biri ihtiyaçları aktüel, diğeri de potansiyel şekilde tatmin eder. «Aktüel» tâbiri yerine real veya endividüel, potansiyel tâbiri yerine de ideal veya abstrakt tâbirleri kullanılabilir (Jhering, Der Zweck im Recht, I, s. 98-99).

III) - *Aequivalent* - muamelât sahasında adalet idesinin tahakkuku.

Ücret (bedel) ve *Aequivalent* aynı mânayı ifade etmemektedirler. Çünkü bunların icra ettikleri fonksiyon birbirlerinden farklıdır. *Aequivalent* tâbiri edâ ve mukabil edâ arasında bir kıymet münasebetini tazammun etmektedir ki, bunun ücret (bedel) ile alâkası yoktur (Jhering, Der Zweck im Recht, I, s. 100). O halde ücret ve «*Aequivalent*» mefhumları yekdiğerine intibak etmemektedir. Ücret, tarafların karşılıklı ferdi - egoist menfaatlerine müsteniden taayyün eder. Bu mefhumlar arasında intibak mevcut olmadığı gibi «*Aequivalent*», ücretten başka bir şeyden de ibaret olabilir. Ücret (para) yerine eşya kaim olabilir. Diğer taraftan ücretin, bir «*Aequivalent*» i ihtiva etmesi şart değildir. Ücret (bedel), «*Aequivalent*» in miktarından fazla olduğu gibi, ondan az da olabilir. «*Aequivalent*» edâ ve mukabil edâ arasındaki âhenk ve tevazünü ifade eder (Jhering, Der Zweck im Recht, I, s. 101); yahut *muamelât sahasında*, adalet idesinin tahakkuk etmesidir (Jhering, Der Zweck im Recht, I, s. 103). Bu tevazün ve âhenk nasıl tahakkuk etmektedir? Müteakip izahatımız, bu sorunun tetkikine tahsis edilmiş bulunmaktadır:

a) Ücretin (bedelin), tarafların karşılıklı ferdi menfaatlerine müsteniden tayin ve tesbit edildiği işaret olunmuştu. Burada hâkim rol oynayan âmil, egoizmdir. Taraflardan herbiri, kendi kârını düşünmekte ve diğer tarafın sıkışık, fena vaziyetini kendi lehine istismar etmektedir. Bu sıkışık vaziyet en son haddine varabilir ve bundan istifade etmek isteyen kimse tarafından da suiistimal edilebilir. Bu vaziyet karşısında egoizmin, edâ ve mukabil edâ arasında âdil bir muvazeneyi teminden âciz olduğu ve mahiyeti icabı doymak bilmeyen egoizmin aşırılıklarını tâdil veya bertaraf edecek bir prensibin aranıp bulunması lâzım geldiği neticesi sudur etmektedir. Jhering, hakikatte bu prensibi, daha doğrusu kabiliyeti egoizmin dışında (kanun, devlet otoritesi) değil, bilâkis kendi içinde aramakta ve tesbit etmektedir. Muamelât sahasında adalet fikrinin tahakkuku kanuna değil, yine egoizmin kendi kendini kontrol ve idare edebilme kabiliyetine dayanmaktadır (Jhering, Der Zweck im Recht, I, s. 103 ve müt.): Şöyle ki, birinin egoistliği karşısında diğerinin egoistliği bulunmaktadır. Biri mümkün olduğu kadar fazla almak, diğeri mümkün olduğu kadar az vermek ister. Her iki tarafın ve bunların egoistliklerinin yahut karşılıklı menfaatlerinin âhenk ve tevazün haline geldikleri bitaraf nokta veya sıfır noktası *Aequivalent* dir. Edâ ve mukabil edâ arasında hâsıl olan muvazenede her iki taraf, takip ettiği gayeye vâsıl olmakta, hakkını almakta, hiç kimse bir şey kaybetmemektedir. Muamelât sahasında adalet demek, herkese, herkesin menfaatine ve varlığına uygun

olan şey demektir. Binaenaleyh muamelât hayatının (cemiyetin) en yüksek vazifelerinden biri heryerde «Aequivalent» prensipini gerçekleştir-mektir.

Bu prensipi gerçekleştirmenin kanuna ait bir vazife olmadığı yu-karıda zikredilmişti: Cemiyetin bu vazifeyi, ancak kanuna, devlet oto-ritesine müsteniden yerine getirebileceği şeklinde bir hüküm vermeden evvel umumun (cemiyetin) menfaatinin icabettirdiği nizamı, yine mez-kûr menfaatin tesis edebilecek kudrette olup olmadığını araştırmak lâ-zımdır. Muamelât sahasında adalet fikrinin, yani herkesin menfaatine uygun hal ve vaziyetin tahakkukunun esasen egoizmin «*kendi kendini kontrol ve idare*» kabiliyetine müstenid bulunduğunu tesbit etmekle bu suale müspet cevap verilmiş demektir. Egoizm ve egoizmin ivaza müsteni-den tatmini sistemi olan muamelât, kendi kabiliyet ve kudretleriyle «Aequi-valent» fikrini nasıl tahakkuk ettirmektedirler? Karşılıklı ferdi egoist-likler, «Aequivalent» fikrine uymaya mecburdurlar ve başka türlü de hareket edemezler. Fertleri, daha doğrusu onların egoistliklerini bu şe-kilde harekete icbar eden kudret nedir? Onların yine kendi egoistlikle-ridir (mukayese ediniz: Jhering, Der Zweck im Recht, I, s. 103/104).

ρ) Rekabet:

Muamelât sahasında egoizm, «kendi kendini kontrol, tanzim ve tas-hih etme» kudretini haizdir. Bu kontrol keyfiyeti iki şekilde vukubulur.

Bir taraftan haddinden fazla yüksek bir fiat elde etmek isteyen bir bayiin egoizmi, hiç satmamaktansa mutedil bir fiata satmayı tercih eden başka bir bayiin egoizmi ile; diğer taraftan haddinden fazla düşük bir fiatla satın almak isteyen bir müşterinin egoizmi, yüksek fiat veren baş-ka bir müşterinin egoizmi ile meflûç bir hale gelir. Biz buna rekabet diyo-ruz. Rekabet, egoizmin sosyal karakter taşıyan «*kendi kendini kontrol, tan-zim ve tashih etme*» keyfiyetidir. Fakat hususî vaziyetlerde (meselâ fiilen mevcut imtiyazlı bir sınıf, rakipsizlik hali) veyahut tamamilen hususî karakteri haiz şartlar altında rekabet, muvakkaten veya devamlı olarak ortadan kalkabilir. Bu takdirde karşılıklı egoist menfaatleri yekdiğerile telif edecek başka bir çare yok mudur? Ferdî egoistlikler (tarafından herbirinin verdiği ve aldığı şeylerle yani edâ ve mukabil edâ ile takip ettikleri egoist gayeler) arasında - cemiyette muamelât hayatının sekte-ye uğramamasını istihdaf eden - bir tevazün nasıl husule getirebilir? (Jhering, Der Zweck im Recht, I, s. 103/104).

ζ) Nasıl ki rekabet halinde iken birinin egoizmi, diğerinin egoiz-mini zapt ve tevkif ediyorsa, yani nasıl ki egoizmin sosyal karakter taşı-

yan «kendi kendini kontrol ve tashih etme» kabiliyeti varsa, öylece rakipsizlik halinde de egoizm, yine «kendi kendini tashih ve tâdil etme» kabiliyetini haizdir. Halihazır menfaatlerinin egoistçe istismarı karşısında istikbal endişesi bulunur. Egoizm, mümkün ve melhuz kâr ve menfaatleri karşılıklı tartar ve halihazırın - çok kârlı ve yüksek karakter taşımasına rağmen - geçici menfaatlerini, istikbalin temin ettiği az, fakat devamlı menfaatlerine feda eder. Görülüyor ki rekabetin âciz kaldığı hallerde egoizmin *ferdî karakter taşıyan* «kendi kendini kontrol ve tashih etme» kabiliyetine, istikbal endişesi, müstakbel menfaat endişesi denir (Jhering, Der Zweck im Recht, I, s. 104/105).

v) Egoizmin kendi kendini tashih ve kontrol için sahip olduğu vasıtaların her ikisi de (rekabet ve istikbal endişesi) âciz kalacak olurlar ve bunun neticesinde de, bilhassa müstakbel menfaatlerin halihazırın anormal menfaatlerine feda edilmesi suretile, taraflardan birinin gayri meşrû, insafsızca istismarı tehlikesi başgösterecek olursa, o vakit cemiyet-baka ve selâmetine müteveccih tehlikeler tehditkâr bir şekil aldığı takdirde - egoizmin zararlı aşırılıklarına karşı önleyici ve durdurucu bir tedbir olarak kanuna (hukuk nizamına) müracaat eder. Muamelât (ticaret) hayatında egoizmin bu kabil zararlı aşırılıklarına karşı önleyici kanunî tedbirlerden olmak üzere anormal kazançlara karşı âzamî fiat (fiatlarda âzamî had), faiz tahdidatı ve cezalar zikredilebilir (Jhering, Der Zweck im Recht, I, s. 105-106). Maamafih kanunun bu gibi hallerde müdahale ve tesiri yine noksan kalmaktadır. Fakat bu, eksikliğine rağmen bu kanunî müdahale zarurî bulunmaktadır. Gerçi beşerî ihtiyaçların egoizme müsteniden tatmini sistemi olan muamelâtı harekete getiren kuvvet, egoizmden başka bir şey olamazsa da, yine devlet ve hukuk cemiyetin *baka ve inkişafını tehdit ve haleldar eden* hallere karşı koymakla mükelleftir. Lâkin bununla da hukuk ve devletin cemiyet içinde muamelâta (beşerî ihtiyaçların tatmini sistemine) müdahalesinin hudutları tayin edilmiş oluyor: Devlet ve hukuk, ancak cemiyetin hayatî menfaatleri veya hayat şartları tehlikeye ve tehlide maruz kaldığı zaman (yani cemiyetin menfaatlerini veyahut muamelâtta, iktisadî hayatta Aequivalent, diğer tâbirle adalet prensibinin gerçekleşmesini tehdit eden gelişmelere karşı) müdahale edeceklerdir. Bunun haricinde ihtiyaçların tatmini sistemi olan cemiyet hayatının tarzı cereyanına müdahale caiz değildir (Jhering, Der Zweck im Recht, s. 107-108). Görülüyor ki egoizmin menfaatlerine (egoist menfaatlere) karşı, kendi menfaatini ikame etmek cemiyetin hem hakkıdır, hem vazifesidir. Cemiyetin menfaatinin veyahut içtimâî menfaatin gayesi bir tek kişiye değil, *herkese uygun veya nâfi olan şeyi*, diğer tâbirle herkesin

baka ve selâmetini ve menfaatini temin etmektir. Biz buna «*Aequivalent*» mânasına gelmek üzere adalet diyoruz. «*Jhering*» e göre bu adalet, hürriyetin fevkinde durmaktadır: Fert, sadece kendisi için değil, aynı zamanda dünya için mevcuttur. Bu sebeple hürriyetin (münferit insana uygun olan şeyin), herkese, umuma uygun olan şeye, yani adalete tâbi olması lâzımdır. Hülâsaten diyebiliriz ki ücretle (bedelle) *Aequivalent* arasında sıkı bir münasebet mevcuttur. Ücretin, bedelin âdil olması, yani edâ ve mukabil edâ arasında bir muvazenenin tessüs etmesi, her iki tarafın da hakkını temin eden bir bedelin elde edilmesi, muamelâtta «*Aequivalent*» fikrinin tahakkuku iktisadî - içtimai bir zarurettir[*].

