Dr. Hâmide TOPÇUOĞLU

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Doçenti

XX inci Yüzyılda

TABİÎ HUKUK RÖNESANSI

İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort. — ANKARA

1 9 5 3

34985

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

Sahife

1 — TABİÎ HUKUK RÖNESANSININ İZAH VEÇHİ NE OLABİLİR? 1
2 — TERMİNOLOJİ BUHRANI; MEFHUM VE TABİR KARIŞIKLIĞI 2
3 — GÖRÜŞ ZAVİYELERİNİN VE AZİMET NOKTALARININ TAHAVVÜLÜ 7
4 — TETKİK METODU VE ETÜDÜN PLÂNI 15

BİRİNCİ BÖLÜM

XX. nci YÜZYILDA TABİÎ HUKUK RÖNESANSI VE BAŞLICA TEMSİLCİLERİ

— I —

KLÂSİK NAZARİYEYE AVDET TEMAYÜLLERİNİN İLK BELİRTİLERİ

5 — IX UNCU YÜZYILDA TABİÎ HUKUKUN DURUMU 18
6 — İLK RÖNESANS BELİRTİLERİ : A. BOİSTEL 19

A — Hukukun nev'î unsuru: Âdil veya hakh mefhumu (Juste) 20
B — Vazifelerin nevileri: Ahlâkî ve hukukî vazifeler 20
C — Ahlâk prensibinin menşei 20
D — BOİSTEL'in hususiyeti 21

7 — CH. BEUDANT'IN TABİÎ HAKLAR NAZARİYESİNE AVDETİ 22

A — Ferdin Devlete karşı korunması 22
B — CH. BEUDANT'ın hürriyetçi tabiî hukuku 23
C — CH. BEUDANT'ın hukuk ve hürriyet telâkkisi 24
D — Adalet telâkkisi 24
E — Tabiî hukukun ispatı, fonksiyonu, unsurları 25
F — CH. BEUDANT'ın hususiyeti 26

Sahife

8 — STAMMLER'İN MÜTEHAVVİL MUHTEVALI TABİİ HUKUKU 27

A — Doğru hukuk mefhumu 27
B — Doğru hukukun kıstası: Sosyal ideal mefhumu 28
C — Sosyal idealin mütevassıt tahakkuk prensipleri 28
D — «Doğru hukuk»un tipik nümunesi ve tahakkuk vasıtaları 29
E — STAMMLER'in hususiyeti 30

9 — R. SELAİLLES'İN HAKİMİN TAKDİR HAKKI ZAVİYESİNDEN TABİİ HUKUK GÖRÜŞÜ 32

A — R. SALEİLLES'in mes'eleyi vaz şekli 33
B — Tabiî hukuk nedir ve ne değildir 33
C — Tabiî hukukun unsurları hangi metodlarla istihraç edilebilir? 35

a) Teşriî kıyas 35
b) Hukukî mâşerî vicdanın murakabesi 36
c) Mukayeseli hukuk metodu 37

D — R. SALEİLLES'in vardığı neticelerin değeri meselesi 38

10 — J. CHARMONT'UN «TABİİ HUKUK RÖNESANSI» 38

— II —

KLÂSİK NAZARİYENİN ISLAH VE TADİLİ TEMAYÜLLERİ

11 — F. GENY'NİN ASGARİ VE ZARURİ TABİÎ HUKUK TELÂKKİSİ 40

A — GENY'nin mevkii 40
B — GENY'ye göre nazariyenin XX. ci asırdaki durumu ve tabiî hukukun özü 41
C — Tabiî hukukun muhtelif mûtalar arasındaki mevkii ... 42

a) Gerçek mûtalar veya dar mânada tabiî mûtalar ... 42
b) Tarihî mûtalar 42
c) Aklî mûtalar 43
d) Ideal mûtalar 44

D — Mûtalar arasındaki hiyerarşi ve asgarî tabiî hukukun muhtevası olarak adâlet 46
E — Tabiî hukukun metafizik menşei 48
F — Tabiî hukukun zaruriliği meselesi ve dâvanın pragmatik ispat yolu 48

Sahife

G — GENY'nin diğer bazı görüşleri, müsbet mevzuata isyan meselesi ve tabiî hukukun lâyıklaştırılması 50
H — GENY'nin vardığı neticeler 50
a) Tabiî hukukun varlığı ve mahiyeti 50
b) Tabiî Hukukun idrâk edilişi 51
c) Kıymet ölçüsü olarak tabiî hukuk 53

12 — M. HAURİOU'DA BEŞER NEV'İNİN KANUNU SIFATİYLE TABİİ HUKUK **53**

A — HAURİOU'nun rönesans hareketlerini tenkidi 53
B — Tabiî hukukun ilâhiyat zâviyesinden tefsiri 54
C — Tabiî hukuk nazariyesinin bozulması 55
D — Tabiî hukuk nazariyesinin yeniden beşer nev'i mefhumuna raptı 56
E — Muhtelif cemiyetlerde ahlâk farklarının izahı 58
F — HAURİOU'nun vardığı neticelerin değeri meselesi ... 59

12 — (Mükerrer) HAURİOU'DA FERDİYETÇİ SOSYAL NİZAMIN KORUYUCUSU SIFATİYLE TABİİ HUKUK **61**

A — Tabiî hukuk bir adâlet prensibi değil, bir hukuk nizamıdır 61
B — Tabiî hukuk cemiyetlerin ancak muayyen terakki safhalarında tezahür eder 62
C — Nizamla adâlet arasındaki münasebet ve demokratik rejimin hususiyeti 62
D — Tabiî hukukun hususileşmesi onun ideal vahdetini ve sabitliğini bozmaz 63
E — Tabiî hukukun fonksiyonu : Cemiyeti sosyalizm ve komünizmden korumak 64
F — HAURİOU'nun bu esas fikirlerinin tenkidi 64

13 — G. RENARD'IN MÜTERAKKİ MUHTEVALI TABİİ HUKUKU **65**

A — Tabiî hukuk bir idealdir ve içtimaî ahlâkın veya adâletin aynıdır 66
B — Tabiî hukuk aklen ispatı kabil metafizik realitedir ... 67
C — Tabiî hukukun temeli ferdî irade değil müşterek hayırdır 69
D — Mütehavvil muhteva ve değişerek tekâmül etme meselesi 70

Sahife

E — Tabiî hukuk müsbet hukukun ruhudur 72
F — G. RENARD'ın vardığı neticelerin mahiyeti 76

— III —

MODERN NAZARİYENİN İNŞASI DENEMELERİ

14 — LE FUR'E GÖRE HUKUKUN TEMELİ VE TABİİ HUKUKUN ADALET HİSSİ İLE KEŞFİ 74

A — LE FUR'ün mevkii 74
B — LE FUR'ün eklektik etodu 75
C — Hukuk ilim midir? Metafizikle münasebeti var mıdır? 76
D — Hukukî nizamın mevzuu olarak insan 78
E — Ahlâkî ve hukukî kıstasların insan tarafından idraki : manevî hisler 79
F — Manevî hislerin menşe ve mahiyeti 81
G — Manevî hislerin evrensel olup olmadığı 82
H — Adalet hissinin hususiyetleri ve rolü 82

14 — (Mükerrer) LE FUR'ÜN MODERN TABİİ HUKUK NAZARİYESİNİ İNŞASI 85

A — Tabiî hukukun mahiyeti ve nevileri 85
B — Tabiî hukuk prensipleri 86
C — İlmî ve objektif hukuk 87
D — LE FUR'ün vardığı neticeler ve tabiî hukuk nazariyesine hizmeti 88

15 — J. BONNECASE'İN «MODERN HUKUKÎ KLASİSİZMİ» 89
16 — DABİN'İN AHLÂKÎ TABİİ HUKUKU 91
17 — R. BONNARD'IN MONİST İDDİALARI VE TABİİ HUKUK TARAFTARLIĞI 95

A — Ancak bir tek hukuk vardır. Tabiilik ve müsbetlik bu hukukun muhtelif safhalarıdır. 95
B — Hukukun müsbetliği, mevzuiyyeti ne demektir? 96
C — Hukukun «kıymet» i, «müessiriyet kabiliyeti» ve «fiilî müessiriyeti» 97
D — Tabiî hukuk, müsbet hukukun daha evvelki bir safhası demektir 97
E — Tabiî hukuk bir «olması lâzım gelen hukuk» değildir 98
F — BONNARD'ın hususiyeti ve vardığı neticelerin değeri 98

Sahife

18 — M. REGLADE'IN MONİST İDDİALARI VE KLÂSİK TABİÎ HUKUK DOKTRİNİNE YAPTIĞI İLÂVELER 99

A — Tabiî hukukun ontolojik mevcudiyetinin ispatı, keşfi ve değişme kabiliyeti 99
B — Klâsik nazariyenin muhtaç olduğu inkişaf ve ilâveler 100
C — Tabiî hukuk, ideal hukuk, pozitif hukuk vahdeti 101
D — REGLADE'in yaptığı ilâvelerin değeri 102

19 — G. DEL VECCHIO'NUN DEONTOLOJİK BİR İDEAL SIFATİYLE TABİÎ HUKUK TELÂKKİSİ 103

A — DEL VECCHIO'nun intikadî idealizmi 103
B — Ampirik mâta olarak «hukuk mefhumu» ve à priori mûtâ olarak «hukuk idesi» 105
C — Tabiatın teleolojik izahı 106
D — İnsanın teleolojik izahı 107
E — Teleolojik zâviyeden ahlâk kanunu 108
F — Ahlâkla hukukun münasebetleri 109
G — DEL VECCHIO'da tabiî hukuk idesi 110
H — DEL VECCHIO'nun hususiyeti ve değeri 112

20 — ROMMEN'İN THOMİSTE TABİÎ HUKUK GÖRÜŞÜNE AVDETİ 113

A — ROMMEN'den evvel Almanya'da tabiî hukuk rönesansı 115
B — ROMMEN'in rolü 117
C — Realist mârifet nazariyesinin müdafaası 117
D — Cevher ve gaiyyet (olan ve olması lâzımgelen) 118
E — Tabiî kanun ve tabiî hukuk 119
F — ROMMEN'in görüşlerinin değeri meselesi 121

21 — *D.* DRAGHİCESCO'NUN SENTEZ DENEMESİ VE İLÂHİ HUKUK TEZİ 122

A — Hukuk problemlerinin tetkikine müsbet metodlar tatbik edilemez 122
B — Hukuk ancak sezgi veya vahyi ilâhî gibi bilâ vasıta yollarla öğrenilebilir 123
C — D. RDAGHİCESCO'nun fikirlerinin isabet derecesi 124

Sahife

31 — HANS KELSEN'İN İNTİKADİ POZİTİVİZM ZAVİYESİNDEN TABİİ HUKUKU TENKİDİ 173

A — Mahz tabiî hukuk idesinin esas karakteri 174
B — Aynı sahada mer'î çift hukuk nizamı mümkün değildir 174
C — Saf tabiî hukuk idesine göre müsbet hukuk ancak sırf vakıayı temsil eder 176
D — Saf tabiî hukuk idesinin bozulması, ve tarihî hüviyeti içinde tabiî hukuk cereyanları 176
E — Tabiî hukuk mefhumunun inkadî pozitivizm zâviyesinden tahlili 177

32 — M. WALİNE'İN TENKİDLERİ 179

A — Hukukî pozitivizm zâviyesinden «tabiî hukuk» nedir? 179
B — Hukukî pozitivizm «tabiî hukuku» niçin hukuk olarak tanımaz? 180
C — Hukukî pozitivzm, felsefî spritüalizm ile kabili teliftir. Buna mukabil, felsefî spritüalizm, behemehal tabiî hukuka inanmayı icap ettirmez 180
D — «Tabiî hukuk» mevzu hukuk için bir takdir ölçüsü olamaz 181
E — «Müşterek hayır» müsbet hukukun bir takdir ölçüsü olamaz 181
F — Hukukçu, kendi meslekî hudutları içinde çalışırken şahsî dünya görüşünden tecerrüd etmelidir 183
G — Adâlet mefhumu müsbet hukukun ölçüsü olamaz 184
H — Müsbet hukuku tenkid hakkı tabiî hukukçuların inhisarında değildir 184

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SOSYOLOJİK BAKIMDAN TABİİ HUKUK CEREYANLARI

33 — SOSYOLOJİK BAKIMDAN YAPILACAK ARAŞTIRMADA BERTARAF EDİLMESİ VE VAZEDİLMESİ GEREKEN PROBLEMLER 186

A — Tabiî hukuk ontolojik bir mevcudiyete sahip midir ve bu mevcudiyet kabili ispat mıdır? 186

Sahife

B — Tabiî hukuk ile meyzu hukuk arasındaki münasebet, zıddiyet midir tamamiyet midir? 187

C — Tabiî hukukun muhtevası nedir? 187

D — Tabiî hukukun idrak tarzı nedir? Bu bir his mûtası mıdır bir akıl veya intuition mûtası mı? 188

E — Tabiî hukuk, vazii kanun için bir fren hizmetini görebilir mi ve müsbet hukuk için bir takdir ölçüsü olabilir mi? 188

34 — TABİÎ HUKUK İDESİNİN SOSYOLOJİK FONKSİYONLARI 189

A — Tarihin seyrinde tabiî hukukun oynadığı rol 189

B — İhtilâlci ve muhafazakâr tabiî hukuk fikri 191

C — Bir aksiyon vasıtası olarak tabiî hukuk 195

NETİCE

35 — GENEL OLARAK 199

A — Tabiî hukuk ilk ve orta çağ kültürü bakımından bir «nazariye» idi 201

B — Yeni çağlarda tabiî hukuk siyasî hareketlerin bir ideolojisi olmuştur 202

C — XIX. cu asırda tabiî hukuk bir mythe'dir, bir prejugédir. 205

D — XX. ci yüzyılda tabiî hukuk, hukuk dünyasında ahlâkî faktörlerin bir sembolüdür 208

Sahife

22 — N. ALEXEİEV'DE THOMİST TABİİ HUKUK TELÂKKİSİNİN TENKİDİ VE HUKUKUN ATRİBÜTİF KARAKTERİNİN BELİRTİLMESİ, VE PROTESTAN TABİİ HUKUK TELÂKKİSİNİN TERCİHİ 125

A — Tabiî hukuk ve «hukukun müdafaası» 125
B — Katolik akidenin tabiî hukuku tefsiri 126
C — Tabiî hukukun Protestan telâkkisi ve sübjektif tabiî haklar meselesi 127
D — Tabiî hukukun «hukukî» karakteri 127
E — Ahlâk ve tabiî hukuk 129
F — Tabiî hukuk nazariyesinin hukukun müdafaasındaki kifayetsizliği 130

23 — GUİSAN'IN PROTESTAN TABİİ HUKUK TELEKKİSİNİ MÜDAFAASI 132

A — Tabiî hukukun gerçekliği 132
B — Tabiî hukukun hukukîliği 132
C — Adâlet bir irade, bir arzudur 133
D — Tabiî hukuk bir kaç prensiple tahdit ve tâyin edilemez 133
E — Müsbet hukuk otoritesini tabiî hukuktan alır 133

24 — İKİNCİ DÜNYA HABİ İÇİNDE VE HARP SONRASINDA TABİİ HUKUK MESELESİ 134

A — Tabiî hukuk rönesansının muakkipleri 135
B — «Birleşmiş Milletler» teşkilâtının insan hakları ideolojisi 138

İKİNCİ BÖLÜM

XX. ci YÜZYILDA TABİİ HUKUK RÖNESANSI HAREKETLERİNİN TENKİDİ

— I —

İDEALİST POZİTİVİSTLERİN TENKİDLERİ

25 — XX. ci ASIRDA TABİİ HUKUKUN TENKİDİ 147

A — Umumî mülâhazalar 147
B — Tabiî hukuk rönesansına yapılan tenkitlerin tasnifi ... 148

26 — G. MAY'IN «İDEAL HUKUK»U 152

A — «Tabiî hukuk» diye bir şey yoktur 152
B — İdeal hukuk nedir? 153

Sahife

27 — DAVY'NİN SOSYOLOJİK İDEALİZMİ 154

A — Her nevi realizm, hukuku behemehal kuvvete mi irca eder? 155
B — Tabiî hukuk idealizminin zaafı ve doğurduğu buhran 155
C — Realizmle idealizmin telifi meselesi 156
D — Müktesep kıymetlerin müdafaası 158
E — DAVY'nin rolü ve vardığı neticelerin değeri 158

— II —

MORALİST - POZİTİVİSTLERİN TABİİ HUKUKU

28 — G. RİPERT'İN AHLÂK KANUNU 160

A — Bir «tabiî hukuk rönesansı»ndan bahsedilebilir mi? ... 160
B — Bir tabiî hukuk mevcut olmadığına göre hukukî nizam nasıl kontrol edilecektir? 162
C — Hukukî pozitivizm, hukukî materyalizm demek değildir. 164

29 — P. CUCHE'ÜN TABİÎ HUKUK SERABI 165

A — Tabiî hukuk rönesansı ve hukukî pozitivizm aynı ihtiyaçtan doğmuştur 165
B — Tabiî hukuk rönesansının gayesi mezhep ve fikir farklarının fevkinde bir iştirâk noktası bulmaktır 166
C — Objektif tabiî hukuk ve sübjektif tabiî haklar tasnifi 166
D — Objektif tabiî hukuk var mıdır? 166
E — Sübjektif tabiî hukuk yani tabiî haklar var mıdır? 167
F — Hukukun âlî ve tâlî gayeleri 167
G — Muhteva kifayetsizliği 168
H — Adâlet fikrinin müphemliği 169
İ — Vazii kanunu tahdit eden unsur içtimaî muvazene ve cemiyette hâkim ahlâk umdeleridir 170

— III —

NORMATİVİST - POZİTİVİZMİN TABİİ HUKUKU TENKİDİ

30 — CARRE DE MALBERG'İN TENKİTLERİ 171

A — Bizzat tabiî hukuk tâbiri mütenakızdır 171
B — Kanun vaziinin üstünde hukuk yoktur 172
C — Kanun vazii tabiî hukukla değil belki ahlâkla mukayyetir. 172

BİBLİOGRAFYA

ABADAN (Yavuz) — Tabii Hukukun yeni veçhesi (Ankara Hukuk Fakültesi Drg. 1950, VII Sayı: 3 - 4, Sh: 501).

AİLLET (Georges) — Sur les rapports de la Philosophie et du Droit (Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique. 1931, n: 3 - 4 Sh: 361).

AİLLET (Georges) — De la signification méthodologique de l'idée du Droit Naturel (Archives. 1933 n: 3 - 4, Sh: 29).

AKBAY (Muvaffak) — Kelsenin hukuk ve Devlet teorisi (Ank. Huk. Fak. Derg. 1947. Sh: 29)

AKBAY (Muvaffak) — Umumî Amme Hukuku Dersleri, Birinci cilt. Ankara. 1948.

ALEXEİEV (N. Nicolas) — Le Droit Naturel (Archives. 1934 n: 1 - 2, Sh: 135).

ALEXEİEV (N. Nicolas) — L'Acte juridique créateur comme source primaire du Droit (Les Problèmes des sources du droit positif) 1934 Sh: 188.)

ANNUAİRE DE L'İNSTİTUT İNTERNATİONAL DE PHİLOSOPHİE DU DROİT. Paris. 1934.

ARSAL (Sadri Maksudi) — Hukuk Felsefesi Tarihi. İstanbul, 1946.

ALSAN (Zeki Mesut) — Devletler Hukukunda Yeni gelişmeler. Ank. 1946

» » » — İş ve Çalışma Hakkı (İnsan Hakları Derg. 1949 Sayı: 30 Sh: 3).

» » » — Devletler hukuku bakımından insan hakları (İnsan hakları Drg. Sayı: 1 Sh: 5).

» » » — Başkan Roosevelt'in dört hürriyeti (İnsan hakları Drg. 1947, sayı: 2 Sh: 3).

» » » — İnsan hakları davası (İnsan hakları Drg. 1947 Sayı: 3 Sh: 3).

» » » — İnsan haklarının uygulanması problemi (İnsan hakları Drg. 1948 Sayı: 18 Sh: 3)

BAŞGIL (Ali Fuat) — Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri. İstanbul 946

BARUZI (Dr. Jean) — Philosophes et savants français de XX ième siècle (Problème morale. Paris. 1926).

BEHR (Stefan) — Naturrecht und Grundrechte im Lichte des Systems und der Geschichte der Philosophie. 1928.

BELING (Ernst) — Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück. 1931.

BERDIAEV (Nicolas) - De l'Esprit bourgeois. essais. Neuchâtel Paris 949.

» » — Un Nouveau Moyen Age. (Traduit de russe par A. M. F.) Paris. 1930.

BERGSON (Henri) — L'Evolution Créatrice. Genève. 1945.

» » — Les deux sources de la Morale et de la Religion. Genève. 1945.

BEUDANT (Charles) — Le Droit Individuel et l'Etat. 3 ème éd. 1920 (I ère éd. 1891).

BEYER (Wilhelm R.) — Rechtsphilosophische Besinnung. (Eine Warnung vor der ewigen Wiederkehr des Naturrechts) Karlsruhe 947.

BONNARD (Roger) — Droit Naturel, Droit positif (Revue internationale de la Théorie du Droit. 1928 - 1929).

» » — Tabii hukuk ve Müsbet Hukuk (Çeviren: M. Ali AYBAR. İst. Huk. Fak. Mec. 1936 Sy: 7-8, Sh: 34-68)

BONNECASE (J.) — Science du Droit et Romantisme (Le Conflit des Conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle) Paris. 1928.

BOUCAUD — Le Droit Naturel et l'Histoire naturelle du Droit (Archives. 1934 n: 3 - 4 Sh: 27 - 28).

BREHIER (Emile) — Transformation de la Philosophie française. Paris. 1950

» » — Histoire de la Philosophie. T. I - II Paris 1944 - 1952.

CARR (Edward H.) — Les Droits de l'Homme (Textes réunis par l'U. N.E.S.C.O.) 1949. S. 2

CHARMONT (J.) — La Renaissance du Droit Naturel. Paris. 2 éd. 1927 (1 ère éd: 1910).

COING (Helmut) — Die Obersten Grundsatze des Rechtes (Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts. Heidelberg. 1947).

» » — Die Grundzüge der Rechtsphilosophie. Berlin. 1950

CRESSON (André) — Felsefe Meselelerinin bugünkü durumu (Çev. S. K. YETKİN ve H. VAROĞLU İstanbul 1949.)

CROCE (Benedetto) — Les droits de l'homme et le moment historique présent (Textes reunis par l' U.N.E.S.C.O.) 1949. Sh: 80

COSTE - FLORET (Alfred) — Les Problèmes fondamentaux du Droit. Paris. 1946.

CUCHE (Paul) — Le Mirage du Droit Naturel (Conférences de Philosophie du Droit 1928).

» » — Les postulats metaphysiques du Positisme juridique. Droit 1928).

CUCHE (Paul) — Réalisme et conceptualisme juridiques.

» » — A la recherche du fondement du Droit: y a-t-il un romantisme juridique? (Revue trimestrielle du Droit Civi. 1924 T. 28 Sh: 57 - 72).

» » — Pour une meilleure terminologie juridique (Archives. 1931 n: 1 - 2 Sh: 195).

DABİN (Jean) — La Philosophie de l'Ordre juridique positif. Paris. 1929

DARBELLAY (Jean) — La règle juridique, son fondement morale et sociale. St. Maurice 1945.

DAVY (Georges) — Le Droit, l'Idéal et l'Expérience. Paris. 1922

DEBRE (Michel) — Siyasî fikirlerin yeni gelişmesi (Çeviren: İ. ARSEL. İns. Hak. Drg. 1950. Sayı: 46 - 47. Sh: 38), Siyasî fikirlerin modern gelişmesi (Çev: Fer-Han. İns. Hak. Drg. 1951, sayı 49-50 Sh: 45).

DELOS — Le problème des rapports du droit et de la Morale. (Archives. 1933 n: 1 - 2 Sh: 48 - 111).

DEL VECCHIO (G.) — Leçons de Philosophie du Droit. (Traduction de J. A. Paris. 1936.

» » » — Justice - Droit - Etat. Paris. 1938.

DRAGHİCESCO (D.) — Droit, Morale, et Religion. (Archives. 1932. n: 1 - 2 Sh: 229).

» » Philosophie du Droit et Droit Naturel. (Archives. 1935. n: 1 - 2 Sh: 242).

DUGUİT (L) — Les transformations générales du droit privé depuis le code Nepoléon. 1912. Paris.

DUGUİT (L.) — L'Etat, le Droit objectif et la Loi positive. 1902.

ERİM (İsmail Nihat) — Positivisme juridique et le Droit International. 1939.. Paris.

GENY (F.) — Science et Technique. T. II (L'Irréductible Droit Naturel) 1915.

» » — Science et Technique. T. IV (Conflit du Droit Naturel et de la Loi positive. 1924).

» » — La Laicité du Droit Naturel (Archives. n: 1933 Sh: 7)

» » — Le Conflit du Droit Naturel et de la Loi positive (Zeitschrift für Sweizerisches Recht. Band. 49 Sh: 92).

GURVİTCH (G.) — Droit Naturel ou Droit positif intuitif? (Arch. 1933 n: 3 - 4 Sh: 55).

HİRŞ (Ernst) — Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri. Ank. 1949

HAESAERT — La Notion du Droit positif. (Archives: 1932 N: 1-2 Sh. 447)

HAESAERT — Fondement du Droit Naturel (Archives. 1933 n: 3-4 Sh: 196)

HAESAERT — Réflexion sur quelques déclarations des droit de l'homme. (Textes réunis par l'U.N.E.S.C.O.) 1949 Sh: 82.

HAMBURGER (Max) — The Awakening of Western Legal Tought.

HAURİOU (Maurice) — Aux Sources du Droit (Droit Naturel et l'Allemagne. 1918 - 1933).

» » — L'Ordre social, la Justice et le Droit (Rev. trim. de Dr. civ. 1927. T. 26 Sh: 795).

HUBERT (René) — Contribution à l'Etute sociologique des origines de la nation du Droit Naturel (Archives. 1933 n: 3-4 Sh: 91).

JELLİNEK (G.) — La declaration des droit de l'homme et du citoyen. 1902. Paris.

KELSEN (Hans) — Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. 1928. Charlottenburg.

KRALİEVİTCH (Noviza) — La Portée juridique du glissement du Droit vers la Sociologie. Paris. 1939.

LACROİS (Ch.) — La Personne Humaine et le Droit (Archives. 1938 n: 1 - 2).

LECOMTE DU NOÜY — La Dignité Humaine. New York. 1944. Sh: 163

» » » — L'homme devant la Science. 2 éd. 1946.

» » » — L'Avenir ve L'Esprit. 1943.

LE FUR (Louis) — La Théorie du Droit Naturel depuis le XVII ème siècle et la Doctrine moderne (Recueil des Cours. 1927 t: III)

» » » — Droit naturel et réalisme. Archives. 1931. n: 1-2 Sh: 225)

» » » — Les grands problèmes du Droit. 1937.

» » » — Le but du Droit: Bien commun, justice, sécurité. (Arch. 1937, n: 1 - 2).

» » » — Les caractères essentielles du Droit en comparaison aves les autres rèles de la vie sociale. (Arch. 1935 n: 3-4 Sh: 7).

LIEN (Arnold J.) — Réflexion sur la nature et l'exercice des droits de l'homme (textes réunis par l'U.N.E.S.C.O) 1949 Sh: 25

LUNE - POENA (E.) — Essai eritique sur la notion de la loi éternelle et de loi naturel (Achives 1936 n: 1-2. Sh: 92).

MALBERG (Carré de) — Contribution générale la Thorie générale de l'Etat. 1920.

MARITAIN (Jacques) — Les droits de l'homme et la loi naturelle, 1947

» » — Le sort de l'Homme. 1950.

» » — Introduction (Autour de la Nouvelle Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Textes réunis par l'U.N.S.C.O)

MAY (Gaston) — Introduction à la Science du Droit. 3 éd. Paris. 1932. (1 ère éd. 1920).

NORTHROP (E.F.S.C.) — Vers une déclaration des droit pour les nations unies (Textes réunis par l'U.N.E.S.C.O.) 1949 Sh. 155.

OLIGATI (M.) — Le Problème du Droit Naturel et les Conquêtes de la pensée moderne (Archives. 1933 n: 3-4 Sh: 251).

PAGE (Henri de) — L'idée du droit naturel. Bruxelles. 1936.

» » » — Droit naturel et positivisme juridique. 1939. Bruxelles

PASQUIER (Claud du) — Introduction à la Théorie générale et à la Philosophie du droit. 2 ème édition. 1942. Neuchatel.

PERIPHANAKIS (Constantin Emm.) — La Théorie gréque du doit et le clasicisme actuel. Athène. 1946.

PERTICONE (Giacomo) — Le problème du Droit positif et du Droit Naturel en Italie. (Archives n: 3-4 Sh: 227-250).

» » — La Théorie du Droit (Encylopédie scientifique Italienne du XX ième siècle) 1938 (La Théorie du Droit Naturel de Bartolomei)

RADBRUCH — Le relativisme dans la Philosophie du Droit (Arch. 1934 n: 1 - 2 Sh: 105).

» — Rechtsphilosophie. vierte Auflage. 1950.

REGLADE (M.) — Essai sur le fondement du Droit (Arch. 1933 n: 3 - 4 Sh: 160).

» » — Les sources du Droit positif dans leurs rapports avec les sources du Droit Naturel et du Droit idéal (Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique. I. S: 103).

RENARD (G.) — Le Droit, la Justice et la Volonté. 1924 Paris.

» » — Le Droit, la Logique, et le Bons sens. 1945

— Le Droit, l'Ordre et la Raison. 1927. Paris.

— La Valeur de la Loi. 1928. Paris.

— Le Théorie de l'Institution. (Essai d'Ontologie juridique) 1930.

— La Philosophie de l'Institution. 1939.

RICHARD (Gaston) — Le Droit Naturel et la Philosophie de la Valeur. (Arch. 1934 n: 1 - 2 Sh: 7).

RIPERT (G.) — La Règle morale dans les obligations civiles. 3 ème éd.935

ROMMEN (H.) — Le Droit Naturel (Histoire - Doctrine). Traductin dé Emile MARY. 1945.

ROUBIER (Paul) — La Théorie générale du Droit. Paris. 1946.

RYFFEL (Hans) — Das Naturrecht. 1944. Bern.

RIGASSI (G.) — İnsan haklarının korunması (Çev: N. M. ÖZBEK. İns. Hak. Drg. 1947. Sayı: 2).

SALEILLES (Raymond) — Ecole historique et Droit Naturel d'après puelques ouvrages récents (Revue trim. du Droit Civil. 1902 T. 1 Sh: 80 - 112).

SALOMON — Le Droit Naturel chez Aristote. (Archives. 1937 n: 3 - 4 Sh: 120).

SALOMON (André) — Le Préambule de la Charte. Base idéologique de l'O.N.U. 1945, Paris.

SAUTER (Johann) — Die Philosophischen Grundlagen des Naturrechts Wien. 1932.

SAVCI (Bahri) — İnsan hakları kavramının kuruluşuna ve gelişmesine yarayan fikirler (İnsan hakları dergisi. 1948 Sayı 19 Sh: 21) (Tabiî haklar tezi).

» » — İnsan hakları kavramının kuruluşuna ve gelişmesine yarayan fikirler (İnsan hakları Drg. 1948 Sayı: 20 Sh: 12 (Sosyal Hukuk tezi)

» » — Sosyal anlayış içinde insan hakları ve hürriyetleri (nîs. Hak. Drg. 1950. Sy: 46 - 47).

SCOTT (Franc R.) ve PETER SKOV — İnsan hakları (İns. hak. drg. sy:14)

SENN (Felix) — De la Justice et du Droit. Paris. 1927.

SOLBERG (P. C.) et GUY - Ch. CROS — Le Droit et la Doctrine de la Justice. 1930.

THIMES (Hans) — Das Naturrecht und die europaische Privatrechtsgeschichte. Basel. 1947.

TOURTOULON (Pierre de) — Les trois Justices. 1930.

TRUC (Gonzac) — Histoire de la Philosophie. Paris. 1950

U.N.E.S.C.O. — Autour de la Nouvelle Déclaration Universelle des droit del Homme 1949.

VERNET (Dr.) — L'Evolution du Monde Vivant. 1950.

WALINE (M.) — Positivisme Philosophique, Juridique et Socilogique. (Mélange de Carré de Malberg. 1933)

WALİNE (M.) — Défense du Positivisme juridique (Arch. 1939. n: 1 - 2 Sh: 83).

GİRİŞ

1 – TABİİ HUKUK RÖNESANSININ İZAH VEÇHİ NE OLABİLİR?

JOHANN SAUTER'in dediği gibi «binlerce senedenberi devam eden uğraşmalara rağmen bir fikir birliğine varamadığımız halde, felsefe yapmaktan nasıl vazgeçemiyorsak, tabii hukukla uğraşmaktan da öylece fariğ olamıyoruz. Çünkü «olması lâzımgelen» (das Sollen) bütün kategorilerin en inatçısıdır. Tabii hukuk problemini inkâr ettiğimiz taktirde, bu problem, sükûtla geçiştirilmek istenen her problem gibi daima nüksedecek ve intikamını alacaktır. Demek ki bugün fiilen bir «Tabii Hukukun ihyası» hadisesi karşısında bulunuyoruz.» (1).

Filhakika XX inci asrın ilk yarısında hukuk felsefesini işgal eden hemen belli başlı problemlerden biri de hukukî idealizmin bir cephesini teşkil eden tabii hukuk idesinin ihyası meselesi olmuştur (2). Gerek lâtin gerek cermen memleketlerinde müşahede edilen bu bir nevi spritualisme dönüş hareketi bugüne kadar muarızlarını iskât edecek şekilde olmasa bile, taraftarlarını üzerinde ittifak ettirecek şekilde dahi sistemleştirilmediğinden hâlâ bir münakaşa konusu olmak vasfını kaybetmemiştir. Gerçi tabii hukuk idesi kadîm Yunanistandaki ilk tebellüründenberi daima muarızlarla karşılaşmıştır (3). İlk çağda sofistler, yeni zamanlarda MACHİAVELLİ, MONTAİGNE, RABELAİS, hatta PASCAL gibi muarızlar bulmuş, XIX uncu asırda tarihçi ve positivist ekollerin ve alelıtlak sosyolojizmin hakim olduğu bütün cereyanların pek şiddetli muhalefetlerine maruz kalmıştır. Fakat XX inci yüzyılda bütün bu dabrelerin altından kalkabilmiş olması vakıası, ilk nazarda onun artık hakkındaki menfî tenkitlere sebep olan kusurlarından temizlenmiş olduğuna hükmettirebilir. Çünkü eğer tabii hukuk XX inci yüzyılın fikir dünyasında bir hayatiyet gösterebilmişse, bu, onun, bu çağın münkeşif ilmî zihniyetine karşı hiç değilse bir aykırılık, tabir caizse, bir garâbet teşkil etmemekte olduğuna hükmettirebilir.

---

(1) **JOHANN SAUTER - Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts. Wien. 1932.** Sh: 22).

(2) **LOUİS LE FUR - Les Grands Problèmes du Droit. Paris. 1937.** Tabii hukuk ile ilgili bibliyografya için aynı eser, Sh: 141, not: 1

(3) **İSMAİL NİHAT ERİM - Le Postivisme juridique et le Droit international. Paris** 1939 (Hukukî pozitivizmin mufassal tarihçesi ve reddi)

Filhakika rönensansı mevzubahs olan ide, artık kadim dinî bir dünya görüşümün hukukî sahadaki tecellisi, yahut şu veya bu siyasî cereyanın fikrî mesnedi mahiyetinde olan müreccet bir tabii haklar nazariyesi değildir. Bugün hukuk felsefesinde mevzubahis olan tabii hukuk rönensansının, herhalde bu günün ilmi zihniyeti ile bağdaşabilmiş bir hukuk doktrini olması icap eder.

Aksi takdirde ya hukukçuların, kendilerini, dış fikir dünyasında cereyan eden her nevi ilmi ve felsefi temayülden tecrit ederek, kendilerine mahsus, ve objektif bir hüsnü kabule mazhar olmak endişesinden âri birer subjektif akide ile iktifa etmek istediklerine hükmetmek, yahutta hukuk âlemi ile dış ilim ve fikir dünyasının hakikaten birbiriyle hiç bir ilgisi, hiç bir müşterek ölçüsü olmayan ayrı ayrı vasatlar olduğunu kabul etmek lâzımgelecektir.

Bu takdirde hukuk, üzerinde ancak hukukçuların mütalâa beyan edebileceği nev'i cinsine münhasır bir meslek konusu halini alacaktır ve artık hukuk felsefesini hukuk siyasetinden tefrik etmek pek güç olacaktır.

Mamafih her iki ihtimali de baştan reddetmek ve hukuk felsefesi ile meşgul olan zihinlere beyhude bühtan etmemek doğru olur. Şu halde problem ilk ve esaslı dâvaya irca edilmektedir: XX. ci asırda canlandığı müşahede edilen tabii hukuk nazariyesi asrın ilmi zihniyeti ve dünya görüşü ile kabili telif midir? Değilse, nazariyenin vücudu inkâr edilemeyen bu hayatiyetini ne ile izah etmek lâzımdır?

2 — TERMİNOLOJİ BUHRANI, MEFHUM VE TÂBİR KARIŞIKLIĞI

Meselenin bu şekilde vaz'ı halinde kabule şayan bir hal suretine varmanın, herhalde bizim gücümüzün fevkinde bir vukuf ve ilmi salâhiyete mütevakkıf bulunduğunu müdrikiz. Ancak, tabii hukuk idesini, tabir caizse, cepheden karşılamaktan sakınıp, civarında dolaşmkala iktifa etmenin de hukuk felsefesi bakımından faydasız bir tekrarlama olacağına kani bulunduğumuzdan, kendi gücümüz nisbetinde ve daima kendi ölçümüzde doğru olan, fakat her halde, müşkül noktaları atlamak sayesinde elde edilmiş olmayan herhangi bir kanaata erişmek için uğraşmayı daha uygun bulmaktayız.

Bu tetkikle sadece şüphe ve tereddütümüzü mucip olan hususları, hal suretlerinin gücümüzü aşmasından korkmadan ortaya koyabilirsek, hiç değilse üzerlerinde daha yetkili kimselerin işlemesi gereken problemlerin neler olduğunu belirtmiş oluruz ki, bu da, kendi hukukî tefekkür dünyamız için belki bir fayda temin edebilir. Hülâsa, neticede, ya problemin hakiki mudiliyetini yahutta sadece kendi idrakimizin âciz kaldığı noktaları ortaya koymakla kendimize düşen işi yapmış olacağımıza kaniiz.

Ancak mevzuun tetkikindeki güçlük ve bunun muhtemel sebepleri üzerinde durmayı da zarurî görmekteyiz. Bu, belki de bocalayışımızda kendi aczi-

mizden başka diğer bazı sebeblerin de âmil olduğunu meydana çıkaracak ve böylece bu mevzuu ele almış olmak hususundaki cüretimizi mazur gösterecektir.

Filhakika ister tabii hukuk idesinin bir jüstifikasyonu mahiyetinde olsun, ister bu tabii hukuk mefhumunun abesliğini, manasızlığını isbata matuf bulunsun hemen bütün mehazlarda dikkati çeken ilk hususiyet, kanaatımızca, mevzuun, manaları hudutlandırılmış mefhumlarla, sarih tetkik zaviyelerinden ve belirli metotlar dairesinde incelenmeyip, hemen daima değişen azimet noktaları ve çeşitli neviden mülâhazalarla muğlak sentezler haline getirilişidir. Öyle ki PAULE CUCHE'ün haklı olarak söylediği gibi, bu vaziyet karşısında «hukuk felsefesinin bu meyusane yeniden başlayışlarının, bu tekrarlamalarının sonu gelmeyeceğe benzemektedir.» (1).

En basit terimlerden en fazla kullanılan ve üzerinde hiç değilse meslekdaşlar arasında bir ittifak bulunduğuna zahip olunan mefhumlardan tutun da, en tınmış ve malûm farzettiğimiz felsefi tabirlere kadar, etüdlerde geçen bilcümle mücerret mefhumlar bazen birbirlerinden o kadar farklı manâlarda kullanırlar ki kanaat itibariyle birbirinin aynı olan iki müellifi, kullandıkları tâbir ve mefhumların farklılıkları yüzünden birbirlerinin muarızı addetmek, yahut aynı kelime ve mefhumla konuşan hukuk filozoflarının üslûplarındaki lafzi ayniyete rağmen fikren birbirlerinin muhalifi olduklarını unutmak hemen daima ve kolayca irtikâp edilen bir hata olmaktadır.

---

(1) **PAULE CUCHE - «Pour une meilleure terminologie» (Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique** 1931 n: 1-2 sh: 196)
«Hukuk nazariyatının bu yüksek tabakalarıyle ilk defa temasa gelmek, itiraf etmeli ki, can sıkıcıdır... Fakat bu can sıkıcı intiba, eşya üzerinde ittifak edememiş olan filozof hukukçuların, kelimeler üzerinde de anlaşmamakta oldukları müşahede edilince büsbütün artmaktadır. Her biri kendi dilini konuşmakta, her biri kendine mahsus bir vokabüler yaratmaktadır ki, eğer bir zatın doktrini hakkında muayyen bir kanaat edinilmek isteniyorsa, behemehal kendisinin bu hususî vokabülerinin öğrenilmesi icap etmektedir. Bu zarurî ihtiyat tedbirine müracaat edilmediği takdirde münakaşalar ebediyyen uzayıp gitmekte ve tenkitler isabetsiz ve hatalı olmaktadır.

Esasen bu sarih terminoloji fıkdanı yalnız tâlî ve fer'î mefhumlar âleminde mevcut değildir. Hukuk Felsefesi ile meşgul olanların hepsi gayet iyi bilirler ki hukuk, ahlâk, adalet kelimeleri, bunların bir çok tariflerini birbiriyle ihtilâf haline düşürmeksizin istimal edilemezler. O kadar ki neden bahsedildiğini bilmek için, her defasında, mütemadiyen azimet noktasına kadar çıkmak lâzım gelir. İşte hukuk filozoflarının mesailerinin bazan mütemâdî ve verimsiz bir yeniden başlayış intibaını vermesi bu yüzdendir.»

Hukuk, adalet, hakkaniyet, sosyal ahlâk, ahlâk ideali, ferdi hak, ferdiyetçi hukuk, hukuk hissi, adâlet insiyakı, hadsî hukuk, müteazzi hukuk, ilham kaynağı prensipler veya rehber fikirler, umumî ve müşterek hayır veya umumi menfaat, üstün prensipler, müteal esaslar, hatta hukukî hukuk, ahlâkî hukuk (2) vesaire gibi tazammun ve şumulleri üzerinde hemen hiç bir ittifaka vasıl olunamamış muazzam bir mücerredat yığını içinde bunalmamak cidden güç bir hal almaktadır.

Ne hukuk tarifi üzerinde, ne adâlet tarifi üzerinde ne sosyal ahlâk idesi üzerinde sarih bir anlaşmaya varmadan bu mefhumların zatına ve sıfatına müteallik münakaşalara girişmenin abesliği aşikâr gibidir. İnsan bu manzara karşısında garip bir tasavvura meyleder: Sanki bazı müteferkirler bütün bu mefhumları, içine her ne konursa kabul edecek olan boş bir çerçeve gibi telâkki edip bilâhare bundan kendi koyduklarını istihraç edince müddealarını isbat ettiklerine zahip olmaktadırlar.

â priori bir temele dayanan tabiî hukuk sahasında ise bu hal büsbütün mütebarizdir. Netekim tabiî hukuk rönesansını tenkit eden müelliflerden, G. AİLLET'nin işaret ettiği gibi, tabiî hukuk taraftarları arasında bir temayül benzerliği varsa da, aynı mefhum üzerinde ittifak hali mevcut değildir. Bunlardan bir kısmı sadece alelâde bir vicdanî murakabe ile iktifa etmeyi red etmektedirler. Bir kısmı aklî bir tabiî hukuk murad ettiği halde, diğer bir kısmı gayri aklî (irrationnel) ve sezgisel (intuitif) bir tabiî hukuku kastetmektedir. (3).

Bu itibarla tabiî hukukun yeniden canlanışı hakkında sarih bir fikir edinmek için, tâbir caizse, iç ve dış olmak üzere iki ayrı cephede cereyan eden ihtilâfları incelemek icap etmektedir. Evvelâ canlandığından bahsedilen tabiî hukukun kendi taraftarları indinde hangi mânâdaki tabiî hukuk olduğunu ve bu yeniden doğuşuna rağmen muarızları tarafından hayat hakkı hâlâ kabul edilmeyen tabiî hukukun da hangi nevi tabiî hukuk olduğunu tayin etmek lâzımdır. Zira çok zaman iddia ve inkâr mevzuu olan mefhumlar, aynı adı taşımalarına rağmen hüviyet itibariyle birbirlerinin aynı değildirler.

Bu tâbir ve telâkki ihtilâfını kale alan bazı hukuk filozofları, daha tabiî hukuk rönesansından bahse başlarken dahi derhal bir ayırt yapmak ihtiyatkârlığını ihtimal etmemektedirler: «Vakıa nükseden bir tabiî hukuk vardır ama, bu, zannolunduğu gibi şu veya bu nakislerle malûl olan eski tabiî hukuk değildir, bu artık bicümle kusurlarından temizlenmiş olan - tâbir caizse - mu-

---

(2) **DABİN**'in tasnifidir ki bilâhara P. CUCHE'ün şiddetli tenkidini mucip olur. (**Philosophie de l'Ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droits privé,** Paris. 1929. Sh: 257).

(3) **GEORGES AİLLET - De la Signification méthodologique de l'idée du droit naturel. (Archives de Philosophie du Droit.** 1933 n: 3-4 Sa: 29).

saffa bir tabiî hukuktur» tarzında ihtirazî kayıtlar dermeyan etmektedirler (4).

Böylece, daha meselenin vaz'ı merhalesinde dahi mefhum ihtilâflarını izale zarureti kendini hissettirmektedir. Mamamfih bütün bu tazvihlere ve ihtirazî kayıtlara rağmen, bu nazariye taraftarlarının, üzerlerinde ittifak etmiş oldukları noktaların tayini yine oldukça müşküldür, ve bu hal, bu yeni hareketin objektif bir sentezini yapmayı cidden güçleştirmektedir. Vakıa bir çok müellifler ve hukuk filozofları bütün bu münakaşalı noktalara rağmen yeni tabiî hukuk treteleri ve monografileri yazmakta ve kendilerine göre, muayyen bir sistem dairesinde ekspozelerini yapmaktadırlar. Fakat bu neviden bir kaç eser alelâde bir okuyucu gözü ile incelendiği zaman müellifler arasında çok defa müşterek bir idealizm taraftarlığından başka herhangi bir benzerlik mevcut olmadığı müşahade edilmektedir. Bunun diğer bir sebebi de şudur:

Muhtelif müelliflerin «Tabiî hukuk» anlayışlarındaki farklardan maada, bu mefhumu kendileri ile izah ve mukyaese etmeğe çalıştıkları diğer mefhumlar da vuzuh yoktur.

Meselâ «Adâlet» mefhumunu alalım. Adalet nedir? Bir ahlâki ideal midir? GURVİTCH'e göre kat'iyetle hayır! (5). D. DRAGHİCESCO'ya göre mu-

(4) **LOUİS LE FUR** - «... adâletin hukukta bir rol oynadığına inananlar arasında nasıl olup da tabiî hukuka muarız olanların bulunabildiği hayret edilecek bir şeydir. Bu hal sununla izah edilebilir : Tabiî hukuktan bahsedildiği zaman, bir çokları hâlâ, haddizatında pek yanlış olup bugün artık kimsenin inanmadığı bir «tabiî hal» den kalma değişmez tabiî haklar nazariyesini anlamaktadırlar! **(Les Grands Problèmes du Droit.** Sh: 154).

G. RENARD - «Tabiî hukuktan ne anlamak lâzımdır? Ben, buna Normandiyalılar'a yakışan bir cevap vermiştim: Ne çok fazla bir şey, ne çok az bir şey! Bundan, hukukî nizama herhangi bir ilâvede bulunmaksızın ve hacimleri ne olursa olsun bütün câmialara tek başına yetebilecek derecede mükemmel bir sistem istemek çocukça bir arzudur ki aklımdan bile geçmez. Muhakkak ki gökyüzünden indirilecek bir kanunname mevcut değildir.» **(La Thèorie De l'İnstitution.** Paris. 1930. Sh: 68).

H. ROMMEN - «... bütün bu müteaddit ve birbirine uygun alâmetler, tabiî hukukun bir rönesansını haber vermektedir. Fakat, ferdiyetçi tabiî hukukun değil, belki metafizik tabiî hukukun, yani «Jus Naturale Perenne» nin bir basubadelmevtini haber vermektedirler.» **(Die Ewige Wiederkehr Des Naturrechts.** 1936).

R. SALEİLLES - «Artık tabiî hukuktan bütün müesseseler için ideal bir örnek teşkil edecek ve bütün hukukî müşkülleri halle yarayan vasıtalar temin edecek bir prensipler mecmuası kast edilmemektedir. Tabiî hukukun yeni nazariyecilerinin talep ettikleri şey artık bu kadar yüksek değildir. Onlar sadece ilim için «olan» ı, kanun vazii için de «olması lâzım gelen» i tenkit hakkının tanınmasını istiyorlar.» **(Ecole historique et Droit Naturel d'après quelques ouvrages récents (Revue trimestrielle de Droit Civil, 1902)** cilt: 1. Sh: 80.

(5) **GEORGES GURVITCH - Droit naturel ou Droit Positif intutif? (Archives. 1933)**

hakkak ki evet! (6). Şu halde tabiî hukuku «İçtimaî ahlâk» ve «Adalet» mefhumlarile izaha çalışan bir müellifin fikirleri hakkında yukarıkiler ne düşüneceklerdir? Meselâ G. RENARD için tabiî hukuk, içtimaî ahlâkın ta kendisidir. Hatta müellif, tabiî hukukun içtimaî ahlâkın ancak muayyen bir cephesi olmasını dahi kabul etmez. Kanaatınca ortada tam bir ayniyet vardır (7). Halbuki LE FUR'e göre içtimaî ahlâk ile tabiî hukuku birbirine karıştırmak, hukukun nevî karekterini inkâr etmek olur (8). Diğer taraftan bir çoklarına göre tabiî hukuk bir adalet prensibidir, adaletin bir ifadesidir (9). O halde «adalet = içtimaî ahlâk» muadeletini kurabilir miyiz? Fakat ne kadar ihtilâflı bir muadelet!

Diğer taraftan «adalet» ile «hakkaniyet» mafhumlarının ayırdı ARİSTO'danberi hemen hemen klâsik olmuş, bütün ders kitaplarına geçmiştir (10). Halbuki bir münasebetle adaleti târif etmek isteyen DRAGHİCESCO, bunun, yani adaletin «hakkaniyet» demek olduğunu söyler (11). Sonra tabiî hukukun «adalet» mefhumu ile târif ve izahı az çok umumileştiği halde R. SALEİLLES, tabiî hukukun, adalet değil, belki hakkaniyet demek olduğunu israrla müdafaa eder (12). Keza HAURİOU da «Eğer tabiî hukuk adalet kaidelerinden ibaret olsa idi, adalet ve tabiî hukuk gibi iki ayrı mefhuma ne lüzum vardı?» der (13).

Diğer taraftan «ideal hukuk» yahut «hukuk ideali» tâbiri de bir hayli münakaşaya yol açar. GENY «İdeal hukuk» tâbirine ve mefhumuna kızar ve bunun «tabiî hukuk» yerine ikame edilmesine şiddetle cephe alır (14). Fakat

---

(6) **D. DRAGHİCESCO - Philosophie du Droit et Droit Naturel** (Archives, 1935. n: 1 - 2 Sh: 273).

(7) **G. RENARD - Le Droit, La Justice et la Volonté.** Paris, 1924 Sh: 90

(8) **LOUİS LE FUR - Les grands problèmes du Droit.** Sh: 86.

(9) **CHARLES BEUDANT - Le Droit İndividuel et l'Etat 3 eme éd.** 1920, Sh: 25
Keza **LOUİS LE FUR:** «Hukuk kelimesinin bir manası da adalettir... Böylece adalet ideali manasını ifade eden hukuk kelimesi artık kanun demek değildir. O, kanunu ilham eden, ona hâkim olan bir şeydir. O içtimaî münasebetlerin kendilerine istinad ettiği, tecrübî ve nazarî hakikatlerin araştırılmasına kadar yükselir. Felsefeye taalluk eder, daha doğrusu felsefenin kendisidir... İşte bu mânada telâkki edilen hukuk, her türlü küçümsenmeyi önlemek için «tabiî hukuk» olarak tavsıf edilmiştir. Yani kanunların haricinde ve üstünde bulunan hukuk: İdeal. Tabiî hukuk ile müsbet hukuk arasındaki tezat, hukukla kanun arasındaki antiteze tekabül eder.»

(10) **DEL VECCHİO - Leçons de Philosophie du Droit** (Fransızca tercüme: Sh: 34)

(11) **D. DRAGHİCESCO** - a. g. e. Sh: 273.

(12) **R. SALEİLLES - Ecole historique et Droit naturel.** (**Rev. Trim.** 1902, Cilt: 1 Sh: 97)

(13) **MAURİCE HAURİOU - L'Ordre social, la Justice et le Droit** (**Rev. Trim. de Droit Civil.** 1927, Cilt: 26. Sh: 821).

(14) **F. GENY - Science et Technique en droit privé positif.** Paris. 1922, 2 ème éd. Sh: 52 - 53. Cilt IV Sh: 228 - 230.

bir taraftan da «ideal hukuk» taraftarlarını tabiî hukuka olan meyillerini gizlemekle ittiham eder (15). Buna mukabil bir başka hukuk filozofu tabiî hukuku bir hukuk ideali olarak alır ve esaslı vasfının da bunda mündemiç olduğunu iddia eder (16).

Bu mütefekkirlerin hepsi, ihtimal ki, kelimelere verdikleri hususî mânalara göre, daha doğrusu kendi şahsi lûgatçelerindeki mânalara göre, noktai nazarlarında haklıdırlar. Fakat bu çeşitli fikirlerin heyeti umumiyesi ve birbirlerine karşı olan durumları hakkında salim bir kanaat elde etmek isteyen bir üçüncü şahıs için bu hakli oluşun hiç bir mânası ve faydası yoktur. O, ölçüleri mütehavvil, tâbirleri mütehavvil, mefhumları mütehavvil bir zemin üzerinde, tabiatiyle sağlam bir inşada bulunamıyacaktır.

Nitekim mesele hakkında vâzıh ve sentetik bir görüşe sahip olmak isteyen bazı mütefekkirler, terminoloji durumunun bu vehameti karşısında, hukuken en belli başlı mefhumlarını izah için dahi felsefî vokabülerlere ve ansiklopedilere müracaat etmektedirler. Lisaniyat metodlarının yardımı ile müşterek azimet noktaları, herkesce kabul edilebilen bir iki temel taşı temin edebilmek için bunu yapmak artık cidden bir zaruret halini almıştır (17).

3. – GÖRÜŞ ZAVİYELERİNİN VE AZİMET NOKTALARININ TAHAVVÜLÜ:

Tâbir ve mefhum anlaşmazlıklarından başka, tabiî hukuk rönesansı hareketinin tetkikini güçleştiren diğer bir âmil de mevzuun hangi görüş zâviyelerinden ele alındığını, bazı hallerde, tayin imkânsızlığıdır. Halbuki insan zihninin muayyen problemleri çözebilmek için bunları maksadına göre seçeceği belirli bir zâviyeden incelemesi ve vasıl olduğu neticenin sıhhat derecesini de daima bu zâviyeye nisbetle takdir etmesi lâzımdır. Falan meselenin, filân noktai nazardan tetkiki halinde kabul edeceği hal sureti şudur, denebilir. Fakat falan meseleyi behemahal falan hal suretine bağlamak için mütemadiyen tetkik zâviyeleri değiştirmek, kâh şuradan kâh buradan mes'eleye bakmak ve sonunda zaten baştan tasmim edilmiş olan neticeyi sanki içtinabı ve inkârı imkânsız bir hakikatmiş gibi arzetmek muhakkak ki ne ilmî ne felsefî metodların kabul edeceği bir tarz değildir. P. CUCHE ve HESAERT bazı

---

(15) **F. GENY - Le conflit du Droit naturel et de la loi positive. (Zeitschrift für Schweizerisches Recht.** Band: 49 Sh: 92).

(16) **BARTOLOMEİ - (GİACOMO PERTİCONE: La Théorie du Droit - Encyclopédie scientifique italienne du XX ième siècle.** 1938 Sh: 73-)

(17) **RENE HUBERT - Contibution à l'etude sociologique des origines de la notion du Droit naturel** (Archives, 1933 n: 3-4 Sh: 98).

tabiî hukukçuları alelâde bir şapkanın içinden çeşit çeşit eşya çıkaran maharet sahiplerine benzetmekte haklıdırlar.

İlerde HAURİOU'nun bir makalesinde bu zâviye tebeddülünü pek bariz bir şekilde göreceğiz.

Tabiî hukukun vücudunu ontolojik bakımdan ispata kalkan bir müellifin, muayyen bir zaaf noktasında işi tamamen pragmatik bakımdan ele aldığı ve tabiî hukukun mevcudiyetine ve bir hakikate tekabül ettiğine vegâne delil olarak ona olan ihtiyacımızı ve cemiyete olan faydasını ileri sürdüğü de pek çok görülür. Yahut «tabiî hukuk»un abesliğini ispata kalkan bir muarızın tabiat âlemi ile normlar dünyası arasına aşılmaz bir duvar çektiği ve pozitivist, - realist bir temelden hareket ettiğini zannederek tabiî hukuku red sevdasıyla alelıtlak bütün normların realite ile olan irtibatını külliyyen inkâra teşebüs ettiği de görülmemiş şeylerden değildir.

Filhakika tabiî hukuk meselesinin iki esaslı zâviyeden tetkiki birbirine karıştırıldığı takdirde işin içinden çıkmak hemen hemen imkânsız bir hal almaktadır: lehte veya aleyhde yazılmış bir etüdde, bizzat tabiî hukuk mefhumunun mu, yoksa tabiî hukuka mütealik idenin bir fikir cereyanı sıfatıyla arzettiği sosyal vakıanın mı tetkiki murad edilmektedir? Çok defa bunu tefrik imkânsızdır. Keza tabiî hukukun, bilgi teorisi zaviyesinden mi, varlık nazariyesi bakımından mı yoksa axiologie zâviyesinden mi incelendiği çok defa sarahatle tayin edilemez.

Meselâ tabiî hukukun marifet nazariyesi bakımından incelenmekte olduğunu kabul edelim. Acaba tabiî hukuk hangi tarikle öğrenilir? Daha doğrusu tabiî hukuk bir his mûtası mıdır, bir akıl mûtası mıdır, yoksa bir sezgi mûtası mıdır? Bunu tayin zaruridir, zira bunların her birine elverişli olan tetkik zâviyeleri başka başkadır. Farzedelim ki tabiî hukukun aklî bir mûta olduğunda karar kılındı ve beşer aklının eşya tabiatından istihraç ettiği bir hakikattir, dendi. O halde bu, «beşer aklı» ve «tabiatı eşya» mefhumlarına tabiî olarak izah edilecek demektir. Fakat «beşer aklı» değişmez bir unsur mudur, yani bir sâbite midir? (1). Realiteyi her zaman, beşerî tekâmülün her devresinde aynı şekilde ve aynı tarzda mı idrak eder, bizzat kendisi bir tahavvül ve tekemmülle tâbi değil midir? (2). Sonra «tabiatı eşya»dan her zaman aynı şeyi mi anlıyoruz? (3).

---

(1) **LEON BRUNSCHVİCG - Les âges de l'Intelligence**. Paris, 1947.

(2) **HENRİ DE PAGE - Droit naturel positivisme juridique**. 1939 Sh. 6 Not: 2 «Hakikat şudur ki başka herhangi bir uzvumuz gibi, zekâ da asırlar zarfında tekâmül etmiştir.» Keza: «Mukayeseli dinler tarihi ve ilimlerin menşei hakkındaki en yeni araştırmalar tıpkı insan gibi, zekânın da asırların geçmesiyle tekâmül ettiğini... ispat ettiler. «a.g.e. Sh. 7» Sh. 7»

(3) **M. DANTEC - De la Nature des choses**. Sh. 174, 177 «doğrusu, tabiî hukukun ne olduğunu bana izah etmelerini isterdim!»

Bu minval üzere yapılacak itirazlar farkında olmadan mevzuun münakaşasını başka bir plâna sürüklerler ve bittabi derhal ölçüler, târifler ve dolayisiyle varılacak neticeler de altüst olur.

Bu vaziyet karşısında tabiî hukuku müdafaa eden bir müellif daha mütevazi iddialarda bulunmaya kalkar ve der ki, tabiatı eşyayı olduğu gibi idrak meselesi bertaraf, ama bu tabiî hukuk idesi, müsbet mevzuatın kusurları ve vazii kanunların bütün beşer gibi hataya meyyal yaradılışları karşısında insan aklının her zaman ve her yerde kendi kendine yarattığı nihaî bir melce, tabir caizse, bir necat yoludur. Bu da olmasa kanun vàzii, yani en üstün gerçek kudrete sahip ve insan kaderleri üzerinde dilediği gibi hükmetmeye kadir bir kuvvet başka ne ile ilzam edilebilecektir? İşte bu ihtiyaç ne kadar gerçek ve daimî ise tabiî hukuk idesi de o kadar hakikî ve ebedidir. Yani bir sâbite!

Böylece bilgi nazariyesi zâviyesinden ayrılmarak sosyal ihtiyaçlar ve aksiyon sahasına atlandığı halde muarızlar işi bu sefer de tarihî gerçeklik bakımından ele alacaklar ve bizzarure tezin müdaafası da gene plân değiştirecektir:

Diyeceklerdir ki, ancak muayyen bir medeniyet çevresinde (3000 senelik greko - romen ve hıristiyan - katolik medeniyeti) ve ancak muayyen asırlar zarfında ileri sürülmüş olan bir hukuk fikri hiç de âlem şumul ve insanî bir hakikati, daha doğrusu beşer zihninin bir sabitesini ifade etmez. Zira 3000 senelik bir devrenin bütün bir beşeriyet tarihine nisbeti nazara alınırsa bunun küllî bir hükme mesnet olamıyacağı anlaşılır. Esasen nazariyenin muzafferiyet çağları da bu devre içindeki fasılalı bir kaç asra maksurdur. Tabiî hukukun adı bile bilinmeyen bütün bir şark, bütün bir islâm âleminin, hatta Roma kilisesinden ayrıldıktan sonra bu mefhuma hiç de itibar göstermiyen şark hıristiyanlığı ortodoks dünyasının mevcudiyeti karşısında böyle mutlak ve küllî iddialarda bulunulamaz. Bu tabiî hukuk, olsa olsa kırk türlü adâlet tasavvurundan bir tanesidir, fazla bir şey değil.

Bu takdirde nazariyeyi herçebad abad müdafa etmek isteyen mütefekkir ne yapacaktır? Basit: Ya târifi değiştirecektir, ya tetkik zâviyesini. Ya, diyecektir, tabiî hukuk demek zaten adâlet demektir, o halde nerede adalet tasavvuru varsa orada tabiî hukuk vardır. Binaenalyeh bütün insan cemiyetlerinde tabiî hukuka rastlanır, yahut da tetkik zâviyesini bir kere daha değiştirip her zaman imdada koşan yarı ahlâkî - yarı siyasî bir zâviyeden şunu soracaktır: Peki ama tabiî hukuku inkâr etmenin faydası nedir? Yoksa siz devlet putuna tapmak ve diktatörlere zemin hazırlamak niyetinde misiniz? Tabiî hukuka inanmazsak halimiz ne olur? Hepimiz kanun vazılarının büsbütün freu-

siz kalacak olan otoritelerinin, daha doğrusu otoriter rejimlerin oyuncağı mı olacağız? Binaenaleyh bu fikirden vaz geçmek insanlığı feda etmek demektir. İşte böylece muhasım taraf mantıkan ilzam edilemezse de ahlâkan ittiham edilmiş olacaktır (4).

Aynı metod ve zâviye tebdili nazariyenin bazı muhaliflerinde de müşahede edilmektedir:

Bizzat tabiî hukukun birbirine zıt mefhumlardan müteşekkil bir tertip olduğunu söyleyen ve «tabiatta haklar yoktur, vakıalar vardır» deyen (5) bir muarızdan usulen beklenen hareket, hukukî normların tetkikinde, alelıtlak tabiî vakıaların tetkikine mahsus olan muayyen metodları değil, belki normlar âlemine mahsus olan etik metodlarının istimali icap ettiğini söylemesi ve artık tabiî hukukun vücudü veya değeri ile iştigal etmemesidir. (6).

Fakat bu «tabiatta hukuk yoktur, vakıalar vardır» kaziyesinden hemen daima «o halde tabiî hukuk yotkur, bu olsa olsa bir illüzyondur» gibi bir netice istihraç edilmektedir ki (7), böylece davanın alelıtlak bütün idéelerin realitesi meselesi gibi daha başka ve daha mûdil bir probleme dahil çeşitli hal tarzlarına tâbi kalacağı, unutulmaktadır. Garip bir istical ile «tabiî

---

(4) **J. BENTHAM - Principes de Législation** 1789, 2 èm éd. 1823. chap. 13. éd. Dumont, t: 1. p: 129 «Her birinin kendi keyfine göre tatbik ettiği bir tabiî hukukla silâhlanmış olan bu müteassıplara karşı mantık yürütmemizi nasıl istiyorsunuz? Adalet hayaletleri gören bu insanlara, yanılmakta olduklarından başka ne söylenebilir?» (CH. BEUDANT'dan naklen a.g.e. Sh. 39 ve Not: 1»

(5) **COURCELLE - SENEUİL - Préparation à l'étude du Droit**, 1857 Sh: 209, 246, 405. «Tabiat hukuk tanımaz... O, hayırla şer arasında hiçbir tefrik yapmaz.» Bu fikre işaret eden BEUDANT, şu cevabı verir: «Tabiat hukuku tanımayabilir, fakat insan?» **(Droit individuel et l'Etat** Sh: 33)

(6) **JOHANN SAUTER** - a.g.e. Sh: 221 «Mukadderat icabı olması lazımgelen'i inkâr eden kimse, ondan bahsetmek hakkını da kaybeder».

(7) **L. DUGUİT - Le Droit Constitutionnel et la Sociologie** (Rev. int. **De l'Enseignement.** 1899 No, 11 P: 487) «... Bu tabiî hukuk prensipleri doğru olabilirler. Fakat onlar gözle görünen dünyanın dışındadırlar. bunlar sırf metafizik mefhumlardır ve bu sıfatla da bilinmez şeyler âlemine mensupturlar ve dinî bir sisteme veya şairane bir esere théma hizmetini görebilirler. Fakat müsbet ilme tamamen yabancıdırlar.»

hukuk bir vakıa değildir. O halde onu tanıyamayız» denip mesele halledilmekten ziyade bertaraf edilmiş olmaktadır (8).

Bazı muarızlarda müşahede edilen diğer bir zaaf da «tabiat» mefhumuna verdikleri mâna ve şumulün mütemadiyen değişmesi ve hattı hareket normlarına kıymet biçerken bu mefhumun rehberliğine fazlaca bağlanmalıdır. Umumiyetle tabiatın insanlara bir hukuk fikri telkin edemiyeceği, tabiata sormak icap ederse en kuvvetlinin haklı çıkması lâzım geleceği, zira tabiattaki muvazenenin daima mücadeleden galip çıkan kuvvetlerin baskısı altında meydana geldiği hatta «tabiî nizam - COSMOS» tasavvurunun dahi bir hayalden ibaret olduğu söylenmektedir ve bütün bu iddialar için de tabiat ilimlerinin şahitliğine başvurulmaktadır. Halbuki tabiat ilimleri haddi zatında bize tabiat mefhumunu en yetkili bir şekilde tasvir ve izah eden bilgi kollarıdır. Tabiat ilimlerine müracaat, neticede «tabiat»ın hakemliğine müracattır. Tabiî hukuk taraftarları bunu tabiî hukukun ebediyetini ve vücudunu ispat zımmında yapıyorlardı. Muhalifler ise tabiî hukuk mefhumunun yokluğunu ve hayalden ibaret olduğunu ispat sadedinde yapıyorlar!

Halbuki tabiî hukuk hasselerimize hitap eden şeniyetler zümresinden değildir ki onun varlığını veya, yokluğunu dış tabiata soralım? O, insan aklının tarihin bir çok zamanlarında bir çok müşkullere bir hal çaresi bulmak endişesiyle yarattığı bir hukukî kıymet ölçüsüdür. Halbuki kıymetler illüzyonlar demek değildir.

Aksi takdirde bütün ideler bütün mücerret fikirler hülâsa zihinin mânevî ve fikrî bütün mahsulleri birer illüzyondur!

Fakat böyle bir ittihamdan kurtulmak için burada derhal geniş mânada tabiata yani insan fıtratına da şamil tabiat mefhumuna atlanır ve insanın mor-

(8) **GABRİEL SEAİLLES - Les affirmations de la conscience moderne. 204.**
«Ahlâkî hayatın kökünde dahi vicdanın bir kararı, bir irade tasarrufu vardır ki dıştan gelen hiç bir sun'ilik bunun yerini tutamaz. Biz mutlağı temaşa etmiyoruz, biz mükemmelin vasıtasız sezgisine sahip değiliz, biz «iyi» yi arayarak, isteyerek, yaparak öğreniyoruz. Bu gayretle yavaş yavaş aklın kanununu keşfediyoruz. Adalet ve aşk kanununu tarif ediyoruz ki bunun ruhunu ancak kendi hâkimiyeti tecelli ettirecektir. Fakat bu kanunu biz kendimizde buluyoruz. Biz onu vakıalardan onların sabit münasebetleri imiş gibi istihraç ediyor değiliz. Olaylarda teeyyüt ve tahakkuk eden fizik kanunlarını gördüğümüz gibi bu kanunu görmüyoruz. Bu kanun olaylarla teeyyüt ve tahakkuk edecek yerde onlar tarafından tekzib edilir, hatta çok defa nakzedilir. Bu kanunu biz icad ediyoruz, biz yaratıyoruz, onu mevcut olmayan ve fakat mevcut olması icap eden bir nizam olarak anlıyoruz.» Kıymetli moralistin fikirleri, merhum T. Fikret'in «beşer, kendi putunu kendi yapar, kendi tapar!..» mısranı hatırlatır (Tarih-i Kadîme Zeyli)

al duyguları veya ideleri fıtrî midirler, yoksa kisbî midirler, şeklinde genelâva bir başka zâviyeden ele alınır (9). Halbuki mesele bu şekilde vazedilince bir hal suretine bağlansa dahi, esas dâvaya bir faydası yoktur ki: ister kisbî, ister fıtrî olsun manevî hislerin ve idelerin bütün cemiyetlerdeki mevcudiyeti bir vakıa değil midir? (10). Fakat burada derhal başka bir itirazla karşılaşılır:

İnsanların şu veya bu ideyi yaratmaları, bunlara bağlanmaları, bunları kendi hareketlerine ölçü olarak almaları keyfiyeti ancak bir psiko - sosyal vakıa olmak haysiyetiyle ait olduğu ilimler tarafından illiyet münasebetleri çerçevesinde tetkik edilmelidir, yoksa bizzat bu kıymetlerin ve idelerin mutlak realiteleri hakkında her türlü spekülâsyon mânasızdır, denir.

Fakat böyle geniş manada alınan ve insan fıtratını bütün manevî mahsulleriyle beraber içine alan bir tabiat mefhumu hakkında, kül olarak ilmî bir bilgi elde edilmesi mümkün müdür? Böyle bir tabiat mefhumu aşikâr şekilde metafizik bir hüviyet taşımıyor mu? Her ne hal ise... Farzedelim ki bu tabiat bütününün evsafı ve hususiyetleri hakkında «ilmî» bir bilgi elde ettik. Fakat bu bilginin vafsı nedir? Bu bilgi bize hangi neviden mûtalar temin edecektir? Her halde eşya tabiatına müteallik bildirici (indicatif) mûtalar... Şu halde bunların içinden hattı hareket kaidelerine müteallik emrî (imperatif) mûta çıkaramayacağız demektir (11).

Böyle bir tetkik ister teleolojik bir görüşle kâintaın bir nizam olduğunu, ister materyalist - pozitivis bir görüşle her nevi gayeden ârî bir tesadüfler mecmuası olduğunu ispat etsin. Bize daima eşya münasebetleinin «nasıl» cereyan ettiğini veya - daima insan arzu ve iradesinden ârî olarak - ilerde nasıl cereyan edeceğini gösterecektir. Bize «tabiatı - eşya şöyledir» diyecektir.

---

(9) **HENRİ DE PAGE - Droit naturel et positivisme juridique**. 1939. Sh: 10. Not. 9 «Tabiî hukukun akıl yolu ile idrak edildiği yolundaki iddia, tarihî bakımdan bir yanlış görüşü ifade etmekle beraber nazariyenin ortodoksisine modern şeklinden daha uygundur. Zira modern tabiî hukuk nazariyesinde tabiî hukukun manevî hişler vasıtasiyle bilindiği iddia edilir ve bu hislerin hem fıtrî, hem irsî, hem de müktesep olduğu (!) iddia olunur» Müellif burada LE FUR'e atıf yapmaktadır.

(10) **LE FUR - Les Grands problèmes du droit**. 1937. Sh. 17, 18.

(11) **A. LALANDE** - «Bütün bu müphemiyetler ve çift mânaya gelmeler (fizik kanunlar ve hukukî kanunlar hakkında) çağdaş felsefe dilinde de hâlâ mevcuttur ve bu karıştırma hali, **ilmî bir şekilde** tesbit edilmiş kanunlardan, bir normatif hattı hareket kaideleri sistemi istihraç edebilecek kudrette bir tabiî ahlâk hülyasının hâlâ devam etmesine sebep olmaktadır.»
Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie. 5. éd. 1947 Sh: 569.

Fakat «sen buna göre hareket et!» demiyecektir (12). Tabiat nizamı fikri, ittifakla kabul edilse dahi her halde bütün hususiyetleriyle aynen taklidi münasip olmıyacak bir nizamdır! Böylce bu münasipliğin takliri, yani mahsus tâbiriyle, «kıymet hükümleri» sahasına girilmesi ânından itibaren başka bir metoda müracaat zarureti hasıl olacaktır.. Hatta «kıymet hükümleri»nin psiko - sosyal vakıalar sıfatiyle tekevvün ve istihaleleri (13) ve idrak tarzları (14) bakımından tetkiki dahi bir mânada tabiat ilimlerinden sayılan psikolojiye ve kıymet nazariyesi dolayısiyle de umumî felsefeye girdiği halde, muhtelif kıymetler arasındaki silsilei meratibin tayini meselesi yine ayrı bir tetkik zâviyesine lüzum gösterir: Etiko - normatif tetkik zâviyesi.

Bu itibarla hukukî kıymetlerin ve dolayısıyle tabiî hukukun red ve inkârı için tabiatın, daha doğrusu en geniş manasiyle dahi onu mevzu edinen vakıa ilimlerinin hakemliği oldukça söz götürür mahiyettedir.

Fakat mes'ele bu safhaya dökülünce, nazariyeye muhalif olanların tabiî hukuk aleyhine ileri sürdükleri indilik, enfüsilik, gayrı ilmîlik itirazlarının ardı arası kesilmez bir hal alır. Bunlar tamamen haksız mıdırlar? Muhakkak ki hayır! Haklı mıdırlar? Tenkitlerinde evet! ama her halde inşalarında değil!

Esasen gerek lehte gerek aleyhde olsun bir çok etüdlerde taraf tutmatemayülleri daha baştan kendini hissettirmektedir ve tetkik başlangıcında araştırıcı için meçhul kalması gereken ve metoduna sadık bir müşahidin ancak mesaisinin en sonunda vasıl olması icap eden netice, maalesef bir çok etüdlerde, daha başlangıç safhasında kendisini hissettirmekte ve araştırmanın bütün seyri, haddi zatında evvelden kazanılmış noktai nazarların anıdane bir müdafaası manzarasını arzetmektedir. Öyleki dâvanın kazanılması ve muhalif tezin red ve cerhedilmesi için mütemadiyen tarif değiştirmek, mefhum icad etmek, bıkkınlığı dâvet edecek kadar teşbih ve istiarelerde bulunmak, her müşkül noktada yeni bir tetkik zâviyesi seçmek hülâsa düşünme ve araştırma metodlarının bir çok icaplarını ihmal, hattâ ihlâl etmek âdeta mübah sayılmaktadır. Yeterki mukabil dâva reddedilmeye müstehak bir hale düşsün!

---

(12) **A. LALANDE** - Muasır cemiyetlerdeki ahlâk buhranı üzerinde Fransız Felsefe Cemiyetinin 1908 senesinde açtığı alenî münakaşada LALANDE şöyle diyordu : «Bu mevcuttur» kaziyyesinden bir «yapmak lâzımdır» kaziyyesini çıkartmak mevzuubahisti. Halbuki böyle bir iddia gittikçe daha imkânsız ve beyhude görünüyordu. Zira mantığın bütün kaideleriyle tezat teşkil etmekte idi. Hiç bir zaman bir vakıadan, bir mûtadan, bir mevcudiyetten herhangi bir hattı hareket düsturu, bir yapmak lüzumu istihraç edilemez» (Bulletin de la Société Française de Philosophie). Avril, 1908 Sh: 133.

(13) **RAYMOND POLİN - La Création des Valeurs.** 1944.

(14) **RAYMOND POLİN - La Compréhention des Valeurs.** 1945.

Bu hal biraz da hukukçuların pratikde kazandıkları mesleki itiyadlarının mahsulü olsa gerektir: Felsefî kanaatlar âdeta pek aziz ve pek itibarlı müvekkiller gibi müdafaa edilmektedirler! Buna mukabil hücumlar yalnız muhalif teze değil, bu muhalif teze sahip olanların şahıslarına da tevcih edilmektedir. Tabiî hukuk taraftarlarının, hasımlarını itikatsızlık, dalkavukluk insaniyet düşmanlığı ile ittiham ettikleri ve tabiî hukuk aleyhdarlarının da diğerlerini sâfiyetle,, körü körüne inanç sahibi olmakla, gerilikle damgaladıkları görülmemiş şeylerden değildir. (15).

Bu kadar asabiyet niçin?

H. DE PAGE, tabiî hukuk taraftarlığının böyle asırlarca sürüp gitmesine hayret eder ve ilmî nazariyelerin kabul veya terkindeki kolaylığa atıf yaparak bu hukuk nazariyesinin devamlı tutunuşunun hikmetini, sosyal hareketlerin tekâmül seyrinde kuvvetli bir aksiyon vasıtası, bir manivela, bir muharrik olmasında bulur. (16).

Kanaatımızca bu kolaylıkla ve korkusuzca terkedilememek hali yalnız tabiî hukukun bir aksiyon âleti oluşundan mütevellit değildir. Bu hal siyasî - içtimaî ilimlere müteallik hemen bütün nazariyelerin müşterek zaafıdır. Zira bu gibi nazariyelerin taraftarları, bunlara yalnız akıllariyle, şuurlariyle değil, çok defa hisleriyle bağlıdırlar. Bunun için nazariye hakkındaki aklî deliller zayıfladığı zaman hissî sebepler bu zaafı telâfi için büsbütün kuvvetlenir ve kalbin saikleri aklın delilleri yerine geçer. Farkında olmadan bir iman ve akide mevzuu haline gelmemiş olan pek az sosyolojik nazariye vardır. Bu hal vaktiyle muayyen bir nazariyeye taraftar olanları âdeta ömürlerince bağlar ve o nazariyeyi terketmek bir nevi din değiştirmek gibi ağır ve zor gelir. LİTTRE'nin fikir değiştirmeleri ne kadar hücumu dâvet etmiştir!

Sosyal ilimlere müteallik nazariyelerin kolayca terkedilmemelerini intaç

---

(15) Bu hususta bilhassa H. DUPEYROUX ile M. WALİNE'in şiddetli münakaşaları dikkate değer :

H. DUPEYROUX - Les grands problèmes du Droit (Archives: 1938 No. 1 - 2 Sh. 7 - 77).

M. WALİNE - Défense du Positivisme juridique (Archives: 1939 No. 1-2 Sh. 83-96)

(16) **H. DE PAGE - İdée du Droit naturel.** 1936 Sh. 48 «İlimde herhangi bir teoriyi terketmekten kolay bir şey yoktur. Eğer EİNSTEİN nazariyesinin, tecrübe neticesinde NEWTON nazariyesinden daha üstün olduğu meydana çıkarsa hiç bir âlim NEWTON'u unutmakta tereddüt göstermiyecek, utanmıyacak veya vicdan azabı çekmiyecektir. Zira hakikatte teoriler izahlardan ibarettir. Nazariyeler doğru olamazlar, az veya çok elverişli olabilirler. Hakiki olan yalnız vakıalardır. Eğer vakıalar nazariyelere uymazsa feda edilecek olan, nazariyelerdir, asla vakıalar değil. Hukuk sahasında ise durum tamamen başka türlüdür. Tabiî hukuk idesi hiç bir zaman feda edilmemiştir ilh...»

eden bu ferdî psikolojik âmillerden başka sosyal mahiyette olan daha başka endişeleri de kale almak lâzımdır. Hukuk sahasında muayyen nazariyelerin müttefikan red veya kabulü yalnız mütefekkirin kendi tahassüsatı bakımından, değil, bütün bir camianın mensupları bakımından da pek ehemmiyetli neticeler doğurabilir. Filhakika hukukun içtimaî ahlâk ve siyasetle olan yakın irtibatı ve hukukî tefekkür sahasında sahip olunacak herhangi bir felsefî nazariyenin cemiyetin mukadderatı üzerindeki yakın ve katî tesirleri nazara alınacak olursa, beşeriyetin kaderi ile daha uzaktan alâkadar olan veya öyle olduğu zannedilen herhangi bir kozmogonik veya biyolojik teoriye nisbetle bir hukuk nazariyesinin çok daha zorlukla kabul veya terkedilmesinin hikmeti kolayca anlaşılır. Bu gibi nazariyelerin red veya kabulleri ilgili mütefekkirlere, *exacte* ilimlerle uğraşanların pek tanımadıkları bir manevî mes'uliyet yüklemektedir. (17) Bu itibarla bu mes'uliyet hissinin doğurduğu tereddüt ve çekingenlikleri de hesaba katmak yerinde olur.

Mamafih bütün bu devamlı cedel ve münakaşalar hukukî tefekkürde inkâr edilemiyecek bir terakki yolunu açmış bulunmaktadır. Esasen müşahhas meselelerin dışına çıkıldığı zaman muhtelif zekâlar arasında müşterek noktalar bulabilmek gittikçe güçleşmektedir. Biz bu mes'elelerin felsefî sebepleri üzerinde duracak değiliz. Hukukî tefekkürde fikir ihtilâfı bir vakıadır ve hukuk dünyasının antinomik karekteri düşünülürse bu vakıanın hukukla beraber ilânihaye devam edeceğine de hükmetmek kabildir. (18)

Bizim burada temas etmek istediğimiz nokta hukuk filozoflarının sistemlerindeki fazla şahsilik ve bu şahsiliğin bütün hukukî - felsefî tâbir ve telâkkilere kadar sirayeti yüzünden rastlanan tetkik müşkülâtıdır.

4. – TETKİK METODU VE ETÜDÜN PLÂNI:

Tabiî hukuk nazariyesinin lehinde ve aleyhinde söylenen bilcümle iddiaları teker teker tetkik ve tahlil etmek müşkül olduğu kadar, ilmî metod

(17) Netekim CHARMONT, 1908 - 1909 senelerinde Montpellier Hukuk Fakültesinde «Tabiî Hukuk Rönesansı dersleri» ni verirken talebelerine bu mevzuların zamanımızın en hararetli ve fikirleri en fazla alt üst eden meselelerini teşkil ettiğini, hatta bu problemleri tâmik ve tahlile girişmenin bir ihtiyatsızlık ve cür'et telâkki edilebileceğini zira bu dâvaların memleketi parçalayan mevzulara pek yakından temas etmekte olduklarını hatırlatır. İlâveten: «Haddi zatında aramızda tefrika olmasının sebebi, hepimizin aynı şeref hissine, aynı hukuk hissine, aynı adalet duygusuna malik olmayışımızdır.» der. (**La Renaissance du Droit naturel**, A. éd. 1927. Sh: 9).

(18) **GEORGES GURVİTCH - Droit Naturel ou Droit Positif İntuitif?** (Archives., 1933 n: 3 - 4, Sh: 55).

RENE HUBERT - Science du Droit. Sociologie Juridique et Philosophie du Droit (Archives, 1931 n: 1 - 2 Sh: 70 ve 71).

icaplama da aykırı bir tarzdır. Birbirine benzeyen fikirler arasında - her ne kadar indî de olsa - bir tasnif yapmak zaruridir. Ancak böyle bir tasnifin, şimdiye kadar denenmiş olan bir çok tasniflerde görüldüğü gibi, nazariyenin gelişiminde mühim rolleri olan mütefekkirlerin kıymetli hususiyetlerini lâyıkıyle belirmiyeceği de muhakkaktır.

Diğer taraftan muhtelif müeelliflere temas edildiği zaman, umumiyetle, temas edenin kendi noktai nazarını teyid edici veya kendi tenkitlerini haklı gösterici mahiyette olan bazı pasajlarla iktifa ettiği ve bu yüzden asıl müellifin hüviyetini daha iyi aksettiren bir çok mühim fikirlerini ihmal ettiği sık sık görülür. Bu hal ise bir çok sui tefsirlere meydan verir. Halbuki pek müfrit, hattâ pek garip iddiaların sahibi olarak takdim edilen öyle müellifler vardır ki, eserleri biraz daha sabır ve müsamaha ile etraflı şekilde incelendiği zaman hiç de öyle olmadıkları ve muhtelif etüd ve riasalelerinde müfrit nazariyelerini bir hayli tadil ettikleri müşahede edilir.

Biz bu gibi yanlış anlaşılma ihtimallerini bertaraf etmek ve nazariyenin tekemmülüne bir hayli faydası dokunan müellifleri bütün hususiyetleriyle belirtmek için bunların haiz oldukları kuvvetli ve şahsî cephelerini feda etmek istemedik. Bu itibarla kendilerinin çok defa ihmal edilen ve fakat esaslı olmaktan halî olmayan muhtelif fikirlerine yer ayırdık.

Etüdümüze çağdaş nazariyenin zaman içindeki gelişimi bakımından yaptığımız umumî bir tasnifle başlamayı muvafık bulduk. Nazariyenin asrımızdaki inkişafına tahsis ettiğimiz birinci bölümde rönesans hareketlerinin birbirini takip eden üç gelişme safhasını inceledik:

I — Klâsik nazariyeye avdet temayüllerinin ilk belirtileri (A. BOİSTEL, CH. BUDANT, R. STAMMLER, R. SALEİLLES, J. CHARMONT)

II — Klâsik nazariyeyi ıslah ve tadil temayyülleri (F. GENY, M. HAURİOU, G. RENARD)

III — Modern nazariyenin yeniden inşası denemeleri (LE FUR, J. BONNECASE, J. DABİN, G. DEL VECCHİO, H. ROMMEN, M. REGLADE, R. BONNARD, D. DRAGHİCESCO, F. GUİZAN, N. ALEXEİEV)

Tabiî hukuk idesinin ve rönesans hareketlerinin XX. nci asırdaki tenkidine tahsis ettiğimiz ikinci bölümümüzde gerek tabiî hukuk idesine vaki itirazları, gerek tabiî hukuk mefhumu yerine ikame edilmek istenen bazı felsefî mefhumları kısaca tahlil ettik. Muhtelif cephelerden vaki tenkitleri başlıca üç gurup etrafında topladık:

I — İdealist — pozitivist'lerin tenkitleri (G. MAY, G, DAVY)

II — Moralist — pozitivistlerin tenkitleri (G. RİPERT, P. CUCHE)

III – Normativist – pozitivist'lerin tenkitleri (CARRE DE MALBERG, KELSEN, WALİNE)

Eüdümüzün üçüncü bölümünü bir sosyal fikir cereyanı, bir sosyal vakıa olmak sıfatiyle tabiî hukuk idesinin çağımızın filozof hukukçuları tarafından izah ve tahliline tahsis ettik (M. HAURİOU, G. AİLLET, G. GURVİTCH, R. HUBERT, H. DE PAGE).

Nihayet yaptığımız incelemeler sonunda elimizdeki mahdut imkân ve vasıtalarla edinebilmiş olduğumuz zatî kanaatımızı da tetkikimizin (netice) kısmına ilâve etmeyi - hiç bir mutlak isabet iddiasında bulunmaksızın - bir vazife bildik.

BİRİNCİ BÖLÜM

XX. İNCİ YÜZYILDA TABİİ HUKUK RÖNESANSI VE BAŞLICA TEMSİLCİLERİ

— I —

KLASİK NAZARİYEYE AVDET TEMAYÜLLERİNİN İLK BELİRTİLERİ

5. — XIX. UNCU YÜZYILDA TABİÎ HUKUKUN DURUMU :

LE FUR, tabiî hukuk mefhumunun, gülünç bir hale sokulduğu devirlerde bile, gene sadık müdafiler bulmaktan halî kalmadığını söyler. Netekim XIX. uncu yüzyıl tabiî hukukun hemen hemen en fazla hırpalandığı bir devir olduğu halde gene nazariyenin pek sadık taraftarlarına rastlanır.

Filhakika bu asrın son yarısında şiddetli bir tabiî hukuk aleyhdarlığı hâkimdi. GENY'nin işaret ettiği gibi, 1860 - 1890 yılları zarfında ««tabiî hukuk korkusu» hemen bütün Avrupalı hukukçulara sirayet etmiş bulunuyordu ve onları hukukî tefekkür sahasında mutlak bir pozitivizme imale etmekte idi (1). Fakat asrın son senelerinde tarihçi ve pozitivist ekollerin ifratlarına karşı bir aksülamel başgösterdi. Tarihçi mektep, isabetli cepheleri teslim edilmekle beraber, yavaş yavaş bir tenkit süzgecinden geçirilmeye başlandı.

Bu safhada gerek katolik, gerek lâik müelliflerin tabiî hukuku, idealizmin bir ifadesi gibi telâkki ettikleri ve asrın müfrit realizmine karşı duydukları bıkkınlığı tabiî hukuka avdetle gidermek istedikleri görüldü. Esasen katolik kilisesinin resmî akidesi olan tabiî hukuk nazariyesi ilâhiyatçıların tretelerinde klâsik şekli ile zaten bütün asır boyunca devam etmekte idi. Ancak hem lâik hukukî tefekkür âleminde carî ve müessir olan modern teorilere cevap teşkil edecek, hem de klâsik tabiî hukuk idesinin bir jüstification'unu yapacak olan yeni eserlere ihtiyaç hissedilmekte idi. Filhakika tabiî hukuk nazariyesi bazı taraftarlarının elinde o hale gelmişti ki, bu eserler nazariyenin bir müdafaasından ziyade, zaaflarının büsbütün teşhirine vesile oluyordu. Kâh tabiî hukuktan en fer'î mes'elelerin cevabını istihraca kalkan, kâh tabiî hukuku son derece şümullü ve çok defa mahiyeti belirsiz büyük bir umumî ahlâk cürufu içinde ele alan bu tetkiklerden ortaya o kadar garip bir hattı hareket

(1) GENY — a. g. e. (Zeitschrift. 49 Sh. 92.)

kaideleri halitası çıkıyordu ki bunun içinden hakikaten hukuka taallûk edenleri bulup çıkarmak lâzım geliyordu (2).

Esasen bunların çoğunda tabiî hukukun vücudu hakkındâ sadece teolojik bir ispat tarzına raslanıyordu ki bu tarzdaki eserler devrin modern hukuk telâkkileri ile boy ölçüşemiyordu. Klâsik doktrinin bütün hususıyetlerine sadık kalan bu eserlerde nazariyenin yeni ve orijinal bir müdafaasına rastlanmıyordu. Yenilik teşkil eden hususlar çok defa klâsik nazariyenin sâfiyetini bozan teferruata kaçma ve şümullendirme temayülleri idi. Bu itibarla bu gibi eserler üzerinde durmak faydasız olacaktır. Çünkü bunlar ancak eskinin devamını ifade ederler, yoksa bir yeniden doğuşu değil.

Böylece burada eski akideye sadıkane bir bağlanıştan ziyade, yeni hukukî cereyanların kifayetsizliğini ispat ederek hukukî tefekkürün tekrar idealist bir temele bağlanması zaruretini gösteren daha yeni eserleri ele almamız icap etmektedir.

6. — İLK RÖNESANS BELİRTİLERİ: A. BOİSTEL

XIX. uncu asrın sonunda ortaya çıkan bu gibi eserlerde tabiî hukuk nazariyesinin henüz yeni bir sistemlenişine şahit olunamamaktadır. Bunlar daha ziyade XX. nci asırdaki rönesansın mübeşşirleri vaziyetindedirler. Diğer taraftan bunları XIX. uncu asır zihniyetine de irca edemediğimizden ihtiva ettikleri yenilik tohumlarına kıymet vererek, sistemlerindeki dağınıklığa bakmaksızın, nazara almamız icap etmektedir. Bunların rolü, yukarıda arzettiğimiz gibi, pozitivist ve tarihçi ekolleri tahrip etmek ve hukukî idealizme zemin hazırlamak olmuştur. Bu tibarla tenkitleri kuvvetli, fakat inşaları zayıftır. XIX. uncu asır sonundaki rönesans mübeşşirlerinden A. BOİSTEL zahiren klâsik nazariyenin tam bir muakkibi gibi görünürse de incelendiği zaman eserinde pek çok yenileşme gayretleri müşahede edilir.

1870 de neşrettiği «Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit suivant les principes de ROSİMİNİ» adlı eseriyle ve bilâhare Paris Hukuk Fakültesinde takrir ettiği ve bu ilk eserin tafsil ve itmamı mahiyetinde olup 1899 senesinde yayınladığı «Cours de Philosophie Du Droit» adlı eserinde müellifin felsefî görüşleri itibariyle EFLATUN'dan ve MALBRANCHE'dan müteessir olduğu ve hukuk telâkkisinde de kendisinin işareti veçhile ROSMİNİ'ye bağlandığı görülür. GENY, bu müellifin haksız olarak gölgede bırakıldığını ve ihtimal ki buna kendisinin bazı telâkkilerindeki sâfiyetin ve üslubundaki ağırlığın sebep olduğunu söyler. GENY'nin kanaatınca bu müellif ta-

(2) T. ROTHE'un, TH. JOUFFROY'nun, TH. MEYER'in eserleri bu mahiyettedir.

bîî hukukun klâsik telâkkisine, modern zekâlar için en şayanı kabul şekilde tercüman olanlardan biridir (1).