Bu etüdün birinci kısmını teşkil eden bahisleri, Hukuk Fakültesi Mecmuasının 1945 tarihli ve 3-4 sayılı nüshasının 225 inci ilâ 251 inci sahifelerinde mevzuu bahsetmiştik. O nüshada tetkik edilen meseleler umumiyetle bir giriş ve A, B, C, D bölümleri halinde mütalea edilmişti. D ve «içtimai hayatın manivelâları ve bunların organizasyonları» serlevhası tahtında olmak üzere muayyen bir takım problemler serisi tetkike başlanmış ve bu ikinci etüdümüzde de aynı problemler serisinin mâbadi tetkik edilmekte bulunmuştur. İçtimai hayatın manivelâlarından ücret ve buna müteferri meselelerden ivaz ve muamelât yahut ücretin sosyal sahada organize edilmiş şekli, beşerî ihtiyaçların tatmini sistemi; ivaz alma, ivazlılık prensipi, geniş mânada mübadele, muamelâtın ikinci esas şekli: Association, dar mânada mübadele akdi, satış akdi, *Aequivalent*, rekabet, müstakbel menfaat endişesi vesaire nazarı tetkikten geçirilmişti. Hülâsa bütün bu meseleler, ücretin, bedelin sosyal sahada organize edilmesinden ve cemiyet halinde yaşayan insanların ivaza dayanan karşılıklı egoist muamelât ve münasebatından doğan vaziyetle alâkadar bulunmaktadır. İşte ücretin sosyal sahada organize edilmiş şekli olan *muamelâtın* tetkikinden sonra cebrin sosyal organizasyonu olan devlet ve hukukun tetkikine teveccüh ediyoruz. Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XI ve sayı 3-4, sahife 244 den itibaren ve «D — İçtimai hayatın manivelâları

[*] *Aequivalent* ücret (vasatî ücret olarak) kîsbü kâr branşlarının mevcudiyetle sağlanır. Ücretin, münferit mesaiye şumulü yoktur. Bilâkis ücretin tayin ve tesbitinde kîsbü kâr branşının veya mesleğin cemiyet içindeki mevkiî vesaire nazarı itibara alınır.

Muamelâtın iktisadî (maddî) ücrete istinat eden organizasyonu krediye, bilhassa ticarî krediye dayanarak vüsat ve şumul kesbeder.

Maddî ücrete mânevî ücretleri, mânevî bedelleri de ilâve etmek lâzım gelir (fahri mansıplar, sanat ve ilim sahasında kazanılan şöhret). Mânevî bedelle maddî bedelin kombine şekli de mevzuu bahsolabilir.

ve bunların organizasyonları» serlevhası altında, yukarıda da işaret edilmiş olduğu veçhile, buraya kadar bedelin, ücretin sosyal sahada organize edilmiş şeklinden yani muamelâtın, (1) rakkamı tahtında a, b, c, d olmak üzere muhtelif fıkralara ayrılarak, bahsedilmmişti. Şimdi yine D serlevhasının (2) numaralı kısmını teşkil etmek üzere cebirden ve dolayısıyla hukuktan bahsedeceğiz.

2) Cebir, cebrin sosyal sahada organizasyonu: Devlet ve hukuk.

Muamelâtın, ücretin (ivazın) sosyal nizamı yahut içtimai hayatın ivaza dayanan nizamı olduğu tesbit ve tetkik edilmiştir. Cebrin sosyal nizamı yahut içtimai hayatın cebre dayanan nizamı ise devlet ve hukuktur. Bir kere her cebir, psikolojik ve mihaniki olmak üzere iki kısma ayrılır [Bakınız: Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XI ve sayı 3-4, s. 231-232 (B 2)]. Bundan maada ulaşılması matlup gayenin müsbet veya menfi oluşuna göre yine iki kısma ayrılır. Menfi cebrin gayesi, müdafaadır. Müsbet cebrin gayesi de muayyen bir fiilin icrasıdır. Devletin istimal ettiği cebir hukukta (hukuk halinde) organize edilmiştir (devletin tahakküm iktidarı). Bunun yanında bir de organize edilmemiş içtimai bir cebrî sistem (nizam) vardır: Ahlâk! Hukuk, cebrin sosyal nizamı, yahut içtimai hayatın cebrî nizamıdır, demiştik. Hukuk, aynı zamanda cemiyet içindeki mücadelenin (ihtilâfların) her iki tarafı bağlayıcı bir «modus vivendi» nin tesisine bertaraf edilmesidir. Beşerî varlığın gayelerinin tahakkuku için cebir, zaruridir. İçtimai nizamın ilk kuruluşunda norm haline gelen cebir, büyük rol oynar. Jhering, içtimai nizamın bu ilk kuruluşunda cebrin oynadığı role ehemmiyet vermekte ve bu cebrin inkişafını takip etmektedir. Bu inkişaf, cemiyetin ilk başlangıçları hakkında bizi kat'î surette tenvir etmek durumunda olmayan tarihe müsteniden değil, bilâkis gayeye müsteniden izah edilmektedir. Yani beşerî varlığın gayeleri, tahakkuk edebilmek için cebrî nasıl zarurî kıldığı isbat edilmek istenmektedir. (Mukayese ediniz: Jhering, Der Zweck im Recht I, s. 149 ve müt. 181-200; bilhassa 181-183; 189/190; 192, 199-200).

Hukuk nizamı içinde organize edilmiş müsbet cebre misal olarak babanın aile içindeki otoritesi ve akit zikredilebilir. (Jhering, Der Zweck im Recht I, s. 203-204; 204-211).

Yine hukuk nizamı içinde organize edilmiş menfi cebre misal olarak zarurî müdafaa hali zikredilebilir (Jhering, Der Zweck im Recht I, 199-203).

Cebrin (tahakküm iktidarının) düzenlenmesi: İşte bu şekilde tanzim edilmiş bulunan hayati gayeler, ancak hukukun cebrî nizamı ile müessir

şekilde gerçekleşebilir. Bu sebeple *hukuka müsteniden (hukuk vasıtasile) cebir*, sarfınazar edilemez mahiyettedir. Fakat mühim olan nokta, hukukî cebrin sarfınazar edilemez mahiyette olduğu keyfiyeti değil, daha ziyade hukukî cebrin neticesinin sağlanmasıdır. Lâkin hukuka istinat eden, yani hukukî cebrin sosyal sahada organizasyonu, ancak kuvvetin azami miktarı hukukun tarafına getirilebildiği, yani kuvvet hakka, hukuka hâdim kılındığı takdirde mümkündür. Bu da hususî hukuk sahasında ortaklık «birleşme» ile, devletler hukuku sahasında da ittifak ve garant ile mümkündür. (Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, 226 ve müt.). Ortaklık = aynı müşterek menfaati takip için müteaddit kimselerin birleşmesi! İttifak ve garanti = Haklarının ebrene ihlâline veya ketmine karşı kendini müdafaa edemeyecek vaziyette bulunan bir kimsenin başkasından yardım istemesi! Bu kabil birleşmelerle cebir, daha doğrusu tecebbür ve tahakküm iktidarı, hukuka müsteniden kendi kendini tâdil ve tashih etmekte, düzenlemektedirler (Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, s. 230, 226-239). Fakat cebrin, tahakküm iktidarının kendi kendini düzenlemesini temin eden bu mekanizması, hukukî cebrin tamamile teminat altına alınmasına kifayet etmediği için yine devletin cebreden kudretine ihtiyaç vardır. «Devlet, cebreden cemiyettir». «Devlet, içitmaî cebrin mükemmel organizasyonudur». Hukukun himaye ve inkişafı, devletin can alacak bir hayat fonksiyonudur (Jhering, *Der Zweck im Recht* I, s. 238-243, 240-241). Diğer taraftan «cebretme hakkı» devletin mutlak inhisarı altında bulunmaktadır (Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, 247-248, 242, 249).

Hukukun haricî ve derunî vasıfları, müsavat ve adalet:

Hukukun haricî vasfı, cebirdir. (Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, 248-256). Derunî vasfı, normdur (Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, 256 ve müt.). Tekmil hukuk, nizam ve müsavatı istihdaf eder. Adaletin pratik gayesi müsavattır. (Burada müsavat, tevazün mânasında kullanılmıştır). Adalet materyel ve formal olmak üzere iki kısma ayrılır: Materyel adaletin gayesi derunî müsavatı, yani hizmetle ivaz (bedel); suç ve ceza arasındaki tevazünü tesis etmektir[*]. Buna mukabil formal adaletin vazifesi veya gayesi, vazedilen normların tatbikinde müsavatı temin etmektir. (Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, 274-288).

Fakat hukukta müsavat, bizatihî bir gaye değildir. Bu, başka bir gayeye ulaşmak için vasıta, başka bir gayenin şartıdır. Bu gaye de cemiyetin refah ve saadetidir. (Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, 287-288).

[*] Bakınız: Bu etüdün birinci kısmı, (Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XI, sayı: 3-4, sahife: 247).

Adaletin derunî garantisi hak duygusudur; haricî garantisi ise kazadır, yargıdır. (Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, 295 ve müt.). *Hukukun asıl gayesi*: Gerçi hukukun vasfı ve temeli norm ve cebirdir. Fakat bunlar formal mahiyettedir; ve hukukun muhtevası - hakikî gayesi hakkında bizi tenvir etmezler. Hukukun muhtevası, hukukun gayesile taayyün eder. Bu sebeple hukukun mevzuu cemiyetin hayat şartlarıdır. Hukukun muhtevasının daima değişmesi bu suretle izah edilir. Bu muhteva, cemiyetin daima değişme halinde bulunan hayat şartlarına göre tenevvü eder: Hukukun gayesi, cemiyetin hayat şartlarını teminat altına almaktır. (Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, 345).

Cemiyetin temel mahiyetindeki hayat şartları hayatın muhafaza ve idamesi, mesai (çalışma) ve muamelâttir. (Jhering *Der Zweck im Recht*, I, 338 ve müt.). Cemiyetin bu hayat şartları, ferdin esas hayat şartlarıyla birleşmekte, onlara tetabuk etmektedir. Ferdin esas hayat şartları, nefsi muhafaza sevki tabiisi, tenasül sevki tabiisi, kîsbü kâr (kazanma) sevki tabiisidir. Ferdin hayat şartlarıyla cemiyetin hayat şartları arasında bir ihtilâf zuhurunda hukuk müdahale etmelidir. (Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, 352 ve müt.).

Suç meselesi (cezanın gayesi) [1] : (Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, 377-393.)

Ceza kanununa mugayir ve devlet tarafından tecziye edilmiş olan fiillere suç denir. Bu tarif zâhirî bir tariftir. Bunun aksine olarak Jhering niçin ceza verildiği keyfiyeti, cezanın gayesi meselesi üzerinde durmaktadır. Ceza kanununun gayesi, diğer herhangi bir kanunun takip ettiği gayeden farklı olamaz: Bu da cemiyetin hayat şartlarının sağlanmasıdır[2]. Yalnız ceza hukukunun bu gayeyi takip ediş şekli hususî bir karakter arz etmektedir. Çünkü bu gaye, ceza ile veya ceza tehdidile ger-

[1] (Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, 377-393).

[2] Modern ceza hukuku ilminde mühim bir mevki işgal eden sosyolojik mektebi görüyoruz. Buna Kriminososyoloji dahi denir. Sosyolojik veya pozitivist ceza hukuku mektebini tesis edenlerin başında «Ferris» gelmektedir. Bu mektebin en hâr müdafilerinden «von Liszt» i görüyoruz. Bundan maada «Garofalo» da zikredilebilir.

Sosyolojik ceza hukuku mektebine göre suç, sosyal bir fenomendir. Suç, anti sosyal bir fiildir ve cemiyet içinde suçla, sosyal vasıtalarla, mücadele etmek icap eder. «Jhering» den mülhem olarak şu telâkki temsil edilmektedir: Tekmil hukuk, hukuk nizamı menafî himayesidir. Ceza hukuku ise bilhassa himayeye lâyık veya bilhassa himayeye muhtaç menfaatlerin (hukukî nimetlerin, hukukan himaye edilen nimetlerin) daha yüksek derecede himayesidir.

çekiştirilmektedir. Acaba ceza kanunu, yukarıda mezkûr gayeye niçin bu yoldan giderek ulaşmak istiyor? (Mukayese ediniz: Jhering, Der Zweck im Recht, I, 378). Hukuka (kanuna) riayetsizlik cezanın sebebi olamaz. Çünkü kanuna karşı her riayetsizlik cezayı davet etmez (Jhering, Der Zweck im Recht, I, 378-380).

Suç, cemiyetin hayat şartlarının tehlikeye ilka edilmesi keyfiyetidir. Fakat bu tehlikenin bir yandan kanun tarafından tesbit ve teşhis edilmesi, öbür yandan ancak ceza istimali suretile defedilebilir mahiyette olması lâzımdır. Lâkin burada dikkat edilecek nokta şudur: Münferit fiil ve hareketlerin arzettikleri müşahhas tehlike değil, bilâkis mevzuubahs fiil ve hareketlerin vücutte getirdikleri teknil kategorinin arzettiği mücerret tehlike haizi ehemmiyettir. (Jhering, Der Zweck im Recht I, 382-383). Cezanın tatbik ve istimali meselesi, sosyal politikayı alâkadar eden bir meseledir. Ve bu mesele, «ancak cemiyetin ceza tertip etmek ihtiyaç ve ıztırarında kaldığı, ceza tertibine muhtaç olduğu hallerde ceza mevzuu bahsolabilir» prensipine göre halledilir. (Mukayese ediniz: Jhering, Der Zweck im Recht I, 382). Bir menfaat, cemiyetin kıymet ölçülerine göre ne kadar yükseke, bu menfaatin ihlâlinin tecziyesi de o nisbette şiddetlidir. Ceza tarifesi (ceza listesi), içtimâî nimetlerin ve malların kıymet ölçüsüdür. (Jhering, Der Zweck im Recht I, 383-384).

Cezanın tayini için: Objektif sebebe (tehdit edilen içtimâî nimet veya içtimâî menfaate) sübjektif bir sebebin inzımam etmesi lâzımdır. Bu sübjektif sebep, suçlunun psikolojik vaziyetinden ve suçun işleniş tarzından sudur eden içtimâî tehlikeliliktir (yani suçlunun cemiyet için tehlike teşkil etmesi). Burada mevzuu basholan noktalar şunlardır: Kasıt ve hatâ, tehevür, dolus praemeditatus, [3] komplo, çete teşkili, ilh... (Jhering, Der Zweck im Recht, I, 385 ve müt.).

(Jhering) e göre suçlar, tehdide, tehlikeye maruz süjenin, tahallüfüne göre tasnif edilir:

I.— Doğrudan doğruya ferdin menfaatlerine karşı işlenen suçlar:

- a) Fizik hayat şartları: Hayat, vücut, sıhhat veyahut can ve sağık!
- b) İktisadi şartlar: Mamelek.
- c) İdeal hayat şartları: Hürriyet, şeref ve namus.
- d) Aile (meselâ zina, bigami), ahvali şahsiyeye karşı işlenen suçlar.

[3] Tehevür — dolus repentinus

Taammüd — dolus praemeditatus.

II.— Devletin menfaatlerine karşı işlenen suçlar:

- a) Devletin baka ve selâmetine karşı işlenen suçlar.
- b) Devletin iktisadî ve ideal hayat şartlarına karşı işlenen suçlar.

(Devletin ideal hayat şartları, devletin hürriyet ve istiklâline; devletin idarî muamelelerine, meselâ devlet organlarının veya vatandaşların devletin hürriyet ve istiklâli için zarurî faaliyetlerine müteallik bulunmaktadır).

III.— Cemiyete karşı işlenen suçlar (içtimaî suçlar):

- a) Cemiyetin fizik hayat şartları yani cemiyetin baka ve selâmetinin harici emniyeti! (Meselâ kasden yangın çıkarmak, muayyen bir bölgeyi su altında bırakmak).
- b) Cemiyetin iktisadî hayat şartlarına yani muamelâtın emniyetine karşı işlenen suçlar! (Meselâ sahte, kalp para imali, sahte senet tanzimi).
- c) Cemiyetin ideal hayat şartlarına, ahlâkî ve dinî esaslara karşı işlenen suçlar! (Meselâ yalan yere yemin, ahlâka ve âdaba, mukaddesata karşı işlenen suçlar). (Jhering, Der Zweck im Recht, I, 386-393).

Devletin (cemiyetin) ferdî sahaya müdahalesinin hudutları.

Cemiyetin fertten istediği ve buna mukabil ferde temin ettiği şeyler, fert ve cemiyetin menfaatleri müşterektir. Hukukun muhtevasının, hukukun gayesile taayyün ettiği işaret edilmişti. Burada gaye, cemiyetin hayat şartları olduğuna göre hukukun muhtevası da aynı hayat şartlarından ibaret bulunmaktadır. O halde hukuk, harici cebre müsteniden devletin tahakküm iktidarı ile (devlet otoritesile) teminat altına alınmış olan, en geniş mânada içtimaî hayat şartlarının heyeti mecmuasıdır, yahut hukuk içtimaî hayatın cebri nizamıdır. Bu cihet buraya kadar sadece cemiyetin zavıyesinden tetkik ve izah edilmişti. Fakat cemiyet (Jhering) e göre, fertlerin mecmuundan başka bir şey değildir. Acaba cemiyetin refah ve saadeti, fertleri tamamilâ tatmin edebiliyor mu? Yani cemiyet, kendi menfaati namına ferde bir takım külfetler ve tahditler tahmil etmekte ve bunların bedeli olarak yine ferde bir takım nimetler ve kârlı vaziyetler bahş ve temin eylemektedir. Acaba cemiyetin ferde yüklediği külfetler, bahşettiği nimetlere değer mi? Evvelâ cemiyetin fertten edâsını istediği şeyleri, müteakiben cemiyetin mukabil edâsını inceleyelim:

Ferdin, hukukun kendisine bahşettiği nimetlerden istifade edebilmek için verdiği fiat, tahammül ettiği hukukî cebir ve takyidattır. (Fert üze-

rindeki hukukî külfet, tazyik ve siklet). (Jhering, Der Zweck im Recht, I, 399 ve müt.).

a) Ferdin, topluluğa ve cemiyete karşı muhtelif hukukî vecibeleri vardı.

b) Bir kere fert, vergi külfetini taşımakla cemiyetin bilcümle gayelerinin takibine ve tahakkukuna iştirak mecburiyetindedir. Jhering diyor ki:

..... An der Steuer merkst du, was die Gesellschaft dir in barem Gelde kostet.

c) Ferdin, cemiyete yaptığı bu nakdî hizmetlerden başka şahsî mükellefiyetler de vardır. Meselâ bir taraftan askerî mükellefiyet ve diğer taraftan ceza ve zabıta kanunlarının çizdiği hudutlara riayet etmek! (Jhering, Der Zweck im Recht, I, 400-402). Maamafih cemiyetin, ferdin şahsî sahasına (hususî hukuk sahasına) karşı yaptığı müdahaleler bundan ibaret değildir.

d) Cemiyet, yine cemiyetin menfaati namına ferde, hususî hukuka müteallik bir takım tahditler yüklemiştir.

e) Meselâ çocuklara karşı nafaka borcu (iaşe ve infak mükellefiyeti!

f) Çocukları terbiye etme hakkının ebeveyn tarafından suiistimaline mâni olmak için bu hak ve otoritenin tahdit ve takyidi!

g) Mülkiyete tahmil edilen içtimai tahditler.

(Jhering) e göre bütün hususî haklar, içtimai bir karakter taşırlar. Bu haklar yeknazarda ferdin menfaatlerini istihdaf etseler dahi yine cemiyetin nazarı itibara alınması fikrinin tesiri altında bulunmaktadırlar.