A — Hukukun nev'î unsuru: Adil veya haklı mefhumu (Juste)

BOİSTEL, hukuku umumî felsefe zâviyesinden incelemek ve hukukun nev'î unsurunun; fayda, uygunluk veya elverişlilik gibi ihtimalâta tabi bir esas olmayıp «Adil, haklı = Juste» gibi mutlak bir kategori olduğunu ispat etmek ister.

Âdil ve haklı kategorisi ise her şeyden evvel ahlâk sahasına girdiğinden evvelâ Ahlâk Kanunu vasıtasiyle «vazife = devoir» mefhumunu, yeni «ahlâkî vecibe = obligation morale» nin ne olduğunu tâyin etmek icap eder. Halbuki ahlâkî vecibe, haddi zatında farazî veya mantıkî bir zaruretten başka bir şey değildir. Şu mânada ki, biz hareket ederken kendi kendimizle tenakuz haline düşmek istemediğimiz takdirde - ki hiç bir zaman istemeyiz, isteyemeyiz - hareketlerimizi zekâmızda mevcut olan bazı mefhumlara uydurmaya daima mecburuz. İşte ahlâkî vecibe, bizim bu mecburiyetimizi ifade eden farazî veya mantıkî bir zarurettir (2).

Binaenaleyh asıl vazifemiz serbest faaliyetimizi aklın mûtalarına göre ve onun idrak ettiği nizamın icapları dairesinde tanzim etmekten ibarettir.

B — Vazifelerin nevileri: Ahlâkî ve hukukî vazifeler:

Fakat bu vazifenin muhtelif nevileri vardır. Hukuk bunların içinden yalnız muayyen bir neviden olanlara kendi haricî müeyyidesini tatbik eder ki bunlar haddi zatında bazı menfi mükellefiyetlerdir. Meselâ başka kimselerin kendi gayelerine doğru ilerlemelerini güçleştirmemek ve başkasına zarar vermemek mükellefiyetleri gibi. Bunlara «adalet vazifeleri» denir.

Halbuki diğer nevi vazifeler müsbet bir mükellefiyeti yükler. Bunlara yardım ve şefkat vazifeleri denir «dar mânada ahlâkî vazife». Meselâ başkasına iyilik etmek, başkasının kendi gayesine ulaşmasına yardım etmek gibi.

Bütün bu vazifeler yani gerek adalet vazifeleri, gerek şefkat vazifeleri haddi zatında ahlâkî vecibelerdir. Ahlâkî vecibelerin kaynağı ise ahlâk prensibidir. İşte objektif hukukun temelinin ve sübjektif hakların icabında zecirle muhafaza ve müdafaasının meşru'iyeti bu prensipte mündemiçtir.

C — Ahlâk prensibinin menşei:

Ahlâk prensibi nerede bulunur? İnsan şahsiyetinin masuniyetinde. Fakat insan şahsiyetinden murat, kendi kendine serbestçe istikamet verebilme kud-

---

(1) **GENY — Science et Technique.** Cilt 2. Sh: 279.

(2) **A. BOİSTEL — Philosophie du Droit.** 1899. Sh. 33.

retidir ki insanın bu kudreti, kelimenin en yüksek ve hakiki mânasiyla «hürriyet» e muadildir.

Fakat bu serbesti aynı zamanda bütün şahıslarda mevcut olduğundan, müşterek faaliyetin seyrinde bu hürriyetler birbirleriyle çatışabilirler. İşte bunun önlenmesi için bunların birbirlerine hürmet göstermeleri lâzımdır ki bu hürriyetlerden herhangi birinin gayesine erişmesine mani olanlara karşı kuvvet kullanma yetkisinin menşei de budur. .....

İşte bu hakka tekabül eden hukukî vazife şu formülde ifadesini bulur: Bir insan şahsiyetine, müstahak olmadığı bir fenalığı yapmamalıdır (3).

Sübjektif hak da ahlâk kanunu tarafından himaye edilen faydalı ve meşru bir şahsî faaliyettir ve bu ahlâk kanunu bütün diğer insanlara bu faaliyete hürmet etmelerini emreder ve onları bu hürmete mecbur etmek için kuvet istimaline izin verir (4).

D — BOİSTEL'in hususiyeti:

Müellifin gerek ferdî haklar nazariyesinde, gerek cemiyet hakkındaki fikirlerinde olsun dikkate çarpan hususiyet hukukî teşkilâtın mevzu kaidelerini en umumî ve en yüksek prensiplere bağlamak hususundaki samimi arzudur. Öyle yüksek prensipler ki artık onların üstünde metafiziğin derinliklerinden başka bir şey yoktur.

Esasen müellifteki bu gayret, aklın kudretine olan kuvvetli bir imana dayanmaktadır. Fakat BOİSTEL'in zayıf tarafı inşa ettiği sistemin en mühim kısımlarının sun'î muhakemelere müstenit olmasıdır ki kendisi bu muhakemeler silsilesine objektif bir hakikat nazariyle bakmaktadır.

Maalesef müellifin arzu ve inancının hilâfına olarak hukukî kaidelerin meşru'iyetini ispat zımnında ileri sürdüğü mülâhazalar kendisinin iddia ettiği gibi mücerret ve kat'î formüller olmayıp, daha ziyade aklı selime ve umumî hakkaniyet fikirlerine dayanmaktadır (5).

BOİSTEL kendi nazariyesinin sâfiyetini ve nev'iyetini muhafaza için «âdil, haklı = Juste» kategorisini ihata eden bütün gerçek mûtaların tetkikini başka ilim kollarına bırakmak istiyordu. Bu tetkiki tarih, iktisat veya sosyolojj yapabilirdi. Fakat BOİSTEL böyle yapmakla kendi vardığı neticeleri bütün afakî mûtalardan ve dolayısiyle bütün hayatiyetten mahrum ediyordu.

Netice itibariyle BOİSTEL, mâneviyatın en yüksek tabakalarından sadir olan fakat kendi başlarına kaldıkları takdirde bir adalet ilham etmekten baş-

---

(3) **A. BOİSTEL — Philosophie de Droit.** 1889. T. 1 Sh: 83 - 84.
(4) **A. BOİSTEL — Droit Naturel,** 1870 Sh: 76 - 78.
(5) **GENY — Science et Technique.** II Sh: 294.

ka bir şey yapmayan hatta bir bedahat manzarası dahi arzetmeyen bazı umumî fikirlerin vücudunu muhakkak gibi telâkki etmektedir ve bütün inşlarında hep bu umumî fikirlere dayanmaktadır. Zaten bu hal XIX. uncu yüzyıldaki klâsik akide taraftarlarının hepsinde müşterektir.

Mamafih BOİSTEL klâsik akideye sadık kalmakla beraber buna kendi şahsî ve müstakil fikirlerini ilâveden çekinmemiştir. O tabiî hukuku hüsnüniyet sahibi olan bütün çağdaşlarının kabul edebileceği bir şekilde arzetmek istiyordu. Yani nazariyede bir yenilik yapmak arzusunda idi. Fakat bu arzusuna nail olmuş sayılamıyacağını da kaydetmemiz lâzımdır. Böyle olabilmek için, pek müteal «trnascendentale» prensiplerden iştikak ettirdiği tabiî hukuktan o kadar teferruatlı kaideler istihrâcına kalkmamalı idi. Bu hal kendi nazariyesinin klâsik doktrinin maruz kaldığı tenkitlerin hemen hepsine muhatap olmasını mucip olmuştur.

7. — CH. BEUDANT'IN TABİÎ HAKLAR NAZARİYESİNE AVDETİ:

BOİSTEL'in **«Droit Naturel»** inin neşrinden 15 - 20 sene sonra klâsik nazariyenin daha esaslı bir şekilde ihya ve tecdidi yolunda iki eser daha intişar etti. Bunlardan biri VAREİLLES - SOMMİERES'in 1889 da münteşir **«Les principes fondamentaux du Droit»** adlı eseri, diğeri de CH. BEUDANT'ın 1891 de çıkan ve bir çok cephelerden hâlâ ehemmiyetini kaybetmemiş olduğu için müteaddit defalar yeniden basılmış olan **«Droit individuel et l'Etat»** sıdır. Biz burada nazariyenin objektif tabiî hukuktan müştak olup sübjektif ferdî haklara taalluk eden cephesi üzerinde durmuş olması hasebiyle nev'î bir hususiyet arzeden CH. BEUDANT'ın eserinden bahsedeceğiz.

A — Ferdin Devlete karşı korunması:

BEUDANT nazariyesinde siyasî ve iktisadî zaruretlerden mülhem olduğu kadar, kanuncu pozitivizmin ve müfrit sosyolojizmin ilmî görüşlerinden de cesaret bulan siyasî müdahaleciliğin XIX. uncu yüzyıldaki sür'atli kuvvetlenişi karşısında, ferdi, devlet dininin her türlü baskısından kurtaracak bir esas bulmak istiyordu.

Filhakika bu asırda ilmî tecessüs, sosyal mevzularla o kadar meşguldü ki, ne ferdî olaylar ne de ferdin insanlık liyakati meselesi artık pek dikkati çekecek bir mahiyet arzetmiyordu. İktisadî sahada devletin gittikçe artan müdahaleleri, sanayileşme hareketinin tesiriyle insanların ancak kitlevî cüzütamların içinde hüviyeti belirsiz standart «fert» ler gibi muamele görmeleri, siyasî ve felsefî sahada bilhassa Almanya'da inkişaf etmekte olan otoriter ve devletçi temayüller, insanlık haysiyeti ve ferdî hürriyet gibi mevzuların adeta modası geçmiş ve esasen de yanlış vaz olunmuş skolâstik meseleler gibi telâkki edilmesine sebep oluyordu.

Halbuki bütün mânevî ve iktisadî terakki, bir «şahsiyet» olan ferdin ken-

di insanî melekelerini serbestçe inkişaf ettirdiği zamanlardaki muvaffakiyetlerinin mahsulü idi. Şu kadar ki bu neticelerin azameti karşısında onların yaratıcısı olan hakiki «insan» unutulmuş, alelâde bir fert, yani her türlü hususi hayysiyet ve kıymetten her türlü mânevi imtiyazdan ârî ve emsalinin aynı olan canlı bir mahlûk menzilesine indirilmişti. Fert ancak cemiyet içinde, grup içinde, yani emsali ile birlikte bir sosyal cüzütam, bir kitle teşkil ettiği zaman ve bu kitleye tâbi olarak bir mâna ifade ederdi. İşte XIX. uncu asır materyaliz - minin, devletçiliğinin ve sanayiinin inkişafı neticesinde «insan» bütün metafizik hüviyetini kaybetmişti. Onu kurtarmak lâzımdı.

B — CH. BEUDANT'nın hürriyetçi tabiî hukuk:

Bütün bu tazyikler ve hakikatten sapınalar karşısında müellif ferdin kurtuluşunu tabiî hukukta bulıuyordu. Fakat bu, artık kadim Yunanistan'ın ve Roma'nın otoriter, devletçi, an'aneperest tabiî hukuku değildi. Müellife göre tabiî hukuk iki türlüdür: Birincisi otorite prensibinden hareket eder ve bir iki ob jektif mûta namına, cemiyetin idaresini siyasî iktidara teslim eder ve insanın insan şahsiyetini sosyal hukuka yahut cemiyetin kendi âzaları üzerinde haiz olacağı hukuka feda eder. Diğer tabiî hukuk ise ferdiyet prensibinden hareket eder, insanı kendi hakkının kaynağı telâkki eder, binnetice devletin hususî münasebetlere müdahalesini reddeder, insanî meselelerin tanzimini hürriyete bırakır (1). Kadim medeniyetler ancak birinci nevi tabiî hukuku tanımışlardır. Bugün anladığımız mânada bir ferdî hürriyete sahip olmayı, kadim devrin insanları ne istemiş ne aramışlardır. FUSTEL DE COULANGE'ın müşahede ettiği gibi bunlar ferdî hürriyet fikrinin bile cahilidirler. Bunlar devlete «Cite», veya Tanrılara karşı bir hak sahibi olunabileceğine inanamazlardı (2).

Kadim devlet, fertten malını, hizmetini hatta bizzat kendisini dahi talep edebilirdi. Eski filozofların bahsettikleri hak ve hürriyet mefhumları, hakikatte devlet idaresinde daha nüfuzlu mevkiler elde edebilmek ve siyasete daha yakından aktif olarak karışabilmek imkânı mânasına gelirdi. Yani iyi bir vatandaşlık durumu. Kadim devir bizim bugünkü hususî hayat hürriyeti, fikir, zevk ve dilediği gibi yaşama serbestisi mefhumlarını anlamazdı. Müellif bu - rada insanın insanlık haysiyetini kazanması halini hıristiyanlığın bir eseri olarak gösterir. İlk defa hıristiyanlık «insan» ve «vatandaş» ı birbirinden ayırmayı bilmiştir. «İnsan şahsiyetinin hak ve hürriyetleri meselesi ancak hıristiyanlıkla meydana çıkmıştır (3).

«Ancak insan tabiatına uygun olan ve insanın meşru imtiyazlarına hürmet eden kanunun âdil olacağı fikri, uzak da olsa, doğrudan doğruya bu hıristiyanlık akidesinin bir neticesidir» (4).

---

(1) CH. BEUDANT — **Droit Individuel et l'Etat**. Sh. 40.
(2) **La Cité antique** Sh. 269.
(3) CH. BEUDANT — a.g.e. Sh. 60.
(4) CH. BEUDANT — a.g.e. Sh. 66.

C — CH. BEUDANT'nın kukuk ve hürriyet telâkkisi:

Ferdî hürriyete olan şiddetli inhimakini belirttiğimiz müellif, hukuku, «Nizam» ve «Adalet» zaviyesinden değil, belki insanlık haysiyeti ve bunun lâzımı gayrı müfarıkı olan ferdî hürriyet zâviyesinden mütalâa etmektedir. Ona göre «Hukuk, hüriyetlerin ahengidir» (5), «Hukuk, en geniş mânasiyle hürriyetilmidir» (6), «Hak, insanın muhtariyeti demektir, düşüncelernin ve hareketlerinin istikametini kendisinden başka kimseye tâbi olmadan tâyin etmek kabiliyeti demektir ki bu kabiliyet onun fıtratında mündemiçtir: şahsın masuniyeti, muhtelif tezahürlerinin serbestisi, ve nihayet ferdî hürriyetin ayrılmaz şartı olan mülkiyet.» (7). «Hukukun mevzuu insanî melekelerin makul bir şekilde istimali, beşerî faaliyetin zekâ ve teemmül icaplarına göre tanzim - dir» (8).

O halde hukukun menşei nedir? Müellif burada başka bir mefhuma atlar: sosyal insiyak. «İnsan sosyal hayvan olduğundan ve cemiyet de hukuksuz olamıyacağından, hukuk, insandaki sosyal insiyakın cevabını teşkil eder. Hukuk, içinde tezahür ettiği müesseseler bakımından insan eseridir. Fakat hukukun gayesi tabiatta mündemiçtir. Hukukun menşei ve cevheri zarureti eşyadadır: Bu, tabiî bir mefhumdur.» (9).

D — Adalet telekkisi:

Müellife göre insanların birlikte yaşama zarureti, insanın hemcinsine karşı hürmet beslemesi zaruretini doğurmuştur. İşte bu, insanlarn hemcinslerinin haklarına ve şahıslarına karşı besledikleri mütekabil hürmet hissi adalet idesinin rüşeym halindeki durumudur (10).

Keza bütün hukukî müesseselerin, devletin menşei daima ferdi himaye kaygusudur. Müellife göre bütün iktidarlar başlangıçta hâmi durumundadırlar, çünkü hikmeti vücutleri bunu icap ettirir. Fakat çok defa himayekâr durumdan çıkıp zâlim olurlar ki devrilişleri de bu yüzdendir (11).

Kanun mücerret bir irade olmak sıfatiyle gayrı şahsî ve hissiyattan ârî bir hâmidir. O, sosyal himayenin en mütekâmil şeklidir (12). Fakat kanunların kıymeti neye göre ölçülecektir? Zira her şeyde olduğu gibi kanunun da iyisi, daha iyisi veya kötüsü olabilir: «Filhakika kuvetin bir ifadesi olmaktan

---

(5) CH. BEUDANT — a.g.e. Sh. 7
(6) » » — » Sh. 5
(7) » » — » Sh. 146
(8) » » — » Sh. 5
(9) » » — » Sh. 7
(10) » » — » Sh. 6
(11) » » — » Sh. 8
(12) » » — » Sh. 10.

başka bir şey olmayan bazı kanunlar, nizamsızlıktan daha tehlikelidir. Zira bunlara karşı, zulüm gören ferdin yapacağı şey, isyandır ki, bu da ferdî kuvvete müracaat demektir. Yani gene kuvvetler çarpışmasına avdet. Bu itibarla kanunların kıymet ve değerleri de ancak muayyen kanunlar dairesinde mevcuttur. Devletlerin kanunlarına hâkim olan bu diğer kanunlar nelerdir?

Bu, mevzuatın ve kanun koyanın üstünde bulunan bir Adalet fikrinde toplanır. Bu, aklın kabul edebileceği en yüksek mânadaki hukuktur. Vazii kanunun yolunu aydınlatan ideal ve nur işte budur (13).

İşte böylece ÇİÇERON'un Recta Ratio'suna ve Antigone'nin yazılı olmayan kanunlarına avdet edilmiş olmaktadır. Nitekim müellif PASCAL ve MONTAİGNE'nin Adalet aleyhindeki istihzalarına ve mevzuatın zemin ve zamana göre mütemadiyen değiştiği yolundaki muhalif delillerine karşı şöyle der: «Gaye sıfatiyle hukukun daimiyyeti, kanunların istikrarsızlığı ile mükemmelen telif edilebilir. Ziya hakkında hatalı nazariyeler kurulduğu için, yani dünya, bir karanlık ve aydınlık münavebesine maruz bulunduğu için güneşin vücûdünü inkâr etmek mi lâzım gelir?» (14).

Esasen müellifin kanaatince «nasıl hakikat, âdetin fevkinde bir şey ise, adâlet de kanunun fevkinde bir şeydir. Adalet bütün devirlerde bütün milletlerde, bütün insanlara hükmeden Tanrıların eliyle kurulmuş olan yüksek kanunlara itaatten ibarettir.» (15).

E — Tabiî hukukun ispatı, foksiyonu, unsurları:

Burada tabiî hukukun enteresan bir ispat tarzına rastlarız. Etüdümüzün giriş kısmında belirttiğimiz gibi muhtelif zâviye tebeddüllerinin tipik bir nümunesini müşahede ederiz: «Hayvan için insiyak ne ise, insan için de rehber fikirler (idées directrices) öyledir. İnsanın ne yaptığını bilmeden hareket ettiği yolunda bir iddia tıpkı, ne söylediğini bilmeden konuşmak hali gibi ancak bir delive yakışır. Vazii kanun bir kanunu yaparken bir gayeyi istihdaf ediyor demektir. Şu halde tabiî hukuk mevcuttur. Buna ister bu isim verilsin ister başka herhangi bir isim, mademki o müsbet hukukun kendisine doğru temayül ettiği bir idealden başka bir şey değildir, şu halde kendisine verilen ismin bir ehemmiyeti yoktur.» (16).

Müellifin bu ispat tarzı hakkında fazla bir şey söylemeyi zait görüyoruz. Vazii kanunun her istihdaf ettiği gaye muhakkak ki behemahal tabiî hukuk demek değildir!

---

(13) CH. BEUDANT. — a.g.e. Sh. 11.
(14) » » — » Sh. 16.
(15) » » — » Sh. 29.
(16) » » — » Sh. 34.

Tabiî hukukun fonksiyonları mes'elesinde müellifin fikirlerine iştirâk edilebilir: «Bir istikamet vermek, muhakkak ki tabiî hukukun verdiği ve verebileceği bütün şey budur. Keza hukuk felsefesinden beklenen ve beklenmesi lâzım gelen bütün şey de budur. Cihanşumül ve ebedî hakikatler yahut kelimenin asıl mânasiyle prensipler ile kanun vaz'ında icabı hale göre nazara alınacak olan münasiplik ve faydalılık gibi mütehavvil ve gelip geçici mülâhazaları birbirine karıştırmamak lâzımdır. (17).

Hülâsa tabiî hukuk müşahhas mes'elelere doğrudan doğruya hal suretleri temin edecek bir kaideler mecmuası değildir. Tabiî hukuk vazii kanunun kendisine doğru temayül edeceği bir gayedir. İlham veren ve yol gösteren fikirdir: Rehber fikir. Kanunla tabiî hukuk arasındaki münasebet bir ayniyet münasebeti değil belki bir tevafuk nisbetidir. Kanun tabiî hukuka uymalıdır, o kadar. Tabiî hukuk umumî bir istikamet prensibi olduğu içindir ki içtimaî hayatın icap ettirdiği en değişik tedbirleri ilham edebilir. Nitekim PORTA - LİS, tabiî hukuk için haklı olarak şöyle diyordu: Tabiî hukuk sevk ve idare eder, mevzu kanunlarsa emrederler. Hülâsa tabiî hukuk bir pusuladır, ka - nunlarsa pergeldirler.

Müellif tabiî hukukun bazı basit ve ana hakikatler zümresinden oldu - ğunu söyler. Tabiî hukuktan bir istikamet göstermek vazifesinden daha fazla bir şey istemek yani aydınlıkla karanlığın, şek ile yakinin orta haddi ile iktifa etmemek, kendisini insanî şeraitin dışına koymak ve illüzyona kaptırmak demektir (18). Her meselede tabiî hukuka istinad edenler hakikatte kendi şahsî telâkkilerini, kendilerini aldatan müphem bir kelime arkasına gizelmekten başka bir şey yapmadıklarının ve tabiî hukuku başkalarına kabul ettir - mek bakımından âdeta suî istimal ettiklerinin farkında değildirler (19).

F — CH. BEUDANT'nın hususiyeti :

Müellifin bir nevi ferdî hürriyet apolojisi teşkil eden mezkûr eserinin tabiî hukuka taalluk eden esaslı fikirleri aşağı yukarı naklettiklerimizden ibarettir. Bütün bu iddialardan elde kalan esaslar tabiî hukukun insanda mek - nuz olduğu, insanın kendi aklının emirlerine göre hareket etmek kabiliyet ve zaruretinde bulunduğu, bizzat kendi yaratılışının icabı olarak kendi hür iradesinden başka bir şeyle bağlanmaya mütehmamil olmadığı ve bütün bu hakikatlerin de yavaş yavaş insan aklı tarafından idrâk edildiği yolundaki fikirlerden ibarettir.

Tabiî hukuk kanunların bir kıymet kıstasıdır, ekseriyetin fikri demek değildir. O, hata üzerinde ittifak etmesi de mümkün olan umumî efkârın hatta

(17) CH. BEUDANT — a.g.e. Sh. 36.
(18) CH. BEUDANT — a.g.e. Sh. 39.
(19) » » — » Sh. 39.

millî iradenin aynı değildir. O, mutlaktır. Ondan ancak bir istikamet göstermesi istenebilir ki bu istikamet de, yapılacak kanunların ferdin insanlık şeref ve haysiyeti ile mütenasip olması cihetindedir. Yani devletin ferdin hususî hayatına ve fikir hürriyetine asgarî müdahalesi istikâmetindedir.

Bir kelime ile: Tabiî hukuk = ferdî hürriyet!

Hülâsa tabiî hukuk prensiplerinin menşei hakkında rasyonalist nazariyeye iltihak, prensiplerin şümulü hakkında azamî ihtisar, tabiî hukukun muhtevası ve istikameti yerine, ferdî hürriyet hakkındaki şahsî kanaatlarını ikame.

8 – STAMMLER'İN MÜTEHAVVİL MUHTEVALI TABİÎ HUKUKU

Fransa'da Ch. BEUDANT'nın meşhur eserinin intişarından beş sene sonra 1898 da STAMMLER, yeni kantçılığın mümessili olarak «Wirtshaft und **Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung»** adlı muazzam eserini neşretti. Müellif burada mütehavvil muhtevalı bir tabiî hukuktan bahsediyordu. Her nevi kablî kanaattan ve muayyen doktrinlerin tesirlerinden kurtulmak isteyen STAMMLER, yalnız mantığa ve vakıalara dayanarak hukukun bir marifet nazariyesini kurmak emelinde idi.

Kendisi bu büyük eserinde MARX ve ENGELS'in doktrinlerine karşı şiddetli bir hücumda bulunuyor ve burada sosyal ilimlerin araştırmaları için tıpkı diğer ilim dallarındakine benzer bir takım sağlam temel prensiplerin neler olabileceğini tetkik ediyordu (1).

A – Doğru hukuk mefhumu :

STAMMLER aristotelisyen tefrikten mülhem olmakla beraber daha ziyade Kant'ın istikametinde giderek bir «madde» ve «şekil» tefrikine dayanıyordu. Onun nazarında sosyal ihtiyaçlar ile hukuk arasındaki münasebet bir «madde - şekil» münasebeti idi. O, hukuku ahdî kaideler, örf ve âdet ve tahkim esasları gibi benzer mefhumlardan istihraca çalışıyor ve neticede tahakkuku son derece şayanı arzu olan bir «doğru hukuk» mefhumunda karar kılıyordu.

Doğru hukuk, hukukun bir tohumu, hukukî organizasyonun cevheri idi. Herhangi bir mefhumda nasıl iki çeşit unsur varsa (biri mütehavvil madde, diğeri zihnin sabit kategorileri), insanların ihtiyaçlarını gidermek zımnında sarfettikleri müşterek gayretin bir ifadesi olan içtimaî hayatta da böylece iki unsur vardı : Bunlardan biri zaman ve mekâna göre mütehavvil sosyal ihtiyaç, diğeri insan zihninin bir kategorisi olan hukukî nizamlama.

---

(1) STAMMLER'in Cemiyet ve Hukuk felsefesi hakkında kıymetli Türkçe mehaz, Doçent Dr. ORHAN MÜNİR ÇAGIL'ın etüdüdür: İst. Huk. Fak. Dergisi XIII, Sh. 697 - 731. Fransız literatüründe F. GENY'nin «Science et Technique» adlı eserinde kâfi malûmat mevcuttur.

Sosyal hayatın, tarihin tâbii olarak tahavvül eden cephesi bir tarafa bırakılsa dahi, gene insanların nizamladığı bir mevzu olmak vasfı baki kalır. O halde bu vasıf bir sabitedir. Onun şeklî unsurudur.

Asıl hukuk âleminde de aynı madde ve şekil tefriki caridir. Zaman ve mekâna, gelip geçici ihtiyaçlara göre tahavvül eden bütün hukukî kaidelerin mahiyetinde bir değişken unsur ile bir sabit unsur tefrik edilebilir ki bu sabit unsur, bu mütehavvil muhtevayı âfakî bir doğruluk idesine göre tanzim eden, ona hükmeden şekildir.

Doğru hukuk, artık ne ideal bir hukuk demektir, ne de müşahhas hukuk kaidelerinin bir takdir ölçüsü. Bu, sadece bütün hukuk çeşitlerinde müşterek olan umumî ve birleştirici bir kıstastır.

STAMMLER, tabiî hukuku, muhtevası tabiata tekabül eden hukuk şeklinde tavsif etmekle beraber an'anevî doktrine karşı şu itirazda bulunur: Daima kendinin aynı kalan, cihanşumul ve değişmez bir hukuk muhtevası yoktur. Hatta değişmeyen bir tek hukuk prensibi bile yoktur. Fakat bu lâyete - nâhî muhteva tahavvülünü, ona şekil veren şeyle hudutlandırmak, tâyin etmek ve kendisine bir istikamet vermek için muayyen bir kıymet metodu tesbit edilebilir ve edilmelidir. Öyle ki bu kıymet metodu umumî kıymete taallûk edecek, şeklî olacak ve bu muhtevaya âfakî olarak doğruluk damgasını vuracaktır (2). Yani tabiî hukuk, artık dış tabiata veya insan tabiatına değil, belki hukukun tabiatına uygun bir muhtevaya sahip olacaktır (3).

B — Doğru hukukun kıstası: Sosyal ideal mefhumu:

Doğru hukuka temel teşkil eden fikir artık ne hürriyet, ne müsavat, ne saadet, hatta ne de müşterek hayırdır. Bunların hepsi sert bir mantıkî tahlile mukavemet edemiyen mefhumlardır. Doğru hukuk fikri ancak «sosyal ideal» mefhumundan istihaç edilebilir. Bir sosyal ideal, iradelerini serbestçe kullanan hür insanlar camiası demektir. Bu camiada herkes başkalarının gayelerini, bu gayeler âfakî bir doğruluğu haiz oldukları takdirde, kolayca benimseyebilir (4).

C — Sosyal idealin mutavassıt tahakkuk prensipleri:

Fakat böyle bir idealin yani içtimaî idealin tahakkuku - ki şekil olmak sıfatiyle doğru hukukun en yüksek ölçüsü olarak kalır - tarihen mûta olan tecrübe mevzuu maddeyi işleyebilecek ve sübjektif kıstasları temizliyerek umumî düsturu, hususî hallere tatbikde birinci derecede mütevassıt rolünü oynayabilecek olan muayyen prensiplere ihtiyaç gösterir.

---

(2) **Wirtschaft und Recht, 2. ed.**, 1906, Sh. 180 - 183.
(3) **Richtiges Recht.** 1902, Sh: 95, 98.
(4) **Wirtschaft und Recht**, Sh. 581 ve 609.

Bu prensipler ne ihtimalî bir hükümden, ne takribî bir kanaattan, ne de müşahhas kaidelerden istihraç edilemez. Bu prensipler, emin bir istikamet vermek gibi esas fonksiyonlarını garanti etmeye muktedir bir sistematik tamamiyyet isterler.

Sosyal ideal formülü netice itibariyle ferdî gayelerin tevhidine irca edilir ve bu bakımdan iki ayrı tefekkür-istikametine yol açar:

Bunlardan biri her cemiyetteki hususî menfaatların muhafazası lehine olan istikamettir, ki bu yoldaki prensipler fertlerin karşılıklı hürmet ve itibarlarını tazammun ederler ve bunlar itibar ve hürmet fikrinden mülhem olurlar (die Grundsatze des Achtens).

Bu nevi prensiplerde insanın «hemcins» sıfatı galiptir. İnsanın hür iradesi her şeyden fazla hürmete lâyıktır ve siyasî iktidarın bir âletî mesabesinde telâkki edilmemelidir.

Diğeri de, insanların menfaatları arasındaki tesanüdü temin maksadiyle hepsinin gayelerinin birleştirilmesini yani herkesin, heyeti umumiyenin gayesine iştirakini tazammun eder. Böylece doğru hukuk prensiplerinden iki nevi düsturlar serisi sadır olur. Bunlardan birinci nevi düsturlar, irade muhtariyetine ve akit-hürriyetine taallûk eder; ikinci nevi düsturlar ise, fertleri bir sosyal ideal etrafında birleştirme, yani işbirliğine dâvet etme fikrinden mülhem olurlar. Ezcümle ferdin mensup olduğu cemiyetten keyfî şekilde kovulamıyacağı ve ferde tanınan tasarruf kudretlerine cemiyet zararına olarak keyfî şekilde tecavüz edilemiyeceği ve saire gibi esasları ihtiva ederler, ki bunlara «die Grundsatze des Teilnehmens» derler. Fakat bu prensipler asla umumî mahiyette kanun metinleri gibi şeyler değildirler. Bunlar muayyen müşahhas, tarihen mûta ve mütemadiyen mütehavvil bir maddeyi, doğruluğun şeklî şartlarına uydurmak için yol gösteren direktiflerdir.

D — «Doğru hukuk» un tipik nümunesi ve tahakkuk vasıtaları:

Doğru hukukun son derece mütehavvil olan sosyal maddeyi lâyıkiyle şekillendirebilmesi ve onu objektif doğruluk esaslarına göre nizamlayabilmesi için yukarıda zikrettiğimiz mutavassıt tahakkuk prensipleri kâfi değildir. Bir basamak daha müşahhasa yaklaşmak için «doğru hukuk» un tipik modeline müracaat lâzımdır. Bu model hem umumî bir kıymeti haizdir, hem de son derece elâstikiyete ve intibak kabiliyetine sahiptir.

STAMMLER, bu doğru hukuk modelinden bahsettiği zaman şöyle bir tasavvurda bulunur: hakları birbirleriyle çarpışan daha doğrusu hangisinin haklı, hangisinin haksız olduğu tayin edilmek istenen taraflar arasında hususî bir cemiyet tasavvur edilmelidir (Sondergemeinschaft). Bu cemiyette her iki taraf taleplerini ve iddialarını ortaya koyar. Bunlar karşılıklı olarak mü -

nakaşa edilirler ve işte burada ihtilâf halinde olan taraflardan hangisinin haklı olduğunu objektif bir doğrulukla tâyin edecek olan yegâne prensipler bu doğru hukuk prensipleri olacaktır (5). Şu halde doğru hukuk mütehavvil muhtevalı bir tabiî hukuk demektir (6).

Bu doğru hukukun tahakkuk vasıtaları türlü türlü olabilir. Vazii kanunun emrî kaideleri veya emsal hukuku bunu tahakkuk ettirebilir. Böylece dinamik ve mütehavvil sosyal hayata umumî ve yeknesak bir intizam vermek isteyen bu dış şekil, yani zaman ve mekânla mukayyet ve mütehavvil olmayan bu doğru hukuk, ancak mütehavvil muhtevalı bir tabiî hukukun «desideratum» u vasıtasiyle temin edilebilir.

Görülüyor ki hukuk mefhumu, STAMMLER, için, şeklî bir mefhumdur. Bunun muhtevası zaman ve zemine göre hudutsuz şekilde tahavvül eder. Fakat bu muhtevanın tanzimini ve tâyinini yapacak olan, ona rehberlik edecek olan hukuk ancak hukuk idesi olabilir. Şu halde hukuk idesi, hukukun bütün muhtevasının kendisine göre ayarlanacağı bir temel kıstastır. Fakat bundan bir takım emrî kaideler istihraç edilmez. Bu olsa olsa bir istikamettir ve bu istikamet hukuk mefhumunun muhtevasının âfakî bir doğruluğa uygun olup olmadığını gösterecek olan bir ölçüdür.

E — STAMMLER'in hususiyeti :

STAMMLER'in sistemi acaba bu «mütehavvil muhtevalı tabiî hukuk» mefhumu ile tabiî hukuk rönesansına hizmet etmiş sayılabilir mi?

STAMMLER tabiî hukuka mütehavvil bir muhteva vermekle onun sabit ve lâyezal karakterini ancak şeklî unsuruna hasretmiştir. Hukuk, zihnin *à priori* bir kategorisini ifade eder. Hülâsa boş bir çerçevedir. Bunun muhtevasını tarihin tâbii olan gerçek sosyal hayatın ihtiyaçlarına göre taayyün edecek bir düstur dolduracaktır. Bununla beraber, STAMMLER'e göre, bu muhteva mütehavvil olmasına rağmen gene bir takım prensiplere kaynak vazifesini görebilecektir.

Fakat burada derhal bir sual vârid olmaktadır. Kendisi bizzat mütehavvil olan bu muhtevadan nasıl olur da muayyen karakterde yani sabit evsafta bazı prensipler sadir olabilir?

Filhakika bu noktadan STAMMLER'in kendi mahz mantıkî metoduna sadık kalmadığı münekkitlerin dikkatini çekmiştir. STAMMLER istihraç ettiği talî prensipleri hakikatte, muhtevadan mücerret bir doğru hukuk kategori-

---

(5) **STAMMLER — Richtiges Recht:** 11. 5, 1. Sh. 276 - 280.

(6) Fakat müellif yeni eserlerinde bu formülü artık kullanmamaktadır.
CLAUDE DU PASQUIER — Introduction à la theorie générale et a la philosophie du Droit. 2. ed. 1942, Sh. 301.

sinden değil, belki bir takım ahlâki idelere ve ideallere dayanan ve bu itibarla, pekalâ, muayyen renkleri, muayyen muhtevaları olan bazı postülatlardan istihraç etmiştir (7).

Diğer taraftan mefhumları fazla parçalaması neticesinde ancak tahlilî hükümlere vasıl olması ve mefhumların yegâne kıstası olarak sadece bunların mütenakız olmamalarına dikkat etmsei ve zatî kıymetleriyle alâkadar olmaması hep müellifin intikadî metodu fazla ileri götürmesinden hatta bazan da tağyir etmesinden mütevellittir.

Meselâ hukuk mefhumu, hukuk idesi, ve hukuk muhtevası arasında kesin tefrikler yapmak her zaman kabil midir? Sonra acaba doğru hukukun bir kıstası olarak ileri sürülen (sosyal ideal) mefhumu, hakikaten iddia edildiği gibi, tamamen muhtevdan ârî bir ölçü müdür? STAMMLER bununla, içinde herkesin diğerlerine tâbi ve diğerlerinin gayesine hürmetkâr olmakla beraber bir «insan» bir «hemcins» olarak bizzat kendi kıymetini ve irade hürriyetini feda etmediği bir cemiyeti murad etmektedir. Yani hür iradeli adamlar camiası. Bu telâkki tamamen bir endividüalizm değilse de, zaruri bir işbirliği ihtiyacı ile tâdil edilmiş bir hürriyet fikridir ve her halde bir pensip için mükemmel bir muhtevadır (8).

Diğer taaftan müsbet hukuk ile doğru hukuk arasındaki münasebetin ne olacağı hususunda STAMMLER'de tam bir sarahat yoktur. Verdiği bütün izahlar muğlak ve müphemdir. Esas itibariyle STAMMLER doğru hukukun sosyal hayata fiilen hâkim olmasını tecviz etmekte midir? Yani gerek kanun vazı, gerek hâkim bu doğru hukukun ilmî ve tabiî temelinden doğrudan doğruya istifade edebilecekler midir? Müellif hiç bir yerde bu hali tecviz ettiğini tasrih etmez. Bu itibarla doğru hukuk idealinin cemiyete nasıl tatbik edileceği anlaşılmamaktadır. Hülâsa mefhumlar ve düsturlar dünyasından sosyal gerçekliğin müşahhas olaylarına intikal edilince STAMMLER'in sistemi artık eski selâbetini muhafaza edemez. Böylece STAMMLER bir çok cephelerden tenkitlere maruz kalır.

Tabiî hukuk taraftarları onu tabiî hukuku boş bir çerçeve haline sokmakla ittiham ederler. Meselâ G. RENARD, içinden çeşit çeşit posta katarlarının geçtiği sabit bir istasyon garına benzeyen bu mütehavvil muhtevalı tabiî hukuktan hiç bir şey anlamadığını ve bunun hakikatte nominalist bir mefhum-

---

(7) **GENY — Science et Technique:** II. Sh. 183. «... Bu prensipler daha ziyade çeşitli mülâhazalardan, menşei çok daha sübjektif olan dünyevî bir teleolojiden çıkartılmaktadırlar ve bunlar iddia edilen azimet noktasından hayli uzakta kalmaktadırlar. Hatta aralarındaki tenakuz bazan temel postülâtı yıkacağa benzer.»

(8) **H. ROMMEN — Die Ewige Widerkehr des Naturrechts** (Fransızca terceme. Sh: 166 C. du PASQUIER — **Introduction.** Sh: 301.

dan ibaret olduğunu söyler (9). Diğer taraftan pozitivist hukukçular da STAMMLER'e çatarlar. Meselâ G. RİPERT mütehavvil muhtevalı tabiî hukuk mefhumu hakkında aynen şöyle der: «Ancak bir Alman Filozofunun ihata edebileceği bir kelime ve mefhum tenakuzu!» (10). Hülâsa hukuku sırf şeklî bir tarzda kavramıya çalışmakla doğru hukukun ne olduğu anlaşılamaz. Çünki hukukun etik muhtevasından müstağni kalmamaz. Bu bakımdan STAMMLER devamlı bir şekilde tenkit edilmiştir (11). Esasen müellifin fikirleri hukukî tefekkür âleminde hem takdiri, hem tenkidi mucip olacak çeşitli cepheleri ihtiva eder (12).

Zira kendisi doğru hukuk mefhumuna sarih bir muhteva vermemekle tabiî hukukçuları, sosyal ideal mefhumuna az çok mütebariz bir etik renk vermekle ve bunu doğru hukukun ölçüsü yapmakla da pozitivistleri kaybediyordu.

Bütün bu tenkitlere rağmen STAMMLER'in devletçi pozitivizmle olan cesurane mücadelesini ve hukukî idealizm lehine olan hizmetlerini bütün hukukî tefekkür dünyası takdirle ve hürmetle kaydeder. STAMMLER'in asıl rolü hukuk idesinin değerini ve lüzumunu tebarüz ettirmiş olmasındadır.

9 — R. SALEİLLES'İN, HAKİMİN TAKDİR HAKKI ZAVİYESİNDEN TABİÎ HUKUK GÖRÜŞÜ :

STAMMLER'in yukarıda naklettiğimiz meşhur eserinin Almanyada intişarından beş altı sene sonra R. SALEİLLES bütün bu yeni cereyanlar hakkında 1902 de **Revue Trimestrielle de Droit Civil**'in ilk cildinde mühim bir makale neşretti, ki bu makale bir çoklarınca tabiî hukuk rönesansının tarihî başlangıcı olarak sayılır. «Bazı yeni eserlere nazaran tarihçi mektep ve tabiî hukuk» adını taşıyan bu makale (1) kendisinden daha evvel intişar etmiş olan dört kitap ve bir makale münasebetiyle (2) R. SALEİLLES'in tabiî hukuk hakkındaki şahsî görüşlerini ihtiva ediyordu.

---

(9) **G. RENARD — Le Droit, la Logique et le Bon Sens.** 1925. Sh: 38.

(10) **G. RİPERT — La Règle Morale dans les Obligations civiles. 3 éd.** 1935. Sh: 17.

(11) **COİNG — Grundzüge des Rechtsphilosophie.** 1950. Sh: 294 - 295.

(12) Felsefî tenkit: MORRIS GİNSBERG (Archives: 1932. n - 3 - 4 Sh: 565), Hukukî tenkit H. U. KANTOROWİCZ **(Zur Lehre vom Richtigen Recht. 1909)** İktisadî teknik için MAX WABER-R. **Stammlers «Unberwindung» der mater. Geschichte. (Ar. für. Soc.** 1907).

(1) **RAYMOND SALAİLLES — Ecole historique et Droit Naturel d'après quelques ouvrages recents.** (Rev. Trim. Droit. Civ. 1902, Sh: 80).

(2) **STAMMLER — Wirtschaft und Recht.** 1896.
F. GENY — Methode d'İnterpretation et source du Droit priveé positif. 1899
L. DUGUİT — L'Etat, Le Droit, Objectif et la Loi pasitive. 1901.
L. Von SAVİGNY — Das Naturrechtsproblem und die Methode seiner Lösung 901

A — R. SALEİLLES'in mes'eleyi vaz şekli:

BEUDANT'ın hususiyeti, bir tabiî hukuk fikrine ancak kanun koyanın ferdî hürriyete müdahalekâr tasarruflarını önlemek ve ferdî hakları devlet tecavüzünden masun tutmak için müracaat etmiş olmasındadır. STAMMLER de doğru hukuk tezini aşağı yukarı aynı maksatla ortaya atmıştır. Her ikisinde de esas dâva müsbet mevzuatın putlaştırılmasından ve kanun koyana hudutsuz bir teşri selâhiyeti tanınmasından kurtulmaktır.

R. SALEİLLES ise tabiî hukuka başka bir maksatla başvurur. O, hâkimin hususî hukuka mütedair çalışmalarında metinlerin kifayetsizliği halinde doğrudan doğruya tabiî hukuk prensiplerinden mülhem olarak hüküm verip veremiyeceğini düşünür (3). Çünkü müellife göre, amme hukuku sahasına, zamanın siyasî ve felsefî mülâhazaları umumiyetle daha kolaylıkla nüfuz edebilir. Bu itibarla bir çok defa ammeciler kanun yaparlarken, tabiî hukuktan aldıklarını iddia edebileçekleri prensipleri kanunlaştırmakta gecikmemişlerdir.

Halbuki hususî hukukta umumî efkâr umumiyetle bu işi hukuk mütehassıslarına ve hukuk ilminin terakkilerine terkeder. Vazii kanun da umumî efkârdan bu hususta fazla bir tazyik görmediğinden bu işi gene mütehassıslara bırakır. Demek ki hukuk doktrininin ağırlığını daha ziyade hususî hukuk çeker. Bu güçlük bilhassa hâkimlerin kanunda muayyen, müşahhas mes'eleler için tâyin edecekleri hal suretleri hakkında bir sarahat bulamamaları halinde kendini gösterir. Yani kanun boşluğu meselesinde. Meselâ eski Avusturya medenî kanununun 7 inci maddesi, bu gibi hallerde hâkimin tabiî hukuka göre hükmedeceğini bildirir (4).

İşte tabiî hukukun ne olduğunu ve hangi prensipleri ihtiva ettiğini objektif ve ilmî bir şekilde tâyin etmek hukuk ilmine düşer. Hukuk ilmi, hâkime, mevzuatın meskût kaldığı hallerde yardım edebilecek olan bu tabiî hukuk icaplarını tesbit etmelidir. Acaba buna muktedir midir? İşte bütün mesele budur (5).

B — Tabiî hukuk nedir ve ne değildir:

«Tabiî hukuktan veya bir tabiî hukuk prensibinden bahsedildiği zaman, eğer anlaşmak matlup ise, bir mücerret akıl ve felsefî intuition formülünden istihraç edilmiş bir hal suretini murad etmek lâzımdır» (6). «Burada mevzuu

---

(3) Aynı fikir bilâhare **Le Fur, Geny** ve **R. Honig** tarafından tekrarlanmıştır.
(4) **R. SALEİLLES** — a. g. e. N: 2.
(5) **R. SALAİLLES** — a. g. e. Sh. 85
(6) » » » Sh. 87

bahis olan; bazılarının müteaddit olduklarını söylediği bazılarının da bir kaç taneye inhisar ettirdiği değişmez ve mutlak kategorisine dahil kanunlardan istihraç edilmiş mücerret akıl prensiplerine dayanan bir takdir hakkıdır.»

Müellif, tabiî hukuktan, artık bütün müesseseler için ideal bir örnek teşkil edecek ve bütün hukukî müşkülleri halline yarayan vasıtaları bahşedecek olan bir prensipler mecmuası kasdedilmediğini ve sadece bir tenkit ve takdir ölçüsü arandığını (7) söylediğinden, bunun, müsbet hukuk sisteminde zâten mevcut olan bazı kaideleri tasnif ve tecrit suretiyle umumî esaslara varmak keyfiyetinden tamamen tefrik edilmesi gerektiğini ihtar eder. Bir memleketin mevcut kanun hükümlerinden, mukayese tarıkiyle, umumî esaslar çıkarmak sadece bir teknik işidir. Bunu, tabiî hukuk ile karıştırmak, hukukun zarurî ve sun'î inşalarını aklın mevzualariyle karıştırmak demektir.

Keza hukuku, sosyolojik mütalâalara göre takdir ve ayarlamak işi de tabiî hukuku bulmak demek değildir. Hukuku sosyal ihtiyaçlara uydurmak mes'elesi başka bir şeydir. Zira sosyal ihtiyaçların tetkikinden çıkacak neticeler tahavvül ettikçe cemiyete tatbik edilecek hukuk da değişecektir. Halbuki tabiî hukuktan murad, böyle mütehavvil bir hukuk gerçekliği değildir.

Hülâsa: «tabiî hukuk prensipleri, gerek hukukun umumî esaslarından gerek sosyoloyik mütalâaaların telkin edecekleri istikametlerden daha yüksek ve daha ulvî bir cevherdendir. Bunlar müesseselerin temeline taallûk ederler ve müesseselerin âfakî kıymetlerini aklın, adâletin ve - modernleri düşüne - rek ilâve edelim - sosyolojinin âmir icaplarına nisbet etmek suretiyle takdir ederler. Böylece bir tabiî hukuk prensibinin hangi alâmetlerle tanınacağını tesbit etmiş bulunuyoruz. Bu itibarla bu karakterleri nerede görürsek orada bir tabiî hukuk rönesansını selâmlıyabiliriz.» (8).

SALEİLLES muhtelif yeni temayüllerde tabiî hukukun nüksedişinin hangi alâmetlerden tanınacağını bu şekilde belirttikten sonra GENY'deki tabiî hukuk ve adalet telâkkisini inceler (9) ve kendi görüşlerine nisbetle GENY'nin, tabiî hukuktan daha fazla şeyler beklediğini kaydeder. Ezcümle, GENY yalnız adalet mefhumunun her yerde ve her devirde bulunduğunu yani ev - rensel bir değeri olduğunu kabul ile kalmayıp, adaleti ifade için kullanılan bazı düsturların da aynı evrensellik değerine sahip olduğunu iddia ettiği halde SALEİLLES, bu evsensellik kıymetini yalnız adalete yani tabiî hukuk

(7) » » » Sh. 86
(8) » » » Sh. 88
(9) GENY'nin tabiî hukuk mes'elesini esaslı bir şekilde ele almış olduğu «ilim ve teknik» adlı eseri 1915 de intişar etmiştir. SALEİLLES burada müellifin 1899 da neşrettiği tefsir metoduna müteallik eserindeki fikirlere nazaran mütalâa yürütmüştür. GENY'nin esas tezini ilerde ayrıca inceliyeceğiz.

prensibine tamır ve fakat bundan istihraç edilecek olan veya bunun muhtelif ifadelerini teşkil eden tâlî prensiplere tanımaz. SALEİLLES için, üç derece farkının tesbiti lâzımdır: 1 — Tabiî hukuk prensibi, 2 — Bu prensipten nazarî sahada istihraç olunan diğer prensipler (ki buna «mücerret tatbikat» der) 3 — Bu prensibin müşahhas hukukî tatbikatı. İşte bu üç dereceden yalnız ilk derecedekine tabiî hukuk etiketi yapıştırılabilir (10).

SALEİLLES in DUGUİT hakkındaki fikirleri de şayanı dikkattir. Tabiî hukukun ciddî bir düşmanı olan DUGUİT'nin, tesanüt kanununa verdiği mânadan bunun da bir nevi «tabiî hukuk» temayülünün ifadesi olduğunu istihraç etmesi, bilâhare DUGUİT hakkında defalarca tekrarlanacak olan bir tenkidin ilk emaresini teşkil eder (11).

Mamafih hakikî bir sosyal kanun ile tabiî hukukun farkını da gayet iyi bir şekilde belirtir. Sosyal kanun, sosyal vakıaların mukadder bir seyrini, ne olduğunu, bizzarure ne olacağını tasvir ile iktifa eyler. Tabiî hukuk ise, aklın «ne olması lâzım geldiğini» tâyin etmesi ve bunun fiilen tahakkuku halinde vukuunu tasdik etmesi demektir. Akıl, «olması lâzım gelen» i serbestçe arar ve intihap eder. Yoksa zarurî münasebetlerin seyir kanununu tanımak ile iktifa etmez.

Nihayet STAMMLER'in, tabiî hukuku, her zaman ve her cemiyette, her siyasî ideolojide zemin ve zamana göre değişen çeşitli muhtevaları havi bir adalet fikri mânasına aldığını ve L. Von SAVİGNY'nin de tekrar tabiî hukuku objektif bir ahlâk düsturu (12) na teb'an tayin etmek istediğini kaydettikten sonra yapılacak şeyin, her şeyden evvel bu tabiî hukukun objektif bir izahı olduğunu söyler ve bu husustaki endişesini açıkça belirtir: «Çok korkuyorum ki ihyasına teşebbüs edilen tabiî hukuk, en koyu bir sübjektivizm sahasından hiç bir vakit kurtulamamış olsun» (13).

İşte bu sübjektivizme mani olmak için tabiî hukukun hangi yollardan araştırılabileceğini tâyin etmek lâzımdır. Zira hâkimin bu hukuku icabında tatbik edebilmesi için daha evvelden doktrinin onu işlenmiş bir halde hâkimin önüne arzetmesi lâzımdır.

C — Tabiî hukukun unsurları hangi metotlarla istihraç edilebilir? (14)

Tabiî hukukkun objektif unsurları (ki STAMMLER buna tabiî hukukun objektif tahakkukları diyordu) üç sahada keşfedilebilir:

a — Teşrîî kıyas

---

(10) SALEİLLES a. g. e. Sh. 90.
(11) SALEİLLES a. g. e. Sh. 91 - 92.
(12) Bu bahsin 2 No. lu notunda yazılı son eser.
(13) SALEİLLES a. g. e. Sh. 102.
(14) SALEİLLES a. g. e. Sh. 106.

b — Mâşeri hukukî vicdanın murakabesi

c — Mukayeseli hukuk metotları

a) Teşrîî veya hukukî kıyas :

Burada hâkim, gûya vazıı kanunun iradesini araştırır. Hakikatte ise aradığı şey, pratik bir gaye veya bir hakkaniyet gayesi gibi, hukuka yabancı bir gayeden mülhem olan bir hukukî gelişmeye, mevcut kanunlardan veya vazii kanununun mefruz iradesinden çıkarılacak kanunî bir temelden ibarettir. Kıyasın bu maksatla yapıldığı açıkça meydana çıkarılmalıdır. Hâkim, muayyen bir noktada kendisinin adalete uygun telâkki ettiği ve fakat kanun vazıınca henüz derpiş edilmemiş olan bir neticeyi, şayet vazıı kanun bir başka meselede kabul etmişse, buna istinaden kanuna uydurabilir ve kendisine böylece objektif ve kanunî bir temel bulmuş olur.

Meselâ kusura dayanan mes'uliyet esası kanunlarımızda kabul edilmiş ve bunun klâsik tabiî hukukun bir icabı olduğu görülmüştür. Buna mukabil kanun vazıı istisnaî olarak bazı yerlerde riske dayanan mes'uliyete de bir yer ayırmıştır. Şimdi hâkim, vazıı kanununun depiş etmediği bir halde bu ikinci nevi mes'uliyetin adalete daha uygun olacağını görür ve bunu yeni tabiî hukukun bir ilhamı gibi alırsa, vazıı kanunun başka bir yerde yaptığı ve istisnaî mahiyette olan risk mes'uliyetine kıyasen kendi vereceği karara kanunî bir temel bulabilir. Fransız mahkemelerinin de yaptığı zaten budur.

b) Hukukî mâşerî vicdanın murakabesi :

Hâkim kıyas yolu ile gayesine erişemiyecekse yani kanunda işine yarıyacak bir ipucu bulamazsa bu sefer mâşerî hukukî vicdana başvurur. SALEİLLES'in bu mâşerî hukukî vicdanın târifi enteresandır (15): «Efkârı umumiye muayyen bir zamanda ve cemiyetteki muayyen iktisadî ve içtimaî şartlar altında öyle telâkkiler üzerinde birleşir ki, âmmece adaletin ifadesi sayılan bu telâkkilere bizzat müeyyide sıfatiyle raslayanlar yani bunlardan ceza görecek olanlar dahi bunların âdilliğine, haklılığına itiraz edemezler. İşte hâkim kanunî boşluk halinde bu telâkkilere göre hüküm verecektir.»

Esasen müellife göre, ilmî bakımdan tabiî hukuk meselesi ancak hâkim hakkında mevzuubahs olur ve bu, ona metinlerin istikametini muhtelif sosyal cereyanlardan alacağı istikamet unsurlariyle canlandırmak imkânını verecek kuvvette oldukça, geniş selâhiyetler tanıyan bir nazariye i'e mümkün olur. Doktrin, hâkimin yapacağı bu gibi yenilikler için ona lüzumlu zemin ve malzemeyi hazırlamak ve cesaret vermekle mükelleftir. Hülâsa hâkimin, mâşerî

(15) SAILLES a. g. e. Sh. 108.

hukukî vicdanı murakabe ederken, tehlikeli bir sübjektivizme düşmemesi için doktrinin rehberliğine ihtiyacı vardır.

c) *Mukayeseli hukuk metodu* :

Tabiî hukukun meydana çıkarılmasına yarayan bu üç usulden ilmî mânada en sağlam ve emin olanı, keza müsbet ilmin tecrübî metoduna en fazla yaklaşanı mukayeseli hukuk metodudur. Zira yukarıda bahsettiğimiz mâşerî vicdanın hâkim marifetiyle murakabesi usulü pek titizlikle istimali gereken tehlikeli bir metottur.

Halbuki mukayeseli hukuk metodunda durum bambaşkadır. Burada hâkim, kendi sosyal muhitinin hukukî vicdanının mütemayil olduğu ve fakat henüz kendi memleketinde tahakkuk sahasına çıkmamış olan bir adalet idesinin fiilî tecellilerini yabancı mevzuat ve içtihat muhitlerinde bizzat müşahede eder. Böylelikle bu adalet idesinin tatbikattaki isabetliliği artık fiilen sabit görülür. Böyle bir halde hâkim kendi millî muhitinin tabiî hukuk idesine, yabancı hukuktaki emsaline uyarak, lâyıkiyle tercüman olabilir.

Fakat hâkimin bir teşrî yetkisi olmadığına göre bu metoda hangi hallerde müracaat edebileceğini tesbit lâzımdır. Bu haller umumiyetle vazı kanunun muayyen bir mefhumun tayin ve tahdidini serbest ilmî araştırmaya bırakmış olması, hâkimin an'anevî telâkkilerde günün pratik ihtiyaçlarını karşılıyacak çareleri bulmadığı halde yabancı bir mevzuatta veya bir doktrinde mümasil ihtiyaçlar için konmuş elverişli hal surelerine raslanması halleridir.

İşte artık hâkimin kendi hukukî tefsirinin yeni tekâmülüne temel olarak aradığı objektif tahakkuk unsuru mevcut ve işlemekte demektir. Bu unsur arzu ve ihtiyaçların müphem temevvüçlerinden kurtulmuş ve artık hukuk halinde ifadesini bulmuştur. Bu artık cihanşumul ilmî ve hukukî bir kıymet ihraz etmiştir. Tarifi itibariyle cihanşumullüğe mütemayil olan tabiî hukuk işte bunda kendi âfakîlik kıstasını bulmuştur.

Böylece gerek hukukî kıyas gerek mâşerî vicdanın murakabesi ve gerek mukayeseli hukuk metodlarının yardımlariyle yavaş yavaş muhtelif cemiyetlerdeki adalet emellerinin, müsbet hukuk sahasında, içtihatar yardımıyla birbirlerine benzer şekilde tahakkuk etmeleri neticesinde, tabiî hukukun fiilen ve hiç değilse muayyen bir medeniyet çağı ve muhiti içinde evrensellik sıfatiyle tecelli edeceğine inanmak lâzımdır. Nazarımda, tabiî hukukun bütün tarihi telâkkileri içinde cidden objektif olan yegâne şekli de budur.

«Bu manada anlaşılan tabiî hukuk, tarihçi metotla tearuz etmek şöyle dur-

sun, müsbet müşahede ve sırf tecrübî tesbit usulü gibi, onun en feyizli yardımcısı olur.» (16)

D — R. Saleilles'in vardığı neticelerin değeri meselesi :

Tabiî hukuk artık mutlak değil, belki esaslı şekilde izafî olan, hiç değilse malûm bir zamanın tarihî muhitine intibak şeklinde izafî olan bir ideal hukuk postülatını ifade eder. Mevcut hukuku takdir için bir ideal yaratma ihtiyacı aynı zamanda bu idealin muhtevasını da tâyin ve tahdit eder. Vazıı kanun - müellife göre - tabiî hukuk mes'elesiyle uğraşmamalıdır. Çünkü bu, vazıı kanunun, indî fikirlerini ve sübjektif telâkkilerini tabiî hukuk namı altında kanunlara sokmasına mahal verir. Tabiî hukuk; kısacası; hâkimin takdir hakkı sahasına giren bir hakkaniyet ölçüsüdür.

Bu hukukun mâşeri hukukî vicdanın murakabesinden istihracı meselesinin arzettiği nezakete haklı olarak işaret eden müellif, esas itibariyle tabiî hukuk meselesini doktrinin gayret ve ihtimamına tevdi etmektedir. Şu halde tabiî hukuk mâşerî vicdanın **intuitif** bir şekilde sezdiği bir adalet formülünden, kendi tâbiriyle bir mücerret akıl veya felsefî **intuition** düsturundan çıkacak bir hal suretidir ki şu veya bu metotla derhal tahakkuk sahasına çıkmaya kabiliyetlidir (17).

Klâsik tabiî hukuktan ne kadar uzaktayız! Müellifin bahsettiği tabiî hukuk, ileride GURVİTCH'in bahsedeceği **intuitif** müsbet hukuka ne kadar benzemektedir. Bu bakımdan rönesans hareketlerini R. SALEİLLES ile başlatmakta bir çokları cidden haklıdırlar. Ne yazık ki müteakip tabiî hukuk nazariyecilerinde tekrar sabit, ezelî, ebedî değişmez muhtevalı tabiî hukuk taassubuna avdet edilecektir.

10 — J. CHARMONT'UN «TABİÎ HUKUK RÖNESANSI»

1908 - 1909 ders senesinde Montpellier Hukuk Fakültesinde verdiği derslerde J. CHARMONT tabiî hukuk idesine müteveccih olan yeni temayülleri «tabıı hukuk rönesansı» adı altında toplamıştır. Böylece rönesans hareketı hakkında ilk defa derli toplu bir eser ortaya çıkmış ve bu vesile ile de mes'ele Fransız Hukuk felsefesi dünyasında resmen vazolunmuştu.

J. CHARMONT, XVII ve XVIII inci asırlardaki tabiî hukuk mektebinden itibaren hukuk felsefesine mütevali bir şekilde hâkim olan tarihçi, faydacı ve sosyolojik ekollerin rollerini belirttikten sonra tabiî hukuk rönesansı hareketinin şümulünü çizer. J. CHARMONT tabiî hukuka dönüş ile hukukî idealizme dönüş arasında bir fark gözetemez. Hattâ bütün bunları ahlâk sahasındaki idealizm temayülleri içinde tetkik eder.

---

(16) R. SALEİLLES — a. g. e. Sh. 88
(17) » » » Sh. 88

Tabiî hukuk idesi artık başka ve daha geniş bir dâvanın içinde ele alındığı için bunun fer'î mefhumları, hatta aslî mes'eleleri hakkında dahi şahsî bir mütalâaya rastlanmaz. Müellif idealizm temayülünün birer tezahürü gibi telâkki ettiği solidarizmi, pragmatizmi, serbest hukukî araştırma mektebini, STAMMLER'i, DUGUİT'yi ve GENY'yi izah ettikten sonra şahsî kanaatlarını kısa, fakat belki bu mesele üzerinde 20 - 30 yıl sonra yazılacak olanlardan daha beliğ bir tarzda ifade eder.

«Tabiî hukukun veya daha doğru olarak hukukî idealizmin kabulü bize hukuk felsefesi buhranının yegâne sureti halli gibi göründü. Bu buhran hukuk idesini aklen ve ilmen ispat etmek imkânsızlığından ve bu mefhumdan bütün manevî muhtevasını kaldıran ampirik usullerin de kifayetsiz oluşundan doğmaktadır. Şayet bu fikir ne ispat edilebiliyor, ne de ondan vaz geçilebiliyorsa, bu tenakuzdan ancak bir iman hareketi ile kurtulunabilir demektir. Vakıa bu telâkkide bir nebze pragmatizm payı da bulunabilir. Fakat bu mûtedil yani aklın kontrolüne tâbi bir pragmatizmdir: Burada akılla his tearuz etmez, biri ile diğeri arasında uygunsuzluk yoktur.

Şu halde tabiî hukuk idesi evvelce anlaşıldığından başka bir şekilde telâkki edilmiştir. O, şimdi diğer bir temel üzerine istinad etmektedir. Aynı zamanda bazı istihalelere de maruzdur. Tekâmül ve fayda mefhumlariyle telif edilmiştir. Mutlak ve değişmez karakterini kaybetmiştir. Ancak mütehavvil bir muhtevası vardır. Ferdin ve camianın mütekabil tâbiiyetini nazara alıp böylece ferdî vicdan ile kanunu birbiriyle çatıştıracak yerde, bilâkis yaklaştırmağa çalışır.

İstihale etmekle hukukî idealizm zayıflamamış, bilâkis kuvvetlenmiş ve genişlemiştir.» (1).

Böylece tabiî hukuk idesinin sırf bir idealizm tezahürü olarak tetkiki ile ve bilcümle idealizm tezahürlerinde tabiî hukuku bulmakla ve derslerinde tabiî hukuka taraftar veya muhalif olanların tenkid ve izahiyle iktifa etmektedir. Müellif kendi hesabına tabiî hukuk idesinin sosyal fonksiyonunu ve karekterini ahlâkî idealizme nisbet edereke izah etmiş ve mefhum olarak tabiî hukukun muhtevası hakkında herhangi bir inşada bulunmamıştır.

J. CHARMONT tabiî hukuku nihayet her nevi sosyal hayır ve idealizm cereyaniyle bağdaşabilen ulvî bir iman postülâtı olarak takdim etmiştir. Muhakkak ki basiretli bir telâkkî! Muhteva ve teferruatın dâvet edeceği bilcümle tenkitlerden masun bir kanaat.

---

(1) **La Renaissance du Droit Naturel** — 1910. Paris. 1e. ed. 1927 Sh. 221 - 222).

KLÂSİK NAZARİYENİN ISLAH VE TADİLİ TEMAYYÜLLERİ

II — F. GENY'NİN ASGARÎ VE ZARURÎ TABİÎ HUKUK TELÂKKİSİ :

A — GENY'nin mevkii :

GENY'ye gelinceye kadar tabiî hukukun yeniden canlanışını ifade eden muhtelif temayyüller daha ziyade, prensip itibariyle cephe aldıkları muhalif ekollerin tenkidi ile meşgul olup kendi hesaplarına ancak zayıf denebilecek iddialarda bulunuyorlardı. Netekim BEUDANT normativist - pozitivizmin siyasî sahadaki menfi tesirlerini belirtiyor, STAMMLER bilcümle ampirik hukuk anlayışlarının felsefesi zâfını tebarüz ettiriyordu. Fakat doğrudan doğruya asıl tabiî hukuk mefhumunu işlemiyordu. Onun sistemi tabiî hukuktan ziyade, doğru hukuk ve sosyal ideale dayanan bir inşa idi.

Diğer taraftan klâsik nazariyenin pek sadıkane kopyelerinden ibaret olan bazı teolojik tabiî hukuk treteleri, her ne kadar tarih itibariyle yirminci asırda kaleme alınmış iseler de ruh itibaiyle orta çağa mensup eserler mahiyetinde olup bir rönesansı temsil edememekte idiler. Ezcümle CATHREİN, JOUFFROY, ABBE LECLERQ'in eserleri üzerinde bu bakımdan durmaya lüzum yoktur

GENY, her ne kadar kendisi de dünya görüşü itibariyle klâsik felsefeye mensubiyetini ve tabiî hukukun taraftarı olduğunu itiraf etmekte ise de, ananevi nazariyenin isabetli taraflarını, mübalağa edilen cephelerini, taraftar ve aleyhdarlarının takındıkları durumların doğru veya yanlış taraflarını ilk defa sistematik bir şekilde ele alan en kıymetli tabiî hukuk nazariyatçısı olmuştur.

İlk cildini 1913 de ve tabiî hukuk hakkındaki zatî görüşlerini ihtiva eden ikinci cildini ise 1915 de ve nihayet tabiî hukuk ile müsbet hukuk arasındaki ihtilafa taallûk eden dördüncü ve son cildini de 1922 de neşretmiş olduğu **Science et Techinique en droit privé positif** adlı eserinde müsbet hukukun ilmî şekilde meydana getirilişinde rolü olan muhtelif cinsten mûtaları tahlil ederek tabiî hukuka münasip bir mevki tanımıştır.

Bilâhara 21 Mart 1929 da Zurich Hukukçular Cemiyetinde verdiği bir konferansta (1) ve keza 1933 de hukuk felsefesi arşivlerinde yayınladığı ve

(1) **F. GENY — Le onflit du Droit Naturel et de la Loi Positive (Zeitschrift für Schweizerischesrecht. 49)**

tabiî hukukun lâikleştirilmesi mevzuuna müteallik makalesinde bu husustaki fikirlerini derinleştirmiş ve genişletmiştir. (2)

B — GENY'ye göre nazariyenin XX inci asırdaki durumu ve tabiî hukukun özü :

GENY çağdaş devirdeki tabiî hukukçularda iki hususiyete işaret eder. Evvelâ bunlar bir tabiî hukuktan prensip itibariyle ne murad edildiği hususunda müttefiktirler, adalet prensibini müdafaada kuvvetlidirler ve bu hal kendilerinin klâsik felsefeye mensup olmalarından ileri gelir.

Tabiî hukuk, bunlara göre, eşya tabiatından akıl vasıtasiyle istihraç edilen hukuktur. Tabiatı - eşya ise beşeriyetin bütün hayatını ihata eden maddî, ahlâki, dinî, iktisadî, siyasî ve içtimaî şartların heyeti umumiyesidir. İşte bütün bu tabiatı eşyadan sadır olan hukukun, yani tabiî hukukun, objektif bir mevcudiyeti vardır. Bu, sadece bizim kendisi hakkında sahip olduğumuz bir fikirden, bir ideden ibaret değildir. Yani tabiî hukuk bu sosyal gerçeklik âleminde fiilen mer'î ve müessir bir hukuk sistemidir. Müsbet hukuk tabiî hukuka uygun olduğu, onu kendi içinde taşıdığı için mer'idir. Hülâsa bu tabiî hukukun temeli tek ve basittir. Küllî ve sabittir. Böyle bir temelden mahrum olduğu veya mahrum sayıldığı anda tabiî hukuk yoktur.

Bütün bunlarda nazariyenin çağdaş müdafileri GENY'e göre müttefiktirler (3).

Fakat bu tabiî hukuk taraftarlarının ikinci bir hususiyetleri vardır ki bu nokta onların zaaflarını teşkil eder: Aklın eşya tabiatından istihraç ettiği bu tabiî hukuk asgarî sayıda bir iki prensipten ibaret olduğu halde, bunlar hemen her müşahhas mes'ele için tabiî hukuktan bir hal sureti istihracına kalkmışlar ve bir takım teferruatlı tabiî hukuk kaideleri tanzimine teşebbüs etmişlerdir (4).

Bu müşterek hatadan kurtulmak için tabiî hukukun özünü tayin etmek lâzımdır. Aklın bizi inanmaya icbar ettiği asgarî bir adalet cevherinin muhtevası ve prensibi araştırıldığı zaman bunun ancak bir iki umumî unsura inhisar ettiği görülür. Prensiplerin tafsilini ve hayata tatbikini ise bir tarafa bırakmak ve başka türlü, başka metodlarla ele almak lâzımdır. Hasılı tabiî hukuku her halde makul bir nisbete irca etmek icap eder. Bu itibarla ancak asgarî ve başka bir şeye kabili irca olmayan müstakil bir hüviveti haiz olan bir tabiî hukuktan bahsedilebilir: İşte GENY'nin «irréducbitle Droit

(2) **La Laïcité du Droit Naturel** (Arc. 1933 n: 3 - 4 Sh: 7)
(3) GENY — a. g. e. Cilt. 2. Sh. 275
(4) » » » Sh. 277

Nature!» dediği şey budur (5). Yani tabiî hukuk meselesinde mutlak ve rasyonel yegâne unsur bu haddi asgaridir: Asgarî ve zarurî tabiî hukuk.

C — Tabiî hukukun muhtelif mûtalar arasındaki mevkii:

GENY'nin mûta ve münşâ tefriki malûmdur. Burada hukukçunun kendi hukuk tekniğinin yaratmadığı ve kendi haricindeki vakıalar ve kıymetler âleminde mûta olarak bulduğu bir takım esas ve şartlar mevzuubahistir. Bunların hepsi müsbet hukukun ilmî inşasında nazara alınacaktır. Acaba tabiî hukuk bunların arasında hangi mevkii işgal eder?

Bunu tayin için evvelâ müsbet hukukun objektif mûtalarının tefrik ve tesbiti lâzımdır. GENY hukukçunun müsbet hukuku ilmî bir şekilde ihzar ederken sarfedeceği gayretlerine iptidaî malzeme hizmetini görecek olan bu faktörleri dört gurup etrafında toplar:

a — Gerçek mûtalar veya dar mânada tabiî mûtalar:

b — Tarihî mûtalar :

c — Aklî mûtalar :

d — İdeal mûta :

Bunlardan her biri kendi başına ve kendine mahsus bir tarzda ve diğerleriyle birlikte müsbet hukukun ana istikametini telkin ederler (6).

a — Gerçek mûtalar veya dar mânada tabiî mûtalar,

Bunlar beşeriyetin içinde bulunduğu vakıa şartlarından ibarettirler. İnsanı ihata eden maddî veya mânevî tabiat, yani iklim, toprak, mahsuller, anatomik ve fizyolojik insan bünyesi, psikolojik hâletler, dinî hisler, ahlâkî temayyüller bilhassa insanın faaliyetine tesir eden iktisadî şartlar, hatta mevcut siyasî ve içtimaî kuvvetler gerçek mûtalardandırlar. Bu gibi günlük ve müsbet gerçeklikler hukuk kaidelerini doğrudan doğruya yaratmazlarsa da etraflarını hudutlandırırlar, hiç değilse yaratılmaları için zaruri muhiti teşkil ederler (7).

GENY Romalı hukukçuların tabiatın bütün canlılara öğrettiği bir tabiî hukuktan bahsetmelerini işte bu mûtaları nazara almış olmalarına hamleder. Keza MONTESQUİEU da kanunları tabiatı eşyadan çıkan zarurî münasebetler diye târif ederken her halde bu gerçek mûtaları düşünmüş olmalıdır (8).

b — Tarihî mûtalar

---

(5) GENY — a. g. e. Cilt: 2 Sh. 350.
(6) GENY — a. g. e, Cilt: 2. Sh. 362
(7) » » » Sh. 371
8) » » » Sh. 375

Hukukî müesseselerin tekâmülünden şu netice aşikâr olarak zahir olur ki bir zaman imtidadı, tabiatın üzerinde işleyerek ona bir kûdret ilâve etmektedir (9). Bu hal hukukî müesseseler ve kaideler hakkında da varittir. Cemiyet zaman geçmesiyle bir takım hattı hareket kaideleri mirasına konar. Bu kaideler beşeriyetin harekâtına yol gösterdiği gibi onu çok defa ileri hamlelerden de alıkoyar. Maamfih zaman içinde vaki bu gibi iktisaplar bugünki müktesep hukukî mamelekimizin muayyen bir kısmını teşkil ederler ki biz bunların tesirinden tamamen kurtulamayız. Diğer taraftan bu tarihî mûtalar arşivi hukukun tekâmül şartlarına müteallik bir tetkik için esaslı bir hazine teşkil eder. Fakat tek başına cemiyet halinde yaşayan insanların makul iradelerini ikna edici bir tarzda tanzim edecek olan zarurî kaideleri bulmaya kâfi gelemez.

c — *Aklî mûtalar*

Hakikatte bu mûta, her türlü ihtilâttan açıkça kurtulmşu olan tabiî hukukun esas temelini teşkil eder.

Filhakika insan tabiatından ve bu tabiatın dış dünya ile temasından istihraç ettiği bazı hattı hareket kaideleri vardır. Hususiyle hukukî neviden kaideler. Bu kaideler, hakikaten, kendilerini insan zekâsına kabul ettirdikleri nisbette ve aklın indinde eşyanın en bedihî icaplarına tekabül ettikleri müddetçe, hukuk kaidelerini temyiz eden vasıflarla (yani evrenselik ve değişmezlik karakteriyle) birlikte bir de zarurîlik hali arzederler ki, bu hal onları diğerlerinden ayırır ve hukuk kaideleri arasında en yüksek bir mevkie yerleştirir.

Her ne kadar onlara hakim olan zarurilik, gerçek mûtalardaki gibi maddî bir zaruret olmayıp, belki tamamen manevî bir zarurîlik ise de (une nécessité purement morale) mevzuları hasebiyle bu kaideler tam manasıyla tabiî olan hukuku, kendine yakışan vasıflariyle - yani lâyetegayyer ve cihanşümul olarak - meydana getirmeye mutlak surette lâyıktırlar.

Burada, akıl, hakikaten maksada elverişli bir keşif aleti olarak kaldığından, bu zaviyeden biz hukukî münasebetlerin unsurlarının derin bir tetkikinden çıkan ve beşeriyete istikamet vermeye matuf olan bu belirli prensipleri ifade için aklî mûta (donné rationnel) tabirini kullanabiliriz (10).

Aklî mûtadan nelerin anlaşabileceğini tavzih ve bunu ideal mûtadan tefrik için GENY'nin verdiği bir misali aynen naklediyoruz. Evvelâ, bu aklî mûta dar manada alınmalıdır. Muhtelif ideallerin telkin ettiği mütekâmil kanunlar yaratmak hususundaki arzuyu aklî mûta ile karıştırmamalıdır. Bunlar, daha müphem ve daha mütehavvil olarak yüksek ideal mûtalarda bulunabilir. Meselâ evlenme müessesesini ele alalım. Burada çeşitli mûtaların hangileri olduğunu görelim:

Aklın insan tabiatından istihraç ettiği evlilik lüzumuna mütedair mûta,

(9) **GENY** — a.g.e. Cilt: II Sh: 376 — 380

(10). **GENY** — a.g.e. Cilt: II Sh: 381.

insan tabiatının usulen ve içtimaî bakımdan muteber bir aile kurmaya lâyık addettiği münasebetin, ancak, tarafların idarelerinin birleşmesinden çıkan ciddî bir bağ, yani hayvanî çiftleşmeden farklı, müstakar ve devamlı bir münasebet olduğunu kabul eder ki bu birleşme daha üstün bir ahlâkiyeti ve doğacak çocukların terbiyesini, erkeğ'n ihtiraslarına gem vurmasını icap ettiren bir birleşme şeklidir.

İşte, aklî mûta, insan tabiatının ancak böyle bir birleşmeyi tasvibettiğini meydana koyar. Fakat evlilikte behemal monogami zarureti, yahut katî bir boşanma yasağı, yahut ta yakın akraba arasındaki evlenme yasağının hangi derecelere şâmil olacağı gibi hususları artık aklî mûtada aramamalıdır.

Bunlar muhtelif ideallere göre tahavvül edebilir. Fakat tabiî hukuk nazariyesinin bir çok taraftarları bu ince farkı kale almamışlar ve nazariyenin yıpranmasına sebep olmuşlardır (11).

Mamafih müellif, mûtalar arasında yaptığı bu tefriklerin nezaketini ve kaypakliğini âdeta hissetmiş gibidir ve şüpheleri izale gayretiyle derhal şu tavzihte bulunur:

Doğrusunu söylemek lâzım gelirse, şimdiye kadar sarfedilen bir çok gayretlere rağmen, müsbet hukukun akli mûtalarının muhtevasını hem tam şumuliyle izah, hem de hudutları sarahatle çizilmiş bir formüle irca imkânı olmamıştır.

Ahlâki bir istikamet bulmak azmi ile tabiata nüfuz etmiye çalışan insan melekelerinin faaliyeti, hudutlandırılabilmek ve tesirleri kat'i bir şekilde tâyin edilebilmek bakımından pek esrarlı kalmkatadır. Halbuki buradaki faaliyet sahası, münhasıran, 'aklın gayri kabili itiraz bir şekilde insan tabiatından hukuk kaidesi olarak istihraç edeceği şeyleri ihtiva edecektir. O insan tabiatı ki dünya ile karşı karşıyadır ve onun kanunlarına tâbidir. Bu şekilde tavsif edilen aklî mûta hakikaten ilmî bir çalışmadan istihraç edilir. Eğer eşyanın cevherine kendi bilgi vasıtalarıyla ve kıymetleri söz götürür mahiyette olan daha müphem ve karanlık kuvvetlerin yardımı olmaksızın nüfuz eden her nevi zihnî faâliyete bu ilmîlik karakteri tanımırsa - ki bunun behemal tanınması lâzımdır - bundan şu netice çıkar ki açıkça ve tamamen kendi nev'ine mahsus olan hudutlar dairesine irca edilmiş olan aklî mûta, gerçek mûtanın fizik zaruriliği kadar kuvvetli olan bir zarurilik ile, bu keşfettiği kaideleri mukavemet dinlemeden empoze eder. Keza bir kerre bu aklî mûta kabul edildikten sonra, o, tarihî mûtaya galebe çalabilir ve ancak kendisini daha fazla tekemmül ettirmeye yarayan ideal mûtaya da bir temel teşkil edebilir (12).

d — İdeal mûtalar

GENY'nin rasyonel mûta ile ideal mûta arasında yaptığı tefrik şayanı

---

(11) GENY — a. g. e. Cilt: 2. Sh. 382
(12) » » » Sh. 383 — 384.

dikkattir. Çünkü tabiî hukuka verilecek mâna bu tefrik esas alındığı takdirde bir hayli değişecektir. Halbuki tabiî hukuk ilham veren, irşad eden bir prensip olmak sıfatıyla bir çok filozoflarca idealin ifadesi olarak kabul edilir ki GENY buna ilerde «tabiî hukukun geniş mânası» diyecektir.

GENY ideal mûtayı aşağı yukarı şöyle tavsif eder: bundan evvelki mûtalar objektif oldukları halde, ideal mûta müsbet hukukun devamlı terakkisi için beslenen bütün beşerî arzu ve temennileri nefsinde topladığından, son derece mütehavvil ve müphemdir ve pek şumulü muhtevaya sahiptir. Tarihî ve iktisadî realitelerin ve aklî icapların emrettiği hukukî nizamların haricinde, bu nizamların şu veya bu hale gelmesinin temennisine mütedair bir takım emeller beslenmektedir, ve bu emeller kâh psikolojik, kâh ahlâkî veya dinî, kâh siyasî mülâhazalar şeklinde ifadelerini bulmaktadır. Hangi şekilde olursa olsun bütün bunlar yeni sosyal hattı hareket kaidelerini sarih bir şekilde belirmeksizin bunların müstakbel şekilleri hakkında muayyen bir istikamete temayül ederler ve bunların kendi temayyüllerine uymalarını telkin ederler.

Gerçek, tarihî ve aklî mûtaların objektif ve reel oluşlarına mukabil bunlar sırf i d e a l mahiyettedir. Zira ne idraki kabil bir realiteyi, ne aklî şartları, ne de tarihî müktesebatı temsil eder. Bunlar sadece hukukî münasebetlerin şayanı arzu olan muayyen bir teşkilât tarzına doğru tekâmül etmeleri yolunda bir temenni ifade ederler.

Filhakika hangi teşrii mes'ele ele alınırsa alınsın, inceden inceye tetkik edilince derhal bunun desiderata sıfatiyle ileri sürülen ve âmmenin duygusunu veya medeniyetin aktüel durumunu ifade eden bin bir çeşit mülâhazaların tesiri altında olduğu görülür. Mevcut hukukun ıslahını istihdaf eden bütün bu müzakere ve çalışmalarda ve bazı kanun gerekçelerinde bu ideal mûtaya rastlanır (13).

Meselâ evvelce verilen evlenme misalini alalım. Evlenmenin çözülmezliği veya monogami prensipleri işte bu ideal mûtanın tecellileridir. Yoksa aklî mûtanın bir zarureti değil (14). Aklî mûta objektif, sabit ve evrensel olduğu halde ideal mûta ne evrenseldir, ne de sabittir. Bu oldukça sübjektiftir ve daha ziyade tekniğe yakındır. Hiç değilse neticede ona götürür. Daha doğrusu bu ne tamamen teknik, ne de tamamen ilmî karekterdedir.

Teknik bir mûta değildir, çünkü herhangi bir şekilde zihne hitap eder ve daima bir mûta olarak kalır.

İlmî mahiyette değildir, çünki aklî bir bilginin neticesi olmayıp inanç veya his adı altında toplanan iyi tayin edilmemiş kuvvetlerden doğmaktadır, ki bu kuvvetler, iradenin kanaat ve harekâtını esrarlı, fakat muhakkak bir su-

---

(13) GENY — a. g. e. Cilt: 2 Sh. 385
(14) » » » Sh. 387.

rette tayin ederler. Diğer taraftan bu kanaat ve karakterler başkalarında da aynen bulunduğundan heyeti umumiyesiyle kâfi bir objectivite arzederler.

Ancak burada mevzubahis olan şey efkârı umumiye yani kör ve kaba bir kuvvet değildir. Vakıa efkârı umumiye bazan ideali keşfedebilir. Fakat muhakkak ki daha aşağı bir insiyakın tepkisiyle onu tahrip etmeye kalkışırsa bundan muvaffak olamaz. Yani efkârı umumiye ideali idrak edebilirse de tahrip edemez.

Ideal mûtada daha ziyade hata etmeye müstait olan zekâya eklenmiş bir intuition mevzuubahistir ki bizzat kendi zaruriliği ve derinliği hasebiyle bütün beşeriyetin kendisine tanıdığı nüfuz ve tesir kabiliyetine lâyıktır (15). Hülâsa bu, mahz aklın telkinatı gibi kat'i otoriteye sahip bir mûta olmamakla beraber, hukukî inkişafın ihmale gelmeyen bir âleti sayılır ki bu alet aklın telkinlerinin fıkdanı halinde onun yerine geçer, mevcut olmaları halinde de onları ikmal ve itmam eder (16).

Demek ki netice itibariyle GENY'ye göre akla nisbetle intuition veya inanç ne ise, tabiî mûtaya nisbetle de ideal mûta odur.

D — Mûtalar arasındaki hiyerarşi ve asgarî tabiî hukukun muhtevası olarak adalet:

GENY müsbet hukukun ilmî ihzarında müessir olan mûtaları böylece tefrik ettikten sonra aklî mûtanın bunların hepsinin nâzımı olduğunda karar kılar. Çünki gerek gerçek, gerek tarihî mûtalar olsun bunların hepsi ancak bir müşahade ve tesbit mevzuu olabilir. İdeal mûta ise, ancak, tabiatı veya tarihi tesfir eden aklın telkin ettiği bu istikametlerin, bu emirlerin tekemmülü mevzuubahis olunca işe karışır. O halde müsbet hukukun ilmî şekilde ihzar ve imâli tamamen aklî mûtanın etrafında dönmektedir. Bu çeşit çeşit mûtaları tesbit ve tanzim edecek, bunlardan bir hattı hareket düsturu istihraç edecek olan asıl mûta aklî mûtadır ve buna daha hususî bir şekilde ve daha açık olarak «tabiî hukuk» denmesi de bu yüzdendir.

Şu halde bu aklî mûtadan meşru bir şekilde ne talep edilebilir? Ondan bize neyi temin etmesini istiyebiliriz? Vaktiyle kendisinden pek fazla şeyler istenmiş ve sui istimal edilmişti. O halde bu taleplerin makul haddi nedir? Bu esas itibariyle bir tek şeydr: **Adalet mefhumu.** Yani sosyal hayatta nizam ve sulhün tesisine imkân veren yegâne şey (17).

Fakat «adalet»ten ne anlaşılmalıdır?

GENY bu hususta hiç de müşkülpesent ve vehimli değildir. O, adaleti

---

(15) — GENY — a. g. e, Cilt: 2. Sh. 387
(16) — » » » » Sh. 388
(17) — » » » » Sh. 390

târif işini ARİSTO'ya bırakır ve bir çoklarının da esas itibariyle aynı şeyi yaptığını söyler. ARİSTO'nun dağıtıcı, denkleştirici ve sosyal adalet tasnifini biraz şeklî bulmakla beraber objektif adaletin iki düsturunu aynen kabul eder:

Herkese kendisine ait olanı vermek

Kimseye zarar ika etmemek.

Fakat bu düsturlar pek umumî ve müphemdir. Maamafih hakikate mutabıktır. Bunların muhtevaları aklın tabiatı eşyayı tetkikinden istihraç edilir (18).

Esasen bu düsturların muhtevalarını anlamak için onları tahlil edip, parçalayıp daha müşahhas ve anlaşılır bir hale sokmka lâzımdır. Vakıa böylelikle bu düsturlar rasyonel kıymetlerini biraz kaybeder ama hayata, tatbikata daha yakınlaşırlar. O halde, herkese kendisine ait olanı vermekten murat nedir? Bu, her şeyden evvel insan şahsiyetinin yüksek kıymetidir ki bu kıymet onun masuniyetini emreder ve gerek diğer şahıslarla olan münasebeti içinde olsun, gerek kendi haricindeki menfatlara tasahüp tarzında olsun onun serbestçe inkişaf ve terakkisini istihdaf eden hattı hareket kaidelerini telkin eder.

Sonra bu kıymet, insanların **birlikte yaşamalarından doğan** ve adalet mefhumunda mündemiç olduğunu gördüğümüz **eşitliğin** zaruri bir hudutlandırılmasını tazammun eder. İşte hukukun en devamlı cehdi olarak kalması gereken menfaatların uzlaştırılması dâvası buradan çıkar (19). Bu tarzda mütevali istidlâller serisi ile GENY ahlâk kaidelerinin icabı olan hürriyet tahditlerini, kardeşlik ve tesanüt hislerinin icaplarını, rekabet memnuiyetlerini, tabiî borçları, **aile teşkilâtını, miras kaidelerini** birer birer bu iki adalet düsturundan istihraç eder.

Daha sonra içtimaî adaleti ilgilendiren münasebetleri, **insanın insan tarafından** istismarı memnuniyetini, hayat hakkını, cismanî tamamiyet hakkını, siyasî ve içtimaî hürriyetleri hep aynı prensibin neticesi olarak izah eder.

Fakat bu istihraç keyfiyetinin, zaman ve zemine göre, muhitin mütenevvi şartları yani gerçek, tarihî ve ideal mûtaların tesbit ve müşahedesi sonunda aklî mûtanın tayin ve tanzimi sayesinde vaki olduğunu söyler.

Öyle anlaşılıyor ki GENY bu istihraç ettiği neticelere tabiî hukukun zatı ve onun muhtevasını teşkil eden ilk iki düstur gibi bir küllîk ve evrensellik tanımamaktadır. Bunları, bu kaidelere istinaden muhtelif zaman ve yerlerde istihraç edilmiş olan çeşitli tatbikat prensipleri olarak zikretmektedir.

---

(18) GENY — a. g. e. Cilt: 3. Sh. 392

(19) GENY — a. g. e. Cilt: 3. Sh: 394 ve devamı.

E.— Tabiî hukukun metafizik menşei :

GENY, hukukun temeli hakkındaki görüşlerimizin sahip olduğumuz dünya görüşüne göre teayyün edeceğini açıkça itiraf eder ve kendisinin an'anevî felsefeye merbutiyetini belirtikten sonra bu şekilde anlaşılan tabiî hukukun menşeini araştırır. Bu hukuk her şeyden evvel tabiatta ve akılda mündemiçtir. Fakat bu tabiat ve bu akıl artık hataya meyyal olan müşahhas beşerî akla pek benzememektedir Filhakika, müellife göre, bütün hukukun esas temeli ilk hattı hareket kaidelerinin sadır olduğu hem aklî, hem tabiî olan külde, bütündedir ve hiç değilse hukukun esas temelinin âlî bir kuvvetin emri altında olduğunu kabul etmek lâzımdır.

Hakikaten hukuk bu âli kuvvete o kadar zebundur ki ferdî akıl ve muhakeme bu âlî kuvvetin telkinlerinin vuzuhsuzluğunu ve müphemiyetini itiraf etmekle beraber onun âlî kudreti karşısında eğilmekten başka bir şey yapamaz (20). Filhakika hem iman, hem akıl marifetiyle, hülâsa beşerî bilginin bütün gayret ve kudretleriyle, kurcalanan bu objektif mûtalar, müsbet hukuka ancak müphem ve pek umumî istikametler gösterebilir. Bunlardan çıkarılacak düsturlar vakıaları tamamen ihata edemiyeceklerdir. Hatta bunlar bize bazan boş çerçevelerden başka bir şey veremiyeceklerdir. Şu halde bilginin bu zayıf neticelerini tamamlamak ve canlandırmak için aksiyona, tatbikata müracaat lâzımdır, ki bunlar iradenin işe daha katî bir müdahalesini tazammun ederler (21).

Burada mes'elenin bütün müşkülâtını hem olduğu gibi görmek, hem de tabiî hukukun âfâkî mevcudiyetini behemehal ispat etmek için müellifin başvurduğu metod tebdili, cidden mâhirane olan sisteminin en zayıf noktasını teşkil eder. Adaleti anlamak için aklî mûta kiyafet etmediği zaman, müşahhas müesseselere inmek ve onlara sormak ilk araştırma metodunun zâfını teslimden başka bir mâna ifade etmez. Çünki bu müşahhas müesseselere rehberlik edeceği iddia olunan bir prensip herhalde onlardan istihraç edilemez!

F — Tabiî hukukun zaruriliği meselesi ve dâvanın pragmatik ispat yolu:

Böylece GENY, tabiî hukukun âfâkî mevcudiyeti hakkındaki delillerini arzettikten sonra «modern zihniyetin müphem ve buhranlı isteklerinin» (22) bu ispat şekli ile tatmin edilmemek ihtimalini düşünerek mes'eleyi bir de

---

(20) GENY - a.g.e. Cilt: 2. Sh. 419-420, cilt: 4, Sh. 219.

(21) GENY — a. g. e. Cilt: 2. Sh. 421.
Bütün sistemin tenkidi için bak: DAVY — le, Droit, L'Idealisme et l' expérience Sh. 105 — 132.

(22) GENY — a. g. e. Cilt: 4. Sh. 218.

pragmatik zâviyeden ele almak gerektiğine işaret eder. Etüdümüzün giriş kısmında (No. 3) temas ettiğimiz görüş zâviyesi tebdillerinin tipik bir misali de burada müşahade edilir. Ancak bu meş'ur bir zâviye tebdilidir ve ne maksatla yapıldığı tasrîh edilmiştir. Netekim GENY mes'elenin pragmatik bakımdan vazında o kadar ileri gider ki «tabiî hukuku tanımamak», bu hesaba göre, , âdeta bir insaniyet düşmanlığı halini alır! Müellif muazzam eserinin dördüncü ve son cildinde tabiî hukuk aleyhdarlarını en ağır şekilde ittihama müsait bir tarzda mes'eleyi vazeder:

«İster itiraf edilsin, ister edilmesin insanlar arasında daha iyi ve daha tam bir adaleti fiilen tahakkuk ettirme gayesiyle takip edilen bütün gayretlerin arkasında şu mesele kendisini hissettirmektedir: Devlet hangi temeller üzerine kurulacaktır ve devleti teşkil eden bu kudretler nereden çıkacaktır, basit bir vakıadan mı, yoksa bir prensipler mecmuasından mı? Sonra müsbet kanunu vazedenler, bu kanunu kendi fikirlerine, menfaatlarına, ihtiraslarına göre keyiflerinin istediği gibi yaratmakta serbest midirler? Yoksa bütün bu enfüsî tesirlere yahut intibalara hükmeden üstün bir örneğe uymak mecburiyetinde midirler? Müsbet hukuku tatbik edenler, meselâ idareciler, müsbet hukuku hâkim sıfatiyle tefsir ve tatbik edenler, şekille, kanunun metni ile bağlı mı kalacaklardır, daha ötesine gidemiyecekler midir? — ve kanuna tâbi olanlar, müeyyede tehdidi altında hukukî kaideye riayete mecbur olanlar, kanunun emirleri karşısında daima ve sadece başlarını eğmekle mi mükellef olacaklardır? Bunlar, müesses kaideleri takdir, münakaşa ve tenkid edemezler mi? Keza bunların bazan mevcut hukuku tebdil, tadil ve tahvile hakları yok mudur? Hatta bazı had safhalarda, bu hukuka isyan etmekte haklı olamazlar mı?... Bütün bu meseleler — ve bunlara bağlı veya eklenecek daha bir çokları — eyyam reislerinin kaprisleri karşısında pasif bir şekilde boyun eğmek mi, yoksa herkese ebedî adaletin bütün ufuklarını açan o ulvî bölgelere nazarlarını kaldırmak mı gerektiği meselesinin hal tarzına göre birbirine tamamen zıt, ya ezici ya teşcî edici hal suretleri kabul ederler.» (23).