Yukarıda mevzuu bahsedilen «ferdin üzerindeki hukukî külfet», ferdin cemiyete karşı vecibeleri devlet otoritesiyle ferdin hürriyet sahası arasındaki hudut meselesile ilgilidir. Cemiyetin, yani hukukun ferdin şahsî sahasına müdahalesinin bir hududu olmak lâzım gelir. Fakat hürriyet sahasile devlet otoritesi arasındaki hudut da daima mütehavvil mahiyettedir. Cemiyetin gayeleri, vüsat ve şumul kesbettiği nisbette, *ferdin cemiyete karşı borçlu olduğu şeyler* hakkındaki tasavvurlar da o nisbette genişler. (Jhering, Der Zweck im Recht, I, 418 ve müt.).

(Jhering) e göre ferdî refah ve saadet bizatihi gaye değildir. Sadece daima cemiyetin refah ve saadetinin temini için bir vasıtaadır. Bu sebeple ferd kendi menfaati için değil, cemiyetin menfaati için saadete isal edilir. (Jhering, I, 425 ve müt.). Jhering, devlet otoritesinin ferdin hürriyet sahası karşısındaki hudutlarının mücerret doktriner bir düstura göre değil, bu hududun ancak pratik ihtiyaçlara göre tesbit edilebileceği kanaatindedir. (Jhering, I, 430).

Cemiyetin ferde mukabil edâ olarak temin ettiği şeyler:

Hukukun (devletin) fertten talep ettiği şeylerin karşısında ferde edâ ettiği bir takım mukabil borçlar bulunmaktadır. Devlet, ferdi harice karşı himaye etmektedir. Saniyen hukukî himaye bahşeylemektedir. Üçüncü olarak cemiyetin menfaati namına vücade getirilen âmme müesseseleri ve âmme tesisatı zikredilebilir. (Jhering, Der Zweck im Recht, I, s. 430-436).

Fert ve cemiyetin menfaatleri müşterektir:

Fertle cemiyetin yekdiğerine yaptıkları hizmetler arasındaki muhasebenin ancak nazari - konstrüktif bir ehemmiyeti vardır. Yoksa fert, realitede cemiyetten tecrit edilemez, hakikatte cemiyetin ve ferdin gayeleri müşterektir: Fert, kanun vasıtasile ve kanunda kendi mevcudiyetini iddia ve muhafaza eder. Hukuka müstenit yani hukukî cebir, zarurî bulunuyorsa, bunun sebebi şunlardır:

a) Bilgisizlik veya noksan bilgi! Çünkü herkes, zati menfaatile cemiyetin menfaati arasındaki âhengi görmez. «Papinianus» a göre kanun, ufku dar kimselere karşı âkil, baskınetli ve uzağı gören insanların vücade getirdikleri bir birliktir, vahdetir. (Lex est commune praeceptum, viro- rum prudentium consultum).

b) Her cemiyetin mahiyetinde partiküler menfaatler ve umumî menfaatler mündemiçtir. İşte hukukun (devletin) gerek kuvveti, gerek zâfı bu tezada dayanır. Hukukun zâfı veya hukukun aczi = Partiküler menfaatlerin fert üzerindeki cezbedici tesiri! Hukukun kuvveti = Diğer taraftan umumî menfaat, bir taraflı düşünen partikülâristlere karşı diğer bilcümle fertleri birleştirir. (Jhering, Der Zweck im Recht, I, s. 436-443).

Görülüyor ki cebir, cemiyet hayatında sarfınazar edilemez bir karakter arz etmektedir. Fakat buna rağmen hukukî cebir, cemiyet için kâfi değildir. Çünkü hukukî cebre rağmen yine kötülükler, suçlar işlenmektedir.

E.— Ahlâkî - sosyal manivelâlar:

Cemiyetin, kendi gayelerini tahakkuk ettirmek için müracaat ettiği egoist - sosyal manivelâlar (ivaz, bedel ve ceza) cemiyetin nihai gayelerinin gerçekleşmesine yetmemektedir. Onun için egoist - sosyal manivelâların, ahlâkî - sosyal âmillerle [1] tamamlanması lâzımdır. (Jhering, Der Zweck im Recht I, 444-445; II, 3-11).

[1] Ahlâkî - sosyal âmiller vazife duygusu ve sevgidir. Jhering'in hukukta ga-

(Jhering) in Hukukta Gaye namındaki eserinin ikinci cildi, ahlâk, örf, terbiye ve nezaket (âdabı muaşeret) meselelerine tahsis edilmiştir. (Jhering), mezkûr ikinci ciltte ahlâkın mahiyetini, evvelâ lisanda ifade ettiği mâna bakımından izaha çalışmaktadır. (Jhering, Der Zweck im Recht II, 16-45; 189 ve müt.). Maamafih «Jhering» in ahlâk nazariyesi hakkındaki fikirleri hukukta gaye namındaki eserinin ikinci cildinin (74) üncü sahifesinden (180) inci sahifelerine kadar izah edilmektedir. Bilhassa bakınız: 105 ve müteakip; 121 ve müteakip (ahlâkın ferdi ve içtimâî nazariyelere müsteniden izahı!). Jhering, ferdî nazariyeleri kabul etmemekte, içtimâî nazariyelere temayül göstermektedir. 138 ve müteakip: Jhering, burada bilhassa kendi nazariyesini izah etmekte ve ahlâkî, «sosyal bir ütilitarizme» istinat ettirmektedir. (Jhering, Der Zweck im Recht II, s. 168 ve müt.). (Jhering) e göre gerek hukuk ve gerek ahlâk daima izafî bir mer'iyeti haizdirler, yani başka bir şeye nazaran bir kıymet ifade ederler. Hukuk ve ahlâkın bu izafî mer'iyeti cemiyetin müşahhas seviyesine ve cemiyetin ihtiyaçlarına dayanmakta, binaenaleyh cemiyetin ihtiyaçlarına ve seviyesine göre değişmektedir.

Mevzuumuz (Jhering) in hukuk nazariyesinin anahatları olduğuna göre, izahatımızın merkezi sikleti daha ziyade hukukşinasın hukuk hakkındaki telâkkileri üzerinde toplanmış bulunmaktadır ve önemli noktalarını belirtmeğe çalıştığımız eserinin şayanı dikkat taraflarını da, kanaatimizce, mezkûr telâkkiler teşkil etmektedir. Bu sebeple (Jhering) in ahlâkî telâkkisine kısaca temas etmekle iktifa ediyoruz.

Jhering'in, hukuk felsefesini alâkadar eden ikinci - küçük, fakat mühim - eserinin konusunu tahlil etmeden önce, şimdiye kadar verdiğimiz izahatın, yani «*Hukukta Gaye*» namındaki eserin anahatlarını vâzih bir portresini çizecek olursak, bilhassa şu noktaları belirtmek lâzım gelir:

(Jhering) in sosyal felsefesinin karakteristik noktalarından biri de hususî ve içtimâî refah ve saadetin; egoist zatî gayenin başkalarının menfaatle birleşmesi fikridir. Fakat egoist gayenin yabancı menfaatle birleşmesinin esas saiki, (Jhering)e göre, ahlâkî duygu değil, egoist sev-

ye namındaki eseri «ahlâk» bahsine tahsis edilmiş olmakla beraber eser natamam kalmış olduğundan ahlâkî - sosyal âmilleri teşkil eden sevgi ve vazife duygusu hakkındaki düşünceler de tesbit ve izah edilememiştir. Onun için (Jhering) in ahlâkî telâkkilerine pek kısa temas etmek mecburiyetinde kaldık. Diğer taraftan etüdümüzün merkezi sikletini daha ziyade (Jhering) in hukuk telâkkisi teşkil etmektedir.

ki tabiidir[1]. Egoizm, kendi zatî refah ve saadetini takip ederken aynı

[1] Bu noktada «Jhering» i, İngiliz ahlâk filozofu «Shaftesbury» ile mukayese etmek herhalde alâkabahş olsa gerektir. Shaftesbury, ahlâk telâkkisini şöyle bina etmektedir: Her mahlûkun kendine mahsus, zatî bir menfaati, zatî bir gayesi, takip ettiği kendine mahsus, zatî bir saadet vardır. Bu zatî menfaat ve saadet, aynı zamanda o mahlûkun tekmil irade ve mevcudiyetinin teveccüh ettiği hedef noktasını teşkil eder. Bu keyfiyet, her mahlûkun cibillî varlığında mündemice mâkul bir cehid ve gayrettir. Eğer bir mahlûk, aykırı temayülleri, ihtirasları veya duygularının tesiri altında hayatının karakteristik gayesinden uzaklaşmış bulunuyorsa, kendi nef'î bakımından fena yaratılmış olduğu anlaşılır. Şayet bu gayri tabii temayüllerle aynı zamanda diğer mahlûkların «hayat gayeleri» ne fena tesir ıera ediyorsa, üçüncü kimselerle münasebetlerinde kötü yaratılmış bulunmaktadır. Eğer temayüllerin bozukluğu (aykırılığı), bu temayüllerle mâlûl ferdin ve onunla karşılaşan üçüncü kimselerin «hayatî menfaati» ile tezat halinde bulunuyorsa; ve yine temayüllerindeki sıhhat ve düzgünlük, ferdin ve üçüncü kimselerin nef'ine hâdim bulunuyorsa, zatî menfaat endişesiyle üçüncü kimselere karşı iyilik ve alâka yekdiğerile birleşir ve bu suretle ferdi - hususî menfaatle fazilet arasında bir âhenk teessüs eder. Bu itibarla fazilet, sadece faziletli kimseyi saadete ulaştırmakla kalmaz, aynı zamanda topluluğun refah ve saadetini de sağlar, fena temayüller, kötülükler, ferdi bedbaht eder ve cemiyetle fert arasındaki bağları çözer. «Shaftesbury» ye göre kötülük, antisosyal temayüllerin faaliyettir. Shaftesbury, kötülükleri üç kategoriye ırcâ etmektedir:

1) İctimalî temayüller ya zayıftır veyahut noksandır (hatalıdır).

2) Hususî ve egoist temayüller, haddinden fazla kuvvetlidir.

3) Temayüller ferdin hususî menfaatlerine müteveccih olmadığı gibi onun mensup olduğu (cins) in umumî menfaatine de müteveccih bulunmaz.

Hülâsa kötülük, hem zatî refah ve saadetin, hem de cemiyetin refah ve saadetinin ihlâlî neticesini tevliid eder. Halbuki «Shaftesbury» ye göre, insanla beraber doğan «sosyal temayül» veya «sosyal ruh» ahlâkî kıymet hükümlerinin kaynağıdır.

Gerçi, Shaftesbury» de rasladığımız «hususî ve ıctimalî menfaatlerin birleşmesi» fikrini «Jhering» in sosyal felsefesinde de görüyoruz. Fakat «Jhering» e göre ahlâkî duygu temel mahiyette değildir. Temel mahiyette olan egoist duygudur. Egoist duygu, doğrudan doğruya kendi saadetini istihdaf eder ve kendi saadetini istihdaf etmekle de heyetî ıctimaliyenin saadetini tervic etmiş olur. Yalnız herhangi bir suitefehhüme mahal kalmamak üzere şu ciheti ilâve etmek ıcap eder ki, egoizm sadece egoist - sosyal manivelâların (ücretin ve cebrin) âmîlidir. Halbuki ahlâkî - sosyal manivelâların (vazife duygusu ve sevginin) şartını egoizmin inkârı teşkil etmektedir ki (Jhering) e göre bu, yani ahlâkî duygu egoizmin feykinde bulunmaktadır. Yalnız ücret ve cebir ve egoizm cemiyet hayatının en iptidai şartını teşkil ettiği için (Jhering) in nazarında temel mahiyettedir.

zamanda cemiyetin refah ve saadetini de terviç etmektedir. Çünkü cemiyet, payidar olmak için egoizmde kendi gayelerine karşı bir alâka uyandırmakta, ona istediği bedeli vermektedir; işte böylece egoizmi kendi hizmetine tahsis ederek payidar olmaktadır. Gerçi (Jhering) ahlâk duygusunu, ahlâkî - sosyal âmilleri egoist âmillerin fevkinde addetmektedir. «Egoist nefis» i inkâr, diğerendişlik egoizmden daha kıymetlidir. Fakat buna rağmen fertte, cemiyetin gayelerine karşı bir alâka uyandırarak onu içtimâî gayeler uğrunda faaliyete sevk etmek için atılacak ilk adım, egoizm denilen sevki tabiiyi ivaz ve cebir gibi vasıtalarla içtimâî gayelere hâdim bir hale getirmektir.

Demek ki «Jhering» in hukuk felsefesinin mihrakını ferdi gayelerle içtimâî gayelerin, egoist menfaatlerle umumun menfaatlerinin birbirleriyle nasıl içtima ettikleri keyfiyeti teşkil etmektedir. Hukuk, devlet ve cemiyet «zati egoist gaye» nin «diğerleri» nin menfaatleriyle birleşmesi esasına müstenittir. Cemiyetin hayat şartlarıyla ferdin egoist hayat şartları arasında bir müvazat mevcuttur. Zati egoist menfaatlerle cemiyetin menfaatleri, içtimâî gayeler arasında bir intibak husule geldiği hallerde insan, kendini ihtiyarî olarak cemiyetin hizmetine hasrû tahsis eder. Cemiyetin temel mahiyetinde olan dört hayat şartını tetkik edersek, böyle bir müvazatı tesbit etmek mümkündür.

- 1) Hayatın muhafazası,
- 2) Hayatın idamesi (neslin üremesi),
- 3) Çalışma,
- 4) Muamelât,

İnsanda bu gayelerin, bu şartların tahakkukuna yarayan üç kuvvetli sevki tabii vardır:

- 1) Nefsi muhafaza sevki tabiisi,
- 2) Seksüel sevki tabii,
- 3) Kisbû kâr sevki tabiisi.

Bazan cemiyetin mezkûr hayat şartlarıyla insandaki sevki tabiiler arasında bir âhenksizlik husule gelebilir. Bu takdirde cemiyet kendi hayat şartlarını korumak için devletin hukukî cebrinden, hukuk nizamından istifade eder. (Jhering, Der Zweck im Recht I, 352 ve müt.).

Hulâsa «Jhering» e göre beşerî cemiyet, ferdin egoizmi ile cemiyetin [diğerlerinin] egoizmi dediğimiz tezaadın telifi esasına müstenittir. Gerek beşerî cemiyet, gerek beşerî kültür «dünya insan içindir ve insan dünya içindir» kazıyyesine dayanır. Diğer taraftan cemiyet deyince, cemiyetin hayat şartlarının, hayati menfaatlerinin heyeti mecmuası anla-

şılmaktadır. Devlet ve hukuk, «cemiyyetin hayat şartlarına hâdim olma» zaviyesinden tetkik edilmektedir. İçtimai gayeler cemiyyetin, devletin hayat şartlarıdır. Daha doğrusu topluluk hayatının gayeleri aynı zamanda devletin vazifeleri cümlesindedir. Cemiyyet içindeki menfaatler, bu gayenin ışığı altında mütalâa edilmektedir. Gaye zaviyesinden bir menfaatin meşruiyetini tesbit etmek için hangi kıymet ölçüsü talep edilmektedir? Bir menfaatin meşrû veya gayri meşrû olduğunun tesbitine yarayacak bir ölçü lâzımdır. Bu ölçünün ne olduğu ciheti, «Jhering» tarafından meskût geçilmiştir.

Görülüyor ki «Jhering», bir bakıma, hukuk sahasında hukukî pozitivizmi aşarak bir hukuk idesi taharrisine tevessül edememiş, diğer taraftan ahlâk telâkkisinde de, ancak, sosyal karakter taşıyan relâtif bir ütilitarizmden daha ileri gidememiştir.

(Jhering) in fikirleri, «sübjektif hak» yerine menfaatin kaim olması yolundaki temayüllere müessir olmuştur[1]. «Sübjektif hak» memfu-

[1] Jhering'e göre menfaat, sübjektif hakkın nüvesini teşkil etmektedir. Ve sübjektif hak da müstakil bir kıymetli tazammun etmektedir. Bu müstakil kıymetin muhtevası hukuk felsefesi bakımından kavranmaya çalışılmıştır. «19» uncu asırda iki cereyan görüyoruz. Bunlardan biri hak sahibini, hak âmilini alâkanın mihrakı haline getirmekte, esas ittihaz etmektedir. Hak hâmilline mümkün olduğu kadar geniş ölçüde hürriyet temin edilmek istenmekte, onun tatmin edilmek arzu ve ihtiyacı, onun iradesi kat'î bir rol oynamaktadır. Hak hâmilinin bu arzu ve ihtiyacına, bu iradesine ancak bazı hukuki takyidat yüklenmiş bulunmaktadır. Bu cereyan şu formülle ifade edilebilir: — Sübjektif hak, hukuk nizamı tarafından bahşedilmiş bulunan bir «iradi kudret ve salâhiyettir» (Windscheid).

İkinci cereyanın veya istikametın mümessilleri, merkezi sükleti iradi sahadan, maddî - objektif sahaya, «bahşedilen salâhiyetin muhtevasına» intikal ettirmişlerdir.

İkinci cereyanın mümessillerine göre alâkadarların arzu ve iradeleri daha az ehemmiyetli haliz bulunmaktadır. Onların nazarında kat'î rol oynayan âmîl, hayatın nimetlerinin tevziinden ve bu tevziin himayesinden ibaret bulunmaktadır. Bu sebeple sübjektif hak, hukukan himaye edilmiş bulunan menfaattir (Jhering) in nokta nazarı). Jhering, menfaatli, sübjektif hakkın mihrakına vazettikten maada bir de «gaye» mefhumunu, objektif hukukun temeli haline getirmiştir. Böylece (Jhering) bu ikinci istikametın alemdarı olmuştur.

(Jhering) in hukuk felsefesindeki ehemmiyetini, nazariyesinin takdir ve tenkidini, felsefi bakımdan, tetkikatımıza mevzu ittihaz etmeden önce, sistemini bir de umumî hukuk tarihi içinde ayrıca mütalâa edeceğimizden burada daha fazla izahat vermiyoruz. Yalnız şu kadar ilâve etmek icap eder ki buraya kadar (Jhering) in nazariyesini sistematik ve felsefi - sosyolojik bakımdan tetkik ettik. Hukuk felsefesi ba-

mu yerine menfaat mefhumunu ikame etmek alelâde bir vâkıayı, münhasıran fiili bir vaziyeti meşrû bir vâkıa haline, daha doğrusu hukukî bir ölçü haline getirmekten başka bir şey değildir. Filvaki «Jhering» e göre sübjektif hak, hukukun himaye ettiği bir menfaattir. Fakat bir menfaatin hangi şartlar altında meşrû ve bu itibarla sübjektif bir hak olduğu ciyeti izah edilmemektedir, Ancak bu noktanın aydınlatılmasiledir ki menfaat mefhumu, sübjektif hak mefhumu yerine ikame edilebilir.

(Jhering) in nazariyesini bir taraftan hukuk tarihi içinde kavramadan ve diğer taraftan hukukî - felsefi bakımdan takdir ve tenkid etmeden önce bir de bu meşhur hukuk mütefekkirinin diğer bir eserinin muhteviyatının en mühim noktalarını kısaca izah edelim:

(Jhering) in bu eserinin ismi «Der Kampf ums Recht» dir.

Bu eser Türkçeye tercüme edilmiş bulunmaktadır. Serlevha «*Hukuk Uğrunda Savaş*» diye tercüme edilmiştir. Fakat kanaatimizce «Hak Uğrunda Savaş» demek daha doğru olsa gerektir. Bunun sebebi, eserin tetkikinden kolayca anlaşılır:

(Jhering) in hukukta gaye eserinde izah ettiği «Cemiyetin temel kanunları ve mekanizması» bahsinden sonra bu ikinci eserinin esas mevzuunun neden ibaret bulunduğuna bir iki kelime ile temas edelim:

'Jhering) in, popüler - ilmi bir karakter taşıyan «*Hukuk (hak) Uğrunda Savaş*» namındaki eseri çok şöhret kazanmıştır. Hukukun hedefi sulh ve sükündür, tevazündür, âhenktir. Bu hedefe isal eden vasıta «*mücahede*» dir. Dünyada her hak mücahede, mücadele ile kazanılmıştır. (Jhering Der Kampf ums Recht, s. 1-2).

Hukukî mücahede (mücadelede) mevzuu bahsolan şey, normal olarak, sadece dava mevzuu değildir. Daha ziyade davaların ideal bir gayesi vardır. Şahsın, kendini, hak duygusunu müdafaa etmesi, yani hakkını müdafa ve iddia etmesi! (Jhering, Der Kampf ums Recht, s. 19). Yahut bunu şu şekilde de ifade etmek mümkündür: Haksızlığa karşı mukavemet, haksızlığa karşı isyan!