Bilhassa son ibare müellifin tabiî hukuk meselesine nasıl bir nevi mukaddes doğma mahiyeti verdiğini açıkça göstermektedir. Tabiî hukuku, yani müsbet mevzuatın fevkinde ontolojik bir mevcudiyete sahip bir takım hukukî mahiyette yüksek kaideler bulunduğunu kabul etmezseniz, vaziî kanunun her türlü keyfîliğine ses çıkarmamak, günlük efendilerin elinde oyuncak olmak âkıbetini seve seve kabul etmiş sayılırsınız!

İtiraf edilmeli ki GENY mes'eleyi bu şekilde vaz etmekle, modern zihniyeti pek feci bir dilem içine sokuyor:

---

(23)) » » » Sh. 213 — 214.

Ya tabiî hukukun âfâkî mevcudiyetini tanıyacaksın, yahut da siyasî kudretin kölesi olmaya rıza göstereceksin. İkisinin ortası yok!

G — GENY'nin diğer bazı görüşleri, müsbet mevzuata isyan meselesi ve tabiî hukukun lâikliği:

GENY'nin 1913 — 1922 yılları arasında neşrettiği ve mevzuun derin bir tetkikini ihtiva eden dört ciltlik «İlim ve Teknik» adlı muazzam eserinde tabiî hukuku ilgilendiren görüşler — kaba hatlarla — bunlardan ibarettir. Müellif bilâhara İsviçre Hukukçular Cemiyetinde verdiği ve tabiî hukukla mevzu kanun arasındaki ihtilâfa taallûk eden konferansında evvelki fikirlerini teyid eder ve müsbet kanunla tabiî hukuk arasındaki tezadı, kanunla tabiî hukuk arasındaki tezada irca eder. Her ne kadar müsbet mevzuat adaletin ve dolayısiyle tabiî hukukun bir tecellisi olduğu zaman mutâ ise de, bundan inhiraf ettiği zaman durumun değiştiğine işaretle, yeni bir müsbet hukuk yaratmak gayesiyle vâki isyanları itidalle karşılamak gerektiğini söyler.

Kanaatınca zulme karşı isyan, yani tabiî hukuka uymayan, tabiî hukuku ihlâl eden zalimane kanunlara isyan, hukukî bir vakıadır, hukuk dışı bir mes'ele değil (24). Hatta müellif hangi hallerde isyan edilebileceğini ve isyanın suç telâkki edilmemesinin hangi şartlara mütevkkıf bulunduğu hususlarını da tafsilen izah eder.

GENY bilâhara 1933 de, arşivlerde neşrettiği bir makalesinde tabiî hukukun lâikleştirilmesi hakkında bazı mütalâalar serdetmiş ve esasen bu tabiî hukuk mefhumunun dinî bir mahiyeti olmadığını, tâ menşeinden beri zâten lâik bir mefhum olduğunu iddia etmiştir. GROTİUS'un tabiî hukuku lâyıklaştırdığı hakkındaki iddianın da doğru olmadığını çünki mefhumun esasen dinî bir mahiyet taşımadığını söylemiştir (25). Hıristiyan akidesi bu mefhumu hıristiyanlıktan evvelki paien medeniyetten almıştır ve o medeniyette de bu mefhum dinî olmaktan ziyade tabiîdir.

Mamamfih GENY, bilâhara, hıristiyan akidenin bu mefhum üzerinde pek fazla işlediği, bu bakımdan şimdi başka dinlerden olan cemiyetlerce, hatta dinî bir akideye sahip olmayan kimselerce dahi tabiî hukukun kabul edilebilmesi için, mefhumun izahının lâikleştirilmesi lâzım geldiği kanaatındadır.

H — GENY'nin vardığı neticelerin değeri:

GENY'nin izah ve müdafaa tarzı, müteakip tabiî hukuk nazariyecileri için hakikî bir örnek vazifesi görmüştür. Biz, ilerde rastlayacağımız müşabih müdafaa ve tenkitleri ancak GENY'in gayretlerine nisbetle bir hususiyet ar-

---

(24) F. GENY — Le Conflit du Droit Naturel et de la Loi Positive (Zeitschrift für schweizerisches Recht 49) Sh. 96 - 106.

(25) La laicité du Droit Naturel - Arch. 1933 n: 3-4 Sh: 14.

zetmeleri halinde tâmik edeceğiz. Zira başka türlü hareket etmek beyhude bir tekrarlama olacaktır. Bu itibarla biz, müellifden yaptığımız iktisablarda biraz geniş davrandık. Bunları fazla telhis etmek suretiyle kendi görüş adeselerimizden geçirip deforme etmek istemedik. Zira tabiî hukuk hakkında asrımızda yazılan iki esaslı eserden (ki diğeri LE FUR'ün eseridir) birisini ve ilkini teşkil eden bu «Science et technique» de rastladığımız fikirler sadece telhis veya nakledildikleri takdirde, bütün kaypak mevzularda olduğu gibi, esaslı hususiyetlerini kaybedebilirlerdi. Bizim için daha enteresan olan bir cihet de bu fikirlerde hemen bütün tabiî hukuk taraftarlarında müştereken rastlanan garip bir tezadın tezahürüdür:

Tabiî hukukun varlığına ve sıfatlarına müteallik bütün fikirler ilk bakışta o kadar bedihî gibi görünür ki artık bunların bir münakaşa mevzuu olmıyacaklarına hükmedilir. Fakat biraz daha derin ve tenkidî bir gözle bakacak olursak bu sefer de nasıl olup da bunların bir bedahat gibi arzına cesaret edildiğine hayret edilir!

Zaten inanç mevzularına taallûk eden eserlerin ezelî hususiyetleri hep aynı noktada toplanır ve bu, onların hem kuvvetlerini, hem zaaflarını teşkil eder: telkinî olmak!

Biz GENY'nin vardığı neticeleri üç bakımdan inceleyebiliriz.

a — Tabiî hukukun varlığı ve mahiyeti :

GENY'ye göre tabiî hukuk insan akhnın bir ideal tasavvuru, hukuk hakkındaki idesi değildir. O, insan zihninde mevcut olan bir ideden daha fazla bir şeydir. Zihnin dışında bizzat eşya tabiatında mündemiç ve fiilen carî bir münasebet tipidir. Binaenaleyh cemiyet tabiî hukuk kaidelerine ister istemez uymaktadır. Bu kaideler kendilerini doğrudan doğruya cemiyete empoze etmektedir. Vazîî kanun bunlara isyan ederse sonunda muhtelif sosyal tepkiler neticesinde ona uymağa mecbur edilir. Hasılı bunlar müsbet hukukî nizamda muayyen bir nisbette bilfiil mütecelli olan bir tabiî nizam kaideleridir.

Fakat tabiî hukuk böylece ontolojik bir hukukî mevcudiyete sahipse, yani insan iradesinden mücerret olarak cemiyette zaten mer'i ise, bulup çıkarmaya ve hâkim kılmaya gayret etmeye niçin ihtiyaç hissediliyor? Onu bir aklî mûta olarak aramaya ne lüzum var? Hayatın normal seyri nasılsa onu tahakkuk ettirmekte olduğuna göre hukukun ilmî bir şekilde izharında onun rehberliğine neden ihtiyaç olsun? GENY tabiî hukuku âdeta bir nevi sosyal tabiî kanun mânasına almaktadır. Zira tabiî hukuk kaidelerinin fizikî bir zaruretle değil, manevî bir zaruretle kendilerini akla empoze etmelerini başka türlü izah imkânsızdır. Bu demektir ki içtimaî münasebetleri tanzim mevzuunda çalışan akıl, behemehal, manevî bir zaruretle, bu tabiî hukuk kaide-

lerini keşfetmeye mecburdur. Yani behemehal onlar dairesinde teakkul etmeye tabiatı eşya tarafından zorlanmaktadır.

Görülüyor ki, müellif, ideal mûtayı aklî mûtadan ayırmakla tabiî hukuku beşer aklı için zarurî bir muhakeme tarzına irca etmiş ve onu, peşinde koşulan, kendisine erişilmeye çalışan sırf zihnî bir ideal tasavvuru olmaktan çıkarmıştır. Esasen Aristo'dan beri bütün realist skolâstiklerde aynı hal müşahede edilir. Bu bakımdan GENY, EFLÂTUN ve KANT'dan gelen ideal tabiî hukuk tezine karşı, reel mahiyette bir tabiî hukuktan bahsetmektedir, bu görüşü herhangi bir yenilik arzetmemektedir.

Diğer taraftan ideal mûta hakkındaki müphemiyyet ve fakat söz götürmez bir şekilde aklî mûta üzerinde müesseriyet gibi iddialar insana SAİNT THOMAS'nın, beşer aklının tamamen idrak edemiyeceği halde kendisinden mülhem olmaktan halî kalamıyacağı «ilâhî tabiî hukuk»unu hatırlatmaktadır.

b — Tabiî hukukun idrâk edilişi :

GENY'ye göre, insan tabiî hukukun vücudunu ve prensiplerini hem akıl yoliyle, hem îman yoliyle bilir. Her iki melekenin harekete geçmesi şarttır. Aklî melekenin rolü daha mühim olmakla beraber, intuition da onu ikmal ve itmam eder. Fakat tabiî hukuka inanmak için behemehal muayyen bir dinî akideye sahip olmak şart değildir. Ancak, akıl ve sezginin müşterek çalışmasiyle dahi bu tabiî hukukun sadece bir iki esaslı kaidesi öğrenilir. Fakat bu kaidelerden hangi tâlî prensiplerin istihraç edileceği kâfi bir vuzuhla anlaşılamaz. İşte insan, akıl ve sezgisi ile anlayabildiği iki tabiî hukuk kaidesinden pratik hayatın müşahhas ihtiyaçlarına bir cevap bulmak istediği zaman başka bir çareye başvurur: Bizzat hayatî faaliyetin, pratik ihtiyaçların icaplarına, yani aksiyona. Tatbikatın, bu müphem ve umumî kaideleri teşahhus ettirmek hususunda büyük bir rolü vardır.

Görülüyor ki müellif aklî metod ile îman metodunu ve nihayet nazarî metodla amelî metodu hep birlikte seferber etmiştir. Aklî metod kifayet etmediği zaman sezgi ve inanç gibi daha müphem ve fakat daha müessir çarelere başvurulacaktır. Bunlarla elde edilen müphem direktiflerin manasını anlamak için de tatbikata geçilecektir. Yani adaletin müşahhas tecellilerini teşkil ettikleri iddia edilen çeşit çeşit hukukî müesseselere. Burada anlaşılamayan nokta şudur: Pratik ve nazarî aklın metodları, malûm olduğu üzere, birbirinden hayli farklı olduğu gibi; cemiyetteki hukukî müesseselere rehberlik edeceği iddia edilen bir adalet, bir tabiî hukuk mefhumunun muhtevası da bittabi bu müesseselere sorulmaz. Nasıl oluyor da bu çeşit çeşit metodların bir çok noktalarda birbirlerini nakzedecekleri, birinin kabul ettiğini ötekinin reddedeceği düşünülemiyor? Diğer taraftan bu türlü türlü metodlarla

elde edilen neticelerin, türlü türlü mahiyette hakikatler olacağı ve birbirlerine, doğrusunu söylemek lâzım gelirse pek de kolaylıkla irca edilemiyeceği niçin nazara alınmıyor?

Bir taraftan ideal mûtanın belirsizliğinden, karanlıklığından, sübjektifliğinden, hülâsa şayanı itimat olmadığından bahsediliyor ve buna mukabil aklî mûtanın salâbeti ileri sürülüyor; diğer taraftan da ideal mûtanın aklî mûtaya rehberlik edeceğinden bahsediliyor. Daha kaypak bir ölçünün daha sağlam bir kuvvette» bulunduğu söyleniyor. Binaenaleyh bütün lâik araştırma iddiarünmüyor.

Esasen GENY'nin bu tefriki bilâhara LE FUR tarafından da hayli tenkide mâruz kalmıştır (26).

Diğer taraftan tabiî hukukun metafizik mahiyetinden bahsedilirken bunun menşeinin «önünde ferdî aklın eğilmekten başka bir şey yapamadığı âlî bir kuvvete» bulunduğu söyleniyor. Binaenaleyh bütün lâik araştırma iddialarına rağmen tabiî hukuk, zihnî bir meleke olan beşer aklının değil, olsa olsa aklı — ilâhinin bir icabı mânasına gelmektedir. Yani tâbir ve izah farklarına rağmen St. THOMAS'ya sadık kalınmaktadır ve tabiî hukuk böylece yirminci asırda da esas itibariyle gene eski çehresiyle doğmaktadır.

c — Kıymet ölçüsü olarak tabiî hukuk :

GENY'ye göre tabiî hukuk akıl ve imanla sezilen en yüksek hukukî kıymet ölçüsüdür. Bu olmadığı takdirde veya buna inanılmadığı takdirde sosyal nizam tamamen sarsılır. Çünki şu veya bu ahlâkî idealin izafîliği hiç bir zaman tabiî hukuktaki mutlak kıymetin yerini tutamaz. Bu itibarla pragmatik bakımdan da tabiî hukuk kendini bizzarure kabul ettirir.

GENY,nin, tabiî hukuku, herhangi bir hukukî ideal olarak değil, yegâne ve mutlak ölçü olarak alması ve tabiî hukuka taraftar olmayanları iktidarın köleliği ile itham etmesi, itiraf etmeli ki, fazla tarafgirane bir harekettir ve idealizm hiç bir zaman tabiî hukukun inhisarı altında değildir. Bu husus bilhassa tabiî hukuk aleyhtarlarının müellif hakkındaki bir çok tenkitlerini dâvet etmiştir. Bu noktalar üzerinde bütün nazariyenin toptan tenkidi sırasında daha fazla duracağız.

12 — MAURİCE HAURİOU'DA BEŞER NEVİNİN KANUNU SIFATIYLA TABİÎ HUKUK

A — Hauriou'nun Rönesans hareketlerini tenkidi :

GENY'nin asgarî tabiî hukuk hakkındaki fikirlerinin intişarından birkaç sene sonra, 1918 de, HAURIOU'nun Le Droit Naturel et l'Allemagne adlı

(26) L. LE FUR — Les Grands Problemes du Droit. 1937. Sh. 115.

bir makalesi intişar etti (1). Müellif, umumî harbin sonunda ve Fransanın Alman militarizminden pek fazla hırpalandığı bir zamanda mevzu ele aldığı için, kendisinin de bilâhara muterif olduğu gibi, bu tetkikinde ilmî araştırmalar için mâtlup olan itidali pek muhafaza edememiştir (2). GENY'nin tetkiklerinde mevzubahis edilen yeni tabiî hukuk telâkkisinin acıklı haline işaretle HAURRIOU, gittikçe «mütehavvil veya müterakki muhtevali bir tabiî hukuk mefhumu» na temayül edildiğini esefle müşahede eder. Halbuki muhtevası zaman ve zemine göre tahavvül eden bir tabiî hukuktan ne beklenebilir? Onun bütün kıymeti, âlemşümullüğünde, mutlaklığında, kategorik oluşunda değil midir? HAURIOU tabiî hukuk nazariyesinin bu hale düşmesinin sebebini Almanlar'da bulur. Zâten JOHANNES ALTHUSİUS ve PUFFENDORFF'la ilk defa bu nazariyeyi lâikleştirmeğe çalışanlar da Almanlar olmuştur ve asıl felâket de buradan çıkmıştır. Halbuki Orta Çağda tabiî hukuk, ilâhiyatçılar tarafından, lâyık olduğu kutsîlik mertebesine yükseltilmiş, kâinatın vahdeti ile beşerî bilginin vahdeti içinde ele alınmıştı. Reform taraftarları beşerî bilgiyi parçalamayı, yani ilâhî ve beşerî şeylerin ayrı ayrı neviden bilgiler olduğunu tebarüz ettirmeyi bir mârifet saymışlar ve bu yüzden de tabiî hukuk nazariyesini dalâlete saptırmışlardır. Şu halde evvelâ tabiî hukukun, ilâhî menşeini hatırlamak, dalâlete sapma sebeplerini aramak ve onu, bugünkü müşevveş ve bîçare halinden kurtarıp eski sâfiyetine ve kemâline irca etmek lâzımdır.

B — Tabiî hukukun ilâhiyat zaviyesinden tefsiri :

«İlâhiyatçıların istinad ettikleri ve menşeleri vahy - i - ilâhiye dayanan muhtelif mefhumlar içinde en mühimi nev'i beşer mefhumudur, ki buna benî beşer veya Âdem oğlu demek bizce daha uygundur. Çünki Âdemin zürriyeti mânasına gelen bir nev'i beşer murad edilmektedir.» Hilkatin menşeine müteallik olan tekvin doğmasına göre nebatlar ve hayvanlar, kendi nevilerine göre yaratılmışlardır. Bunlardan başka bir de beşer nev'i yaratılmıştır ki bunun ilk ferdi Âdem'dir. Âdem, kendi nev'ine lâyık bir kemâl halinde iken nasılsa bir hata etmiştir. İşlediği günahın neticesinde bütün zürriyeti de aynı günahı işlemeye mahkûm olmuştur. Bilâhara İsa, ki o da tıpkı Âdem gibi bir ferttir, nev'in necatını temin için kendisini feda etmiş, Âdem'in kefâretini ödemiştir. Âdem, günahı işlemeden evvel, Cennette, nev'inin icabı olan kemale sahipti. Ancak günahtan sonradır ki kusurlu oldu.

---

(1) Maurice HAURİOU — Le Droit Naturel et l'Allemagne (Le Correspondant. 25-Sept.-1918) aynı etüt, sonradan, müellifin 1933 te çıkan bir kitabında tekrar basılmıştır: «**Aux Sources du Droit; Le Pouvoir, l'Ordre et la Liberté**»

(2) Maurice HAURİOU — **Aux Sources du Droit,** 1933 (Le Droit Naturel et l'Allemagne, Sh: 13, not: 1)

Yani olması lâzım geldiği gibi olamadı. Fakat daha evvelden kemale sahip olduğu için bunun ne olduğunu biliyordu. Bütün bu tekvin hikâyesinden çıkan şudur ki, insan cemiyetten mukaddem ve mücerret olarak, ahlâkın ne olduğunu bilir. Zira ahlâk kaidesi, insan nev'ine has bir kanundur. Esasen bütün mukaddes tarihte asıl olan «fert»dir ve «cemiyet» ikinci plândadır. Cemiyet hiç bir zaman ferdin menşei değildir. Ferdin, kendisine vasıta olarak yarattığı bir şeydir.

Adalete gelince; bu, ilk günahtan evvelki Cennet halidir. Yoksa mukavele taraftarlarının iddia ettiği gibi préhistorique devirde geçen uydurma bir tabiat hali değil. O halde tabiî haklar nelerdir?

Evamiri aşerede sayılan memnuiyetleri yapmamak iktidarı.

Zira Allah insanları tamamen serbest bırakmıştır. Onlara bir kere ayan olmuştur; fakat artık kendisi mahfîdir. İnsan bu hürriyetini, Allah'ın evamiri aşeredeki direktifleri dairesinde istimal edecektir. İşte tabiî haklar bunlardır ve her türlü hukukun menşei sureti kat'iyede cezaidir.

Böylece tabiî hukuk nev'î beşerin cemiyetten gelme değil bizzat zâtında, fıtratında mevcut bir kanundur. Bu itibarla beşer nev'i kadar sabit ve lâyezaldir.

C — Tabi' hukuk nazariyesinin bozulması :

HAURİOU, insanın Cennetten kovulup yer yüzüne inmesi ve daima günahının ezası ile eski kıymetini kaybetmiş olmanın ızdırabı ile meşbu olması fikrine dayanan ve eski kemaline olan tahassürünü ifade eden bu felsefeye «bedbin ferdiyetçilik felsefesi» der ve tabiî hukuku buna istinad ettirir. Halbuki tabiî hukuk ve devletler hukuku mektebi XVII. nci asırda insanın ilâhî menşeini kale almayıp, bir takım fert - cemiyet mûtaları üzerine nazariye kurmuştur, ki böylelikle beşer nevîinin «ahlâkî bir nevi» olduğu hakikatını ihmal etmiştir. İlk günah ve ilâhî adalet mefhumları bunlara pek dinî geldiği için, atmışlar ve atarken de «nev'i beşer» mefhumunu ihmal etmişlerdir. Fakat eşyanın tekevvünî bir izahını yapan Kozmogonik prejüjeden kendilerini tamamen de kurtardıkları için pek beceriksizce ve lâik bir tez olan «tabiî hal» hikâyesini icad etmişlerdir.

Bu tabiat halinden murad, tek başına efendisiz ve sahipsiz bir fertler mecmuasıdır. Böylece mutlak ferdiyetçiliği ifade eden bu tabiî hali, HOBBES'den mada bütün diğerleri mes'ut bir devir olarak, bir altın devri olarak tasavvur ederler. Fert haddi zatında iyidir, fakat onun tarafından kurulmamış olan sosyal müesseseler kötüdür ve bunlara göre yapılacak şey bu müesseseleri fertlerin anlaşmaları üzerine «mukaveleye göre» kurmaktır. «Filhakika medenî cemiyet ve kanun, artık bizzat ahlâk kanununa tâbi olan bir nev'i beşer mûtası üzerine kurulmamış olduğundan, tabiî telâkki edilemezlerdi. Artık

bunlar sun'î olmuşlardı ve ancak iradelerin birleşmesi devam ettiği müddetçe yaşıyabilirlerdi» (3).

Böylece yeni zamanların tabiî hukuk mektebi cemiyetin, iktidarın ve hukukun menşelerini pek sun'î bir şekilde izah ediyordu. Tarihçi metod ise, bunun hilâfına olarak, sosyal müesseselerin tabiî bir menşei olduğunu iddia ediyordu. Tabiî hukuk mektebinin kusuru, nev'i beşer mefhumunu elden bırakarak kendisini lâyetegayyer varlığın gövdesinden koparıp atmasında ve tekâmülcü telâkkilerin müdahalesine fırsat vermesinde idi. Tabiî hukuk, böylece, her ferdin vicdanında aranmıya başlandı, sonra da bu ferdiyetçi sübjektivizmden bıkıldı ve cemiyete koşuldu ve neticede tabiî hukukun bir müddet ferdiyetçi ve sübjektif hukuk halinde iken sonradan objektif ve sosyal bir hukuk olmaya başladığı, yani tekâmül ettiği, değiştiği kanaatının uyanmasına sebebiyet verildi (4). Onun için HAURİOU'ya göre yapılacak şey, tabiî hukuku eski sabitliğine ve değişmezliğine iade etmekten ibaretti.

D — Tabiî hukuk nazariyesinin yeniden beşer nev'i mefhumuna raptı :

HAURİOU, bu işi artık bir ilâhiyatçı gözü ile değil, müsbet metotların icaplarına alışkın bir sosyolog sıfatıyla yapacağını söyler.

Tabiî hukuk niçin çözülmez bir surette beşer nev'i mefhumuna bağlanmaktadır? Çünkü ahlâk kanununun menşei ne ferdin vicdanındadır, ne de cemiyettedir. Birinci hatayı J. J. ROUSSEAU i.e KANT işlemiştir. İkincisini ise KARL MARX, WUNDT, TH. RİBOT ve E. DURKHEİM gibi bütün sosyologlar. Birincisi, her türlü indî ve keyfî görüşü ahlâk yerine ikameye varır. İkincisi, ise, ahlâkı, örf ve adaletin icaplarına ve dolayısiyle ekonomik münasebetlere irca eder ve ferdi bir cemiyet putuna feda eder.

O halde ahlâk kanunu nerededir? HAURİOU ilerde bir çok münekkitler tarafından takınılacak olan meşhur cümlesini söyler: «Eğer biz, bu iki hatadan da kurtulmak ve âmiyane tecrübenin şu hakikatine avdet etmek istiyorsak - ki bu hakikkat, cemiyette veya fertte bulunan bütün şeylerin iyi olmadıklarından ve teşkilâtlı cemiyetlerin de «meselâ devlet» tıpkı fertler gibi aynı ahlâk kanuna tâbi olması gerektiğinden ibarettir — ahlâk kanununu g e r e k f e r d i n, g e r e k c e m i y e t i n d ı ş ı n d a b i r y e r e k o y m a m ı z l â z ı m d ı r. (5) Bu ahlâk kanununun insan nevinin kendisine az veya çok tam bir şekilde intibak edeceği, haricî b i r ş e' n i y e t i (une réalité extérieure) olması icap eder.

İşte mes'elenin hakikî vaz şekli budur: Beşer nev'inin, eşyanın heyeti umumiyesinde mündemiç olan bir m a n e v i k u v v e t e i n t i b a k ı

(3) HAURİOU — a. g. e. Sh. 26.

(4) HAURİOU — : a. g. e. Sh. 27

(5) Tenkid için bak: **G. AİLLET — De la Signification méthodologique de l'Idée du Droit Naturel** (Arch. 1933 n: 3 — 4 Sh: 46).

Eğer bizzat insanda bir mânevî kuvvet varsa, mahlûkların bilhassa muhite intibak ettikleri doğru ise, bu, insanın haricinde, yani dış muhitte, onun kendisine intibak edeceği başka bir mânevî kuvvetin mevcut oluşundan ötürüdür. Esasen bu insanın haricindeki manevî kuvvet olmasaydı, insan ona intibak için uzanmıyacaktı. Bu manevî manyetizma neticesinde, tıpkı pusula ibresinin daima kutba doğru dönmesi gibi, insan da daima hayra doğru tevecüh eder. (6)

İnsanın haricinde mevcut olan bu manevî kuvvetin Allâh olup olmadığı sualine de gayet sâde bir cevap verir: Bu kuvvet Allahın muhtelif cephelerinden biridir. Keza müellife göre «bütün gerçek varlıklar muhit mefhumuna dahildirler, ve kendisi olmadığı takdirde beşer ahlâkının ve dolayisle medeniyetin de mevcut olmıyacağı bu manevî ve ahlâkî kuvvetin varlığı da her ne olursa olsun bir muhit unsuru gibi sayılmalıdır. « (7) Bu iddianın deliline gelince müellif delil olarak St. THOMAS'nın şu cümlesini gösterir: «..... Mahlûkun Allah'la münasebeti gerçektir» (8).

Müellif, beşerin kendisini aşan bir Allah mefhumuna intibak ihtiyacını psiko - biyolojik sebeplerle de izah eder. Söyleki: İnsan daimî bir muvazenesizlik içinde çırpınan, zekâsiyle insiyakını uzaklaştıramıyan bir zavallı mahlûk tur. Zekâsının fazla inkişafı onu o kadar çeşitli şeylerle münasebete sokmuştur ki zaten zayıf olan beşerî insiyakı büsbütün şaşırıpkalmıştır. Ahlâk kanununun asıl vazifesi insiyakın imdadına koşmaktır, ve menşei de beşer nev'inin dünyaya hâkim olan o büyük mânevi kuvvete intibak ihtiyacıdır. Bütün dinler ve felsefeler ancak beşerin ahlâkiyetine hizmet eden vasıtalardan ibaretir, yoksa hiç bir zaman ahlâkın hâliki değildirler.

Mes'elenin antropolojik izahına gelince: Müellif sosyolog ve biyologların kendisine ne gibi hücumlarda bulunacağını kaydettikten sonra (9) henüz biyoloji âleminde ittifakla kabul edilmemiş olan muayyen bir tekâmülcü teze taraftar görünür ki bu teze göre muhtelif hayvan nevilerinin hususiyetleri, hayat zincirinin tekâmül seyrindeki dış muhitin tesirlerinden meydana gelmiş olmayıp her nev'i yaratacak olan t o h u m d a orjinel olarak mevcuttur. Ancak tohumun intaşı ve nev'in başlaması için münasip muhit şartlarının beklenmesi icap etmiştir. Böylece muhtelif neviler, birbirlerinden gelme olmayıp ayrı ayrı tohumların meydana getirdiği müstakil hüviyetleri haizdirler. Hatta fosil insanların hakikî insan değil belki insana benzer hayvanlar oldukları ve asıl insanın bunlarla hemzaman olarak ve fakat başka bir tohumdan geldiği ve bu tohumun mahsulü olan kolun da h o m o s a p i e n s dediğimiz bugünkü insanın ceddi olduğu kabul edilir. Hülâsa insan ah-

---

(6) M. HAURÎOU — a. g. e. Sh: 29
(7) HAURÎOU — a.g.e. Sh. 30.
(8) St. THOMAS: **Summa Theologica,** Pars la, qu, XIII. art. 7.
(9) HAURÎOU — a. g. e. Sh. 32.

lâk kaidesini böylece kendi nev'inin tohumunda bir emri vaki olarak bulur.

İnsanın nev'î hususiyeti şudur: Ahlâk kaidesine a n c a k n a t a m a m b i r i n t i b a k h a l i n d e yaşayıp gitmeye mahkûm olmak. Yani ne ondan vaz geçebilmek ne de ona tamamen uyabilmek insan için mukadderdir.

Böylece beşer nev'inin tesbit ve taayyünü nihaî olarak vakidir, ve bir nevi, nevi olarak kaldığı müddetçe kendi sabit karekterlerinin dışına çıkamaz.» İnsan nev'inin ahlâkiyeti ithiva eden bir hikmet ile taayyün ettiği kabul edilmektedit ki bu bizim için kâfidir. İnsanın ahlâk kanununa karşı olan durumu daima aynıdır ve bu ahlâk kanunu daima aynı istikameti gösterecektir. Bir nevi ya yoktur. Eğer varsa kendisinin aynı olarak kalır. (10)

E — Muhtelif cemiyetlerdeki ahlâk farklarının izahı:

HAURİOU burada kendisine yapılacak itirazların mahiyetini tahmin eder: Eğer ahlâk kanunu daima aynı istikameti göstermişse, insan cemiyetlerindeki tekâmül ve manevî seviye farkı ne ile izah edilir? İşte bu itiraza cevap zımmında müellif insanın yer yüzünde zuhurundan beri kurulup batan türlü medeniyet şekillerine atıf yapar ve şu nokta üzerinde ısrarla durur: Tarihin her devrinde pek medenî cemiyetlerle pek vahşî cemiyetler yan yana yaşamışlardır. İnsanların bir kısmı ahlâk kanununa daha fazla sadık kalıp terakki etmiş, bir kısmı ise ondan inhiraf edip dalâlete sapmıştır. Diğer taraftan maddî medeniyet derecesi ile manevî terakki seviyesi arasında bir muvazat yoktur. Maddî medeniyet seviyesi pek geri olan camialarda ahlâk müterakki olabilir ve aksi de kabildir. Bundan başka muayyen bir cephede ahlâkî seviyesi yüksek olan insan veya guruplar, bir başka cepheden vahşetin tesirinden kurtulamamışlardır. Bunun bir tek izah veçhi vardır. O da nazariye ile tatbikat arasında, ideal ile onun tahakkuku arasında ve nihayet ahlâk ile örf ve âdet arasındaki içtinabı imkânsız farktır (11).

Müellife göre beşeriyet tarihi OVİDE'in şu mısraının ebedî bir şerhinden ibarettir «meliora video proboque, deteiro sequor»

(İyilik yolunu görüyorum ve beğeniyorum, fakat gene fena yoldan yürüyorum)

Hülâsa, örf ve âdetin, mevzuatın tahavvül ve tenakkuzları bizzat ahlâkın veya tabiî hukukun değişmezliğine halel vermezler. HAURİOU'ya göre modern zamanların en tehlikeli safsatalarından biri, ahlâk kanununu, örf ve âdet üzerinde yapılacak bir anketten istihraç arzusudur. Halbuki örf âdet tarihi

(10) HAURİOU — a. g. e. Sh. 37.
(11) HAURİOU — a. g. e. Sh. 39.

hakikatte ahlâk kanununun defalarca şehid edilişlerinin tarihidir. Bu, isyankâr insan iradesinin ahlâk kanununa karşı ihanetlerinin, itaatsizliklerinin, dalâletlerinin tarihidir. Zira nev'in ahlâk kanununa tamamen intibakı keyfiyeti hem itaat bâbına hem de itaatsizlik bâbına yol açar. Medenî ve vahşî topluluklar arasındaki fark bunların tâ menşelerinde yazılıdır. Bunların bir kısmı biyolojik bakımdan ahlâk kanuna sadık, bir kısmı isyankâr topluluklardır (12).

Bütün bu çeşitli mülâhazaları serdettikten sonra HAURİOU böylelikle tabiî hukukun temellerinin müsbet metodlarla yeniden bulunabileceği bir sahanın artık keşfedilmiş olduğunu kabul eder. Bu metodlarla bulunacak tabiî hukuk temelleri «sosyalden evvel — présociale» nevidendirler ve bu sebepten dolayı ancak beşer nev'ine dayanırlar. Böyleçe bu hukuk, sosyal olmayıp ferdiyetçilik temeline dayanan bir tabiî hukuk olacaktır. Keza aile, mülkiyet, iktidar gibi büyük mes'eleler teşkilâtlı cemiyete nisbet edilmeden evvel beşer nev'ne nisbet edilerek tetkik edilmelidir. İnsan haklarının büyük bir kısmı ve keza sosyal iktidarın kısmı âzamı şüphsiz ki köklerini nev'in insiyaklarından alırlar.

F — HAURİOU'nun vardığı neticelerin değeri meselesi :

Birinci dünya harbinin yorğunluğu ve harbin müsebbibi telakki edilen Almanlara karşı duyulan nefretin tesiri altında 1918 senesinde yazdığı bu makalede müellif, bir çok ayrı ilim kollarına taalluk eden mes'eleleri hatta teolojik ve ilmî düşünüş tarzları gibi müşterek bir ölçüye sahip olmayan tefekkür tarzlarını dahi, tabiî hukukun değişmezliği, âlemşumullüğü ve beşer nev'inin tohumunda meknuziyeti dâvasını kazanmak için âdeta seferber etmişe benzemektedir. Bu hal evvelce zikretiğimiz GENY'nin metod tedahüllerinden daha ileri ve daha müte barizdir. Netekim 15 sene sonra makaleyi tenkid eden hukuk felsefecisi HAESAERT aynen şöyle der:

«... HAURİOU tabiî hukuk ve Almanya adlı makaleyi neşretmekle muvaffakiyetine hiç bir şey ilâve etmiş olmadı. HAURİOU insanî ve âlemşumul olan tabiî hukukun beşer nev'inin hukukundan başka bir şey olmadığı fikrindedir. Bunun hakkında ilâhî bir nizamı idrâke muktedir bir akıl faaliyetinden, insan nev'ini günâhkar bir halde bırakan Âdemin Cennetten kovuluşundan, biyolojik intibak kanunlarından, antropolojinin homo sapiens'inden ve nihayet bu kaziyeye varmak için zekâ ile irade arasındaki ihtilâftan, beşer nev'inin eşyanın küllüne dahil bir manevî kuvvete intibaka çalışmasından ve içinde hürriyetin azamisi ile zecrin asgarisinin telif edilebileceği bir içtimaî hale temayülünden bahsedilir durulur... Bütün bu biyolojik metafizik, dinî, ahlâkî ve eskatolojik mülâhazalar halitası benim için anlaşılmaz bir şey olarak kalmaktadır, yalnız

(12) HAURİOU — a. g. e. Sh. 40.

şu müstesna: Alman bir barbardır, Fransız milleti ise dünyanın en medenisi!» (13).

Yukarıda (No. 3) işaret ettiğimiz görüş zâviyesi ve azimet noktalarının mütemadî tebdili keyfiyeti HAURİOU'nun bu tetkikinde o kadar mütebarizdir ki üzerinde tenkidî bakımdan daha fazla durmaya lüzum yoktur. Hatta HAURİOU'nun hıristiyan akidesine gösterdiği bütün itibara rağmen hıristiyan ahlâkının en hararetli müdafii olan G. RİPERT bile insan nev'inde mündemiç tabiî hukuk fikri ile kâfi derecede tatmin edilmiş görülmemektedir: «Eğer bu ideal hukuk sadece nev'in muhafazası ve üstünlüğü fikri üzerine müesses nev'i bir hukuk ise bu neden dolayı idealdir? Eğer beşer nev'i yüksek bir ahlâka olan bu mefkûrevî iştiyakı bizzat kendinde taşımakta ise acaba bu meş'aleyi nereden tutuşturmuştur?» (14).

Maamafih bütün bu tenkidi mucip cihetlere, teolojiden antropolojiye, antropolojiden sosyolojiye vaki bu ânî sıçramalara rağmen munsif davranmak icap ederse HAURİOU, hiç birini sonuna kadar halledememekle beraber bu tabiî hukuk meselesinin anlaşılmasının ne kadar çeşitli problemlerin halline muallak bulunduğunu korkmadan tebarüz ettirmiş bulunmaktadır. Zira kendisine gelinceye kadar metafizik bir cevher, birer kapalı entité gibi kullanılagelen «tabiatı eşya» «tab'ı beşer» «ezelî kanun» ve saire gibi mefhumlara ilk defa bu müphem felsefî mânalarının dışında ilmî bir muhteva bahşetmek isteyen HAURİOU olmuştur.

«İnsan tabiatı»nın değişirliği veya değişmezliği «insan ilimleri»nin mevzuzudur; ama sadece antropolojinin değilde insanı mevzu edinen bütün ilimlerin. Filhakika eğer biz insan tabiatını münakaşa götürmeyecek kadar malum bir şey yahut da bir postülât gibi ele alacak olursak - ki daha evvelkiler böyle yapmıştır - tabiî hukuk meselesi bir batıl itikattan ibaret kalır. Bu itibarla HAURİOU, tabiî hukuk mes'elesini objektif bir gözle tetkikinde nelere, hangi ilimlerin sahalarına başvurulmak gerektiğini sezmiştir. Ancak bunda metoduna sadık kalamamıştır. Biyolojinin ve antropolojinin nihaî necitelerini yalnız muayyen bir gurup bilginin kabul ettiği mahdut ve hilâfı da kendsii kadar mümkün ve doğruya yakın addedilen ilmî nazariyelerden almak doğru değildir. Yahut böyle bir şey yapılacaksa ve ilmî sahada henüz tek bir teoride ittifak yoksa aynı derecede kabili müdafaa olan farklı teorilere göre varılacak farklı neticelere de işaret etmek lâzımdır. Biyolojik tekâmül tezi henüz tamamen inkâr edilmiş bir tez değildir Bu itibarla bunun başka bir varyantı üzerinde ısrar edip ahlâk kanununu nev'i beşerin biyolojik tohumuna yerleştirmek tam ilmî bir metot ile hareket etmek demek değildir. Kendisinin bir pozitivist olduğunu iddia eden DUGUİT nasıl biyolojik tesanüd kanununu, biyolojik hayat mücadelesi kanu-

(13) **HAESAERT — Fondement du Droit Naturel** (Arch: 1933. No. 3-4. Sh. 208).
(14) **RİPERT — La Règle** 1927. No. 11

nuna keyfi bir şekilde tercih etmişse, sosyolojik metodlarla hareket ettiğini iddia eden tabiî hukukçu HAURİOU da nevilerin biribirinden gelmeyip daha doğrusu hususiyetlerini harici şartlara intibaktan almayıp kendilerine mahsus tohumlarda taşıdıkları yolundaki biyolojik tezi aynı keyfî ölçü ile tercih etmiştir.

Diğer taraftan HAURİOU tabiî hukuku ilmî şekilde ispat edememekte mazurdur. Çünki «insan»ı mevzu edinen ilimlerden hiç biri henüz kat'î neticelere varmış değildir. Daha doğrusu varılan bazı münferit neticeler insan tabiatı hakkında insicamlı bir nazariye inşasına yetecek vüs'atte değildir ki bunu esas tutarak insana uygun olan hakiki hattı hareket kaidelerinin neler olabileceği üzerinde düşünülsün.

Bu mevzulara ilerde nazariyenin umumî münakaşası sırasında tekrar avdet edeceğiz.

Ancak, HAURİOU hakkında yapılan tenkidlerin, müellifin, bilâhara neşrettiği bir etüdü ile kıymetlerini nisbeten kaybettiklerini de belirtmemiz lâzımdır. Filhakika müellif bilâhara esas teşkilât hukuku hakkındaki eserine de aynen alacağı bu ikinci etüdünde tabiî hukuku beşer nev'inden gayrı bir temele istinad ettirir.

12 (MÜKERRER) — HAURİOU'DA FERDİYETÇİ SOSYAL NİZAMIN KORUYUCUSU SIFATIYLA TABİÎ HUKUK.

A — Tabiî hukuk bir adalet prensibi değil, bir hukuk nizamıdır.

Müellif 1927 de neşrettiği «İçtimaî nizam, adalet ve hukuk» adlı eserinde (1) tabiî hukuku beşer nev'i meselesine temas etmeksizin izah eder, ve bilhassa sosyal nizam zâviyesinden ele alır. Filhakika tabiî hukuk umumiyetle adalet ile karıştırılır ve arada bir çoklarınca bir ayniyyet bulunduğu iddia edilir (ilerde G. RENARD'da bu fikre tesadüf edeceğiz). Halbuki HAURİOU tabiî hukuku bizatihi bir sosyal nizam şekli olarak telâkki eder. Yani her sosyal nizam gibi bu da hem adaleti hem nizamı tazamun eder.

İşin garibi HAURİOU 1918 deki etüdünde pek derinlere inip tabiî hukuku insan soyunun nev'i tohumunda meknuz bir hıslet olarak telâkki ederken bu sefer de birdenbire pek fazla satha çıkar ve tabiî hukuku cemiyetlerin klâsik medeniyet devreleri dediği tarihî safhalarda arar. «Eğer tabiî hukuk muayyen bir sosyal nizamı tazamun eden bir hukuk ise acaba bu nizam ne olabilir? diye sorduğu suale şu cevabı verir: «İlk bakışta halli pek zor görünen bu mesele eğer tabiî hukuka iman tarihî bir vakıa sıfatıyla ele alınırsa pek kolaylaşır. Yapılacak şey tarihte, bu imanın hangi devirlerde ruhlara hâkim olduğu ve

(1) M. HAURİOU — **L'Ordre social, La Justice et le Droit (Revue trimestrielle de Droit Civil,** sene 1927. cilt 26. Sh: 795.

duğunu sormaktan ibarettir. İndi derhal görülür ki tabiî hukukun kendisinden iştikak ettiği fikirler mecmuası, büyük demokratik devirlerin malıdır.» (2).

Şu halde tabiî hukuk ferdiyyetçi — demokratik bir nizamın hukukudur. Hatta bunu teyid için HAURİOU «başkasına zarar vermemek, herkese hakkını vermek» gibi tabiî hukuk prensiplerinin hakikatte hiç bir zaman sadece adalet kaideleri olmadığını söyler. Bunlar aynı zamanda bir nizam prensibidir. Zira, bu kaideler kendilerinden mukaddem olarak ferdiyyetçi esaslar üzerine kurulmuş bir içtimaî nizamı, bir ferdî mâmeleki ve ferdî hürriyeti tazammun ederler. Zaten bunlar HAURİOU'ya göre İnstitutiones'de bir adalet prensibi olarak değil, bilâkis bir hukuk prensibi olarak zikredilmişlerdir.

B — Tabiî hukuk cemiyetlerin ancak muayyen terakki safhalarında tezahür eder.

Yani tabiî hukuk G. RENARD'ın iddia ettiği gibi «müterakki muhtevalı bir ideal prensip» değildir. O, sabit ve lâyezal bir hâkikattir. Ancak tabiî hukuk her zaman her cemiyette behemahal tecelli etmez. Ne zaman cemiyetler onu idrake kabiliyetli bir hale gelirlerse o zaman tecelli eder. Meselâ ilk defa bir tabiî hukuk fikri Roma fütuhatından evvel Yunanistan'da görülmüştür. Oradan Roma'ya geçmiş ve milâdî ikinci asra kadar sürmüştür. Bu medeniyet çevrelerinin ve tarihin bu safhasının hususiyeti ise demokratik oluşu ve yabancı milletlerle temasın ve müşterek bir hukuka doğru temayülün kuvvetli bulunuşudur. Keza XVII ve XVIII. inci asırlarda da aynı hal müşahede edilir. Bu devirde de müsavatçı demokrasiye ve müşterek hukuka doğru bir temayül vardir. Böylece tabiî hukuku düşündüren, tedaî ettiren tarîhi vakıa demokratik bir devirdeki medenî milletlerin heyeti umumiyesinin müşterek bir hukuka sahip olma temayülleridir. O halde bilcümle aristokratik müesseseler tabiî hukukun dışında kalır. Ne fiyef hukuku, ne ekber evlât hukuku, ne içtimaî imtiyazlar hiç biri.

C — Nizam ile adalet arasındaki münasebet ve demokratik rejimin hususiyeti :

Tabiî hukukun ancak demokratik ve ferdiyyetçi bir rejimin hukuku olduğunu HAURİOU ayrıca şu deliller ile ispat eder: HAURİOU'ya göre nizam ve adalet, hukukun biribirine çok defa zıt ve fakat her halde birbirinin mütemmimi olan iki unsurudur. Nizam çoğaldıkça, kuvvetlendikçe, çok defa adalet icapları gereği gibi yerine getirilemez. Buna mukabil adalet mülâhazalarına fazlaca ehemmiyet verilirse nizam zayıflar. Zira adalet ihtilâlcidir. Nizamsa muhafazakâr. Her nizam yeni adalet fikirleri tarafından yıkılır; her yeni nizam da adalet mülâhazalarından değil pratik istikrar ihtiyacından doğar. HAURİOU'-

(2) M. HAURİOU — a. g. e. Sh: 821

nun adaletle nizam arasında müşahede ettiği bu tezadı kendisinin nakletti ği bir hikâyede bariz şekilde görmek mümkündür.

Sezgi halindeki bir adalet iştiyakı ile mevzu hukuk kaideleri arasındaki tezadı belirtmesi ve adalet hissinin ne kadar enfüsî ve hususî şartlara göre mütehavvil bir muhtevaya sahip olduğunu göstermesi bakımından bu hikâyeyi biz de enteresan bulduğumuz için naklediyoruz: «Bir ailenin nezdinde tam 42 sene çalışmış ihtiyar bir uşak tarlayı hamdan ihya etmiş ve buraya bir bina inşa etmiştir. Bu uşak mülk sahibinin oğlu tarafından bütün ücretlerini tamamen aldığı söylenerek icabında kovulabilir mi? Hiç değilse şimdiye kadar bütün bu işlerinden dolayı bir müşterek mâlik sıfatını dahi almamış mıdır?

Uşak, merhamet değil adalet istiyor ve kendi hakkı zannettiği şeyi istiyor. Evvelâ sulhen taleplerde bulunuyor. Etrafında sosyal nizamı temsil eden kimler varsa hepsinden rica ediyor: Yeni efendisinden, Nahiye müdüründen, Papazdan, Hâkimden, bir halk jürisinden nihayet sokakta oynayan çocuklardan hakkının teslim edilmesini istiyor. İçtimaî nizamın bütün bu mümessilleri onu kovuyorlar. Bunun üzerine hiddetinden vaktiyle inşa ettiği binayı yakıyor, sonra da kundakçı olduğu için lincediliyor» (3).

İşte, adalet ile nizam böylece hemen her devirde az veya çok bir zıddiyet arzederler, her nizam muayyen bir nibette adalet tahakkuk ettirdiği için tutunur ve tahakkuk ettiremediği adalet tarafından da hırpalanır sarsılır.

İşte, demokratik rejim, müsavatçı adaleti en büyük nisbette içine alan ve içtimaî nizamın tahammül kabiliyetini cemiyetin ansızın yıkılmak tehlikesine mâruz kalmadan dayanabileceği son haddine kadar geren bir rejimdir. Demek ki fert lehine temin edilebilecek olan adaletin âzamisini bahşeder, zira bu azami had bir nebze daha aşılacak olursa artık sosyal nizam, nizamsızlık yüzünden birdenbire yıkılıverir. Şu halde demokratik rejim asgarî nizamla azamî adaleti nefsinde muvazene halinde tutabilen bir rejimdir.

D — Tabiî hukukun hususîleşmesi ve kısmîleşmesi ideal vahdetini ve sabitliğini bozmaz.

Böylece tabiî hukuku tarih içinde, Yunan — Roma medeniyeti ile yeni çağlara ve XX. nci asır iptidalarına hasretmek, onu her zaman ve her yerde merî olmak vasfından tecrit etmek sayılmaz. Her ideal, zaman zaman tecelli eder. Nasıl güzellik ideali ancak klâsik eserlerde tecelli ediyorsa, tabiî hukuk ideali de medeniyetlerin en ileri, en klâsik safhalarında tahakkuk eder.

Nasıl bir kuyruklu yıldız ufukta binlerce senelik fasılalarla görünür ve sonra dünyayı tekrar karanlıklar içinde bırakıp giderse, tabiî hukuk da sosyal durumun ona lâyık olduğu devirlerde ve yerlerde tecelli eder. Nasıl ufkumuz-

(3) İVAN CANKAR'ın bir Sloven hikâyesi: Le Valet Barthelemy et son Droit (M. HAURIOU a. g. e. Sh. 800).

dan kaybolan kuyruklu yıldız hakikatte yok olmuyorsa, bir çok devirlerde tecelli etmemiş olan tabiî hukuk da öylece mevcudiyetinden bir şey kaybetmiş olmuyor.

E — Tabiî hukukun fonksiyonu: Cemiyeti sosyalizm ve komünizmden kurtarmak.

HAURİOU'ya göre tabiî hukukun ferdiyyetçi bir rejime mal edilmesinin büyük bir iyiliği de bu hal suretinin bizi sosyalizmden ve komünizimden kurtarmasıdır. Gerçi bu sistemlerde de bir adalet fikri vardır. Bunlar da muayyen bir adalet hissi ile yaşamaktadırlar. Fakat bu adalet hissi sosyal nizamın tekâmül imkânları hakkında esaslı bir şekilde yanlış olan görüşlere bağlıdır. Bu sistemlerin muvaffak olması için cemiyetlerin tıpkı iptidaî göçebelik ve vahşet hallerindeki istihsal kıtlığı içine düşmeleri lâzımdır. Halbuki cemiyetin sedentaire durumlara doğru olan tekâmülü ve bizzat medeniyetin kendisi gayrı kabili rücudur. Tekâmül geri dönmez. Zira HAURİOU kollektiviist sistemlerin behemehal istihsal azlığını intaç edeceği kanaatındadır. Böylelikle tabiî hukuk, neticesi itibariyle ferdiyetçi demokratik sistemin bir müdafaa silâhı olmuş gibidir.

F — HAURİOU'nun bu esas fikirlerinin tenkidi :

HAURİOU,nun fikirleri bilâhare bir çoklarınca tenkid edilmiştir. Meselâ en son 1946 da «hukukun temel prensipleri» adı eserinde A. COSTE - FLOBET şöyle der: «Böyle bir müteal nizam araştırmasında HAURİOU,nun hakikaten kesin bir objektiflik endişesine sahip olup olmadığı düşünülebilir. Vaz ettiği prensip her halde bizce kat'î surette kabul edilemiyecek vaziyettedir. Tabiî hukuk doktrininin muayyen bir tarihî devirde pek revaçta olması vakıası, bu devrin cemiyetinin hakikaten fiilen bu doktrinin vaz ettiği kaidelerin hâkimiyeti altında yaşadığını asla ispat etmez... Diğer taraftan HAURİOU'nun herhangi bir millete tavsiye ettiği durum, katastrofa imkân nisbetinde yakın olmak yani içtimaî binanın birdenbire yıkılacağı âna mümkün olduğu kadar karip olmak halidir. HAURİOU'nun indinde bu istikrarsız âzami muvazene, müsavatçı adaletin azamisini temsil eder. Halbuki bu ideal, milletlerin tabiî olarak temayül edecekleri cazip bir mihrak olabilmek bakımından pek tehlikelidir. Bu nazariyenin hatası sosyal nizamı adaletin zıddı olarak telâkki etmesindedir... Tabiî hukuku beşer nev'inin tabiatından istihraç eden ilk telâkkisi bize daha yakın gelmektedir (4).

A. COSTE - FLORET de tabiî hukuk taraftarıdır ve thomiste akidenin pek sadık bir müdafiidir. Malûm olduğu üzere HAURİOU da tabiî hukukun

(4) A. COSTE — FLORET — Les problèmes fordamentaux du Droit 1946.

hararetli bir müdafiidir. Fakat arada ne kadar noktai nazar ihtilâfı, ne kadar değişik zâviyeler ve hareket noktaları!

Nazariyenin garip talii. Fakat bizzat tabiî hukuk mefhumunun ihtiva ettiği müphemiyet ve bu mefhumla elde edilmek istenen gayelerdeki tenevvü ve kesret nazara alınırsa buna mukadder talii demek lâzımdır.

Müsbet hukukun, hukuka müessir olan her nevi mûtanın ilmî şekilde tetkik ve tayini sonunda gene ilmî metodlarla hazırlanması mevzuunda son derece kıymetli büyük bir mesai mahsulü olan GENY'nin muazzam eserinde aklî mûta sıfatiyle ele alınan tabiî hukuk, nasıl bunca basitleştirmelere ve tasfiyelere rağmen gene ilmen anlaşılmaz bir mefhum olarak kalıyorsa, sosyolojik metodlarla cemiyetlerin göçebe ve yerleşik safhalarının ariz amik tetkiki ile tabiî hukukun ancak yerleşik cemiyetlerin klâsik medeniyet safhalarına has bir hukuk nizamı olduğu kanaatına varan HAURİO'nun ferdiyyetçi ve sosyalizm düşmanı tabiî hukuku da ilmî bakımdan aynı derecede anlaşılmaz bir şey olarak kalmaktadır. Evamiri aşerenin pek alâ tabiî hukuk prensiplerini muhtevi olduğu ve fakat Benî İsrailin hiç de göçebelikten ileri bir bir safhaya geçemediği (hiç değilse Musa devrinde) nazara alınırsa tabiî hukukun klâsik ve yerleşik medeniyetin meyvası olduğu fikri bir hayli söz götürür mahiyettedir. Maamafih tabiî hukukun umumî tenkidinde bu bahislere tekrar döneceğiz.

13 — G. RENARD'IN MÜTERAKKİ MUHTEVALI TABİÎ HUKUKU:

Nancy Hukuk Fakültesinde 1924 - 1928 senelerinde verdiği hukuk felsefesi derslerinde RENARD, tabiî hukuk hakkındaki görüşlerini talebe seviyesini kale alarak biraz basitleştirilmiş bir şekilde nakleder (1). Takrir üslubunun icabı olan teşbih ve kıyas bolluğu içinde G. Renard hem klâsik tabiî hukuk nazariyesine sadık kaldığını söyler hem de tabiî hukuka mütemadiyen tekemmül eden müterakki bir muhteva tanır. Bilâhara 1928 de neşrettiği «kanunun kıymeti» (2) ve 1939 da yayınladığı «müessese nazariyesi» (3) adlı eserlerinde evvelki fikirlerini tavzih ve itmam eder. Nihayet 1939 da neşrettiği «müessese felsefesi»nde de kendisinin müessese nazariyesinin hıristiyan felsefesinin bir irtisamı olduğunu kaydeder (4).

1924 de G. RENARD hukukçular arasında bir görüş vahdeti bulunmadığını ve pozitivist mektebin bu vahdeti temine muvaffak olamadığını zaten

---

(1) **GEORGES RENARD — Le Droit, la Justice et la Volonté.** Paris 1924
GEORGES RENARD — Le Droit. La Logique et Le Bon Sens. 1925
GEORGES RENARD — Le Droit, l' Ordre et La Rasion. Paris. 1927
(2) **GEORGES RENARD — La Théorie de l'Institution (Essai d'ontologie juridique)**
(3) **GEORGES RENARD — La Valeur de la Loi 1928**
193
(4) **GEORGES RENARD — La Philosophie de l'institution.** 1939.

bu hususta ne DURKHEİM'in sosyolojizminden ne de PAUL BUREAU'nun içtimaî ilminden fazla bir şey beklememek gerektiğini söyler (5). Müellif pozitivistlerin «adalet» ve «tabiî hukuk» mefhumlarını sırf bunların yerine başka neviden putlar koymak için yıktıklarını (Devlet putu gibi) iddia ederek hukukî tefekkürün ancak klâsik felsefeye dayanan adalet ve tabiî hukuk telekkisinde birleşebileceğini kabul eder. (6)

A — Tabiî hukuk bir idealdir ve içtimaî ahlâkın veya adaletin aynıdır.

Müellife göre «tabiî hukuk içtimaî ahlâktan başka bir şey değildir. Bu bir tek adamın kanaati olmayıp beşer vicdanının D i g e s t e'de ifadesini bulan ve St. THOMAS tarafından teeddid edilen ebedî kanaatıdır. Tabiî hukuk ahlâkın temelidir ve ondan ayrılmasına cevaz yoktur... Eğer tabiî hukuktan, içtimaî ahlâktan gayrı bir şey murad ise müellif böyle bir tabiî hukukun mevcut olmadığını kabul edebilir» (7). «Tabiî hukukun bir mânası da vazii kanun için bir sınır teşkil etmesidir. O, teşrîî teşebbüslerin etrafına çekilmiş bir memnuiyet kemeri (ceinture de prohibition) dır. Ve nihayet tabiî hukuk istikamet gösteren bir mihraktır, bir direktiftir.» (8).

GENY'den farklı olarak, RENARD'a göre tabiî hukuk, peşinde koşulduğu halde kendisine bir türlü tamamen erişilemeyen bir hukukî kemali temsil eder: «Tabiî hukuk müsbet hukuka nisbetle bir idealdir. Fakat terzilerin kullandığı patronlar gibi bir model değil. İdeal ancak bir gayeye doğru olan temayülden ibarettir. Henüz tahakkuk etmemiş, hatta henüz tamamen de idrak edilmemiş ve doğrusunu söylemek lâzım gelirse her zaman gayrı muayyen bazı şeyleri muhtevi olan bir şeydir (9), ve BAUDİN'in dediği gibi ideale müteveccih gayret, herhangi bir nevide olursa olsun, en iyiye müteveccih gayretten, gittikçe daha fazla tekemmül ihtiyacından, daimî şekilde erişilemez bir halde kalan uzak bir noktaya müteveccih hamleden başka bir şey değildir» (10).

Tabiî hukuk içtimaî adaletin aynıdır (11). İçtimaî ahlâkın bir kısmı münhasıran ahlâkî, bir kısmı da hukukî mahiyette olan ayrı ayrı evsafta kaidelerden mürekkep olduğu fikrini müellif kabul etmez. Onun nazarında içtimaî ahlâk = içtimaî adalet = tabiî hukuktur. Kanaatınca tabiî hukuktan bütün kat'î icapları ve incelikleriyle beraber adaleti anlamak lâzımdır. Adalet ise

---

(5) G. RENARD — La Valeur de la Loi. Sh: XI.
(6) G. RENARD — La valeur de la loi Sh. 27
(7) G. RENARD — Le Droit, la justice et la Volonté Sh. 90. ve 326.
(8) G. RENARD — Le Droit, la justice et la Volonté Sh. 90. ve 100
(9) G. RENARD — La Droit, la justice et la Volonté Sh. 90. ve 100 Not. 1
(10) BAUDİN — Psychologie. 2. éd. 1919. Sh. 320.
(11) G. RENARD — Le Droit, la justice et la Volonté Sh. 326.

içtimaî ahlâk demetir. İçtimaî ahlâkı muhtelif kısımlara bölmek ve bunun yalnız bir kısmına tabiî hukuk demek doğru değildir. (12)

Tabiî hukuk, adalet ile tarif edildiğine göre acaba adalet nedir? Müellif mes'elenin zorluğuna işaretten hâlî değildir:

«Zannederim bu müthiş bir meseledir. Bunun cevabı herkesin kendi vicdanında yazılıdır. Herkes kendi kendine sorsun. Kendi adalet hissini rencide eden fiillerin vicdanında uyandırdığı aksülâmelleri tahlil etsin. Başkalarının vicdanlarına nüfuz etmeye çalışsın. Tarihte beşer vicdanının mûtalarını tetkik etsin. Böylelikle belki adaletin ferdî telâkkilerinin ancak tafsilâtını ve teferruatını teşkil ettiği asıl adaletin asgarî ve gayrı kabili icra hüviyetini meydana çıkarmaya muvaffak olacaktır. İşte tabiî hukuk!» (13).

B — Tabiî hukuk akden ispatı kabil bir metafizik realitedir.

G. RENARD böyleçe adaletin ne olduğunu sübjektif vicdanların murakabesi ve aradaki benzerliklerin meydana çıkarılmasiyle anlaşılabileceğini söyledikten sonra müteakip seneki derslerinde (DUGUİT'yi tenkid zımnında) adalet mefhumunun bir hissiyat meselesi olarak telâkki edilemiyeceğini iddia eder ve yeni bir izahta bulunur: «Müsbet hukukun temel taşı olan tabiî hukuk, ne sosyal tesanüt vakıasına ne de mütehavvil bir adalet inancına irca edilemez:: Tabiî hukuk bizatihi adaletin kendisidir. Bir hissiyat mânasına değil belki aklın ispat ettiği metafizik bir realite mânasına gelen asıl adalet.»

Burada aklın metafizik bir realiteyi nasıl olp da ispat edebileceği meselesine gelince, müellif bunu tamamen aklın müteal hakikatleri idrak kabiliyetine inanan klâsik felsefeye istinatla halleder. Hatta müellif tabiî hukukun bir inanç meselesi olarak telâkki edilmesine şiddetle itiraz eder. Bu, her şeyden evvel aklî bir bilgidir. İtikat sahasına değil akıl sahasına girer ve akıl metafizik mefhumları, imana müracaat etmeksizin kavrayabilir. Müellif modern hukuk muhitlerinde bu hakikatin daima unutulduğundan acı acı şikâyet eder (14).

Fakat müellif ne derse desin biz şunu kaydedelim ki klâsik felsefenin (hususiyle thomiste felsefenin) akla, müteal hakikatleri ispat kabiliyetini tanıması, haddi zatında aklı, aklı - ilâhinin bir aksi, bir cüz'ü telâkki etmesindendir. Beşerî nur, ilâhî nurdan müştak olduğu içindir ki müteal hakikatleri idrak edebilir. İlâhî nura inanç ise pekalâ bir iman meselesidir.

G. RENARD tabiî hukukun metafizik mahiyetinde ısrar eder: «Hukuk, vakıaya irca edilemez. Tabiî hukuk kanundan, şekilden, hayattan, devletlerin hükümranlıklarından, fertlerin hüriyetinden ve bütün kendi müsbet ifadelerinden, bütün vakıalardan ve bütün iradelerden müteal olan bir şeydir.

---

(12) G. RENARD — Le Droit, la justice et la Volonté Sh. 326.
(13) G. RENARD — Le Droit, la justice et la Volonté. Sh. 333.
(14) G. RENARD — Le Droit, la Logique et le Bon Sens. 1925. Sh. 10.

Tabiî hukuk müsbet hukukun metafizik mûtasıdır ve müsbet hukuk bu metafizik mûtanın muayyen sosyal muhitin müteaddit tecrübî mûtası ile tarihî, iktisadî, ruhî mûtalariyle imtizacından doğan bir muhassaladır. Tabiî hukuk müsbet hukukun bir varlık şartıdır. Nasıl ki akıl her nevi tefekkürün varlık şartı ise (15).

G. RENAD burada o kadar ileri gider ki nasıl F. GENY'ye göre tabiî hukuku tanımamak bir nevi siyasî iktidar dalkavukluğu derekesine düşmekle müsavi ise RENARD'a göre de tabiî hukuku reddetmek ya anormal yani akıl hastası yahut da anarşist olmakla müsavidir. Netekim müellif ayen şöyle devam eder: «Nasıl muhakeme etmek için akla inanmak lâzımsa aynı veçhile müsbet hukuku inşâ için de tabiî hukuka dayanmak lâzımdır. Akıl bir postülâttır! Tabiî hukuk da bir postülat... Olabilir... Fakat bu postülâtlar bizim makul tabiatımızın, sosyal tabiatımızın cevheridir. Nasıl muhtelif insiyaklar muhtelif hayvan nevilerinin mahiyetine menkuş ise, bunlar da bizim tabımıza nakşedilmiştir. Bu postülâtlar bizzat biziz. Bunlar maraz halleri hariç bütün hepimizde, bütün yaşlarda ve kapasitelerdeki insanların hepsinde mevcut ve müşterek olan hususlardır.

Bu postülâtlar bizi biz yapan, yani ne hayvan ne melek değil insan yapan şeylerdir.

Tabiî hukuku istihkar ederek bir müsbet hukuk sistemi yaratacağını iddia edenler, akıldan vaz geçerek münakaşa etmek istiyenlere benzerler. Bunlar bütün zihnî nizamın temellerini yıkarlar, ahlâkî, içtimaî, siyasî, millî ve milletlerarası nizamın temellerini altüst ederler.

Bunlardan bir kısmı hastalardır, diğer kısmı ise anarşistler» (16).

Fakat bu ne kadar taassup?! Demek ki artık tabiî hukukun münakaşası dahi yapılamıyacaktır.Zira bu ya anormallik ya anarşistlik alâmeti sayılacaktır. Mamafih müellifte müşahede edilen bu müsamahasızlık daha ziyade kendisinin an'anevî akideye sadakatini iddia etmekle beraber tabiî hukuka verdiği mânada bu akideden bir hayli inhiraf etmiş olmasından mütevellittir ve ancak bununla kabili izahtır. Filhakika RENARD tabiî hukuk mefhumu ile o kadar müphem o kadar ideal bir manevî ve içtimaî tekemmül arzusunu kasdetmektedir ki hakikaten bundan mücerret bir insanlık tasavvur dahi edilemez! RENARD için tabiî hukuk GENY'nin kasdettiği gibi akli bir mûta, yani tabir caizse her hukukî müessesenin temelini teşkil eden aklî unsur, hukukî müessenin muhtelif neviden mûtalarını bir kanava gibi işleyen dokuyan bir tanzim unsuru değildir. RENARD için tabiî hukuk «hiç bir zaman tabiat tarafından inşa edilmiş bir yol değildir. O, ufuktaki bir yıldızdan ibarettir» (17).

---

(15) G. RENARD — Le Droit, la logique, et le Bon Sens, Sh. 11 - 12

(16) G. RENARD — Le Droit, la logique, et le Bon Sens, Sh. 11 - 12

(17) G. RENARD — Le Droit, la logique, et el Bon Sens. Sh. 256

Bunun için «tabiî hukuku en iptidaî cemiyetlerde değil, belki en mütekâmil cemiyetlerde aramak lâzımdır» (18). Zira en müterakki tecellisini onda bulmuştur.

c - Tabiî hukukun temeli ferdî değil müşterek hayırdır.

Müellif 1926 da neşrettiği «kanunun kıymeti» adlı eserinde bu tezi müdafaa eder. O halde bu müşterek hayır (le bien commun) ne demektir? Görülüyor ki "adalet"den, "akıl" dan sonra hukukun en kaypak mefhumlarından birine daha geliyoruz. Müellif skolâstiklerin müşterek hayır mefhumu yerine «hukuk nizamı» demeyi tercih ettiklerini söylüyor. Yani bunları müterafik kelimeler olarak alıyor. Hatta bununla da iktifa etmiyor ve müşterek hayrın bir ideler sistemi olduğunu kabul ediyor. Şöyleki:

1. «Tabiî hukuk esaslı bir surette bir idedir. Yahut daha iyisi bir ideler sistemidir. Şu halde objektif bir prensiptir. Bu ideye veya bu ideler sistemine skolâstikler müşterek hayır (bien commun) derler. Bu ideler sistemine müşterek hayır demelerinin, tabiî hukukun kitlevî (massif) bir şey olmayıp tehalüf eden bir şey (différencié) olduğunu anlatmak bakımından kıymeti büyüktür Her camianın kendine göre bir hayrı vardır ki diğer camialarınkinin aynı değildir. Fakat bununla beraber beşer cemiyetinin müşterek hayrını meydana getirmek üzere onlarla bağdaşır.

2. Her camianın hayrı o camia üyelerinden her birinin camia faaliyetinin gayesine uygun hareket etmesindedir. Binaenaleyh tabiî hukuk, beşer cemiyetinin ve bunun içindeki hususî cemiyetlerin esaslı bir şekilde finalist bir telâkkisini tazammun eder.

Böylece tabiî hukuk, ferdi menfaatla ailevî menfaatın; ferdî ve ailevî menfaat ile milli menfaatın; ferdi, ailevî ve milli menfaatla en evrensel olan hukukî menfaatın - ki bu adaletten başka bir şey değildir - birbirleriyle imtizaç ettirilmesi uyuşturulması demektir ve böylece âdil (juste) idesi bütün hukuk binasını tanzim ve idare eder.

İşte hususî hayrın müşterek hayra intibak ettirilmesi bir adalet idesidir (19).

Müellife göre hukukî nizam beşerî faaliyetlerin adalete doğru tevcih edilmesi demektir (20).

Netice itibariyle müellif gene bir muadelet tesis etmiştir: Tabiî hukukun temel mûtası = müşterek hayır = ideler sistemi = hukuk nizamı = hususî menfaatlar ile umumî menfaatin telifi.

---

(18) **G. RENARD — Le Droit, La logique et le Bon Sens.** Sh. 256
(19) **G. RENARD — La Valeur de la loi.** Sh. 21 - 22.
(20) **G. RENARD — La Valeur de la loi.** Sh. 30

İtiraf edilmeli ki böyle bir muadeletin her haddi kendisine verilecek her muhtevaya göre bir başka mâna taşıyacağından müsavatın sıhhatı oldukça şüpheli görülmektedir.

Hususiyle tabiî hukuk ile hukukî nizam arasında muadelât hatta ayniyet tesisi oldukça düşündürücüdür. Zira müellif daha evvel tabiî hukuk ile içtimaî ahlâk arasında da bir muadelet tesis etmişti. Halbuki hukuk nizamiyle içtimaî ahlâk aynı tabiî hukukun muadilleri oldukları takdirde kendi aralarında da bir ayniyet arzetmeleri gerekir ki bu hiç bir zaman iddia edilemez. Müellif skolâstiklerin fikirlerine atıf yapıyor. Halbuki ULPİANUS'un adalet târifini şerheden FELİX SENN'in 1927 de münteşir eserinde «müşterek hayır» ve «müşterek menfaat» mefhumunun adalete bir sınır olarak gösterildiğini yani adaletin icaplarının nihayet müşterek hayır mülâhazalarına gelip dayanabileceğini ve bunu aşamıyacağını müşahade ediyoruz. Yani müşterek hayır ihlâl edildiği zaman adalet mülâhazaları feda edilecektir. ULPİANUS'un meşhur adalet tarifine müşterek hayra mütedair «u t i l i t a t e c o m m u n i c o n s e r v a t a » ekini ÇİÇERON yapmıştır. Bu demektir ki adalet icabı olarak herkese kendisine ait olan verilecektir, yalnız müşterek menfaatı haleldar etmemek şartiyle. (21)

Görülüyor ki **Bien Commun** ve **utilitate communi** mefhumları adaletin bir sınırını teşkil etmektedirler. Hukukî nizam hem müşterek menfaatı hem adaleti nefsinde cem etmeye çalışır. Fakat müşterek hayırla adalet ayrı ayrı neviden şeylerdir. Müşterek hayır çok defa münferit adaletsizlikleri icap ettirir ve bunlara katlanılmasını nizam namına talep eder. Çünki nizam müşterek hayrın zâminidir.

D — Mütehavvil muhteva ve değişerek tekâmül etme meseleleri.

Müellife göre tabiî hukuk değişerek ve terakki ederek gider. Daha doğrusu tabiî hukukun zâtı sabit, muhtevası müterakkidir. Müellif evvelâ tabiî hukuk hakkındaki bazı yanlış görüşleri tashih etmek ister. Evvelâ tabiî hukuku tam ve mükemmel bir hukuk sistemi addetmek yani bulunduğu hali ile dünyanın şu veya bu köşesine yerleştirilebilecek yaşama kabiliyetini haiz bir hu-

---

(21) **FELIX SENN — De la justice et du Droit.** 1927. Sh. 44 ve Not: 2, Sh. 40, Not: 3: «Meselâ vediamın iadesi, herkese kendisine ait olanı vermek kaidesine göre yani adalet prensibine göre lâzımdır. Halbuki bir adam size bir miktar para tevdi ettikten sonra kendi vatanına karşı vaki harbe katılsa şimdi siz bu parayı iade edecek misiniz?» «ÇİÇERON: «Zannetmiyorum diyor. Çünkü siz o takdirde Devlet aleyhine (Chose publique) hareket edeceksiniz ki bunun sizin indinizde her şeyden aziz olması lâzımdır. O halde vediayı almış olan kimse bunu sahibine iade etmemelidir. Çünki sahibi bu parayı Devlet aleyhine kullanacaktır. Böylece esas itibariyle dürüst ve adalet icabı olan bir çok şeyler vardır ki şeraitin değişmesiyle böyle olmaktan çıkar.»

kukî sistem zannetmek çocukça bir görüştür. Filhakika bu çocukça halin iki derecesi vardır. Birincisi tabiî hukuku mükemmel bir kanunname telâkki etmektir ki bu görüşe göre bütün memleketlerin kanun vâzileri tıpkı Joconde'un kopyelerini yapıp pazarda satmağa çalışan acemi ressamlar gibi tabiî hukuku kopye etmekle mükelleftirler. Bu derecedeki çocukluklar bir dakikalık münakaşaya dahi değmez. Gene tabiî hukuk hakkındaki sâfiyane telâkkilerin bir diğer nev'i vardır ki o da evrensel olmayıp her devre veya her tarihî muhite mahsus bir hukukî hakikat telâkkisidir. Bu da yanlıştır. Eğer bununla basit bazı ilham verici prensipler murad ediliyorsa böyle bir hukukî hakikat mevcut olabilir. Fakat bu takdirde bunların millî değil evrensel olması lâzımdır. Eğer bununla mükemmel bir kanunname murad ediliyorsa böyle bir hukukî hakikat hiç bir yerde yoktur. Filhakika müsbet hukukun tanziminde maslahat icaplarının pratik duygusuna ve vazii kanunların serbest tercihlerine geniş bir yer ayırmak lâzımdır.

Ne evrensel ne de mahallî muayyen bir hukukî hakikat yokutr ki himaye taraftarlariyle serbest mübadele taraftarlarının, kadınların rey hakkına taraftar olanlarla aleyhtar olanların arasını bulabilsin ve yaz saati meselesini veya kibrit inhisarı dâvasını halledebilsin.

Hukukî hakikat sadece fikir ve kanaatların serbest mücadelesine bir had ve bir istikamet tayin eder. Tabiî hukuk bir rüzgâr gülüdür, bir pusuladır. Yoksa bir yol haritası veya şimendifer târifesi değil (22).

İtiraf etmeli ki böyle bir izahtan sonra gayrı ihtiyarî insanın aklına bazı sualler vârid olmaktadır: O halde tabiî hukukun muhtevası hiç mi yoktur? Vakıa bu bir istikamet göstermektir, deniyor, fakat kâfi mi? Hiç olmazsa gösterilen istikametin kendisine göre âyar edileceği bir esas istikamet teşbih caizse bir kutup istikameti yok mu? Buna insanlığın veya ammenin hayrı demek kâfi mi? (Hayır) ın ne olduğunu sabit ve malûm mu?

RENARD'ın cevabı ise oldukça sembolik kalmaktadır. O diyor ki, tabiî hukuk değişerek tekâmül eder. Tıpkı bir ruşeymin tekâmül edip canlı bir mahlûk olması gibi. Kendisi mefhumların gerçekliği mes'elesinde realistlerle nominalistler arasında mütevassıt bir yolu yani kendi tâbiriyle «mûtedil realizm = réalisme mitigé» tercih eder (23). Böylece tabiî hukuk beşeriyetin bütün ömrü boyunca tıpkı bir rüşeymin devamlı tekâmülü gibi değişerek bir halden diğer hale geçerek ve fakat gittikçe daha mütekâmil durumlara intikal ederek inkişaf edip duracaktır. Rüşeymdeki tekâmül nihayet mahlûkun meydana gelmesiyle hitama erdiği halde tabiî hukuktaki tekâmül yer yüzünde insan soyu baki kaldığı müddetçe devam edecektir.

---

(22) **G. RENARD — La Valeur de la loi:** Sh. 30 - 33.
(23) » — » » » » » Sh. 34.

Şu halde insan nev'i ne kadar muhtelif medeniyet derecelerinden geçmişse bir o kadar da tabiî hukuk nev'i meydana gelmiştir ve ilerde de tekâmül ettikçe bu tehalüf uzayıp gidecektir. Netekim müellif bunu açıkça söyler ve zâten asıl tezi de budur:

«Bana öyle geldi ki ne kadar farklı tarihî muhit varsa bir o kadar da tabiî hukuk sistemi vardır. Yani muhtelif kumaşlardan yapılmış elbiseler ki hepsi aynı patron üzerine kesilmiştir. Felsefî tâbiriyle muhtelif halitalardan mamul muhtelif m a d d e l e r e aynı müşterek ş e k i l basılmıştır. Adalet resmi bütün milletlerin paralarına geçmiştir. Tabiî hukuk yeknesak bir maske değildir. O beşer tabiatı gibi ve cemiyet gibi hem tektir hem muhteliftir. İnsaniyet nasıl tekse tabiî hukuk da tektir. Medeniyetler nasıl muhtelifse tabiî hukuk da muhteliftir. Zira medeniyetler nasıl şaşmaz bir hareket kanuna tâbi iseler, onların hukuk sistemlerinin de aynı şekilde bir hareket kanununa tâbi olmaları lâzımdır.

Tabiî hukuk bazan tenkid edildiği gibi öldürücü bir durgunluğa mâruz değildir. O daima kendisi olarak kalmakla beraber mütemadiyen hareket eder. Fakat büyürken çalışırken ve dallarını bütün tarihî mahitlerin güneşlerine doğru çevirirken gelişerek hareket eder ve büyümek demek daima daha fazla kendi kendisi olmak demektir.

Ben daima oluş halinde ve müterakki muhtevalı bir tabiî hukuk tedris ettim. Mütehavvil tarihî mûtaların sabit bir aklî cevher tarafından temessül edilmesi suretiyle meydana gelen müterakki bir muhtevaya sahip tabiî hukuk.» (24).

E — Tabiî hukuk müsbet hukukun ruhudur.

G. RENARD her müsbet hukukta tabiî hukuk nefhasından bir parça bulunduğunu kabul eder. Her memleketin ve her devrin müsbet hukuku tabiî hukukun başka başka tezahürleridir. Müsbet hukuk bir m a d d e ise tabiî hukuk sabit bir şeklidir. Muhtelif müsbet hukuklar muhtelif maddeleri temsil ederler. Tabiî hukuk bu çeşit çeşit maddeleri daima aynı sabit şekil dairesinde biçimlendirir. Keza müsbet hukuk insanları vicdanen bağlayabilmek ilzam edebilmek kuvvetini, ihtiva ettiği tabiî hukuk hamulesinden alır. RENARD'ın mebzul teşbihlerinden bir sonuncunu daha nakledelim; «Müsbet hukukla tabiî hukuk arasındaki münasebet bir uzviyet ile onun âsap sistemi arasındaki münasebete benzer. Âsap sistemi nasıl en küçük damarların etrafına kadar giderse tabiî hukuk da müsbet hukukun en fer'î ve talî hükümlerine kadar hûlul eder ve bu fer'î hükümler ancak bu sebepten dolayı vicdanları ilzam selâhiyetini kazanırlar. İşte benim tabiî hukuktan anladığım budur.» (25).

---

(24) **G. RENARD** — **La Théorie de l'Institution.** 1930. Sh. 70 - 71.
(25) Bak, Not. 24.

F – G. RENARD'IN vardığı neticelerin mahiyeti.

Çağdaş tabiî hukukun taraftarlarında müşahade edilen bu vakıaların değişkenliği ile prensiplerin sabitliğini telif arzusu G. RENARD'da son haddine vasıl olmuştur. Fakat itiraf edilmelidir ki müteaddit izah tarzlarına ve vuzuhu temin gayretiyle yapılan mükerrer teşbih ve kıyaslara rağmen böyle bir tabiî hukukun ne mahiyeti ne evsafı hakkında sarih hiç bir kanaata sahip olunmamaktadır. Tabiî hukuk erişilecek uzak bir ideal, ufuktaki bir yıldızdır, tabiî hukuk yol gösteren istikamet tayin eden bir pusuladır, tabiî hukuk bir şekildir, tabiî hukuk müsbet hukukta fiilen mündemiç bir ruh, şu veya bu şekilde mütezahir bir cevherdir..... Bütün bunlar kabul. Fakat bu mütemadî teşbihler silsilesinden acaba tabiî hukukun «ne» olduğu hakkında herhangi bir kanaat elde edebiliyor muyuz? Tabiî hukuk bir rüşeym gibi tekâmül ediyor deniyor. Olabilir, fakat rüşeymin tekâmül etmesi için evvelâ ortada muayyen bir maddenin bulunması lâzımdır. Hiç değilse bu maddeye sebebiyet veren bir insiyakın vücudu lâzımdır. Tabiî hukukun tekâmül etmesi için de evvelâ var olması lâzımdır. Fakat nedir? Muhtevası değişebilir, fakat zâtı nedir? Ontolojik bir varlığa mı sahiptir? Sosyal münasebetlere bilfiil hâkim bir hattı hareket kaidesi midir? Yoksa insanların zihinlerinde mevcut bir ideal tasavvur mudur? Kısacası tabiî hukuk ontolojik bir varlığa mı sahiptir yoksa deontolojik bir ideal midir? Doğrusunu söylemek lâzım gelirse biz bütün bu hususlar hakkında G. RENARD'dan sarih bir cevap istihraç edemedik.

Bu itibarla kendisinin temsil ettiği rönesans hareketinin XIX. cu asırda hırpalanan tabiî hukuku canlandırmaya kâfi gelmiyeceği kanaatındayız, bu, her türlü tenkitten kurtulmak için hiç bir şey söylememiş olmakla müsavidir

— III —

MODERN NAZARİYENİN İNŞASI DENEMELERİ

14 — LE FUR'E GÖRE HUKUKUN TEMELİ VE HUKUKUN ADALET HİSSİ İLE KEŞFİ.

G. RENARD, hukuk felsefesine giriş derslerini verdiği sırada 1925 senesinde LE FUR «Le Fondement du Droit» adlı etüdünü neşretmiştir. Müellif bu eserinde tabiî veya alelıtlak hukukun temellerini araştırıyordu. Hasren tabiî hukuk meselesine tahsis ettiği etüdünü daha sonra 1927 de neşretmiştir (1). Müellif bilâhara tabiî hukuk ve müsbet hukuk münasebetlerine ve tabiî hukuk mevzuunda XX. ci asırda yapılan tenkidlere mütedair müteaddit eserler neşretmiştir ve 1937 de bunları hukukun ana problemleri adı altında toplamıştır ki sırası geldikçe bunlara temas edeceğiz (2).

A — LE FUR'ün mevkii.

Hukukun temeli adlı etüdünü gerek takip ettiğimiz metod bakımından gerek müellifin bilâhara kuracağı teorilerin esaslarını ihtiva etmesi bakımından daha evvel incelemek arzusundayız. LE FUR'ün her iki eserindeki rolü tabiî hukuk rönesansı bakımından pek mühimdir. Zira LE FUR'de kendisinden daha evvelkilerde müşahede etmediğimiz bir ilmî tasnif zihniyeti hâkimdir. Sonra diğerlerinden farklı olarak müellif pozitivist ve tarihçi ekollerin tahribinden ziyade yeni tabiî hukuk doktrininin lüzum gösterdiği sağlam temellerin ve mütecanis bir sistemin hazırlanmasiyle meşgul olmuştur. LE FUR bu bakımdan asrın ihtyaçlarını, çağdaş ilmî zihniyetin ciddî taleplerini daha çok nazara alır. Nazariyesini inşa ederken bu zihniyetten sadir olacak mukadder suallere cevaplar hazırlamaya çalışır. Bu cevapların tatminkâr olup olmadığını ilerde göreceğiz. Ancak muhtemel suallerin baştan tahmin ve vaz'ı tabiî hukuk nazariyesinin çağımızdaki canlanışını zedelemiyecek bilâkis nerelerden hangi ilmî menbalardan kuvvet alabileceğini gösterecektir.

LE FUR tabiî hukuk nazariyesinin asrımızdaki rönesansını kendisinden evvelkiler gibi, pozitivizmin ifratlarına karşı bir aksülâmel olarak izah eder.

---

(1) **L. LE FUR — La Théorie du Droit Naturel depuis le XVII ème siècle et la Doctrine Moderne. (Recueil des Cours. 1927. III. Sh. 263 - 442).**

(2) **L. LE FUR — Les Grands problèmes du Droit.**

Netekim bizzat pozitivizm geçen asırlardaki sübjektif idealizmin ifratlarına karşı bir reaksiyon olarak doğmuştu (3). Fakat her reaksiyonda bir ifrat mündemiçtir. Pozitivizm malûm olduğu üzere kendi ifratına kurban oldu. Acaba rönesans hareketinde de herhangi bir ifrat olmasın? LE FUR bu noktaya haklı olarak temas eder «tabiî hukukun ancak ana hatları malûm olup teferruatı ve mufassal muhtevası, her asrın kendi icaplarına göre kendi kültür seviyesine göre işleyeceği değişken kaidelerden ibarettir» der (4). Böylece tabiî hukukun esası boş bir çerçevedir. Muhtevası her çağın anlayışına ve ihtiyaçlarına göre mütehavvil bir hukuk sistemidir ki müellif buna ilerde «ilmî hukuk» diyecektir. Bu tefrik yapılmadığı takdirde hayatın dinamizmine intibak edemiyecek olan sabit bir tabiî hukuk dâvasının tekrar ve müdafaasında zaten mâna yoktur.

Bununla beraber LE FUR tabiî hukukun sabit bir çerçevesi tabir caizse, ana hatları olduğunu kabul eder. Ancak bunlar bütün insanlara tatbik edilebilecek mahiyette pek umumî bir iki kaidedir. Yani müellif ne STAMMLER gibi mütehavvil muhtevalı bir tabiî hukuku ne de KANT gibi tamamen şeklî bir tabiî hukuk düsturunu tasvip etmez. Bu bakımdan müellif RENARD'a daha yakındır. Fakat iddialarını ispat bakımından mukayese edilmiyecek kadar kuvvetli ve vuzuhludur.

LE FUR'ün bütün gayesi asrımızın ilmî ve felsefî zihniyetiyle mütenasip bir tabiî hukuk nazariyesi inşa etmektedir. Bu bakımdan kendisinin rolü cidden mühim olmuştur. Daha doğrusu bu nazariye ne mertebe ıslah edilebilecekse, cevheri bozulmaksızın ne kadar yenileştirilebilecekse, ne kadar yeni temeller üzerine kurulabilecekse o kadar işlenmiş düzeltilmiş ve bina edilmiştir. Yani nazariye tekemmül kabiliyetinin bütün meyvalarını vermiştir, nihaî hudutlarına kadar dayatılmıştır ve eğer buna rağmen gene tatminkâr bir hale gelmemişse artık bu LE FUR gibi bir otoriterin ihmalinden değil belki nazariyenin muhtevi olduğu bazı problemlerin hakikaten gayrı kabili hal mahiyete olmalarından mütevellittir. Hiç değilse bugün için. Bu itibarla LE FUR nazariyenin tarih itibariyle GENY'den sonra, fakat sisteminin değeri itibariyle belki ondan daha önde gelen bir kurucusudur.

B — LE FUR'ün eklektik metodu :

Hukuk tetkiklerinde pozitif ve sosyolojik metodların hakkını vermek, her iki metodun hakikate hizmet derecesini teslim etmek hususunda hayli cömert davranan LE FUR yalnız bunlardaki ifratı haksız bulur (5). Hukukla vakıalar arasındaki girift münasebeti tanımamak hukukçuya yakışmaz.

---

(3) **Recueil:** Sh. 351.

(4) **Recueil:** 350.

(5) **LE FUR — Les Grands problèmes du Droit. «Le Fondement du Droit.»** Sh. 9.

Hukuk haddi zatında vakıa zaruretleri ile insanın fıtraten sahip olduğu müteaddit hisler ve ihtiyaçlar arasındaki çatışmadan doğan bir mahsul, yahut bir uzlaşmadır. Hukuk bir çok neviden unsurlar arasında vaki bir mücadelenin mahsulüdür ve bütün bu mûtalalarla temas halinde olan insan, hiç bir zaman tamamlanamıyacak olan bir mesai bahasına, bir akıl gayreti ile hukuku bulup çıkarmaya muvaffak olmuştur.

Böylece aklın işe müdahalesi ile ortaya bir «vakıaların takdiri» meselesi çıkmıştır (6). Yani akıl birbirleriyle tearuz eden vakıaları bir meratip silsilesi içine sokacak, bir kısmını red bir kısmını tasvip edecek hülâsa bunları kıymetlendirecektir.

İşte hukukta sosyolojik ve pozitif araştırma metodu bu vakıa münasebetlerini izah bakımından son derece mühimdir. Diğer taraftan daima mütehavvil olan vakıa münasebetlerini tanzime mâtuf olan hukuk da bizzarure mütehavvil olacaktır. İşte bu hakikat, itiraf etmek lâzımdır ki sosyolojik mektebin bir hizmeti olmuştur. Bu mektebin esas fikri, müsbet hukukun ve muayyen bir nisbette de tabiî hukukun izafî, nisbî bir şey olduğudur ki, ifrata vardırılmamak şartiyle bu fikir doğrudur.

O halde tabiî hukuk meselesi muayyen ve sabit direktifler dairesinde gayrı muayyen mütehavvil bir vakıalar âlemini tanzim, sevk ve idare mes'elesine müncer olduğuna göre bir taraftan direktifler yani normlar âlemini bir taraftan da müşahhas realiteyi incelemek icap edecektir ki bu da ayrı ayrı metodlara ihtiyaç gösterir. Tekrar edelim LE FUR'de hangi metodun hangi mevzu için elverişli olacağı sarahatle gösterilmiştir. Aynı mevzuun değişik metod ve zâviyelerle ispatına çalışması hali LE FUR'de yoktur.

C — Hukuk ilim midir? Metafizikle münasebeti var mıdır?

LE FUR'e gelinceye kadar nazariyenin sadık taraflarında bu gibi suallere daha sarih cevaplar verildiğini müşahade etmedik. Vakıa GENY bir «metafizik mûta»dan bahsetmişti, ve RENARD hukukun mârifet nazariyesine girdiğini söylemiş, fakat metafizik mefhumların zaten akla hitap ettiğini ilâve etmekle mes'eleyi biraz karıştırmşıtı. Hukukun ilim olup olmadığı mes'elesi ise sarih bir sureti halle bağlanmamış ve daha ziyade kendilerine müsbet ilim denen bilgi kollarının da hakikate erişmek bakımından zâten pek kuvvetli olmadıkları iddiasiyle bir nevi mukabil hücuma geçilmişti. Halbuki LE FUR bu mes'elelere pek samimî ve kesin cevaplar vermektedir.

Evvelâ hukuk, müsbet, daha doğrusu exacte bir ilim değildir. Müellif şöyle demektedir: « ..... Bu ahlâk ve hukuk gibi bilgi kollarında, biz artık kelimenin asıl mânasiyle hakikî ilimler karşısında bulunmuyoruz. Meğer ki

---

(6) **Le Fondement du Droit: (Les grands problèmes du Droit.** Sh. 7, 10).

pek müphem ve geniş mânada alınan bu ilim kelimesiyle, kendi aralarında sıralanmış ve sistematik bir şekle sokulmuş her çeşit bilgi mecmuası murad edilmiş olsun. Fakat bu takdirde de bu sözde ilimler, determinizme istinad edemiyeceklerdir, halbuki bu olmadan da hakikî ilimlerden hiç biri olamaz. Bu sözde ilimler vakıalarda teyidlerini bulmadıktan maada çok defa da vakıaların tekzibine uğrar. Hukuk ve ahlâk gibi. Bu itibarla sarahat murad ise bunlar için hususî bir tâbir kullanılmalıdır. Tenkidî ilimler, normatif ilimler veya tanzimi ilimler (Sciences régulatives) gibi. Bu tâbirler bu gibi ilimlerin mümeyyiz vasfı olan emir idesini tazammun etmekle pek isabetlidirler.» (7). «Hukuk, cemiyet hayatından ayrılması imkânı olmayan hukukî mes'eleleri halletmeye hazırdır. Bu bakımdan kelimenin geniş manasiyle bir hukuk ilmi mevcuttur. Zira hukuk yalnız bir san'at değildir. Fakat bununla beraber itiraf etmek lâzımdır ki hukuk hakikî bir ilim de değildir. Onun için hukuk normatif bir ilimdir demelidir» (8).

O halde hukuk normatif ilimlerden olunca bu sahada muayyeniyyet ve illiyyet prensipleri değil ancak gaiyyet kıstası bir rol oynayacak demektir. Yani muayyen bir mavzuu; muayyen bir prensibe göre, muayyen bir irade tarafından nizama sokulacaktır. İşte hukuka düşen rol: 1) Bu mevzuu tanımak, 2) Bu prensibi beyan etmek, 3) Bu âmir iradeyi göstermek, 4) Bu tanzim tarzını öğretmektir.

LE FUR'ün umumî fikirlerinden istihraç ettiğimiz netice budur.