..... Fakat tecrübe bize çok defa gösteriyor ki, aynı vaziyette bulunan başka kimseler, tamamiyle bunun aksine hareket etmektedirler: Huzur ve sükûnu, uysallığı hak uğrunda yorucu bir savaşa, güçlkle iddia ve müdafaa edilebilen bir hakka tercih etmektedirler. Acaba bu neden ileri gelmektedir. Hakkını aramayan insanlar hakkında vereceğimiz hüküm ne merkezde olmalıdır? Meselâ şöyle bir noktai nazardan hareket edilebi-

kimından ehemmiyetini tebarüz ettirip tenkidini yapmadan evvel bir de hukuk tarihi içinde mütalâa etmeği lâzım ve zarurî addediyoruz ki buna da müteakip izahatımızda mübaşeret edeceğiz.

lır: Haksızlığa karşı isyan etmek şahsî zevk ve mizaç meselesidir. Bazı kimseler fıtratan kavgacıdırlar, mücadelecidirler; bazı kimseler ise uysaldırlar, sulhperverdirler. Hukukî zaviyeden tetkik edildikte bu her iki tip insanın görüşüne hürmet etmek lâzımdır. Çünkü hukuk, hakkını dermeyan edip etmemeyi veyahut hakkına bizzat ihanet edip etmemesi hak sahibinin takdirine bırakılmaktadır. Yani hukuk, hiç kimseyi arzusu hilâfına hakkını aramaya icbar edemez.

«Jhering», pek haklı olarak, bu noktâi nazarı reddetmektedir. (Jhering, Der Kampf ums Recht, s. 20).

Çünkü böyle bir tarzı hareket, hakkın (derunî) mahiyetine aykırıdır. Eğer bu noktâi nazar umumî bir kanun olsaydı, yani taammüm etseydi, o vakit hak, hukuk denilen şey tamamile ortadan kalkardı. Çünkü hukuk payidar olabilmek için haksızlığa karşı erkekçe mukavemeti icap ettirir. Halbuki yukarıdaki telâkki, haksızlığın önünden kahpece kaçmayı telkin etmektedir. Binaenaleyh böyle bir telkine karşı şu kazıyyeyi ikame etmek lâzımdır: Haksızlığa karşı isyan ve mukavemet bir vazifedir:

1 — Evvelâ hak sahibinin, kendine karşı bir vazifesidir. Çünkü böyle bir mukavemet, insanın ahlâkî muhafazâi nefsinden (ahlâkî şuurdan) sudur eden bir emirdir.

2 — Saniyen heyeti içtimaiyeye karşı bir vazifedir. Çünkü hakkın kendi mevcudiyetini iddia edebilmesi için haksızlığa karşı isyan ve mukavemetin umumî olması lâzımdır.

Binaenaleyh hak uğrunda savaşmak hak sahibinin kendine karşı vazifesidir. (Jhering, Der Kampf ums Recht, s. 20-46). Hak uğrunda savaşmak aynı zamanda cemiyete karşı vazifedir. (Jhering, Der Kampf ums Recht, 46 ve müt.). Herkes - cemiyetin nef'ine olarak - hak uğrunda savaşmak için doğmuş bir mücahittir.

Hukuk tarihi içinde «Jhering»in sistemi.

a) *Tabii hukuk mektebi ve tarihi hukuk mektebi:* «Jhering» in sistemini, hukuk felsefesinde olduğu gibi hukuk tarihi içinde de kavramağa çalışırken tarihi hukuk mektebine veya diğer tâbirle tarihi - filolojik mektebe bir nazar atfetmek gerekmektedir. Tarihi hukuk mektebini, tabii hukuk mektebinin hasmı olarak görüyoruz. İnsan, şu veya bu müsbet kanunun, müsbet ahkâmın fevkinde bulunan bir kudret ve kuvvetin mevcudiyetini kabule daima temayül göstermiştir. Aynı zamanda müsbet ahkâmın fevkinde bulunduğu kabul edilen bu kudret ve kuvvete de hukuk deniliyordu. Biz buna, Aristo'da, Thomas d'Aquin de, «Gaius» un «institution» larında rastgeliyoruz. Fakat 17 nci asrın sonlarile 18 inci asırda

«tabii hukuk» telâkkisi bir «tabii hukuk mektebi» haline gelmiştir. 17 nci ve 18 inci asırlarda tabii hukukun bir mektep haline gelmesi keyfiyeti de, zamanın umumî zihniyetinin tabii tezahürlerinden biri olmasından ileri gelmektedir. Hukuk ve hukuk felsefesi tarihlerinde bu devre, bir tabii hukuk devri denilebilir. Bu devirde «tekmil hayat», her şeyi ihtiva ve ihata eden tabiate ircâ ediliyordu. Bu devirde yalnız bir «tabii hukuk» fikri değil, aynı zamanda bir «tabiat felsefesi» de müdafaa ediliyordu. Bu devrin parolası: Tabiattan hoşlanmak ve sevinç duymak; tabiati bilmek ve tanımak, tabiatle kaynaşmak; «hayatı tabiatta aramak» idi.

17 nci ve 18 inci asırlar tabiat ilimleri asrıdır. «Newton» fiziği bu asırların ilim ve tefekkürüne hâkimdir. Bu asırlarda tabiatın, klâsik fiziğin kanunlarına göre idare edildiğine inanılır; ve yine bu devirde klâsik fiziğin bu kanunları beşerî sahaya da tatbik edilmiştir. Bu asırların felsefesi devlet ve hukuk sahasında da, tıpkı tabiat sahasında olduğu gibi, mutlak şekilde câri olan kanunların mevcut olduğuna kanidir [1]. Bu devir, tabii ilimlerin doğum saatinin gelmiş olduğunu müjdeleyen bir devirdir. Ve bu tabiat ilimleri devri zaruretle bir tabii hukuk devridir. Diğer taraftan bu tabii hukuk devri, Katolik kilisesinin tabii hukuk nazariyesini tarsin etmiş olan skolastik devirle mukayese edilebilir. Bu devirde de tabiate hâkim bir rol atfedilmekle beraber, 18 inci asrın tabii hukuk nazariyesi, bilhassa skolastiğin bu tabii hukukundan gittikçe artan bir sarahat ve barizlikle ayrılmış, nihayet onun karşısına açık bir antitez halinde dikilmiştir: 18 inci asrın tabii hukuku Allaha değil, akla dayanan bir tabii hukuktur. Bu keyfiyet, tabii hukukun teolojik sistemden ayrılması mânasını tazammun eder. Böylece tabii hukuk, müstakil-hukukî bir karakter iktisap etmiştir. Tabii hukukun, teolojik karakterden yavaş yavaş nasıl sıyrıldığı ciheti şayanı dikkat olmakla beraber mevzuumuz dışında kaldığından burada ayrıca temas etmiyoruz. Yalnız şunu işaret edelim ki, artık tabii hukukun temeli olarak Allah yerine, akıl kabul ve ikame ediliyordu. Bu netice, - yeni doğan tabii ilimlerin bir eseriydi. - Tekmil hayatın, hukuk da dahil olmak üzere, riyazî metodla taharri ve tahkik edilmesi lâzım geldiği fikri ileri sürülüyordu. Bu vaziyet karşısında artık teoloğların, «diyalektik istidlâllerine» ve akidelerinin istinad ettiği metoda hacet kalmamış bulunuyordu.

Yukarda tarihi - filolojik mektebin, tabii hukuk mektebine karşı hasmane bir tavır takındığı işaret edilmişti. Acaba bu hasmane vaziyetin noktai hareketini nerede aramak icap eder? Tabii hukuk pratik sahada kıymetlendirilmeğe teşebbüs edildiği zaman spekülâsyona müracaat edil-

[1] (Ernest von Aster, Hukuk Felsefesi Dersleri, 1943, s. 213).

mişti. Ve bu spekülasyon neticesinde bulunan prensipler ve kaideler Devletlere ve vatandaşlara bir rehber vazifesi göreceklerdi. Bu keyfiyet, ius naturae ve ius positivum tezdadını doğurmuştur. Bunlardan yalnız birincisi değişmez ve ebedî, diğeri ise değişir mahiyettedir; binnetice aşağı kıymette bulunmaktadır. Bu sebeple hakikî filozofu yalnız tabii hukuk alâkadar eder. Hakikî filozof «ius positivum» a bakmaya bile tenezzül etmez. İşte spekülâtif bir şekilde aranıp bulunan, zamanın fevkinde olan (yani oluş halinde bulunmayan, fakat daima mevcut olmuş bulunan) bir hukukun lehine olarak tarihin seyri içinde doğan ve inkişaf eden (müspet) hukuka muhakkirane bir eda ile bakmak keyfiyetidir ki tabii hukuka karşı cephe alınması neticesini tevhit etmiştir. Bu noktada tarihî - filolojik veya tarihî hukuk mektebini, tabii hukuk mektebinin hasmı olarak görüyoruz.

Maamafih buna rağmen tabii hukukun hukuk ilminin gelişme seyri üzerindeki tesiri çok büyük olmuştur. Tabii hukuk, hukuk ilminde yalnız ortaçağdan kalma gerilik, zulmet ve taassup artıklarının izalesine değil, aynı zamanda sistematığın de kuvvetlice terakki ve inkişafına hizmet etmiş, bilhassa hukuku ilk defa olarak hukukun dışında bulunan bir «görüş» ve tarassut noktasından tetkike tâbi kılmıştır.

b) Tarihî Hukuk Mektebi:

Tabii hukuka karşı cephe almış bulunan tarihî hukuk mektebine 19 uncu asırda rastgeliyoruz (Tarihî-filolojik mektep). «Karl Friedrich von Savigny» tarihî hukuk mektebinin kat'î zaferini ilân etmeden çok evvel, 18 inci asırda, bu mektebin köklerini tesbit etmek mümkündür. (Montesquieus), kanunların hakikî ruhu namındaki nazariyesile *tekmil* «yasama faaliyet» lerinin şartlara bağlı olduğunu; muhite, iklim, milli ve ırkî hususiyetlere tâbi bulunduğunu izah etmiş, böylece amprik hukukun fevkinde mer'î bir tabii hukuka karşı beslenen iman kesin olarak yıkılmıştı. Hukuka artık tarihin seyri içinde «olan ve gelişen» bir kıymet nazarile bakılmaya başlanmıştı. Hukuk, ezeldenberi mevcut, değişmeyen veya sadece aklın içinde bulunan ve ancak bu şekilde tasavvur edilen bir şey değildir, o bilâkis tarihî bir varlıktır.

«Montesquieus» den maada «Lessing» in tefekkür hayatına dahil ettiği tarihî - intikadî görüş, yavaş yavaş hukukî tefekkür âleminde de tesirlerini göstermeğe başladı. Bunu müteakip 18 inci asrın sonlarında «Göttingen» de profesör «Hugo», etrafındaki meslektaşlarının tarihî nazarı itibare almıyan tefekkür tarzlarından ayrılmış ve Roma hukuku kaynaklarının daha kat'î şekilde kavranması ve tetkik edilmesi fikrini

müdafaası etmiştir. Nihayet, yukarıda da işaret edilmiş olduğu veçhile, Savigny, tarihi hukuk mektebinin kat'î zaferini tesis etmiştir.