O halde evvelâ mevzu nedir? Bu, cemiyet halindeki insanın hareket tarzıdır. Evvelâ bu mevzuun iç ve dış şartları tetkik edilecek, evsafı tayin edilecek hülâsa ilmen bu mevzu tanınacaktır. Bu mesele malûm «insan tabiatı» meselesidir. Daha sonra bu mevzuun hangi prensibe göre düzenleneceği bildirilecektir ki bu da bizi adalet prensibine ve tabiî hukuk meselesine götürür. Fakat bu da kâfi değildir. Bu ummuî prensipten nasıl ve hangi tâlî kaideler, hangi tatbikat usulleri istihraç ve istidlâl edilecektir? İşte bu da ilmî ve objektif hukuka (tâbir müellife aittir) terettüp eden roldür.

Demek ki gaiyyet esasına dayanan ve normatif bir ilim olan hukuk daima insanların sosyal ihtiyaçlarını içtimaî şart ve gayelerini gözönünde tutacak ve onların hareket tarzlarını, kendisinin icad etmediği ve fakat mûta olarak bulduğu muayyen bir adalet prensibine en elverişli şekilde, en uygun tarzda tanzim etmek çarelerini araştıracaktır. Görülüyor ki tamamen pragmatik bir zâviyeden hareket edilmektedir ve şükranla kaydedilmelidir ki hukuk ilminin pragmatik rolü ve karekteri açıkça belirtilmektedir. Hukukun vazfesi mücerret hakikatlerin keşfinden evvel müşahhas realiteyi tanzimdir.

---

(7) LE FUR — **Le Fondement du Droit.** Sh. 16.
(8) LE FUR — **Les Grands Problèmes.** Sh. 176.

Bununla beraber bu tanzime esas olacak, rehberlik edecek prensipler gene mücerret hakikatler âleminde bulunabilecektir. İşte bu nokta hukukla metafizik arasındaki münasebetleri düşündürtmektedir. Hukukî tefekkürün metafiziğe meylettiği yolundaki tenkidleri LE FUR yersiz bulur. Çünki artık asgarî bir felsefeye hatta bir metafiziğe müracaat edilmeden hukuk yapılamıyacağı anlaşılmış bulunmaktadır (9). LE FUR burada MEYERSON'a atfen şöyle der: Her ilim asgarî bir metafiziği tazammun eder ve insan nefes alır gibi ister istemez ve çok defa hiç farkına varmadan metafizik yapar (10).

Böylelikle metafizikten tamamen kurtulamamak halinin yalnız hukuk gibi normatif bir ilim branşına has olmayıp diğer müsbet ilimlerde de müşterek bir vasıf olduğunu söylemiş olur. Şu halde artık tabiî hukuk prensiplerinin izah veçhi kolaylaşmıştır. Zira «tabiî hukuk metafizik bir mefhumdur. Bu itibarla bilinmeyen şeyler âlemine mensuptur» deyen DUGUİT gibi muarızların tenkid mevzuu kalmamıştır. Artık hukukla metafizik arasındaki yakınlık olduğu gibi kabul edilmiştir.

Ancak biz şunu da ilâve etmek isteriz ki müsbet ilimlerin metafizikden istiane ettiği bazı postülâtlarla hukuk ve ahlâk gibi sosyal nizamları mevzu edinen normatif ilimlerin metafizikten gördükleri yardım arasında bir hayli fark vardır. Eğer bu normatif ilimleri biz sırf metafizik esaslar üzerine kurmaya kalkarsak - asırlarca yapılmış olduğu gibi - mantıkî insicamı haiz ve fakat şeniyette tahkik edilemiyen muazzam spekülâtif ve akidevî inşalarda bulunmaktan başka bir şey yapmış olmayız ve bu artık ne exacte ne de normatif bir ilim olamaz. Şüphesiz LE FUR'ün kasdettiği bu değildir.

D — Hukukî nizamın mevzuu olarak insan.

Hukuku keşfeden insandır. Fakat hukukun kendisine tatbik edileceği obje de insandır. Şu halde hukukun yaratıcısı değil fakat kâşifi olan insan ile harekâtı hukuk tarafından tanzim edilen yani objesi olan insan haddi zâtında insan tabiatının iki ayrı cephesini ifade eder: Burada dualist bir görüş zaruridir. İnsan madde ve ruh mefhumlariyle ayırdığımız iki ayrı cevherden mürekkeptir. Vakıa bu ikilik haddi zâtında bir idrak kolaylığını temine mâtuf bir tefrikten doğar. Yoksa insanda madde ve ruh ayrı ayrı ve birbiriyle ilgisiz bir vaziyette bulunmaz (11). Fakat bu tefriki yapmadan da insan tabiatı dediğimiz şey anlaşılamaz.

İnsanda evvelâ bütün kozmik tabiatla müşterek olan cepheler vardır. İnsan maddeden, dış kâinatta mevcut olan aslî maddî unsurların aynından

---

(9) **L. LE FUR - La Théorie du Droit Naturel, (Recueil des Cours. 1927.** III. Sh. 263

(10) **L. LE FUR — Les Grands problèmes du Droit.** Sh: 179.

(11) **L. LE FUR — Le Fondement du Droit,** Sh: 12.

terekküp etmiştir. Bu itibarla dış dünyada carî fizik kanunlara insan da tâbidir.

Fakat bundan başka insanda dış tabiatta tezahürünü görmediğimiz neviden tamamen nevi cinsine münhasır bazı hâletler görülmektedir. İşte bunlar insanı insan yapan unsurlar yani nev'î (spécifique) karakterlerdir.

O halde insanın bu ikinci nevi evsafına insanın ikinci tabiatı deyebiliriz. Bu itibarla bütün varlıklar için gerek materyalistler gerek spritüalistler tarafından müştereken kabul edilen «tabiatına uy!» (s e q u e r e n a t u r a m) prensibinin insan hakkında tavzihi lâzımdır. İnsan hangi tabiatına uyacaktır? Kozmik ve biyolojik âlemle müşterek olan maddesine, hayvanî tabiata mı, yoksa nev'ine mahsus olan mânevî tabiata mı? Tabiî münhasıran ikincisine uyacaktır, demek müfrit spritüalistlerin hatasına iştirâk etmek olur ve «kim melek olmak isterse hayvan olur» deyen PASCAL'ın hakkı vardır. Zira insan, nev'î bir vasfı olan ahlâkî tab'a sahip olmakla hayvaniyetinden, bedeninden kısacası maddesinden tecerrüt edemez. O halde insan neye uyacaktır? Bu iki nevi tabittan hiç birinden fariğ olmayacağına göre bizzarure, bunlara tekabül eden iki nevi kanuna:

1 — Tabiat kanunları

2 — Ahlâkî ve hukukî nizam kanunları.

Tabiat kanunları, haddi zatında vakıalar arasındaki illî münasebetler demektir ki bunların keşfi insan zekâsının tecrit ve tâmim melekelerinin faaliyetine mütevakkıftır. İnsan bunların karşısında mücerret bir idrak, ihata ve sınıflandırma kabiliyetini temsil eder ve bütün gaye iki olay arasındaki sebep netice münasebetinin keşfidir.

Ahlâkî ve hukukî kanunlara gelince:

İnsan, insan olalıberi kendisini mütemadiyen bir «yapmalı, yapmamalı» emri karşısında bulmuştur. Bu emri veren gene kendisidir. Fakat insanın bütün devirler boyunca böyle bir emir ve nehiyde bulunmaktan ve böyle bir emir ve nehye muhatap olmaktan fariğ olmadığı da bir vakıadır. O halde insanı, daha açık söyleyelim, ahlâkî veya hukukî mânada bir «iyi - fena» tefrikine sevkeden nedir?

İnsanın bu tefriki yapmaktan ve bu tefrike uymaya çalışmaktan fariğ olamadığı bir sabite ise bunun insan fıtratının bir icabı olduğunu kabul etmek lâzımdır. Şu halde insan, tabiatının her iki cephesi dolayısıyla aynı zamanda hem ilmî kanunlara hem emrî kanunlara uymak zorundadır.

E — Ahlâkî ve hukukî kıstasların insan tarafından idraki: manevî hisler.

Fakat insanın hattı hareketine hükmedecek olan bu emrî kanunlar (hat-

tı hareket kaideleri) nasıl bulunur? Tıpkı ilmî kanunlar gibi müşahade, tecrübe, tâmim ve tekrit metodlariyle mi? Hayır. Emrî kanunlar herhangi bir şeyi yapıp yapmamaya muktedir olan ve bunlardan herhangi birini tercihte kendini muhtar hisseden bir iradeye, daha üstün bir irade tarafından emredilen buyruklardan ibarettir. Demek bu buyruklar tutulabilir veya tutulmayabilir. O halde biz, buyrukların vücudunu, kendilerine müstemiren ve istisnasız bir şekilde itaat edildiğinden değil, belki her cemiyette, her zaman bu neviden buyrukların icat ve ısdar edilmekte olmalarından mı anlıyacağız? Her halde LE FUR'ün «normatif ilimler vakıaların tevidinden ziyade tekzibine uğrarlar» demesinin hikmeti de budur. Fakat bütün bunlar zahirî müşahedelerdir ve sırf muhtelif buyrukların vücudu hakkındadır.

Fakat mevcudiyet vakıasından sonra bu buyrukların muhtevaları hakkında bunların niçin şu veya bu hususu emir, şu veya bu hususu nehyettikleri hakkında bir fikir edinmek istersek artık sırf haricî ilmî müşahade metodu bize kiyafet etmez.

Burada diğer bir metoda müracaat şarttır: **introspection** Zira bu buyrukların hem kaynağı hem muhatabı insandır. Bu buyrukları tetkik etmek isteyen süje de insandır. O halde bu buyruklar karşısındaki durumumuzu biz evvelâ kendi içimize sormalıyız. Zaten muayyen bir nisbette introspection metodu kullanılmazsa insanın büyük bir cephesi meçhul kalır (12).

LE FUR işte burada meşhur manevî hisler tezini ileri sürer:

İçimizi dinlediğimiz zaman bizde hayvanlarla müşterek olmayan bazı duyguların bulunduğuna şahit oluruz. Doğruluk, güzellik, iyilik hisleri gibi. Bu üç hissi evvelce VİCTOR COUSİN tesbit etmiştir. LE FUR de bunlara iki his dava ilâve eder: «faydalı» hissi, «haklı = âdil» hissi (sentiment de juste) Böylece biz insan nev'ine mahsus olan beş manevî hisse sahip bulunuyoruz demektir.

LE FUR bu hisler için şöyle der: «Bunlar, insanın, içtimaî hayatın nihayetsiz mudiliyeti içinde kendi yolunu tayin etmesine yarayan antenler gibidir. Bunlar sayesindedir ki insan kendisine bir ahlâkî ve hukukî hareket kaidesi meydana getirebilmiştir». (13).

Vakıa daha evvel KANT yalnız insanda mevcut olan bir ahlâkî histen bahsetmiştir. Fakat LE FUR manevî hislerin çeşitliğini böyle bir tek hisse ircaa taraftar değildir. Çünki «ahlâkî iyi» faydalı hissine şamil olamaz. Halbuki insanda bu his de mevcuttur. Bi e n kelimesinin çift manalılâğından müşteki olan LE FUR bunun alelıtlak bütün müsbet kıymetleri ifade ettiği

(12) **LE FUR — Le Fondement du Droit.** Sh: 17.
(13) **LE FUR — Fondement du Droit.** Sh. 18.

ni söyler. Yani yalnız ahlâkî iyiliği değil faydalıyı, doğruyu, güzeli de ihtiva ettiğini söyler. Biz türkçede «ahlâkî iyi» için hayrı manevî (14) veya sadece «hayır» tâbirini kullanabiliriz ve böylece faydalıyı ve doğruyu da içine alan alelıtlak «iyi»den ayrılır (15).

F — Manevî hislerin menşe ve mahiyeti.

LE FUR bu hislere «sosyal hisler» demeyi kifayetsiz bulur. Zira bu hislerin hepsi tamamen içtimaî değildir. Bunlardan yalnız son his yani âdil hissi, haklı - haksız duygusu tamamen sosyaldir. Zira behemehal iki tarafı, iki şahıs arasında bir münasebeti tazammun eder (16). Bununla beraber bu hisler sırf sosyal mahiyette değildirler. Ancak muayyen bir nisbette sosyaldırlar.

Bu hisler bize bilâvasıta bir bilgi temin ederler. Onun için bunlara «his» diyoruz.

Acaba bu manevî hisler doğuştan mı gelmedir, irsî midir, müktesep midir? LE FUR bu suale bilâhara H. de PAGE'ın taaccübünü mucip olacak olan (17) şu cevabı verir: Bugün öyle görünüyor ki bu hisler aynı zamanda hem fıtrî, hem irsî, hem de müktesepdirler (18).

Hislerin sayısına gelince, bunlar ancak beş tanedir, ne fazla ne eksik. Müellife göre bunları azaltmak insanı esaslı nevî evsafından birinden mahrum etmek olur, çoğaltmaksa sun'î inşalarda bulunmaya varır (19). Şu halde bu beş manevî histen biri olan «iyi» duygusu sayesinde insan, umumî bir şekilde ne yapması gerektiğini ve nelerden ihtiraz etmesi icap ettiğini v a s ı t a s ı z c a bilir. Teferruatta yanlışlıklar, yanılmalar olabilir. Fakat esas olan vazife hissi herkesde mevcuttur. Fakat bu esas iyilik hissinin tamamen muhtevadan mahrum olduğu kabul edilemez.

LE FUR burada KANT'ı ileri sürdüğü pek şeklî ahlâk düsturundan dolayı tenkid eder. KANT'ın hatası «kesin buyruk = impératif catégorique» düsturunu muhtevasız bir şekilde yaratmış olmasıdır. Halbuki: «O şekilde hareket et ki, hareketin herkes için bir hayat kaidesi olabilsin» demek kâfi değildir. Ayrıca «öldürme, çalma, aldatma, zira herkes böyle yaparsa cemiyet hayatı imkânsız olur.» diyerek buna bir muhteva ilâve etmelidir ki bu

---

(14) **İSMAİL FENNİ — Lugatçai Felsefe: Bien morale.**

(15) «Hayrünnas'men yenfeunnas» Atasözü hayırlı ve faydalı sıfatlarının fark ve münasebetlerini tebarüz ettirmek bakımından dikkate değer: «İnsanların hayırlısı, insanlara faydalı olandır».

(16) **LE FUR — Le fondement du Droit.** Sh: 18.

(17) **H. DE PAGE — Droit Naturel et positivisme juridique** 1939. Sh. 10 Not: 9.

(18) **LE FUR — Le fondement du Droit** Sh: 20.

(19) **LE FUR — Le fondement du Droit.** Sh: 24.

da dolambaçlı bir yoldan müşterek hayır mefhumuna avdet etmekdir (20).

G — Manevî hislerin evrensel olup olmadığı.

İnsanda behemehal bir iyilik duygusunun bulunmadığı, bunun müstesna insanlara has bir meziyet olduğu veya ancak terbiye vasıtasiyle zorla kazandırıldığı yolundaki muhtemel itirazlara karşı LE FUR şu mealde bir müdafaada bulunur: Psikoloji mütehassısları acaba neden yalnız maraz hallerini incelerler, nevrozları, isterikleri, somnambülleri hülâsa ruhî mekanizması bozuk bir çok anormal tipleri tetkik ederler de kahramanların, azizlerin, fedaîlerin psikolojileri ile meşgul olmazlar? Bu büyük bir haksızlık değil midir? Hatta istisnaî şerait içinde sade güzide bir iki insanın değil; kitle halinde insan topluluklarının bile fedaî ve kahraman kesildikleri görülmemiş midir? (21).

Diğer taraftan, insanlarda eğer onları bilâ vasıta iyilik bilgisi ile teçhiz edecek bir duygu, insandan insana değişmeyen fıtrî bir his olsaydı türlü vahşî ve geri cemiyetlerdeki gayrı ahlâkî hatta gayrı insanî âdetler nasıl vücut bulurdu? yolunda bir itiraz da varid olabilir.

LE FUR bunlara karşı da başka bir yoldan cevap verir ve hemen bir tefrik yapar: «Bu iptidaî insan veya toplulukların yanılmaları zihnî mefhumlar üzerindedir. Yoksa ahlâk hissi onlarda da aynen mevcuttur» der. Muhtelif iptidaî ve vahşî cemiyetlerde bizim ahlâk hissimize muhalif gibi görünen âdetler, hakikatte bu cemiyetteki insanlrın ahlâk hissinden mahrum olmalarından değil, zihnî mahiyetteki bazı unsurlar üzerinde hata etmelerinden ileri gelir. Meselâ fecî hastalıklara müptelâ olan kimselere yahut bir kazaya uğrayanlara asla yardım etmemek ve onları bulunduğu hal üzere bırakmak yahut suya atmak âdeti bu mağdur ve hasta, şahısların ruhların lânetine uğramış kimseler olduğu yolundaki yanlış bir kanaatten mütevellittir. Bu cemiyetin insanları ahlâk hissinden mahrum değildirler. Fakat lânetliye yardım etmek ahlâka sığmaz. Sonra umumiyetle «hemcins» veya «yakın» mefhumları da hakiki mâna ve şumulleriyle idrak edilemediğinden iptidaî cemiyetlerde en yakın akrabaların yahut en yakın çevrelerin dışında bulunanlara her şey yapmak caiz sayılır. Fakat bu yakın akrabalar veya alelıtlak yakın çevre mensuplarında daima ahlâk hissinin muayyen tezahürlerine raslanır... Hatta haydut çetelerinde bile bir ahlâk kaidesi vardır (22).

H — Adalet hissinin hususiyeteri ve rolü.

İnsanın nev'i dolayısiyle sahip olduğu beş hissinin içinde en fazla sosyal

---

(20) **LE FUR — Le fondement du Droit** Sh: 25.
(21) **LE FUR — Le fondement** Sh: 25.
(22) **LE FUR — Le fondement.** Sh: 25 - 28.

olanı budur. Az veya çok kuvvette her insanda adalet hissi vardır. Bu his herkesin başkalarına karşı yapmakla mükellef olduğu şeyi vasıtasız bir şekilde bildirir. Bu his memleketin millî hukukunda ifadesini bulur ve muayyen haklı - haksız ayırdı olmadan hiç bir cemiyet yaşıyamaz. Netekim hiç bir vazii kanun, hiç bir hükûmet, hukuku; kendi menfaat veya iradesinin bir ifâdesi gibi arzedemez. Hepsi, maksatlarının, memleketin amme menfaatını mümkün olduğu kadar mükemmel bir şekilde tahakkuk ettirmek olduğuna söyler ki bu amme menfaatı hem ahlâkî hayrı hem de adalet vasıtasiyle ahenkleştirilecek olan maddî iyiliği ihtiva eder (23).

Filhakika adalet hissi (faydalı) ile (iyi) yi imtizac ettiren bir vasıtadır (24). Yoksa adalet, KANT'ın anladığı gibi ferdî hüriyetlerin, umumî bir hüriyet kanununa göre imtizac ettirilmesi demek değildir, bu pek şeklî bir hukuk anlayışıdır (25). Hüriyeti hukukun yegâne temeli yapmak mukadder bir şekilde ya anarşiye, ya devlet istibdadına götürür (26).

Acaba adalet, müsavat mıdır? Bu da bizi binnetice klâsik adalet tarifine götürür. Acaba bu tarif kusursuz mudur, doğru mudur?

Eğer adalet «herkese kendisine ait olanı vermek» düsturunda ifadesini bulursa bu da herkesin hakkını vermek demektir ki neticede adaleti hukukla hukuku da adaletle tarife müncer olur. Bu düsturu açıklamak ve tamamlamak lâzımdır ve Romalılar bunu yapmışlardır. ULPİYNUS üç kaide koymuştur: kimseye zarar vermemek, herkese hakkını vermek, namuslu yaşamak. Fakat ilk düstur kifayetsizliktir. Zira adaleti ihlâl etmeden de herhangi bir kimseye zarar ikaı vaki olabilir (meşru rekabette olduğu gibi). Onun için bu düstura bir «haksız yere» kaydını ilâve etmek lâzımdır: Kimseye haksız olarak zarar vermemek.

Bu takdirde de gene neyin haklı neyin haksız olduğunu anlamak için bir kıstasa başvurmak lâzım gelecektir. Bu ölçü ahlâk kanunudur. Esasen her üç adalet kaidesi de hukukun içine muayyen bir nisbette ahlâkî hamule katmaktadır. Fakat bu hiç bir zaman ahlâkın tamamını hukukun içine sokmak değildir. (27).

Fakat hukukun behamehal bir muhtevası vardır. O halde bu muhtevayı tayin edecek olan nedir? Ne «hüriyet»in ne «klâsik adalet tarifi»nin ne «müsavat»ın ne «efkârı umumiye»nin yani ekseriyetin fikrinin hukukun muhtevasına kâfi gelmediğini tesbit ettikten sonra bunu nereden öğrenebiliriz?

İşte adalet hissinin rolü burada başlar. Sosyal hayatın bu muhtelif mûtalarını bir nizama sokmak, bir meratip silsilesine tâbi tutmak ancak bu

---

(23) **LE FUR — Le fondement** Sh: 34.
(24) **LE FUR — Le fondement:** Sh: 35.
(25) **LE FUR — Le fondement:** Sh. 40.
(26) **LE FUR — Le fondement:** Sh: 43
(27) **LE FUR — Le fondement:** Sh. 46

hissin ilhamı ile olur. Adalet hissi aynı zamanda diğer neviden olan bütün «iyi»lerin meselâ faydanın, menfaat endişesinin hukuku aşırı derecede istilâsına karşı bir sed, bir mania teşkil eder ve kendisi hayrı - mâneviyi hâkim kılmağa çalışır. Adalet hissi sayesindedir ki hukuk, ferdî veya kollektif menfaat yahut fayda mülâhazalarına büsbütün âlet olmaz.

Zira adalet hissi ahlâkî bir histir ve hukukun temelidir, özüdür. Hukuk içtimaî hayatın diğer maddî mûtalarını bu esas dairesinde tanzim eder ve müeyyideler. Fakat hiç bir zaman RENARD'ın dediği gibi adalet içtimaî ahlâkın bütünü değildir. (28)

İçtimaî ahlâk hukuku iki bakımdan aşar: Evvelâ hukuk hayatın zaruri kaideleri olduğu halde ahlâk pek umumî ve şumullü kaidelerdir. Sonra da ahlâk insanın iç âlemiyle niyetleri ve kanaatları ile alâkadardır. Halbuki hukuk vakıalarda tezahür etmedikçe bunlarla ilgilenmez.

Böylece hukuk, hatta tabiî hukuk ahlâkın bir parçasıdır, bütünü değil.

LE FUR hukukun temeli adlı etüdünde hukukla tabiî hukuku tefrik etmeden alelıtlak hukuk üzerinde durmuştur ve bunun temel mefhumu olan adaletin bir his mûtası olduğunda ısrar etmiştir. Bütün bu mütalâaların neticesinde iki sene sonra neşredeceği tabiî hukukun modern nazariyesini kurmak için elverişli bir zemini hazırlamış bulunmaktadır:

a — İnsan bizzat fıtratının manevî cephesi dolayisiyle bir takım hattı hareket düsturlarına, bir iyi - fena ölçüsüne tâbidir.

b — Bu düsturları ve bu iyi ve fena mefhumlarını insan gene manevî tab'ı dolayisiyle sahip olduğu bir takım hislerle sezer. Böylece haklı ve iyi ölçülerini insan manevî hisleriyle bilâ vasıta bir şekilde öğrenir. Bunları muhakeme yoliyle dışarıda arayacak değildir .

c — Aklın rolü manevî hislerin bize doğrudan doğruya bildirdiği bu adalet esasının fer'î düsturlarını tanzimden ve sosyal şartlara tatbikten ibarettir.

d — Örf adet ve mevzuat tahavvülleri hatta ahlâk telâkilerindeki tezatlar ahlâkî hissin yokluğunu değil bilâkis her cemiyette mevcut olduğunu gösterir. Tahavvüller hissin değişmesinden değil insan zekâsının farklı inkişaf seviyelerinde bulunmasından mütevellittir...

Görülüyor ki bütün bu postülâtlar doğru olarak kabul edildiği takdirde tabiî hukuk nazariyesinin yeniden inşası hiç de zor olmıyacaktır.

---

(28) Bak. Yukarda No. 13, Sh. 66.

14 (MÜKERRER) - LE FUR'ÜN MODERN TABİÎ HUKUK NAZARİYESİNİ İNŞASI

A — Tabi hukukun mahiyeti ve nevileri.

Tabiî hukukun çağdaş ilmî zihniyetle bağdaşabilecek bir nazariyesini kurmak isteyen LE FUR tabiî hukukun à priori unsurunu mümkün olduğu kadar daraltmak ve içtimaî hayatın dinamizmine cevap olarak ampirik bilgi hamulesinden imâl edilecek kısmını mümkün olduğu kadar genişletmek yolunu tutmuştur. Tabiî hukukun mahiyeti ve nevileri hakkındaki esas fikirleri klâsik an'aneye tamamen sadık olmakla beraber bunun tesfir tarzında bir çok yenilikler arzeder. Hatta tabiî hukukun «akıl» marifetiyle değil de «his» marifetiyle anlaşılması iddiası da oldukça yenidir. Maamafih daha M. E 280 - 206 senelerinde yaşamış olan CHRYSİPPE tarafından tarif edilip (1) bilâhara ÇİÇERON'un şerhettiği (2) meşhur tabiî kanunun an'anevî idrak şeklinin akıl tarikı mı yoksa his yolu mu olduğu da pek sarih değildir. Netekim ÇİÇERON'a göre bu tabiî kanun mefhumunu doğuştan getirdiğimiz bir kuvvetin (...**quadem innata vis inseruit**) bize doğrudan doğruya ilka ettiğine inanmak lâzımdır. Yani insan bu mefhumu fıtrî bir kuvvetle ister istemez sezer, çünkü o bizzat içimizde mündemiçtir (**diffusa in omnis**).

Acaba bu kuvvet bu sezme kuvveti akıl mıdır, his midir? Târife göre bunun bir sezgi olması daha akla yakın geliyor. Fakat tabiî hukukun bütün tarihi bunu «akıl» olarak hatta sâlim akıl (recta ratio) olarak tafsir etmiştir. Hatta H. DE PAGE bu bakımdan LE FUR'ün tabiî hukukun his yoliyle idraki iddiasını tabiî hukukun klâsik akidesine muhalif bulur ve nazariyenin akıl yoliyle idrakinin tabiî hukuk doğmasına daha münasip olacağını söyler (3). Biz bugünki psikolojik mânada akıl ve his melekeleri mukayese edildiği zaman tabiî hukukun daha doğrusu adâletin his vasıtasiyle idrâki imkânının daha kolay kabul edilebileceği kanaatındayız. Yeter ki insan fıtratının bu gibi mânevî hislerle mücehhez olduğu yetkili ağızlarca tasdik edilebilsin.

LE FUR'ün klâsik doktrinden aldığı ve bir çok tabiî hukukçuların ihmal ettiğinden bahsettiği bir tefrik sayesinde tabiî hukukun değişen ve değişmeyen cepheleri aydınlatılmıştır. Şöyleki: Vaktiyle St. THOMAS tabiî hukuku birinci derecede tabiî hukuk ve ikinci derecede tabiî hukuk olarak ayırmıştı. Tabiî hukukun her memlekette aynı olan değişmez prensiplerine birinci derecede tabiî hukuk ve memleket ve zaman şartlarına göre tahavvül eden prensiplerine de ikinci derecede tabiî hukuk diyordu. Daha evvel buna mümasil bir

---

(1) **Digeste,** 1, 3, **De legibus (FELİX SENN - De la Justice et du Droit,** 1927 Sh: 61.

(2) **De re publica,** 3, 22, 23 (Tarifin türkçe tercümesi için bak: SADRİ MAKSUDİ ARSAL - Hukuk felsefesi dersleri. 1945 Sh: 115)

(3) **HENRİ DE PAGE - Droit Naturel et positivisme juridique.** 1939. Sh. 10. Not. 9

tefriki ARİSTO da yapmıştı. LE FUR bu iki nevi tabiî hukuk ayırdını zamanımızın ihtiyaçlarına uyacak şekle sokar:

a — Asıl manasiyle tabiî hukuk

b — İlmî veya objektif hukuk

Birinci nevi tabiî hukuk, nazariyenin taassubuna sadık kalarak tam bir değişmezliğe sahiptir ve beşer iradesinin fevkinde olmak mânasına da âfakîdir. Bu, her cemiyette her zaman mevcut olan ve onsuz hukukun tasavvur olunamıyacağı aslî unsurdu. Son derece umumî bir prensiptir. Bir istikamet göstermekten başka rolü yoktur. Bunun sezilişi hissîdir. Yani adalet duygusu ile idrâk edilir. Hülâsa bu, fıtrî adalet hissinin ilk tatbikleridir.

O halde bu tabiî hukukun muhtevası nedir?

B — Tabiî hukuk prensipleri.

Asıl tabiî hukukun LE FUR'e göre iki esas prensibi vardır ki bunlar icabı halinde bire de irca edilebilir. Bu iki prensipten biri serbestce deruhte edilen mükellefiyetlere riayet mecburiyetidir. Yani ahde vefadır. Burada mevzuubahs olan dürüst ve ahlâka uygun mukavelelerdir. İkinci kaide ise haksız olarak sebebiyet verilen zararın tazmini mecburiyetidir. Bu iki kaide zaruret halinde tek bir prensibe yani haksız ika edilen zararın tazmini prensibine irca edilir çünki serbestce giriştiği taahhüdü ifa etmemek netice itibariyle mukabil tarafa haksız bir zarar ika etmek demektir. LE FUR'e göre gerek medenî hukuka gerek ceza hukukuna işte yalnız bu prensip hâkimdir: haksız zararların tazmini. Bunlardan maade bir de her cemiyette mevcut olan otoriteye riayet prensibini de hesaba katarsak böylece iki veya üç prensiple asıl tabiî hukukun bütün muhtevası tamamlanmış olur.

Görülüyor ki LE FUR asıl tabiî hukuku hüsnü niyetli insanların, yani ahlâkla bağlı olan insanların sözlerinde durmak meziyetlerine irca ediyor. Yani serbesce bağlandığı bir ahde vefa göstermeyi bu gibi insanların «iyi ve dürüst bir hareket» telâkki etmelerine, dolayisiyle ahlâkî kıymet ölçülerine irca ediyor. İnsanlar, vazii kanun ahde vefayı emrettiği için değil, bizzat ahlâk bunu icap ettirdiği için sözlerinde dururlar. Keza, kanun adam öldürmeyi veya çalmayı menettiği için değil, ondan daha evvel ahlâk böyle bir hareketi takbih ettiği için öldürmez ve çalmazlar.

Bu suretle hukukun tamamen ahlâka irca edilmiş olacağı yolundaki itirazlara karşı LE FUR şöyle der: «Eğer bu n a m u s k â r a n e taahhüt, h a k s ı z o l a r a k ika edilen zarar tâbirlerinin dahi bir kıymet takdirini hatta bazılarına göre sübjektif bir takdiri tazammun ettiği hususunda israr edilecek olursa buna verilecek cevap basittir. Burada tecrübî hakikatlerden değil zaten bir kıymet hükmünden bahsedilmektedir ve hukukun «iyi»nin ne

olduğunu öğrenmek için ahlâka müracaat etmesi, haddi zatında, iyi ile haklı arasında zaruri münasebetler bulunmasından dolayıdır. Tıpkı tabiî hukukla objektif hukuk arasında olduğu gibi. Burada birbirinden kalın duvarlarla ayrılmış muhtelif kompartımanlar mevzuubahis değildir. Bu mefhumlar aklî bir izah zarureti yüzünden taksim ve tasnif edilmişlerdir. Fakat hakikatte insan aralarında hiç bir bağ olmayan bir takım müstakil melekelerden terekküp etmiş değildir. Gayrı âdil olanın, haksızın tayini objektif bir «hukukî iyi»nin vücudunu tazammun eder. Bu, ahlâkî bir hayır veya fayda olabilir ki verilecek kıymet hükmünden mukaddem olarak mevcuttur. Eğer bunun vücudu reddedilecek olursa artık müracaat edilecek bir tek kaynak kalır o da pozitivist sosyologların yaptığı gibi mahz vakıaya bağlanmaktan ibarettir, ve bu vakıa, bu doktrinde bir manası olmayan normal vakıa değildir. Bu, mevcut olan vakıadır. Hatta belki de daha ziyade en çok tekrarlanan yani zıd vakıalar karşısında kalındığı zaman adet itibariyle en sık raslanan vakıadır» (4).

Halbuki bu kıstas iyiyi ve âdili sayı çokluğunda (sayı itibariyle ekseriyeti teşkil eden vakıaların vasfında) aramıya müncer olacaktır. Bundan başka LE FUR bu kıymet hükümlerinin sübjektif unsurları ihtiva edeceği yolundaki itirazlara da cevap verir ve ahlâkın bir ilim mevzuu olmayıp bir vicdan mevzuu olduğunu söyler. Ahlâk prensipleri tatbik şekillerindeki hatalardan mes'ul değildirler. Bu ahlâkî his bakımından kadim Yunan - Lâtin medeniyeti veya daha kadim olan Mısır ve Kalde insanları bugünki insandan daha az hassas değildiler.

Bu münakaşalardan çıkan hakikat şudur ki tabiî hukuk bize ana hatlariyle malûm boş bir çerçeve verir ve bunun doldurulması bize terettüp eder.

Öyle anlıyoruz ki LE FUR tabiî hukuku, mütemadiyen inkişaf halinde bulunan beşerî zekâya ve onun müterakki ve mütelevvin görüş tarzlarına terketmeyip; insiyaka daha yakın ve dolayisiyle müstekar kalmaya daha müsait bir melekeye yani bir hisse, haklı duygusuna tevdi ediyor. Zekâ tabiî hukukun idrâkinde tâlî bir role sahiptir. O sadece vuzuhu temin için hissin yardımına koşmakla mükelleftir. O kadar.

C — İlmî veya objektif hukuk.

İşte zekânın asıl rolü şimdi başlar. Yani ilmî hukuku yaratmak işinde. İlmî hukuk nedir? Âfakî veya tabiî hukukun her zaman ve her cemiyete göre değişen icaplarının her türlü ilmî metodla tayin ve tesbit edilmesi neticesinde meydana gelen hukuk.

İlmî hukuk, asıl tabiî hukuk gibi, müsbet yani mevzu hukuk da değildir.

O belki tabiî hukukun icaplarını müsbet hukuka öğreten mutavassıt bir rehberdir. LE FUR'ün inşa bakımından nazariyeye getirdiği yenilik işte bu ilmî hukuk mefhumudur.

---

(4) **LE FUR - Les Grands Problèmes** Sh: 187.

İlmî hukuk, insan aklının gelişi güzel yarattığı bir inşa değildir. Belki aklın, hukukun muhtelif neviden mûtaları üzerinde zahmetle işleyerek meydana çıkardığı bir nizamdır. Bunu bulabilmek için akıl tarihî, iktisadî bilcümle mûtaları derinden derine inceler ve böylece muhtelif memleketlerin ve muhtelif devirlerin ihtiyaçları ile hukuku telif etmeye, ahenkleştirmeye çalışır. Medeniyet nasıl sonsuz bir inkişafa namzetse hukuk da nihayetsiz bir tekâmüle müsaittir. Demek ki aklî veya objektif hukuk yahut kısacası ilmî hukuk dediğimiz şey asıl manasıyla tabiî - hukuka nazaran son derece tam ve son derece değişken bir hukuktur. Zira mahiyeti itibariyle bu hukuk, tanzim edeceği cemiyetin son derece mütehavvil ihtiyaçlarına uymaya mecburdur. Bu esaslı tefrik çok defa bilinmemiştir. Müellif bu mânada anlaşılan tabiî hukukun makul bir surette inkâr edilemiyeceğine kanidir. Zira bu hukuk adalet mefhumunun doğrudan doğruya bir neticesidir ki bu mefhumun inkârı hukukun inkârı olur. Çünki burada mukadder bir dilem vardır: Hukuk ya adalet temeline dayanır ya kuvvet temeline. Hukukun adalet temeline dayanmadığını iddia edersek behemehal kuvvete dayandığını kabule mecbur oluruz. İkisinin ortası yoktur (5).

Şu halde ilmî veya objektif hukukun tesbitinde yukarıda işaret ettiğimiz eklektik metod fazlasiyle elverişlidir. Bu şekilde yaratılacak olan ilmî hukuk mevzu hukuka bir rehber ve bir öz olacaktır. Böylece müsbet hukukun zecriliği ile ilmî hukukun muhtevi olduğu adâlet hamulesi birleşince tam hukuk yani adâlet prensibi meydana gelecektir.

D – LE FUR'ün vardığı neticeler ve tabiî hukuk nazariyesine hizmeti.

LE FUR gibi velûd bir otoritenin bütün fikirlerini aksettirebilmekten uzak olduğumuzu muterif olmakla beraber etüdümüzün gayesi bakımından münasip olacak derecede iktibaslarda bulunduğumuzu zannediyoruz. Naklettiğimiz fikirler müellifin tabiî hukukun yenileştirilmesi hususundaki esaslı görüşlerini kaba hatlarla da olsa belirtecek durumdadır. Bu hale göre müellifin hususiyetlerini şu şekilde hülâsa kabildir:

Tabiî hukuk mefhumu fıtraten sahip olduğumuz bir adâlet duygusunun mûtasıdır. Binaenaleyh akıl için anlaşılmaz müteal bir dünyanın gene müteal neviden bir mûtası değildir. LE FUR metafiziksiz hukuk yapılamıyacağını kabul etmekle beraber itiraf etmeli ki nazariyesini hiç de metafizik mahiyette anlaşılmaz temeller üzerine kurmuş değildir.

LE FUR'ün nazariyesindeki neyrengî noktaları adâlet duygusu, aslî ve ilmî hukuk tasnifleri ve aslî tabiî hukukun prensibi olarak gösterdiği ahde vefa ve haksız zararın tazmini esaslarıdır. Bunlardan yalnız sonuncusu klâsik târifin tekrarından ibarettir. Vakıa ikinci esas nokta yani aslî ve ilmî tabiî hukuk

---

(5) **LE FUR - Les Grands Problèmes du Droit.** Sh: 189.

tefriki de St. THOMAS'dan mülhemdir ama LE FUR ilmî hukuk tâbiriyle sosyal ihtiyaçların asrın bütün ilmî araştırma imkânlariyle tayin ve tesbitini ve gene bu ihtiyaçların, bir his mûtası olarak kabul ettiği adâlet prensibine uydurulmasını murad etmektedir. Bu suretle müsbet hukukun yaratılmasında her çağın ilmî müktesebatından azamî derecede faydalanılacak demektir ki bu husus, daha evvel, nazariyenin eski şeklinde değil ancak GENY gibi muasır mütefekkirlerinde mevzuubahs edilmiştir.

Kanaatımızca LE FUR'ün bize muğlak gelen noktası, adâleti bir his mûtası olarak kabul ettiği halde adâletin muhtevasını bütün klâsik doktrinle müşterek olarak sadece ahde vefa ve haksız zararı tazmin prensiplerine irca edişidir. Zira bu prensipler bir bakıma insan cemiyetlerinin çok ileri safhalarının mahsulüdür. Bir bakıma da adâletin muhtevasını tayin bakımından sabit mânalı düsturlar değildir. Adâlet hissi en iptidaî, en geri hatta bizim ahlâkî telâkkilerimize uymayan örf âdetlere sahip cemiyetlerde dahi bulunduğuna göre acaba tabiî hukuk prensipleri bu cemiyetlerde nasıl ifadesini bulmuş nasıl müessir olmuştu? Bunların müellifin dediği gibi, bazı zihnî unsurlarda hata etmeleri yüzünden bazı ahlâkî dalâlet sayabileceğimiz âdetlerde karar kılmaları, tabiî hukuk bakımından nasıl izah edilecektir. Zira bunlarda adâlet hissi mevcuttur. O halde tabiî hukuk da mer'îdir mi diyeceğiz? Bu takdirde tabiî hukuk prensiplerinin bazılarından fedakârlık etmek icap etmiyecek midir?

Diğer taraftan LE FUR'ün istinad ettiği adâlet hissi, daha doğrusu alelıtlak mânevî hisler meselesinin modern psikoloji ilminin nihaî mûtalarına göre anlaşılması lâzım gelmez mi?

Netekim tabiî hukuk mefhumunun sosyal hayattaki rolünü ve muhtelif faydalı fonksiyonlarını belirten ve bu bakımdan tabiî hukuk idesinin değerini teslim eden G. AİLLET, LE FUR'ün bu manevî hisler ıstılahını hayli modası geçmiş bir ruhiyat lisanından aldığını belirterek kendisine bazı târizlerde bulunur (6).

Hülâsa biz bir hukuk nazariyesini inşa ederken hukuk filozoflarının müsbet ilimlerin mevzuuna giren mes'eleler hakkında bu ilimlerden istiânelerde bulunmaları halinde, mezkûr ilimlerin en son ve en yeni mûtalarına başvurmaları gerektiğine kaniiz. V. COUSİN'den kalma bir psikolojik tasnif, meselesinin halli için kanaatımızca pek kâfi görülmemektedir ve her halde bu hususta bir hüküm verebilmemiz için modern psikilojinin biraz daha inkişafına intizar etmemiz lâzımdır.

15 — JULİEN BONNECASE'IN «MODERN HUKUKÎ KLÂSİSİZMİ»

LE FUR 1927 yılında tabiî hukukun çağımıza uygun bir teosirini inşâ ile

---

(6) **GEORGES AİLLET — De la Signification Méthodologique de l' İdée du Droit Naturel** (Archives. 1933 n: 3 - 4 Sh: 49)

uğraşırken, J, BONNECASE aynı senede hazırladığı «hukuk ilmî ve romantizm» adlı eserinde modern hukukî klâsisizm tâbiri altında tabiî hukuk doktrinini hararetle müdafaat ediyordu. Bir sene sonra neşrettiği ve 1880 den beri Fransada birbiriyle çarpışmakta olan muhtelif hukuk görüşlerinin tetkikine tahsis ettiği bu eserinde (1) vaktiyle BOURGES'nin 1922 de kullanıldığı tâbirle hukuk âleminde de tıpkı edebiyat âleminde olduğu gibi an'anevî klâsisizmin bir reaksiyonu olarak bir «hukukî romantizm»in doğduğunu iddia ediyordu. J. BONNECASE hukuku, aklın bir idrak mevzuu olarak değil de, hissin, sezgi veya îmânın bir mûtası gibi kabul eden, vazii kanundan üstün değişmez ve ulvî bir hukuk normunun vücudunu inkâr eden bütün telâkki tarzlarını bu hukukî romantizm gurubuna ithal ediyordu.

J. BONNECASE'a göre hukukî klâsisizmin iki unsuru vardır:

Evvelâ ferdi bizatihi gaye olarak alır sonra da «tabiî nizam» ı kabul eder. Burada an'anevî hukukî klâsisizm ile modern hukukî klâsisizmi tefrik lâzımdır. An'anevî hukukî klâsisizmin farik vasıfları şunlardır:

1 — Gerek insana ve gerek devlete faik ve hâkim olan dıştan gelme bir hukuk kaidesi vardır ve buna itaat zaruridir.

2 — Akıl, hukukun temeli olmak ve hukukun yaratılmasına rehberlik etmek bakımından hisse ve diğer melekelere faiktir.

3 — Hukukun tarihî telâkkisi, organik telâkkisine müreccahtır.

4 — Amme hukuku ile hususî hukukun hemen hemen mutlak bir tefriki şarttır.

Modern hukukî klâsisizm ise bu dört şarttan son iki esasa iştirak etmez (2).

Müellifin muazzam eserinde ve bizzat kendi târifinden aldığımız hukukî klâsisizm mefhumu klâsik tabiî hukuk nazariyesinin bir nüshasıdır. Müellifin hukukî psikolojizm, hukukî evolüsyonizm ve saire şeklinde (hatta tercüme edemiyeceğimiz: Jurisme évolutioniste tâbiri gibi) pek teferruatlı bölüm tasnifleri ve pek şahsî bir terminoloji bolluğu ile yüklü eseri bir nevi hukukî doktrinler tarihi veya bir hukuk ansiklopedisi manzarasını arzetmektedir. Bütün bunların içinde tabiî hukukun modern doktrinine isabet eden hizmet heyecanlı ve hararetli bir müdafaadan başka bir şey değildir.

Diğer taraftan bu mütevali ve girift tasniflere hâkim olan zihniyet klâsik tabiî hukuk taraftarlarının bir ifadesinden başka bir şey olmadığı halde eserin karışık plânı ve muhtevasının tafsilâtlı mûdiliyeti hukuk hakkında ve bilhassa

---

(1) **J. BONNECASE — Science du Droit et Romantisme (Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle,** 1928.

(2) **J. BONNECASE** - a. g. e. Sh: 710.

hukukî nazariyelerin ne mertebe tenakuz ve tehalüf içinde bulunduğu hakkında ancak bir panorama manzarasından başka bir şey temin etmemektedir. Netekim eseri tenkid eden PAUL CUCHE «isabet ki hukukçuların faaliyeti efkârı umumiyeyi alâkadar etmiyor, aksi takdirde hukuk ilminin yüksek nazariyatı ile temas etmek isteyen orta seviyede bir Fransızın aklı büsbütün keşmekeş içinde kalacaktı!» demektedir (3). Bu itibarla eser üzerinde modern tabiî hukuk nazariyesi bakımından daha fazla durmayı pek faydalı görmemekteyiz. Müelliften ancak tabiî hukuk rönesansı hareketlerinin tarihî zincirini koparmamak ve hukukî doktrinler tarihi bakımından yaptığı hakikî hizmeti işaret etmek bakımından bahsetmiş bulunuyoruz.

16 — DABİN'İN AHLÂKÎ TABİÎ HUKUKU.

DABİN'in mevkii oldukça ihtilâflıdır. Tabiî hukuk nazariyesinin taraftarı olmakla beraber hukukî mânada bir tabiî hukuku reddeder. Fakat buna mukabil ahlâkî mânade bir tabiî hukuku da müdafaa eder. Müellif koyu dindar ve katoliktir. Kendisinin tabiî hukukçu olmadığını iddia edenler vardır. Fakat müellif pozitivist de değildir. Hukukun ahlâkî vasıfta olan bir tabiî hukuk tarafından murakabesine taraftardır. Biz bütün bu ihtilâflı noktaları ele almadan kendisinin tabiî hukuku esas itibariyle kabul ettiğini ve fakat buna farklı bir vasıf farklı bir mahiyet tanımak istediğini zannediyoruz. Hülâsa DABİN ahlâkî rengi galip bir tabiî hukuk murad eder.

1929 da neşrettiği «müsbet hukukî nizamın felsefesi» adlı eserinde müellif hemen daima muayyen bir tefrikin hukukçular tarafından ihmal edildiğini söyler. Bu tefrik hukuk kelimesinin mânaları arasında yapılacak bir ayırttır (1). Çünki bu hukuk kelimesi hem hukukçular tarafından hem de moralistler ve filozoflar tarafından kullanılır. Halbuki bunların hepsi bu kelime ile aynı şeyi kasdetmezler. Onun için DABİN eserinin müsbet hukuka taallûk eden ilk parağrafında şu başlığı münasip görmüştür: **«Hukukçuların Hukuku yoksa Filozofların veya ahlâkçıların hukuku değil.»**

DABİN'e göre iki nevi hukuk mevzuubahistir:

1 — Ahlâkî hukuk (Droit morale)

2 — Hukukî hukuk (Droit Juridique)

Müellif meselâ LE FUR'ün, lisana ve diksiyonere istinad ederek tâbirin bu iki mânasından yalnız ahlâkî mânasını kabul ettiğini söyler (2).

---

(3) **P. CUCHE - A la Recherche du Fondement du Droit (Y a-t-il un Romantisme Juridiquer** (Rev. Trim de Droit Civil. 1929 Sh: 57.)

(1) **J. DABİN — La Philosophie de L'ordre Juridique Positif. spécialement dans les rapports de droit prive.** 1929. Sh: 1 ve Sh: 257.

(2) **J. DABİN** — a. g. e. Sh. 2. Not. 1.

DABİN'e göre tabiî hukukun ilk akla getirdiği hukuk fikri, Norm'dur Yani umumiyetle insanî hayır zâviyesinden ve faziletler arasında bir tefrik yapılmaksızın nazara alman «ahlâkî hukuk»dur. Asla amme menfaatı veya müşterek hayır bakımından müeyyedelenmiş bir «hukukî hukuk» değil.

Müellifin bu tefriki tamamen şahsî olduğundan nasıl izah ettiğini aynen görmemiz lâzımdır. «Tarihî bakımdan tabiî kanun ve tabiî hukuk mefhumlarından, hukukçulardan çok daha evvel bahsedenler filozoflar ve moralistler olmuştur ve bunlar bu mefhumu ahlâkı tesis için kullanmışlardır ve bunu yaparken her nevi hukukî endişenin (asıl manasiyle hukuk) haricinde ve üstünde hareket etmişlerdir. Hukukçular ise daha sonraki zamanlarda filozoflardan mülhem olarak bu tabiî hukuk temasını ve tâbirini kullanmaya başladıkları zaman, bununla daima dürüst yaşamayı h o n n e s t e v i v e r e' yi yani ahlâkî hattı hareket tarzını murad etmişlerdir. Böylece tabiî hukuk mes'elesi her şeyden evvel ahlâk sahasında vazedilmiştir ve bugün de aynı sahada vazedilmektedir: Tabiî hukuk, ahlâkîyetin ilk prensiplerini verebilir ve tabiî hukuk ancak ahlâk vasıtasiyledir ki hukukî hukukla temasa gelebilir» (3).

Bu bakımdan müellif klâsik tabiî hukukun haddi zatında bir «tabiî ahlâk kaidesi» ni ifade ettiğini ve nazariyenin eski taraftarlarının bununla, insanların insanca yaşamalarını, ferdî hareketlerini ahlâkın icaplarına uydurmalarını murad ettiklerini fakat yeni zamanların tabiî hukuk mektebinin işi bozulduğunu ve «tabiî hukuk»dan «ahlâkî hukuk prensipleri», yani «ahlâk prenspleri» değil, siyasî ve mevzu hukuka müteallik müesseselere örneklik edecek (4) bir «hukukî hukuk prensipleri» anladıklarını söyleyerek bunları tenkid eder.

Diğer taraftan tabiî hukuka avdet temayülleri gösteren çağdaş hukukçuları da pek beğenmez. Zira bunlar hem mes'eleyi yanlış vazetmişler hem de isabetsiz terimler kullanmışlardır. Meselâ RENARD, «müterakki muhtevalı» bir tabiî hukuktan bahseder. Halbuki tabiî hukuk ne müterakkidir, ne de müteahavvil (5). RENARD, (muhteva) diyecek yerde (tatbikat) deseydi mesele hallolurdu. Çünki tatbikatın tahavvül edebileceğini herkes kabul eder (6).

Diğer taraftan DABİN «tabiî hukuk» yerine «ahlâkî prensipleri» ikame eden G. RİPERT ile de hem fikir değildir. Halbuki bütün esas fikirlerinden böyle bir yaklaşmaya taraftar olacağı sanılır. DABİN şöyle der: «RİPERT, tabiî hukuk hakkında yanlış bir fikre sahipti ve ondan veremiyeceği ve zaten de vermek iddiasında olmadığı bir şeyi talep ediyordu. (Müellif bununla müsbet hukuk mes'elelerinin sureti hallerini îma etmek ister).. Hayır, tabiî hukuk.. ahlâk sahasında kalır» (7).

---

(3) **J. DABİN** — a. g. e. Sh. 257 - 258.
(4) **J. DABİN** — a. g. e. Sh: 271.
(5) **J. DABIN** — a. g. e, Sh, 289.
(6) **J. DABIN** — a. g. e. Sh. 290.
(7) **J. DABIN** — a. g. e, Sh. 299.

Bundan başka DABİN gerek nazariye taraftarlarının gerek aleyhdarlarının tabiî hukuk meselesini hemen daima yanlış bir şekilde vazettiklerini iddia eder. Müellifin kanaatınca bu yanlışlıklar bazan «hukukî hukuk» ile «ahlâkî hukuk»u bazan da «hukukî = Juridique » ile «haklı = âdil = Juste»yı birbirine karıştırmaktan meydana gelir.

Halbuki tabiî hukuk meselesinde «acaba insanın diğer insanlarla olan münasebetlerinde ve siyasî ve sosyal sahadaki hareketlerinde rehberlik vazifesi görecek ve GENY'nin tâbiriyle fiilî müsbetliğin fıkdanı sebebiyle her türlü şeklî ifade tarzına yabancı fakat bununla beraber objektif bir varlığa sahip bazı prensipler yani bir ahlâkî tabiî hukuk var mıdır?» sualinin yeri yoktur. Zira bu hususa verilecek cevap ancak müsbet bir cevap olabilir. Bütün «müsbet ahlâk»a tekaddüm ve tefevvuk eden bir «tabiî ahlâk» kanunu vardır ve işte ilk ve orta zamanların filozofları, ilâhiyatçıları ve hukukçuları tabiî hukuku bu mânada anlamışlardır.

Keza «acaba müsbet hukukî nizam (yani hukukçuların hukuku) tabiî hukukta kendi varlığının ve icbar kuvvetinin meşruiyet veçhini bulabilir mi?» diye de bir sual varid olmaz. Zira buna da sadece müsbet bir cevap verilebilir. Çünki insan yalnız içtimaî değil aynı zamanda siyasî bir hayvandır ve siyasî bir cemiyeti vardır. İşte bu siyasî cemiyetin yaşaması maksadını tahakkuk ettirmesi için bir amme otoritesi ve mevzu kanunlar bulunur (8).

Halbuki esas mesele şudur «tabiat insana muayyen ahlâkî dürüstlük kaidelerini telkin ettiği gibi, vatandaşlara ve hukukçulara da âfakî muteberliği haiz bazı «hukukî hukuk» prensipleri yani mecburî ve devlet zecri ile müeyyedelenmiş prensipler telkin edebilir mi? (9).

Burada «hukukî hukuk, zecri yani mevzuiyeti tazammun ettiğinden «tabiî hukukî hukuk = Droit Juridique naturel» mefhumu bizatihi mütenakız değil midir?

GENY meselenin güçlüğünü farketmişse de halledememiştir. Zaten buna halledilemez bir mesele demek daha doğrudur. Çünki tabiat ne tarif verir ne de müeyyide. Bu itibarla tabiattan hangi nevi ahlâk kaidelerinin hukukî müeyyede ile teçhiz edilmeye salih oldukları sorulamaz (10).

Nihayet müellif asıl neticeye varır: Ancak zecirle, amme zecri ile mücehhez olan yani mevzu ve muayyen olan bir «hukukî hukuk» vardır. «Hukukî» ve «tabiî» tâbirleri yanyana gelince ister istemez birbirini nefyeder. Ya «tabiî» «hukukî» ye galebe çalar ve böylece sözde «tabiî hukukî hukuk = Droit Juridique naturel», «ahlâkî hukuk» ile yani «adalet» ile karışır yahut da «hu-

---

(8) **J. DABİN** — a. g. e. Sh. 301.
(9) **J. DABİN** — a. g. e. Sh. 302.
(10) **J. DABİN** — a. g. e. Sh: 300

kukî» sıfatı galip gelir ve bu sefer de sözde «tabiî hukukî hukuk» bir ideal müsbet hukuk haline inkilâb eder ki bu nev'i mânada «hukukî» kategorisine girer ve bütün «tabiî»lik tamamen zail olur» (11).

Hülâsa müellif, tabiî hukuk ahlâk sahasına ait bir mefhumdur, fakat ahlâkın da tamamı değildir, der. Bu itibarla tabiî hukukun pek mütekâmil bir zirveyi temsil ettiğini zannetmek hatadır. O bilâkis bir nevi ahlâk asgarisini ifade eder. Öyle ki onun olmadığı yerde hiç bir nevi beşerî cemiyet hayatı teessüs edemez.

Müellif M. HAURİOU'nun hukukî bir nizam anlamındaki tabiî hukuk telâkkisine de kızar. Tabiî hukukun klâsik medeniyet şaheserlerinde tedricî bir şekilde tecelli ettiğini iddia eden HAURİOU'ya göre tabiî hukuk bir nevi san'at şaheseridir. Halbuki san'at, tabiatın işi değildir.

Böylece tabiî hukuk kaidelerini ahlâkî hukuk kaideleri olarak tavsif ettikten sonra müellif bu tabiî hukukun tasniflerini yapar. Meselâ fertler arası tabiî hukuk, sosyal ve siyasî tabiî hukuk,, ailevî tabiî hukuk, ve saire gibi.

DABİN'in vardığı neticelerin değerine gelince:

Bariz bir şekilde müşahade edilen husus şudur ki müellif pek fazla açıklama ve sınıflandırma arzusuyla mes'eleyi büsbütün karmaşık bir şekle sokmuş gibidir: Hukukî tabiî hukuk, ahlâkî tabiî hukuk, tabiî ahlâk, müsbet ahlâk ve saire şeklinde yaptığı mütevalî tasnifler pek fazla bir vuzuh temin edememiştir. Netice itibariyle tabiî hukuk mes'elelerini hukuk sahasından kaldırıp ahlâk sahasına nakletmiş fakat bu sahada de gene sırf ahlâkî mahiyette olmayıp ahlâkî - hukukî karekterde bir prensipler mecmuası halinde muhafaza etmiştir.

Müellifin zikrettiğimiz eserini neşretmesini müteakip PAUL CUCHE, «yeni bir hukuk felsefesi kitabı münasebetiyle daha iyi bir terminoloji için» başlıklı tenkidî etüdünü neşretmiştir. Burada PAUL CUCHE; BADİN'in tabiî hukuk meselesinin şimdiye kadar yanlış vazedildiğinden bahseden ve bunun da hukukî hukukla ahlâkî hukukun tefrik edilmemesinden ileri geldiğini söyleyen satırlarına atfen şöyle der: «Temenni edelim ki aceleci bir okuyucu ilk hamlede DABİN'in kitabının bu sayfasını açmış olmasın. Zira meşhur problemin sarih ve kat'î mütalarını elde etmeden evvel kendisinin telâşını büsbütün arttıran başka bir tefriki öğrenmesi gerektiğini görünce büsbütün sukûta hayale uğrayacaktır: Bu tefrikin nasıl olup da tabiî hukuk mes'elesinin daha vâzih bir şekilde vaz'ını temin edeceğini bizzat benim de anlamadığımı itiraf edeyim mi?» (12). P. CUCHE bu tâbir ve mefhum kargaşalığından acı acı şikâyet ettikten sonra «Hukuk ahlâk değildir ve adalet de değildir. Moralist-

---

(11) **J. DABİN** — a. g. e. Sh: 306.

(12) **P. CUCHE - Pour une meilleure terminologie** (Archives. 1931. No. 1 - 2 Sh. 197.)

lerin ve filozofların bir terminoloji dâvasında ısrar etmeleri şayanı teessüftür. Çünki bu hal hukuk felsefesini daimî bir yerinde saymaya mahkûm etmektedir.» (13) der.

An'anevî akideye ve hıristiyan ahlâkına tamamen sadık olduğunu iddia eden DABİN'in fikirlerini izah tarzı ve ileri sürdüğü mütevali tasnifler klâsik tabiî hukukun sadeliğini oldukça bozmuş ve nazariyeyi çağdaş zihniyete intibak ettirebilmek bakımından fazla bir hizmette de bulunmamıştır. Bu itibarla üzerinde daha fazla durmayı faydalı görmemekteyiz.

17 – ROGER BONNARD'IN MONİST İDDİALARI VE TABİÎ HUKUK TARAFTARLIĞI.

DABİN'in yukarıda zikrettiğimiz eserinin neşri sıralarında 1928 - 1929 senelerinde ROGER BONNARD'ın «Droit naturel et Droit pozitif» adlı bir etüdü intişar etmişti. Müellif bu etüdünde tabiî hukuk nazariyesine mâkul bir izah veçhi vermek için tıpkı DABİN'in yaptığı gibi müfrit bir tasnifçiliğe başvuruyor ve kıymet, müessiriyet, müessiriyet kabiliyeti mevzuiyet ve saire gibi mefhumlar arasında gâyet ince farklar tesisi suretiyle tabiî hukukla müsbet hukuku vâhide irca etmeye çalışıyordu. Her ne kadar tasnifçilik zâafı DABİN'i hatırlatmakta ise de takip ettiği gaye bakımından onun tamamen zıddıdır denebilir. Maamafih tabiî hukuku inkâr etmeyip ancak evsafını tebdil ettiği için müellifi tabiî hukukun hasımları arasında değil taraftarları arasında saymak mecburiyetindeyiz. Etüdümüzün giriş kısmında belirttiğimiz gibi aynı mefhumu müdafaa ettikleri halde pek farklı - tâbirler kullanan ve keza pek farklı mefhumları aynı tâbirlerle ifade eden bir çok hukukçuların hakikî hüviyetlerini ve dahil oldukları sınıfları tayin oldukça güçleşmektedir. Meselâ DABİN tabiî hukuku, hukuk olarak reddeder. Fakat ahlâkın bir kısmı olarak kabul eder. R. BONNARD ise tabiî hukuku, şimdi göreceğimiz gibi «olması lâzımgelen hukuk» olarak reddeder fakat «olan hukuk» sıfatiyle kabul eder. Oldukça garip olan bu iddialar, izah edeceğimiz veçhile haddi zatında klâsik fikirlerin bir başka kopyasından ibarettir. Daha sonra M. REGLADE'da da aynı tip monist tabiî hukuk taraflığına raslıyacağız.

A – Ancak bir tek hukuk vardır «tabiîlik» bu hukukun muhtelif safhalarından ibarettir.

Tabiî hukuk meselesinin pozitivistler tarafından en fazla hırpalanan cephesi insanların hareket tarzlarını iki ayrı nizama tâbi kılması hususudur. Filhakika bu iki nizam arasında ihtilâf olduğu zaman ferdin hattı hareketine hâkim olacak nizamın hangisi olacağı mes'elesi, hukukun en hallolunmaz dâvasını teşkil etmektedir. R. BONNARD nazariyeyi bu zayıf tarafından temizlemek ister. Onun indinde haddi zâtında bir tek hukuk vardır. Bu hukuk muayyen kıymet ve müessiriyet derecelerini ihraz suretiyle tabiî hukuk halinden

(13) **P. CUCHE - Pour une meilleure terminologie** (Archives. 1931. No. 4 - 2 Sh. 203.

müsbet hukuk haline doğru inkişaf eder. Bunu izah edebilmek için müellif evvelâ «mevzuiyyet = pozitivité» mefhumunun tahlilinden hareket eder, Şöyleki:

B — Hukukun müsbetliği, mevzuiyyeti ne demektir?

Mevzuiyyet hakkında mûtad olarak şu kanaat hâkimdir: Tabiî hukukun vacibülittiba oluşu, muhtevasının âdil olmasından yani tabiatı eşyaya uygun bulunmasındandır. Kısaca tabiî hukuka, muhtevasının mahiyeti dolayısiyle itaat edilir.

Buna mukabil mevzu hukuk, sırf vaz edilmiş olduğundan yani selâhiyetli bir makam tarafından hukuk olarak «konmuş» olduğu için mutâ'dır Demek ki tabiî hukukun mutâ' oluşunun sebebi maddîdir yani maddesinin, muhtevasının âdilliğinden ötürüdür, müsbet hukukun mutâ olmasının sebebi ise şeklîdir yani muhtevası ne olursa olsun şeklen usulüne uygun şekilde ısdar edilmiş olmasındandır.

R. BONNARD işte bu mevzuiyyet anlayışına itiraz eder. Bu, onun nazarında pek mahdut bir telâkkidir ve yanlıştır. Zira hakikatte bu iki görüş hukukun objektif bir menşei mi olduğu yoksa iradî bir kaynaktan mı geldiği dâvasına dayanmaktadır. Halbuki müsbet hukuk yalnız yetkili otorite tarafından vaz edilmiş olduğu için değil aynı zamanda muhtevasının da âdalete uygun olmasından dolayı mutâ'dır. Bu itibarla müsbet hukukun mevzuiyyeti mes,elesini iyi tahlil etmek lâzımdır.

Müsbet hukukun emmrîlik vasfı iradeden gelir, fakat muhtevasını tayin eden irade değil, akıldır. Akıl muayyen bir düsturu keşf ve tayin eder. İrade, bu muhtevası çizilen düstura itaat edilmesini temin eder. Yani irade, muhtevayı yaratmaz, olsa olsa onu emretmek suretiyle ona bir «itaati mecburî olmak» vasfını bahşeder.

Demek ki pozitif hukukun «düsturunu» irade yaratmaz. Bunun kaynağı tabiî hukuk ile müşterektir. Aynı objektif kaynaktır: «Tabiatı eşya veya içtimaî münasebetler. » .. Pozitif hukuka gelince; iradî menşe bertarak edildikten sonra ve yegâne mümkün menşe olarak objektif kaynak kabul olunduktan sonra, onun tabiî hukuk ile aynı menşei haiz olmasına hiç bir mâni kalmaz. Onun da yani pozitif hukukun da, gerek muhtevasını, gerek emrini ya beşerî imtiyazlardan veya içtimaî vakıalardan, yahut da beşerî kıymetlerden almış olduğunu farzetmek mümkündür. Böylelikle tabiî hukuk ile pozitif hukukun menşeleri birleşince hukuk âlemindeki ikiliğin yerine tekcilik «monisme»in kaim olmasına imkân hasıl olmuş olacaktır. Bu takdirde artık iki hukukî sistemin mevcudiyeti mevzuubahs olamaz. Zira hukukî düsturların tek bir kaynağı mevcuttur ve bundan dolayı da ortada artık tek bir sistem vardır.

Şu halde tabiî hukuka nazaran pozitif hukuk nedir? Bir ikilik meydana ge-

tirmeksizin her iki hukukun da bir arada mevcudiyetini muhafaza etmeye nasıl imkân bulunacaktır?

Buna, Pozitivf hukukun, tabiî hukuka ilâve olunan bir vasfı sayesinde meydana geldiğini ispat etmekle imkân bulunmuş olacaktır. Hukukun pozitivitesi, hukukun mahiyetini tebdil etmeksizin kendisine ilâve olunan bir vasıftan başka bir şey değildir» (1).

C — Hukukun «kıymet»i, «müessiriyet kabiliyeti ve «fiilî müessiriyeti»

R. BONNARD müddeasını ispat için esaslı ve ince bir tefrik teklif eder. Bu, bir hukuk düsturunun «kıymeti» ile «müessiriyet kabiliyeti» (efficience) ve «fiilî müessiriyeti» (efficacité) arasındaki tefriktir. Şöyleki: Bir hukuk düsturu objektif kaynaktan sadir olur olmaz sırf bu yüzden bir «kıymet» ihraz eder. Bu birinci safhadır. Fakat kâfi değildir. Bundan sonra iki merhale daha vardır. Böyle bir hukuk düsturu, kendilerine hitap eden kimselerin zihinlerinde bir itaat lüzumu uyandırırsa, yani muhataplarında «bu düstura itaat lâzımdır» tarzında bir kanaat tevlid ederse bu takdirde bir «müessiriyet kabiliyeti» kazanmış olur. Dikkat edilsin: Bu, fiilî müessiriyet (efficarité) demek değildir. Sadece bir müessiriyet kabiliyeti (efficience) dir. Bu orta safhadaki düstur demek ki düstur olarak bir kıymeti haizdir ve bir müessiriyet kabiliyetini taşır. Fakat henüz fiilen müessir değildir. Ne zaman bu düstura muhatap olanlar onun emirlerine uyarlarsa, fiilen onun emri gibi hareket ederlerse o zaman düstur artık bir müessiriyete sahip olmuş olur.

Mevzuiyyet «positivité» mefhumuna gelince bu yukarıda arzettiğimiz mutavassat safhadır, yani «müessiriyet kabiliyeti»dir.

D — Tabiî hukuk, müsbet hukukun daha evvelki safhası demektir.

Tabiî hukukla müsbet hukuk haddi zâtında tek bir hukuktur ve aynı objektif menşe'den gelir: İnsan tabiatı veya sosyal şartlar gibi. Fakat ne zaman müessiriyet kabiliyeti kazanırsa o zaman pozitif hukuk haline inkılâb eder.

Ancak bu müessiriyet kabiliyetinin, hukuk düsturunun hitap etmekte olduğu kimselerin büyük bir ekseriyetinin bu düstura itaat lüzumuna inanması şeklinde tecelli etmesi lâzımdır. Yani bir iki güzide şahsın bu fikri kabulü kâfi de ğildir ve her halde muhalif fikirde olanlar azlığı teşkil etmelidir. Görülüyorki tabiî hukuk, hukukun müsbet hukuk halini almadan evvelki şeklidir.

Demek ki bunun ancak düstur olarak bir kıymeti vardır, fakat henüz müessiriyet kabiliyeti yoktur. Bununla beraber objektif vakıaların mahsulü

---

(1) **R. BONNARD - Droit Naturel et Droit Positif (Revue Internationale de la Théorie du Droit)** 1928 - 1929.

Türkçe tercüme: MEHMET ALİ AYBAR - **Tabiî hukuk, müsbet hukuk** (İst. Huk. Fak. mecmuası. Yıl: 11. Sayı: 7 - 8. Sene: 1936. Sh: 47.

bulunması itibariyle ferdî şuurlardaki takdir ve tasavvurundan mukaddem olarak zatî bir kıymeti haizdir. Hukukun bu safhadaki hali sırf bir ideolojidir. Ne zaman, seçme bir zümre bu kıymetli düsturlara itaat etmek icap ettiğini idrak eder ve bu lüzuma kani olursa o zaman bu düstur bir tabiî hukuk düsturu olur. Şayet bu itaat lüzumu hakkındaki kanaat taammüm edecek, ekseriyet tarafından benimsenecek olursa tabiî hukuk halinden pozitif hukuk haline geçilir. Yani müessiriyet kabiliyetini (fiilî müessiriyeti değil) ihraz eden tabiî hukuk artık müsbet hukuk olur. Yani bu safhalar bir mevzuiyete, pozitiviteye mazhar olur. Fiilî müessiriyet hâli ise bu hukukun fiilen tatbik edilmesi hâlinde iktisap edilir.

E — Tabiî hukuk bir «olması lâzımgelen hukuk» değildir.

Görülüyor ki bu telâkki tabiî hukuku bir ideal hukuk olarak almaz. O, müsbet hukukun mütemadiyen kendisine teveccüh edip de bir türlü erişmiyeceği bir kemal mertebesini temsil etmez. O, olan hukuktur. Daha doğrusu zâten yegâne olabilen hukuktur. Çünki ancak bir tek hukuk nizamı vardır. Bu da tabiî veya müsbet değil alelıtlak hukuktur. Baştan tabiî hukuk şeklindedir. Yani müessiriyet kabiliyetinden mahrumdur. Sonra da cevherini değiştirmeden bir mevzuiyet iktisap edince müsbet hukuk olur.

Bu suretle pozitif hukukun tabiî hukuka tâbi olması icap ettiği meselesi monist telâkki tarzı sayesinde kolay bir hal sureti bulmuş olur. Yani müsbet hukuk esasen tabiî hukukun müessiriyet kabiliyeti kazanmış bir hali diye tasvir edilince muhtevası dolayisiyle bizzarure tabiî hukuka tâbi demektir ve bilmukabele müessiriyet kabiliyeti de tâbi olanların düstura itaat lüzumuna müteallik kanaatları şeklinde anlaşıldığından ancak tabiî hukuk mahiyetindeki düsturlara yani âdil düsturlara bahşedilebilir. Şu halde tabiî hukuk kaidesi ile müsbet hukuk kaidesi arasında gerek muhteva itibariyle, gerek kategorik veya hipotetik mahiyette olmak bakımından, hatta müeyyedeli veya müeyyidesiz olmak bakımından dahi bir fark yoktur (zira müeyyide de hukukun *zatî mahiyetine müessir bir unsur değildir, hukukun müessiriyet kabiliyeti müeyyideden gelmez.*). Bu iki nevi hukuk arasında olsa olsa bir tekevvün derecesi farkı vardır. Tabiî hukuk bir kıymet ifade ettiği andan itibaren mevcuttur, çoğunluk tarafından kendisine itaat lüzumuna kanaat getirildiği andan itibaren de müsbet hukuk şeklini alır.

F — R. BONNARD'ın hususiyeti ve vardığı neticelerin değeri :

R. BONNARD hukukun tekevvününü tamamen sosyolojik bir tarzda izah etmek temayülünde olduğu halde tabiî hukuk gibi metafizik hamulesi bir hayli ağır bir mefhumu elden bırakmamaktadır. Hukukun derece derece tekevvünü esasını kabul edenler pozitivast ekolün mümessilleri olduğu halde R. BONNARD «ancak âdil olan yani tabiî hukuka uygun olan bir düstura itaat lâzım

geldiğine inanılabilir» demekle gene kapalı bir hüviyet taşıyan tabiî hukuk mefhumunu bir postülât olarak kabul etmektedir. Tabiî hukukun, müsbet hukukun tarihen veya mantıken mukaddem olan bir safhasına ircaı keyfiyetine gelince: Biz burada fazla bir yenilik görmüyoruz. İzah tarzının ve kullanılan - pek ince farklarla ayrılmış - mefhumların yeniliğine ve hususiyetine rağmen tahlil tarzı ve esas fikir oldukça eskidir. Klâsik tabiî hukuk nazariyesine karşı zahiren bir dalâlet manzarası arzeden bu görüşe yakından bakılacak olursa bize pek yabancı gelmiyecektir. «Tabiî hukuk müsbet hukuk kaidelerinin kaynağıdır» deyen klâsik thomiste doktrin ile «tabiî hukuk müsbet hukukun müessiriyet kabiliyeti kazanmadan evvelki safhasıdır» deyen bu yeni görüş arasında haddi zâtında pek fazla bir fark yoktur. Bizzat tabiî hukukun kaynağına gelince, klâsik görüş bunu tabiatı eşyada, modern görüşse sosyal münasebetlerden çıkan zaruretlerde olduğunu iddia etmektedir. Fakat bu sosyal münasebetler de haddi zâtında tabiatı eşyadan değil midirler?

Diğer taraftan mevzuiyet mefhumunun bir «itaat lüzumuna inanç» haliyle izah edilmesi de oldukça söz götürür mahiyettedir. Bununla hem kanun hem teamül hukuku hem de tabiî hukuk aynı mevzuiyet yani müsbetlik vasfındadır demek isteniyorsa evvelce yapılan müfrit ayırmalara bir de müfrit birleştirme temayülü ekleniyor demektir ki kanaatımızca bütün bunlarla tabiî hukuk mefhumuna yeni bir vuzuh temin edilmiş olamaz.

Böylece biz bu monist iddianın yeni nazariyeye fazla bir şey ilâve ettiğini zannetmiyoruz.

18 – MARC REGLADE'İN MONİST İDDİALARI VE TABİÎ HUKUK DOKTRİNİNE İLÂVELERİ.

R. BONNARD'ın yukarıda zikrettiğimiz etüdünden üç dört sene soura M. REGLADE da gene monist bir tabiî hukuk görüşü ortaya attı.

Hakikatte M. REGLADE bir sentez yapmak niyetinde idi. Kendisi LE FUR ile DUGUİT'nin nazariyelerini telif etmek istiyordu. Fakat vardığı neticeler Milletlerarası Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsünün ilk kongresinin 8 Ekim 1933 tarihine müsadif celsesinde bizzat LE FUR'ün dahi tenkitlerine uğradı (1)

A – Tabiî hukukun ontolojik mevcudiyetinin ispatı, keşfi ve değişme kabiliyeti:

. REGLADE'a göre hukuk her nevi müsbet kisveye bürünmeden evvel, sosyal hayat şartlarının zaruri bir neticesi olarak mevcuttur ve bu haldeki

---

(1) **Annuaire de l'İnstitut İnternational de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. 1934 - 1935: Sh: 112 (Le Problème des Sources du Droit Positif)**

hukuka objektif veya tabiî hukuk denir. Tabiî hukuk âfakî bir gerçekliktir, bizatihi mevcuttur. Yani, onu idrak eden beşer vicdanının, beşer aklının dışında müstakil bir mevcudiyeti haizdir. Yani aklın realiteyi olduğu gibi idrak edebileceğini ve metafizik hakikatleri dahi kavrayabileceğini kabul eden an'anevî felsefeye iltihak olunmaktadır.

Ancak manevî ilimlerin araştırmalarında an'anevî felsefenin bu ispat tarzına daha başka bazı bedihî prensipler de ilâve edilmelidir. Meselâ insanın kendi hayrını arayıp şerden kaçması kaidesi gibi.

Fakat insanın hayrı nedir? Hayır, insanın tabiî temayyüllerinin onu sevkettiği cihettedir. Yani varlığını arttırmasında ve idame ettirmesindedir. Şu halde şer veya fena dediğimiz şey de insanın varlığını azaltan veya imha eden şeyler demektir. «Bu mânada hayır, bize bütün beşerî harekâtın kıymet ölçüsü gibi geliyor» (2).

Filhakika bütün ahlâk ve hukuk kaidelerinin temeli işte bu hayra teveccüh arzusudur. İnsanın varlığını arttırmak ve kurtarmak temayülüdür. Hatta bazan nefsini feda halinde bile durum aynıdır. Zira böylelikle fert maddesini feda ederek ruhunu kurtarmış olur. Zira an'anevî felsefede ruh maddeden efdaldir ve akdemdir.

Tabiî hukuku keşfetmekle mükellef olan da insanın akıl melekesidir. İşte bu tabiî hukuku keşif ile iştigal eden akla «adâlet» denir. Akıl, muayyen vakıa şartları ile muayyen hareket tarzları arasındaki rabıtayı tesis eder. Vakıa şartları akla bir takım saikler, mucip sebepler, gerekçeler hazırlar. Bunların karşısında nasıl davranmak gerektiğini tayin ve emreden ise akıldır. İtaat mecburiyetini ihdas eden kuvvet, vakıalar veya vakıaların tâbi olduğu kanunlar değil, belki aklın verdiği bu hükümdür.

B — Klâsik nazariyenin muhtaç olduğu inkişaf ve ilâveler:

Böylece klâsik teorinin bütün esasları aynen kabul edildikten sonra bu nazariyeye bazı ilâveler yapılmak istenmiştir. Bunların başında ahlâkla hukuk arasındaki fark ve bu farkın esası mes'elesi gelir.

Vakıa eski ilâhiyatçılar ve ahlâkçılar bu fark üzerinde ısrar etmiyorlardı. Fakat bu onların her iki sahaya da aynı zamanda hâkim olmalarından geliyordu. Bir tefrik lüzumunu pek hissetmiyorlardı. Halbuki modern hukukçular kendi sahalarını ahlâktan sarahatle ayırmak, kendi hudutlarını çizmek mecburiyetindedirler (3). Bu itibarla ahlâk ile hukukun (müsbet veya tabiî veya ideal hukuk olsun, alelıtlak hukukun) faslı müştereklerı ve ayırıcı kıstasları tayin edilmek lâzımdır.

---

(2) **Marc REGLADE - Essai sur le Fondement du Droit** (Archives: 1933 n: 3 - 4 Sh: 171)

(3) **M. REGLADE** — a. g. e. sh: 178.

REGLADE evvelce ahlâkî emirlerin mutlak, hukukî emirlerin ise meşrut olduğunu yani ifa etmek ile müeyyideye katlanmak şıklarından birini failin tercih edebileceğini zannetmişti. Bilâhara PİROU'nun haklı tenkitleri üzerine bu fikrinden vaz geçmiştir (4).

Ahlâk ile hukukun bir müşterek idealleri vardır: Hayır. İyilik mefhumu. Bunlardan ahlâk, ferdî hayra teveccüh eder, hukuk ise sosyal hayra.

Fakat burada alelıtlak bütün içtimaî ahlâkın da sosyal hayrı istihdaf ettiği düşünülecek olursa bununla hukuk arasındaki münasebetin tayini icap eder. Sosyal ahlâk nedir, hukuk nedir?

Müellif burada şöyle bir tefrik yapar: Bir sosyal ahlâk kaidesi ne zaman aklen, yalnız muayyen bir ferde bir vazife tahmil eder gibi değil de aynı zamanda bir başka ferde de sübjektif bir hak bahşeder gibi görünürse o zaman bir hukuk kaidesi halini almış olur. Yani hukuk kaidesi bir tarafa mükellefiyet tahmil ederken öbür tarafa da hak bahşeder. Bu hak mükellef olan tarafın vazifesini yapmasını talep hakkıdır. Halbuki içtimaî ahlâk kaideleri yalnız mükellefiyetleri emrederler.. Karşı tarafa talep hakları bahşetmezler.

Kısacası ilerde N. ALEXEİEV'in fikirlerini naklederken göreceğimiz gibi REGLADE'in de kasdettiği şudur: Ahlâk kaidesi sadece normatiftir, hukuk kaidesi ise hem normatif yani emrî hem de atribütif'dir.

Bunun neticesi olarak içtimaî ahlâk sahasında fert yalnız kendi vicdanına karşı mes'ul olduğu halde, hukuk sahasında, hem talep hakkını haiz olan karşı tarafa, hem de hukukî mükellefiyetlerin yerine getirilmesini sosyal nizam namına talep eden cemiyete karşı mes'uldur.

Demek ki ne zaman bir sosyal ahlâk kaidesinin ifası karşı tarafa bahşedilecek içtimaî garanti ile mücehhez bir talep hakkı ile teyid edilirse o zaman ortada bir sosyal ahlâk kaidesi değil artık bir hukuk kaidesi var demektir.

Filhakika öyle içtimaî ahlâk kaideleri vardır ki bunların yerine getirilmesi müşterek hayır için elzemdir ve yerine getirilmemeleri cemiyeti nizamsızlığa götürecektir.

Şu halde sosyal garanti, bu sosyal ahlâk görevinin yerine getirilmemesinin pek büyük bir ahlâkî kusur olmasından değil, belki bu ademi ifa halinin sosyal nizamı sarsması ihtimalinden dolayıdır ki karşı tarafa verdiği ifayı talep etme hakkını destekler.

Hülâsa REGLADE hangi içtimaî ahlâk kaidesinin ihmali cemiyeti sarsacaksa o, hukuk kaidesi haline inkılâb ettirilir der.

C – Tabiî hukuk ideal hukuk, pozitif hukuk vahdeti :

---

(4) **M. REGLADE** — a. g. e. sh: 179.

Alelıtlak hukuku bu şekilde târif eden müellif tabiî hukuk meselesinde oldukça kuvvetli bir monizme taraftar görünür. REGLADE'a göre tabiî hukuk ile müsbet hukuk arasında hiç bir mahiyet farkı yoktur. Hatta ideal hukuk da aynı mahiyettedir. Bunların aralarındaki fark olsa olsa bir derece farkıdır.

Mantıkî bakımdan bu üç nevi hukuk, hakikatte hukukun üç ayrı safhasının ifadesidir.

Bu üç safha arasındaki diğer bir fark da bunların tanınma, öğrenilme yollarındadır. Tabiî hukuk iptidaî vasıtalarla öğrenilir. Meselâ, akılla bilinir ki buna adâlet hissi diyoruz.

İdeal hukuk ise âdetler, edebiyat ve matbuatla öğrenilir. Bu daha mahdut ve sarih bir vasıtadır. Efkârı umumiyenin vücudu, bir tek kişinin keyfî kanaatlarının hukuk ideali olarak rekzine mâni olur.

Müsbet hukuka gelince, bu da yazılı metinler ve örf ve âdetle öğrenilir.

Bu üç hukuk arasındaki tekevvün derecelerine gelince; İlk safha adâlet prensibi halinde ifadesini bulan ve objektif bir mevcudiyete sahip olan akıl ile kabili idrak bir kaç preusip halidir. Yani asıl mânada tabiî hukuk.

Bundan sonra ikinci safha gelir ki bu safhada bu prensiplerin bazı icapları camia tarafından, kitle tarafından benimsenir, umumî efkâra mal olur. İşte bu safhada tabiî hukuk, artık ideal hukuk halini almıştır.

Müellife göre DUGUİT'nin bahsettiği «muayyen bir zaman ve cemiyetteki adâlet hissi» de budur.

Bundan sonra üçüncü safha gelir. Yani efkârı umumiyede ifadesini bulmuş olan bu ideal hukuk, şeklî yollardan bir müeyyide kazanır ve müsbet hukuk olur. Ancak bütün bu safhalar tarihî değil mantıkîdir. Hâkim evvelâ müsbet hukuku tatbik eder, müsbet hukuk mevcut değilse efkârı umumiyenin adâlet duygusundan mülhem olur. O da henüz tebellür etmemiş ise tabiî hukuka göre hükmeder. Yani müellife göre gerek tabiî gerek ideal, gerek müsbet hukuk aynı derecede tatbik kabiliyetini haizdir ve aralarında hiç bir mahiyet farkı yoktur.

D — REGLADE'ın yaptığı ilâvelerin değeri :

Kanaatımızca bu müellifin tabiî hukuk nazariyesinde yaptığını iddia ettiği yenilikler hakikatte meseleyi büsbütün çıkmaza sokan bazı monist iddialarla oldukça sübjektif bazı tefrik kıstaslarından ibarettir. Netekim LE FUR müellifin monizmini şiddetle tenkid eder ve tabiî hukukla müsbet hukuk arasındaki ikiliği zarurî görür. Keza GURVİTCH, hukuku alelıtlak gerçek hukuk olarak kabul ettiğinden kendisini vaz eden bir otorite olmadan hukuk ol-

maz diyerek tabiî hukuk mefhumuna hukukun içine sokmasını ve arada mahiyet birliği tesis etmesini tenkid eder (5).

REGLADE'ın birbiriyle telifi hemen imkânsız olan iki metodu yani à priori bir adâlet esasına dayanan klâsik tabiî hukuk nazariyesinin doğmatik metodu ile sosyolojik hukuk araştırmalarında istimal edilen pozitif metodu birleştirmek istediği aşikârdır. Fakat bu iki metodla varılan neticeler bize ancak ayrı ayrı neviden hakikatleri verebilirler ve bu neticeler ancak elde edildikleri metodlar zâviyesinden doğrudurlar. Biri ile elde ettiğimiz hakikati diğer metodla tahkik ve ispat edemeyiz. Bir taraftan à priori bir adâlet ölçüsü kabul etmek öbür taraftan efkârı umumiyenin muayyen hal ve şartlara göre mutehavvil adâlet telâkkisine müracaat etmek kanaatımızca meseleyi teşviş etmekten başka bir fayda temin etmemektedir.

Esasen müellifin getirdiğini iddia ettiği yenilikler daha evvel R. SALEİLLES ve R. BONNARD tarafından daha insicamlı bir şekilde ortaya atılmış bulunmakta idi. Bu itibarla bu müellif üzerinde daha fazla durmayı faydalı görmüyoruz.

19 — G. DEL VECCHİO'NUN DEONTOLOJİK BİR İDEAL SIFATİYLE TABİÎ HUKUK TELÂKKİSİ.

LE FUR'den sonra fikirlerini naklettiğimiz müelliflerin, tabiî hukuk nazariyesine, pek fazla bir hizmette bulunmadıkları ve bilhassa faydalı yenilikler getiremedikleri, haklarında hiç bir insafsızlık göstermeden söylenebilir. Buna mukabil 1930 da İtalya'da neşrettiği ve 1935 de Fransızcaya çevrilmiş olan «Hukuk Felsefesi Dersleri» ile İtalyan hukuk filozofu GİORGİO DEL VECCHİO tabiî hukuk meselesini intikadî idealizm zâviyesinden gayet mâhirane bir şekilde incelemiştir. Vakıa tabiî hukuk fikirlerini müellif daha evvelki eserlerinde de ele almış ise de son eserinde bunları hukuk felsefsinin umumî sistmi içine yerleştirmiştir.

A — *DEL VECCHİO'nun intikadî idealizmi:*

Müellif daha 1902 denberi neşrettiği muhtelif eserleriyle hukukî pozitivizmin dar görüşleri aleyhine cephe almış ve intikâdî idealizmin bir mümessili olarak ortaya çıkmıştı (1). Memleketimizde de oldukça tanınmış olan müellifin (2), tarihçi, pozitivist, faydacı ve teolojik hukuk telâkkilerinin nakiselerine mü-

---

(5) **Le Problème des Sources du Droit Positif,** Sh: 112 (Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. 1934).

(1) **Il Sentimento giuridico.** 1902.
L' Evoluzione dell' ospitalita. 1092.
L' Etica evoluzionista. 1902
La Dichiaraziona dei diritti del huomo e del cittadino, 1904.

(2) G. DEL VECCHIO - Hukuk Felsefesi Dersleri, (Çeviren: Suut Kemal YETKİN 1940), Hukuk Felsefesi Dersleri (Çeviren: Sahir ERMAN, 1952).

tedair fikireri üzerinde fazla duracak değiliz (3). Biz, diğerlerinde olduğu gibi DEL VECCHİO'nun da esas itibariyle inşaî cephesini tetkik edeceğiz.

Kantçı idealizmin yeni muakkiplerinden olan müellifte tam bir tetkik zâviyesi ayırdına tesadüf ederiz ki bu hal gerek iddialarda gerek tenkitlerde tam bir vuzuhu temin ve hukukî idealizmin mevkiini ve metodunu sarih bir şekilde tâyin etmektedir. Netekim müellif hakkında kıymetli bir tenkid yazmış olan Bükreş Üniversitesi Profesörlerinden MİRCEA DJUVARA aynen şöyle demektedir: (4) «... Teslim etmelidir ki DEL VECCHİO, pozitivizmin vaz ettiği şekilde umumî felsefe problemi ile doğrudan doğruya ve hususî bir surette iştigal etmiş değildir. Tetkiklerinin mevzuu hukuk ve adâlet idesi ile mahduttur. Bununla beraber sahip olduğu doktrin mütemadî bir şekilde bilginin tenkidine mütedair umumî neticeleri tazammun ettiğinden, bu hal ona yeni ispat şekilleri ve beklenmedik ufuklar açmıştır» (5).

DEL VECCHİO daha 1904 de ampirik metodun, şeniyeti idrak hususunda yegâne itimada salih metod olduğunu kabul edip şeniyeti bizzat idrak eden cevherin vücudünü dahi, sırf bu metodla tetkik edilmeye müsait olmadığı için inkâra kalkan çağdaş pozitivist zihniyete asabiyetle hücum ediyordu:

«Modern tefekkür, tetkiklerini harici mütalar üzerinde teksif etmekle, bunların enfüsî temelini pek fazla unuttu. Tabiatta, tabiatın cevherinde, benliğin «MOİ»nın bir tasavvurunu görmeyi ihmal etti. İlim böylece kendi kendisini şuurla tenakus halinde buldu. Bu suretle terkedilmiş, ihmal edilmiş olan ve dünyanın münhasıran tecrübî ve sathî bir telâkkisi yüzünden yanlış anlaşılmış olan asıl şeyler ise, bizzat insan ruhunda yaşayan ve mahiyetleri itibariyle tecrubeyi aşan etik prensipler olmuştur. Beşerî tefekkürün muayyen bir safhada, hakikatte **kendi irtisamından** ibaret olan bir şeye doğru ilerleyerek kendi kendini aşmaya çalışması beyhude olmuştur: Beşerî tefekkür sonuna kadar şunu nazara almalıdır ki böylelikle kendi gölgesini takipten başka bir şey yapmamaktadır, ve küllî izah prensibi onun haricinde bir şey değildir. Belki bizzat kendi içinde, derununda meknuzdur. Varlığın ve bilginin ulvî kanunu, beşerî tefekkürün içinde, şuurun (vicdanın) en mahrem köşesinde, failin zatî bünyesinde aranmalıdır.

Keza vazife ile hukukun kaynağı da gene orada bulunur» (6).

Bu suretle müellif bir taraftan realiteyi idrak meselesini diğer taraftan da realiteyi bizzat idrak eden şuurun ve vicdanın kanunlarını ele almaktadır. Yani aklın kendi kendisini tenkidi meselesine temas etmektedir. Pozitivistle-

---

(3) G. DEL VECCHİO - **Hukuk Felsefesi Dersleri.** Sh: 295 - 304

(4) **La Pensée de Giorgio Del Del Vecchio** (Archives. 1937 n: 3 - 225)

(5) **MİRCEA DJUVARA - La Pensée re Giorgio Del Vecchio.** (a. g. e. Sh: 190).

(6) **DEL VECCHİO — Diritto e personalitâ Ifumana.** 1904 (M. DJUVARA'dan naklen: a. g. e. sh: 191.

rin hataları, şuurun icabı veya icadı olan ampirik metodu bizzat şuura tatbik etmek istemelerinde ve bu yüzden şuurun (vicdanın) asıl kendi kanunlarını keşfedememelerindedir.

B — Ampirik mûta olarak «hukuk mefhumu, à priori mûta olarak «hukuk idesi»

Pozitivistler, «hukukî vakıa»ları zaman ve mekân şartları içinde tetkik, müşahade ve mukayese ile iktifa ediyorlar ve illiyet prensiplerine göre bunların teakup ve tevalî kanunlarını keşfe çalışıyorlar, haricî realitenin diğer cepheleriyle olan münasebetlerini inceliyorlar.

Bütün bunları bu şekilde tetkik etmekte haklıdırlar. Fakat hukuk hakkındaki bütün tetkiklerin ancak bu metodla ve bu tarzda yapılabileceğini ve mütezahir vakıaların dışında artık bir hukuk meselesi bahis konusu olamıyacağını iddia ettikleri zaman hataya düşüyorlar.

Esasen bu hal bütün pozitivitlerde raslanan müşterek hatadır. «Mefhumlar»ı kavramak ve izah etmek ve kanunlara raptetmek bakımından elverişli olan ampirik metod, zihnîn kendi kanunlarına, ve kaynağını bizzat şuurun yapısından alan idelerin tahliline geçince âciz kalmaktadır. Kısacası Kant'ın malûm tefriki veçhile p h é n o m è n e'i izahta işe yarayan illiyet prensibi, n o u m è n e'i izah edememektedir. Binnetice bizatihi kendisini yani «illiyet prensibini» de izahtan âciz kalmaktadır. Zira bu prensip de şuurun bir inşasıdır ki, anlaşılması için gene kendisine müracaat etmek beyhude olur.

Netekim DEL VECCHİO 1909 da neşrettiği **«Sull' idea di una scienza del diritto universale comparato»** adlı eserinde şöyle demekte idi: «Her şeyden evvel şu prensipten hareket etmeliyiz: Her ne şekilde olursa olsun müsbet hukuk, fenomenler âleminde dahil olduğu için bir tabiî vakıadır. Yani kâfi illetlerle taayyün etmiştir ve realitenin bütün diğer cepheleriyle münasebettardır. Hukukî fenomenolojinin ilmî bir tetkiki, bu prensibi kendisine temel ittihaz etmelidir.

Fakat bunun ispatını yapmaya kalkarsak, artık bizzat ilmî etüde değil, belki mârifet nazariyesine başvurmamız lâzımdır. Fakat bu yüzden bu illiyet prensibini daha az tanıyacak değiliz. Bu prensibi muhafaza etmemiz, yaptığımız tetkikin mahiyet ve hudutlarını tanımamız için şarttır. Aksi takdirde bunları unuturuz.