Tarihi hukuk mektebi, bilhassa Savigny, Heidelberg üniversitesi profesörlerinden «Justus Thibaut» nun fikirlerine karşı cephe almakla, tarihi mektebe bir hamle kudreti sağlamıştır. Thibaut'nun telâkkisine göre aynı, müttehit kanunlar, aynı örfleri ve teamülleri doğururlar, ve âdetlerdeki bu müsavat ve vahdet, milli sevgi ve milli sadakat üzerine daima sihir-kâr bir tesir icra etmiştir. «Savigny», bilhassa bu cümlelerin ilk kelimelerinde (aynı kanunlar) büyük bir isabetsizlik olduğunu ileri sürmüştür: - normal ahvalde tekmil hukukun, kanunlardan sudur ettiği büyük bir hatâdır. Bilâkis hukuk, milli örf ve teamüllerden doğmuş ve yavaş yavaş, safha safha tekâmül etmiştir. Bu keyfiyeti Romalıların hukukunda görmek mümkündür. Netice olarak şu felsefî fikir, doğmaktadır: «Hukukun kendi başına mevcudiyeti yoktur. Daha ziyade hukukun varlığı ve mahiyeti, bizzat beşerî hayatın hususî bir cepheden görünüşünden başka bir şey değildir.»

Tarihi hukuk mektebi bir çok noktalarda, bilhassa karakterindeki canlılık ve hamle kudreti, büyük bir faaliyet ve hevesle yeni kaynaklar keşfi, eski metinlerin geniş ölçüde yeniden basılıp yayınlanması bakımından, «ümanizm» e benzemektedir. Diğer taraftan tekmil hukukun milli ruhta veya halk ruhunda meknuz bulunduğu ve ancak bu suretle hakikî milli bir hukukun doğabileceği telâkkisinin cazipliği inkâr edilemezse de çok geçmeden bu tarihi mektebe, filolojik bir ruh hâkim olmaya başlamış ve bunun neticesinde dar bir mefhumlar âlemine girilmiş ve hayatın pratik tezahürlerinden uzaklaşmıştır. Böylece «mefhumlara istinat eden bir hukuk ilmi» başlamış bulunuyordu ki bunun tesirleri de zamanımıza kadar devam etmiştir. Nihayet tarihi hukuk mektebi vazifesini ifa edip devrini ikmal ettikten sonra gayesinden ayrılıp müfrit şekiller almış bulunması yüzünden inhilâl etmiş, yerini «menfaatlere istinat eden» bir hukuk telâkkisine bırakmıştır.

c) Tarihi hukuk mektebini, bilhassa mefhumlara istinat eden bir hukuk ilmini müdafaası eder hale geldikten sonra, «menfaatlere istinat eden bir hukuk ilmi» takip etmiştir. Böylece mefhumlara istinat eden hukuk ilminin mihrakında bulunan «mantıkî sıhhat» prensipi yerine «gaye» prensipi kaim olmuştur. Mihrakında «gaye ve fayda» prensibinin ütilatirist görüşün bulunduğu istikametini ortaya attığı mesele şu idi: Hukukun bana (cemiyete) temin ettiği fayda nedir? Hukukun faydası nedir? Bu istikametini en mühim mümessili (Ihering) dir. Ihering hukukun arzettiği şekillerin maddî muhtevalarını tesbite çalışmış, yavaş ya-

vaş kendini «*fermal olan*» dan kurtarmıştır. Sübjektif hukukun mihra-kına «*menfaat*» vazedilmiş, gaye ise objektif hukukun rehberi haline getirilmiştir. («*Dernburg*» da da gayeye dayanan bir hukuk telâkkisine rastgeliyoruz.)

Gaye ve fayda mefhumları temel haline getirilmekle hukukî hayata münhasıran egoist bir karakter verildiği derkârdır. «*Gaye ve fayda*» ya merkezî ehemmiyet izafe edilmesinin zayıf taraflarına (Ihering) in sistemini takdir ve tenkid ederken temas edeceğimizden burada ayrıca üzerinde durmuyoruz.

(Ihering) in hukuk felsefesindeki ve hukuk tarihindeki ehemmiyetini müteakip kısımlarda tetkik ve tahlile devam edeceğiz. Yalnız şunu söyleyelim ki Ihering, tarihî hukuk mektebinin programatik şekilde iddia ettiği şeyi müşahhas olarak göstermiş ve onun vazifesini ikmal etmiştir. Fakat sadece ikmal etmekle kalmamış, bilâkis «*hukukta gaye*» namındaki eseri ile tarihî hukuk mektebini aşmıştır.

Ihering'in hukuk nazariyesinin hukuk felsefesindeki mevki

Ekseriyetle Ihering'in felsefî istikametinin rationalist veya ütilitarist veya sosyolojik bir karakter taşıdığı söylenir. Gerçi bu hükümlerden hiç biri yanlış değildir, fakat eksiktir. Çünkü Ihering'in *rationalizmi tarihî* karakteri haizdir ve böylece tabii hukukun tarihî karakter taşımayan rationalizmine taban tabana zıddır. Nazariyesinin istinat ettiği ütilitarizm sosyal vasfı haizdir. Ihering'in sosyolojisi (Auguste Comte'un sosyolojisi gibi, natüralist esaslara değil, kültür kanunlarına müstenit bulunmaktadır. Bu üç vasıf, Ihering'in hukuk felsefesinin tarihî, felsefî bir istikamete dayandığına delâlet eder. Bu vasıfları taşıyan Ihering'in hukuk felsefesi, 19 uncu asırda karşılaşılan diğer üç istikamete tarihî hukuk mektebî, yahut hukukî tarihçilik; Hegel'in telâkkisi yahut felsefî tarihçilik; maddî tarih telâkkisi yahut tarihî maddecilikle mukayese edilirse, şu neticeye varılır:

1 — Ihering'in hukuk felsefesi sahasındaki büyük hizmetlerinden biri de tarihî hukuk mektebinin hukukun teessüsü hakkındaki nazari görüşüne karşı cephe almış bulunmasıdır. Kendisi tarihî hukuk mektebini aşmış ve onun programını, vazifesini tahakkuk ettirmiş bulunmaktadır. Tahakkuk ettirmiştir: Çünkü tarihî hukuk mektebinin nazari programatik şekilde iddia ettiği, fakat müşahhas olarak ve münferiden ispat etmek teşebbüsünde bulunmadığı noktayı, yani hukukun milli ruhla münasebet-

tar olduğu, bunların arasında bir illiyet rabıtası bulunduğu cihetini, Roma hukukunun Ruhu namındaki meşhur eserinde mükemmel surette göstermiştir.

Fakat her tarihî araştırma sağlam sistematik bir temele muhtaç olduğu için Hukukta gaye namındaki eser meydana gelmiş ve böylece tarihî hukuk mektebi aşılmıştır. Çünkü Ihering'e göre hukukun tekevün ve inkişafında âmil olan milli ruh yerine «*gai şuurla mücehhez irade*» nin ikame edilmesi lâzımdır. Burada, daha doğrusu cemiyetin tarihin seyri içinde değişen hayat şartlarını ihtiva eden ampirik gaye, hukukun tekâmülünü tayin eden sebeptir. Bu suretle Ihering'in hukuk felsefesinde tarihî hukuk mektebinin irrationalizmine karşı bir rationalismin yükseldiğini görüyoruz.

2 — Bu noktada Ihering'in rationalizmini «Hegel» in rationalismin-den veyahut felsefî tarihçilikten ayırmak lâzımdır. Gerçi Hegel gibi Ihering de tarihi rationalize etmektedir. Fakat onu Hegel'den ayıran cihet, kendisinin metafizik ayniyet nazariyesinden ve dialektik methoddan tamamiyle ayrılmış olmasıdır. Bunların yerine içtimaî hayatın phaenomenlerinin ampirik - positivist şekilde tetkik ve taharrisi kaim olmuştur. İşte bu tetkik ve taharrinin neticesini ifade eden şu cümle mühimdir: Tekmil hukuku yaratan gayedir. Aynı tetkik ve taharrinin neticesinde de hukukun şu tarifi doğmuştur: Hukuk, cemiyetin hayat şartlarının - devletin cebrî kudretine müsteniden - garanti edilmiş şeklidir.

3 — Nihayet Ihering'in hukuk nazariyesiyle maddî tarih telâkkisini yekdiğeriyle mukayese edecek olursak, şu neticeye varırız: Vakiâ tarihî maddecilik de tarihî - felsefî bir karakter taşımakta ve Ihering'in nazariyesinde olduğu gibi hukukun cemiyet içinde tekâmülünü kavramaya çalışmaktadır. Hukukun tarihin içinde oluşunun kavranması her iki sistemin mihrakını teşkil etmektedir. Fakat Ihering, bu problemi derin ve çok şumullü bir şekilde halletmektedir. Tarihî maddecilik, hukukun tekâmülünün yalnız ve bilâ istisna iktisadî şartlara dayandığını iddia ediyordu. Ihering ise hukukun tekmil kültürel şartlarını araştırmakta ve bu meydana bizatihî hukukta meknuz objektif ve teknik şartları da takdir etmektedir. Ve böylece içinde egoizmin, örfün, ahlâkın, hâkimiyetin, normun ve cebrin bir vahdet hâlinde birleştikleri muazzam bir tablo, hukukun felsefî bir tablosu meydana gelmiş bulunmaktadır. (Max Ernst Mayer, Rechtsphilosophie, tarihî kısmı, s. 14-15).