Müsbet hukukun izafiliğine iyice nüfuz etmemiz lâzımdır. Tâ ki, bir hâdise ile yahut alelıtlak hâdise ile, realitenin mantıken kendisine tâbi bulunduğu kanunu, daha doğrusu takdir kıstasını birbirine karıştırmayalım.

Başka tâbirle, vakıaların idrak ve izahı mevzubahs olduğu bir sırada bu

sahaya herhangi bir ideal yahut deontolojik bir icabı, bir emri müdahale ettirmiş olmıyalım. Böylece araştırmaya sokulan her nevi prejüje, kaçınılmaz bir şekilde nisbetleri bozar ve tetkik mevzuu olan maddenin hudutlarını ve manzarasını tagyir eder» (7).

Görülüyor ki müellif tetkik zâviyelerinin birbirine karıştırılmasına karşı son derece titizlik göstermektedir. Halbuki diğer tabiî hukuk nazariyecilerinde bu farklı metodların ne garip halitalarına raslamıştık!

Böylece müellif bir fenomen olarak tezahür eden hukukun, hukuk vakıasının, tıpkı alelıtlak tabiî vakıalar gibi, her türlü kıymet hükmünün müdahalesinden ârî objektif ve ampirik bir metodla tetkikine taraftardır.

Fakat diğer taraftan, hukuk sadece «hukuk fenomeni»nden mi ibârettir? Yahut bu hukuk fenomeni haddi zâtında neyin tezahürüdür? İşte burada «hukuk mefhumu» ile «hukuk idesi» arasındaki malûm tefrik ortaya çıkar.

«Hukuk, bize bir taraftan bir mûta gibi yani kendi tarihîliği (historicité) içinde bir fenomen gibi görünür. Bir taraftan da kendi ruhumuzdan sadır olan, ve esas itibariyle ruhumuzda, zihnimizde kendi fikriliği (idealité) içinde yaşıyan herhangi bir şey gibi görünür» (8).

İşte hukukun bu ikinci görünüşü, tâbir caizse hukukun n o u m è n e'i artık hukuk fenomenlerinin «yani «hukuk mefhumu»nun tetkikine mahsus olan metodlarla incelenemez. Hukukî faaliyeti sadece müsbet hukukun tetkikine hasretmek, vicdanın inşakâr cevherini ve en derin icaplarını inkâr eden sözde felsefî pozitivizmin temayüllerini benimsemek olur.

O halde hukukun, insan benliğinde meknuz olan esasını, yani kısacası «hukuk idesi»ni nasıl incelemek lâzımdır ve filhakika bu hukuk idesi nedir?

Fakat bu mevzuda herhangi bir fikir serdinin, daha evvel umumî felsefe meselesinde muayyen bir tarafı tutmuş ve muayyen bir dünya görüşünü seçmiş olmaya vâbeste olduğu aşikârdır. O halde evvelâ bu felsefî dünya anlayışını sarahatle belirtmek lâzımdır. Burada DEL VECCHİO'nun gerek araştırma metodları gerek azimet noktaları hususunda gösterdiği vuzuh ve sarahat şayanı dikkattir.

C — Tabiatın telcolojik izahı:

Evelce işaret ettiğimiz gibi DEL VECCHİO'da kantçı idealizm tam bir tatbik sahası bulur. Müellif, fenomeleri izaha elverişli olan illiyet prensibinin numeni izaha yetkisiz olduğunu hatta fenomenlerin dahi tam noksansız bir

---

(7) **DEL VECHİO - L'İdée d'une science du droit Universel Comparé. 1909 (Justice - Droit - Etat: Paris, 1938. Sh: 178).**

(8) **DEL VECCHİO - La Crise de la Science du Droit.** 1933 (Justice - Droit - Etat. 1938. Sh: 93.)

izahını yapamadığını söyler ve kâinatın yalnız illiyet prensibi ile değil bunu ilâveten bir de gaiyyet prensibi ile birlikte izah edilebileceğini kabul eder.

Çünki illiyet prensibi, olsa olsa nihayet br cevherin değişmeleri arasındaki münasebetleri izah edebilir. Yoksa bizatihi cevheri izah edemez. Halbuki cevherin vücudü mefruz değilse bittabi bunda cereyan edecek olan değişmeler de bahis konusu olmıyacaktır. O halde bizzat illiyet prensibi bir cevherin vücudünü mutazammındır, aksi takdirde tamamen mesnetsiz kalır. Diğer taraftan cevherin hal değiştirmeleri demek olan fenomenlerin zaman içindeki teselsüllerini izah - ki illiyet prensibinin tahakkuk ettiği yegâne saha budur - kendi hudutları içinde kalsa dahi gene tam bir izah değildir. Zira ne mebdei ne de müntehayı izaha kâfi gelmediği gibi bu teselsülün umumî istikametini ve binnetice sebep ve gayesini de izaha yetişemez. İşte burada gaiyet prensibinin imdada koşması lâzımdır. Esasen, illiyet prensibi mekanik münasebetlere kifayet etse bile organik vakıaları izah edemez. Organizmanın izahı, organizmanın zatında mevcut bir gaiyet farz olunmadan yapılamaz.

Maamafih bu gaiyet müşahhas ferdin meş'ur gayesi gibi değildir. Bu tabiatta meknuz bir prensiptir. Yoksa insan şuurunun ona izafe ettiği bir halet değil. Bilâkis belki insan şuuru bizzat bu tabiî gaiyetin bir tecellisidir.

Şu halde tabiatın Teleolojik bir izahı zaruridir ve insan şuurun teleolojik nizam içinde kendi hakiki mevkiini idrak etmektedir. Tâ ki «hukuk ve ahlâkın esas prensipleri insanda meknuzdur.» derken insan şuuruna hiçbir ilmî ve hakikî mesnedi olmayan mefruz bir kıymet atfedildiği zannolunmasın.

O halde teleolojik zaviyeden tabiat nedir?

«Teleolojik kıstasa göre tabiat, artık olayların mekanik vahdeti değildir. Neticelerin sebeplere, muahharların mukaddemlere ircaı imkânını ifade eden kanun değildir. HEGEL'in «Ruhun cesedi» tâbir ettiği kesin ve kör bir formül değildir. Biz artık «tabiattan dünyada muhtelif tiplerin gittikçe yükselen nizamı içinde inkişaf ve tekâmül eden bir prensibi, maddeyi canlandıran aklı, ve gittikçe daha yüksek, daha üstün evsaf ve vaz'iyetler iktisab ederek en nihayet ruh haline gelen, hisseden, arzu eden ve düşünen bir fikir gibi inkâs eden bir taazzuv etme ve teferrük etme kuvvetini anlıyoruz» (9).

D — İnsanın Teleolojik izahı:

O halde tabiatın nihaî gayesi insanda tecelli ediyor demektir. Böylece vasıtalı bir yoldan tekrar manevî «insanlık haysiyeti» mefhumuna dönmüş bulunuyoruz.

Filhakika Teleolojik zaviyeden insan nedir?

---

(9) **DEL VECCHİO — Leçons de Philosophie du Droit** (Traduction de J. A. B. 1936 Paris Sh: 353 - 354)

İnsan, vakıa tabiatın bir parçasıdır, bu bakımdan bir hadiseler yekûnudur. Fakat insan, aynı zamanda bir hadiseler yığını olmaktan da fazla bir şeydir ve kendisi bu fazlalığın farkındadır. İnsan biztihî bir prensiptir, ve kendisini teşkil eden hadiseler mecmuasından ayrı bir benlik hissine sahiptir. O, olduğu gibi kalmakla iktifa edememekte, birşeyler yapmak, bir hale gelmek istemektedir. İşte bu, insanın kendi bünyesinde meknuz gaiyeti tahakkuk ettirme arzusu, kendi benliğini tecelli ve tahakkuk ettirmek isteğidir. O halde insan yalnız illiyet prensiplerine tâbi ve muti olmakla kalmaz bizzat kendisi âmil ve fail olmak durumuna geçer. Şu halde insanın fiillerinin asıl izahı «insana göre» yapılacaktır. Yoksa tabiatın illî münasebetlerine göre değil.

« ... İnsanın fiilleri artık bu fiillerin tecrübî bağlantıları içinde değil, failin noumènique ve mutlak varlığına nisbetle olan müteal (transcendantale) tâbiiyetleri içinde nazara alınabilir. Bu fiiller sadece tabiat hadiseleri olarak izah edilmezler, fakat hürriyetin (ihtiyar) ifadeleri gibi takdir olunurlar. Yani failin mahrem ve derunî varlığı tarafından tayin edilen ve onun kendisine has ve farik kanununu teşkil eden kıstasın ışığı altında anlaşılırlar» (10).

Şu halde bu farik ve insana has kanun nedir? Bu, ahlâk kanunudur.

E — Teleolojik zaviyeden ahlâk Kanunu:

İnsanın bizzat kendi mahiyetinden neş'et eden asıl ahlâk kanunu şudur: «Etik dünyanın doğru ve tam bir görüşünü temin eden yegâne prensip, muhakkakki şahsın mutlak karakteri ve süjenin objeye faikiyeti prensibidir... Kendi kendini tecrit etmek, veya tabiatın maverasında gene bizzat kendini bulmak melekesi, benlikde temerküz eden bütün gerçekliği, ideler vasıtasile yeniden ona tevcih etmek melekesi; süjenin kendisine has ve nevî varlığını, yani onun zatında mündemiç olan «tab'ını» teşkil eder.

Bu müteal meleke veya istidat - ki psikolojik bakımdan hürriyet ve mes'uliyet şuurunda kendisini gösterir - süje için derhal alvî bir düstur haline münkalip olur.

Bu düstur şudur:

Tabiat kuvvetlerinin bir vasıtası veya âleti gibi değil fakat bir prensip ve gaye vasfını haiz muhtar bir varlık gibi hareket et! Muhtelif saiklerin emri ile itilmiş veya sürüklenmiş gibi değil, fakat onlara hükmeden bir fail gibi hareket et. Mahsus dünyaya ait bir şeymiş gibi ve teessürlerinin tâbiî olarak tecrübe mevzuu bir fert gibi değil (Homophaenomenon), fakat onlardan müstakil olan aklî benlik gibi (Homo noumenon) hareket et. Nihayet kendi kararlarının kendi taayyünlerinin saf spontaneliğinin, kendi varlığının mut-

(10) **DEL VECCHIO — Leçons..** Sh: 358.

laklığının ve âlem şumullüğünün şuuru içinde ve binnetice bütün diğer süjelerle kendi arandaki cevher ayniyetinin şuuru içinde hareket et!

İşte insan cevherinin, maddî manadaki tabiatı aşması sebebile ve aşması nisbetinde bizzat kendisinden sadır olan temel ahlâk kanunu böyledir» (11).

«Bu ahlâk normunu takip zarureti derin ve yenilmez bir hisle sezilmektedir ki bu his, faili kendi leçons benliği için kendisine tanıtır. Hariçten öğrenilmiş veya telkin edilmiş değildir. Blâkis o, her türlü hariciliği red eder» (12).

F — Ahlâkla Hukukun Münasebetleri:

İnsanın müteal tabiatından sadır olan umumî etik kanunun iki tezahür şekli vardır ki bunlardan birisi ahlâkın, diğeri hukukun prensiplerini teşkileder. İnsanın dış tabiatın bir parçası olan cephelerine, ihtiraslarına, hislerine, müteal tabiatının bir tecellisi olan aklı ile galebe çalması ve ef'al ve harekâtını nev'ine has etik kanuna uydurması «ahlâk prensibi»ni teşkil eder. Fakat faili muhtar olan bir varlık sıfatile insanın, başkaları tarafından harekâtına müdahale edilmemesini ve ihtiyarının tecellisine mani olunmamasını, bir kelime ile şahsiyetine hürmet edilmesini istemesi de hukuk prensibini meydana getirir.

DEL VECCHİO'da süjeler yani muhtelif faili muhtarlar, muhtelif benlikler arasındaki münasebetler mefhumu çok büyük bir rol oynar. Bir sübjektivitenin, bir tek ferdin diğer sübjektiviteleri bir idrak ve kabul şekli vardır ki, bu, her sübjektivite bakımından diğerlerine karşı aynı olduğundan, daima mütekabil bir münasebet ifade eder. Her fail kendisini hem süje, hem de obje olarak hisseder. Yani başkalarının görüş zaviyelerini benimseyerek kendisini aynı zamanda bir tetkik objesi gibi görür ve bilmukabele başkalarının harici benliklerini icabında kendi nefsi gibi kavrar.

Böylece kendisini daima başkalarile münasebet çerçevesi içinde idrak eder. İşte DEL VECCHİO, benliğin kendisini idrak hususundaki bu objektif vaziyetine «alterité» der ki bu ide, vicdanın aslî unsurlarının inkişaf ve tekâmülünden bizzarure sadır olur. (13)

«Şuurun böyle nev'i bir şekli olduğu, bu şekil vasıtasile failin kendisini objektif olarak başkalarının karşısına koyduğu ve kendini muayyen bir koordinasyon içinde yani başkalarile münasebet nizamı içinde tanıdığı prensi-

---

(11) **DEL VECCHİO — Leçons..** Sh: 357.
(12) **DEL VECCHİO — Leçons ..** Sh: 357
(13) **DEL VECCHİO — Leçons ..** Sh: 361

bini bilhassa unutmamalıdır. Daha doğrusu objektif şekilde bir benlik şuuru vardır ki bununla sübjektivite bir koordinasyonda teressüm eder.» (14)

Bu itibarla hukukun prensibi de ahlâkın prensibi gibi insanın tabiat veya cevherindedir. Fakat hukuk, şahsın mutlak karakterini afakî bir münasebet içinde yaşatmakla ahlâktan ayrılır: «Her insan, sırf insan olduğu için, hiç kimse tarafından, sadece mahsus âlemin bir vasıtası yahut unsuru imiş gibi muamele görmemeyi talep edebilir. İnsan, gerek kendisinin ve gerek başkalarının aşağıdaki emre riayetkâr olmasını istemek hakkına maliktir: İradeni başkalarına zorla kabul ettirecek kadar teşmil etme, tabiatı itibariyle bizzat kendisinden başkasına tâbi olmayanı, sen, kendine tâbi kılmaya çalışma!» (15)

G — DEL VECCHİO'da tabiî hukuk idesi:

Buraya kadar söylediklerimiz, İtalyan Hukuk Filozofunun tabiî hukuk hakkında nasıl bir tezi müdafaa edeceğini tahmine imkân verir. Müellif hasren tabiî hukuk hakkındaki fikirlerini 1909 de Heidelberg Milletler arası kongresinde verdiği tebliğ (16) de ve bilâhare 1911 de Bologna Üniversitesinde (17) ve keza 1920 de Roma Kıraliyet Üniversitesindeki felsefe kurlarına başlarken verdiği açılış derslerinde (18) izah etmiş bilâhara 1930 da neşrettiği ve 1935 de Fransızcaya çevrilen hukuk felsefesi derslerinde bunları sistemleştirmiştir.

DEL VECCHİO'ya göre tabiî hukuk nazariyesinin zaman içinde geçirdiği tahavvüller tabiî hukukun inkârını değil belki teyidini teşkil eder ve meşhur tabiî hukuk formülleri, evvelki devirlerde insanların hukukun mahiyeti

---

(14) **DEL VECCHİO : Leçons:** Sh: 361 keza: Justice - Droit - Etat Sh: 42 - 43. **HENRİ DE PAGE** müellifin bu fikrindeki muğlaklığına imalarda bulunur. «Pek kıymetli filozof «Alterité, objenin (yani başkasının) sırasında süje gibi kabul edilmesidir.» diyor ve «Objektif bir «ben» şuuru vardır ki, bir koordinasyonda sübjektivite bunun üzerine irtisam eder.» ve «Hulâsa biz adâletin esasını sübjektivitenin objektif vaziyetinde ve bundan çıkan *Intersubjectif koordinasyonda buluyoruz» diyor.*

Biz her ne kadar «subjektivitenin objektif vaziyetini» kavrayamıyorsak da, bunun pek güzel bir felsefî inşa olabileceğini kabul ediyoruz.

Fakat bir gün talebelerimizin önünde fikrimizi, onların anlamadıkları terimlerle ifade ettiğimizi ve bundan duyduğumuz sıkıntımın, itiraf edelim ki bize birçok insanlar için belki pek ince bir san'at olan sırf felsefe yapmak san'atından büsbütün yüz çevirmek arzusunu verdiğini hatırlamamak elimizden gelmiyor.» **Droit naturel et positivisme juridique,** 1939. Sh: 13 Not: 20).

(15) **DEL VECCHİO — Leçons.** Sh: 361.

(16) **Sull' idea di una scienza del diritto universale comparato ((Traduction de M. René Justice - Droit - Etat.** Sh: 173 - 190)

(17) **Sulla positività comme carattere del diritto. Modena** 1911.

(18) **DEL VECCHİO — Sui principi generali del diritto.** Modena 1921. (Traduction de M. E. Demontes: Justice - Droit - Etat Sh: 112 - 172).

hakkındaki sezgilerini ifade ederler. İnsanların mevcut hukuku mütemadiyen tenkid edişleri ve otoritenin emrini bir hakikat ve doğru kıstasına vuruşları, nihayet beyenmedikleri mevzu hukuka karşı mütemadi isyanları tabiî hukukun vücuduna en büyük delildir. Bütün tabiî hnknk nazariyesine hâkim olan fikir, hukukun insan için lâzımı gayrı mufarık birşey olduğudur.: U b i h o m o, i b i j u s.

Nerede beşerî bir hayatın izleri varsa orada mutlaka ve kat'iyetle hiç değilse tohum halinde bir hukukî teşkilât vardır. Hak ve haksızlık hakkında bir hüküm, insanın insanla olan herhangi bir münasebeti halinde (H o m i n i s . a d H o m i n e m) mutlaka verilebilmelidir.

Hak sahibi olmak sıfatı insan için kendisine dıştan verilmiş ve herhangi bir kimsenin keyfine tâbi bir imtiyaz değildir. Bu sıfat doğrudan doğruya onun asıl insanî varlığından çıkar, öyleki ferdin bu sıfatı devre veya ferağa kudreti yoktur. Bu manada herkese şahıs olmak gibi hukukî bir sıfat bahşeden bir kanun, müsbet hukukla teyid edilmiş olmasa bile t a b î i bir kanundur.

Hukukî bakımdan bir şahış olmak, diğerlerinin müvacehesinde bir şahıs değerinde olmayı ifade eder: Hukukî sıfat muhakkakki bu müteaddit süjeler arasındaki bu Corrélation münasebetinde mündemiçtir.

Mütekabil bir hudut mefhumu olmaksızın herhangi bir hak iddiasında bulunmak imkânsızdır (19).

Bu hususta netice itibariyle J. J. ROUSSEAU'un, KANT'ın ve ROMAGNOSİ'nin tariflerine temas eden müellif, bu düsturlarda ferdin aslî hürriyet idesi ile içtimaî ve siyasî koordinasyon fikrinin bir telifini bulur.

Şu halde tabiî hukuk hem hukukun özü, rasyonel unsurudur hem de müsbet hukukun bir takdir kıstasıdır. Şöyleki, tabiî hukuku mazide tahakkuk etmiş bir tabiî halin hukuku olarak anlamak ve maziye hale nazaran adeta bir norm kıymeti atfetmek hatadır. Tabiî hukuk, medeniyeti tekâmül seyrinde muhtelif Müesseselerde tedricî bir şekilde tecelli ve tahakuk etmektedir.

Çok defa realitede tahakkuk etmiyor diye tabiî hukuka tenkidler yağdırılması haksızdır. Tabiî hukuk fenomenler âleminin mensubu değildir ki. Tabiî hukuk müsbet hukuk olduğunu iddia etmiyor ki vakıalarda tahakkuk etmedi diye inkâr edilsin. O zaten bir başka âlemin mevzuudur. O deontolojik bir prensip, bir yapma lüzumudur. Bir idealin tahakkuk etmemesi onun yokluğuna delil olmaz. Müsbet hukuk ona çok defa uyar. Fakat bazan da

(19) **DEL VECCHİO — Essai sur les principes généraux du Droit (Justice - Droit - Etat.** Sh: 135).

karşı gelebilir. Esasen hukukun bu iki unsuru arasında, rasyonel unsurla pozitif unsur arasında behemahal bir zıddiyet aramak abestir (20). Her müsbet hukuk muayyen bir nisbetle bir tabiî hukuk idealini tecelli ettirir. Fakat bazan da ona karşı bazı ayrılıklar arzedebilir. Böyle olduğu takdirde zamanla bu müessesenin ıslah olduğu ve ideale uydurulmaya çalışıldığı müşahede edilir. Meselâ esaret gibi.

Hülâsa tabiî hukuk, deontolojik bir takdir kıstası olarak her zaman kıymetini muhafaza etmiştir ve ilerde de edecekir. Çünki insanın müteal tabiatının bir icabına cevap olmaktadır. Kendisinden arada sırada inhiraf edildiği, bir çok müsbet hukuk kaidelerinde nazara alınmadığı iddiasiyle tabiî hukuku inkâr manasızdır. «İdeale karşı hakikaten hürmet göstermek, onun daima vakıalarda, ampirik realitede tahakkukunu farzetmekten ibaret değildir. Bu belki onu olduğu gibi görmek yani aslen bu realitenin fevkinde bir - nizama dahil olarak tanımak, yani fizikî hâdise (tabiî hadise) ile tekzib edildiği takdirde bile mer'i imiş gibi ve doğru imiş gibi telâkki etmektir (21).

DEL VECCHİO, muhtelif hukukî müesseselerde bilhassa İtalyan hukukunda tabiî hukuk unsurunun tecelli şekillerini mufassal bir şekilde tâdad eder ve binlerce senelik tabiî hukuk meselesi hakkında kendisinin arz ve izah ettiği bu intikadî hal suretinin, bu fikrin gerek müsbet hukukun tatbikatı bakımından, gerek müterakki inkişafı bakımından haiz olduğu pratik ehemmiyeti dahi lâyikiyle tebarüz ettireceğini söyler (22).

H — DEL VECCHİO'nun hususiyeti ve değeri.

Tabiî hukuk problemini açıkça ontolojik sahadan deontolojik sahaya naklemekle ve bunu ispat için insanın fizik tabiatına değil, müteal tabiatına müracaat etmekle, İtalyan hukuk Filozofu, KANT'ın hukuk sahasındaki hakiki bir muakkibi olmuştur «Doğrudan doğruya Kantçı metodlardan hareket eden ve bunu velûd bir cedel ile inkişaf ettiren DEL VECCHİO, «vakıa ilâhîdir ve perestişe lâyıktır, çünki o idealin aynıdır» deyen Hegelyanizmin hatalarını şiddetle tashih etmiştir» (23).

Vakıa ve norm âlemlerinin daha baştan tefriki ile tabiî hukuk meselesi kendisine elverişli olan yegâne tetkik zaviyesini ve azimet noktalarını kazanmıştır. Gerçi, DEL VECCHİO'ya gelinceye kadar bütün tabiî hukuk taraftarlarında da buna benzeyen ve aşağı yukarı bu manaya gelen müteaddit izahlara raslamıştık. Fakat itiraf etmek lâzımdır ki bu felsefî sarahati hiç birinde bulamamıştık (24). Hususiyle, dogmatik idealizme taraftar olanlarda

(20) **DEL VECCHİO — Justice, Droit. Etat.** Sh: 130.
(21) **DEL VECCHİO — Leçons.** Sh: 364.
(22) **DEL VECCHİO — Leçons.** Sh: 373.
(23) **MİRCEA DJUVARA — La Pensée de G. Del VECCHİO** (Archives. 1937. No. 3 - 4. Sh: 225.

pek müteassıbane bir şekilde müdafaa edilen «insan tabiatı» nın hakikatte insanın hangi nevi tab'ı olduğu hususunda bir vuzuh yoktur. Mütemadiyen fizik tabiattan ve fizik tabiattan tefriki kabil olmayan hislerden sezgilerden ve nihayet beşerî zekâdan öteye geçemiyorduk. Halbuki insanda daha baştan tecrübe dışı, müteal bir tabiatın vücudünü akîdevî bir taassupla değil belki aklî bir zaruret olarak kabul etmekle DEL VECCHİO tercih ettiği felsefî görüşü açıkça belirtmiştir ve esasen bütün tabiî hukuk taraftarları da sarahate erişememişlerse de haddi zâtında bunu yapmak istemişlerdir.

Hukukun pozitivist ve tarihçi metodlarla tetkikinin, hukuk fenomenini muhtelif tezahür şekilleri altında izah ederse de hukukun mantıkî izahına kifayet edemiyeceğini açıkça belirtmiştir ve «hukuk felsefesi, hukuku, mantıkî evrenselliği içinde tarif eden, onun tarihî tekâmülünün menşelerini, umumî karakterlerini arayan ve onun gerçek kıymetini mahz akıldan istihraç edilen adâlet idealine istinat ettiren bir disiplindir» deyen DEL VECCHİO, böylece hukuk felsefesinin üç esaslı araştırma istikametini tayin etmektedir. 1) mantıkî araştırma, 2) fenomenal araştırma, 3) Deontolojik araştırma. (24)

Böylece hukuk tefekküründe her nevi araştırma kendine layık olan mevkii bulur ve faydalı olmıyacağı sahalara müdahale etmek gafletinde bulunmaz. «Mefhumu vakıadan, zaruri ve mutlağı mümkün ve izafiden istihraç iddiasını cerhettikten sonra, DEL VECCHIO hukukun à priori târifini, hukukiliğin veya adâletin nev'iyyetini, e s p r i t'nin bir kategorisi veya vicdanın zarurî şekli olarak tesbit suretiyle inşa eder.» (26)

PERTİCONE, italyan idealizminin en belli başlı mümessili olan DEL VECCHİO'nun «olan» ile «olması lâzım gelen» arasındaki münasebetler meselesini İtalya'da her türlü deontolojinin hiç görülmemiş bir şekilde tenkid edildiği bir sırada ele aldığını ve sadece «mefhum» ile «ide» arasındaki tefriki tanımamanın bizzarure insanı iki şıktan birini kabule sevkedecegini söy-

---

(24) **GİACOMO PERTİCONE — La Théorie du Droit.** 1938. Sh: 78.
(..... Müteaddit kerreler basılmış ve tercüme edilmiş olan etüdlerinde DEL VECCHİO, amelî faaliyet problemlerinin idealist bir sistemleştirilişini nümune olacak bir vuzuh içinde izah ve tefsir eder.)
L. LE FUR. — Préface de «Leçons de Philosophie du Droit.» 1936. Sh: VIII.».... Bütün ilimlerin muazzam bir inkişaf gösterdiği ve binnetice ihtisaslaşmanın bir zaruret halini aldığı bugünkü devirde, aynı adamın hem hukukçu hem filozof olabilmesi ve bu disiplinlerden herhangi birini ihmale mecbur kalmayışı pek nadir bir hadisedir ki bu satırların müellifi de bu boşluğu bizzat kendi nefsinde acı bir şekilde hissetmektedir. İşte bu bakımdan böyle nadir bazı mübeşşirlerin kıymeti o kadar büyüktür».

(25) **GUİDO GONELLA — L'Oevre de G. Del Vecchio** (Archives, 1936. No. 1 - 2 Sh. 171).

(26) **GİACOMO PERTİCONE — La Théorie du Droit.** 1938. Sh: 79.

lemekle yetindiğini kaydeder: Ya muayen bir ideal tipe yahut prensibe cevap olamayan bu hukukî fenomenoloji kısmını hukuk diye kabul etmemek, yahut da târihen hukuk olarak meydana çıkmış olan her nevi hukuka karşı bir ideal ileri sürmekten vaz geçmek (27). Yani hukukun menşeini ve hayatını anlamaya çalışmaktan ve varlık âlemine karşı bir kıymetler âlemini ileri sürerek hukuk üzerinde işlemekten vaz geçmek lâzım gelecektir. Halbuki vücut âlemi ile kıymet âlemi birlikte kabul edilince, daha doğrusu ayrı ayrı vasatlarda ele alınınca, ihbarî hakikatlerden emrî hakikatler istihracı dâvası bir bakıma faslolmuş gibi olur. İhbarî mukaddemlerden ancak ihbarî neticeler çıkacağı doğrudur. Fakat ne bütün mukaddemeler ne bütün hakikatler ancak bildirici mahiyette değildir. DEL VECCHİO daha baştan tabiatın ve insanın teleolojik bir izahına girişmekle gaî kıstasları, gayeye hâdim vecibeleri işe karıştırmış ve emrî icaplar âlemi ile illî icaplar âleminin idrâk tarzlarını ve hudutlarını daha baştan çizmiştir.

Bütün bunlar DEL VECCHİO'nun tabiî hukuk idesinin zübdesine, cevherine yani insanların sahip oldukları müteal şahsiyet dolayisiyle birbirine müsavi derecede saygı göstermek zaruret ve ihtiyacından doğan etik mahiyette bir hukuk prensibine taraftar olduğunu ve fakat bunun teker teker hangi prensipleri ihtiva ettiği hakkında müteassıbane bir iddiada bulunmadığını gösterir. O, GENY yahut LE FUR gibi bir kaç prensipte ısrar etmemektedir. Vakıa amme hukuku ve hususî hukuk sahasındaki müteaddit prensiplerin ve tatbikatın tabiî hukuktan mülhem olduğunu söyler ama, tabiî hukuk düsturlarının tayin ve tasrihi hakkında herhangi bir iddiası yoktur. Tabiî hukuk insanın müteal fıtratının bir icabı olarak müsbet hukukun bir takdir ölçüsüdür ve müsbet hukuku tekâmüle doğru yürüten bir muharriktir, o kadar. Bu hal DEL VECCHİO'yu mahdut ve mevsuf bir tabiî hukuk taraftarlığından ziyade umumî mahiyette bir hukukî idealizmin müdafii durumuna sokar ve artık ontolojik mevcudiyete sahip bir tabiî hukukun ispatı için fizik kâinat kanunlarından ve insanın fizyolojik ve psikolojik karekterinden hülâsa illî metodlarla kabili tayin olan ampirik cephesinden bazı istidlâllerde bulunulmaya çalışılmaz. İnsanın ve kâinatın teleolojik tefsiri ya kabul edilir ya edilmez. Bu her şeyden evvel umumî felsefe sahasında bir tarafı tutmaya bağlıdır. Teleolojik tefsir kabul edildiği takdirde tabiî hukukun vücudu hakkında daha doğrusu medlûlü hakkında en makul tahlili DEL VECCHİO'da bulmak kabildir. Fakat esasen kâinatın ve insanın teleolojik değil mekanik bir izahına taraftar olunursa bu takdirde esasen bütün gaî problemlerin hallolmazlığı daha baştan kabul edilmiş demektir. Bu itibarla DEL VECCHİO kanaatımızca tabiî hukuk için en elverişli ve verimli felsefî görüşü ve tetkik zâviyesini büyük bir isabetle seçmiş ve bilhassa bu intihabını açıkça belirtmiştir.

---

(27) GİACOMO PERTİCONE — La Théorie du Droit. 1938. Sh: 79.

20 — ROMMEN'İN THOMİSTE TABİÎ HUKUK GÖRÜŞNE AVDETİ

A — ROMMEN'den evvel Almanya'da tabiî hukuk rönesansı.

Alman hukukî tefekkür âlemi XIX. cu yüzyıl başına kadar tabiî hukuk fikrine bağlı kalmış hatta XVII ve XVIII. ci asırların tabiî hukuk mektebine bir hayli yardımda bulunmuştu. Fakat XIX. cu asırda Alman milliyetçiliğinin felsefî sahada FİCHTE, terbiye sahasında ARNOLD, STEİN ve hukuk alanında da SAVİGNY tarafından kurulmasiyle klâsik cihanşumul tabiî hukuk nazariyesine sadakatsizlik başlamıştır. Tarihî mektep, hukuku, her milletin kendine mahsus olan millî ruhunun bir mahsulü olarak telâkki ettiği için milliyet farkından mücerret olarak bütün insanların insan sıfatiyle sahip oldukları müşterek ve değişmez bir hukuk fikrini kabul etmiyordu. Bilâhara HEGEL'in tesiri altında ve bilhassa zıtların ayniyeti fikrinin teşmili ile hukuk ve kuvvet arasında da bir ayniyet tasavvuru Alman fikir dünyasına hâkim olmuştu. Hukuku kuvvete veya menfaata irca temayülü pek mütebarizdi. JHERİNG, BLUNTSCHLİ, MOMMSEN, LABAND bu devrin ve bu zihniyetin başlıca mümessilleridir. (1). XIX. cu asırda Alman tefekkür âlemi müsbet ilimlerdeki inkişafa dayanan sosyal organizma nazariyesinin tesiri altında kalmış ve hayat mücadelesini sosyal uzviyetler demek olan devletler arası münasebetlere de tatbik eden kuvvete müstenit hukuk nazariyelerini benimsemiş ve harbin âdeta bir tabiî ıstıfa vasıtası olduğunu kabul etmişti. «Muayyen bir zamana ve muayyen bir memlekete taalluk eden iktisadî ve siyasî ihtiyaçların daimî endişesiyle birleştirilen tabiî hukuk, asırlar boyunca müsbet mevzuatın yegâne müstekar temeli ve iyilikerinin kıstası gibi tellâkki edilmişken artık terk ve istihfaf edilmişti. Bunun yerine bütün ahlâkın ve dolayisiyle bütün hukukun yıkıcısı olan şu fikir ikame edilmişti: Kanun demek, devletin iradesi demektir. Yahut daha doğrusu kanun demek, devletin, içinde teccessüm ettiği organın iradesi demektir. Yani hükümranın iradesi.» (2)

Filhakika Almanyada'ki bu tabiî hukuk aleyhdarlığı Alman medenî kanununun ön tasarısına müteallik gerekçede açıkça ifadesini bulmuştur: «Sözde tabiî hukuka kat'î bir ehemmiyet tanımak, diğer sebpelerden sarfı nazar, zaten şu sebepten dolayı caiz değildir ki **apriorique** bir inşa vasıtasiyle elde edilen ve muhtevasını her hususî halde bizzat inşayı yapan kimsenin doğru saydığı şey teşkil eden bir hukuktan objektif hukuk kaideleri istihracı imkânsızdır.»

Maamafih Alman tefekkürünün münhasıran tarihçi ve pozitivist mektebin tesiri altında kaldığı da iddia edilemez. Evvelce gördüğünüz gibi yeni

(1) **HAURİOU — Droit naturel et l'Allemagne**. 1918. (Aux sources du Droit. 1933 Sh: 15)

(2) **LE FUR — Le Droit, et les Doctrines allemandes. (Les grands problèmes.** S: 365)

Kantçılığın mümessili olan R. STAMMLER XIX. cu asrın sonunda BERG-BOHM'un pozitivist itraflarına şiddetli bir mukabelede bulunmuş ve daha sonra ilâhiyatçı CATHEREİN de XX. cı asır başında büyük skolâstiklerin bir mümessili olarak ortaya çıkmış ve St. THOMAS'nın hakiki bir şarihi olmuştur (3). XX. ci asrın ilk yarısında Almanya'da böylece bir taraftan klâsik tabiî hukuk taraftarlığını belirten SCHUCKİNG, VEHVERG, VKRAUSS'un eserleri intişar edreken (4) bir taraftan da tabiî hukuku nasyonal sosyalizme âlet etmeye çalışan garip fikirler ortaya atılmıştır. Bu cümleden olarak HANS KELLER ile VON DER HEYDTE, ve H. H. DİETZE zikredilebilir. Bunlara göre tabiî hukukun vücudu muhakkaktır. Ancak bu hukukun taraftarları uzun zamandanberi onun *à priori* ve statik bir şey olduğunu zannederek aldanmışlardır. Halbuki o, dinamik bir hukuk mefhumudur. Devletin ihtiyaçlariyle beraber değişen ve içinde bulunduğu bütün zaruretlere intibak eden seyyal bir hukuk demektir. Eğer muhtelif dinamizmler arasında bir ihtilâf zuhur eder se, ahlâkî temele müstenit hukuk ile devletin ihtiyaçları arasında kat'î bir anlaşmazlık var demektir ki bu takdirde haksız olan, devletin ihtiyaçları değil hukuk kaidesidir ve ihtilâfı halledecek olan da artık sadece kuvvettir. (5)

Diğer taraftan sosyolojik ve pozitivist metodlarla tabiî hukuku izah etmek ve tabiî hukukçularla pozitivistler arasında bir telif imkânı aramak temayülü de kuvvetlidir. Meselâ 1931 de profesör ERNST BELİNG, tabiî hukuk fikriyle hukukî pozitivizmi uzlaştırmaya çalışmış ve tabiî hukukun, cemiyetteki kıymet hükümlerine tesiri dolayisiyle müsbet hukuka müessir olduğunu sosyolojik bir vakıa olarak izah etmiştir ki (6) bu hal ilerde bahsedeceğimiz gibi idealist pozitivistlerin durumuna yaklaşır (7). Pozitivist ve tarihçi mekteplerin tabiî hukuku inkâr etmekle selâhiyetlerini pek fazla aşmış olduklarına işaretle şimdiye kadar yapılan asıl hatanın tabiî hukukun muhtevasını bedihî bir şey addetmek olduğunu söyleyen JOHANN SAUTER'i de kaydedelim. Bu zâta göre, tabiî hukuk bedihî birşey olmayıp belki bize hitap eden bitmez tükenmez bir vazife emri, ebediyen üzerinde çalışacağımız bir temrin mahiyetindedir (8).

---

(3) **V. CATHEREİN — Recht. Naturrecht und Positives Recht. «Eine critische Untersuchung der Grundbegriffe der Rechtsordnung. 22., Freiburgi - B.,** 1909.

(4) **LE FUR - La Théorie du Droit naturel (Les problemes.** Sh: 144).

(5) **LE FUR — Le Droit objektif et le dynamisme allemand (les problèmes.** Sh: 384).

(6) **E. BELİNG — Vom positivisuns zum naturrecht und zurück. (Festgabe für HECK, RUMELİN, SCHMİDT. 1931.** Sh: 1 - 18).

(7) Bak. : İkinci bölüm No. 26, 27.

(8) **JOHANN SAUTER — Die philosophischen Grudlagen des Naturrechts. Wien.** 1932.

Görülüyor ki, KANT'ın tesirleri bütün bu müelliflerde kendisini hissettirmektedir. Fakat klâsik tabiî hukuk nazariyesine bütün taassubuyla dönen ve tabiî hukuku tekrar ontolojik sahaya irca eden ve skolâstik realizmin yeni bir müdafaasını yapan asıl H. ROMMEN olmuştur.

B — H. ROMMEN'in rolü.

1936 senesinde neşrettiği «tabiî hukukun ebedî tekerrürü» (9) adlı eserinde ROMMEN yeniden tam bir sadakatle St. THOMAS'ya döner. ROMMEN hukuk ve ahlâk felsefelerinin sağlam bir temele sahip olmalarının ancak metafiziğin bir zeylini teşkil etmeleri halinde mümkün olacağına kanidir. Hukuk felsefesinin ezelî ve ebedî mevzuu olan tabiî hukuk da ancak metafizik bir zâviyeden anaşılabilir. Tabiî hukuk daima metafiziğin hâkim olduğu devirlerde kudrét kazanmıştır. Metafiziğe kıymet verilmediği, şüphecilik ve izafiyeciliğe düşüldüğü nisbette tabiî hukuk da revaçtan düşmüştür. Eşyanın cevheri ve nizamı ve bu cevherin akıl marifetiyle bilinebilmesi imkânları münakaşa hariçi bırakıldığı zamanlar tabiî hukuk bütün mesnedini kaybetmiştir. Böylece tabiî hukuk her şeyden evvel vücut felsefesine ve metafiziğe dayanır. Bu sebeple tabiî hukuka rasyonal bir temel bulmak isteyenler «olan» ile «olması lâzım gelen» arasındaki esaslı münasebetlere istinad etmelidir.

C — Realist mârifet nazariyesinin müdafaası :

Bu münasebetler nereden anlaşılır ve nasıl anlaşılır? Burada her şeyden evvel mârifet nazariyesi bakımından bir vaziyet almak lâzımdır. Eşya ile eşyanın zihindeki tasavvuru arasındaki münasebet nedir? Zihin, eşyanın ancak zevahirini idrak edip cevherini yani n o m è n e'ini idrak edemez mi?

Hülâsa hakikatte eşya ile cevher arasındaki münasebet nedir? ROMMEN St. THOMAS d'AQUİN'in yolundan giderek cevherin eşyada mündemiç ve zihin tarafından aynı ile kabili idrak olduğunu kabul eder ve EFLATUN ile KANT ın marifet nazariyelerine karşı cephe alır. ROMMEN insan zihninin herhangi bir şey hakkında bilgi edinmesi, onun zevahirini şeklini değil zaten cevherini tanıması demektir der. İnsanın eşya hakkındaki bilgisi, münhasıran kendi zihninin imâli olan, eşyadan müstakil bir tasavvuru değil, bizzat eşyada tecelli eden muayyen bir halin ifadesidir. Yani bilgi eşyadaki gerçeğin, hakiki cevherin aynıdır. Ancak bu, müşahhas ve münferit bir nümune hakkında değil belki o nümunenin de dahil bulunduğu bütün bir nevi hakkındaki bilgidir.

Yalnız tecrübeye dayanan bir ampirizm, bilginin mukaddemlerinde du-

---

(9) **H. ROMMEN — Die ewige Wiederkehr des Naturrechts.** 1936. (Fransızca tercüme: Le Droit Naturel. Trad. de EMİLE MARMY. Paris. 1945).

raklar. Yani vakıalarda mıhlanıp kalır. Halbuki müellifin kullandığı mânâda realizm ise müşahade edilen vakıaların ötesinde metafizik bir bilgiyi mümkün ve zarurî telâkki eder. Bu metafizik bilgi vakıalarda mündemiç olan cevherlere ve ontolojik kanunlara kadar nufuz eder (10). Meselâ devlet hakındaki bilgiyi ele alalım. Müşahhas olan bir devletten edinilen bilgi, hakikatte müteaddit müşahaas devletlerden edinilen bilginin muayyen bir devlet hakkındaki tatbikidir.» Bizatihi devlet yoktur. Ancak müşahhas devletler vardır. Bununla beraber ben, falan sosyal birliğe veya falan mülkî birliğe «devlet» diyorsam, bu, onun «devlet» fikrinin bir tahakkuku olduğu içindir ve tahakkuku olduğu nisbettedir. «Fakat bu devlet fikri bizde innée olarak mevcut bir fikir olmadığı gibi şuurun herhangi bir hâletinden ibaret de değildir. Biz bunu müşahhas devletler üzerinde zihnimizi mütemadi bir şekilde işleterek edinmiş yani onların cevherine nufuz suretiyle anlamışızdır.

D — Cevher ve gaiyyet (olan ve olması lâzımgelen).

Fakat bu da kâfi değildir. Bir de «bilinen» in mahiyeti aranmalıdır. Acaba «bilinen» sadece ve münhasıran «olan» mıdır? Yani bilginin tetkik mevzuu olan eşya «bulunduğu hal» üzere mi anlaşılır yoksa «bilinen şey» in «ne olması gerektiği» yahut mukadder bir şekilde hangi kemâlin namzedi olduğu da aynı zamanda bulunduğu halden idrak edilebilir mi?

Bu meselenin halli mühimdir. Zira bu, ilerde «olan hukuk» ve «olması lâzım gelen hukuk» dâvasını da halledecektir. Şu halde devam edelim: Şeni eşyayı, kendi varlığı içinde teşkil eden «cevher - şekil» aynı zamanda eşyanın gayesi, yani gaî illetidir. Aristoteliko - tomist marifet nazariyesi, kendine hareket noktası olarak, izah etmek istediği oluş, değişme ve hareket vakıasını ele alır. Böylece bu nazariye her şeyde mündemiç ve müstekar bir unsur tefrik eder: şekil. Bundan başka bir de değişken bir unsur kabul eder: şekilsiz madde. Bu vetirenin tipik misalleri bir maddeden bir şekil yaratan san'atkârın haliyle organik tabiattaki uzvî tekevvündür. Meselâ nebatların tohumunda cismanî olmayan şekil maddede inkişaf eder ve muayyen bir gayeyi istihdaf eder. Şekil yalnız eşyanın bilâ vasıta müessir illeti olmayıp aynı zamanda onun gayesidir. Her varlık kendi tekâmülüne doğru uzanır.

Bütün varlıkların kendisine doğru uzandığı şey ise H A Y I R'dır. Demek ki hayır, tekemmül demektir ve bütün bu tekemmüle götüren şeylerin hepsidir. Bütün yaratılmış mahlûklara has olan «oluş» bir varlığın kendi tekemmülüne doğru, kendini ikmale müteveccih yürüyüşü demektir.

Bu itibarla bir mahlûk ne kadar kendi cevherini mükemmel bir surette

---

(10) **ROMMEN — Le Droit Naturel** (Fransızca tercüme) Sh: 186.

tahakkuk ettirirse o kadar onun «Diessein» ı, «Sosein» ine yaklaşır ve aynı nisbette cevher, varlıktaki kemalsizliğini yener.

Allah ise mutlak surette mükemmeldir ve yalnız onda vücutla cevher birbirinin aynıdır. O saf fiil, mutlak varlık son derece kemaldir. Mahlûk ise bilâkis ancak nakıs bir tarzda kendi cevherini tecelli ettirir. Fakat o kendi cevherinin tekâmülüne, kendi idesinin tahakkukuna mütemadî bir şekilde koşar. «Oluş» mahlûkun hassasıdır, «vücut» ise Allahın. Yaratılmış olan mahlûkun gayesi vücudünün idesinin tam bir tahakkuku, cevherinin varlık içinde devamlı bir gelişmesidir.

Bu söylediğimiz hal hariçten tahrik edildiği müddetçe cansız tabiata da kabili tatbiktir. Meselâ, san'atkârın yavaş yavaş maddeden meydana getirdiği heykel şekli gibi (11).

Hukuk mefhumuna gelince: «Olan hukuk» bilginin mevzuudur ve olan hukuk hiç bir zaman olması lâzım gelen hukuk değildir. Bu bakımdan mahz hukuk mektebi haklıdır. Yani ampirik varlığı «olması lâzım gelen» in kaynağı olarak kabul etmemekte haklıdır. Zira vakıa sırf vakıa olmak sıfatiyle hukuk halini alamaz. Vakıa hukuku yoktur. Hukukun temeli ancak bir vakıa içinde kendi tahakkukuna doğru koşan bir cevher olabilir. Zira bir şeyin cevheri, onun oluş seyrinin, tekevvününün düsturu (normu) ve gayesidir. Her varlık kendi cevherini tahakkuk ettirmeye temayül eder ki bu yol hayırlı olan yoldur. Böylece insan idesinin kemali, ahlâkî hareket düsturu ancak şu olabilir:

«Cevherini tahakkuk ettir.»

Keza «iyilik yapılmalı ve fenalıktan hazer edilmelidir» şeklindeki ahlâki prensip, maddî muhtevasını bizzat insan tabiatından alır. Makul hür ve içtimaî mahluk olan insan tabiatından. İşte bir tabiî sosyal ahlâkın mevcudiyeti buradan çıkar. Keza bu sosyal ahlâkın bir kısmı olan asıl manadaki tabiî hukukun mevcudiyeti de bunlardır. Bunların her ikisi de sosyal felsefeye dayanırlar. Nihayet hukukî normların icbar kuvveti böylece makul mahluk olan insanın sosyal tabiatının cevherinde kendisine objektif bir temel bulmuş olur (12).

E — Tabiî kanun ve tabiî hukuk:

Varlık kanunları faal irade hakkında hattı hareket normaları halini alırlar. Ebedî kanun dünyanın ontolojik kanunu, hür ve makul mahluk hakkında tabiî kanun olur. Zarurî bir surette içtimaî mahlûkun tekâmülüne müte-

---

(11) **ROMMEN** — a. g. e. Sh: 191.

(12) **ROMMEN** — a.g.e. Sh: 208 - 209.

allik olan şey behemehal tahukkuk etmelidir. Daha doğrusu irade vasıtasiyle tahukkuk ettirilmelidir. Kasten «zaruri bir surette taalluk eden» diyoruz. Zira tabiata göre «âdil» i ve tabiata göre «ahlâkî fiil» i teşkil eden şey yalnız budur (13).

«Nev'i mahlûkun, meselâ biyolojik mahlûkun tahakkuku, tekemmülü aynı zamanda ahlâkiyetin tekemmülüdür. İşte bu fikir varlık felsefesine olan itimat üzerine müessestir. Ahâkiyet biyolojik kanunlara hürmeti emreder, bu biyolojik kanunlar en nihayet ahlâkiyet ile intibak ederler» (14).

O halde tabiî hukuk makul mahlûk olmak sıfatiyle insan tabiatında mekmuz olan ve behemal tahakkuk etmesi gereken bir hukuktur. «tabiî hukuk... bir kanunlar mecmuası değildir. Tabiî hukukta **casuistique** yoktur. Fakat tabiî hukuk her türlü tarihî imkân ve ihtimallerin fevkinde dolaşan bir ideal kanun da değildir. O, bir «objektif ruh», hadisât âleminde mütemadiyen yeni yeni muhtevalar bulan sırf bir şekil de değildir. Keza o asıl manasiyle «ilzam etmeyen» ve hiç bir zaman «hukukî bir kıymeti» olmayıp ilzam kuvvetini ve vucûdî şeniyeti (réalité existentielle) yalnız müsbet hukuka terkeden bir norm da değildir. O Aristoteliko - tomist felsefesinin mütearifesine göre tam ortadadır. Çok ile azın arasındadır, istidlâli rasyonalizm ile ancak haricî vakıaları kale alan tecrübeciliğin ortasındadır (15). Tabiî hukukta ancak asgarî sayıda bir iki kaide vardır ki bunların reddi adâlete ve insan tabiatının cevherine mugayir olur. Meselâ «büyüklerine hürmet et, öldürme, çalma, karını boşama, küfretme, iftira etme gibi kaideler böyledir. Diğer kanunlar ise muhtelif halve şartların derin tetkiki neticesinde bulunabilir (16).

ROMMEN tabiî hukuktaki kaidelere misal olarak böylece evamiri aşereyi zikrettikten sonra tabiî hukukun muhtevası olarak da iki düsturu gösterir: 1) Haklı olanı yapmak lâzımdır. 2) Haksız olanı yapmaktan içtinab etmek lâzımdır ve ilâveten eski olduğu kadar hürmete lâyık olan üçüncü bir düsturu da kaydediyor 3) Herkese kendisine ait olanı vermek (17), ve bu prensiplerden, hususî mülkiyetten devletler hukukuna kadar bilcümle hukuk kaidelerini istihraç ediyor ve yalnız evamiri aşere ile bu iki üç prensibin bedahat mertebesinde olup, diğerlerinin aklen bunlardan istihracı gerektiğini ihtar ediyor (18).

---

(13) **ROMMEN** — a.g.e. Sh: 211.
(14) **ROMMEN** — a.g.e Sh: 236.
(15) **ROMMEN** — a.g.e. Sh: 248.
(16) **ROMMEN** — a.g.e. Sh: 250.
(17) **ROMMEN** — a.g.e. Sh: 254.
(18) **ROMMEN** — a.g.e. Sh: 290.

Tabiî hukukla müsbet hukuk arasındaki münasebete gelince: ROMMEN' e göre bunların arasında daimî bir tearruz olduğu iddiası asılsızdır. Zira tabiî hukuk müsbet hukukta tahakkuk etmek ister ve tahakkuk edince de bu müşbet hukukun kıstası ve rehberi olmaktan fariğ olmaz. Müsbet hukukun içinde daima tecellî ve tahakkuk etmiş bir tabiî hukuk cevheri vardır. Bu olmadığı zaman müsbet hukuk adâlete aykırı hukuktur.

Maamafih tabiî hukuka her aykırı olan kanunun bu sebeple behemehal muta' olmaktan çıktığı zannolunmamalıdır. Ancak mahiyeti itibariyle gayri ahlâkî olan, günahı emreden müsbet kanunlara itaat etmemek lâzımdır. Yoksa bir çok adaletsiz yani tabiî hukuka aykırı kanunlar vardır ki bunlara itaat gerekir. Çünki böyle de olsa bunlar gene iyi bir nizamın muhafızıdırlar ki bu nizamın vücudu tabiî hukukun emridir. Hülâsa aslında tabiî hukuk vazii kanuna hitap eden bir kanundur. Yoksa ferde değil. Ferd her şeyden evvel vazii kanunun emirleriyle mukayyettir.

Hülâsa ahlâkla hukuk arasındaki vahdeti teminat altına almak tabiî hukukun ezelî ve edebî fonksiyonudur. Hukukun temeli adâlettir. Adâlet ve hakikat aynı şeydir ve kanuna yapan hakikattir ve hakikî hürriyet adâlete bağlı olmak demektir (19).

F — ROMMEN'in görüşlerinin değeri meselesi:

Tabiî hukuk rönesansının bâriz karekteri tabiî hukuku çağdaş zihniyetin kabul edebileceği bir tarzda arz ve takdim etmek ve bilhassa bu zihniyetin indinde muteber olan ispat yollariyle meydana koymak olduğu halde eserini 1935 senesinde kaleme alan ROMMEN klâsik an'anevî tabiî hukuk meselesinde hiç bir yenilik yapmak lüzumunu hissetmemiştir. Bütün fikirleri ve mesnetleri kendisinin de iftiharla söylediği gibi St. THOMAS'nın şerhlerinden ibarettir. Bizim burada ROMMEN'e ayrı bir yer ayırışımızın asıl sebebi hukukî tefekkür âleminde âdeta bir akide halini almış olan tabiî hukuk fikrinin hemen her zaman bütün taassubiyle eski esaslarına ve taleplerine avdet etmeye ne kadar meyyal olduğunu bir kere daha göstermekten ibarettir. Tabiî hukukun haddi zatında hukuk idesini temsil ettiğini iddia ederek tabiî hukuk tâbirine karşı tasvipkâr olmayan bir tavır takınanları tenkid edenler bu fikre razı olunduğu takdirde derhal tabiî hukuk akidesinin müteassıp müdafilerinin ifratlarıyla karşılaşmak tehlikesini hatırlamalıdırlar. Netekim önümüzdeki bölümde tabiî hukuk taraftarlarının tabiîlikle de iktifa etmeyip yeniden ilâhî hukuka dönmek istediklerini açıça göreceğiz. Burada ROMMEN'in fikirlerinin tenkidini yapmayı zait buluyoruz. Çünki doğrudan doğruya St. THOMAS'ya bağlandığını söyleyen müellif St. THOMAS'nın zamanından be-

(19) **ROMMEN** — a.g.e. Sh: 304.

ri klâsik tabiî hukuk nazariyesinin maruz kaldığı bütün tenkitleri daha baştan tekabbül etmiş demektir ve doğrusunu isterseniz bu tarzda bir tabiî hukuk müdafaası münakaşa mevzuu edilemiyecek olan bir îman problemi halini almıştır.

21 — D. DRAGHİCESCO'NUN SENTEZ DENEMESİ VE İLÂHİ HUKUK TEZİ.

Tabiî hukuk meselesi hakkında asrımızda serdedilmiş olan muhtelif görüşlerin bir sentezini yapmak isteyen DRAGHİCESCO' 1933 da münteşir «hukuk felsefesi ve tabiî hukuk» adlı etüdünde hukukî problemlerin halline müsbet ilim metodlarını müdahale ettirenleri bir hayli tenkid ve itham eder. Cemiyeti, tabiatın bir devamı; hukuku da tabiî münasebetlerin bir başka veçhesi gibi gören sosyolojik ekole bir hayli târizlerde bulunur ve «hukukun tetkikinde tabiî ilimlere has metodların taklidi meşru mudur; münasip midir yahut hiç değilse faydalı veya verimli midir? Keza hukukun temelini ve mahiyetini izahtan âciz olan bu metodlar hiç değilse onun tekâmül kanunlarını ve tekâmül istikametini gösterebilirler mi?» (1) tarzında vaz ettiği suallere sosyal ve moral vakıaların tabiî illiyet kanununun zaruriliğinden kurtuldaklarını ve ancak ahlâkî vecibenin gai illiyetine tabi olduklarını iddia ederek şu cevabı verir:

«Bu günün hukukî kaidelerini tetkik ederek yarınki kaideler hakkında bir şey söyleyemeyiz. Acaba uzun bir müddeti ele alarak eskileri tetkik edersek tekâmül şekilleri hakkında fikir verebilecek bazı temaüllere, bazı tekâmül serilerine yahut hukukun tekâmülü içindeki değişiklikleri evvelden tahmin imkânı veren herhangi bir ıttırat ve intizama raslıyabiliyor muyuz? Bundan belirsiz hiç bir şey yoktur. Pozitif hukuk kaidelerinin birer vakıa sıfatiyle ele alınarak ilmî tetkikleri, bunların tâbi oldukları tekâmül kanununu bildirmemekle kalmaz hatta bizzat bu tekâmüle mani olabilir. Çünkü pozitif hukuk hususiyle muhafazakâr olanın tâzizidir... Bu metod müsbet hukuk kaidelerinin kıymetini adâlet ve adâletsizlikle olan uygunluklarını, geçerliklerini kontrole yarayabilir mi? (2). Müellif bu suale bütün hukukçuların menfi cevap verdiklerine işaretten sonra buna gayet kesin itirazda bulunur.

«Müşahhas vakıaların ilmî tetkiki bizi genellemelere götürür. Genellemeler bugünkü hali bildirirler, gelecek hakkında hiç bir şey söyleyemezler. Bu genellemeler , adâletsiz görülen pozitif hukuk kaidelerini istikbalde daha iyi bir şekle sokmak için bir kıstas olarak kullanılamazlar. Müsbet hukuk kai-

---

(1) **D. DRAGHİCESCO — Philosophie du Droit et Droit naturel (Archives. 1935** No. - 2 Sh: 44 ve Sh: 267.

(2) **D. DRAGHİCESGO** — a.g.e Sh: 267.

delerinin geçirmeleri lâzım gelen veya geçirebilecekleri istihaleler hakkında hiç bir fikir vermezler. Şu halde hukukun müsbet ilmi, hukukî tekâmüle bir manidir. İdeali uzaklaştırır. Çünki o, idealin inkârıdır. Halbuki adâletsiz müsbet hukukuk kaidelerinin değiştirilebilmeleri için yegâne ölçü idealdir. Çünki ideal, insanın istek, ihtiyaç ve arzularının sentetik bir ifadesidir. Halbuki insan ef'al ve harekâtının gayesi sıfatiyle ideal, tabiî ilimlerdekinin aynı olan ilmî metodlarla keşfedilemez. İdeal kendisini tasdik ettirir ve kabul ettirir. O ispat edilemez. Olsa olsa ikrar ve itiraf edilir. Onun tek ispat tarzı gerçekleştirilmesi, herkese kabul ettirilmesidir.

Bütün bu müşahadelerin neticesi şu olmuştur ki tabiî ilimler ruh ve metodlarının hukuk sahasına tatbiki sadece kiyafetsiz ve faydasız olmamış fakat menfi neticeler de vermiştir.

Hukuku ve ahlâkı, tabiata irca etmek ve bunlara tabiî ilimlerin metodlarını tatbik etmek, onları kurmak değil inkâr etmektir (3). Hukukun temelini ve müterakki tekâmülünün sebeplerini başka yerlerde aramak lâzımdır» (4)

Görülüyor ki DRAGHİCESCO, müsbet ilimlerin metodlarının sadece hukukun daha sistematik bir şekilde arzı bakımından faydalı olduğunu söylemekte ve tabiî hukuk, adâlet ve hukukun temeli gibi mevzuların kat'î surette bu metodlarla tetkik edilmemesini teklif etmektedir.

B — Hukuk ancak sezgi veya vahyi ilâhi gibi bilâ vasıta yollarla anlaşılabilir.

Şu halde temel hukuk problemleri hangi metodlarla incelenecek ve nerede hangi sahalarda araştırılacaktır? Müellif, GURVİTCH'in hukukî normların asıl kaynaklarının sezgi yoluyla öğrenilen normatif vakıalar olduğu yolundaki tezinin, hukukun dış vakıalar gibi tecrübî metodlarla değil, vasıtasız bir bilgi ile bulunabileceği hakikatini belirttiğine işaret ettikten sonra nihayet hukukun temelinin ancak ilâhî hukukta bulunabileceğinde karar kılar (5).

Bu ilâhî hukuk hangi hukuktur? Müellife göre evleviyetle hıristiyan katolik akidesinin emrettiği hukuk. Zira «hakikati söylmeek icap ederse, ahlâk, en tam ve kâmil şeklini vahy mahsulü olan hıristiyan ahlâkında bulmuştur ve bu sebeple müsbet hukukun ilham kaynağını hıristiyanlığın mütekâmil şekli olan katoliklik teşkil eder ve müsbet hukukun kemaline yardım eder - zira müellife göre ortodoksluk ve liberal protestanlık, hıristiyanlığın bir gerilemesidir (6).

---

(3) **D. DRAGHİCESGO** — a.g.e. Sh: 269.
(4) **D. DRAGHİCESGO** — a.g.e. Sh: 270.
(5) **D. DRAGHİCESGO** — a.g.e. Sh: 274.
(6) **D. DRAGHİCESGO** — a.g.e. Sh: 279.

DRAGHİCESCO'ya göre hıristiyan dininin bütün milletlerde müşterek olmadığı mülâhazasiyle GENY'nin tabiî hukukun lâyikleştirilmesi lüzumundan bahsetmesi pek de yerinde değildir. Çünki tabiî hukuk hem hıristiyanlığın bütün mezheplerinde hem de esasen hıristiyanlıkla beraber diğer bütün dinlerde de aynen mevcuttur. Hatta bütün dinlerin birbirleriyle müşterek olan esas unsurlarının miktarı, asgarî tabiî hukuk kaideleri dediğimiz prensiplerin sayısından dafa fazladır. Yani dinler arasında müşterek noktalar hukuk sistemleri arasındaki müşterek noktalardan daha çoktur. Budizm, Musevilik, İslâmiyet ve onların vahy mahsulü olan ahlâkları tabiî hukuka aynı şekilde kabul eder ve müeyyedeler, bilhassa musevilik adâlet mefhumunu ve evamiri aşereyi vazetmekle en fazla tabiî hukuka tecelli ettirmiş bir dindir. «İslâmiyete gelince, o, haddi zatında hıristiyanlığın dejenere bir kopyesinden başka bir şey değildir» (7).

DRAGHİCESCO'nun fikirlerine daha fazla devamı fuzuli bulmaktayız. Zira tabiî hukuku ilâhî hukuka istinad ettirmekle belki pek açık ve samimî davranmıştır, zira ondan evvel bir çok müelliflerde «müteal insan fıtratı» «metafizik tekemmül ihtiyacı» «insanda fıtraten mevcut lâyetenahîye erişme, son kemalini bulma arzusu» ve saire gibi felsefî terimlerle çok defa doğrudan doğruya dinî olan bir çok mefhumlara lâdinî bir kisve giydirilmeye çalışılmıştır.

Ancak tabiî hukuk dâvası dinî hukuka irca edilince, bu hukukun yeryüzü sâkinleri arasında birleştirici bir unsur rolünü oynamaktan ziyade ayırıcı bir unsur haline geleceğini de unutmamak lâzımdır. Athée olan çağdaş zihniyete karşı bir birleşme vasıtası gibi kendisine başvurulan dinî zihniyet, kökleşip de umumun malı olur olmaz bu sefer de tabiî hukukun tahakkuku bakımından şu din veye bu dinin efdal olduğunu, ve meselâ tabiî hukukun behemehal hıristiyanlıkta mı yoksa behemehal Musevilikte mi daha iyi tahakkuk ve tecelli ettiğini tayin etmek dâvası ortaya çıkacaktır. Netekim DRAGHCESCO'nun söz gelişi olarak yaptığı ve samimi olduğundan şüphe olmayan İslâmiyet târifi, müslüman bir hukukçuyu ister istemez bu garip ilâhî - tabiî hukuk fikri aleyhine cephe almaya sevkedebilir. Filhakika müellifin bütün fikirlerinde aynı derecede isabet olduğu kabul edilirse, müslüman dinine sahip cemiyetler tabiî hukukun ne olduğunu kendilerinin «dejeneye bir hıristiyanlık» dan ibaret olan iptidaî dinlerinden değil ancak ve ancak hıristiyan dininden ve hatta onun da en efdal mezhebi olan katolik akidesinden öğrenecekler demektir!... Dinî zihniyetin, lâdinî mevzulardaki ezelî zaafı..

Maamafih hakikatte bütün bunlarla her dinin bir hayır - şer tefriki üzerine dayandığı yani müşterek bir ahlâkî esası olduğu söylenmek istenmekte-

---

(7) **D. DRAGHİCESGO** — a.g.e. Sh: 283.

dir ki bu da malûm bir hakikattir. Fakat kanaatımızca, bu kadarcık bir iştirak veçhi âlemşumul bir ahlâka müşterek temel hizmetini görse bile âlemşumul bir hukuka esas olamaz. Zira hukuk derin bir surette aklîdir ve bilhassa nizamîdir ve hukukun her şeyden evvel vüzuha, sarahate ihtiyacı vardır. O, umumî ve müphem direktiflerle iktifa edemez. Bu direktiflerin manevî kıymeti ne kadar büyük olursa olsun (8).

Diğer taraftan bütün dinler menşede ahlâkî ve hukukî dâvaların aynı hamur içinde yuğrulduğu ve uhrevî ve dünyevî nizamların tek elden idare edildiği bir sistemler halitası manzarasını arzettiğinden bunlar da bazı nizam esaslarını muhtevi olabilir. Fakat unutmamak lâzımdır ki her din mevcut muayyen bir sosyal nizamı yıkmak ve yerine yeni bir sosyol nizam kurmak gayesine mâtuftur. Biz sadece yıkılan ve kurulan sosyal nizamlarda müşterek olan esasları arayıp bulmakla iktifa edersek bu bize hiç bir şey temin etmez ve hele tabiî hukukçuların iddia ettikleri «ideal nizam rehberliği» vazifesini asla göremez. Zira yıkılan ve kurulan nizamlarda müşterek olan asgarî bir iki esas, yapılacak nizam için bir örnek teşkil edemez. Bu meselelere ilerde umumî olarak temas edeceğimiz için şimdilik fazla üzerinde durmıyacağız. Yalnız tabiî hukuk fikrinin katolik akidesini desteklemek bakımından daima pek müsait bir zemin teşkil ettiğine işaretle iktifa ediyoruz.

22 — N. ALEXEİEV'DE THOMİSTE TABİÎ HUKUK TELÂKKİSİNİN TENKİDİ VE HUKUKUN ATRİBÜTİF KARAKTERLERİNİN BELİRTİLMESİ, PROTESTAN TABİÎ HUKUK TELÂKKİSİNİN TERCİHİ.

DRAGHİCESCO'nun, tabiî hukuku Katolik akidesinin rehberliğine tevdi ettiğini belirttiğimiz sırada sabık Moskova Üniversitesi profesörlerinden NİCOLAS ALEXEİEV'in tabiî hukuk hakkındaki pek enteresan mütalâalarına temas etmeden geçmemiz doğru olmıyacaktır.

A — Tabiî hukuk ve «hukukun müdafaası».

ALEXEİEV, garp müellifleri tarafından hiç değilse hıristiyan dünyasında ezelî ve ebedî ve müşterek bir temel gibi telâkki edilen tabiî hukuk idesinin hakikatte şark hıristiyanlık âlemine yani Bizans Ortodoks kilisesine müessir olmadığını ve dolayısiyle kendisinin doğup büyüdüğü eski Rus hıristiyan muhitinde bu fikirlerin yerleşmemiş olduğunu söyledikten sonra tabiî hukuktan ne beklenebileceğini sorar. Kanaatınca tabiî hukuktan beklenen şey artık yalnız müsbet hukuka nümune olmak veya müsbet hukuku tekemmül yolunda kontrol ve irşad etme gibi vazifeler değildir. Bugün öyle bir çağdayız ki mevzuubahs olan şey artık hukukun kusurlusu veya mükemmeli dâva-

(8) NİCOLAS ALEXEİEF — Le Droit naturel (Archives. 1934. No. 1-2 Sh: 148).

sı değil, bizzat hukukun hayat memat meselesidir. Hukuk bugün bir varlık mücadelesi içindedir. Çünki yeni bir rejim - komünist rejimi - tahakkuk sahası bulmuştur ve müsbet veya tabiî hukuku değil alelıtlak bütün hukuku, bütün hukuk idesini reddetmektedir.

Bolşevizm, hukuku, bir sınıfın diğeri aleyhine kullandığı bir tazyik ve şiddet âleti olarak telâkki ettiğinden cemiyet için tamamen lüzumsuz addetmektedir. O halde tabiî hukuktan beklenen vazife her şeyden evvel hukukun hayat hakkını müdafaa etmekdir.

Acaba tabiî hukuk fikri bu mücadelede ne gibi bir yardımda bulunabilir? Hukuk için yapılacak olan bu mücadelede tabiî hukuk nazariyesini, tabiî ömrünü tamamlamış saymak ve buhranlı devrimizin yeni ihtiyaçlarını tatmine kifayetsiz addederek bundan vaz geçmek mi lâzımdır? İşte ALEXEİEV'in vazettiği mesele budur. Filhakika bu müdafaayı ancak hukuk felsefesi yapabilir. Çünki pozitivistler, mevzu kaidelerin dışında herhangi bir üstün prensibin, hukukun hikmeti vücudunu belirtecek bazı ulvî sebeplerin varlığını bilmemezlikten gelirler ve zaten bunları kendi tetkik sahaları içine de sokmazlar. Hukuku müdafaaya çağrılan felsefe ise bu müdafaayı ancak bu gibi yüksek gerçekliklerin vücudunu iddia ve ispat suretiyle yapabilecektir. Acaba tabiî hukuk bu ulvî ve müteal gerçeklikleri keşfetmeye ve bizatihi hukuku inkâr eden komünist nizama karşı onu müdafaaya muktedir olacak mıdır?

B — Katolik akidenin tabiî hukuk tefsiri:

Müellif gerek tomist tabiî hukukçuların gerek tabiî hukuku inkâr eden pozitivistlerin muayyen bir noktada birleştiklerini söyler: o da hukukun mahiyetini tamamen ahlâkî olarak kabul keyfiyetidir. Pozitivistler dahi, hukukun temelinde sırf ahlâkî kaideler bulunduğunu hiç değilse bu menşedeki kaidelerde hukukî ve ahlâkî unsurların birbirlerinden tefrik edilemiyecek kadar kaynaşmış bir halde bulunduklarını kabul ederler. Öyleki bunlara «tabiî hukuk kaideleri» denebildiği gibi «ahlâk kaideleri» de denebilir kanaatındadırlar (1). Bu yüzden tabiî hukukun taraftarları ile aleyhdarları arasındaki mücadele çok defa sırf tâbir ihtilâfı haline gelir. Keza bazı tabiî hukuk taraftarlarının, tabiî hukukla ahlâk arasında yapmak istedikleri tefrik nihayet sadece haricî unsurlara dayanır: Meselâ, tabiî hukukun zecrile müeyyedelenmeye salih kaideler olması gibi (Yani sırf ahlâkî kaideler böyle değildir). Yahut tabiî hukuk kaidelerinin sosyal bir ideali istihdaf etmelerine mukabil sırf ahlâk kaidelerinin ferdî ideallere mâtuf olmaları gibi.

Yani bütün bu telâkkilere göre tabiî hukukla ahlâk aynı hamurdan addedilir. Yalnız müellife göre REGLADE hakikî bir tefrike muvaffak olmuştur.

(1) N. ALEXEİEV — **Le Droit naturel** (Archives: 1934. No. 1-2. Sh: 139).

Çünki o PETRAZİCKY'nin nazariyesini benimmsemiştir. Böylece ahlâk kaidelerinin yalnız normatif oluşunu, hukuk kaidelerinin ise hem normatif hem atribütif oluşunu belirtmiştir. Tabiî hukuk mektebinin St. THOMAS'dan gelen kolu tabiî hukuku sırf ahlâkî bir tefsire tâbi tutmuştur. Bu akideye yapılacak belli başlı itiraz; hukuku, haddi zatında sahip olmadığı bir takım etik unsurlarla teçhiz etmesi ve ahlâka da oldukça yabancı gelen bir takım hukukî fonksiyonlar yükselmiştir.

C — Tabiî hukukun Protestan telâkisi ve sübjektif Tabiî hukuk meselesi:

Tabiî hukuk mefhumunun kâh objektif hukuk yani nizam kaideleri mânasına kâh insanın fıtrî iktidar ve ihtiyarının istimali imkânı mânasına geldiğini unutmamak ve bu iki ayrı tefsirin, iki ayrı azimet noktasını teşkil edeceğini daima hatırlamak lâzımdır.

Dikkat edilecek olursa St. THOMAS'nın, «Jus» kelimesini daima objektif mânada kullandığı görülür. Bu kelime onda «lex» yani kanun kelimesiyle karışır ki bu, her şeyden evvel bir ahlâk düsturu, bir hayat kaidesi, bir objektif nizam prensibidir. Bu akidenin muhtevası daima bir vazife emridir. Bir «devoir»dir.

«Sübjektif hukukun yani hakkın mevcudiyetini inkâr etmemekle beraber St. THOMAS buna hiç bir zaman «Jus» dememiştir. Sübjektif hukuku ifade için (mülkiyet hakkı, meşru müdafaa hakkı gibi) St. THOMAS «licitum» ve «potestas» tâbirlerini kullanmıştır ki bu tâbirler St. THOMAS için bir hukukî neviden muhtevayı ifade etmezler ve hukuk olaylarına has karakteristik vasıfları taşımazlar» (2). Yani St. THOMAS ve muakkiplerinin istinad ettikleri tabiî hukuk, bir cemiyet nizamının âfakî kaideleri hükmündedir ve ferde karşı sırf ahlâk kaidelerinde olduğu gibi daima emrî ve normatif durumdadırlar. Fransanın çağdaş tabiî hukuk müdafilerinin, bu hukukun mukabil temayülünü de kale almaları lâzımdı ve bu bakımdan cidden tenkide müstehaktırlar. Zira tabiî hukukun bu mukabil temayülü (yani tabiî haklar dâvası) hukukun felsefî telâkkilerinin inkişafında en aşağı ilk normativist temayül kadar müessir olmuştur.

D — Tabiî hukukun «hukukî» karakteri ve tabiî hak meselesi :

Tabiî hukukun bu ikinci temayülünü tayin için daha DUN SCOTT zamanına kadar gitmek lâzımdır. Malumdur ki DUN SCOT hukuku, akl ilâhi ile değil, iradeî ilâhiye ile izah eder ve St. THOMAS'ya taban tabana zıt

---

(2) **D. ODON LOTTİN — Le Droit naturel chez St. THOMAS** 1925. Sh: 355. (**N. ALEXEİEV**'den naklen: burada tabiî hukukun kanun mânasına geldiğini ve hakkın da bu kanunun mesağ verdiği hürriyet ve hareket imkânları ve salâhiyetleri mânasına kullanıldığını söylüyor.)

bir tefsirde bulunur. Hukuk onun nazarında Allahın emri olduğu için mutadır. Yoksa aklı ilâhinin tensibi olduğu için değil (3).

Hukukun menşei iradeî ilâhiyedir. İrade ise iki nevidir: 1) **Potentia ordinata**, 2) Potentia absoluta.

Bunlardan birincisinin prensibi (yani Allah tarafından tanzim edilen irade, Allahın iradesinden müştak olan irade) kanuna ve kanunun kurduğu nizama uygun hareket etmektir. İkincisinin yani mutlak iradenin prensibi ise hiç bir şeyle bağlı olmamaktadır. Yani mutlak irade kanuna karşı gelmekte serbesttir. O halde Allahın iradesi bakımından hukuk, kanuna tefevvuk eder (yani Allah vaz ettiği kanunun hilâfına hareket edebilir veya hilâfını vaz edebilir). Meşrut veya müştak olan evvelki irade bakımından ise (beşerî irade) kanun hukuka tekaddüm ve tefevvuk eder (yani beşer hukuku Allahın kanunu ile bağlıdır). Halbuki St. THOMES ebedî kanunların iradeî ilâhiyeyi dahi bağladığını iddia eder. Yani aklı ilâhî, iradeî ilâhiyeyi takyid ederdi.

İşte N. ALEXEİEV burada DUN SCOTT'un en yakın muakkibi olan HOBBES'e geçer ve artık evvelce DUN SCOTT'un ilâhî iradeye tanıdığı vasıfların bu sefer beşer iradesine izafe edildiğini belirtir. Yani artık insan «fıtraten», yaradılışı icabı tam hürriyete ve kudrete sahip bir mahlûk olarak düşünülür ve böylece sübjektif hak telâkkisi hukuk felsefesinin temel prensibi haline gelir ve tabiî hukukun ikinci temayülüne terceman olur ki bu temayül tomist kolun sırf ahlâkî tefsirinin tam zıddıdır. HOBBES'un indinde «Juste» ve «Droit» tâbirleri «her bir ferdin kendi tabiî meleklerini aklı selime göre kullanma hüriyeti» nden başka birşey değildir. Başka tâbirle «Jus» kendi kudretinden ve kendi tabiî kuvvetinden faydalanmak hususunda ferdin haiz olduğu mâsum bir hüriyettir».

HOBBES hukukun bu telâkkisini, «tabiî kanun» mefhumundan yani ferde vazife emreden düsturdan ayırır. Onun kanaatınca hak, kanundan istihraç edilmez. iBlâkis bu iki fikir birbirine zıddır, fakat birbirini ikmal ederler. Nihayet bu zıdları telif için meşhur «tabiî hal» prensibini ortaya atar ki bu tabiî hal tarihî değil farazîdir (4).

Yalnız «hak»ların vücudu cemiyeti idameye yetmiyeceğinden - çünki bunların çatışması neticede hakları ilgaya varır - araya vazifeleri de sokmak yani «kanun»u, objektif hukuku müdahale ettirmek lâzımdır. Böylece kanundan sadır olan «vazife», insandan nebean eden «hak»ın imdadına koşacak ve hukuk böylece çift bir karekteri ihraz etmekle tekemmül edecektir.

---

(3) **DUN SCOTT** hakkında pek müfrit bir tomist olan **H. ROMMEN**'in eserinde oldukça menfi tenkid ve tahlillere rastlanır: **H. ROMEN' — Droit Naturel.** 1945. Sh: 78.

(4) **N. ALEXEİEV** — a.g.e. Sh: 142.

İşte tabiî hukukunu Protestan telâkkisinin meziyeti, hukukî normların bu iki taraflı karekterini, hem normatif hem atribütif oluşlarını tebarüz ettirmesindendir. Halbuki tomist telâkki sadece ahlâkî emirler gibi vesayâda bulunmakla iktifa eder. Fakat bu vesayâdan faydalanacak olan kimselere, bunların yerine getirilmesini talep hakkını vermez.

Filhakika her hukukî emir muhatapta bir ihtiyarı tazammun eder. Eğer muhatap hem şöyle hem böyle yapmaya muktedir olmasaydı, şöyle yapmayıp da böyle yapması için bir emir vermenin manası olmazdı. Demekki kanun, muhatapta bir ihtiyarı, bir yapabilme kuvvetini farzediyor. Bilâhara WOLF, hukukun bu çift cepheli karakteri üzerinde esaslı bir şekilde durmakla iktifa eder. Fakat bu vesayâdan faydalanacak olan kimselere, bunlasindendir. Halbuki tomist telâkki sadece ahlâkî emirler gibi vesayâda bulunmuştur. Modernlerden MERKEL ve PETRAZYCKİ tarafından bu husus tam bir şekilde izah ve tefsir edilmiştir.

E — Ahlâk ve tabiî hukuk:

ALEXEİEV, hukukun bu çift cepheli karakteri ile ahlâkın tek cepheli yani sırf emrî, sırf vazifevî karekterini iyice belirtmek ve tefrik etmek lüzumuna kanidir. Ahlâk her şeydne evvel vazife fikri (devoir) üzerine müessestir ve bu vazifenin behemehal sarih düsturlar halinde izah edilmeye ihtiyacı yoktur. Tam ahlâk hali yalnız ferdin ahlâkî vazifesinin şuuruna varması ile değil, aynı zamanda bunu serbestçe ifaya muktedir olmasiyle tahassül eder. Ahlâkî faaliyette «d e b e r e'» (devoir), (mükellef olmak) ve «p o s s e» (pouvoir) (muktedir olmak) birbirlerine sıkıca bağlıdır ve bu sahada birbirlerinden ayrılamaz durumdadırlar. Halbuki hukukî faaliyette ise bunlar birbirinden ayrıdır. Daha doğrusu zaten hukukî faaliyet mükellef olmakla muktedir olmak arasında (d e b e r e) ile (p o s s e) arasında bir faklılaşma zuhur ettiği anda başlar. Zira bu safhada hemcinsimizle olan munasebetlerimiz başka bir renk alır. Burada (iktidar veya ihtiyar) ile (vazife) zaruri olarak birbirinden ayrılır. Zira bunların vahdetini biz yalnız kendi içimizde tahakkuk ettirebiliriz. Ahlâkî sahada hem mükellef hem muktedir olan şahsiyet bir kişidir. Hukukî sahada ise biz hem cinsimizin vicdanını onun vazife hissini murakebe edemeyiz. Biz onun iradesini yani iktidarını vazife hissi istikametinde tahrik edemeyiz.

Bir adam bize karşı bir şey yapmakla mükellef olduğu zaman, onun mânevî kudreti, mânevî enerjisi bizim için erişilemiyecek, dokunulamıyacak bir noktada bulunur. Başkalarının iradelerini biz, kendi irademizi bağladığımız derunî vasıtalarla (yani ahlâkî hisle) bağlayamayız. Başka adamların vicdan ve iradelerine tesir etmek için bize artık başka vasıtalar lâzımdır. Bundan dolayıdır ki hukukun doğduğu sahada yani insanlar - arası münasebetlerde p o s s e, tamamiyle d e b e r e den farklı ve müstakil bir olay haline gelir. Artık bunlar arasındaki samimî rabıta kesilmiştir. Bu andan itibaren bun-

ları ayrı ayrı ele almamız lâzımdır ve onların nev'î hususiyetlerini hesaba katarak farklı tabiatlarına göre davranmamız icap eder. Bu ayrılma «hak»ın hususî bir telâkkisini doğurur ki biz bunu «vazife»ye karşı tutarız. Böylece derunî ahlâkî hayatımızın hiç tanımadığı yeni bir diyalektik münasebet doğmuş olur (5).

Esasen ahlâk üç beş kat'î ve mahdut norma irca edilebilecek bir şey değildir. O, hudutsuz kemal isteyen mistik ve intuitif bir kaynaktan gelen sonsuz bir iştiyaktır. Hukuk ise daima ahlâktan daha aklîdir. Hukuk itaat olunacak kaidelerin sarahatla çizilmesini ister. İnsanlar arası münasebetler, haklarla vazifelerin kat'î mutabakatını istilzam eder. Hukuk için behemehal haklarla vazifelerin tekabülünü iyice tanzim eden kaideler bulunmalıdır. Çünki bunlar arasındaki ahenksizlik cemiyeti altüst edebilir. Norm muhtevalarını teşkil eden mefhumlar işte bu mülâhazalarladır ki tam bir sarahati haiz olmalıdırlar. En ufak bir müphemiyet ve yanlışlık azim münakaşa ve ihtilâflara sebep olabilir.

Halbuki ahlâk bir kaide merhalesinde durmak istemeyen bitmek tükenmek bilmeyen bir tekâmülü ifade eder. Onun kaynağı, aklın izah edemiyeceği hissî ve mistik sebeplere dayanır. Ahlâkta hiç bir zaman vazifelere tamamen riayet edildiği ve artık bütün mükellefiyetin ifa edildiği hissi yoktur. Ahlâk ebedî bir tekâmmüldür. Onun için ahlâkta sarih hudutlu kaideler değil ancak umumî direktifler, umumî istikametler vardır.

Tabiî hukuk mektebinin bir kolu olan St. THOMAS ve muakkiplerinin, müsbet kanuna verilecek aklî şeklin, ahlâka en fazla uyar şekil olduğunu söylemeleri doğru olamaz. Bu, ahlâki şeklileştirmeye ve basitleştirmeye varır. Hülâsa müellife göre bugün Fransız tabiî hukuk mektebine hâkim olan sırf ahlâkçı ve normatif tefsir, bir «ahlâkî hukukçuluk» hatasını irtikâp etmektedir. Burada işlenen hata rasyonel bir hukukî şekil altında ifade edilen ahlâkî hakikatleri, mümkün olan bütün ahlâkî vicdanın en ulvî tezahürü gibi telâkki etmektir. (Netekim bu ahlâkî hakikatlere DABİN ve RİPERT ahlâk düsturları der, LE FUR ise tabiî hukuk düsturları der). Halbuki evamiri aşeredeki gibi mahdut ahlâk kaidelerine olsa olsa «müsbet ahlâk» demekle iktifa edilmelidir. Zira bunlar ahlâkın hukuka en yakın olan parçasıdır ve asıl Ahlâk, böyle asgarî birkaç hattı hareket düsturundan ibaret değildir.

F — Tabiî hukuk nazariyesinin, hukukun müdafaasındaki kifayetsizliği:

Hukuk, iki taraflı karakteri dolayisiyle daima karşılıklı ve fiilî münasebetlerden nebean etmiştir. PETRACYSKİ'nin anladığı mânada normatif vakıalardan sudur etmiştir. Bu itibarla hukukun hemen daima müessesevî ve fiilî

(5) N. ALEXEİEV — a.g.e. Sh: 147.

kaynaklara dayandığını unutmamak lâzımdır. Hukuku ahlâka irca etmek hatadır. Ahlâk fiilî ve müessesevî kaynaklardan ziyade hadsî ve derunî bir menşeden gelir. O, esaslı bir şekilde mistiktir. Bu itibarla tabiî hukukun ahlâkî tefsirini temsil eden tomist akide hukukun müdafaası bakımından kiyafetsizdir.

Hukukun, ahlâka istinadı dolayısiyle değil, belki iki taraflı beşerî münasebetleri tanzime mâtuf olması dolayisiyle bütün insan cemiyetleri için zarurî olduğu ispat edilmelidir. «Hukuk, ahlâkî temeli dolayısiyle bütün içtimaî nizam için elzemdir» demek kâfi değildir. Bolşevikler de içtimaî ve ahlâkî nizamı kabul ederler. Fakat bunun behemehal hukukî bir nizam olmasını reddederler. Hatta sırf otoriteye dayanan, sırf dini imana dayanan cemiyet nizamlarını da misal gösterirler: Dinî cemiyetler, tarikatlar, askerî cemiyetler gibi.

Onun için hukuk müdafaasında yapılacak şey başkadır ve bunu başarabilmek için de tabiî hukuk nazariyesi kiyafetsizdir. Zira tabiî hukuk taşıdığı kıymete ve hukuk için mücadelede sarfettiği hizmetlere rağmen nihayet hukuk idesi hakkındaki bir dokrinden ibaret kalmaktadır. Bu dokrinin materyeli ise zamanımız gibi koplike bir devrin ihtiyaçlarını karşılamaya yetişmez. O nun için hukukun müdafaasında tabiî hukukun yanında, Hukuk Sosyolojisinin de hizmeti sebketmelidir.

Hukuk Sosyolojisine düşen rol bir sıhhatlı uzviyetin hukuksuz yaşayamıyacağını ispat etmek olmalıdır.

Böylece ALEXEİEV tabiî hukuk idesinin kıymetinj teslim etmekle beraber kendisinden beklenen büyük roller için biraz zayıf bir âmil olduğnuu belirtmekte ve bütün ehemmiyetin ahlâkî cepheye teksifine tarafdar görülnemektedir.

Müellif sübjektif hakların ehemmiyetini belirtmek ve tabiî hukuku yalnız vazii kanunun iradesi üzerinde müessir olmaya gayret eden sırf ahlâkî prensipler olmaktan kurtarmak istemektedir. Kendisi hukukun iptidaî kaynakları hakkındaki kanaatlarını «Hukuk felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Milletlerarası Enstitüsü» nün ilk kongresinde mufassa bir şekilde izah etmiş ve vardığı neticelerin kısmı âzamı LE FUR'ün dahi tasvibine mazhar olmuştur (6).

N. ALEXEİEV'e temasımızın asıl sebebi ikinci dünya harbi sonunda politik sahada yeniden doğan «insan hakları» meselesinin bir mübeşşiri sayılabilmesinden dolayıdır. Netekim ilerde göreceğimiz gibi çağımızın hususiyeti tabiî hukuk nazariyesinin St. THOMAS'dan gelen objektif tabiî hukuk te-

---

(6) **N. ALEXEİEV — L'Acte Juridique Créteur, Comme Source Primaire du Droit. (Le Problème des Scurces du Droit Positif. Annuaire.** 1934. Sh: 208).

lâkkisi istikametindeki ahlâkî tefsiri cihetinde olduğu halde ikinci dünya harbinden sonraki tabiî hukuk cereyanları daha ziyade «tabiî haklar» istikametindedir. Halbuki XIX. cu yüzyılda, XVII ve XVIII. ci asır tabiî hukuk mektebinden gelen tabiî hukuk nazariyesi bir hayli hırpalanmış olduğu için XX. ci asır bir iki asgarî nizam prensibi mânasına gelen objektif tabiî hukuku ihya etmek istemişti. Tabiî hukukun ikinci dünya harbinden sonraki politik rönesansı esas itibariyle XX. ci asırda nüksettiği görülen objektif tabiî hukuk cereyanından ayrıdır. Yeni politik tabiî haklar cereyanında mukavelevî karakter ve insanlık hak ve hürriyetleri dâvası birinci plânda rol oynar ve bu cereyanın temeli metafizik olmaktan ziyade politik prensiplere dayanır. Bunlara biraz sonra tekrar temas edeceğiz.

23 — GUİSTAN'IN PROTESTAN TABİÎ HUKUK TELÂKKİSİNİ MÜDAFAASI.

LAUSANNE Hukuk Fakültesi profesörlerinden F. GUİSAN, tabiî hukukun BARBEYRAC'den gelen an'anevî kolunu takip eder ve Protestan telâkinin mümeyyiz vasfı olan tabiî hukukun ahlâkîlikten ziyade hukukîliği noktasında ısrar eder.

1940 senesinde İlâhiyat ve Felsefe Dergisinde neşrettiği makalesiyle tabiî hukuk nazariyesinin müteassıbane bir şekilde müdafaasını emreden GUİSAN bazı noktalarda tomist muakkiplerden ayrılır ve daha geniş tefsirlerle teoriyi herkesce kabul edilebilir bir hale sokmak ister. GUİSAN'ın hususiyetini beş bentte toplamak kabildir:

A — Tabiî hukukun gerçekliği:

Müellif tabiî hukukun, hasselerimize hitap eden bir gerçeklik olmayıp Allahın gerçekliği nevinden bir gerçeklik olduğunu söyler (1). Bu itibarla tabiî hukuk nihaî ve kat'î bir şekilde keşfedilmiş olmaktan uzak olarak, insan tarafından bin bir müşkülâtla ve çok defa elemli tecrübeler sonunda anlaşılabilir. bir şeydir (2). Müteaddit katolik taraftarlarının dediği gibi vahyi ilâhî sayesinde tabiî hukukun tamamen münkeşif bulunduğu iddia edilemez. Yapılacak şey tabiî hukukun esas menşeinin Allah olduğunu kabul edip bunun teolojik telâkki tarzını reddetmektir. Bu mümmkündür ve en makul tarzı hareket de budur.

B — Tabî hukukun hukukîliği:

Tabiî hukuk ne ahlâkçının ne de ilâhiyatçının iştigal sahasına girmeyip

---

(1) F. GUİSAN — Note sur le Droit Naturel (Revue de Théologie et de Philosophie No. 114 - 115, Lausanne, Janbier - Ruin. 1940) Sh: 4.

(2) F. GUİSAN — a.g.e. Sh: 8.

doğrudan doğruya hukukçunun meşgul olacağı bir mevzudur. Zira bu, bizzat bir hukuk nizamıdır.

C — Adâlet; br irade, bir arzudur:

ULPİANUS'un adalete mütedair târifinin tenkidi haksızdır. Bu târifte hemen daima s u u m c u i q u e üzerinde durulup, s u u m'un mütemadiyen değiştiği, sabit ve malûm bir şey olmadığı ileri sürülmektedir. Halbuki dâva s u u m da değil, adâletin müstekar ve ebedî bir hak dağıtma iradesi olduğunu belirten c o n s t a n s et p e r p e t u a v o l u n t a s ibaresindedir. Adâlet her şeyden evvel bir iradedir ve bir fazilettir. Esasen bütün tabiî hukuka mütedair târifler, adâlete mütedair veziceler, adâletin küllünü, tamamını ifade etmekten uzaktırlar. Bunlar adâletin bir parçasını ancak bir cephesini temsil ederler, o kadar (3).

Bu prensiplerin menşeleri, yani meş'ur bir şekilde mütefekkirlerden mi yoksa gayrı meş'ur bir şekilde halkın vicdanından mı çıktığı mühim değildir. Mühim olan bu gibi hukukî mahsullerin s p o n t a n e ile r a s y o n e l'birbirleriyle işbirliğinden ve birbirlerini karşılıklı kontrol etmelerinden sadır olmuş olmasıdır (4).

D — Tabî hukuk bir kaç prensiple tahdit ve tayin edilemez:

Tabiî hukuk prensiplerinin sayısı bir şey ifade etmez. İki üç prensiple iki üç vecize ile bütün içtimaî hayata hâkim olunabileceğini iddia edenler ancak yarı - hukukçulardır ve her ilmin kendine göre şarlatanları vardır. Hakikatte her tabiî hukuk düsturu müşahhas ve muayyen bir hususî hale cevap olarak, sureti hal olarak vazedilmiş bir kaidedir. Bu hal sureti son derece mücerretleştirilerek saf bir düstur haline kalbedilince artık bunun doğrudan doğruya vakıalara tatbiki imkânsız olur. Hakikatte herhangi bir vakıa müteaddit cephelerden muhtelif tabiî hukuk prensiplerini ilgilendirebilir ve birinin sahasına girmeyen veya ona aykırı gibi gelen cephe, hakikatte bir

E — Müsbet hukukun otoritesi tabiî hukuka uygunluğundan ileri gelir:

Müsbet hukuk kaideleri cevherlerini tabiî hukuktan alırlar. Fakat tabiî hukuk «mütehavvil muhtevalı» bir çerçeveye veya «ideal hukuk» değildir. Tabiî hukuk her şeyden evvel bir hukukî nizamdır. Müsbet hukukun kendisinden ayrılması imkânsız bir unsurudur. Katolik - tomist koldan gelenler, tabiî hukuku vazii kanunun ahlâken kendisine ittiba etmesi icap eden bir prensipler mecmuası gibi telâkki ederler. Bu yanlıştır. Vazii kanun tabiî hukuka

---

(3) **F. GUİSAN** — a.g.e Sh: 11.

(4) **F. GUİSAN** — a.g.e. Sh: 13.

ittiba etmezse zaten kendisini tehlikeli bir duruma sokmuş olur. Çünki yaptığı şey zulümdür ve zulme karşı isyan tabiîdir ve tabiî hukuk bunu bir sübjektif hak olarak tanır. İtaat vecibesi ancak hukuk olan şeye karşıdır. Tabiî hukuka aykırı bir kanuna cebren ve kerhen boyun eğilir. Fakat bu, itaat vecibesinin ifası demek değildir. Zira bu cebir bertaraf edilebilir bir hale geldi mi derhal isyan mukadderdir. Hülâsa müsbet kanunlar kendi kuvvet ve otoritelerini tabiî hukuka uygun olmalarından ve uygun oldukarı nisbette haizdirler.

GUİSSAN'ın diğer fikirlerinde fazla bir hususiyet yoktur. Adâletin bir insiyak olduğunu ve bir çok insanlarda mevcut olan adâlet hissinin, pozitiistlerin inkârlarını boşa çıkardığını söyleyen müellif nihayet tabiî hukukun bir gün gelip hukukçulara aşkı ilâhinin arzu ettiği Civitas Maxima'nın barışsever kanunlarını da ilham edeceğini ümid eder.

24 – İKİNCİ DÜNYA HARBİ İÇİNDE VE HARP SONRASINDA TABİÎ HUKUK MESELESİ.

GUİSAN, tabiî hukuktan Civitas maxima'nın sulhcu kanunlarını ilham etmesini istemekte yalnız değildi. Hemen bütün dünya herhangi bir ulvî kaynaktan istimdad etmek durumunda idi. Zira XX. ci asır birinci dünya harbi ile halledemediği çeşitli problemler ve müşküller girdibâdından kurtulmak için son bir hamle yapmış fakat başvurduğu bu ikinci silâh da kendisini kurtarmaya kâfi gelmemiştir. Dünyanın içinde bulunduğu müşkülleri harp yoluyla halletmenin imkânsızlığı bir kere daha anlaşılmış ve ikinci dünya harbi sonunda eski dâvalar hallolmadıktan maada bunlara büsbütün hallolmaz neviden yepyeni problemler de ilâve olmuştur. Hukuk felsefesinde ikinci dünya harbinin akisleri, henuz tam tebellürünü bulmamış olmakla beraber, oldukça mühimdir. Harbin zuhurundan ve sulhün hâlâ akdedilememesinden totaliter devletleri mes'ul tutan dünya umumî efkârı bu devletlerin rejimlerine kanunlarına «hukukî»lik vasfını tanımamk istememiştir. Bir taraftan müfrit milliyetçi ve sağcı hukuk sistemleri, öbür taraftan sınıf hâkimiyeti üzerine müesses solcu otoriter sistemlerin müesseseleri ve nizamları «hukuk» dışı emri vakiler, fert veya sınıf diktatörlüklerinin ancak muvakkat bir zaman için hükümlerini sürdürebileceği muvakkat dalâlet devirleri olarak vasıflandırılmak istenmiştir.

İşte tabiî hukuk, yani ırk ve sınıf farkının mevzubahis oldğu sosyal ve tarihî şartların fevkinde, herkes için, her millet için müşterek nizamı temsil eden «tabiat»dan sadır olma bir hukuk fikri, bu safhada harbin açtığı bütün yaraları saracak bir deva gibi telâkki edilmişti. Esasen buhran ve harp zamanlarında tabiî hukuka başvurulması hâdisesi ilk defa zamanımızda vaki bir hal değildir. Bilâkis bu devreler daima tabiî hukuk nazariyesinin en fazla revaçta olduğu zamanları teşkil eder.

Bu safhadaki eserleri ve hareketleri biz iki bölümde toplamak arzusundayız: a) Tomist akidenin asrımızın başlangıcındaki rönesansını temsil eden ve bu safhadaki büyük mübeşşirleri ve kurucuları sadakatle takip eden eserler, b) Harp sonrası dünyasında «insan hakları» meselesini birleşmiş milletlerin siyasî ideolojisi halinde ifade eden eserler ve cereyanlar.

A — Tabiî hukuk rönesansının muakkipleri:

Bunlar GENY ve LE FUR gibi belli başlı kurucaların ve bunların kanatiyle klâsik tabiî hukuk nazariyesinin veya DEL VECCHIO gibi yeni görüşlerin sadık muakkipleri durumundadırlar. Ezcümle kıymeti hukukçumuz İSMAİL NİHAT ERİM'in 1939 da Paris'de neşrettiği **«Le Positivisme juridique et Droit International»** adındaki doktora tezi. Keza N. POLİTİS'in 1943 de yayınladığı **«La Morale Internationale»**i ve GALLUS MANSER'in 1944 de Fribourg'da çıkan **«Das Naturrechts in thommistisher Beleuctung»** adlı eseri keza CH. JOURNET'nin 1942 de Nova et Vetera'da münteşir **«Sur le Droit Naturel»** ve gene JAN DARBELLAY'in 1945 de çıkan **«la Règle juridique»**i ve ALFRED COSTE - FLORET'in 1946 da neşrettiği **«Les Problemes Fondamentaux du Droit»**sı, keza aynı sene çıkan Yunanlı müellif CONSTANTİN EMM. PERİPHANAKİS'in **«La Thèorie grecque du Droit et le Classicisme actuel»** adlı eseri ve nihayet HANS THİEME'nin 1947 de münteşir **«Das Natureiht und die europaeische Privatrechtsgeschichte»** zikredebilir.

Bunlardan başka HANS RYFFEL'in 1944 de münteşir **«Das Naturrecht»**i tabîi hukuk meselesini davranış psikoloji zâviyesinden inceleyen ve bu bakımdan nev'î bir hususiyet arzeden bir eserdir. Müellifin fikrince tabiî hukuk meselesinin halli için en elverişli yol universel comportement nazariyesidir, ve bu nazariyeye göre tabiî hukuk fikrinin şayanı kabul olan nüvesini ancak doğru bir şekilde anlaşılan hukuk teşkil eder ve bu suretle beşerî gerçeklikte tabiî hukukun tahakkuku kabil olup olmadığı, yani adâletin mümkün olup olmadığı meselesi halledilmiş olur. (1) Yalnız muayyen bir felsefî görüşe göre tabiî hukuku inceleyen müellif nevi şahsına mahsus bir hususiyet arzeder.

Bunlardan başka Frankfurt Üniversitesi profesörlerinden HELMUND COİNG'in 1947 senesinde çıkan **«Die Obersten Grundsaetze des Rechts»**i ve aynı müellifin 1950 de çıkan **«Grundzüge der Rechtsphilosophie»**si de tabiî hukuk bakımından enteresan hususyetleri olan eserlerdir. Bu itibarla bunlara bir nebze temas etmeyi faydadan halî görmemeliyiz.

H. COİNG 1947 de neşrettiği «hukukun en yüksek prensipleri» adlı eserinde hukuk ilmini, pozitivizmden kurtarılarak tekrar hukuk idesine kavuşturulması fikrinin günümüzde iptizale uğrayacak kadar taammün etmiş olduğunu belirttiken sonra bunun siyasî kuvvete ve maddî cebre karşı huku-

---

(1) **HANS RYFFEL — Das Naturrecht.** Bern. 1944. Sh: 40.

ku korunmak ihtiyacından doğduğunu söyler ve «tabiî hukuk»un da bu dâvada bir melce' bir istinadgâh gibi ele alındığını kaydeder. Zâten tabiî hukuk her devirde aynı mülâhaza ile ortaya atılmıştır. Yalnız COİNG haklı olarak şuna işaret eder ki «bütün bu istikamet tebdilinin ahlâkan zaruri oluşu, bunun, ilmî bakımdan kabili ispat olduğu mânasına gelmez. İlmî bir muhakemenin hakikate uygun olup olmadığı meselesi, ne ahlâkî mülâhazalarla ne de ameli gayeye elverişlilik zâviyesinden halledilemez.» (2) Müellife göre hukuk ilmi şu meseleleri çözmekle mükellef tutulmaktadır: Tabiî hukuk mevcut mudur, prensipleri ilmî tetkiklerle keşif ve izah edilebilir mi, muhtevası nedir?. Fakat bütün bunları hal için, sadece «adâlet»e veya «hukuk idesine» yapılacak umumî mahiyetteki atıflar kâfi değildir. Bilâkis bu mefhumlarla ne murad edidiğini ve bu «idée»nin ne talep ettiğini sarahatle belirtmek lâzımdır. «Bu gibi atıflar bir hareket noktası teşkil edebilirler. Fakat meselenin hallini ifade etmezler. Zira hukuk ilmi, yeni baştan, bir çok nesillerin kanaatınca başı boş bir mâceradan ibaret olan tabiî hukuka istinad ettirilecek ise, artık bu tabiî hukuk metodlu bir tarzda elde edilmiş sağlam temellere muhtaç bulunmaktadır. Keza, tatbikî hukuk; kendisinden ümid edildiği veçhile bir tabiî hukuk mahkemesinde mevzu hukuku yargılamak niyetinde ise, her şeyden evvel belirli esaslara sahip olması lâzımdır» (3).

Müellif bu belirli esasların tesbiti hususunda, «akıl sahibi mahlûk» sıfatiyle ele alınan ve bunun fıtratına istinad ettirilen 17, 18 inci asır tabiî hukuk mektebinin, çağdaş insan psikolojisi mütaları ve sosyal gerçeklik hakkındaki bilgi hazinesi karşısında maksada kifayetsiz olduğu kanaatindedir. Yapılacak şey hukukun, insan ruhunun bir mahsulü olduğunu kabul edip, manevî ilimlerin metoduna başvurmaktır. Bu metod, hukuku doğuran manevî kuvvetlerin mânasını göstermekten ibaret olacaktır. Vaktiyle DİLTHEY'in, ruhî kuvvetlerin tetkik ve keşfi hususundaki talebi tahakkuk ettirilmelidir. Böylece ruhî kuvvtelerin temayül ettikleri «kıymet»ler araştırılacaktır. Sonra da müsbet hukuk nizâmının taazzuvuna taallûk eden muayyen postülâtların bu «kıymet»lerden istihraç edilip edilemiyeceği meselesi tetkik edilecektir. İşte müellifin «en yüksek hukuk prensipleri» dediği şey bu postülâtlardır. Böylece hukuk şuuru ve hukuk duygusu tahlil edilecek ve bunlarda mündemiç ahlâkî kıymetler tesbit edilecektir.

Fakat müellif tabiî hukuk esaslarının «sağlam ve metodlu bir şekilde bulunmuş temeller»e muhtaç olduğunu baştan belirttiği halde neticede yine hukuk ilminin felsefenin, hususiyle etik araştırmaların yardımına muhtaç olduğunu ve ilâhiyattan da pek mühim ilhamlar alabileceğini söylemekle şimdiye kadar pek çok defa tecrübe edilmiş olan klâsik tabiî hukuk araştırma-

(2) **H. COİNG — Die Obersten Crundsdetze des Rechts.** 1947. Sh: 444.
(3) **H. COİNG — Die Obersten Crundsdetze des Rechts.** 1947. Sh: 444.

larına avdet etmiş olmaktadır: «İlâhiyat bize büyük hıristiyan vahyi - ilâhisinden sosyal nizam için istihraç edilebilen neticeler göstermektedir».

H. COİNG 1950 de neşrettiği «hukuk felsefesinin ana hatları» adlı eserinde tabiî hukuk meselesini, hukuk duygusunda mündemiç ahlâkî kıymetlerin keşfi ile halletmeğe çalışır. Fakat vardığı netice maalesef, asrımızın başında şu veya bu tâbir altında ifadesini bulmuş olan görüşlerden farklı değildir. Ezcümle «Bu prensipler, ahlâkî esasları bakımından à priori mahiyetinde oldukları halde, muayyen «situation»lara taallûk etmeleri ve eşya tabiatından veya beşer tabiatının muayyen mûtalarından neş'et etmeleri nisbetinde ampirik unsurları ihtiva etmektedirler» derken GENY ve LE FUR'ün buluşlarına fazla bir şey ilâve etmiş olmamaktadır (4).

Yalnız müellif «hukuk idesi»ni tamamen idrâk edemiyeceğimize kani olduğu için bu prensiplerin de mütecanis ve bütün bir sistemini tesis edemiyeceğimizi söyler ki böylelikle GUİSAN'ın fikirlerine iştirak etmiş olur. Diğer taraftan müellifin tabiî hukuka ayırdığı mevki de şudur: Tabiî hukuk, etik'in *yanında, müstakil ve nev'i şahsına münhasır bir ideali ifade eder.* O, hukuk idesinin etik muhtevaları ile, sosyal hayatın kanunları arasında mutavassıt bir yer alır. Bu sahanın tetkiki, asgarî tabiî hukuk nazariyesinin ve hukuk felsefesinin işidir ve bu sahanın hakikî araştırıcıları da tatbikatçı, vazii kanun ve yargıçtır. Bunlar binlerce senedenberi haklı ve âdil'in ne olduğunu tesbite çalışmışlardır. Bu bakımdan adâlete göre ısdar edilen her kanun ve her mahkeme kararı idrâk edilmiş ve vazedilmiş yani müsbetleştirilmiş bir tabiî hukuk parçasıdır.

Etik bakımdan tabiî hukuk bir normdur. Ahlâkî bir ödevdir. Sosyal nizamı tesisle mükellef herkes için, ister vazii kanun, ister yargıç olsun, bu hukuk nâzım bir prensibi ifade eder. Bu prensibin otoritesi ve meriyeti ahlâkî mahiyettedir, ve ferdin yalnız vicdanına hitap eder.

Nihayet tabiî hukuk, müşahhas ve tarihî hukuk sistemlerinin ne derecelye kadar hukuk idesine tevafuk ettiğini ölçmeğe yarayan bir kıstas, bir hudut taşı mesabesindedir. Müellif hukukun en yüksek prensipleri olarak zikrettiği esaslara «tabiî hukuk» prensipleri demenin zaruri olup olmadığını münakaşa ettikten sonra, kültür hukukunun, ve sosyal felsefenin bu mevzuu **daima aynı ad** altında incelediğine işaret eder. Görülüyor ki en fazla şahsî hususiyetleri ifade eden fikirler dahi, nazariyenin asrımızdaki muhtelif izahlarının tekrarına müncer olmaktadır.

Esasen tabiî hukuk meselesinin, dogmatik tetkikinde bir yenilik yapmağa imkân kalmamış gibidir. Her müellif baştan meselenin tamamen yeni ve şimdiye kadar yapılanlardan daha fazla tatminkâr metodlarla halledilmesi ge-

---

(4) H. COİNG — **Grundzüge der Rechts Philosophie** Berlin 1950 Sh: 165.

rektiğini söyledikten sonra exposée'sini yine pek klâsik yollardan yapmakla zımmen böyle bir yeniliğin imkânsızlığını da göstermiş olmaktadır.

Son on senelik deveredeki hukukun klâsik kolunu takip eden diğer eserler üzerinde duracak değiliz, zira hepsi aşağı yukarı bu bölümümüzde muhtelif müellifler vesilesiyle zikrettiğimiz belli başlı fikirlerin tekrarından ibarettirer.

B — «Birleşmiş Milletler» Teşkilâtının insan hakları ideolojisi.

Felsefî sahada yeniden doğuşundan bahsettiğimiz tabiî hukuk fikrinin hemen bütün taraftarlarında, 17 ve 18 inci asırların tabiî hukuk ve hukuku düvel mektebinin hataları şiddetle tenkid edilir ve RENARD'ın câzip teşbihi veçhile «Muhakkak ki gökten inecek bir kanunname yokturl» fikrinde birleşilir. Hatta 1946 da bir tabiî hukuk taraftarı olan COSTE - FLORET; J. J. ROUSSEAU,nun nazariyesinden bahisle aynen şöyle demektedir: «Bu köhne nazariye, bugün dahi, tabiî hukuk tâbirine mazînin hatalarını sirayet ettiriyor» (5). Fakat ikinci dünya harbi sona erince politik sahada yeniden bir insan hakları dâvası kendini gösterir ve hemen bütün mütefekkirlerin ve hukuk filozoflarının bu mevzu üzerindeki kanaatlerine müracaat edilmeye başlanır.

Avrupa ve Amerikada ve keza memeketimizde insan hakları probleminin ne derecede aktüel bir mes'ele olduğunu tasvir edecek değiliz. Bizi alâkadar eden cihet, yirminci asır başındaki an'anevî tabiî hukuk cereyanı ile bu son siyasî cereyan arasındaki münasebet meselesidir.

Vakıa bütün objektif tabiî hukuk rönesansında «insanlık haysiyeti» postülâtı, direkt veya endirekt olarak kabul edilmiştir. Fakat, Protestan müdafiler hariç, diğerlerinde daima emrî ve ahlâkî olan bir kaç afâkî nizam prensibi üzerinde ısrar edilmiştir. N. ALEXEİEV'in ferdiyetçi hukuk nizamını, hatta bizatihi hukuk nizamını, hukuk tanımayan bir dünya görüşünün, yani bolşevizmin taarruzundan korumak için bu objektif tabiî hukuk rönesansının kifayetsiz olacağı yulondaki tenkidlerine, zaman, hak verdirmiştir. Harp sonu dünyasında, vazii kanunun iradesine hitap eden bir iki müteal prensiple işin dönmeyeceği, ve felsefî veya metafizik sebebi ne olursa olsun, her şeyden evvel ferdi yani «insan»ı otoriter sistemlerin zulmünden kurtarmak lâzım geldiği fikrine başvurmak gerektiği artık anlaşılmış gibidir. Filhakika ne «herkes kendisine ait olanı vermek» ne «kimseye zarar vermemek» ne de «müşterek hayrı temin etmek» prenspleri, vazii kanunu takyide kadir, muhtevaları sarih kaideler değildirler. Muayyen bir nizam şu veya bu siyasî sebeple devrilip yerine yenisi konduktan sonra bu ezelî tabiî hukuk prensipleri yine kendilerine tatbik sahası bulurlar. Artık nizam şu şekilde taayyün etmiştir, Bundan sonra herkesin hakkı şudur ve (zarar) dan da murad budur,

(5) **A. COSTE - FLORET — Les Problèmes fondamentaux du Droit.** 1946. Sh: 50.

«müşterek hayır» ise filân veya falan ideolojinin tasvir ettiği cemiyet şekline ulaşmak halidir dememek için hiç bir ciddî sebep yoktur ve pekâlâ bu prensiplerin, tıpkı nasyonal sosyalistlerin yaptığı (6) gibi komünist ideolojinin gayelerine de uydurulması mümkündür.

Kollektivist nizam bir kere teessüs ettikten sonra «suum»un muhtevası değişecektir ve komünist kanunları bir kere vazedildikten sonra «zarar» ın ne olduğunu bunlar tayin edecektir, «müşterek hayır» ise «herkesin gücü yettiği kadar çalıştığı ve herkesin ihtiyacı nisbetinde tatmin edildiği» ideal komünist cemiyetin tahakkuku olacaktır. Bütün bu tefsirlere mantıkî bir mani var mıdır?

Ve hele (müşterek hayır) mefhumu için WALİNE'in ilerde göreceğimiz tenkidlerine hak vermemek elden gelmez. Zira bu «müşterek hayır» kendisi namına tazyike ve «gayrı insanî» dediğimiz muamelelere mâruz kalacak müşahhas «fertler»i koruyacak bir düstur değildir. Harp sonrası mütefekkirleri, müsbet hukuk nizamının zaruriliğini ve emrîliğini kabul etmekle beraber ve bilhassa kabul ettikleri için, bu nizamı mümkün olduğu kadar ferdi ezmiyecek şekilde tanzim etmenin yollarını aramaktadırlar. Zira yegâne gerçeklik «fert»dir. Onu, mümkün olduğu kadar şu veya bu dinî akidenin, şu veya bu içtimaî prensibin veya ideolojinin yüksek icapları namına feda etmemek lâzımdır. Bu, artık XIX. cu asır ferdiyetçiliği değildir. Bu artık «insan»ı eşrefi - mahlûkat sayan ve biyolojik nizamdaki mevkiini unutup onu müteal cepheleri haiz bir varlık addeden falan veya filân felsefî akidenin bir icabı da değildir. «İnsanların» mukadderatı hakkında mütalâa yürüten diğer «insanlar» artık bizzat kendilerini korumak istemektedirler ve yine bizzat kendilerine karşı! Yani içlerinden çıkacak ve şu veya bu siyasî akide namına onlara zulmedecek olan hiziplere karşı. Hülâsa, bugünkü insan hakları dâvası ne muhayyel bir tabiî halden müştak fıtrî haklar dâvasıdır, ne de ezelî ebedî bir tabiî hukuk nizamından müştak tabiî ilâhî haklar dâvası. Bu, insanların, siyasî teşekküllerin zulmüne karşı kendilerini koruma insiyakından doğan bir muhafazainefs dâvasıdır. Çünki bu sistemleri artık kâfi miktarda tecrübe etmişlerdir.

Görüşlerimizin cür'etkârane telâkki edilmiyeceğini umarız. Zira bugünkü insan hakları beyannamesi, 1789 daki beşer hakları beyannamesine şekleri benzerse de bunların felsefî temelleri arasında odukça fark vardır. Bugün, bu haklar rekzedilirken sarahatle hiç bir hukuk nazariyesine istinad edilmiyor. İnsanlık, bizzat kendisini, siyaset adamlarının hatalarından ve siyasî rejimlerin muhtemel veya mevcut sui istimallerinden kurtarmanın çaresini arıyor ve bir takım fikirler ve ideolojiler namına gerçek insanlığın ferden veya kitle halinde ızdırap çekmesine mani olmak istiyor. Bunun için bir takım fikirleri, mahz hakikati ifade ettiği için değil, belki tamamen pragmatik bir görüşle.

---

(6) Bak. Yukarıda: No. 20. A, Sh: 117.

işine geldiği için, kendisine faydalı olduğu için neşr ve tâmime, bir dünya görüşü haline sokmağa çalışıyor. Tek, kanun koyanlar bir dünya efkârı umumiyesi halini alacak olan bu fikirlerden mülhem olsunlar veya ister istemez bunlara uymak lüzumunu hissetsinler de insanlar kendi rahat ve huzurlarına kavuşsunlar diye. Hülâsa, bugünkü siyasî tabiî haklar cereyanı, bir felsefî spekülâsyon bir hakikat araştırılması dâvası değil, belki müstakbel kanunlar için bir zemin hazırlanması meselesidir. Yani esaslı bir şekilde gaîdir ve amelîdir. Bu cereyana temel olarak şu veya bu felsefî görüş veya ilmî neticeler seçilebilir, fakat bunlar sonradan gelecek şeylerdir ve bu cereyan bu görüşlerin neticesi değildir. O, harbin, siyasî ve iktisadî buhranın, sulh zorluğunun neticesidir. Amelî ve gaî olduğu nisbette de müessir olacağı tahmin edilir. Netekim J. MARİTAİN U. N. E. S. C. O.'nun millî komisyonunun toplantılarından birinde insan hakları münakaşa edilirken geçen ve pek mânidar olan bir muhavereyi nakleder: Üyelerden birisi, birbirine şiddetle düşman olan bu muhtelif ideolojilerin şampiyonları arasında şu veya bu insan haklarına mütedair bir listesinin tanzimi hususunda bir ittifak hasıl olmuş olmasına pek memnun olur ve hayretini ifade eder. Buna cevap olarak diğerleri: «Evet derler, bu haklar üzerinde hepimiz müttefikiz, fakat bir şartla: Niçin ittifak ettiğimiz sorulmasın!» Zira, «niçin» ile beraber münakaşa yeniden başlayacaktır (7).

Tabiî haklar nazariyesinin şahsen, ancak tomist tabiî hukuk nazariyesinden mülhem olabileceğine kani olan J. MARİTAİN dahi, Birleşmiş Milletlerin «insan hakları beyannamesini» hazırlarken kat'iyyen şu veya bu felsefî dünya görüşünden hareket edilmediğini ve her birinin istinad ettiği gerekçe ne olursa olsun bu birbirine tamamen zıd dünya görüşlerinin, üzerinde birleşebileceği bir iki amel prensibi tesbit edilmek istendiğini açıkça kaydeder: «İnsan haklarını birbirine zıd görüşler, ezcümle hıristiyan akidesi veya rasyonel tefekkür birbirinden farklı şekilde «Justifier» edebilir. Fakat bir amel prensibi, bir hattı - hareket ölçüsü olarak aynı neticede birleşirler ya. Bu da şimdilik bize kâfidir» (8).

Keza «muhtelif zihniyetler arasında bir îman birliği yahut bir felsefî görüş iştirâkî mevcut olmadığı müddetçe, bu aklî ispat ve tefsirler karşılıklı tezad ve ihtilâf halinde bulunurlar. Fakat pratik dâvalar sahasında ise teorik olmaktan ziyade pragmatik bir yakınlaşma vasıtasiyle ve muhtelif dünya görüşlerine sahip taraflar arasındaki ihtilâf ne olursa olsun, hepsinin üzerinde birleşebileceği noktlar mahiyetinde olan muhtelif düsturların (formüllerin) kar-

---

(7) **JACQUES MARİTAİN — İntroduction (Autour de la Nouvelle Déclarations Universelle des droits de l'Homme., Textes réunis par l' U. N. E. S. C. O.** 1949. Sh: 11).

(8) **JACQUES MARİTAİN — İntroduction (Autour de la Nouvelle Déclarations Universelle des droits de l'Homme., Textes réunis par l' U. N. E. S. C. O.** 1949. Sh: 11).

şılaştırılması, yeniden ele alınması ve ayarlanması sayesinde müşterek bir beyanname üzerinde anlaşmak pekâlâ kabildir» der. J. MARİTAİN, sağ ve sol zihniyetlerin mümessilleri olan bütün üyelerin üzerinde birleşebileceği müşterek felsefî ve nazarî bir sentezin pek derin ve geniş bir tetkike ve esaslı bir tasfiyeye mütevakkıf olduğunu teslim eder. Bir çok hatalar tashih edilmelidir, bir çok karışık fikirler kat'î şekilde tenkid edilmelidir. Fakat bütün bunlar yapılıp da nihaî bir sentez elde edilse dahi, bu sentez de nihayet bir takım insanlar tarafından kabul edilip, diğer kısmının reddedeceği bir doktrin olur! Ve asla bütün ruhlara hâkim, evrensel bir hava yaratamaz. Onun için, müsmir neticeler alınmak matlup ise, behemehal pratik ihtiyaçlar sahasında kalınmalıdır.

Mes'ele bu zâviyeden ele alınacak olursa, behemehal şu veya bu hak nevilerini tanımak, ancak filân felsefî mektebin imtiyazı olmaktan çıkar.

Meselâ: «Siyasî ferdî hakları tanımak için J. J. ROUSSEAU tarafdarı olmak zarurî olmadığı gibi, sosyal ve iktisadî sahalardaki yeni bir takım hak kategorilerini tanımak için de marksist olmak şart değildir. Muhtelif cereyanların tesiri altında müşterek zekânın kendi nefsinde topladığı müktesebat, mektep kavgalarını fersah fersah aşar.» (9) Mamafih, müellif, muhtelif milletlerin tespit edilecek insan haklarına bilfiil karşılıklı olarak riayetî temin edebilmeleri için, âmiyane pragmatizmin kullandığı mânada bütün bu milletlerin iman ve hayat hakkında aynı amelî hayat felsefesinde birleşmiş olmalarını da zaruri görür (10).

J. MARİTAİN'in cesaret verici fikirleri, muayyen bir hakikatten ziyade kendisinin de belirttiği gibi muayyen bir «ümid»in ve «temenni»nin ifadesidir. Fakat insan haklarının istinad ettirileceği felsefî temelin şimdilik mevzuubahs edilmemesinin uygun olacağı ve bundan müstagni olarak da amelî bir hattı hareket düsturları tesbit edilebileceği ve hele tesbit edilen unsurların samimyetle ve fiilen tatbik edilebileceği bahsinde bütün mütefekkirler aynı derecede nikbin değildirler. Ezcümle CROCE brbirine taban tabana zıd iki cereyanın temsilcilerinin müşterek bir beşer hakları beyannamesi altında, yani müşterek bir siyasî hareket üzerinde ve mevcut olmayan ve fakat olması icap eden bir anlaşma üzerinde şimdiden nasıl birleşebileceklerine şaşar. Kanaatınca böyle bir beyanname, herhangi bir uzlaşmayı ifade etse de mânadan mahrum ve keyfî olacaktır.

Asıl yapılacak iş U. M. E. S. C. O.'nun resmen alenî bir münakaşa açmasıdır. Bu münakaşa da (insanlık haysiyeti) ve (medeniyet)in köklü temelleri açıkça sağ, sol bütün mütefekkirler tarafından en ilmî ve felsefî şekillerde müdafaat edilmelidir ve müellifin kanaatınca bu münakaşada, eski ve köklü bir kültürün vârisi olan ferdiyetçi görüşlerin kazanacağı muhakkaktır.

(9) **J. MARİTAİN** — a.g.e. Sh: 15.
(10) **J. MARİTAİN** — a.g.e. Sh: 17.

İşte ancak esas prensipler üzerinde böyle bir anlaşma vaki olduktan sonradır ki biraz genişçe bir emaviri aşere gibi bir insan hakları listesi tesbit ve ilân edilebilir (11). Zira ilk beşer hakları beyannamelerinin muffakiyeti, yeni zamanlarda bütün dünyaya hâkim bir müşterek dünya görüşünün ifadesini teşkil etmiş olmasındadır. Yani bu devirde hakikaten garp medeniyetinin siyasî ve sosyal nizamını yepyeni temeller üzerinde kurmak, esaslı şekilde tâdil etmek fikri üzerinde umumî bir anlaşma vardı. Netekim CROCE'den başka mütefekkirler de müşterek bir felsefî temel üzerinde anlaşma lüzumuna kanidirler. Hatta ideoloji farklarının her halde uzun bir zaman daha dünyadan kalkmayacağına işaret eden Jale Jniversitesi Profesörlerinden F. - S. C. NORTHROP tatminkâr bir insan hakları beyannamesinden başlıca iki husuru garanti altına alınmasını ister:

1) İçinde bütün muhtelif ideolojilerin hiç değilse kısmen ifadelerini bulabileceği bir dünyayı teminat altına almak,

2) İnsanî ve sosyal ideolojilerin temel prensipleri üzerinde ilmî ve felsefî anketler açmak imkânını garanti etmek ki bu anketler, çağdaş dünyanın ideolojik ihtilâfalarının fevkine yükselmek ve onları halletmek için bir vasıta teşkil edeceklerdir.

Böyle bir beşer hakları beyannamesine temel olarak, hiç değilse, aynı zamanda hem bütün medeniyetlerin hem de ilmin malı olan bir siyaset felsefesi lâzımdır. Zira eğer böyle bir siyaset felsefesi bütün medeniyetlerin malı olmazsa birinci garanti tesis edilemez ve eğer bu, ilmî bir felsefe olmazsa da ikinci husus garanti altına alınamaz (12).

Hülâsa, J. MARİTAİN'in dediği gibi yalnız amelî neticelerde anlaşılıp felsefî temelleri kurcalamamak ancak muvakkat bir tedbirdir. Asrımızın ikinci yarısı behemehal bu felsefî problemi hal ile uğraşacaktır. Aksi takdirde insanlığın istikbali propagandanın ve gayrı ilmî fikirlerin oyuncağı olacaktır. Maamafih U. N. E. S. C. O.'nun beşer hakları beyannamesinin fikrî ve felsefî temellerinin neler olabileceği hakkında muhtelif dünya mütefekkirleri arasında açtığı ankette tâdat edilen problemler, bu müşterek dünya görüşünün ne çetin fikir mücadeleleri sonunda teessüs edebileceğini göstermektedir, (13) ve kimbilir belki de gayrı melhuz dış hâdiselerin tesiriyle, tamamen his-

---

(11) **BENEDETTO CROCE — Les Droits de l'Homme et le moment historique présent** (Autour.. Sh: 81).

(12) **F. S. C. NORTHROP — Vers une déclaration des droits pour les nations unies.** (Autour.. Sh: 153.)

(13) Filhakika bu ankette 6 umumî mes'ele ve 25 hususî mes'ele sorulmuştur. Bunlardan yalnız umumî problemleri göstermek dâvanın şumulünü belirtmeğe kâfidir:

1 - Muhtelif tipte ve muhtelif tarihî şartlar içindeki cemiyetlerde fertlerin (cins ve yaşları hesaba katılmak şartiyle) ve toplulukların siyasî, içtimaî ve iktisadî hak ve hürriyetleri arasındaki münasebetler nelerdir?

2 - İnsan hak ve hürriyetlerinin bir ideal olarak muhtelif cemiyetlerdeki ifade şekilleri arasındaki fark, bu cemiyetlerdeki iktisadî ve içtimaî hayat şartları

sî bir zaruretle, insanlar yine birbirinden pek farklı ve hakikat hamuleleri pek zayıf fakat şu veya bu siyasî maksada elverişli olan bir takım prensipleri nas gibi belleyecekler ve müşterek bir insan hakları beyannamesinde birleşseler bile bu hakları birbirinden pek farklı şekillerde tefsir ve tatbik edeceklerdir.

Bütün bunlar gösteriyor ki, «insan hakları beyannamesi», şimdiye kadar malûmumuz olan beşer hakları beyannameleri gibi uzun zamandan beri kazanılmış ve işlenmiş fikirlerin zaruri bir mahsulü olmayıp, belki pragmatik bir hakikati ifade eder ve insanlığın fiilî bir zaruret karşısında icad ettiği fikrî bir silâh manzarasını arzeder. Bunun felsefî temelleri sonradan atılmaya çalışılacaktır ve şimdiki gibi ayrı ayrı iki dünya görüşü, ayrı ayrı iki dünya nizâmının fiilen yaşadığı müddetçe bu gibi felsefî temellerin istihracı pek kolay olmayacaktır.

Hülâsa «insan hakları» beyannamesinin ve bu cereyanın tetkiki b u g ü n k ü h a l i i l e hukuk felsefesinden ziyade devletler hukukunu ve tatbikatında daha ziyade siyaset dünyesini alâkadar etmektedir. Bizim etüdümüz evvelce zikrettiğimiz gibi asrımızın başlangıcındanberi hukuk felsefesi sahasında kendisini göstermiş olan ve ana karakteri itibariyle tebellür etmiş bulunan objektif tabiî hukuk rönesansını istihdaf etmektedir ki, insan hakları dâvasiyle bu rönesans hareketleri arasındaki münasebet meselesi oldukça münazaalıdır. J. MARİTAİN ve diğer bazıları yeni insan hakları cereyanını an'anevî tabiî hukuk nazariyesine bağlanmak istemekte iseler de di-

---

arasındaki farklara ne nisbette tam olarak tekabül eder?

3 - Fertler arası münasebetler (meselâ sınıflar arasındaki münasebetler yahut millî veya milletlerarası münasebetler) dünyanın belli başlı münkeşif mıntakalarında, son yüz sene içinde cereyan eden ve aşağıda gösterilen sebeplerden dolayı, gerek ferdî ve gerek sosyal bakımdan, ne nisbette tadilâta maruz kalmışlardır :

a) İlim, san'at ve felsefe sahalarındaki fikrî ve kültürel terakkilerden dolayı.

b) Sosyal ve iktisadî bünyenin millî ve milletlerarası teşkilâtın; tatbikî ilimler ve teknik sahadaki maddî terakkiden mütevellid ilerlemelerinden dolayı.

4 - Bilhassa :

a) Geleneksel insan hakları telakkisinin XVIII inci asırdaki beşer hakları beyannamelerinde ifade edildiği şekil, birinci dünya harbinden evvelki «endüstri» inkılâbının ve bunun akislerinin mukabil darbesine ne nisbette mâruz kalmıştır?.

b) Fertlerin ve toplulukların hakları, bu tarihten sonraki hâdiseler dolayısiyle ne dereceye kadar tadilâta uğramıştır?.

5 - Fertler veya topluluklar için haklarla vazifeler arasında ne gibi münasebetler vardır? Ferdî hürriyet ile kollektif veya sosyal mahiyetteki vecibeler arasında ne gibi münasebetler vardır?

6 - Normal olarak tanınmış olan hak ve hürriyetin bir tâdil veya ilgasını meşru kılacak hal ve şartlar hangileridir?

ğerleri buna sırf rasyonalist hatta ilmî bir temel vermek arzusundadırlar. Meselâ Washington Üniversitesi profesörlerinden ARNOLD. J. LİEN eski ve yeni insan haklarının birbirinden farklı muhtevaları taşıdığını belirtir ve yeni insan haklarının akıl hususiyetinin iktisadî hakların ilâvesinde olduğunu söyler ki bu iktisadî hakların temini imkânlarının tetkiki tamamen ilmî bir araştırmaya mütevakkıftır (14).

Keza EDWARD. H. CARR. da vatandaşlara asgarî geçim temini, ihtiyarlık ve malûliyet yardımı gibi bir takım iktisadî haklar da tanıyan böyle bir beyannamenin behemehal vatandaşlara bir de mükellefiyetler listesi tahmil etmesi gerektiğini söyler. Zira vatandaşlara bir takım maddî imkânlar ve hizmetler teminini âmir olan bir beyanname, cemiyeti açıkça maddî mükellefiyetler altına koyuyor demektir. Zira vatandaşlara siyasî hak ve hürriyetler tanımak cemiyeti, olsa olsa menfî bazı mükellefiyetlerle bağlar. Yani vatandaşın harekâtına karışmamak, fikirlerine müdahale etmemek gibi. Halbuki iktisadî haklar, cemiyete bir takım müsbet işler yapmak, vatandaşlara bazı maddî vasıtaları fiilen temin etmek görevini yükler. Fakat yalnız vatandaşlara bir takım haklar tanımakla iktifa eden ve cemiyeti, vatandaşlara bir takım mükellefiyetler ve bilhassa istihsale iştirâk vecibeleri yüklemekten alıkoyan bir insan hakları beyannamesi nihayet br çıkmaza saplanır. Zira cemiyet, fertleri istihsale iştirake mecbur etmezse kendisi neyi nereden istihsal ederek fertlere bazı maddî semereler verebilecektir? Hülâsa EDWARD. H. CARR'ın fikrine göre haklar listesini behemehal bir vazifeler listesi takip etmelidir (15).

Mütefekkirlerden diğer bazıları, felsefî temelleri ne olursa olsun kararlaştırılacak bütün hususların derhal mevzuiyet iktisab etmesini yani mumzi devletlerin kanunlarında ifadelerini bulmalarını ister ve hatta bu da maksada kiyafet etmiyeceği için derhal esaslı bir şekilde bu kararlaşan maddeler dairesinde müşterek bir terbiye faaliyetine geçilmesi lüzumundan bahsederler. Ezcümle HAESAERT «insanları terbiye edecek yerde, yeni yeni formüller aramaya kalkmak, yeni sukutu hayalleri hazırlamak demektir: İyi komşuluk ruhu, dünyanın en beliğ beyannamelerinin yerini fazlasiyle tutar ve bu ruhu yaymak kanun adamından ziyade terbiyeciye düşer» der. (16).

Hülâsa insan hakları beyannamesinde tesbit edilen hakların bir kısmı hürriyetten, insanlık haysiyetinden mülhem olduğu gibi, bir kısmı da tesanütten, karşılıklı yardımdan sosyal organizma ruhundan mülhemdir. Bu beyanname ferdiyyetçi ve totaliter görüşlerin ihtiva ettikleri isabetli noktalar-

---

(14) ARNOLD. J. LEİN — **Reflexion sur la nature et l'exercice des Droits de l'homme (Autour de la Nouvelle Déclaration Universelle des Droits de l'Homme)** 1949. Sh: 25.

(15) EDWARD H. CARR — **Les Droits de l'homme.** (Autour.. Sh: 21 - 24).

(16) HAESARRT — **Reflexion sur quelques Declarations des droits de l'homme** · (Autour.. Sh: 67.)

dan müteşekkil eklektik bir lâte manzarasını arzetmektedir ve bu hususta ortaya atılan fikirlerin tahlil ve münakaşası başlı başına müstakil bir mevzu teşkil etmektedir. Bu itibarla biz kendi mevzuumuza civar olan bir mes'ele üzerinde fazla durmıyacağız.

Esasen bugünün dünya hukuk literatüründe ve hususiyle siyaset ve Devletler hukuku sahasında bu mevzu esaslı bir şekilde işlenmektedir. Mes'elenin vahdetli ve ilmî bir tetkikinin yapılabilmesi için bugünkü ceryanların iyice tebellür etmesini beklememiz lâzımdır. Zira insan hakları ideolojisinin istinad ettirileceği felsefî temeller hususunda, ilerde ne tarzda bir telif veçhi bulunacağını şimdiden kestiremiyeceğimiz gibi; bu gün ileri sürülen tezler ve felsefî mülâhazalarda da bâriz noktai nazar farkları vardır. Bazılarına göre insan hakları dâvası doğrudan doğruya tabiî hukukun bir zeylidir. Bazılarına göra ise asla bu nazariyeye istinad etmemek lâzımdır. Meselâ R. SCOTT ile P. SKOV insan haklarının felsefî temeli hakkında açılan ankete verdikleri cevapta aynen şöyle demektedirler::

«İnsan Hakları c o d e unu tamamlamaya çalışmak istiyorsak; XVIII inci yüzyılın felsefî umdelerini hareket noktası olarak alamayız. Tabiî hukuk, fikirler üzerindeki hâkimiyetini kaybetmiştir. Mukaddes ve vazgeçilmez klâsik «tabiî haklar» tabirinin artık bizim için bir mânası kalmamıştır. Mademki bütün haklar şarta bağlıdır ve illetleri mevcut şartlara göre değişmekte olan bir sosyal determinizmden doğmakta ve ekseriya bizim irademiz dışında bulunmaktadır, o halde inné hak olamaz. Politik prensiplerimizin temeli pratik düşüncelere dayanmalıdır. Vazifemiz, Cemiyetin bütün üyelerinin müşterek hayatî menfaatlerini ifade eden prensipleri formüle etmektir. Bu müşterek menfatler aynı zamanda devletin olmasa bile cemiyetin de menfaatleridir» (17).

Buna mukabil muhalif görüş de daha az azimle müdafaa edilmemektedir. Ezcümle 1950 de yayınladığı «Tabiî hukukun yeni veçhesi» adlı makalesinde Profesör Dr. YAVUZ ABADAN «..... Bütün dünyada keyfî nizâmın hâkimiyetini yıkarak medenî nizamı kurmanın mümkün olabilmesi için hak ve adâlet idealine uygun tabiî hukuk esaslarının yeniden gönülleri fethetmesi lâzımdır. Bu sebeple devrimizde tabiî hukuka yeniden dönüş, yalnız diyalektik bir fikir tekâmülünün neticesi değil insanlık ve medeniyetin devam ve istikbali ile ilgili hayatî bir zarurettir» (18). «..... Bütün bunlar gösteriyor ki hür ve medenî bir nizam ihtiyacı için çırpınan dünya kurtuluş ümidini yeniden canlanan tabiî hukukun zaferine bağlamış bulunmaktadır. Ancak tabiî hukuk idesinin yeni şartları aydınlatan ışığı insanlığı özlediği hürriyet re-

---

(17) **FRANK R. SCOTT ve PETER SKOV — İnsan hakları** (çeviren H. A. İnsan Hakları Dergisi. 1948. Sayı: 14. Sh: 25.

(18) **YAVUZ ABADAN** — Ank. Huk. Fak. Dergisi. Cilt 7. Sayı 3-4. Sy: 519.

fah ve barış nizâmına ulaştırabilecektir» demektedir (19). Maamafih insan haklarının bugün içtimaî adâletin icapları dairesinde tefsir ve izahı gerektiği ve insan hakları beyannamesine ilâve edilen iktisadî hakların da aynı zâviyeden tetkiki icap ettiği hususunda hemen her iki tezin müdafileri de birleşmiş gibidirler. Mevzuu daha fazla uzatmamak için bu hususta memleketimizde büyük bir velûdiyetle yayımlanmakta olan muhtelif kıymetli etüdleri işaret etmekle iktifa edeceğiz (20).

---

(19) YAVUZ ABADAN — **Tabiî hukukun yeni veçhesi.** Ank. Huk. Fak. dergisi Cilt: 7. Sayı: 3-4. Sene 1950. Sh: 520.

(20) DOÇENT BAHRİ SAVCI — **İnsan hakları kavramının kuruluşuna ve gelişmesine yarayan fikirler** (İnsan hakları Dergisi 1948. Sayı: 19 Sh: 21. **(Tabii haklar tezi)**

» » » — **İnsan hakları kavramının kuruluşuna ve gelişmeşine yarayan fikirler** (Sosyal hukuk tezi) (Aynı dergi, 1948 Sayı: 20 Sh: 12.)

» » » — **Sosyal anlayış içinde insan hakları ve hürriyetleri** (İnsan hakları dergisi 1950 Sayı: 46-47 Sh: 9).

ZEKİ MESUT ALSAN — **İş ve Çalışma hakkı** (İnsan hakları dergisi 1949 sayı: 30 Sh: 3).

MİCHEL DEBRE — **Siyasî fikirlerin modern gelişmesi** (Çeviren FAR - HAN : İnsan hakları dergisi 1951. Sayı: 49 - 50 Sh: 45.)

» » — **Siyasî fikirlerin yeni gelişmesi** (Çeviren İ. ARSEL : İnsan hakları dergisi 1950. Sayı: 46-47. Sh: 38.)

JEAN - MİCHEL DE LATTRE — **Başkan Truman'ın «Dördüncü Nokta» sı üzerinde mütalâalar** (Çeviren Dr. HİCRİ FİŞEK: İnsan hakları dergisi Sene 1950. Sayı: 44 - 45. Sh: 35.)

MAJİD KHADDURİ — **İslâmiyet ve insan hakları.** (Çeviren VEHBİ BELGİN İnsan hakları dergisi 1949. Sayı: 29. Sh: 15.

ALİ EMİRGİL — **İnsan hakları paktı.** (İnsan hakları dergisi. 1951 Sayı: 49 - 50. Sh: 25.)

Ch. MALİK — **İnsan Hakları paktı** (çeviren: ORHAN ARKUN. İnsan hakları dergisi 1949. Sayı: 35. Sh: 27).

NAZIM POROY — **İnsan ve Vatandaş hakları beyannamesine dair.** (İnsan hakları dergisi. 1948. Sayı: 14. Sh: 18, 1948. Sayı: 15. Sh: 10, 1948. Sayı: 16. Sh: 10, 1948. Sayı: 17. Sh: 11.)

ZEKİ MESUT ALSAN — **Devletler Hukuku bakımından insan hakları.** (İnson hakları dergisi. 1947. Sayı: 1. Sh: 5.)

» » » — **Başkan ROOSEWELT'in dört hürriyeti.** (Aynı dergi 1947. Sayı: 2 Sh: 3).

» » » — **İnsan hakları dâvası.** (Aynı dergi 1947. Sayı: 3. Sh: 3)

» » » — **İnsan haklarının uygulanması problemi.** (Aynı dergi 1948. Sayı: 18. Sh: 3.)

MİRKİNE - GUETZEVİCH — **İnsan haklarının Devletelrarası himayesi.** (Çeviren İLHAN LÜTEM. Aynı dergi. 1947. Sayı: 2. Sh: 19.)

GEORGES RİGASSİ — **İnsan haklarının korunması.** (Çeviren N. M. ÖZBEK. Aynı dergi, 1947. Sayı: 9. Sh: 21.)

VİSSCHER — **İnsan hakları.** (Çeviren H. A. Aynı dergi 1948. Sayı: 15. Sh: 24.)

HUXLEY — **İnsan hakları.** (Çeviren NERMİN ABADAN. Aynı dergi. 1948. Sayı: 13. Sh: 17.)

İKİNCİ BÖLÜM

XX.nci YÜZYILDA TABİÎ HUKUK RÖNESANSI HAREKETLERİNİN TENKİDİ

25 — XX. Cİ ASIRDA TABİÎ HUKUKUN TENKİDİ.

A — Umumî mülâhazalar.

Tetkikimizin ikinci bölümünü XX. ci asırda vaki tabiî hukuka dönüş hareketlerinin tenkidi teşkil etmektedir. Tabiî hukuka avdet lüzumuna inananlar, asrımızdaki hâkim zihniyetin kendi istikametlerinde olduğunu iddia ederlerken, tabiî hukuka avdetin siyasî ve iktisadî buhranların eseri olan bir felsefî hezimetten ibaret olacağını söyleyenler ve asırlardanberi bitmez tükenmez münakaşalara sebep olan bu müphem ve her mânaya gelir mefhumdan artık nihaî olarak kurtulunmuş olduğunu iddia edenler de azdeğildir. Bu sonuncuların fikrine göre tabiî hukuk meselesi artık çoktan maziye karışmış bir şeydir ve bugünkü nüksedilişleri arızîdir.

Esasen daha 1899 de DUGUİT tabiî hukuk mefhmunu reddediyor ve bu asrın başlangıcında münteşir eserlerinde hukuku sosyal bir vakıa olan tesanütten istihraca çalışıyordu: «Hiç kimse bu sözde tabiî hukuk prensipleri üzerinde anlaşmış değildir. Zamana, memleketlere ve fertlere göre bu prensipler mütemadiyen değişmektedir. Demek ki bunlar ne mutlaktırlar ne de cihanşumul. Bunlar hiç bir zaman, bazan kendileriyle mukayese edilmek istendikleri, matematik hakikatlerden değildir. Bu tabiî hukuk prensiplerinin, günden güne değişen, bugün doğru yarın yanlış sayılacak olan fikirlerin, âdetlerin, terbiyenin ve sosyal zaruretlerin mahsulü olduklarını ve bizzat tabiî hukuk tâbirinin ve mefhumunun dahi insan zihninin gelip geçici bir mahsulü olduğunu kimse farketmiyor. Nihayet fazla olarak bu prensipler doğru da olabilirler. Fakat gözle görünen dünyanın haricindedirler: Bunlar sırf metafizik mefhumlarıdır ve bu sıfatla da bilinmez şeyler âlemine mensupturlar. Dinî bir sisteme veya şâirane bir esere tema hizmetini görebilirler. Fakat müsbet ilme tamamen yabancıdırlar» (1).

---

(1) **L. DUGUİT — Le Droit Constitutionnel et la Sociologie** (Revue İnternationale de **l'Enseignement.** 1939. No: 11. Sh: 487).

Ancak biz burada doğrudan doğruya tabiî hukuk mefhumuna belki ilk tebellüründen beri yapılan itirazları tetkik edecek değiliz. Bizim maksadımız XX. ci asırda tabiî hukuk cereyanları yeniden başgösterdikten sonra, yani bilhassa GENY ile rönesans hareketi az çok tebellür ettikten sonra ortaya çıkan muhalefeti, kısacası rönesans hareketlerinin tenkidini incelemektedir.

Esasen geçen asırda bütün tenkid istikameti klâsik tabiî hukuk mektebinin iddialarına karşı tevcih edilmiş olduğu halde asrımızdaki tenkidler ilk ve orta çağlardan gelen an'anevî tabiî hukuk mefhumuna karşı yapılmaktadır ki bunun da sebebi çağdaş tabiî hukuk tarafdarlarının geçen asırlardaki tenkidlere ROUSSEAU - LOCK - GROTIUS kolundan gelen yeni çağlar tabiî hukuk mektebindeki kusurların sebebiyet verdiğini iddia ederek kendilerini doğrudan doğruya ARİSTO - St. THOMAS,dan gelen geleneksel tabiî hukuka bağlamış olmalarıdır. Bunlar yeni zamanların insan hakları nazariyesiyle alâkalarını kesmek suretiyle hukukî pozitivizmin ve tarihçi mektebin XIX. cu yüzyıldaki hücumlarından hiç değilse nazariyenin esas cevherini kurtarabileceklerini ümid etmişledir.

Halbuki her nevi tenkidden kurtulmak için asgarî bir muhtevaya inhisar ettirilmiş olan tabiî hukukun, bu sefer de bizzat prensibi itirazları dâvet etmiştir. Yeni taraftarlarının tabiî hukukun mevcudiyetini veya değerini ispat için başvurdukları çeşitli metodlar ayrıca tenkid mevzuu olmuş ve nazariye bakımından tâlî mahiyette kalan hususlar dahi amansız birer çatışma konusu teşkil etmişlerdir. Etüdümüzün giriş kısmında, ne tabiî hukuk taraftarlarının fikirlerinde, ne de muhaliflerinin noktai nazarlarında tam bir insicam olmadığına ve münakaşaların tâbir ve mefhum keşmekeşi içinde cereyan ettiğine bir nebze işaret etmiştik. Burada tekrar aynı kargaşalığın vehametini tasvir edecek değiliz. Belki bu tâbir ve mefhum anlaşmazlıklarını tamamen değilse de kısmen izaleye yarayacak bazı umumî tasnifler yapmıya çalışacağız.

B — Tabiî hukuk rönesansına yapılan tenkidlerin tasnifi.

Asrımızdaki rönesans hareketleri bir kaç cepheden tenkide mâruz kalmıştır. Tabiî hukuk tarftarlarına karşı, tabiî hukuk mefhumunu reddedenlerin cümlesine «hukukî pozitivistler» demek âdet olmuştur. Ancak pozitivistler arasında da bir hayli farklı sınıflar ayırt edilebilir. Bir kısım pozitivistler hukukta idealizm lüzumunu inkâr etmemekle beraber bunun behemehal tabiî hukuk taraftarlığı şeklinde olmasını zaruri görmezler. Kısacası bunlara göre «hukukî idealizm, tabiî hukuk nazariyesi demek değildir». Ezcümle idealist ve sosyolog olan ve fakat hukuku fiilen yaşayan hukuka hasreden DAVY bu fikrin bir mümessilidir. Bazıları tabiî hukuk meselesinin, ahlâk ve hukuk arasındaki münasebetlerin yanlış bir tefsirinden ileri geldiğini ve müsbet hukuku, dinin veya ahlâkın kontrolüne tâbi tutmak ne kadar makul ise tabiî hukuk prensiplerinin belirsiz ölçülerine tâbi tutmanın da o kadar mânasız olduğunu iddia ederler.

Ezcümle kendilerine moralist - pozitivist deyebileceğimiz RİPERT ve CUCHE bu fikirdedirler. Diğer taraftan normativist - pozitivisler ise evvelâ hukukun ahlâkî mülâhazalardan müstakil ve adâletten ziyade nizamı tesise matuf bir normlar yekûnu olduğunu ileri sürüp bunu ahlâkın dahi kontrolüne arzetmekten şiddetle tevakki edilmesini tavsiye ederler ve hele bunun bir tabiî hukuk namına yapılmasına şiddetle muhalefet ederler. Ezcümle KELSEN, WALİNE, C. DE MALBERG bu arada zikredilebilir.

Nihayet daha başkaları tabiî hukuk idesinin hakikatte müteal bir fikri temsil etmeyip intuitif bir şekilde bilinen müteazzi olmayan fakat yaşayan hukuku ifade ettiğini idda eder ve bunun sosyolojik izahını yaparlar (GURVİTCH). Diğer bazıları ise hukuku ancak mevzu hukuk ve nihayet fiilî hukuk mânasına alarak bunu muhtelif sosyal kuvvetler arasındaki mücadelenin bir muhassalası müteharrik muvazenelerin bir ânı telâkki ederler ve bu hukukun «tabiî hukuk» terânesiyle meşru kılınmasına veya kontrol edilmesine karşı asabiyet gösterirler. (H. DE PAGE gibi).

Hülâa asrımızın ilk yarısına kadar tabiî hukuk rönesansı XIX. cı yüzyıldaki tenkidlerden daha şiddetli tenkidlere mâruz bulunmuştur. Esasen klâsik tabiî hukuka avdeti gösteren muhtelif hukuk eserlerinin birbiri ardısıra intişarı vakıası nihayet umumî bir temayülün ifadesi olup nazariyenin daha sağlam ispat vasıtaları kazandığına delil teşkil etmez. Bilâkis öyle eserlere raslanır ki hukukî tefekkür sahasında şunu veya bunu tercih etmek tamamen ihtiyarî bir seçim neticesi imiş gibi müelliflerinin tabiî hukuk taraftarı olduğunu hiç bir gerekçe zikretmeden ilân etmekle iktifa ederler. Doğrusunu aramak lâzım gelirse tabiî hukuk taraftarlığının sırf bir inanç meselesi olduğunu kabul etmekle bu eserler daha tehlikesiz bir tarzı ihtiyar etmiş sayılmalıdırlar. Zira tabiî hukukun her yeni ispat tarzı ona daha yeni tenkidlerin tevcihine sebep olmaktadır. Fakat nazarî olarak en doğru hareket tarzı bu olmakla beraber hukuk gibi, hikmeti vücudunu tatbik edilebilme kabiliyetinden alan bir nizam hakkında bu kadar fazla kanaat serbestisine bilhassa tabiî hukukçular pek razı olmamaktadır. Çünki hukuk hakkında ölçü rolünü oynayacak olan bir «tabiî hukuk»a inanmakla inanmamak arasında amelî bakımdan çok fark vardır ve müsbet hukukun tadil ve ıslahı bahsinde daima bir «peki ama neye göre?» suali ile karşılaşılacaktır. İşte hukuk filozofları bu sahada vazii kanuna rehberlik edecekleri zaman aynı düsturu kıstas olarak tavsiye edemiyeceklerdir. Daha doğrusu tabiî hukukun vücuduna inanan ve inanmayan hukukçular arasında devam edegelen bu sonu gelmez felsefî münakaşalara şahit olan tatbikatçılarda, hukukî tefekkürün amelî sahadaki zaafı bir kere daha teslim edilecek ve müsbet hukukun ancak siyasî kuvvetten ve günlük maslahat icaplarından mülhem olarak değişebileceği kanaatı yerleşecektir. Filhakika hukukî tefekkür âlemi tabiî hukuk var mıdır yok mudur münakaşası ile meşgulken pratik hukuk muhtelif siyasî ve sosyal âmillerin tesiri altında ve belki de

henüz keşfedemediğimiz sosyal bir kanunun muayyeniyetleri içinde kendi kendine değişip durmaktadır, ve hukukun tahavvülüne sebebiyet veren âmillerin zahirî etiketleri «tabiî hukuk» olsun olmasın hakikat bizce henüz meçhul kalmaktedir. Hukukun yaratılmasına ve tahavvülüne müessir olan faktörlerin çokluğu ve çeşitliliği her halde gözden kaçırılmamak lâzımdır.

Diğer taraftan tabiî hukuk dâvası hukuk âleminde durup durup alevlenen müzmin bir ihtilâf manzarası arzettiği ve her iki taraf da birbirine ilmî münakaşa hududunu aşan ithamlarda bulunduğu için nazarî sahada da bu karşılıklı iddialar hakkında muayyen bir fikre sahip olmak her müptedî hukukçu için zaruri görülmektedir. Esasen bütün akidevî mevzularda, bütün inançlarda aynı hali müşahade kabildir: İnanan adam inandığı şeyin haddi zâtında münakaşasızca bağlanılan bir postülât olduğunu kabul etmez ki! Onun inancı kendi indinde hakikatin ifadesidir. Hakikat ise bütün insanlarca elbirliği ile kabul edilebilecek bir şeydir. O halde onu inkâr edenler, henüz lâyikiyle bilmiyorlar demektir. Binaenaleyh hakikati öğretmek ve ispat etmek lâzımdır. Işte doğmaların misyonerliği buradan başlar.

Tabiî hukuk meselesinde de çok defa durum aynıdır, ve tabiî hukuk taraftarları çok defa tabiî hukuku i s p a t a kalktıkları için yani aklî muhakeme yoluyla doğruluğunu kabul ettirmeye cehdettikleri için münakaşayı dâvet ederler. Zira aklın ölçülerine bir kere müracaat edildi mi artık sonuna kadar o ölçülerin yolunda yürümek ve varılacak neticeye razı olmak icap eder. Fakat «akıl»ın işleyiş tarzı hiç değilse muayyen beşerî tekâmül çağları içinde yaşayan bütün insanlar için aynıdır. Bu yoldan tabiî hukukun ispatlanması sonuna kadar yapılamayınca bu sefer nazariye taraftarları sezgiye, manevî hislere, beşer nev'inde meknuz biyolojik kanuna atıflar yapmıya başlarlar ki bu zâviye tebeddülü hemen daima nazariyenin aleyhine olur. Çünki «sezgi», «mânevî his», «nev'in biyolojik kanunu» gibi terimleri kullanmakta mahzur görmeyen hukukçuların bu hareketleri ancak mezkûr terimleri hakikaten ait oldukları ihtisas şubelerinden istiare etmiş olmaları halinde mazur görülebilir. HAESAERT'ın haklı olarak belirttiği gibi, hukukî mefhumları ispat zımmında başvurulan bir çok biyolojik, psikolojik veya kozmogonik nazariyeler bu ilimlerin hakikî erbabı indinde çoktan terkedilmiş ipotezlerden ibarettir!

«İlmî denilen esaslardan mülhem sistemler, içlerinde, spesiyalistlerin uzun zamandanberi terkettikleri ölü ipotezlerin başıboş heyulâlar gibi dolaştıkları mezarlıkları andırırlar» (2).

---

(2) **HAESAERT — Le Fondement du Droit** (Archives. 1933. No: 3-4, Sh: 205)

İşte tabiî hukuka yeni bir ruh nefhetmek için çeşit çeşit ispat yollarına başvurulması münekkitlerin de çeşit çeşit red ve cerhlerini dâvet etmiştir. Bu itibarla tabiî hukuk rönesansı hakkındaki tenkidler hem bizzat tabiî hukuk mefhumuna, hem de bunun XX. ci asırdaki ispat yollarına müteveccihtir. Biz yapılan tenkidleri üç kolda topladıktan sonra üçüncü ve son bölümünüzde modern sosyolog hukukçuların «tabiî hukuk cereyanlarını» birer sosyal vakıa sıfatiyle nasıl izah etmekte olduklarını göreceğiz.

Bu bölümde kısaca ve ancak belli başlı temsilcilerine temas edeceğimiz tabiî hukuk aleyhdarlığını üç kısımda inceliyeceğiz:

I — İdealist pozitivistlerin tenkidleri (G. MAY ve G. DAVY)

II — Moralist pozitivistlerin tenkidleri (G. RİPERT ve P. CUCHE)

III — Normativist pozitivistlerin tenkidleri (CARRE DE MALBERG, KELSEN, WALİNE).

Muhakkak ki bu tasnifimiz mutlak bir doğruluğu haiz olamaz. Hususiyle maksadımız hukukî pozitivizmin müstakil bir izahını yapmak değildir (3). Biz burada hukukî pozitivizm ile tabiî hukuk rönesansını tenkid etmsei hasebiyle ve tenkidi nisbetinde meşgulüz. Pozitivizmin kendine mahsus inşaları, yahut tabiî hukukun inkârı halinde tahaddüs edecek boşluğu ne gibi ersatz'larla doldurduğu mes'eleleri ve bunların kiyafet dereceleri üzerinde fazla duracak değiliz. Zira bizi alâkadar eden cihet, tabiî hukuk rönesansının mahiyeti, rolü ve kiyafet derecesidir. Yoksa onu istihlâf eden teorilerin izah ve takdiri değil.

Biz şuna kaniiz ki hukukun temeline müteallik olup tabiî hukuku istihlâf eden diğer nazariyelerin de kifayetsiz olduklarının sübutu, bizzat tabiî hukukun kiyafetsizliğini izaleye muktedir değildir. Her ikisi de kiyafetsiz olabilirler ki bu takdirde hukuk felsefesi dünyasında henüz istikrar bulmamış bir kaynaşma ve müstakbel bir sentèze intizar hali var demektir. Bizim bu tahammür safhasını müşahade ve tesbitle iktifa etmemiz de kabildir. Mesnetsiz ve aceleci hükümlerle kendimizi behemehal şu veya bu tarafı iltizam etmeye zorlamamız zaruri olmasa gerektir.

---

(3) Esasen bu mevzu kıymetli hukukçumuz **İSMAİL NİHAT ERİM** tarafından muvaffakiytle işlenmiş bulunmaktadır: **(Le Positivisme juridique et le Droit International,** Paris, 1939).

— 1 —

İDEALİST POZİTİVİSTLERİN TENKİTLERİ

26 — G. MAY'IN «İDEAL HUKUK»U:

1915 de GENY'nin «asgarî ve zararî tabiî hukuk» hakkındaki tetkiklerini neşretmesini müteakip hukukî idealizmi behemehal tabiî hukuk taraftarlığının inhisarına terketmek istemeyen bazı sosyolog idealist hukukçular arasında bir aksülâmel başgösterdi. 1919 da Paris Hukuk Fakültesinde, cepheden dönen Amerikan askerlerine verdiği hukuk başlangıcı derslerinde Prof. G. MAY tabiî hukuku kabul etmiyor, fakat buna mukabil bir «ideal hukuk»dan bahsediyordu (1). Bilâhara derslerin muhitte fazla alâka toplaması üzerine G. MAY 1925 de notlarını genişleterek bastırmış ve nihayet 1932 de de mühim değişikliklerle üçüncü tabını yapmıştır. Biz müelifin fikirlerini, eserin daha fazla işlenmiş olan son tab'ına atfen nakledeceğiz.

A — «Tabiî hukuk» diye bir şey yoktur.

Asırlardanberi usanılacak kadar tekrarlanmış olan tabiî hukuk mefhumu ilk ortaya atıldığı zamanlardanberi mırızlar bulmuştur. MONTAİGNE daha o zaman tabiî hukuk prensibi diye ileri sürülen üç dört prensipten hiç birinin itirazsızca ve bütün milletlerce kabul edilmiş olmadığını ve bunlara tabiî demenin gülünç olduğunu söylemişti (2). Keza BENTHAM, tabiî hukukçuların vazii kanuna «tabiat icabı» diye empoze etmeye kalktıkları kaidelerin hakikatte bizzat kendi icatları olduğunun farkına varmadıklarına işaret etmişti (3). Fakat artık bugün tabiî hukuk telâkkisi ve buna terceman olacak tâbirler, hukuk ilminden ve hukukî terminolojiden kovulmuş gibidirler (4).

Bugün hukukçuların hemen hepsi, müellife göre, bu eski doktrini reddetmekte müttefiktirler. Bu doktrininin gittikçe daha çok sayıda dâvet ettiği itirazlar, zamanımıza en yakın tarihlerde, hukukun menşe ve mahiyei hakkındaki görüşler sayesinde kuvvetlenmiş, teeyyüt etmiştir. Bir tabiî hukuktan bahsetmek, insana kendi tabiatının bir neticesi gibi, maddeyi idare eden fizik kanunlardaki söz götürmez zarurilik gibi kendini kabul ettiren bir hukuk fikrini telkin etmek demektir. Halbuki hukukun beyan ettiği kaidelerin,

---

(1) GASTON MAY — **Introduction à la Science du Droit.** 1920.
(2) MONTAİGNE — **Essais,** II. ch. 12.
(3) BENTHAM — **Principes de Législation,** ch. 12.
(4) GASTON MAY — a.g.e. 3 ème édition. 1932. Sh: 161.

madde dünyasının kanunlarına, tabiî kanunların cereyanına, kombinezonlarına ve münasebetlerine benzeyen bir halleri olmadığı muhakkaktır. Tabiî kanunlar insana hâkimdir. Bunlar keşfedilebilir, bunlardan faydalanılabilir, fakat bunları yapan kendisi değildir. Onların hiç bir şeyini değiştiremez. Hukukî nizamın kanunları ise bilâkis insan eseridir. Bunlar insanın vazettiği, kendi kendisine kabul ettirdiği ve icabında keyfine göre tâdil edebileceği kaidelerdir.

Demekki müsbet mevzuattan mukaddem, ona faik, model vaziyetinde olup müsbet mevzuatın kendisine yaklaşmakla tekemmül edeceği herhangi bir tabiî hukuk yoktur. Fakat mütemadî şekilde insan tarafından yaratılmakta olan ve tıpkı insan aklının kendisi gibi kemalsiz fakat gene onun gibi kemale müstait ve hataya meyyal bir tek hukuk vardır (5).

B — İdeal hukuk nedir?

Filhakika ancak bir ideal hukuktan bahsedilebilir ve bu umumî efkârın, sosyal hayatın icaplarına daha uygun telâkki ettiği müstakbel ve mutasavver bir hukuk nizamından ibarettir. Hukukun tabiat kanunları gibi bize kendini zorla kabul ettirmediği, her şeyden evvel bizim eserimiz olduğu fikri onun tekemmüle müstait olmadığını ispat etmez. Bilâkis insan her cephesini, her şeyini tekemmül ettirmek istediği gibi, içinde yaşadığı cemiyetin hukukî nizamını da tekâmül ettirmek ister. Fakat bunun için evvelâ kendi kendine «mükemmel hukuk nasıl olur?» sualini sorar ve işte bu suale cevap olarak zihninde bir «ideal hukuk» tasavvuru yaratır. Bundan sonra bütün gayreti, içinde yaşadığı cemiyetin diğer mensuplarını, bu tasavvurun hakikaten ideal olduğuna ve tahakkuku için çalışmak gerektiğine inandırmak olacaktır.

Böylece güzidelerin fikrî inşalarından, kitlelerin müphem ıslahat arzularına intikal eden ideal hukuk tasavvuru nihayet efkârı umumîyenin kollektif hukuk duygusunun şiddetle tahakkukunu istediği bir hukukî nizam şeklini alır ve vazii kanun bunu behemehal tahakkuk ettirmeye çalışır. Zira kendisi mütemadî bir şekilde efkârı umumîyeye aykırı hareket etmeye muktedir değildir.

İdeal hukukun hakikatte tabiî hukuku istihlâf ettiği söylenebilir. Fakat o tabiî hukuk gibi ontolojik bir mevcudiyet iddiasında değildir. O, müsbet hukuk gibi mer'iyet iddiasında da değildir. O, bir tasavvurdur ve tasavvur edildiği cemiyetin ve devrin şartlarına göre değişir. Zira her cemiyetin sosyal ihtiyaçları ve bu ihtiyaçları en iyi bir şekilde tatmine salih nizam şekilleri

---

(5) **GASTON MAY** — a. g. e. Sh: 162.

birbirinden farklıdır. Sonra bu ideal hukuk ne mâzide ne de tabiatta aranır. Bu, insanların zihninde mevcut olup ilerde tahakkukunu temenni ettikleri bir kemal tasavvurundan ibarettir.

Esasen tabiî hukuk nazariyesinin zâfını hissedip onu «müterakki veya mütehavvil muhtevalı» bir şekle sokanlar hakikatte bir cemiyette istikbale muzaf bir ideal hukuk tasavvuru bulunduğunu ifade etmek istemişlerdir (6). Fakat bu ideal hukukun afâkî varlığını iddia ettikleri zaman derhal tenakuza düşmüşlerdir.

İşte G. MAY tabiî hukuk mefhumunun hukuk ilim dilinde hiç bir yeri kalmadığı ve buna atfedilen mühim fonksiyonların «ideal hukuk» tasavvurlariyle mükemmelen yerine getirilebileceği kanaatındadır.

G. MAY'ın bu fikirleri bilâhara 1922 de çıkan GENY'nin muazzam eserinin son ve dördüncü cildinde bir hayli tenkid edilmiş (7) ve idealin izafîliği ve mütehavvil oluşu ileri sürülerek bunun hiç bir zaman tabiî hukukun yerini tutamıyacağı iddia edilmiştir. Maamafih G. MAY'ın iddiaları hiç değilse realiteye daha yakın görülmektedir. Her cemiyette daha mükemmel bir hukuk nizamı tasavvuru mevcuttur, fakat bütün cemiyetlerde ayni şekilde mevcut ve mer'î bir tabiî hukukun vücudu henüz ispat edilememiştir.

27 – DAVY'NİN SOSYOLOJİK İDEALİZMİ.

HAURİOU'nun «tabiî hukuk ve Almanya» adlı meşhur makalesinin (1) intişarından dört sene sonra ve GENY'nin tabiî hukuk rönesansının müdafaasını yaptığı ve ideal hukuka hücum ettiği sıralarda (2), 1922 de DAVY «Le **Droit, l' İdealisme et l' Expérience»** adlı kitabını neşretti. Burada müellif hukuk felsefesinin geçirmekte olduğu buhrana işaret ediyordu. Esasen daha evvel de 1911 de Année Sociologique'de münteşir **«le Droit et la Notion de personne»** adlı etüdünde aynı problemi ele almıştı ki bu makale bilâhara 1922 de münteşir eserinin başına alınmıştır. DAVY meseleyi şu şekilde vaz etmekte idi:

Acaba metafizik tabiî hukuk nazariyesi hukukî idealizm inhisarını elinde tutmak iddiasında mıdır? Hukukta idealizm, behemehal tabiî hukuk taraftarlığı şeklinde mi olacaktır?

Diğer taraftan, hukuk hakkında behemehal idealist veya realist bir görüşe sahip olma yani bunlardan bir tarafa iltihak etmek şarttır. Çünkü «kanunu

---

(6) **GASTON MAY** — a.g.e. Sh: 163.
(7) **GENY — Science et Technique.** IV. Sh: 216.
(1) Bak: Yukarda No. 12.
(2) Bak: Yukarda No: 26, not 7.

hayata uydurma vetiresinde yani bu intibak işinde doktrin ve içtihada terettüp eden rol, hukuk hakkında sahip olunan idealist veya pozitivist telâkkiye göre değişecektir. Hukuk nedir? İşte bütün reform haroketine hâkim olan nihaî sual budur» (3). O halde evvelâ hukuku realist ve idealist görüşlere göre izah lâzımdır.

A — Her nevi realizm hukuku behemehal kuvvete mi irca eder?

Birinci dünya harbinden sonra Fransada'ki hukukî tefekkür âleminin durumuna işaret eden DAVY meseleyi açıkça vazeder: «Acaba hukuk kuvvetten başka bir şey değil midir? Yoksa bilâkis hukuk bir ide midir? Realizm köleliğine karşı işte bütün idealizmlerin hür şahlanışı.. İşte umumî harbin hakiki mânası budur. Fakat dün, hemen bütün Fransız doktrinini peşine takan realist cereyana ne demeli? Hukukçularımız ve hukuk filozoflarımız dalâlete mi sapmışlardır ve cermen telâkkilerinin peşine gitmekle an'anevî idealizmimize ihanet mi etmişlerdir? Müdafaa ettiğimiz ve muzaffer kıldığımız dâva, hukukun tarihçi ve pozitif telâkkisinin terkini ve kayıtsız şartsız tabiî hukuk metafiziğine avdetimizi mi istilzam eder? Keza realistlik hatasından sonra, bütün tesellimizi ancak harpten evvel doğmakta olan «tabiî hukuk rönesansı«nda mı bulabileceğiz? Yahut hukukun realist ve tarihçi telâkkisinin muayyen bir anlaşılış tarzı yok mudur ki bizim hepimizin, sağlam ve serbest bir hukuk mefhumu için zaruri olduğunu insiyakî bir şekilde hissettiğimiz bu Fransız idealizminin hiç de inkârını tazammun etmesin? ... Eğer biz, realizm ve idealizm tezadının oldukça sun'î bir şey olduğunu ispat edebilirsek ve bunun behemehal hukuk - kuvvet tezadına tekabül etmediğini gösterebilirsek, ve her realizmin bizzarure sadece menfaat ve kuvvet realizmi olmadığını ispat edebilirsek o zaman beyhude zahmete girmemiş ve bir çok şeylerin de hakiki yerini lâyikiyle tayin etmiş oluruz» (4).

B — Tabiî hukuk idealizminin zaafı ve doğurduğu buhran:

Tabiî hukuk idealizmi, hukuku, bir vakıa olarak değil à priori bir ide olarak alır. Bunun ahlâk gibi kablî ve aklî bir temeli vardır. KANT, bu nazariyeye pek fazla aklî ve mutlak bir karakter bahşetmiştir ve bu kadar âşikâr bir şekilde idealist ve rasyonalist olan doktrin, sosyal ve ekonomik hayatın mütemadiyen değişen vakıalarına intibak edememiştir (5).

DAVY, mutlak tabiî hukuk idesi ile mütemadiyen tahavvüller arzeden gerçek müsbet hukuk dünyası arasında müşahade edilen bu «mutlak» ve «izafî» buhranının esasen devrimizin bütün fikir ve felsefe âleminde mevcut ol-

---

(3) **DAVY — Le Droit, l'Idéalisme et l'Expérience.** 1922 Sh: 37.
(4) **DAVY** — a.g.e. Sh: 39-40.
(5) **DAVY** — a.g.e. Sh: 46.

duğunu görür. «Bu buhran hakikatte KANT'ın à p r i o r i buhranıdır» der. Filhakika her sahada KANT'ın à p r i o r i ' s i reddedilebilir fakat yerine ikame edilecek başka bir temel de bulunamaz. Riyaziyede POİNCARE, mekân à priori'sini mes'ul eder ve insan müdrikesinin şekil ve prensiplerini yıkar. Felsefede BERGSON, zaman à priori'sine çatar ve şuurda kat'î düşünme kalıpları yerine vasıtasız müşahhas realiteler arar. RAUCH ahlâk à p r i o r i-lerini atıp ilmî bir şekilde bir ferdî ahlâk tecrübesine girişir. Tekâmülcüler ferdî hareket saiklarını dünyanın umumî kanununun istihraç etmeye kalkarlar. Faydacılar kategorik emirler yerine muayyen saikleri ikameye çalışırlar. Nihayet hukukçuların tarihçi mektebi ahlâkî ve hukukî kaidelerin kablî olarak tesbit eden à priorik metoda karşı bu kaidelerin zuhurunu ve değişmelerini tayin eden gerçek ve mütevâli sebepleri keşfe kadir bir metod kullanırlar.

Bütün bu hareketler KANT'çı à priorisme karşı pek muhtelif cephelerden gelen topyekûn bir hücumu ifade eder. Bütün bu cereyanların müşterek noktası v a k ı a e n d i ş e s i dir. Bu cereyanların hepsi her şeyden evvel vakıaları olduğu gibi tanımak lüzumuna kanidirler. «Bu, kısaca, az veya çok miktarda bir pozitivizm ve realizm dozudur ki hiç bir çağdaş zekâ bundan kurtulamamıştır. Hukuk sahasında raslanan da aynı neviden realist ve potivist bir reaksiyondur. Yoksa, zamanımızın hemen bütün mütefekkirlerine ve hukukçularına ârız olan müşeterek ve umumî bir dalâletin vücudüne mi hükmetmemiz lâzımdır? Öyle bir dalâlet ki hepsini artık vakıalara muti ve idealizme âsi kılmıştır, ve idealizm de kendi mâbetlerini ancak mahz à priori metafizik bölgesinde muhafaza edebilmiştir. İlmî zihniyetin yayılması acaba hakikaten bu kadar meş'um bir fidyeyi necat bahasına mı olmuştur»? (6)

C — Realizm ile idealizmin telifi meselesi :

DAVY, hukukî idealizm ile realist cereyanlar arasında bir köprü kurulup kurulamıyacağını münakaşa eder. Kanaatınca tarihçi mektebin ve Alman realizminin fena mahsuller vermesi bizzat bu nazariyelerin kusuru olmaktan ziyade, bunların, Alman siyasetine ve devletin kötü maksatlarına âlet olmalarındandır. Binaenaleyh siyasî değil fakat ilmî ve hasbî bir realizm cereyanı pekâlâ hukukî idealizm ile bağdaşabilir.

Bu nasıl olacaktır? Hakikî realist görüş, alelıtlak idelerin, muayyen dış âmillerin tesiri altında meydana geldiğini yani muayyen sebeplerin bir mahsulü olduğunu kabul etmekle beraber, bu idelerin de diğer başka neviden neticelerin sebeplerini teşkil ettiklerini teslim eder. O halde ideler yalnız bir sosyal mahsul olarak değil, aynı zamanda sosyal bir âmil olarak da nazara a-

(6) **DAVY** — a.g.e. Sh: 47 - 48.

lınmaktadır. İşte böyle bir realizm «tekâmül âmili olan idenin varlığını ve tesir kabiliyetini, à p r i o r i metafizikten daha kuvvetli bir surette ve à p o s t e r i o r i olarak beyan suretiyle idealizmi istilzam edecek ve ona bir temel verecektir» (7).

Böylece müellif müdafii olmakla iftihar ettiği idealizmden hiç birşey feda etmeden böyle bir realizme bağlı kalabileceğini iddia etmektedir (8).

Fakat müellif bu işin son derece güç olduğunu da teslim eder: «Âdil olmak için şunu da kaydetmelidirki, «hukuk» ile «vakıa» arasında birini tasdik ederken ötekini inkâr etmiyecek olan bir muvazene bulmanın son derece güçlüğü aşikârdır.. Ahlâkın ve hukukun varlıkları kendilerine mütevakkıf bulunan bu gibi kıymet hükümlerinin ilmî şekilde tetkiki pek zordur. Çünki bunları artık sadır oldukları ferdî vicdanın sübjektivitesi içinde değil - hatta bu, en güzide bir vicdan dahi olsa - fakat başka bir tarzda tetkik etmek icap edecektir» (9).

DURKHEİM'ın hakikî bir muakkibi olan DAVY asıl müsbet metodun idelere ve kıymet hükümlerine asla yabancı kalmadığını söyler ve hukuk hakkında realist - idealist bir görüşün ancak hakikî sosyolojik metodlarla elde edilebileceğine kanaat getirir. Bunun için ilk yapılacak şey «maşerî vicdanın, maşerî şuurun gerçekliğine inanmaktan ibarettir». Filhakika mûtad olarak à priori bir şekilde kabul edilen tabiî hukuk kaideleri adındaki bu ideal kaideler, her fertte âdeta kendisini zorla kabul ettiriyormuş gibi, âdeta o fertten mukaddem ve onu aşan bir şey imiş gibi tezahür ediyorsa bu, onların, hakikaten ve fiilen o ferdin dışında ve üstünde olmalarından mütevellittir. Fakat bu kaidelerin bu vasıfta olmaları için mutlaka maşerî vicdanın gerçek mûtaları olmamaları icap etmez. Bilâkis. Hakikaten maşerî vicdan ferdî vicdanı aşar ve ona bir ideal teklif etmek ve kabul ettirmek için gerekli olan bütün şartları nefsinde toplar... Böylece artık her sosyolojinin ancak «olan»ı kale alıp, «olması lâzımgelen»i aramadığı yani «tasvir ve izah» ile iktifa edip «emir» ile uğraşmadığı yolundaki malûm tenkidin haksız olduğu meydana çıkar.

Bu şekilde maşerî vicdan ile izah edilen ideal, bizzat bir müşahade vakıası halini alır. Zira muayyen bir devrin maşerî vicdanındaki ideallerin tarihî zuhuru, meselâ ihtilâlci veya dinî heyecanlarla dolu bir devrin ideallerinin doğuşu, müşahede edilebilen ve kendi sebeplerine bağlanabilen ve ferdî vicdanlardaki tesirleri görülebilen bir vakıadır.

Hülâsa ferdî vicdanın mahsulü olarak ele alındığı zaman ilmî müşahede-

---

(7) **DAVY** — a.g.e. Sh: 51.
(8) **DAVY** — a.g.e. Sh: 51.
(9) **DAVY** — a.g.e. Sh: 52.

ye elverişli olmıyan idealler, arzu ve emeller maşerî bir hal alınca muşahedeye kabiliyet kazanır daha doğrusu âfakîleşirler. Böylece realitede kendilerine raslanan «hak»lardan her biri ideal olarak tanınmış ve takdis edilmiş bir kıymeti, bir değer hükmünü ifade eder. Bu kıymetler müeyyede tehdidi altında tecavüzden masun tutulmuşlardır. Ancak bu kıymetlerin kaynağı maşerî vicdan ise de ilmî müşahede bu kıymetlerin hakikî hüviyetlerine ancak ideal sahasında vakıf olacaktır. Onlara hiç bir zaman muayyen durumların veya muayyen imtiyazlı kimselerin zatî ve tabiî sıfatlarıymış gibi basit bir şekilde vakıalar dünyasında tesadüf edecek değildir (10).

Müellif misâl olarak hümî şahsiyet meselesini gösterir. Şahsiyet, insanın tabiî ve fizikî vasfı değildir. Belki insanda tecessüm eden muayyen bir kıymetin ifadesidir. Maşerî vicdan, bu kıymeti nerede görürse ona bir şahsiyet tanıyabilir. Yani hukukî bir kıymet bahşedebilir. Bu kıymet de, bir ferdin veya gurubun, içtimaî idealin bir parçasını kendisinde tecessüm ettirmiş olmasiyle ölçülür. İşte ferdiyetçilerin «yüksek insanlık haysiyeti» dedikleri şey hakikatte budur (11).

D — Müktesep kıymetlerin müdafaası:

İşte realiteden ve tarihten çıkan ve DAVY tarafından teklif ve müdafaa edilen idealizm budur. Bu idealizmin temeli tabiî hukuk levhası üzerine nakşedilmiş olan f ı t r î k ı y m e t l e r değil. medeniyet denen bu uzun tarihî tekâmülden meydana gelmiş olan m ü k t e s e p k ı y m e t l e r'dir.

İnsanlık nev'inin uzun asırlar boyunca meydana getirdiği ve terakkisinin en mühim delili ve öz eseri olan bu mütesep kıymetler muhakkak ki bizim için çok daha azizdirler. Şahsiyet, milliyet hukuku, adâletin masuniyeti, ahde vefa... İşte bütün bunlar güzel fıtrî insiyaklar değilseler de, insaniyetin bizzat kendi nefsine karşı kazandığı pek zahmetli ve mahfî muzafferiyetleri demektir. İşte bugünkü insanî idealizmin muhtevası budur. Bu ideal zâviyesinden muhakeme ettiğimiz takdirde realizm asla idealin inkârı değildir. Bilâkis ona ampirik bir izah veçhi temin eden yegâne yoldur ve onu kendi mütevazi gerçek menşelerine raptetmekle bize onun değerini daha fazla takdir ettirmekten başka bir şeyi istihdaf etmez (12).

E — DAVY'nin rolü; ve vardığı neticelerin değeri:

DAVY'yi tabiî hukuk mefhumunun bir ideal hukuk şeklinde tefsiri dolayısiyle G. MAY ile aynı başlık altında tetkik etti isek de müellifin asıl ye-

(10) **DAVY** — a.g.e. 161 - 163.
(11) **DAVY** — a.g.e. Sh: 164.
(12) **DAVY** — a. g. e. 165 .

ri sosyolog hukukçular gurubudur ve hukukî kıymetlerin sosyolojik zâviyeden izahına çalışanların başında gelir. Bilâhara GURVİTCH, ve HUBERT ile E. BELİNG ve HASAERT'de aynı metoda ve izah tarzına tesadüf edeceğiz. Burada müllifton bahsedişimizin sebebi rönesans hareketlerinin hemen ilk münekkitleri arasında yer alması ve G. MAY'la beraber tabiî hukuku bertaraf edip ideal hukuktan bahsetmeleridir. Böylece tabiî hukuk sosyolojik bir mûta olarak ele alınmakla yani cemiyetlerin muayyen zamanlarda kendileri için yarattıkları hukuk ideallerinden biri olmakla bütün mutlak ve à priori karekterini kaybetmektedir. Fakat müellifin belirttiği gibi bu yüzden hakiki kıymetini zayi etmiş değildir. Fakat aşikârdır ki kablî ve mutlak hüviyetini metafizik şahsiyetini kaybetmiş olan bir hukuk prensibi artık klâsik tabiî hukukukun faydalandığı bütün kudsîlik imtiyazlarından mahrum kalmıştır. Tabiî hukuk artık tâbir caizse diğer sosyal kıymetlerle bir sıraya girmiştir. Kendine mahsus olan mistik imtiyazlarından tecrid edilmiştir ve tabiî hukuk rönesansı bu kadar fazla fedakârlığa razı değildir. O, «mutlak»ı, insana ve cemiyete, HAURİOU'nun mübalâğalı bir tarzda belirttiği gibi, her iksinin de dışından hitap eden bir «kategorik emri» aramakta ve şu veya bu şekilde böyle bir emri modern zihniyet muvacehesinde meşru göstermeye çalışmaktadır. Bu bakımdan DAVY'nin tabiî hukuka tanıdığı bütün kıymetler rönesans hareketlerinin hakiki mümessillerini ve hararetli taraftarlarını hiç de tatmin etmişe benzememektedir. DAVY'nin görüşleri bir kıymet ölçüsü olarak tabiî hukukun sosyolojik zâviyeden izahından ibarettir.

II

MORALİST - POZİTİVİSTLERİN TABİÎ HUKUKU TENKİDİ

28 — G. RİPERT'İN AHLÂK KANUNU.

Tabiî hukuk nazariyesinin dinî veya hiç değilse metafizik bir kâinat telâkkisinin ifadesi olduğu malûmdur. Hususiyle katolik hukukçuların bunu hıristiyanlığın insanî prensipleriyle mezc ve telif ettikleri, hatta nazariyeye koyu bir dinî renk vermeğe çalıştıkları görülmüştür. Bununla beraber müteassıp birer hıristiyan olan RİPERT ve CUCHE gibi büyük hukukçular, tabiî hukuk nazariyesine açıktan açığa cephe almış ve mefhumun hukuk âleminde yeri olmadığını iddia etmişlerdir. Bu durum cidden şayanı dikkattir. Zira bu müellifler nazariyenin ispatı zımmında yapılan ve evvelce etüdümüzün giriş kısmında izah ettiğimiz görüş zâviyesi ve azimet noktası tebeddülerine haklı olarak sinirlenmekte ve hukukun asıl fonksiyonunun müphem bir adâlet idesinin tahakkukundan ziyade içtimaî nizamı muhafaza etmek olduğunu ısrarla belirtmektedirler.

A — Bir «tabiî hukuk rönesansı»ndan bahsedilebilir mi?

G. RİPERT, GENY'nin meşhur eserinin ikinci cildini neşretmesinden üç sene sonra 1918 de Aix Hukuk Fakültesi Yıllığında **«Droit Naturel et Positivisme»** adlı bir makale neşretmişti. Burada tabiî hukuk fikrinin herkese kabul ettirilemiyeceğini, çünkü muhtelif felsefî mekteplere mensup ve muhtelif akidelere sahip insanların müttefikan kabul edecekleri bir ispat imkânını henüz ihraz edemediğini iddia etti. Meselâ ne dindar, ne de spritüalist olmayan bir adam tabiî hukukun mevcudiyetine hangi delillerle inandırılabilirdi?

Bilâhara 1925 de meşhur **«La Règle Morale»** ini neşretti ki burada tabiî hukuk taraftarlarının, tabiî hukuk mefhumunu çağdaş zihniyete intibak ettirebilmek için değiştirdiklerine daha doğrusu küçülttüklerine işaretle bütün bu gayretlerin beyhude olduğunu söyledi. Meselâ STAMLER, tabiî hukukun muhtevasını «mütahavvil» olarak kabul etmiştir. Fakat bu ne demektir? Cemiyetlerin mütemadî bir tekâmül ve istihale seyrinden geçtiklerini ve hukuk nizamlarının hudutsuz tahavvüller arzettiğini görüp, sabit bir tabiî hukukun maksada elverişsizliğini idrak eden müellif bu sefer tabiî hukuka «mütehavvil bir muhteva» tanımış demektir. Fakat bu takdirde değişmez mutlak bir ideal gibi yani sabit bir ölçü gibi alınması icap eden tabiî hukuk, bizzat ölçeceği takdir edeceği mevzuun tahavvüllerini takip ederse bundan

bir kıstas olarak istifade edilebilir mi? STAMMLER'in fikri kabul edilirse «olan»ı temsil eden ve daimî tahavvül halinde bulunan «müsbet hukuk» ile «olması lâzım gelen»i temsil eden ve «olan» hakkında bir takdir ölçüsü vazifesini görecek olan «tabiî hukuk» birbirine karışmayacak mıdır? Zira her ikisi de mütehavvildir.

«Bir rönesans! Hakikatte fikirlerin ve kelimelerin böyle bir tenakuzunu ancak bir Alman filozofu kavrayabilir. Biz ideal bir hukukta bir istikamet gösteren kaideyi ve idealin bir justification'unu arıyoruz. Halbuki bu ideal hukuk öyle bir elâstikiyet arzediyor ki kendilerine yol göstereceği, hâkim olacağı müsbet hukuk kaideleriyle imtizac ediyor ve «olan» ile «olması lâzım gelen» birbirine karışıyor» (1).

GENY'ye gelince, bu müellif bir «irreductible Droit Naturel»den bahsediyor. Yani hangi mezhep ve akideye sahip olursa olsun herkesin kabul edebileceği asgarî bir iki prensipten ibaret olan bir tabiî hukuktan. GENY neticede tabiî hukuku iptidaî adâlet fikriyle karıştırıyor. Bu adâlet mefhumunu da tahlil edince mefhumun aslî salâbetini kaybettiğini görüyor, ve bu sefer onu adâlet idesinin tecellileri addedilen bazı hukukî müesseselerden istihraca kalkıyor. Halbuki bu takdirde hepsi de adâleti temsil ettiğini iddia eden birbiriyle mütenakız bir çok hukukî müesseseler ortaya çıkıyor ki adâlet idesini bunlardan çıkarmak kabil olmuyor. Zira bilâkis bu müesseseleri takdir için evvelâ adâletin ne olduğunu bilmek lâzım gelecektir.

Adâlet idesini ise bize kusurlu bir meleke olan beşer aklı öğretmez. Bunu olsa olsa **intuition** öğretebilir. Adâletin basit bir ferdî inanç mahiyetinde olmaması için de bu intuition'nun dünyadaki bütün dinlerde ve felsefelerde, bütün fikirlerin ve kaidelerin müşterek bir esasta birleştiğini ispat etmesi lâzımdır. İşte böylece GENY hakikatte adâletin, dünyada mevcut çeşitli şahsî itikada ve akidelere bağlı olduğunu ve ancak bunlardan istihraç edilebileceğini kabul etmekle beraber, kendi tabiî hukukuna mümkün olduğu kadar çok taraftar toplamak için buna inanmayı dindar olmak şartına bağlı tutmuyor ve bergsonizme sığınıyor (2). Halbuki GENY ahlâkî ve hukukî faaliyete rehberlik edecek düsturların prensibini, kat'î bir şekilde tam bir emniyet ve inandırıcı bir salâbetle elde edebilmek için insanın, kâinat hakkında kendisinin cevheri ve tabiatı hakkında, dünyanın menşeinin ve varlığının sırrı hakkında, nihayet kader muamması hakkında muayyen umumî bir dünya görüşüne sahip olması ve muayyen bir tarafı tutması gerektiğini kabul eder. O halde tabiî hukuk prensiplerinin ancak şu veya bu fakat her halde muayyen

---

(1) **G. RİPERT — La Règle Morale dans les les obligations civiles. 3 ème éd. 1935.** No. 9

(2) **G. RİPERT** — a. g. e. No. 10. Sh: 19.

bazı dünya görüşlerine sahip olanlarca kabul ve idrak edilebileceğini teslim ediyor demektir. Böyle olduğu halde herkesce kabul edilebileceğini iddia ettiği bir asgarî ve zarurî tabiî hukuktan bahsedişi açık bir tenakuz teşkil etmez mi? (3) Hülâsa, «hiç işidilmemiş bir sıfat (yani: irreductible), ilmî bir izah ve takdim mekanizması, fikri meşru gösterebilmek için yeni bir felsefeye müracaat keyfiyeti, nihayet müellifin derin vukufu ve büyük otoritesi... Bütün bunlar tabiî hukuka bir kere elinden kaçırdığı hayatiyeti yeniden iadeye muktedir olamamıştır. GENY, tabiî hukuku müdafaa edeceğim diye beyhude yere küçültmüştür» (4).