TAKDIR VE TENKİD

a) *Ihering'in nazariyesi ve hukuk idesi meselesi:*

Ihering, pozitivismizin çerçevesi içinde kalmıştır. Çünkü Ihering'in nazariyesi felsefî değil, tarihî-sosyolojik bir karakter taşımaktadır. Nazariyesinin mihrakını teşkil eden ve hukuku yaratan bir kuvvet olarak gösterilen «gaye» trans-ampirik, daha doğrusu apriorik bir gaî ide değil, bilâkis, beşerî-egoist gaye vaz'ı dediğimiz ampirik bir vakıâdır. *Ihering'e göre bu gaye, illiyetin zıt ve mukabili değil, bilâkis umumî illiyet kanununun hususî bir nev'idir. -Gaî illet-causa finalis-. Bu suretle Ihering'in methodda monisme istinat ettiği görülmektedir: Bir tek ilmî tetkik ve müşahede şekli vardır. O da illî müşahede şeklidir. Teleolojik tetkik ve müşahede yolu veya gaî usul, illî usulün beşerî fil ve hareketlerin illiyetine tatbikinden başka bir şey değildir. Hukuk idesinin taharrisinde zarurî bulunan methodda düalizmi, Ihering'de göremiyoruz. Çünkü hukuk idesi araştırılırken hukukun ampirik şe'niyeti yahut hukukî şe'niyet karşısına normatif bir hukuk ölçüsü, hukukî bir kıymet ölçüsü ikame etmek lâzımdır. Hukuk felsefesinin ruhunu teşkil eden kıymet sistemleriyle gayet sıkı münasebettar bulunan hukuk idesi probleminin halli bizzarure hukukî şe'niyet ve hukukî kıymet düalizmini şart koşmaktadır.*

Mamafih bu eksikliğe rağmen Ihering, modern hukuk felsefesine bir intikal noktası teşkil etmektedir: Ihering'in takip ettiği yolun mebdesinde Savigny'nin irrationalismî bulunmaktadır. Bu yol Hegel'in rationalizminden geçmekte ve gerek Hegel'in gerek Savigny'nin sistemlerinin müşterek vasfı olan «methodda monizm» in aşılması keyfiyetine kadar dayanmaktadır. Fakat Ihering, methodda monizmi aşarak methodda düalizme yine ulaşamamıştır.

b) *Düalist bir metoda istinaden a priorik bir hukuk idesi taharri edilmemesinin neticeleri:*

Hukuk felsefesini, hakikaten hukuk felsefesi yapan şey, onun mihrakında bir hukuk idesinin bulunması keyfiyetidir. Bir hukuk idesi taharrisinden müstağni bulunan hukuk nazariyelerine hukuk felsefesi vasfını izafe etmenin doğru ve musip olamayacağı kanaatindeyiz. Bunların umumî hukuk nazariyesi veyahut hukuk sosyolojisi namı altında toplanmaları daha muvafık olsa gerektir. Eğer hukuk idesiyle, hukukun a priori'si kastediliyorsa, bu takdirde hukuk idesinin trans-ampirik sahada aranması icap eder. O halde Ihering'in ampirik sahada aradığı ve bulduğu gaye

- ki bu cemiyetin tarihin seyri içinde daima değişen ve gelişen hayat şartlarını ihtiva etmektedir - bir hukuk idesi addedilemez. Fakat buna mukabil hukuk idesinin ampirik sahadan da istihraç edilebileceği ve böylece hukuk idesinin ampirik bir gaye karakterini taşıyabileceği ileri sürüldüğü takdirde, Ihering'in hukukun ampirik gayesi olarak kabul ettiği cemiyetin menfaatleri ve hayat şartlarını, hukukun ideali olarak nazarı itibara almak mümkündür. Fakat ampirik gaye ile hukuk arasında illi bir rabıta mevcut olduğu, yani gayenin hukukun ayarlandığı bir kıymet ölçüsü değil de, bilâkis illi şekilde tayin edildiği bir merci karakterini taşıdığı ileri sürülürse, mezkûr gayeye bir ide vasfını izafe etmek doğru olamaz. Çünkü ide regülâtif mahiyettedir, halbuki Ihering'in ampirik gayesi hukuku tayin eden gaf bir sebep, konstitütif mahiyette bir kategoridir.

Görülüyor ki Ihering, muhtevası değişen, veya değişmiyen a priorik, yani mahz akıldan sudur eden, ampirik hukuka kıymet ölçüsü vazifesini gören bir hukuk ideali aramamaktadır. Sadece hukukun fiilen her zaman ve her yerde hizmet ve takip ettiği ampirik bir gayeyi tesbite çalışmaktadır. Kendisinin hukuk felsefesi bundan ileri gidememiştir. Cemiyetin herhangi bir hayat şartının teminine hizmet eden her hukukî irade ve kaide şayanı kabuldür, meşrudur. Demek ki ister yazılı olsun, ister olmasın müsbet hukuka müteallik herhangi bir kaide veya hükmün meşruiyeti meselesi, cemiyetin hayat şartlarına veya menfaatlerine hâdim olup olmadığı noktai nazarından halledilmeğe çalışılmaktadır. Demek ki fayda ve menfaat esasına müsteniden hukuk hakkında bir kıymet hükmü verilmekte, hukukun kıymet ölçüsü fayda ve menfaat temeline dayanmaktadır; Ihering, bir menfaatin, gaye zaviyesinden meşruiyetini tesbit etmek için matlup ölçünün ne olduğu cihetini meskût geçmektedir. (Mukayese ediniz: bu etüt s. 16) Ampirik hukukun cemiyetin hayat şartlarıyla bizzarure taayyün ettiği keyfiyeti içtimaî hayatın phaenomenlerinin muayyen bir noktasını izah bakımından doğru olabilir. Fakat içtimaî bir phaenomenin illi izahı ile onun hakkında verilecek kıymet hükümleri başka başka şeylerdir. Bir şeyin kabili izah oluşu ile meşruiyeti, ahlâki ideel kıymeti aynı şeyler değildir.

Intikâdi method ve Ihering

Ihering'in hukuk felsefesinin diğer bir noksan tarafı da, bu sistemin intikadî metodu ihmal etmesi keyfiyetidir. Ihering, sisteminde deskriptif bir yol takip etmektedir.

Ihering'in intikadî metodu ihmal etmesinin sebebi, kendisinin düa-

list görüşe istinat eden «hukukî şe'niyet ve hukukî kıymet ölçüsü tefrikinden» sarfınazar etmiş olmasına hamledilebilir. İntikadî metodun ihmal edilmiş olmasının neticelerine gelince: Bir kere belirtilmiş olduğu veçhile müsbet hukukun ölçüldüğü a priorik bir hukuk idesi kabul edilmemektedir. Saniyen mahz hukuk mefhumu ve ampirik hukuk mefhumu diye bir tefrik yapılmamaktadır. A priorik bir hukuk idesinin eksikliği Ihering'in hukuk nazariyesine bir hukuk sosyolojisi manzarası vermektedir.

Buraya kadar olan izahatın neticesi: Ihering'in mevzuu bahsettiği gaye, müsbet hukuk kaidelerine kıymet ölçüsü vazifesini gören trans-ampirik bir ide veya gaî bir ide değildir. Bilâkis ampirik karakter taşıyan bu gaye ile hukuk arasında bir illiyet rabıtası vardır, ve bu itibarla gaye, hukuku yaratan bir âmildir. Gaye tâbiriyle, cemiyetin tarihin seyri içinde değişen hayat şartları veya menfaatleri kastedilmektedir. Bu gaye, beşerî fiil ve hareketleri daima ve bilâ istisna tayin eden illi bir temeldir.

Ihering'in gaye nazariyesi gerek psikolojik gerek tarihî bakımdan da temamiyle vârit değildir

Tekmil beşerî fiil ve hareketlerin gaye kanunu tahtında tekevvün ve inkişaf ettiği doğru değildir. Herhangi bir kimse, icra ettiği lâalettayin bir fiil ve hareketle şüphesiz bir hedefi, gayeyi istihdaf etmektedir. Fakat beşerî fiil ve hareketlerin hepsi, muhakkak ki muayyen bir gayenin tahakkuku uğrunda vuku bulmamaktadır. Binaenaleyh gaye vaz'ı ve gaye istihdafı denilen şeyler, daima fiil ve hareketin taayyününde kat'î surette müessir olan psikolojik bir âmil değildir. Kısaca gaye psikolojik bir illiyet değildir. Çok defa istihdaf edilen gaye ile hakikaten elde edilen gaye daima birbirinin aynı değildir. Bunlar arasındaki intibak kat'î değildir. İnsanlar çok defa içten gelen bir duyguya, meselâ vicdanî şuura müsteniden hareket ederler. Görülüyor ki, «duygu âmili», vicdanî âmil de fiil ve hareketlerin tekevvün ve taayyününde büyük rol oynamaktadırlar. Bu keyfiyet bilhassa ahlâkî hareketlerde görülmektedir.

2— Ihering'in nazariyesi tarihî bakımdan da vârit değildir. Hukukun tekâmül tarihine bakacak olursak, gerek hukukun doğuşunda, gerek hukukun değişmesinde «gaî şuura» dayanmayan hareket ve âmillerin mühim rol oynadığı görülür.

3— Nihayet, Ihering'in nazariyesinin hareket mebdel kat'iyet ifade etmemektedir. Çünkü ampirik gaye ve menfaat -faide- kategorileriyle hukukun ve devletin mahiyetleri tesbit edilemez. Çünkü ampirik gaye ve

faide mahiyetleri itibariyle objektif değildirler. Halbuki biz hukuk ve devletin objektif olarak ne mâna ifade ettiklerini ve yine objektif olarak ne dereceye kadar meşru olduklarını bilmek hedefini güdüyoruz.. Ampirik - sübjektif âmillerle hukuk ve devletin mahiyeti objektif şekilde kavranamaz. (Berolzheimer, System der Rechtsphilosophie, cilt 2, s. 363 - 364).

Her ne kadar Ihering'in sisteminin temel taşlarını teşkil eden gaye ve faide mefhumları, hukukun ve devletin mahiyetini izah hususunda şayanı itimat bir vasıta addedilemezlerse de ve yine diğer taraftan Ihering'in hukuk nazariyesinde «a priorik bir hukuk idesi» taharrisine rastgelinmemekte ise de, bu sistemin hukuk felsefesinin ezeli ve ebedi problemi olan «hukuk idesi» nin tekrar taharrisine, yani kısaca 20 nci asırda hukuk felsefesinin renaissance'ına bir intikal noktası teşkil ettiği düşünülecek olursa, bu zatın nazariyesinin 19 uncu asır hukuk felsefesi cereyanları içinde mümtaz bir mevki işgal ettiği derhal anlaşılır. Alman hukuk filozoflarından «Gustav Radbruch» ile beraber diyebiliriz ki Ihering'in «Hukukta Gaye» namındaki eserinin yarım kalmasına sebep olan ölümü, kendisinin ilmi tefekkür faaliyetine son vermemiş olsaydı, belki de sisteminin istinat ettiği «methodda monizm» i aşarak hukuk felsefesinde hukukî şe'niyet ve hukukî kıymet sahalarının tefriki icap ettiği, ve böylece müsbet hukuk için hukuk idesinin, bir kıymet ölçüsü olarak, ne büyük bir ehemmiyeti haiz olduğu neticesine varırdı.

Orhan Münir ÇAĞIL