Diğer tabiî hukuk taraftarlarına gelince, bunların da yaptığı fazla bir şey değildir. Zâten «ne zaman yeni bir felsefe, dünyanın o zamana kadar bilinmeyen bir izahını yapacağı iddiasiyle zihinleri kendisi ile meşgul etmeye başlasa, ne zaman bir ilmî keşif, hayat ve kuvvet hakkında sahip olduğumuz eski mefhumları altüst etse, hemen daima tabiî hukukun bu yeni felsefeye veya yeni ilme dayanan yeni bir müdafaasını yapacak bir hukukçu ortaya çıkıverir. Bu yeni doktrinin ömrü de modanın ömrü kadar sürer... Ve tabiî hukukun bu gibi ilmî müdafaalarındaki her muvaffakiyetsizlik asıl idenin kuvvetini bir parça daha yıpratır» (5). Yeni yeni kelimeler ve formüller ortaya atılır. Tesanütten, muvazeneden, karşılıklı tabiiyetten, statik ve dinamik emniyetten, istikrardan, yaratıcı kuvvetten ve saireden bahsedilir. Böylece artık asıl ide'yi bir takım formüller istihlâfa başlar ve bu formüllere kolayca inanılır. Fakat asıl mesele olduğu gibi kalır, hiç bir yeni hal suretine bağlanamaz.

İşte tabiî hukuk rönesansı denen hareket bundan ibarettir ve hakikatte beşer aklı dediğimiz şey ebedî prensipleri ve müteal hakikatleri bulmaktan âcizdir. Tabiî hukuk prensiplerini keşfettiğini sandığımız sözde akıl, hakikatte bir milletin veya bir devletin beşer cemiyeti hakkındaki görüş tarzını, telekki tarzını ifade etmekten başka bir şey yapmamaktadır (6). Yeni nesil, gençleşmek hevesindeki bu eski teori karşısında, pozitivizmin soğuk ve cansız salâbetine bağlanmayı tercihte mazurdur (7).

B — Bir tabiî hukuk mevcut olmadığına göre hukukî nizam nasıl kontrol edilecektir?

Hukukî nizam, her şeyden evvel bir otoritenin ifadesidir. Buna mukabil hukukî nizamda tebeddüller yapacak olan otorite kendi nüfuzunu sağlayabilmek için her şeyden evvel sosyal hayattaki muhtelif faktörlerin devam-

(3) **G. RİPERT** — a. g. e. No. 162. Sh: 354.
(4) **G. RİPERT** — a. g. e. No. 10. Sh: 19.
(5) **G. RİPERT** — a. g. e. No. 12.
(6) **G. RİPERT** — a. g. e. No. 9. Sh: 17.
(7) **G. RİPERT** —a. g. e. No. 12.

lı mukavemetini mucip olacak mahiyette kaideler vaz etmekten çekinecektir. Daima onları hesaba katmak zorunda kalacaktır. Cemiyete hâkim ahlâkî prensipler bir sosyal faktör olarak kanun vâzının behemehal kale almak zorunda olduğu unsurlardır. Vazii kanun cemiyetteki ahlâk idealini ihlâl etmeyen prensipler koyarsa kendisine itaati kolayca temin etmiş olur. Maamafih bazan otoritenin mukabil tesirinden faydalanmak isteyerek cemiyete yeni bir ahlâkî ideal benimsetmek için bir müddet mücadeleyi göze alması de kabildir. Bu takdirde vazii kanunun buyruğunu yürütmek için karşılaşacağı zorluk muvakkat olacaktır. Cemiyet yeni ideali benimsemeye başlayınca bu ideali rekzetmiş olan hükümlere kolayca intibak edecektir.

Demek ki, cemiyetteki ahlâkî prensipler diğer sosyal faktörler meyanında kale alınması gereken unsurlardan ibarettir. Hususiyle hıristiyan cemiyetinde müsbet hukuk hıristiyan ahlâkiyetini desteklemelidir. Fakat bunun dışında hukukun behemehal bir metafizik akidenin emrinde ve kontrolü altında olmasından sakınmak lâzımdır. Çünki hukuk, kendisine tâbi olanlardan ancak bir şey bekler: İtaat. Fakat asla bu itaatın saiklerini sormak hakkına malik değildir. Hukuka tâbi olan bir kimse ister hukuku Allahın emri bildiği için, ister tabiât iktizası saydığı için, ister içtimaî bir muayyiniyete inandığı için buna itaat etsin: Hukuk, buna karışamaz. Hangi otorite teb'anın kendisine itaat saiklerini izaha kalksa bunun sebebini daima kendisinin «âdil» olmasında bulacak ve böylece adâleti kendisiyle yani müesses nizam ile aynı sayacaktır (8).

Binnetice şunu tebarüz ettirmeliyiz ki «hukuk kaidelerine riayet eden her fert, vicdanen muayyen bir prensibe bağlanmak mükellefiyetinde değildir. Hukuk kaidesi sırf kendi kuvvetiyle tutunur. Onun tabiî hukuka uygun olup olmadığı sorulamaz» (9).

Diğer taraftan RİPERT'e göre hukukun adâleti hâkim kılması gerektiği de iddia edilemez. Çünki adâlet pek müphem bir mefhumdur ve bir çok hukuk müesseseleri adâletle taban tabana zıddır. Vazii kanun çok defa içtimaî emniyeti ve sulhü temin için adâleti feda eder. Sonra EFLATUN'dan KANT'a kadar bir çok filozofların hep adâlet havarileri olduklarını söylemekle de bu mefhum hakkında bir sarahat elde edilmez. Zira «bu doktrinler ve itikatlar halitasından hiç bir hattı hareket kaidesi istihraç edilemez» (10).

Vakıa hukuk, hıristiyan cemiyetinde hıristiyan ahlâkiyetinin icaplarını destekleyebilir. Fakat hiç bir zaman kendi meşruiyetini bundan almaz. Muhakkak olan bir şey varsa o da hukuk kaidesinin vâcibülittiba oluşunun, muta oluşunun, dinî bir ahlâk namına ilân edilemiyeceğidir. Hele fikir hürriyeti-

---

(8) **G. RİPERT** — a. g. e. No .13. Sh: 24.
(9) **G. RİPERT** — a. g. e. No. 13. Sh: 23.
(10) **G. RİPERT** — a. g. e. No .16. Sh: 28.

ne dayanan modern cemiyette bu asla yapılamaz. Ancak dinî bir akideye dayanarak meşru gösterebileceğimiz bir hukuk prensibini (Meselâ hıristiyan akideye göre mukaddes yemin mertebesinde olan evlenmenin ebediliğini) dine inanmamakta da serbest olan vatandaşlara zorla kabul ettiremeyiz.

Hülâsa hukuk kendi mer'iyet sebebini ancak kendi kuvvetinden yani dinî menşeden müstakil olan otoritenin kuvvetinden alır. Yoksa ahlâktan veya dinden değil. RİPERT burada bir yanlış anlaşılmaya mani olmak için otorite kuvvetinin bir izahını yapar: Bir kanun vazetmek, onu kabul ettirebilmek için sadece en kuvvetli olmak lâzımdır. Fakat bu en kuvvetlilik hukuk süjelerini vazedilen kanunların kendileri hakkında vaz edilebilecek olan bilcümle kanunların en iyisi olduğuna ikna edebilmek kuvveti mânasmadır (11).

C — Hukukî pozitivizm hukukî materyalizm demek değildir.

Tabiî hukukun mevcut olmadığı, müsbet hukukun da meşruiyet ve kudretini dinden ve ahlâktan almadığı kabul edilince, bundan, o halde müsbet hukuk kusursuzdur, mükemmeldir ve gayrı kabili tenkittir gibi bir netice çıkarılmamalıdır. Pozitivizmin bu şekilde tefsiri yanlıştır. Bu olsa olsa hukukî materyalizm olur. Zira pozitivizim, «müsbet hukuk bir vakıadır» der, fakat «behemehal bu vakıanın önünde eğilmek lâzımdır» demez. Müsbet hukuk ve ahlâk ayrı ayrı şeylerdir. Ayrı ayrı nizamlardır ve RİPERT'in kanaatınca ahlâkî nizam üstündür. Ahlâkî nizam hukuka hulûl etmeğe çalışır. Vazii kanun bundan mülhem olarak kanunlar yapar, fakat yaptığı kanunları, falan ahlâkın icaplarına uygun oldukları için değil, kanun oldukları için empoze eder, ve behemehal bu kanunları, tâbi olanların nazarında meşru göstermek icap ederse o zaman bunların içinde yaşanan cemiyetin zaman ve mekâna tâbi icaplarına uygun olduğunu, sosyal ihtiyaçlara cevap olduğunu söyleyebilir. Yoksa falan ahlâkın emri olduğu için itaat edilmelidir diyemez. Yani hukukî mükellefiyet, tâbi olanın vicdanî akidesini muayyen bir ahlâkı tasvip etmeye icbar edemez. O itaat bekler. O kadar. İtaatin saikine karışamaz.

Müsbet hukukun yanında bir de ideal veya tabiî diye ad takılan ikinci bir hukuk kabulü mânasızdır. Çünki bu takdirde ikisi de hukuk olan birbirinden farklı iki nizam mevcut olacaktır ki bunlardan ideal veya tabiî hukuk müeyyede ile kuvvetle mücehhez olmadığı için, müsbet hukuktan daha dun kıymette olacaktır. Halbuki bunun tamamen aksi iddia edilmektedir. Fakat eğer bu ideal veya tabiî hukuk müsbet hukuktan üstün ise bunun bir sebebi olmak lâzımgelir. Burada, bu ikinci nevi hukukların menşei ileri sürülür, bunlar beşer aklının mahsulüdürler denir. Fakat beşer aklı lâyuhtî midir? Hem öyle de olsa, müsbet mevzuatı koyan, müsbet mevzuatı tatbik eden de

(11) **G. RİPERT** — a. g. e. No. 17. Sh: 30.

beşer aklı değil midir? Tabiî hukuku vaz eden akıl ile, müsbet hukuku vaz eden akıl arasında ne gibi bir fark olduğu doğrusu anlaşılamamaktadır (12).

Görülüyor ki RİPERT ahlâk ve hukuk nizamlarının istiklâlini kabul ediyor. Ahlâk nizamını hukuka müessir kılmayı hukukçunun ahlâkî bir vazifesi olarak kabul ediyor. Bütün hukukçulara, hususiyle hıristiyan ahlâkının kanunlarda ve kararlarda tecellî ettirilmesine gayret etmelerini tavsiye ediyor. Fakat hukukun hukuk oluşunu yani mıateberlik ve müessiriyetini kat'iyen ahlâkî bir menşee bağlamıyor. Hukukî nizam ahlâkın yardımından mücerret olarak nizamdır. Ancak ahlâka mugayir olursa ahlâk kendisiyle mücadele edecektir. Hatta icabında kendisini devirebilecektir. Fakat o mahiyetini ve kuvvetini ahlâktan istiare etmiş değildir. O, her şeyden evvel yetkili otoritenin emri olduğu için hukuktur.

Böylece RİPERT,de spritüalist hatta dogmatik bir dinî ahlâk taraftarlığı ile; hukukî sahada pozitivist bir zihniyetin nâdir imtizaçlarından birine rastlıyoruz. Bu halin diğer bir örneğini de P. CUCHE'de göreceğiz.

29 — P. CUCHE'ÜN TABİÎ HUKUK SERABI:

1928 de P. CUCHE, hukuk felsefesine mütedair üç seri konferansında tabiî hukuk rönesansı hareketlerine karşı RİPERT,inkine yakın bir tavır takınmıştı. Esas fikirleri itibariyle her ikisi arasında bir benzerlik vardır. Hukukun, sosyal bir faktör olmak sıfatiyle ahlâkın tesiri altında kalabileceğini kabul ile beraber, tabiî hukuk presniplerinin hiç bir şeyi halle kadir olmadığı hiç bir hakikate tekabül etmediği yani bir seraptan ibaret olduğu fikrindedir. P. CUCHE'ün tenkidlerini bir kaç noktada toplayabiliriz:

A — Tabiî hukuk rönesansı ve hukukî pozitivizm aynı ihtiyaçtan doğmustur.

P. CUCHE'ün bu orjinal buluşunu şöyle izah edebiliriz: XIX. cu yüzyıl sonunda iktisadî hayatın gittikçe mudilleşen şartlarını mevcut mevzuat karşılamağa kiyafet etmemektedir. Yeni mevzuatın muayyen prensiplere göre vaz'ı lâzımdır, ve bunlar o şekilde vazedilmelidir ki artık sosyal ve ekonomik vakıalarla mevzuat arasında bir ihtilâf olmasın, vakıalar, normlara isyan etmesin. Bunun için konacak normların vakıaları tatmin etmesi, dolayisiyle onlara inmesi, yaklaşması lâzımdır. İşte bu vakıalara yaklaşma temayülü bir taraftan hukukî pozitivizmi doğurur, öbür tarfatan tabiî hukuk rönesansını. Çünki bu ikinci hareket «tabiata» müracaat eder. Tabiat ise vakıaların mecmuudur. Bu bakımdan gerek hukukî pozitivizme (CUCHE burada norma-

(12) **G. RİPERT** — a. g. e. **Conclusion:** No: 208. Sh: 434.

tivist değil sosyolojik pozitivizmi murad eder) gerek tabiî hukuk rönesansına «hukukî realizm temayülü» denebilir (1).

B — Tabiî hukuk rönesansının gayesi mezhep ve fikir farklarının fevkinde bir iştirak noktası bulmakdır.

Tabiî hukukun ihyasına teşebbüs edenlerin bütün amelî gayeleri, bütün vazii kanunların, akideleri ve mezhepleri ne olursa olsun, tabiatı eşyadan sadır olduğu için bu sıfatla müştereken kabul edecekleri bir takım prensipler vazetmekdir. Daha doğrusu filhal mevcut olan bu prensipleri keşfetmektir. Öyleki, bunlar, bizzat tabiatın emirleri olduğundan tabiattan dışarı çıkamayan bütün vazii kanunlara, hâkimlere ve müfessirlere hitap etmektedir, ve kanaat ihtilâflarından müessir olmamaktadır.

C — Objektif tabiî hukuk, sübjektif tabiî hukuk: tabiî haklar.

Daha baştan bu tasnif yapılmadan tabiî hukuk meselesini münakaşaya kalkmak doğru değildir. Vakıa bunlrın her ikisi de müşterek bir postülâta dayanırlar: İnsan tabiatı yhaut cemiyetin tabiatı, «ve bu andan itibaren tabiî hukukun bir müşterek direksiyonlar mihrakı, bir müşterek anlaşma zemini olabilmesi için - ki bu kat'iyyen gözden kaçırılmaması gereken bir noktadır - tabiat mefhumu üzerinde ve binnetice ister fertlerin, ister beşer cemiyetlerinin menşeı ve mukadderatı meselesi üzerinde bir ittifak hasıl olmuş olması lâzımdır. Hülâsa, müsbet hukuku hazırlamağa uğraşanların hepsinin aynı içtimaî felsefede veya aynı insan felsefesinde birleşmiş olmaları lâzımdır. İşte postülât budur». (2).

D — Objektif tabiî hukuk mıdır?

Acaba beşer cemiyetlerinin fonksiyonu ve gayesi hususunda ve içtimaî terakkiden ne murad edildiği bahsinde filozoflar, hukukçular ve siyaset adamları arasında, yakın zamanda herhangi bir anlaşma meydana gelecek midir? P. CUCHE bu suale menfi bir cevap verir. Hatta Duguit'nin «tesanüt kanununu» cemiyete hâkim olan muhtelif sosyal hayat kanunlarının içinden nasıl bir tercih ile seçtiğine hayret eder. Tabiatta «hayat mücadelesi» kanunu da yok mu? Hayat zincirinin kuvvetlinin zayıfı ezerek tekâmül ettiği ve bir tabiî ıstıfanın carî olduğu ve insan cemiyetlerinde de kitleleri önüne katacak, onlara rehberlik edecek güzidelerin yetişmesine ihtiyaç olduğu ve bu bakımdan münhasıran tesanüd kanununu teşvik etmenin hiç de isabetli bir hareket olmayacağı düşünülemez mi? Tesanüd kanunu bir vakıa olabilir, diğer sosyal hayat kanunları arasında bir kanun da tesanüd kanunu olabilir.

---

(1) **P. CUCHE — Trois Conférences de Philosophie du Droit.** 1928.
(Türkçe tercüme **HÂMİDE TOPÇUOĞLU: Hukuk Felsefesi Konferansları**, A.H.F. Dergisi. 1948. Cilt V. Sayı 1-4. Sh: 376.)

(2) **P. CUCHE — Conférences de Philosophie du Droit.** 1928. Sh: 13.

Fakat bunu teşvik edip diğerlerinin inkişafını önlemek için behemehal sübjektif ve indî bir tercih lâzımdır. «Güzideler yetiştirmek, üstün ferdiyetler yaratmak, alelâdeler ve kiyafesizler sürüsünü çekip çevirecek, önüne katacak ve gayelerine ulaştıracak olan tam bir zekâya sahip müstesna şefler yaratmak, içtimaî terakki yolunda, tesanüdü arttırmağa nazaran daha emin bir surette yürümek demek değil midir? Tesanütle beraber fertlerin manevî kıymeti de artmazsa, bunun bize ne gibi bir âkıbet hazırladığı endişesizce düşünülebilir mi?

E — Sübjektif tabiî hukuk, yani tabiî haklar var mıdır?

İnsan, fıtratı itibariyle bir takım haklara sahip midir? İster insanı bizatihi gaye addeden ve ona diğer mevcutlardan, diğer canlılardan ayrı nev'ine has bir liyakat tanıyan, onu eşrefi - mahlûkat sayan felsefî akideye taraftar olunsun, ister insan sosyal bir fonksiyonu ifa için haklara muhtaç olan, bir cemiyet uzvu olarak telâkki edilsin, hülâsa ferdî hakların ister mutlaklığı, ister nisbîliği iddia edilsin, «bütün bu neticelere tecrübe ve müşahede yolu ile varıldığını iddia etmek kabil değildir. Bu neticeler, aşikâr ve muhkakak bir surette bizim felsefî veya dinî inancımızdan ileri gelmektedir. Demek ki biz, insan tabiatından sadır olan ferdî haklardan bahsettiğimiz zaman, ancak kendi anladığımız mânada bir insan tabiatından bahsetmekte olduğumuzu unutmamalıyız. Bu tasrihin şimdiye kadar ihmal edilmiş olması pek gariptir.

Hülâsa, tabiî hukuktan, insanın veya cemiyetin tabiatı zannedilen şeyden sadır olan prensip ve direksiyonların heyeti mecmuası murad edildiği takdirde, müsbet hukuku yaratanlar arasında bu presnipler üzerinde bir anlaşma tesisine muvaffak olmak imkânsızdır (4).

F — Hukukun âlî ve tâlî gayeleri:

Tabiî hukuk, cemiyetin nihaî ve en yüksek gayesi hakkında sahip olunan felsefî kanaate göre mütehavvil bir prensiptir. Bu kanaatlerde iştirak olmadığına göre, bütün felsefî görüşlerin, bütün din ve akidelerin birleştikleri üzerinde ittifak ettikleri esaslar fevkalâde mahduttur. Bu bir kaç sayıda ve esasen muhtevası da müphem noktalardan müteşekkil daracık zemin üzerine tam bir hukuk binası inşa edilemez. Eğer hukuk için farklı kanaatlarla tahavvül etmeyen bazı sabit prensipler aranıyorsa (ki tabiî hukukun iddiası buydu) bunları biz cemiyetlerin en âlî gayelerinde değil, belki orta derecedeki, tâlî gayelerinde bulabiliriz. Meselâ bir cemiyette istinasız herkesin ihtiyaç hissettiği bir şey vardır: Bu, nefsini koruma insiyakının doğrudan doğruya bir neticesidir. «Hukukun âlî gayeleri hakkında azaltılması imkânsız derin bir anlaşmazlık halinde bulunsak bile, hukukun bütün hepimizin ilgili bu-

---

(3) **P. CUCHE** — a. g. e. Sh: 15.
(4) **P. CUCHE** — a. g. e. Sh: 18.

lunduğu bu orta derecedeki gayeleri tahakkuk ettirmesi gerektiği hususunda aramızda bir anlaşma yapabiliriz. İşte hukukun menşei ve vazifesi hakkındaki bütün görüş tarzlarının birbiriyle karşılaştıkları dört yol ağzı tam burasıdır» (5). Emniyet ve sulh, sayıları müteaddit olan ve zamanla çoğalan bu tâlî ve müşterek gayelerden yalnız ikisidir. Hürriyet ve refah da bunların arasına sokulabilir.

Hukukun bugün inkâr edilemeyen tekâmül ve terekkisi, tabiî hukukun bir sistemleştirilişi sayesinde değil, belki tabiî hukuktan mâdud olmayan bu tâlî gayelere gittikçe daha iyi intibak etmesi yüzünden olmuştur. Hülâsa, yapılacak şey hukuku bu tâlî gayelerine daha iyi bir şekilde uydurmaktan ibarettir, ve bu kadarcık bir iş için de muazzam felsefî temeller atmaya lüzum yoktur. Cemiyet halinde yaşayan her insanın, daha doğrusu her iptidaî topluluk hayatının en zaruri icapları tarafından, hatta herkesi kendi rahatını aramaya ve şahsını ve mallarını tehdit edebilecek tecevüzlere karşı korunmaya sevkeden nefsini koruma sevki tabiîsi tarafından ister istemez kabul ettirilen bir hukuk nizamını, böyle pek büyük vaadlerin müjdecisi olan bir ünvanla yani tabiî hukuk nâmiyle süslemeye ne lüzum var? Eğer her şeye rağmen gene hukukun âlî gayeleri üzerinde durulacaksa bu takdirde hakikatte ne kadar içtimaî ve beşerî gaye tasavvuru mümkünse bir o kadar da tabiî hukuk olacağını kabul etmek zaruridir!

G — Muhteva kiyafetsizliği.

Tabiî hukukun varlığı kabul edilse bile muhtevası o kadar mahduttur ki müsbet hukukun yaratılmasında hemen hiç bir işe yaramaz. Zira bütün tabiî hukuk prensipleri çağdaş tabiî hukukçular tarafından bir veya iki kaideye irca edilmiştir: Herkese kendisine ait olanı vermek ve kimseye zarar vermemek. Fakat bu iki prensipten hatta kâinatın dinî ve düalist bir telâkkisinin yardımıyle dahi hayat hakkından, hürriyet hakkından, vücut bütünlüğünü muhafaza hakkiyle nihayet muayyen bir nisbette mülkiyet hakkından gayrı diğer hususların nasıl istihraç edilebileceğini akıl almaz. Müellif Alman tabiî hukukçusu CATHREİN'a atıf yaparak objektif mânadaki tabiî hukuktan kendisinin müştakı olan tabiî hak mefhumunu da çıkarabileceğini ve bundan bütün ferdî hakları, aile hukukunu, mamelek haklarını istihraç edebileceğini söyleyen mezkûr müellife hayret eder ve «itiraf edeyim ki bu yazı bende çocukça bir intiba bıraktı. Karşımda bir şapkanın içinden bir el çabukluğu ile çeşit çeşit eşya çıkaran hokkabazlardan biri var zannettim.» der. Bu mahdut tabiî hukuk prensiplerinin müsbet hukuk binasını kurmak hususundaki aczini müelif pek bâriz misallerle ispat eder. Meselâ evlenme müessesesinde monogaminin tabiî hukuktan olduğunu nasıl ispat ederiz diye sorar. Elinde bir çift tabiî hukuk prensibinden başka bir şey olmayan bir hukuk-

(5) **P. CUCHE** — a. g. e. Sh: 19.

çu veya filozof bunu nasıl ispat edecektir? Acaba Allah İsrail hükümdarlarına çok karı almayı mübah kıldığı zaman tabiî hukuku ihlâl mi etmişti? Sonra boşanmanın caiz olmadığını tabiî hukukla acaba nasıl ispat ederiz. Meselâ Fransız hukukunda boşanmaya cevaz verildiği zaman da, boşanma menedildiği zaman da hep tabiî hukuka istinad edilmişti! Esaret hakkında ne demeli? Bazı tabiî hukukçular bunu tabiî hukuka muhalif bulur, bazıları muvafık. Ecirlik ve iş mevzuatı nasıl tanzim edilmeli? her insanın yaşamak hakkı tabiî olduğuna göre kendini öldürmek veya rızasiyle başkasına öldürtmek hakkı da tabiî olamaz mı? E u t h a n a s i e hakkında tabiî hukuk ne diyor? Çocuk düşürme ve ilkahsız münasebet hakkındaki prensibi nedir?

Sonra kendisine mütemadiyen müracaat edilen «müşterek hayır» mefhumu neyi ifade eder? Bunu tayin için evvelâ şer olanı târif lâzımdır. Müellif burada müstehcen neşriyatın milletlerarası bir teşkilâtla men'i için 1910 ve 1923 de toplanan iki kongrede bütün milletlerce kabul edilebilen bir «müstehcen» târifine varılamadığını hatırlatır. Hülâsa «her ne zaman tabiî hukuktan sarih direksiyonlar çıkartmak hayaline kapılınsa, bu direksiyonların hakikatte daima zihnimizin bir itiyadı halini almış olan dinî veya metafizik bir tarafgirligin telkinatından başka bir şey olmadıkları görülür... Mütehavvil muhtevalı tabiî hukuk fikri işte bu müşahadeden mülhemdir. Hakikatte ise değişen şey, insanın tabiatı değil belki bizim bu tabiatın menşei ve mukadderatı hakkındaki görüşümüzdür. Dolayısiyle, halli gereken bir hukukî mesele, hukukun tâlî derecedeki gayelerini aşdığı zaman, bizim bu zatî görüşümüzden tecerrüt etmemize artık imkân kalmaz» (6).

H — Adâlet fikrinin müphemliği.

Adâlet mefhumu da tabiî hukuk mefhumu kadar âciz ve kiyafetsizdir. Orta derecedeki sosyal gayeler aşıldığı zaman her ikisi de artık bize sarih bir istikamet gösteremez. Bunlar müsbet mevzuatın hazırlanmasına rehberlik edemezler.

«Bir adâletin vücudu hakkında herhangi bir hisse sahibi olmak, sonra da neyin âdil olduğunu doğru dürüst bilmemek. İşte adelet telâkkisini, beşeriyetin mukadderatı hakkındaki muayyen bir akideye rapdetmemiş olan insanın ebedî sıkıntısı...» Müellife göre adâlet meselesini tayin etmeden evvel her şeyin gayesinin ne olduğunu tayin etmek icap eder. Zira adâlet demek her şeyin kendi gayesine intibak ettirilmesi demektir. Yoksa mücerret bir adâlet mefhumu objektif hukukun ilmî bir şekilde hazırlanışına hiç bir yardımda bulunamaz.

---

(6) **P. CUCHE** — a. g. e. Sh: 32 - 33.

İ — Vazii kanunu tahdit eden unsur içtimaî muvazene ve cemiyette hâkim ahlâk umdeleridir.

Tabiî hukuk ve adâlet mefhumları müphemlikleri sebebiyle vazii kanuna rehberlik veya murakiplik edemiyeceklerine göre vazii kanun her istediğini yapabilecek midir? Bu hal ancak ihtilâl zamanlarında görülebilir. Yok sa cemiyetin sakin ve istikrarlı devirlerinde vazii kanun bütün sosyal faktörlerin tesiri altındadır. Resmî iktidarın iradesini serbestçe kullanmasına mani olan bir iktisadî iktidar, bir dinî iktidar, bir matbuat ve efkârı umumiye iktidarı vardır. Bu muhtelif iktidarların vazii kanunun veya hâkimin elinde toplanmaları pek nâdir olur. Bunlar umumiyetle birbiriyle ihtilâf halindedir ve bunların yarattığı muvazene kanun vâziinin keyfîliğini takyit eder. Meselâ hıristiyan cemiyetlerinde gerek halkta gerek bizzat vaziî kanunda hıristiyan akidesinin esasları belirsiz izler halinde de olsa hâlâ bakidir ve bir çok hukukî müesseseler temellerinde bu dinî fikirlerden mülhem olmuşlardır. Ancak amelî akıl sahasında daha bazı bakiyeleri kalan bu dinî akide nazarî akıl sahasında itibardan düşmüş, zevale yüz tutmuş vaziyettedir. Böyle olunca amelî akıl sahasındaki bu hafif bakiyelerin ilâ nihyae devam edeceğinden endişe etmek tabiîdir. Bir gün gelip bu dinî bakiyeler de içtimaî hayattan silinince bu itikadın taraftarları tabiî hukuktan beyhude yere istimdatta bulunacaklardır.

P. CUCHE keskin ve müstehzi üslûbuyla yalnız tabiî hukuku değil hukukî pozitivizmi de hırpalar. Son derece sarahat ve samimiyet düşkünü olan müellifin tabiî hukuk nazariyesi gibi müphem ve bulanık noktaları pek çok olan bir teorinin amansız düşmanı olacağı tabiîdir. Diğer taraftan tabiî huhukukun behemehal spritüalist ve ahlâkî bir zihniyetin ifadesi olduğu ve bu zihniyete sahip bir kimsenin behemehal tabiî hukuka taraftar olacağı yolundaki görüşün isabetsizliğine, müellif, müşahhas bir delil teşkil etmektedir.

III

NORMATİVİST - POZİVİZMİN TABİÎ HUKUKU TENKİDİ

30 – CARRE DE MALBERG'İN TENKİDLERİ.

Tabiî hukuk nazariyesini XIX. cu asırda en fazla hırpalayan cereyan, hukukun mevzuattan ibaret olduğunu iddia eden devletçi pozitivizm ekolü idi ki bunun belli başlı temsilcileri GERBER, LABAND, JELLİNEK olmuştur ve bir bakıma da JHERİNG devletçi pozitivizmin babası sayılmıştır (I).

XX. ci asırda bu ekolün taraftarları da tabiî hukuk rönesansını şiddetle tenkid ederler. Fransızlardan CARRE DE MALBERG ve M. WALİNE ve Almanlardan KELSEN belli başlı münekkitler arasındadır.

Bu ekolün tabiî hukuku tenkitlerindeki müşterek nokta bizzat kendi hukuk târifelerinden gelir. Malumdur ki bunlar volontaristdirler. Bunlara göre ancak muayyen yetkili otoriteden sadır olan şey hukuktur ve hukuk hakkındaki ideler ve cemiyet içinde kendiliğinden teşekkül eden s p o n t a n e kaideler hukuk değildir. Hukuk kelimesini hem yalnız «usulen vazedilmiş olan kaidelere» hasrederler hem de bu kaidelerin fiilen sosyal hayatın dinamizmi içinde yaşayıp yaşamadığını aramazlar. İşte bu son bakımdan yani mevzuiyet müessiriyet telâkkileri bakımından sosyolog pozitivistlerden ayrılırlar. (JEZE gibi)

A – Bizzat tabiî hukuk tâbiri mütenakızdır.

CARRE DE MALBERG, 1920 senesinde neşrettiği **Contribution à la Théorie Génerale de l'Etat»** adlı muazzam eserinde tabiî hukukun hâlâ bir hukukî kaideler mecmuası olarak telâkki edilmesinden şikâyetle «hukuk ilminin artık kendisinden nihaî olarak kurtulması lâzımgelen bu hata»yı tashih etmesini ister, (2) ve «tabiî hukuk» tâbirinin bizatihi mütenakız bir tâbir olduğunda israr eder: bu tâbirde sıfatla isim arasında bir tenakuz bir c o n t r a d i c t i o i n a d j e c t o vardır. Menşeini eşyanın tabiî nizamından alan bir kaide usulen mer'i hukuk nizamı içine dahil olmadığı müddetçe, bir hukuk kaidesi olarak tavsif edilemez ve bilmukabele bu

---

(1) **C. PASQUIER — Introduction à la théorice génerale et à la philosophie du Droit.** Sh: 279. No. 269. (2 éme. èd. 1942.)

(2) **CARRE DE MALBERG — Contribution à la Théorie Générale de l'Etat.** Sh: 238.

kaide hukuk kaidesi halini aldığı andan itibaren de «artık tabiî kaide olarak tavsif edilemez» Hattâ bizzat tabiî hukukçular dahi mer'i hukuku «mevzu'» tâbiri ile vasıflandırdıkları zaman bunu zımmen itiraf etmişlerdir. Bu tavsif ve tesmiye, müessir ve hakikî bir hukuk formasyonunun tâbi bulunduğu şartları haiz olmak mertebesine yalnız bu sonuncu nevi kaidelerin vasıl olduğunu kabul etmek demektir. Keza bu tavsif keyfiyeti aynı zamanda birbirinden bu kadar köklü bir şekilde farklı olan iki nevi kaide gurubunu aynı müşterek «hukuk» mefhumu altında toplamak arzusunun tamamen gayrı mantıkî olduğunu meydana çıkarır (3).

D — Kanun vaziinin üstünde hukuk yoktur.

Görülüyor ki bütün mesele «hukuk» tâbiriyle münhasıran mevzu hukuku anlamaktan çıkıyor. CARRE DE MALBERG ancak bir otoriteden sadır olan ve muhtevasının tahakkuku bir müeyyede ile, bir amme zecri ile sağlanmış olan kaidelere hukuk denebileceği kanaatındadır. Tahakkuku için beşerî bir takım zecir vasıtalarına sahip olmayan ve muayyen bir otorite tarafından vazolunmuş olmayan bir kaide, belki çok yüksek bir ahlâkiyeti hatta bir kutsiyeti haiz olabilir veya böyle olduğuna inanılabilir. Fakat ne bu inanma keyfiyeti ne de filhal böyle olmak o kaideye hukukilik karekterini bahşedemez. «Bu kaidelerin ulvîlikleri ve her şeyin fevkinde hükümran olmaları onlara fiilî hukuk kaideleri olmak vasfını nakşetmeye kâfi değildir» (4). Böyle bir kaide bir din veye ahlâk kaidesi olabilir. Fakat bunun ayrıca «hukukî» vasfını da da kazanabilmesi için, behemehal kanun vaziinin teşri mekanizmasından geçmesi, tâbir caizse hukuklaşması lâzımdır. Tâki bu kaide ihlâl edildiği takdirde muhtelif beşerî vasıtalardan müteşekkil bir amme zecri harekete geçebilsin. Böyle olmadıkça bu yüksek ve ulvî kaideye böyle olmasına rağmen gene «hukuk» denemez. Bu itibarla bütün t a b i î h u k u k k a i d e l e r i asla hukuktan mâdud değildir. Bunlar olsa olsa bir takım ahlâk prensiplerinden ibarettir. Bunların vâziî kanunu bağladıklarına, takyid ettiklerine inanmak önünde sonunda sukutu hayale uğramaya sebeb olur. Çünki kanun vaziinin hükümran iradesi, bizzat bu sıfatı icabı olarak kendi hükmünden başka şeyle bağlanamaz. Vâzii kanunu ancak gene kendisi hudutlandırabilir. Esasen müellif tabiî hukuk meselesine meşhur **autolimitation** nazariyesi dolayısiyle temas eder.

C — Kanun vazii tabiî hukukla değil belki ahlâk ile mukayyettir.

Bu bakımdan normativist - pozitivizme yapılan hücumlardan müellifi istisna etmek lâzımdır. Çünki o vazii kanunun nihayet insanlardan müteşekkil bir varlık olması hasebiyle gerek bizzat sahip olduğu ahlâkî kanaatlar yü-

(3) **CARRE DE MALBERG — Contribution à la Théorie Générale de l'Etat.** Sh: 239.
(4) **CARRE DE MALBERG** — a. g. e. Sh: 57. Not. 1

zünden, gerek bizzat kanuna tâbi olanların ahlâkî temayyülleri dolayisiyle, müsbet hukuku yaratırken ahlâk faktörünün tesiri ve murakabèsi altında kalacağını kabul eder (5). Fakat bu faktörün adını açıkça söylemek lâzımdır. Bunu t«abiî hukuk» tâbiri altında hukuklaştırmaya çalışmamalıdır. Ne zaman bir ahlâk hükmü vazii kanun kanaliyle bir müsbet hukuk kaidesine müessir olur ve onda ifadesini bulursa o zaman hukuk halini alır. Fakat artık bunun hukuk oluşu, haiz olduğu ahlâkî muhtevadan değil, belki kanun vaziinin elinden geçmiş olmasından mütevellittir. «Adâlet prensibinden sadır olan kaideler, ancak teşrîî bir tasarruf vasıtasiyle teyid edildikleri ve bir müeyyide ile teçhiz edildikleri nisbette hukuk olurlar» (6).

Müellif, hukuku devletin eseri olarak alır ve devletin hükümranlık vasfının esasen bizzat târifi itibariyle; kendisinden daha üstün, daha başka hükümran kaidelere tâbi olmak haliyle kabili telif olmadığını söyler. Devlet bu hükümranlık kudretini anayasadan alır ve bizzat anayasanın tahlili ve bu kuvvetin anayasaya nereden intikal ettiği meselesinin ise hukuk ilminin dışında kaldığını söyler. Bu itibarla vazii kanuna hitap eden hukukî neviden üstün bir takım kanunlar demek olan tabiî hukuk problemini reddeder. Aynı hususiyeti normativist pozitivistlerin hepsinde görürüz.

31 — HANS KELSEN'IN İNTİKÂDÎ POZİTİVİZM ZÂVİYESİNDEN TABİÎ HUKUKU TENKİDİ.

CARRE DE MALBERG'in meşhur eserinin intişarından sekiz sene sonra 1929 de Viyana mektebinin kurucusu olan HANS KELSEN'in «tabiî hukuk nazariyesinin ve hukukî pozitivizmin felsefî temelleri» **Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspozitivismus.** Charlottenburg. 1928) adlı eseri neşredildi. KELSEN burada tabiî hukuku hem saf idesi bakımından, hem de tarihî hüviyeti içindeki nazariyesi bakımından tahlil ve tenkid etmekte idi. KELSEN'in tenkidleri daha ziyade tahlilî olup bir çok noktalardan esaslı hususiyetler arzeder. Biz burada gene kaydedelim ki KELSEN'in hukuk nazariyesindeki inşalarına taallûk eden normolojisi ve bunun değeri üzerinde duracak değiliz (1). Temasımız ancak KELSEN'in tabiî hukuk idesine mütedair tenkidlerine maksur olacaktır.

---

(5) **CARRE DE MALBERG** — a. g. e. Sh: 242,

(6) **CARRE DE MALBERG** — a. g. e. Sh: 60.

(1) Bu hususta bilhassa bak:

MUVAFFAK AKBAY — KELSEN'in Hukuk ve Devlet teorisi. (Ank. Huk. Der. 1947. Sh: 29).

MEHMET ALİ AYBAR — Hukuk İlminin marifet nazariyesindeki mevkii (İst. Huk. Fak. Mec. 1941. VII. Sh: 325.)

MEHMET ALİ AYBAR — Şeniyetçi telâkkilere karşı sûrî bir hukuk telâkkisinin müdafaasına teşebbüs. (İs. Huk. Fak. 1941. VII. Sh: 943.)

A — Mahz tabiî hukuk idesinin esas karakteri:

Tabiî hukukun mevzu hukuka nazaran belli başlı iki hususiyeti vardır: a) Ezelî ebedî ve değişmez bir norm olarak mutlak bir kıymeti temsil etmek ve binnetice mutlak bir hâkimiyet talep etmek. (2)

b) Beşerî olmayan bir kaynaktan (eşya tabiatı veya Allah) sadır olmakla bizatihi iyi ve âdil olmak ve böyle olduğu için de hiç bir cebirle teyid edilmeye muhtaç olmaksızın hükmünü icra edebilmek.

Şu halde «Devlet», cerbin tecessüm etmiş şekli olmakla tabiî hukuktan değildir ve hakikat aranacak olursa mahz tabiî hukuk idesi haddi zâtında cebirden arî ve anarşik bir nizamdır. Bu bakımdan tabiî hukuk idesine bağlı olan her tabiî hukuk nazariyesi idealist bir anarşizmi temsil eder. İlk iptidaî hıristiyanlıktan modern marksizme kadar her nevi anarşizm esas itibariyle bir tabiî hukuk nazariyesidir (3). Tabiî hukukun «olması lâzımgelen»i, müsbet hukukun ise «olan»ı temsil ettiği meselesi izafîdir. Çünki bu ancak tabiî hukukun müsbet hukukun takdiri bakımından mutlak bir «kıymet»i ifade etmesi mânasına alındığı takdirde böyledir. Yoksa müsbet hukuk ta haddi zâtında yani insanların hattı hareketlerine nazaran normatif mahiyettedir. Yani bir «olması lâzımgelen»i temsil etmektedir. Şu halde müsbet hukuka uygun olduğu için âdil olan bir şeyin adilliği izafîdir. Yani eğer bu müsbet hukuk kaidesi ayrıca tabiî hukuka uygunsa o takdirde mutlak bir âdilliği haiz olur. Böylece müsbet hukuka göre âdil olan bir şeyin mutlak adâlet bakımından âdil olmaması ihtimali, mahz tabiî hukuk idesine göre daima kabili tasavvurdur. O halde bütün mesele aynı tatbik sahası içinde yanyana yaşayan iki ayrı hukuk nizamı dâvasına müncer olmaktadır.

B — Aynı sahada mer'î çift hukuk nizamı mümkün değildir:

Herhangi bir norm sistemi, mer'î olabilmek için kendisine muayyen bir saha ayırmak ihtiyacındadır. Bu mantıkî saha içinde herhangi bir hâdiseyi muayyen bir norm sistemine göre takdir etmek icip ettiği zaman artık diğer nevi norm sistemlerinin müdahale etmesi bertaraf edilir. Onlar da kendi mantıkî mer'iyet sahalarında müstakillen hükmedebilirler. Meselâ ahlâk ve hukuk nizamlarında olduğu gibi. Bir şeyi hukuk nizamı emrederken, ahlâk nizamı menedebilir, bir hukuçunun hukukçu sıfatiyle bir hukuk normunu incelediği anda kendi ahlâkî mülâhazalarından tecerrüt etmesi lâzımdır. Hiç

---

(2) **HANS KELSEN — Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. Charlottenburg.** 1928.) Paragraf: 5

(3) **HANS KELSEN — Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. Charlottenburg.** 1928.) Paragraf: 2

bir moralist kendi noktai nazarına göre doğru bulduğu normları, müsbet hukuka müteallik herhangi bir mütalâasına müdahale ettiremez (4).

Fakat müsbet hukuk normlariyle tabiî hukuk normlarının sistemleri mevzuubahs olunca mes'ele değişir. Bunların her iki sistemi de hukuk olarak en yüksek mer'iyet sebebine dayandıklarından aynı sahada birbirlerinden müstakillen mer'î olmaları tasavvur edilemez. Bunlar arasında «ahlâk» ile «hukuk» arasında olduğu gibi müstakil norm sistemleri olarak bir münasebet kurmak icap ederse, birini ötekinden daha yüksek veya birini ötekine tâbi telâkkî etmek zarureti hasıl olacaktır. Halbuki aynı mantıkî saha içinde bunlardan münhsıran birinin mer'î olması icap eder. İşte bu müşkülâtı kale alan tabiî hukukçular muhtelif telif çareleri aramışlardır. Ya esas olan tabiî hukuktur ve müsbet hukuk bundan müştak olduğu, otoritesini buna medyun olduğu nisbette ve bu yüzden mer'iidir, yahut da müsbet hukuk tabiî hukuktan müstakil telâkki edilecek olursa böyle bir hukukun tabiî hukukun yanıbaşında müstakillen mer'î olması mantıkan imkânsızdır. Diğer taraftan fiilen de bu imkânsızlık düşünülebilir. Zira aynı hayat münasebetlerini, bedahat halinde ve herkesce malûm olacak kadar «tabiî» olan bir nizam en âdil bir şekilde zâten tanzim etmektke ise, ayrıca sun'î olarak bir takım normlar vazetmenin yani bir müsbet hukuk yaratmanın ne mânası vardır? (5).

KELSEN'e göre müsbet hukukun, mer'iyetini tabiî hukuka uygunluğundan aldığı yolundaki iddia, yani arada «délégation» münasebeti olduğu iddiası, asıl tabiî hukukun mahz idesi tarafından kabul edilemez. Halbuki tarihte hemen daima buna teşebbüs edilmiştir. Meselâ «dünyevî otoriteye riayet emri» Tanrı tarafından verilmişse, veya tabiî hukukun bir emri ise artık bu «muhtevayı» kendisi yani tabiî hukuk tayin edemiyeceğinden sahneden çekilmek zorunda kalacaktır. Filhakika bu mesele tarihî tabiî hukuk nazariyesinin can alacak noktasıdır. Bu nokta hakkında nazariye bakımından doğru olan görüşler 2000 seneden fazla zamandan beri izah edildiği halde hâlâ muğlak kalan tabiî hukukun anlaşılması için esaslı şartı teşkil etmektedir. Tabiî hukuk tarafından müsbet hukuka yapılan bir delegation şu mânaya gelmektedir:

Tabiî hukuk sisteminde öyle bir norm mevcuttur ki, bu norm cemiyette herhangi bir yüksek hâkimiyet sahibini müsbet hukukun vaz'ına salâhiyetli kılar. Bu en yüksek hâkimiyet sahibinin ısdar ettiği normlar, sırf bu otorite tarafından vazedilmiş olduklarından dolayı mer'î olacaklardır. Yoksa muhtevası itibariyle adil olduklarından dolayı değil. Burada nâzik bir nokta vardır. Tabiî hukuk «şunu yap, bunu yapma» şeklinde muhtevaları muayyen e-

---

(4) **H. KELSEN** — a. g. e. Paragraf: 15.
(5) **H. KELSEN** — a. g. e. Paragraf: 16.

mirler verdiği zaman bu emirler «muhtevaları» tabiî hukuka uygun yani âdil olduklarıı için muta'dırlar. Halbuki tabiî hukuk böyle muhtevası belirli olmayıp ancak muayyen bir dünyevî otoriteyi «emir verebilmek yetkisi» ile teçhiz ettiği zaman durum değişir. Bu otoritenin vereceği emirler yani ısdar edeceği hukuk kaideleri artık muhtevalarının tabiî hukuka uygunluğundan değil, belki, şeklî şartlarının tabiî hukuka uygun bir şekilde yerine getirilmiş olduğundan yani tabiî hukukun yetkili kıldığı otorite tarafından vazedilmiş olduklarından muta'dırlar. Şu halde tabiî hukukda mevcut olduğu iddia edilen bu delegation normu ile mahz tabiî hukuk idesi arasında tam bir tenakuz var demektir.

Artık bu suretle soysuzlaştırılmış, dénaturé edilmiş olan tabiî hukukun yegâne vazifesi mevzu hukuku meşru kılmaktan ibarettir. Böylece bizzat HANS KELSEN'in tebarüz ettirdiği veçhile artık t a b i î h u k u k i d e s i, p o z i t i f h u k u k u n i d e o l o j i s i h a l i n e i n k i l â p e t m i ş t i r (6).

C — Saf tabiî hukuk idesine göre müsbet hukuk ancak sırf vakıayı temsil eder.

Nasıl, müsbet hukukun ipotetik temel normunu inkâr eden bir anarşist için mülkiyet, hizmet akdi gibi müsbet hukuk münasebetleri bir takım ham kuvvet münasebetlerinden başka bir şey değilse, muteber sayılan bir tabiî hukuk nizamı bakımından da müsbet hukukun fiilî varlığı, bir nom sistemi olmaktan ziyade lugat mânasiyle bir vakıa daha doğrusu bir emri vaki mânasını ifade eder. Bu vakıa durumunu hukukî münasebetlere tatbiki gereken bir norm sistemi olarak göstermek sadece bir fiksiyona müracaat etmek yani durumu meşru götserecek bir ideoloji yapmaya teşebbüs etmekdir. İşte müsbet hukukun, tabiî hukuk idesi muvacehesinde hiç bir muteberiyeti, mer'iyeti olamıyacağından tabiî hukuk idesi bakımından pozitif hukukun tabiî hukukla olan tetabuku veya tezadı ve bundan dolayı muteber olup olmadığı meselesi bahis mevzuu olamaz. Pozitif hukuk muteberiyet meselesinden mücerret sırf bir vakıadır (7).

D — Saf tabiî hukuk idesinin bozulması, ve tarihî hüviyeti içinde tabiî hukuk cereyanları:

Fakat tabiî hukukun mezkûr saf idesi, klâsik tabiî hukuk nazariyesi tarafından pek tervic edilmemiştir. Tabiî hukukun gerçekliği daha doğrusu iki bin senedenberi tekrarlanan tabiî hukuk nazariyesi burada çizdiğimiz asıl portresinden esaslı bir surette farklıdır. Bunun sebebi şudur: Tabiî hukuk idesi müsbet hukuku müstakil bir norm sistemi olarak değil belki bir vakıa

---

(6) **H. KELSEN** — a. g. e. Paragraf: 16 vee 17.
(7) **H. KELSEN** — a. g. e. Paragraf: 18.

olarak kabul ettiği halde, tabiî hukuk nazariyesi tarafdarları böyle bir cezrî iddiadan daima kaçınmışlar ve uzlaştırıcı bir yolu tercih etmişlerdir. Bunlar müsbet hukuku bir sırf vakıa olarak değil belki muteber bir normlar sistemi yani tabiî hukuk sistemiyle yanyana yaşayabilecek bir hukuk nizamı olarak tanımaya azmetmişlerdir. Böylece bilerek veya bilmeyerek tabiî hukuk nazariyesi hem tabiî hem pozitif hukuk nizamlarını içine alacak bir vahdet tasavvuruna varmıştır. Bu takdirde fiilî mer'iyeti olan ve bu bakımdan ağır basan müsbet hukuk sisteminin yanında tabiî hukuk sisteminin kendisini muhafaza edebilmesi için evvelkine uyması zarureti hasıl olmuştur. Hülâsa asıl tabiî hukuk idesi esas itibariyle pozitif hukuku hukuk olarak tanımadığt halde müteaddit tabiî hukuk hocaları bu ide üzerinde muhtelif tadilât yapmak ihtiyacını hissetmişlerdir. Bunların maksatları tabiî hukukun mevzu hukuku inkâr etmesine mani olmaktır. Netekim bu,bütün milletlerin ve bütün devirlerin tabiî hukuk mektebi için bilhassa karekteristik bir olaydır: Tabiî hukukun yanı başında, pozitif hukukun fuzulî hatta zararlı olduğu fikrini hemen bütün tabiî hukuk nazariyeleri büyük bir kat'iyetle reddederler, ve böylece tabiî hukukun yanı başında bir pozitif hukukun mevcudiyetinin mantıkî imkânsızlığı fikri hiç bir tabiî hukuk nazariyesine giremez (8). Hatta bilâkis pozitif hukukun tatbiki gereken muteber ve mer'î bir normlar sistemi olarak tabiî hukukun yanı başında hazır bulunması fikri, tabiî hukuk nazariyesine göre, kendiliğinden anlaşılan mutlak bir zarurettir.

Hülâsa, tabiî hukuk nazariyesinde iki ayrı hukuk sisteminin mevcudiyeti, tabiî hukuk idesinin hilâfına olarak, yerleşmiş bulunmaktadır.

Fakat bu iki ayrı sistem arasında bir ihtilâf zuhuru halinde ne yapılacaktır? Pratikte en mühim mes'ele bu noktanın halli olduğu halde tabiî hukuk hocaları bu meseleyi ortaya atmaktan çekinmekte, nihayet olsa olsa bundan söz arasında, istitraten bahse mektedirler. Diğer taraftan bu tabiî hukukçular devirlerinin belli başlı pozitif hukuk müessesesilerini hemen daima tabiî hukuk zâviyesinden izah etmeye ve meşru kılmaya çabalamaktadırlar ve bu iki hukuk sistemi arasındaki zuhuru melhuz ihtilâfalrın ehemmiyetini mümkün olduğu kadar küçümsemektedirler. Hatta daha ileri giderek Kilise Babalarından KANT'a kadar olan bütün tabiî hukuk hocaları yeknesak bir ifade ile daima pozitif hukukun kendi muteberiyetini tabiî hukuktan aldığını iddia etmektedirler. Bunlara göre hukuk, kanunların ısdariyle ve mahkeme kararlarının verilmesiyle serbest bir şekilde yaratılacak olan bir şey olmayıp ancak tabiî hukuk'an kopye edilecek olan bir şeydir.

E — Tabiî hukuk mefhumunun intikadî pozitivizm zâviyesinden tahlili:

KELSEN, kendi sistemini istinad ettirdiği «temel norm» mefhumunun

---

(8) **KELSEN** — a. g. e. Paragraf: 19.

bazan «tabiî hukuk» mefhumunu istihlâf etmekte olduğu iddiasına karşı şu cevabı verir: Temel normun vazifesi ya'nız tarihî olay olarak mevcut bir malzemeyi hukuk şeklinde kavramak değil aynı zamanda bu mânayı haiz bir kül olarak anlamaktır. Açıkça itiraf etmeliyiz ki böyle bir netice yalnız saf pozitivizmin vasıtalariyle elde edilemez. Zira bir mâna ihtiva eden, hiç bir tenakuz taşımayan bir nizam postülâtı ile artık hukuk ilmi pozitivizmin hudutlarını aşmış olur. Diğer taraftan hukuk ilmi kendi kendini inkâr etmeyi göze almadıkça bu postülâttan da vaz geçemez. Hülâsa her pozitivist hukuk ilminin zaruri şartı olarak gösterilen bu temel normu tabiî hukuk olarak telekki etmek arzu edilirse böyle bir telâkki tarzı aleyhine hiç bir itirazımız yoktur. Zira, bizzat tecrübe içinde mûta olarak mevcut olmayan transendal felsefenin kategorileri tecrübenin zaruri şartlarından birini teşkil ettiğinden bunlara ihtiyaç vardır. Nasıl tabiat bilgisi bu «asgarî» metafizik olmadan mümkün değilse, hukukun idraki de bu «asgarî» tabiî hukuk nebzesi olmadan mümkün olamaz (9). Fakat acaba bununla tabiî hukuk idesine avdet mi edilir? bu suale cevap vermek için şunu hatırlamak lâzımdır: Muayyen bir mânayı muhtevi pozitif hukuk bilgisinin idraki için zarurî olan temel norm haddi zâtında bütün pozitif hukuktan arî olarak âdil bir nizam tesisi iddiasında olan bir tabiî hukuk mefhumundan pek farklı bir şeydir. Bu fark tecrübenin teorisi demek olan tenkidci felsefe ile sübjektif bir spekülâsyon arasındaki farka muadildir.

O halde adâlet ideali tabiî hukukta mı yoksa temel normda mı daha iyi ifadesini bulabilir? KELSEN tabiî hukukun her cemiyette muhtelif menfaat guruplarının taleplerini kamufle etmek için kullanılan bir ideoloji olduğunu belirttikten sonra bunun hususî menfaatların tatminine âlet olduğunu söyler. Halbuki saf tabiî hukuk ütopyasının aslı umumî menfaatı gerçekleştiren ve dolayisiyle tamamen tesanüt halinde bulunan bir cemiyeti yaratacak nizam tasavvurudur (10).

Nihayet KELSEN adâlet idealinin haddi zâtında tenakuzsuz bir sistem yaratmak arzusuna müncer olduğunu söyler ve tabiî hukuk dokrininin adâletin cevheri olarak kabul ettiği müsavat prensibinin de esas itibariyle tamamen şeklî bir mânası olduğunu iddia eder. Tabiî hukuk nazariyesi hiç bir zaman k i m l e r i n ve n e l e r i n eşit olduğunu tesbit etmez. Yalnız eğer A ve B birbirine eşit ise, bunların eşit muamele görmeleri gerekir, der. Yoksa A ile B nin hangi şartlar altında ve ne bakımdan eşit addedileceklerini kendisi tayin etmez. Adâlet idealinin eşitlik veya nizam vahdeti idesine ircaı hakikat halde etik ideal'in yerine mantıkî idealin ikamesi demektir. Böylece esas itibariyle irrationel ve alogique olan adâlet, aklîleştirilmiş ve

(9) KELSEN — a. g. e. Sh: 66.
(10) KELSEN — a. g. e. Sh: 68.

mantıkîleştirilmiş olur. KELSEN'in sosyolojik tenkidlerine tekrar avdet edeceğiz.

32 — M. WALİNE'İN TENKİDLERİ.

M. WALİNE tabiî hukuk hakkındaki mütalâalarını iki vesile ile etraflı bir şekilde açıklamak fırsatını bulmuştur. Bunlardan birisi CARRE DE MALBERG'e ithaf edilen ve 1933 de neşredilen «Melange»nın hazırlanmasıdır (1) diğeri de 1938 de H. DUPEYROUX'nun «Hukukun ana meseleleri» adlı etüdünde hukukî pozitivistlere pek insafsızca hücum etmesi üzerine (2) 1939 da hukukî pozitivizmin müdafaasını yapmaya mecbur olmasıdır (3).

WALİNE seyyal ve müstehzi üslubu ile tabiî hukuk nazariyesini müdafaa edenleri, bizzat kendi tezleriyle ilzam eder ve bu acı hücumlarından kurtulmak için tabiî hukuk müdafilerine hemen hiç bir açık kapı bırakmaz.

A — Hukukî pozitivizm zâviyesinden «tabiî hukuk» nedir?

WALİNE pozitivistlerin tabiî hukuk hakkındaki fikirlerinin hemen daima yanlış tefsir edildiğinden müştekidir. Halbuki hakikat şudur: Hukukî pozitivizm» müsbet hukukun üstünde bulunan âlî bir takım emirlerin, kaidelerin vücudunu inkâr etmez. O, sadece bu gibi âlî emir ve kaidelerin «hukukî»lik vasfını inkâr eder. Böyle bir takım kaideler, insana kendilerini zorla kabul ettiren bir takım ulvî prensipler bulunabilir. Ama bunlar ahlâkî emirlerden ibarettir. Binaenaleyh bunlar, ilmî bir karakteri olmayan ve herkesin sübjektif vicdanından sadır olan bir takım düsturlardan başka bir şey değildir. Hülâsa bunlar «Ahlâk»dan mâduttur (4). Sonra hukukî pozitivist «vicdanınıza dininizin emirlerine aykırı geldiği zaman dahi müsbet hukuka itaat ediniz» demez, o sadece şöyle der: «Müsbet hukuka riayet edip etmemekte serbestsiniz, fakat bunun zararı da size âittir. Böyle yapmakla hukuka isyan ettiğinizi biliniz, bu fiilin, gerek sizin için gerek cemiyet için ne gibi nâhoş tesirleri olabilirse bütün hepsini düşünerek hareket ediniz. Kendinizi veya cemiyeti bu tehlikeye mâruz bırakmakta serbestsiniz, fakat bunun için, hukuktan izin almaya kalkmayınız». Tazyike mukavemet gibi prensipler meşru olabilirler, fakat muhakkak ki bu prensipler hukukî değildir, hatta mutlak bir şekilde hukuk aleyhdarıdırlar (anti - juridique) (5) Hukukî pozitivizmin, tabiî hukuka aleyhdar oluşu, her şeyden evvel, hukukun her türlü ilmî tetkikine mani olacak mahiyette bir iltibas ve müphemiyet unsurundan hukuk ilmini kurtarmak iste-

---

(1) M. WALİNE — Positivismephilosophique juridique et sociologique (Melang de CARRE DE MALBERG. 1933. Sh: 519 - 534

(2) H. DUPEYROUX —Les Grands Problèmes du Droit (Archives: 1939. No. 1 - 2 Sh: 83 - 96.

(3) M. WALİNE — Défense du positivisme juridique, (Archives: 1939. No. 1 - 2. Sh: 83 - 96)

(4) M. WALİNE — Positivisme philosophique, juridique, et sociologique. Sh: 532.

(5) M. WALİNE — a. g. e. Sh: 533.

yişindendir. O, tabiî hukuk meselesini sadece hukuk sahasından dışarı atar. Yoksa inkâr veya ispatı ile uğraşmaz. Zira bu meselenin inkârı da ispatı kadar metafizik yapmayı tazammun eder ki bu, hukukçunun işi değildir. Herkes kendi vicdanında, tabiî hukuk prensipleri addettiği kaidelere - ki bunlar haddi zâtında ahlâkî düsturlardan ibarettir - müsbet hukukun mevzuatından daha üstün bir mevki ayırmakta serbesttir. Bu tamamen sübjektif bir takdir meselesidir ki hukukçuyu alâkadar edemez (6).

B — Hukukî pozitivizm «tabiî hukuku» niçin hukuk olarak tanımaz?

Hukuk, muayyen bir otoriteden sadır olan düsturlardır ve bu otorite sosyal bir hüviyeti olan beşerî iradelerden müteşekkildir. Hukukun muta' oluşuna, yetkili beşerî iradeden sadır olmaktan gayrı bir sebep aranmağa başlanınca artık asıl mânasiyle «hukuk»un haricine çıkılır. İltizam edilen tabiî hukukun nev'î ne olursa olsun (zira tabiî hukuk telâkkileri arasında oldukça mühim tahavvüller vardır) tabiî hukuka bağlı hukukçu olmak demek muayyen normların insan iradesinden gayrı bir sebep yüzünden hukukî bir kıymeti haiz olduklarına inanmak demektir. Bu ister tabiat - üstü vahy ve ilham yüzünden; ister tabiat icapları yüzünden, ister aklın veya kalbin icapları yüzünden olsun (7).

Filhakika böyle bir (icap) beşer iradesinden müstakillen hükmünü icra edecek bir nevi «tabiî kanun» «tabiî kaide» olabilir. (Her ne kadar henüz vücudu ispat edilmemişse de) Fakat böyle de olsa hukukçu için, «hukukî» bir sıfata sahip değildir. Sosyal hayatın icap'arını, fizik ve moral tabiatı derinden derine tetkik eden yeni tabiî hukukçular, nazariyelerinin bu zayıf taraflarını kapatmak için, yani iddia ettikleri tabiî hukuka, hiç değilse kıymetler veya vakıalar âleminde müşterek bir otorite, bir menşe bulabilmek için çok uğraşmışlardır. GENY hukukun tabiî muta'larından, HAURİOU beşer nev'inin kanunundan, sosyal muayyeniyetlerden bahsetmişlerdir. Fakat bütün bu muta'ların mahiyetini iyice tayin etmek lâzımdır. Bunlar asla «hukukî» değildir. Tabiîdirler, sosyaldirler ve saire. Hukuçu, hukuku yaratırken bütün bunları nazara almakla mükelleftir, doğru. Fakat böyle olduğu için bunlar «hukukî» sıfatını ihraz edemezler, ve işte bu mânadadır ki hukukta «muta» olan hiç bir şey yoktur. Hukuk, bizatihi, baştan başa münşa olan bir şeydir (8). O, zaruri bir şekilde insan eseridir. Onu yaratanın şundan veya bundan mülhem olması, bu mülhem olduğu şeylere «hukuk» vasfını vermeğe kâfi değildir.

C — Hukukî pozitivizm, felsefî spritüalizm ile telif edilebilir.

Buna mukabil, felsefî spritüalizm, behemehal tabiî hukuka inanmayı icap ettirmez.

---

(6) M. WALİNE — a. g. e. Sh: 533.
(7) M. WALİNE — a. g. e. Sh: 530.
(8) M. WALİNE — a. g. e. Sh: 529.

Acaba hukukî sahada pozitivist olma, behemehal felsefî materyalizme mensup olmak mı demektir? Yani «Müsbet hukukun üzerinde bir tabiî hukukun varlığını inkâr etmek; hukukun meşruiyet meselesinin hukukî bir mesele olmasını inkâr etmek, hukukun vicdanen ilzam kudretini haiz olup olmadığının hukukî bir mânası olmadığını ilân etmek, hukuku vakıaya irca etmek. katolik veya sadece spritüalist bir hukukçunun kabul edemiyeceği materyalist bir felsefeye iltihak etmek demek midir? Hiç bile değil (9). Zira vazii kanunun fevkinde olan bir takım etik kaidelere mükemmelen inanılabilir. Fakat bu kaidelerin hiç de «hukuk» olmadıkları iddia edilebilir. Netekim spritüalist olan hatta dogmatik bir inanca sahip olan bir çok katolik hukukçular, imanlarına hiç de halel getirmeksizin, müsbet hukuktan başka hukuk yoktur, demesini bilmişler, ve tabiî hukuku tanımamışlardır. RİPERT ve CARRE DE MALBERG bu hâleti ruhiyenin en tanınmış simalarıdır. Bu itibarla, tabiî hukuka inanmak spritüalizmin, hatta dinî inancın dahi zaruri bir neticesi değildir.

D — «Tabiî hukuk» mevzu hukuk için bir takdir ölçüsü olamaz.

Müsbet hukuk kaideleri, ahlâk ve siyaset bakımından takdir edilebilirler. Ahlâka daha uygun veya daha aykırı olan hukuk kaidelerinden, kanunlardan bahsedilebilir, yahut siyaset bakımından, mevzu hukukun şu veya bu meselede elverişli veya elverişsiz olduğu düşünülebilir ve bu ölçülere göre müsbet hukuku ayarlamak mümkün olabilir. Çünki ahlâk ve siyaset, hukuktan ayrı bir hüviyeti olan ölçülerdir. (Tabiî hukuk) ise ne olduğu belirsiz bir şeydir. Zira muhtevası üzerinde taraftarları bile anlaşamamışlardır. «Ne olduğu» üzerine ittifak olmayan bir mefhum, nasıl olur da mevzuatın bir kıstası rolünü oynayabilir? Müphem veya muhtevası mütehavvil (veya müterakki) bir «ölçü» düşünülebilir mi?

Diğer taraftan, bu tabiî hukuk mefhumu üzerinde taraftarları arasında dahi bir ittifak hasıl olması zâten imkânsızdır. Zira bir ittifakın husulü için, ya üstün bir otoriteden sadır olup kendi muhtevasını herkese aynen empoze etmesi lâzımdır, yahut da tabiî ilimlerde olduğu gibi, nazariye tehalüflerine nihayet verecek kudrette muayyen bir (tecrübe) nin yapılabilmesi lâzımdır. Tabiî hukukta her ikisi de mümkün olmadığına göre, muhteva üzerinde bir ittifak beklenemez.

E — «Müştereek hayır» müsbet hukukun bir takdir ölçüsü olamaz.

Diğer taraftan tabiî hukukçuların müştereken ittifak ettikleri nokta ola-

---

(9) **M. WALİNE** — a. g. l. Sh: 532.

rak el birliği ile başvurdukları «bien commun» mefhumu da mevzuat için bir ölçü olamaz. Çünki bu da muhtevadan ârî mefhumdur. Müşterek hayır, her şeyin kendi gayesine doğru tekemmül etmesidir diyorlar. Fakat bu o kada kaypak, o kadar sübjektif ve o kadar her tarafa çekilebilen bir mefhumdur ki.. Meselâ bu (müşterek hayır: bien commun) mefhumu en aşağı birbirinden farklı iki mânaya gelebilir: ya (hayrı mânevî) mânasına yani (şer) in zıddı olan mânada ki bu tamamen ahlâkî bir mefhumdur. Yahut da «müşterek saadet» gibi dünyevî bir mânaya. Müşterek hayır, (şer) in mukabili olarak alındığı takdirde; vaziyet şudur: «Yani, kanunlar dahil olmak üzere hukuk kaidelerinin «hukukîliği»nin kıstası ahlâkî bir mefhum oluyor demektir. Bu ilmî midir? Ahlâk, muhakkakki bir ilim değildir. Zâten bu ne garip bir ilim olacak ki? Belki tek bir ahlâk mefhumu yoktur ki kendisine itiraz edilmesin, münakaşa mevzuu olmamış olsun. Faydacı ahlâk ile iktifa edilmediği müddetçe hiç bir tecrübe bu telâkkileri tevhide muktedir olamaz. Esasen bu hal hukukun ahlâkın hizmetkârı olması demektir. Bu da bir görüştür. Fakat, istenen bu ise, bu hal hukuk ile ahlâk arasında bir tâbiîyet tesisi demektir. Fakat, bu neticeyi erişmek için ahlâkı tabiî hukuk namı ile hukuka katmağa mecbur muyuz? Farklı olan şeyleri karıştırmayalım. Bir hukuk kaidesinin hukukî bir kıymeti haiz olması için, bu mânada anlaşılan müşterek hayra mutabakati şart değildir. Müşterek hayra mutabakat keyfiyeti, ancak bu kaidenin ahlâkî kıymeti olması için şarttır. Pozitivistler bundan başka bir şey söylemiyorlar. Onlar sadece hukukçu sıfatiyle, ahlâk kanununun muhtevası hakkında hususî bir bilgiye sahip olmadıklarını itiraf ediyorlar. Hakîmâne bir tezavu değil mi?» (10). Yok eğer «müşterek hayır» mefhumunu dünyevî saadet, cemiyetteki fertlerin mes'ud olmaları mânasına alıyorsak, bu takdirde mevzuatın takdir ölçüsünü, pek sübjektif, pek fazla ferdî bir ruh hâletine bırakmış oluyoruz.

WALİNE; vaktiyle BEUDANT,nın sosyalizm hakkında «âzalarını, zorla mes'ud etmeye kalkan cemiyeti istemiyorum» demesi gibi, fertleri kanunlarla mes'ud etmeye kalkan otoriter cemiyetleri müstehziyâne bir şekilde tasvir eder: «Âzalarına zorla saadet temin etmek iddiasında olan zavallı cemiyet! Eğer hukukun en ulvî kıstası müşterek saadeti tahakkuk ettirmek endişesi ise ve eğer müşterek saadet ilmî metodlarla kazanılabilirse en fazla hukukî şekilde organize edilmiş cemiyetler, halk yığınlarının her hafta sonunda dörder kişilik taburlar halinde mecburî sinema seyrine gönderildikleri sovyet cemiyetiyle, askerlerin müşterek saadetlerinin garnizonun mahfelinde muntazam fasıllarla verilen küçük eğlenceler marifetiyle ve kışlanın toplantı salonunda tertip edilen günlük oyunlar sayesinde sağlandığı askerî cemiyetler olacaktır» (11)

(10) M. WALİNE — **Défense du Positivisme juridique** (Archives: 1939. No. 1-2. Sh: 88).

(11) M. WALİNE — **Défense du Positivisme juridique** (Archives: 1939. No. 1-2. Sh: 87).

Müellif tıpkı Stalin'in yoldaşları mecburî olarak taburlar halinde sinemaya göndermesi gibi, bir vakitler teokratik devirlerde de hükümdarların askerleri dörder kişilik taburlar halinde kiliseye dua etmeğe gönderdiklerini hatırlatır ve mânevî mânada da olsa müşterek hayır namına insanların hususiyetlerine vicdanlarına mevzuatla müdahale edilmesine müncer olacak olan böyle bir (tabiî hukuk) kıstasını kat'î suretle reddeder: «Bir kelime ile, hukukun müşterek hayrı tahakkuk ettirmesi gerektiğine inanmak, ve müşterek hayrın ilmî bir bilginin mevzuu olabileceğini zannetmek, bütün devlet taassuplarının totaliter rejim nâmı altında toplanan ve zavallı insanlığımızı boğmakta olan muhtelif teokrasilerin temelini teşkil eder. Binaenaleyh ilmî bir «müşterek hayır» mefhumu gibi kötü bir hayali takipten vaz geçelim. Hayır, ferdî bir iştir.' İster ebedî necatın ede edilmesi gibi, ister daha kaba bir şekilde dünyevî saadet gibi telâkki edilsin. Cemiyet bizi zorla bahtiyar etmek veya evliya haline sokmak çarelerini aramamalıdır. Vicdanlara müdahale olmamalıdır. Compelle intrare yoktur: İşte bu gibi fikirlerledir ki Inquisition insanları kebap etmiştir ve mösyö Stalin insanları makineleştirmiştir» (12).

F — Hukuçu, kendi meslekî hudutları içinde çalışırken şahsî dünya görüşünden tecerrüd etmelidir.

WALİNE, pozitivistleri ahlâkı parçalama ve hukuk ile ahlâk arasındaki samimi rabıtayı koparmak ile itahm etmelerine karşı şiddetle cephe alır ve ahlâkın ve dinin muhtelif cemiyetlerde pek muhtelif tecellî şekilleri olduğunu söyleyerek hukukçuların bu gibi mütehavvil unsurları meslekî vazifelerine müdahale ettirmemeleri gerektiğini ihtar eder.

«Hakikat şudur ki, hukukçu, hukuk telâkkisini, kendi dünya görüşünden ayırmak mecburiyetindedir. Zira içimizden her biri, mütevazi hukukçuluk vazifesini ifa ederken, kendi metafizik ve dinî telâkkilerinden tecerrüd etmek zahmetine katlanmazsa artık hukukçular arasında müşterek bir lisan bile bulunmayacaktır ve hukuk, muhtelif metafiziklerin müdafileri arasında bir muharebe meydanı halini alacaktır ve bütün muharebe meydanları gibi pek çabuk harabezâre dönmeye mahkûm olacaktır» (13).

..... «Netekim tabiî hukukun muhtevası üzerinde anlaşmamıza bunun için imkân yoktur: Katoliklerin tabiî hukuku başka olacaktır. Protestanların tabiî hukuku başka, Hitlercilerin tabiî hukuku başkadır, Stalincilerin başka ve hür fikirlilerin daha başka. İşte insan, hukuk telâkkisini, kendi dünya görüşünden tefrik edemezse durum bu olur» (14). «Her hukukçunun behemehal spritüalist olmasını istemek tıpkı, Rusya'da her hukukçunun behemehal Marksist

(12) WALİNE — a. g. e. Sh: 88.
(13) WALİNE — g. g. e. Sh: 91.
(14) WALİNE — a. g. e. Sh: 92.

hatta Stalinist olmasının istenmesine benzer» (15). Hülâsa hukukçu, kendi akidesini meslekî mevzulara karıştırmamalıdır (16).

G — Adâlet mefhumu müsbet hukukun ölçüsü olamaz.

Adâlet kanunların kıymetini ölçecek bir âlî kıstas olmayıp belki vazii kanunun muayyen ve müşahhas bir meselede adâlet icaplarının ne olacağı hakkındaki fikridir. Yani «kanuna göre adâlet» mevzuubahistir, yoksa «Adâlete uygun kanun» değil. Bunun sebebi şudur: Adâlet, bu dünyadan değildir. Zira objektif bir adâleti tesise imkân yoktur. Hatta bizi hemcinsimizi muhakeme etmekten meneden bizzat Hazreti İsa olmuştur ve bizi böylelikle bu işdeki yetkisizliğimizden haberdar etmiştir (17). Filhakika hakikî adâlet aynı şeraitteki şeyelere aynı muameleyi yapmak ve gayrı müsavi şartlardaki şeylere gayrı müsavi muamele yapmak ise, dünyevî bir hukuk nizamının bunun tamamen aksine hareket ettiği görülür. Çünki mücerret bir norm, birbirinden farklı binlerce hâdiseye aralarındaki sathı bir müşaheletten dolayı - aynı şekilde tatbik edilir. Halbuki hâdisenin bütün hususiyetini bilen, kanun değil, belki hâkimdir. Fakat hâkimin keyfilik ihtimalini önlemek için, böyle bir kanun hukukunun tesisi de zaruri olmuştur. Hülâsa «bir ceza kanununun meydana getirilmesi, emniyet ve nizamın adâlete karşı muzaffer olması demektir» (18).

Adâlet lüzumundan fazla sübjektif ve müphem bir unsurdur. Fakat hiç kimsenin kendi adâlet telâkkisini başkasının adâlet telâkkisinden daha üstün addetmeğe hakkı yoktur.

H — Müsbet hukuku tenkid hakkı tabiî hukukçuların inhisarında değildir.

WALİNE burada müsbet hukukçulara karşı yapılan en ağır itabın reddini yapar. Hukukî pozitivizmi bir nevi kanun taparlık haline sokmak ve devletin her türlü keyfîliğini tecviz etmek, bir nevi iktidar dalkavukluğu yapmakla itham eden tabiî hukukçulara karşı şiddetle hücum eder. Hukukçu, hukukçu olmakla vatandaşlık evsafından tecerrüd etmiş değildir. Mevcut hukuku «siyasî» bakımdan «ahlâkî» bakımdan dilediği gibi tenkid edebilir ve değiştirilmesi için, yeni bir hukukun konması için mücadele edebilir. Ama bunları «hukuk» namına ve «hukukçu» sıfatiyle yapmaz. Hukukçu, mevcut kanunları hukukî bakımdan şerh ve tefsirle iktifa eder. Muhayyel bir tabiî hukuka göre bunların iyiliğini veya kötülüğünü iddia edemez. Diğer taraftan tabiî hukuka istinad etmekle hukukçu sırf bu sebeple objektif bir hakem mevkiini ihraz etmez. Netekim tabiî hukukun da ne garip davalara alet olduğu hatırlardadır. 1938 de Reich tabiî hukuka dayandığını iddia ediyordu. Aynı senenin eylül ayında Polonya, daha evvel Habeşistan hep tabiî hukuk namına talep edilmişti. Bu gün Franco'nun da istediği ve tatbik ettiğini iddia ettiği şey tabiî hukuktur. Tabiî hukuk gibi bu kadar çok şekilli ve muhtevası bu kadar ihtilâflı bir mefhum suiniyet sahibi milletlere ve fert-

(15) **WALİNE** — a. g. e. Sh: 93.
(16) **WALİNE** — a. g. e. Sh: 93.

lere daima hakikî maksatlarının örtmek fırsatını verebilir.

Hülâsa hukukun cesur veya cebin bir telâkkisi yoktur. Belki hukukcunun cesuru veya korkağı vardır. Diğer taraftan tabiî hukukçular mütemadiyen resmî vazî kanunlara çatmaktadır. Eğer hakikaten cesaret sahibi iseler vazii kanunu kendi ellerinde oynatan hakikî iktidar sahiplerine, asrî derebeylerine çatmalıdırlar. Halbuki çok defa tabiî hukuk bu sınıfın menfaatlerine âlet edilir.»

Bütün bu mülâhazalar sırf tabiî hukuk dâvasının ne kadar asabî münakaşalara yol açtığını göstermek için nakledilmiştir. Fakat bütün bu heyecanlı tartışmalar bir tarafa bırakılarak tabiî hukuk idesinin, tarihte fiilen oynadığı bir rolü ve hâlen eski rolünü oynayıp oynamamak hususunda kâfi bir kuvveti bulunup bulunmadığı meselesini ayrıca incelemek lâzımdır ki önümüzdeki bölümün konusu da budur.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SOSYOLOJİK BAKIMDAN TABİÎ HUKUK CEREYANLARI

33 — SOSYOLOJİK BAKIMDAN YAPILACAK ARAŞTIRMADA BERTARAF EDİLMESİ VE VAZEDİLMESİ GEREKEN PROBLEMLER.

Etüdümüzün birinci bölümünde XX. ci yüzyılda tabiî hukuk idesinin tekrar canlandırılmak istendiğini bir vakıa olarak müşahede ettik. Bu hususta yapılan muhtelif denemeleri, gerek klâsik nazariyenin ıslahı, gerek modern bir nazariyenin inşası için sarfedilen gayretleri gücümüz yettiği kadar müelliflerin hususiyetlerine sadık kalarak naklettik ve her biri hakkında şahsî kanaatlarımızı belirttik. Etüdümüzün ikinci bölümünde ise tabiî hukukun bu yeniden nüksedişini hukukî tefekkürün bir zaafı hatta modern zihniyetin bir nevi inkârı gibi telâkki eden, bir tabiî hukuk hülyasından artık kat'iyetle vaz geçilmesini tavsiye eden muhtelif pozitivist ekollerin belli başlı temsilcilerini gösterdik.

Maksadımız pozitivizmin veya normativizmin tenkidî bir tahlili olmadığı için bu ekollere, etüd konumuz olan tabiî hukuk rönesansını ilgilendirmeleri nisbetinde, yani tabiî hukuka tenkidleri miktarınca temas ettik. Dikkatimizi üzerine teksif ettiğimiz mevzu asrımızdaki rönesans hareketleri olduğuna göre buraya kadar tabiî hukuk dâvasının lehinde ve aleyhinde söylenmiş bütün mütalâaları - kaba hatlarla - belirtmiş olduğumuzdan artık, tabir caizse, bu tabiî hukuk dosyasını kapatmamız ve bütün bu mûtaları gözönünde tutarak sosyolojinin bu müzmin ihtilâf hakkında nasıl bir hüküm vereceğini belirtmemiz lâzım gelmektedir.

Her şeyden evvel şunu kaydedelim ki tabiî hukuk fikirleri, bu hukukun ontolojik mahiyetinden veya deontolojik kıymetinden mücerret olarak, tarihî muayyeniyeti içinde bir fikir cereyanı ve bu sıfatla bir sosyal fenomendir. Tabiî hukuk bir vakıa değildir. Daha doğrusu bunun ontolojik bir gerçekliği ifade edip etmediği sosyolojik bakımdan mühim değildir. Sosyoloji mütezahir vakıalar yani fenomenler kategorisi içinde tabiî hukuka değil, tabiî hukuktan bahseden fikirlere raslar. İşte burada tetkik mevzuu olan şey bu fikir cereyanlarıdır ve bunların sosyal sebep ve neticeleridir. Bu itibarla etüdümüzün bu kısmında aşağıdaki sualleri daha baştan bertaraf etmemiz, daha doğrusu vaz etmememiz lâzımdır:

A — Tabiî hukuk ontolojik bir mevcudiyete sahip midir ve bu mevcudiyet ispat edilebilir mi?

Çeşitli tabiî hukuk telâkkilerine göre bu sualin cevabı «evet»den «hayır»a kadar tebeddül edebilir. Etüdümüzün seyri içinde buna nekadar birbirinden

farklı cevaplar verildiğini görmüştük. Bu, hukukçunun umumî felsefe sahasında müntesip olduğu ekole göre değişecek muhtelif cevaplar kabul eden bir sualdir. Netekim dogmatik rasyonalizm, hatta ilmî zihniyete dayandığını iddia eden rasyonalizm (LE FUR, GENY) ve skolâstik anlamda dogmatik realizm (ROMMEN, GUİSAN) tabiî hukukun vücudunu kabul eder ve aklen de bunu ispat eder. Buna mukabil intikadî mektebin temsilcileri (meselâ STAMMLER, ve DEL VECCHİO) tabiî hukuka ancak amelî aklın hukuk sahasındaki «impératif»i olarak deontolojik bir mahiyet izafe eder. Hülâsa alelıtlak umumî mefhumların yani idelerin vücudu hakkında sahip olunan umumî felsefî görüşe göre bu sualin cevabı tebeddül eder. Mahz pozitivist bir metod ise bu suale cevap vermekten kasden istinkâf eder çünki ampirik bilgi sahasına girmeyen mevzuların ne vücudü ne ademi hakkında mütalâa yürütmekten kendisini meneder. Bu itibarla müsbet sosyolojik zâviyeden yapılacak bir tetkikte bu sual daha baştan bertaraf edilmelidir.

B — Tabiî hukuk ile mevzu hukuk arasındaki münasebet, zıddiyet midir tamamiyet midir?

Bu da gene sahip olunan umumî felsefî telâkkiye ve bilhassa tabiî hukuka verilecek muhtelif târifelere göre farklı cevaplar alan bir sualdir. Tabiî hukuk kâh «aklî mûta» veya «asgarî ahlâk ve adâlet icapları» olarak telâkki edilip bizzarure her müsbet hukukun nüvesi, özü addedilmiş; kâh peşinde koşulup erişilemiyecek ebedî bir idea, bir vicdan emri, mütemadiyen kendisine yaklaşılmaya cehdedilecek bir hukukî kemal merhalesi sayılmıştır. Bunlardan birinci görüşe göre tabiî hukuk immanent'dir yani müsbet hukukta vaki ve mündemiçtir. Diğerlerine göre ise transcendental'dır, başka bir âleme mensuptur. Bu itibarla sosyolojik bakımdan bu problem de bizi ilgilendirmez.

C — Tabiî hukukun muhtevası nedir?

Bu suali de vazetmiyoruz. Çünki son derece mütehavvil cevapları dâvet eder ve pek şeklî bir telâkkiden, pek teferruatlı bir muhtevaya kadar çeşitli cevaplar alır. Taraftarları arasında ittifak yoktur. Meselâ LE FUR'e göre bir prensibe GENY'ye göre iki prensibe irca edilebilir. GUİSAN'a göre ise sayı ile tahdit edilmiyecek kadar çok ve peyderpey keşfedilecek prensipleri havidir. Bu prensiplerin mahiyeti hususunda da bir ittifak yoktur. Daha ziyade bu, muayyen bir temelden mütevalî bir şekilde istidlâl ve istihraç edilebilecek kaidelerin kemiyetine taallûk eden bir mesele dir ki eğer tabiî hukukun mâna ve medlûlü üzerinde anlaşma vaki olursa bu mesele kendiliğinden halledilir. Bu bakımdan nazariye aleyhdarlarının vaki tenkidleri fazla bir ehemmiyet arzetmez.

D — Tabiî hukukun idrak tarzı nedir? Bu bir his mûtası mıdır bir akıl veya intuition mûtası mı?

Bu suali de vazetmiyoruz. Zira tabiî hukuk taraftarları arasında hem hiç bir ittifak yok gibidir hem de biraz geniş bir tefsire başvurulacak olursa hemen bütün müelliflerin neticede, vahyi ilâhiden aklı beşere kadar bütün idrâk-melekelerimizi bu mefhumu anlamak için seferber ettikleri görülür. Meselâ GENY de tabiî hukuk akıl en kabili idraktir ve hisle intuition bunun muhtevasının tasrih tayini için aklın imdanına koşar ve ona vuzuh verirler, LE FUR de ise tabiî hukuk manevî hisler vasıtasiyle mahsûs olup bilâkis mânayı tavzih ve ikmal için akıl, his mûtalarının yardımına koşar. Biz bu suali de vazetmiyoruz. Yalnız şu sabittir ki ister aklen ister hissen idrak edildiği iddia edilsin bugüne kadar zaman zaman bir tabiî hukukun vücudundan bahsedilmiş ve bu hukuk, hakikî şeniyeti meselesinden mücerret olarak, bir çok sosyal ve hukukî problemlerin hallinde bir mesnet gibi ileri sürülmüştür. Yani menşei ve mahiyeti ne olursa olsun insanlar «tabiî hukuk» hakkında bir takım fikirlere tarihin muayyen zamanlarında sahip olmuşlardır ve bağlandıkları bu fikirler için mücadele etmişlerdir. O halde burada incelememiz lâzım gelen husus bizzat bu fikirlerin fonksiyonlarıdır. Şu halde vazı gereken sual şudur:

E — Tabiî hukuk vazii kanun için bir fren hizmetini görebilir mi ve müsbet hukuk için bir takdir ölçüsü olabilir mi?

Gerçi bizzat kendisi ve muhtevası hakkında hiç bir muayyeniyete sahip olunmayan bir idenin mevcut müsbet hukuku takdir ölçüsü olarak kullanılamıyacağı yolundaki pozitivist tenkidler tamamen yerindedir ve tabiî hukuk, mahiyetinin meşkûkiyeti ve muhtevasının belirsizliği hasebiyle bu rolü hakikaten oynamıya muktedir değildir. Müsbet hukuk, ahlâk veya siyasetin ölçüleriyle takdir edilebilir fakat ne olduğu halâ tasrih edilemeyen müphem bir tabiî hukuk kıstasiyle ölçülemez. Zira kıstas olarak kullanılacak şeyin sarih olması hudutlu olması ve bilhassa mütelevvin ve elâstiki olmaması şarttır.

Fakat şunu unutmamalıdır ki kendilerine bir ölçü, bir kıstas olarak başvurulan birçok şeylerin hakikatte bu göreve kabiliyetsiz olmaları, fiiliyatta bu iş için kullanılmalarına mani teşkil etmemiştir. Yani tabiî hukukun da bir takdir ölçüsü vazifesini yapmaya salih olmaması onun fiilen bu iş için istimaline hiç bir zaman engel olmamıştır. Hatta bilâkis birbirine taban tabana zıd görüşlerin aynı zamanda istifade edecekleri kaypak bir mefhum oluşu onun, cephenin her iki tarafındakilerce de takdir kıstası olarak kullanılmasını temin etmiştir. Tıpkı maddî hayat münasebetlerinde olduğu gibi, fikir dünyasında da bir çok takdir ölçülerinin noksanlığı veya kiyafetsizliği acı tecrübelerden sonra anlaşılmıştır ve çok defa da bunu ancak bu acı tecrübeye maruz kalan taraf idrak etmiştir. Diğerleri gene aynı kiyafetsiz ölçüye başvurmakta devam etmişlerdir.

Sosyolojik vakıa şudur ki insanlık muayyen medeniyet çevrelerinde, muayyen çağlarda bu tabiî hukuk prensibine; kanun vazilerinin keyfîliklerine, mevcut nizamın kötülüklerine karşı bir cankurtaran halkası gibi sarılmış ve ondan, mevcut sosyal nizamın murakipliğini ve ideal sosyal nizama götürecek yolun rehberliğini yapmasını istemiştir.

Tabiî hukukun, haddi zâtında bu fonksiyonları başarmaya salih olup olmadığını, tarihî realiteleri incelemek suretiyle objektif bir gözle tetkik etmek sosyolojiye düşer. Tekrar edelim ki sosyolojik bakımdan bizzat tabiî hukuk mefhumunun bir «realite» veya bir «mythe» olup olmadığı mühim bir rol oynamaz. Bu, daha ziyade umumî felsefenin halledeceği bir problemdir. Biz burada tabiî hukuk hakkındaki fikir cereyanlarının sosyolojik sebep ve neticelerini kısa bir şekilde gözden geçirerek bu fikrin aksiyon sahasındaki rolünü kıymetlendirmek istiyoruz.

34 — TABİÎ HUKUK İDESİNİN SOSYOLOJİK FONKSİYONLARI.

A — Tarihin seyrinde tabiî hukukun oynadığı rol.

Tabiî hukuk idesinin menşeinde, cemiyet ve tabiatı içine alan bütün bir kâinat nizamı mânasına geldiği ve bu bakımdan HERACLİTE'den daha geriye, hatta Yunan medeniyetinden daha evvele Kalde ve Mısır medeniyetlerine kadar da gittiği söylenebilir (1). Kozmik bir tabiat kanununun insan cemiyetlerindeki tecellisi mânasına gelen bu geniş ve felsefî mefhumun izahı, her şeyden evvel kâinatın materyalist veya finalist anlayışına göre değişeceği gibi, tabiî hukukun sosyal rolü bakımından da bizi fazla alâkadar etmez. Bu mevzu, beşer zekâsının muayyen bir safhadaki kâinat anlayışı ile ilgilidir ve tâbir caizse tabiî hukuk, bu izah tarzının artık zaruri bir neticesidir. Yoksa sosyal bir fonksiyonun karşılığı değil.

Bu itibarla biz ilk defa sosyal ve siyasî bir mücadele silâhı olarak tabiî hukuka başvurulmasına HERACLİTE zamanında şahit oluruz. Bu devirde tabiî hukukun menşelerinin sosyolojik sebeplerini araştıran RENE HUBERT tabiî hukuk fikrinin doğuşunu şöyle izah eder:: «Milâttan evvel VII. ci asırdanberi Yunan Citelerinin tarihine hâkim olan sosyal olay şudur: O zamana kadar bütün manevî, hukukî ve belki de bunlara bağlı olan iktisadî iktidarı elinde tutan sınıflar, anî bir darbe ile haklarından mahrum edildiler, tecavüze uğradılar, kovuldular ve dağıtıldılar. Bununla beraber bu sınıflar mukavemetsizce bertaraf edilmediler. Her ne kadar iktidar ellerinden alınmışsa da bu sınıflar kendilerinin bir değeri ve kuvveti olduğu yolundaki duygularını kaybetmediler. Samimî an'anelerini muhafazaya devam ettiler. Filhakika ancak bunları kaybettikleri takdirde idi ki harabileri tamamlanacaktı. Kendi benliklerinin

(1) EMİLE BREHİER — Histoire de la Philosophie Cilt: I. 47. Keza H. DE PAGE Droit Naturel et Positivisme juridique 1939.

şuurunu muhafaza ettikleri nisbette, içtimaî tabakalar arasındaki ihtilâfa hiç bir yerde nihayet verilemezdi. Hatta bizzat bu ihtilâflar dahi onlara anlaşılmaz ve affedilmez neviden kargaşalıklar gibi geliyordu: Cemiyette nizamsızlık, neticede ahlâkiyette ve zekâdaki nizamsızlığı intaç ediyordu, hatta belki de bizzat evrensel tabiattaki nizamsızlığı mucip oluyordu. Bunlara karşı ancak bir tek çare, bir tek himaye şekli vardı: Nizama dönmek, yani kadim zamanlarda teessüs etmiş olan muvazeneleri ve meratip silsilelerini muhafaza ettiği nisbette nizâma dönmek. Her devir, hatta bize en yakın olan bile, halktan gelen arzuların gittikçe artan şiddetine karşı ortaya çıkarılan bu ulvî bendi, yani bu ahlâkî nizamdan istimdat halini tanımıştır» (2). «Ne zaman bu sosyal sınıflarda fikrî ve manevî otoriteyi istimale alışkın, ince bir zekâya sahip ve seyahatleriyle yahut yabancılarla temas sayesinde an'anelerin ve insanî düşünüş tarzlarının farklılıklarından haberdar bir takım insanlar bulunursa ve bu adamlar kendi cité'lerinin felâketlerinden haberdar olurlarsa ve nihayet kendilerini bu felâketten korumaya kiyafet etmeyen ecdattan kalma itikadların sıhhati hakkında gittikçe daha fazla şüpheye düşerlerse işte bu andan itibaren, içtimaî nizamın tessüsüne temel teşkil edecek olan bir «idrâk reformu»nun zaruriliğine kanaat getirirler. İşte böyle bir zamanda derhal felsefî spekülâsyon kendisine düşen rolü oynamaya başlar. HERACLİTE, PYTHAGORE, EMPEDOCLES aynı şartlar içinde meydana çıktılar ve belki de JOSEPH DE MAİSTRE'in ve AUGUSTE COMTE'un zuhurları da aynı sebeplerden dolayıdır».

Böylece tabiî hukuk idesinin ilk tebellüründeki sosyal şartları yakinen tetkik eden müellif, bu idenin, kâinat hakkında an'anevî ve felsefî görüşlerin cemiyetin matlup olan eski nizâmını iadeye ve bunu «justifier» etmeye kâfi gelmemesi halinde kendisine başvurulan yeni bir kâinat ve nizam telâkkisi olduğunda karar kılmıştır. Şu halde bütün problem şudur: Eski sosyal kıymetleri muhafaza... edecek olan siyasî bir bünyeye temel teşkil etmeye elverişli bir manevî nizam keşfetmek.

Filhakika zihinler böyle bir manevî nizam fikrine alıştırıldıktan sonra bu manevî nizamın bir icabı sıfatiyle eski imtiyazların istirdadı artık pek kolaylaşacaktır. Sosyal ve siyasî bir mücadelede tabiatı, kâinatı hakem yapabilmek ve bu hakemin kendi lehimize hüküm vermesini temin edecek tarzda bir kâinat telâkkisi ortaya atmak muhakkak ki pek dahiyâne bir felsefî silâh yaratmak demektedir. Böylece HUBERT'e göre «orjinal bir tabiat felsefesine ihtiyaç hissettiren şey, siyasî ihtilâller olmuştur» (3).

Keza «açıkça tabiî hukuk denen doktrinlerin hususiyeti, en iptidaî şekil-

(2) **R. HUBERT — Contribution à l'étude sociologique des origines de la notion du Droit Naturel** (Archives. 1933. No. 3-4 Sh: 153).

(3) **R. HUBERT** — a.g.e. Sh: 155.

ler altında, sabık oligarşilerin müdafileri tarafından, ve eski iktidarlarından mahrum edildikleri zamanlarda ilân edilmiş o malarıdır» (4). Hasılı müellife göre tarihte tabiî hukuk doktrinleri, daima aynı sosyal sınıfların kendilerini tehlikede hissettikleri zamanlarda inkişaf etmiştir. Nekim çağdaş tabiî hukuk rönesansı da, komünist fikirlerin alıp yürümesine karşı eski sosyal sınıfların kendilerini korumak için başvurdukları bir felsefeyi ifade etmektedir (5).

R. HUBERT, etüdünü esas itibariyle milâttan evvel VII. ci asırdaki Yunanistana tahsis etmiştir. Fakat tabiî hukuk cereyanlarının tarihin müteakip safhalarında da aşağı yukarı aynı şartlarla doğmuş olması lâzım geldiğini de îmadan halî kalmamıştır.

Fakat kanaatımızca tabiî hukuku daima - tâbir caizse - devlet düşkünlerinin yeni nizama karşı bir reaksiyonu olarak izah etmek kâfi değildir. HUBRET'in asıl haklı olduğu taraf, ister sabık iktidar sınıfı olsun, ister yeni iktidar namzetleri olsun bütün bunların hepsinde müşterek olan kaygunun, cemiyete verilecek nizamın örneğini hasbî ve tarafsız bir hakem olan «tabiatda aramak temayülü» olduğunu belirtmesidir. Bu bakımdan XVII ve XVIII. ci asırların tabiî hukuk mektebi ve daha evvelce P. CUCHE'ün işaret ettiği gibi asrımızdaki tabiî hukuk rönesansı daha kolayca anlaşılır.

B — İhtilâlci ve muhafazakâr tabiî hukuk fikri.

Hülâsa esas tema budur. Müsbet nizamın karşısına öyle bir otorite çıkarılacaktır ki artık ona müsbet nizamın bekçileri isyan edemesinler. Hiç değilse aklen bu isyanlarını makul gösteremesinler. İşte bu otorite «tabiat nizamıdır».

Tabiî hukuk inancının «mevcut hukuk sisteminin bozukluğuna karşı ileri sürülen bir hukukî idealden başka bir şey olmadığını» belirten MAX HAMBURGER, bu idealin, kâh kör bir ekseriyetin tahakkümünden yılan güzideler tarafından (kadim Yunanistanda olduğu gibi), kâh insafsız bir müstebidin inhisarcı tahakkümünden yılan bütün sosyal sınıflar tarafından (güzideler ve kitle dahil) kullanabilecek bir silâh olduğunu belirtir (6). Filhakika tarihin seyrinden tabiî hukuk kâh ihtilâlci, kâh muhafazakâr bir manzara arzeder. Fakat tabiî hukuku sosyal ve tarihî fonksiyonu itibariyle ele alan müellifler umumiyetle bu hareketlerden yalnız birine daha çok meyledenler. Hülâsa hangi karekterlerin daha galip olduğu hususunda pek hem fikir değildirler.

Meselâ KELSEN'e göre tabiî hukukta asıl olan muhafazakârlıktır. Klâsik tabiî hukuk nazariyesi hiç bir zaman tabiî hukuka uymayan müsbet hukukun muta' olmıyacağını açıkça ilân etmemiştir. «Tabiî hukuka mugayir müsbet hu-

(4) **R. HUBERT** — a.g.e. Sh: 156.
(5) **R. HUBERT** — a.g.e. Sh: 157 Not. 1.
(6) **MAX HAMBURGER — The Awakning of Westen Legal Thought.**

kukun hüküm ifade etmiyeceği yolundaki tez, tatbikatta mahirane imâl edilmiş bir sistem vasıtasiyle mahzursuz bir hale sokulmuştur. Bu iddianın mesnedi şudur ki tabiî hukuk müsbet hukuka karşı onu destekleyici, meşru kılıcı hatta mutlaklaştırıcı bir rol oynamıştır. Vakıa her zaman buna muhalif olan cereyanlar olmuştur ve hüküm süren nazariye aleyhinde az çok ihtilâlci bir tabiî hukuk nazariyesi ileri sürülmüştür. Yani bunlar resmî ilim tarafından soysuzlaştırılmış olan tabiî hukuka karşı, tabiî hukukun saf idesine istinad etmişlerdir. Fakat bu nevi fikrî cereyanlardan pek azı bize intikal etmiştir.

Bugün şöhret olarak tanınmış olan bütün tabiî hukuk hocaları muhafazakâr cereyana mensuptarlar. Zâten başka türlü de olamazdı. Zira bunların hepsi ya devletin sadık hizmetkârı, ya devlet kilisesinin papazları yahutda profesörler, nazırlar, elçiler, baronlar, hususî müşavirler, psikopozlar vesaire gibi kimselerdi. Tabiî hukukun zirvesine vasıl olduğu devirler yani bu nazariyenin klâsik safhası, hiç bir hudut tanımayan bir devlet mutlakiyetçiliği zamanında inkişaf etmiştir. Böyle bir zamanda esasen ihtilâlci bir nazariye, fikrî bir cereyan olarak meydana gelemezdi ve dolayısiyle üniversitelerde de resmen tedris edilemezdi» (7).

KELSEN XIX. cu asırda tabiî hukuk nazariyesinin ihtilâlci damgasiyle mimlenmesinin sebebini ROUSSEAU'nun devlet ve hukuk telâkkisinin, asıl tabiî hukuk nazariyesiyle karıştırılmış olmasında bulur ve Fransız ihtilâli ile ROUSSENAU'nun görüşlerine ihtilâlci bir mahiyet atfedilmesi ve bu görüşlerin de tabiî hukuk addedilmesi üzerine üniversitelerde tedris edilen resmî hukuk ilminin tabiî hukuk nazariyesinden vaz geçtiğini söyler (8) KELSEN'in fikrine göre tabiî hukukun ihtilâlci bir cereyan olarak tanınmasına tarihçi mektebin telkinlerinin de tesiri olmuştur. Zira bu vasıf, tabiî hukukun reddi için diğer bir sebebi teşkil ediyordu.

XX. ci asırdaki tabiî hukuk rönesansı hareketleri de gene bir eskiye dönüş tezahürüdür ve ihtilâlci değildir. Cemiyet istikrarsız bir hale gelince ve muhtelif menfaat gurupları arasındaki ihtilâf son derece vehamet arzetmeye başlayınca artık behemehal yeni bir nizam uğrunda savaş zaruret halini alır ve bu yolda ileri sürülecek postülâtların mutlak bir surette meşru kılınmasına ihtiyaç hissedilir. Böyle bir safhada her menfaat gurubu, kendi taleplerini müdafaa sadedinde adâlete başvurmak arzusunu duyar. İşte XX. ci asırda umumî felsefe sahasında umulduğundan daha erken vaki olan bu metafiziğe av-

(7) **KELSEN — Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus.** Paragraf: 20.

(8) **KELSEN — Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus.** Paragraf: 21.

det hali ve bunun tesiriyle hukuk sahasındaki tabiî hukuka dönüş hareketi bu yüzden vaki olmuştur (9).

Maamafih tabiî hukuk nazariyesi daima muhafazakâr bir karakter arzetmez. Daha doğrusu KELSEN'in (evvelce işaret ettiğimiz gibi), ide itibariyle bu hukukun anarşik bir mahiyet arzettiğini kaydetmesi de manidardır. Nete kim diğer bazı müellifler de bu hususa iştirak etmişlerdir. Hasıl «olan»dan gayrımemnun olan taraf ya daha evvelki hale dönmek ister ki bu takdirde muhafazakârdır, yahut da şimdiye kadar tesis edilmemiş olan yeni ve ileri bir nizamı kurmak ister ki bu takdirde ihtilâlci olur. Tabiî hukuk böylece kâh muhafazakâr kâh ihtilâlci cereyanlarda ifadesini bulmuştur. Yani mevcut müesseselerin meşru gösterilmesine âlet olduğu gibi, hukukun yeni şekillere göre ıslah ve tâdili dâvasına da hizmet etmiştir. Meselâ G. GURVİTCH, KELSEN'in hilâfına olarak, tabiî hukukun, tarihin seyri içinde bir hassa bu sonuncu rolü, yani kurulacak nizama rehberlik etmek rolünü oynadığı yani daha ziyade ihtilâlci bir karekter taşıdığı kanaatındadır. Tabiî hukuk meseleleriyle buhran devirlerinde, mevcut nizamla yeni arzu ve temayüller arasında ihtilâf hasıl olduğu zamanlarda sureti mahsusada meşgul olunması müellife göre bunun en büyük delilidir: Büyük ıslahat ve ihtilâl devirlerinde tabiî hukuk daima en esaslı rolü oynar: «Bu sebeple XVII veXVIII inci yüzyıllarda, Fransız ve İngiliz ihtilâllerinden evvel ve bu ihtilâllerin cereyanı sırasında tabiî huhukukla hususî bir şevkle meşgul olunması ve «Tabiî Hukuk Mektebi» adının bu devrin hukuk mekteplerine verilmiş olması pek karekteristik bir vakıadır. XIX. uncu yüzyıl sonunda ve XX inci yüzyıl başlangıcındaki «Tabiî Hukuk Rönesans»ının menşe'i de bundan başka bir şey değildir. Bu da tıpkı XVII ve XVIII inci yüzyıllardaki tabiî hukukun burjuva sınıfının emellerini ifade etmesi gibi, işçi sınıfının yeni bir hukuk nizamına karşı duydukları iştiyakı ifade etmektedir. Bu vaziyet, şu vakıa ile de tahkik edilebilir: Evvelki tabiî hukuk daha ziyade ferdiyetçi temayülde olduğu halde, devrimizdeki tabiî hukuk, sosyalislik iddiasında değilse bile, sosyal temayüldedir» (10).

Doğrusunu söylemek lâızm gelirse ister mahz tabiî hukuk idesinin anarşik karakterinden mülhem olsun, ister klâsik tabiî hukuk nazariyesinin muhafazakâr ve nizamcı zihniyetinden ilham alsın, tabiî hukuk, daima siyasî bir mücadele silâhı manzarasını arzetmiştir. Bütün fark bu silâhın kâh nizamdan mesul kimseler tarafından, kâh nizama asî olanlar tarafından kullanılmasındadır.

---

(9) **KELSEN — Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus.** Paragraf: 40.

(10) **G. GURVİTCH — Droit Naturel ou Droit Positif İntuitif?** (Archives 1933 No: 3-4 Sh: 58. (Türkçe Tercüme: **HÂMİDE UZBARK - Tabiî hukuk mu yoksa sezgiye dayanan müsbet hukuk mu?** Ank. Huk. Fak. Dergisi 1945 Cilt: 2. Sayı: 4. Sah: 159).

Netekim WİLHELM BEYER, tabiî hukukun bu her çeşit temayü'e sahip kimseler tarafından mütemadî intismarını pek güzel belirtir: Tabiî hukuk, her felsefî ve siyasî cereyan tarafından tıpkı bir reklâm tabelası gibi ortaya çıkarılmış ve istismar edilmiştir. Tabiî hukuk şimdiye kadar bütün siyasî partilere ve bütün siyasî cereyanlara ve bunlara dayanan felsefe sistemlerine, bütün kilise akidelerine ve müteaddit manevî ilimlere hizmet etmiştir. Tabiî hukuk bugüne kadar herkesin hizmetkârı, herkesin kulu idi. Efendileri değişip gitti ve kendi kaldı. Fakat artık efendilerinin evrensel liği sonunda kula da sirayet etti» (11).

Tabiî hukuk dâvasının, hukukî sahadan ziyade etik ve siyaset sahasına taallûk eden bir mes'ele olduğunu söyleyenleri, tabiî hukukçular hérétique damgası ile damgalamakta ve buna sebep olarak da bu gibi kimselerin, insanların müsbet hukukun zulmünden kurtulmak için iltica ettikleri son melcei de tahrip ettiklerini göstermektedirler. Halbuki tarihin seyrine nazaran aynı melcein çok defa müsbet hukukun yaratıcısı ve hiç değilse bekçisi olanları da himaye ettiği anlaşılmaktadır. «Otoriteye riayet» esasının tabiî hukuktan geldiği az mı iddia edilmiştir! Aynı tabiî hukukun hem «müesses otoriteye riayet et, çünkü nizam, ufak tefek adâletsizlikleri hazmetmeyi icap ettirecek kadar mukaddestir» demesini, hem de «adâlete aykırı emir veren otoriteye karşı isyanda haklısın» deye necip bir mukavemet tavsiyesinde bulunmasını aynı fikir nizamı içinde izah edebilmek için hakikaten skolâstik bir mantığın inceliklerine ihtiyaç vardır! Eğer aradaki fark, müsbet hukuk nizamının adâletten veya tabiî hukuk icaplarından inhirafı derecesinden ibaretse, yani az inhiraf halinde tahammül, fakat çok inhiraf halinde isyan vacip ise bu derece farkını her halde müphem ve çok mânalı tabiî hukuk prensipleri değil olsa olsa o sa fiilî kuvvetler muvazenesi tayin edecektir. Yani isyan arzusundaki tarafın hukuk dışı kuvvetiyle, isyanı bastırmak a mükellef yetkili otoritenin hukuka müstenid cebri arasındaki tartışma tayin edecektir. Burada asıl mânasiyle ne hukukun ne de tabiî hukukun halledeceği hiç bir mesele yoktur. Maddî ve manevî sosyal kuvvetler arasındaki denklik veya farklılığı gene bizzat bu kuvvetlerin çatışması tayin eder. Ancak her isyan hareketi tabiî hukuk bayrağını açmakta serbesttir ve yukarda söylediğimiz gibi «tabiat»ın yüksek hakemliğine müracaat ederek kendi kuvvetini ahlâken ve mantıken de takviye etmek istemekte muhtardır. Fakat bu, filhal «tabiat»ın veya «tabiat icapları»nın hakikaten bu hareketin tarafını iltizam ettiğine bir delil teşkil etmez! Bu, bir başka dâvadır ki cevabını ne ilim ne de felsefe henüz vermiş değillerdir ve belki de vermekten ilelebed içtinab edeceklerdir.

HENRİ DE PAGE, Antigone'nin Gréon'a karşı olan isyanını anlatırken

(11) WİLHELM R. BEYER — Rechtsphilosophische Besinnung (Eine Warnung vor der ewigen Wiederkehr des Naturrechts. 1947. Karlsruhe. Sh: 12).

bu ulvî sahnenin realitedeki mânasını soğuk kanlılıkla müşahede etmesini bilmiştir: «Yazılı olmayan kanunlardan istimdadın, sarsılmaz bir inançla daima hâlen yerleşmiş olan nizama karşı, ideal adâlet zannettikleri şeyin zaferini isteyenler tarafından yapılması, fakat iktidara geçer geçmez de bu, aynı yazılı olmayan kanun meddahlarının kendi kurdukları nizamı, bu sefer bunun yerine yeni bir nizam geçirmek isteyenlere karşı son haddine kadar müdafaa etmeleri pek göze batan bir hal değil midir? Yazılı olmayan kanunların ezelî nisbîliği!» (12).

C — Bir aksiyon vasıtası olarak tabiî hukuk.

Görülüyor ki tabiî hukuk mefhumu, ister kendisine samimiyetle inanıldığı zamanlarda olsun, ister kasden istismar edildiği devirlerde olsun, muhafazakâr veya ihtilâlci hareketlere aynı derecede hâdim bir aksiyon vasıtası rolünü oynamıştır. Acaba bu rolü müessir bir şekilde oynayışının sebeplerini araştırabilir miyiz? Bunun için her şeyden evvel bu mefhumun ifade ettiği manaya dikkat etmemiz lâzımdır. Filhakika tabiî hukuk mefhumundan birbirinden pek farklı mânalar murad edildiği malûm olmakla beraber bütün bu mânaların müşterek tarafları ele alınmak suretiyle yapılacak bir tarif neticede şu şekli alır: «Tabiî hukuk, üstün ve objektif bir nizama mensup olmaları hasebiyle hükümran telâkki edilen bir normlar mecmuasıdır». Bu tarif kat'îdir ve üzerinde ittifak vardır (13).

Esasen tabiî hukuk hakkında yapılan bilcümle itirazları mahalsiz bırakmak için bu mefhum hakkında hemen hemen hiç bir tarif vermeden sadece buna inanmayı emreden modern rönesans tarafdarlarının ileri sürdükleri idealizm, aksiyon bakımından pek müessir olacağa benzememektedir. Çünkü inanılan şeyin mahiyet ve evsafı üzerinde bir anlaşma olmadığı takdirde ortada elbirliği ile inanıldığı için bir aksiyon manivelâsı teşkil eden muayyen hüviyeti haiz hiç bir şey yok demektir. «Müsbet hukuktan başka, daha yüksek, daha âmir, daha iyi bir hukuk vardır» demek ile hakikatte hiç bir şey ifade edilmiş olmaz. Çünki bu olsa olsa bir derece farkını, bir mukayeseyi ifade eder ki, bu, her şey hakkında kabili tasavvurdur. Mevcuttan daha iyi bir şeyin olabilmesi imkânı her sahada varittir. Şu halde «Ben Allah'a inandığım gibi tabiî hukuka inanıyorum» veya «Adâletin ne olduğunu herkes kendi vicdanına sorsun» deyen RENARD'ın sözleri olsa olsa ahlâkî terbiyesi münkeşif insanların, kendileri için belki vazih ve fakat objektif bir analiz için her halde oldukça enfüsi kalan bir hissî gerçekliği ifade eder. Bu gibi muğlak ve edebî

---

(12) **H. DE PAGE — Droit Naturel et Positivisme juridique** 1939. Not: 21.

(13) **HAESAERT — Fondement du Droit Naturel** (Archives. 1933 No. 3-4. Sh: 197). **GURVİTCH — Droit Naturel ou Droit positif intuitif?** (Arch. 1933. No. 3-4 Sh: 55).

tariflerden ibaret bir tabiî hukuk, bir aksiyon vasıtası olarak az çok belirli bir is ikameti gösteremez. Hülâsa tehyic eder, fakat rehber olmaz.

Zâten günümüze kadar ihtilâlci veya muhafazakâr hareketlere önderlik etmiş olan tabiî hukuk, isabetli veya isabetsiz şekilde de o sa gene behemehal târif edilmiş, tayin edilmiş bir tabiî hukuktur. Bir aksiyon vasıtası, büyük sosyal hareketlerin bir manivelâsı rolünü oynamış olan bu hukuk daima t a b i - a t a nisbet edilmiştir ve nazariyenin bugünkü nüksedişi de, aslı aranacak olursa gene bu «tabiat» mefhumu etrafında dönmektedir. Yukarda «tabiatın bîtaraf hakemliğine müracaat» arzusunun siyasî ihti âfları müşterek ve en yüksek mercie arz ihtiyacından geldiğini kaydetmiştik. İşte bu merci bizzat siyasîlerin de yani nizam bekçilerinin de insan sıfatiyle dahil bulundukları büyük bir kâinat müzenidir. Ferd ve cemiyet bu nizamın kısımlarından ibarettir, ve bu yüzden nizamın bütün kısımlarının tâbi bulunduğu umumî kanunlara bizzarure tâbi olacaktır. Eğer müsbet hukukun temsilcileri bu nizamı kendi iradeleriyle ihlâl etmekte iseler bunun ilânihâye devam edemiyeceğini bilmelidirler. Şu halde yapılacak şey evrensel tabiat nizamını ve dolayısiyle bu nizama dahil olan insan tabiatının kanunlarını bunlara hatırlatmak ve icabında bunları tehdit etmetkri. Fakat tabiattan istihraç edilecek bir hukukun, menşei dolayısiyle bu kadar âmir telâkki edilmesinin sebebi ne olabilir? R. HUBERT bu sebebi pek beliğ bir şekilde açıklar: «Bu tabiî hukuk doktrinlerinin mevzuu, cemiyete kabili tatbik olan bir nizam mefhumunu, buna evrensel bir nizam nazariyesini destek yapmak suretiyle takviye etmekten ibarettir. Böylece artık kanun, bir veya bir çok ferdin iradesi gibi, hatta cemiyette en büyük sayıdaki kalabalığın iradesi gibi, yahut da basit bir eski âdetin ve alışkanlığın neticesi gibi arzedilmekten kurtulacaktır. Şimdi bu kanunu beyan edenler bunu kendi namlarına yapmamaktadırlar. Onlar ancak ulvî bir hakikatı tefsir etmektedirler.. İçtimaî münasebetlerin muayyen bir telâkkisi, içine t a b ı a t ı d a a l ı r. H a t t a t a b i a t ü s t ü n ü d e. Zira böylelikle karşısındaki vicdanları hem cemiyet hem tabiatın birbiriyle elbirliği eden iki kaidesiyle birden itaate zorlar.. Başkalarını itaat ve hürmete cebretmek için ne müezayit bir kuvvet! İnsan kendi kuvvetleriyle bu kadar nisbetsiz bir şekilde artmış olan bir nüfuz bir vüs'at ve bir şiddete sahip prensiplere karşı gelmek, bunlardan kurtulmak hülyasını nasıl kurabilir? Zira bu prensiplere uzun müddet itaat etmemek isterse böylelikle hem kendi mevcudiyetini tabiattan koparıp atmak, hem de kendi ruhunu akıldan mahrum etmek tehlikesine maruz bırakmış olur.

İptidaî cemiyetlerin beka prensibi şüphesiz ki bu olmuştur. Filhakika kendisini dış tabiat ile anlaşmış hissetmek ihtiyacını duymamış olan hiçbir cemiyet yoktur. Buna istinad etmemiş olan bir siyasî rejim veya sosyal bünye bulunamaz» (14).

---

(14) **RENE HUBERT** — a.g.e. Sh: 157.

Demek ki mevcut nizama karşı ileri sürülen itirazların bir kâinat nizamının icabı gibi gösterilmesi insan zihinlerini fikren ilzam edebilmek bakımından pek müessir bir silâh teşkil etmektedir. Netekim tabiî hukuk meselesini sosyal ve hukukî değişiklik arzularının her zaman müracaat etikleri bir fikrî mesnet olarak izah eden H. DE PAGE bu vetireyi aynı şekilde tasvir eder. Hukuk sahasında derin değişiklikler arzu edildiği zaman bu değişiklikleri tatmin edecek bir hukuk nizamı tasavvur edilir. Fakat bu tasavvuru herekese kabul ettirip bunu bir hareket sebebi haline sokmak için bazı vasıtalara ihtiyaç vardır. Çünki bu yeni hukuk nizamı tasavvuru, müesses hukuk nizamının bütün müsbet kuvvetleriyle bertaraf edilmeye çalışılacaktır. Halbuki müsbet kuvvete karşı aynı neviden bir kuvvetle mukabele etmek kâfi değildir. Çünki kuvvet hiç bir şeyi ispat etmez. Diğer taraftan meşrû kuvvet sırf mevcut hukukî nizamın meşru ve doğru telâkki edilmesi yüzünden isyankâr kuvvete karşı daha galip durumdadır. Onun için yapılacak şey yeni hukuk nizamı tasavvurunu bizatihi doğru ve âdil olarak göstermekten ibarettir. Bu nasıl yapılacaktır? «Yeni fikirleri afâkîleştirerek, ekaanimleştirerek, müteallleştirerek, hülâsa onların hotgâmlık veya menfaat tarafından değil, bilâkis eşya tabiatı tarafından ilham edilmiş olduklarını ilân ederek ve nihayet bizzat eşya nizamının dahi bunların kabul edilmesini ve tahakkuk ettirilmesini emrettiğini bildirerek»... (15).

Böylece tabiî hukuku bilgi sahasından aksiyon sahasına nakleden sosyologlar tabiî hukukun bu nakil dolayısiyle kendi değerinden bir şey kaybetmiyeceğini söylerler. Hatta bilâkis tabiî hukuk bu tarzda telâkki edildiği takdirde her şey yerli yerine gelmiş olacaktır. Tabiî hukuk bugüne kadar aksiyon sahasında çok mühim roller oynamıştır. Medenî cemiyetlerin bir çok hukukî müesseseleri vaktiyle tabiî hukuk namına rekzedilmişlerdir. Hususiyle XVII ve XVIII. ci asır tabiî hukuk nazariyesinin hukukî tekâmülü çabuklaştırmak hiç değilse haklı göstermek bakımından pek büyük hizmetleri dokunmuştur. Keza günümüzde insan hakları cereyanının fiilî müessiriyeti küçümsenemez. Hatta bu bakımdan felsefî temelleri daha kuvvetli olmakla beraber aksiyon kabiliyeti daha zayıf olan objektif tabiî hukuk nazariyesi ikinci plânda kalır. Felsefî temelleri tenkid edilen tabiî haklar nazariyesi kültür tarihinde tomist akideden çok daha mühim roller oynamıştır. Esasen herhangi bir aksiyon vasıtası olan fikrin değeri bu rolü lâyıkiyle yapıp yapamadığına göre ölçülmelidir. Yoksa zâtî doğruluğuna göre değil.

Tabiî hukuk soğuk kanlı bir kanun vaziinin, komplike bir sosyal realiteyi nizamlamak için kendisine başvuracağı bir sureti haller kolleksiyonu değildir. Tabiî hukuk mevcut nizama şu veya bu sebepten dolayı «hayır!» demek ihtirası ile kıvranan muztarip ferd veya kitlelerin ileri sürecekleri anonim bir gerekçe, heyecanlı bir beyannamedir.

---

(15) **H. DE PAGE — L'Idée de Droit Naturel.** Bruxelles. 1936. Sh: 52.

Netekim HAESAERT tabiî hukukun bu rolünü her devre göre değişen vasıflarından istidlâl eder. Tabiî hukuk daima tenkid mevzuu olan mevcut hukukun mahrum bulunduğu meziyetlerle teçhiz edilmiştir. Meselâ «Herhangi bir yerde müsbet hukuk, nisbî, kiyafetsiz, elastikî ve boşluklarla dolu ve adâletsiz ise tabiî hukuk, derhal, mantıkî, insicamlı, noksansız ve hakkaniyete uygun olarak kendisini arzeder. Tabiî hukuk eğer hükümdar tarafından takip ediliyor veya inkâr ediliyorsa o hemen Allaha sığınır. Yani her nevi hükümranlığın kaynağı olan mercie dehalet eder. Fakat Allahla olan bu ittifakı kendisine zararlı olmaya, müessiriyeti için engel teşkil etmeye başlar başlamaz bu sefer de hem kıralın hem de Allahın müştereken mensub olduğu tabiat kanunlarına dayanmaya başlar... Hülâsa tabiî hukuk hizmet ettiği gayeye göre eğilip bükülecektir. Zira ancak bu gaye do ayısiyle mevcuttur. İşte mütemadiyen modayı takip etmesi de bundandır. Evvelâ dinî, sonra metafizik olmuştur. Daha sonra da ilmî şekle bürünmüştür» (16).

Görülüyor ki sosyolojik bakımdan tabiî hukuk nazariyesi hukukun cezrî istihalelerini mucib olan muhtelif faktörlerin mûtad olarak büründükleri bir fikrî kisveyi, bir üst yapıyı ifade etmektedir. Yani tabiî hukuk, müsbet hukuk nizamının cezrî değişikliklerinin asıl âmili olmayıp belki muhtelif cinsten müessir âmillerin, aynı maksatla altında toplandıkları bir isyan bayrağıdır.

Maamafih tabiî hukukun bu karakterini XVII ve XVIII. ci asır tabiî hukuk mekteb inden gelen koluna hasretmek ve ARİSTO-St. THOMAS'dan gelen kolu da KELSEN'in işareti veçhile müesses nizamın muhafazasına hâdim bir ideoloji olarak kabul etmek kanaatımızca daha doğrudur. Zira tabiî hukukun metafizik karakteri medenî cemiyetin binlerce senedenberi benimsediği kâsik manevî kıymetleri ihtilâlci bir nazariyeden beklenmeyecek kadar sadakatle muhafaza ve müdafaa etmektedir. Bunların değişmesine vesile teşkil etmeyen bir cereyan hiç bir veçhile ihtilâlci olamaz.

Böylece bu üçüncü ve son bölümümüzde tabiî hukuk mefhumu, tabiî hukuk idesi ve tabiî hukuk cereyanları hakkında - içden ve dıştan - yapılmış olan esaslı tahlil, tenkid ve izahları ana hatlariyle belirmiş bulunuyoruz. Bütün bu mûtalara nazaran tabiî hukuk mefhumunun hangi «dış şartlar» içinde canlanabildiğini ve zamanımızın bu şartları ne nisbete tahakkuk ettirmiş olduğunu ve bu bakımdan tabiî hukuk rönesansının izah veçhinin ne olabileceğini de vardığımız N E T İ C E 'de belirteceğiz.

---

(16) **HAESAERT — Fondement du Droit Naturel** (Archives 1933. No. 3-4. Sh: 217-218)

NETİCE

35 — GENEL OLARAK

Hukuk felsefesine müteallik herhangi bir problemin tetkikinde araştırıcının «tabiî hukuk» mes'elesi hakkında muayyen bir kanaata sahip olmasının zaruri olduğuna kani olduğumuzdan etüdümüzde bu mevzuu ana hatlariyle incelemek istedik. Filhakika hukuk felsefesine binlerce sene hâkim olmuş olan bu nazariyenin izlerini nerede görürsek bunları derhal nazariyenin esas bünyesine raptetmez ve bu bünye hakkındaki kanaatımız zâviyetinden incelememiz lâzımgelir. Hukukî tefekkürü işgal eden mevzular arasında öylelerine raslanır ki, münferit bir konu olarak ele alındıkları zaman kendi kendilerine kâfî ve müstakil olarak vazedibilecek bir problem manzarasını arzederler. Meselâ âmme hukukunda siyasî hürriyet, âmme menfaatı, devlet kudretinin hudutlandırılması gibi meseleler. Keza hususî hukukta şahsiyet, hakkaniyet, irade muhtariyeti, mukavele hürriyeti gibi problemler ilk nazarda müstakkilen mütalâa edilebilecek bir vahdet arzederler. Halbuki bütün bu problemlerin tetkikinde doğru bir görüşe sahip olabilmek için, behemehal hukuk felsefesini asırlarca inhisarı altına almış olan tabiî hukuk nazariyesi tarafından vaktiyle bunlara verilen hal suretlerini hatırlamamız icap eder. Vakıa bu problemlerin bir çoğu, tâbir caizse, tabiî hukuk dininin nüfuz ve tesirlerinden âzad edilerek - bu mânada - lâyikleştirilmiş erse de, menşelerinde sıkı bir şekilde bu hukuk telâkkisine bağlı kalmışlardır. Ve hâlâ içlerinde bu telâkkinin bakiyelerini bulmak mümkündür.

Fakat böyle söylemekle tabiî hukuk nazariyesini mâziye karışmış, devrini bitirmiş ölü bir doktrin olarak mı mütalâa ediyoruz ve bunda haklı mıyız? XX. ci asrın başlangıcında şahit olduğumuz bu rönesans hadisesi nazariyenin hâlâ hayatta olduğunu ispat etmiyor mu? Bunun için her şeyden evvel tabiî hukukun bir nazariye mi yoksa bir akide mi olduğunu tayin etmemiz ve daha sonra bunun hayatiyet kabiliyetini münakaşa etmemiz lâzımdır.

Herhangi bir ideler sistemi ya bir akidedir (doktrin), ya bir nazariye. (1). Bir sistem, birer bedahat gibi kabul edilip kendilerine bağlanılması emre-

---

(1) «Teori, muhakemenin ve tecrübî tenkidin süzgecinden geçirildikten sonra doğruluğu tahkik edilmiş ipotez demektir. Fakat bir teori isabetliliğini muhafaza için, daima kendisini ilmîn terakkilerine göre tâdil etmeli ve daima tezahür eden yeni yeni vakıaların tahkik ve kontrolüne tabi tutmalıdır. Eğer bir teori tamamlanmış teâkki edilip ilmî tecrübe ile tahkik edilmekten muaf bırakılırsa artık bu nazariye bir d o k t r i n halini alır. «**CLAUD BERNARD (İntrod. à la Médc. exp.;** Sh: 385.)

«İlim ile d o k t r i n ' in gayeleri başka başkadır: Biri tesbit ve izah eder, öteki muhakeme ve emreder» **(G. PİROU — Les Doctrines économiques en France depuis 1870).**

dilen normlara dayanmakta ise bu artık bir akide mahiyetindedir ve her îman mevzuu gibi münakaşa haricidir. ED. CLAPAREDE'in dediği gibi «siyasî bir akide bir idealin ifadesi olduğu nisbette - ki buna bugün ideoloji derler - münakaşadan masundur. Zira bu, içinde felsefî bir îman bir c r e d o taşımaktadır. İmân münakaşa mevzuu olmaz ve doğru uğu a + b ile ispat edilemez. Bu bir m u t l a k dır. İyi veya fena, güzel veya çirkin bulmasına göre her insanın kabul veya reddedebileceği bir m u t l a k» (2). Bu itibarla siyasî akideler ister dinî ister dünyevî mahiyette olsun, ilmî bakımdan objektif ölçülerle tenkid edilmekten muaftırlar. Bunlar bir siyaset münakaşasına mevzu olabilirler. Yani aynı derecede kaypak ve objektiflik endişesinden ârî tartışmalara, münazaralara konu olabilirler. Fakat bunların ilmî mânada bir hakikate tekabül edip etmedikleri hatta sosyal hayatın mü'alarını izah bakımından elverişli bir sistem olup olmadıkları dahi münakaşa edilemez. Çünki bunlar neticede birer «taraf tutma» haleti ruhiyesine dayanırlar ki bu temel münakaşa konusu olamaz. İnsanlar şu veya bu psiko- sosyal şartların tesiriyle şu veya bu tarafı tutabilir şu veya bu akideye saplanabilirler. Acaba tabiî hukuk nazariyesi de bu mânada bir akide midir?

Pozitivistlerin ittihamlarına göre böyledir, yâni tabiî hukuk tarafdarlığı hukukçuların an'aneperest zihniyetlerinin bir türlü terkedemediği bir itiyadı, bir inancıdır. Katolik kilisesinin resmî akidesi olması onun bu hali uzun müddet muhafaza etmesini sağlamıştır. Sosyologlara göre ise bu tabiî hukuk veya tabiî haklar mefhumu bir hareket manivelâsı, sosyal reformların kolayca yapılabilmesi için başvurulan bir ideolojidir. O halde her iki şekilde de münakaşa konusu olmaktan masundur.

Fakat bizzat tabiî hukuk tarafdarlarının iddialarına göre bu «bir hukuk nazariyesi»dir ki, hukuk üzerinde yapılacak bütün ilmî ve felsefî araştırmalar bizi en sonunda buna sevkedecektir. O halde tabiî hukuk dâvası bir hukuk nazariyesidir ve hayatiyetini muhafaza etmektedir. Acaba hakikaten böyle mi?

Biz, ne pozitivistlerin iddiaları veçhile tabiî hukukun muhakemesizce bağlanılan bir îman mevzuu olduğuna, ne de sosyologların iddia ettikleri veçhile sırf sosyal aksiyon manivelâsı olacağına pek kani değiliz. Fakat, tabiî hukukçular gibi bunun yegâne hukuk nazariyesi olduğunu da zannetmiyoruz.

Biz nazariye hakkında fikir yürütenlerin, lehde veya aleyhde, lüzumundan fazla ifrata kaçtıklarını müşahede ediyoruz.

---

(2) **ED. CLAPAREDE — Morale et Politique.** Neuchatel. 1947. Sh: 21.

JEAN ROSTAND,ın dediği gibi (3) «Ne fazilette ne de isteride her şey tamamen yapmacık değildir!» Tabiî hukuka da öyle!

Bunun için bazan kasden, bazan farkında olmadan birbirine karıştırılan bazı hususları ayırmamız ve bu nazariyeyi zihnimizde kendi yerine yerleştirmemiz lâzımdır. Bu yerleştirme işini, biz, nazariyeyi inşa veya idrak eden beşerî zekânın, muhtelif çağlardaki bilgi edinme vasıtalarına ve iktisab ettiği bilgi hazinesine nisbetle bunu nasıl iha'a ve telâkki ettiğini araştırmak suretiyle yapmak istiyoruz. Kanaatımızca tabiî hukuku dört şeki de, dört safhada anlamak mümkündür:

A — Tabiî hukuk, ilk ve orta çağ kültürü içinde bir hukuk «nazariye»si daha doğrusu kâinat nazariyesinin bir cüz'ü idi.

B — Tabiî hukuk, yeni zamanlarda siyasî bir dâvanın müessir bir ideolojisi oldu.

C — XIX. cu yüzyılda hiç bir realiteye tekabül etmeyen bir batıl itikad veya Mythe mahiyetini aldı.

D — XX. ci asır başında tabiî hukuk, müsbet hukuk nizamı içinde ahlâkî faktörlerin bir sembolü oldu.

A — Tabiî hukuk ilk ve ortaçağ kültürü bakımından bir «nazariye» idi:

Filhakika bu devrin kültür derecesi bakımından tabiî hukuk, bütün müşahede ve tecrübe mûtalarının insan zihnini kendisine doğru meylettirdiği bir hakikat, bütün tecrübî mûtaların aklen kabili tahkik bir sentezi durumunda idi. Bu çağın hususiyeti, mahdut tetkik vasıtalariyle yine mahdut sayıdaki müşahedelerden şumulleri pek geniş neticeler çıkarmak ve olayların sathî bir müşahedesinden, gerçekliğin zâtına, Noumene'ine erişmek temayülüdür (4). «Tabiatın kozmik bir nizamı olduğu», «Varlıkların tabiatın kendilerine tahsis ettiği gayelere doğru koştukları», «İnsanın, akıl ile mücehhez mahluk sıfatıyle bütün diğer varlıkların fevkinde hak ve imtiyazlara sahip bulunduğu», «Aklı selimin tabiatın emirlerine uygun yaşamağı emrettiği» yolundaki kaziyeler, hep aynı mahdut tecrübe ve müşahedelere müstenid muhakemeler sonunda varılan «tahkik edilmiş» hakikatler durumunda idi. ARİSTO, kendi zamanındaki 158 devletin anayasasını tetkik ettiği zaman müşterek olan bir takım esaslar müşahede etti ve bu esasların istisnasız her insan topluluğunda mevcut

---

(3) «La Rochefoucauld et Babinski ont exagéré l'un et l'autre: tout n'est pas simulation dans la vertu, non plus que dans l'hystérie».
(JEAN ROSTAND - Les Pensées d'un Biologiste. 1939. Paris. Sh: 139.)

(4) **WİLHELM DILTHEY — Introduction a l'Etude des Sciences Humaines.** (Aslı: 1883. Terceme: 1942.)
GOMPERTZ — Les penseurs de la Grèce, 1 ve 2 Cilt: 3. Sh: 67, 69.
HANRİ DE PAGE — L'Idée de Droit Naturel. 1936. Sh: 17-39.

«tabiî kanunlar» olduğuna inandı. Daha evvel CHRYSİPPE tabiat nizamını, dış tabiattaki ıttırat ve intizamın bedihî bir neticesi gibi gördü ve bu dış tabiatın bir parçası olan insan cemiyetinin bu nizama ne sebepten dolayı dahil olmıyacağını düşündü. Aynı ıttırat ve intizam, aynı kanunlar her halde cemiyet hayatında da carî olmalı idi. Bu ezelî ve ebedî afâkî nizâmın kanunlarına nazaran, beşerî kanunlar keyfî ve mütehavvil nesnelerdi. Tabiî hukuk fikrinin beşer zihninin astrobiyolojik safhasında doğduğu ve tekâmül ettiği yolundaki tez, bu bakımdan akla yakın görülmektedir (5). Ve işte bu safhadaki beşer zihni için, tabiî hukuk, hakikaten müşahede mûtalarının zaruri bir neticesidir. R. HUBERT, tabiî hukukun, sabık oligarşilerin eski imtiyazlarını iade maksadına matuf bir felsefî ideoloji olduğunu söylüyor.. Fakat bu ideolojiyi yaratanların o zaman buna samimiyetle inandıklarını, bunu bir «hakikat»in ifadesi sandıklarını da ilâve etmemiz lâzımdır. Sosyologlar, fikir cereyanlarının alt yapısını, hakikî saiklerini meydana çıkardıkları zaman, insanı bazan garip bir kanaate sevkederler.

İdeolojik karakterde olan nazariyelerin, kendilerine inanılmadan, kasden icad edildikleri sanılır. Halbuki beşer zihni bu gibi nazariyeleri kurarken bizzat kendisini de aldatmakta, ikna etmektedir! Ne zaman ilmin nihaî mûtalarına karşı cephe almak veya bunları kiyafetsiz telâkki ederek daha üstün inşalarda bulunmak hevesine kapılınırsa, ancak o zaman nazariyeler değil, akideler yaratılmış olur. Fakat varılan neticeler aklın rehberliği altındaki ilmin zâten vasıl olabildiği yegâne nihaî hakikatler olarak telâkki edilirse artık tam mânasiyle nazariyeler karşısında bulunuyoruz demektir. Bu bakımdan ilk çağ zihniyeti için tabiî hukuk hakikaten yegâne hukuk nazariyesi idi. Hatta orta çağda, tabiî kanun, îmanın değil, aklın sahasına giriyordu. İmanın rolü, ancak «insan aklının, aklı ilâhîden müştak olduğunu kabul» mes'elesinde idi. Zira böyle telâkki edilmediği takdirde aklın hakikatleri kavrama kabiliyetini izah imkânı yoktu. İşte dinî kültürün talep ettiği dogmatik inanç bu kısma maksurdu. Yani akıl melekesinin kudretini Tanrıdan aldığına. Fakat akıl bu kudretle sosyal münasebetleri tahlil ettiği zaman behemehal tabiî kanunların vücudünü kavrayacaktı. Demek ki bu çağda da tabiî hukuk, ilmî ve aklen kabili tahkik bir nazariyedir (ve tabiî ancak bu zamanın skolâstik «ilmi»ne göre).

G. RENARD'ın, skolâstik realizm zâviyesinden tabiî hukukun, akide sahasına değil, akıl sahasına yani bilgi nazariyesine girdiğini mütemadiyen tekrarlaması işte bu hususu belirtmek içindir.

B — Yeni çağlarda tabiî hukuk siyasi hareketlerin bir ideolojisi olmuştur:

XVII ve XVIII nci asırlar, müsbet ilimlerin ilk inkişaf hızlarını aldığı ve

---

(5) **RENE HUBERT — Contribution à l'Etude Sociologique des Origines de la Notion de Droit Naturel.** Sh: 91-159.

insan zekâsının skolâstiğin ve otorite metodunun boyunduruğundan kurtulduğu çağları temsil eder. Tabiî hukukun, artık samimiyetle kozmik bir nizâmın emri bir nevi «tabiî kanun» olarak kavranması bu devirde beklenemez. Kozmik nizam artık daha elverişli araştırma vasıtalarıyle müşahede edilmekte ve ilk çağın kozmogonik nazariyeleri altüst olmaktadır. Bu çağ, objektif bir tabiî hukukun vücudu meselesiyle alâkalı görünmemektedir. Mütefekkirlerin zihnini işgal eden en büyük dâva siyasî ve fikrî sahada ferdî hürriyetin teminidir. Zihinleri an'anevî düşünce kalıplarından sıyırmak, ferdî iradeyi kilisenin ve hükümdarın iradesine zebun kalmaktan kurtarmak, hülâsa insanı ne akidevî ne de siyasî bir baskıya tahammüle mecbur bırakmamak.

Bu gayeye erişebilmek için mevcut siyasî kuvvete ve izleri hâlâ baki olan an'anevî dinî zihniyete karşı kendisine dayanılacak bir mesned bulmak lâzımdır. Bu, artık «Dış tabiat nizamı» olamaz, çünki bu dış tabiat nizamının «tabiî kanunları» hakkındaki ARİSTO,dan ve kilise öğretiminden gelen bütün an'anevî nazariyeyi devrin bilginleri yıkmışlardır. Bu, Tanrı da olamaz, çünki Tanrının buyruklarını şerh ve tefsire salâhiyetli otorite kilisesidir, ve reform hareketleri de ilmî zihniyetin muhtaç olduğu hürriyeti hakkıyle verememiştir.

Demek ki, insan, bu çağda yalnız kalmıştır. Kendi kuvvetleriyle yetinmek mecburiyetindedir. Ne ararsa kendişinde arayacaktır.

İşte başvurulacak yegâne çare bizzat «insan tabiatı»nın bazı «haklar» yani dokunulmaz imtiyazlarla mücehhez olduğunu i l â n etmekten ibarettir. Yeni zamanların filozofları insanın hürriyetini istiyorlardı. «Hürriyet» kendisine kavuşulması gereken bir nimet idi. Fakat bunu elde etmek o kadar güçtü ki hiç değilse mantıken, fikren onun talep edilmesini «meşru» göstermek, insan tabiatı için elzem olduğunu ispat etmek lâzımdır. Bu ispatlamayı insanın maddî ve manevî bünyesini ilmî yollarla olduğu gibi tetkik ve müşahede suretiyle yapmak hevesi izhar edilmişse de bu komplike mevzu, henüz bu devrin ilmî seviyesinin harcı değildi. Diğer taraftan insan aklının, mûtalarına güvenilebilecek yegâne idrak kaynağı olduğuna inanılan bir devirde buna sahip olan «insan»ın hakikaten eşrefi mahlûkat olduğuna inanmamak için hiç bir sebep yoktu. Bu itibarla bütün bir ortaçağın manevî baskısından kendini sırf aklının serbest işlemesi sayesinde kurtarabilmiş olan insanın fıtraten «hür» olduğu makul bir şekilde iddia edilebilecek demekti.

Böylece yeni çağ arda insan için asıl olan hürriyettir. Eğer fiilen bundan mahrum edilmekte ise derhal her vasıtaya başvurarak bunun istirdat edilmesi lâzımdı. İşte tabiî haklar nazariyesi, haddizâtında, insan tabiatının «ona hak sahibi olmayı emreden bir düsturu» olmaktan ziyade medenî ve şahsî formasyonuna sahip mütefekkirlerin bizzat hissettikleri bir hürriyet iştiyakının ve bütün insanlara teşmil ettikleri bir hürriyet ihtiyacının ifadesi idi. İnsan tabiatının icapları meselesi o zamana kadar müteârife gibi bellenmiş olan

makul ve faili muhtar mahlûk kaziyyesinden istihraç edilmekle iktifa ediliyor ve «insan hür doğar» kaziyyesi artık bir postülât gibi kabul edilmek isteniyordu. Hürriyeti beraberinde getiren insan bunu dünyevî hayatında istimal için cemiyetten kendisine haklar tanınmasını istiyordu ve bunu bu hakların zâten fıtratı icabı kendisine ait olduğunu iddiâ etmek suretiyle yapıyordu. Bu itibarla tabiî hukuk nazariyesi siyasî hürriyetler dâvasının verimli bir ideolojisi olmuştur.

Açıkçası bu devrin mütefekkirleri beşer fıtratının bir icabı deyu talep ettikleri şeyin, yani hürriyetin, hakikatte insan fıtratında mevcut bir hassa olmayıp yetişkin insana siyasî cemiyet tarafından tanınması g e r e k e n bir imkân ve bir hak olduğunu biliyorlardı. Mevcut bir şey istenmez. Onlar insanın mahrum olduğu bir şeyi ona temin etmek istiyorlardı. Hasılı «tabiî haklar»ın tabiaten «olan» bir şey değil, belki siyasî mücadeleler sayesinde «olması lâzımgelen» bir şeyin dâvası olduğunu müdriktiler. İçtimaî mukaveleye nazariyesi tabiî hakların menşei ve kısmen terki ve yerine medenî hürriyetlerin ikamesi gibi mes'elelerde ne kadar farazî ve hakikate aykırı bir tasavvur telâkki edilirse edilsin, tabiî haklar denen şeylerin «bir anlaşma neticesinde tesbit edilmesini, bir beyannamede ifadesini bularak hukukî bir teminata mazhar edilmesini» istemek bakımından oldukça realist davranmıştır. Bu nazariye Beşer hakları beyannamesini şu veya bu yolla ilân edip hükümran kudrete sulhen veya zorla kabul ettirmek, tanıtmak yani objektif hukuka kabul ettirmek suretiyle bu hakları fiilen ve hakikaten ihraz etmeyi teklif ediyordu. Yani bunların insan idaresinden mücerret olarak, o istese de istemese de mevcut ve mûta şeyler olduğu kanaatında değildi. İşte kadim tabiî hukuk nazariyesi ne kadar bugün anladığımız mânada - ve fakat yanlış bir tefsire - bundan bir tabiî kanunu murad etmekte ise; tabiî haklar nazariyesi de haddi zâtında o kadar kisbî ve içtimaî karakterde olan bazı kıymetleri talep ediyordu.

Tabiî haklar, mücadele ile ilân ve ihraz edilecek hürriyet parçacıkları, hareket imkânları idi. Yoksa kendisini, hakikî tabiat kanunları gibi, ister istemez kabul ettirecek, yani insan istese de istemese de behemehal kendisinde baki kalacak olan bir takım imtiyazlar, tabiat vergisi hassalar değildi.

İnsanın, akıl ve irade sahibi mahlûk olması hasebiyle fıtratı ve tıyneti icabı «Hür» olduğunu ispat için ortaya atılan «Tabiî hal» nazariyesi, insan hakları dâvasının, zamanına göre dahi ilmî bir nazariye değil, muayyen bir siyasî gaye uğruna tanzim edilmiş bir ideoloji olduğunu açıkça gösterir. ROUSSEAU «İnsan hür doğar fakat her yerde zincirler içindedir» demekle «Hürlük» vasfının realitenin müşahedesinden istihraç edilecek bir keyfiyet olmadığını, ancak uzun bir muhakeme ve spekülâsyon sonunda kabili ispat bir iddia olacağını daha baştan itiraf etmiş bulunuyor. Mademki müşahede insanın her cemiyette, doğuşundan ölümüne kadar kırk türlü kayıt ve kaide

ile bağlı olduğunu göstermektedir o halde «Hürdür» iddiasının mânası nedir? Bu bir müşahede mûtası değildir. Müşahede mûtası olmadığına göre nedir? Buna bu gün açıkça cevap veri ebilir: Bir idealdir! İnsan, «Hür» değildir fakat «hür» olmayı temenni etmektedir ve bu temenniyi de insan, tarihin her devrinde izhar etmiş değildir (6). Fakat bütün tabiî haklar nazariyesi kendi tezini bir ideal olarak değil, mahz bir realite icabı gibi ortaya atmakla ideolojisini kuvvetlendirmiş, kendisine gerçeklikler âleminde «İnsan tabiatında» bir temel bulmuştu ve bu temel devrin ilmî araştırmalarının zarurî bir neticesi olmaktan ziyade, siyasî emellerinin bir istinatgâhı idi.

CONDORCET, fıtraten hür olan insanların binlerce senedenberi hiç de bir hürriyet arzusu izhar etmeden yaşamalarını ve bu dâvanın ancak reformdan sonra doğuşunu izah için beşeriyetin, tıpkı bir insan gibi, çocukluk gençlik ve olgunluk çağları olduğunu söyler. Beşer zekâsı rüşt çağına gelince, fıtraten sahip olduğu hürriyetini istirdat etmek istemiştir. Fakat bütün bu ispat gayretlerinin beyhudeliği, bize DAVYnin «Müktesep kıymetler» imizin değerinin, fıtrî Allah vergisi kıymetlerimizden hiç de aşağı olmadığını söyleyen satırlarını hatırlatır. «Hürriyet», kazanılmış bir şeydir, bu bakımdan belki de bizim için daha azizdir. İşte tabiî hakların bu hürriyeti kazanmak hususundaki muvaffakiyeti onun bir aksiyon vasıtası olmak bakımından zamanına göre cidden kıymetli bir ideoloji olduğunu ispat etmiştir. İnsanlık tıynetinden sadır olduğu iddia edilen haklar, haddi zâtında, muayyen bir tekâmül safhasındaki insanın, cemiyetten, siyasî kuvvetten talep ettiği, daha doğrusu kendi zekâsiyle, müesses nizam arasındaki mücadelede kazandığı zafer hisseleri, ganimetlerdir. Tabiî haklar nazariyesinin felsefî ve fikrî zaafı, onun müessir ve hayırlı bir aksiyon âleti oluşuna mani olmamıştır.

C — XIX. cu asırda tabiî hukuk bir mythe'dir, bir prejugedir:

XIX. cu asrın, haddi zâtında, isabetli bir araştırma usulü olan pozitivist metodu, bir felsefî sistem haline sokacak kadar izâm eden zihniyeti karşısında ne objektif ne sübjektif tabiî hukuk dâvasının bir izah veçhi kalmamıştır. Biyolojik sahadan sosyal sahaya nakledilmeye çalışılan organizmacılık, cemiyetin «tabiî kanunlarını» ararken, antikite filozofları gibi bunu «recta ratio'nun basiretine tevdi edilmiş ve insanların bizzat içlerinde mündemiç bir kuvvetle sezebilecekleri hattı hareket kaideleri olarak» telâkki etmiyordu.

Cemiyet organizması, hayvan cemiyetleriyle kıyaslanıyor ve tıpkı hayvan cemiyetlerindeki insiyakî düzene karşı hayvanî ferd ne kadar müdahalesiz ve muti ise, bütün manevî üstünlüklerine rağmen insanın da kendilerine karşı bu kadar passif ve vasıtasız kalacağı bir takım ilmî münasebetler aranıyordu. Bu safhada bilhassa XIX. cu asrın ilk yarısında, tıpkı vaktiyle her mucizenin sır-

(6) **CH. BEUDANT — Le Droit İndividuel et L'Etat.** 3. éd 1920. Sh: 50, 51.

rını vahyi ilâhiden bekleyenler gibi, insan kaderinin vaz e tiği her problemin cevabını «ilmî keşifler»den beklemek âdet olmuştu. Bilginler müsbet ilimler sahasında kendilerine umu madık ufuklar açan pozitivist metodun sabır ve gayretle tatbiki halinde manevî ilimlerde de aynı muvaffakiyeti göstereceğine samimiyetle kani idiler. Ha ta bu inanç çok defa onları moral ve sosyal mevzulara müteallik araştırmalarında pek aceleci genellemelere sevkediyor ve sosyal ve manevî âlemin «kanun arını» nihayet buduklarına hükmettiriyordu. HEGEL, A. COMTE, SAİNT - SIMON, FOURİER bu devrin temsilcileridir ve hepsinde ilmî inkişaftan böyle bir keşif ve kehanet bekleme zaafı vardır (7).

Beşerî zekânın bu merhalesinde «tabiî hukuk meselesi» mes'ele olmaktan çıkmıştır ve esasen hukukî sahada Fransa'da tefsirci mektep, Almnaya'da HEGEL'in monist ve tekâmülcü hukuk telâkkileri tabiî hukuku eski zamanların sâfiyane bir akidesi olarak arzeimiştir. Bunun herhangi bir fonksiyona veya herhangi bir müteal tecessüse cevap olabileceği dahi düşünülmemiştir. HEGEL devletçi bir hukuk görüşünün, FİCHTE ise sosyal hukuk fikrinin daha doğrusu bilâhara GURVİTCH'in tâbiriyle hukukî transpersonalizmin temellerini atmıştır. Artık ne «tabiat», ne de «insan», hukukun mihrakı değildir.

Ancak bu asrın ikinci yarısında başlangıçtaki ümitler biraz kırılmış ve müsbet ilmî metoddan veremiyeceği şeylerin istenmekte olduğu biraz farkedilmiştir. Böylece asrın başındaki hayalperest ilmî inşalardan kısmen vaz geçilmiş ve ilmî netice erin muteberlik ve sıhhat hudu ları lâyikiyle çizilmeye ve imkân nisbetinde bu hudutların aşılmamasına dikkat edilmeye başlanmıştır. A. COMTE'un ifratlarını ST. MİLLE, H. SPENCER, LITRE, RENAN, DANTEC gibi müteakip pozitivistler tadil etmeye çalışmışlardır.

Uzvî âlem hakkında DARWİN tarafından ortaya atılan tekâmül ve istifa prensipleri ve tabiatta gaiyyetin değil, hayat mücadelesinin cari olduğu yolundaki nazariye, içtimaî organizmaya da tatbik edilmiş ve hususiyle SPENCER sosyal organizmanın da bizzarure bu tekâmüle ve mücadeleye tâbi olduğunu ve ancak muhit şartlarına en mahirane şekilde uyanların bekası kabil olduğundan intibâksız arın, zayıfların yardımına koşup tabiî kanunların normal seyrine engel olmaktan, bunların cereyanını geciktirmekden sakınmak lâzım geldiğini iddia etmiş ve faydacı ahlâk tezinde karar kılmıştır.

XIX. cu asra, müsbet ilimlere has metodların her sahada yegâne itimada şayan tetkik metodları olabileceği ve bu zamana kadar ilim konusu sayılan bazı mevzuların bu metodlarla tetkike salih olmamaları hasebiyle metafizik sahasına atılması gerekeceği fikri hâkim olmuştur. Bu devir kaba hatlarla, ölçülemeyen, tartılmayan müşahede ve tekrar edilemeyen şeylerin realitesinden şüp-

(7) EMİLE EREHİER — Histoire de la Philosophie. Cilt: 2. Kitap: 3. Sh: 573.

he eden ve bu çeşit problemleri, insan zekâsının sihrî - metafizik devirlerinden kalma itiyadiyle boşu boşuna vaz ettiği bir takım faydasız ve mânasız sualler telâkki eden bir devirdir.

Bu itibarla tabiî hukuk mefhumu, istinad ettiği ispatı imkânsız temeller yüzünden reddedilmek zorundadır. Zira ne «Tabiat nizamı» bir tecrübe mûtasıdır, ne «insanlık haysiyeti». Birincisi ST. MİLLE'in işaret ettiği gibi insanın ve alelıtlak beşeriyetin ömrü, tabiatın ömrüne nisbetle pek küçük bir zaman fasılasını doldurduğundan, bu zamanda ve kâinatın yalnız bir köşesinden müşahede edilen bir ıttırat ve intizam halinin bütün kâinata hatta bütün mâneviyata teşmili arzusundan doğmuştur. İkincisi ise insanın, «insan yaratmağa mâtuf şuurlu bir tekâmülün nihaî eseri olduğu» ilmen sabit olmadığından ve bi âkis «insanın» bütün hayvan nevilerinde olduğu gibi tekâmül halkasının muhtelif zincirleri arasındaki amansız bir ıstıfadan ve hiç bir şuurlu gayenin tahakkuku şeklinde olmaksızın, kendiliğinden tahassul ettiği kabul edildiğinden artık müdafaa edilecek bir iddia olmaktan çıkar. İnsan şuurlu bir kâinat tasavvurunun nihaî tahakkuk şeklî, son eseri olduğuna inandığı müddetçe nev'i ile iftihar edebilir. Fakat J. ROSTAND'nın dediği gibi dimağ hücrelerine yarım kilo daha ilâve ederek onu «düşünme kabiliyetini haiz» ve nisbeten mütekâmil bir hayvan yapan kör bir ıstıfa ve hayat mücadelesinin neticesi olmakla övünemez! (8). İnsanın kendisinde tevehhüm ettiği yüksek kalitelerin hiç birinin gaî bir illeti yoktur. Binaenaleyh insanlık haysiyeti metafizik sahasına atılması gereken boş bir spekülâsyondur.

İşte böyle bir ilmî zihniyet içinde tabiî hukuk tamamen gayrı ilmî bir prejuje, eski bir itikad bakiyesidir.

Diğer taraftan XIX. cu asrın tabiî haklar nazariyesinin alemdarlığı altında kazanılabilecek bir sosyal dâvası da kalmamıştır. Tabiî haklar nazariyesinin bayraktarı olduğu ferdî hürriyet dâvası artık, henüz sanayileşmemiş ve medeniyet merhalesi itibariyle garp dünyasından çok gerido kalmış memleketler için bir aksiyon manivelâsı olabilecek durumdadır. Son hızla sanayileşen Avrupa, ferdî hürriyetin doğurduğu iktisadî müsavatsızlığın ıztırapları içinde kıvranmaktadır ve artık hürriyet terânesi bir sosyal ihtiyacın fikrî mesnedi, bir ideolojisi olacak durumda değildir. Kitlelerin uyandırılmak istenen şuuru artık iktisadî müsavatsızlığı azaltmaya matuf ideolojilerle kurcalanmaktadır. XVIII. ci asrın, insan hak ve hürriyetleri parolasını şimdi «sınıf mücadelesi» parolası istihlâf etmiştir. Diğer taraftan devletler, mevcut nizamı korumak için asrın zihniyetine göre «sırf metafizik» bir inanç mevzuu haline gelmiş

---

(8) «İnsanın doya doya kendini sevmeye ve saymaya hakkı vardır. Fakat kendini beğenmişliğini makul göstermekten ve beyin ağırlığına yarım kilo ilâve derek onu canlıların şahı yapan tesadüfler silsilesine mâna vermekten çekinmelidir.» **JEAN ROSTAND — Pensées d'un Biologiste.**

olan tabiî hukuk nizamından istimdat edememektedirler. Cemiyeti bir organizma olarak telâkki etmekte, hastalanan bir uzvu - muztarip kitleleri - sıhhat haline getirmek için diğer uzuvların fedakârlıklara katlanması gerektiğine inanmaktadırlar. Bu safha sınıf mücadelesinin hafifletilmesi için büyük çaptaki devlet müdahaleciliğinin inkişaf ettiği safhadır.

Keza her cemiyet müstakil bir uzviyet oduğundan müstakil bir hayata sahiptir. Hayat mücadelesi muhtelif sosyal organizmalar demek olan cemiyetler arasında da devam ettiğinden bekayı sağlamak için «en kuvvetli» olmak lâzımdır. Böyle koyu milliyetçilik ve millî devlet fikirleri artık insanın sırf insan olması hasebiyle yani bir dünya vatandaşı olarak talep edebileceği tabiî haklar ideolojisini ikinci plâna atmıştır. Hülâsa XIX. cu asırda tabiî haklar ve tabiî hukuk meselesi, Katolik kilisesinin resmî akidesi hariç olmak üzere ilim ve fikir muhitinden tardedilmiştir. Bu gibi mefhumlar felsefî bir «mutlak»a olan inancın fevkalâde zayıfladığı bu yüzyılda ne manevî bir tecessüse ne de bir aksiyon ihtiyacına cevap olamıyorlardı. Hasılı tabiî hukuk bir «Mythe»di.

D — XX. ci yüzyılda tabiî hukuk, hukuk dünyasında ahlâkî faktörlerin bir sembolüdür.

XX. ci asrın sonlarında realitenin müsbet ilim metodlariyle tesbit ve müşahedesi kabil olmayan kısımlarının büyük bir yekûn teşkil ettiği farkedilmekte idi. Şeniyetin ampirik metodlara ve ilmî teorilere karşı sırrını açmakta inad eden bu kapalı köşesini bizzat insan şuuru teşkil ediyordu. İnsan - dışı olan metafizik meselelerin vaz'ından sarfı nazar edilebilirdi ve mademki bunlar müşahede vasıtalarımıza hâlen aksetmemekte idiler o halde varlıklariyle yoklukları hakkında şimdilik bir fikir sahibi olmayabilirdik. «Ne zaman bunların ilmî ölçülerimiz ve teknik vasıtalarımızla takdir ve tayini mümkün olursa o zaman kendilerini bir tetkik konusu olarak alabiliriz» denilebilirdi. Fakat tezahürleriyle varlığını tesbit ettiğimiz halde kanunlarını keşfedemediğimiz, işleyiş tarzını bir muayyeniyetler çerçevesi içine sokamadığımız mevzu, bu kerre, bizzat kendi şuurumuz, kendi içimizdi.

Antikite bunu tabiatın bir mevhibesi, skolâstikler nuru ilâhinin bir aksi olarak izah etmişler ve tahlil etmek için parçalamamışlardır. XIX. cu asırda beşerî tekâmül zekânın bütün dikkatini dış âleme tevcih etmiş ve bizzat kendisini de psiko - fizyolojik vetirelerin bir enmuzeci olarak aynı illiyet kanunları içinde tetkik edebileceğine inandırmıştı. Asrın sonlarına doğru pozitif metodların bu sahada vaadkâr oldukları kadar velûd ve feyizli olmadıkları, daha doğrusu zekânın, bu metodun istisnasız her mevzua aynı verimlilikle kabili tatbik olduğu yolundaki hayallerinde aldandığı müşahede edilmiştir. Şuurun bu metodun ölçülerine sığmayan bir tarafı vardır. İşte bu devre, zihnin kendi kanunlarını keşfedebilmek için dış realitenin kanunlarını bir ta-

rafa bırakıp tekrar kendi üzerine çevrildiği ve doğrudan doğruya kendi kendini tenkide başladığı devir, yani yeni Kantçılığın belirme devridir. RENOUVİER ile STAMMLER bu devrin temsilcilerindendir.

Diğer taraftan müsbet metodların huşunetine alışamayan ve insanın bu metodlar zâviyesinden kör tesadüflerin bir neticesi gibi ele alınmasına ve dolayisiyle bütün liyakat ve haysiyetinden, kâinatın imtiyazlı mahluku olmak şerefinden mahrum edilmesine dayanamayan bazı ruhlar, müsbet ve materyalist zihniyete karşı hissettikleri tepkinin şiddetine göre, kâh müsbet ilimlerin rehberliğinden büsbütün yüz çevirip dinî zihniyetin her halde daha «insanî» olan görüşlerine iltica ediyorlar, kâh şu veya bu yoldan spritüalizme dönmenin çarelerini arıyorlardı.

Hülâsa pozitif ilimlerin mûtalarına müstenid bir kâinat nazariyesi ile reel kâinat arasında öyle bir açlıklık öyle bir mesafe kalıyordu ki insan zekâsının ne yapıp ne edip bunu doldurması, hiç değilse bu boşluğa bir mâna vermesi lâzımdı. İşte XX. cu asır ortalarındanberi devam edegelen dinî - spritüalist cereyanın kaynağı bu ihtiyaçtı. Bunlar arasında, geçen asırda V. COUSİN'in muakkipleri olan JULES SİMON ve PAUL JANET ile pozitivist spritüalizmin temsilcileri olan RAVAİSSON, L. LACHELİER ve E. BOUTROUX gösterilebilir. Netekim bu sonuncusu, bu cereyanın tipik hususiyetini şu cümlelerle pek güzel belirtiyordu: «Asıl mânasiyle mantıktan, veya mefhumlar mantığından başka bir mantık daha vardır. Bir hayat, şeniyet ve tabiat mantığı vardır. Kelimenin geniş ve müşahhas mânasiyle bir akıl mantığı vardır. Cedel, kendi «spatial» insanının kolay vuzuhu sayesinde, vahdet ile kesretin, aynı ile gayrının birbirlerinden uzak ve birbirleri için gayrı kabili nufuz kaldıklarını ispat ederken, Tabiat, kendi yarattığı şeylerde bunları bir araya getirmekten hoşlanır» (9). Keza «îman, insanın kendi tabiatındaki ulvîlik ile süflîlik arasındaki tezadı müşahede ettiği anda içini kaplayan çaresizlik hissinden doğar» (10).

XVII. ci asırda göklere çıkarılan insanlık mertebesi XIX. cu asırda ancak bir amip veya dört elli ile olan akrabalığı sayesinde kabili izah bir canlı derekesine indirilince BOUTROUX'nun tasvir ettiği îman iştiyakının beşeriyet için doğma zamanı gelmişti.

Nihayet felsefî tefekkürün bir türlü inkıbak edemediği bu ilmî kâinat anlayışına karşı müsbet metodun, her nevi fikrî tecessüsün karşısına dikilen sert ve aşılmaz duvarlarından bazı gedikler açmak, hiç değilse bu metodun da kiyafetsiz geleceği sahaların bulunduğunu ispat etmek ihtiyacı XX. ci asrın başında inkâr edilmez bir şekilde kendini hissettiriyordu.

---

(9) **E. BOUTROUX — La Conscience individuelle et la loi (Rev. de Métaphysique et de Morale.** 1906. Sh: 10).

(10) » — a.g.e. 1908. Sh: 707. **(La Philosophie en France depuis (1886.)**

İlim ancak aklın kendi kanunlarına göre edindiği yani «discursif» muhakeme yoluyla idrak ettiği bilgiler sahasında rol oynuyordu. Fakat bilgi edinme vasıtamız yalnız muhakeme ve muakale eden melekemizden mi ibaretti? Şeniyet ile şuur arasında mantığın tavassutuna muhtaç olmadan bir muvasala temin etmek, bir şeyi olduğu gibi vasıtasızca sezmek kabil değil miydi? Acaba bu suretle sezilen şeniyetler, aklın ve ilmî metodun izah ettiği şeniyetler âleminden daha mı az gerçekti? Hakikatle ilmin veya mantığın yardımı ile erişemediğimiz bu âleme sezgimizle ulaşamaz mı idik?

İşte BEGSON, devrin sıkıntısını izaleye mâtuf sistemini vaktinde yetiştirdi. «İntuition» zayıf bir insiyaka veya san'at duygusuna benzer s u i g e n e r i s bir bilgi idi ki bize varlıkları doğrudan doğruya kendi içlerinde olduğu gibi tanıtırdı (11). Bu herhangi bir şeyin kendisine has ve bu sebeple gayrı kabili ifade olan özünü idrak için, o şeye nufuz etmemize imkân veren bir nevi zihnî sempati idi (12). Yalnız bu zihnî sempatinin bizi bazı şeniyetlerin künhüne eriştirebilmesi için daha evvel vakıalar âlemi hakkında sarih ve ilmî bir doğru bilgiye sahip olmak ığımız şarttı. Metafizik sezgi ancak bundan sonra rol oynayabilirdi. Böylece müsbet metodların rolü inkâr edilmemek e beraber zekâ, realitenin yegâne idrak vasıtası gibi kabul edilmiyordu. Telepati ve mistik tecrübe de bir bilgi edinme yolu idi. BERGSON beşer aklının mûtad inşalarının, yani muhakeme ve mantığın müdahalesi olmaksızın şuurun bilâ vasıta yapacağı bu mümtaz tecrübelerin, münferit olarak arzettikleri farklılığa rağmen, bir tek menşeden, aynı kökten hülâsa müşterek bir esastan geldiğine kani idi (13).

E. BREHİER XX. ci yüzyıl başında inkişafeden spritüalist doktrinlerin müşterek hususiyetini, insan tabiatının kavranış tarzındaki bir değişiklikte tâbir caizse bir dönüşte bulur. İnsan tabiatı artık deterministlerin yaptığı gibi evrensel mekanizma içinde eritilmez, parçalanmaz, ve kantçıların yaptığı gibi, bu tabiatın icap ve ihtiyaçları realitenin şartları yerine konmaz. İnsan kendisini kâinata bağlayan derunî münasebetler içinde kavranmak ve bütün gerçekliğin muhiti içine yerleştirilmek istenir. Halbuki evvelki teoriler insanı tecrid ediyorlardı (14). BERGSON'un asıl hususiyeti ve bilhassa manevî ilimler bakımından beşerî tefekküre ümit verişi; insanı, kör muayeniyetlerin emri altında dönen dış dünyanın çarkından kısmen çekip kurtarabilmesinde idi. İnsan yalnız muayyeniyetlerin esiri, akıntıya kapılmış bir saman çöpü değildi. İnsanı bu şekilde telâkki etmek asıl şeniyete mugayirdi. Fert aynı

(11) A. LALANDE — Vocabulaire de la Philosophie. 5. éd. Sh: 524.
(12) H. BEOGSON — L'Evolution Créatrice Ch. 2. Sh: 192 - 193.
(13) E. BREHIER — Transformation de la Philosophie Française. Paris. 1950. Sh: 23.
(14) E. BREHIER — Transformation de la Philosophie Française. Paris. 1950. Sh: 23.

zamanda bizzat yaratıcı bir kuvvet, bir âmildi. Dış dünyanın muayyeniyetini, sırf kendisinin hür olarak yapacağı işi kolaylaştırmak için öğrenmeğ istiyordu.

BERGSON felsefesi ile «İnsanlık haysiyeti» tekrar bir mâna kazanmış ve insanla hayvan arısadna sadece bir tekâmül derecesi farkı yani bir kemiyet farkı değil, bir keyfiyet ve mahiyet farkı olduğu ispat edilmek istenmişti. Böylece insanlık liyakati meselesi, dogmatik dinî akidenin nasları ile veya sırf «Akıl sahibi mahlûk» olmak düsturu ile değil, ilmî - felsefî bir ispatlama ile yeniden sahneye çıkıyordu. BERGSON, inan şahsiyetini, bütün manevî kıymetleri sosyal kanunlara tâbi olan cemiyetin zaruri mahsulleri addeden sosyolojik ve bir determinizmden kurtarıyordu. Daha doğrusu medeniyeti, ahlâkî ve hukukî kıymetleri, insanın, istese de istemese de bizzarure erişeceği bir merhale, yani sosyolojik muayyeniyetin zaruri bir neticesi gibi telâkki etmiyor, bütün bunları insanın «yaratıcı» cehdinin eseri olarak alıyordu. Medeniyet, insanın yaratıcı ve ibdakâr kuvvetinin eseridir ve insanlık bu kuvvetini muhafaza ettiği takdirde payedâr olur. Medeniyetin devamı bir zaruret değildir. İnsanların yaratma kabiliyeti gevşerse oda geriler.

Bu bakımdan ahlâk ve adâlet, köklerini hem sosyal tesanüd insiyakından hem de insanın yaratıcı kabiliyetinden alıyorlardı. Bu kabiliyet her insanda aynı nisbette mevcut bir şey değildi. Daha ziyade güzide şahsiyetlerin hususiyeti idi. Eğer falan veya filân tarihî şahsiyet yaşamamış olsa idi onun medeniyet servetine eklemiş olduğu kıymetler bugün eksik kalacaktı. Görülüyor ki artık insan, haiz olduğu yaratıcılık kudreti nisbetinde sosyal hayatın seyrinde aktif ve müessir bir rol oynamaktadır. Hülâsa artık insan iradesinin ve insan ibdakârlığının itibarı iade edilmiştir.

İşte tabiî hukuk nazariyesinin canlanmasını asrımızda yeniden kolaylaştıran felsefî atmosferi bu spritüalist cereyanlar meydana getirmiştir. Kıymet ölçülerinin intuition ile sezilmesi, «adâlet»in vasıtasızca idrakinin mümkün olduğuna götürmüş, adâlet muhtevasının zamandan zamana değişmesi meselesi BERGSON'un açık ve kapalı adâlet hakkındaki tezinden mülhem olmuş ve insanlık tekâmül ettikçe adâlet şuurunun da tekâmül ettiği fakat bununla beraber gene müşterek bazı temellerin baki kaldığı yolundaki iddia, esası sabit fakat muhtevası mütehavvil tabiî hukuk fikri için elverişli bir mesnet teşkil etmiştir.

Ancak bizzat BERGSON'un adâlet hakkındaki fikirleriyle, tabiî hukukçular arasında gene oldukça fark vardır. Bunlar içinde tabiî hukuku her türlü muhtevadan tecrid ederek "Tabiî hukuk, ... nadiyen kendisine doğru koşulduğu halde azar azar, derece derece erişilen bir idealdir» deyenler, bununla mütevali bir tekâmülü murad ederler. Halbuki BERGSON, adâletin muhtelif safhalarını, mütemadî bir tekâmül yolunun birbirini takip eden merhaleleri olarak telâkki etmez ve bunun, temadî tasavvurundan doğma bir vehim ol-

duğunu söyler. «Adâlet tam bir tasavvur halinde ifade olunamaz. Daha doğrusu riyaziyecilerin dedikleri gibi onun tam bir tasavvuru ancak «nâmütenahîde» teressüm eder. Muayyen zaman için kat'î ve sarih olarak yalnız menfi cephesi, yani yasakları, düstur şeklinde ifâde olunabilir. Müspet cepheleri ise ancak mütevâli yaratmalar halinde tecellî eder ki bunların her birinde şahsiyet, ve binnetice insanlık daha tam olarak tahakkuk eder. Böyle bir terakki ise cemiyetin kanunları vasıtasiyle olur ve bu kanunlar da cemiyetin rıza ve muvafakatini tazammun eder» (15).

Görülüyor ki BERGSON, adâletin müsbet mevzuatla tecelli edeceği ve bu mevzuatın kuvvetli şahsiyetlerin yaratacakları adâlet idealleri ile mütevali hamleler halinde zaman zaman meydana getirileceği fikrindedir. Yani sabit bir nizam yoktur. Keza: «... Adâlet fikrinin gitgide zenginleşmesini icap ettiren mütemadî yaratmalar için de aynı şey söylenebilir. Gerçi bu yaratmalar adâletin maddesine taalluk eder. Fakat aynı zamanda onun şeklini de değiştirir» (16). «Yeni duygular yayıldığı zaman yeni kanunlar meydana çıkar ki, bunların yapılması o vakit zaruri görünür ve böylece bu yeni hamle de mevkiini kuvvetlendirir. İşte modern adâlet fikri aynı hamle ile harekete gelerek muvaffak olmuş bir çok cehdlerle vücude gelen ferdî yaratmalar silsilesi sayesinde terakki etmiştir» (17).

Mûtad olarak tekrarlanan, «adâlette terakkinin daima muayyen bir istikamete doğru teveccüh ettiği ve bu istikametin de tabiî olarak «hürriyete» ve «müsavat»a doğru gittiği» fikri, BERGSON'a göre ancak tahakkuk safhasını kapamış olan mâzî hakkında doğrudur. Yani mâzide adâlet fikrinin bu yolda geliştiği fiilen müşahede edilmiştir. Sonunu bugün bildiğimiz için başla son arasındaki münasebeti doğru olarak söyleyebiliriz. Fakat ilersi hakkında bugünden kehanette bulunamayız. Netekim BERGSON tekâmülün hürriyet ve müsavata müteveccih olduğu yolundaki tarifi için şöyle der: «Bu tarife itiraz edilemez. Fakat bundan hangi fikir istihraç edilecektir? Bu tarif mazî hakkında muteberdir. Bizim istikbaldeki tercihimizi tayin edebildiği haller ise nâdirdir» (18). BERGSON hürriyet ve müsavat fikirlerinin hiç bir zaman her cemiyete ve her devre göre muteber bir tarifi yapılmıyacağını, bazan müsavat lehine hürriyetten istenerek fedakârlık edilebileceğini misal olarak izah ettikten sonra şu neticeye varır: Nasıl yeni bir san'at kurucusu, eski san'at telâkkilerini rencide ederek kendi görüşlerini cemiyete empoze eder ve bilâhara bu

---

(15) **HENRİ BERGSON — Les Deux Sources de la Morale et de la Religion. Genève. Oeuvres complètes.** Sh: 73.

(16) **HENRİ BERGSON — Les Deux Sources de la Morale et de la Religion. Genève. Oeuvres complètes.** Sh: 74.

(17) **HENRİ BERGSON — Les Deux Sources de la Morale et de la Religion. Genève. Oeuvres complètes.** Sh: 77.

(18) **BERGSON** — a.g.e. Sh: 78.

yeni görüşler cemiyetce benimsenir ve müdafaa edilirse, ahlâkta da yeni bir ahlâkın yaratıcıları aynı mücadeleyi bir kere yaparlar ve sonra bu yeni ahlâk ve kıymetler yavaş yavaş cemiyet tarafından benimsenir ve muhafaza edilir. İşte evvelki ve sonraki ahlâkî kıymetler arasında mukayese yaparak adelıtlak ahlâkın neye doğru tekâmül etmekte olduğunun izahı, ancak bu yeni ahlâkın emrivaki halini almasından sonra, yani ancak mazî hakkında yapılır. Baştan verilecek her tarif, tekâmül istikametinin tahminine müteallik her hüküm yanlıştır. Böylece kapalı adâlet, tabiat elinden çıkma bir cemiyetin otomatik muvazenesine tekabül eder, açık adâlet de ferdî yaratıcı hamlelerin ahlâk sahasında yaptıkları değişikliklerin cemiyetce benimsenmesi suretiyle meydana gelir ve her ikisi de bize bir vahdet halinde ve kül olarak hükmeder.

BERGSON'un tarifi esas alınırsa tabiî hukukun esas bir iki kaidesi, yahut şekli, yahut değişmez prensibi kapalı adâlete muadildir. Yani her insan cemiyetinde mevcut, şu halde bizzat cemiyet halinden doğma bir zarurete muadildir. Tabiî hukukun tâlî prensipleri yahut muhtevası veya değişik tatbik şekilleri denen hususlar, bir kelime ile mütemadî tahavvül halinde olan müsbet hukuktaki tecellileri de açık adâlete tekabül eder. Yani ferdî yaratıcılığın hamleleri olan değişikliklere.

Mevzuu kaba hatlarla tebarüz ettirmemiz mâzur görülsün. Fakat bütün tabiî hukuk rönesansı hakikatte her cemiyette mevcut ve sosyolojik muayyeniyetlerin neticesi olan sabit esaslarla, her cemiyetin diğerinden farklı olan mütehavvil nizam kaidelerinin bir telif ve izah veçhini bulmak ve bilhassa değişebileni değişmeyene tâbi kılmak arzusundan başka nedir?

Bu bakımdan bilâkis değişmeyenin, yani sosyal tesanütten, kollektif hayatın zaruretinden doğan kaidelerin (kapalı adâletin), değişebileni, ferdî yaratıcılığın eserlerini hazmettiğini ifade eden ve sosyal sabitelerin ferdî hayat hamlelerine gittikçe daha fazla zebun kalacağını belirten ve yegâne şartı ferdin yaratma kabiliyetinin devam ve inkişafında bulan bergsonizm, sabite ve değişmeyene bağlanmak ihtiyacından doğan tabiî hukuk rönesansının oldukça ilerisinde değil midir?

İşte burada tabiî hukukun bergsonizme nisbetle, dinî - spritüalizmden çok daha fazla faydalandığına işaret etmek yerinde olur. Zira bu cereyan, inancın ve dogmatizmin rahatlığı içinde tabiatta sabiteler ve mutlaklar arayan insan zekâsını çok daha kolaylıkla tatmin ediyordu. XX. ci asırda yukarda işaret ettiğimiz sebeplerle, dinî felsefe umulduğundan çok çabuk yayıldı ve kuvvetlendi (19).

Diğer taraftan meslek itibariyle felsefe ile iştigal etmeyen bir çok ilim

---

(19) **J. MARİTAİN, E. GİLSON, G. MARCEL. M. NEDONCELLE M. BLONDEL ve saire.**

adamları aynı his ve ilcanın tesiriyle felsefî ekollerin sonu gelmez münakaşalarından insanın hiç bir manevî istifadesi olmıyacağını, ve yapılacak şeyin doğrudan doğruya dinî te'âkkilere sarılmaktan ibaret olduğunu tavsiyeye başladılar (20). Fakat bu, artık bir akait ve ibadetler mecmuası olan ortaçağ anlayışında bir din değildir. Daha doğrusu artık dinî temayüllerin beşer hayatı için amelî değeri, bir ruhî muvazene âmili olması üzerinde duruluyordu. Hasılı din, artık bir «hakikat kaynağı» olarak değil, sosyal ve moral bir faktör olarak talep ediliyordu. Yani insanların şu veya bu bakımdan işlerine yarayacağı ruhî sahhatlarını iade edeceği i ç i n isteniyordu.. Vahyi ilâhiye tam bir sâfiyet ve samimiyetle bağlanılan, her hakikatin ancak o yolla öğrenilebileceğine inanılan hülâsa bir dünyevî - uhrevî tasnifi yapılmayan hakikî dinî devirler bir hayli uzakta kalmıştı.. XX. ci asrın dine dönüşüne oldukça pragmatik bir mülâhaza hâkim olmuştur: maddî konfor şartlarına alışan XX. inci asır insanı, dini de bir manevî konfor şartı olarak, bir huzur âmili olarak istemektedir!

Görülüyor ki siyasî ve fikrî buhranlar içinde kıvranan asrımızda tabiî hukukun nüksedişi tıpkı manevî sahada dinî ihtiyaçların yeniden doğuşunu hatırlatır.

Ancak XX ci asır, tefekkür âleminin tam bir kaynaşma çağıdır. Dinî felsefe bu kaynaşmadan başı dönen, yorulan, bîzar olan ruhların huzurlu bir ilticagâhı olmuştur. Fakat hâlâ hakikati kendi beşerî vasıtalarıyla, aklı ile, sezgisi ile kendi kendine araştırmak azmini keybetmeyen dimağlar çetin yollarına devam etmektedirler. Meselâ bir biyoloji bilgini (LECOMTE DU NOÜY) bütün hayatiyat kanunlarının peygamberlerin haber verdiği hakikatleri ispat ettiğini iddia ederken ve kâinatın ancak tam bir ruh hürriyeti ve teleolojk tefsirle anlaşılabileceğini müdafaa ederken (21) bir başka bilgin (Dr. MAURİCE VERNET) aynı biyolojik zaruretlerin kat'iyen iddia edilen «hürriyet içinde tekâmül» dâvasını ispat etmediğini ve bu gibi hakikatlere vasıl olmak isteniyorsa artık biyoloji sahasını terketmek gerektiğini söyler (22).

Bırakalım ilim felsefesi ile dinî felsefe kendi aralarında anlaşsınlar yahut mücadele etsinler.. Biz, kendi hudutlu hukuk dünyamıza dönelim. Felsefî atmosferin cevvî değişiklikleri henüz bizim nizamî dünyamıza sarih direktifler verecek kadar tebellür etmiş değildir. Barometre mütehavvildedir... Bekleyelim.

Fakat netice itibariyle «Tabiî hukuk» bugün, hukuk mekanizması ve hukuk siyaseti bakımından neyi temsil ediyor ve hangi fonksiyonu ifa ediyor?

---

(20) **LECOMTE DU NOÜY, ALEXİS CARREL** v.s.

(21) **LECOMTE DE NOUY — L'Avenir de l'Esprit.** New York, 1943.
La Dignité Humaine. New York, 1944.

(22) **MAURİCE VERNET — L'Evolution du Monde Vivant,** 1950. Sa. 257 v.d.

Siyaset sahasında tabiî hakların daha doğrusu bugünkü mânada «insan haklarının», yani felsefî temeli henüz kat'iyet'e tesbit edilmemiş olan, fakat tatbikat değeri teslim edilen cereyanın rolü inkâr edilemez. Bununla beraber spritüalist felsefeye dayanan objektif tabiî hukukun, kanun vaziine iddia edilen rehberlik vazifesini lâyikiyle gördüğü veya hâkimin yanıbaşında bir hakkaniyet müşavirliği yaptığı tamamen iddia edilemez. Kanun vazileri, insanî münasebetlerin bu kadar mu'dil bir hal aldığı asrımızda, cemiyetleri sulh ve emniyet içinde yaşatmak için en ağır mes'uliyetler altında ellerinden geleni yapıyorlar, sosyal ilimlerin vardığı neticelerden faydalanarak, ve kendi cemiyetlerinin hususî faktörlerini kale alarak müsbet hukukun bütün gerekli düsturlarını hazırlıyorlar. GENY'nin tâbiri veçhile dört çeşit mûtayı doktrin ve vazii kanun elekten geçiriyor, ölçülüyor, biçiyor ve nihayet bir «takdir»de bulunup muayyen bir neticede karar kılıyor. Tabiî hukuk asil sâdeliğini felsefî sahada muhafaza edebilir. Fakat artık bu sâdelik ile ne vazii kanuna rehberlik, ne de yargıca müşavirlik edebilir. Yok eğer, «İş'e vazii kanunun bütün bu mûtalar üzerinde zihnini işletirken ve bir takdir faaliyetinde bulunurken yaptığı şey tabiî hukuku tatbik demektir. Çünkü tabiî hukuk, hukukî mes'eleler üzerinde işleyen akıl'dan ibaretir». denecek olursa artık mes'eleyi kapatmak lâzımdır. Zira bu melekenin adı «akıl»dır, ve buna «tabiî hukuk» denmesi, antikitede mûtad olsa da, bugün matlup bir şey değildir. Keza eğer tabiî hukuk «ahlâkî umdelerin hukuka müessiriyetini ifade eden bir tâbirdir» denecek olursa gene aynı cevabı vermemiz gerekir. Zira bu müessiriyetin, bu faktörün adı tabiî hukuk değil, doğrudan doğruya ahlâktır. Kullanılan her kelimenin, her tâbirin muayyen bir mazisi, muayyen bir hayatı vardır. «Tabiî hukuk»un da öyle. Haddizâtında hakikate tekabül eden bir münasebeti ifade etmek için binlerce seneden beri pek çeşitli tefsirlere uğramış, tâbir caizse mâna hamulesi yıpratılmış, eskitilmiş hatta hemen hemen belirsiz bir hale konmuş bir tâbiri kullanmak pek çeşitli ilitibaslara sebebiyet vermektedir (23).

Kanaatımızca moralist - pozitivistlerin bu hususta serdettikleri iddialar oldukça yerindedir. Hukuk, ahlâkın murakabesine tâbi olabilir ve sosyolojik bakımdan muayyen bir nisbette buna uymaya mecburdur da. Fakat bunu ifade için tabiî hukuk dâvasına kadar çıkmaya ve beyhude münakaşalara kapı açmaya hiç lüzum yoktur. Mâzide tabiî hukuk bu mes'eleye bir cevap olmuş olabilir. Fakat bugünkü ahlâk telâkkilerimize ve ilmî zihniyetimize göre mes'eleye daha başka türlü cevaplar bulmamız lâzımgelir (24). Ahlâkî kıymetlerin muhtevaları değişir, tekâmül eder, yeni yeni kıymetler doğar, hukuk da bizzarure bunlardan mülhem olur veya bunları destekler. Bu, hayatın dinamizmine en uygun olan bir vetiredir. Fakat bu vetireyi ifâde için

(23) **PAUL ROUBIER — Théorie Générale du Droit.** Paris 1946. Sh: 152

«tabiî hukuk» gibi asırlardan ber devam eden müzmin bir izah ve tefsir ihtilâfını tedaî ettirecek bir tâbiri kullanmaya hiç de lüzum yoktur.

Zira, bu tabir, muhtelif devirlerde, birbirinden farklı mânâları ifade için kullanılmıştır. Günümüzde ise, sadece, kanun vaziinin vicdanına hitap eden bir ahlâkî emri ifade etmektedir ve artık «hukukî» rengi kalmamış bir mefhumdur.

Buna karşı, tabiî hukukun, sırf «olması lâzımgelen hukuk» vasfında ısrar edilebilirse de, kanaatımızca, bu vasıf dahi bu mefhumun hukuk âleminde hâlâ tutunabilmesi için kâfi bir sebep teşkil etmez. Zira, müsbet hukuk, hem cemiyetin bugünkü ihtiyaçlarını karşılamak, hem de yarınki durumunu sağlamak gayesiyle yaratılır. Onun fonksiyonu; hem sosyal gerçekliğin zarurretlerini karşılamak, hem de sosyal ideale yaklaşılmasını kolaylaştırmaktadır. Fakat unutmamak lâzımdır ki içtimaî gerçeklik şartları ne kadar mütehavvil ise, içtimaî ideal tasavvurları da o kadar, ve belki daha fazla mütehavvildir. Müsbet hukuk, bu ikinci fonksiyonunu, yani muayyen bir cemiyet idealini tahakkuk ettirmeye hâdim olma vazifesini ifa ederken, tabiatiyle bir «olması lâzımgelen hukuk» a benzemeye çalışacaktır. Fakat ne kadar cemiyet ideali varsa bir o kadar da «olması lâzımgelen hukuk» şekli vardır!

O halde, objektif tabiî hukuk, bir «ideal hukuk» veya «mütehavvil veya müterakkî muhtevalı bir hukukî şekil»den ibaret de telâkki edilse, birbirine taban tabana zıd muhtevaları dahi içine alabilen böyle bir «kalıp»;ne bugünün iyi niyetli kanun vazilerini irşat edebilir, ne de ferdleri, kötü niyetli kanun vazilerine karşı himaye edebilir. Kötü kanun vazilerini hudutlandıracak yegâne kuvvet, ondan bu «kanun vaziliği» sıfatını nez' edebilmek kudretine sahip aydın bir umumî efkârdan başka bir şey değildir. Böyle bir umumî efkârın takdir kıstası ise, tekrar edelim ki, zamandan zamana, cemiyetten cemiyete son derece mütehavvil olan beşerî kıymet ölçülerinden ibarettir. Umumî Felsefenin dahî «mutlak» peşinde koşmaktan vazgeçtiği bir sırada (25) Hukuk Felsefesinin böyle bir ölçü araştırmasında ısrar etmesinin fayda vermiyeceğine kaniiz. Bu itibarla, günümüzün karmaşık sosyal meseleleri karşısında, ne kanun vazilerine, ne hukuk süjelerine, hatta ne pratik ne de teorik sahada hiçbir yardımı dokunamıyacak olan bu objektif tabiî hukuk davasından vazgeçmenin zamanı geldiğini zannediyoruz.

---

(24) **LEON BARUZİ — Philosophes et Savants francais du XX ième Siècle. 1926** Sh: VI, VII. Sh: V

(25) **ANDRE CRESSON — Felsefe Meselelerinin Bugünkü Durumu** (Çeviren **S. K. YETKİN ve HAMDİ VAROĞLU**) 1949. İstanbul, Sh: 49 ve devamı.